

KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNDE GEÇİCİ VE KESİN TEMİNATLARIN GELİR (İRAT) OLARAK KAYDEDİLMESİ*

RECORDING OF TEMPORARY AND DEFINITE GUARANTEES AS INCOME IN PUBLIC PROCUREMENT CONTRACTS

Sarp GÜMÜŞ**

Özet: İdarenin ihaleye çıkmasıyla başlayıp kamu ihale sözleşmesinin sona ermesine kadar geçen hukuki işlemler silsilesini ifade eden kamu ihale sürecinde idare, bu süreçte karşılaşması muhtemel risk ve zararlara karşı muhatabından kendisine bir teminat göstermesini ister. Bu teminat, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun ilgili hükümleri uyarınca, tedavüldeki Türk parası ve devlet iç borçlanma senetleri olabileceği gibi uygulamada daha sık karşılaşıldığı üzere banka teminat mektuplarıdır. Anılan mevzuat gereği, ihaleye katılan isteklilerden istenen geçici teminat mektupları ve yüklenicilerden istenen kesin teminat mektupları, garanti altına aldıkları riskin gerçekleşmesiyle beraber idare tarafından garantör bankaya başvurulmak suretiyle paraya çevrilmekte; hatta bazı durumlarda garanti altına alınan risk gerçekleşmese dahi ödeme talebine konu edilerek hazineye gelir kaydedilmektedir. Kamu İhale Kurumu tarafından kanunun verdiği yetkiye dayanarak şekli standart olarak belirlenen ve "ilk talepte" ödeme kaydını içerdiğinden bankanın ödeme talebine karşı savunma imkanlarını son derece kısıtlayan geçici ve kesin teminat mektuplarının hazineye gelir kaydedilmesi, ancak kanunlarda sayılan sınırlı sebeplerin gerçekleşmesiyle mümkün olmakla birlikte uygulamada idarenin kimi zaman bu yetkisini aştığı, kimi zamansa uğradığı zarar bu yolla karşılayamadığı görülmektedir. Bu çalışmanın amacı, özellikle geçici ve kesin teminat mektuplarının

* Bu çalışma, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı kapsamında Doç. Dr. Ferhat Canbolat danışmanlığında hazırlanan ve oybirliği ile kabul edilen "Kamu İhale Sözleşmelerinde Banka Teminat Mektupları ve Uygulaması" isimli yayımlanmamış yüksek lisans tezinden türetilmiş olup çalışma, araştırma ve yayın etiğine uygun olarak hazırlanmıştır.

** Arş. Gör. (LLM), Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, sgumus@baskent.edu.tr, ORCID: 0000-0003-1105-8833, Makalenin Gönderim Tarihi: 28.09.2023, Kabul Tarihi: 27.10.2023

idare tarafından hazineye gelir kaydedilmesi sebepleri ve usulü ile uygulamada bu hususta yaşanan problemlerin irdelenmesi ve gerektiğinde çözüm önerileri sunulmasıdır.

Anahtar Kelimeler: İdare, Kamu İhale Hukuku, Banka Teminat Mektubu, İrat Kaydı

Abstract: In the public procurement process, which refers to the series of legal proceedings starting with the award of the tender by the contracting authority and ending with the termination of the public procurement contract, the contracting authority requests the counterparty to provide it with a guarantee against the possible risks and damages it may encounter in this process. Pursuant to the relevant provisions of the Public Procurement Law No. 4734 and the Public Procurement Contracts Law No. 4735, this collateral may be Turkish currency and government domestic debt securities in circulation or, as is more frequently encountered in practice, bank letters of guarantee. Pursuant to the aforementioned legislation, the provisional letters of guarantee required from the tenderers participating in the tender and the letters of guarantee required from the contractors are converted into money by the administration by applying to the guarantor bank upon the realisation of the risk they guarantee; even if the risk guaranteed is not realised in the event of certain situations, they are subject to a payment request and recorded as revenue to the treasury. Although it is only possible to record temporary and definite letters of guarantee as revenue to the treasury upon the realisation of the limited reasons listed in the law, it is observed in practice that the contracting authority sometimes abuses this authority and sometimes fails to compensate for the loss incurred in this way. The purpose of this study is to examine the reasons and procedures for the revenue recognition of temporary and definite letters of guarantee to the treasury by the administration and the problems experienced in this regard in practice, and to propose solutions when necessary.

Keywords: Contracting Authority, Public Procurement Law, Bank Letter of Guarantee, Recognition of Credit

GİRİŞ

Kamu ihale sürecinde teminatların gelir (irat) kaydedilmesi, hem 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu (KİK) hem de 4735 sayılı Kanunu'nun (KİSK) muhtelif maddelerinde düzenlenmiştir. İdareye çeşitli risklerin garantisi olarak verilen teminatların idare tarafından hazineye gelir kaydedilebilmesi için bu kanunlarda yer alan sebeplerin (risklerin) gerçekleşmesi gerekir. Dolayısıyla kanunda teminatların gelir kaydedildiği durumlardan anlaşılması gereken, aslında taraflar arasındaki hukuki ilişkide hangi olayların risk altına alındığı ve bu risklerin hangi durumlarda gerçekleşmiş sayılacağıdır.

Kamu ihale sürecinde idare tarafından teminatın istendiği zamana göre risk, kamu ihale sözleşmesi henüz imzalanmadan gerçekleşme ihtimali olan bir risk olabileceği gibi, kamu ihale sözleşmesinin akdedilmesinden sonra sözleşmenin ifası aşamasında gerçekleşme ihtimali olan bir risk de olabilir. Kamu ihale sözleşmesi henüz imzalanmadan gerçekleşmesi muhtemel ve kanunla belirtilen risklerin garanti altına alınması için idare tarafından istenen teminatlara binaen verilen teminat mektupları geçici teminat mektupları; sözleşme imzalandıktan sonraki risklerin garantisi olarak istenen teminat mektupları ise kesin teminat mektupları adını alır. Öte yandan yine sözleşmenin akdedilmesinden sonra idare tarafından yükleniciye işin görülmesi için gelecekte hakedişlerinden kesinti yapmak üzere ödenen tutarın garantisi olarak avans teminat mektupları da istenebilir.

Her bir teminat mektubunun garanti altına aldığı riskin kanunda belirtilen hallerde gerçekleşmesiyle birlikte idare, garantör bankaya başvurarak bir ödeme talebinde bulunur. Bu ödeme talebinin hukuka uygun olması gerekmeyle birlikte özellikle idareye hitaben düzenlenen ve Kamu İhale Kurumu tarafından standart olarak belirlenen teminat mektuplarının “ilk talepte” ödeme kaydı içermesi sebebiyle banka kural olarak ödeme yapmaktan kaçınmaz.¹ Bu durum da teminat mektubu ilişkisinde lehtar konumunda olan istekli veya yüklenicilerin zarara uğramasına yol açabilir. Dolayısıyla hangi durumlarda teminat mektuplarının ödenmesinin talep edilebileceği ve yapılan ödeme akabinde bu tutarın gelir olarak kaydedilebileceğinin titizlikle incelenme-

¹ Kamu ihale sürecinde idareye sunulan teminat mektuplarının şekli ayrı bir önemi haiz olup istekli veya yüklenicilerin idareye verecekleri teminat mektuplarının Kamu İhale Kurumu tarafından belirlenen kapsam ve şekle aykırı olması halinde bu kimselerin teminatları geçersiz sayılarak bu kimseler ihale dışı bırakılmakta; teklifleri geçersiz sayılmaktadır. Bu konuyla alakalı Kamu İhale Kurulu'nun vermiş olduğu bir kararda: “Geçici teminat mektubunda standart formda geçen “4734 sayılı Kanun ve” ibaresine yer verilmemesi, söz konusu teminat mektubunun Kamu İhale Kurumu tarafından düzenlenen standart forma uygun olmadığı anlamına gelmekte olup söz konusu isteklinin teklifinin değerlendirme dışı bırakılması gerekir” ifadeleri (03.07.2013 tarih ve 2013/UH.I-2763 sayılı karar); bir başka kararda “Geçici teminat mektubunda ticaret unvanı yazılırken şirket türüne ilişkin ibareye yer verilmemesi esaslı bir eksiklik olup ilgili isteklinin değerlendirme dışı bırakılması gerekir” ifadeleri (19.02.2014 tarih ve 2014/UH.III-994 sayılı karar); başka bir kararda “Geçici teminat mektubunda her şeyin doğru ama ihale kayıt numarasının (İKN) yanlış olması durumunda da mektup reddedilir” ifadeleri yer almıştır (26.08.2015 tarih ve 2015/UY.II-2347 sayılı karar). (Kararlar için bkz. <https://ekap.kik.gov.tr>)

si, muhtemel hak kayıplarının ve idarenin sebepsiz zenginleşmesinin önlenmesi bakımından önem arz eder.

Çalışmamızda, kamu ihale sürecinde idareye hitaben verilen teminatlara ilişkin genel açıklamalarla birlikte uygulamada en çok kullanılan teminat türü olan banka teminat mektuplarının incelenmesine ağırlık verilecektir. Çalışmamızın ilk bölümünde, geçici teminat kavramı ile geçici teminat mektuplarının ödeme talebine konu olabileceği haller ile gelir kaydedilmesi; ikinci bölümünde ise kesin teminat kavramı ile kesin teminat mektuplarının garanti altına aldığı riskler ve idare tarafından gelir kaydedildiği durumlar incelenecektir.

I. GEÇİCİ TEMİNATLARIN GELİR KAYDEDİLMESİ

A. Genel Olarak Geçici Teminatlar ve Geçici Teminat Mektupları

Geçici teminatlar, KİK m. 33 hükmünde düzenlendiği şekliyle ihaleye katılan tüm isteklilerden salt ihaleye katıldıkları için istenen bir teminat olup idare, ihale ilanından sonra ihaleye katılması uygun bulunan isteklilerin her biri aslında bir yüklenici adayı olduğundan, bu isteklilerin ihalenin kendilerine bırakılması halinde kamu ihale sözleşmesini imzalayacaklarının ve ihale konusu edimi borçlanmaya ehil olduklarının kendisine garanti edilmesini isteme hakkına sahiptir. Zira üzerinde ihale bırakılan isteklinin sözleşmeyi imzalamaya yanaşmaması ihtimali her zaman mevcut olduğu gibi ihale sürecinde katılım şartlarını sağlamadığı sonradan anlaşılan ya da ihale mevzuatında öngörülen esas ve usullere aykırı davranan isteklilerin de kamu ihale sözleşmesini imzalaması mümkün olmadığından geçici teminat ile her bir isteklinin sözleşmeyi imzalamama ya da imzalamama riskleri garanti altına alınır.² Bu yönüyle geçici teminat, istekli olduğu işi ya-

² Serhat Şahiner, Kamu İhalelerinde Teminatlar, Ankara, 2016, s. 8; Mesut Ertanhan, "Kamu İhale Kanunu'na Tabi İhalelerde Teklif Dosyası, Teklif Mektubu ve Geçici Teminat", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 2, S. 16, s. 89. Bazı durumlarda ise geçici teminat alınmasına gerek yoktur. Bu durumlardan ilki KİK m. 33 hükmünde düzenlenen danışmanlık hizmeti ihaleleridir. Madde hükmüne göre ihale dokümanında belirtilmesi şartıyla danışmanlık hizmeti ihalelerinde geçici teminat alınması zorunlu değildir. Bu tür ihalelerde söz konusu alım isteklilerin mali gücüne dayanmayıp isteklilerin uzmanlık ve deneyiminin ön planda olması sebebiyle ihaleyi kolaylaştırmak ve istekli sayısını artırmak maksadıyla bu şekilde bir düzenleme ön-

pabilecek kapsamda belirli ekonomik gücü olanların ihaleye katılmalarını sağlamak, yaptırım aracı olarak kullanmak, tekliflerin daha ciddi bir şekilde hazırlanmasını sağlamak, ihaleye fesat karıştırılmasını önlemek gibi çeşitli amaçlara hizmet eder.³

Geçici teminatın oranı, KİK m. 33 hükmüyle belirlenmiş olup ilgili madde hükmü uyarınca ihalelerde teklif edilen bedelin yüzde üçünden az olmamak üzere istekli tarafından verilecek tutardır. Maddede kanun koyucu tarafından geçici teminata ilişkin sabit bir oran yerine asgari bir oran belirlenmiş olması isabetli olup bu hüküm, tekliflerin gizlenmesi esasına hizmet eder. Zira geçici teminata ilişkin sabit bir oran belirlenmiş olsaydı, isteklilerin birbirlerinin tekliflerini gösterilen teminata bakarak öğrenmelerinin önü açılmış ve bu sebeple tekliflerin gizliliği ilkesi zedelenmiş olurdu.⁴

görölmüştür. Danışmanlık hizmet ihaleleri, hizmet alımı ihalelerinin bir türünü oluşturmaktadır. Bununla birlikte, diğer hizmet alımı ihalelerine göre danışmanlık hizmetlerinin niteliğinin farklılık arz etmesi sebebiyle bunlar Kanunda ayrı bir kısımda düzenlenmiş ve farklı hükümlere tabi kılınmıştır. Örneğin uygulanacak ihale usulü açısından danışmanlık hizmet alımları farklılık arz eder. (Yasin Sezer/R. Emre Kalkan/M. Emre Şahin, Kamu İhale Hukuku Dersleri, Ankara, 2017, s. 44.) Kanun koyucu bu türden ihaleleri KİK m.48’de belirtmiştir. İlgili maddeye göre: “Mimarlık ve mühendislik, etüt ve proje, harita ve kadastro, her ölçekte imar planı, imar uygulama, ÇED raporu hazırlanması, plan, yazılım geliştirme, tasarım, teknik şartname hazırlanması, denetim ve kontrolörlük gibi teknik, mali, hukuki veya benzeri alanlardaki hizmetler, danışmanlık hizmet sunucularından alınır.” Geçici teminat alınmasına gerek olmayan ikinci durum ise KİK m. 22’de düzenlenmiş olup doğrudan teminle yapılan alımlar hakkındadır. Doğrudan teminle yapılan alımlarda da teminat alınmasına gerek yoktur. Burada da amaç, katılımı artırarak ihalenin yapılmasında kolaylık sağlanmasıdır. Doğrudan teminle alım ile ilgili olarak bkz. Mustafa Atıf/Mustafa Taytak, “Kamu Satın Alımları Kapsamında Doğrudan Temin Uygulamalarının Değerlendirilmesi ve Bir Vaka Analizi”, *Sayıştay Dergisi*, C. 29, S. 110, s. 91 vd. Doğrudan temin usulü, bir ihale usulü olmaktan çıkarıldığından artık bu alımlarda herhangi bir teminat da doğal olarak aranmayacaktır. (4964 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, 15.08.2003 tarihli Resmî Gazete, No: 25200)

³ Mehmet Aksoy, “Kamu Alımlarında Teminatlar, İrat Kaydı, Güncelleme Sorunu ve Çözüm Önerileri”, *Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 10, S. 2, s. 393-421.

⁴ Gizlilik, ihale sürecinin objektif ve hukuka uygun bir şekilde işlemesi bağlamında getirilen sınırlı ve belirli konularda düzenlenmiş bir ilkedir. Tekliflerin gizliliği ilkesi de gizlilik ilkesinin bir sonucudur ve isteklilerin tekliflerini İdareye verirken birbirlerinin tekliflerini görmemeleri ve idarenin de bu teklifleri teklif zarfları açılana kadar bilmemesi anlamına gelir. Bkz. A. Esin Sancar, “4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 5. maddesinde Yer Alan Temel İlkelerin Değerlendirilmesi”, *Mevlâna Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2, S. 2, s. 165 vd.; Özan Can, *Kamu İhale Hukuku*, Ankara, 2018, s. 40; Aksoy, s. 396. Ayrıca belirtmek gerekir ki, Te-

Geçici teminat olarak tedavüldeki Türk parası ve Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından ihraç edilen devlet iç borçlanma senetleri ve bu senetler yerine düzenlenen belgeler kabul edilebileceği gibi uygulamada en çok bankalar ve özel finans kurumları tarafından verilen geçici teminat mektupları kullanılmaktadır.⁵

Geçici teminat mektupları, ihaleye katılan gerçek veya tüzel kişi isteklinin ihalenin kendisine bırakılması halinde, teklifinin gereğini yerine getirmemesi, yani önceden belirlenen süre içinde ve ihalede belirtilen şartlara uygun olarak sözleşme imzalanmaması riskine karşı ihaleyi açan idareye hitaben verilen teminat mektuplarıdır.⁶ Bu tür teminat mektuplarında amaç, ihaleye katılan isteklinin ihalenin kendi üzerinde kalması halinde belirlenen süre içerisinde ve şartlarla kamu ihale sözleşmesini akdetmesini güvence altına almak olup teminat mektubuyla garanti edilen risk, isteklinin sözleşmeyi yapmaması

minat oranıyla ilgili dikkat edilmesi gereken bir diğer husus da bu oranın idare tarafından değiştirilememesidir. İdare, ihale dokümanında geçici teminat oranını kendi isteği doğrultusunda arttırmaz veya azaltamaz. Teminat miktarının kanunen belirlenen asgari yüzde üç oranından fazla olması, ancak isteklilerin inisiyatifindedir.

⁵ Bu noktada 20.02.2004 tarihli ve 25379 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Muhaberat Genel Müdürlüğü Genel Tebliği’nden (Sıra No: 15) bahsetmek gerekir. İlgili Tebliğ’in I-B (Bütçe Emanetinde Kayıtlı Müteahhit Alacaklarının İhalelerde “Geçici Teminat” Olarak Kabul Edilmesi) başlığı altında tahakkuk ettirilerek ödenebilir hale gelmiş gider kaydı yapıldığı halde nakit yokluğundan ödenemediğinden alacaklısı adına bütçe emanetine alınmış müteahhit alacaklarının, bu müteahhitlerin aynı idarenin açacağı ihalelere katılmak istemeleri halinde, aşağıda belirtilen esaslara göre “geçici teminat” olarak kabul edilmesi uygun görülmüştür. Buna göre bütçe emanetine alınmış müteahhit (yüklenici) alacağı da bu alacağını alamamış yüklenicinin alacaklısı olduğu idarenin açmış olduğu bir başka ihaleye girerken geçici teminat göstermesine gerek olmayıp ilgili alacak Tebliğ uyarınca geçici teminat olarak kabul edilecektir. İlgili düzenlemenin ihalede rekabet ve ihaleye katılımın artması amacıyla yapıldığı ileri sürülse de kanaatimize göre KİK ve KİSK’in açık hükümleri karşısında geçici teminat kanununun sınırlı sayıda teminat olarak kabul ettiği değerlerden biri ile gösterilmek zorundadır ve yüklenici alacakları bu değerlerden biri değildir. Dolayısıyla ilgili Tebliğ kanunun düzenlemesine aykırıdır.

⁶ İzzettin Pamukçu, Teminat Mektupları, Ankara, 1976, s. 29-30; Fatma Hatipoğlu, “Banka Garantileri”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1990, s. 12; Seza Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, Ankara, 2003, s. 194; Elif Doğan, “Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010, s. 58. Vahit Doğan, Banka Teminat Mektupları, Ankara, 2005, s. 71; Ferhat Canbolat, Banka Garantisinde Savunma İmkanları ve İhtiyati Tedbirler, Ankara, 2009, s. 83; Nami Barlas, Banka Teminat Mektupları, İstanbul, 1986, s. 14.

veya yapamaması halinde idarenin uğrayacağı zarardır. Geçici teminat mektubu ile lehtarın (isteklinin) ihale üzerinde bırakıldığında ilgili sözleşmeyi imzalayacağı ve kesin teminat mektubu vereceği garanti altına alınmış olur.⁷

Geçici teminat mektuplarının garanti altına aldığı risklerin gerçekleşmesiyle birlikte idare, banka teminat mektubu ilişkisinde garanti veren konumunda olan bankaya başvurarak teminat olarak gösterilen tutarın kendisine ödenmesini istemek ve akabinde bu tutarı gelir olarak kaydetme hakkını haizdir.

B. Geçici Teminatların Gelir Kaydedilmesi

1. Genel Olarak

İdare ile ihaleye katılan istekliler arasındaki geçici teminat ilişkisinin olağan sona erme yolu, ihale üzerinde bırakılan istekliyle kamu ihale sözleşmesinin imzalanması ve alınan geçici teminatların isteklilere iade edilmesidir. Geçici teminat ilişkisinin olağan dışı sona erdiği yol ise geçici teminatların gelir kaydedilmesi olup kanunun belirlediği bazı hallerde idare, geçici teminatların garanti altına aldığı riskin gerçekleştiğinden bahisle bankaya ödeme talebinde bulunur. Talep üzerine geçici teminat mektubunda garanti edilen tutar idareye ödenir ve ödenen bu tutar, hazineye gelir kaydedilir.

2. Geçici Teminatların Gelir Kaydedildiği Durumlar

Geçici teminat mektubunda belirtilen tutarın banka tarafından idareye ödenip akabinde gelir olarak hazineye kaydedildiği durumlar, Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda sınırlı olarak sayılmıştır.

Bu durumlardan ilki, kamu ihale sözleşmesinin isteklinin kusuru ile imzalanmaması veya imzalanamaması halidir. Böyle bir durumda ihale üzerinde bırakılan isteklinin idarenin daveti üzerine kamu ihale sözleşmesini imzalamaması veya kusuru sebebiyle imzalayamaması halinde bu isteklinin geçici teminat mektubu paraya çevrilerek teminat mektubundaki tutar hazineye gelir kaydedilir ve ekonomik açıdan en

⁷ Reisoğlu, s. 143. Doğan V., s. 71.

avantajlı ikinci teklif sahibi istekli, kamu ihale sözleşmesini akdetmeye davet edilir. Ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekli de davet edilmesine rağmen sözleşmeyi imzalamaz ya da imzalayamaz ise onun göstermiş olduğu geçici teminat da gelir kaydedilerek ihale iptal edilir.

Geçici teminatların gelir kaydedildiği ikinci durum, ihale dışı bırakılma sebepleri ve ihaleye katılım şartları ile ilgilidir. İhaleye katılma şartlarını taşımayan isteklilerin ya da ihale dışı bırakılma nedenlerini taşıyan isteklilerin buna rağmen ihaleye katılması halinde, bu isteklilerin göstermiş oldukları teminatlar da gelir kaydedilir.

Son olarak, teklif zarfı içerisinde sundukları belgelerde bilgi eksiklikleri olan isteklilerin, bu eksiklikleri idare tarafından verilen süre içerisinde tamamlamamaları halinde de bu isteklilerin göstermiş oldukları geçici teminatlar gelir kaydedilir.

a. Sözleşmeye Davet Edilen İsteklinin Sözleşmeyi İmzalamaması Nedeniyle

“Sözleşmeye Davet” başlığını taşıyan KİK m. 42 hükmü gereğince, ihale üzerinde bırakılan istekliye, kendisine bu davetin tebliğ tarihini izleyen on gün içinde kesin teminatı vermek suretiyle sözleşmeyi imzalaması hususu bildirilir. İhale üzerinde kalan istekli, KİK m. 44’e göre aynı kanunun 42 ve 43. maddelerinde belirtildiği şekliyle kesin teminatı göstererek sözleşmeyi imzalamak zorundadır.⁸

İhale üzerinde bırakılan istekli, idarenin bu davetine icabet eder ve kesin teminatı göstererek kamu ihale sözleşmesini imzalarsa sorun yoktur. İsteklinin vermiş olduğu geçici teminat mektubu iade edilir ve geçici teminat ilişkisi böylelikle son bulur. Ancak bu isteklinin sözleşmeyi imzalamaması veya imzalarsa bile kesin teminatı göstermemesi halinde, göstermiş olduğu geçici teminat mektubu protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın gelir kaydedilir⁹.

⁸ Can, s. 87; Sezer/Kalkan/Şahin, s. 220.

⁹ Aksoy, s. 411. Ayrıca, KİK m.58 uyarınca ihale üzerinde kalan istekli hakkında, mücbir sebepler dışında sözleşme yapmaması halinde altı aydan az olmamak üzere bir yıla kadar bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilir. Kanaatimizce kanunda “protesto çekme” ibaresinin kullanılmasına gerek yoktur. Çünkü protesto, kıymetli evrak hukukuna ilişkin bir kurumdur. Protesto, bir kıymetli evrakın kabul edilmediği veya ödenmediğinin

İhale üzerinde bırakılan isteklinin sözleşmeyi imzalamaya yanaşmaması üzerine, KİK m. 44 hükmü gereğince, teklif fiyatının ihale yetkilisince de uygun görülmesi kaydıyla, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekliyle de aynı esas ve usullere göre sözleşme imzalanabilir. Yine aynı hüküm uyarınca, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekli ile sözleşme imzalanabilmesi için KİK m. 42’de belirtilen on günlük sürenin bitimini izleyen üç gün içinde bu istekliye KİK m. 42’de belirtilen şekilde tebligat yapılır. KİK m. 44/III’e göre, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibinin de sözleşmeyi imzalamaması durumunda, bu isteklinin de teminatı gelir kaydedilerek ihale iptal edilir.¹⁰

b. İhale Dışı Bırakılma Nedenlerini Taşıyan İsteklilerin İhaleye Katılmaları Nedeniyle

İhale dışı bırakma, ihaleden yasaklı olma kavramıyla benzer olsa da iki hukuki kurum birbirinden farklıdır. İhale yasaklılığı, ihale öncesi bir karara dayalı olarak bir kişinin ihaleye katılımını engellerken ihale dışı bırakılma, ihale sırasında alınan bir kararla kişinin istekli sıfatına son verilmesidir.¹¹ Hangi isteklilerin ihale dışı bırakılacağı KİK m. 10’da belirtilmiş olup on bent halinde sayılmıştır:

a) İflas eden, tasfiye halinde olan, işleri mahkeme tarafından yürütülen, konkordato ilân eden, işlerini askıya alan veya kendi ülkesindeki mevzuat hükümlerine göre benzer bir durumda olan.

b) İflası ilân edilen, zorunlu tasfiye kararı verilen, alacaklılara karşı borçlarından dolayı mahkeme idaresi altında bulunan veya kendi ülkesindeki mevzuat hükümlerine göre benzer bir durumda olan.

c) Türkiye’nin veya kendi ülkesinin mevzuat hükümleri uyarınca kesinleşmiş sosyal güvenlik prim borcu olan.

d) Türkiye’nin veya kendi ülkesinin mevzuat hükümleri uyarınca kesinleşmiş vergi borcu olan.¹²

resmi bir belge ile tespit edilmesidir. (Bkz. Hasan Pulaşlı, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, Ankara, 2017, s. 205). Banka teminat mektupları ise kıymetli evrak niteliğinde olmadığından bankadan ödeme talebinde bulunulması için zaten protesto çekmeye gerek yoktur.

¹⁰ Aksoy, s. 412.

¹¹ Doğan Şenyüz, “Kamu İhalelerinde İhale Dışı Bırakılma Şartı Olarak Vergi Borcunun Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Nami Çağan Anısına Armağan, Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 2020, s. 509.

¹² Bu bent kapsamında ihale tarihinde isteklinin vergi borcu olmadığını ortaya

e) İhale tarihinden önceki beş yıl içinde, mesleki faaliyetlerinden dolayı yargı kararıyla hüküm giyen.

f) İhale tarihinden önceki beş yıl içinde, ihaleyi yapan idareye yaptığı işler sırasında iş veya meslek ahlakına aykırı faaliyetlerde bulunduğu bu idare tarafından ispat edilen.¹³

g) İhale tarihi itibarıyla, mevzuatı gereği kayıtlı olduğu oda tarafından mesleki faaliyetten menedilmiş olan.

h) Bu maddede belirtilen bilgi ve belgeleri vermeyen veya yanıltıcı bilgi ve/veya sahte belge verdiği tespit edilen.

i) 11'inci maddeye göre ihaleye katılmayacağı belirtildiği halde ihaleye katılan.

j) 17'nci maddede belirtilen yasak fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilen."

Kanuna göre, bazı durumlara yönelik olarak isteklilerden ihale dışı bırakılma nedenlerini taşımadıklarına ilişkin taahhütname alınır.¹⁴

koyması hususu düzenlenmiş olup isteklinin bunu ilgili idareden alacağı bir belge ile ispat etmesi öngörülmüştür. KİK m. 10 son fıkrasında ise kesinleşmiş vergi borcunun uygulanması bakımından kapsamın belirlenmesi yetkisi Kamu İhale Kurumu'na verilmiştir. Kurum, bu yetkisini kullanırken Gelir İdaresi Başkanlığı'nın uygun görüşünü almak zorunda olduğu belirtilmiş olup Kurum bu yetkisini 22.08.2009 tarih ve 27327 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan "Kamu İhale Genel Tebliği" ile kullanmıştır. (Detaylı bilgi için bkz. Doğan Şenyüz, "Kamu İhalelerinde İhale Dışı Bırakılma Şartı Olarak Vergi Borcunun Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Nami Çağan Anısına Armağan, Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 2020, s. 505-535).

¹³ Bu bent kapsamında iş ve meslek ahlakına aykırı davranmanın ölçütü kanaatimizce belirsizdir. Bu ölçütün yasa metninde açık şekilde belirlenmemiş olması idarenin takdir yetkisinin çok geniş olmasına yol açmış ve ihale dışı bırakılma nedenleri istekliler aleyhine genişletilmiştir. İdari yargı mercileri ve Kamu İhale Kurulu da birçok kararında bu ölçütü kısıtlamaya çalışarak istekliyi ihale dışı bırakma kararlarının keyfiyetinin önüne geçmeye çalışmıştır. (Örneğin bkz. Kamu İhale Kurulu'nun 16.04.2003 tarih, 2003/UK. Z-31 sayılı kararı; 11.10.2003 tarih, 2003/UK. Z-579 sayılı kararı) Daha sonra Kurum, 11.11.2005 tarihli ve 25990 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan bir Tebliğ ile de kapsamı daraltmaya ve keyfilik önüne geçmeye çalışmıştır. Bkz. Sadettin Doğanıyığıt, "İsteklilerin Kamu İhalelerine Girmesini Engelleyen Tutum ve Davranış Uygulamaları", *Terazi Hukuk Dergisi*, C: 1, S: 1, s. 77-79. Ankara, 2006.

¹⁴ Teklif mektuplarının anılan maddeleri, "İhale tarihinde 4734 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesinin dördüncü fıkrasının (a), (b), (c), (d), (e), (g) ve (i) bentlerinde sayılan durumlarda olmadığımızı ve olmayacağımızı, anılan maddenin dördüncü fıkrasının (c) ve (d) bentleri hariç, bu hususlara ilişkin olarak durumumuzda değişiklik olması halinde buna ilişkin belgeleri idarenize derhal vereceğimizi; ihalenin üzerimizde kalması halinde ise sözleşme imzalanmadan önce anılan maddenin dördüncü fıkrasının (a), (b), (c), (d), (e) ve (g) bentlerine belirtilen durumlarda olmadığımızı ilişkin belgeleri anılan Kanun ve ilgili mevzuat ile ön yeterlik ve

İhale dışı bırakılmayı gerektiren bu durumlardan hangilerine ilişkin taahhütname sunulacağı, teklif mektubu standart formlarına taahhütname şeklinde dercedilen maddelerle belirlenmiş, belirlenen bu durumlara ilişkin ayrı bir taahhütname oluşturulmasına gerek görülmemiştir.¹⁵

Bu madde kapsamında istenen belgelerden hangilerinin taahhütname olarak sunulabileceğinin Kurum tarafından belirleneceği, gerçeğe aykırı taahhütname sunan istekliler ile taahhüt ettiği durumları tevsik eden belgelerini idareye sunmayan ihale üzerinde bırakılan isteklinin, ihale dışı bırakılarak geçici teminatının gelir kaydedileceği de KİK m. 10'da hüküm altına alınmıştır.¹⁶

İhale üzerinde bırakılan istekli veya diğer istekliler tarafından verilmiş taahhütnameye rağmen, isteklilerin gerçek durumu, taahhüt ettikleri durumla uyusmuyor olabilir. Bu durumda istekli, şahsında ihale dışı bırakılma nedenlerinden biri varken buna rağmen idareyi yanıltıcı bir beyanla ilgili taahhütnameyi imzalamıştır. Burada gerçeğe aykırı bir taahhüdün varlığından söz edilir. Bu durumda idare, söz konusu isteklinin taahhüt ettiği şartları taşımadığını tespit edebilir. İdarenin bu tespiti, re'sen yaptığı bir araştırma sonucu olabileceği gibi, bir bildirim, ihbar veya şikâyet üzerine de olabilir. Böyle bir durumun

ihale dokümanında yer alan düzenlemelere uygun olarak idarenize sunacağımızı taahhüt ediyoruz" şeklindedir. İlgili taahhütname ile idare, ihaleye katılan isteklilerin tümünün ihale dışı bırakılma nedenlerinden birinin şahıslarında gerçekleşmediğini taahhüt altına alır. Aynı zamanda bu isteklilerin ihalenin üzerlerine bırakılması halinde de ihale dışı bırakılma nedenlerini taşımayacakları ve buna ilişkin belgeleri idareye verecekleri kararlaştırılmış olur. Aksoy, s. 411-412

¹⁵ Şahiner, s. 182.

¹⁶ İhale üzerine bırakılan istekli, sözleşmeyi imzalamadan önce bu taahhüdünde belirttiği hususları ispat eder nitelikteki belgeleri İdareye sunmak zorundadır. Ancak bu belgelerin ihale üzerine bırakılan istekli tarafından idareye sunulmaması halinde mevzuatta bazı yaptırımlar öngörülmüştür. KİK m.58 hükmü gereğince, üzerine ihale yapıldığı halde, mücbir sebep halleri dışında, usulüne göre sözleşme yapmayanlar hakkında, altı aydan az olmamak üzere bir yıla kadar, m.2 ve m.3 ile istisna edilenler dâhil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilir. Aynı zamanda KİK m.10'un son fıkrasında da, ihale üzerinde kalan istekli tarafından taahhüt altına alınan durumu tevsik eden belgelerin sözleşme imzalanmadan önce verilmemesi halinde bu isteklinin ihale dışı bırakılarak geçici teminatlarının gelir kaydedileceği belirtilmiştir. Buna göre, ihale üzerinde bırakılan istekli, teklif mektubuna dercedilmiş ve imzalamadığı taahhütnamedeki durumunu ispat edecek belgeleri sözleşmeyi imzalamadan önce idareye sunmaktan kaçınırsa, ihale dışı bırakılır, ihalelere katılmaktan yasaklanır ve göstermiş olduğu geçici teminat mektubu gelir kaydedilir. Bkz. Şahiner, s. 182.

varlığı halinde, ihale üzerine bırakılmış olsa bile artık bu istekliyle kamu ihale sözleşmesinin imzalanması mümkün değildir. Dolayısıyla geçici teminat mektubu ile garanti edilen risk gerçekleşmiş ve bu istekli, kendisinin yol açtığı bir sebeple kamu ihale sözleşmesini akdedemez hale gelmiştir. Bu sebeple gösterilen geçici teminat mektubunun bankadan ödenmesinin talep edilmesi ve akabinde ödenen meblağın gelir kaydedilmesi gerekir.

Uygulama yönetmeliklerinin “İhale üzerinde kalan isteklinin sözleşmeye davet edilmesi” ve “İhale üzerinde kalan isteklinin sözleşmeyi imzalamaması” başlıklı maddeleri ile Kamu İhale Genel Tebliği'nin m. 17.6.4. hükmünde de, sunduğu belgeler KİK m. 10 kapsamında taahhüt etmiş olduğu durumlara aykırı hususlar içeren ihale üzerine bırakılan isteklinin, ihale dışı bırakılarak geçici teminatının gelir kaydedileceği düzenlenmiştir. Burada ihale üzerine bırakılan isteklinin taahhütname de taahhüt ettiği durumları ispat eder nitelikteki belgeleri sözleşmeyi imzalamadan önce idareye sunmasından farklı olarak ihaleye katılmaktan yasaklama yaptırımına yer verilmemiştir. Dolayısıyla bu durumda yalnızca ilgili istekli ihale dışı bırakılır ve göstermiş olduğu geçici teminat gelir kaydedilir.

c. İhaleye Katılamayacak Olan İsteklilerin İhaleye Katılmaları Nedeniyle

Kamu ihalelerine kimlerin katılamayacağı KİK m. 11’de düzenlenmiştir. Buna göre aşağıda belirtilenler, 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 ettiğiine 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 edinimleri.

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).

g) Terör örgütlerine iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu Emniyet Genel Müdürlüğü tarafından bildirilen gerçek ve tüzel kişiler ile bu kapsamda olduğu Millî İstihbarat Teşkilâtı Müsteşarlığı tarafından bildirilen yurt dışı bağlantılı gerçek ve tüzel kişiler.

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.”

İhaleye katılma yasağı yaptırımına giren fiillerin kapsamı ve katılma yasağı kararının üçüncü kişilere etkisi oldukça geniştir. Kanun adeta ihale düzenini bozucu fiil veya davranışta bulunan kişilerle ekonomik ilişki kuran veya kurma ihtimali olan herkesin ihalelere katılmasını yasaklamıştır.¹⁷ İhaleye katılamayacak olan bir isteklinin bu durumu, ihalenin çeşitli aşamalarında anlaşılabilir.

İsteklinin ihaleye katılamayacak kişilerden olduğunun tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında anlaşılması halinde, isteklinin ihale dokümanına uygun olarak vermiş olduğu geçici teminat gelir kaydedilir.

Tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında bu durumun fark edilememesi halinde KİK m. 11/IV'e göre bu isteklilerden biri üzerine ihale yapılırsa “teminatlar” gelir kaydedilerek “ihale iptal” edilir. Burada Kanunun kullandığı “teminatlar” ibaresi yerindedir. Çünkü isteklinin ihaleye katılamayacak olduğunun tespiti, teklifler değerlendirildikten sonra ve fakat kesin teminat verilmeden önce yapılabilir. Bu durumda, isteklinin geçici teminatı gelir kaydedilir. İsteklinin ihaleye katılamayacak olduğunun tespiti, istekli tarafından kesin teminat verildikten sonra yapılırsa da isteklinin kesin teminatı gelir kaydedilir.

¹⁷ Sezer/Kalkan/Şahin, s. 281. İhalelerden yasaklama hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz. Volkan Sırabaşı, “Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklama Süresi, Sürenin Başlangıcı ve Hukuki Niteliği”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2011/4, s. 371-380.

Kanunun kullanmış olduğu “ihale iptal edilir” ibaresi ise kanaatimizce doğru olmamıştır. Çünkü ihale üzerinde bırakılan isteklinin ihaleye katılmayacak durumda olduğunun tespit edilmesi halinde ihalenin iptal edilmesi, kamu ihale sistemindeki hızlılık ve kamu yararı amaçlarına aykırıdır. Aynı zamanda KİK’e göre, ihale üzerine bırakılan isteklinin kamu ihale sözleşmesini imzalamaması halinde ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekliyle bu sözleşmenin imzalanması mümkündür. Zira KİK m. 11 hükmünün ihalenin doğrudan iptalini öngördüğü şeklinde bir yorum, başkaca geçerli tekliflerin bulunduğu ihalelerin dahi salt ihale üzerinde bırakılan isteklinin ihale dışı bırakılması nedeniyle iptal edilmesi anlamına gelir.¹⁸ Dolayısıyla buradaki “ihale iptal edilir” ibaresini, “ihale kararı iptal edilir” şeklinde yorumlamak daha doğrudur.

İhaleye katılmayacağı belirtilen isteklilerin ihaleye katılması ve bunun kamu ihale sözleşmesi imzalanana kadar fark edilmemesi de mümkündür. Kamu ihale sözleşmesinin normalde ihaleye katılmayacağı belirtilen bir istekliyle imzalanması halinde bu durum daha sonradan anlaşılabilir. Bu durumda Kamu İhale Genel Tebliği’nin m. 28.1.8.1. hükmü gereğince sözleşme, KİSK m. 21 hükmüne uygun olarak feshedilir ve hesap genel hükümlere göre tasfiye edilerek kesin teminatlar ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir.

Geçici veya sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar, KİK m. 11/1’in (a) bendine göre ihaleye katılamaz.¹⁹ Kanun’da, kamu ihalelerinden yasaklamanın tanımı yapılmamıştır. Kamu ihalelerinden yasaklama, kamu ihalelerinde ihale sürecinin hukuka uygun şekilde yürütülmesini engelleyen ve sözleşmenin imzalanmasını sağlamak amacıyla kanunca belirlenmiş olan belirli fiil ve davranışta buldukları tespit edilenlere yönelik getirilmiş bulunan süreli ve konusu kamu ihalelerine girmemek şeklinde olan bir yaptırı-

¹⁸ Şahiner, s. 192.

¹⁹ Begüm İspir, “Kamu İhalelerine Katılma Yasağı”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2009; Sadettin Doğanyigit, “Haklarında Kamu Davası Açılanların İhale Yasağı”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C: 1, S: 4, s.118-121, Ankara, 2006 (Kamu Davası); Ö. Tuğrul Zor, : “Ceza Hukuku İlkeleri Çerçevesinde Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklama Kararları”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C: 9, S: 90, s.77-85, Ankara, 2014 (Ceza); Cemal Yüksek, Cemal: “Kamu İhalelerinden Yasaklama Yaptırımında Ölçülülük İlkesi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C: 10, S: 106, s.33-39. Ankara, 2015.

rımdır.²⁰ KİK m. 58'e göre, idare tarafından tesis edilen kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı, idari bir yaptırım kararı olup idarece uygulanır.²¹

Kanunda belirtilen bazı yasaklama sebepleri (KİK m. 17), aynı zamanda KİK m. 59'a göre 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu kapsamında suç teşkil eder. Bu tür durumlarda ihaleden yasaklama kararı geçici olarak verilir. Kalıcı olarak yasaklama kararı, ancak mahkeme kararı ile olur. KİK m. 59 hükmüne göre ihaleye katılmaktan yasaklanan istekliler hakkında, idarenin yapacağı bildirim üzerine ve Cumhuriyet savcısının düzenlediği iddianameye göre kamu davası açılır. Haklarında kamu davası açılmakla birlikte henüz ihale yasağı getirilmemiş ve suçlu olup olmadıkları da yargılama sonuçlanmadığından henüz bilinemeyen bu kişilerin kamu ihalelerine iştiraki ise mümkün değildir.²²

Açılan kamu davası sürmesine rağmen yine de ihaleye katılan isteklilerin haklarındaki yargı kararı kesinleşene kadar geçici teminatlarının gelir kaydedilip kaydedilmeyeceği, kanaatimize göre üzerinde durulması gereken bir konudur. Bu konuya ilişkin iki Düzenleyici Kurul kararından öncesinde bu kimseler, haklarındaki kamu davasının tebliğinden kararın kesinleşmesine kadarki süreçte ihaleye katılmaktan geçici olarak yasaklı kimseler arasında sayılıp geçici teminatları gelir kaydediliyordu.²³ Bu görüş, hakkaniyete uymamakla beraber masumiyet karinesini²⁴ de ihlal etmekteydi. Çünkü yargılama sonucunda kişinin beraat etmesi de mümkün olduğundan idare, haklarında kamu davası açılan bu isteklileri mağdur konuma düşürüyor-

²⁰ Can, s. 101. Benzer bir tanım için bkz. Ö. Tuğrul Zor, "Kamu İhale Mevzuatında Yasaklama Müessesesi", s. 3. Kamu İhale Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2006: "Kamu ihalelerinden yasaklama, rekabet, saydamlık, eşitlik ve kamuoyu denetimine açıklık gibi ilkeler merkezli kamu alım sistemini bozmaya yönelik birtakım ihallerde bulunan gerçek veya tüzel kişilerin geçici veya sürekli olarak ihalelere katılmaktan menedilmesidir."

²¹ Doğanıçit, Kamu Davası, s. 118. Ayrıca bkz. Danıştay 13.D: E:2011/4274, K.2012/4033. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

²² Doğanıçit, *Kamu Davası*, s. 120. Bu durumun sebebi (KİK m. 59/2'de yer alan "...ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler ve ..." ibaresidir.

²³ Düzenleyici Kurulun 2010/DK. D-64 sayılı kararı.

²⁴ İdare tarafından verilen yasaklılık kararlarında ceza hukukuna hâkim olan bazı ilkelerinin mutlaka gözetilmesi gerektiğine ilişkin Zor, Ceza, s. 79-85.

du. Sonrasında, bu konuya ilişkin iki Düzenleyici Kurul Kararında,²⁵ hakkında kamu davası açılanlardan ilk derece mahkemesinde yargılaması devam edenlerin ihaleye katıldığıının sözleşme imzalanmadan önce tespit edilmesi halinde ihale dışı bırakılmaları, ancak bu kimselelere geçici teminatları iade edilerek haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımını uygulanmamasına karar verilmiştir. Görüldüğü üzere, kanaatimizce de isabetli bir şekilde, anılan kurul kararlarıyla birlikte artık isteklilerin ihalelerden yasaklanmalarından ziyade ihale dışı bırakılması ve göstermiş oldukları teminatların kendilerine iadesi söz konusu olmaktadır.

d. Sunulan Belgelerde Yer Alan Bilgi Eksikliklerinin Tamamlanmaması Nedeniyle

Sunulan belgelerde yer alan belge ve bilgi eksikliklerini düzenleyen KİK m. 37 hükmüne göre: “... 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.”

Uygulamada özellikle teklif mektuplarında yer alan bazı unsurların eksikliği halinde idare tarafından bu eksiklerin tamamlanması istenebilir. Ancak bu eksikliklerin teklifin esasını değiştirecek nitelikte olmaması gerekir.²⁶ Kamu İhale Kurulu da birçok kararında bu durumlara örnek göstermiş; herhangi bir eksiklik halinde bunların düzeltilmesi veya tamamlanması gerektiği yönünde kararlar vermiştir.²⁷ Bu

²⁵ 2013/DK. D-7 ve 2014/DK. D-21.

²⁶ Teklif mektuplarının şekli ve maddi olarak içermesi gereken zorunlu unsurları hakkında Bkz.: Mesut Ertanhan, “Kamu İhale Kanunu’na Tabi İhalelerde Belge Eksikliği veya Belgelerde Bilgi Eksikliği”, s. 60 vd. *Ankara Barosu Dergisi*, Y: 65, S: 4 (Eksiklik).

²⁷ Örnek olarak teklif mektuplarında yer alan ihale kayıt numarası, teklifin esasını değiştirmeyen ve tamamlanması gereken bir eksiklik olarak değerlendirilebilmiştir. Kurul, 04.05.2004 tarih, 25452 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan bir kararında “...ihale kayıt numarasının olmaması mektubun teklif mektubu olma vasfını ortadan kaldırmayan, ihale mevzuatı açısından teklifin esasını değiştirmeyecek nitelikteki bir eksiklik olarak değerlendirilmelidir...” şeklinde karar vermiştir. (KİK 2004/UK. Z-382.) Yine, tarih bilgisi (KİK 2004/UK. Z-138, RG:12.03.2004-25400), teklif sahibinin uyruğu (KİK 2003/UK.Z-514, RG:06.11.2003, 25281) gibi durumlar tamamlanması mümkün olan bilgi eksiklikleridir.

eksik bilgilerin tamamlanması için istekliye idare tarafından belirli bir süre verilir. Verilen sürenin sonunda, eksik bilgiler isteklilerce tamamlanmazsa, bu istekliler ihale dışı bırakılarak göstermiş oldukları geçici teminatlar gelir kaydedilir.

Gerek Kanunun gerekse uygulama yönetmeliklerinin bu düzenlemeleri, teklif zarfı (teklif dosyası) içerisinde sunulan her bir belge bakımından geçerlidir.²⁸ Kamu İhale Genel Tebliği m. 16.6 hükmüne göre, geçici teminata ilişkin belgelerin kanunen taşınması zorunlu unsurlarındaki bilgi eksiklikleri, doğrudan teklifin esasını değiştirecek nitelikte kabul edilmiştir. Bu sebeple bu tür eksiklikler, ilke olarak tamamlanmaya konu edilemez. Fakat Tebliğin m. 16.6 hükmünde, başka kurum, kuruluş ya da kişilerce tanzim edilen belgelere ilişkin özel bir düzenleme öngörülmüştür. Buna göre, zorunlu asli unsurlar dışında, belgenin içeriğine ilişkin tereddüt yaratacak nitelikte olan ve belgeyi düzenleyen kurum, kuruluş ya da kişilerden kaynaklanan bilgi eksiklikleri tamamlanmalıdır. Dolayısıyla bunların idare tarafından tamamlanması yoluna gidilmesi gerekir. Bu tamamlama talebine uyulmaması halinde geçici teminat, gelir kaydedilir.²⁹

Tereddüt yaratacak nitelikte olmayan ve teklifin esasını değiştirmeyecek derecedeki küçük eksiklikler, bazen teklif zarfında yer alan başka belgelerden tespit edilebilir. Bu durumda kanaatimize göre, bu eksikliklerin tamamlanması için süre verilerek bu süre içinde eksiklikler tamamlanmazsa, geçici teminatın gelir kaydedilmesine karar verilmesi doğru değildir. Çünkü bu tür eksiklikler, teklifin esasını değiştirecek nitelikte olmadığı gibi teklif zarfında yer alan diğer belgelerden de ne oldukları anlaşılabilir eksikliklerdir. Bu noktada ortada bir eksiklik olduğunu kabul etmek, hayatın olağan akışına aykırı olacağı gibi idarenin ihtiyacını en hızlı ve uygun şekilde gidermesi gerektiğine yönelik ilkeye de ters düşer.

3. Geçici Teminatların Gelir Kaydedilmeyeceği Durumlar

Geçici teminatların gelir olarak kaydedilebileceği durumlar kanunda sınırlı olarak sayılmış olup bu hallerin dışında, özellikle de KİK m. 17'de sayılan yasak fiil ve davranışların varlığı halinde geçici teminat

²⁸ Şahiner, s. 201.

²⁹ Sezer/Kalkan/Şahin, s. 216.

natın gelir kaydedilmesi mümkün değildir. Ancak uygulamada KİK m. 17’de yer alan sebeplerin gerçekleşmesi halinde de idare tarafından geçici teminatların gelir kaydedildiği ve bu hususa ilişkin Kamu İhale Kurulu tarafından başvurucular lehine kararlar verildiği görülmektedir. Anılan madde hükmünde, belirtilen fiil veya davranışlarda bulunmanın yasak olduğu; bu yasak fiil ve davranışlarda bulunanlar hakkında kanunun dördüncü kısmında belirtilen yasaklama ve ceza sorumluluğu hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmiştir.

Hangi fiil veya davranışların yasak olduğunu belirleyen KİK m. 17 hükmüne göre:

- “a) Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikâp, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek.*
- b) İsteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak.*
- c) Sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek.*
- d) Alternatif teklif verebilme halleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekâleten birden fazla teklif vermek.*
- e) 11 inci maddeye göre ihaleye katılmayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak.”*

Yukarıda belirtilen hallerde, yasaklanan fiil ve davranışlarda bulunanlara yönelik geçici teminatın gelir kaydedilmesi şeklinde bir yaptırım öngörülmediğinden idarenin bu kimselerin sunduğu geçici teminatları gelir kaydetmesi kanuna aykırı olup Kamu İhale Kurulu bu durumlarda geçici teminatın iadesini öngörmektedir.

Örneğin Kurul tarafından verilen 03.01.2013 tarihli bir kararda:³⁰

“...yılına ait bilançonun öz kaynak oranının yeterli olmaması ve 4734 sayılı Kanun’un 17’nci maddesinin (c) bendi çerçevesinde ihaleye sunulan bilançonun sahte olduğu kanıtıyla değerlendirme dışı bırakılması işleminde mevzuata aykırılık bulunmamakla birlikte, söz konusu değerlendirme dışı bırakılma nedeninin geçici teminatın gelir kaydedileceği durumlar arasında yer almadığı, bu itibarla idarece başvuru sahibinin geçici teminatının gelir kaydedilmesinin mevzuata uygun olmadığı anlaşılmıştır...” ifadeleri,

³⁰ 03.01.2013 tarih ve 2013/UH. II-9 sayılı Kamu İhale Kurulu kararı.

Yine Kurul tarafından verilen 14.02.2018 tarihli bir kararda:³¹

"...Hangi durumlarda geçici teminat mektubu tutarının gelir kaydedileceği 4734 sayılı Kanun kapsamında düzenlenmiştir. Bu çerçevede 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 17'nci maddesinin (d) bendi kapsamında sayılan fiil veya davranışlarda bulunanların geçici teminatlarının gelir kaydedileceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla, ... tarafından sunulan geçici teminat tutarının gelir kaydedilmesi yönünde tesis edilen işlemin mevzuata uygun olmadığı, bu nedenle başvuru sahibinin geçici teminatının gelir kaydedilmesi işleminin iptali ve söz konusu geçici teminatın iade edilmesi yönünde düzeltici işlem tesis edilmesi gerektiği anlaşılmıştır..." ifadeleri kullanılarak bu hususa vurgu yapılmıştır.

Sonuç olarak, KİK m. 17 hükmünde belirtilen durumlarda ilgililer aleyhine geçici teminatların gelir kaydedilmesi mümkün olmayıp yalnızca kanunun dördüncü kısmında belirtilen yasaklama ve ceza sorumluluğu hükümleri uygulanır.

4. Geçici Teminat Mektuplarının Ödenmesi ve Gelir Kaydedilmesinde Usul

Kanunun getirdiği mecburiyet uyarınca ihaleye katılan isteklinin talimatı üzerine, banka ile idare arasında geçici teminat mektubu sözleşmesi kurulur. Bu sözleşmede banka tarafından garanti edilen risk, ihaleye katılan isteklinin, kamu ihale sözleşmesini imzalamaması veya kendi kusurundan kaynaklanan bir sebeple imzalayacak nitelikte olmaması halidir. Bu durumların gerçekleşmesi halinde, geçici teminat mektubunda garanti altına alınan risk gerçekleştiğinden bankanın, teminat tutarını idareye ödemesi gerekir. Bankanın bu ödemeyi yapabilmesi için idarenin, öncelikle hukuka uygun bir şekilde bankadan bir ödeme talebinde bulunması zorunludur.³²

³¹ 14.02.2018 tarih ve 2018/UH. II-405 sayılı Kamu İhale Kurulu kararı.

³² Hukuka uygun bir ödeme talebinden anlaşılması gereken, ödeme talebinde bulunabilecek kişi bakımından olabileceği gibi talebin şekli, zamanı, içeriği ve teminat mektubu sözleşmesinin şartları bakımından hukuka uygunluktur. Banka, muhatapın usulüne uygun olarak yaptığı ödeme talebi karşısında teminat mektubu metninde yer alan şartları haiz bir ödeme talebinin yapılıp yapılmadığını incelemek zorundadır. (Ünal Tekinalp, Banka Hukukunun Esasları, C. I, s. 372, İstanbul, 1988; V. Doğan, s. 187). Kamu ihale sözleşmelerine binaen tanzim edilen teminat mektuplarında muhatap, idaredir. Fakat uygulamada teminat mektubunda muhatap olarak genellikle ihaleyi açan kuruma bağlı bir daire, müdürlük veya alt kuruluş gösterilir. Bilindiği üzere bakanlıkların, devlet tüzel kişiliğinden bağımsız birer tüzel kişilikleri yoktur. Bakanlıkların ayrı tüzel kişiliği bulunmadığından,

Garanti sözleşmelerinin bir türü olan teminat mektubu sözleşmeleri, somut kanuni düzenlemelere konu olmadığından hem sözleşmelerin kuruluşunda hem de ifasında, şekil serbestisi kuralı geçerlidir. Ancak taraflar tanzim ettikleri teminat mektubu sözleşmesinde ödeme talebinin yazılı olacağını kararlaştırabilirler. Uygulamada da idarelere hitaben verilen tüm teminat mektuplarının ödenmesi talebinin yazılı olarak yapılacağı öngörülmüştür. Dolayısıyla idare, yukarıda belirtilen şartlardan herhangi birinin gerçekleşmesi halinde risk gerçekleşmiş sayılacağından geçici teminat mektubunun ödenmesi talebinde bulunur.

İdarenin bu ödeme talebi, yazılı olmalıdır. Ayrıca mektup metninde, teminat mektupları kıymetli evrak niteliğinde olmamasına rağmen ödeme talebinin kabulü için (rücu ve kontrgaranta başvuru ilişkisindeki ispat sorunlarıyla karşılaşmamak amacıyla) idare tarafından teminat mektubu metninin de bankaya teslimi, ödeme için bir şart olarak belirtilmekte ve mektup metninin bankaya iadesi yapılmadan, idareye ilgili bedel ödenmemektedir. Kanaatimizce teminat mektupları kıymetli evrak niteliğinde olmadığından bu şart gerekli değildir. Ancak Kamu İhale Kurumu tarafından idareye hitaben verilecek teminat mektuplarının şekli belirlenirken bu ibare, bankaları koruma amacıyla konulmuştur.

Belirtmek gerekir ki banka, teminat mektubu sözleşmesiyle soyut bir borç tanınması altına girmez. Banka yalnızca idare ile istekli arasındaki ilişkiden doğabilecek riskler sebebiyle idarenin uğrayabileceği

evleliyetle, bakanlıklara bağlı olan dairelerin veya genel müdürlüklerin de tüzel kişiliği bulunmaz. İlk bakışta, hukuken kişi olmayan bir kurum veya kuruluşun muhatap olarak gösterilmesi geçerli görünmeyebilir. Ancak burada hukuken bir problem yoktur, teminat mektuplarında muhatap olarak gösterilen bakanlıklar ve bakanlıklara bağlı kamu idarelerinin hepsi devlet tüzel kişiliği altındadır. Dolayısıyla bakanlıklar ve bakanlıkların alt kuruluşları olan genel müdürlük veya daireler, muhatap olarak gösterilebilir. Bu sayede bu kurum ve kuruluşlar ödeme talebinde de bulunabilir. Aynı zamanda, gösterilen muhatap aslında devlet tüzel kişiliği olunca, bakanlıklara, bu bakanlığın herhangi bir genel müdürlüğüne veya bir dairesine hitaben verilen teminat mektupları, geçerli ve devlete hitaben verilmiş teminat mektuplarıdır. Bu sebeple, yine devleti temsilen hareket eden Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından da bu teminat mektuplarının ödenmesi istenebilir (Reisoğlu, s. 247). Fakat belediyelerin ve kamu ihale sözleşmesi akdedebilecek bazı diğer kurumların devlet tüzel kişiliğinden ayrı birer tüzel kişiliği bulduğundan, bu kurumların muhatap olarak gösterildiği teminat mektuplarına ilişkin ödeme talebinin bizzat bu kurumlar tarafından yapılması gerekir.

zararın tazminini üstlenir. Dolayısıyla idare, bankaya ödeme talebinde bulunurken muhtemel riskin gerçekleştiğini de belirtmelidir. Her ne kadar “ilk talepte” kaydını içeren teminat mektuplarında bankanın riskin gerçekleşip gerçekleşmediğini somut olarak araştırma yetki ve yükümü yoksa da ödeme talebinde bulunanın her halükârda bu riskin gerçekleştiğini belirtmesi gereklidir. Bu nedenle tazmin talebine ilişkin idari yazılarda “teminat mektubunu tazmin ediniz” şeklinde genel beyanlara yer verilmesi yeterli değildir.³³

Geçici teminatların gelir kaydedilmesinde taraflar arasında uyumsuzluk konusu olan hususlardan birisi de, geçici teminatlarda kanunen istenilen asgari oran olan teklif bedelinin yüzde üçünden fazla gösterilen teminatların gelir kaydedilmesidir. Daha önce de belirttiğimiz gibi, isteklilerin kanuni oran olan yüzde üçten fazla teminat göstermeleri mümkün olup bu husus ihale sürecinin gizliliği ilkesine hizmet eder. Ancak asgari orandan fazla teminat gösteren isteklinin geçici teminatının gelir kaydedilmesi durumlarından biriyle karşılaşması halinde idarenin bazen kanunun lafzından hareketle bu teminatın tümünü gelir kaydetmesi gündeme gelebilmektedir. Bu durum, hukuka uygun olmayıp asgari tutarın üzerinde gösterilen teminatın istekliye iadesi gereklidir.

Nitekim Danıştay, 22.09.2022 tarihinde vermiş olduğu bir kararda;³⁴

“...4734 sayılı Kanun’un 33. maddesinin gerekçesinde, madde ile geçici teminatın asgari oranının %3 olarak belirlendiği ve isteklilerin bunun üzerinde de teminat vermelerine imkân tanınmak suretiyle tekliflerin gizlenmesi esasının korunduğu belirtilmiştir. Bu çerçevede, ihaleye teklif sunan istekliler, tekliflerinin %3’ü kadar geçici teminat sunabilecekleri gibi, tekliflerinin gizliliğinin sağlanması amacıyla teklif tutarının %3’ünden daha fazla da geçici teminat sunabileceklerdir. Ancak geçici teminatları irat kaydedilecek isteklilerin, Kanun’un amacına uygun olarak geçici teminatlarının sadece %3’lük kısmı irat kaydedilebilecek, tekliflerin gizliliğinin sağlanması için

³³ Şahiner, s. 207.

³⁴ Danıştay 13. Dairesi: T. 22.09.2022, E. 2019/2559, K. 2022/3274. Aynı şekilde, ihaleye katılan firmanın eksik belge ibraz etmesi ve sunduğu sosyal güvenlik prim borcu olmadığına dair belgenin ihale tarihi itibarıyla olmadığı nedeniyle ihalenin iptal edilerek geçici teminatın gelir kaydedilmesine yönelik bir uyumsuzlukta Danıştay 13. Dairesi T. 17.06.2014, E. 2009/4962, K. 2014/2524 sayılı kararında, geçici teminatın irat kaydedilmesi durumunda geçici teminat miktarının sadece yüzde üçünün irat kaydedilmesine, yüzde üçü aşan kısmın ise iade edilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

fazladan yatırmış oldukları teminat miktarlarının aşan kısmı ise iade edilecektir..." ifadeleri ile, geçici teminatlarda asgari tutarın üzerinde gösterilen teminatların istekliye iadesine karar verilmesi gerekliliğini vurgulamıştır.

Kamu İhale Kurulu da Danıştay kararları ile paralellik gösterir şekilde, geçici teminatın asgari tutarının üzerinde kalan kısmın istekliye iadesi yönünde karar vermektedir. Örneğin Kurul'un 08.06.2022 tarihinde vermiş olduğu bir kararda:³⁵

"4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "Geçici teminat" başlıklı 33'üncü maddesinde ihalelerde teklif edilen bedelin %3'ünden az olmamak üzere istekli tarafından verilecek tutarda geçici teminat alınacağı hüküm altına alınmak suretiyle, geçici teminatın yasal alt sınırı çizilmiştir. İsteklilerin teklif bedellerinin gizliliğine olanak sağlanması açısından %3'lük alt sınırı üzerinde de geçici teminat sunabilmeleri imkânı yine Kanun ile getirilmiş olup, geçici teminatın gelir kaydı gereken durumlarda mevzuatın ihaleye katılım koşulu olarak getirdiği yasal alt sınır üzerinden teminatın gelir kaydı gerektiği açık olduğundan, sunulan geçici teminat tutarının teklif edilen bedelinin %3'ünü aşan kısmının başvuru sahibine iadesi gerektiği sonucuna varılmıştır."

Sonuç olarak, kanunda belirtilen asgari oran olan yüzde üçten fazla geçici teminat gösterilen isteklilerin bu orandan fazla geçici teminat göstermeleri durumunda, bu isteklilerin herhangi bir sebeple geçici teminatının gelir kaydedilmesine karar verilirse, gelir kaydedilecek oran yalnızca teminatın yüzde üçü olup aşan kısmın istekliye iadesi gereklidir. Öte yandan bu durumun taraflar arasında ortaya çıkabilecek bir uyuşmazlık olmaktan çıkarılması, mevzuata bu yönde eklenecek bir düzenleme ile sağlanabilir kanaatindeyiz.

II. KESİN TEMİNATLARIN GELİR KAYDEDİLMESİ

A. Genel Olarak Kesin Teminatlar ve Kesin Teminat Mektupları

İhale sözleşmesi, üzerinde ihale bırakılan isteklinin sözleşmeye davet edilmesi ve tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarını açıklamalarıyla kurulur.³⁶ Sözleşmenin kurulmasıyla ihale üzerine

³⁵ 08.06.2022 tarih ve 2022/UM. I-698 sayılı karar.

³⁶ Dilek Bilir, "Kamu İhale Mevzuatına Tabi İnşaat Sözleşmelerinin Sona Ermesi", Ankara Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2010, s. 25; Sezer/Kalkan/Şahin, s. 220-223; Can, s. 86.

birakılan istekli, yüklenici sıfatını alarak ihale konusu edimi idareye borçlanır. İşte bu durumda, yüklenicinin ihale konusu edimin ifası ve sözleşmenin yürütülmesi aşamasında mevzuatın öngördüğü esas ve usullere aykırı hareket etmesi veya sözleşme konusu işi hiç veya gereği gibi ifa etmemesi riski ortaya çıkar. İdare, bu riskten doğması muhtemel zararı garanti altına almak için, ihale üzerine bırakılan müstakbel yükleniciden sözleşmenin kurulmasından önce belli bir oranda teminat ister. İşte yükleniciden bu durumda alınan teminata kesin teminat adı verilir.³⁷

İhalelerde en önemli teminat türü, kesin teminat olup kesin teminatın alınma amacı KİK m. 43'te "*Taahhüdün sözleşme ve ihale dokümanı hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak...*" olarak belirtilmiştir. Gerçekten de ihale sözleşmesiyle beraber taahhüt edilen edimin sözleşme ve ihale dokümanı hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak, idarenin ihale sözleşmesiyle yerine getirmek istediği kamu hizmetini de garanti altına almak anlamına gelir.

Yükleniciden alınacak kesin teminat miktarı KİK m. 43'te hükme bağlanmıştır. İlgili madde hükmüne göre: "*...sözleşmenin yapılmasından önce, ihale üzerinde bırakılan istekliden ihale bedeli üzerinden hesaplamak suretiyle %6 oranında kesin teminat alınır.*"³⁸

³⁷ Hüseyin Bilgin, "Son Değişiklikler Işığında 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu" *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 4, S. 38, s. 129; Aksoy, s. 396.

³⁸ Kanun koyucu m. 43/I'de genel kuralı bu şekilde belirlemekle birlikte, bu duruma iki istisna öngörmüştür. İstisnalardan ilki, danışmanlık hizmet alımlarıyla ilgilidir. KİK m.43/II'ye göre: "Danışmanlık hizmet ihalelerinde ihale dokümanında belirtilmesi kaydıyla, kesin teminat sözleşme yapılmadan önce alınmayabilir. Bu durumda, düzenlenecek her hakedişten %6 oranında yapılacak kesintiler teminat olarak alıkonulur." İlgili madde hükmüne göre, danışmanlık hizmet ihalelerinde kesin teminat alınması zorunluluğu kaldırılmamıştır. Kanun koyucu burada yalnızca teminatın alınacağı zaman hakkında bir istisna getirmiştir. Buna göre idare, ihale dokümanında belirtmesi şartıyla danışmanlık hizmet alımı ihalelerinde sözleşme yapılmadan önce ihale üzerinde bırakılan istekliden kesin teminat almak zorunda değildir. Fakat kesin teminat kamu ihale sözleşmesinin sözleşme sürecindeki ifaya yönelik risklerini garanti altına alan bir teminattır. Bu sebeple bu teminatın istisnalar hariç hiç alınmaması mümkün değildir. Sözleşme yapılmadan önce danışmanlık hizmet alımı ihalelerinde kesin teminat alınmaması halinde idare, yüklenicinin her hakedişinin %6'sından kesinti yaparak bunu kesin teminat olarak alıkoymaz. Kanun koyucu tarafından getirilen bir diğer istisna, KİK m. 43/III'te yer alır. İlgili madde hükmüne göre: "Kurum, ihale üzerinde kalan isteklinin teklifinin sınır değerinin altında olması hâlinde, bu istekliden yaklaşık maliyetin %6'sından az ve %15'inden fazla olmamak üzere alınacak kesin teminat oranına ilişkin düzenlemeler yapabilir." Sınır değer, ancak yapım işi ihaleleri

Öte yandan idarenin satın aldığı bazı iş ve hizmetler, fiyat farkı ödenmesi öngörülerek ihale edilir. Aynı zamanda sözleşmenin ifası sırasında da bir iş artışı meydana gelebilir. İşte bu durumlarda, idare tarafından yükleniciden alınan kesin teminata ek bir teminat daha alınması gerekir. Bu alınan ek teminat, niteliği itibariyle kesin teminat olup ek kesin teminat olarak adlandırılır.³⁹ Bu durum, KİSK m. 12' de düzenlenmiş olup ilgili madde hükmüne göre: *"Fiyat farkı ödenmesi öngörülerek ihale edilen işlerde fiyat farkı olarak ödenecek bedelin, sözleşme bedelinde artış meydana gelmesi halinde bu artış tutarının %6'sı oranında teminat olarak kabul edilen değerler üzerinden ek kesin teminat alınır. Fiyat farkı olarak ödenecek bedel üzerinden hesaplanan ek kesin teminat hakedişlerden kesinti yapılmak suretiyle de karşılanabilir."* Maddenin lafzından ikili bir ayırım yapıldığı anlaşılır. Buna göre, fiyat farkı ödenmesi halinde alınacak ek kesin teminatlarda doğrudan ödenecek bedelin yüzde altısı oranında teminat alınabileceği gibi hakedişlerden kesinti yapmak suretiyle de bu teminat miktarı karşılanabilir. Ancak iş artışı yapılması halinde sözleşme bedelinde meydana gelen artışın yüzde altısı oranında ek kesin teminat alınır. Zira bu durumda, hakedişlerden kesinti yapmak suretiyle ek kesin teminat tutarını karşılamak mümkün değildir.

Kesin teminatlar da aynı geçici teminatlar gibi tedavüldeki Türk parası, devlet iç borçlanma senetleri veya bunlar yerine geçen belgeler ile verilebileceği gibi uygulamada en çok teminat mektubu şeklinde verilmektedir. Kesin teminat mektuplarında da amaç, diğer kesin teminatlarda olduğu gibi idareye yüklenicinin kamu ihale sözleşmesinde yer alan edimini süresi içinde ve gereği gibi ifa etmemesi rizikosuna karşı güvence sağlamaktır.⁴⁰ Teminat mektubunda lehtar konumunda olan yüklenici, teminat mektubuna dercedilen kamu ihale sözleşmesinden doğan yükümlülüğünü süresinde kısmen veya tamamen yerine getirmez ise, idarenin ödeme talebi üzerine bankanın garanti edilen bedeli ödeme borcu doğar. Bu mektuplara ifa garantisini de denmekte

ile hizmet alımı ihaleleri bakımından söz konusu olur. Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği ile Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin ilgili maddeleri uyarınca bu ihalelerde ihale üzerinde bırakılan istekliden sözleşme imzalanmadan önce teklif fiyatının sınır değere eşit veya üzerinde olması halinde teklif fiyatının %6'sı, sınır değerinin altında olması ise yaklaşık maliyetin %9'u oranında kesin teminat alınır. Ayrıca bkz. Aksoy, s. 396.

³⁹ Bilgin, s. 129; Aksoy, s. 396.

⁴⁰ V. Doğan, s. 78.

olup kesin teminat mektubunun verilmesiyle birlikte banka, temel ilişkinin taraflarından birini oluşturan edimi garanti edilenin (lehtar, yüklenici) garanti altına borçlandığı edimi sözleşmeye uygun olarak yerine getirmemesi tehlikesine karşı idareyi güvence altına almaktadır.⁴¹

Kesin teminat mektuplarıyla garanti altına alınan ve kanunda belirtilen risklerin gerçekleşmesiyle birlikte idare, kesin teminat mektubunun ödenmesi talebiyle bankaya başvurarak kendisine ödemenin yapılmasını isteyerek ödenen tutarı gelir olarak kaydetmek hakkını haizdir.

B. Kesin Teminatların Gelir Kaydedilmesi

1. Genel Olarak

Kesin teminat, ihale üzerinde bırakılan istekliden, kamu ihale sözleşmesi imzalanmadan istenen bir teminat türüdür. İstekli, kesin teminat mektubunu sunarak idarenin kamu ihale sözleşmesini akdetme çağrısına uymak zorundadır. Aksi takdirde, sözleşmenin tarafı olma hakkını kaybedeceği gibi göstermiş olduğu geçici teminat mektubu da idarenin ödeme talebine konu olur. Kesin teminatın garanti altına aldığı risk ise, isteklinin kamu ihale sözleşmesini imzalayıp yüklenici sıfatını almasıyla üstlendiği edimi tam veya gereği gibi ifa etmemesidir. Kesin teminat mektubunun idareye sunulmasıyla birlikte kamu ihale sözleşmesi akdedilir ve yüklenici, yüklendiği edimin ifasına başlar.

Bazı durumlarda, kesin teminat mektubu ile garanti altına alınan risk gerçekleştiğinden idarenin bankaya başvurarak zararının giderilmesini isteme hakkı doğar. Bu durumların neler olduğu, KİK ve KİSK'te sınırlı olarak sayılmıştır. Yani mevzuatın gösterdiği durumlar gerçekleştiğinde yüklenicinin, yüklendiği edimi tam veya gereği gibi yerine getiremediği veya yüklenicinin şahsının bu edimi yerine getirebilecek kişilerden olmadığı anlaşılmış olur. Bunun üzerine idare, kamu ihale sözleşmesini fesheder ve bu feshin bir sonucu olarak yüklenicinin lehine banka tarafından kendisine sunulmuş olan kesin teminat mektubunun ödenmesini isteyerek zararının bir kısmını tazmin eder ve bu tutar, hazineye gelir kaydedilir.

⁴¹ Canbolat, s. 82.

Kesin teminatların gelir kaydedileceği durumlar, kamu ihale sözleşmesinin idare tarafından feshedilebileceği durumlarla örtüşür. Bunun en bariz örneği, yüklenicinin taahhüdünü yerine getirmemesi, yani yüklenicinin temerrüdüdür. Bunun yanında yüklenicinin mali acz içinde bulunması veya yüklenicinin ihale veya sözleşmenin yürütülmesi aşamasında yasak fiil ve davranışlarda bulunması da kesin teminat mektubunun ödenmesi talebine konu olabilecek durumlardır. Aynı zamanda yüklenicinin sözleşmeyi usulsüz olarak devretmesi ya da gerçek kişi yüklenici veya ortak girişim yüklenicinin ortaklarından birinin iflası, ağır hastalığı veya tutukluluğu da yine bankaya başvuru imkânı sağlar.

2. Kesin Teminatların Gelir Kaydedildiği Durumlar

a. Yüklenicinin Taahhüdünü Yerine Getirmemesi (Yüklenicinin Temerrüdü) Nedeniyle

Borçlunun temerrüdü, muaccel bir borcun borçlu tarafından borç ilişkisine uygun olarak yerine getirilmemesini ifade eder.⁴² Temerrüt, borcun tam veya gereği gibi ifa edilmemesi, borca aykırı davranılmasıdır.

İdare, KİSK m.20/I'in (a) bendi uyarınca, yüklenicinin kamu ihale sözleşmesiyle üstlenmiş olduğu edimi tam veya gereği gibi ifa etmemesi durumuna dayanarak sözleşmeyi feshedebilir.⁴³ İdare, fesih hakkını kullanmadan önce yükleniciye ifa yükümlülüklerini sözleşmeye uygun olarak yerine getirmesi için on günlük bir süre vermek zorundadır. Yüklenici, bu on günlük süre içerisinde de yüklendiği edimi gereği gibi ifa etmiyorsa idare, yüklenicinin temerrüdüne dayanarak kamu ihale sözleşmesini fesheder ve bu fesihle beraber KİSK m. 20/II uyarınca kesin teminatlar ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir. Yani idare, muhatabı olduğu kesin teminat mektubuna dayanarak bankadan ödeme talebinde bulunabilir.

⁴² Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2022, s. 874; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2022, s. 1222.

⁴³ Meltem Zorba, "Kamu İhale Sözleşmelerinin Sona Ermesi", *Kamu İhale Dünyası Dergisi*, S: 8, Ekim-Aralık, 2017; Zeliha Yazıcı, "Kamu İhale Sözleşmelerinin Sona Erme Sebepleri ve Hukuki Sonuçları", İller Bankası A.Ş. uzmanlık Tezi, 2018, s. 53; Ferhat Memmedzade, "Kamu İhale Sözleşmelerinin Feshi ve Yüklenicinin Konkordato İlan Etmesinin Sözleşmeye Etkisi", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 14, S. 150, s. 360; Bilir, s. 111.

Yüklenici, kamu ihale sözleşmesiyle beraber yüklendiği edimi yerine getirmese idarenin yüklenicinin temerrüdü sebebine dayanarak sözleşmeyi feshetme hakkı doğar. Yüklenicinin bu davranışında iki tip edim yükümüne aykırılık söz konusu olup söz konusu aykırı davranış hem gereği gibi ifa etmemeyi hem de süresinde ifa etmeme de dahil hiç ifa etmemeyi kapsar.⁴⁴ Günlük ceza gerektiren borca aykırılık halleri, edimin ifasına engel teşkil etmiyorsa, feshin gerekçesi olamaz. Ancak dürüstlük kuralları gereğince, günlük ceza gerektiren borca aykırılık halleri, edimin ifasına engel teşkil eder niteliğe gelmiş ise artık günlük ceza kesmek yerine sözleşmenin feshi yoluna gidilmesi daha uygun bir davranış olur.⁴⁵ Öte yandan, yüklenicinin iş programına uymaması veya işe hiç başlamaması da kötü ifa ve yanlış ifa da sözleşmenin feshi için geçerli sebeplerdir.⁴⁶

İhale dokümanını oluşturan teknik şartname ile varsa genel ve özel şartnameler kamu ihale sözleşmesinin bir parçası olarak karşılıklı edimlerin yerine getirilmesinde tarafların yükümlülüklerini belirler.⁴⁷ Yüklenici, bu şartnameler doğrultusunda akdettiği sözleşmeyi tam ve gereği gibi yerine getirmekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğüne uymadığı takdirde yüklenici borca aykırı davranmış olur. Borçlunun borcuna aykırı davranması sonucunda alacaklı, kural olarak borçluyu temerrüde düşürür. Alacaklı, TBK m. 117/I'e göre bunu borçluya ihtarıyla yapar. Bu hükme paralel bir şekilde KİSK m. 20'ye göre de alacaklı konumunda olan idarenin, yükleniciyi temerrüde düşürebilmesi için ihtarda bulunması gerekir.

Belirli vadeli borçlar bakımından ise Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun Türk Borçlar Kanunu sisteminden ayrıldığı görülür. Ortada belirli vadeli bir borç olsa bile KİSK m. 20 lafzından, yüklenicinin temerrüde düşürülebilmesi için ihtarın gerektiği anlaşılır. Bu ihtar, herhangi bir şekle bağlı olmamakla birlikte gerekçeli olmalı ve ispat hukukunda kolaylık sağlaması açısından noter vasıtasıyla yapılmalı-

⁴⁴ Bilir, s. 111.

⁴⁵ D. Ali Demirboğa, Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi, Ankara, 2013, s. 131.

⁴⁶ Yusuf Uslu: "Yapım İşlerine İlişkin Sözleşmelerin Feshi ve Hukuki Sonuçları", s. 45. Kamu İhale Kurumu Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, Ankara, 2006. Bu durumda hem KİSK m. 20/a, hem de TBK hükümleri uygulama alanı bulur. (Bilir, s. 112); Ayrıca bkz. Yaşar Gök, Yapı İşleri ve Hakediş Uygulaması, Geliştirilmiş ve Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Ankara, 2002; Memmedzade, s. 362; Zorba, s. 3.

⁴⁷ Sezer/Kalkan/Şahin, s. 31; Demirboğa, s. 131.

dır. İdare tarafından çekilen bu ihtar ile yükleniciye on günlük bir süre verilir. Bu on günlük süre, yüklenicinin edimini ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmesi için verilir. Sürenin idarenin takdirine göre on günden fazla olması da mümkündür. Keza KİSK m. 20, “en az on gün” ibaresiyle yükleniciye verilen sürenin arttırılabileceğini belirtmiştir.

Yüklenicinin idare tarafından verilen bu süre sonunda da yüklenildiği edimi tam veya gereği gibi ifa etmemesi halinde borçlunun temerrüdü söz konusu olur. Yüklenicinin temerrüde düşmesi halinde idare, kamu ihale sözleşmesini feshetme hakkına sahiptir. KİSK m. 22 uyarınca, KİSK m. 20’de belirtilen ihtar süresinin bitimi itibarıyla, yüklenici temerrüde düşmüş sayılır. Bu tarihi izleyen yedi gün içerisinde idare tarafından fesih kararı alınır ve bu karar beş gün içerisinde yükleniciye bildirilir. Fesih hakkının kullanılmasına beraber, kanunun emredici hükmü gereği idare, garanti altına alınan riskin gerçekleştiğinden bahisle bankaya ödeme talebinde bulunarak kesin teminat mektubu ile garanti altına alınmış tutarın kendine ödenmesini isteyebilir. Ödenen tutar hazineye gelir kaydedilir ve hesap, genel hükümlere göre tasfiye edilir.

b. Yüklenicinin Mali Acz İçinde Bulunması Nedeniyle

“Yüklenicinin Sözleşmeyi Feshetmesi” başlığını taşıyan KİSK m. 19: “Sözleşme yapıldıktan sonra mücbir sebep halleri dışında yüklenicinin mali acz içinde bulunması nedeniyle taahhüdünü yerine getiremeyeceğini gerekçeleri ile birlikte yazılı olarak bildirmesi halinde, ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir” hükmünü içerir.

Kanaatimizce kanun koyucu, madde başlığı ile madde lafzı karşılaştırıldığında, madde başlığının seçiminde yanılıcı davranmıştır. Keza maddenin lafzında yüklenicinin yalnızca mali acz içinde olduğunu idareye bildirmesi söz konusu olup yüklenici tarafından bir fesih yapılmamaktadır. Anılan maddede, yükleniciye kendi mali durumu ve bunun sözleşmenin ifa edilmesindeki engel teşkil eden yönünü bildirmekten başka bir yetki tanınmamıştır⁴⁸. Fesih, yüklenicinin bildi-

⁴⁸ Bilir, s. 149-150; Memmedzade, s. 362; Zorba, s. 5.

rimi akabinde idare tarafından yapılır. Dolayısıyla bu hüküm, yükleniciye haklı sebeplerle bir sözleşmeyi sona erdirmeye yetkisi vermeyip yüklenicinin mali acz durumunda bulunmasından dolayı idare tarafından sözleşmenin sona erdirilmesini düzenler.⁴⁹

Yüklenicinin mali acz içinde bulunması, ödeme güçlüğünden çok gelecekte de meydana gelebilecek yükümlülüklerinin ifası konusunda ödeme yeteneğinin geniş bir oranda kaybedilmesi, yüklenicinin ödemelerini yapamaz halde olması anlamına gelir.⁵⁰ Örneğin yüklenicinin çeklerini zamanında ödememesi ya da senetlerinin protesto edilmesi, mali acz için tek başına yeterli değildir⁵¹. Ancak borçların ödenmemesinden dolayı yüklenici aleyhine yapılan icra takibi sonucunda yükleniciye borç ödemediği belgesi verilmesi, yüklenicinin mali acz durumunda olduğunu gösterir niteliktedir.

Yüklenici, mali acz içerisinde bulunması nedeniyle taahhüdünü yerine getiremeyeceğini idareye gerekçeleriyle birlikte yazılı olarak bildirmelidir.⁵² Yapılan bu bildirim ile KİSK m. 22 uyarınca sözleşmenin feshedilmesi istenir. Yine aynı madde uyarınca idare tarafından fesih kararı alınır ve yükleniciye bildirilir.

Yüklenicinin mali acz içinde olması sebebine dayanarak idarenin kamu ihale sözleşmesini feshedebilmesi için mali acze sebep olan durumun bir mücbir sebep olmaması gerekir.⁵³ Yüklenicinin mali aczine bir mücbir sebep yol açmışsa, mali acz ile yüklenicinin taahhüdünü yerine getirmemesi arasındaki illiyet bağı kopar. Dolayısıyla idare, aradaki illiyet bağı koptuğundan mali acz sebebine dayanarak sözleşmeyi feshedemez. Bu durumda, gerekirse yükleniciye süre uzatımı verilerek sözleşmeden doğan edimi ifa imkânı verilir ya da sözleşme feshedilse bile verilen kesin teminat mektubu iade edilir.⁵⁴

Kanundaki şartlara uygun bir şekilde yüklenici tarafından mali aczin idareye bildirilmesi sonucunda, kamu ihale sözleşmesi feshedi-

⁴⁹ İbrahim Kaplan, "İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri", Ankara, 2013, s. 308.

⁵⁰ Mali acz ve aciz belgesi hakkında detaylı bilgi için bkz. Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz, İcra ve İflas Hukuku, Ankara, 2023, s. 432 vd.

⁵¹ Demirboğa, s. 128.

⁵² Şahiner, s. 212.

⁵³ Memmedzade, s. 362.

⁵⁴ Demirboğa, s. 129.

lir ve bankadan kesin teminat mektuplarının ödenmesi talep edilerek ödenen meblağ hazineye gelir kaydedilir.

c. Yüklenicinin İhale Sürecinde Yasak Fiil ve Davranışlarda Bulunması Nedeniyle

Yüklenicinin ihale sürecinde yasak fiil ve davranışlarda bulunması, kamu ihale sözleşmesinin feshi sebeplerinden biridir. Bu sebebe dayanarak sözleşmenin feshedilebilmesi için yüklenicinin ihale sürecindeki yasak fiil ve davranışları, kamu ihale sözleşmesinden doğan edimin ifası sırasında fark edilmelidir. Bu durumda da kural olarak kamu ihale sözleşmesinin feshi gerekir⁵⁵. Keza yüklenicinin davranışları sebebiyle bu sözleşmede tarafların karşılıklı olarak duyduğu güven temeli sarsılmış olup bu sözleşmeye devamda kamu yararı bulunmaz.⁵⁶ İhale sürecinde Kamu İhale Kanunu'na göre yasak fiil ve davranışlarda bulunduğu sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilen yüklenicinin KİSK m. 21'e göre kesin teminatı ile varsa ek kesin teminatları gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesap, genel hükümlere göre tasfiye edilir.

İhale aşamasındaki yasak fiil ve davranışlar KİK m. 17'de sayılmıştır. Bu fiil ve davranışlar şunlardır:

- 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.

⁵⁵ Dinçer Gönen/Hikmet Işık, Açıklamalı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat, Birinci Bası, Ankara, 2003; M. Emin Karaca, Kamu İhalelerinde İnşaat Sözleşmeleri ve Sözleşmenin Müteahhitten Kaynaklanan Sebeple Sona Ermesi, Ankara, 2009; Ali Özek/Osman Kaya, Açıklamalı Kamu İhale Rehberi, 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Uygulaması, Güncellenmiş ve Geliştirilmiş II. Bası. Ankara, 2003; İ. Hakkı Sayın, Açıklamalı Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Ankara, 2008; Harun Kale, "Kamu İhale Sözleşmelerinin Feshi ve Feshin Sonuçları" (https://www.turkhukuk sitesi.com/makale_1250.html); Zorba, s. 3.

⁵⁶ Demirboğa, s. 135

- d) Alternatif teklif verebilme halleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekâleten birden fazla teklif vermek.
- e) 11 inci maddeye göre ihaleye katılmayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak.”

Yüklenici tarafından ihale sürecinde yukarıdaki fiil ve davranışlarda bulunduğu tespitini ile birlikte idare, kamu ihale sözleşmesini fesheder ve bunun akabinde kesin teminat mektuplarının ödenmesi talebinde bulunur.

Kamu ihale sözleşmeleri hukuki niteliği itibariyle kanaatimizce her ne kadar birer özel hukuk sözleşmesi olsa da bu sözleşmelerin kamu yararını amaçladığı açıktır.⁵⁷ Dolayısıyla kanun koyucu, kamu

⁵⁷ Kamu ihale sözleşmelerinin hukuki niteliği konusunda öğretide bir görüş ayrılığı bulunmakta olup bazı yazarlara göre bu sözleşmeler birer idari sözleşme, bazı yazarlara göre ise birer özel hukuk sözleşmesidir. Kamu ihale sözleşmelerinin idari birer sözleşme olduğunu savunan yazarlar, bu sözleşmelerin “kamu hizmetinin yürütülmesi” saiki ile yapıldığı ve mevzuatta bu sözleşmelerin özel hukuk rejimine tabi olacağını ayrıca belirlenmemiş olmasından bahisle özel hukuk sözleşmesi sayılmayacağı görüşündedir (Bkz. Kemal Gözler, *İdare Hukuku C. II, Güncellenmiş 3. Baskı*, s. 53 vd. Bursa, 2019; Onur Karahanoğulları, *İdare Hukuku*, 1. Baskı, s. 337 vd. Ankara, 2022, Ayhan Tekinsoy, “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2, C. 55, s. 222 vd. Ankara, 2006). Kanaatimizce, KİSK m. 4 hükmünün açıkça tarafların eşit olduğunu ifade etmesi, idarenin bu eşitliği bozacak düzenlemeler yapmaktan men edilmesi ve KİSK m. 36 hükmünün Türk Borçlar Kanunu’na yaptığı atfı, kanun koyucunun kamu ihale sözleşmelerini birer özel hukuk sözleşmesi olarak düzenlemek istendiğinin ispatı olup salt sözleşmenin içerdiği edimin niteliğine bakılarak bu sözleşmelerin idari birer sözleşme olduğunun ifade edilmesi mümkün değildir. Kamu ihale sözleşmelerinin birer özel hukuk sözleşmesi olduğu yönünde ayrıca bkz. E. Ethem Atay, *İdare Hukuku*, 9. Baskı, s. 601 vd. Ankara, 2023; Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 17. Baskı, s. 554 vd. Ankara, 2023. Kamu ihale sözleşmelerinin hukuki niteliği hakkındaki tartışmalar için bkz. Ceren Şakar, “Kamu İhale Sözleşmelerinin Hukuki Rejimi”, Adnan Menderes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Aydın, 2016; Abdullah Uz, *İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmelerin Hukuksal Rejimi Bakımından Kamu İhale Sözleşmeleri*, Ankara, 2010; Fatma Ayhan, “İdarenin Taraf Olduğu Kira Sözleşmelerinin Hukuki Rejimi”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2012; Erkan Küçükgüngör/Şebnem Akipek, “Kamu İhale Sözleşmeleri”, *Mali Hukuk Dergisi*, Y. 18, S. 103, s. 39-50, Ankara, 2013; Zehra Odyakmaz, “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.2 (1-2), s. 141-195, Ankara, 1998. Yerleşik mahkeme içtihatları da kamu ihale sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların adli yargıda çözülmesi gerektiğini, nitekim bu sözleşmelerin birer özel hukuk sözleşmesi olduğu yönündedir. Bkz. Danıştay 6. Daire: E. 1996/3976, K. 1997/3037, T. 17.06.1997; Danıştay 10. Daire:

yararını korumak adına, bu tür fiil ve davranışlar yapılmış olsa bile, idareye sözleşmeyi devam ettirme hakkı tanımıştır. Bu hak, kamu ihale sözleşmesiyle üstlenilen taahhüdün ne kadarının bittiğine bakılarak kullanılabilir. KİSK m. 21, yüzde seksenlik bir oran belirlemiştir. Taahhüt edilen işin yüzde sekseninin belirlenmesinde, ilk sözleşme bedeli dikkate alınır.⁵⁸ Buna göre, kamu ihale sözleşmesiyle üstlenilen taahhüdün yüzde sekseni ifa edilmemişse kamu ihale sözleşmesinin idarece feshi zorunludur.

İdarenin kanunun belirlediği şartlara göre bazı durumlarda sözleşmeyi devam ettirme hakkı da vardır. KİSK m. 21'e göre taahhüdün yüzde sekseninin tamamlanması ve taahhüdün tamamlattırılmasında kamu yararı bulunması kaydıyla; ivediliği nedeniyle taahhüdün kalan kısmının yeniden ihale edilmesi için yeterli sürenin bulunmaması, taahhüdün başka bir yükleniciye yaptırılmasının ekonomik veya hukuken mümkün olmaması veya yasak fiil ve davranışın taahhüdün tamamlanmasını engelleyecek nitelikte olmaması halinde idare, sözleşmeyi feshetmeyebilir. Bu konuda idarenin takdir hakkı vardır. Takdir hakkının işin devamı yönünde kullanılması halinde yüklenici, taahhüdünü tamamlamak zorundadır. Bu şekilde idarenin takdir yetkisinin sonucu olarak taahhüdüne devam eden yüklenicinin sözleşmesi feshedilmez ve teminatları gelir kaydedilmez.⁵⁹

d. Yüklenicinin Sözleşmenin Yürütülmesi Aşamasında Yasak Fiil ve Davranışlarda Bulunması Nedeniyle

Yüklenici tarafından sözleşmenin yürütülmesi aşamasında KİSK m. 25'te yer alan fiillerin işlenmesi halinde herhangi bir ihtar veya mehile gerek kalmaksızın sözleşme feshedilir⁶⁰. İlgili madde hükmünde yer alan yasak fiil ve davranışlar şunlardır:

E. 1986/469, K. 1988/1048, T. 09.06.1988; Uyuşmazlık Mahkemesi: E. 1987/2, K. 1987/7, T. 02.03.1987 (Aktaran: Gözler, s. 50-51); Yargıtay 13. HD: E. 1982/6438, K. 1982/6996, T. 18.12.1982 (Kazancı).

⁵⁸ Demirboğa, s. 136.

⁵⁹ Şahiner, s. 217.

⁶⁰ Buz'a göre, yüklenicinin ihale sürecinde yasak fiil ve davranışlarda bulunduğu sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilmesi halinde sözleşmenin kuruluşu aşamasındaki bir sakatlık söz konusu olduğundan fesih veya dönme değil, iptal söz konusudur. Vedat Buz, Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, Ankara, 2007, s. 297 vd.; aynı görüşte Bilir, s. 227 vd.

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

b) Sahte belge düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek.

c) Sözleşme konusu işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak, fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı veya kusurlu imalat yapmak.

d) Taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar vermek.

e) Bilgi ve deneyimini idarenin zararına kullanmak veya 29 uncu madde hükümlerine aykırı hareket etmek.

f) Mücbir sebepler dışında, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmemek.

g) Sözleşmenin 16'ncı madde hükmüne aykırı olarak devredilmesi veya devir alınması."

Yukarıdaki durumların sözleşme imzalandıktan sonra gerçekleşmesi gerekir. Sözleşmenin yürütülmesinden kasıt, sözleşmenin geçerli olarak kurulmasından, yapım işlerinde kesin kabule, mal alımı sözleşmelerinde garanti süresi varsa garanti süresi sonuna, yoksa malın kabulüne kadar geçen süreyi kapsar.⁶¹ Sözleşmenin yürütüldüğü sırada bu yasak fiil ve davranışların gerçekleştiğinin idare tarafından tespiti halinde, sözleşme, herhangi bir ihtar veya mehile gerek kalmaksızın idare tarafından feshedilir.⁶²

Fesihle birlikte, KİSK m. 20 uyarınca yüklenicinin kesin teminatı ve varsa ek kesin teminatının gelir kaydedilebilmesi mümkün hale gelir. Bu durumda idare, riskin gerçekleştiğinden bahisle verilen kesin teminat mektuplarının ödenmesi talebiyle bankaya başvurur ve ödenen meblağ, hazineye gelir kaydedilir.

e. Yüklenicinin Sözleşmeyi Usulsüz Olarak Devretmesi Halinde

Kamu ihale sözleşmelerinin devri KİSK m. 16'ya göre mümkündür. Sözleşmenin devriyle beraber yüklenici, kamu ihale sözleşmesini bir başkasına devreder. Bu yeni yüklenici, idare ile kamu ihale sözleşmesi ilişkisi içine girer. Sözleşmenin devriyle beraber eski yüklenici,

⁶¹ Demirboğa, s. 134.

⁶² Bilir, s. 144; Memmedzade, s. 363; Yazıcı, s. 54.

artık kamu ihale sözleşmesinden doğan herhangi bir hak ve borç süjesi olmaz. Ancak Kanun, sözleşmenin devrini belli bazı şartlara bağlamıştır. Buna göre sözleşme, ancak zorunlu hallerde ve ihale yetkilisinin yazılı izniyle başkasına devredilebilir. Aynı zamanda isim ve statü değişikliği gereği yapılan devirler hariç olmak üzere, bir sözleşmenin devredildiği tarihi takip eden üç yıl içerisinde aynı yüklenici tarafından başka bir sözleşme devredilemez ya da devralınmaz.

Kanun koyucu, kamu ihale sözleşmesinin devrinin şartlarını belli bazı durumlar dâhilinde zorlaştırmıştır. Kamu ihale sözleşmesinin devri için öncelikle zorunlu bir halin bulunması gerekir. Tarafların serbest iradesi ile sözleşmenin devri mümkün değildir. Zorunluluktan anlaşılması gereken, kamu ihale sözleşmesinin ifası için belli bazı somut engellerin ortaya çıkmasıdır.⁶³ Yani yükleniciden veya sözleşmenin konusundan kaynaklanan ve sözleşmenin ifasını engelleyen olguların ortaya çıkması halinde zorunluluğun doğduğundan bahsedilebilir.⁶⁴ Zorunluluğun her bir kamu ihale sözleşmesi bakımından ayrıca incelenmesi gerekir.

Kanunun aradığı bir diğer şart, ihale yetkilisinin bu devre izin vermesidir. İhale yetkilisi KİK m. 4'te tanımlandığı şekliyle, idarenin, ihale ve harcama yapma yetki ve sorumluluğuna sahip kişi veya kurulları ile usulüne uygun olarak yetki devri yapılmış görevlilerini ifade eder. İzinden maksat, devir sözleşmesinin geçerli olması için verilen bir izin olup iznin devir sözleşmesinden önce alınması gerekir.⁶⁵ Öte yandan, sözleşmeyi devralan yüklenicinin devreden ile aynı şartları haiz olması gerekir. Bunun değerlendirilmesi, ihale dokümanında yer alan yeterlik kriterleri dikkate alınarak yapılır. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun yanı sıra, kamu ihale sözleşmelerinin devriyle ilgili olarak Kamu İhale Genel Tebliği'nde de bir düzenleme yer alır. KİGT m. 27'ye göre, bir kamu ihale sözleşmesini devreden yüklenici, devir tarihinden itibaren üç yıl içinde başka bir kamu ihale sözleşmesini devredemez veya devralamaz. Bu yasak, kamu ihale sözleşmesini devreden yüklenici açısından öngörülmüş bir yasak olup bir kamu ihale sözleşmesini devralan bir yüklenici başka sözleşmeyi devredebilir.⁶⁶ Ger-

⁶³ Sadettin Doğanıyığıt, Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Ankara, 2016, s. 1450.

⁶⁴ Bilir, s. 155.

⁶⁵ Demirboğa, s. 118.

⁶⁶ Kaplan, s. 380.

çekten de KİSK m. 16/1'in üçüncü cümlesinde yer alan "aynı yüklenici tarafından" ibaresi, yasağın devreden yüklenici açısından olduğunu ortaya koyar.⁶⁷

Sözleşmenin öngörülen şartlara aykırı olarak devri durumunda, usulsüz devirden bahsedilir.⁶⁸ Kamu ihale sözleşmesinin usulsüz devri halinde hem sözleşmeyi devreden hem de sözleşmeyi devralan açısından bazı yaptırımlar öngörülmüştür. Buna göre KİSK m.16'ya göre sözleşme feshedilerek bu kişiler hakkında KİSK m. 20, KİSK m. 22 ve KİSK m. 26'da yer alan yaptırımlar uygulanır. Ayrıca, sözleşmenin KİSK m. 16 hükmüne aykırı olarak devredilmesi veya devralınması, KİSK m. 25'te de yasak fiil ve davranışlar arasında sayıldığından, sözleşmenin usulsüz devri halinde KİSK m. 20 çerçevesinde de yine aynı yaptırımların uygulanması gerekir.⁶⁹ İlgili maddeler incelendiğinde, sözleşmenin sona erdirilmesiyle beraber devreden yüklenicinin kesin ve ek teminatlarının paraya çevrilerek gelir kaydedilmesi ve her iki tarafın da kamu ihalelerine geçici olarak katılmaktan yasaklanması söz konusudur.⁷⁰

f. Gerçek Kişi Yüklenicinin İflası, Ağır Hastalığı, Tutukluluğu ya da Özgürlüğü Kısıtlayıcı Bir Cezaya Mahkûmiyeti Nedeniyle

Yüklenicinin iflası, ağır hastalığı, tutukluluğu ya da özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkûmiyeti halinde kamu ihale sözleşmesinin

⁶⁷ Demirboğa, s. 119.

⁶⁸ Zorba, s. 4; Memmedzade, s. 360; Yazıcı, s. 40; Bilir, s. 158.

⁶⁹ Şahiner, s. 225.

⁷⁰ Sözleşmeyi devir yasağı uygulamasının temini ve kontrolü için Kamu İhale Kurumu tarafından elektronik ortamda Sözleşme Devri Teyit ve Bildirim Sistemi geliştirilmiştir. Kamu İhale Genel Tebliğinin m. 27.10'a göre: "...İdarelerin sözleşmenin devrine ilişkin işlemi onaylamadan önce, sözleşmeyi devreden ve devralanın son üç yıllık süre içerisinde başka bir sözleşmeyi devredip devretmediğini veya devralıp devralmadığını Kurumumuz internet sayfasında bulunan Kamu Satınalma Platformu Sonuç İşlemleri modülünde yer alan Sözleşme Devir İşlemleri seçeneğini kullanarak elektronik ortamda teyit ettirmeleri gerekmektedir. Teyit işleminden sonra, Sözleşme Devri Teyit Belgesinin çıktısı alınarak ihale işlem dosyasında muhafaza edilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde, 4735 sayılı Kanun'un 16'ncı maddesinde öngörülen fesih ve müeyyide hükümlerinin uygulanması söz konusu olacaktır. Devir sözleşmesi yapıldıktan sonra, idarece Sözleşme Devri Bildirimi Belgesi doldurularak elektronik ortamda Kuruma bildirilir. Sözleşme Devri Belgesinin de çıktısı alınarak ihale işlem dosyasında muhafaza edilir." (Aktaran: Bilir, s. 158)

akıbetinin ne olacağı KİSK m. 17 hükmünde düzenlenmiştir. Bu durumlardan ağır hastalık, tutukluluk ya da özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkûmiyet, ancak gerçek kişi yükleniciler bakımından söz konusu olabilir. Bu durumların her biri, kamu ihale sözleşmesinin ifasına engel durumlardır ve sözleşmenin sona erme sebeplerindedir. İflas ise gerçek kişi tacir yüklenici bakımından söz konusu olabileceği gibi tüzel kişiler bakımından da söz konusu olabilir.

İflas, borcunu ödemediği için belli usuller çerçevesinde ticaret mahkemesince iflasına karar verilen bir borçlunun iflas masasına giren bütün mal, hak ve alacaklarının cebri icra yolu ile paraya çevrilerek bu para ile bilinen bütün alacaklıların tatmin edilmesini sağlayan bir cebri takip yoludur.⁷¹ İflas, iflas eden kişinin tüzel kişiliğini sona erdirmemekle birlikte tasfiye amacıyla sınırlı bir faaliyet alanına sokar.⁷² Dolayısıyla iflas sebebiyle kişinin faaliyetleri kısıtlandığından kamu ihale sözleşmesini ifa etmesi de kendisinden beklenemez bir hal alır. Bu sebeple, yüklenicinin iflası, kamu ihale sözleşmesinin sona erdiği bir sebep olarak düzenlenmiştir.

Yüklenicinin iflas etmesi halinde KİSK m.17/b hükmüne göre sözleşme feshedilerek⁷³ yasaklama hariç yüklenici hakkında KİSK m. 20 ve KİSK m. 22 uyarınca işlem yapılır. Kanaatimizce bu atfın iflas kurumunun yapısına uygun olarak uygulanması gerekir. Yüklenicinin iflası halinde kamu ihale sözleşmesini fesheden idare, yüklenicinin göstermiş olduğu kesin teminat mektuplarının ödenmesi talebiyle bankaya başvurarak ödenen meblağı hazineye gelir kaydeder. Eğer teminat mektubu tutarı, idarenin zararını karşılamıyorsa, İİK m. 206 uyarınca adi bir alacak niteliğinde olan bakiye tutar için idarenin fesih beyanıyla birlikte kesin teminat ve ek kesin teminatların güncellenerek gelir kaydedildiği ve varsa eksik kalan kısmın iflas masasına alacak

⁷¹ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 556.

⁷² Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin Özkan/Muhammet Özkes, İcra ve İflas Hukuku, Ankara, 2022, s. 466 vd.

⁷³ Öğretide bir görüşe göre, kamu inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin iflası halinde sözleşme kendiliğinden sona erer (Karaca, s. 94). Bizim de katıldığımız bir başka görüşe göre ise sözleşmenin infisah ettiğine ilişkin Karaca'nın görüşünün aksine, idarenin iflasın açılmasına ilişkin verilen mahkeme kararı üzerine sözleşmeyi feshedebileceği görüşüne üstünlük tanınmalıdır. (Bkz. Yaşar Gök, Yapı İşleri ve Hakediş Uygulaması, Ankara, 2002, s. 527; Ali Özek/Osman Kaya, Açıklamalı Kamu İhale Rehberi, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Uygulaması, Ankara, 2003 s. 544)

olarak kaydedilmesini içeren beyanını iflas masasına bildirmesi gerekir.⁷⁴ İflas masası, müflise ait mal, alacak ve hakların toplamını ifade eder ve tasfiye işlemlerini yapan ve özel bir iflas organı olan iflas idaresi tarafından yönetilir.⁷⁵ İflas masasının her ne kadar tüzel kişiliği bulunmasa dahi İİK m. 226/I hükmü uyarınca masanın kanuni temsilcisi iflas idaresi olup masanın idare ve tasfiyesi için gerekli bütün işlemlerde masayı iflas idaresi temsil eder.⁷⁶ Bu sebeple, idarenin başvuracağı ve bu başvuruyu değerlendirecek makam, iflas idaresidir.

Yüklenicinin ağır hastalığı, tutukluğu veya mahkûmiyeti halinde de kamu ihale sözleşmesi kural olarak sona erer.⁷⁷ Burada kanun koyucu, sözleşmelerin kamu yararı içermesi sebebiyle yüklenicinin her halükârda kusuru varmışçasına hareket ederek ağır hastalık hali ile tutukluluk veya mahkûmiyet halini aynı hukuki sonuçlara tabi tutmuştur. Bu kanaatimizce isabetsiz olmuştur. Gerçekten de düzenleme mantığı, ölüm ile ağır hastalık halinde sözleşmenin feshinin aynı hukuki sonuçlara tabi olmasını gerektirirken tutukluluk veya mahkûmiyet hali ile ağır hastalığın bir tutulması doğru olmamıştır.⁷⁸

KİSK m. 17/d hükmüne göre:

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

Madde hükmünde, kamu ihale sözleşmesinin her halükârda feshedilmeyeceği düzenlenmiştir. Buna göre ağır hastalık, tutukluluk

⁷⁴ Demirboğa, s. 124.

⁷⁵ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 606. Detaylı bilgi için bkz. Ejder Yılmaz, İflas İdaresi, Ankara, 1976.

⁷⁶ Detaylı bilgi için ayrıca bkz. Yakup Oruç, İflas İdaresi, Ankara, 2019; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 640-641.

⁷⁷ M. Oğuz Tuna, "Kamu İhale Sözleşmelerinin Değiştirilmesi ve Devri", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2013, s. 37; Bilir, s. 165; Memmedzade, s. 362; Yazıcı, s. 45; Zorba, s. 4.

⁷⁸ Demirboğa, s. 125.

veya mahkûmiyet durumlarından biri gerçekleştiğinde yüklenici, bu olayın gerçekleştiği tarihten itibaren otuz gün içerisinde taahhüdünü gerçekleştirmesi için bir vekil atayıp bu kişiyi idareye önerebilir. İdarenin de bu kişiyi uygun bulması halinde, sözleşme feshedilmez ve taahhüdün görülmesine devam edilir. Yüklenicinin koma durumunda olduğu gibi özgür iradesini açıklayacak bir durumda olmaması halinde ilgililer,⁷⁹ aynı süre içerisinde bir yasal temsilci atanmasını sağlar ve bu yasal temsilcinin uygun bulunması halinde taahhüdün ifasına yine devam edilir. Bir vekil veya yasal temsilci atanmaması veya idarenin bu kimseleri uygun bulmaması halinde ise kamu ihale sözleşmesi feshedilir ve yüklenici hakkında yasaklama hariç KİSK m. 20 ve m. 22’de yer alan yaptırımlar uygulanır. Yani bu durumda idare, kendisi lehine verilmiş olan kesin teminat mektubunun ödenmesini isteyerek bu meblağ kendisine ödendikten sonra hazineye gelir kaydedebilir.

g. Ortak Girişim Yüklenicinin Ortaklarından Birinin İflası, Ağır Hastalığı, Tutukluluğu, Özgürlüğü Kısıtlayıcı Bir Cezaya Mahkûmiyeti ya da Ortak Girişimin Dağılması Nedeniyle

Yüklenicinin ortak girişim olması halinde ölüm, iflas, ağır hastalık, tutukluluk veya mahkûmiyet durumunda sözleşmenin akıbetini KİSK m. 18 hükmünde düzenlenmiştir. İlgili maddenin birinci fıkrasına göre: *“Ortak girişimlerce yerine getirilen taahhütlerde, ortak girişimi oluşturan kişilerden birinin ölümü, iflası, ağır hastalığı, tutukluluğu, özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkûm olması veya dağılması sözleşmenin devamına engel olmaz.”*

Kamu ihale sözleşmelerinde ortak girişimden kasıt, konsorsiyum iş ortaklığıdır. Borçlar hukuku anlamında konsorsiyum iş ortaklığı, bir adi şirkettir. Bu ortaklığın adi şirket olması sebebiyle, TBK m. 638 hükmüne uygun olarak ortaklığı oluşturan ortaklar sözleşmenin yerine getirilmesinden müştereken ve müteselsilen sorumludur.⁸⁰ Dolayısıyla yüklenicinin ortak girişim olması halinde, ortaklardan birinin

⁷⁹ İlgililer deyimi, sözleşmeye taraf olan idareyi, yüklenicinin menfaat birliği olan akrabalarını, bazı hallerde yetkili makamları (Cumhuriyet Savcılığı gibi), hatta yüklenici ile alacak veya akit ilişkisi olan kişileri (alt yükleniciler gibi) ifade eder. Yasal temsilci tayin edecek mahkeme, öncelikle talepte bulunanın “ilgili” olup olmadığını tespit edecektir. (Bilir, s. 65; Gönen/Işık: s. 239; Özek/Kaya, s. 545.)

⁸⁰ O. Hami Şener, Ortaklıklar Hukuku, s. 82. Ankara, 2019.

ölümü, iflası, ağır hastalığı, tutukluluğu veya mahkûmiyeti kural olarak kamu ihale sözleşmesini sona erdirmez.⁸¹ Fakat kural bu olmakla birlikte KİSK m. 18/Y'in devamında: “Ancak, bunlardan biri idareye pilot veya koordinatör ortak olarak bildirilmiş ise, pilot veya koordinatör ortağın gerçek veya tüzel kişi olmasına göre iflas, ağır hastalık, tutukluluk, özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkûmiyet veya dağılma hallerinde, sözleşme feshedilerek yasaklama hariç haklarında 20 ve 22'nci maddeye göre işlem yapılır” hükmü yer alır. Dolayısıyla, pilot veya koordinatör ortağın⁸² yukarıdaki hallere maruz kalması durumunda, sözleşme feshedilerek teminatı gelir kaydedilir. Aynı zamanda genel hükümlere göre tasfiye yaptırımları da uygulanır.

Kanun koyucu, kamu ihale sözleşmelerinin kamusal niteliğini de göz önünde tutarak yine aynı maddede “Bu durumların oluşunu izleyen otuz gün içinde diğer ortakların teklifi ve idarenin uygun görmesi halinde de teminat dahil o iş için pilot veya koordinatör ortağın yüklenmiş olduğu sorumlulukların üstlenilmesi kaydıyla sözleşme yenilenerek işe devam edilebilir” şeklinde bir düzenleme getirmiştir. Bu sebeple, ilgili durumlar gerçekleşse bile bu durumların oluşunu izleyen otuz gün içinde diğer ortakların teklifi ve idarenin uygun görmesi halinde eski koşullarla sözleşme yenilenerek taahhüdün ifasına devam edilebilir. Bu durumda artık teminatların gelir kaydedilmesi söz konusu olmaz.

3. Kesin Teminat Mektuplarının Ödenmesi ve Gelir Kaydedilmesinde Usul

Kanunda kesin teminatların ne zaman gelir kaydedilebileceği detaylı bir şekilde düzenlenmiştir. Kanunda düzenlenen bu durumlar, banka teminat mektubu sözleşmesinde garanti edilen riskin gerçekleştiğini gösteren durumlardır. Dolayısıyla kanunda düzenlenen durumlar gerçekleştiğinde aslında banka tarafından teminat mektubuyla

⁸¹ Bilir, s. 166; Yazıcı, s. 49.

⁸² Pilot veya koordinatör ortak dışındaki ortaklardan (özel ortaklardan) birinin ölümü, iflası, ağır hastalığı, tutukluluğu, özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkûm olması veya dağılması durumunda ise, taahhüde devam edip etmeme hususunda diğer ortakların herhangi bir takdir hakkı bulunmayıp, özel ortağın sorumluluğunu üstlenerek taahhüde (sözleşmeye) devam etmesi zorunludur. Ancak bu durumda diğer ortaklar, şahsından doğan imkânsızlık nedeniyle ortak girişimden ayrılan ortağın taahhütlerini üstlenmezler ise, iş sahibi YİĞŞ. m. 47/(a) ve KİSK. m. 20/(a) bendi gereğince sözleşmeyi sona erdirebilir.

garanti edilen risk gerçekleşmiş olur. Böylelikle idarenin ödeme talebinde bulunma hakkı doğar. İdare, bu hakkını bankaya bu yöndeki yazılı olarak yapacağı bir talep ile kullanır. İdarelere hitaben verilen teminat mektupları “ilk talepte” kaydını içeren teminat mektuplarıdır. Dolayısıyla idarenin yaptığı ödeme talebi üzerine banka, riskin gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırmaksızın idareye derhal ödeme yapmakla yükümlüdür.

Teminat mektupları, kıymetli evrak niteliğinde olmadığından kural olarak mektup metninin bankaya iadesi zorunlu değildir. Ancak idarelere hitaben verilen teminat mektupları metinlerinde “...*Bu teminat mektubu ././.. tarihine kadar geçerli olup bu tarihe kadar elimize geçecek şekilde tarafınızdan yazılı tazmin talebinde...*” ibaresi bulunur. Bu ibarede yer alan “*elimize geçecek şekilde*” ibaresi, bankanın mektup metninin de kendisine iade edilmesini şart koştuğunu gösterir. Dolayısıyla, idarenin teminat mektubu metnini de yazılı talebiyle beraber bankaya iade etmesi gerekir. Ancak yine teminat mektuplarının kıymetli evrak niteliğini haiz olmamasından dolayı teminat mektubu metninin aslının kayıp ya da zayi olması halinde teminat mektubunun tarih ve sayısı da belirtilmek suretiyle bir idari yazı ile ödeme talebinde bulunulması geçerli kabul edilmelidir.⁸³

Kesin teminat mektuplarının ödenmesi talebi halinde, mektup tutarıyla birlikte talep tarihinden ödeme tarihine kadar geçen süreye ait faizin de idareye ödenmesi gerekir. Teminat mektubunun Türk lirası üzerinden düzenlenmesi halinde kanuni faiz oranı, 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine ilişkin Kanun hükümlerine göre belirlenir. Teminat mektubunun döviz üzerinden düzenlenmesi halinde ise 3095 sayılı Kanun m. 4/a uyarınca yabancı para borcunun faizinde devlet bankalarının o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranı uygulanır.

Asgari kesin teminat oranı KİK m. 43 hükmü gereğince ihale beldelinin yüzde altıdır. Fakat m. 43/III gereğince Kamu İhale Kurumu, ihale üzerinde kalan isteklinin teklifinin sınır değerinin altında olması hâlinde, bu istekliden yaklaşık maliyetin yüzde altısından az ve on beşinden fazla olmamak üzere alınacak kesin teminat oranına ilişkin

⁸³ Şahiner, s. 235.

düzenlemeler yapabilir. Eğer yüklenici asgari yüzde altı oranın üzerindeki bir tutarda kesin bir teminat vermişse, aynı geçici teminatlarda olduğu gibi kesin teminatın da yalnızca ilgili orana tekabül eden kısmı gelir kaydedilmelidir.⁸⁴

İdare ile yükleniciler arasında kesin teminatlara ilişkin yaşanan uyuşmazlıklardan biri de teminatın güncellenmesi hususudur. Yüklenici tarafından gösterilen kesin ve ek kesin teminatların güncellenmesini düzenleyen KİSK m. 22'ye göre:

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

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

Anılan madde hükmü, gelir kaydedilmesi gereken zamanda kesin ve ek kesin teminatların enflasyon vb. sebeplerle değer kaybına uğramasının önüne geçilerek idarenin zarara uğrama riskini telafi amacı gütmektedir. Nitekim kamu ihale sözleşmesi ile başlayan ifa sürecinin uzun sürmesi halinde gösterilen kesin ve ek kesin teminatlar zamanla değer kaybına uğramakta ve bu teminatların gelir kaydedilmesini gerektiren durumlar ortaya çıktığında idare zarara uğrayabilmektedir. İşte anılan düzenleme ile gösterilen teminatlara kanunen bir güncelleme mecburiyeti getirilerek idarenin muhtemel kaybı telafi edilmek istenmiştir. Bu düzenlemenin bir sonucu olarak idare tarafından gelir olarak kaydedilecek tutar, güncellenen tutar olur. Ancak özellikle banka teminat mektuplarında banka, teminat mektubunda sorumlu olduğu tutarı mektup metninde göstererek sorumluluğunu bu tutarla sınırladığından bu tutarın dışında kalan güncelleme farkını ödememektedir. Zira banka tarafından tanzim edilen teminat mektubundaki taahhütte güncelleme farkının ödeneceğine ilişkin bir ibare de bulunmadığından bankanın güncellenen tutar için idareye ödeme yapması beklenemez.

⁸⁴ Şahiner, s. 229.

Bu durumda, yüklenici güncellenen teminat tutarında yeni bir teminat göstermez veya farkı ödemez ise idarenin güncelleme farkı tutarında bir zararı ortaya çıkmakta ve hatta teminatın güncellenmemesi sebebiyle idarenin artması gereken kaynağında artmayan tutar kadar kamu görevlileri mali sorumluluk altına girebilmektedir.⁸⁵ Kanaatimize göre, idarenin uğramış olduğu zararın tazmini amacıyla bir özel hukuk sözleşmesi niteliğini haiz kamu ihale sözleşmesinin yüklenicinin borca aykırı davranışı ile ihlalinden bahisle yüklenici aleyhine özel hukuk hükümlerine dayanılabilir. Nitekim güncelleme farkının tahsiline ilişkin KİSK m. 22 hükmü, emredici nitelikte bir kural olup kamu ihale sözleşmesinin tarafı olan yüklenicinin edim yükümlülüklerinden birini düzenlemektedir. Böylelikle, güncelleme farkını ödemekte temerrüde düşen borçlu yüklenici aleyhine TBK m. 112 vd. hükümlerinin uygulanması suretiyle idarenin uğramış olduğu zararı tazmin etmesi mümkündür.⁸⁶

SONUÇ

Kamu ihale sürecinde özel bir önemi haiz olan teminatlar, idarenin karşılaşması muhtemel risklerini garanti altına almak için istekli veya yüklenicilerden kanun gereğince talep edilen ve Türk lirası, devlet iç borçlanma senetleri veya banka teminat mektubu şeklinde gösterilebilen değerlerdir. Uygulamada en çok gösterilen teminat türü banka teminat mektubu olup kamu ihale sözleşmesinin akdedilmesinden önce

⁸⁵ 22.03.2017 tarih ve 42892 sayılı, 21.12.2016 tarih ve 42054 sayılı Temyiz Kurulu kararı. (Naklen: *Aksoy*, s. 418.)

⁸⁶ Aksoy'a göre, düzenlemesi Kamu İhale Kurulu tarafından yapılan standart kesin teminat ve ek kesin teminat mektuplarına güncelleme farkının da banka tarafından ilgili idareye ödeneceğine yönelik bir ibare konulabilir. Böylece bankalar güncelleme farkını da ilgili idareye ödeyeceklerini başlangıçta taahhüt etmiş olurlar. Bize göre de bu şekilde bir düzenleme yerinde olur. Ayrıca bu durum, banka teminat mektuplarındaki "belirlilik" ve "belirlenebilirlik" ilkelerini de zedelemeyiz. Banka teminat mektuplarındaki belirlilik ilkesi, riskin ve bankanın sorumluluğunun kapsamının yapılan garanti sözleşmesinde önceden kararlaştırılmasını ifade eder. (Bkz. İzzet Başara, "Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.83, s. 305, 2009). Belirlenebilirlik ise, Yargıtay'ın ifadesi ile "belirlenmeye yarayan koşul ve açıklamaların sözleşmede yer alması" anlamına gelir (Y. 19. HD: T. 28.04.2000, E.2000/14, K.2000/3252). Nitekim KİSK m. 22 hükmünde, güncelleme farkının ne şekilde tespit edileceği belirlenmiş olup banka teminat mektubunda bankanın sorumlu tutulacağı tutarın bu şekilde belirlenmesi noktasında teminat mektubunun geçerliliğini etkileyen herhangi bir hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

gösterilen teminat mektupları geçici teminat mektupları, sözleşmenin akdedilmesiyle birlikte gösterilen teminat mektupları ise kesin teminat mektupları adını alır. İdarenin kanunda belirtilen risklerin gerçekleşmesiyle birlikte gösterilen bu teminat mektuplarında banka tarafından garanti edilen tutarın kendisine ödenmesini isteme ve bu tutarı hazineye gelir kaydetme yetkisi bulunmaktadır.

Teminatların ne zaman gelir olarak kaydedilebileceği 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda sınırlı olarak sayılmış olup belirtilen bu sebepler dışında teminatların gelir olarak kaydedilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla geçici teminatların gelir kaydedilmesi, yalnızca sözleşmeye davet edilen isteklinin sözleşmeyi imzalamaması, ihale dışı bırakılma nedenlerini taşıyan veya ihaleye katılamayacak olan isteklilerin ihaleye katılması halleri ile istekliler tarafından sunulan belgelerde yer alan bilgi eksikliklerinin tamamlanmaması haline münhasırdır. İdare, yalnızca bu hallerde geçici teminatları gelir kaydedebileceği gibi gelir olarak kaydedilecek tutar, isteklilerin kanun gereğince göstermek zorunda oldukları asgari tutarın üstünde teminat göstermeleri durumunda asgari tutarın üstünde kalan kısmın gelir kaydedilmesi de mümkün olmayıp artan kısmın istekliye iade edilmesi gerekir. Aynı kural, kesin teminatların gelir kaydedilmesi bakımından da geçerli olup kesin teminatların gelir kaydedilmesi de yalnızca yüklenicinin temerrüdü, mali acz içinde bulunması, ihale sürecinde veya sözleşmenin yürütülmesi aşamasında yasak fiil ve davranışlarda bulunması, sözleşmeyi usulsüz olarak devretmesi, gerçek kişi yüklenicinin veya ortak girişim yüklenicinin ortaklarından birinin iflası, ağır hastalığı, tutukluluğu ya da özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkum edilmesi veya ortak girişimin dağılması sebebiyle gerçekleşebilir.

Öte yandan gelir olarak kaydedilecek teminatın tutarı, istekli veya yükleniciler tarafından daha fazla teminat gösterilmiş olsa dahi yalnızca kanun ile belirlenen asgari oranlarda mümkün olup bu oranı aşan tutarın iadesi gereklidir. İdarenin bu oranlar üzerinde yapmış olduğu gelir kayıtları hukuka aykırı olup asgari oran üzerinde teminatı gelir olarak kaydeden idare aleyhine geçici teminatlar bakımından idari yargı yolu açık iken kesin teminatlar bakımından adli yargı mercilerine başvurulabilir. Ayrıca belirtmek gerekir ki idare, KİSK m. 22 hükmü uyarınca teminat tutarlarını güncellemeyen yükleniciler aleyhine

sözleşmeye aykırılıktan bahisle özel hukuk hükümleri uyarınca yasal yollara başvurulabilir.

Kaynakça

Kitaplar

- Akyılmaz Bahtiyar/Sezginer Murat/Kaya Cemil, "Türk İdare Hukuku", Seçkin Yayınevi 17. Baskı.
- Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder/Taşpınar Ayvaz Sema, "İcra ve İflas Hukuku", Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.
- Atay E. Ethem, "İdare Hukuku", 9. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2023.
- Barlas Nami, "Banka Teminat Mektupları", İstanbul, 1986.
- Buz Vedat, "Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları", Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.
- Can Ozan, "Kamu İhale Hukuku", Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.
- Canbolat Ferhat, "Banka Garantisinde Savunma İmkânları ve İhtiyati Tedbirler" Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- Doğan Vahit, "Banka Teminat Mektupları", Seçkin Yayınları, 3.Baskı, Ankara, 2005.
- Doğanyigit Sadettin, "Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu", Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016 (Kamu İhale).
- Eren Fikret, "Borçlar Hukuku Genel Hükümler", Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- Gök Yaşar, "Yapı İşleri ve Hakediş Uygulaması", 2. Baskı, Ankara, 2002.
- Gönen Dinçer /Işık Hikmet, "Açıklamalı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat", 1. Baskı, Ankara, 2003.
- Gözler Kemal, "İdare Hukuku, C. II", Güncellenmiş 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019.
- Kaplan İbrahim, "İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri", Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- Karaca Mehmet Emin, "Kamu İhalelerinde İnşaat Sözleşmeleri ve Sözleşmenin Mütelahtan Kaynaklanan Sebeple Sona Ermesi", Ankara, 2009.
- Karahanoğulları Onur, İdare Hukuku, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022.
- Kılıçoğlu Ahmet, "Borçlar Hukuku Genel Hükümler", Turhan Kitabevi, Ankara, 2022.
- Oruç Yakup, "İflas İdaresi", Yetkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- Özek Ali/Kaya Osman, "Açıklamalı Kamu İhale Rehberi, 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Uygulaması", 2. Baskı, Ankara, 2003.
- Pamukçu İzzettin: "Teminat Mektupları", Ankara, 1976.
- Pekcanitez Hakan/Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin Özkan/Muhammet Özkes, "İcra ve İflas Hukuku", Ankara, 2022.
- Pulaşlı Hasan, "Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları", Adalet Yayınları, 5. Baskı, Ankara, 2017.

- Reisoğlu Seza, "Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler", Turhan Kitabevi, Ankara, 2003.
- Sayın, İsmail Hakkı, Açıklamalı Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Ankara, 2008.
- Sezer Yasin/Kalkan Emre/Şahin Emre, "Kamu İhale Hukuku Dersleri", Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- Şahiner Serhat, "Kamu İhalelerinde Teminatlar", Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- Şener Oruç Hami, "Ortaklıklar Hukuku", Seçkin Yayınları, Ankara, 2022.
- Uz Abdullah, İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmelerin Hukuksal Rejimi Bakımından Kamu İhale Sözleşmeleri, Ankara, Turhan Kitabevi, 2010.
- Yılmaz Ejder, "İflas İdaresi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1976.

Makaleler

- Aksoy Mehmet, "Kamu Alımlarında Teminatlar, İrat Kaydı, Güncelleme Sorunu ve Çözüm Önerileri", *Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 10, S. 2, s. 393-421.
- Atuğ Mustafa/Taytak Mustafa, "Kamu Satın Alımları Kapsamında Doğrudan Temin Uygulamalarının Değerlendirilmesi ve Bir Vaka Analizi", *Sayıştay Dergisi*, Cilt:29, Sayı:110, s.91-123. Temmuz-2018.
- Başara İzzet, "Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.83, 2009.
- Bilgin Hüseyin, "Son Değişiklikler Işığında 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu", *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt:4, Sayı:38, s.123-137. Ekim-2009.
- Doğanyigit Sadettin, "Haklarında Kamu Davası Açılanların İhale Yasağı", *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt:1, Sayı:4, s.118-121. Aralık-2006. (Yasak)
- Doğanyigit Sadettin, "İsteklilerin Kamu İhalelerine Girmesini Engelleyen Tutum ve Davranış Uygulamaları", *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt:1, Sayı:1, s.77-79. Eylül, 2006. (Engel)
- Ertanhan Mesut, "Kamu İhale Kanunu'na Tabi İhalelerde Belge Eksikliği veya Belgelerde Bilgi Eksikliği", *Ankara Barosu Dergisi*, Y: 65, S: 4, s. 60-82.
- Ertanhan Mesut, "Kamu İhale Kanunu'na Tabi İhalelerde Teklif Dosyası, Teklif Mektubu ve Geçici Teminat" *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 2, Sayı: 16, s.79-91.
- Memmedzade Ferhat, "Kamu İhale Sözleşmelerinin Feshi ve Yüklenicinin Konkordato İlan Etmesinin Sözleşmeye Etkisi", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 14, S. 150, Şubat 2019.
- Küçükgüngör Erkan/Akipek Şebnem, "Kamu İhale Sözleşmeleri", *Mali Hukuk Dergisi*, Y. 18, S. 103, s. 39-50, Ankara, 2013.
- Odyakmaz Zehra, "Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.2 (1-2), s. 141-195, Ankara, 1998.
- Sancar Ayşe Esin, "4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 5. maddesinde Yer Alan Temel İlkelerin Değerlendirilmesi", *Mevlâna Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:2, Sayı:2. Aralık, 2014.

- Sırabaşı Volkan, "Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklama Süresi, Sürenin Başlanğı ve Hukuki Niteliğı", *Ankara Barosu Dergisi*, 2011/4, s. 371-380.
- Şenyüz Doğan, "Kamu İhalelerinde İhale Dışı Bırakılma Şartı Olarak Vergi Borcunun Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Nami Çağan Anısına Armağan, Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 2020, s. 505-535.
- Tekinsoy Ayhan, "İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2, C. 55, Ankara, 2006.
- Zorba Meltem, "Kamu İhale Sözleşmelerinin Sona Ermesi", *Kamu İhale Dünyası Dergisi*, S: 8, Ekim-Aralık, 2017.

İnternet Kaynakları

- Kale Harun, "Kamu İhale Sözleşmelerinin Feshi ve Feshin Sonuçları" (https://www.turkhukuksitesi.com/makale_1250.html)
- Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (<https://www.kazanci.com.tr/>)
- Lexpera (<https://www.lexpera.com.tr/>)
- <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx?KararTip=1>
- <https://www.ihale.gov.tr/>

Diğer Kaynaklar

- Ayhan Fatma, "İdarenin Taraf Olduğı Kira Sözleşmelerinin Hukuki Rejimi", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2012.
- Bilir Dilek, "Kamu İhale Mevzuatına Tabi İnşaat Sözleşmelerinin Sona Ermesi", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2010.
- Doğan Elif, "Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010.
- Hatipoğlu Fatma, "Banka Garantileri", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1990.
- İspir Begüm, "Kamu İhalelerine Katılma Yasağı", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2009.
- Şakar Ceren, "Kamu İhale Sözleşmelerinin Hukuki Rejimi", Adnan Menderes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Aydın, 2016.
- Tuna Mustafa Oğuz, "Kamu İhale Sözleşmelerinin Değıştirilmesi ve Devri", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2013.
- Uslu Yusuf, "Yapım İşlerine İlişkin Sözleşmelerin Feshi ve Hukuki Sonuçları", Kamu İhale Kurumu, Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, Ankara, 2006.
- Yazıcı Zeliha, "Kamu İhale Sözleşmelerinin Sona Erme Sebepleri ve Hukuki Sonuçları", İller Bankası A.Ş. Uzmanlık Tezi, Haziran, 2018.
- Zor Ömer Tuğrul, "Kamu İhale Mevzuatında Yasaklama Müessesesi", Kamu İhale Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2006.