

KAMU İHALE İŞLEMLERİNDE

İDARENİN TAKDİR YETKİSİ

KÜBRA TETİK

(Yüksek Lisans Tezi)

Eskişehir, 2012

KAMU İHALE İŞLEMLERİNDE İDARENİN TAKDİR YETKİSİ

KÜBRA TETİK

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Danışman: Yard.Doç.Şerife YILDIZ AKGÜL

Eskişehir

Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Haziran, 2012

JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI

Kübra TETİK'in, "Kamu İhale İşlemlerinde İdarenin Takdir Yetkisi" başlıklı tezi 20 Temmuz 2012 tarihinde, aşağıdaki jüri tarafından Lisansüstü Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin ilgili maddeleri uyarınca toplanan **Kamu Hukuku** Anabilim Dalında, **yüksek lisans tezi** olarak değerlendirilerek kabul edilmiştir.

İmza

Üye (Tez Danışmanı) : Yard.Doç.Dr.Şerife YILDIZ AKGÜL
Üye : Prof.Dr.Ufuk AYDIN
Üye : Yard.Doç.Dr.Mustafa AVCI

Prof.Dr.B.Zafer ERDOĞAN
Anadolu Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

Yüksek Lisans Tez Özü

KAMU İHALE İŞLEMLERİNDE İDARENİN TAKDİR YETKİSİ

Kübra TETİK

Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Haziran 2012

Danışman: Yard. Doç. Dr. Şerife YILDIZ AKGÜL

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kamu ihale işlemlerinin düzenlendiği bir usul kanunudur. İdareye kamu harcaması yapılmadan önce kamu ihalesi sonucunda ifa edilecek sözleşmenin karşı tarafını belirleme özgürlüğü tanınmamıştır. Aksine idare, ihale alanında sözleşmenin karşı tarafını belirlemede bir yükümlülük altına sokulmuştur. Bu noktada ise, teknik bir konu olan kamu ihale işlemlerinde, idareye takdir yetkisi tanınma zorunluluğu doğmuştur.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, idareye takdir yetkisi tanınan alanların tespitinin güç, tanınan takdir yetkisi sınırının ise belirsiz olduğu yönünde eleştirilmektedir. Kanun'da, idareye kamu ihale işlemleri alanında tanınan takdir yetkisine ilişkin düzenlemelerin dağınık halde oluşu, buna ilişkin sistematüğın sağlanmasını da engellemektedir.

Çalışmanın özünde Türkiye'de geliştirilen yeni ihale sistemi, özellikle 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu çerçevesinde incelenmiş; bu çerçevede, ihale işlemlerinde idarenin takdirine bırakılan konular tespit edilmiş ve takdir yetkisinin sınırları ortaya konmuştur. Buna göre birinci bölümde ihaleye hazırlık sürecindeki idari işlemler tespit edilmiştir. İkinci bölümde ise bu hazırlık sürecinde idarenin takdirine bırakılan alanlar ortaya konmuştur. Söz konusu inceleme, Kamu İhale Kurumu'nun idarenin takdir yetkisi ile yapmış olduğu ihale işlemlerini konu edinen kararları ışığında gerçekleştirilmiştir. Ayrıca Danıştay incelmesine konu olan Kamu İhale Kurul kararları da idarenin takdir yetkisinin sınırlarının belirlenmesinde yol gösterici olmuştur.

Anahtar Kelimeler: Kamu İhale Hukuku, kamu ihale işlemleri, idarenin takdir yetkisi, ihalede idarenin takdir yetkisi.

Abstract

ADMINISTRATION'S DISCRETIONARY POWER IN PUBLIC PROCUREMENT OPERATIONS

Kübra TETİK

Department Of Public Law

Anadolu University, Graduate School of Social Sciences, June 2012

Adviser: Asist.Prof.Dr. Şerife YILDIZ AKGÜL

Public Procurement Law, numbered 4734, is a procedural law which arranges public procurement operations. It hasn't been that the administration is given the freedom to choose the opposite party of the contract which is to be carried out as a result of the public procurement before making a public expenditure. On the contrary, the administration is put under an obligation in determining the opposite party of the contract in the area of procurement. At that point, since public procurements are technical issues, a necessity to grant the administration with discretionary power has emerged.

Public Procurement Law No. 4734, is being criticized on the basis that it is difficult to determine the areas in which the administration has been granted discretionary power and that limitations of the discretionary power are uncertain. The fact that the regulations concerning the discretionary power of the administration in the area of public procurement operations are scattered throughout the Law, also hinders to provide a systematic approach to this area.

At the core of this study, the new public procurement system established in Turkey is examined especially within the framework Public Procurement Law No. 4734; within this framework, the topics which are left in administration's discretion are determined and the limitations of this discretionary power are put forth for consideration. Accordingly, at the first part of the study, the administrative acts during the preparation phase of procurement were determined. At the second, part the areas that are left to discretion of the administration are explained. The aforementioned examination is carried out with Public Procurement Authority's decisions concerning

procurement operations done with administration's discretionary power. The Public Procurement Authority decisions which have been subject of the State Council's examination were also guidelines to determine the limitations of the administration's discretionary power.

Keywords: Public Procurement Law, public procurement operations, administration's discretionary power, administration's discretionary power in procurement.

08/08/2012

Etik İlke Ve Kurallara Uygunluk Beyannamesi

Bu tez/proje çalışmamın bana ait, özgün bir çalışma olduğunu; çalışmamın hazırlık, veri toplama, analiz ve bilgilerin sunumunda bilimsel etik ilke ve kurallara uygun davrandığımı; bu çalışma kapsamında elde edilmeyen tüm veri ve bilgiler için kaynak gösterdiğimi ve bu kaynaklara kaynakçada yer verdiğimi; bu çalışmamın Anadolu Üniversitesi tarafından kullanılan bilimsel intihal tespit programıyla tarandığını ve hiçbir şekilde intihal içermediğini beyan ederim.

Herhangi bir zamanda, çalışmamla ilgili yaptığım bu beyana aykırı bir durumun saptanması durumunda ortaya çıkacak tüm ahlaki ve hukuki sonuçlara razı olduğumu bildiririm.

Kübra TETİK

İçindekiler

Jüri ve Enstitü Onayı.....	ii
Yüksek Lisans Tez Özü.....	iii
Abstract.....	iv
Etik İlke Ve Kurallara Uygunluk Beyannamesi.....	v
Kısaltmalar Listesi.....	x
Giriş.....	1

Birinci Bölüm

Kamu İhale Süreci

1.Genel Olarak İhale	3
1.1.İhale Kavramı.....	3
1.2.İhale Kavramının Hukuki Niteliği.....	4
1.3.İhale Mevzuatı	8
1.4.İhale İşleminin Unsurları.....	9
1.4.1.Organik unsur.....	9
1.4.1.1.KİK'e tabi kurum ve kuruluşlar.....	10
1.4.1.2.DİK'e tabi kurum ve kuruluşlar	11
1.4.2.Maddi unsur.....	12
1.4.2.1.KİK kapsamındaki işler.....	12
1.4.2.2.DİK kapsamındaki işler.....	13
1.4.3.KİK ve DİK kapsamı dışında bırakılan işler.....	15
2.İhaleye Hazırlık İşlemleri.....	21
2.1.Yaklaşık Maliyetin Belirlenmesi.....	22
2.2.İhale ve Ön Yeterlik Dokümanının Hazırlanması.....	24

2.2.1.Hukuki niteliği.....	24
2.2.2.İçeriği.....	25
2.3.İhale Komisyonunun Kurulması.....	28
2.4.İhalenin İlan Aşaması.....	29
2.4.1.İhalenin ilan amacı.....	29
2.4.2.İlanın hukuki niteliği.....	30
2.4.3.İlan türleri ve içeriği.....	30
2.4.3.1.İhalenin ilanı ve ön yeterlik ilanı.....	31
2.4.3.2.Ön ilan.....	34
2.4.3.3.Düzeltilme ilanı.....	34
3.İhalenin Yapılması.....	36
3.1.Tekliflerin Hazırlanması ve Sunulması.....	36
3.2.Tekliflerin Alınması ve Açılması.....	38
3.3. Tekliflerin Değerlendirilmesi ve İhalenin Sonuçlandırılması	40
3.4. Sözleşme Aşaması	41

İkinci Bölüm

İhale İşlemlerinde İdarenin Takdir Yetkisinin Bulunduğu Konular

1.Genel Olarak İdarenin Takdir Yetkisi.....	44
2.İdarenin Takdir Yetkisinin Sınırları.....	47
3.İhale İşlemlerinde İdarenin Takdir Yetkisinin Bulunduğu Alanlar.....	52
3.1.İhale Usulleri ve Alım Yöntemlerinde Takdir Yetkisi	52
3.1.1.İhale usulleri ve takdir yetkisi.....	52
3.1.1.1.Açık ihale usulü.....	54
3.1.1.2.Belli istekliler arasında ihale usulü.....	54
3.1.1.3.Pazarlık usulü.....	57

3.1.1.3.1.Genel olarak.....	57
3.1.1.3.2.İhalede pazarlık usulünün koşullarının sağlanması.....	58
3.1.1.3.2.1.İlanlı pazarlık.....	66
3.1.1.3.2.1.İlansız pazarlık.....	67
3.1.2.İhale alım yöntemleri ve takdir yetkisi.....	68
3.1.2.1.Doğrudan temin yöntemi.....	68
3.1.2.2.Tasarım yarışması yöntemi.....	73
3.2.İhale Dokümanının Düzenlenmesinde Takdir Yetkisi.....	74
3.3. Sözleşmecinin Belirlenmesine Etki Eden Unsurlarda Takdir Yetkisi.....	82
3.3.1.Bilgi eksikliğinin tespitinde takdir yetkisi.....	82
3.3.2. Aşırı düşük teklif sorgulamasında takdir yetkisi.....	85
3.3.3. Ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesinde takdir yetkisi.....	91
3.4. İhalenin İptalinde Takdir Yetkisi.....	95
3.4.1.İhalenin iptal sebepleri.....	96
3.4.1.1.İhaleye katılmayacak olanların ihaleye katılması.....	96
3.4.1.2.İhale saatinden önce ihalenin iptal edilmesi.....	97
3.4.1.3.Aday veya istekli sayısının yetersiz olması.....	98
3.4.1.4.Bütün tekliflerin reddedilmesi.....	99
3.4.2.İhale kararının iptali.....	105
3.4.3.İhalenin iptali kararının idari denetimi.....	111
Sonuç.....	113
Kaynakça.....	119

Kısaltmalar Listesi

AB	:Avrupa Birliği
Bkz	:Bakınız
DİK	:Devlet İhale Kanunu
DSİ	:Devlet Su işleri
D	:Danıştay-Daire
EKAP	:Elektronik Kamu Alım Platformu
E	:Esas
İYUK	:İdari Yargılama Usulü Kanunu
KDV	:Katma Değer Vergisi
KİK	:Kamu İhale Kanunu
K	:Karar
m	:madde
No	:Numara
s	:sayfa
t	:tarih
UNCITRAL	: United Nations Commission on International Trade Law
vd.	:ve devamı

Giriş

2002 yılında Devlet İhale Kanunu'nun yetersizliği ile bu Kanun'a getirilen eleştiriler ve Avrupa Birliği'ne giriş sürecinde kanunların Avrupa Birliği mevzuatı ile uyumlaştırılması sorunu yeni bir ihale kanunu yapılması ihtiyacını ortaya koymuştur. Bu ihtiyaçla yasalaştırılan Kamu İhale Kanunu'nda kısa sürede çok sayıda değişiklik yapılması ise bu alanda var olan bilimsel incelemelerin yetersiz kalmasına yol açmış ve mevzuata ilişkin güncel bilgilerin incelenmesi mecburiyetini doğurmuştur.

Türkiye'de idari usul hukukuna ilişkin bir kanun bulunmamaktadır. Kamu harcamalarının nasıl yapılacağını içeren Kamu İhale Kanunu ise İhale Hukuku alanına özgü bir usul kanunudur. Bu alanda bir usul kanunu çıkarılıp bu alanın özel ve ayrıntılı şekilde düzenlenmesinin nedeni ise aslında idarenin takdir yetkisini sınırlamaktır. Ancak ihale alanının teknik olması bu alanda idarenin takdir yetkisini tamamen sınırlandırmak mümkün olmamış ve pek çok düzenleyici idari işleme ihtiyaç duyulmuştur. Kanun koyucunun idarenin takdirine bıraktığı bu teknik alanda idarenin söz konusu yetkiyi ne yönde kullanacağını da yine kendisinin belirlemesi gündeme gelmiştir. İdarenin takdir yetkisi sınırsız ve keyfi değil; kamu yararı ve hizmet gerekleri ile sınırlı bir yetkidir. Bunun dışında idare, Anayasa'nın 10.maddesi gereği eşitlik ilkesi çerçevesinde hareket ederek herkese eşit davranmak zorundadır. Düzenli idare ilkesinin bir gereği olarak, kendisine verilen yetkiyi kullanırken aynı veya benzer durumda olan kişilere objektif uygulamalarda bulunmakla yükümlüdür.

İhale alanına bakıldığında yeni ihale sistemi ile idarenin takdir yetkisi alanında da bir takım değişiklikler yapıldığı görülmektedir. Biz de bu çalışma konusunu seçerken İhale Hukuku alanında idareye kanunla hangi konularda ve ne ölçüde takdir yetkisi tanındığını tespit etmeyi amaçladık.

Çalışmamız temel olarak kamu ihale süreci ve kamu ihale işlemlerinde idarenin takdir yetkisinin bulunduğu konular olarak iki bölümden oluşmaktadır. Kamu ihale sürecinin anlatıldığı bölümde öncelikle ihale kavramının ne anlama geldiği ve hukuki niteliği açıklanmıştır. Daha sonra kısaca ihale işleminin unsurları Türk kamu ihale sisteminin üzerine oturtulduğu yasal çerçevede organik ve maddi unsur bakımından ortaya konmuştur. Daha sonra ihaleye hazırlık süreci ve ihalenin yapılması konuları incelenmiştir.

İhaleye hazırlık sürecini oluşturan yaklaşık maliyetin belirlenmesi, ihale ve ön yeterlik dokümanının hazırlanması, ihale komisyonunun kurulması ve en nihayetinde ihalenin ilan aşaması ayrı ayrı irdelenmiş, bunların hukuki niteliği izah edilmiştir. İhalenin yapılması aşamasında ise tekliflerin hazırlanıp sunulması; idarece alınması, açılması, değerlendirilmesi ve kabulüne ilişkin sürece yer verilmiştir.

Çalışmanın ikinci bölümünde kamu ihale işlemlerinde idarenin takdir yetkisi bulunan konular tespit edilerek incelenmiştir. Bu bölümde öncelikle genel olarak idarenin takdir yetkisi ve sınırları anlatılmış, daha sonra ihale işlemlerinde idarenin takdir yetkisinin bulunduğu alanlar irdelenmiştir. Öncelikle ihale işlemleri olarak ihale usul ve yöntemlerinde tek tek takdir yetkisinin kullanıldığı alanlar ortaya konmuştur. Daha sonra bir diğer ihale işlemi olan ihale dokümanının düzenlenmesinde takdir yetkisine yer verilmiştir. Bir başka ihale işlemi olan sözleşmecinin belirlenmesine etki eden unsurlar kapsamında bilgi eksikliğinin tespitinde, aşırı düşük teklif sorgulamasında, ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesinde takdir yetkisi incelenmiştir. Son olarak ise ihalenin iptali konusunda takdir yetkisine yer verilmiştir.

Birinci Bölüm

Kamu İhale Süreci

1.Genel Olarak İhale

1.1.İhale Kavramı

İhale kelimesi Arapça bir kelime olan “havale”den türemiş olup bir işin başkası üzerine bırakılması anlamını taşımaktadır.¹ Sözlük karşılığı ise “İş, mal vb.ni birçok istekli arasından en uygun şartlarla kabul edene verme, eksiltme veya artırma”dır.²

04.01.2002 tarih ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu (KİK) madde 4’e göre ihale “[B]u Kanun’da yazılı usul ve şartlarla mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve ihale yetkilisinin onayını müteakip sözleşmenin imzalanması ile tamamlanan işlemler” olarak tanımlanmaktadır. 08.09.1983 tarih ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu (DİK)’in her ne kadar uygulama alanı daraltılmış olsa da halen yürürlükte olup bu Kanun’un 4.maddesinde ihale “[B]u Kanun’da yazılı usul ve şartlarla, işin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve yetkili mercilerin onayı ile tamamlanan sözleşmeden önceki işlemler” olarak ifade edilir.

Benzer şekilde Danıştay ise ihaleyi şu şekilde tanımlamıştır:

İhale kavramı; idarenin görev alanına giren hizmetlerin yürütülmesi amacıyla, karşılığı idare tarafından ödenmek üzere gerekli mal ve hizmetlerin alınmasına veya işin, mevzuatta öngörülen usul kurallarına uymak suretiyle oluşturulan rekabet ortamı içerisinde katılan adaylardan maliyet ve kalite bakımından en uygun teklifi sunan özel bir kişiye

¹B. Oder (2004). Kamu İhale Hukuku. *Günüşünde yönetim* (İl Han Özay), İstanbul: Filiz Kitabevi, s.549.

²Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük. <http://tdkterim.gov.tr/bts/> (Erişim Tarihi: 04.04.2012)

yaptırılmasına yönelik olarak imzalanacak sözleşmelerin oluşum sürecindeki idarenin yaptığı bir dizi işlemleri ifade eder.³

Buna göre ihalenin temel unsurlarından ilki kamusal harcama yapmaya yetkili bir ihale makamı yani idare; ikincisi bu idare lehine bir iş, hizmet veya mal temini; üçüncüsü ise yapılacak iş, temin edilecek mal ya da hizmetin ve bunların karşılığının belirlendiği bir sözleşme yapılmasıdır.⁴

Verilen tanımlardan da anlaşılacağı üzere, idarenin sözleşmenin tarafı olarak kamu yararı amacını gerçekleştirmek adına en uygun kişiyi belirleyene kadar yaptığı işlemler bütünü, kamu ihalesinden ibaret bir hazırlık sürecini ifade eder.⁵ Yani ihale, idarenin amacını gerçekleştirmek için yürüttüğü bir “süreç”; amaçlanan ise “sözleşmenin diğer tarafını seçmek”tir.⁶ İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik’in 3.maddesine göre ihale süreci “İhale yetkilisince ihale onayının verildiği tarihten itibaren başlayan, sözleşmenin veya çerçeve anlaşmanın taraflarca imzalanıp notere onaylatılması ve tescili ile noter onayı ve tescili gerekmeyen hallerde ise sözleşmenin veya çerçeve anlaşmanın taraflarca imzalanmasıyla tamamlanan süreci (...)” ifade eder. Buna göre söz konusu süreci sonlandıran da sözleşmenin imzalanmasıdır.

1.2.İhale Kavramının Hukuki Niteliği

İhale sürecindeki işlemlerin hukuki niteliğinden bahsedebilmek için öncelikle idari işlemin ne olduğunu ortaya koymak gerekir. İdari işlemi genel hatlarıyla idarenin hukuki sonuç doğurmak için yapmış olduğu irade açıklaması olarak tanımlayabiliriz.⁷ Bir diğer tanıma göre ise idari işlem “kural olarak idari organ ve makamların idare alanındaki irade açıklamasıdır.”⁸ İdari işlemle ilgili doktrinde birbirine benzer tanımlar

³Danıştay 13.Dairesinin 10.02.2010 tarih ve 2007/1724 Esas ve 2010/1168 Karar sayılı kararı, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. (Bundan sonraki Danıştay kararlarında Kazancı İçtihat Bilgi Bankası’ndan alınan kararlar için kaynak gösterilmeyecektir.)

⁴M. Kutlu (1997). *İdare sözleşmelerinde ihale süreci*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, s.69-70.

⁵B.Akyılmaz vd. (2011). *Türk İdare Hukuku*. Ankara:Seçkin Yayınevi, s.441; M.Kutlu Gürsel (2008). Genel olarak “kamu ihalesi” ve “kamu ihale sözleşmesi” kavramları. *Güncel Mevzuat*, 3 (30), s.4.

⁶Oder (2004), s.449.

⁷K.Gözler (2006). *İdare hukuku dersleri*. Bursa: Ekin Kitabevi, s.249.

⁸İ.H.Özay (1996). *Günışığında yönetim*. İstanbul: Alfa Yayıncılık, s.319.



yapılmakla birlikte yapılan tüm tanımlardan çıkan sonuca göre idari işlemin unsurlarını şu şekilde sıralamak mümkündür: “İdari makamlar tarafından yapılması, tek yanlı olması, icrai olması, kamu gücüne dayanması, resen icra edilebilir olması, hukuka uygunluk karinesinden yararlanması, hukuki sonuç doğurması, yazılı olması, geriye yürümemesi.”⁹ Bu bağlamda ihale kararı, idari işlem olarak addedilebilir;¹⁰ ancak ihale kararının maddi anlamda değil ve fakat şeklen idari işlem olduğu savunulmaktadır.¹¹

İhale kararının hukuki niteliğinin şeklen idari işlem olarak belirlenmesi yargısal denetim açısından önem arz etmektedir. İdari işlemlerin idari yargı denetimine tabi olacağı düşünüldüğünde Danıştay’ın idari işlem için yaptığı belirlemelerin ortaya konması gerekir. Danıştay idari işlemi “Bir kamu hizmetinin yürütülmesi için, idarenin tek yanlı iradesi ile kamu hukuku esaslarına dayanarak ilgililerin hukuki durumlarını etkileyen kararlar” olarak tanımlamıştır.¹² Ayrıca Danıştay’ın diğer bazı kararlarında verilen tanımlarda idari işlemin çeşitli unsurlarına vurgu yapılmaktadır.¹³ Bu kararlarından birinde ihale kararının da idari işlem olduğu ortaya konmuştur. Buna göre “(...) [K]amunun sahip olduğu taşınmaz malların idare, tahsis ve satışı ile ilgili olarak yapılan bütün işlemler kanunlarla düzenlenmiş idari usullere göre tesis edildiğinden idare hukuku ilkelerine ve kamu hukukunu yakından ilgilendiren kanunlara göre yapılacağından bu türlü işlemlerin idari bir işlem oldukları açıktır.”¹⁴ Bir diğer kararında ise “Ayrılabilir işlem teorisine göre, birden çok işlemde oluşan bir süreçte, işlemlerden her birinin nihai işlemde ayrı, ondan bağımsız bir kimliği veya etkisi var ise, iptal davasının konusunu oluşturmak bakımından, içinde bulunduğu idari süreçten ayrılarak iptal davasına konu olabilecekleri kabul edilmektedir. Bu durumda, davalı idare iddiasının aksine davaya konu edilen İhale Komisyonu kararı, kesin, yürütülmesi

⁹A.E.Akyazan (2009). Maddi açıdan idari işlemler. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 85, s.223-227.

¹⁰Kutlu (1997), s.96-97.

¹¹V.Buz (2007). *Kamu ihale sözleşmelerinin kuruluş ve geçerlilik şartları*. Ankara: Yetkin Yayınevi, s.223-224.

¹²A.Ş.Gözübüyük (2007). *Yönetsel Yargı*. Ankara: Turhan Kitabevi, s.76, Danıştay İdari Daire Davaları Genel Kurulu’nun 03.05.1985 tarih ve 1985/80 Esas ve 1985/80 Karar sayılı kararı.

¹³Danıştay 10.Dairesinin 17.10.1990 tarih ve 1989/492 Esas ve 1990/2224 Karar sayılı kararında idari işlemler “kamu kurum ve kuruluşları tarafından, kamu hukuku kuralları uyarınca tesis edilen, tek taraflı, doğrudan uygulanabilir nitelikte hukuki tasarruflar” olarak tanımlanırken; Danıştay 10.Dairesinin 26.03.2003 tarih ve 2002/5500 Esas ve 2003/1119 Karar sayılı kararında kamu hizmeti unsuruna vurgu yapılarak “kamu hizmetinin düzenlenmesi veya yürütülmesi amacıyla kamu gücüne dayanılarak tesis edilen işlemlerin idari işlem niteliğini taşıdığı” belirtmektedir.

¹⁴D.10.D. 17.10.1990 T., 1989/492 E., 1990/2224 K.



zorunlu bir işlem olup, tek başına idari davaya konu edilebilecek niteliktedir.” yönünde karar vererek ihale komisyon kararlarının idari işlem olduğuna kanaat getirmiştir.¹⁵

Danıştay ihale kararını idari işlem olarak kabul etmekle beraber kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem niteliğini haiz olmadığından maddi yönden idari işlem olarak görmemektedir.¹⁶ Nitekim bir kararında da ihale kararının tek başına değil; ihale kararına yönelik yapılan başvuru sonucu verilen Kamu İhale Kurul kararı ile birlikte dava konusu edilebileceğini hükme bağlamıştır.¹⁷ Bu husus yargı yoluna başvurmadan önce Kamu İhale Kuruluna başvurunun zorunlu olmasından kaynaklanmaktadır.

İdare, sözleşmeye hazırlık süreci niteliğinde olan ihale aşamasında idare hukuku kurallarına; sözleşme aşaması ve sonrasında ise özel hukuk kurallarına tabidir.¹⁸ Her ne kadar ihale kararı alan idarenin, sözleşme yapma zorunluluğu bulunmasa ve bu yönden kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem tesis edilmiş olmasa dahi, ihale işlemlerinde yargısal denetim yolunun açık olması için¹⁹ Danıştay’ın da görüşüne uygun olarak bu işlemler idari işlem niteliğinde görülüp idare hukuku kurallarına tabi kılınmıştır. Sözleşme aşaması ise doğrudan özel hukuk alanına tabi kılınıp ihale sonucu imzalanan sözleşme özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir. Doktrindeki bir görüşe göre idare, özel hukuk alanında olsa bile hukuki bir ilişkiye girerken ya da sözleşmenin diğer tarafını belirlerken suiistimalleri önlemek adına, karar alma sürecinde ihale kanunlarına yani idare hukuku kurallarına tâbi kılınmıştır.²⁰ Ancak bu görüş eleştirilerek

¹⁵Danıştay 10.Dairesinin 22.06.2004 tarih ve 2004/8257 Esas ve 2004/7618 Karar sayılı kararı.

¹⁶Buz (2007), s.224.

¹⁷Danıştay 13.Dairesinin 21.09.2005 tarih ve 2005/7980 Esas ve 2005/4580 Karar sayılı kararına göre: (...) (İ)hale süreci ile ilgili olarak idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi gereken işlem, ihale yetkilisine ihale onayının verildiği tarihten, sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süreç içerisinde, ihale makamı tarafından yapılan işlemler değil, bu işlemlere karşı, anılan Kanun hükümlerinde öngörülen usullere göre ihaleyi yapan idareye yapılacak şikayet başvurusundan sonra, Kamu İhale Kurumu'na yapılacak itirazın şikayet başvurusu sonucu Kamu İhale Kurulu tarafından tesis edilecek işlemdir. (...)

Bu duruma göre, 2577 sayılı Kanun'da yer alan yasal düzenleme karşısında, idari davaya konu edilebilecek nitelikte, kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem olmayan ihalenin iptali isteminin esasını inceleme olanağı yoktur.

Her ne kadar, ihale işleminin davacının hukuksal durumunda yeni bir takım etkiler yaratabilme gücüne sahip olması nedeniyle, yürütülmesinin zorunlu olduğu söylenebilirse de, yukarıda da belirtildiği gibi¹⁷ söz konusu işlem, 4734 sayılı Kanun hükümlerine göre, yapım müteahhidi, tedarikçi veya hizmet sunucusu bakımından, dava konusu edilebilecek nitelikte, kesin bir işlem değildir.

Benzer nitelikteki bir başka Danıştay kararı için bkz. Buz (2007), s.224: Danıştay 13.Dairesinin 11.11.2005 tarih ve 2005/6367 Esas ve 2005/ 5455 Karar sayılı kararı.

¹⁸M.A.Tekinsoy (2006). İdari sözleşmelerde ölçüt sorunu. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 55 (1-2), s.183-222.

¹⁹Buz (2007), s.223-224.

²⁰Y.Yayla (1964). İdarenin takdir yetkisi. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 30 (1-2), s.127.



sanki sözleşme aşamasında kamu yararı olmadığından bu aşamanın özel hukuka tabi kılındığı gibi bir anlam çıktığı belirtilmektedir. Halbuki kamu yararını gerçekleştirme saikiyle girilen sürecin sonunda imzalanan sözleşme aşamasında da bu saik devam ettiğinden suiistimaller sadece karar alma sürecinde yaşanmamaktadır.²¹

İhale sözleşmelerinin içeriği dikkate alınmadan özel hukuka tabi kılınması da eleştirilmektedir. Bu görüşe göre ihale süreci ve sözleşme süreci arasında böylesine kategorik bir ayırım yapılması yanlış olup “sözleşmenin nitelenmesinde belirleyici (olan), sözleşmenin yapılmasında izlenen usul değil sözleşmenin konusu ve ona bağlı olarak sözleşmenin içeriği” olmalıdır.²² Yani ihaleye ilişkin yeni uygulamalarda sözleşmenin özel hukuka mı idare hukukuna mı tabi olduğu konusunda keskin ve kategorik bir ayırım yapılması yerine her bir uygulamaya özgü değerlendirmeye gidilmesi gerekmektedir.²³ Bir başka yazara göre de sözleşme aşamasında, idarenin sahip olduğu kamu gücü ile alacağı kararlar icrai nitelikte ve özel hukuku aşan niteliği haizse idari rejime tabi kılınmalıdır.²⁴

İhale süreci sonunda ihale kararının onaylanması ile iki taraf için de sözleşme yapma mecburiyeti doğmaktadır.²⁵ Bu bakımdan ihalenin kendisi sözleşme olarak kabul edilmemektedir. İhale, ihaleyi açan idarenin kiminle, hangi içerikte sözleşme yapılabileceğini tespit etmeye yönelik bir idari “usul”dür. İhale süreci idarenin tek taraflı iradesine dayalı zincirleme işlemlerden oluşur.²⁶ Bir iş için işin ihale usulü ile görülmesi yönünde alınan karar idareye sözleşme yapma yükümlülüğü getirmediği gibi isteklinin de bu konuda bir talep hakkı olmayacaktır.²⁷ İsteklinin bir talep hakkı ancak ihale kararının ihale süreci sonunda ihale yetkilisi tarafından onaylanması ile söz konusu olacaktır. Bu hak sözleşmenin imzalanmasını isteme ve imzalanmaması halinde zararların tazmini yönünde olacaktır. İhale sürecinde sözleşme imzalanana kadar olan işlemler idari işlem niteliğinde kabul edildiğinden, bu işlemler yetkide ve usulde

²¹Tekinsoy (2006), s.223.

²²T.Tan (1995). İdari sözleşme kuramına ilişkin gözlemler. *Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 50 (3-4), s.297.

²³Tekinsoy (2006), s.223.

²⁴Kutlu (1997), s.247.

²⁵S.S.Onar (1966b). *İdare hukukunun umumi esasları cilt III*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, s.1622;

²⁶H.E.Özdemir (2005). *Kamu İhale Kanunu'nda düzenlenen ihale işlemleri*. Yayınlanmamış Doktora Tezi. İstanbul: Marmara Üniversitesi, s.11.

²⁷Buz (2007), s.222.

paralellik ilkesi²⁸ gereğince, işlemi yapan idare tarafından, idare hukuku usul ve ilkelerine bağlı olarak kısmen ya da tamamen kaldırabilecek, değiştirilebilecek veya geri alınabilecektir.²⁹

1.3.İhale Mevzuatı

Türk kamu ihale uygulamalarının tarihi olarak başlangıcı 1857 yılında çıkarılan bir nizamnameye dayanmakta olup³⁰ bundan sonraki kanuni düzenlemelere ancak Cumhuriyet yıllarında rastlanabilmektedir. İlk şekli düzenleme olan 22.04.1925 tarih ve 661 sayılı Müzayede, Münakasa ve İhale Kanunu (Artırma, Eksiltme ve İhale Kanunu)'ndan sonra 10.12.1934 tarih ve 2490 sayılı Arttırma, Eksiltme ve İhale Kanunu da uzun süre yürürlükte kalmıştır.³¹ Bu Kanun'da amaç "mali menfaatlerin korunması" olmuş, böylece rekabet ve saydamlık ilkelerinin temelleri atılmıştır.³²

Günümüze geldiğinde ise Türk ihale sisteminin yürürlükteki iki temel kanun üzerine kurulu olduğu görülmektedir:

- 08.09.1983 tarih ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu (DİK)
- 04.01.2002 tarih ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu (KİK)

Bundan başka, ihalelerde düzenlenecek sözleşmeler 4734 sayılı Kanun kapsamına alınmayıp sözleşmeler için ayrı bir kanun çıkartılmıştır. Bu kanun 05.01.2002 tarihli 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'dur. Ayrıca söz konusu Kanunların, uygulama yönetmelikleri olarak İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik³³, Elektronik İhale Uygulama Yönetmeliği³⁴, Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, Mal Alımları İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, Hizmet Alımı

²⁸Yetkide ve usulde paralellik ilkesi, Danıştay içtihatları ile geliştirilmiş olup buna göre söz konusu işlemi yapmaya yetkili olan makam, kanunda aksi açıkça düzenlenmedikçe işlemi değiştirmeye, geri almaya ya da kaldırmaya da yetkilidir. Bkz. Gözübüyük (2007), s.203; M.Günday (2011). *İdare Hukuku*. Ankara: İmaj Kitabevi, s.135.

²⁹G.Korkmaz (2008). *4734 Sayılı Kanun kapsamındaki kamu ihalelerinde idari ve yargısal denetim*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Kocaeli: Kocaeli Üniversitesi, s.74-75.

³⁰A.Serdar (2000). İhale reformu. *Sayıştay Dergisi*, (37), s.1.

³¹E.Küçükgüngör ve Ş.Akipek (2003). Kamu İhale Sözleşmeleri. *Mali Hukuk*, 18 (103), s.40.

³²Oder (2004), s.557.

³³Resmi Gazete Tarihi: 03.01.2009, Resmi Gazete Sayısı: 27099.

³⁴Resmi Gazete Tarihi: 25.02.2011, Resmi Gazete Sayısı: 27857.

İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, Danışmanlık Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, Çerçeve Anlaşma İhaleleri Uygulama Yönetmeliği³⁵ yürürlüğe girmiştir.

4734 sayılı KİK'in genel gerekçesine göre günümüzün değişen ve gelişen ihtiyaçlarına cevap veremeyen, bütün kurumları kapsamayan, uygulamada ortaya çıkan aksaklıkları gidermede yetersiz kalan, AB ve uluslararası ihale uygulamalarına paralellik göstermeyen DİK'in yetersizliği nedeniyle yeni bir kanuna ihtiyaç duyulmuştur.³⁶ Bu bağlamda DİK'i tamamen yürürlükten kaldırmayan ancak kapsam bakımından sınırlandıran KİK'in yasalaşma sürecinde uluslararası normlar dikkate alınmıştır.³⁷ 4734 sayılı KİK, AB ihale mevzuatı ve UNCITRAL Kamu Alımları Model Kanunu ile uyumlu olarak çıkarılmıştır.³⁸ Ayrıca kanunun yasalaşma sürecinde Dünya Ticaret Örgütü'nün Kamu Alımları Anlaşması da göz önünde bulundurulmuştur.³⁹ Ancak bu tespitlere ve örnek alınan yabancı mevzuata rağmen, KİK yürürlüğe girdiği tarihten bu yana yirmi bir kez değiştirilmiştir.⁴⁰

İhale mevzuatlarından 4734 ve 4735 sayılı Kanunların uygulanmasında karşılaşılan tereddütlere açıklık getirmek amacıyla Kamu İhale Kurulu tarafından çıkarılan 22.08.2009 tarihli Kamu İhale Genel Tebliği de ihale hukukuna kaynaklık etmektedir.

1.4.İhale İşleminin Unsurları

1.4.1.Organik unsur

4734 sayılı KİK'in ihale tanımından da anlaşılacağı üzere ihale sürecinin aktif unsuru yani ihale sürecini gerçekleştiren kişi idaredir.⁴¹ Bu nedenle bir işlemin kamu ihale mevzuatı kapsamına girebilmesi için aranan öncelikli koşul, işlemin idare

³⁵Resmi Gazete Tarihi: 04.03.2009, Resmi Gazete Sayısı : 27159 Mükerrer.

³⁶KİK genel gerekçesi. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss794m.htm> (Erişim Tarihi: 13.01.2012)

³⁷Y.Aslan (2003). Yeni ihale sistemi ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu üzerine bir inceleme. *Mali Hukuk*, 18 (104), s.38.

³⁸M.Akdoğan (2009). *Avrupa Birliği uyum sürecinde Türk İhale rejiminin şeffaflık açısından değerlendirilmesi*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: İstanbul Üniversitesi, s.89.

³⁹Oder (2004), s.562.

⁴⁰Bkz. <http://www.ihale.gov.tr/> (Erişim Tarihi:04.04.2012)

⁴¹Özdemir (2005), s.11.

tarafından tesis edilmiş olmasıdır. Kamu ihale işlemlerinde mevzuat kapsamını belirlemek adına ortaya konacak organik unsur bakımından önem arz eden nokta “idare”nin belirlenmesidir. İdari kurumların belirlenmesinde ise kamu ihale mevzuatı gereği ikili bir ayırım söz konusu olacaktır. Bu bağlamda KİK’in genel gerekçesine göre DİK’in tüm kamu kurumlarını kapsamaması nedeniyle yürürlüğe giren KİK ve ayrıca DİK kapsamındaki kurumları ayrı ayrı incelemek gerekecektir.

1.4.1.1.KİK’e tabi kurum ve kuruluşlar

KİK’in kurum ve kuruluş bazında kapsamını değerlendirirken Kanun’un amacını ortaya koyan 1.madde açıklayıcı olmaktadır. Buna göre;

- kamu hukukuna tâbi olan
- kamunun denetimi altında bulunan
- kamu kaynağı kullanan

kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihaleler KİK kapsamındadır. Bu kurum ve kuruluşların neler olduğu ise daha detaylı olarak Kanun’un 2.maddesinde açıklanmıştır:

- a) Genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri⁴² ile özel bütçeli idareler⁴³, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı; döner sermayeli

⁴²5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu madde 12’ye göre “genel bütçe”, Devlet tüzel kişiliğine dahil olan ve Kanuna ekli (I) sayılı cetvelde yer alan kamu idarelerinin bütçesidir. Kanuna ekli (I) Sayılı Cetvele göre genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri şunlardır: TBMM, Cumhurbaşkanlığı, Başbakanlık, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Sayıştay, Adalet Bakanlığı, Millî Savunma Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı, Dışişleri Bakanlığı, Maliye Bakanlığı, Millî Eğitim Bakanlığı, Bayındırlık ve İskân Bakanlığı, Sağlık Bakanlığı, Ulaştırma Bakanlığı, Tarım ve Köyişleri Bakanlığı, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, Kültür ve Turizm Bakanlığı, Çevre ve Orman Bakanlığı, Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği, Millî İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığı, Jandarma Genel Komutanlığı, Sahil Güvenlik Komutanlığı, Emniyet Genel Müdürlüğü, Diyanet İşleri Başkanlığı, Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı, Hazine Müsteşarlığı, Dış Ticaret Müsteşarlığı, Gümrük Müsteşarlığı, Denizcilik Müsteşarlığı, Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığı, Avrupa Birliği Genel Sekreterliği, Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu, Devlet Personel Başkanlığı, Özürlüler İdaresi Başkanlığı, Türkiye İstatistik Kurumu, Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı, Gelir İdaresi Başkanlığı, Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü, Devlet Meteoroloji İşleri Genel Müdürlüğü, Tarım Reformu Genel Müdürlüğü, Petrol İşleri Genel Müdürlüğü, Basın-Yayın ve Enformasyon Genel Müdürlüğü, Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Genel Müdürlüğü, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü, Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü, Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü.

⁴³Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu madde 12’ye göre “özel bütçe”, bir bakanlığa bağlı veya ilgili olarak belirli bir kamu hizmetini yürütmek üzere kurulan, gelir tahsis edilen, bu gelirlerden harcama yapma yetkisi verilen, kuruluş ve çalışma esasları özel kanunla düzenlenen ve Kanuna ekli (II) sayılı cetvelde yer alan her bir kamu idaresinin bütçesidir. (II) Sayılı Cetvele göre özel bütçe kapsamındaki

kuruluşlar, birlikler (meslekî kuruluş şeklinde faaliyet gösterenler ile bunların üst kuruluşları hariç), tüzel kişiler.

b) Kamu iktisadi kuruluşları ile iktisadi devlet teşekküllerinden oluşan kamu iktisadi teşebbüsleri.

c) Sosyal güvenlik kuruluşları⁴⁴, fonlar, özel kanunlarla kurulmuş ve kendilerine kamu görevi verilmiş tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar (meslekî kuruluşlar ve vakıf yüksek öğretim kurumları hariç) ile bağımsız bütçeli kuruluşlar.

d) (a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilenlerin doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip buldukları her çeşit kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketler.

e) 4603 sayılı Kanun kapsamındaki bankalar⁴⁵ ile bu bankaların doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip buldukları şirketlerin yapım ihaleleri.

1.4.1.2.DİK'e tabi kurum ve kuruluşlar

DİK'in kurum ve kuruluş bazında kapsamı genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idareler, özel idare ve belediyelerdir (DİK madde 1). Bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlar ile özel kanunlarla veya özel kanunların vermiş olduğu yetkiyle

idareler ise şunlardır: Yükseköğretim Kurulu, Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi, Üniversiteler, Savunma Sanayi Müsteşarlığı, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Atatürk Araştırma Merkezi, Atatürk Kültür Merkezi, Türk Dil Kurumu, Türk Tarih Kurumu, Türkiye ve Orta-Doğu Amme İdaresi Enstitüsü, Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu, Türkiye Bilimler Akademisi, Türkiye Adalet Akademisi, Yükseköğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu, Karayolları Genel Müdürlüğü, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü, Devlet Tiyatroları Genel Müdürlüğü, Devlet Opera ve Balesi Genel Müdürlüğü, Orman Genel Müdürlüğü, Vakıflar Genel Müdürlüğü, Hudut ve Sahiller Sağlık Genel Müdürlüğü, Elektrik İşleri Etüd İdaresi Genel Müdürlüğü, Maden Tetkik ve Arama Genel Müdürlüğü, Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü, Türk Akreditasyon Kurumu, Türk Standartları Enstitüsü, Millî Prodüktivite Merkezi, Türk Patent Enstitüsü, Ulusal Bor Araştırma Enstitüsü, Türkiye Atom Enerjisi Kurumu, Küçük ve Orta Ölçekli Sanayi Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı, İhracatı Geliştirme Etüt Merkezi, Türk İşbirliği ve Kalkınma İdaresi Başkanlığı, Özel Çevre Koruma Kurumu Başkanlığı, GAP Bölge Kalkınma İdaresi, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı, Ceza ve İnfaz Kurumları ile Tutukevleri İş Yurtları Kurumu, Meslekî Yeterlilik Kurumu, Yurtdışı Türkler ve Akraba Topluluklar Başkanlığı.

⁴⁴Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'na ekli (IV) sayılı Cetvele göre "sosyal güvenlik kuruluşları" Sosyal Güvenlik Kurumu ve Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğü'dür.

⁴⁵4603 sayılı Kanun kapsamındaki bankalar; Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası, Türkiye Halk Bankası Anonim Şirketi ve Türkiye Emlak Bankası Anonim Şirketi'dir.

kurulmuş bulunan fonların, DİK kapsamında yapacakları işler için de Maliye Bakanlığınca hazırlanan, Bakanlar Kurulunca çıkarılan yönetmelik belirleyici olacaktır.

1.4.2.Maddi unsur

İhale işlemleri için önem arz eden bir diğer husus da hangi işlerin ihalenin konusunu oluşturduğudur. İhale işlemlerinin maddi unsurunu belirlerken de yine KİK ve DİK bakımından ikili bir ayrıma gitmek gerekmektedir.

KİK yürürlüğe girmeden önce DİK hem kamu harcaması yapılan hem de kamuya gelir sağlayan işleri kapsamakta idi. Buna göre “alım, hizmet, yapım, kiralama ve taşıma işleri” kamu harcaması yapılmasına; “satım, kiraya verme, trampa ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi işleri” kamuya gelir sağlanmasına yönelik olduğundan, farklı nitelikteki bu işlerin aynı kanunda düzenlenmesi uygulamada pek çok sorunu ortaya çıkarmıştır. Ortaya çıkan bu ihtiyaçlar nedeniyle yürürlüğe giren 4734 sayılı KİK, 2886 sayılı DİK’in uygulama alanını da önemli ölçüde daraltmıştır. Bu nedenle ihale mevzuatlarının maddi olarak kapsamını kanunlar bazında ikili bir ayrıma giderek inceleyeceğiz.

1.4.2.1.KİK kapsamındaki işler

Kamu harcaması gerektiren işler bakımından özellikle yeni uygulamalara yer vermek adına harcama yapılan işler ile gelir getiren işler için ayrı kanunlara ihtiyaç duyulması sonucu kamu harcaması yapılmasını gerektiren mal veya hizmet alımları ile yapım işleri KİK kapsamına alınmıştır.⁴⁶ Ayrıca KİK kapsamında yer alan bu işlemlerde DİK hükümleri uygulanmayacağına yönelik düzenleme yapılmıştır (KİK madde 68). Böylece kanun koyucu istisnalar dışında kamunun harcama gerektiren bütün

⁴⁶[KİK Genel Gerekeçe. http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss794m.htm](http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss794m.htm) (Erişim Tarihi: 13.01.2012)

ihale ve sözleşmelerini 4734 ve 4735 sayılı kanunlarla yeniden düzenlemiş, bunun dışındaki ihaleleri bu düzenlemelere dahil etmemiştir.⁴⁷

KİK madde 2'ye göre yukarıda belirtilen idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihaleleri bu Kanun hükümlerine göre yürütülecektir. Konu bazında harcama gerektiren işlerin tanımına KİK madde 4'te yer verilmiştir:

- Yapım işi, bina, karayolu, demiryolu, otoyol, havalimanı, rıhtım, liman, tersane, köprü, tünel, metro, viyadük, spor tesisi, alt yapı, boru iletim hattı, haberleşme ve enerji nakil hattı, baraj, enerji santrali, rafineri tesisi, sulama tesisi, toprak ıslahı, taşkın koruma ve dekapaj gibi her türlü inşaat işleri ve bu işlerle ilgili tesisat, imalat, ihzarat, nakliye, tamamlama, büyük onarım, restorasyon, çevre düzenlemesi, sondaj, yıkma, güçlendirme ve montaj işleri ile benzeri yapım işlerini ifade eder.

- Mal, satın alınan her türlü ihtiyaç maddeleri ile taşınır ve taşınmaz mal ve hakları ifade eder.

- Hizmet, bakım ve onarım, taşıma, haberleşme, sigorta, araştırma ve geliştirme, muhasebe, piyasa araştırması ve anket, danışmanlık, tanıtım, basım ve yayım, temizlik, yemek hazırlama ve dağıtım, toplantı, organizasyon, sergileme, koruma ve güvenlik, meslekî eğitim, fotoğraf, film, fikrî ve güzel sanat, bilgisayar sistemlerine yönelik hizmetler ile yazılım hizmetlerini, taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanmasını ve benzeri diğer hizmetleri ifade eder.

Bu kapsamda kurum bazında mevcut istisnalar da ileride ayrıca incelenmiştir.

1.4.2.2.DİK kapsamındaki işler

4734 sayılı KİK'in genel gerekçesinde de belirtildiği gibi bu kanun kapsamındaki mal ve hizmet alımı ile yapım işleri dışındaki ihale iş ve işlemleri 2886 sayılı DİK'e tabi olacaktır.

⁴⁷A.Uz (2008). İhale konusu hukuki işlemler bakımından 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun kapsamı ve gelir/hasılat paylaşımı uygulaması: "iddaa" örneği. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 57(1-2), s.186.

Harcama gerektirmeyen işlerin dahil olacağı DİK kapsamına idarelerin satım, kira, trampa ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ile taşıma işleri girmektedir.⁴⁸

- Satım; taşınır ve taşınmaz mallar ile her türlü ihtiyaç maddeleri, hizmet ve hakların satımını,
- Kira; taşınır ve taşınmaz malların ve hakların kiralanmasını veya kiraya verilmesini,
- Trampa ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi; Borçlar Kanunu ile Türk Medeni Kanunu'nun trampa ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ile ilgili maddelerinde gösterilmiş işlemleri,
- Taşıma; yükleme, taşıma, boşaltma, depolama ve bunlara ilişkin ambalaj işlerini ifade eder (DİK madde 4).

Bu açıklamalara rağmen örneğin trampanın hangi kanun kapsamında yer alması gerektiği tartışılabilir bir konudur.⁴⁹ Çünkü idarelerin ihtiyacına uygun taşınmaz mal alımı veya kiralanması KİK'te bir alım yöntemi olan doğrudan teminin düzenlendiği madde 22'de bu kanuna tabi olarak düzenlenmiştir. Trampa da taşınmaz edinmenin bir türü olduğuna göre KİK'e tabi olması mümkün iken Kamu İhale Kurulu bir kararında trampayı KİK kapsamının dışında değerlendirmiştir.⁵⁰

Aynı şekilde kat karşılığı inşaat işi de bir yapım işi olarak KİK'e tabi gibi görünse de bu iş için kamu harcaması yapılmamaktadır. Aksine idarenin taşınmaz mal edinmesi söz konusudur. Yani gelir getirici işlem olarak DİK kapsamına girmesi de mümkündür. Bu noktada da kapsam konusunda bir diğer tartışmayla karşılaşmaktadır.⁵¹ Kat karşılığı inşaat işinde kamu idaresi bu iş karşılığı müteahhide arsanın bir kısmını vermek durumundadır. Bu da kamu idaresine ait bir kaynağın⁵² kullanılması anlamına gelmektedir.⁵³ Her ne kadar bu açıdan bakıldığında kat karşılığı inşaat işinin kamu

⁴⁸Günday (2011), s.197.

⁴⁹Uz (2008), s.187.

⁵⁰Kamu İhale Kurulu'nun 18.03.2004 tarih ve 2004/UK.Z-360 sayılı kararında: "İGDAŞ tarafından 16.10.2003 tarihinde yapılan Doğalgaz Karşılığı Savaş Okuma El Terminali Malzemeleri Alımı İhalesinin trampa usulü ile yapıldığı bu nedenle 4734 sayılı Kanun kapsamına girmediği, doğalgaz karşılığı malzeme alınmasının gelir getirici işlem olduğu..." belirtilmiştir. <http://www.ihale.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 04.04.2012) (Bundan sonraki Kamu İhale Kurul kararında kaynak gösterilmeyecektir.)

⁵¹Uz (2008), s.187-188.

⁵²5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu madde 3'e göre kamu kaynağı "borçlanma suretiyle elde edilen imkânlar dahil kamuya ait gelirler, taşınır ve taşınmazlar, hesaplarda bulunan para, alacak ve haklar ile her türlü değerler" olarak belirlenmiştir.

⁵³Uz (2008), s.188.

harcaması gerektiren bir iş olduğu düşünülse de Kamu İhale Kurulu 2003/5 no.lu Kamu İhale Tebliği'nde bu işlerin DİK'e tabi olduğunu karara bağlamıştır.⁵⁴ Buna göre KİK kapsamını belirleyen madde 2'ye göre Kanun kapsamında bulunan kurum ve kuruluşların tasarrufunda bulunan ve kamu harcaması yapılmasını gerektiren kaynaklar "her türlü kaynak" olarak ifade edilse de madde 5'e göre ihalesi yapılacak her türlü işin ödeneğinin bulunması da zorunludur. Kat karşılığı inşaat işinde ise kamu harcaması yapılmadığından ödenek kullanımı gerekmemektedir. Kanun'un ihale sürecine ilişkin pek çok maddesinde⁵⁵ temin edilecek ödenek miktarına göre düzenlemeler bulunduğundan bütçe gideri işler KİK kapsamında olup "Hazineye ait taşınmaz malların kamu harcaması yapılmasını gerektirmeyen ve bütçeden ödenek kullanımı söz konusu olmayan kat ve/veya arsa karşılığı inşaat yapım işleri 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında yer almamaktadır."⁵⁶

1.4.3.KİK kapsamı dışında bırakılan işler

KİK'in kapsamı yukarıda anlatılan organik ve maddi şartlara göre belirlenmesine ve buna göre KİK madde 2'de sayılmasına rağmen kanun koyucunun iradesi ile bazı kurumların bir takım işleri Kanun kapsamı dışında bırakılmıştır. Kanun kapsamına getirilen bu istisnalar, uluslararası mevzuata göre oluşturulan KİK'i bu alandan uzaklaştırdığından eleştirilmektedir.⁵⁷ Söz konusu istisnalar önce kapsamın düzenlendiği madde 2'de daha sonra ise istisnalar başlıklı madde 3'te sayılmıştır.

⁵⁴Bkz.25087 sayılı, 22.04.2003 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 2003/5 sayılı Kamu ihale Tebliği'nin "Hazineye Ait Taşınmaz Malların Kat veya Arsa Karşılığı İnşaat Yapım İşleri" başlıklı 9. Maddesi.

⁵⁵2003/5 Sayılı Tebliğde yer aldığı üzere KİK'in;

"- 4. maddesinde "teklif", "ihalelerde isteklinin idareye sunduğu fiyat teklifi ile değerlendirmeye esas belge ve/veya bilgiler" şeklinde tanımlanmakta,

- 5. maddesinde "ödenegi bulunmayan hiçbir iş için ihaleye çıkılamaz" hükmü yer almakta,

- 9. maddesinde yaklaşık maliyetin parasal ölçüye bağlı olarak tespit edileceği belirtilmekte,

- 8. ve 13. maddelerinde, eşik değerler ve ilan kuralları parasal tutarlara bağlanmakta,

- 33. ve 43. maddelerinde geçici ve kesin teminat tutarlarının fiyat teklifine ve sözleşme bedeline oranlanmakta,

- 40. maddesinde ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesinde fiyat tekliflerinin değerlendirileceği belirtilmektedir."

⁵⁶25087 sayılı ve 22.04.2003 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 2003/5 sayılı Kamu İhale Tebliği madde 9.

⁵⁷C.Günel (2011). *İdarenin mal ve hizmet edinme usullerinden biri olarak kamu ihaleleri*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: İstanbul Üniversitesi, s.34.

Bunlardan bazı kurumların bir takım işleri KİK kapsamında tutulduğundan organik ve maddi şartlar bir arada incelenecektir.

Öncelikle kapsamın belirlendiği madde 2’de kurum bazında ve bazı kurumların bir takım işleri bakımından istisnalar düzenlenmiştir. Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu ve bu Fonun hisselerine kısmen ya da tamamen sahip olduğu bankalar, 4603 sayılı Kanun kapsamındaki bankalar ve bu bankaların doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip buldukları şirketlerin yapım ihalesi dışındaki işleri kapsam dışı tutulmuştur (KİK madde 2). Yine 4603 sayılı Kanun kapsamındaki bankaların 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’na tabi gayrimenkul yatırım ortaklıkları ile enerji, su, ulaştırma ve telekomünikasyon sektörlerinde faaliyet gösteren teşebbüs, işletme ve şirketler bu Kanun kapsamı dışında bırakılmıştır (KİK madde 2).

Ayrıca KİK geçici madde 4’e göre;

Enerji, su, ulaştırma ve telekomünikasyon sektöründe faaliyet gösteren teşebbüs, işletme ve şirketler, özel kanunları yürürlüğe girinceye kadar bu Kanunun 3 üncü maddesinin (g) bendi hükmüne, bu bent kapsamında yer almayan mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinde ise Kanunun diğer hükümlerine tâbi olurlar. Bu Kanunun 3 üncü maddesinin (g) bendinde yer alan parasal limit,⁵⁸ Türkiye Petrolleri Anonim Ortaklığının Türkiye karasuları ile uluslararası sular dâhilinde petrol ve doğalgaz arama, sondaj, üretim ve taşıma faaliyetleri ile ilgili olarak yapılacak her türlü mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinde uygulanmaz.

Bu düzenleme ile enerji, su, ulaştırma ve telekomünikasyon alanında faaliyet gösteren kurum ve kuruluşların kanun kapsamından çıkarılması eleştirilmiştir. Bizim de katıldığımız görüşe göre bu durum KİK’in ortaya çıkış amacına yani bütün kurumları kapsayan kanun ihtiyacına da ters düşmektedir.⁵⁹

KİK’in “istisnalar” başlıklı 3.maddesinde hangi işlerin KİK kapsamı dışında tutulduğuna yer verilmiştir. Bu düzenlemede belirli kurum ve kuruluşlardan yapılacak

⁵⁸Yaklaşık maliyeti ve sözleşme bedeli için güncel parasal limit 24.01.2012 tarih ve 2012/1 sayılı Kamu İhale Tebliği’ne göre altmilyon altıyüzyirmidokuzbin yüzellidört Türk Lirasıdır.

⁵⁹Özdemir (2005), s.28.

söz konusu kurum ve kuruluşlara özgü hizmet ve mal alımları ile yapım işlerini kapsam dışında tutulmuştur. Buna göre madde 3'te sayılan istisnalar şöyledir:

a) Kanun kapsamına giren kuruluşlarca, kuruluş amacı veya mevzuatı gereği işlemek, değerlendirmek, iyileştirmek veya satmak üzere doğrudan üreticilerden veya ortaklarından yapılan tarım veya hayvancılıkla ilgili ürün alımları ile 6831 sayılı Orman Kanunu gereğince orman köylüleri kalkındırma kooperatiflerinden ve köylülerden yapılacak hizmet alımları,

b) Savunma, güvenlik veya istihbarat alanları ile ilişkili olduğuna veya gizlilik içinde yürütülmesi gerektiğine ilgili bakanlık tarafından karar verilen veya mevzuatı uyarınca sözleşmenin yürütülmesi sırasında özel güvenlik tedbirleri alınması gereken veya devlet güvenliğine ilişkin temel menfaatlerin korunmasını gerektiren hallerle ilgili olan mal ve hizmet alımları ile yapım işleri,

c) - Uluslararası anlaşmalar gereğince sağlanan dış finansman ile yaptırılacak olan ve finansman anlaşmasında farklı ihale usul ve esaslarının uygulanacağı belirtilen mal veya hizmet alımları ile yapım işleri;

- Uluslararası sermaye piyasalarından yapılacak borçlanmalara ilişkin her türlü danışmanlık ve kredi derecelendirme hizmetleri;

- Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasının banknot ve kıymetli evrak üretim ve basımı ile ilgili mal veya hizmet alımları,

- Özelleştirme uygulamaları için 24.11.1994 tarihli ve 4046 sayılı Kanun çerçevesinde yapılacak her türlü danışmanlık hizmet alımları;

- Hava taşımacılığı yapan teşebbüs, işletme ve şirketlerin ticari faaliyetlerine ilişkin mal ve hizmet alımları,

d) İdarelerin yabancı ülkelerdeki kuruluşlarının mal veya hizmet alımları ile yapım işleri; yurt dışında bulunan nakil vasıtalarının o yerden sağlanması zorunlu mal veya hizmet alımları,

e) Bu Kanun kapsamına giren kuruluşların;

- Adalet Bakanlığına bağlı ceza infaz kurumları, tutukevleri işyurtları kurumları,

- Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumuna bağlı huzurevleri ve yetiştirme yurtları,
- Millî Eğitim Bakanlığına bağlı üretim yapan okullar ve merkezler,
- Tarım ve Köy İşleri Bakanlığına⁶⁰ bağlı enstitü ve üretim istasyonları ile
- Başbakanlık Basımevi İşletmesi

tarafından bizzat üretilen mal ve hizmetler için anılan kuruluşlardan,

- Devlet Malzeme Ofisi Ana Statüsünde yer alan mal ve hizmetler için Devlet Malzeme Ofisi Genel Müdürlüğünden,
- Yük, yolcu veya liman hizmetleri için Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğünden,
- Akaryakıt ve taşıt için Tasfiye İşleri Döner Sermaye İşletmeleri Genel Müdürlüğünden yapacakları alımlar ile;
- Araştırma-geliştirme(ar-ge) faaliyetleri kapsamında Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumundan yapacakları mal, hizmet ve danışmanlık hizmet alımları,
- Et ve et ürünleri için Et ve Balık Kurumu Genel Müdürlüğünden,
- Ray üstünde çeken ve çekilen araçlarda kullanılan monoblok tekerlek ve tekerlek takımları için Makine ve Kimya Endüstrisi Kurumu Genel Müdürlüğünden yapacakları alımlar,

f) Ulusal araştırma-geliştirme kurumlarının yürüttüğü ve desteklediği araştırma-geliştirme projeleri için gerekli olan mal ve hizmet alımları ile finansmanının tamamı Kanun kapsamındaki bir idare tarafından karşılanarak elde edilen sonuçların bu idare tarafından sadece kendi faaliyetlerinin yürütülmesinde faydalandığı haller hariç, her türlü araştırma ve geliştirme hizmeti alımları,

g) 2 nci maddenin birinci fıkrasının (b) ve (d) bentlerinde sayılan kuruluşların, ticarî ve sınaî faaliyetleri çerçevesinde; doğrudan mal ve hizmet üretimine veya ana faaliyetlerine yönelik ihtiyaçlarının temini için

⁶⁰ Kanun'a işlenmeyen yeni adı ile Gıda Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı.



yapacakları, Hazine garantisi veya doğrudan bütçenin transfer tertibinden aktarma yapmak suretiyle finanse edilenler dışındaki yaklaşık maliyeti ve sözleşme bedeli altı milyon altıyüzyirmidokuzbin yüzellidört Türk Lirasını⁶¹ aşmayan mal veya hizmet alımları,

h) Bu Kanun kapsamındaki idarelerin kendi özel mevzuatı uyarınca hak sahiplerine sağlayacakları teşhis ve tedaviye yönelik hizmet alımları ile tedavisi kurumlarınca üstlenilen kişilerin ayakta tedavisi sırasında reçeteye bağlanan ilaç ve tıbbî malzemelerin kişilerce alımları, sağlık hizmeti sunan bu Kanun kapsamındaki idarelerin teşhis ve tedaviye yönelik olarak birbirlerinden yapacakları mal ve hizmet alımları,

i) 21.7.1983 tarihli ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu kapsamındaki taşınır ve taşınmaz kültür varlıklarının rölöve, restorasyon, restitüsyon ve konservasyon projeleri, sokak sağlıklılaştırma, çevre düzenleme projeleri ve bunların uygulamaları ile değerlendirme, muhafaza, nakil işleri ve kazı çalışmalarına ilişkin mal ve hizmet alımları,

j) Deniz Çevresinin Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Acil Durumlarda Müdahale ve Zararların Tazmini Esaslarına Dair Kanun hükümleri kapsamında, acil müdahale plânlarının hazırlanması ve bir olay meydana geldikten sonra kirliliğe müdahale ve acil müdahale plânlarının icrası için acil olarak ihtiyaç duyulabilecek hizmet alımı ile araç, gereç ve malzeme alımı,

k) Vakıf kültür varlıklarının onarımları ve restorasyonları ile çevre düzenlemesine ilişkin mal veya hizmet alımları,

l) Tanıkların korunmasına ilişkin mevzuat hükümlerine göre alınacak koruma tedbirlerinin uygulanması için gerekli olan mal ve hizmet alımları,

m) Boru Hatları ile Petrol Taşıma A.Ş. (BOTAŞ) tarafından ithalat yoluyla yapılacak spot sıvılaştırılmış doğal gaz (LNG) alımları,

n) Uluslararası mükellefiyetlerden doğan veya ulusal amaçlı; savunma, güvenlik, insani yardım gibi durumlarda ortaya çıkabilecek acil

⁶¹2012/I sayılı Kamu İhale Kurumu Tebliği'ne göre güncellenmiştir.

ihtiyaçların, süratli ve etkin bir biçimde temini amacıyla, önceden güvenceler alınmasına olanak sağlayan anlaşmalar veya sözleşmeler yapmak suretiyle mal ve hizmet alımları,

o) Elektrik üretimi, iletimi, ticareti ve dağıtım alanında faaliyet gösteren kamu iktisadi teşebbüslerinin, bu faaliyetlerinin yürütülmesine yönelik olarak diğer kamu kurum ve kuruluşlarından yapacakları enerji ve yakıt alımları,

p) Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü ile özerk spor federasyonlarının ulusal ve uluslararası sportif faaliyetlerine ilişkin mal ve hizmet alımları,

r) Fakir ailelere kömür yardımı yapılmasına ilişkin Bakanlar Kurulu kararnamele kapsamında; işleticisi kim olursa olsun, Türkiye Kömür İşletmeleri Kurumu Genel Müdürlüğüne kendisine veya bağlı ortaklık veya iştiraklerine ait olan kömür sahalarından yapacağı mal ve hizmet alımları,

s) Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğüne bağlı ortaklıklarından yapacağı mal veya hizmet alımları,

t) Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığının kurduğu veya iştirak ettiği şirketten (ÖSYM'nin yapacağı mal ve hizmet alımlarında Yükseköğretim Kurulunun uygun görüşü alınmak kaydıyla) sınav faaliyetlerinin yürütülmesine yönelik olarak yapılacak mal ve hizmet alımları,

Ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç bu Kanuna tâbi değildir.

Sonuç olarak, bir idarenin yapacağı herhangi bir ihalede hangi kanunun uygulanacağı kısaca şu şekilde belirlenebilir: Öncelikle konu bazında ihalenin mal, hizmet ya da yapım işine girip girmediğine bakılır. Bunlardan birine giriyorsa söz konusu idarenin KİK'teki istisnalara girip girmediğine bakılır ve buna göre KİK uygulanır. Konu bazında KİK kapsamında değilse ve geçici madde 4 uyarınca özel bir kanunla düzenlenmemişse DİK kapsamına giren bir konu olup olmadığına bakılır. Konu bakımından DİK kapsamında olduğu tespit edildikten sonra DİK kapsamındaki bir idare

olup olmadığı tespit edilir. Bu kapsama giriyorsa DİK uygulanır. Girmiyorsa özel kanunla DİK ya da KİK'e gönderme yapıp yapılmadığı kontrol edilir.⁶²

2.İhaleye Hazırlık İşlemleri

İdarenin kamu hizmetini yerine getirmek için yaptığı kamu ihaleleri, hazırlık işlemleri ve ihalenin gerçekleştirilmesinden ibarettir. Ancak idarenin ihaleye çıkabilmesi için hazırlık işlemlerinden de önce gerçekleştirmesi gereken bazı ön koşullar vardır. Her şeyden önce ödeneğin bütçeden karşılanmış olması gerekir çünkü ödeneği olmayan hiçbir iş için ihaleye çıkılamaz (KİK madde 5/5). Bundan başka; ihtiyacın konusunun ve özelliğinin belirlenmesi, yapım işleri ihalesi için ilgili taşınmazın mülkiyetinin idarede olması, yine yapım işleri ihalesinde ön proje, kesin proje, uygulama projesinin hazırlanmış olması,⁶³ doğal afetlere bağlı olarak acilen ihale edilecek yapım işleri haricinde gereken işlerde çevresel etki değerlendirme (ÇED) olumlu raporunun alınmış olması gerekir (KİK madde 5/6).

İdarenin mal veya hizmet alımı ya da yapım işleri ile ilgili ihtiyacının tespiti aşamasından sonra gelen ihtiyacın temini aşaması KİK'te düzenlemiş olup ihaleye hazırlık işlemleri de buna ilişkindir. Söz konusu ihtiyaç için ihale yapacak olan idare, ihaleye çıkmadan önce yaklaşık maliyeti belirleyecektir. İhalenin hangi usulle yapılacağına karar verecektir. Yine ihaleye çıkmadan önce işin teknik detaylarının yer aldığı teknik şartnameyi de içeren ihale dokümanını hazırlayacaktır. Son hazırlık aşaması olarak da ihaleyi ilan edecektir.⁶⁴ Belli istekliler arasında ihale usulünde karar kılınması halinde ihale ilanı yerine ön yeterlik ilanı verilecektir. İhale ilan aşamasında ihale komisyonu da kurulacaktır. Bu itibarla hazırlık aşaması sözleşmeden ayrı ve soyut bir işleve sahiptir.⁶⁵ Zira ihaleye özgü sözleşmenin içeriği henüz belli değildir. Ancak aşağıdaki bölümlerde görüleceği üzere hazırlık aşamasının somutlaştığı tek nokta şartname safhasıdır.

İhaleye hazırlık işlemlerinin anlatılacağı bu bölümde idarenin yaklaşık maliyeti belirlemesi, ihale ve ön yeterlik dokümanı hazırlaması, ihale komisyonunun kurulması

⁶²Söz konusu açıklamanın şeması için bkz. Oder (2004), s.588.

⁶³A. Taşdelen (2004). *Kamu harcamaları hukukunda ihale süreci*. Ankara: Turhan Kitabevi, s.87.

⁶⁴Özdemir (2005), s.110.

⁶⁵Onar (1966b), s.1616.

ve ihalenin ilan aşaması incelenecektir. İhale usulünün belirlenmesi ise takdir yetkisi ile doğrudan bağlantılı olduğundan ikinci bölümde ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

2.1.Yaklaşık Maliyetin Belirlenmesi

İdare ihale konusu mal veya hizmet alımları ya da yapım işleri için her türlü fiyat araştırması yaparak KDV hariç bir yaklaşık maliyet belirler ve bunu dayanaklarıyla birlikte bir hesap cetvelinde gösterir (KİK madde 9). Öngörülen bu bedel yaklaşık maliyettir.⁶⁶ Bu düzenleme ile DİK’te yer alan “Uluslararası uygulamalarla tutarsızlık arz eden ve kamu otoritelerince belirlenen birim fiyatlara dayanılarak hazırlanması nedeniyle piyasa fiyatlarını gerçekçi bir şekilde yansıtmadığı görülen”⁶⁷ tahmini bedel esasına dayalı ihale sistemi⁶⁸ uygulamadan kalkmıştır.

İdarenin, ihale sonucunda, ihtiyaç duyulan mal, hizmet ya da yapım işini ekonomik açıdan en uygun bedelle temin edebilmesi için yaklaşık maliyetin en doğru şekilde belirlenmesi gerekir. Yaklaşık maliyet hesabı, ihalenin eşik değere göre nerede yer aldığını ortaya koyar.⁶⁹ Bu tespite göre ihale ilan süreleri değişiklik arz edecektir. Ayrıca ihaleye katılacak isteklilerin yeterlilik kıstaslarının belirlenmesinde, aşırı düşük tekliflerin değerlendirilmesinde, yabancı isteklilerin katılımının gerçekleştirilmesinde yaklaşık maliyet belirleyici rol oynar.⁷⁰

Yaklaşık maliyet idare tarafından bütçenin programlanmasında da esas alınmaktadır. İhalede ise isteklilerin sunduğu tekliflerin karşılaştırılmasında kullanılır. Bu nedenle Kanun’da yaklaşık maliyetin gizliliği hüküm altına alınmıştır (KİK madde 62/d). Yaklaşık maliyetin gizliliğinin sağlanması için yaklaşık maliyete ihale ve ön yeterlik ilânlarında yer verilmeyecek, isteklilere veya ihale süreci ile resmî ilişkisi

⁶⁶M.Aksoy ve K.E.Erbay (2006). *Kamu alımlarında ihale ve sözleşme süreci*. Ankara: Muhasebat Kontrolörleri Derneği, s.31.

⁶⁷KİK Genel Gereke. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss794m.htm> (Erişim Tarihi:13.01.2012)

⁶⁸DİK Tahmin Edilen Bedel Tespiti - madde 9:Tahmin edilen bedel, idarelerce tespit edilir veya ettirilir. İşin özelliğine göre gerektiğinde bu bedel veya bu bedelin hesabında kullanılacak fiyatlar belediye, ticaret odası, sanayi odası, borsa gibi kuruluşlardan veya bilirkişilerden soruşturulur. Tahmin edilen bedel, bunun dayanaklarının da eklendiği bir hesap tutanağında gösterilir ve asıl evrak arasında saklanır. Bu bedel gerektiğinde ihale komisyonlarınca tahkik ettirilir.

⁶⁹L.B.Önüt (2006). *Avrupa Topluluğu (Birliği) Hukuku’nda Hizmet İhaleleri*. Yayınlanmamış yüksek lisans tezi. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi, s.101.

⁷⁰D.Kılıç (2010). *Kamu alımları ihale ve sözleşmeleri*. Ankara: Adalet Yayınevi, s.76.



olmayan diğer kişilere hiçbir şekilde yaklaşık maliyete ilişkin bir açıklama yapılmayacaktır (KİK madde 9). Böylece kanun koyucu isteklilerin inceledikleri ihale dokümanı üzerinden ihale konusu işin maliyetini kendilerinin belirleyerek gerçeğe uygun fiyat tekliflerinin alınmasını sağlamayı amaçlamıştır.⁷¹

İhalenin konusuna göre, yaklaşık maliyetin hesaplanmasına ilişkin detaylar ise ilgili yönetmeliklerde düzenlenmiştir. Yapım işlerinde yaklaşık maliyet belirlenirken, Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'ne göre⁷², ihaleyi yapan idarenin daha önce gerçekleştirdiği, ihale konusu işe benzer nitelikteki işlerin sözleşmelerinde ortaya çıkan fiyatlar, kamu kurum ve kuruluşlarınca belirlenerek yayımlanmış birim fiyat ve rayiçler, ilgili meslek odaları, üniversiteler veya benzeri kuruluşlarca belirlenerek yayımlanmış fiyat ve rayiçler, yüklenici veya alt yüklenici olarak faaliyet gösteren, konusunda deneyimli kişi ve kuruluşlardan alınacak, ihale konusu işe benzer nitelikteki işlere ilişkin maliyetler, idarenin piyasa araştırmasına dayalı rayiç ve fiyat tespitleri esas alınacaktır. Ayrıca kullanılacak malzeme fiyatları belirlendikten sonra bulunan bu tutara % 25 oranında yüklenici kar ve genel gider karşılığı eklenecektir. Hizmet alımlarında yaklaşık maliyet belirlenirken, Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğine göre⁷³, kamu kurum ve kuruluşlarınca işin niteliğine göre belirlenmiş fiyatlar, ihaleyi yapan idare veya diğer idarelerce gerçekleştirilmiş aynı veya benzer işlerdeki fiyatlar, ilgili odalarca belirlenmiş fiyatlar, ihale konusu işi oluşturan iş kalemlerine veya gruplarına ilişkin olarak piyasadaki yapılacak fiyat araştırması kapsamında elde edilecek fiyat teklifleri ya da konusunda uzman bilirkişi ve ekspertizlerden soruşturularak oluşturulan fiyatlar, ihale konusu işe ilişkin olarak talimat ya da tebliğlerde yer alan fiyatlar esas alınacaktır. Mal alımlarında yaklaşık maliyetin belirlenmesi ise, Mal Alımları İhaleleri Uygulama Yönetmeliğine göre⁷⁴, ihaleye konu olan mala ilişkin odalardan, üretim ve satışını yapan kamu kurum ve kuruluşlarından, belediyeden, borsa ve özel sektör kuruluşlarından fiyat istemek ve gerekirse piyasadaki proforma faturalar almak, ihale konusu işe ilişkin talimat ya da tebliğlerdeki fiyatları ya da kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının internet sayfalarında yayımlanan fiyatları ile gerçekleştirilecektir.

⁷¹C.Şahin (2008). 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamındaki ihalelerde tekliflerin hazırlanması ve sunulması usulü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Gazi Üniversitesi, s.17.

⁷²Bkz. Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği madde 8, 9, 10, 11.

⁷³Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği madde 7, 8, 9.

⁷⁴Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği madde 7, 8, 9.

2.2.İhale ve Ön Yeterlik Dokümanının Hazırlanması

2.2.1.Hukuki niteliği

İdare, ihale usulünü belirledikten sonra Kamu İhale Kurumu'na çıkarılan standart ihale dokümanını esas almak suretiyle bir ihale dokümanı hazırlar.⁷⁵ İhale dokümanının tam olarak ne zaman hazırlanması gerektiğine ilişkin Kanun'da bir düzenleme bulunmamasıyla birlikte ihale dokümanı hazırlanmadan ihale ilan edilemeyeceğinden en geç ihale ilanı öncesinde ihale dokümanının hazırlanmış olması gerekir.⁷⁶

İhale dokümanı, ihale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinde; isteklilere talimatları içeren idari şartnameler ile yaptırılacak işin projesini kapsayan teknik şartnameler, sözleşme tasarısı ve gerekli diğer belge ve bilgilerden ibarettir (KİK madde 4 ve 27). Belli istekliler arasında ihale usulü için çıkarılacak ön yeterlik dokümanında ise adaylarda aranılan şartlara, ön yeterlik kriterlerine ve gerekli diğer belge ve bilgilere yer verilir (KİK madde 27).

Kanunda da belirtildiği üzere ihale dokümanının belli başlı unsurları şartnameler, sözleşme tasarısı ve diğer bilgi ve belgelerdir. İhale dokümanı içinde en önemli belge ise şartnamelerdir. Şartnameler idarenin tek yanlı iradesi ile hazırlanır. "Yönetmelik benzeri kural işlem" olarak nitelendirilen şartnameler kanunlar çerçevesinde ilke ve kuralları detaylı olarak düzenleyerek somutlaştırır.⁷⁷ Şartnamede düzenlenen kuralların bir kısmı ihale sürecine bir kısmı ihale süreci sonunda imzalanan sözleşmeye yöneliktir. Bu nedenle şartnamenin hukuki niteliğini de ikili bir ayrım yaparak değerlendirmek gerekir. İhale sürecine ilişkin olan kısım ihale sürecinde isteklilerin uymak zorunda olduğu, idarenin tek yanlı iradesiyle belirlenen usul kuralları olup bu açıdan şartnameler düzenleyici işlem olarak nitelendirilir.⁷⁸ İkinci kısmını oluşturan sözleşmeye yönelik kurallar da idarenin tek taraflı iradesiyle hazırlanan düzenleyici nitelikte kurallardır. Ancak sözleşmenin karşı tarafı sözleşmeyi imzalarken bu kuralları kabul etmiş olarak imzalayacağından şartnamenin bu kısmı sözleşmenin eki

⁷⁵A.Uz (2005). *Kamu ihale hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, s.225.

⁷⁶Taşdelen (2004), s.89.

⁷⁷Onar (1966b), s.1616; İ.H.Özay (1999). *Kamu İhaleleri: Bir örnek olayın düşündürdükleri*. Prof.Dr.Nihal Uluocak'a Armağan, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, s.253.

⁷⁸Özdemir (2005), s.128.

niteliğindedir. İmzadan sonra ise artık idarenin tek yanlı iradesinden bağımsız olarak sözleşmenin bir parçası olacağından düzenleyici işlem niteliği kalmayacaktır.⁷⁹ Sonuç itibarıyla düzenleyici işlem niteliğindeki şartnameden doğan hukuki durumlar da genel ve objektif niteliktedir.⁸⁰ Sözleşme aşamasından önce düzenlendiği için de genel olarak, ayrılabilir işlem kuramı⁸¹na göre tek başına sözleşmeden bağımsız bir işlem olarak değerlendirilir.⁸²

İdari şartnameler idarenin tek taraflı iradesine göre oluşturulsa bile iki tarafın da hak ve yükümlülüklerini düzenler.⁸³ İdarenin iradesiyle hazırlanan şartnameye uygun olarak hazırlanacak sözleşmede, karşı tarafın iradesinin rol oynadığı tek unsur ise sözleşmecinin teklifinden ibaret ihale konusu işin bedelidir.⁸⁴

2.2.2.İçeriği

İhale dokümanının en önemli kısmını şartnameler oluşturmaktadır. Bundan başka ihale dokümanında yer alan bilgi ve belgelere örnek olarak, birim fiyat tarifeleri, idare tarafından yapılan açıklamalar, yapım işlerinde mahal listeleri, ön/kesin projeler gösterilebilir.⁸⁵

Şartnameler idari ve teknik olmak üzere ikiye ayrılır. Hazırlanacak idari şartnameler isteklilere verilen talimatları içerir.⁸⁶ İdare uygulayacağı ihale usulüne göre ihalenin konusunu oluşturan işle ilgili uygulama yönetmelik ekindeki Kamu İhale Kurumu'nca hazırlanan "Tip İdari Şartname"yi esas alacak ve buna göre bir idari

⁷⁹Kutlu (1997), s.219-220.

⁸⁰Onar (1966b), s.1616.

⁸¹İdarenin özel hukuk sözleşmeleri her ne kadar özel hukuka tabi olsa da sözleşmenin hazırlık aşaması idari nitelikte olduğundan idare hukuku kurallarına tabidir. Hazırlık aşamasındaki herhangi bir hukuka aykırılıktan doğan sonuçlar ise ayrılabilir işlem kuramı ile idari yargı mercilerinde çözülecektir. Ayrılabilir işlem kuramı, kamu gücü kullanarak sözleşmeyi kurma iradesine sahip idarenin sözleşmeden bağımsız olarak idari yargı mercilerince denetlenebilmesine hizmet etmektedir. İ.H.Özay (2007). İhale usulleri ya da "İskambilden şato" ile bir fok ve penguen öyküsü. *Prof.Dr.Yavuz Alongoya için armağan*. İstanbul: Alkım Kitabevi, s.879-880.

⁸²Özdemir (2005), s.129.

⁸³Taşdelen (2004), s.91.

⁸⁴Günday (2011), s.210.

⁸⁵Özdemir (2005), s.129-130.

⁸⁶Gözler (2006), s.462.

şartname düzenleyecektir.⁸⁷ İdari şartnamelerde bulunması zorunlu unsurlar da Kanun'da sayılmıştır.⁸⁸

Teknik şartnameler ise bir nevi ihale konusu işin projesi niteliğindedir.⁸⁹ İşin teknik ayrıntılarını ve şartlarını içerir. İhalelerde yalnızca belli isteklilerde bulunan teknik özellikler aranmak suretiyle teknik şartların yönlendirilmemesi ve rekabet ortamının sağlanması için ortak teknik şartlar belirlenmektedir.⁹⁰ Teknik şartnamelerdeki kriterler verimliliği ve fonksiyonelliği sağlamaya yönelik olacak, rekabeti engelleyici hususlar içermeyecek ve bütün istekliler için fırsat eşitliği sağlayacaktır (KİK madde 12/2). Rekabeti engellememe ve fırsat eşitliği sağlama amacı güden teknik şartnamede doğal olarak belli bir marka, model, patent, menşei, kaynak veya ürün belirtilmeyecek ve belirli bir marka veya modele yönelik özellik ve tanımlamalara yer verilmeyecektir (KİK madde 12/3). Kural bu olmakla birlikte istisnai

⁸⁷ Aksoy ve Erbay (2006), s.29. Örneğin ihalenin konusu yapım işi ve ihale usulü belli istekliler arasında ihale usulü ise, Yapım İşleri Uygulama Yönetmeliği'nin ekinde buna uygun tip idari şartname bulunacak ve somut olarak söz konusu ihalenin idari şartnamesine uygulanacaktır.

⁸⁸ a) İşin adı, niteliği, türü ve miktarı, hizmetlerde iş tanımı.

b) İdarenin adı, adresi, telefon ve faks numarası.

c) İhale usulü, ihale tarih ve saati ile tekliflerin nereye verileceği.

d) İsteklilere talimatlar.

e) İsteklilerde aranılan şartlar, belgeler ve yeterlik kriterleri.

f) İhale dokümanında açıklama isteme ve yapıma yöntemleri.

g) Tekliflerin geçerlilik süresi.

h) İhaleye konsorsiyumların teklif verip veremeyeceği, ihale konusu işin tamamına veya bir kısmına teklif verilmesinin mümkün olup olmadığı, mal alımı ihalelerinde alternatif teklif verilir verilemeyeceği, verilebilecekse alternatif tekliflerin nasıl değerlendirileceği.

i) Ulaşım, sigorta, vergi, resim ve harç giderlerinden hangisinin teklif fiyatına dahil olacağı.

j) Tekliflerin alınması, açılması ve değerlendirilmesinde uygulanması gereken ve bu Kanunda belirtilen usul ve esaslar.

k) İhale kararının alınmasından sözleşmenin imzalanmasına kadar uygulanması gereken ve bu Kanunda belirtilen usul ve esaslar.

l) İhalenin sadece yerli isteklilere açık olup olmadığı ve yerli istekliler lehine fiyat avantajı uygulanıp uygulanmayacağı.

m) Teklif ve sözleşme türü.

n) Geçici ve kesin teminat oranları ile teminatlara ait şartlar.

o) İhale saatinden önce ihalenin iptal edilmesinde idarenin serbest olduğu.

p) Bütün tekliflerin reddedilmesi ve ihalenin iptal edilmesinde idarenin serbest olduğu.

r) İhale konusu işin başlama ve bitirme tarihi, yapıma yeri, teslim şartları ve gecikme halinde alınacak cezalar.

s) Ödeme yeri ve şartlarıyla avans verilir verilmeyeceği, verilecekse şartları ve miktarı ile sözleşme konusu işler için eğer ödenecekse fiyat farkının ne şekilde ödeneceği.

t) Süre uzatımı verilebilecek haller ve şartları ile sözleşme kapsamında yaptırılacak iş artışları ile iş eksilişi durumunda karşılıklı yükümlülükler.

u) Vergi, resim ve harçlar ile sözleşme ile ilgili diğer giderlerin kimin tarafından ödeneceği.

v) Yapım işlerinde iş ve işyerinin sigortalması ile yapı denetimi ve sorumluluğuna ilişkin şartlar.

y) Denetim, muayene ve kabul işlemlerine ilişkin şartlar.

z) Anlaşmazlıkların çözümü.

⁸⁹ Gözler (2006), s.463.

⁹⁰ Taşdelen (2004), s.92.

olarak marka veya model belirtilebilen tek bir durum düzenlenmiştir. Ulusal ve/veya uluslararası teknik standartların bulunmadığı veya teknik özelliklerin belirlenemediği hallerde “veya dengi” ifadesine yer verilmek koşuluyla teknik şartnamede marka veya model belirtilebilecektir (KİK madde 12/4). Teknik şartnamelerin de idare tarafından hazırlanması esas olup işin özelliği buna müsait değilse, ihale yetkilisinin onayı alınarak ihale konusu işin teknik şartnamesi danışmanlık hizmet alımı ihalesi ile hazırlattırılabilir.⁹¹

İhale dokümanının bir parçası olan sözleşme tasarısı Kamu İhale Kurumu tarafından çıkarılan ve Resmi Gazete’de yayımlanan Tip Sözleşmeler’dir. Buna uygun olarak sözleşmenin içermesi gereken hususlara ise 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nun 7.maddesinde yer verilmiştir. Burada önem arz eden nokta idari şartnamede bulunması zorunlu unsurlarla sözleşmede bulunması zorunlu unsurların⁹² örtüşmesidir.⁹³ İhale dokümanı ile sözleşme hükümleri arasında farklılık bulunması halinde ihale dokümanında yer alan şartların önceliği olacaktır. Zira 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nun 4.maddesine göre bu Kanun’a göre düzenlenecek sözleşmelerde, ihale dokümanında yer alan şartlara aykırı hükümlere yer verilemez. Bu

⁹¹KİK madde 12’de teknik şartnamenin bu kanun hükümlerine göre hazırlattırılacağı belirtilmektedir. KİK madde 48’e bakıldığında ise danışmanlık hizmet alım ihalelerinin konularından birinin teknik şartname hazırlanması olduğu görülmektedir. Dolayısıyla idare danışmanlık hizmet alım ihalesi ile teknik şartname hazırlatabilecektir.

⁹²4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu madde 7’ye göre bu unsurlar:

- a) İşin adı, niteliği, türü ve miktarı, hizmetlerde iş tanımı.
- b) İdarenin adı ve adresi.
- c) Yüklenicinin adı veya ticaret unvanı, tebligata esas adresi.
- d) Varsa alt yüklenicilere ilişkin bilgiler ve sorumlulukları.
- e) Sözleşmenin bedeli, türü ve süresi.
- f) Ödeme yeri ve şartlarıyla avans verilir verilmeyeceği, verilecekse şartları ve miktarı.
- g) Sözleşme konusu işler için ödenecekse fiyat farkının ne şekilde ödeneceği.
- h) Ulaşım, sigorta, vergi, resim ve harç giderlerinden hangisinin sözleşme bedeline dahil olacağı.
- i) Vergi, resim ve harçlar ile sözleşmeyle ilgili diğer giderlerin kimin tarafından ödeneceği.
- j) Montaj, işletmeye alma, eğitim, bakım-onarım, yedek parça gibi destek hizmetlerine ait şartlar.
- k) Kesin teminat miktarı ile kesin teminatın iadesine ait şartlar.
- l) Garanti istenilen hallerde süresi ve garantiye ilişkin şartlar.
- m) İşin yapılma yeri, teslim etme ve teslim alma şekil ve şartları.
- n) Gecikme halinde alınacak cezalar.
- o) Mücbir sebepler ve süre uzatımı verilebilme şartları, sözleşme kapsamında yaptırılacak iş artışları ile iş eksilişi durumunda karşılıklı yükümlülükler.
- p) Denetim, muayene ve kabul işlemlerine ilişkin şartlar.
- r) Yapım işlerinde iş ve işyerinin sigortalanması ile yapı denetimi ve sorumluluğuna ilişkin şartlar.
- s) Sözleşmede değişiklik yapılma şartları.
- t) Sözleşmenin feshine ilişkin şartlar.
- u) Yüklenicinin sözleşme konusu iş ile ilgili çalıştıracağı personele ilişkin sorumlulukları.
- v) İhale dokümanında yer alan bütün belgelerin sözleşmenin eki olduğu.
- y) Anlaşmazlıkların çözümü.”

⁹³Y.Gök (2007). Kamu İhale Sözleşmelerine hakim olan ilkeler. *Mali Hukuk*, 22 (132), s.6.

bağlamda ihale dokümanında yer almayan bir konudan ötürü herhangi bir isteklinin teklifi değerlendirme dışı bırakılamayacaktır.⁹⁴

İhale dokümanı tam olarak hazır olmadan ihaleye çıkılamayacağı gibi ilan yapıldıktan sonra ihale dokümanında değişiklik yapılmaması esastır. Ancak ihale ilanı yapıldıktan sonra ihale dokümanında zorunlu hususlarda bir eksiklik fark edilirse ihalenin yeniden ilan edilmesi gerekecektir (KİK madde 29).

İhaleye katılmak isteyen istekliler ihale dokümanını ya da ön yeterlik dokümanını bedelsiz olarak görme hakkına sahiptir. Ancak isteklinin ihaleye katılabilmek için bu dokümanları satın alması gerekecektir. İlan yapılmayan ihalelerde, ihale dokümanı sadece idare tarafından davet edilenlere satılacaktır. Doküman bedeli, basım maliyetini aşmayacak ve rekabeti engellemeyecek şekilde idare tarafından belirlenecektir (KİK madde 28).

2.3.İhale Komisyonunun Kurulması

İhale komisyonu, ihale yetkilisi tarafından oluşturulur. Kanuna göre idare personelinden dört kişi ile muhasebe veya malî işlerden sorumlu bir personel olmak üzere en az beş kişilik bir komisyon kurulacaktır. İdare personelinden en az ikisi işin uzmanı olacak ve biri de başkan olarak seçilecektir. Komisyonun karar yeter sayısı açısından tek sayıda kişiden oluşması öngörülmüştür. Bu seçim sırasında yedek üyeler de belirlenecektir. (KİK madde 6)

İhale komisyonlarının kuruluş amacı, ihale konusu işin uzman değerlendirmesine tabi olmasını sağlamak ve idare kararlarını güvence altına almaktır. Bununla beraber komisyon üyeleri ihale yapılmadan önce belirlendiği için isteklilerin komisyon üyelerini etkileme ihtimali gündeme gelebilir.⁹⁵ Bu duruma komisyon üyelerinin ihale anına kadar bilinmemesi ve ihale öncesinde kura ile belirlenmesi şeklinde bir çözüm sunulsa da yeterli sayıda komisyon üyesinin bulunmadığı hallerde bu yöntemin uygulanması mümkün olmayacaktır.⁹⁶ İhaleyi yapan idarede yeterli sayı veya nitelikte personel bulunmaması halinde ise, KİK kapsamındaki idarelerden

⁹⁴Uz (2005), s.231.

⁹⁵K.Bulutoğlu ve E.Kurtuluş (1981). *Bütçe ve kamu harcamaları*. Ankara: Ekin Kitabevi, s.354.

⁹⁶Taşdelen (2004), s.88.

komisyona üye alınabilecektir (KİK madde 6). Ancak bu düzenlemeye rağmen Kanun'da ihale komisyonları için öngörülen asgari beş kişilik üye seçilmesi şartı Türkiye genelinde personel sayısı yetersiz pek çok kurum olduğu düşünüldüğünde soruna yol açacağından bahisle eleştirilmiştir.⁹⁷

Kanunda yedek komisyon üyelerinin seçileceği düzenlenmiş ancak üyelere vekâlet edenlerin komisyon toplantılarına katılabileceği konusunda bir düzenleme yapılmamıştır. Bir Kamu İhale Kurul kararında üyelerin yerine bakan vekillerin katıldığı karar toplantısında Kanun'un açık hükmüne aykırı hareket edildiğinden alınan kararların hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir.⁹⁸ Bu karardan da anlaşılacağı üzere, komisyon üyelerinin toplantılara bizzat katılması gerekmektedir.

İhale komisyonu ilan veya daveti izleyen üç gün içinde ihale işlem dosyasının birer örneğini alarak inceleme yapacaktır (KİK madde 6). Buradan ihale komisyonunun ilk ilan veya davet tarihinden sonra en geç üç gün içinde oluşturulması gerektiği sonucuna varılabilir.⁹⁹

KİK madde 6'ya göre komisyon kararları eksiksiz toplanacak olan ihale komisyon üyelerinin çoğunluğu ile alınır. Kararlarda çekimser kalınamaz. Komisyon başkanı ve üyeleri oy ve kararlarından sorumludur. Karşı oy kullanan komisyon üyeleri, gerekçesini komisyon kararına yazmak ve imzalamak zorundadır.

2.4.İhalenin İlan Aşaması

2.4.1.İhalenin ilan amacı

İhalede rekabet ilkesinin tam anlamıyla gerçekleşebilmesi için ihaleye katılımın mümkün olduğunca fazla olması gerekmektedir. İhaleye katılımın en üst düzeyde sağlanabilmesi ise ihaleye katılım şartlarının elverişliliğinden başka, ihalenin ilgililere duyurulmasına bağlıdır.

⁹⁷S.İğdeler. Kamu İhale Kanunu'nun getirdiği sorunlar. *İç İşleri Bakanlığı İnceleme-Araştırma Raporu*. www.mulkiyeteftis.gov.tr/userfiles/KIK_Sorunlari.doc (Erişim Tarihi: 10.04.2012)

⁹⁸Kamu İhale Kurumu'nun 10.11.2003 tarih ve 2003/UK.Z-703 no.lu kararı.

⁹⁹Günel (2011), s.64.

Rekabet ilkesinden başka, ihalede saydamlığın sağlanması da katılıma davet niteliğindeki ilanlarla mümkün olacaktır.¹⁰⁰ Nitekim rekabet ve saydamlık ilkesi birbirinin tamamlayıcısı konumundadır.¹⁰¹ Ancak bu noktada ihalede ilan kurallarına uyulması ve ilanların ihaleye katılım konusunda ilgililerin karar vermesini etkileyecek tüm hususları içermesi şarttır.¹⁰²

Türkiye Cumhuriyeti Dokuzuncu Kalkınma Planı'nda da 4734 sayılı Kanun ile amaçlanan öncelikle rekabet ve saydamlık ilkelerine uygun ihale kuralları getirilerek yolsuzluğun engellenmesi olduğu vurgulanmıştır.¹⁰³ Şeffaflık, ihale sisteminin yapısal olarak bozulmasını da önlediğinden önemli bir unsurdur.¹⁰⁴ KİK'te şeffaflığı sağlama adına ilan, bilgilendirme ve duyurular çerçevesinde hükümler düzenlenmiştir.¹⁰⁵

2.4.2.İlanın hukuki niteliği

İlanın hukuk terimi olarak anlamı “Hukuki bir işlem veya kararın ilgililer tarafından öğrenilmesini temin veya öğrendiklerini kabul için herkesin bilgisine arz edilmesi”dir.¹⁰⁶ İlan, ekonomik açıdan istekliler arasında fiyat rekabeti yaratma aracı iken; hukuki açıdan ihale sonucunda en uygun sözleşmenin yapılmasını sağlayan bir araçtır.¹⁰⁷

Hukuki bakımdan ilan “genel işlem” niteliğindedir. Yani kural olarak önceden kime yönelik olduğu belli olmadığından ilgilisi bilinmeyen, fakat uygulandıktan sonra kiminle hukuki ilişki kurulacağı ortaya çıkan bir işlemdir.¹⁰⁸ İçerik olarak ise ilgililerin, sözleşmecinin seçiminde idarece dikkate alınacak tüm hususları öğrenmesini sağlayan “yeterli ve gerekli bilgi içeren çok kısa belge” niteliğindedir.¹⁰⁹

¹⁰⁰Gözler (2006), s.463.

¹⁰¹B.M.Yılmaz (2007). *Kamu alımlarında idari denetim*. Ankara: Yetkin Yayınları, 90.

¹⁰²Y.Sezer (2002). Kamu İhale Kanunu: şeffaflık ve rekabet. *Amme İdaresi Dergisi*, 35 (4), s.63.

¹⁰³01.07.2006 tarihli ve 26215 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Dokuzuncu Kalkınma Planı (2007-2013), s.17. www.dpt.gov.tr (Erişim Tarihi:13.04.2012)

¹⁰⁴Y.Sezer ve N.Kargın (2002). Kamu yönetiminin modernleşmesinde şeffaflaşma sorunu. *Türk İdare Dergisi*, 82 (436), s.222.

¹⁰⁵Yılmaz (2007), s.91.

¹⁰⁶Türk Hukuk Kurumu, *Türk Hukuk Lügatı*, “ilan”. <http://www.turkhukukkurumu.org.tr/thl/metin/I.pdf> (Erişim Tarihi: 14.04.2012)

¹⁰⁷Bulutoğlu ve Kurtuluş (1979), s.339.

¹⁰⁸Özay (1996), s.432; Taşdelen (2004), s.93.

¹⁰⁹Kutlu (1997), s.189.

2.4.3. İlan türleri ve içeriği

KİK’te hazırlık aşamasındaki ilana ilişkin düzenlemeler madde 13, 21, 22, 24, 25, 26, 29’da yer almıştır. İlane ilişkin bu şekilde dağılık bir düzenleme yapılması yasa tekniği açısından eleştirilmektedir. Bir ya da iki maddede toplanabilecek düzenlemeler pek çok maddeye dağıtılmıştır.¹¹⁰ İhalenin hazırlık aşamasında yapılan ilanları ihalenin ilanı, belli istekliler arasında ihale usulü için ön yeterliğin ilanı, düzeltme ilanı ve ön ilan olarak dört gruba ayırabiliriz.

2.4.3.1. İhalenin ilanı ve ön yeterlik ilanı

İhale dokümanı hazırlandıktan sonra ihale buna uygun olarak ilan edilecektir. İhalenin ilanı ve ön yeterlik ilanı KİK madde 13’te düzenlenmiştir. İhalenin ilan edilmesi, rekabet ortamı yaratma beklentisine yönelik olduğundan ilanın verileceği yer, ilan kanalları ve ilan ile ihale arasında geçen süre önem arz eden temel unsurlardır.¹¹¹ Ön yeterlik ilanı ise belli istekliler arasında ihale usulünde kullanılan bir yöntemdir. KİK’e göre yapılan ön yeterlik ilânında, adayların genel uygunluklarını, malî kapasitelerini ve teknik yeteneklerini değerlendirmek amacıyla belirlenen ön yeterlik kriterlerine ilişkin bilgiler yer alır (KİK madde 49).

KİK madde 13’ün genel gerekçesinde de ihalelerde açıklık ve rekabetin gerçekleştirilmesini, sorumluluk taşıyan gerçekçi teklifler hazırlanmasını sağlamak için isteklilere yeterli hazırlık süresi tanınması adına AB ihale mevzuatındaki ilan sürelerinin de dikkate alındığı ve buna göre ihale usulleri ve limitlerine özgü farklı ilan süreleri belirlendiği belirtilmektedir.¹¹² Kanun koyucunun iradesi ile asgari olarak düzenlenen sürelerin daha uzun tutulması idarenin takdirine bırakılmıştır.¹¹³ Nitekim Kanun’da sürelerle ilişkin genel şart, isteklilere tekliflerini hazırlayabilmeleri için “yeterli süre

¹¹⁰Sezer (2002), s.64.

¹¹¹Kutlu (1997a), 222.

¹¹²KİK madde 13’ün genel gerekçesi. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss794m.htm> (Erişim Tarihi: 13.01.2012)

¹¹³Uz (2005a), s.238.

tanınma"sıdır (KİK madde 13). İlanın asgari süreden daha az süre yayınlanması ise ihalenin iptaline yol açacaktır.¹¹⁴

Kanun'un 13.maddesinde ilan ve ön yeterlik ilanına ilişkin süreler yaklaşık maliyet esas alınmak suretiyle belirlenmektedir. Yaklaşık maliyet için Kanun'un 8. maddesinde ikili bir ayrıma gidilmiştir. Bu ayrım; eşik değerlere eşit ya da bu eşik değerlerden fazla olan yaklaşık maliyet ile eşik değerlerden düşük olan yaklaşık maliyetli ihaleler şeklindedir.¹¹⁵

Yaklaşık maliyeti eşik değerlere eşit ya da onlardan fazla olan ihalelerde süreler ihale usullerine göre tek tek düzenlenmiş ve ilanın Kamu İhale Bülteninde en az bir defa yayımlanacağı hüküm altına alınmıştır.¹¹⁶ Yaklaşık maliyeti eşik değerlere eşit ya da onlardan fazla olan ihalelerde ilan sürelerinin uzun oluşuna ilişkin getirilen eleştirilerin önüne geçebilmek adına¹¹⁷ söz konusu sürelerin kısaltılabilmesi için Kanun'da bir takım yeni düzenlemeler yapılmıştır. 2008 yılında 5812 sayılı Kanunla madde 13/4'te düzenleme yapılmıştır. Buna göre ilanların, elektronik araçlar ile hazırlanması ve gönderilmesi halinde açık ihale usulü ile yapılacak ihalede ilân süresi yedi gün kısaltılabilir. İlan ile ihale dokümanına Elektronik Kamu Alımları Platformu (EKAP) üzerinden doğrudan erişimin temin edilmesi halinde ise bu süre beş gün kısaltılabilir. Ön yeterlik ilanı ile dokümanına EKAP üzerinden erişilmesi halinde ise belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılacak ihalelerde ön yeterliği belirlenen adaylara yapılacak kırk günlük davet süresi beş gün kısaltılabilir.

¹¹⁴Kamu İhale Kurulu'nun 09.09.2008 tarih ve 2008/UH.Z-3676 sayılı kararı.

¹¹⁵Eşik değerler KİK madde 8'de şöyle düzenlenmiştir:

"Bu Kanunun 13 ve 63 üncü maddelerinin uygulanmasında yaklaşık maliyet dikkate alınarak kullanılacak eşik değerler aşağıda belirtilmiştir (Kamu İhale Kurumu'nun 2012/1 sayılı Tebliği ile güncellenmiştir.):

- a) Genel bütçeye dahil daireler ve katma bütçeli idarelerin mal ve hizmet alımlarında yediyüzdoksanikibin dörtyüzsekseniki Türk Lirası
- b) Kanun kapsamındaki diğer idarelerin mal ve hizmet alımlarında birmilyon üçyüzyirmibin sekizyüzbeş Türk Lirası
- c) Kanun kapsamındaki idarelerin yapım işlerinde yirmidokuzmilyon elliyedibin sekizyüzotuzbeş Türk Lirası"

¹¹⁶KİK madde 13/1-a'ya göre:

- Açık ihale usulü ile yapılacak olanların ilânları, ihale tarihinden en az kırk gün önce,
 - Belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılacak olanların ön yeterlik ilânları, son başvuru tarihinden en az ondört gün önce,
 - Pazarlık usulü ile yapılacak olanların ilânları, ihale tarihinden en az yirmibeş gün önce,
- Kamu İhale Bülteninde en az bir defa yayımlanmak suretiyle ilan yapılır."

Ön yeterlik değerlendirmesi sonucu yeterliği belirlenen adaylara ise ihale gününden en az kırk gün önce davet mektubu gönderilme zorunluluğu vardır.

¹¹⁷Günal (2011), s.68.

Yaklaşık maliyeti eşik değerlerden düşük olan ihalelerde ise mal, hizmet alımları ile yapım işleri açısından farklı limit aralıkları belirlenmek suretiyle bir ayırım yapılmıştır. Ayrıca ilanın ne şekilde kaç kere yayınlanacağı da düzenlenmiştir. Bu noktada ilanın verileceği yer rekabetin ve açıklığın sağlanmasında önemlidir. Örneğin çok düşük tirajlı bir gazetede verilecek ilandan ilgililerin haberi olmayabilir.¹¹⁸ Bu nedenle Kamu İhale Bülteni'nde ilan yapılması zorunluluğu yerinde bir düzenleme olmuştur.¹¹⁹

Kanun'da pazarlık usulünün düzenlendiği 21.maddede bazı hallerde ilan yapılmayacağı hüküm altına alınmıştır. Ayrıca KİK madde 22'de doğrudan temin ile yapılan alımlarda da ilan yapılmayacağı düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler uygulamada suiistimale yol açabileceği gibi saydamlık ilkesini de ihlal edecek nitelikte olduğundan eleştirilmektedir.¹²⁰

İncelenen zorunlu ilan araçlarının yanı sıra Kamu İhale Kurumu'na ilanların Basın İlân Kurumu aracılığıyla Türkiye çapında dağıtımı olan gazetelerin hangisinde ilân edileceğini belirleme yetkisi verilmiştir (KİK madde 13/10). Aynı şekilde ihaleyi yapan idare de ihale konusu işin önem ve özelliğine göre uluslararası ilân veya yurt içinde çıkan başka gazeteler veya yayın araçlarıyla ya da bilgi işlem ağı veya elektronik haberleşme (internet) yolu ile ilan yapabilecektir. Kanun'un bu husus "ilan edebilir" şeklinde düzenlenmiştir. Kanun'un lafzına göre işin önem ve özelliğinin tespiti ile buna

¹¹⁸Sezer (2002), s.64.

¹¹⁹Kamu İhale Kurumu'nun 2012/1 sayılı Tebliği ile güncellenen madde 13/1-b'ye göre:

"-Yaklaşık maliyeti seksenaltıbin dörtyüzaltmış Türk Lirasına kadar olan mal veya hizmet alımları ile yüzyetmişikibin dokuzyüzyirmiyedi Türk Lirasına kadar olan yapım işlerinin ihalesi, ihale tarihinden en az yedi gün önce ihalenin ve işin yapılacağı yerde çıkan gazetelerin en az ikisinde,

- Yaklaşık maliyeti seksenaltıbin dörtyüzaltmış Türk Lirası ile yüzyetmişikibin dokuzyüzyirmiyedi Türk Lirası arasında olan mal veya hizmet alımları ile yüzyetmişikibin dokuzyüzyirmiyedi Türk Lirası ile birmilyon dörtyüzkırkbirbin yüzondört Türk Lirası arasında olan yapım işlerinin ihalesi, ihale tarihinden en az ondört gün önce Kamu İhale Bülteninde ve işin yapılacağı yerde çıkan gazetelerin birinde,

- Yaklaşık maliyeti yüzyetmişikibin dokuzyüzyirmiyedi Türk Lirasının üzerinde ve eşik değerinin altında olan mal veya hizmet alımları ile birmilyon dörtyüzkırkbirbin yüzondört Türk Lirasının üzerinde ve eşik değerinin altında olan yapım işlerinin ihalesi, ihale tarihinden en az yirmibir gün önce Kamu İhale Bülteninde ve işin yapılacağı yerde çıkan gazetelerin birinde,

En az birer defa yayımlanmak suretiyle ilân edilerek duyurulur."

Aynı maddenin 3.fıkrasına göre "Yaklaşık maliyeti 8 inci maddede yer alan eşik değerlerin altında kalan belli istekliler arasında yapılacak ihalelerde ön yeterlik ilânlarının son başvuru tarihinden en az yedi gün önce (b) bendindeki süre hariç diğer usullere göre yapılması ve ön yeterlik değerlendirmesi sonucunda yeterliği belirlenen adaylara ihale gününden önce (b) bendindeki sürelerle göre davet mektubu gönderilmesi zorunludur."

¹²⁰Sezer (2002), s.64.

göre yapılacak ilan konusunda idareye takdir yetkisi tanınmıştır. Eğer uluslararası ilân yapılmışsa asgari ilan sürelerine oniki gün eklenecektir (KİK madde 13/12).

İhalenin yapılacağı yerde gazete çıkmaması ihtimali de söz konusudur. Bu durumda ilân, aynı süreler içinde ilgili idare ile hükümet ve belediye binalarının ilân tahtalarına asılacak yazılar ve belediye yayın araçları ile yapılacaktır. Bu işlemler için de tutanak tutulacaktır (KİK madde 13/11).

2.4.3.2.Ön ilan

İhale ilan sürelerinin kısaltılmasına yönelik yapılan bir diğer yenilik ise madde 13/5-6-7-8-9'da düzenlenen ön ilan müessesesidir. Yıl içerisinde ihale edilmesi planlanmış işlere ilişkin olarak, mali yılın başlangıcını takip eden en kısa sürede yapılan duyuru ön ilandır (KİK madde 4).

Ön ilan ancak açık ihale veya belli istekliler arasında ihale usullerinde kullanılabilir. Yaklaşık maliyeti eşik değerlere eşit ya da onlardan fazla olan ihaleler için Kamu İhale Bülteni'nde ön ilan yapılabilecek ve uluslararası ilan yapılmış olsa dahi ön ilan yapılması halinde kırk günlük ilan ve davet süresi yirmidört güne kadar indirilebilecektir. Ön ilan yapılan hallerde, madde 13/4'te belirtilen süre indirimine gidilebilmesi için ihale ilanının ön ilan tarihinden itibaren en az kırk gün sonra yayınlanması gerekir. Yani ön ilanın amacına ulaşabilmesi için üzerinden en az kırk gün geçmelidir. Ön ilan yapılmış olması idareye ihale yapma yükümlülüğü getirmez.

2.4.3.3.Düzeltilme ilanı

4734 sayılı Kanun ile ihale konusu işle ilgili ön bilgi niteliğindeki ilanlarda bulunması gereken zorunlu unsurların eksikliği halinde ihalenin yapılamayacağı belirlenmiştir. İhale ilanında ve ön yeterlik ilanında yer alması gereken zorunlu unsurlar ise Kanun'un 24 ve 25.maddelerinde düzenlenmiştir.¹²¹ Bu zorunlu unsurları ihtiva

¹²¹KİK madde 24'e göre ihale ilanında bulunması gereken zorunlu unsurlar şöyledir:

- İdarenin adı, adresi, telefon ve faks numarası,
- İhalenin adı, niteliği, türü, miktarı,

etmeyen ya da madde 13'teki sürelerle riayet edilmeden yapılan ilanlar geçersiz olacaktır (KİK madde 26).

Kamunun ihtiyaçlarının zamanında karşılanmasına verilen önem nedeniyle söz konusu genel kurala bir istisna getirilerek düzeltme ilanı verilebilmesine imkân tanınmıştır. Buna göre ilanlarda bulunması gereken zorunlu unsurların düzenlendiği hükümlere aykırı olarak bir hata söz konusu olduğunda, idarenin ilan verdiği tarihi müteakip on ya da onbeş gün içerisinde düzeltme ilanı verilebilecektir. Buna göre madde 13'te yirmibeş ve kırk günlük ilan süresi bulunan ihalelerde onbeş gün, diğer ihalelerde ise on gün içinde hatalı hususlara ilişkin düzeltme ilanı yapılabilecektir. İhale ilanının hiç yapılmaması veya KİK madde 13'teki sürelerle riayet edilmemesi halinde düzeltme ilanı yapılamayacaktır (KİK madde 26).

Şayet ihale dokümanına ilişkin bir düzeltme yapmak amacıyla zeyilname düzenlenmişse, bu noktada yine bir düzeltme ilanı verilmesi ihtiyacı doğabilir. Çünkü ihale dokümanında yapılan değişiklikleri havi zeyilname yalnızca ihale dokümanını satın alanlara gönderilmektedir.¹²² İhale dokümanında yapılan değişiklik, dokümanın

-
- c) Mal alımı ihalelerinde teslim yeri, hizmet alımı ve yapım ihalelerinde ise işin yapılacağı yer,
 - d) İhale konusu işe başlama ve işi bitirme tarihi,
 - e) Uygulanacak ihale usulü, ihaleye katılabilme şartları ve istenilen belgelerin neler olduğu,
 - f) Yeterlik değerlendirmesinde uygulanacak kriterler,
 - g) İhalenin sadece yerli isteklilere açık olup olmadığı ve yerli istekliler lehine fiyat avantajı uygulanıp uygulanmayacağı,
 - h) İhale dokümanının nerede görülebileceği ve hangi bedelle alınacağı,
 - i) İhalenin nerede, hangi tarih ve saatte ve hangi usulle yapılacağı,
 - j) Tekliflerin ihale saatine kadar nereye verileceği,
 - k) Teklif ve sözleşme türü,
 - l) Teklif edilen bedelin en az % 2'si ile % 4'ü arasında, idarece belirlenecek oranda geçici teminat verileceği,
 - m) Tekliflerin geçerlilik süresi.

n) İhaleye konsorsiyumların teklif verip veremeyeceği.

KİK madde 25'e göre ön yeterlik ilanında bulunması gereken unsurlar ise şöyledir:

- a) İdarenin adı, adresi, telefon ve faks numarası.
- b) İhalenin adı, niteliği, türü, miktarı.
- c) Mal alımı ihalelerinde teslim yeri, hizmet alımı ve yapım ihalelerinde ise işin yapılacağı yer.
- d) İhale konusu işin başlama ve bitirme tarihi.
- e) Ön yeterliğe katılabilme şartları ve istenilen belgelerin neler olduğu.
- f) Ön yeterlik değerlendirmesinde uygulanacak kriterler.
- g) İhalenin sadece yerli isteklilere açık olup olmadığı ve yerli istekliler lehine fiyat avantajı uygulanıp uygulanmayacağı.
- h) Ön yeterlik dokümanının nerede görülebileceği ve hangi bedelle alınacağı.
- i) Ön yeterlik başvurusunun sunulacağı yer ile son başvuru tarih ve saati.
- j) İhaleye konsorsiyumların teklif verip veremeyeceği.

¹²²KİK madde 29'a göre "... ilân yapıldıktan sonra, tekliflerin hazırlanmasını veya işin gerçekleştirilmesini etkileyebilecek maddi veya teknik hatalar veya eksikliklerin idarece tespit edilmesi veya isteklilerce yazılı olarak bildirilmesi halinde, ihale dokümanında değişiklikler yapılabilir. Yapılan bu değişikliklere ilişkin ihale dokümanının bağlayıcı bir parçası olan zeyilname, son teklif verme gününden

ilanda yer alan hususlarına ilişkinse henüz doküman almamış olanların söz konusu değişiklikten haberdar olabilmesi için düzeltme ilanı verilmesi gerekmektedir.¹²³

3.İhalenin Yapılması

İhalenin açılması hukuki niteliği itibariyle “icaba davet” olduğundan, ihalenin yapılması aşamasında isteklilerin tekliflerini hazırlaması ve sunması “icap” niteliğindedir. Tekliflerin alınması ve değerlendirilmesi sonucu bir istekli ile ihale yapılmasına karar verilmesi de “kabul” olarak değerlendirilmektedir.¹²⁴

3.1.Tekliflerin Hazırlanması ve Sunulması

İhaleye katılmak isteyen istekliler, ilan aşamasının ardından KİK madde 30’da belirtilen usul ve şartlara göre tekliflerini hazırlar ve daha sonra bunları önceden satın almış oldukları ihale dokümanında belirtilen son teklif verme saatine kadar idareye sunarlar.¹²⁵

KİK’e göre yapılacak ihalelerde, isteklinin idareye sunduğu fiyat teklifi ile değerlendirmeye esas belge ve/veya bilgileri Kanun’da “teklif” olarak tanımlanmaktadır (KİK madde 4). Teklif mektupları uygulama yönetmelikleri ekinde yer alan örneklerinden işin niteliğine uygun olanı seçilerek hazırlanacaktır.¹²⁶ Teklif mektupları için genel olarak üç özellikten bahsetmek mümkündür. Bunlar şekil şartı, içeriğe dair şartlar ve geçerlilik süresinin belirtilmesidir.¹²⁷ Bu şartlar Kanun’un 30.maddesinde düzenlenmiştir. Şekil şartı olarak teklif mektubunun yazılı olması öngörülmüştür. Bu doğrultuda mektupta mektubu hazırlayan isteklinin ad, soyad veya ticaret unvanı yer alacak ve mektup yetkili kişilerce imzalanacaktır. İkinci olarak ise teklif mektubunun

en az on gün öncesinde bilgi sahibi olmalarını temin edecek şekilde ihale dokümanı alanların tamamına gönderilir.”

¹²³S.Yalazay (2010), *Eşitlik ilkesi çerçevesinde 4734 sayılı kamu ihale kanunu kapsamındaki ihalelerde tekliflerin hazırlanması, sunulması ve değerlendirilmesi usulü*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Gazi Üniversitesi, s.51.

¹²⁴Buz (2007), s.218-225.

¹²⁵Günday (2011), s.211.

¹²⁶Uz (2005), s.274.

¹²⁷Taşdelen (2004), s.107.

içeriğinde isteklinin ihale dokümanını tamamen okuyup şartları kabul ettiğini belirten iradesi ile teklif edilen bedelin rakam ve yazı ile birbirine uygun olarak açıkça yazılması, üzerinde kazıntı, silinti, düzeltme bulunmaması, mal alımı ihalelerinde, ihale dokümanında alternatif teklif verilebileceğine dair hüküm bulunması halinde, alternatif teklifin de yer alması gerekir. Üçüncü unsur olarak da teklif mektubunda teklifin geçerlilik süresi belirtilecektir. Bu süre ihale dokümanındaki süreden az olmayacaktır. İdarece ihtiyaç duyulması halinde bu süre, teklif ve sözleşme koşulları değiştirilmemek ve isteklinin kabulü kaydıyla, en fazla ihale dokümanında belirtilen teklif geçerlilik süresi kadar uzatılabilecektir (KİK madde 32). Teklif süresinin idari şartname ve ihale ilanında öngörülen süreden kısa tutulması ve sürenin uzatılması için talepte bulunulmaması Kamu İhale Kurulu tarafından teklifin esasını etkileyecek nitelikte görülmüş ve sözleşmenin yapılması aşamasında bu eksiklik nedeniyle teklif değerlendirme dışı bırakılarak ihalenin iptaline karar verilmiştir.¹²⁸

Hazırlanan teklif mektubu ile ihaleye katılabilme şartı olarak istenilen bütün belgeler¹²⁹, teklif edilen bedelin %3'ünden az olmamak üzere isteklinin belirleyeceği

¹²⁸Kamu İhale Kurulu'nun 28.02.2011 tarih ve 2011/UY.KİKDB-863 sayılı kararı.

¹²⁹KİK madde 10'a göre istekliden ekonomik ve mali durumu ile mesleki ve teknik yeterliliğini ortaya koyacak bir takım belgeler istenir. Bunlar:

“Ekonomik ve mali yeterliğin belirlenmesi için;

1) Bankalardan temin edilecek isteklinin malî durumu ile ilgili belgeler,

2) İsteklinin, ilgili mevzuatı uyarınca yayınlanması zorunlu olan bilançosu veya bilançosunun gerekli görülen bölümleri, yoksa bunlara eşdeğer belgeleri,

3) İsteklinin iş hacmini gösteren toplam cirosu veya ihale konusu iş ile ilgili taahhüdü altındaki ve bitirdiği iş miktarını gösteren belgeler.

b) Mesleki ve teknik yeterliğin belirlenmesi için;

1) İsteklinin, mevzuatı gereği ilgili odaya kayıtlı olarak faaliyette bulunduğunu ve teklif vermeye yasal olarak yetkili olduğunu kanıtlayan belgeler,

2) İstekli tarafından kamu veya özel sektöre bedel içeren bir sözleşme kapsamında taahhüt edilen ihale konusu iş veya benzer işlere ilişkin olarak;

a) Son onbeş yıl içinde geçici kabulü yapılan yapım işleri ile kabul işlemleri tamamlanan yapımla ilgili hizmet işleriyle ilgili deneyimi gösteren belgeler,

b) Son onbeş yıl içinde geçici kabulü yapılan yapım işleri ile kabul işlemleri tamamlanan yapımla ilgili hizmet işlerinde sözleşme bedelinin en az % 80'i oranında denetlenen ya da yönetilen işlerle ilgili deneyimi gösteren belgeler,

c) Devam eden yapım ve yapımla ilgili hizmet işlerinde; ilk sözleşme bedelinin tamamlanması şartıyla, son onbeş yıl içinde gerçekleşme oranı toplam sözleşme bedelinin en az % 80'ine ulaşan ve kusursuz olarak gerçekleştirilen, denetlenen veya yönetilen işlerle ilgili deneyimi gösteren belgeler,

d) Son beş yıl içinde kabul işlemleri tamamlanan mal ve hizmet alımlarına ilişkin deneyimi gösteren belgeler,

e) Devredilen işlerde sözleşme bedelinin en az % 80'inin tamamlanması şartıyla, son onbeş yıl içinde geçici kabulü yapılan yapım işleri ile kabul işlemleri tamamlanan yapımla ilgili hizmet işleri ve son beş yıl içinde kabul işlemleri tamamlanan mal ve hizmet alımlarıyla ilgili deneyimi gösteren belgeler.

3) İsteklinin üretim ve/veya imalat kapasitesine, araştırma-geliştirme faaliyetlerine ve kaliteyi sağlamasına yönelik belgeler,

geçici teminatla bir zarfa konacaktır. Geçici teminat alınmasındaki amaç isteklilerin sunacakları teklifleri ciddi bir değerlendirme yaparak belirlemelerini sağlamaktır. Söz konusu teminat isteklinin sözleşme yapmaya ya da kesin teminat vermeye yanaşmaması halinde işin gecikmesi ya da başkasına yaptırılmasından doğan zararı karşılamak için alınmaktadır.¹³⁰

Bu şekilde hazırlanan zarfın üzerine isteklinin adı, soyadı veya ticaret unvanı, tebligata esas açık adresi, teklifin hangi işe ait olduğu ve ihaleyi yapan idarenin açık adresi yazılır. Zarfın yapıştırılan yeri istekli tarafından imzalanır ve mühürlenir. (KİK madde 30). Zarfın posta yoluyla ya da elden idareye verilmesi isteklinin iradesine kalmıştır.¹³¹ Bu konuda idarenin herhangi bir takdir yetkisi yoktur. Çünkü bu konuda isteklinin seçimlik hakkı bulunmaktadır.¹³² Yalnız iadeli taahhütlü posta ile gönderilen tekliflerde gecikme mesuliyeti istekliye aittir (KİK madde 30).

İsteklilerin basiretli tacir olarak hareket ettiği ve buna göre fiyat araştırması yapıp teklif sunduğu kabul edildiğinden¹³³ sunulan tekliflerin zeyilname düzenlenmesi durumu dışında değiştirilmesi ya da geri alınması mümkün değildir (KİK madde 30).

3.2. Tekliflerin Alınması ve Açılması

Kanun'da idarenin teklifleri ihale saatine kadar kabul edebileceği hüküm altına alınmıştır (KİK madde 36). İsteklilerin de tekliflerini ihale dokümanında belirtilen ihale saatine kadar verebileceği ayrıca tekrar düzenlenmiştir. Bu bakımdan kanun tekniği açısından gereksiz bir tekrara gidildiği söylenebilir. Kanun koyucunun ısrarla üzerinde

4) İsteklinin organizasyon yapısına ve ihale konusu işi yerine getirmek için yeterli sayıda ve nitelikte personel çalıştırdığına veya çalıştıracağına ilişkin bilgi ve/veya belgeler,

5) İhale konusu hizmet veya yapım işlerinde isteklinin yönetici kadrosu ile işi yürütecek teknik personelinin eğitimi ve mesleki niteliklerini gösteren belgeler,

6) İhale konusu işin yerine getirilebilmesi için gerekli görülen tesis, makine, teçhizat ve diğer ekipmana ilişkin belgeler,

7) İstekliye doğrudan bağlı olsun veya olmasın, kalite kontrolden sorumlu olan ilgili teknik personel veya teknik kuruluşlara ilişkin belgeler,

8) İhale konusu işin ihale dokümanında belirtilen standartlara uygunluğunu gösteren, uluslar arası kurallara uygun şekilde akredite edilmiş kalite kontrol kuruluşları tarafından verilen sertifikalar,

9) İdarenin talebi halinde doğruluğu teyit edilmek üzere, tedarik edilecek malların numuneleri, katalogları ve/veya fotoğrafları”dır.

¹³⁰A. İnan (2011). *İhale hukuku ders notları*. Ankara: Yazarın kendi yayını, s.106.

¹³¹Şahin (2008), s.93.

¹³²Yalazay (2010), s.82.

¹³³Taşdelen (2004), s.108-109.



durduğu bu süre sonunda kaç teklif verildiği bir tutanakla kayıt altına alınıp orada hazır bulunanlara duyurularak ihaleye başlanacaktır (KİK madde 36).

İhale komisyonu önce teklif zarflarının usule uygun olup olmadığını inceleyecek sonrasında zarflar isteklilerle birlikte hazır bulunanlar önünde açılacaktır. Ardından;

- İsteklilerin belgelerinin eksik olup olmadığı,
- Teklif mektubunun usulüne uygun olup olmadığı
- Geçici teminatın usulüne uygun olup olmadığı

yönünde tespit yapıp buna göre tutanak tutulacaktır. Tüm bu incelemeler de hazır bulunanların ve isteklilerin huzurunda yapılacaktır. Burada şeffaflık ilkesinin gerçekleştirilmesinden başka ilerleyen aşamalarda yapılması muhtemel itirazların da önüne geçilmek amaçlanmıştır.¹³⁴ İhale komisyonu, isteklileri ve teklif ettikleri fiyatları yaklaşık maliyetle birlikte açıklayacaktır (KİK madde 36). Böylece bu aşamaya kadar gizlenen teklifler ve yaklaşık maliyet ortaya çıkacaktır.¹³⁵ Bu oturumda başka bir işlem yapılmayacak, oturum tekliflerin hemen değerlendirilmesi amacıyla kapatılacaktır.

Burada dikkat çeken husus, idarenin inceleme altına aldığı tekliflerin bulunduğu zarflarda herhangi bir eksiklik bulunması halinde teklifin değerlendirme dışı bırakılacak olmasıdır. KİK'in ilk şeklinde teklif mektubunu içeren zarfın üzerindeki bilgi eksikliğinin tamamlanmasına imkan tanımayan ve fakat belge eksikliğinin tamamlanmasına izin veren kanuni düzenleme eleştirilmekte idi.¹³⁶ 2008 yılında 5812 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle belge eksikliğinin tamamlanması imkânı da ortadan kaldırılmıştır. KİK'in son şeklinde yalnızca bilgi eksikliğinin tamamlanmasına izin veren düzenleme yer almaktadır.¹³⁷ Ancak teklifin bulunduğu zarfın üzerindeki bir eksikliğin giderilebilmesi yerine teklifin değerlendirme dışı bırakılması yönündeki kanuni düzenleme temel ilkelerden olan rekabet ve eşitlik ilkelerine açıkça aykırılık teşkil ettiğinden halen eleştirilmektedir.¹³⁸ Söz konusu eleştirilere biz de katılıyoruz. Anılan düzenlemede kaynakların etkin kullanımı adına gerekli değişikliğin yapılması gerekmektedir.

¹³⁴Özdemir (2005), s.157.

¹³⁵Taşdelen (2004), s.109.

¹³⁶İğdeler, s.20-21.

¹³⁷KİK madde 37: "...Ancak, teklifin esasını değiştirecek nitelikte olmaması kaydıyla, belgelerde bilgi eksikliği bulunması halinde idarece belirlenen sürede isteklilerden bu eksik bilgilerin tamamlanması yazılı olarak istenir."

¹³⁸Söz konusu görüş için bkz.İğdeler, s.20-21; Özdemir (2005), s.157

3.3. Tekliflerin Değerlendirilmesi ve İhalenin Sonuçlandırılması

İhale komisyonu ilk oturumun kapatılmasından sonra hemen teklifleri değerlendirmeye geçer. Kanun'da yer alan "hemen değerlendirilmek" ifadesinden ne anlaşılması gerektiği belli olmadığından bu ifade yoruma açıktır. Kamu İhale Kurulu bir kararında söz konusu düzenlemenin konuluş amacına yönelik görüş bildirmiştir. Kurul, Kanun'da tekliflerin hemen değerlendirilmesi şeklinde bir düzenleme yapılmasındaki amacın bir yandan ihale komisyonunun çalışma sürecine disiplin getirmek diğer yandan ihale komisyonu tarafından makul olmayan bir gecikmeye sebebiyet verilmesini önlemek olduğu görüşündedir.¹³⁹ Yani komisyona ancak makul bir süre tanınabilecektir.

Taninan makul süre içerisinde idare isteklilerden ekonomik açıdan en avantajlı teklifi tespit edebilmek adına bazı taleplerde bulunabilecektir:

- Tekliflerdeki net olmayan hususlara ilişkin açıklama talebi,
- Teklifin esasını değiştirecek nitelikte olmayan bilgi eksikliğinin tamamlattırılması talebi,
- Diğer tekliflere veya kendi tespit ettiği yaklaşık maliyete göre teklif fiyatı aşırı düşük olanlardan açıklama talebi.

Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus isteklilerin yaptığı açıklamaların mahiyetidir. Bu açıklama, hiçbir şekilde teklif fiyatında değişiklik yapılması veya ihale dokümanında yer alan şartlara uygun olmayan tekliflerin uygun hale getirilmesi anlamına gelmez (KİK madde 37).

İdare değerlendirme aşamasından sonra ihalenin iptali kararı ya da ihale kararı alır. İhalenin iptali tüm tekliflerin reddedilmesi ve ihalenin hükümsüz kalması anlamına gelmektedir. İhalenin iptali konusunda inşai işlem¹⁴⁰ yetkisi ihale yetkilisinde olup ihale komisyonunun kararı tavsiye niteliğindedir. İdare ihalenin iptali halinde bu durumu bütün isteklilere bildirecek, talepte bulunana ise gerekçesini açıklayacaktır (KİK madde 39). Söz konusu tebliğ işlemi açıklayıcı nitelikte olup inşai özelliği bulunmamaktadır. İhale komisyonu yaptığı değerlendirme sonucu ihalenin iptaline karar vermemiş ise ihale kararı alır ve ihaleyi ekonomik açıdan en avantajlı teklifi verdiğine kanaat getirdiği

¹³⁹Kamu İhale Kurulu'nun 17.09.2003 tarih ve 2003/UK.Z-433 karar sayılı kararı.

¹⁴⁰"İnşai işlemler belli bir kişi hakkında yeni bir hukuki durum doğuran veya mevcut hukuki durumu değiştiren veya kaldıran işlemlerdir." Bkz. Günday (2011), s.128.

istekliye bırakır (KİK madde 40). İdarenin sözleşmenin karşı tarafını belirlemesini şart işlem olarak nitelendirmek mümkündür.¹⁴¹ Şart işlem “belli bir kişiyi veya nesneyi, hukuk kurallarınca önceden düzenlenmiş bulunan nesnel ve kişilik dışı bir hukuki duruma sokan veya böyle bir hukuki durumdan çıkararak” işlem olarak tanımlanır.¹⁴² Ancak idarenin ihale kararı verebilmesi için ekonomik açıdan en avantajlı teklifin verilmesi, yani bu yönde bir irade beyanı da gereklidir. Ayrıca bu karar ihale yetkilisi tarafından onaylanmadıkça hukuki geçerlilik kazanmayacaktır.¹⁴³ Yani ihale yetkilisinin onayı bir geçerlilik şartıdır. Bu noktada kararın hukuken var olması için açıklanması gerekecek; ancak yapılacak açıklama sözleşmenin kurulması sonucunu doğurmayacaktır.¹⁴⁴ Yapılacak açıklama belirleyici işlem¹⁴⁵ olarak nitelendirilebilir. Çünkü inşai sonuç doğuran işlem ihalenin iptalinde olduğu gibi burada da ihale yetkilisinin onayıdır. Bu durumda ihalenin ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren istekli üzerinde bırakılması kararının yürürlüğü sözleşmenin karşılıklı imzalanması ile gerçekleşecektir.

İhale yetkilisi tarafından onaylandıktan sonra kesinleşen ihale kararı onay tarihinden itibaren üç gün içerisinde ihale üzerinde bırakılan dâhil olmak üzere, ihaleye teklif veren bütün isteklilere bildirilir. İhale sonucunun bildiriminde, tekliflerin değerlendirmeye alınmama veya uygun bulunmama gerekçelerine de yer verilir (KİK madde 41). Sözleşmenin imzalanabilmesi için bu bildirim üzerinden Kanun’un 21.maddesinde düzenlenen pazarlık usulünün ivedi yapılması hallerini içeren (b) ve (c) bentlerine göre yapılan ihalelerin üzerinden beş gün, diğer hallerde ise on gün geçmesi gerekir (KİK madde 41).

3.4.Sözleşme Aşaması

Sözleşme aşamasının alt safhaları sözleşmeye davet, kesin teminatın yatırılması, sözleşmenin akdedilmesi ve sonucun ilan edilmesinden ibarettir.¹⁴⁶ Sözleşmeye davet

¹⁴¹Kutlu (1997), s.97.

¹⁴²Günday (2011), s.127.

¹⁴³Günal (2011), s.71.

¹⁴⁴Buz (2007), s.222-223.

¹⁴⁵Belirleyici işlemler yeni bir hukuki durum yaratmamakla birlikte daha önce doğmuş bulunan hukuki durumu belirler. Günday (2011), s.128.

¹⁴⁶Gözler (2006), s.467.

edilen istekliye kesin teminat vererek sözleşmeyi imzalaması gerektiği bildirilir. Kesin teminat yalnızca danışmanlık hizmet alım ihalesinde istenmez (KİK madde 42).

İhale kararı kesin ve yürütülmesi zorunlu işlem niteliğinde olmadığından tek başına sözleşmeyi kurucu etkisi bulunmamaktadır.¹⁴⁷ Sözleşme idare tarafından hazırlanır. İdareyi temsilen ihale yetkilisi ile yüklenici sözleşmeyi imzalar. Bunun dışında sözleşmede notere tescil ya da onay gibi bir şekil şartı yoktur (KİK madde 46).

İhale sözleşmeleri özel hukuk sözleşmesi olduğundan özel hukuk sözleşmelerine hâkim olan genel ilkelere tabi olacaktır.¹⁴⁸ Ancak bu ilkelerden bazıları ihale sözleşmelerinde uygulama alanı bulamamaktadır. Çünkü idare bu özel hukuk sözleşmelerinde taraflara tanınmayan üstün yetkilere sahiptir.¹⁴⁹ Buna bağlı olarak örneğin kamu ihale sözleşmelerinde sözleşmenin bir tarafını kamu kurum veya kuruluşu oluşturduğundan sözleşmenin karşı tarafı için “sözleşmenin diğer tarafını belirleme özgürlüğü ilkesi” gerçekleşmemektedir.¹⁵⁰ Aynı şekilde idare de sözleşmenin karşı tarafını serbestçe seçmemektedir. Sözleşmenin karşı tarafını kanunla düzenlenen usul kurallarına göre belirleme yükümlülüğü altına girmektedir. Yazılı geçerlilik şartı ile sözleşmenin “tip sözleşme” olarak idare tarafından tek yanlı düzenlenmesi ise “sözleşmenin şeklini ve içeriğini belirleme özgürlüğü ilkesi”nin ifasına engel olmaktadır.¹⁵¹

Kanunda sözleşme yapılması aşamasında isteklinin ve idarenin görev ve sorumlulukları da ayrı ayrı düzenlenmiştir. Buna göre isteklinin görev ve sorumluluğu kesin teminat vererek sözleşmeyi imzalamaktır. Sözleşmeyi imzalamadığı takdirde ise protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın ihale üzerinde kalan isteklinin geçici teminatı gelir kaydedilir. Ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibinin sözleşmeyi imzalamaması üzerine idare Kanun’da belirtilen süre şartlarına uyulmak kaydıyla ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekli ile sözleşme imzalayabilir.¹⁵² Dolayısıyla bu isteklinin de sözleşme imzalamaması durumunda

¹⁴⁷Buz (2007), s.222.

¹⁴⁸Küçükgüngör ve Akipek (2003), s.48. Bu ilkeler sözleşme özgürlüğü ilkesi, eşitlik ilkesi, nisbîlik ve üçüncü kişi aleyhine borç kurulamaması ilkesi, dürüst davranma ilkesi, kusurlu sorumluluk ilkesidir.

¹⁴⁹Y.Yayla (1990). *İdare Hukuku I*. İstanbul: Filiz Yayınevi, s.128.

¹⁵⁰Küçükgüngör ve Akipek (2003), s.47-49.

¹⁵¹İ. Giritli vd. (2011). *İdare Hukuku*. İstanbul: Der Yayınları, s.1103.

¹⁵² Ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi ile sözleşme imzalanabilmesi için KİK madde 42’de yer alan ilk istekliye verilen on günlük sürenin bitimini izleyen üç gün içinde ekonomi açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekliye madde 42’de belirtilen şekilde tebligat yapılmış olması gerekir.

hukuki sorumluluğu bulunmaktadır. Nitekim birinci teklif sahibine uygulanan geçici teminatın gelir kaydedilmesi yaptırımı sözleşme imzalamaya yanaşmaması halinde ikinci en avantajlı teklif sahibine de uygulanabilecek ve ihale iptal edilecektir (KİK madde 44).

İdarenin sözleşme yapılmasına bağlı yükümlülüğü ise aynı şekilde sözleşmeyi imzalamaktır. İmzalamadığı takdirde süre bitimini izleyen günden itibaren en geç beş gün içinde, on gün süreli ihbarname göndermesi şartı ile isteklinin taahhüdünden vazgeçme hakkı doğmaktadır. Bununla birlikte geçici teminat ve bu teminatı sağlamak için yapmış olduğu belgelendirilmiş harcamaları talep hakkı da doğacaktır. Söz konusu tazminatların yükümlüsü zarara sebep olan kişiler olacaktır (KİK madde 45). İhale süreci sonunda imzalanan sözleşmeler özel hukuk sözleşmeleri sınıfında yer aldığından sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklar adli yargı organları tarafından çözülecektir.¹⁵³

¹⁵³Tekinsoy (2006), s.183-222.

İkinci Bölüm

İhale İşlemlerinde İdarenin Takdir Yetkisinin Bulunduğu Konular

1.Genel Olarak İdarenin Takdir Yetkisi

Genel anlamıyla takdir yetkisi “serbestçe karar alma, hareket etme” demektir.¹⁵⁴ İdarenin görevini yerine getirebilmesi idareye bir serbesti tanınmasını; hukuka bağlı kalma zorunluluğu da idarenin keyfi davranmamasını gerektirmektedir.¹⁵⁵

Takdir yetkisinin mevzuatta bir tanımı yapılmamıştır. Bu nedenle doktrinde farklı tanımlar ortaya çıkmıştır. Takdir yetkisi özünde idarenin belli bir konuda karar alıp almama ya da seçenekler arasında dilediği kararı alabilmesidir.¹⁵⁶ İdarenin faaliyetlerinde kullandığı yetki ya bağlı yetkiye ya da takdir yetkisine dayanır. Bu nedenle takdir yetkisini tanımlayabilmek için karşıtı olan bağlı yetkinin açıklanması da tercih edilen diğere bir yöntemdir.¹⁵⁷ Bağlı yetki, idari işlemin karar alma aşamasında herhangi bir tercih yapma imkânının olmadığı durumlarda idarenin sahip olduğu yetkidir.¹⁵⁸ Diğere bir ifadeyle, idare şartlar oluştuğunda kurallarla belirlenen kararı almak durumunda kalıyorsa bağlı yetki; kural idareye söz konusu kararı alma konusunda bir seçim yapma yetkisi ya da kamu yararı, kamu düzeni, genel ahlak gibi içeriği anlaşılabilen kavramları değerlendirme yetkisi veriyorsa takdir yetkisi gündeme gelir.¹⁵⁹ Bir başka tanımıyla takdir yetkisi idarenin kanuni düzenlemelerle sahip olduğu belli bir serbest alanda hareket etme, yer ve zamanı belirleme, çeşitli çözümlerden herhangi birini seçme yetkisidir.¹⁶⁰ Takdir yetkisi bir nevi hukuk kuralları içinde

¹⁵⁴Yayla (1964), s.202.

¹⁵⁵G.Ersan (2008). *İdarenin takdir yetkisi ve takdir yetkisinin yargısal denetimi*. Yayınlanmamış yüksek lisans tezi. Trabzon: Karadeniz Teknik Üniversitesi, s.5.

¹⁵⁶Gözler (2006), s.340; Y.Yayla (2009). *İdare hukuku*. İstanbul: Beta Yayıncılık, s.191.

¹⁵⁷Özay (1996), s.357.

¹⁵⁸Ersan (2008), s.11; Özay (1996), s.357.

¹⁵⁹E.E.Atay (2009). *İdare hukuku*. Ankara: Turan Kitabevi, s.486.

¹⁶⁰R.Çağlayan (2003). İdarenin takdir yetkisinin yargısal denetimi. *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7 (3-4), s.176.

sağlanan hareket özgürlüğü niteliğindedir.¹⁶¹ Ancak bu özgürlük idarenin hukuka bağlılığına istisna teşkil etmemektedir.¹⁶²

Takdir yetkisinin gerekliliğini açıklayan pek çok görüş bulunmaktadır. Ortak görüş, idarenin yetki ve görevlerini düzenleyen kanun koyucunun, bu faaliyetleri eksiksiz düzenlemesinin mümkün olmadığı ve genel düzenlemeler yaparak idareye takdir yetkisi vermesinin gerekli ve zorunlu olduğu yönündedir.¹⁶³ Ayrıca idare için hukuk, uygulanması gereken düzenleyici kural olmaktan ziyade, toplumun giderilmesi zorunlu maddi ve manevi ihtiyaçlarını karşılamada çizilen çerçeve niteliğindedir.¹⁶⁴ İdarenin takdir yetkisinin varlığına gerek duyulmasının diğer bir nedeni ise kamu hizmetlerinin teknik uzmanlık gerektirmesi ve bu konunun mevzuatta düzenlenmesinin mümkün ya da uygun olmamasıdır.¹⁶⁵ Ancak modern devlet gerekleri ile birlikte kamu hizmetlerinin artması ve teknikleşmesi idarenin takdir yetkisinin sınırlarında bir genişlemeye yol açmamaktadır. Kamu hizmetlerindeki artışa bağlı olarak sadece takdir yetkisinin kullanıldığı konular genişlemektedir.¹⁶⁶ İdareye takdir yetkisi verilmemiş olsaydı, gelişen ihtiyaçlara göre kanunların da sık sık değişmesi gerekirdi.¹⁶⁷ İdareye takdir yetkisi verilerek mevzuatın güncellenen ihtiyaçlara cevap verebilmesi sağlanmaktadır.

Takdir yetkisi mutlak bir yetki olmayıp karşılaşılan olaya göre geniş veya dar kullanılabilir.¹⁶⁸ Bu yetki her olayı kendine özgü koşullar içerisinde değerlendirebilme amacı ile tanınmış bir yetkidir. Nitekim kanun koyucunun ileride gerçekleşebilmesi muhtemel durumları öngörerek kurallar koyması mümkün değildir. Bu nedenlerle idareye takdir yetkisi verilmesi bir gereklilik hatta zorunluluk teşkil etmektedir.

İdarenin takdir yetkisi çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Kanun koyucu;

¹⁶¹Özay (1996), s.358.

¹⁶²Ersan (2008), s.5. Nitekim Danıştay 5.Dairesinin de 26.03.1970 tarih ve 1969/4331 Esas ve 1970/1004 Karar sayılı kararında ve Danıştay 12. Dairesinin 24.04.1978 tarih ve 1977/1349 Esas ve 1987/955 Karar sayılı kararında idareye hukuk kuralları içinde serbesti tanınmasının idarenin hukuka bağlılığına istisna teşkil etmeyeceğini belirtmiştir.

¹⁶³S.S.Onar (1966a). *İdare hukukunun umumi esasları cilt I*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, s.421; H.Kalabalık (1997). İdare hukukunda takdir yetkisi kavramı ve benzer kurumlarla karşılaştırılması. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1 (2), s.260; Özay (1996), s.359.

¹⁶⁴Kalabalık (1997), s.261.

¹⁶⁵F.Kırışik ve N.Aydın (2002). İdari işlemin unsurlarında takdir yetkisinin varlığı sorunu. *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 7 (2), s.335.

¹⁶⁶Ersan (2008), s.6-8.

¹⁶⁷Kalabalık (1997), s.261

¹⁶⁸Yayla (2009), s.190.

-Bir durumun koşullarını belirsiz kavramlarla ifade etmiş bunun içeriğinin belirlenmesini idareye bırakmış,

-Bir durumun koşullarını hiç belirlemeyerek bunun belirlenmesini idareye bırakmış,

-Koşulları kendi belirledikten ya da idareye belirleme yetkisi verdikten sonra yapılacak işlemi, işlem yapılıp yapılmaması konusunda seçim hakkını idareye bırakmış olabilir.¹⁶⁹

İdareye takdir yetkisi tanındığı genellikle kanun metninden ya da onun lâfzî yorumu ile anlaşılır; ancak anlaşılmadığı hallerde belirsiz kavramlar kullanılması, teknik ve uzmanlık gerektiren alanlar ve idarenin deneyimi gibi karinelere hareket edilebilir.¹⁷⁰ Kanun metninden takdir yetkisinin anlaşıldığı hallere örnek olarak “serbestçe tayin eder, yapabilir, kabul edebilir, reddedebilir, uygulayabilir” gibi zorunluluk içermeyen kavramlar gösterilebilir.¹⁷¹ Bu ve benzeri durumlarda idareye takdir yetkisi verilmiş olduğu açıkça anlaşılabilir. Belirsiz kavramlar ile kastedilen ise bazı koşulların varlığı için kanun koyucunun kullandığı belirli ve objektif olmayan kavramlardır.¹⁷² Örneğin “öngörülemeyen olaylar”, “işin ivedi yapılması”, “işin özgünlüğü”, “avantajlı koşullar” şeklindeki hukuki düzenlemeler belirsiz kavramlardır ve bunların içeriği idare tarafından belirlenecektir. Bundan başka “kamu düzeni”, “genel sağlık”, “milli güvenlik” gibi kavramlar da çok geniş ve belirsiz kavramlardır.¹⁷³ Örneğin “işin uzmanlık ve teknoloji gerektirmesi” şeklindeki bir düzenlemede işin uzmanlık gerektirip gerektirmediğine idare kendi teknik bilgisi ile karar vereceğinden kanun koyucu bunu detaylı olarak düzenlememektedir.¹⁷⁴

İdari işlemin unsurları açısından takdir yetkisini ele almak gerekirse öncelikle yetki unsuru, kamu düzeninden kaynaklandığından ve kanunda belirlenmesi gerektiğinden takdir yetkisine açık değildir.¹⁷⁵ Nitekim idarenin kendi yetkisini kendisinin belirlemesi düşünülemez.¹⁷⁶ İdari işlemin amaç unsuru ise her zaman “kamu yararı”ndan ibaret olup bu amaç dışında idarenin bir amaç belirlemesi mümkün

¹⁶⁹Ersan (2008), s.6.

¹⁷⁰Kalabalık (1997), s.265.

¹⁷¹Atay (2009), s.494.

¹⁷²Ersan (2008), s.7.

¹⁷³Gözler (2006), s.342.

¹⁷⁴Kalabalık (1997), s.269.

¹⁷⁵Özay (1996), s.358; Atay (2009), s.494.

¹⁷⁶Gözler (2006), s.341.

değildir.¹⁷⁷ Yani idari işlemin amaç unsurunda idarenin bir takdir yetkisi yoktur.¹⁷⁸ Çünkü idareye tanınan kamu gücünü kullanma yetkisinin amacı kamu yararını sağlamaktır. Yani idari işlemlerin amacı kamu yararıdır.¹⁷⁹ İdarenin işlemin şekil ve usul unsurlarında takdir yetkisine sahip olup olmadığı konusunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bir kısım yazarlar idari işlemler yazılı şekle tabi olduğundan şekil unsurunda; idarenin kanunda belirtilen usulün dışına çıkma yetkisi olmadığından usul unsurunda takdir yetkisi olamayacağını savunmaktadırlar.¹⁸⁰ Diğer bir görüş ise idari işlemin yazılı olması genel bir şart olduğundan bundan başka şekil tercihinin mümkün olmadığını ancak izlenecek usulde takdir yetkisi bulunduğunu kabul etmektedir.¹⁸¹ Bazı yazarlarsa hem şekil hem de usulde takdir yetkisinin bulunabileceğini savunmaktadır.¹⁸² Şekil unsuruna örnek olarak da düzenleyici kuralda sınavın yazılı ya da sözlü olması konusunda idareye belirleme yetkisi verilen durumlar gösterilmektedir.¹⁸³ İdari işlemin sebep unsurunda ise herhangi bir düzenleme yoksa takdir yetkisi bulunduğu hususunda doktrinde görüş birliği vardır.¹⁸⁴ Kanun koyucu idari işlemin sebebini belirsiz bir kavramla ifade etmişse, idarenin bunu somutlaştırma zorunluluğu bulunmaktadır.¹⁸⁵ İşlemin konusu, kanunda düzenlenmemişse işlemin nedenine bağlı olarak idare tarafından belirlenebilecektir.¹⁸⁶ Nitekim konu ile neden unsurları arasında sıkı bir bağ olduğundan konunun belirlenmediği durumlarda neden de belli değildir.¹⁸⁷

2.İdarenin Takdir Yetkisinin Sınırları

İdarenin tek amacı kamu yararını gerçekleştirmektir.¹⁸⁸ Bu nedenle sahip olduğu takdir yetkisi bu doğrultuda sınırlandırılacaktır. Yargı kararlarında idarenin takdir

¹⁷⁷Giritli vd. (2011), s.112-113.

¹⁷⁸K.Gözler (2009a). *İdare Hukuku Cilt I*. Bursa: Ekin Basım Yayım Dağıtım, s.979.

¹⁷⁹Günday (2011), s.160.

¹⁸⁰Bu görüş için bkz. Gözler (2006), s.342; Atay (2009), s.494; Gözübüyük (2007), s.241.

¹⁸¹Bu görüş için Bkz. Özay (1996), s.358.

¹⁸²Bu görüş için Bkz. Onar (1964), s.425; Giritli vd. (2011), s.112; Atay (2009), s.494; N.Alan (1982). *Türk İdari Yargısında yerindelik ve takdir yetkisinin değerlendirilmesi. İdari yargıda son gelişmeler sempozyumu*. Ankara: Danıştay Yayınları, s.34.

¹⁸³Giritli vd. (2011), s.112.

¹⁸⁴Onar (1966a), s.426; Giritli vd. (2011), s.112; Yayla (1964), s.203.

¹⁸⁵Günday (2011), s.155.

¹⁸⁶Özay (1996), s.358; Giritli vd. (2011), s.112-113.

¹⁸⁷Kırışık ve Aydın (2002), s.340.

¹⁸⁸Günday (2011), s.16.



yetkisinin hukuka dayalı bir yetki olduğu, keyfilik anlamı taşımadığı, kamu yararı ve kamu hizmetinin gerekleri çerçevesinde kullanılabilceği vurgulanmaktadır.¹⁸⁹ Buradan da anlaşılacağı üzere idarenin takdir yetkisinin sınırlandırılmasında temel alınacak iki ölçüt kamu yararı ve hizmet gerekleridir.

İdare, takdir yetkisi ile yapmış olduğu işlem ve eylemlerde herhangi bir zorunluluğu olmasa dahi gerekçe göstererek keyfi kararlar almadığını ortaya koyacaktır. Böylece idarenin kamu yararı saiki ile hareket etmesi ve kamu hizmet şartlarına uygunluğu yerine getirmesi sağlanacaktır.¹⁹⁰ Böylece idare takdir yetkisine konulan sınırları göz önünde bulunduracaktır. Bir yargı kararında ise takdir yetkisi ile önceki uygulamayı kaldırıp yeni bir uygulama getirilecek olması halinde, takdir yetkisinin “maddi olay ve hukuk düzenindeki değişikliğe bağlı olarak kullanılabilceği” şeklinde hüküm kurulmuştur.¹⁹¹ Ayrıca bu noktada idare ortada hiçbir işlem yokken onu yapıp yapmama konusunda sahip olduğu takdir yetkisinin genişliğine karşın yapılan işlemi geri alma, kaldırma söz konusu olduğunda daha sınırlı bir takdir yetkisini haizdir.¹⁹²

Danıştay kararlarında takdir yetkisinin keyfiyetten uzak bir irade olduğu sıkça ifade edilmektedir. Danıştay 8.Dairesi'nin takdir yetkisine ve bunun sınırlarına ilişkin görüşleri şöyledir¹⁹³:

İdarelerin idari işlem tesis ederken, eylemde bulunurken yararlandığı serbestiye takdir yetkisi denilir. Takdir yetkisi idareye bırakılan belli ölçüde karar alma özgürlüğüdür. Hukuken kabul edilebilir koşulların oluşumu halinde tanınmış bir serbestidir. Keyfi bir hareket yetkisi olmayıp ancak hukuka uygun olarak kullanılabilir.

Hukuk Devleti olmanın gereği, idarelerin takdir yetkisine dayalı olarak tesis ettikleri bireysel ya da düzenleyici işlemlerin hukuken geçerli ve objektif bir sebebe dayanmasıdır. Takdir yetkisine dayalı işlemlerin, hukukun belirlediği sınırlar ve eşitlik kuralı gözetilerek kamu yararına ve

¹⁸⁹Atay (2009), s.493. Ayrıca Danıştay'ın ihale işlemleri ile ilgili olmayan ancak idarenin takdir yetkisini kamu yararı ve hizmet gerekleri ile sınırlı gördüğü kararlarına örnek olarak; Danıştay 8.Dairesinin 18.05.2010 tarih ve 2010/106 Esas sayılı kararı; Danıştay 8.Dairesinin 12.04.2010 tarih ve 2009/7858 Esas sayılı kararı; Danıştay 8.Dairesinin 06.02.2003 tarih ve 2008/8235 Esas sayılı kararı.

¹⁹⁰Ersan (2008), s.52.

¹⁹¹Danıştay 8. Dairesinin 16.04.2010 tarih ve 2010/2304 Esas sayılı kararı.

¹⁹²Özay (1999), s.254.

¹⁹³Danıştay 8.Dairesinin 27.01.2010 tarih ve 2010/2 Esas sayılı kararı.

hizmetin gereklerine uygun şekilde objektif, makul ve geçerli neden ve gerekçelere dayalı olarak tesis edilmesi gerekir.

Kısaca takdir yetkisi kullanılırken uyulması gereken ilkeler şöyle sıralanabilir:

- İdare, yasaların koyduğu sınırlar içinde kalmalıdır.
- İdare takdir yetkisini kullanırken eşitlik ilkesine önem vermelidir.
- Takdir yetkisi kamu yararı için kullanılmalıdır.
- Takdir yetkisinin kullanılması için kanunlar özel koşullar öngörmüş ise idare bunlara uymalıdır.¹⁹⁴

İdarenin takdir yetkisinin sınırları kamu yararı ve hizmet gerekleri ile belirlenirken idarenin almış olduğu herhangi bir kararda kamu yararı olup olmadığını tespit etmenin ise objektif bir yolu olmadığı kabul edilmektedir. Nitekim kamu yararı zamana ve idari işlemin yapıldığı yere ve ortama göre değişen bir kavramdır.¹⁹⁵ Danıştay da her kararında kamu yararı ve hizmet gereklerini olaya göre belirlemektedir.¹⁹⁶ Ayrıca kamu yararı kavramının kendisi de objektif bir tanıma uygun değildir. Bu nedenle idarenin işlemlerinin genel olarak kamu yararına uygun olduğu kabul edilmekle birlikte istisnai durumlarda kamu yararının olmadığından söz edilmektedir.¹⁹⁷ Hizmet gereklerinin ne olduğunu ortaya koyabilmek için kamu hizmeti kavramına değinmek gerekir. Kamu hizmeti, organik unsur olarak idare tarafından yerine getirilen; maddi unsur olarak toplumun ortak ihtiyaçlarının karşılanmasına yönelik olan; biçimsel unsur olarak ise kamusal yetki ve usuller kullanılarak yürütülen faaliyetler olarak tanımlanır.¹⁹⁸ Doktrinde yapılan bir diğer tanıma göre kamu hizmeti, “bir kamu tüzel kişisi tarafından doğrudan doğruya veya onun denetimi altında bir özel hukuk kişisi tarafından yürütülen ve kamu yararı amacına yönelik bir faaliyettir.”¹⁹⁹ Bunun gereği olarak yapılması gerekenler de hizmet gereklerini oluşturur. Hizmet gereğini yerine getirirken uygulanması gereken ilkeler ise süreklilik, eşitlik, değişkenlik ve uyum ilkeleridir.²⁰⁰

¹⁹⁴Gözübüyük (2007), s.241.

¹⁹⁵Alan (1982), s.33.

¹⁹⁶Çağlayan (2003), s.190-191.

¹⁹⁷Gözler (2009a), s.994.

¹⁹⁸A.Ş.Gözübüyük ve T.Tan (2007). *İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar*. Ankara: Turhan Kitabevi, s.652-656.

¹⁹⁹K.Gözler (2009b). *İdare Hukuku Cilt II*. Bursa: Ekin Basım Yayım Dağıtım, s.266.

²⁰⁰Gözübüyük ve Tan (2007), s.662.

Takdir yetkisi kullanılan idari işlem ve eylemlerin yargısal denetimi kuşkusuz mümkündür. Ancak bu şekilde kamu yararı ile kişi yararı arasında denge kurulabilecektir.²⁰¹ İdarenin eylem ve işlemleri yerindelik ve hukukilik bakımından denetlenmektedir. Takdir yetkisi ile bağlı yetki arasındaki ayrımın doğru yapılmasının önemi de bu denetimden kaynaklanmaktadır. Çünkü idari yargı mercileri idarenin takdir yetkisinin bulunduğu alanları yerindelik bakımından denetleyemeyecektir.²⁰² Yerindelik idarenin ortada herhangi bir işlem ya da eylem yokken onu yapıp yapmama konusunda sahip olduğu takdir yetkisidir.²⁰³ Örneğin “eş değer durumda olan adaylar (seçenekler) arasında bir tercih yapılması idarenin yerindelik değerlendirmesidir.”²⁰⁴

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK) madde 2’de Anayasa madde 125’e paralel olarak²⁰⁵ idari yargı denetiminin yalnızca hukuka uygunlukla sınırlı olacağı, idari mahkemelerin yerindelik denetimi yapamayacağı düzenlenmiştir. Hatta aynı maddede bu denetim esnasında idarenin takdir yetkisini kaldıracak şekilde hüküm kurulamayacağına da yer verilmiş; böylece takdir yetkisi için bir koruma getirilmiştir. Danıştay da buna uygun olarak idari işlemlere yönelik yargısal denetimin, bu işlemlerin Anayasa ve hukukun genel ilkelerine, yasa, tüzük ve yönetmelik hükümleri ile yargısal içtihatlarla uygun olup olmadığının denetlenmesi anlamına geldiğine hükmetmiştir.²⁰⁶ Kararda İYUK madde 2’de ve Anayasa madde 125’te ifade edildiği gibi bu konudaki yargı denetiminin hukuka uygunluğunun saptanmasından ibaret olacağı ve bu saptamanın da idarenin takdir yetkisinin sınırlarını oluşturacağı belirtilmiş, devamında da yargısal denetimin ne zaman yerindelik denetimi sınırlarına girmiş olacağına yer verilmiştir:

İdarelerin belirli bir kamu hizmetinin etkili ve verimli bir biçimde yürütülmesi, kamu yararının somut biçimde ortaya konulması için birden çok seçenekten birisini tercihte takdir yetkisine sahip olmaları halinde yapılacak yargısal denetim, idarenin tercih ettiği seçeneğin ve bunun uygulanmasının hukuka uygun olup olmadığının araştırılması ve saptanması ile sınırlanmıştır. İdari yargının idareyi bu seçeneklerden birisini tercihe

²⁰¹Alan (1982), s.37.

²⁰²Giritli vd.(2011), s.107.

²⁰³Özay (1999), s.254.

²⁰⁴Yayla (2009), s.194.

²⁰⁵Anayasa madde 125/5:” Yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez.”

²⁰⁶D.8.D. 27.01.2012 T., 2010/2 E.sayılı kararı.

zorlayacak ya da belli bir yönde işlem ve eylem tesisine zorunlu kılacak biçimde yargı kararı vermeleri halinde, hukuka uygunluk denetimi aşılarak yerindelik denetimi yapılmış olacaktır.

Bir başka anlatımla, idari işlemler üzerinde yerindelik denetiminden söz edilebilmesi için, bir işlemin idarenin objektif değerlendirme olanağı bulunmayan işleyiş zorunlulukları ile ilgili ya da hukuk sınırları içerisindeki seçeneklerden birine karışılması gibi bir durumun söz konusu olması gerekir.

Danıştay söz konusu kararında yerindelik denetiminin “açık hata”nın varlığı halinde mümkün olduğuna işaret etmiştir. Açık hata, idarenin bir hukuk kuralını yanlış anlaması ve uygulaması ile ortaya çıkar.²⁰⁷ Açık hata değerlendirilmesi kontrolü de “hukuki nitelendirmenin çok açık, ağır ve aşırı dengesiz bir biçimde hatalı olması durumunda dava konusu işlemi iptal etmek”ten ibarettir.²⁰⁸ Bir diğer ifadeyle açık hataya başvurulabilmesi için yok hükmünde bir işlem yapılmış olması gerekir.²⁰⁹ Nitekim Danıştay da İçtihadı Birleştirme Kararında yok hükmündeki işlemler ile ilgilinin hilesi ve gerçek dışı beyanı ile yapılan işlemlerin ve ayrıca açık hata bulunan işlemlerin belli bir süreye bağlı kalmaksızın geri alınabileceğine hükmetmiş; böylece yok hükmündeki işlem ile açık hata hallerini aynı şekilde değerlendirmiştir.²¹⁰ İdarenin yapmış olduğu her hangi bir işlemde belirgin, hemen fark edilebilecek türden hataları hukuki ilişkilerde istikrar ilkesini zedelemeyeceğinden her zaman geri alınabilmektedir.²¹¹ Nitekim Danıştay da ihale yoluyla yapılan satıştan onsekiz ay geçtikten sonra açık hatanın varlığı gerekçesiyle ihaleyi iptal eden idarenin gerekçesini hukuka uygun bulmuştur.²¹² İdari yargı bu türden hatalı değerlendirmeleri yerindelik alanından çıkartıp hukukilik alanına sokar. Açık hata değerlendirmesi, idarenin takdir yetkisi konusunda denetimin yapılabileceği en son nokta olarak ifade edilmektedir.²¹³ İdarenin kullanmış olduğu takdir yetkisi açık hata olarak değerlendirilmediği sürece yerindelik denetimine konu olamayacaktır.

²⁰⁷T.Yıldırım (2008). *İdari Yargı*. İstanbul: Beta Yayıncılık, s.242; Alan (1982), s.46.

²⁰⁸Ö.Okay Tekinsoy (2011). *İdare hukukunda kamu düzeni kavramı*. İstanbul: Oniki Levha Yayınları, s.228.

²⁰⁹Yıldırım (2008), s.243.

²¹⁰Danıştay içtihadı Birleştirme Kurulunun 22.12.1973 tarih ve 1968/8 Esas ve 1973/17 Karar sayılı kararı. Aktaran Günday (2011), s.177-178.

²¹¹Günday (2011), s.179-180.

²¹²Danıştay 10.Dairesininin 24.05.1993 tarih ve 1991/2389 Esas ve 1993/2134 Karar sayılı kararı.

²¹³Alan (1982), s.54.

İdarenin takdir yetkisini kullanarak aldığı kararlardan, Kurul ya da yargı incelemelerine tabi tutulanlar maddi ve hukuki yönden ele alınmasına rağmen karar gerekçeleri amaç unsuruna dayanmaktadır. Yukarıda izah edildiği gibi idarenin takdir yetkisinin kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olarak kullanılması ve hukuken geçerli nedenlere dayanması gerektiği vurgulanmakta, idarenin dayandığı sebepler tartışılmaktadır. Ancak idari işlemler sebep ve amaç unsuru yönünden kanuna aykırı bulunup iptal edilmektedir. Kanun'a aykırı sebeplerle tesis edilen işlemin, amaç unsuru bakımından da sakatlanacağı kabul edilmektedir.²¹⁴ Bu noktada denetim konusu işlem ile bu işlemin sebep unsuru arasında asgari düzeyde bir bağ aranmakta ve idarenin takdir yetkisi ile tesis ettiği işlemlerde açık hata yapıp yapmadığı değerlendirilerek karar verilmektedir.²¹⁵

Örneğin Danıştay, geçersiz ilana bağlı olarak yapılan ve sözleşmeye bağlanan ihale işleminin açık hata hali olduğundan her zaman geri alınabilen işlemlerden olduğuna karar vermiştir. Kararında idare mahkemesinin sadece imzalanan sözleşmenin feshine karar vermesini yetersiz bulan Danıştay'ın görüşü açık hata sonucu yapılan ihalenin iptal edilip sözleşmenin feshedileceği yönündedir.²¹⁶ Sonuç olarak takdir yetkisini açık hata denetimi de baz alarak “hakimin denetlemeyi kabul etmediği hareket özgürlüğü” olarak tanımlamak mümkündür.²¹⁷

3.İhale İşlemlerinde İdarenin Takdir Yetkisinin Bulunduğu Alanlar

3.1.İhale Usulleri ve Alım Yöntemlerinde Takdir Yetkisi

3.1.1.İhale usulleri ve takdir yetkisi

İhale sürecinde önemli bir aşama olan ihale usulünün seçimi, ihale sonucuna doğrudan etki eden bir faktördür. Zira ihale usulündeki bir değişiklik ile ihaleye katılım,

²¹⁴Alan (1982), s.56.

²¹⁵Okay Tekinsoy (2011), s.225.

²¹⁶Danıştay 10.Dairesinin 13.03.1991 tarih ve 1988/2571 Esas ve 1991/922 Karar sayılı kararı. www.danistay.gov.tr (Erişim Tarihi: 04.03.2012)

²¹⁷Alan (1982), s.57.

ilan, ilana ilişkin süreler, teklif edilen bedeller ve ekonomik açıdan en avantajlı teklifin değişmesi paralellik arz eder.²¹⁸

4734 sayılı KİK'e göre, kamu hukukuna ya da kamu denetimine tabi olan yahut da bizzat kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının mal ve hizmet alımları ile yapım işi ihalelerinde sınırlı sayıda ihale usulü düzenlenmiştir.²¹⁹ KİK'te düzenlenen ihale usulleri; açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü ve pazarlık usulüdür (KİK madde 18). Bunların dışında, kanun koyucu özel mal ve hizmet alımına yönelik olarak doğrudan temin (KİK madde 22) ve tasarım yarışmalarını (KİK madde 23) bir usul değil ve fakat bir alım yöntemi olarak düzenlemiştir. KİK'te düzenlenen iki temel usul ise "açık ihale usulü" ve "belli istekliler arasında ihale usulü"dür (KİK madde 5).

İdare, tek taraflı yetkisine dayanarak sözleşmeler yaparken, özel hukuk sözleşmesi ile idari sözleşme arasında bir seçimlik hakka sahip olmadığı gibi, bunları yaparken de, izleyeceği usul, bağlı kalacağı yöntem ve şekil bakımından sınırsız bir takdir yetkisine sahip değildir.²²⁰ Nitekim Danıştay da, "idareler tarafından, işin özelliğine göre farklı bir ihale usulü öngörülmesi mümkün olmakla birlikte, öngörülen usulün yapılan düzenlemede açıkça tanımlanması ve ihale ilkelerinin gerçekleştirilmesi amacı ile uyumlu olması"ni bir şart olarak görür.²²¹ Yine aynı kararda, ihale usullerinden birinin tercihi ile ihaleden beklenen kamu yararının gerçekleştirilmesi arasında sıkı bir ilişki bulunduğunu belirtmektedir. İdarenin ihale yöntemini belirleme ilkesine göre ise belli bir ölçüde serbestîye sahip olduğu kabul görmektedir.²²²

Kamu İhale Genel Tebliği'nin "Diğer Hususlar" başlıklı dördüncü bölümünde de, alımın gerçekleştirilmesinde uygulanacak ihale usulünün tespitinin 4734 sayılı Kanun'un amir hükümlerine ve ihale konusu işin gereklerine uygun olmak koşuluyla, tümüyle idarenin takdirinde olduğu düzenlenmiştir.²²³ Yani, 4734 sayılı Kanun'un, ihale usullerine ilişkin hükümlerinde aranan şartlar oluştuğu takdirde ve ihale konusu işin elverdiği ölçüde, ihale usulünün seçimi konusunda idare takdir yetkisini kullanabilmektedir.

²¹⁸Uz (2005), s.192.

²¹⁹Akyılmaz vd. (2011), s.444.

²²⁰Özay (2007), s.871.

²²¹Danıştay 13.Dairesinin 10.02.2010 tarih ve 2007/1724 Esas ve 2010/1168 Karar sayılı kararı.

²²²Kutlu (1997), s.172.

²²³Kamu İhale Genel Tebliği. <http://www1.ihale.gov.tr/mevzuat/> (Erişim Tarihi:25.03.2012)

3.1.1.1.Açık ihale usulü

Açık ihale usulü, KİK'e göre bütün isteklilerin teklif verebildiği usuldür (KİK madde 4 ve 19). 4734 sayılı Kanun'un 5.maddesinde açık ihale usulü, temel ihale usulü olarak addedildiğinden bu usulün uygulanması için herhangi bir koşul ve durumun gerçekleşmesi aranmaz.²²⁴ Ancak bu durum söz konusu usul ile yapılan ihalenin, yerli ve yabancı tüm isteklilere açık olduğu anlamına gelmeyip bu ihaleler de, KİK'teki genel ve emredici hükümlerle çizilen bir sınırlandırmaya tabidir.²²⁵

3.1.1.2.Belli istekliler arasında ihale usulü

Belli istekliler arasında ihale usulü de Kanun'da temel ihale usulü olarak düzenlenmesine rağmen bu usule, ancak Kanun'daki şartların oluşması ile başvurulabilmektedir. Bu usulde, her istekli değil, yalnızca ön yeterlik değerlendirmesi sonucu idarenin davet ettiği istekliler teklif verebilmektedir (KİK madde 20). Ayrıca bu ihale usulünün kullanılabilmesi için işin özelliğinin uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektirmesi ve yine bu nedenle açık ihale usulünün uygulanamaması gerekir. Bu ihale usulünün kullanım zorunluluğu olan alanlar ise yaklaşık maliyeti eşik değerin yarısını aşan yapım işi ihalesi ile madde 48'de düzenlenen danışmanlık hizmet alım ihalesidir (KİK madde 20).

Belli istekliler arasında ihale usulünde, "ön yeterlik ilanı" yapılır ve buna göre başvuranlar arasında yapılan ön yeterlik değerlendirmesi" sonucu yeterli bulunan en az üç aday ihaleye davet edilir (KİK madde 20, 13). En az üç adayın yeterli bulunamaması durumunda ise ihale iptal edilir (KİK madde 20).

Belli istekliler arasında ihale usulünün kullanım alanı tek tek sayılmadığından; ne zaman uygulanacağı ve ihale konusu işin, uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektirip gerektirmediği hususunda idareye verilmiş bir takdir yetkisi vardır. Bu durum, ancak somut olaya göre objektif olarak belirlenebildiği zaman, idarece belli istekliler arasında

²²⁴Yalazay (2010), s.11.

²²⁵Yılmaz (2007), s.105; Uz (2005), s.193.



ihale usulüne gidilecektir.²²⁶ Ancak yine de bu usule ilişkin koşulların sayma yoluyla netleştirilmesi söz konusu takdir yetkisini minimuma indirecektir.²²⁷ Aksi halde aynı nitelikteki iş, bazı idareler tarafından uzmanlık ve teknoloji gerektirir şekilde; bazı idareler tarafından gerektirmeyecek şekilde yorumlanacak, bu yorum da uygulamada farklılıklara neden olacaktır.²²⁸

Uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektiren ihale konusu işlerin neler olabileceğine bakılacak olursa, örneğin Kamu İhale Kurulu'nun bir kararında, fakülte inşaatında video konferans ve canlı yayın teknolojisi ile yapılandırılmış, fiziksel olarak farklı mekanlarda bulunanları interaktif ortamda birleştiren, çeşitli iletişim ortamları üzerinden iki veya çok yönlü ve gerçek zamanlı ses ve veri iletiminin yüksek performansta yapılmasını sağlayacak akıllı sınıf uygulaması yapım işi uzmanlık ve ileri teknoloji gerektiren iş olarak görülmüştür.²²⁹ Bunun dışında, “bilgisayar sistemlerine yönelik hizmetler ile yazılım hizmetleri, otoyol, havalimanı, liman, tersane, metro, baraj, enerji santrali, rafineri tesisi” işleri uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektiren işler niteliğindedir.²³⁰

İdarenin, ihale usulü olarak belli istekliler arasında ihale usulünü seçerken takdir yetkisine sahip olup olmadığı konusunda doktrinde farklı görüşler ortaya atılmıştır. İlk olarak, Kanun'un lafzına paralel olarak, işin uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektirecek özellikte olması ve bu nedenle açık ihale usulünün uygulanamaması nedeniyle bu usulün uygulanacağı ifade edilmektedir.²³¹ İkinci olarak, bu seçimin tamamen idarenin takdirinde olduğu, işin uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektirmesi koşulunun gerçekleşmesi ile idare için seçimlik hak doğduğu savunulmaktadır.²³² Kamu İhale Kurumu ise yaklaşık maliyet esas alındığında idarenin takdir yetkisine dayanarak iki ihale usulünden birini seçmede serbest olduğu görüşündedir.²³³ KİK'in genel

²²⁶Uz (2005), s.194; Özdemir (2005), s.81.

²²⁷Özdemir (2005), s.83.

²²⁸Arslan (2003), s.50.

²²⁹Kamu İhale Kurulu'nun 10.10.2005 tarih ve 2005 UY.Z-1945 sayılı kararı için bkz. Bkz. H.H.Baş ve E.Y.Seyhan (2008). *Yargı ve kurul kararları ışığında 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve ilgili mevzuat*. Ankara: Beta Yayıncılık, s.330.

²³⁰Uz (2005), s.194.

²³¹Bu görüş için bkz. Uz (2005), s.194.

²³²Bu görüş için bkz. Taşdelen (2004), s.77.

²³³Kamu İhale Kurulu'nun 20.04.2010 tarih ve 2010/UY.I-1122 sayılı kararı: “İhalenin yaklaşık maliyeti eşik değerinin yarısının üzerindedir. Yaklaşık maliyet dikkate alındığında idarenin açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulünden birini seçme konusunda takdir yetkisi vardır. İdarenin belli istekliler



gerekçesine bakıldığında çelişkili görüşleri ortadan kaldıracak bir açıklamaya yer verildiği söylenemez.²³⁴ Gerekçede yalnızca “İşin özelliğinin uzmanlık ve/veya yüksek teknoloji gerektirmesi nedeniyle açık ihale usulünün uygulanamadığı işlerin belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılmasına imkân tanınmıştır.” denilmektedir. Kanımızca, Kanun’un lafzından ve genel gerekçesinden hareketle, şartların oluşmasıyla belli istekliler arasında ihale usulü uygulanabilecektir, ancak bu esnada açık ihale usulüne gidilmesi de mümkünse bu usul tercih edilebilecektir. Bu noktada belli istekliler arasında ihale usulünü tercih zorunluluğu bulunan yaklaşık maliyeti eşik değerin yarısını aşan yapım işi ihaleleri de göz önünde bulundurulmalıdır.

Yine Kanun’un açık hükmüne göre (madde 48-52), danışmanlık hizmet alım ihaleleri, sadece belli istekliler arasında ihale usulü ile ihale edilebilecektir. Yani açık ihale usulünün seçimi gibi bir durum söz konusu olamayacaktır. Danışmanlık hizmet alım ihalelerinde uygulanan belli istekliler arasındaki ihale usulünün tek farklı yanı ise ön yeterlik elemesinden geçen adaylardan en fazla on adayın çağrılabilmesidir (KİK madde 49).

Belli istekliler arasında ihale usulü, temel ihale usullerinden olmasına rağmen herkesin katılımına açık bir usul değildir. Açık ihale usulü ise, ilanında belirtilen yeterlik kriterlerini sağlayan herkesin başvurusuna açık olduğundan rekabet ve şeffaflık ilkelerini tam olarak sağlayan usul olarak kabul görmektedir.²³⁵ Nitekim doktrinde, idarenin takdir yetkisini sınırlamak için, açık ihale usulüne göre idareye daha fazla takdir yetkisinin sağlandığı belli istekliler arasında ihale usulünün, KİK madde 5’te sayılan temel ihale usullerinden çıkarılarak, ancak belli şartların gerçekleşmesi üzerine başvurulabilen istisnai usullerin içine alınması gerektiği savunulmaktadır.²³⁶ Aksi halde idare, takdir yetkisini geniş ve hukuka uygun olmayan şekilde kullanarak, daha çok katılımı sağlayan ve rekabetin daha fazla olduğu açık ihale usulünü terk edebilecektir.²³⁷ İdarenin böyle bir tercihte bulunmasında ise belli istekliler arasında ihale usulünün temel ihale usulü olması etkilidir.

arasında ihale usulünü seçtiği tespit edilmiştir. Sonuç olarak başvuru sahibinin iddiası yerinde görülmemiştir.”

²³⁴KİK Genel Gerekçe. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss794m.htm> (Erişim Tarihi:13.01.2012)

²³⁵ Taşdelen (2004), s.77.

²³⁶ Yalazay (2010), s.12-13.

²³⁷ Özdemir (2005), s.81.

Belli istekliler arasında ihale usulünün temel ihale usulleri arasında olması gerektiğini düşünen yazarlara göre, ihale ön yeterlik ilanı ile herkese ilan edildiğinden, yeterlik koşullarını taşıyan herkes bu ihale usulüne başvurabilecektir. Dolayısıyla rekabete engel bir durum söz konusu olmayacak, ön yeterliliği sağlayan herkes istekli olarak ihalede aday olabilecektir.²³⁸ Hatta istekli sayısı az olduğundan ve buna göre ihaleyi kazanma ihtimali de arttığından, istekliler kendileri için cazip olan en düşük fiyatı vererek kamu yararının korunmasını da sağlamış olacaklardır.²³⁹

3.1.1.3.Pazarlık usulü

3.1.1.3.1.Genel olarak

Kanunda ihale usulleri arasında düzenlenen son ihale usulü pazarlık usulüdür. Kanunun genel gerekçesine²⁴⁰ ve madde gerekçesine göre, pazarlık usulü ile ihale, uluslararası mevzuattaki gibi, özelliği olan ve ivedi olarak yapılması gereken işlerle sınırlıdır.²⁴¹ Pazarlık usulünde, idare ihale konusu işin teknik detayları ile gerçekleştirme yöntemlerini ve belli hallerde fiyatı isteklilerle görüşür (KİK madde 4).

KİK madde 21’de pazarlık usulü ile ihale yapılacak haller sayılmıştır. Buna göre:

- a) Açık ihale usulü veya belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan ihale sonucunda teklif çıkmaması.
- b) Doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması.
- c) Savunma ve güvenlikle ilgili özel durumların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması.
- d) İhalenin, araştırma ve geliştirme sürecine ihtiyaç gösteren ve seri üretime konu olmayan nitelikte olması.

²³⁸Yılmaz (2007), s.106.

²³⁹Bulutoğlu ve Kurtuluş (1981), s.359.

²⁴⁰KİK Genel Gerekçe. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss794m.htm> (Erişim Tarihi: 13.01.2012)

²⁴¹Uz (2005), s.195.

e) İhale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin özgün nitelikte ve karmaşık olması nedeniyle teknik ve malî özelliklerinin gerekli olan netlikte belirlenememesi.

f) İdarelerin yaklaşık maliyeti yuzkırkdörtbin yüzüç Türk Lirasına²⁴² kadar olan mamul mal, malzeme veya hizmet alımları.

pazarlık usulü ile ihale edilebilecektir. Kanundaki “ihale yapılabilir” ifadesinden de anlaşılacağı üzere, idare bu sayılan altı halde, pazarlık usulünü tercih edip etmeme konusunda takdir yetkisine sahiptir.²⁴³

3.1.1.3.2. İhalede pazarlık usulünün koşullarının sağlanması

İhale yöntemi olarak pazarlık usulünün seçilebilmesi için madde 21’de altı bent halinde sayılan koşulların oluşması gerekmektedir. Bu noktada koşulların somut olayda varlığının tespiti idarenin yapacağı belirleme ile ortaya çıkacaktır. Bu belirlemenin sağlıklı olmaması durumunda ihale Kamu İhale Kurumu tarafından iptal edilecektir.²⁴⁴

KİK madde 21/a’ya göre, açık ihale ile belli istekliler arasında ihale usulleriyle yapılacak ihalelerde istekli çıkmaması durumunda pazarlık usulüne başvurulacaktır. Pazarlık usulünün bu kadar geniş bir uygulama alanına sahip olması eleştirilmektedir.²⁴⁵ Bu noktada, idarenin takdir yetkisine dayanarak yapacağı seçim, rekabet ortamının ve saydamlığın sağlanmasında büyük önem taşımaktadır. Zira yapılan ilana rağmen ihaleye katılması gereken kişilerin teklif vermemesi üzerine, idare pazarlık usulü yoluna gidebileceği gibi yeniden temel ihale usullerinin uygulanmasını da tercih edilebilecektir.²⁴⁶

²⁴²24.01.2012 tarih ve 2012/1 sayılı Kamu İhale Tebliği’ne göre güncellenmiştir.

²⁴³Taşdelen (2004), s.79.

²⁴⁴Uz (2005), s.196.

²⁴⁵Sezer (2002), s.70. Nitekim Kamu İhale Kurulu da 23.02.2009 tarih ve 2009/UH.I-912 sayılı kararında şikayetçiyi haklı bularak temel ihale usulünden ayrılmayı hukuka uygun bulmamıştır: “(...)işin pazarlık usulü ile ihaleye çıkıldığı, açık ihale usulü ile yapılan ihalenin itiraz üzerine iptal edilmesi nedeniyle KİK madde 21/b uyarınca yeniden ihaleye çıkıldığına gerekçe olarak gösterildiği, ihaleye dört isteklinin davet edildiği tespit edilmiştir. Ancak bir yıl süre için pazarlık usulü ile ihaleye çıkılması Kanunun 5. maddesine aykırı bulunmuş, başvuru sahibinin iddiası yerinde görülmüştür.” Bkz. V.Sırabaşı ve İ.Yılmaz (2009). *5812 sayılı kanun ile değişik açıklama-ıçtihatlı güncel kamu ihale mevzuatı*, Ankara: Adalet Yayınevi, s.678.

²⁴⁶Taşdelen (2004), s.80.

KİK madde 21/b'ye göre, doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması durumunda pazarlık usulüne başvurulacaktır. Buna göre ilk koşul, ani ve beklenmedik olayların ortaya çıkmasıdır. Bu olaylar, doğal afet, salgın hastalık, can ve mal kaybı gibi olaylardır. Sayılan olaylar aslında, maddenin devamında yer alan “idarece önceden öngörülemeyen olaylar nedeniyle ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması” şartıyla örtüşmektedir.

Danıştay, bir kararında idarenin ihaleyi KİK madde 21/b’ye dayanarak pazarlık usulü ile yapma gerekçesini, bu usulün tercihinin yeterli bir neden olarak görmeyip ihaleyi temel ilkelere ve hukuka aykırı bulmuştur.²⁴⁷ Bu karara konu ihalede İstanbul Valiliği tarafından yapılan Bağlarbaşı Kavşağı Kısıklı Caddesi Altgeçidi, Bağlantı Yolları ve Ortak Altyapı İnşaatı ihalesinin madde 21/b’ye göre yapılmasının gerekçesi şöyle açıklanmıştır:

İstanbul'un jeopolitik konumu, hızla artan nüfusu ile tarihi, ticari, kültürel ve turistik değerleriyle önemli bir merkez olması nedeniyle her açıdan dünya şehri standartlarına ulaştırılmasının zorunlu olduğu, ayrıca, deprem bölgesinde olması sebebiyle olası bir deprem nedeniyle can ve mal kaybına uğrayan bölgelere ulaşımın sağlanması açısından yol, köprü, kavşakların hızlı bir şekilde tamamlanarak hizmete açılmasının gerekli olduğu, diğer taraftan önemli turistik merkezlere ve NATO zirvesi, Eurovizyon Şarkı Yarışması, Şampiyonlar Ligi Finali, Formula Yarışması gibi düzenlenecek ve düzenlenmesi muhtemel olan ulusal ve uluslararası kongre ve müsabakaların gerçekleşeceği merkezlere kolay ulaşımın sağlanarak hizmet kalitesinin ve araç güvenliğinin artırılması gerektiği belirtilerek, gerekli olan yol, köprü ve kavşak düzenlemelerinin ivedilikle ihale edilmesi hususunda gereğinin yapılmasının talep edilmesi(dir).

Danıştay’ın bozma gerekçesi ise şu şekildedir:

(...) İstanbul'un hızla artan nüfusu ile gelişen ve değişen hizmet kategorilerinin doğurduğu ihtiyaç karşısında alt yapı hizmetlerinin yetersiz olması nedeniyle bir an önce bitirilmesinin zorunlu olduğu ve uluslararası platformda üstlenilen organizasyonlar nedeniyle gerekli alt yapının

²⁴⁷Danıştay 13.Dairesinin 03.12.2010 tarih ve 2009/4101 Esas ve 2010/8217 Karar Sayılı kararı.

tamamlanarak bir an önce uygulamaya geçilmesinin gerekli olduğu konusunda bir tartışma bulunmamakla birlikte, uyuşmazlık konusu ihaleden önce, "doğal afet, salgın hastalık, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen" bir durum söz konusu olmadığı gibi dava konusu yapım işinin, ihale yapılmadan önce idarenin iradesinden bağımsız olarak ortaya çıkan ve objektif kriterlere göre öngörülemez nitelikte olan olaylarla bir ilgisi de bulunmamaktadır.

Öte yandan İdarece işin aciliyet gerektirme sebepleri arasında deprem riskinden de bahsedilmekte ise de, İstanbul'da 1999 yılında yaşanan büyük deprem felaketinden 6 yıl geçtikten sonra gerçekleştirilen ihalede, belirtilen gerekçenin kabulüne de olanak bulunmamaktadır.

Bu durumda, dava konusu yapım işinin, bu alanda faaliyet gösteren ve şartnamede belirlenen yeterlik kriterlerini sağlayan tüm firmaların katılımını sağlayacak usûlde ihale edilmesi gerekirken, 4734 sayılı Kanun'un 21/b maddesinde sayılan şartların oluştuğuna dair hukuken geçerli bir neden gösterilmeksizin, Kanun'un 5. maddesinde sayılan temel ilkelere aykırı olarak pazarlık usulü ile gerçekleştirilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığından, aksi görüşle davanın reddi yolundaki Mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Danıştay da öngörülmez nitelikteki olaylar nedeniyle pazarlık usulüne başvurulması için, ihale yapılmadan önce idarenin iradesinden bağımsız olarak ortaya çıkan objektif kriterler bulunması gerektiğini vurgulamıştır. KİK madde 21/b'de düzenlenen "doğal afet tehlikesi"nin ise altı yıl önce yaşanan depreme dayanılarak ileri sürülemeyeceğine karar vermiştir.

Kamu İhale Kurumu da bir kararında idarenin ivedilik ve öngörülmezlik gerekçesiyle yapmış olduğu ihaleyi hukuka aykırı bulmuştur:

Sağlık Kurulu Raporları ile sigortalılar ve bakmakla yükümlü oldukları hak sahiplerine verilen işitme cihazlarının, sigortalıların uzun süreden beri mağdur olmaları, işitme cihazı almak isteyenlerin sırada beklemeleri ve çeşitli mercilere şikâyette bulunmaları, idarece öngörülemeyen olay" kapsamında değerlendirilerek pazarlık usulüyle ihale yapılması yoluna gidildiği anlaşılmıştır. Yukarıda belirtilen ölçütler göz



önüne alınarak, başvuru konusu ihalenin “idarece öngörülemez olay” kavramı içinde değerlendirilmesinin irdelenmesi gerekmektedir. Hastanelerin işitme cihazı ihtiyacı önceden programlanabilir ve cihaz belirlenen yıllık ihtiyaca göre depolanarak gerek duyuldukça hastalara verilebilir. Alımı yapılacak işitime cihazı 190 adettir. Dosya muhteviyatından alınacak cihazların ihtiyaç sahiplerine hemen verileceğine dair bir belge veya bilgi bulunmamaktadır. Diğer yandan ihale konusu mal teknik ve karmaşık özelliğe sahip olmakla birlikte özel sipariş gerektirmeyen ve piyasadan hazır bir şekilde temin edilebilen bir maldır. Bu itibarla; ortada idarenin iradesinden bağımsız, ihale yapılmasını gerektiren olaydan önce ortaya çıkmış öngörülemez/anormal bir durum olmadığından ihalenin 4734 sayılı Kanun’un 21/b maddesine göre yapılmasında mevzuata uygunluk bulunmamaktadır.²⁴⁸

İdare, ihale sürecinin ne zaman ve nasıl sonuçlanabileceği konusunda önceden az da olsa bilgi sahibi olacağından, idarenin esas ihale usullerine ilişkin ihale sürecinin sona ereceği tarihi tam olarak bilememesi öngörülemezlik koşuluna uygun bir gerekçe değildir.²⁴⁹ Ancak Kamu İhale Kurulu bir kararında ihaleyi yapan idarenin yapmış olduğu devam eden ihaleye itiraz edilmesi üzerine ihale sürecinin uzaması ile madde 21/b’ye göre öngörülemez olay ortaya çıktığından bahisle pazarlık usulü ile 47 günlük hizmet alım ihalesi yapmasını mevzuata aykırı bulmamıştır.²⁵⁰ Kurul gerekçesi şöyledir: “Başvuruya konu ihalede, idarenin gerçekleştirdiği aynı nitelikteki süreklilik arz eden hizmet alımının *sürecinin tamamlanmaması* nedeniyle Kanunda tanımlanan “öngörülemez olayların ortaya çıkması” durumunun gerçekleştiği sonucuna varılmıştır.” Buna göre Kurul idarenin ihale sürecinin itiraz gibi durumlar nedeniyle uzamasını öngörmesinin mümkün olmadığı görüşündedir.

Teknolojik gelişmelerle birlikte öngörülemezlik kavramının sınırları da oldukça daralmıştır.²⁵¹ Ancak Kamu İhale Genel Tebliği’ne göre esas ihale usulleri ile başlatılan ihale sürecinin belli bir zaman alacağı ve bu sürecin tamamlanmasına kadar geçecek sürenin de idare tarafından önceden öngörülemez olay kapsamında değerlendirilmesi

²⁴⁸Kamu İhale Kurulu’nun 28.08.2003 tarih ve 2003/UK Z-372 sayılı kararı.

²⁴⁹Uz (2005), s.200.

²⁵⁰Kamu İhale Kurulu’nun 21.02.2011 tarih ve 2011/UH.II-793 sayılı kararı.

²⁵¹Özdemir (2005), s.91.

ve bu geçiş aşamasında pazarlık usulü ile ihaleye çıkılabilmesi, sadece süreklilik arz eden mal ve hizmet alımlarında mümkündür.²⁵² İdarenin zaman zaman gecikmiş, ihmal edilmiş veya planlanamamış ve bu nedenle acil bir iş haline gelmiş işler için bu usule başvurusu söz konusu olsa da, bu durum kanunun amacına ve ruhuna uygun düşmez.²⁵³

Öngörülmez olay gerekçesi ile pazarlık usulünü uygularken, mutlaka idarenin amacına bakılmalı, rekabeti ve saydamlığı engelleme amacı güdülmediğinden emin olunmalıdır.²⁵⁴ İdarenin amacı tartışılırken de, öngörülemeyen olayların sınırı, genel idare hukuku kuralları ile çizilmelidir. Öngörülemeyen halin tespitinde, olayda, somut ve pek yakın bir tehlike bulunması, telafisi mümkün olmayan zararların ortaya çıkmasının kuvvetle muhtemel olması yahut olayın kamu hizmetinin geç, kusurlu işlemesine sebep olacak bir unsur taşıması gerekir.²⁵⁵

KİK madde 21/c'ye göre, savunma ve güvenlikle ilgili özel durumların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedilikle yapılması gereken durumlarda pazarlık usulü ile ihale yöntemine başvurulabilecektir. Burada savunma ve güvenlik sorunu, yukarıda açıklanan öngörülmeleyen durum veya mücbir sebeplerden biridir.²⁵⁶ Bunların kapsamına ise savaş, seferberlik, terör olayları girmektedir. Ancak düzenlemenin kapsamı bunlarla sınırlı olmayıp söz konusu özel durumlar idare tarafından takdir yetkisi ile belirlenecektir.²⁵⁷

²⁵²Kamu İhale Kurulu'nun 05.03.2009 tarih ve 2009/UY.I-1030 sayılı kararına konu şikayette "Kent Katı Atık Depolama Alanı ve Ambalaj Atıkları Toplama ve Ayırma Tesisi İşletimi İle Tıbbi Atıklar ve Ambalaj Atıklarının Ayrı Toplanması-Taşınması işinde aralık 2008 tarihi itibarıyla işin %93 üne gelindiği, işin keşfinin süresinden önce dolması ve yeterli gelmemesi nedeniyle yeni bir ihalenin yapıldığı, ancak yapılan itiraz nedeniyle ihalenin kısa sürede neticelenmeyeceğinin anlaşıldığı, bu sebeple süreklilik arz eden işin aksamaması amacıyla 3 aylık geçici bir süre için Kent Katı Atık Depolama Alanı Düzenlenmesi Yapım İşinin önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması durumu göz önüne alınarak pazarlık usulü ile ihale edilmesinin uygun olacağı" ifadelerine yer verilse de kurul; "Kamu İhale Genel Tebliğinin, esas ihale usulleri ile başlatılan ihale sürecinin belli bir zaman alacağı ve bu sürecin tamamlanmasına kadar geçecek sürenin de idare tarafından önceden öngörülemeyen olay kapsamında değerlendirilmesi ve bu geçiş aşamasında pazarlık usulü ile ihaleye çıkılabilmesine imkan tanıyan söz konusu düzenlemesinin, sadece süreklilik arz eden mal ve hizmet alımlarına münhasır olduğu dikkate alındığında yapım işi olarak ihalesi gerçekleştirilen inceleme konusu ihalede, 4734 sayılı Kanunun 21/b maddesine dayanılarak ihaleye çıkılabilmesinin hukuken mümkün olmadığı" sonucuna varılmıştır.

²⁵³Kale (2010), s.15.

²⁵⁴Özdemir (2005), s.95.

²⁵⁵Kale (2010), s.16.

²⁵⁶Taşdelen (2004), s.81.

²⁵⁷Özdemir (2005), s.94.

KİK madde 21/d'ye göre, ihalenin, araştırma ve geliştirme sürecine ihtiyaç gösteren ve seri üretime konu olmayan nitelikte olması durumunda pazarlık usulü uygulanabilecektir.

KİK madde 21/e'ye göre; ihale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin özgün nitelikte ve karmaşık olması nedeniyle teknik ve malî özelliklerinin gerekli olan nitelikte belirlenememesi durumunda pazarlık usulüne başvurulacaktır. Bu noktada, özgün nitelikte ve karmaşık olan işlerin neler olduğu konusunda idareye açık bir takdir yetkisi verilmiştir.

Kamu İhale Kurul kararlarına baktığımızda, örneğin Türkiye Şeker Fabrikaları A.Ş. Genel Müdürlüğü 24.07.2006 tarihinde “Eskişehir Şeker Fabrikasına Yakıt Biyoetanölü Üretmek Amacıyla Etanol Susuzlaştırma Ünitesi Alımı” ihalesini KİK madde 21/e'ye dayanarak pazarlık usulü ile yapmış, işin pazarlık usulü ile ihale edilme gerekçesini ise, böyle bir tesisin teşekküllerinde ilk defa satın alınacağı ve özgün nitelikte olması nedenlerine bağlamıştır.²⁵⁸ Kurul bu gerekçede mevzuata aykırılık tespit etmemiştir. Yine Kurul, Kültür ve Turizm Bakanlığı Tanıtma Genel Müdürlüğüne yapılan Alman Tur Operatörleri ve Seyahat Acentaları Birliği 2007 Yılı Yıllık Kongresinin Organizasyonu İhalesinde, “idarenin, kongreye katılacak kişilerin sayısının tam olarak kesinleşmemiş olması nedeniyle teknik şartnamede belirtilmesi gereken hizmetlerin kesin olarak ifade edilememesi gerekçesiyle pazarlık usulü ile ihaleyi yapmasında” söz konusu usul ile yapılan ihalelerde “ilan yapılması zorunluluğu bulunduğundan bu yöntem ile yapılan ihalelerin rekabeti kısıtlamadığı” sonucuna varmış ve mevzuata aykırılık görmemiştir.²⁵⁹

Kurul'un madde 21/e'ye göre yapılmasında mevzuata uygunluk görmediği bir kararında ise ihale konusu işin teknik ve mali özelliklerinin belirlenemez nitelikte olmadığına karar verdiği görülmektedir.²⁶⁰ DSİ Genel Müdürlüğüne yapılan Devlet Su İşleri Genel Müdürlük Merkez Sitesi B-C Blok Asansör Yenilenmesi İhalesinde, Kurul, “ (...) günümüz teknolojisi kullanılarak yapılacak bir mühendislik çalışması ile ihale konusu asansör işinin teknik ve malî özellikleri tespit edilebileceğinden, söz konusu ihalenin 4734 sayılı Kanunun 21/e maddesine göre yapılmasında anılan Kanun ve ilgili mevzuata uygunluk bulunmadığı” kanaatine varmıştır.

²⁵⁸Kamu İhale Kurulu'nun 30.10.2006 tarih ve 2006/UM.Z-2579 sayılı kararı.

²⁵⁹Kamu İhale Kurulu'nun 08.10.2007 tarih ve 2007/UH.Z-3292 sayılı kararı.

²⁶⁰Kamu İhale Kurulu'nun 17.02.2004 tarih ve 2004/UK.Z-183 sayılı kararı.

Söz konusu kararlara bakıldığında, idarenin özgün ve karmaşık nitelikteki işi, teknik yardım ve görüş almadan tespit edebilmesinin olanaksız olduğu anlaşılmaktadır. Buna bağlı olarak da, bu hususta yapılacak şikayetlerin çözümlenmesinde Kamu İhale Kurumu da mutlaka teknik yardım almalı ve objektif gerçeklere dayanarak karara varmalıdır.²⁶¹

KİK madde 21/f'ye göre, yaklaşık maliyeti belli sınırın altında olan mamul mal, malzeme veya hizmet alım ihalelerinde pazarlık usulüne başvurulacaktır. Bu noktada madde 21/f'de belirtilen limitin altında kalmak amacıyla, işin kısımlara bölünerek ihale edilmesi söz konusu olabilir.²⁶² Bu durum KİK madde 5'teki düzenleme ile doğrudan alakalıdır. Buna göre "Eşik değerlerin altında kalmak amacıyla mal veya hizmet alımları ile yapım işleri kısımlara bölünemez." Kanuna karşı hile olarak yorumlanan durumlarda, Kamu İhale Kurulu ihaleyi iptal edecektir. Örneğin Kurul, Marmaris Belediye Başkanlığınca yapılan yüzme havuzu yapımı ihalesi ile ilgili aldığı bir kararında, idarece başlangıçta yapım işi olarak öngörülen ve aynı proje bütünlüğü içerisinde yapılması gereken bir işin mal alımı, bedelsiz hizmet alımı ve kalan kısımların yapım işi şeklinde ihale edilmesini Kanun'a aykırı bulmuştur.²⁶³

Kamu İhale Kurulu kararlarına bakıldığında, idarenin çoğu zaman tek ihaleye gidilmek suretiyle gerçekleştirebilecek mal, hizmet alımları ile yapım işlerini, gerçekten de yaklaşık maliyet sınırının altında kalmak saikiyle kısımlara bölerek ihale ettiği görülmektedir. Örneğin idare, merkezde yer alan aynı nitelikteki okullar için yapacağı öğlen yemeği hizmet alım ihalesini okullara göre ayırarak 10 ayrı ihale şekline getirmiş ve böylece Kanun'da belirtilen yaklaşık maliyetin altındaki bedel için madde 21/f'ye göre pazarlık usulü ile ihale yoluna gitmiştir.²⁶⁴ Ancak buna rağmen Kamu İhale Kurulu mevzuata aykırılık görmemiştir. Kararın karşı oy gerekçesinde ise "başvuruya konu edilen ilköğretim okullarının hepsinin merkezde yer alması ve yapılacak hizmetin aynı nitelikte alım olması nedeniyle idare tarafından 10 ayrı ihale (şeklinde) yapılmasının mevzuata aykırı olduğu, dolayısıyla başvuruya konu ihalenin anılan Kanunun 21 inci maddesi (f) bendi kapsamında alım yapılamayacağı" kanaatine varılmıştır.

²⁶¹Özdemir (2005), s.96.

²⁶²R.C.Ertaş (2010). *Kamu kaynaklarının etkin kullanımı açısından Kamu İhale Kanunu'nda öngörülen ihale usullerinin incelenmesi ve değerlendirilmesi*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Gazi Üniversitesi, s.132.

²⁶³Kamu İhale Kurulu'nun 12.05.2005 tarih ve 2005/UY.Z-936 sayılı kararı.

²⁶⁴Kamu İhale Kurulu'nun 14.04.2005 tarih ve 2005/UH.Z-740 sayılı kararı.



Benzer bir konuda ise, Kurul farklı bir karar vermiştir.²⁶⁵ Taşımali öğrencilere öğle yemek alımı ihalesinde farklı köylerden gelen öğrencilere okulda verilecek olan öğle yemeği, eşik değerinin altında kalmak amacıyla öğrencilerin geldiği köylere göre kısımlara bölünerek üç ayrı ihale şeklinde ihale edilmiştir. Bu şekilde kısımlara bölünen ihaleyi Kurul, Kanun'a aykırı bulmuştur.²⁶⁶

Kararlardan da anlaşılacağı üzere, idare her ne kadar takdir yetkisine dayanarak bütün halinde ihale edilebilecek işleri, sırf Kanun'daki yaklaşık maliyet değerinin altında kalmak için kısımlara bölerek ihale etse de, kanunu dolanma olarak ifade edilen bu durum hukuka aykırı olup ihalenin iptalini gerektirmektedir. Mal Alım İhaleleri Uygulama Yönetmeliğine göre kısmi teklif;

Birim fiyat teklif ve sözleşme türünün uygulandığı ihalelerde; idarelerce ihaleye katılımı, rekabeti, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında teminini ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamak amacıyla; ihale konusu alımın birden fazla kalemden oluşması halinde, ihale konusu alımın tamamına veya bazı mal kalemlerine teklif verilmesine, ihale konusu alımın tek bir mala ilişkin olması durumunda ise farklı şartları ihtiva eden kısımlara ayrılarak ihale konusu malın tamamına veya bir kısmına/ kısımlarına teklif verilmesine imkan verilen ihalelerde, bazı mal kalemleri veya kısımlar itibariyle teklif verilmesini (...)

ifade eder.

İdarelerin ihaleleri kısmi teklife açmak konusunda takdir yetkileri vardır; ancak bu takdir yetkisi, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması, kaynakların verimli kullanılması ilkeleri ile sınırlıdır.²⁶⁷ İhale konusu işin, kısımlara bölünmesinde hiçbir fayda olmadığı hallerde, tek bir ihaleye konu edilmesi gerekmektedir. Kaldı ki, pazarlık usulü istisnai bir usul olduğundan, idare mümkün olduğunca bu usulü tercih etmekten kaçınmalı, temel ihale usullerini kullanma yoluna gitmelidir.

²⁶⁵Kamu İhale Kurulu'nun 30.10.2007 tarih ve 2007/UH.Z-3495 sayılı kararı.

²⁶⁶Gereğesi ise şöyledir: "(...) taşınan öğrencilerin alındıkları köylerin gruplandırma açısından bir önemi bulunmamaktadır. Zira, yemek okula getirilmekte ve okulda yenmektedir. Bu durumda Hacı Sait İlköğretim Okulu ve Yavuz Sultan Selim İlköğretim Okulu üzere iki okulda öğrencilere verilecek yemek için pazarlık usulü ile 3 ayrı ihale yapılmıştır.

4734 sayılı Kanunun "Temel İlkeler" başlıklı 5 inci maddesinin 3 üncü fıkrasında, "Eşik değerlerinin altında kalmak amacıyla mal veya hizmet alımları ile yapım işleri kısımlara bölünemez." hükmü öngörülmekte olup, daha önce açık ihale usulünde yapılabilen bu ihalenin daha sonra gruplara bölünerek yapılmasının yukarıda anlatılan nedenlerden dolayı bu hükme aykırılık teşkil etmektedir."

²⁶⁷Kamu İhale Kurulu'nun 09.09.2008 tarih ve 2008/UM.II-3738 sayılı kararı.

Pazarlık usulü ile yapılan ihalelerde tekliflerin alınmasında şekil şartı bulunmaması bir eksikliktir. Bu eksikliği gidermek adına, alınan kararda, ne gibi tekliflerin verildiğine, ihalenin üzerinde bırakıldığı kişinin tercih edilme nedenlerine yer verilmesi gerekir. Böylece idarenin takdir yetkisinin daha sağlıklı denetlenmesi sağlanacaktır.²⁶⁸

Buraya kadar izah edilen pazarlık usulü koşullarında idarenin takdir yetkisinin ağırlığını tespit edebilmek için KİK madde 21’de düzenlenen pazarlık usulünü ilan yapıp yapılmayacağına göre ilanlı pazarlık ve ilansız pazarlık olarak incelemek uygun olacaktır.²⁶⁹

3.1.1.3.2.1.İlanlı pazarlık

İlanlı pazarlık usulü yukarıda koşulları açıklanan bentlerden (a), (d) ve (e) bentlerine göre yapılacak ihalelerde söz konusu olacaktır. Bu durumda yapılacak ilan ile istekliler pazarlığa davet edilecektir.²⁷⁰

Kanuna göre, ilan yapılmasının idarenin takdirine bırakılmayıp zorunlu olduğu (a), (d) ve (e) bentlerine göre yapılan ihalelerde, ihale dokümanında belirtilen değerlendirme kriterlerine göre yeterliliği tespit edilen istekliler, öncelikle ihale konusu işin teknik detayları ve gerçekleştirme yöntemleri gibi hususlarda fiyatı içermeyen ilk tekliflerini sunar. İhale komisyonu ise her bir istekli ile görüşür. Şartlar netleştiginde ise bu şartları karşılayabilecek isteklilerden, şartları netleştirilmiş teknik şartnameye dayalı olarak fiyat tekliflerini de içerecek şekilde ikinci tekliflerini vermeleri istenecektir (KİK madde 21/4).

İlanlı pazarlık usulünde yapılacak ilan ile idarenin keyfî hareket etmesinin önüne geçilecek bir bakıma takdir yetkisi, rekabet ve şeffaflık ilkelerinin sağlanması ile sınırlandırılmış olacaktır.

²⁶⁸Kutlu (1997), s.235.

²⁶⁹Oder (2004), s.589.

²⁷⁰Oder (2004), s.592.

3.1.1.3.2.2.İlansız pazarlık

İlansız pazarlık usulü Kanun'un 21.maddesinin (b), (c) ve (f) bentlerindeki hallerde uygulanabilir. Bu durumda en az üç isteklinin davet edilmesi gerekir. Bu isteklilerden, yeterlik belgelerini ve fiyat tekliflerini birlikte vermeleri istenir. Yapılan alım ilansız olduğundan yalnızca istekli ile idare arasında bilinirken diğer aday, istekli ya da istekli olabilecekler tarafından bilinmemektedir. Bu nedenle seçilen bu usulde idarenin takdir yetkisinin denetimi neredeyse imkânsız hale gelmektedir. Çünkü KİK'e göre şikayet hakkı yalnız isteklilere aittir ve Kamu İhale Kurulu'nun şikayet söz konusu olmadan denetim yapma yetkisi bulunmamaktadır.²⁷¹

Pazarlık usulü ile ihalede yalnız üç istekli davet edildiğinden açık ihale usulüne göre rekabet ortamının oluşması açısından sınırlı bir özellik arz etmektedir. Kamu İhale Kurulu kararlarında da bu durum ortaya konmuştur. Bir kararda, pazarlık usulü ile ihalede açık ihale usulüne göre hem daha çok isteklinin katılımı hem de daha düşük teklifin alınması sağlandığı halde çoğunluk, bu usulün sınırlama olmaksızın yeterlik sahibi bütün isteklilerin ihaleye teklif verebilmesine imkan sağlayan açık ihale usulüne göre daha sınırlayıcı hükümler taşıdığı görüşünü benimsemiştir.²⁷²

İhaleye idare tarafından davet edilmeyenlerin durumu ile ilgili ise, KİK'te 04.07.2012 tarihli 6353 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre ilan yapılmayan ihalelerde, ihale dokümanı sadece idare tarafından davet

²⁷¹Ertuş (2010), s.141-142. Ayrıca Kamu İhale Kurulu'nun yetki ve görevlerine ilişkin KİK madde 53/1-b'de yer alan düzenlemeye;“İhalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde idarece yapılan işlemlerde bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olmadığına ilişkin şikayetleri inceleyerek sonuçlandırmak” şeklinde olup Kanun'da Kurula re'sen inceleme yetkisi verilmemiştir. Böylece idarenin takdir yetkisinin denetimi de isteklinin şikayeti ile sınırlı kalmıştır.

²⁷²Kamu İhale Kurulu'nun 15.06.2004 tarih ve 2004/UK.Z-718 sayılı kararı. Aynı kararda Kurul'dan çıkan karşı oy: “Kanunda; açık ihale usulünün temel usul olduğu öngörülmüş olmakla beraber ihalelerde, “Rekabet” in sağlanması ve “ihtiyaçların uygun şartlarla” temini hususu ana ilke olarak yer almıştır. Bahse konu olayda; - Açık ihale usulüyle yapılan ihaleye 5 firmanın iştirak ettiği ve ihalede, 3.400.000-TL / Tabldot'luk fiyatın elde edildiği, - Buna mukabil “Pazarlık” usulüyle yapılan ikinci ihaleye ise, önceki ihaleye katılanların tamamı dahil toplam 11 firmanın iştirak ettiği, ihalede 2.339.000-TL / Tabldot'luk fiyatın elde edildiği dikkate alındığında, kanunda öngörülen “Rekabet” in gerçekleştiği ve “İhtiyaçların uygun şartlarla” temin edildiği görülmektedir.” gerekçesiyle ihalenin iptal edilmesi yönündeki çoğunluk görüşe katılmamıştır. Karşı oyda, somut şartlar değerlendirilmiş ve rekabetin sağlandığı görüşüne varılmıştır. Ancak karşı oy görüşü temel ihale usulünün idarenin takdir yetkisini sınırlayan diğer avantajlarını göz ardı etmiştir.

edilenlere satılacaktır (KİK madde 28). Böylece Kamu İhale Kurumu'nun çelişkili kararlarına²⁷³ da bir açıklık getirilmiştir.

Kanun, (b), (c) ve (f) bendi kapsamında yapılan mal alımlarında, idareye bir hususta daha takdir yetkisi tanımıştır. Mal alım ihalesinde, malın sözleşme yapma süresi içinde teslim edilmesi halinde, sözleşme yapılması ve kesin teminat alınması zorunlu değildir. Bu durum idarenin uygun bulmasına bağlıdır (KİK madde 21/son).

3.1.2.İhale alım yöntemleri ve takdir yetkisi

3.1.2.1.Doğrudan temin yöntemi

4734 sayılı Kanun'un ilk şeklinde bir ihale usulü olarak yer alan doğrudan temin usulü, 15.08.2003 tarihinde 4964 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle ihale usulü olmaktan çıkarılmıştır. Doğrudan temin yönteminin ihale usulü olmaktan ve dolayısıyla ihale usulleri için öngörülen kurallara tabi olmaktan çıkarılması doktrinde haklı görülmektedir. Zira ihtiyacın direkt bir gerçek veya tüzel kişiden, diğer yöntemlerden farklı olarak, ilan yapılmadan ve yeterlilik koşulları aranmadan (KİK madde 22/son), dolayısıyla rekabet ortamı sağlanmadan karşılandığı doğrudan temin yöntemi, KİK madde 4'te yer alan ihale tanımıyla örtüşen katılıma ve rekabete açık bir ihale usulü değildir.²⁷⁴

²⁷³ 6353 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki Kamu İhale Kurulu'nun 23.08.2010 tarih ve 2010/UY.II 2490 sayılı kararlarında; "Davet edilmediği halde ihale dokümanı satın almak isteyen kişilerin ihaleye davet edilip edilmeyeceği veya bu kişilere ihale dokümanı satılıp satılmayacağı konusunda kamu ihale mevzuatında herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Her ne kadar KİK madde 21/b'ye göre yapılacak ihalelerde üç isteklinin davet edilmesi yeterli görülmüş ise de, ihalelerde sağlanması gereken eşit muamele ve rekabet ilkesi uyarınca, ihale dokümanı satın almak için idareye müracaat eden kişilere ihale dokümanı satılması ve ihaleye katılımının sağlanması temel ilkelerin gereğidir." derken, aynı kararın karşı oy yazısında ise ihaleye davet edilmeyen kişilere doküman satılmasının ihale yönteminin amacıyla bağdaşmayacağı görüşü benimsenmiştir.

Kurulun 21.03.2011 tarih ve 2011/UY.I-1059 sayılı kararında Kurul bir başka kararında, başvuru sahibinin itirazın şikayet başvurusunu, pazarlık usulü ile görülen ihalede doküman satın almadığı için istekli sıfatını haiz olmadığı gerekçesi ile reddederek esastan incelemeye geçmemiştir.

Kurulun 02.06.2004 tarih ve 2004/UK.Z-677 sayılı kararına konu olayda da ihaleye katılımın imkanlar dahilinde artırılması ve yazılı olarak dilekçe veren firmaların da ihaleye davet edilmesi gerektiğini vurgulamış, bu şekilde KİK madde 5'te düzenlenen rekabet ilkesinin sağlanacağına karar vermiştir

²⁷⁴M.Ş.Başaran vd.(2009). *Kamu ihalelerinde karşılaşılan güncel sorunlar*. İzmir: İzden Yayıncılık, s.255; Özdemir (2005), s.97; Taşdelen (2004), s.86.

Bir ihale dışı temin usulü olarak doğrudan temin yönteminin tanımına KİK madde 4'te yer verilmiştir. Buna göre doğrudan temin “Bu Kanunda belirtilen hallerde ihtiyaçların, idare tarafından davet edilen isteklilerle teknik şartların ve fiyatın görüşülerek doğrudan temin edilebildiği usul”dür. Bu yöntemde yaklaşık maliyet tespit edilmez. İhale yetkilisince görevlendirilecek kişi veya kişiler tarafından piyasada fiyat araştırması yapılır (KİK madde 22/2). Rekabet ilkesinin işlerliğini yitirmemesi için bu araştırmanın sağlıklı bir şekilde yapılması gerekir.

Doğrudan temine, bir alım yöntemi olarak ilân yapılmaksızın ve teminat alınmaksızın şu hallerde başvurulabilir (KİK madde 22):

a) İhtiyacın sadece gerçek veya tüzel tek kişi tarafından karşılanabileceğinin tespit edilmesi.

b) Sadece gerçek veya tüzel tek kişinin ihtiyaç ile ilgili özel bir hakka sahip olması.

c) Mevcut mal, ekipman, teknoloji veya hizmetlerle uyumun ve standardizasyonun sağlanması için zorunlu olan mal ve hizmetlerin, asıl sözleşmeye dayalı olarak düzenlenecek ve toplam süreleri üç yılı geçmeyecek sözleşmelerle ilk alım yapılan gerçek veya tüzel kişiden alınması.

d) Büyükşehir belediyesi sınırları dahilinde bulunan idarelerin kırküçbin ikiyüzyirmisekiz Türk Lirası, diğer idarelerin ondörtbin dörtyüzüç Türk Lirası'nı(bu miktar 2012 yılı itibarıyla günceldir) aşmayan ihtiyaçları ile temsil ağırlama faaliyetleri kapsamında yapılacak konaklama, seyahat ve iaşeye ilişkin alımlar.

e) İdarelerin ihtiyacına uygun taşınmaz mal alımı veya kiralanması.

f) Özelliğinden ve belli süre içinde kullanılma zorunluluğundan dolayı stoklanması ekonomik olmayan veya acil durumlarda kullanılacak olan ilaç, aşı, serum, anti-serum, kan ve kan ürünleri ile ortez, protez gibi uygulama esnasında hastaya göre belirlenebilen ve hastaya özgü tıbbî sarf malzemeleri, test ve tetkik sarf malzemeleri alımları.

g) Milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülen uyuşmazlıklarla ilgili davalarda, Kanun kapsamındaki idareleri temsil ve savunmak üzere

Türk veya yabancı uyruklu avukatlardan ya da avukatlık ortaklıklarından yapılacak hizmet alımları.

h) 8/1/1943 tarihli ve 4353 sayılı Kanununun 22 ve 36 ncı maddeleri uyarınca Türk veya yabancı uyruklu avukatlardan hizmet alımları ile fikri ve sınai mülkiyet haklarının ulusal ve uluslararası kuruluşlar nezdinde tescilini sağlamak için gerçekleştirilen hizmet alımları.

ı)Türkiye İş Kurumunun, 25/6/2003 tarihli ve 4904 sayılı Kanununun 3 üncü maddesinin (b) ve (c) bentlerinde sayılan görevlerine ilişkin hizmet alımları ile 25/8/1999 tarihli ve 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununun 48 inci maddesinin yedinci fıkrasında sayılan görevlerine ilişkin hizmet alımları,

i) Seçim dönemi bitmeden önce seçimlerin yenilenmesine veya ara seçime ya da Anayasa değişikliğinin halkoyuna sunulmasına karar verilen hallerde; Yüksek Seçim Kurulu tarafından yapılacak filigranlı oy pusulası kağıdı ve filigranlı oy zarfı kağıdı alımı ile oy pusulası basım hizmeti alımı, mahalli seçimlerde ise İl Seçim Kurulu başkanlıkları tarafından alınacak oy pusulası basım hizmeti alımı.”

Kanundaki bu düzenlemede, idareye geniş takdir yetkisi veren durumlar mevcuttur. Madde 22/a'daki ihtiyacın sadece gerçek veya tüzel tek kişi tarafından karşılanabileceğinin tespiti veya madde 22/e'deki “ihtiyaç” ve “ihtiyaca uygun taşınmaz”ların yorumu doğrudan idarenin takdirindedir. Bu noktada, örneğin taşınmaz için bir değer limiti gösterilmesi takdir yetkisinin sınırlarını çizmek adına uygun olacaktır.²⁷⁵ İdarenin KİK madde 22/d'de yer alan belli miktara kadar doğrudan temin yöntemine başvurulmasına imkan tanıyan düzenleme kapsamına girmek için ihtiyaçları kısımlara bölerek temin yoluna gitmesi söz konusu olabilir. Bu şekilde idare kamu kaynağı israfına yol açacaktır.²⁷⁶ Şikayet hakkı dar bir çerçevede ile sınırlandırıldığından²⁷⁷ işi kısımlara bölerek sürekli aynı istekli ile anlaşılan idarenin

²⁷⁵Sezer (2002), s.70.

²⁷⁶Eroğlu (2008), s.2. Doğrudan temin yönteminin sınırı içinde kalmak amacıyla iki parçaya bölünerek yapılan evrak basımı hizmet alımı ihalesi mevzuata aykırı bulunmuştur. Kamu İhale Kurulu'nun 21.08.2006 tarih 2006/UH.Z-1981 sayılı kararı. Bkz. Baş ve Seyhan (2008), s.67.

²⁷⁷KİK madde 54' e göre ihale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday veya istekli ile istekli olabilecekler şikayet başvurusunda bulunabilecektir.

Kamu İhale Kurumu'nca denetlenmesi teoride mümkün olsa da uygulamada imkansız hale gelebilmektedir.²⁷⁸ Bu konuda Kanun'daki zafiyetin giderilmesi şarttır.

Doğrudan temin yönteminde, “ilan yapılması, teminat alınması, ihale komisyonu kurulması, isteklilerde belirli yeterlik kriterlerinin aranması, şartname düzenlenmesi gibi hususlar idarenin takdirindedir.”²⁷⁹ Kanun'da, bu hususlardan yalnızca ilan yapılması ve teminat alınmasının idarenin takdirinde olduğu düzenlenmiştir (KİK madde 22). Diğer hususlara Genel Tebliğ'de yer verilmiştir. Bu hususların idarenin takdirine bırakılmasındaki temel neden ihtiyaçların karşılanmasında kolaylık sağlanmasıdır.²⁸⁰ İdare, ihtiyacın niteliğine göre bu aşamaları göz ardı edebilir.

İhalelerde ilanın yapılması son derece önemlidir. İlan yapılmak suretiyle, ihaleye katılımı artırmak için muhtemel çoğunluğun bundan haberdar olması sağlanarak eşitlik ve rekabet ortamı oluşturulur.²⁸¹ İdarenin takdirine bağlı olarak ilan yapılmayan hallerde ise saydamlık ve rekabet de en alt düzeyde gerçekleşecektir.²⁸² Danıştay'ın bir kararına²⁸³ göre de ihalede açıklık ilkesinin²⁸⁴ gerçekleşmesinde rol oynayan en önemli araç ihalenin herkese duyurulması için yapılan ilândır. İncelenen kararda Danıştay'a göre, pazarlık ve doğrudan temin usullerinde uygulanan usulün doğası gereği ilan istisnası getirilebilse de esas olan açıklık ilkesi gereği ihalenin herkese duyurulmasıdır.²⁸⁵

²⁷⁸Ertaş (2010), s.142.

²⁷⁹Başaran vd.(2009), s.252. Ayrıca Bkz.Kamu İhale Kurulu Genel Tebliği madde 22.

²⁸⁰Kamu İhale Genel Tebliği madde 22.

²⁸¹Kutlu (1997), s.187.

²⁸²Sezer (2002), s.64.

²⁸³D. 13. D. 10.02.2010 T., 2007/1724 E., 2010/1168 K.

²⁸⁴Danıştay'a göre açıklık ilkesi, “ihale üzerindeki her türlü baskı, yolsuzluk ve şüphenin önüne geçilmesini, ihaleye katılımın en üst düzeyde gerçekleşmesini ve ihalenin kamu için en uygun koşullarda yapılmasını sağlayan bir ilkedir.”

²⁸⁵Aynı kararda Danıştay, Toplu Konut İdaresi Başkanlığı Satış, Devir, İntikal, Kiraya Verme, Trampa, Sınırlı Ayni Hak Tesisi ve Arsa Satışı Karşılığı Gelir Paylaşımı İhale Yönetmeliği'nin mülga 15/1.maddesinde yer alan “İhale konusu olan işlerin duyuru esas ve usulleri onay belgesinde belirtilir.” Hükmünü hukuka aykırı bulmuştur. Gerekçesi ise şöyledir: “(...)istisna uygulamanın ne olduğunu idarece yapılan düzenlemede hukuki güvenlik ve idarenin yasallığı ilkesi uyarınca açıkça belirtmesi gerekmektedir. Bu durumda, ilân yapılmasının istisnasının ne olduğu, ilânın hangi araçlarla, nerelerde, hangi sürelerde, kaç kez yapılacağı, bu araçların tercihinde esas alınacak ölçütlerin neler olduğu hususlarına yer verilmeksizin, ilânın yapılıp yapılmaması ve yapılması halinde uygulanacak usul ve esasları belirleme yetkisini idare başkanına bırakan dava konusu Toplu Konut İdaresi Başkanlığı Satış, Devir, İntikal, Kiraya Verme, Trampa, Sınırlı Ayni Hak Tesisi ve Arsa Satışı Karşılığı Gelir Paylaşımı İhale Yönetmeliği” nin 15. maddesinin (1) numaralı fıkrası ile buna bağlı olarak 12. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan: “... ihalede uygulanacak usul, ... (yapılacaksa) ilânın şekli ve adedi,” ibarelerinde hukuka uyarlık görülmemiştir.”



Kanun'da düzenlenmemesine rağmen işin belli bir süreyi gerektirmesi durumunda alımın sözleşmeye bağlanması zorunlu iken, bunun dışında bir defa yapılacak alımlarda idare, sözleşme yapılıp yapılmaması durumunu kendisi takdir edecektir.²⁸⁶ Bu konu Kanun tasarısında yer almış olmasına rağmen, Kanun'da değil Kamu İhale Genel Tebliği'nde düzenlenmiştir.²⁸⁷

“Doğrudan temin usulünde pazarlık usulü gibi en az 3 isteklinin davet zorunluluğu da bulunmadığından idarenin dilediği istekliden ihtiyaç temin etmesi rekabet oluşumunu engelleyerek kamu kaynaklarının israfına da neden olabilmektedir.”²⁸⁸ Acil ve küçük ihtiyaçlar ile tek satıcısı olan mal ve hizmetlerin aksamadan hızlı şekilde temin edilmesi amacıyla düzenlenmiş olan bu yöntemde ilan şartı bulunmadığından, eşit muamele ilkesini ihlale müsaittir.²⁸⁹ Bu nedenle, yöntemin şartlarının katı bir şekilde uygulanması ve gerekmedikçe bu yönteme başvurulmaması ihale ilkelerinin korunması açısından yerinde olacaktır. Danıştay kararında da belirtildiği gibi, seçimi belirli şartlar dahilinde idarenin takdirine bırakılan “ihale usullerinden birinin tercihi ile ihaleden beklenen kamu yararının gerçekleştirilmesi arasında sıkı bir ilişki olduğu” unutulmamalıdır.²⁹⁰

Belirtildiği üzere doğrudan temin yönteminde yaklaşık maliyet belirlemesi değil piyasa fiyat araştırması yapılır. Bu araştırma doğrudan temin yönteminin doğasından kaynaklanan ve rekabetsiz ortamın yol açtığı zafiyetleri en aza indirmek açısından önemlidir. Piyasa fiyat araştırmasında belli sayıda ve belli yerlerden (Belediye, Ticaret veya Sanayi Odası gibi) yazılı fiyat sorma zorunluluğu olmasa da somut, hesap edilebilir, dayanaklı ve kanıtlanabilir bir fiyat araştırması yapılması gerekir.²⁹¹ Fiyat araştırması Tebliğ'e göre idare gerekli gördüğü takdirde, ihale konusu ile ilgili uygulama yönetmeliklerindeki yaklaşık maliyet düzenlemelerine göre yapılacaktır.²⁹²

²⁸⁶Başaran vd.(2009), s.254.

²⁸⁷İ.Çelikleş (2003). 4964 Sayılı Kanunla 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nda yapılan değişikliklerin, ihale usulleri ve bunların sözleşmeye bağlanmaları açısından değerlendirilmesi. *Sayıştay Dergisi*, 50-51, s.113. Çelikleş'a göre bu durum yasanın değişiklik gerekçesi ile örtüşmemektedir.

²⁸⁸Ertaş(2010), s.138.

²⁸⁹Yalazay (2010), s.18

²⁹⁰D. 13. D. 10.02.2010 T., 2007/1724 E., 2010/1168 K.

²⁹¹Başaran vd. (2009), s.265. “Örneğin alım konusu yaş sebze alımı ise toptancı halleri tarafından ilan edilen günlük asgari ve azami fiyat listeleri piyasada fiyat araştırmasının yapıldığının kanıtı olarak kullanılacaktır. Akaryakıt alımı ise, akaryakıt dağıtım şirketlerinin veya EPDK tarafından ilan edilen fiyatlar, fiyat listesi olarak alınacaktır.”

²⁹²Çelikleş (2003), s.113-114, Kamu İhale Genel Tebliği madde 22.

Kamu İhale Kurulu'nun, Isparta Valiliği İl Tarım Müdürlüğü tarafından yapılan Kırım Kongo Kanamalı Ateşi Hastalığına Yönelik İlaç Alımı İhalesi'ne ilişkin kararında²⁹³ Tarım ve Köyişleri Bakanlığı²⁹⁴ Koruma Kontrol Genel Müdürlüğüne çıkarılan tamime göre KİK madde 21/f'de²⁹⁵ yer alan pazarlık usulü ile gerçekleştirilmesi gereken ihalenin, idarece doğrudan temin yoluyla gerçekleştirilmesinin idarenin takdir yetkisi sınırlarında olduğundan KİK ve ikincil mevzuata aykırı bulunmamıştır. Ancak kararın devamında, "idarenin işin aciliyetine işaret ederek KİK madde 22/f'ye göre²⁹⁶ doğrudan temin ile yaptığı ihalede aciliyetin doğasına uygun olmayacak şekilde, 24.07.2007 tarihinde ihale onayı alınmasına karşın 08.08.2007 tarihinde ilk teklifler alınmış ve alınan teklifler uygun görülmeyle 03.09.2007 tarihinde ikinci kez teklif alınma yoluna gidilmiştir. İhale onayının alınması ile iki kez teklif alınması arasında geçen süre, başka bir anlatımla, idarece alımın gerçekleştirildiği süre dikkate alınarak KİK madde 22/f'de öngörülen şartların başvuru konusu ihalede oluşmadığı sonucuna ulaşılmıştır."denilerek işin aciliyeti ve özelliğinden ziyade işin maliyetine önem atfedilmesine rağmen alımın doğrudan temin yoluyla yapılması mevzuata aykırı bulunmuştur.

3.1.2.2. Tasarım yarışması yöntemi

Tasarım yarışmaları idarenin gerekli gördüğü hallerde başvurulabilen bir alım yöntemi olarak KİK madde 23'te düzenlenmiştir. Mimarlık, peyzaj mimarlığı, mühendislik, kentsel tasarım projeleri, şehir ve bölge plânlama ve güzel sanat eserleri ile ilgili bir plân veya tasarım projesi elde edilmesine yönelik olarak yapılan bu düzenlemede tek koşul ilgili mevzuatta²⁹⁷ yer alan usul ve esaslara uymak kaydıyla rekabeti sağlayacak şekilde ilân yapılmasıdır. Daha sonra jüri tarafından yapılacak değerlendirme ile sonuç belli olacaktır.

²⁹³Kamu İhale Kurulu'nun 19.11.2007 tarihli 2007/UM.Z-3767 sayılı kararı.

²⁹⁴Yeni adı ile Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı.

²⁹⁵KİK madde 21/f: İdarelerin yaklaşık maliyeti yüz kırk dört bin yüzüç Türk Lirasına kadar olan mamul mal, malzeme veya hizmet alımları.

²⁹⁶KİK madde 22/f: Özelliğinden ve belli süre içinde kullanılma zorunluluğundan dolayı stoklanması ekonomik olmayan veya acil durumlarda kullanılacak olan ilaç, aşı, serum, anti-serum, kan ve kan ürünleri ile ortez, protez gibi uygulama esnasında hastaya göre belirlenebilen ve hastaya özgü tıbbi sarf malzemeleri, test ve tetkik sarf malzemeleri alımları

²⁹⁷İlgili mevzuat için bkz. Mimarlık, Peyzaj Mimarlığı, Mühendislik, Kentsel Tasarım Projeleri, Şehir ve Bölge Planlama, Güzel Sanat Eserleri Yarışmaları Yönetmeliği.



Burada idarenin takdirinde olan husus, tasarım yarışması yöntemine başvurup başvurmamaktır. Zira idare her an daha kolay bir yöntem olan tasarım yarışmaları düzenleme yoluna başvurabilecektir. Ancak idare hizmetin öncelikle, rekabet, saydamlık, kaynakların verimli ve etkin kullanılması ilkelerinin gerçekleşmesini daha iyi sağlayacak olan ihale usullerinden biri ile ihale edilmesi yoluna gitmek zorundadır.²⁹⁸

3.2.İhale Dokümanının Düzenlenmesinde Takdir Yetkisi

İhale dokümanı ile ilgili genel bilgilere ihale sürecine ilişkin açıklamalarda yer verilmişti. Bu başlık altında ise idarenin ihale dokümanını hazırlama yetkisinin ihalenin seyri açısından ne derece önemli olduğu ve ihale dokümanına ilişkin unsurlarda idarenin takdir yetkisinin bulunup bulunmadığı hususları incelenecektir.

İdarenin, ihale dokümanı hazırlama yetkisi, Kamu İhale Kurumu'nun hazırladığı “Tip İdari Şartname ve Tip Sözleşme” ile büyük ölçüde sınırlandırılmıştır. İdare mal ve hizmet alımı ile yapım ihaleleri için ayrı ayrı düzenlenen Tip İdari Şartnamelerde boş bırakılan yerleri doldurmak suretiyle idari şartnameyi hazırlar. Böylece idarenin, şartnameye konulabilecek hükümlerde takdir yetkisi oldukça kısıtlanmıştır. Burada amaç, istekliler arasında eşitlik ile rekabetin sağlanması ve güvenilirlik ilkesinin korunması ve bu ilkelerin gerçekleşmesinin salt idarenin inisiyatifine bırakılmamasıdır.²⁹⁹

İhaleye katılım şartı olarak istenen bilgi ve belgeler ile isteklilerde aranan yeterlik kriterleri, özellikle rekabet ilkesini ve devamında diğer ihale ilkelerini doğrudan etkileyen bir husustur.³⁰⁰ Bu noktada Kanun, idarelere takdir yetkisi tanımıştır. Ancak her ne kadar idarenin söz konusu belgeleri isteme konusunda takdir yetkisi olsa da bu belgelerde olması gereken özelliklerde değişiklik yapma yetkisi yoktur. Bu konuda idare yönetmeliklerle bağlı kalacaktır.³⁰¹

²⁹⁸Uz (2005), s.225.

²⁹⁹Yalazay (2010), s.58.

³⁰⁰Y.Gök (2010). İhaleye katılım kriterlerinin belirlenmesinde gözetilmesi gereken ilke ve kurallar. *Güncel Mevzuat*, 50, s.4.

³⁰¹“Örneğin bilanço rasyolarıyla ilgili değerler, ciro oranları gibi.” Gök (2010), s.6.

İdareye tanınan takdir yetkisi Kamu İhale Kurulu'nun bir kararında da vurgulanmıştır:

“4734 sayılı Kanunun temel ilkeleri belirleyen 5. maddesine göre, idarelerin bu Kanuna göre yapılan ihalelerde saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumlu olduğu hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla idarelerin ihale sürecindeki bütün idari işlemleri anılan maddede belirtilen ilkelere uygun biçimde tesis edilmelidir. Nitekim anılan Kanun gerek ihale dokümanı hazırlanması gerekse teklif değerlendirmesi aşamasında temel ilkelerin sağlanması amacıyla idarelere belli bir takdir yetkisi tanımıştır.”³⁰²

Rekabetin sağlanabilmesi için, ihaleye asgari birden fazla olmak üzere azami düzeyde kişinin katılması gerekir.³⁰³ Bu nedenle ihaleye katılım şartlarının belirlenmesi önemlidir. Teknik koşullarda yeterli açıklamanın yapılmaması, adayların tekliflerinin karşılaştırılmasında güçlük çıkaracağından rekabeti bozucu bir unsura dönüşebilir.³⁰⁴ Yeterlilik ilkesi yani ihaleye katılmak isteyen kişide belli bir teknik bilgi ve mali yeterliliğin aranması³⁰⁵ da doğrudan ihale dokümanı ile alakalı bir konudur. Yeterlilik ilkesine göre teknik ve idari şartnamede yer alan koşulları taşımadığı halde ihaleye katılan istekli ihale dışı bırakılacaktır.³⁰⁶

Yeterlilikle ilgili aranan koşullarda idarenin takdirine açık bırakılan alan, talep edilmesi zorunlu olmayan belgelerdir. İdare bu belgeleri işin niteliğinin gerektirdiği durumlarda talep edecektir.³⁰⁷ Örneğin Kamu İhale Genel Tebliği'ne göre, özel imalat süreci gerektiren mal alımı ihalelerinde ilgili odalar tarafından düzenlenen imalat yeterlik ve hizmet yeterlik belgesinin istenmesi idarenin takdirindedir.³⁰⁸ Yine Genel Tebliğ'e göre, yaklaşık maliyeti, KİK madde 13/1-b'nin (2) numaralı alt bendinde³⁰⁹ yer

³⁰²Kamu İhale Kurulu'nun 31.03.2008 tarih ve 2008/UY.Z-1463 Sayılı kararı.

³⁰³Gözler (2006), s.456.

³⁰⁴M.Kutlu Gürsel (2003). Kamu ihale sürecinde rekabetin bozulması. *Ünal Tekinalp'e Armağan Cilt III*. İstanbul:Beta Yayıncılık, s.601.

³⁰⁵Gözler (2006), s.457.

³⁰⁶B.İşbir (2011). *Kamu ihalelerine katılma yasağı*. Ankara: Turhan Kitabevi, s.28.

³⁰⁷Gök (2010), s.4.

³⁰⁸Kamu İhale Genel Tebliği madde 54/2-f ve 54/2-m.

³⁰⁹24.01.2012 tarih ve 2012/1 sayılı Kamu İhale Genel Tebliği ile güncellenen değerlere göre: “Yaklaşık maliyeti seksenaltıbin dörtyüztaltmış ile yüzyetmişikibin dokuzyüzyirmiyedi Türk Lirası arasında olan

alan ve hizmet alımları için öngörülen üst limit tutarının altında kalan ihalelerde iş deneyimini gösteren belgelerin istenmesi idarenin takdirindedir.³¹⁰ İstenilecek iş deneyim belgesinin miktarı konusunda ise, idareye belirli oranlarla sınırlı kalmak üzere takdir yetkisi tanınmıştır. Buna göre de Kamu İhale Kurulu,³¹¹

“(…) (D)üzenlemeler ile açık ihale usulü ile ihale edilen yıllara yaygın hizmet alımlarında, iş deneyim miktarının teklif edilen bedelin %15’i ile %30’u oranında idarece belirlenebileceği ortaya konulmuş bu konuda takdir yetkisi idareye bırakılmıştır.

İhale usulü olarak açık ihale usulü belirlenen şikâyete konu ihalede de ihale konusu hizmetin süresinin iki yıldan fazla süreli (30 ay) olduğu dikkate alınarak teklif edilen bedelin %30’u oranında iş deneyim belgesi istenilmiştir. Bu açıdan bakıldığında, idarece teklif edilen bedelin %30’u oranında istenilen iş deneyim miktarının idarenin takdir hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğinden bu hususta herhangi bir mevzuata aykırılık olmadığı anlaşılmıştır.”

şeklinde vermiş olduğu kararda idarenin takdire istediği iş deneyim belgesini, ihale süresine göre değerlendirerek yasada tanınan sınırlar çerçevesinde uygun bulmuştur. Ayrıca bu değerlendirmede, doküman satın alan kişi ve teklifte bulunan istekli sayısına göre belirlenen bu oranın ihaleye katılımı engellemediği sonucuna varmıştır.³¹²

KİK’e göre, ihale dokümanında yer alacak idari ve teknik şartnamelerin idare tarafından hazırlanması esastır (KİK madde 12). Tek taraflı hazırlanan bu şartnameler sözleşmeci tarafından ya kabul edilir ya da kabul edilmez.³¹³ Teknik şartname hazırlanmasının zorunlu olup olmadığı hususunda, 2003 tarihli Hizmet Alım İhaleleri Uygulama Yönetmeliği ve Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği ile KİK

mal veya hizmet alımları ile yüz yetmiş ikibin dokuzyüz yirmiyedi ile birmilyon iki yüz yetmiş bir bin altı yüz dokuz Türk Lirası arasında olan yapım işlerinin ihalesi”

³¹⁰Kamu İhale Genel Tebliği madde 72/1.

³¹¹Kamu İhale Kurulu’nun 6.6.2011 tarih ve 2011/UH.I-1899 sayılı kararı.

³¹²“İdari şartnamenin 25 inci maddesindeki düzenlemeler esas alınarak yapılan hesaplamada, aynı giderler hariç asgari işçilik maliyetinin 19.257.004,86 TL olduğu, bu maliyete, aynı giyim gideri eklendiğinde maliyetin bir miktar daha artacağı, bu gider dikkate alındığında söz konusu ihale için yaklaşık en az 5.800.000,00 TL tutarında iş deneyim belgesine isteklilerin teklifinde yer vermesi gerektiği, bu tutardaki iş deneyimine sahip olan istekli sayısının sektörde mevcut olduğu kabulünün yanında, bahse konu ihalede 9 adet ihale dokümanı satın alındığı ve 10.05.2011 tarihinde yapılan ihaleye 6 isteklinin teklif verdiği tespitleriyle, iş deneyim belgesi için idarenin mevzuatın kendisine tanımış olduğu takdir yetkisini kullanarak belirlemiş olduğu üst oranın ihaleye katılımı engellemediği sonucuna varılmıştır.”

³¹³Günal (2011), s.62.

arasındaki çelişki, bu yönetmeliklerde yapılan 04.03.2009 tarihli değişiklik ile giderilmiştir. Böylece teknik şartnamelerin ihale dokümanının zorunlu bir parçası olduğu hususunda mevzuatta birlik sağlanmıştır. Bununla birlikte her ihalede teknik şartname hazırlanmasının gerekli olmadığı da düşünülmektedir. Zira her ihale konusunun teknik bir takım özelliklerinin olmaması mümkündür. Bu nedenle bizim de katıldığımız görüşe göre Kanun'da yapılacak bir değişiklikle teknik şartnamenin hazırlanıp hazırlanmaması konusunda idareye takdir yetkisi tanınması doğru olacaktır.³¹⁴

Kanun'a göre, mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin özelliği nedeniyle idarelerce hazırlanması mümkün olmayan teknik şartnameler başka kişilere hazırlattırılabilir (KİK madde 12/1). Kanun metninden de anlaşılacağı üzere bu konuda idareye tanınmış bir takdir yetkisi söz konusudur. Ancak esas olan teknik şartnamenin idare tarafından hazırlanmasıdır. Şayet idare tarafından hazırlanması mümkün değil ise ihale yetkilisinin onayı alınarak danışmanlık hizmet sunucularına ihale yoluyla hazırlatılması söz konusu olabilir.³¹⁵

Kamu İhale Kurulu'na göre idarenin teknik şartnameyi kendisinin hazırlaması ya da hazırlattırması durumlarının her ikisinde de “(...)idare, ihtiyaçları çerçevesinde teknik şartname kriterlerini belirleme hususunda takdir yetkisine sahiptir. Ancak bu takdir yetkisi mutlak ve sınırsız olmayıp, kanunun belirlediği sınırlar içerisinde kalmak şartıyla kullanılmalı gerekir.”³¹⁶ Bu kararda olduğu gibi, Kamu İhale Kurulu'na teknik şartnamede belli bir marka ya da sınırlı sayıda ürün işaret edilerek rekabet ilkesine aykırı doküman hazırlandığı ya da hazırlattırıldığı yönünde başvuruların olduğu görülmektedir.³¹⁷ Kurul da yerindelik denetimi sınırlarına girmekle hukukilik

³¹⁴Özdemir (2005), s.121.

³¹⁵Aksoy ve Erbay (2006), s.30.

³¹⁶Kamu İhale Kurulu'nun 23.02.2010 tarih ve 2010/UM.II-640 sayılı kararı, Kamu İhale Kurulu'nun 05.01.2009 tarih ve 2009/UM.I-51 sayılı kararı. Karara konu olan tıbbi cihaz alımı ihalesinde, başvuranın, “alımı öngörülen bir ürünün, klinik avantaj sunmadığı, daha pahalı olduğu, herhangi bir özelliğe sahip olmasının istenmesinin kamuya mali yük getireceği veya bu alımın neden yapıldığının anlaşılmadığı” şeklindeki iddiaları Kurul tarafından idarelerin takdirinde olan hususlar olarak değerlendirilmiş ve bu noktada yapılacak denetiminin idarelerin takdir hakkına müdahale niteliği taşıyacağı ve bunun hukukilik denetiminden ziyade yerindelik denetimi kapsamına gireceğini belirtmiştir. Sonuç olarak Kurul yetkisini hukukilik denetimi ile sınırlı görerek bu noktada yapacağı yerindelik denetiminin “kendini idare yerine koyma” anlamı taşıyacağı şeklinde karar vermiştir.

³¹⁷Kamu İhale Kurulu'nun 23.05.2008 tarih ve 2008/UM.Z-2180 sayılı kararı. Kurul bu kararında “İhalenin 4734 sayılı Kanuna ve ilgili mevzuata uygun olarak gerçekleştirilmesi hususunda idarelerin sorumluluğu bulunmaktadır. Bu sorumluluğun yerine getirilmesi sürecinde doğal olarak Teknik Şartnamenin de 4734 sayılı Kanun ve ilgili mevzuata uygun olarak hazırlanması gerekmektedir. İhtiyaç

denetimini ihmal etmek arasında ikilemde kalmaktadır. Teknik şartnamede, çok fazla özele inerek bir marka ya da sınırlı sayıda ürünü işaret eden açıklamanın yanı sıra yeterli olmayan açıklama da adayların tekliflerini karşılaştırmada güçlük çıkarmakta ve rekabetin bozulmasına neden olmaktadır.³¹⁸ Sonuç itibarıyla teknik şartnamelerde, ihale konusu maldan beklenen faydayı sağlamaya yönelik olarak belirlenen özelliklerin objektif kriterleri içermesi, mukayese edilebilir/ölçülebilir olması kaydıyla asgari yeterlik kriteri olarak öngörülmesi idarelerin yetki ve sorumluluğundadır.³¹⁹

İdarenin takdir yetkisinde yer alan bir diğer husus da, ihale dokümanının posta yoluyla satın alınabilmesidir. Dokümanının posta yoluyla satın alınabilmesi için ihale dokümanında bu konuda bir düzenleme yer almalıdır. Buna karar verecek olan da idaredir. Ancak belli istekliler arasında ihale usulü ile gerçekleştirilen ihalelerde idarenin ön yeterlik şartnamesinde dokümanın posta yoluyla satın alınmasını öngörmesi halinde, ön yeterlik ve ihale dokümanının her ikisinin de posta yoluyla satın alınmasına imkân tanınması zorunlu olup bu konuda takdire yer yoktur.³²⁰ Yine ihale dokümanı için belirlenecek bedelde basım maliyetinin esas alınması gerekir. Aksi takdirde rekabet ve eşitlik ilkeleri zedeleneyecektir.³²¹

Hizmet alımı ve yapım işi ihalelerinde yerli istekliler ile mal alımı ihalelerinde ise Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı ile diğer ilgili kurum ve kuruluşların görüşleri alınarak Kurum tarafından yerli malı olarak belirlenen malları teklif eden istekliler lehine, % 15 oranına kadar fiyat avantajı sağlanması yönünde ihale dokümanında düzenleme yapılması idarenin takdirindedir. Ayrıca idareye, yaklaşık maliyeti eşik değerlerin altında kalan ihalelere sadece yerli isteklilerin katılması hususunda ihale dokümanına hüküm konulmasına imkân tanınmıştır (KİK madde 63). Danıştay idarenin takdir yetkisinin sınırsız olmadığını vurgulamış ve “Yaklaşık maliyeti eşik değer üzerinde olan ihalelerde, ihale dokümanlarına aynı şekilde hüküm koymak suretiyle, ihalenin sadece yerli isteklilerin katılımına açılması mümkün değildir. Bu konuda idarelere bütünüyle takdir hakkı tanınmamıştır.” şeklinde karar vererek kamu alımlarının yabancılarla açık olup olmaması hususunun tamamen idarelerin takdirine

duyulan klima sistemi için şartnamedeki kriterlerin belirlenmesinde idarenin takdir yetkisi bulunmakla birlikte; bu yetki Kanunun 5. ve 12. maddesi hükmü çerçevesinde sınırlıdır.” görüşü ile idarenin takdir yetkisini aşır bir markayı işaret ettiğinden bahisle ihalenin iptali yönünde hüküm kurmuştur.

³¹⁸Kutlu Gürsel (2003), s.601.

³¹⁹Kamu İhale Kurulu'nun 09.09.2008 tarih ve 2008/UM.II-3738 sayılı kararı.

³²⁰Bu düzenleme için bkz. Kamu İhale Genel Tebliği madde 15/2-1.

³²¹Yalazay (2010), s.55.

birakıldığı yönündeki iddiayı yasaya aykırı bulmuştur.³²² Bu nedenle dava konusu edilen yönetmelikte “Yarışma değeri, eşik değerlere eşit veya bu değerleri aşan yarışmaların, uluslararası yarışma şeklinde düzenlenmesi; yarışma değeri anılan eşik değerlerin altında olan yarışmalara ise, yabancı ülke vatandaşlarının katılımı konusunda idarelere takdir hakkı tanınması” yönündeki düzenlemenin de yasaya uygun olduğuna karar vermiştir. Nitekim söz konusu düzenleme, temel hak ve hürriyetlerin yabancılar için, “Milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabileceği”ni öngören Anayasa hükmüne de uygun düşmektedir (Anayasa madde 16).

KİK madde 63’te düzenlenen yerli isteklilere fiyat avantajı sağlanması hususu Avrupa Komisyonu Türkiye 2011 Yılı İlerleme Raporunda adil rekabetin engellendiğinden bahisle eleştirilmektedir.³²³ Ayrıca AB direktiflerine uygun olmayan eşik değer ile yerli istekliler lehine fiyat avantajı sağlanması şeklindeki uygulamalar Türkiye’nin önüne AB müzakere sürecinde bir engel olarak getirilebilecektir.³²⁴ Ancak KUTLU, hâlihazırda AB üyesi olunmadığından ulusal nitelikteki bu hükümlerin kaldırılmasına gerek olmadığını savunmaktadır.³²⁵ Yine de KİK’in söz konusu hükmü henüz Türkiye’nin tarafı olmadığı AB Anlaşmasına aykırılık teşkil etmektedir. Müzakere süreci tamamlandığında, AB Anlaşması’na taraf ülke konumuna geçecek olan Türkiye için, Anayasa m.90 uyarınca söz konusu antlaşma hükümleri üstün tutulacaktır. Buna göre de AB vatandaşı olan herkes kamu ihalelerine katılma hakkını haiz olacaktır.³²⁶

KİK’te yabancı isteklilere yönelik karşılıklılık ilkesi doğrultusunda düzenlenen hükme göre;

³²²Danıştay 13. Dairesinin 30.11.2005 tarih ve 2005/906 Esas ve 2005/5713 Karar sayılı kararı.

³²³“Yerli istekliler lehine fiyat avantajı, eşik değer üzerindeki toplam sözleşme bedelinin % 21’ine sıklıkla uygulanmaya devam etmiştir.(...) Şubat 2011’de Kamu İhale Kanunu’nda yapılan değişiklikle yerli üreticiler lehine fiyat avantajı hükmü kısmen revize edilmiştir. Buna göre, idareler ihalelerde yerli malların teklif edilmesi halinde, yerli veya uluslararası isteklilere %15’lik fiyat avantajı sağlayabilir. Bu düzenleme yabancı isteklilere karşı ayrımcılığı azaltıyor olsa da tercihe dayalı böyle bir hüküm bulunması, adil rekabetin sağlanması önünde engel teşkil etmeye devam edecektir.” Avrupa Komisyonu Türkiye 2011 Yılı İlerleme Raporu {COM(2011) 666. http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/2011_ilerleme_raporu_tr.pdf (Erişim Tarihi: 05.05.2012)

³²⁴Önüt (2006), s.64; M.Akdoğan (2009). Avrupa Birliği uyum sürecinde Türk ihale rejiminin şeffaflık açısından değerlendirilmesi. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: İstanbul Üniversitesi, s.79. Ayrıca yazar, AB’nin bu konuda Türkiye’den en azından AB mukimi olanların yerli istekli, AB menşeli malların yerli malı kapsamına alınmasını talep etme olasılığının yüksek olduğunu belirtmektedir.

³²⁵Kutlu (1997), s.175.

³²⁶A.Korkutay ve Y.Sezer (2007). Kamu İhale Kanunu’nun 63.maddesinin AB hukuku perspektifinden değerlendirilmesi. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 56(3), s.161.

Kamu İhale Kurumu yerli isteklilerin, yabancı ülkelerde açılan ihalelere katılmalarına engel olunduğunun tespit edilmesi halinde, bu uygulamanın yapıldığı ülkenin isteklilerinin de, bu Kanun kapsamında yapılan ihalelere katılmalarının önlenmesine yönelik tedbirlerin alınmasını ve gerekli düzenlemelerin yapılmasını sağlamak üzere Bakanlar Kuruluna teklifte bulun(acaktır.) (KİK madde 52/b-8)

Uluslararası kamu hukukunun temel ilkelerinden olan karşılıklılık ilkesi gereği düzenlenen bu şart, Türkiye'nin AB üyesi olması durumunda AB üye ülkeleri için öne sürülemeyecektir. Ancak şu an için gerek AB üye ülkeleri gerekse diğer ülkeler de aynı ilkeyi Türkiye için uygulamaktadır.³²⁷

İhale dokümanının idari şartname kısmında yer alan “benzer iş tanımı, teklif fiyata dâhil olan masraflar, fiyat dışı unsurlar, ihalenin kısmi teklife ve konsorsiyumlara açık olup olmaması”³²⁸ hususları idare tarafından belirlenen ve idarenin takdirine bırakılan alanlardır. İhale dokümanındaki benzer iş tanımı, iş deneyim belgelerinin yeterlik değerlendirmesinde kullanıldığından isteklinin ihaleye katılabilmesinde önemli bir işleve sahiptir.

İş deneyim belgesi istenen her türlü ihalenin idari şartnamesinde belirlenmesi gereken “benzer iş”in ne anlama geldiği, ihale dokümanında açık ve net olarak rekabeti daraltmayacak bir şekilde düzenlenmelidir.³²⁹ KİK’te benzer iş tanımına yer verilmemiş, bunu belirleme yetkisi idarenin düzenleyici tasarruflarına bırakılmıştır. Nitekim uygulama yönetmeliklerinde³³⁰ benzer iş ihale konusu iş veya işin bölümleriyle nitelik ve büyüklük bakımından benzerlik gösteren, aynı veya benzer usullerle³³¹ gerçekleştirilen, teçhizat, ekipman, mali güç ve uzmanlık ile personel ve organizasyon gerekleri bakımından benzer özellik taşıyan işleri ifade eder. Böylesine önemli sonuçları olan bir konuda yetki devri ile ikincil kaynaklarla düzenleme yapılmasının öngörülmesi hukuk tekniği açısından eleştirilmektedir.³³²

³²⁷Korkutay ve Sezer (2007), s.167.

³²⁸Yalazay (2010), s.58.

³²⁹Yalazay (2010), s.58.

³³⁰Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği madde 3/1-a; Mal Alım İhaleleri Uygulama Yönetmeliği 3/1-a; Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği 3/1-a.

³³¹Yapım işleri için “benzer inşaat tekniği gerektiren tesis, makine teçhizat ve diğer ekipman” ile.

³³²İnan (2011), s.102.

Kamu İhale Kurulu'nun bir kararında, incelemeye konu olayda ihale dokümanında yapılan benzer iş belirlenmesi yasaya uygun bulunmakla beraber karşı oy görüşünde ihale konusu işin benzeri olan işlerin belirlenmesinin idarenin takdirinde olduğu, ancak bu yetkinin sınırsız olmadığı ifade edilmiştir.³³³ Benzer işin kapsamının dar tutulmasını eleştiren karşı oy görüşünde, sadece ihale konusu işin özelliklerinin benzer iş kapsamında tutulmasının, benzer iş belirlenmesi yapılarak sağlanmak istenen amaca aykırı olacağını hatta bunun ihaleye katılımı ve rekabeti de olumsuz etkileyeceği savunulmaktadır. Karşı oy görüşüne göre idarenin yapacağı benzer iş belirlenmesi ihale konusu işin kapsamından daha geniş tutularak ihale konusu işle benzer özellik taşıyan işleri kapsamalıdır. Kamu İhale Kurulu'nun başka bir kararında ise oy çokluğu ile idarenin, ihale konusu işle aynı olan benzer iş tanımının rekabeti engellediği kanaatine varılırken; karşı oy ile somut olaydaki durumların idareyi bu şekilde düzenleme yapmaya mecbur bıraktığı savunulur.³³⁴ Anılan kararda, idarece belirlenecek benzer işlerin neleri kapsamaması gerektiği şu şekilde sıralanmıştır:

- 1) İhale konusu hizmet veya hizmetin bölümleriyle nitelik ve büyüklük bakımından benzerlik gösteren,
- 2) Aynı veya benzer usullerle gerçekleştirilen,
- 3) Teçhizat, ekipman, mali güç ve uzmanlık ile personel ve organizasyon gerekleri bakımından benzer özellik taşıyan hizmetler.

Böylece Kamu İhale Kurulu'nun dahi "benzer iş" belirlenmesinin neye göre yapılacağı konusunda görüş birliği içinde olmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır. Kanımızca benzer işin, ihale konusu işle birebir örtüşmemesi uygun olacaktır. Diğer türlü benzer iş düzenlemesi uygulama olanağı bulunmayan düzenlemeye dönüşecektir.

³³³Kamu İhale Kurulu'nun 08.02.2005 tarih ve 2005/UH.Z-249 sayılı kararı.

³³⁴Kamu İhale Kurulu'nun 29.03.2005 tarih ve 2005/UH.Z-612 sayılı kararı. Söz konusu karara göre Uludağ Üniversitesi Rektörlüğüne yapılan "Genel Temizlik İşleri Hizmet Alımı" İhalesinde benzer iş belirlenmesinin, "bu ihalede benzer iş olarak, ihale konusu hizmet veya hizmetin bölümleriyle nitelik ve büyüklük bakımından benzerlik gösteren, aynı veya benzer usullerle gerçekleştirilen, teçhizat, ekipman, mali güç ve uzmanlık ile personel ve organizasyon gerekleri bakımından benzer özellik taşıyan, kamu veya özel üniversitelere ve eğitim kurumlarına verilmiş olan temizlik hizmeti benzer iş olarak kabul edilecektir" şeklinde yapılması nedeniyle, ihale konusu hizmet alımı işine, sadece kamu veya özel üniversiteler veya eğitim kurumlarında temizlik hizmeti ifa etmiş olan istekliler teklif verebilecektir. Karşı oya göre de "Gerçekleştirilecek hizmetin basit bina temizliğinden farklı olması, temizlik yapılacak yerlerin hassas ve parasal değeri yüksek cihazlarla donatılmış olması gibi özellikler idareyi böyle bir benzer iş tanımlaması yapmaya zorlamıştır."

3.3. Sözleşmecinin Belirlenmesine Etki Eden Unsurlarda Takdir Yetkisi

Sözleşmecinin belirlenmesi, idarenin yaptığı ihale sonucu, ihale konusu için karşı tarafını tek taraflı olarak belirlemekten ibarettir. Bu belirleme için Kanun'un aradığı bir takım koşullar ve buna bağlı olarak da idareye vermiş olduğu yetki ve sorumluluklar vardır.

İdare, ihalenin üzerine bırakılacağı kişiyi belirlemeden önce, teklifleri içeren belgelerde bilgi eksikliği olup olmadığını tespit eder ve Kanun'da belirtilen sınırlar içerisinde bunun tamamlanmasını ister. Bundan başka verilen tekliflere ya da yaklaşık maliyete göre aşırı düşük teklifleri belirler. Aşırı düşük olarak tespit etmiş olduğu teklifler için isteklilerden açıklama talep edilir. Nihayetinde idare bu açıklamaları takdir yetkisi ile değerlendirerek ihalenin üzerine bırakılacağı kişiyi belirler. İdare bu belirlemeyi ekonomik açıdan en avantajlı teklifi tespit etmek suretiyle yapmak zorundadır.³³⁵ Nitekim ihalenin temel amaçlarından birisi de budur.

KİK'te ihale süreci boyunca sözleşmecinin seçimini etkileyecek pek çok aşamada idare takdir yetkisine sahiptir. Objektif bir belirleme yapılmaksızın idarenin takdirine terk edilen alanlarda zaman zaman rekabet, saydamlık, eşit muamele ilkelerinin olumsuz etkilenmesi söz konusu olmaktadır.³³⁶ Bu nedenle sözleşmecinin belirlenmesi safhasına etki eden bilgi eksikliğini tespiti, aşırı düşük teklif sorgulamasının yapılması ve ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesi hususunda idareye verilen takdir yetkisi daha detaylı incelenecektir.

3.3.1. Bilgi eksikliğini tespitinde takdir yetkisi

4734 sayılı Kanun'a göre idare, isteklilerin belgelerinde, teklifin esasını değiştirecek nitelikte olmaması kaydıyla, bilgi eksikliği³³⁷ bulunması halinde belli bir süre içerisinde yazılı olarak bu eksikliğin tamamlanmasını ister (KİK madde 37/2).

³³⁵Günday (2011), s.213.

³³⁶Ertaş (2010), s.147.

³³⁷20.11.2008 yılında 5812 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle eksik belgelerin tamamlanması hükmü yürürlükten kaldırılmıştır. Uygulama Yönetmeliklerinden ise 08.06.2004 tarihinde yapılan değişiklikle eksik belgenin tamamlanması uygulamasına son verilmiştir. Bkz.Y.Gök (2009). Kamu İhale Kanunu'nda yapılan değişikliğin eksik belge ve bilgilerin tamamlanması uygulaması açısından değerlendirilmesi. *Güncel Mevzuat*, (4)37, s.13.

Kanun'da bilgi eksikliği için belirleyici olan “teklifin esasını değiştirecek nitelikte olmaması” şartıdır. Ancak hangi eksiklerin teklifin esasını değiştirecek nitelikte olduğu belirtilmemiştir. Bu konuda Kamu İhale Kurul kararları yol gösterici olacaktır. Kurul, “ilk anda açıkça fark edilemeyecek konuda, idare değerlendirmelerinin ihalenin esasına etki etmediği”ne karar vermiştir.³³⁸

Kamu İhale Genel Tebliği'nde de bilgi eksikliği konusunda bir düzenleme mevcuttur. Buna göre geçici teminat ve teklif mektuplarının zorunlu unsurları bakımından eksik bilgilerin tamamlanması yoluna gidilemeyecektir. Bunun dışında sunulan belgelerde, eksik bilginin teklifin esasını etkileyip etkilemediği ihale sonucuna göre değerlendirilecektir. Aday ve isteklilerin sunduğu ancak başka kurum, kuruluş ve kişilerce düzenlenen belgelerde ise belgenin taşınması zorunlu asli unsurlar dışında, belgeyi düzenleyen kurum, kuruluş veya kişilerden kaynaklanan belge içeriğinde tereddüde yol açan bilgi eksikliği idarelerce tamamlanacaktır.³³⁹ Bu noktada, Genel Tebliğ'deki düzenlemeye göre teklif mektuplarındaki, geçici teminat mektuplarındaki ve diğer belgelerdeki hangi bilgi eksikliklerinin esasa ilişkin olduğunu tespit etmek gerekecektir.

Teklif mektuplarında yer alması gereken bilgiler KİK madde 30'da açıkça düzenlenmiştir.³⁴⁰ İhale uygulama yönetmeliklerinde ise başvuru ve teklif mektuplarının şeklinin düzenlendiği maddelerin³⁴¹ son fıkralarında teklif esasını değiştirecek nitelikteki eksiklikler düzenlenmiştir.³⁴² Bu düzenlemelere göre teklif mektuplarının şekil ve içerik bakımından söz konusu maddelerde belirtilen niteliklere ve teklif mektubu standart formuna uygun olmaması teklifin esasını değiştirecek nitelikte bir eksiklik olarak kabul edilmiştir. Bunlar teklif mektubunun zorunlu unsuru olduğundan

³³⁸Kamu İhale Kurulu'nun 11.04.2011 tarih ve 2011/UH.III-1246 sayılı kararı.

³³⁹Kamu İhale Genel Tebliği madde 16.

³⁴⁰Madde 30/2 : “Teklif mektupları yazılı ve imzalı olarak sunulur. Teklif mektubunda ihale dokümanının tamamen okunup kabul edildiğinin belirtilmesi, teklif edilen bedelin rakam ve yazı ile birbirine uygun olarak açıkça yazılması, üzerinde kazıntı, silinti, düzeltme bulunmaması ve teklif mektubunun ad, soyad veya ticaret unvanı yazılmak suretiyle yetkili kişilerce imzalanmış olması zorunludur. Mal alımı ihalelerinde, ihale dokümanında alternatif teklif verilebileceğine dair hüküm bulunması halinde, alternatif tekliflerde aynı şekilde hazırlanarak sunulur.”

³⁴¹Yapım İşleri Uygulama Yönetmeliği m.54, Hizmet alım İhaleleri Uygulama Yönetmeliği m.53, Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği m.52.

³⁴²“Teklif mektuplarının şekil ve içerik bakımından yukarıda belirtilen niteliklere ve teklif mektubu standart formuna uygun olmaması teklifin esasını değiştirecek nitelikte bir eksiklik olarak kabul edilir. Taşınması zorunlu hususlardan herhangi birini taşımayan teklif mektuplarının değiştirilmesi, düzeltilmesi veya eksikliklerinin giderilmesi gibi yollara başvurulamaz. Teklif mektubu usulüne uygun olmayan isteklinin teklifi değerlendirme dışı bırakılır.”



hiçbir şekilde tamamlanamayacaktır. İdarenin bu noktada bağlı yetkisi söz konusudur. Bunun dışında belgelerde bulunan bilgi eksikliğinin, önemsiz yahut da teklifin esasını değiştirebilecek nitelikte olup olmadığına yönelik değerlendirme ihale komisyonlarınca takdir yetkisi kullanılarak yapılacaktır.³⁴³ Örneğin, Kamu İhale Kurulu “İdarenin bulunduğu il ve isteklinin uyuşu bilgilerinin teklif mektubunun esaslı unsurları arasında bulunmadığı gibi, mektubun usulüne uygunluğunu etkileyecek nitelikte olmadığı”na karar vermiştir.³⁴⁴

Teklif mektubu eki cetvellerinde bulunan aritmetik hatalar ise, isteklilere teklif edilen birim fiyatlar esas alınarak ihale komisyonunca re’sen düzeltilir. Söz konusu düzeltme işlemi istekliye hemen bildirilir, isteklinin de teklifi kabul ettiğini süresinde bildirmesi gerekir.³⁴⁵

Geçici teminat mektuplarının zorunlu unsurları ise Kanun’da düzenlenmemiş, Kanun’un verdiği yetki³⁴⁶ ile Kamu İhale Kurumu tarafından İhale Uygulama Yönetmelikleri Eki Standart Formlarda düzenlenmiştir. Dolayısıyla geçici teminat mektuplarında Standart Form’da yer alan bir bilgi eksikliği olup olmadığı konusunda yorum Kurul’a ait olacaktır.³⁴⁷ Buradaki bilgi eksikliği geçici teminatın gelir kaydedilmesini etkilemiyorsa³⁴⁸ tamamlanabilecektir; ancak teminatın gelir

³⁴³Özdemir (2005), s.167. Kamu İhale Kurulu’nun 22.12.2003 tarih ve 2003/UK.Z-871 sayılı kararına göre de bu konuda idareye tanınmış bir takdir hakkı bulunmaktadır ve bu takdir hakkı mutlak ve sınırsız olmayıp anılan Kanunun “Temel İlkeler” başlıklı 5 inci maddesi çerçevesinde kullanılması gerekmektedir.

³⁴⁴Kamu İhale Kurulu’nun 19.12.2011 tarih ve 2011/UH.I-4267 sayılı kararı.

³⁴⁵Aksoy ve Erbay (2006), s.66.

³⁴⁶KİK madde 35.

³⁴⁷O.Kaya (2009). İhalelerde eksik bilgilerin tamamlanması. *Güncel Mevzuat*, 48, s.7.

³⁴⁸Kamu İhale Kurulu’nun 02.01.2006 tarih ve 2006/UM.Z-32 sayılı kararında: “(...) teminat mektuplarının hukuki niteliği ile ilgili olarak Borçlar Kanunu’nun 110. maddesinde; “Bir üçüncü şahsın fiilini başkasına taahhüt eden kimse bu üçüncü şahıs tarafından taahhüdün ifa edilmemesi halinde zarar ve ziyan tediyesine mecburdur.” hükmü bulunmaktadır. Bu çerçevede, üçüncü kişinin fiilini taahhüt niteliğini haiz geçici teminat mektuplarına ilişkin olarak, muhatapın kim olduğunun bu nitelikteki bir taahhüdün esaslı bir unsuru olduğu, şikayete konu teminat mektubunda da muhatap idarenin adı yerine gerek idari şartname ve gerekse diğer ihale dokümanlarında belirtilen ihale dokümanının görülebileceği, satın alınabileceği ve tekliflerin sunulacağı yerin adının yazıldığı, sunulan teminat mektubunda bu taahhüdün hangi işe ait olduğunun açıkça belirtildiği anlaşılmış olup, ihale komisyonunun idare adına ihale yaptığı da dikkate alınarak teminat mektubunun nakde çevrilmesinin gerekmesi halinde, ihaleyi yapan idareye anılan teminat mektubunda tasarruf yetkisi verildiğinden teminat mektubu hukuki sonuç doğuracaktır.” şeklinde verilen kararda Geçici Teminat Mektubunda ‘Muhatap İdarenin Adı’ kısmına “Deniz İkmal Merkezi Komutanlığı Gölçük/KOCAELİ” yazılması gerekirken “Gölçük Deniz Satınalma İhale Komisyonu Başkanlığı Gölçük/KOCAELİ” yazılmasının geçici teminatın gelir kaydedilmesine etki etmeyeceği belirtilmiştir.

kaydedilmesine engel teşkil ediyorsa³⁴⁹ söz konusu bilgi eksikliği esası etkilediğinden tamamlanamayacaktır.³⁵⁰ Kanun'da yer alan bilgilerin “yazılı olarak” isteneceği ifadesi de hem idarenin talebinin hem de isteklinin cevabının yazılı olması anlamını taşımaktadır.³⁵¹

Diğer belgelerdeki eksikliklerin giderilmesinde de temel kural teklifin esasını değiştirecek nitelikte olmamasıdır. İstekli tarafından sunulan belge isteklinin kendisi tarafından düzenlenmişse bu belgedeki eksiklik teklifin esasını değiştirecek nitelikte olmasa dahi tamamlanamamaktadır.³⁵² İstekli tarafından sunulan belge, taşıması gereken hiçbir hususu taşıyor ya da belgelemiyorsa ya da belge şekli olarak geçersiz ise burada eksik bilgiden değil eksik belgeden bahsedilecektir.³⁵³ Bunun dışında önemli ya da önemsiz oluşuna bakılmaksızın, verilmeyen bir belge olması durumunda teklif geçersiz olacak ve istekli ihale dışı bırakılacaktır.³⁵⁴

3.3.2. Aşırı düşük teklif sorgulamasında takdir yetkisi

İhale sürecinin temel amacı, ihale konusu için en avantajlı teklifi veren isteklinin üzerine bırakılmasıdır. Ancak ihaledeki en düşük teklif her zaman en avantajlı teklif anlamına gelmemektedir. Bu teklifin, maliyeti bile karşılayamayan, kamuya yarardan

³⁴⁹Kamu İhale Kurulu'nun 26.09.2011 tarih ve 2011/UY.II-3224 sayılı kararında: “İstekli tarafından sunulan geçici teminat mektubunun son paragrafına eklenen “İşbu teminat mektubunun tazmini halinde; mektup tutarı tazmin tarihinde geçerli TCMB Döviz alış kuru üzerinden ödenecektir.” ifadesinin, teminat mektubunun tazminin, mektubun verildiği para birimi üzerinden tahsili imkânını ortadan kaldırdığı” tespit edilerek teminatın gelir kaydedilmesine engel hususun esası etkilediğine karar verilmiştir.

Kamu İhale Kurulu'nun 16.11.2009 tarih ve 2009/UY.II-2770 sayılı kararında “sunulan (...) geçici teminat mektubunun kimin lehine düzenlendiğini gösteren ifade mektup üzerinde yazılı olmadığından bu mektubun usulüne uygun düzenlenmediği” belirtilerek geçici teminat mektubu geçersiz kabul edilmiştir.

³⁵⁰Kaya (2009), s.7.

³⁵¹K.Hamurcu (2003). Kamu İhale Kanunu ve uygulaması. *Adalet Dergisi*, 15. <http://www.yayin.adalet.gov.tr/dergi/15say%C4%B1.pdf> (Erişim Tarihi:05.02.2012)

³⁵²Kaya (2009), s.7. Kamu İhale Kurulu'nun 25.07.2011 tarih ve 2011/UY.II-2535 sayılı kararında; “(...)teklifle birlikte sunulması istenilen “yazılım geliştirme araçlarının lisansı” bilgisi ile “sistemdeki meydana gelen arızaya müdahale süresi ve arızanın giderilme süresine” dair bilgilerin teklifin esasını değiştirecek nitelikte olmayan bilgi eksiklikleri olarak değerlendirilebileceği ve bunların idarece tamamlanabileceği anlaşılacakla birlikte, teklifle birlikte sunulmayan “garanti süresini ve ücreti içeren bakım anlaşması” bir belge niteliğinde olduğundan bu belgenin tamamlanamayacağı” sonucuna varılmıştır. Devamında “(...)hak ediş gelirlerini tevsik edici fatura örnekleri veya bunların yetkili makamlarca onaylı suretleri teklifin esasını etkileyen belgeler niteliğinde olduğundan, bu belgelerin teklif kapsamında sunulmaması halinde eksik bilgi olarak değerlendirilip tamamlanması imkan dahilinde bulunmamaktadır.” hükmü ile idarenin belgelerin tamamlanmaması işlemi Kanun'a uygun bulunmuştur.

³⁵³Kaya (2009), s.4.

³⁵⁴Gök (2009), s.14.



ziyade zarar verebilecek bir teklif olması da muhtemeldir.³⁵⁵ Bu nedenle, idarenin işin zamanında ve gerektiği gibi bitirilmesi konusunda şüphe duyduğu teklifleri belirlemesi önemli bir husustur.³⁵⁶ Sonrasında ise yetersiz kişilerin elinde işlerin sürüncemede kalmaması için bu sorgulamanın dikkatli yapılması gerekir.³⁵⁷

Aşırı düşük teklif sorgulamasının yapılması, kaynakların verimli kullanılması ilkesiyle de doğrudan bağlantılıdır. Kaynakların verimli kullanılması ilkesi ile aşırı düşük teklif sorgulamasının amaçları örtüşmektedir. Nitekim kaynakların verimli kullanılması yapılacak harcama ile bu harcamanın karşılığında sağlanacak faydanın maksimum düzeyde olması anlamına gelmektedir.³⁵⁸ İhale üzerine bırakılan kişinin ihale konusu işi gerçekleştirmesi imkânsız duruma geldiğinde kaynak israfı sözkonusu olacağından³⁵⁹, ihalenin aşırı düşük teklif veren bir kişiye bırakılması her zaman doğru bir karar olmayacaktır.

Aşırı düşük teklifin var olabilmesi ancak iki durumda mümkündür. Teklif ya diğer tekliflere göre ya da idarenin tespit ettiği yaklaşık maliyete göre aşırı düşüktür (KİK madde 38). Buna göre ihale komisyonu aşırı düşük olan tekliflerin bileşenleri ile ilgili açıklama isteyerek bu açıklamaya göre nihai değerlendirme yapar.³⁶⁰

Aşırı düşük tekliflerin sorgulanmasında idarenin takdirinde olan kısımlar teklifin aşırı düşük olup olmadığı³⁶¹ ve aşırı düşük teklif sorgulamasına yapılan açıklamanın yeterli olup olmadığıdır.³⁶² Bunun dışında aşırı düşük teklif tespit edildikten sonra sorgulama yapmak zorunlu olup idarenin takdirine bağlı değildir.³⁶³ Kamu İhale Kurulu da ihtiyacın uygun şartlarda ve zamanında karşılanmasını sağlamakla sorumlu olan idarenin, teklif fiyatının düşüklüğü nedeniyle ihale konusu hizmetin yerine getirilebileceği konusunda tereddüde düştüğünde aşırı düşük teklif sorgulaması yapacağını belirtmektedir.³⁶⁴ Kararda idarenin böyle bir tereddüt olmaksızın takdir yetkisi çerçevesinde ihaleyi sonuçlandırmasında mevzuata aykırılık bulunmamıştır.

³⁵⁵S.Doğanyigit (2003). Aşırı düşük tekliflerin değerlendirilmesi. *Mali Hukuk*, (18), 108, s.35.

³⁵⁶Bulutoglu ve Kurtulus (1981), s.364.

³⁵⁷G.Acar (2003). İhale mevzuatının uygulanmasında karşılaşılan sorunlar. *Mali hukuk*, 18 (107), s.7.

³⁵⁸Inan (2011), s.62.

³⁵⁹Işbir (2011), s.29.

³⁶⁰Doğanyigit (2003), s.35; Inan (2011), s.128.

³⁶¹Inan (2011), s.125.

³⁶²Kamu İhale Kurulu'nun 04.04.2011 tarih ve 2011/UH.II-1176 sayılı kararı.

³⁶³Inan (2011), s.129; Özdemir (2005), s.173.

³⁶⁴Kamu İhale Kurulu'nun 11.04.2011 tarih ve 2011/UH.II-1225 sayılı kararı.

Doktrinde aşırı düşük teklif sorgulamasında idarenin takdir yetkisinin sınırlarını zorladığı ve yapılan açıklamaları takdire dayalı olarak yetersiz bulduğu belirtilmektedir.³⁶⁵ Aşırı düşük teklif sorgulamasında idarenin takdir yetkisinin sınırları konu bazında KİK madde 38'deki iki kriter ile sınırlandırılmıştır. Bunun dışında genel olarak eşitlik ilkesi, kamu yararının ve kamu görevinin gerekleri göz önünde bulundurulacaktır. Aynı zamanda takdir yetkisinin objektif, makul ve geçerli gerekçelere dayanması gerekecektir.³⁶⁶

Kanun'da yaklaşık maliyetin altında olan her teklif için aşırı düşük teklif sorgulaması yapma gibi bir zorunluluk bulunmamaktadır. Nitekim teklifin yaklaşık maliyete ya da diğer tekliflere göre düşük değil aşırı düşük olması gerekmektedir.³⁶⁷ Kurul da ihale üzerinde bırakılan istekli ile ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi isteklinin tekliflerinin yaklaşık maliyetin makul karşılanabilecek düzeyde altında olduğuna kanaat getirerek idarenin takdir yetkisi çerçevesinde, aşırı düşük teklif sorgulaması yapmamasını mevzuata uygun bulmuştur.³⁶⁸ Yani burada, teklifler idarece aşırı düşük olarak değerlendirilmediğinden sorgulama yapılmamasında bir aykırılık görülmemiştir. Ayrıca bu kararda dikkati çeken bir diğer husus da teklifin “yaklaşık maliyetin makul karşılanabilecek bir düzeyde altında olduğu”nun tespit edilmesidir. Teklifin yaklaşık maliyete ve diğer tekliflere göre makul bir oranda olduğunu idare takdir edecektir. Zira bir teklifin aşırı düşük olduğunun tespit edilebilmesi için diğer tekliflerin ya da yaklaşık maliyetin ne kadar altında olması gerektiği konusunda bir açıklık yoktur. Bu konuda mevzuatta da bir oran belirtilmemiştir. Dolayısıyla bu husus idarenin takdirine bırakılmıştır.³⁶⁹

³⁶⁵Şahin (2008), s.18.

³⁶⁶Kamu İhale Kurulu'nun 13.01.2011 tarih ve 2011/UH.I-231 sayılı kararı.

³⁶⁷Özdemir (2005), s.176.

³⁶⁸Kamu İhale Kurulu, 04.04.2011 T, 2011/UH.II-1176 K.

³⁶⁹İnan (2011), s.125. Kamu İhale Kurulu da bu hususu bazı kararlarında idarenin takdirine bırakmış ancak Bölge İdare Mahkemesi sorgulama yapılmamasını mevzuata aykırı bulmuştur:

Kamu İhale Kurulu'nun 18.01.2010 tarih ve 2010/UH 11-238 sayılı kararında “*personel çalışmasına dayalı iş olmayan söz konusu alımda idarenin aşırı düşük tekliflerin tespitinde takdir yetkisi bulunduğu*”na ilişkin olayda aşırı düşük teklif sorgulaması yapılmaması Bölge İdare Mahkemesince “*ihaleyi yapan idare tarafından isteklilerin tekliflerinin aşırı düşük olup olmadığı noktasında tespit edilen yaklaşık maliyet ve diğer tekliflerin ölçüt olarak dikkate alınacağı, yaklaşık maliyetin 9.130.911,42 TL olduğu, kazanan isteklinin teklifinin 4.978.314,00 TL ile yaklaşık maliyetin oldukça altında bulunduğu*” gerekçesi mevzuata aykırı bulunmuştur.

Kamu İhale Kurulu'nun 24.01.2011 tarih ve 2011/UH.II-407 sayılı kararında; idare tarafından yaklaşık maliyetin toplam 4.827.163,81 TL olarak belirlendiği, ihale üzerinde bırakılan şirketin 3.975.600,00 TL olan teklifinin aşırı düşük olduğu yönündeki şikayetin değerlendirilmesinde KİK madde 38'e aykırılık bulunmadığından tekliflerin aşırı düşük teklif sorgulamasına tabi tutulmasına gerek bulunmadığı

Kanun koyucunun amacı, KİK madde 38’de düzenlenen üç durumu belgelendirebilen ve buna göre idarece açıklaması yeterli görülen tekliflerin dışındaki aşırı düşük tekliflerin elenmesidir.³⁷⁰ Bu maddeye göre ihale komisyonu;

- a) İmalat sürecinin, verilen hizmetin ve yapım yönteminin ekonomik olması,
- b) Seçilen teknik çözümler ve teklif sahibinin mal ve hizmetlerin temini veya yapım işinin yerine getirilmesinde kullanacağı avantajlı koşullar,
- c) Teklif edilen mal, hizmet veya yapım işinin özgünlüğü,

hususlarını belgelendirerek açıklama yapan isteklilerin açıklamalarını dikkate alarak, aşırı düşük teklifleri değerlendirir.

Kanun, Kamu İhale Kurumu’na da aşırı düşük tekliflerin tespiti, değerlendirilmesi ve ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesi amacıyla sınır değer veya sorgulama kriterleri ya da ortalamalar belirleme konusunda yetki vermiştir (KİK madde 38). İdare, Kurum tarafından belirlenen kriterlere göre işlem tesis edecek³⁷¹ ve bu değerlendirmeler sonucunda, açıklamaları yeterli görülmeyen veya yazılı açıklamada bulunmayan isteklilerin tekliflerini reddedecektir.

sonucuna varılmıştır. Kararın karşı oy gerekçesinde öncelikle yaklaşık maliyetin doğru hesaplanıp hesaplanmadığının idarece irdelenmesinin gerektiği, bir yanlışlık yok ise idarece yaklaşık maliyette öngörülen kâr oranı da dikkate alınarak (Hizmet Alımları İhaleleri Uygulama Yönetmeliği uyarınca kâr oranı en fazla %20 olabilir) tekliflerin aşırı düşük olanlarının belirlenmesinin şart olduğu belirtilmiştir. Bu konuda idarelerin geniş takdir yetkilerinin olduğunu düşünmenin öncelikle yaklaşık maliyetin hesaplanması ve bu değere bağlı olarak belirlenen ihaleye katılım yeterliklerinin güvenilirliğini zedeleyeceği görüşüne yer verilmiştir. Nitekim Bölge İdare Mahkemesi’ne yapılan başvuru üzerine mahkeme (Kamu İhale Kurulu’nun 18.08.2011 tarih ve 2011/MK-185 sayılı kararı): “...aşırı düşük teklifleri tespit etme yetkisi ihaleyi yapan idarenin takdirine bırakılmış olmakla birlikte, idarenin bu belirlemeyi yaparken geçerli diğer tekliflere veya ihalede belirlenen yaklaşık maliyete göre kıyaslama yapmak suretiyle sonuca ulaşacağı tabiidir.” şeklinde hüküm tesis etmiş ve sorgulama yapılmamasını yasaya uygun bulmamıştır.

Kamu İhale Kurulu’nun 21.04.2009 tarih ve 2009/UH.III-1356 sayılı kararında ise yaklaşık maliyetin üzerinde ve ona çok yakın olan teklif için de aşırı düşük teklif sorgulaması yapılması gerektiği öngörülmüştür. Bu kararda, idari şartnamede ihale konusu işte giyim malzemesi istenmesine rağmen giyim gideri konusunda bir düzenleme yapılmamıştır. Dolayısıyla toplam asgari maliyet 1.709.598,24 TL olup ihale üzerinde kalan istekliye ait teklif 1.710.193,07 TL’ dir. Yani asgari maliyetin 595 TL üzerindedir. Ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif tutarı ise 1.710.524,62 TL olup 926 TL üzerindedir. Kurul yaklaşık maliyetin üzerinde kalan tutarın giyecek bedeli olarak kullanılabileceğinin öngörülerek KİK madde 38 uyarınca aşırı düşük teklif sorgulaması yapılması gerektiği görüşüne varmıştır.

³⁷⁰Uz (2005), s.294.

³⁷¹H.Bilgin (2009). 5812 sayılı Kanun ile Kamu İhale Kanunu’nda yapılan değişiklikler. *TBB Dergisi*, 22(86), s.355.

Uygulamada, yapım ve hizmet alım ihalelerinde ihale komisyonlarının aşırı düşük teklif sorgulaması yapmadan ya da teklifte önemli olduğu tespit edilen bileşenler hakkında ayrıntılı açıklama istemeden ihaleyi aşırı düşük teklifi verene bırakması eleştirilmektedir.³⁷² Ancak özellikle yapım ihalelerinde tekliflerin uygun yahut aşırı düşük olduğu dosyasından anlaşılamamaktadır. Bu durumda en doğru tespiti işi yaptıracak idare takdir edebileceğinden idareye müdahale edilmemesi yerinde olacaktır.³⁷³ Diğer yandan, Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nde aşırı düşük teklif sorgulaması hususunda Kamu İhale Kurumu'nun oluşturmuş olduğu hesaplama yöntemine göre tespit edilen aşırı düşük teklif sınır değerinin esas alınacağı belirtilir (Madde 60). Bu paralelde, Kurul tarafından çıkarılan Genel Tebliğ'in 45.maddesine göre geçerli teklifler ve yaklaşık maliyet esas alınarak oluşturulan formül kullanılmak suretiyle bir sınır değer tespit edilecektir. Böylece sadece yapım işi ihalelerine mahsus olmak üzere objektif verilere dayalı "sınır değer" hesabının kullanılması idareye bir takdir yetkisi bırakmayacaktır.³⁷⁴

Aşırı düşük teklif sorgulamasında yapılan açıklamaların yeterliliğinin tespiti objektif kriterlere dayanmalıdır. Kamu İhale Kurulu değerlendirmelerine bakıldığında Kurul'un gerçekçi temeli olmayan ve yuvarlak ifadeler içeren açıklamaları yeterli görmediği sonucuna varılmaktadır. Kurul'a göre, "firmanın (...) giyim ve teçhizat için bir bedel öngörmediği, demirbaşında kayıtlı olduğuna dair serbest muhasebeci mali müşavir (SMMM) tarafından imzalı yazı sunduğu görülmekle mevcut olan kıyafetlere herhangi bir bedel ödenmemiş gibi idarece, belgeye dayanmayan bu açıklama"³⁷⁵, "anılan malzemelerin kazanılan promosyon gereği ücretsiz olarak temin edileceğine" yönelik açıklamalar³⁷⁶, stok tespit tutanağı ile açıklama yapılması veya proforma fatura ya da fiyat teklifi yerine sadece alış faturası ile açıklamada bulunulması (...), isteklinin stok tespit raporuna ilişkin olarak kanıtlayıcı belge niteliğinde sunduğu alış faturaları"³⁷⁷, "sadece işçi ücreti, yol, yemek ve giyecek bedelini ve sözleşme giderlerini içeren, malzeme, ekipman ve makineler için her hangi bir parasal değer ifade edilmeden

³⁷²V.A.Şimşek (2006). *Adım adım ihale*. Ankara: Yaklaşım Yayıncılık, s.217-218; Uz (2005a), s.298.

³⁷³Uz (2005), s.294.

³⁷⁴Yalazay (2010), s.94.

³⁷⁵Kamu İhale Kurulu'nun 06.03.2006 tarih ve 2006/UH.Z-636 sayılı kararı.

³⁷⁶Kamu İhale Kurulu'nun 27 04 2008 tarih ve 2008/UH.Z-1482 sayılı kararı, Kamu İhale Kurulu'nun 14.01.2008 tarih ve 2008/UH.Z-210 sayılı kararı.

³⁷⁷Kamu İhale Kurulu'nun 24.01.2011 tarih ve 2011/UH.II-406 sayılı kararı.



yapılan taahhüt ve diğer işlerden elde edilen karla sağlanacağı açıklaması³⁷⁸ kabul edilmemiştir. Yani Kurul Kamu İhale Genel Tebliği hükümlerine de dayanarak aşırı düşük teklif açıklamasının dayanağı olan bazı belgeleri yeterli görmemiştir. Kamu İhale Genel Tebliği'nin 79.maddesinde ise pek çok ihale türleri için açıklamada kullanılacak belgeler düzenlenmiştir. Kanımızca bu belgelerin dışındaki yasal geçerliliği olan belgelerle yapılan ve var olan durumu ispatlayan belgelerin de kabul edilip Tebliğ hükümlerinin katı bir şekilde uygulanmaması gerekir.

Aşırı düşük teklif sorgulamasında esas alınan kriterlerden yaklaşık maliyetin gerçeğe uygun tespit edilmesi büyük önem arz etmektedir. Kimi zaman idare yaklaşık maliyeti olması gerekenden daha yüksek olarak hesaplamaktadır. Buna bağlı olarak da gerçeğe uygun olmayan yaklaşık maliyet üzerinden aşırı düşük sorgulaması yapılmakta hatta birçok istekli haksız ve gereksiz yere sorgulamaya tabi tutulmaktadır.³⁷⁹ Kurul da bir kararında ihaleye verilen teklif fiyatları hem yaklaşık maliyetten düşük hem de birbirine yakın olduğundan idarenin yaklaşık maliyeti tespitinde bir sorun bulunduğu kanaat getirmiştir.³⁸⁰ Yaklaşık maliyetin üzerindeki tekliflerin kabul edilip edilemeyeceği hususunda tereddütlere ise Genel Tebliğ'de yapılan düzenleme ile açıklık getirilmiştir. Buna göre ihale komisyonu;

- a) Yaklaşık maliyet hesaplanırken değerlendirilmeyen her hangi bir husus olup olmadığını,
- b) Yaklaşık maliyet güncellenerek tespit edilmişse, güncellemenin doğru yapılıp yapılmadığını,
- c) Verilen teklif fiyatlarının piyasa rayiç fiyatlarını yansıtmadığını,

sorgulayacaktır. Bundan sonra ise teklifleri yaklaşık maliyete göre kıyaslayıp ona göre bir karar alacaktır.

Bundan başka, Kurul yine aşırı düşük teklif sorgulamasında, yaklaşık maliyette öngörülen kar marjını sıfıra indirerek başka saiklerle teklif veren isteklilerin açıklamalarını yeterli bulmamıştır.³⁸¹ Ancak bir Kurul kararının karşı oy gerekçesine göre de “ihalesi yapılan işlere teklif verenlerin ihale üzerinde kalması halinde mutlaka

³⁷⁸Kamu İhale Kurulu'nun 27.01.2004 tarih ve 2004/UK.Z-81 sayılı kararı.

³⁷⁹Şahin (2008), s.18.

³⁸⁰Kamu İhale Kurulu'nun 04.05.2004 tarih ve 2004/UK.Z-551 sayılı kararı.

³⁸¹Uz (2005), s.303.

kar elde etmeleri, aksi takdirde yani, teklifleri maliyetin altında ise değerlendirme dışı bırakılması gerektiği yönünde bir düzenleme olmadığı gibi, böyle bir düzenleme hiçbir ticari ilişkide bulunmamaktadır. İsteklilerin işin üzerinde kalması halinde kar etmeleri ne kadar tabi ise, zarar etmelerini de o kadar tabi karşılamak gerekir. Kaldı ki, bir ticari ilişkide taraflar sadece kar değil, değişik saiklerle hareket edebilmektedirler. Kanunun sorgulanarak, ilgililerin ikna olmaması halinde değerlendirme dışı bırakmalarını öngördüğü teklifler, toplam maliyetin altındaki teklifler veya düşük teklifler değil, “aşırı düşük” teklifler olup, yani işin gerçekleştirilmesinin mümkün olmadığı açık olan tekliflerdir. Trilyonluk bir ihalede birkaç milyarlık sözleşme giderini karşılamayan bir teklif, aşırı düşük olarak nitelendirilmemeli, teklif sahibinin sağlayacağı diğer avantajlarda dikkate alınmalıdır.”³⁸² Buna rağmen Kurul kararlarında idare tarafından hazırlanan yaklaşık maliyetin karşısız tutarının altında kalan teklif sahiplerinden açıklama istenilmesi hususu istikrar kazanmıştır.³⁸³

Sonuç itibarıyla, ihalenin asıl amacı salt isteklileri rekabet kurallarına uygun yarıştırmak değil aynı zamanda idare açısından da en avantajlı teklifi bularak kaynakların verimli kullanılmasını sağlamaktır. Buna göre de Kurul’un ihale komisyonlarına müdahalesi sınırlı ve komisyonlara bırakılan takdir yetkisine uygun olmalıdır.³⁸⁴

3.3.3. Ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesinde takdir yetkisi

İhale idarenin, ihaleye katılanların tekliflerini değerlendirdikten sonra karara bağlanacaktır. İhale yetkilisinin ihaleyi onaylaması halinde ihale ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren isteklinin üzerine bırakılır. Böylece idare kamu kaynaklarının daha verimli kullanılmasına hizmet eder.³⁸⁵

Ekonomik açıdan en avantajlı teklif, kural olarak fiyat esasına göre belirleneceğinden sunulan tekliflerin arasındaki en düşük tekliftir.³⁸⁶ Ancak ihtiyaçların

³⁸²Kamu İhale Kurulu’nun 20.01.2004 tarih ve 2004/UK.Z-52 sayılı kararı.

³⁸³Kamu İhale Kurulu’nun 13.01.2011 tarih ve 2011/UH.I-231 sayılı kararı.

³⁸⁴Özdemir (2005), s.175.

³⁸⁵Yalazay (2010), s.28.

³⁸⁶Günday (2011), s.212.



uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasında en avantajlı teklifin hem en makul fiyata hem de en iyi kaliteye tekabül etmesi gerekir.³⁸⁷ Bu bağlamda ekonomik açıdan en avantajlı teklifi belirlemede esas alınacak kriterin fiyat unsuru mu fiyat dışı unsurlar mı olduğu konusunda idarenin takdir yetkisine sahip olup olmadığı tartışmalıdır. Bu konuda Kamu İhale Kurulu da çelişkili kararlar vermiştir.³⁸⁸ Kurul bir kararında, ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesinde en düşük fiyat esasının mı yoksa fiyat dışı unsurların mı dikkate alınacağı hususunda idareye tanınan bir takdir yetkisi olduğunu ve bu konuda idarenin zorlanamayacağını kabul etmiştir.³⁸⁹ Bir başka kararında ise idarenin takdir yetkisi ile yaptığı tercihe bağlı işlemi mevzuata aykırı bulmuştur.³⁹⁰ Bu kararında incelenen kömür alımı ihalesine ait ilan ve/veya ihale dokümanında ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesinde kömürün kalorisinin fiyat dışı unsur olarak dikkate alınması ve bunun hesaplanma yöntemine ilişkin herhangi bir düzenleme yer almadığı tespit edilmiştir. Buna rağmen teklif edilen kömürün kalori değerleri dikkate alınarak ihaleden sonra idarece belirlenen bir hesaplama yöntemi kullanıldığı ve ekonomik açıdan en avantajlı teklifin, teklif edilen kömürün kalori değerlerine göre belirlendiği anlaşılmıştır. İdarenin yaptığı bu değerlendirmede şartnamede belirtilen en düşük fiyat unsuru baz alınmadığı gibi yine şartnamede düzenlenen fiyat dışı unsurlar da değerlendirilmemiştir.

Yine bir diğer kararında Kurul, fiyat dışı unsura daha ekonomik bir teklif için başvurulabileceğini belirtmiştir. İncelenen kararda en düşük teklifin 85.000 TL ve ikinci düşük teklifin 92.100 TL olmasına rağmen en düşük ikinci teklif sahibinin sahip olduğu avantajlar nedeniyle ikinci teklifin, idare açısından işin daha ekonomik olarak görülmesini sağlayacağı belirtilmiştir. Ancak idare idari şartnamede yol mesafesine dayanan fiyat dışı unsura yer vermemiştir. Bu da ihalenin en düşük fiyatı sunan teklif sahibine bırakılmasına ve fakat kaynakların verimli kullanılması ilkesine aykırı olarak daha külfetli bir tercihe yol açacağından Kurul ihalenin iptalinin gerektiğine karar vermiştir.³⁹¹ Hatta Kurul, ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesinde hangi

³⁸⁷D.Gönen ve H.İşık (2003). Açıklamalı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ve ilgili mevzuat. Ankara: Yetkin Yayıncılık, s.210.

³⁸⁸Uz (2005), s.309-310.

³⁸⁹Kamu İhale Kurulu'nun 12.01.2004 tarih ve 2004/UK.Z-35 sayılı kararı.

³⁹⁰Kamu İhale Kurulu'nun 09.11.2009 tarih ve 2009/UM.II-2731 sayılı kararı.

³⁹¹Kamu İhale Kurulu'nun 16.08.2010 tarih ve 2010/UM.I-2471 sayılı kararı.

kriterin dikkate alındığının tam olarak anlaşılmadığı bir ihale dosyası içeriğinin, ihalenin esasına etkili bir aykırılık teşkil ettiğini belirtmiştir.³⁹²

Kurul kararlarından da anlaşılacağı üzere fiyat dışı unsurlara; ancak en avantajlı teklifin en düşük fiyat esasına göre belirlenmesi imkansız olduğunda başvurulabilir.³⁹³ Bu yüzden ekonomik açıdan en avantajlı teklif her zaman “en düşük fiyat” anlamına gelmemektedir.³⁹⁴

Ekonomik açıdan en avantajlı teklifin en düşük fiyatı haiz teklif olmasının istisnası birden fazla en düşük aynı bedelde teklifin bulunması halidir (KİK madde 40/4). Bu durumda en avantajlı telifi belirlemek adına Kanun’da düzenlenen kriterlere başvurulabilecektir. Bu kriterler fiyat ile birlikte;

- işletme ve bakım maliyeti
- maliyet etkinliği
- verimlilik
- kalite
- teknik değer

gibi fiyat dışındaki unsurlardır (KİK madde 40/2). Kanundaki ifadeden de anlaşılacağı üzere bu unsurlar tadadi olarak sayılmıştır. Dolayısıyla uygulanacak fiyat dışı unsurların ne olacağını belirleme yetkisi idarenin takdirindedir.³⁹⁵ İncelenen Kurul kararlarından da anlaşılacağı üzere idarenin bu unsurlara ihaleden önce ihale dokümanında yer vermesi şarttır.

Fiyat dışı unsurun tespitinde idarenin takdir yetkisi kanun ve yönetmelikle belirtilen çerçevede sınırlıdır. Uygulamada ise fiyat dışı unsur olarak teknik şartnameye

³⁹²Kamu İhale Kurulu’nun 21.09.2004 tarih ve 2004/UH.Z-1249 sayılı kararı.

³⁹³Kamu İhale Kurulu’nun 25.07.2011 tarih ve 2011/UM.I-2561 sayılı kararında ekonomik açıdan en avantajlı teklifin “en düşük fiyat” esasına göre belirlenmesinde mevzuata aykırılık bulunmazken bu kararın karşı oy gerekçesinde; “Ekonomik açıdan en avantajlı teklifin en düşük fiyat esasına göre değerlendirilmesi, her zaman kaynakların etkin kullanılmasını sağlamayabilir. Özellikle “fiyat/performans” değerlendirmesi yapılmasına ihtiyaç duyulan ihalelerin, en düşük fiyatı teklif eden istekli üzerinde bırakılması halinde, fiyatı düşük olan ürünün başarısızlığının ilerde ne kadar sağlık harcamasına neden olacağı ya da insanlar üzerindeki etkilerinin ne olacağını değerlendirilmesi mümkün olmadığından, ekonomik açıdan en avantajlı teklifin en düşük fiyat esasına göre belirlenmesi yerine, fiyat dışı unsurların değerlendirmeye dahil edilerek belirlenmesinin uygun olacağı, böylece değerlendirmenin nesnel ölçütlere göre yapılmasının ve kullanılan kamu kaynağının en iyi karşılığının elde edilmesinin sağlanacağı değerlendirilmektedir.”denilerek sözleşmenin belirlenmesinde fiyat dışı unsurların da değerlendirmeye alınmasının önemi belirtilmiştir.

³⁹⁴Gözler (2006), s.465.

³⁹⁵Kamu İhale Kurulu’nun 30.03.2004 tarih ve 2004/UK.Z-400 sayılı kararı.



uygunluğun kullanıldığı görülmektedir. Halbuki teknik şartnameye uygunluk, teklifin değerlendirmeye alınabilmesi için zorunlu unsurlardan biridir.³⁹⁶ Bunun gibi idarenin mal alım ihalelerinde fiyat dışı unsurları belirlemedeki takdir yetkisini kısıtlayan bir düzenleme de Mal Alım İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 60.maddesinde yer almaktadır. Düzenlemeye göre ekonomik ve mali yeterlik kriterleri ile iş deneyim belgesi fiyat dışı unsur olarak öngörülemeyecektir.

Kanundaki fiyat dışı unsurlara ilişkin getirilen bir eleştiri de fiyat dışı unsurlara ilişkin düzenlemenin yetersiz kaldığı ve uygulama kolaylığı sağlanması açısından fiyat dışı unsurların genişletilmesi gerektiği yönündedir.³⁹⁷ Kanımızca kanun koyucunun fiyat dışı unsurları detaylı olarak düzenlemesi söz konusu olamaz. Çünkü her bir ihale kendine özgü şartlar taşıdığından ihaleye özgü fiyat dışı unsurlara ihtiyaç duyulmaktadır. Bu ihtiyacın idarenin takdirinden çıkarılması, ihalenin amacı olan kamu kaynaklarının etkin kullanılması ilkesi ile ters düşecektir.

İdare, sayılan fiyat dışı unsurlara yer vermenin yanı sıra bu unsurların parasal değerleri veya nispi ağırlıklarını da belirtecektir (KİK madde 40). Belirlenecek olan fiyat dışı unsurlardan hangisinin ne kadar önem arz ettiği ve idarece bu fiyat dışı unsura ne kadar değer verileceği ise idarenin takdirindedir.³⁹⁸ Ancak bu da uygulamada sıkıntılara yol açan bir konudur. Kanun'da fiyat dışı unsurların parasal değer veya nispi ağırlıklarının belirtileceği hüküm altına alınmış; ancak idarenin maliyet etkinliği, kalite ve teknik değerleri nasıl hesaplayacağı konusunda düzenlemeye yer verilmemiştir. Bunları ihale konusu iş için somutlaştırmak ve değerlendirmek oldukça güçtür.³⁹⁹ Fiyat dışı unsurlara ilişkin bu belirlemenin idareye bırakılması ile ihaleye esneklik getirilerek ihalede idarenin inisiyatifi artırılmıştır.⁴⁰⁰ Söz konusu takdir yetkisinin sınırları ise "fiyat dışı unsurun yeterlilik kriterleri arasından belirlenmemesi, verimliliği ve fonksiyonelliği sağlamaya yönelik olması ve hesaplama yöntemi ile ağırlığının ihaleden önce şartnamede belirlenmesi" gibi unsurlarla çizilmiştir.⁴⁰¹ Kurul bir kararında "idare tarafından söz konusu ihalede iş deneyim belgesi istenmemiş olup aynı fiyatın teklif

³⁹⁶Uz (2005), s.313.

³⁹⁷Türk Sanayiciler ve İşadamları Derneği (2001). *Kamu alımlarında etkin ihale tasarımı*. İstanbul: Türk Sanayiciler ve İşadamları Derneği yayını, s.94-95. Yazar bu unsurlara estetik, teknik özellik, işlevsel karakteristik, teslim sonrası bakım ve teknik yardım, teslim veya tamamlama tarihi gibi unsurların eklenebileceğini belirtmektedir.

³⁹⁸Kamu İhale Kurulu'nun 09.09.2008 tarih ve 2008/UM.II-3738 sayılı kararı.

³⁹⁹Acar (2003), s.9.

⁴⁰⁰Ertuş (2010), s.89; Yalazay (2010), s.62.

⁴⁰¹Yalazay (2010), s.62.

edilmesi halinde fiyat dışı unsurun belirlenmesi sorumluluğunun idarelerde olduğu; ancak idari şartnamede yapılan düzenlemede fiyat dışı unsurların müphemliğe yol açmayacak şekilde tam olarak ve öncelikle parasal değerleri, bu mümkün değil ise nispi ağırlıklarının belirtilmediği” gerekçesiyle yapılan düzenlemeyi Kanun’a aykırı bulmuştur.⁴⁰² Bununla birlikte fiyat dışı unsura ilişkin düzenleme eleştirilerek, idarece fiyat dışı unsurlara parasal değer ya da nispi ağırlık verilmediğinden bu konuda örnekli bir düzenleme yapılması ile uygulamanın yönlendirilmesi gerektiği vurgulanmıştır.⁴⁰³

Kurul bir başka kararında da fiyat dışı unsurları ve bunlar için esas alınacak ölçütlerin belirlenmesinde idarenin takdir yetkisi olduğunu düşünmekle birlikte bu yetkinin belirli sınırlar dahilinde kullanılması gerektiği yönünde karar vermiştir.⁴⁰⁴ İncelenen kararda idare, ihale dokümanında yer verilen fiyat dışı unsurlar için esas alınacak kriterlerin ölçülebilir nitelikte olmadığı, kriterleri belirlemede idarenin takdir yetkisi olsa dahi bu yetkinin kamu yararı, hizmetin gerekleri ve Kanun’un 5.maddesinde yer alan idarece rekabetin sağlanması yükümlüğü ile sınırlı olduğu, fiyat dışı unsurlara ilişkin oranın objektif olarak belirlenebilir olmasının şart olduğu yönündeki gerekçesi ile idarenin mevzuata aykırı hareket ettiğine kanaat getirmiştir.

3.4. İhalenin İptalinde Takdir Yetkisi

İhalenin iptali konusundaki düzenlemeler, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun değişik maddelerinde yer almaktadır. Bu düzenlemelerde ihalenin iptali yetkisi idare adına, kimi zaman ihale yetkilisine kimi zamansa ihale komisyonuna verilmiştir. Kanun koyucunun bağlı yetkiden uzaklaşarak, ihalenin iptali konusunda “şekli” olarak idareye çok geniş bir takdir yetkisi tanıdığı söylenebilir.⁴⁰⁵ İdarenin bu sürece ilişkin yetki alanını ve takdirine bırakılan hususları belirlemek için iptal sebeplerini ve bunların oluşum şartlarını incelenecektir.

⁴⁰²Kamu İhale Kurulu’nun 05.05.2008 tarih ve 2008/UH.Z-1887 sayılı kararı.

⁴⁰³Acar (2003), s.9.

⁴⁰⁴Kamu İhale Kurulu’nun 15.12.2008 tarih ve 2008/UH.III-5002 sayılı kararı.

⁴⁰⁵Yalazay (2010), s.112.

3.4.1.İhalenin iptal sebepleri

Temelde ihalenin iptaline ilişkin hükümler ikiye ayrılır. Bunlar “bütün tekliflerin reddedilmesi ve ihalenin iptali” başlığı altında KİK madde 39’da ve “ihalenin karara bağlanması ve onaylanması” başlığı altında ihale yetkilisinin ihaleyi iptal etmesi ile isteklilerin yasaklı çıkması halinde ihalenin iptal edilmesine ilişkin KİK madde 40’da yapılan düzenlemelerdir. Ancak bundan başka ihalenin iptal sebeplerine, Kanun’da dağınık şekilde, farklı başlıklar altında yer verilmiştir. KİK sistematığına göre madde 11’de yer alan ilk düzenleme “ihaleye katılmayacak olanlar” başlığı altında, ihalenin ihaleye katılmayacak olan istekli üzerinde kalması halinde iptalini düzenleyen hükümdür. Kanun’un 16.maddesinde “ihale saatinden önce ihalenin iptal edilmesi” ne yer verilmiştir. Belli istekliler arasında ihale usulünün düzenlendiği madde 20’ye ihaleye yeterli aday ya da istekli katılmaması halinde ihalenin iptal edileceğine ilişkin bir hüküm konmuştur. Biz de ihalenin iptal sebeplerini Kanun’daki sıra ile incelemeyi uygun gördük.

3.4.1.1. İhaleye katılmayacak olanların ihaleye katılması

İhaleye katılmayacak olanlar Kanun’un 11.maddesinde⁴⁰⁶ düzenlenmiştir. Bu yasaklara rağmen ihaleye katılan istekliler ihale dışı bırakılarak geçici teminatları gelir

⁴⁰⁶“Aşağıda sayılanlar doğrudan veya dolaylı veya alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihalelere katılamazlar:

- Bu Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak 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.
- İlgili mercilerce hileli iflas ettiğine karar verilenler.
- İhaleyi yapan idarenin ihale yetkilisi kişileri ile bu yetkiye sahip kurullarda görevli kişiler.
- İhaleyi yapan idarenin ihale konusu işle ilgili her türlü ihale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve onaylamakla görevli olanlar.
- (c) ve (d) bentlerinde belirtilen şahısların eşleri ve üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar kayın hısımları ile evlatlıkları ve evlat edinenleri.
- (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).

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.

kaydedilecektir. Ancak bu durumun tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında tespit edilememesi ve ihalenin yasaklı kişilerden biri üzerine bırakılması durumunda ihale iptal edilecektir. Ayrıca bu kişinin teminatı da gelir kaydedilecektir.

İhale kararı ihale yetkilisince onaylanmadan önce yasaklı kişilerin ihaleye katılıp katılmadığının kesin olarak tespiti için idare, ihale üzerinde kalan istekli ile varsa ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi isteklinin ihalelere katılmaktan yasaklı olup olmadığını teyit ettirerek buna ilişkin belgeyi ihale kararına ekleme zorundadır (KİK madde 40/son). Bu hükümde iki isteklinin de yasaklı çıkması durumunda ihalenin iptal edileceği tekrar vurgulanmıştır. Böylece kanun koyucu, ihale yapılmış olsa dahi KİK madde 40'a uygun olarak ihalenin iptal edilebileceğini düzenleyerek kamu yararını üstün tutmuştur.⁴⁰⁷

3.4.1.2. İhale saatinden önce ihalenin iptal edilmesi

İhale saatinden önce ihalenin iptal edilmesi Kanun'da 16.maddede düzenlenmiştir. Buna göre ihale saatinden önce ihalenin iptal edilebilmesi için ya idarenin gerekli gördüğü belgelerde ya da ihale dokümanında yer alan belgelerde, ihalenin yapılmasına engel olacak ve örneğin bilgi eksikliğinin giderilmesi yoluyla dahi düzeltilmesi de mümkün olmayacak hususların tespit edilmesi gerekmektedir. İhale bu şekilde iptal edildiğinde bütün teklifler reddedilmiş sayılacaktır. İptal kararı, nedeni ile birlikte hem ilan edilir, hem de teklif vermiş olanlara tebliğ edilir. Ayrıca bu durumda iptal nedenleri gözden geçirilerek yeniden ihaleye çıkılması da mümkündür.

Bu düzenlemedeki “idarenin gerekli gördüğü” ifadesi adeta idareye ihalenin iptali konusunda sebepten soyut bir takdir yetkisi bahşetmektedir. Ancak takdir yetkisinin sınırları her halükarda idarenin işlem ve eylemlerinde kamu yararının gözetilmesi temel ilkesiyle çizilecektir.⁴⁰⁸ Nitekim Kamu İhale Kurul kararlarında da bu yetkinin mutlak ve sınırsız olmayıp, kamu yararı ve hizmet gerekleri ile sınırlı

İhaleyi yapan idare bünyesinde bulunan veya idare ile ilgili her ne amaçla kurulmuş olursa olsun vakıf, dernek, birlik, sandık gibi kuruluşlar ile bu kuruluşların ortak oldukları şirketler bu idarelerin ihalelerine katılamazlar.”

⁴⁰⁷Özdemir (2005), s.180.

⁴⁰⁸Buz (2007), s.129.

olduğu belirtilmektedir.⁴⁰⁹ Kurul bir kararında öğrenci yurdu onarım ihalesinde ihale saatinden önce ilave ihtiyaç nedeniyle idarenin ihaleyi iptal ettiğini; ancak ihtiyaçların çoğunun hizmet ve mal alımı ile ilgili olması nedeniyle iptal gerekçesinin ve takdir yetkisinin kullanımının mevzuata aykırı olduğuna karar vermiştir.⁴¹⁰ Ayrıca belirtmeliyiz ki ihale saatinden önce ihalenin iptal edilmesinde idarenin serbest olduğu hususunun idari şartnamede belirtilmesi zorunludur (KİK madde 27/2-o bendi).

3.4.1.3.Aday veya istekli sayısının yetersiz olması

Kanun, belli istekliler arasında ihale usulünde aday ve istekli sayısına ilişkin belli bir sayı öngörmüştür. Buna göre belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan ihalelerde;

- ihaleye davet edilebilecek aday sayısının beşten az olması veya
- teklif veren istekli sayısının üçten az olması

halinde ihale iptal edilecektir (KİK madde 20).

İhale, teklif veren istekli sayısının üçten az olması nedeniyle iptal edilirse; ihale dokümanı gözden geçirilecek, varsa hatalar ve eksiklikler giderilerek ön yeterliği tespit edilen bütün istekliler tekrar davet edilecek ve böylece ihale sonuçlandırılacaktır (KİK madde 20). Söz konusu durum hem mal alımları, hem hizmet alımları, hem de yapım işleri için geçerli olduğu halde⁴¹¹ yalnızca Danışmanlık Hizmet Alım İhalesi Uygulama Yönetmeliği madde 54'te ön yeterliğe ilişkin düzenlemede genel uygunluk şartlarını taşıyan aday sayısının üçten az olması durumunda ihalenin iptal edileceği belirtilmiştir.

Kuşkusuz bu düzenlemedeki temel amaç rekabeti sağlamaktır. Gerçekten bu amaç düşünüldüğündeyse neden sadece belli istekliler arasında ihale usulünde böyle bir düzenleme yapılıp diğer usullerde bu şartın aranmadığı anlaşılamamaktadır.⁴¹²

⁴⁰⁹Kamu İhale Kurulu'nun 29.12.2008 tarih ve 2008/UY.II-5143 sayılı kararı; 06.03.2006 tarihli 2006/UY.Z-606 sayılı kararı; 19.02.2007 tarih ve 2007/UH.Z-595 sayılı kararı.

⁴¹⁰Kamu İhale Kurulu'nun 29.12.2008 tarih ve 2008/UY.II-5143 sayılı kararı.

⁴¹¹Uz (2005), s.317.

⁴¹²Uz (2005), s.318-319.

Kamu İhale Kurulu bir kararında, üç isteklinin başvurduğu ihalede fiyat teklifinin ekinde geçici teminatı sunmamış olması nedeniyle değerlendirme dışı bırakılan istekli sebebiyle Kanun'daki koşulların oluşmadığına, bu nedenle de ihalenin iptalinin hukuka uygun olduğuna karar vermiştir.⁴¹³ Ancak karşı oyda, fiyat teklifi veren üç aday bulunduğu ve ilgili maddedeki “teklif veren istekli sayısının üçten az olmaması” şartının “ihalenin iptal edilmesi için teklifi geçerli üç aday bulunması” şeklinde yorumlanmaması gerektiğinden bahisle ihalenin iptalinin hukuka uygun olmadığı görüşüne varılmıştır. Her ne kadar söz konusu değerlendirme pazarlık usulü ile yapılan ihaleye ilişkin KİK madde 21'in önceki halinde⁴¹⁴ düzenlenmiş olup hali hazırda kaldırılmış olsa da, belli isteklikler arasında ihale usulü için de aynı tartışma geçerli olacaktır. Kanun metninden ne anlaşılması gerektiği idarenin takdirine kalmıştır. Kanımızca burada karşı oy gerekçesinde de belirtildiği üzere, teklif veren istekli sayısı için mali yeterliğin sağlanması kastedilmemiş olup ihalenin iptalini gerektirecek bir durum söz konusu değildir.

3.4.1.4. Bütün tekliflerin reddedilmesi

Bütün tekliflerin reddedilmesi ve ihalenin iptali Kanun'un 39.maddesinde düzenlenmiştir. İdare, ihale komisyonu kararı üzerine, verilmiş olan bütün teklifleri reddederek ihaleyi iptal etmekte serbesttir (KİK madde 39).

İdare, ihaleye çıkıp teklif aldığı için o işi ihale etmek zorunda değildir. İhale komisyonu teklifleri değerlendirerek ihale kararı alma ya da almama konusunda takdir yetkisine sahiptir.⁴¹⁵ İhale komisyonu, kamu yararı açısından haklı bir sebep olmadıkça ihale yapmak zorundadır; ancak aksi söz konusu olursa ihale yapmama kararı alabilir.⁴¹⁶ Neticede bu da tek başına yeterli olmayacak ve idarenin, tanınan takdir yetkisi ile ihale yapmama kararını onaylama kararı alması gerekecektir.⁴¹⁷ Dolayısıyla ihale komisyonunun ihaleyi iptali adeta bir öneri niteliğini haiz olup kurucu işlem yetkisi Kanunla idareye tanınmış bulunmaktadır.

⁴¹³Kamu İhale Kurulu'nun 28.11.2005 tarih ve 2005/UY.Z-2245 sayılı kararı.

⁴¹⁴Maddenin 6.fıkrasında “(a), (d) ve (e) bentlerine göre yapılacak ihalelerde teklif veren istekli sayısının üçten az olması halinde ihale iptal edilir.” hükmü 5812 sayılı Kanun ile kaldırılmıştır.

⁴¹⁵Gözler (2006), s.465; Atay (2009), s.577; Günday (2011), s.212.

⁴¹⁶Günday (2011), s.213.

⁴¹⁷Özdemir (2005), s.181.

Kanun'un 39.maddesinde, 40.maddesindeki iptal düzenlemesinden farklı olarak "ihale yetkilisi" kavramı değil "idare" kavramı kullanılmıştır. Bu noktada Kanun'un tanımlar başlıklı 4.maddesine bakıldığında idare, ihaleyi yapan KİK kapsamındaki kurum ve kuruluşları; ihale yetkilisi, idarenin, ihale ve harcama yapma yetki ve sorumluluğuna sahip kişi veya kurulları ile usulüne uygun olarak yetki devri yapılmış görevlilerini ifade etmektedir. KİK madde 39'a göre ihalenin iptali yetkisini kullanacak olan da idare kavramını belirten kurum ve kuruluşlar adına yetkili olan ihale yetkilisi olacaktır.⁴¹⁸

Söz konusu kanuni düzenlemeye bakarak hangi hallerde ihalenin iptal edileceğini ve idarenin bu konudaki takdir yetkisinin sınırlarını belirlemek güçtür.⁴¹⁹ Hatta Kanun metninden idarenin kamu yararına uygun olması kaydıyla ihaleyi iptalde tamamen serbest olduğu anlamı bile çıkartılabilir.⁴²⁰ Ancak idarenin bu konuda takdir yetkisi en başta kendiliğinden sınırlıdır. Şöyle ki idarenin bir işlem yapıp yapmama konusundaki takdir yetkisi çok genişken; o işlemi yaptıktan sonra geri alma, kaldırma ya da iptal etme yetkisi, uyuşmazlık çıktığında yargı mercilerinde ya da istekli talebi halinde bizzat istekliye kanıtlanması gereken, objektif, sınırlı bir yetkidir.⁴²¹ Ayrıca kanun koyucunun iradesini tespit edebilmek adına Kanun'un genel gerekçesine bakıldığında somut ihale iptal sebeplerine rastlanmaktadır.

KİK madde 39'un genel gerekçesinde;

- Tekliflerin yaklaşık maliyete kıyasla çok yüksek olması,
- Tekliflerin yaklaşık maliyete göre çok yüksek olmamasına rağmen mevcut ödeneğin verilen teklifleri karşılayamaması,
- Kanununun temel ilkelerine uygun olmayan durumların tespiti

gibi nedenlerle ihalenin iptal edilebileceği belirtilmektedir.⁴²² Bu noktada herhangi bir ihalede ihalenin iptaline yol açacak bu sebeplerin varlığı, ihalenin iptalini hukuka uygun hale getirecektir.⁴²³

⁴¹⁸Özdemir (2005), s.182.

⁴¹⁹Uz (2005), s.319.

⁴²⁰Buz (2007), s.129.

⁴²¹Özay (1999), s.254.

⁴²²KİK Genel Gerekçe. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss794m.htm> (Erişim Tarihi: 13.01.2012)

⁴²³Buz (2007), s.129.



İdare yapacağı ihalelerde KİK madde 5’te sayılan şeffaflık, rekabet, eşit muamele ve kaynakların verimli kullanılması ilkelerini gözetmek zorundadır. Bu nedenle ihalenin iptali konusundaki yetkisinin sınırları için de söz konusu ilkeler belirleyici olacaktır. İhalenin iptali konusunda, idareye sınırsız bir yetki tanındığını düşünmekse isteklilerin ihale sonucuna olan güvenini ortadan kaldıracaktır.⁴²⁴ Söz konusu yetkinin sınırlarına ilişkin Ankara Bölge İdare Mahkemesi de bir kararında görüş bildirmiştir.⁴²⁵ Karara göre,

(Kanun’un 39.maddesine göre) ... ihale yetkisi alan idareye ihalede verilen bütün tekliflerin reddedilerek ihaleyi iptal etme konusunda takdir yetkisi tanınmış ise de; bu yetkinin mutlak ve sınırsız olmayıp kamu ihalelerinde kamu kaynaklarının etkin ve verimli kullanılması, şeffaflığın, rekabetin, eşit incelemenin, güvenilirliğin sağlanması ilkelerinin ihlal edildiğinin belirlenmesi, diğer bir ifade ile kamu yararına uygun davranılmadığı sonucuna varılması halinde ihalenin iptal edilebileceğinin kabulü gerekmektedir.

İhale komisyonunun ihalenin iptali kararı alması üzerine karar verecek olan idare, her ne kadar takdir yetkisini haiz olsa da, komisyon yasal zorunluluklar nedeniyle iptal kararı vermiş ise idarenin de bu yönde karar vermesi gerekir. Mesela istekliler ihale dokümanında belirtilen şartları taşıyorsa bütün tekliflerin reddedilmesi yönünde karar alınması şarttır.⁴²⁶ İstekliler açısından bütün tekliflerin reddedilmesi temel ihale ilkelerinden “eşit muamele ilkesi”nin bir yansımasıdır.⁴²⁷

Kamu İhale Kurulu idarenin iptal gerekçelerinden bazılarını hukuka uygun bulurken, Kurul’un hukuka aykırı bulduğu gerekçeler de bulunmaktadır. Kurul hukuka uygun bulmadığı ihale iptal işlemlerinde, idarenin dayandığı gerekçelerin makul ve geçerli olmasının sağlıklı işlem tesisi bakımından önemli olduğunu vurgulamaktadır. Bir kararında, ihale yetkilisince ihalenin iptal edilme sebebi olarak “ihale sürecinin uzaması sebebiyle, ihale kapsamındaki elektrik malzemelerine duyulan ihtiyacın ortadan kalkması”nın gösterilmesini makul ve geçerli görmemiştir.⁴²⁸ Kurul, ihtiyacın

⁴²⁴Yalazay (2010), s.113-114.

⁴²⁵Ankara Bölge İdare Mahkemesi’nce 24.06.2009 gün ve Y:D.İtiraz No:2009/2598 sayılı kararı. Karar için bkz. Yalazay (2010), s.113-114.

⁴²⁶Özdemir (2005), s.183.

⁴²⁷Taşdelen (2004), s.115.

⁴²⁸Kamu İhale Kurulu’nun 08.08.2011 tarih ve 2011/UM.II-2718 sayılı kararı.

neden ortadan kalktığı konusunda net ve detaylı bir bilgi verilmediğini belirtmektedir. Kararda idarenin bir yandan, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlama sorumluluğu bulunduğu; diğer yandan da güvenilirliği, saydamlığı ve kamuoyu denetimini de sağlamakla yükümlü olduğu vurgulanmaktadır. Bir diğer kararında ise, ihalede geçerli tek teklif kaldığını ve bu teklif sahibinin yaklaşık maliyetin altındaki teklifi için mevzuata uygun şekilde aşırı düşük teklif açıklamasını sunmuş olduğunu belirterek, idarenin iptal kararında sunduğu “rekabet ortamının kaybolması” ve “kaynakların verimli kullanılmasının mümkün olamayacağı” gerekçelerini yerinde bulmamıştır.⁴²⁹

İller Bankası Genel Müdürlüğü Harita Daire Başkanlığı’na yapılan “Tortum/Erzurum Sayısal Halihazır Harita İşi” ihalesinde, ihale komisyonunun birinci en avantajlı teklif bedelin hadd-i layık olmaması nedeniyle verdiği ihalenin iptali kararı üzerine yeniden ihaleye çıkılması kararı ihale yetkilisince onaylanınca, iptal kararı itirazın şikayete konu olmuştur.⁴³⁰ Kurul ihalenin iptali kararını, idarenin sınırsız bir takdir yetkisi bulunmadığı ve ihalede bulunan altı geçerli teklifin tümünün yaklaşık maliyetin altında kaldığı gerekçesi ile mevzuata aykırı bulmuştur.

Kararın karşı oy gerekçesinde ise teklifler yaklaşık maliyetin oldukça altında olsa bile maliyetin doğruluğu tespit edilmeden salt teklif-maliyet kıyaslamasına dayalı olarak en düşük teklifin hadd-i layık olmadığına karar verilmesinin mümkün olamayacağı, ihale yetkilisinin kullandığı takdir ve inisiyatif müdahale edilmemesi gerektiği yönünde görüş belirtilmiştir. Yani Kurul’un salt tekliflerin yaklaşık maliyetin altında bulunmasına dayanarak karar vermesi eleştirilmiş, tüm tekliflerin yaklaşık maliyetin altında kalması şüphe çekici olduğundan öncelikle yaklaşık maliyetin doğruluğunun tespit edilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Şikayetçinin yargı yoluna başvurması sonucu yerel mahkeme Kurul kararını onaylamış, bunun üzerine karar Danıştay’a taşınmıştır. Danıştay ise yerel mahkeme kararını bozmuştur.⁴³¹ Danıştay gerekçesine göre;

(...)yasal düzenleme karşısında⁴³²; ihale yetkilisinin, ihale komisyonu kararları üzerine ihaleyi onaylamayıp iptal etme yetkisine sahip olduğu

⁴²⁹Kamu İhale Kurulu’nun 21.02.2011 tarih ve 2011/UH.III-757 sayılı kararı.

⁴³⁰Kamu İhale Kurulu’nun 12.03.2007 tarih ve 2007/UH.Z-940 sayılı kararı.

⁴³¹Danıştay 13. Dairesinin 06.06.2011 tarih ve 2008/9485 Esas ve 2011/2691 Karar sayılı kararı.

kuşkusuz olmakla birlikte, idarenin bu konudaki takdir yetkisini, kamu yararı ve hizmet gerekleri doğrultusunda kullanması, diğer bir deyişle, ihalenin onaylanıp onaylanmaması noktasında, makul ve meşru sebepleri dikkate alarak karar vermesi gerekmektedir. Kamu yararının ve hizmet gereklerinin somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğinin denetimi ise yargı yerlerince yapılabilecektir. İhale işlemleri bakımından takdir yetkisinin denetiminde, 4734 sayılı Kanun'un 5. maddesindeki temel ihale ilkelerinin gözetilmesi gerektiği gibi idare hukukuna hâkim olan hukukî güvenilirlik, idarî istikrar gibi ilkelerin de dikkate alınması zorunludur. Diğer yandan, kamu yararının gerçekleşmesi bakımından idare tarafından, daha önce yapılan ihalelerde oluşan teklif bedelleri, kırım oranları ve katılımcı sayısı gibi kriterlerin dikkate alınarak takdir yetkisinin kullanılmasında hukukî bir engel bulunmamaktadır.

(...)Bu durumda, dava konusu ihalede yeterli sayıda katılım gerçekleşmiş ise de, idarenin, ihaledeki en avantajlı teklifin hadd-i layık olmadığı sonucuna, yaklaşık maliyete göre indirim oranlarını benzer ihalelerle kıyaslamak suretiyle vardığı ve takdir yetkisini kamu yararı ve hizmet gereklerini gözeterek kullandığı(...)

anlaşılmalı yerel mahkeme kararında hukuki isabet bulunmadığına karar vermiştir. Böylece Danıştay, ihalenin KİK madde 39'a göre iptalinde makul ve meşru sebeplerin somut olaya göre dikkate alınması gerektiğini vurgulamıştır. Somut olaydaki "daha

⁴³²Konuyla ilgili olarak belirtilen yasal düzenlemeler kararda şöyle sıralanmıştır: "4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 5. maddesinde, idarelerin, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde, saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumlu oldukları belirtilmiş; 36, 37 ve 38. maddelerinde, tekliflerin alınması, açılması, değerlendirilmesi ve aşırı düşük teklifler hakkında yapılacak işlemler düzenlenmiş; "Bütün tekliflerin reddedilmesi ve ihalenin iptali" başlıklı 39. maddesinde, "İhale komisyonu kararı üzerine idare, verilmiş olan bütün teklifleri reddederek ihaleyi iptal etmekte serbesttir. İhalenin iptal edilmesi halinde bu durum bütün isteklilere derhal bildirilir. İdare bütün tekliflerin reddedilmesi nedeniyle herhangi bir yükümlülük altına girmez. Ancak, idare isteklilerin talepte bulunması halinde, ihalenin iptal edilme gerekçelerini talep eden isteklilere bildirir." hükmüne yer verilmiş; 40. maddesinde ise, 1. fıkrasında 37. ve 38. maddelere göre yapılan değerlendirme sonucunda ihalenin, ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren isteklinin üzerinde bırakılacağı, 5. fıkrasında, ihale komisyonunun gerekçeli kararını belirleyerek, ihale yetkilisinin onayına sunacağı, kararlarda isteklilerin adları veya ticaret unvanlarının, teklif edilen bedellerin, ihalenin tarihi ve hangi istekli üzerine hangi gerekçelerle yapıldığının, ihale yapılmamış ise, nedenlerinin belirtileceği, 6. fıkrasında, ihale yetkilisinin, karar tarihini izleyen en geç beş iş günü içinde ihale kararını onaylayacağı veya gerekçesini açıkça belirtmek suretiyle iptal edeceği, 7. fıkrasında, ihalenin, kararın onaylanması halinde geçerli, iptal edilmesi halinde ise hükümsüz sayılacağı hükme bağlanmıştır."

önce yapılan ihalelerde oluşan teklif bedelleri, kırım oranları ve katılımcı sayısı” gibi kriterlerin idarenin takdir yetkisinde gerekçe gösterilmesine bir engel görmeyerek emsal karara hükmetmiştir.

Kurul’un idarenin ihaleyi iptal gerekçelerini hukuka uygun bulduğu başka kararları da vardır. İdarenin iptal gerekçesinin haklı bulunduğu bir kararda, başvuru konusu ihalede en düşük fiyat teklifinde bulunan isteklinin teklifi, Kurul’un düzeltici işlem belirlenmesi yönündeki kararının ardından değerlendirme dışı bırakılmış, bunun üzerine ihalede tek geçerli teklif olan teklif bedeli de yaklaşık maliyetin üzerinde bulunmuş ve “ekonomik açıdan avantajlı teklif bulunamadığı” gerekçesi ile ihale iptaline karar verilmiştir.⁴³³ Kurul, gerekçesinde iptalin KİK madde 5’te yer alan “rekabet” ve “kaynakların verimli kullanılması” ilkelerine uygun olduğunu ifade etmiştir. Yine idare tarafından iptal edilen ihalenin inceleme konusu olduğu bir kararda Kurul, kısmi teklife açık ihalede teknik şartnamenin, daha düşük teklif veren isteklinin tüm kalemler bakımından değerlendirme dışı bırakılması sonucuna neden olduğunu belirtmiştir. Bununla birlikte alım konusu malzemeler için yıl içerisinde doğrudan temin alım yöntemi uygulanması üzerine oluşan fiyatların, ihalede gerçekleşen fiyatlardan daha düşük olmasının, ihalede yeterli rekabetin oluşmasına engel olduğuna karar vermiştir.⁴³⁴

İhalenin iptali konusunda idare her ne kadar KİK tarafından tanınan bir takdir yetkisine sahip olsa da, yine KİK tarafından kararın öncesinde ve sonrasında olmak üzere getirilen bir takım yükümlülüklerle tabidir.⁴³⁵ Bunlar;

- İhalenin iptal edilmesi halinde bu durumun bütün isteklilere derhal bildirilmesi,
- İsteklilerin talepte bulunması halinde, ihalenin iptal edilme gerekçelerinin talep eden isteklilere bildirilmesi

şeklinde idarenin ihaleyi keyfi bir biçimde iptal etmesini sınırlayıcı hükümlerdir.⁴³⁶

Kanun idarenin bu işlemine ilişkin sebep ögesine değinmediğinden idare, gerekçe bildirmek zorunda değildir. Ancak istendiği takdirde gerekçeyi bildirmek idare için

⁴³³Kamu İhale Kurulu’nun 13.06.2011 tarih ve 2011/UH.II-2010 sayılı kararı.

⁴³⁴Kamu İhale Kurulu’nun 28.03.2011 tarih ve 2011/UM.III-1113 sayılı kararı.

⁴³⁵Kamu İhale Kurulu’nun 05.12.2011 tarih ve 2011/UH.II-4088 sayılı kararı.

⁴³⁶Özdemir (2005), s.181.

kanuni bir yükümlülüktür.⁴³⁷ Bunların dışında idarenin bütün tekliflerin reddedilmesi nedeniyle ayrıca bir yükümlülüğü bulunmamaktadır (KİK madde 39). Bu düzenleme ile hem idari işlemin gerekçeli olması ilkesi gereği hem de talep eden isteklilere gerekçe bildirilmesi zorunluluğu ile idarenin takdir yetkisine bir sınır getirilmiştir.

2.4.2.İhale kararının iptali

Buraya kadar incelenen ihale iptal sebeplerinde ihale sürecinin iptali söz konusu iken KİK madde 40/6'da düzenlenen ihalenin iptali, ihale kararının iptali niteliğini taşımaktadır.⁴³⁸ Bu nedenle anılan hükmün, diğer iptal sebeplerinden ayrı bir başlık altında incelenmesi gerekmektedir.

İhale sürecinde yapılan değerlendirmeler boyunca ihale iptal edilmemişse ihale komisyonu, yetkisi dâhilinde ihale kararını alır.⁴³⁹ Daha önce de belirtildiği üzere, bu karar ekonomik açıdan en avantajlı teklifin kabul edilerek ihalenin o istekli üzerine bırakılmasından ibarettir. İhale kararının verilmesi üzerine ise, karar tarihini izleyen en geç beş iş günü içinde ihale yetkilisi ya ihale kararını onaylar ya da gerekçesini açıkça belirtmek suretiyle iptal eder (KİK madde 40/6). Kanun metninden de anlaşılacağı üzere kararın hukuk düzeninde geçerlilik kazanması için, ihale komisyonunun ihale kararı alması yeterli olmayıp kararın ihale yetkilisince de onaylanması şarttır. İhale komisyonunun aldığı ihale kararının ihale yetkilisince iptaline karar verilmesi de mümkündür. Bu durumda ihale sürecindeki tüm işlemler baştan itibaren hükümsüz hale gelir (KİK madde 40/6). Ancak ihalenin hangi gerekçelerle iptal edilebileceğine yönelik Kanun'da bir düzenleme yapılmadığı gibi Kanun'un ilgili maddesinin genel gerekçesinde de buna ilişkin bir açıklamaya yer verilmemiştir.

DEMİREL'e göre madde 40'taki ihalenin iptali, madde 39'un genel gerekçesindeki nedenlerin oluşması halinde söz konusu olabilecektir.⁴⁴⁰ Bu nedenler örnek mahiyetinde sayılmış olup farklı gerekçelerle de ihalenin iptali mümkün olacaktır.

⁴³⁷Ersan (2008), s.52.

⁴³⁸Taşdelen (2004), s.115.

⁴³⁹Günday (2011), s.213.

⁴⁴⁰S.Demirel (2010). İhale yetkilisinin ihaleyi iptali. *Mali Hukuk*, 6 (150), s.7.

İdare kuşkusuz, sunacağı farklı gerekçelerde de kamu yararı ve hizmet gerekleriyle sınırlıdır ve bu yetkisini hukuka aykırı olarak kullanamayacaktır.⁴⁴¹

İdare ihale kararı alma konusundaki takdir yetkisini de hukuka aykırı kullanamayacaktır. İdarenin hukuka aykırı bir işlemi söz konusu olduğunda idari işlemin geri alınması gündeme gelecektir. Her şeyden önce geri alınan idari işlem, geri alındığı andan itibaren geçmişe dönük olarak geçerliliğini kaybedecektir.⁴⁴² Kural olarak geri alma işlemi, söz konusu işlemin iptali için öngörülen dava açma süresi içinde mümkündür. Geri alma işleminin süreye tabi olması kişi yararı ile kamu yararı arasındaki dengenin sağlanması ve hukuki istikrar ilkeleri gereğidir.⁴⁴³ Ancak istisnai durumlarda bu sürenin geçerli olmayacağı kabul edilmektedir. Her zaman geri alınabilecek idari işlemler kategorisindeki bu istisnalar; “idari işlemin, ilgisinin hilesi veya idareyi yanıltması sonucunda yapılmış olması ve işlemin yok ve hükümsüz sayılacak derecede açık ve ağır hukuka aykırılık taşıması”dır.⁴⁴⁴ Bu işlemlerin her zaman geri alınabilmesindeki temel mantık sayılan işlemlerin hukuki istikrar sağlama vasfı olmadığı ya da hukuki ilişkilerde istikrar ilkesini zedelemeyeceği şeklindeki kabuldür.⁴⁴⁵

Danıştay incelemesine konu olan bir olayda, ihaleye ait şartnamede “(...)sahte evrak tanzim ederek ihaleye giren müteahhitlerin doğru olmayan evrakları, ihale bitmiş ve ihaleyi kazanmış olsalar dahi, Müessesese tespit edildiğinde derhal bu müteahhit saf dışı edilerek geçici veya kat'i teminatı hiçbir ihtar ve ihbara gerek kalmaksızın irat kaydedilecektir.” hükmünün de yer almasına rağmen davalı idare kamunun mali menfaatini gözeterek tercihini, sahte evrak sunsa da en düşük teklifi vermiş olan istekliden yana kullanmıştır. Olayda sahte evrak düzenleyerek ihaleye giren şirket davacı şirkete göre daha düşük teklif vermiş, idare ise ihaleyi kamu yararını üstün bularak hukuka aykırı bir şekilde daha düşük teklif veren istekliye bırakmıştır. Yerel mahkeme idarenin kararını hukuka uygun bularak kararına “kamunun mali menfaatlerini koruma bakımından kamu yararı amacına ve idare hukuku ilkelerine aykırılık bulunmadığı” yönünde gerekçe göstermiştir. Bunun üzerine temyiz istemi ile Danıştay’a taşınan karar Danıştay’da bozulmuştur. Danıştay, kamu yararının

⁴⁴¹Kutlu (1997), s.235.

⁴⁴²Gözübüyük (2007), s.188.

⁴⁴³Günday (2011), s.175.

⁴⁴⁴Yıldırım (2008), s.236.

⁴⁴⁵Günday (2011), s.179.

sağlanmasının hukuka aykırılığın göz ardı edilmesini haklı kılmayacağından bahisle hukuka aykırı takdir yetkisine dayanılarak onaylanan ihalenin, iptal edilmesi gerektiğine karar vermiştir.⁴⁴⁶

İhale komisyonunun ekonomik açıdan en avantajlı teklifi belirleyerek ihale kararı almasına rağmen ihale yetkilisince iptal edilen bir başka karar itirazın şikayet ile Kamu İhale Kurulu'na incelenmiştir. İhale yetkilisinin iptal gerekçelerine örnek teşkil eden kararda Kurul, ihale yetkilisinin “isteklilerin sunduğu teklifler arasında aşırı farklılık bulunduğu ve hastaneye yeni bir biyokimya uzmanı atandığı” şeklindeki gerekçesini haklı bulmuş, buna ek olarak KİK'e göre ihale komisyonundaki üyelerden en az ikisinin ihale konusu işin uzmanı olması şartına ilişkin bir tespit bulunmadığı için ihalenin iptali kararının hukuka uygun olduğuna karar vermiştir.⁴⁴⁷

İdarenin ihalenin iptali için göstermiş olduğu gerekçelerden bir diğeri ihalede rekabet ortamının oluşmamış olmasıdır. Kamu İhale Kurumu ihalenin iptali kararı almada etkili olan rekabet ortamının oluşup oluşmadığı hususunda benzer durumlara ilişkin farklı kararlar vererek çelişkili bir tutum sergilemektedir. Bir kararında;

Yapılan inceleme ve değerlendirmeler neticesinde; sadece geçerli tek teklif kalmasının ihalede rekabet ortamının sağlanmadığı anlamına gelmeyeceği, başvuru sahibinin ihalede teklif etmiş olduğu virgülden sonra 4 haneli olan birim fiyatının, ilgili mevzuat hükümleri ve yukarıda anılan Kurul kararı doğrultusunda, virgülden sonra 2 haneli olacak şekilde yuvarlanması durumunda, ihalenin üzerinde bırakıldığı isteklinin teklif etmiş olduğu birim fiyat ile aynı tutara ulaşacağı göz önüne alındığında başvuru sahibinin ihalede, Kanununun 5 inci maddesinde öngörülen, rekabet ortamının sağlanmadığı belirtilerek ihalenin iptal edilmesi gerektiği(...)

⁴⁴⁶Danıştay 10.Dairesininin 19.04.1993 tarih ve 1992/1866 Esas ve 1993/1561 Karar sayılı kararı. www.danistay.gov.tr (Erişim Tarihi:04.03.2012)

⁴⁴⁷Kamu İhale Kurulu'nun 12.05.2008 tarih ve 2008/UM.Z-2039 sayılı kararı. Karşı oy gerekçesinde ise KİK madde 40'a göre ihale yetkilisinin ihaleyi iptal yetkisi bulunmakla birlikte, bu yetkinin keyfi olarak kullanılamayacağı, kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olarak kullanılabilmesi vurgulanmış aynı zamanda iptal gerekçelerinin içermesi gereken asgari koşullara da yer vermesi verilmiştir. Buna göre “Somut olayda, ihale komisyonu karar tutanağı ve idareye şikayet üzerine başvuru sahibine verilen cevapta yer verilen açıklamalara bakıldığında; verilen teklifler arasında aşırı fiyat farkı bulunduğu ve hastaneye yeni bir biyokimya uzmanı atandığı yönündeki gerekçe (...) mevzuata uygunluğu sağlamak bakımından yeterli değildir. İhale yetkilisinin komisyon kararı üzerine düştüğü şerh ve başvuru sahibine verilen cevap; anlaşılabilir, makul ve mantıklı bir bilgi içermediğinden iptal gerekçesini açıklayamamaktadır.”

iddiası kabul edilmemiştir.⁴⁴⁸

Diğer bazı kararlarında ise tam tersine, aynı durumda ihalenin iptali hukuka uygun bulunmuştur:

Başvuruya konu ihalede (...) 3 firmanın yeterliğe davet edildiği, 2 adet doküman satın alındığı, 2 isteklinin yeterlik başvurusunda bulunduğu, yeterlik başvurusunda bulunan isteklilerden sadece birinin yeterli bulunduğu ve fiyat teklifi verdiği, geçerli tek teklif olması nedeniyle 4734 sayılı Kanunun temel ilkelerinden rekabet ilkesi göz önüne alınarak; “yeterli rekabet oluşmadığı” için ihalenin iptali(...)

mevzuata uygun bulunmuştur.⁴⁴⁹ Yine bir diğer kararında da “5 adet ihale dokümanı satın alındığı halde ihaleye 1 adet teklifin verildiği bu nedenle yeterli rekabet sağlanmadığından ihalenin iptaline karar verilmesi”nin Kanun’a uygun olduğuna karar verilmiştir.⁴⁵⁰ Yine aynı şekilde rekabet ortamının oluşmadığından bahisle ihalenin iptali işleminin hukuka aykırı olmadığı yönünde verilen bir kararda;

Söz konusu ihaleye teklif veren 7 istekliden teklifi aşırı düşük sınır değerinin altında olan 2 isteklinin tekliflerinin ve teklifi sınır değerinin üzerinde bulunan bir istekliye ait teklifin değerlendirme dışı bırakılması neticesinde geçerli 4 teklifin kaldığı, geriye kalan geçerli teklif sayısının ve teklifi değerlendirme dışı bırakılan teklifler ile geçerli teklifler arasında fiyat farkının fazla olduğunun göz önüne alınması neticesinde 4734 sayılı Kanunun 5 inci maddesinde yer alan rekabet ve kaynakların verimli kullanılması ilkelerinin sağlanamayacağı(...)

gerekçe gösterilmiştir.⁴⁵¹

Kamu İhale Kurulu’nun ihalenin iptaline ilişkin verilen kararı iptal ettiği bir diğer kararında ise “ödenek sıkıntısı” gerekçesini hukuka aykırı bulmuştur. İdarenin, “kamu ihtiyaçlarının uygun şartlarla zamanında karşılanması ve kamu kaynaklarının verimli kullanılması ilkeleri göz önünde bulundurularak 2009-2010 yılı bütçelerinde ödenek sıkıntısı nedeniyle revizeye gidileceği” gerekçesiyle ihalenin iptali yönünde verdiği karar, Kurul tarafından ihale onay belgesinde ihale konusu işe ilişkin ödeneğin

⁴⁴⁸Kamu İhale Kurulu’nun 13.09.2010 tarih ve 2010/UH.II-2714 sayılı kararı

⁴⁴⁹Kamu İhale Kurulu’nun 24.11.2008 tarih ve 2008/UH.II-4811 sayılı kararı.

⁴⁵⁰Kamu İhale Kurulu’nun 11.09.2006 tarih ve 2006/UY.Z-2080 sayılı kararı.

⁴⁵¹Kamu İhale Kurulu’nun 21.06.2010 tarih ve 2010/UY.II-1774 sayılı kararı.

bulduğunu tespit etmesi ile “4734 sayılı Kanun’un (...) 5. maddesinde yer alan ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve ödeneği bulunmayan hiçbir iş için ihaleye çıkılmaması ilkeleri dikkate alınarak” mevzuata aykırı bulunmuştur.⁴⁵²

İhalenin iptal gerekçesine emsal teşkil edecek bir Danıştay kararında idarenin takdir yetkisi ile belirlediği gerekçe hukuka uygun bulunmuştur. Buna göre:

(...) (İ)hale komisyonu kararlarının onaylanması aşamasında kamu yararının ve hizmet gereklerinin gerçekleşip gerçekleşmediğinin denetiminin yargı yerlerince yapılabileceği; Başbakanlık'a ait bilgi işlem sisteminin gizliliği ve güvenliği göz önünde bulundurularak idarenin kendi imkânlarıyla hizmeti yerine getirmesinin daha uygun olduğu gerekçesi belirtilmek suretiyle ihalenin iptal edilmesinin idarenin takdir yetkisi çerçevesinde hukuka uygun bulunduğu(...)⁴⁵³

belirtilmiştir. Bir başka kararında ise, ihaleden kamu yararı gözetilerek vazgeçildiğinden ihalenin ihale yetkilisince onaylanmayarak iptal edilmesi hukuka uygun bulunmuştur.⁴⁵⁴

Karara konu ihalede, söz konusu altyapı işi için güzergâh üzerinde bulunan çok katlı apartmanlar ve imarlı arsaların kamulaştırılması gerektiği belirtilmiştir. Bu işlemin, ihale konusu işin çok yüksek meblağlara ulaşmasına ve kamulaştırma işlemlerinin tamamlanması için çok zaman harcanmasına yol açacağı ifade edilerek kamu hizmetinin gecikeceğinden bahisle ihalenin iptalinin gerektiği sonucuna varılmıştır.

Yargıya konu olan bir diğer olayda ihale yetkilisi, ihalenin yaklaşık maliyetin altındaki yalnızca asgari işçilik maliyetini karşılayan teklif sahibine bırakılması kararını onaylamayarak ihaleyi iptal etmiş ve gerekçesinde “(en uygun teklifi veren isteklinin) asgari işçilik maliyetini karşılayacak bir bedelle işi gereği gibi ve etkin olarak yerine getiremeyeceği, dolayısıyla teklif ettiği bedelin tercihe layık olmadığı”nı savunmuştur.⁴⁵⁵ Ancak bu işlem yerel mahkeme tarafından “teklif edilen bedelin çok düşük olmasının (ihalenin) onaylamaması için yeterli olmadığı, sözleşme şartlarına uyulmaması (isteklinin işi gereği gibi ve etkin olarak yerine getirememesi) halinde

⁴⁵²Kamu İhale Kurulu'nun 11.06.2009 tarih ve 2009/UY.III-1672 sayılı kararı.

⁴⁵³Danıştay 13. Dairesinin 8.10.2010 tarih ve 2007/11474 Esas ve 2010/6734 Karar sayılı kararı. www.danistay.gov.tr (Erişim Tarihi: 04.03.2012)

⁴⁵⁴Danıştay 10.Dairesinin 24.03.2006 tarih ve 2004/13877 Esas ve 2006/2074 Karar sayılı kararı. www.danistay.gov.tr (Erişim Tarihi: 04.03.2012)

⁴⁵⁵Danıştay İdari Dava Daireleri 18.10.2007 tarih ve 2004/256 Esas ve 2007/2035 Karar Sayılı Kararı. www.danistay.gov.tr (Erişim Tarihi:04.03.2012)



ihalenin tek taraflı feshedilebileceği gerekçesi ile iptal edilmiştir. Bunun üzerine Danıştay'a başvuran idarenin yerel mahkeme kararının bozulmasına yönelik talebi Danıştay tarafından kabul edilse de yerel mahkeme kararında direnmiştir. İdarenin direnme kararını temyizi üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri “davacının malzeme maliyeti, ekipman, amortisman, sözleşme gideri gibi maliyet kalemlerinin tamamını üstlenmiş olması ve yasal yükümlülükleri de dikkate alındığında yalnızca asgari işçilik maliyetini karşılayacak bir bedelle işi gereği gibi ve etkin olarak yerine getiremeyeceğinden, teklif edilen bedel tercihe layık görülmeyip ihalenin iptal edilmesi işleminde kamu yararı ve hizmet gereklerine aykırılık bulunmamaktadır.” gerekçesi ile direnme kararının bozulmasına böylece ihalenin iptal kararının hukuka uygun olduğuna karar vermiştir.

İhale yetkilisinin ihaleyi iptalinde gerekçenin açıkça bildirilme zorunluluğu, her ne kadar madde gerekçesinde iptal nedenlerine yer verilmemiş olsa da haklı nedenler olmaksızın iptal yetkisinin kullanılmamasını sağlayacaktır.⁴⁵⁶ Bu bakımdan ihale yetkilisinin mutlak ve sınırsız bir takdir yetkisi olmadığı ortadadır. Doktrinde ve Kamu İhale Kurumu'nun verdiği kararlarda yer aldığı üzere, takdir yetkisinin sınırı kamu yararı ve hizmet gerekleri ile çizilmektedir. Kamu İhale Kurul kararının karşı oy gerekçesinde de söz konusu sınırlar şu şekilde tarif edilmiştir:

İdareye tanınmış bulunan takdir yetkisinin hiçbir zaman mutlak ve sınırsız olmadığı İdare Hukukunun bilinen ilkelerindedir. Kamu hizmetlerinin verimliliği, etkinliği ve kamu yararı ile kişi yararı arasında bir denge kurulması zorunluluğu, bu yetkinin sınırını oluşturmaktadır. Takdir hakkının kullanılmasında; idarece takip edilen amaca uygun, keyfilikten, kişisel ve duygusal değerlendirmelerden uzak, objektif ve gerçek kıstaslara bağlı kalınması gerekir.⁴⁵⁷

Danıştay ve Kamu İhale Kurul kararlarından çıkarılan sonuca göre idare, ihalenin iptali konusunda takdir yetkisini kullanırken kamu yararı ve hizmet gerekleri ile bağlı olacaktır.

⁴⁵⁶Buz (2007), s.130.

⁴⁵⁷Kamu İhale Kurulu'nun 20.10.2008 tarih ve 2008/UY.III-4222 sayılı kararı.

3.4.3.İhalenin iptali kararının idari denetimi

İhale komisyonunun veya ihale yetkilisinin ihalenin iptalinde sahip olduğu takdir yetkisinin hukuka uygunluk denetimi için yargı yolunun açık olduğuna şüphe yoktur. Tartışmalı olan konu, ihaleyi iptal eden ihale komisyonu ya da ihale yetkilisinin bu kararının Kamu İhale Kurulu tarafından incelenip incelenemeyeceğidir.

Kamu İhale Kurulu'nun eski tarihli kararlarında, Kurul'un inceleme yetkisinin ihale süreci ile sınırlı olduğundan bahisle ihalenin iptali kararını incelemeye yetkili olmadığı yönünde kararlar alınmıştır. Zira Kurul kararlarında, ihalenin iptali ile ihale süreci geçmişe etkili olarak sona erdiğinden sürece ilişkin olmayan bir kararın incelenemeyeceğine hükmedilmiştir.⁴⁵⁸ Örneğin Kurul bir kararında;

Kanun'da (...) şikayet başvuruları üzerine Kurulca yapılacak idari denetimin sınırının ihale süreci içerisinde ve bu süreçte sonuç doğuran işlem ve eylemler olduğu belirlenmiştir. İhalenin iptaline yönelik idari işlem ile ihale süreci sona erdiğinden, bu süreç içerisinde yapılan idari işlemler ile ilgili olarak Kamu İhale Kurulu tarafından idari denetim yapılamayacaktır. Ancak, bu idari işlemler idari yargı yerinde dava konusu yapılabilecektir.

gerekçesiyle, yapılan itirazın şikayet başvurusunu incelemeyi reddetmiştir.⁴⁵⁹

Kamu İhale Kurumu ihalenin iptali üzerine yapılan başvurular nedeniyle gördüğü lüzum üzerine Danıştay'dan istişari görüş talep etmiştir. Danıştay kararında;

Kamu İhale Kurumu'nun, ihalelerin başlangıcından ihale sözleşmesinin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde, idarece yapılan işlemlerin mevzuata aykırı olduğuna ilişkin şikayetleri inceleyerek sonuçlandırmakla görevli ve yetkili olduğu açıktır. Bu durumda, ihalelerin iptaline ilişkin işlemlerin de ihale süreci içerisinde yapılan idari bir işlem olması nedeniyle Kamu İhale Kurumu'nun bu işlemlere karşı yapılacak şikâyetleri incelemeye yetkili olduğu(...)

sonucuna varılmış ve Kamu İhale Kurumu'nun iptal kararlarını inceleme yolu açılmıştır.⁴⁶⁰

⁴⁵⁸Buz (2007), s.131.

⁴⁵⁹Kamu İhale Kurulu'nun 07.10.2003 tarih 2003/UK.Z-493 sayılı kararı.

4734 sayılı KİK'te 2008 yılında 5812 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle 56.maddeye "İhalenin iptaline ilişkin işlem ve kararlardan, sadece şikayet ve itirazın şikayet üzerine alınanlar itirazın şikayete konu edilebilir ve bu kararlara karşı beş gün içinde doğrudan Kuruma başvuruda bulunulabilir." hükmü getirilmiştir. Böylece ihalenin iptalinin Kurul tarafından değerlendirilmesinin bu kararın; ancak şikayet ve itirazın şikayet üzerine alınmış olması halinde mümkün olacağı düzenlenmiştir.

Bundan başka 28.01.2009 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Tebliğ'in "İtirazın şikayet başvurusu" başlıklı 8.maddesi ile Kurul'un iptal kararı başvurularını incelemesine bir sınır getirilmiştir. Buna göre;

(2) İhalenin iptali kararlarından sadece aşağıda belirtilenler itirazın şikayete konu edilebilir:

a) Şikayet başvurusu üzerine idare tarafından şikayet dilekçesinin kayıtlara alındığı tarih veya sonrasında herhangi bir nedenle idare tarafından alınan iptal kararları.

b) İtirazın şikayet üzerine Kurul tarafından başvurunun reddine veya düzeltici işlem belirlenmesine karar verildikten sonra idare tarafından alınan iptal kararları.

(3) Herhangi bir şikayet veya itirazın şikayet başvurusu olmaksızın idare tarafından alınan ihalenin iptali kararlarına karşı Kuruma itirazın şikayet başvurusunda bulunulamayacağından, bu kararlar ancak idari yargı mercilerinde dava konusu edilebilir.⁴⁶¹

Dolayısıyla idarece verilen ihalenin iptali kararları için idari başvuru yolu kapalı olduğundan yargı yoluna başvurulmaması halinde karar kesinleşecektir. Yargı yoluna başvurulması halinde ise idarenin ihaleyi iptali konusundaki takdir yetkisi sınırsız olmadığından kamu yararı ve hizmet gerekleri konusunda denetime tabi olacaktır.⁴⁶²

⁴⁶⁰Danıştay 1.Dairesinin 13.04.2004 tarih ve 2004/36 Esas ve 2004/42 Karar sayılı kararı.

⁴⁶¹Kamu İhale Kurulu'nun 08.08.2011 tarih ve 2011/UY.II-2703 sayılı kararı: "4734 sayılı Kanunun 56. maddesi uyarınca şikayet ya da itirazın şikayet üzerine idare tarafından alınan ihalenin iptali kararlarına yönelik olarak yapılan itirazın şikayet başvuruları inceleme konusu yapılabilecektir. İncelemeye konu ihalede, idarece iptal kararının şikayet ya da itirazın şikayet üzerine alınmadığı tespit edildiğinden Kuruma itirazın şikayet başvurusu yapılması mümkün bulunmamaktadır. Bu nedenle 4734 sayılı Kanunun 54 üncü maddesinin 10 uncu fıkrasının (c) bendi gereğince başvurunun görev yönünden reddi gerekmektedir" Ayrıca Kamu İhale Kurulu'nun 17.02.2011 tarih ve 2011/UY.II-735 sayılı kararı; 13.01.2011 tarih ve 2011/UH.II-215 sayılı kararı.

⁴⁶²Günday (2011), s.213.

Sonuç

İhale, kamu kaynakları kullanılarak yürütülmesi gereken işin en makul kişiye bırakılmasını sağlamaya yönelik bir hazırlık sürecini ifade etmektedir. İdarenin sözleşmenin karşı tarafını seçmesi için bir süreç olarak addedilen ihale işlemleri idari yargıya tabi kılınmıştır. Sözleşme sonrasındaki süreç ise 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu çerçevesinde ele aldığımız ihale sözleşmeleri bakımından, teorik bir ayrımla adli yargının görev alanına girmektedir. Yapılan bu keskin ayrımla somut olayın koşulları, idari yargı tarafından korunan kamu yararının sözleşme sonrası da devam ettiği gibi hususlar göz ardı edilmiştir. 4735 sayılı Kanun'a tabi sözleşmelerde somut olayın koşulları da gözetilerek denetimin, görev alanı bakımından bu alanda uzman olan idari yargıya bırakılması yerinde olacaktır.

İhale süreci ihale işleminin organik ve maddi unsuruna göre ihale mevzuatının iki temel kanunu olan 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ya da 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na tabi olacaktır. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun gerekçesinde Devlet İhale Kanunu'nun günümüzün gelişen ve değişen ihtiyaçlarına cevap veremediği, uygulamada ortaya çıkan aksaklıkları gidermede yetersiz kaldığı, bütün kamu kurumlarını kapsamadığı, AB ve uluslararası ihale uygulamalarına paralellik göstermediğinden kamu ihaleleri ile ilgili geniş kapsamlı yeni bir kanuna ihtiyaç duyulduğu belirtilmektedir. Bu amaçla Kamu İhale Kanunu çıkarılmış olmasına rağmen Kanun hükümlerine getirilen istisnalar nedeniyle bu Kanun da, amacına uygun olarak bütün kurumları kapsamamaktadır. Bu nedenle söz konusu istisnalar yeniden düzenlenerek Kanun'un tüm idareleri kapsamaya sağlanmalıdır.

Maddi olarak ise Kamu İhale Kanunu'nun harcama gerektiren mal ve hizmet alım ile yapım işlerini; Devlet İhale Kanunu'nun ise gelir getiren satım, kira, trampa ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işlerini kapsamaktadır. Konu bazında da bazı kurumların bazı işleri Kamu İhale Kanunu kapsamı dışında bırakıldığından yine Kanun'un çıkarılma amacıyla ters düşen bir durum ortaya çıkmaktadır. Bu şekilde getirilen istisnalar Kanun kapsamına giren işlerin belirlenmesini de güçleştirmektedir.

İhale konusu mal veya hizmet alımları ya da yapım işleri için her türlü fiyat araştırması yaparak KDV hariç belirlenen bedel yaklaşık maliyettir. Ekonomik açıdan en avantajlı teklifin tespiti için yaklaşık maliyetin doğru tespit edilmesi önemlidir.

Uygulamada aşırı düşük teklif sorgulamasında yapılan açıklamalar yeterli bulunmayarak kimi zaman yaklaşık maliyetin altındaki tüm teklifler reddedilmektedir. Yaklaşık maliyetin doğruluğunun tespit edilmeden sunulan aşırı düşük tekliflere getirilen açıklamaların yetersiz bulunmasının önüne geçmek için hesaplanan yaklaşık maliyetin doğruluğunun kontrol edilmesine yönelik kanuni düzenleme yoluna gidilmelidir.

İhaleye maksimum katılım sağlanmasında önemli bir yere sahip olan ilan müessesesi hem rekabet ilkesinin hem de şeffaflığın sağlanmasına hizmet etmektedir. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda 2008 yılında yapılan değişikle ilan sürelerinin uzun olduğu yönündeki eleştirilere karşılık Elektronik Kamu Alımları Platformu (EKAP) uygulaması ile ilan sürelerinin kısaltılması söz konusu olmuştur. EKAP üzerinden ilan, ihale dokümanı ve ön yeterlik dokümanına erişim sağlandığından sürelerde kısalma olmaktadır. AB uyum sürecinde bu gelişme ihale hukukunu da oldukça ileri taşımıştır.

İhaleye hazırlık sürece ilişkin olarak isteklilerin ihale teklif mektuplarını hazırlarken uyması gereken kuralların oldukça katı olduğu söylenebilir. Öyle ki kimi zaman ihalenin nihai amacı olan kamu kaynaklarının etkin kullanılmasının önüne geçen yaptırımlar söz konusu olmaktadır. Örneğin teklif mektup zarfındaki bir eksiklik, teklifin hiç açılmadan reddedilmesine neden olabilmektedir.

Çalışmanın ilk bölümünde ele alınan ihale sürecine ilişkin açıklamaların ardından, ikinci bölümde asıl meselemiz olan ihalede idarenin takdir yetkisine dayalı alanlar irdelenmiştir. Bu alanların tespitinde en çok Kamu İhale Kurul kararlarından yola çıkılmıştır. Bu yönüyle çalışmanın uygulamayla iç içe olması sağlanmak istenmiştir. Nitekim ihale hukukuna da bu kararlar yön vermektedir. Ancak çalışma esnasında aynı konuda verilen farklı kararlar da tespit edilmiş, bu tartışmalı alanlara ve yargıya taşınan kararlara yer verilerek kamu ihale sürecindeki problemler ortaya konmuştur.

İdare belli alanlarda bir kararı alıp almama ya da seçenekler arasında tercih yapma yetkisine sahipse takdir yetkisinin varlığından söz edilebilecektir. İdarenin ihale alanındaki yetki ve görevlerinin kanun koyucu tarafından tam anlamıyla düzenlenmesi mümkün olamayacağından, bu yetki adeta bir ihtiyaçtır. Bunun yanı sıra alanın teknik özelliği haiz olması ve güncellenen ihtiyaçlara yanıt verebilme gereksinimi de takdir yetkisini zorunlu kılmıştır. Bu yetkinin kamu yararı ve hizmet gerekleri ile sınırlı

olduğu, gerek yargı kararlarında, gerekse Kamu İhale Kurul kararlarında sık sık vurgulanmıştır. Bu sınırların içeriği ise somut olayla belirlenebilecektir.

İdarenin almış olduğu kararlar için yapılacak denetim hukukilik denetimi olup yerindelik denetimi sınırlarına girilemeyecektir. Böylece idarenin takdir yetkisine bir koruma getirilmektedir. Bu kuralın bir istisnası olarak sınırlar ancak açık hata olması halinde kalkmaktadır. İdare belirgin bir şekilde, hemen fark edilebilecek, adeta hukuk kuralını yanlış anlaması sonucu bir hata yaparsa, takdir yetkisi bu noktada denetlenebilecektir. Nitekim bu da idarenin takdir yetkisinin denetiminde son noktadır.

Uygulamadan derlenen idarenin takdir yetkisi ile hareket edebildiği ihale alanları; ihale usulleri ve alım yöntemlerinin seçimi, ihale dokümanın düzenlenmesi, sözleşmecinin belirlenmesine etki eden bilgi eksikliğinin tamamlanması, aşırı düşük teklif sorgulaması yapılması ve ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesi ile ihalenin iptali olarak ele alınmıştır.

İhale usulünün seçimi ihale sonucuna doğrudan etki ettiğinden önemli bir meseledir. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda düzenlenen temel ihale usulleri açık ihale usulü ile belli istekliler arasında ihale usulüdür. Açık ihale usulüne herkes başvurabilirken belli istekliler arasında ihale usulüyle yapılan ihalelere katılım için bazı şartların oluşması gerekmektedir. Bu usul için bazı genel şartlar belirlense de idarenin yapacağı geniş bir yorumla açık ihale usulünün dışına çıkılması mümkün olduğundan belli istekliler arasına ihale usulünün uygulanabileceği alanlara ilişkin koşulların tek tek sayılması gereklidir. Böylece bu alana getirilen eleştirilerin de önüne geçilecektir. Ayrıca belli istekliler arasında ihale usulünü tercih koşulları oluştuktan sonra hala idarenin açık ihale usulünü seçip seçemeyeceğine yönelik bir düzenleme getirilmesi uygun olacaktır.

Özel koşulların oluşması ile başvurulabilen bir yöntem olan belli istekliler arasında ihale usulü temel ihale usulü olmaktan çıkarılırsa idarenin daha geniş katılıma imkan veren açık ihale usulünün dışına çıkması güçleşecektir. Şu anki düzenlemeye göre belli istekliler arasında ihale usulü de temel ihale usulü olarak addedildiğinden, Kanun'da aksi bir düzenleme olmadığından belli istekliler arasında ihale usulünün şartlarının oluştuğuna kanaat getiren idare açık ihale usulünden ziyade bu usulü tercihe meyletmektedir. Bu da daha fazla katılımı sağlayan ve rekabetin fazla olduğu açık ihale usulünün terkine neden olmaktadır.

Kanun'da yalnız bazı şartların gerçekleşmesi ile başvurulabilecek olan istisnai bir usul olarak ise pazarlık usulü düzenlenmiştir. Ancak pazarlık usulünün şartları oluştuğu halde hala temel ihale usulleri uygulanabilecektir, bu konuda takdir idarenindir.

Pazarlık usulünün uygulanabilmesi için gereken koşullardan biri de ani ve beklenmeyen veya idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların çıkması ile ihalenin ivedi yapılmasının şart olmasıdır. Bu koşulun içeriğinin belirlenmesinde idareye geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır. Zira maddede sayılan doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi olaylar örnek mahiyetinde sayılmıştır. Bu nedenle söz konusu bende açıklık ve bir sınır getirilmesi yerinde olacaktır.

Sayılan usullerin dışında Kanun'da usul olarak değil ve fakat alım yöntemi olarak doğrudan temin yöntemi ve tasarım yarışmaları düzenlenmiştir. Doğrudan temin yönteminde ilan yapılmadan, teminat alınmadan, ihale komisyonu kurulmadan, Kanun'un 10.maddesinde yer alan koşullar aranmadan salt yapılacak fiyat araştırması esas alınmak suretiyle alım yapıldığından bu yönetime başvuru koşullarına titizlikle riayet edilmesi gerekmektedir. Nitekim bu koşullardan bazılarının içi idare tarafından doldurulmak üzere boş bırakılmıştır. Tasarım yarışması yönteminde ise ilan yapılmakta ancak fiyat araştırması dahi yapılmamaktadır. Bu nedenle bu yöntemlere ancak ihale usullerine başvurulamayacak durumlarda gidilmesi, idare bakımından bağlı yetkinin ön plana çıkarılması ihale hukukunun temel ilkelerine daha uygun olacaktır.

İhale dokümanı, Kamu İhale Kurumu tarafından çıkarılan Tip İdari Şartnameye göre hazırlanmak zorunda olduğundan idarenin bu konudaki takdir yetkisi oldukça kısıtlanmıştır. Ancak istenmesi zorunlu olmayan bilgi ve belgelerde idarenin takdir yetkisi olacaktır.

AB müzakere sürecinde AB mevzuatıyla uyumun sağlanması amacıyla ihale hukuku alanında pek çok düzenlemenin yapılmasına rağmen, ihale dokümanında yer alan yerli isteklilere fiyat avantajı sağlanmasına ilişkin koşul, söz konusu süreçte engel teşkil edeceğinden eleştirilmektedir. AB Anlaşması'na taraf olmadan bu konuda bir düzenleme yoluna gidilme zorunluluğu doğacağından bu konuda kanun koyucunun gerekli hazırlıkları yapması gerekmektedir.

Sözleşmecinin belirlenmesine etki eden unsurlarda idarenin takdir yetkisinden söz edilen alanlardan biri, bilgi eksikliğinin esası değiştirecek nitelikte olmadığını tespiti üzerine bu eksikliğin tamamlanmasına ilişkindir. Belge eksikliğinin tamamlanması

şeklindeki düzenleme Kanun'dan çıkarılmış, sadece bilgi eksikliğinin tamamlanmasına imkan tanınmıştır. Belge eksikliğinin esası etkilemeyecek nitelikte olduğunun tespitinin zor oluşuna yönelik eleştiriler de böylece son bulmuştur.

Sözleşmeyi belirlemede en önemli etken ekonomik açıdan en avantajlı teklifin tespitidir. Ancak bu aşamadan önce aşırı düşük tekliflerin sorgulanması gerekmektedir. Bu aşamada idare için gerçekçi ve objektif kriterlerin geliştirilmesi şarttır. Ayrıca yaklaşık maliyette yer alan kar marjını sıfıra indiren tekliflerin elenmemesi konusunda düzenleme yapılmalıdır. Nitekim söz konusu teklifler ihalede nihai amaç olan kaynakların etkin kullanılmasına hizmet etmektedir.

Ekonomik açıdan en avantajlı teklif, kural olarak fiyat esasına göre belirlenmektedir ve bu durumda sunulan tekliflerin en düşüğüdür. Ancak kuralın istisnası birden fazla en düşük aynı bedelde teklif olmasıdır. Bu durumda değerlendirilecek fiyat dışı unsurlarda idareye takdir yetkisi verilmiştir. Bu yetkinin kullanılabilmesi için ise fiyat dışı unsurların önceden ihale dokümanında belirlenmesi şarttır. Uygulama kolaylığı açısından fiyat dışı unsurların geliştirilmesi, daha detaylı düzenlenmesi yerinde olacaktır.

Son olarak ihale sürecinde ihalenin iptali konusunda idareye verilen takdir yetkisi ortaya konmuştur. İhalenin iptali Kanun'da bir sistematiğe oturtulmaksızın dağınık şekilde düzenlenmiştir. İhale saatinden önce idare ihalenin yapılmasına engel teşkil edebilecek bir eksiklik tespit ederse ihale iptal edilecektir. Yine belli istekliler arasında ihale usulünde ihaleye davet edilebilecek aday sayısı beşten az ya da teklif veren istekli sayısı üçten az olursa ihalenin iptali gündeme gelecektir. İhalelere katılmaktan yasaklı olanların ihaleye katıldığına tespiti ihale sürecinde gerçekleşirse bu istekliler ihale dışında bırakılacaktır. Ancak bu durum ihale sonuçlandığında tespit edilirse ihale kamu yararına binaen iptal edilecektir.

Bunların dışında 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 39. ve 40.maddelerinde ihalenin iptaline yönelik genel düzenlemelere yer verilmiştir. Madde 39'da ihale komisyonunun geçerli bir gerekçe ile bütün teklifleri reddedebileceği düzenlenmiştir. Ancak ihale komisyonunun bu kararının geçerli olabilmesi için ihale yetkilisinin onayı gerekmektedir. Söz konusu iptal için idareye takdir yetkisi tanınmış olmakla birlikte bu yetki sınırsız değildir. Maddenin genel gerekçesinde bir takım gerekçeler belirtilmiştir. Bu koşulların gerekçede değil, Kanun metninde yer alması böylece bağlı yetki ile

idarenin sınırlandırılması daha uygun olacaktır. Madde 40'ta ihale kararının iptali düzenlenmiştir. İhale komisyonu ihale kararını onaylasa dahi ihale yetkilisi ihalenin iptali kararı verebilecektir. Madde 40'ın gerekçesinde iptal sebepleri düzenlenmediğinden ihale yetkilisi de madde 39'un gerekçesindeki nedenleri gözetebilecektir. Bu konudaki belirsizliğin bir an önce yasal düzenlemeye kavuşturulması gerekir. Aksi halde idarenin takdir yetkisi ile temel ilkelerin ihlali gündeme gelecektir. Bu yetkinin bağlı yetkiye dönüştürülmesi temel ilkeler bakımından önemi haizdir.

İdarenin iptal kararları kanundaki son şekliyle; şikayet ya da itirazın şikayet üzerine alınmışsa Kamu İhale Kurulu tarafından incelenebilecektir. Ancak bu kararlar için yargı yolu açıktır.

Kaynakça

- Aksoy, M. ve Erbay, K.E. (2006). *Kamu alımlarında ihale ve sözleşme süreci*. Ankara: Muhasebat Kontrolörleri Derneği.
- Akyazan, A.E. (2009). Maddi açıdan idari işlemler. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 22(85),220-240.
- Akyılmaz, B. vd. (2011). *Türk İdare Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Alan, N. (1982). Türk İdari Yargısında yerindelik ve takdir yetkisinin değerlendirilmesi. *İdari yargıda son gelişmeler sempozyumu*. Ankara: Danıştay Yayınları.
- Atay, E.E. (2009). *İdare hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Aslan, Y. (2003). Yeni ihale sistemi ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu üzerine bir inceleme. *Mali Hukuk*, 18 (104), 37-51.
- Acar, G. (2003). İhale mevzuatının uygulanmasında karşılaşılan sorunlar. *Mali hukuk*, 18 (107), 5-10.
- Akdoğan, M. (2009). Avrupa Birliği uyum sürecinde Türk ihale rejiminin şeffaflık açısından değerlendirilmesi. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: İstanbul Üniversitesi.
- Baş, H.H.ve Seyhan, E.Y. (2008). *Yargı ve kurul kararları ışığında 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve ilgili mevzuat*. Ankara: Beta Yayıncılık.
- Başaran, M.Ş.vd.(2009). *Kamu ihalelerinde karşılaşılan güncel sorunlar*. İzmir: İzden Yayıncılık.
- Bilgin, H. (2009). 5812 sayılı Kanun ile Kamu İhale Kanunu'nda yapılan değişiklikler. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 22(86), 339-382.
- Buz, V. (2007). *Kamu ihale sözleşmelerinin kuruluş ve geçerlilik şartları*. Ankara: Yetkin Yayınevi.
- Bulutoğlu, K.ve Kurtuluş, E. (1981). *Bütçe ve kamu harcamaları*. Ankara: Ekin Kitabevi.
- Çağlayan, R. (2003). İdarenin takdir yetkisinin yargısal denetimi. *Atatürk Üniversitesi Erzurum Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7 (3-4), 171-208.

- Çelikleş, İ. (2003). 4964 Sayılı Kanunla 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nda yapılan değişikliklerin, ihale usulleri ve bunların sözleşmeye bağlanmaları açısından değerlendirilmesi. *Sayıştay Dergisi*, 50-51, s.103-120.
- Demirel, S. (2010). İhale yetkilisinin ihaleyi iptali. *Mali Hukuk*, 6 (150), 7-13.
- Doğanyigit, S. (2003). Aşırı düşük tekliflerin değerlendirilmesi. *Mali Hukuk*, 18 (108), 35-40.
- Ersan, G. (2008). *İdarenin takdir yetkisi ve takdir yetkisinin yargısal denetimi*. Yayınlanmamış yüksek lisans tezi. Trabzon: Karadeniz Teknik Üniversitesi.
- Ertaş, R.C. (2010). *Kamu kaynaklarının etkin kullanımı açısından Kamu İhale Kanunu'nda öngörülen ihale usullerinin incelenmesi ve değerlendirilmesi*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Gazi Üniversitesi.
- Giritli, İ. vd. (2011). *İdare Hukuku*. İstanbul: Der Yayınları.
- Gök, Y. (2007). Kamu İhale Sözleşmelerine hakim olan ilkeler. *Mali Hukuk*, 22 (132), 5-9.
- Gök, Y. (2009). Kamu İhale Kanunu'nda yapılan değişikliğin eksik belge ve bilgilerin tamamlattırılması uygulaması açısından değerlendirilmesi. *Güncel Mevzuat*, (4)37, 13-16.
- Gök, Y. (2010). İhaleye katılım kriterlerinin belirlenmesinde gözetilmesi gereken ilke ve kurallar. *Güncel Mevzuat*, 50, 3-9.
- Gönen, D.ve Işık, H. (2003). Açıklamalı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ve ilgili mevzuat. Ankara:Yetkin Yayıncılık.
- Gözler, K. (2006). *İdare hukuku dersleri*. Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları.
- Gözler, K. (2009a). *İdare Hukuku Cilt I*. Bursa:Ekin Basım Yayım Dağıtım.
- Gözler, K. (2009b). *İdare Hukuku Cilt II*. Bursa: Ekin Basım Yayım Dağıtım.
- Gözübüyük, A.Ş. (2007). *Yönetmelik Yargı*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Gözübüyük, A.Ş.ve Tan, T. (2007). *İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Günel, C. (2011). *İdarenin mal ve hizmet edinme usullerinden biri olarak kamu ihaleleri*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: İstanbul Üniversitesi.
- İnan, A. (2011). *İhale hukuku ders notları*. Ankara: Yazarın kendi yayını.

- İşbir, B. (2011). *Kamu ihalelerine katılma yasağı*. Ankara: Turhan Kitabevi, 28.
- Kalabalık, H. (1997). İdare hukukunda takdir yetkisi kavramı ve benzer kurumlarla karşılaştırılması. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1 (2), 258-295.
- Kale, H. (2010). Kamu İhale Kanunu'nun 21/b maddesi bağlamında Kamu İhale Hukuku'nda öngörülmezlik kavramı. *Güncel Mevzuat*, (58), 14-19.
- Kaya, O. (2009). İhalelerde eksik bilgilerin tamamlanması. *Güncel Mevzuat*, 48, 3-8.
- Kılıç, D. (2010). *Kamu alımları ihale ve sözleşmeleri*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Kırışik, F.ve Aydın, N. (2002). İdari işlemin unsurlarında takdir yetkisinin varlığı sorunu. *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 7 (2), 331-344.
- Korkutay, A.ve Sezer, Y. (2007). Kamu İhale Kanunu'nun 63.maddesinin AB hukuku perspektifinden değerlendirilmesi. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 56(3), 137-171.
- Korkmaz, G. (2008). *4734 Sayılı Kanun kapsamındaki kamu ihalelerinde idari ve yargısal denetim*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Kocaeli: Kocaeli Üniversitesi.
- Kutlu, M. (1997). *İdare sözleşmelerinde ihale süreci*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları.
- Kutlu Gürsel, M. (2003). Kamu ihale sürecinde rekabetin bozulması. *Ünal Tekinalp'e Armağan Cilt III*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 597-623.
- Kutlu Gürsel, M. (2008). Genel olarak "kamu ihalesi" ve "kamu ihale sözleşmesi" kavramları. *Güncel Mevzuat*, 3 (30), 4-9.
- Küçükgüngör, E. ve Akipek, Ş. (2003). Kamu İhale Sözleşmeleri. *Mali Hukuk*, 18 (103), 39-50.
- Oder, B. (2004). Kamu İhale Hukuku. *Günışığında yönetim*, (İl Han Özay), İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Okay Tekinsoy, Ö. (2011). *İdare hukukunda kamu düzeni kavramı*. İstanbul: Oniki Levha Yayınları.
- Onar, S.S. (1966a). *İdare hukukunun umumi esasları cilt I*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası.

- Onar, S.S. (1966b). *İdare hukukunun umumi esasları cilt III*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası.
- Önüt, L.B. (2006). *Avrupa Topluluğu (Birliği) Hukuku'nda Hizmet İhaleleri*. Yayınlanmamış yüksek lisans tezi. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi.
- Özay, İ.H. (1996). *Günişığında yönetim*. İstanbul: Alfa Yayıncılık.
- Özay, İ.H. (1999). Kamu İhaleleri: Bir örnek olayın düşündürdükleri. *Prof.Dr.Nihal Uluocak'a Armağan*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 251-260.
- Özay, İ.H. (2007). İhale usulleri ya da “iskambilden şato” ile bir fok ve penguen öyküsü. *Prof.Dr.Yavuz Alongoya için armağan*. İstanbul: Alkım Kitabevi, 871-896.
- Özdemir, H.E. (2005). *Kamu İhale Kanunu'nda düzenlenen ihale işlemleri*. Yayınlanmamış Doktora Tezi. İstanbul: Marmara Üniversitesi.
- Serdar, A. (2000). İhale reformu. *Sayıştay Dergisi*, (37), s.3-10.
- Sezer, Y. (2002). Kamu İhale Kanunu: şeffaflık ve rekabet. *Amme İdaresi Dergisi*, 35 (4), s.57-82.
- Sezer, Y. ve Kargın, N. (2002). Kamu yönetiminin modernleşmesinde şeffaflaşma sorunu. *Türk İdare Dergisi*, 82 (436), s.209-226.
- Sırabaşı, V. ve Yılmaz, İ. (2009). 5812 sayılı kanun ile değişik açıklamalı-içtihatlı güncel kamu ihale mevzuatı, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Şahin, C. (2008). *4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamındaki ihalelerde tekliflerin hazırlanması ve sunulması usulü*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Gazi Üniversitesi.
- Şimşek, V.A. (2006). *Adım adım ihale*. Ankara: Yaklaşım Yayıncılık.
- Tan, T. (1995). İdari sözleşme kuramına ilişkin gözlemler. *Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 50 (3-4), s.291-309.
- Taşdelen, A. (2004). *Kamu harcamaları hukukunda ihale süreci*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Tekinsoy, M.A. (2006). İdari sözleşmelerde ölçüt sorunu. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 55 (1-2), s.181-227.

- Türk Sanayiciler ve İşadamları Derneği (2001). *Kamu alımlarında etkin ihale tasarımı*. İstanbul: Türk Sanayiciler ve İşadamları Derneği yayını.
- Uz, A. (2005). *Kamu ihale hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Uz, A. (2008). İhale konusu hukuki işlemler bakımından 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun kapsamı ve gelir/hasılat paylaşımı uygulaması: "iddaa" örneği. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 57 (1-2), s.183-223.
- Yalazay, S. (2010), *Eşitlik ilkesi çerçevesinde 4734 sayılı kamu ihale kanunu kapsamındaki ihalelerde tekliflerin hazırlanması, sunulması ve değerlendirilmesi usulü*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Gazi Üniversitesi.
- Yayla, Y. (1964). İdarenin takdir yetkisi. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 30 (1-2), s.201-211.
- Yayla, Y. (1990). *İdare Hukuku I*. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Yayla, Y. (2009). *İdare hukuku*. İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Yılmaz, B.M. (2007). *Kamu alımlarında idari denetim*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Yıldırım, T. (2008). *İdari Yargı*. İstanbul: Beta Yayıncılık.

Online Kaynaklar

- Avrupa Komisyonu Türkiye 2011 Yılı İlerleme Raporu {COM(2011) 666. www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/2011_ilerleme_raporu_tr.pdf (Erişim Tarihi: 05.05.2012)
- İğdeler , S. Kamu İhale Kanunu'nun getirdiği sorunlar. *İç İşleri Bakanlığı İnceleme-Araştırma Raporu*. www.mulkiyeteftis.gov.tr/userfiles/KIK_Sorunlari.doc (Erişim Tarihi: 10.04.2012)
- Hamurcu, K. (2003). Kamu İhale Kanunu ve uygulaması. *Adalet Dergisi*, 15. <http://www.yayin.adalet.gov.tr/dergi/15say%C4%B1.pdf> (Erişim Tarihi:05.02.2012)
- Kamu İhale Kurul kararları. www.ihale.gov.tr/ (Erişim Tarihi: 04.04.2012)
- KİK Genel Gerekçe. www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss794m.htm (Erişim Tarihi: 13.01.2012)

Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük. www.tdkterim.gov.tr/bts/ (Erişim Tarihi:04.04.2012)

Türk Hukuk Kurumu, *Türk Hukuk Lügatı* .www.turkhukukkurumu.org.tr/thl/metin/I.pdf (Erişim Tarihi: 14.04.2012)

Danıştay'ın kararları. www.danistay.gov.tr (Erişim Tarihi: 04.03.2012)

01.07.2006 tarihli ve 26215 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Dokuzuncu Kalkınma Planı (2007-2013). www.dpt.gov.tr (Erişim Tarihi:13.04.2012)

Mahkeme Kararları

Danıştay 13.Dairesinin 10.02.2010 tarih ve 2007/1724 Esas ve 2010/1168 Karar sayılı kararı.

Danıştay İdari Daire Davaları Genel Kurulu'nun 03.05.1985 tarih ve 1985/80 Esas ve 1985/80 Karar sayılı kararı.

Danıştay 10.Dairesinin 17.10.1990 tarih ve 1989/492 Esas ve 1990/2224 Karar sayılı kararı.

Danıştay 10.Dairesinin 26.03.2003 tarih ve 2002/5500 Esas ve 2003/1119 Karar sayılı kararı.

Danıştay 10.Dairesinin 22.06.2004 tarih ve 2004/8257 Esas ve 2004/7618 Karar sayılı kararı.

Danıştay 13.Dairesinin 21.09.2005 tarih ve 2005/7980 Esas ve 2005/4580 Karar sayılı kararı.

Danıştay 13.Dairesinin 11.11.2005 tarih ve 2005/6367 Esas ve 2005/ 5455 Karar sayılı kararı.

Danıştay 5.Dairesinin 26.03.1970 tarih ve 1969/4331 Esas ve 1970/1004 Karar sayılı kararı.

Danıştay 12. Dairesinin 24.04.1978 tarih ve 1977/1349 Esas ve 1987/955 Karar sayılı kararı.

Danıştay 8.Dairesinin 18.05.2010 tarih ve 2010/106 Esas sayılı kararı.

Danıştay 8.Dairesinin 12.04.2010 tarih ve 2009/7858 Esas sayılı kararı.

Danıştay 8.Dairesinin 06.02.2003 tarih ve 2008/8235 Esas sayılı kararı.

Danıştay 8. Dairesinin 16.04.2010 tarih ve 2010/2304 Esas sayılı kararı.

Danıştay 8.Dairesinin 27.01.2010 tarih ve 2010/2 Esas sayılı kararı.

Danıştay içtihadı Birleştirme Kurulunun 22.12.1973 tarih ve 1968/8 Esas ve 1973/17 Karar sayılı kararı.

Danıştay 10.Dairesinin 24.05.1993 tarih ve 1991/2389 Esas ve 1993/2134 Karar sayılı kararı.

Danıştay 10.Dairesinin 13.03.1991 tarih ve 1988/2571 Esas ve 1991/922 Karar sayılı kararı.

Danıştay 13.Dairesinin 10.02.2010 tarih ve 2007/1724 Esas ve 2010/1168 Karar sayılı kararı.

Danıştay 13.Dairesinin 03.12.2010 tarih ve 2009/4101 Esas ve 2010/8217 Karar Sayılı kararı.

Ankara Bölge İdare Mahkemesi'nce 24.06.2009 gün ve Y:D.İtiraz No:2009/2598 sayılı kararı.

Danıştay 13. Dairesinin 30.11.2005 tarih ve 2005/906 Esas ve 2005/5713 Karar sayılı kararı.

Danıştay 13. Dairesinin 06.06.2011 tarih ve 2008/9485 Esas ve 2011/2691 Karar sayılı kararı.

Danıştay 10.Dairesinin 19.04.1993 tarih ve 1992/1866 Esas ve 1993/1561 Karar sayılı kararı.

Danıştay 13. Dairesinin 8.10.2010 tarih ve 2007/11474 Esas ve 2010/6734 Karar sayılı kararı.

Danıştay 10.Dairesinin 24.03.2006 tarih ve 2004/13877 Esas ve 2006/2074 Karar sayılı kararı.

Danıştay İdari Dava Daireleri 18.10.2007 tarih ve 2004/256 Esas ve 2007/2035 Karar Sayılı Kararı.

Danıştay 1.Dairesinin 13.04.2004 tarih ve 2004/36 Esas ve 2004/42 Karar sayılı kararı.