

**T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

DOKTORA TEZİ

**4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNU
KAPSAMINDA YAPILAN İHALELERE KARŞI
İDARİ BAŞVURU YOLLARI**

HAZIRLAYAN

Sait YALAZAY

2502100373

TEZ DANIŞMANI

Doç. Dr. Melikşah YASİN

İSTANBUL - 2014



DOKTORA

TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN

Adı ve Soyadı : SAİT YALAZAY

Numarası : 2502100373

Anabilim/Bilim Dalı : KAMU HUKUKU

Danışman : DOÇ.DR.MELİKŞAH YASİN

Tez Savunma Tarihi : 26.06.2014

Tez Savunma Saati : 14:00

Tez Başlığı : 4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNU KAPSAMINDA YAPILAN İHALELERE KARŞI İDARİ BAŞVURU YOLLARI

TEZ SAVUNMA SINAVI, Lisansüstü Öğretim Yönetmeliği'nin 50. Maddesi uyarınca yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin KABULÜ'NE OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1.PROF.DR.TURAN YILDIRIM		DÜZELTME
2. PROF.DR.AYDIN GÜLAN		DÜZELTME
3. PROF.DR.CEMİL KAYA		
4. DOÇ.DR.MELİKŞAH YASİN		KABUL
5. YRD.DOÇ.DR.CENK Y.ŞAHİN		KABUL

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1. DOÇ.DR.NUR KAMAN		
2. DOÇ.DR.ZEKERİYA KURŞAT		KABUL

4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu Kapsamında Yapılan İhalelere Karşı İdari Başvuru Yolları

Sait YALAZAY

ÖZ

Bu tezde, 4734 Sayılı Kanun ile getirilen ihalelere özgü idari başvuru yolu inceleme konusu yapılmaktadır. Çalışmamız 4734 Sayılı Kanun kapsamındaki ihalelere ilişkin olup, Kanunun sınırı çalışmamızın da sınırlarını oluşturmaktadır.

Metodoloji olarak ihalelere yönelik idari başvuru yolunun, genel idari başvuru yolu ile kıyaslama yöntemi kullanılacaktır. Uygulamaya ilişkin olmak üzere özellikle ihale konusunda bağımsız idari otorite olan Kamu İhale Kurulunun kararları örnek olarak verilecektir. Uygulamada Kamu İhale Kurulu kararlarından farklılık arz eden Danıştay ve İdare Mahkemesi kararlarına da tartışma konuları içerisinde yer verilecektir. Doktrinde, özellikle tartışma konusu olan konularda, farklı görüşlere yer verilerek konular değişik açılardan değerlendirmeye tabi tutulacaktır. İhalelere yönelik idari başvuru yollarının temel gerekçelerinden birisi uluslararası düzenlemelere uyum sağlamak olduğundan, konular incelenirken uluslararası düzenlemelerle karşılaştırma yoluna da gidilecektir.

Çalışma üç bölümden oluşmakta olup ilk bölümde, genel idari başvuru yolundan ayrı olmak üzere ihalelere özgü zorunlu bir idari başvuru yolu kurulmasının sebepleri üzerine durulacaktır. Yine ilk bölümde ihalelere karşı idari başvuru yollarının türleri olan şikayet ve itirazın şikayet müesseselerinin, idare hukukunda yer alan diğer idari denetim mekanizmalarıyla karşılaştırılarak sınıflandırılması yapılacaktır. İkinci bölümde ise idari başvuru yollarının kullanılış usulü; ehliyet, süre ve şekil başlıkları altında incelemeye tabi tutularak, idari başvuruların ve başvuru sahiplerinin sahip olması gereken nitelikler ortaya konulacaktır. Çalışmanın son bölümünde yapılan idari başvuruların incelenme usulü ve inceleme sonucunda alınacak kararlar, başvurunun ihale sürecine etkisi gibi konular ele alınacaktır. Son bölümde ayrıca kararlara karşı başvuru yolları ve bu kararların uygulanma zorunluluğu konuları üzerinde durulacaktır.

**Administrative Remedies To Procurements Imposed by Public Procurement
Law No:4734**

Sait YALAZAY

ABSTRACT

In this study, administrative remedy special to procurement imposed by Law No: 4734 is analyzed. Our study is related to procurements under the law no: 4734 and the limits of this law constitutes the border of our study.

Comparison of administrative remedy directed at procurements with the general administrative remedy will be used as a methodology. Related to implementation, especially decisions of Public Procurement Authority, the public authority regarding the tender, will be cited. In practice, the decisions of Council of State and Administrative Court, differing by decisions of Public Procurement Authority, will be included to the matters of debate. The matters will be evaluated from different aspects by including different opinions especially about the matter of debate in doctrine. While one of the main justifications of administrative remedy related to procurement is the adaptation to the international regulations, a comparison will be done about international regulations during the examination of the matters.

The study consists of three parts, the first part analyses the reasons of creating administrative remedy, which is essential for procurements apart from general administrative remedy. In this part, the types of administrative remedy against procurements, application and appeal, will be compared with other administrative auditing mechanisms in administrative law and will be classified. In the second part, the implication method of administrative remedy in terms of qualification, duration and form of administrative applications and applicants will be discussed. In the last part of the thesis, the examination method of administrative remedies and the decisions taken after the examination, the impact of the remedy on the procurement process will be discussed. In this part, applications against decisions and the obligation of implementing these decisions will also be discussed.

ÖNSÖZ

Kamu hizmetinin yerine getirilmesi amacıyla idareler, özel hukuk tüzel kişilerinden çeşitli alımlar yapmaktadırlar. Bu alımlar özel hukuk tüzel kişilerinin fırsat eşitliğinin sağlanması ve kamu kaynaklarının verimli kullanılması açısından belli istisnalar dışında sıkı şekil ve usul şartları içeren ihale yöntemleri ile gerçekleştirilmektedir. Yapılan ihaleler her ne kadar sıkı şekil şartlarına bağlanmış ve ihale işlerinde yapılan hukuka aykırılıklar ceza hükümleri ile ağır yaptırımlara tabi tutulmuş olunursa olsun, yapılan işlemlerden memnun olmayanlar, hakkının ya da menfaatinin ihlal edildiğini ileri sürenler mutlaka olacaktır. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kişilerin bu hak taleplerinin karşılanması ve aynı zamanda idarelerin kamu hizmetlerinin aksamaması ve de uluslararası düzenlemelere uyum sağlanması amacıyla genel idari başvuru usulünden farklı ve özel nitelikli ihalelere özgü idari başvuru usulü tesis etmiştir. Söz konusu bu usul şikayet ve itirazın şikayet aşamalarından oluşmakta olup dava açılması öncesi tüketilmesi zorunlu bir başvuru yolu olmaktadır.

İhalelere karşı idari başvuru usulünün özel nitelik arz ederek genel başvuru usulünden farklılık göstermesi başvuru sahiplerinin bazı durumlarda çeşitli sebeplerle idari başvuru hakkını kullanamamasına sebep olabilmektedir. Bu çalışmamızda ihalelere karşı idari başvuru usulünü seçmemizin temel nedeni, gerek iş hayatı gerekse akademik çalışmalar çerçevesinde bu alanda karşılaşılan güncel sorunların önemini görülerek, Anayasada temelini bulan hak arama özgürlüğünün temini için çeşitli öneriler ortaya koyabilme arzusudur.

Söz konusu çalışma çok geniş bir şekilde Kamu İhale Kurulu kararı, yargı kararları ve akademik eser incelemesi gerektirdiğinden, çalışma süresi boyunca özel hayatımdan önemli fedakârlıklar yapmamı zorunlu kılmıştır. Bu süreç içerisinde beni anlayışla karşılayan aileme en içten teşekkürlerimi sunmayı borç bilmekteyim.

Tez çalışmasında gerek yönlendirme ve gerekse danışmanlık etme konusunda yardımlarını esirgemeyen değerli danışmanım Doç. Dr. Melikşah YASİN hocamıza da şükranlarımı sunmaktayım.

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	iii
ABSTRACT	iv
ÖNSÖZ.....	v
İÇİNDEKİLER.....	vii
KISALTMALAR.....	xi
GİRİŞ.....	1

1. BÖLÜM

İHALELERE YÖNELİK İDARİ BAŞVURU YOLUNUN SEBEPLERİ, NİTELİKLERİ VE KONUSU

1. İHALELERE YÖNELİK ÖZEL NİTELİKLİ İDARİ BAŞVURU YOLUNUN İHDAS EDİLME SEBEPLERİ	6
1.1. Türk İhale Mevzuatının Tarihsel Gelişimi ve Mevcut Durum	8
1.2. Özel Nitelikli İdari Başvuru Yolu İhdas Etme Sebepleri	11
1.3. Özel Nitelikli İdari Başvuru Yolu İhdasının Değerlendirmesi	12
1.3.1. İlgili Hak Sahiplerine Dava Öncesi Başvuru İmkânı Sağlama	13
1.3.2. Uyuşmazlıkları Sulh Yolu İle Çözme.....	13
1.3.3. Uyuşmazlıkların Bağımsız Bir İdari Otorite Tarafından Gözden Geçirilmesi	14
1.3.4. Uyuşmazlık Çözülmeden Sözleşme İmzalanması Halinde Doğabilecek İhtilafların Önlenmesi	16
1.3.5. Uyuşmazlıkların Kısa Sürede Sonuçlandırılması.....	17
1.3.6. Uluslararası Düzenlemelere Uyum Sağlanması	19
1.3.6.1. Dünya Ticaret Örgütü Kamu Alımları Andlaşması.....	21
1.3.6.2. Birleşmiş Milletler UNCITRAL Model Kanunu.....	24
1.3.6.3. Avrupa Birliği İhale Direktifleri.....	27
1.4. Kamu İhale Kurumu.....	31
1.4.1. Kuruluşu	31
1.4.2. Görevleri ve Çalışma Usulü	32
1.4.3. Yapısal Niteliği.....	34
1.4.4. Diğer BİO'larla karşılaştırması.....	36
2. ŞİKAYET BAŞVURU YOLU	38
2.1. Şikayet Başvurusunun Tanımı.....	38
2.2. Şikayet Başvurusunun Niteliği.....	39
2.2.1. Sulh Mekanizması İle Karşılaştırması	39
2.2.2. İYUK 11. Madde Kapsamında Öngörülen İdari Başvuru Yolu İle Karşılaştırması.....	43
2.2.3. Özel Nitelikli İdari Usul Müessesesi	45
2.3. Şikayet Başvurusunun Konusu	46
2.3.1. 4734 Sayılı Kanundan Kaynaklanan Sınırlar	50
2.3.1.1. İhale Kavramının Şikayetin Konusuna Etkisi.....	50
2.3.1.2. İhale Sürecinin Şikayetin Konusuna İlişkin Belirlediği Sınırlar.....	54

2.3.1.2.1. Sözleşmenin İmzalanması İşleminin Şikayet Başvurusuna Konu Yönünden Etkisi.....	55
2.3.1.2.2. Seçilen İhale Usulünün Şikayet Başvurusunun Konusuna Etkisi.....	57
2.3.1.2.3. İhalenin İptali Kararının Şikayete Konu Olabilmesi	61
2.3.1.2.4. Yaklaşık Maliyetin Şikayet Başvurusuna Konu Olabilmesi	63
2.3.2. İhale İşleminin Hukuki Niteliğinin Şikayet Konusuna Etkisi	66
2.3.2.1. İcrai Nitelikli İhale İşlemleri.....	67
2.3.2.2. İcrai Niteliği Olmayan İhale İşlemleri.....	68
2.3.2.2.1. Hazırlık İşlemleri Niteliğindeki İhale İşlemleri.....	69
2.3.2.2.2. Görüş Belirtici Nitelikteki İhale İşlemleri.....	71
2.3.2.2.3. İç Düzen Şeklindeki İhale İşlemleri.....	74
2.3.2.2.4. Tekemmül Etmemiş İhale İşlemleri	76
2.3.2.2.5. Açıklayıcı Mahiyette Olan, Dilek ve Temenni Niteliğindeki İhale İşlemleri.....	79
3. İTİRAZEN ŞİKAYET BAŞVURU YOLU.....	80
3.1. İtirazen Şikayet Başvurusunun Tanımı.....	81
3.2. İtirazen Şikayet Başvurusunun Niteliği	81
3.2.1. Hiyerarşi Denetimi İle Karşılaştırması.....	81
3.2.2. İYUK 11 inci Madde Kapsamında Öngörülen İdari Başvuru Yolu İle Karşılaştırması.....	82
3.2.3. Vesayet Denetimi İle Karşılaştırması	83
3.2.4. Dış İdari Denetim İle Karşılaştırması	84
3.2.5. İşlem Hiyerarşisi Denetimi	85
3.3. İtirazen Şikayet Başvurusunun Konusu.....	87
3.3.1. Şikayet Konusu Yapılmış Olan İhale İşlemleri	87
3.3.1.1. İhalenin İlgili Aşaması İle Bağlı Olma	87
3.3.1.2. Şikayet Sebebi İle Bağlı Olma	88
3.3.2. Şikayet Konusu Yapılması Gerekmeyen Doğrudan İtirazen Şikayete Konu Olabilecek İhale İşlemleri.....	89
3.3.2.1. Şikayet ve İtirazen Şikayet Başvurusu Sonucu İdarece Alınan İhalenin İptali Kararları	90
3.3.2.2. Başka Hak Sahibi Tarafından Yapılan Şikayet Başvurusu Neticesi Üzerine Alınan Karara Karşı İtirazen Şikayet Başvurusu.....	91

2. BÖLÜM

İHALELERE YÖNELİK İDARİ BAŞVURU USULÜ

1. İDARİ BAŞVURU YOLLARINI KULLANABİLME EHLİYETİ.....	92
1.1. İdari Başvuru Ehliyetine Sahip Olanlar.....	93
1.1.1. İstekli Olabilecekler	93
1.1.1.1. İstekli Olabilecek Statüsünün Tanımı ve Ölçütleri	93
1.1.1.1.1. İhale Konusu Alanda Faaliyet Gösterme.....	94
1.1.1.1.2. İhale Dokümanını Satın Almış Olma	95
1.1.1.1.3. İhale Doküman Bedelinin Ölçütü ve İhaleye Katılım Sorunu	100
1.1.1.2.İstekli Olabileceklerin İdari Başvuru Ehliyetinin Kapsamı ve Sınırları.....	103
1.1.1.3. İstekli Olabilecek Sifatının Doküman Satın Alınmasına Bağlanmasının Dava Hakkına Etkisi.....	105
1.1.2. Adaylar	106
1.1.2.1. Adaylık Statüsünün Tanımı ve Ölçütleri.....	107
1.1.2.2. Adaylık Statüsünün İdari Başvuru Ehliyetinin Kapsamı ve Sınırları	108

1.1.3. İstekliler.....	109
1.1.3.1. İstekli Sifatının Tanımı ve Ölçütleri.....	110
1.1.3.2. İstekli Statüsündeki Kişilerin İdari Başvuru Ehliyetinin Kapsamı ve Sınırları.....	111
1.2. İdari Başvuru Ehliyetinin Genel Şartı Olarak Hak Kaybı.....	112
2. İDARİ BAŞVURU SÜRELERİ.....	118
2.1. Genel İdari Başvuru Süresi	119
2.2. Özel Nitelikli İdari Başvuru Süreleri.....	127
2.2.1. İhale Dokümanına Yönelik Şikayet Başvuru Süresi.....	127
2.2.2. İhalenin İptali İşlemine Karşı İdari Başvuru Süreleri	134
2.2.2.1. İhalenin Şikayet veya İtirazen Şikayet Başvurusu Üzerine İptali İşlemine Yönelik İtirazen Şikayet Başvurusunda Süre.....	136
2.2.2.2. Şikayet veya İtirazen Şikayet Başvurusu Olmaksızın, İhalenin Doğrudan İdarece İptali İşlemine Karşı İdari Başvuru Süresi	139
2.2.3. Pazarlık Usulü İhalelerde İdari Başvuru Süreleri	140
3. İDARİ BAŞVURULARDA ŞEKİL UNSURU	142
3.1. İdari Başvuru Dilekçelerinin Şekil Şartları.....	144
3.1.1. Başvuru Dilekçelerinde Bulunması Gereken Hususlar	145
3.1.2. Başvuru Dilekçelerine Eklenmesi Gereken Belgeler	146
3.1.3. Dilekçenin Belli Bir İhaleye Özgülenmiş Olması.....	149
3.1.4. Birlikte Başvuru Yasağı.....	152
3.1.5. Başvuru Sebeplerinin Somut Olması	154
3.1.6. İtirazen Şikayet Başvurusunun Şikayet Sebepleriyle Sınırlı Olarak Yapılması.....	158
3.2. Posta Yolu İle Başvuruda Bulunulması	160
3.3. Ortak Girişimlerin Şikayet ve İtirazen Şikayet Başvurusunda Bulunması	161
3.3.1. Ortak Girişimin Tanımı ve Yapısı.....	161
3.3.2. Ortak Girişimlerin Başvuru Dilekçelerine Eklenmesi Gereken Belgeler.....	163
3.3.3. Ortak Girişimlerin Yapacakları Şikayet Başvurularında Temsil.....	164
3.4. İdari Başvuruların Yapılacağı Yerler	166
3.4.1. Farklı İdari Makam ya da Mahkemelere Başvuru Yapılması Durumu	167
3.4.2. Hatalı Olarak Doğrudan KİK'e Şikayet Başvurusunda Bulunulması Durumu.....	171
3.4.3. Hatalı Olarak KİK Yerine İdareye Başvurusunda Bulunulması Durumu	174

3. BÖLÜM

BAŞVURULARIN İNCELENMESİ VE KARARA BAĞLANMASI

1. ŞİKAYET BAŞVURULARININ İNCELENMESİ VE KARARA BAĞLANMASI	178
1.1. Ön İnceleme ve Esasa Geçme Şartları	178
1.1.1. Süre Yönünden İnceleme	179
1.1.2. Dilekçenin Şekil Yönünden İncelenmesi.....	181
1.1.3. Ön inceleme Sonucunda Verilecek Kararlar	184
1.2 Esas İncelemesi ve Şartları	184
1.2.1. İdarenin Şikayete Cevap Verme Süresi.....	185
1.2.2. Şikayet Üzerine Karar Alma Yetkisi.....	187
1.2.3. İdare İle Bağlı Olmayan Kişilerden Görüş Alabilme İmkkanı.....	189
1.2.4. Şikayet Sebebiyle Bağlı Olmama	192

1.2.5. Esas İnceleme Sonucu İdarenin Alacağı Kararlar	193
1.2.5.1. İhalenin İptali Kararı.....	193
1.2.5.2. Düzeltici İşlem Kararı.....	196
1.2.5.3. Başvurunun Reddi Kararı.....	199
1.2.5.4. Zımnî Red Kararı.....	201
1.2.5.5. Ara Karar	204
1.3. Şikâyet Üzerine Karar Alma Zorunluluğu.....	206
1.4. Şikâyet Üzerine Alınacak Kararın Şekli ve İçeriği	207
1.4.1. Kararın Yazılı Olması Gerekliği	208
1.4.2 Kararın Standart Formlara Uygun Olma Zorunluluğu.....	208
1.4.3. Kararın Gerekçeli Olması Zorunluluğu.....	209
1.4.4. Kararda Bulunması Gereken Diğer Hususlar	212
1.5. Şikâyete Cevap Kararının Bildirimi.....	213
1.6. Şikâyet Başvurusunda Bulunmanın Hukuki Sonucu	214
2. İTİRAZEN ŞİKAYET BAŞVURULARININ İNCELENMESİ VE KARARA BAĞLANMASI	217
2.1. Ön inceleme ve Esasa Geçme Şartları	219
2.1.1. Şikâyet Başvurusunda Bulunmuş Olma	219
2.1.2. Süre Yönünden İnceleme	222
2.1.3. Dilekçenin Şekil Yönünden İncelenmesi.....	223
2.1.4. Başvuru Ücreti Yönünden İnceleme.....	223
2.1.5. Ön İnceleme Neticesinde Verilecek Kararlar	224
2.2. Esas İncelemesi ve Karara Bağlanması	225
2.2.1. Esas İnceleme Usulü.....	226
2.2.1.1. Bilgi ve Belge İstenilmesi.....	226
2.2.1.2. Bilirkişi Kullanabilme İmkânı.....	229
2.2.1.3. Dinleme Toplantısı Yapılması	231
2.2.1.4. İnceleme Süresi	236
2.2.1.5. Şikâyet Sebebiyle Bağlı Olma ve Re'sen İnceleme Kriterleri	239
2.2.2. Esas İncelemesi Sonucunda Alınacak Kararlar	245
2.2.2.1. İhalenin İptali Kararı.....	247
2.2.2.2. Düzeltici İşlem Kararı.....	249
2.2.2.3. Başvurunun Reddi Kararı.....	250
2.2.2.4. Karar Verilmesine Yer Olmadığına Kararı	251
2.2.3. Kararlarda Bulunması Gereken Hususlar	252
2.2.3.1. Gerekçeli Olması.....	253
2.2.3.2. Başvuru Yollarının Gösterilmesi	254
2.2.3.3. Düzeltici İşlemin Gösterilmesi	255
2.3. Kararların Uygulanması ve Kararlara Karşı Başvuru Yolu	256
2.3.1. Kararların Uygulanması	257
2.3.1.1. İdari ve Cezai Müeyyide	258
2.3.1.2. Maddi ve Hukuki İmkansızlık Halleri	260
2.3.2. Kararlara Karşı Başvuru Yolu.....	262
2.3.2.1. Maddi Hataların Düzeltilmesi.....	263
2.3.2.2. Yeniden Gözden Geçirme.....	264
2.3.2.3. Yargı Yolu.....	265
2.4. İtirazen Şikâyet Başvurusunda Bulunmanın Hukuki Sonucu	268
SONUÇ	272
BİBLİYOGRAFYA	291
ÖZGEÇMİŞ	314

KISALTMALAR

AB	Avrupa Birliği
AÜEHFD	Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBF	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
BİO	Bağımsız İdari Otorite
Bkz.	Bakınız
bs.	Baskı
C.	Cilt
Çev.	Çeviren
ÇED	Çevresel Etki Değerlendirme
D.	Danıştay
Da.	Dairesi
Der.	Derleyen
E.	Esas Sayısı
EBRD	European Bank for Reconstruction and Development Avrupa Yeniden Yapılanma ve Kalkınma Bankası
EU	European Union Avrupa Birliği
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade Ticaret ve Gümrük Tarifeleri Genel Andlaşması
GPA	Government Procurement Agreement Kamu Alımları Andlaşması
GÜHFD	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
IMF	International Monetary Found Uluslararası Para Fonu
IISD	The International Institute for Sustainable Development Uluslararası Sürekli Kalkınma Enstitüsü
İUHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İYUK	İdari Yargılama Usulü Kanunu
K.	Karar Sayısı
KDV	Katma Değer Vergisi
KİK	Kamu İhale Kurumu
Kurul	Kamu İhale Kurulu
m.	Madde
NAFTA	North Americas Free Trade Agreement Kuzey America Ülkeleri Serbest Ticaret Andlaşması

OECD	Organization for Economic Cooperation and Development İktisadi İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı
OIB	Office for Infrastructure and Logistics Altyapı ve Lojistik Ofisi
s.	Sayfa
S.	Sayı
SDR	Special Drawing Right Özel Çekme Hakkı
SEİS	Türkiye Sağlık Endüstrisi İşverenleri Sendikası
t.	Tarih
TDK	Türk Dil Kurumu
UN	United Nations Birleşmiş Milletler
UNCITRAL	United Nations Commissions on International Trade Law Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development Birleşmiş Milletler Ticaret ve Kalkınma Konferansı
UNPCD	United Nations Procurement Capacity Development Centre Birleşmiş Milletler Kamu Alımları Kapasitesini Geliştirme Merkezi
y.	Yayın
Y.	Yıl
TBB	Türkiye Barolar Birliği
TODAİE	Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü
TÜSİAD	Türkiye Sanayicileri ve İşadamları Derneği
WTO	World Trade Organisation Dünya Ticaret Örgütü
WTO IERD	World Trade Organization Information and External Relations Division Dünya Ticaret Örgütü Bilgi ve Dış İlişkiler Dairesi ve diğerleri
vd.	

GİRİŞ

İdareler kamu hizmetlerini yerine getirirken özel hukuk tüzel kişileri ile çok sık karşılaşmakta onlarla hukuki işlemler yapma ve çeşitli sözleşmeler imzalama durumunda kalmaktadırlar. İdarelerin özel hukuk tüzel kişileri ile ilişkileri iki boyutlu olabilmekte; bazı durumlarda idareler kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi için ihtiyaç duydukları mal, hizmet ya da yapım işini satın alan konumunda iken bazen de idarenin kaynaklarının kiralanması ya da satılması söz konusu olduğunda masanın diğer tarafında bulunabilmektedirler. Gerek kamu kaynaklarının verimli kullanılmasının sağlanması ve gerekse özel hukuk tüzel kişileri arasında fırsat eşitliğinin tesisi amacıyla idarelerin özel hukuk tüzel kişileri ile bu nevi işlemleri çeşitli kurallara bağlı kılınmakta, yapacakları işlemler önceden çok sıkı şekil şartları ile donatılmaktadır.

Ülkemizde uzun yıllar uygulama alanı bulmuş 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu, idarelerin özel hukuk tüzel kişileri ile olan ilişkilerinin iki boyutunu da yani kamuya mali yük getiren alım işlemleri ile birlikte idarelerin gelir getirici mahiyette olan satış ve kiralama işlemlerini de kapsamakta, bu işlemler itibariyle idareleri belli kurallar çerçevesinde hareket etmeye zorunlu kılmaktaydı. 2886 sayılı Kanun işlemler yönüyle kapsamı bir hayli geniş tutularak belirli istisnalar dışında idarelerin özel hukuk tüzel kişileri ile olan alım, satım ve kiralama işlerinin önemli bir kısmına ilişkin hükümler içermekte ve bunun da ötesine geçerek bu işlere ilişkin sözleşmelerin yürütülmesine dair hükümler de içermekte idi.

Ticari hayatın uluslararası boyut kazanması, Avrupa Birliği (AB) üyeliğine adaylık yolunda müzakerelerin devam etmesi ve kamu kaynaklarının daha verimli ve etkin kullanılması¹ sebepleriyle 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu Türkiye Büyük Millet Meclisince kabul edilerek 1 Ocak 2003 tarihi itibariyle yürürlüğe

¹Gerekçeli Kamu İhale Kanunu, (Çevrimiçi), www.kik.gov.tr, 07.05.2014.

konulmuştur². 4734 Sayılı Kanun kapsam itibariyle idarenin sadece kamuya mali yük getiren mal ve hizmet alımları ile yapım işlerini kapsamakta olup, kamunun gelir getirici işlemleri Kanun kapsamında bulunmamaktadır. 4734 Sayılı Kanunla birlikte 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu da kabul edilerek yürürlüğe konulmuş olup³, bu Kanun sadece 4734 sayılı Kanun kapsamında yapılan ihalelerin sözleşmelerine ilişkin hükümleri ihtiva etmektedir. Dolayısıyla idarelerin kamuya mali yük getiren işlemleri ile gelir getiren işlemlerine dair usul ve esaslar ayrı kurallara tabi tutulmuş, gelir getirici işlemler ile bu işlemlere ait sözleşme hükümleri 2886 Sayılı Kanuna tabi olarak yürütülmeye devam ederken⁴, kamuya mali yük getiren mal, hizmet ya da yapım işlerine ilişkin esas ve usuller 4734 sayılı Kanuna tabi tutulmuş, bu işlere ilişkin⁵ sözleşmelerin yürütülmesine ilişkin kurallar ise 4735 sayılı Kanun tarafından belirlenmiştir⁶.

Yukarıda belirtildiği üzere 4734 sayılı Kanunun amaçlarını iki ana başlık altında sınıflandırmak mümkün gözükmemektedir; bunlardan ilki kamu alımlarına ilişkin uluslararası düzenlemelere uyum sağlamak iken, diğeri kamu kaynaklarının verimli ve etkin kullanımını sağlamak olarak ortaya çıkmaktadır⁷.

Gerek uluslararası düzenlemelere uyumun sağlanması ve gerekse kamu kaynaklarının verimli kullanılmasının temini bakımından 4734 sayılı Kanunda bir çok temel ilke kabul edilmiş, söz konusu ilkeler Kanunun uygulanmasında genel yorum ölçütü olarak kullanılmaya başlanılarak bazı kamusal menfaatler elde edilmiştir. Özellikle ödeneği olmayan iş için ihaleye çıkılamaması kuralı⁸ ile 2886 sayılı Kanun zamanında yapılan ancak bir türlü bitirilemeyen ve fiyat artışı sebebi ile gerek kamu hizmetlerinin aksamasına ve gerekse kamu kaynaklarının verimsiz kullanılmasına neden olan olumsuz durumlar önemli ölçüde ortadan kaldırılmış,

²RG, 22.01.2002, 24648.

³RG, 22.01.2002, 24648.

⁴Sezginer, Murat, **İdarelerin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar**, Seçkin Yayınları, 2013, Ankara, s.16. (İhale Uyuşmazlıkları)

⁵4735 Sayılı Kanun m.2.

⁶Sezer, Yasin, **Kamu İhalelerine Katılma Yasağı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012. (Yasaklama)

⁷Gereğçeli Kamu İhale Kanunu, (Çevrimiçi), www.kik.gov.tr, 07.05.2014.

⁸4735 Sayılı Kanun m.5/5.

Çevresel Etki Değerlendirme raporu olmadan belli ihalelerin yapılamaması kuralı⁹ ile günümüz itibariyle önem kazanan çevrenin korunması gibi önemli bir kamu menfaatine uygunluk sağlamış, uluslararası düzenlemelere paralel hükümler ihdası ile de ilişki içinde olduğumuz ülkelerle mal ve hizmetlerin hareket kabiliyeti arttırılmıştır¹⁰.

Temel hak ve özgürlükleri idare tarafından ihlal edilenler yine idareye başvuruda bulunarak temel hak ve özgürlüklerinin korunmasını isteyebilirler ki buna “*idari başvuru yolu*” denilmektedir¹¹. İhale uygulamasında da kişilerin temel hak ve özgürlüklerini ihlal edebilecek veya sınırlayacak durumlar ortaya çıkması mümkündür¹². 4734 sayılı Kanunun ihale işlemleri alanında getirdiği en önemli değişikliklerden biri ise hak arama özgürlüğü alanında zorunlu idari başvuru yolunun ihdası ile gerçekleşmiştir. Ülkemizde idari başvuru yolları genel olarak 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda (İYUK) düzenlenmiş iken, 4734 sayılı Kanun ihale işlemlerine özgülenmiş ayrı ve zorunlu bir idari başvuru yolu ihdas etmiştir. Belirtilen idari başvuru yolu iki aşamalı olarak düzenlenmiş, ilk aşama idari başvurunun ihaleyi yapan idareye yapılmasını öngörürken, ikinci aşama ihale işlemlerinin ihaleyi yapan idareden bağımsız bir idari otorite tarafından gözden geçirilmesini amaçlamaktadır. Bu amaç doğrultusunda idari ve mali özerkliğe sahip Bağımsız İdari Otorite (BİO) niteliğine sahip Kamu İhale Kurumu (KİK) kurularak 4734 sayılı Kanun kapsamı dahilindeki ihale işlemleri üzerinde düzenleme ve denetleme yetkisi ile donatılmıştır.

⁹4735 Sayılı Kanun m.5/6: “İlgili mevzuatı gereğince Çevresel Etki Değerlendirme (ÇED) raporu gerekli olan işlerde ihaleye çıkılabilmesi için ÇED olumlu belgesinin alınmış olması zorunludur.”

¹⁰Uluslararası ticarete; mal ve hizmetlerin serbest dolaşımı için tariflerin kaldırılması, eşitsizlik uygulamalarına son verilmesi gibi yeni kurallar ihdas edilmeye başlanmıştır. World Trade Organization, **World Trade Report 2012**, s.40-42, Çevrimiçi: www.wto.org, 28.12.2012.

¹¹Gözler, Kemal, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, Ekin Yayınları, Bursa, 2013, s.429. (Anayasa Hukuku)

¹²İhale işlemlerinde bazı yasaklı fiillerin işlenmesi sonucu, çalışma hürriyetini kısıtlama sonucunu doğuran ihalelere katılmaktan yasaklama gibi idari yaptırımlar ya da ceza yargılaması neticesinde cezi müeyyideler söz konusu olabilmektedir. Kaya, Cemil, “İhale Hukukunda Çalışma Hürriyetinin Sınırlanması: İhalelere Katılmaktan Yasaklanma”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.14, S.2, 2006, s.153. (Yasaklama)

4734 Sayılı Kanunun ihdas ettiği ihale işlemlerine özgü idari başvuru mekanizması, hak sahiplerine tanınan sürenin kısalığı, çok sıkı şekil şartları ile donatılmış olması, başvuru sonrası ihale sürecinin otomatik olarak durmasının sağlanması ve özellikle dava öncesi kullanılma zorunluluğu bulunması yönleri ile genel idari başvuru yolundan farklılık arz etmektedir. İhalelere karşı idari başvuru yolunun genel idari başvuru yolundan gösterdiği bu farklılıklar uygulamada bazen hak arama ve kullanma özgürlüğünü olumlu yönde etkilerken bazen de bu özgürlüğü hemen hemen kullanılmaz hale getirebilmektedir. Özellikle idari başvuru sonucunda uyuşmazlık çözülene kadar ihale sürecinin işleyememesi yani idarelerin sözleşme imzalayamaması yönündeki genel idari başvuru yolundan ayrılan kural, hak arama özgürlüğü sonucu elde edilen ya da edilebilecek kararın uygulama kabiliyetini sağlayıcı etki olarak önemli bir kamusal menfaat tesis etmiş iken, başvuru sürelerinin kısalığı, KİK'in re'sen inceleme yetkisinin yok denecek kadar az bir seviyeye indirilmesi, şekil ve usul şartlarının çokluğu ve karmaşıklığı ise hak arama özgürlüğünün etkinliğini azaltmaktadır.

Bu çalışmamızda, 4734 Sayılı Kanun ile getirilen ihalelere özgü idari başvuru yolunun, genel idari başvuru yolu, uluslararası düzenlemeler ve hak arama özgürlüğü ile ilişkisi çerçevesinde değerlendirilmesi hedeflenmektedir. Çalışmamız 4734 Sayılı Kanun kapsamındaki ihalelere ilişkin olup, Kanunun sınırı çalışmamızın da sınırlarını oluşturmaktadır.

Çalışma üç bölümden oluşmakta olup ilk bölümde ihalelere özgü genel idari başvuru yolundan ayrı bir yol arayışının sebepleri üzerine durulacak ve uygulamada bu sebeplerin karşılanıp karşılanmadığı konularına değinilecektir. Yine ilk bölümde ihalelere karşı idari başvuru yollarının türleri olan şikayet ve itirazın şikayet müesseselerinin, idare hukukunda yer alan diğer idari denetim mekanizmalarıyla karşılaştırılarak sınıflandırması yapılacaktır. İkinci bölümde ise idari başvuru yollarının kullanılış usulü, ehliyet, süre ve şekil başlıkları altında incelemeye tabi tutularak, ihalelere karşı yapılacak idari başvuruların ve başvuru sahiplerinin sahip olması gereken nitelikler ortaya konulacaktır. Çalışmanın son bölümünde, yapılan idari başvuruların incelenme usulü ve inceleme sonucunda alınacak kararlar,

başvurunun ihale sürecine etkisi gibi konular ele alınacak olup, son bölümde ayrıca idari başvuru üzerine alınan kararların taşınması gereken unsurlar ile kararların uygulama zorunluluğu ve bu kararlara karşı başvuru yolları incelemeye tabi tutulacaktır.

1. BÖLÜM

İHALELERE YÖNELİK İDARİ BAŞVURU YOLUNUN SEBEPLERİ, NİTELİKLERİ VE KONUSU

1. İHALELERE YÖNELİK ÖZEL NİTELİKLİ İDARİ BAŞVURU YOLUNUNİHDAS EDİLME SEBEPLERİ

Günümüzde idareler kamu hizmetlerini yerine getirebilmek için çeşitli alımlar yapmakta ya da kamu hizmetlerinin yürütülmesini tümden özel hukuk kişilerine devretmektedirler. İdarelerin kamu hizmetlerini kendileri görmeleri halinde, bu işleri yerine getirebilmek için bazı alımlar yapmaları gerekmekte olup bu alımlar belli şartlara ve usullere bağlanmıştır¹³. Bu şartlar genelde kamu kaynağının etkin olarak kullanılması ilkesi çerçevesinde inşa edilmişlerdir. Belirlenen bu usullere uyulmaması durumunda ise ilgililerin Anayasa'dan kaynaklanan dava hakkı bulunmaktadır. Bununla birlikte, idarenin yaptığı işlemlerin doğrudan dava konusu edilmesi yerine, uyuşmazlıkların öncelikle idari aşamada çözümleri kabul edilmektedir¹⁴. Bu nedenle idare işlemlerinin dava konusu edilmeden önce idari başvuru yoluyla çözümlenmesini amaçlayan düzenlemeler yapılması yoluna gidilmektedir¹⁵. Hak arama özgürlüğünün kullanılış biçimlerinden biri olan idari başvuru yolları¹⁶ ülkemizde genel olarak İdari Yargılama Usulü Kanununda (İYUK) düzenlenmiştir¹⁷. Bununla birlikte bazı kanunlarda farklı ve özel idari başvuru yolları da öngörülmektedir. Özel ve zorunlu nitelikli başvuru mekanizmasının öngörülmesi

¹³Gözübüyük, Şeref/Tan, Turgut, **İdare Hukuku: Genel Esaslar**, C.1, bs., Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s.516. (İdare Hukuku)

¹⁴Akıllıoğlu, Tekin, “Yönetmelik Yargı ve Denetimin Etkinliği”, **Amme İdaresi Dergisi**, C.23, S.1, 1990, s.5-7. (Denetimin Etkinliği)

¹⁵ Balta, Tahsin Bekir, **İdare Hukukuna Giriş**, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1970, s.214. (Giriş)

¹⁶Yıldırım, Ramazan, **İdari Başvuru Yolları**, 2. Bs., Mimoza, Konya, 2006, s.57.

¹⁷Uz, Abdullah, **Kamu İhale Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s.390.

durumunda¹⁸, İYUK'un öngördüğü genel idari başvuru yolu yerine, özel düzenlemede yer alan başvuru müessesesinin kullanılması gerekmektedir¹⁹. Ramazan Yıldırım zorunlu idari başvuruları dava açmak için olanlar, bireyler veya özel girişim faaliyetleri için olanlar ve kamu görevlileri ile kamu tüzel kişileri için olanlar olmak üzere üçe ayırarak sınıflandırmakta olup²⁰, ihalelere yönelik başvurular bunlardan ilkinde dahil olmaktadır.

4734 sayılı Kanun, ihalelere karşı idari başvuru için, İYUK'un öngördüğü sistemden farklı ve özel düzenlemeler içermektedir²¹. Kanun, ihalelere karşı yapılacak idari başvuruların; önce idareye şikayet şeklinde gerçekleşmesini öngörmüş, eğer istenilen sonuç alınmaz ise düzenleyici ve denetleyici yetkilerle donatılmış bir bağımsız idari otorite olarak yapılandırılan Kamu İhale Kurumuna (KİK) itirazın şikayet başvurusunda bulunulabileceğini belirtmiştir²². Dolayısıyla ihalelere karşı yapılacak idari başvurular için iki aşamalı bir idari başvuru mekanizması geliştirilmiştir²³. İki aşamalı başvuru yolundan idareye yapılanın şikayet, KİK'e yapılanın ise itirazın şikayet olarak adlandırılmasının sebebi Kanunun ilgili maddesinin gerekçesinde "*idareye yapılan şikayetlerle karıştırılmaması açısından Kuruma yapılan başvurular için "itirazın şikayet" deyiminin kullanılması öngörülmektedir*" şeklinde ifade edilmiştir²⁴. Söz konusu idari başvuru usulleri ayrı ayrı ele alınmadan önce, genel idari başvuru yollarından farklı olarak bağımsız bir idari başvuru usulünün geliştirilmesinin nedenleri ve amaçları üzerine açıklama yapılacak, ayrıca söz konusu başvuru yolları içerisinde ayrı bir öneme sahip KİK'in yapısı hakkında bilgi verilecektir. İdari başvuru yollarının nitelikleri ve konusu, şikayet ve itirazın şikayet için farklılık arz ettiğinden, bu konular ilgili başvuru yolu başlığı altında incelenecektir.

¹⁸Zorunlu idari başvuru yolu var iken bu yol tüketilmeden dava açılması durumunda idari merci tecavüzü söz konusu olmaktadır. Çağlayan, Ramazan, **İdari Yargıda Kanun Yolları**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002, s.16-17. (Kanun Yolları)

¹⁹Yıldırım, Turan, **İdari Yargı**, 2. bs, Beta, İstanbul, 2010, s. 412-413.

²⁰Yıldırım (Ramazan), s.116.

²¹Bastık, Serdar, "Kamu İhalelerinde İdari Başvurular", y.y., Ankara, Temmuz 2011, s.31, (Çevrimiçi) www.tcmb.gov.tr, 11.07.2011.

²²4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu m. 53 ve 54.

²³Yılmaz, B. Mustafa, **Kamu Alımlarında İdari Denetim**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s.138.

²⁴55 inci maddeye 4964 sayılı Kanunun 33 üncü maddesiyle getirilen değişiklik gerekçesi, Gereçekli Kamu İhale Kanunu, (Çevrimiçi), www.kik.gov.tr, 07.05.2014.

1.1. Türk İhale Mevzuatının Tarihsel Gelişimi ve Mevcut Durum

Türk Hukukunda kamu alımlarının temel çerçevesinin kanunlarla düzenlenmesi zorunluluğu bulunmakta olup bu zaruret Anayasaya dayanmaktadır²⁵. Anayasanın 123 üncü maddesi idarenin bir bütün olup kanunla düzenleneceğini ifade etmekte ve 161 inci maddesi ise idarenin harcamalarına dair usullerin kanunla belirleneceğinden bahsetmektedir.

Türk Hukukunda kamu alımlarına ilişkin genel prensipler koyan ve kamu alımlarını temelden düzenleyen kanun sayısı fazla değildir. Kamu alımlarını başka bir adla ihale usullerini düzenleyen kanunlar uzun süre uygulanmışlar ve uzun zaman aralıklarından sonra yenisi ile değiştirilmişlerdir. Bu noktada Cumhuriyet tarihinde karşılaştığımız bu nitelikteki ilk kanun 2 Haziran 1934 tarihli 2490 sayılı Arttırma, Eksiltme ve İhale Hakkındaki Kanundur. Söz konusu kanunda ihale usulünün tarifi yerine mali menfaatlerin korunması öncelik olarak ele alınmıştır²⁶.

2490 sayılı Kanunun yürürlüğü çok uzun süre devam etmiş, 8 Eylül 1983 tarihinde kabul edilen 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu (DİK)1 Ocak 1984 tarihinde yürürlüğe konularak bu tarihten itibaren 2490 sayılı Kanunun uygulanmasına son verilmiştir²⁷.

2886 sayılı DİK kapsam itibariyle genel ve katma bütçeli idareler ile özel idare ve belediyeleri kapsamaktadır. Söz konusu kapsam geniş olarak gözükmele birlikte idare teşkilatı içerisinde bunlar dışında kalan fonlar ve döner sermaye kuruluşları istisna olarak gösterilmiştir. İşlemler bakımından ise idarelerin harcama gerektiren işlemleri olan satın alımlar dışında, gelir getiren faaliyetler olan satım ve

²⁵ Oder,Burak, “Kamu İhale Hukuku”, **Günişğında Yönetim** içinde, (Der) İl Han Özay, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s.550-551.

²⁶Oder, s.557.

²⁷Resmi Gazete (RG), 10.09.1983, 18161, (Çevrimiçi) www.resmigazete.gov.tr.

kiralamaları da kapsadığı görülmektedir²⁸. DİK, ihalelere yönelik olarak özel nitelikli bir idari başvuru usulü öngörmemekte, ihalelere yönelik itirazlar için genel idari başvuru yollarına gidilebilmekte idi.

2886 sayılı Kanunun günün ihtiyaçlarını karşılayamaması ve uluslararası düzenlemelere uyum sağlamak amacı ile DİK'in uygulamasına 2003 yılı itibariyle son verilerek 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu yürürlüğe konulmuştur²⁹.

4734 sayılı Kanunun genel gerekçesinde ihale alanında yeni bir kanun ihdas edilme sebebi "8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun günümüzün değişen ve gelişen ihtiyaçlarına cevap veremediği, uygulamada ortaya çıkan aksaklıkları gidermede yetersiz kaldığı, bütün kamu kurumlarını kapsamadığı, Avrupa Birliği ve uluslararası ihale uygulamalarına paralellik göstermediği görüldüğünden, kamu ihaleleri ile ilgili geniş kapsamlı yeni bir kanun hazırlanmasına ihtiyaç duyulmuştur." şeklinde ifade edilmiştir³⁰.

Belirtilen bu genel sebep dışında aşağıda maddeler halinde belirtilen nedenler de Kanun gerekçesinde 4734 sayılı Kanunun hazırlanış sebepleri olarak belirtilmiştir:

- İhale usullerinin uluslararası uygulamalara uygun olarak; açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü, pazarlık usulü ve doğrudan temin olmak üzere belirlenmesi.

- İhale süreci içerisindeki işlemlere dair şikâyetleri incelemek ve sonuçlandıracak mekanizmanın kurulması.

- Ödeneği bulunmayan işler için ihaleye çıkılması ihale sürecini uzattığı gerekçesiyle, ödeneğin ihaleye çıkılması için ön şart olarak belirlenmesi.

- Daha fazla isteklinin ihalelere katılabilmesi amacıyla, günümüz teknolojilerinden yararlanmak üzere bilgi işlem ağı veya elektronik haberleşme (internet) yolunun ihale sürecinde kullanılabilir hale getirilmesi.

²⁸2886 Sayılı Kanun m.1, RG, 10.09.1983, 18161.

²⁹RG, 22.01.2002, 24648.

³⁰Gerekçeli Kamu İhale Kanunu, (Çevrimiçi), www.kik.gov.tr, 07.05.2014.

- Kamuoyunun bilgilendirilmesi amacıyla, yapılan ihalelere ilişkin sonuçların ilan edilmesinin zorunlu olması.

- Taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikteki aşırı düşük tekliflerin reddedilebilmesine ilişkin özel düzenleme yapılması.

2886 sayılı Kanun ihale ve sözleşme süreçlerini düzenlerken, 4734 sayılı Kanun ihale sürecini, 4735 sayılı kanun ise sözleşme aşamasını düzenlemektedir. İhale sürecinin iki aşamaya ayrılması ve bu alana ilişkin iki ayrı kanun ihdas edilmesi 4735 sayılı Kanunun genel gerekçesinde; “8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, hem ihale işlemlerine ilişkin esas ve usulleri hem de bu ihaleler sonucunda imzalanacak sözleşmelerle ilgili hususları düzenlemektedir. Bu Kanunun günümüzün değişen ve gelişen ihtiyaçlarına cevap veremediği, uygulamada ortaya çıkan aksaklıkları gidermede yetersiz kaldığı, bütün kamu kurumlarını kapsamadığı, Avrupa Birliği ve uluslararası ihale uygulamalarına paralellik göstermediği görüldüğünden, kamu ihaleleri ile ilgili geniş kapsamlı yeni bir kanun hazırlanmıştır. Ancak Kamu İhale Kanununda, uluslararası mevzuat gereği sadece sözleşmelerin imzalanmasına kadar olan ihale süreci ile ilgili hükümlere yer verilebilmiştir. Bu çerçevede, yapılan ihaleler sonucunda düzenlenecek sözleşmeler ile ilgili hususlarda bir boşluğa neden olunmaması için, bu konu ile ilgili hükümlerin ayrı bir kanun ile düzenlenmesine ihtiyaç duyulmuştur.” şeklinde ifade edilmiştir³¹.

Mevcut durum itibariyle kamu alımlarını genel prensipler itibariyle düzenleyen üç kanun bulunmakta olup bunlardan 4734 sayılı Kanun ihale sürecini, 4735 sayılı Kanun ise 4734 sayılı Kanun kapsamında yapılan ihalelerin sözleşme aşamasını düzenlemekte iken, 2886 sayılı Kanun ise satım ve kiralama işlemleri için yürürlüğünü sürdürmektedir.

³¹Gerekçeli Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, (Çevrimiçi), www.kik.gov.tr, 07.05.2014.

1.2. Özel Nitelikli İdari Başvuru Yolu İhdas Etme Sebepleri

İdari başvurulara ilişkin olarak genel düzenleme İYUK'ta yapılmış olmakla birlikte, özel nitelikte zorunlu bir başvuru yolu bulunması durumunda bu yolun kullanılması gerekmektedir³². 2886 sayılı Kanun ihalelere ilişkin herhangi bir özel başvuru usulü öngörmez iken 4734 sayılı Kanunda ihalelere özgü zorunlu bir başvuru mekanizması kurulmuştur. 4734 sayılı Kanun ile özel nitelikli bir idari başvuru yolunun kurulmasının sebebi ilgili madde gerekçelerinde aşağıdaki şekilde ifade edilmiştir:

“Gerekçe madde 53. - Uluslararası ihale mevzuatına uyum sağlamak üzere, kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip bir kurum kurulması gereği ortaya çıkmıştır. Bu nedenle uluslararası örneklere paralel olarak; ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içinde idarece yapılan işlemlerde mevzuata aykırılık bulunduğuna ilişkin şikâyetleri incelemek ve sonuçlandırmak, bütün ihale mevzuatını hazırlamak ve uygulamayı yönlendirmek, kamu ve özel sektöre eğitim vermek, ihalelerle ilgili istatistikler oluşturmak ve yayımlamak, haklarında yasaklama kararı verilenlerin sicillerini tutmak ve maddede belirtilen diğer görevleri yapmak üzere Kamu İhale Kurulu, Başkanlık ve hizmet birimlerinden oluşan Kamu İhale Kurumu kurulmuştur. Bu maddede Kurum ve Kurulun oluşumu, atanma ile çalışma usul ve esasları, özlük hakları, Kurumun gelirleri ile bütçesi gibi gerekli görülen diğer hususlar düzenlenmiştir.

Gerekçe Madde 54. - Bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun ihale yapılmaması nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya uğrayacağını iddia eden bütün isteklilerin yazılı şikâyet suretiyle "İnceleme Talebinde Bulunulması ve Şikâyetlerin İncelenmesi" bölümünde belirtilen hükümler çerçevesinde inceleme talebinde bulunmasına imkân tanınmıştır.

³²Yıldırım, (İdari Yargı), s.412-413.

Gerekçe Madde 55. - İstekliler tarafından şikâyetin öncelikle ihaleyi yapan idareye yapılması ve sulhen çözülmeye çalışılması öngörülerek, idare tarafından incelemeye ve Kuruma başvuruda bulunma hallerine ilişkin hükümlere yer verilmiştir.”³³

Görüldüğü üzere Kanunun idari başvuru yollarına ilişkin olan madde gerekçelerinde, özel nitelikteki idari başvuru yolunun asıl ihdas sebebinin uluslararası düzenlemelere uyum sağlamak olduğu anlaşılmakta, bunun yanında ilgili hak sahiplerine inceleme talebinde bulunmasını temin etmek, sulh ile çözümü mümkün kılmak ve bu konuda bağımsız bir idari otoritenin ihalelere ilişkin işlemleri denetlemesini mümkün hale getirmek de sebepler arasında gösterilmiştir. Yine Kanunda yapılan değişiklik gerekçelerinde, ihalenin şikayetler sonuçlanmadan sözleşmeye bağlanması halinde doğabilecek ihtilafların önlenmesi³⁴ ve başvuruların kısa süre içerisinde sonuçlandırılması³⁵ da yeni idari başvuru yolu ihdasının gerekçeleri arasında yer almıştır.

1.3.Özel Nitelikli İdari Başvuru Yolu İhdasınınDeğerlendirmesi

İhalelere yönelik idari başvurular için ihdas edilen özel nitelikli idari başvuru yolu, söz konusu mekanizmanın Kanun gerekçesinde belirtilen amaçlar çerçevesinde uygulamadaki etkinliği de dikkate alınarak aşağıda değerlendirilmektedir.

³³Gerekçeli Kamu İhale Kanunu, (Çevrimiçi), www.kik.gov.tr, 07.05.2014.

³⁴55 inci maddeye 5812 sayılı Kanunla getirilen değişiklik gerekçesi, Gerekçeli Kamu İhale Kanunu, (Çevrimiçi), www.kik.gov.tr, 07.05.2014.

³⁵55 inci maddeye 4964 sayılı Kanunun 33 üncü maddesiyle getirilen değişiklik gerekçesi, Gerekçeli Kamu İhale Kanunu, (Çevrimiçi), www.kik.gov.tr, 07.05.2014.

1.3.1. İlgili Hak Sahiplerine Dava Öncesi Başvuru İmkani Sağlama

İYUK'un 11 inci maddesi çerçevesinde, ilgili hak sahipleri dava açmadan önce, idari dava açma süresi içerisinde olmak üzere, işlemi yapan idari makamın üstüne eğer üst makam yok ise işlemi yapan makama başvurarak işlemin kaldırılmasını, iptalini ya da yeni bir işlem tesisini isteme hakkına sahiptirler. İYUK ile tanınan bu idari başvuru imkanı dava yoluna başvurmadan, hukuka aykırı işlemlerin düzeltilmesini hedeflemektedir³⁶. Yeni idari başvuru yolu ihdası için belirtilen sebeplerden, ilgili hak sahiplerine ihalelere ilişkin başvuru imkanı sağlamak, Kanunla getirilmiş bir yenilik olarak gözükmemektedir. Zira 2886 sayılı Kanun uygulamasında da İYUK idari başvurular için yürürlükte olduğundan, ve İYUK yukarıda belirtildiği üzere idari işlemler için genel bir başvuru imkanı sağladığından, özel niteliği saklı kalmak kaydıyla ihalelere yönelik olarak daha önce var olmayan bir başvuru yolunun ihdası söz konusu değildir.

1.3.2. Uyuşmazlıkları Sulh Yolu İle Çözme

Sulh yolu ile çözüm bu çalışmanın şikayet başlığı altında ayrıntılı olarak incelenmiş olup, özel idari başvuru yolunun ihdas sebepleri arasında yer almasına rağmen, hiçbir zaman uygulama imkanı bulamamış ve 4964 sayılı Kanunla 4734 sayılı Kanunda yapılan değişiklik çerçevesinde “*Sulhen çözüm, idare ile vatandaşlar arasındaki anlaşmazlıkların çözümünde yerleşik bir yöntem olmadığı*” nedeniyle madde gerekçesinden çıkarılmıştır. Dolayısıyla sulh yolu ile ihale uyuşmazlıklarına çözüm bulma amacı da özel nitelikli idari başvuru yolu ihdasının gerekçeleri arasında yer almasına rağmen uygulamada karşılık bulamamıştır.

³⁶Yıldırım, (İdari Yargı), s.407.

1.3.3. Uyuşmazlıkların Bağımsız Bir İdari Otorite Tarafından Gözden Geçirilmesi

İhalelere yönelik idari başvuruların bağımsız nitelikli idari bir otoritece yeniden gözden geçirilme gerekçesi, uygulamada karşılık bulmuş, bu amaçla kurulmuş KİK tarafından ihalelere yönelik idari başvurular itirazen şikayet adı altında incelemeye tabi tutulmuştur. Bu çerçevede 2013 yılında 5093ihale Kurum tarafından itirazen şikayet çerçevesinde incelenmiştir³⁷.

İdari yargıda geçerli olan ilkelerden birisi re'sen araştırma ilkesi olup, dava taraflarının sunmasına ya da talep etmesine bağlı olmadan mahkeme tarafından inceleme yapılabilmesi anlamına gelmekte olup idare ile kişiler arasındaki eşitsizliği gidermeyi amaçlamaktadır³⁸. Kurumun ihdas edilmiş olması netice itibariyle önemli bir miktarda ihalenin ikinci kez ve bağımsız bir idari otorite tarafından “*yeniden gözden geçirilmesi*” adına önemli olmakla birlikte, kuruluş anında var olan kurumun re'sen araştırma yetkisinin kaldırılması³⁹, Anayasa tarafından tanınmış olan idari dava hakkının kullanılmasını da önemli ölçüde olumsuz etkilemektedir. Kurum taraflarca ileri sürülmeyen hususları ve hatta şikayet aşamasında dermeyan edilmeyen sebepleri de re'sen inceleyememektedir. Davalar zincir işlem⁴⁰ şeklindeki idari işlemlerde ayrılabilir işlem olmaması halinde en son gerçekleşen idari işleme karşı açılabilen⁴¹ ve zincirin son halkasını ihale işlemlerinde itirazen şikayet başvurusu olması halinde Kurul kararı oluşturmaktadır. Kurul kararına karşı dava açılması halinde, Kurul kararında re'sen inceleme sonucu elde edilen bulgular yer

³⁷Kamu Alımları İzleme Raporu 2013, s.29.

³⁸Yıldırım, (İdari Yargı), s.498.

³⁹“53 üncü maddeye 5812 sayılı Kanunun 20 nci maddesiyle getirilen değişiklik gerekçesi: 4734 sayılı Kanunun 53 üncü maddesinin (b) fıkrasının (9) numaralı bendinden sonra gelen paragrafın yürürlükten kaldırılması öngörülmek suretiyle, 4734 sayılı Kanunun sistematigi açısından Kamu İhale Kurumuna itirazen şikayet başvurularını inceleme yetki ve görevinin verilmesi nedeniyle itirazen şikayet başvurusuna konu edilmeyen ve niteliği itibariyle teftiş veya soruşturma konusu edilebilecek hususlarda Kurumun iddiaları inceleyeceğine ilişkin hüküm yürürlükten kaldırılmaktadır.” Gereççeli Kamu İhale Kanunu, (Çevrimiçi), www.kik.gov.tr, 07.05.2014.

⁴⁰Doktrinde zincir işlemler, birleşme işlem olarak da anılmaktadırlar ve belli bir sıra ile birden fazla iradenin bir araya gelmesi ile oluşan işlemleri ifade etmek için kullanılmaktadırlar. Akyılmaz, Bahtiyar/ Sezginer, Murat/ Kaya, Cemil, Türk İdare Hukuku, 4.bs, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 373.

⁴¹Danıştay DDK; 02.06.1972, E.1971/596, K.972/626, **Amme İdaresi Dergisi**, C.5, S.4, s.161.

almadığından, itirazın şikayet müessesesi fiilen idari yargılamadaki re'sen araştırma ilkesini ortadan kaldırmaktadır. Belirtilen sebeple, ihalelere karşı ihdas edilen özel nitelikli idari başvuru yolu, yeniden gözden geçirme gibi önemli bir görevi yerine getirmekle birlikte, mahkemelerin re'sen araştırma ilkesini fiilen engellemektedir. Sorunun çözümü özel nitelikli bu idari başvuru yolunun kaldırılması değil, bu yolun yeniden ilk kurulduğu anda olduğu gibi re'sen araştırma ilkesi ile donatılmasıdır. Zira bu durumda zorunlu başvuru yolu ile idari davalar incelemenin kapsamı bakımından örtüşecek ve idari davaların işleyişi açısından belirtilen eksiklik ortadan kaldırılmış, bununla birlikte ihalelere yönelik şikayetlerin bağımsız bir idari otoritece denetlenmesi işlevi de sağlanmış olacaktır.

Kurulun re'sen inceleme yetkisi eşit muamele ilkesi ile sınırlandırılmadan önce Danıştay, Kurul'un re'sen inceleme yetkisinin kaynağını, sadece Kanun'daki somut ve belli bir ifadeye değil, doğru bir yaklaşımla Kurulun işlevini dikkate alarak şu ifadelerle Kanunun genel ilkelerine dayandırmakta idi; *“Kamu İhale Kurulu'nun uygulamayı yönlendirmek görevinin yanı sıra Kamu İhale Kanunu'nun temel ilkeleri olan saydamlığın, rekabetin, eşit muamelenin, güvenilirliğin, gizliliğin, kamuoyu denetiminin, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve kaynakların verimli şekilde kullanılmasının da bir gereği olarak itirazın şikayet başvurularında, şikayetçinin iddiaları ile ilgili olmaksızın ihale işlemlerini ve kararını her yönüyle mevzuata aykırılıkları, başvuruyu Yasa'da belirtildiği şekilde sonuçlandırarak, Yasa'nın 56 ncı maddesinin 2 nci fıkrasındaki kararlardan birini alacağı aşikardır.*

Bu durumda, şikayetçinin dilekçesinde yer almamasına rağmen, resen inceleme yapılmak suretiyle tespit edilen mevzuata aykırılıklar nedeniyle ihale işlemlerinin ve ihale kararının iptal edilmesine ilişkin Kamu İhale Kurulu kararında, bu yönü itibariyle hukuka aykırılık bulunmadığından, Kurum'un itirazın şikayet başvurusundaki iddialarla ilgisi ve bağlantısı bulunmayan hususları incelemesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptali yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.”⁴².

⁴²D13Da, 10.07.2007, E:2007/667,K:2007/4469.

1.3.4. Uyuşmazlık Çözülmeden Sözleşme İmzalanması Halinde Doğabilecek İhtilafların Önlenmesi

İhale işlemlerinin nihai hedefi, bir mal, hizmet ya da yapım işi konusunda ihale üzerine kalan istekli ile sözleşme imzalamaktır⁴³. İhale sonucu sözleşme imzalanması halinde, bu aşamadan sonraki işlemler artık özel hukuk hükümlerine tabi olmaktadır⁴⁴. Sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süreç idare hukukuna tabi olup⁴⁵ bu süreç içerisinde bir çok idari işlem zincir işlemin parçaları şeklinde meydana gelmektedir⁴⁶ ve bu işlemlerden ayrılabilir nitelik taşıyanları şikayet ve itirazın şikayet başvuru konusu olabilmektedirler⁴⁷. Diğer bir anlatımla ihale işlemlerinden sözleşme imzalanıncaya kadar olanları idare hukukuna, sözleşme imzalandıktan sonrakiler ise özel hukuk hükümlerine tabidirler. Bununla birlikte sözleşmenin imzalanmasının ön şartı, şikayet var ise itirazın şikayet başvuru süresinin geçmesinin, eğer itirazın şikayet başvurusu var ise bu başvurunun neticelenmesinin beklenmesidir⁴⁸. Yani itirazın şikayet başvuruları sözleşme imzalanmadan önce yapılmak durumundadırlar ve ters taraftan bakıldığında idareler şikayet ve itirazın şikayet başvuru süreleri geçmeden sözleşme imzalayamamaktadırlar.

⁴³Schooner, Steven L. “Kamu Alımları Sektöründe Düzenleyici ve Denetleyici Kuruluşların Yeri ve Önemi: Dünyadaki Örnek Uygulamalar”, **I. Uluslararası Kamu Alımlarında Saydamlık ve Verimlilik Sempozyumu**, İstanbul, Mayıs 2004, s.222-224.

⁴⁴ Atlı, Burak Yağız “Kamu İhale Mevzuatı Açısından Mücbir Sebeplerin İncelenmesi ve Değerlendirilmesi”, y.y., Ankara, Şubat 2008, s.1, (Çevrimiçi) www.kik.gov.tr, 09.07.2012; Sarıtaş, Hatice “İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları”, **Sayıştay Dergisi**, Sayı: 73, Nisan-Haziran 2009, s.60.

⁴⁵Sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süreçte idare hukukunun ayrıntılı hükümlerinin egemen olması, sözleşme imzalanırken seçilecek yüklenicinin objektif kurallara göre belirlenmesi niyetinden kaynaklanmaktadır. Arslan, Çetin, **İhaleye Fesat Karıştırma Suçları**, Adalet Yayınları, Ankara, 2008, s.11.

⁴⁶Yılmaz, s.131.

⁴⁷Ayrılabilir işlem kuramı, tek yanlı olarak yapılmış bulunan idari işlemi, bulunduğu yer neresi olursa olsun, içinde bulunduğu işlem zincirinden ayırarak iptal davasına konu olabilmesini sağlayan bir tekniktir. Sezginer, Murat **İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000, s.15. (Ayrılabilir İşlem)

⁴⁸Koçtepe, Harun “4734 Sayılı Kanunda Şikayet ve İtirazın Şikayet Başvurularına İlişkin Olarak 5812 Sayılı Kanunun Getirdiği Değişiklikler”, **Güncel Mevzuat**, Yıl: 3, S: 36, s.13-14.

İhalelere yönelik idari başvurulara ait kurulan bu mekanizma Kanun gerekçesinde de belirtildiği üzere sözleşme imzalanmasından sonra çıkması muhtemel daha karmaşık ihtilafları önleme bakımından önemli bir işlev görmektedir ve özel nitelikli idari başvuru mekanizmasının en önemli işlevinin bu olduğunu söylemek mümkündür. Zira, idarenin özel hukuk sözleşmelerinin hazırlanmasına ilişkin uyuşmazlıklar idari yargıya tabi iken, sözleşmenin imzalanmasından sonraki işlemler adli yargı yerlerinin denetimine tabi olmaktadır⁴⁹. İhalelerin idari aşaması ile sözleşme aşamasının net bir şekilde ayrılması, idari aşama ve dolayısıyla idari başvuru sonuçlanmadan sözleşmenin imzalanamaması, ilgililer adına başvuru sonucu doğabilecek hakların kullanılması açısından önemli bir katkı sağlamaktadır. Belirtilen bu sebep tek başına özel nitelikli idari başvuru mekanizmasının varlık sebebi olabilecek niteliktedir, zira önemli olan kişilere idare önünde salt belli haklar tanımak değil bu hakları kullanılabilir kılmaktır.

1.3.5. Uyuşmazlıkların Kısa Sürede Sonuçlandırılması

İYUK'un 11 inci maddesi çerçevesinde, ilgili hak sahipleri dava açmadan önce, idari dava açma süresi içerisinde olmak üzere, işlemi yapan idari makamın üstüne eğer üst makam yok ise işlemi yapan makama başvurarak işlemin kaldırılmasını, iptalini ya da yeni bir işlem tesisini isteme hakkına sahiptirler⁵⁰. İdari dava açma süresi ise aynı Kanunun 7 inci maddesinde “*özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde Danıştay’da ve idare mahkemelerinde altmış ve vergi mahkemelerinde otuz gün*” olarak belirlenmiştir. Söz konusu süre sadece başvuru süresi olup idarenin incelemesi ve karar vermesi bu sürenin daha da uzamasına sebep olacak niteliktedir. Belirtilen sebeplerle Kamu İhale Kanununda İYUK’taki genel idari başvuru süresinden daha kısa süre içerisinde başvuru yapılması zorunluluğu getirilmiş, ihalelerin kısa süre içerisinde sonuçlandırılması ve kamu hizmetlerinin idarelerce daha etkin bir şekilde yerine getirilmesi amaçlanmıştır. Kamu İhale Kanununda değişiklik yapan 5812 sayılı Kanunun gerekçesinde genel idari başvuru

⁴⁹Odyakmaz, Zehra, “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu’na Armağan**, Haziran-Aralık 1998, C. II., S.1-2, 1999, s.145.

⁵⁰Yıldırım, (İdari Yargı), s.407.

süresinden farklı özel nitelikli süre tanınmasının gerekçesi şu şekilde ifade edilmiştir; “4734 sayılı Kanunun 55 inci maddesinde yapılması öngörülen değişiklikle, şikayet ve itirazın şikayet süreçlerinin mümkün olan en kısa süre içerisinde sonuçlanmasının temini bakımından; idareye yapılan şikayet başvuru süresi Kanunun 21 inci maddesinin (b) ve (c) bentlerine göre yapılan ihalelerde on beş günden beş güne, diğer hallerde ise on beş günden on güne, idarenin şikayete cevap verme süresi otuz günden on güne, Kuruma itirazın şikayet başvuru süresi ise on beş günden on güne indirilmektedir. Ayrıca ilan ve ihale dokümanına yönelik şikayet başvuru sürelerinin başlangıcının hangi gün olduğu hususuna da bir kesinlik kazandırılmaktadır.”⁵¹.

Görüldüğü üzere 4734 sayılı Kanunda İYUK’tan farklı ve özel idari başvuru süreleri tanınmıştır. Genel idari başvuru süresi altmış günden ihalelere yönelik başvurularda on güne düşürülerek ihale işlemlerinin hızlı bir şekilde sonuçlandırılması amacına yönelik uygun bir düzenleme yapılmıştır. Ancak bu düzenleme tek başına ayrı bir idari başvuru yolu ihdası için yeterli sebep olmamaktadır. Zira, İYUK’un 7 inci maddesinde yer alan düzenleme ayrı ve özel bir idari başvuru süresi oluşturulmasına halihazırda imkan vermektedir. Eğer amaç salt ihale sürecine ilişkin idari başvuru sürelerinin kısaltılması ise belirtildiği üzere bunun için özel bir idari başvuru prosedürü kurulmasına gerek bulunmamaktadır. İYUK’un 11 inci maddesi çerçevesinde fakat kısaltılmış özel idari başvuru süreleri ile ihalelere yönelik idari başvuruların incelenmesi mümkün kılınabilirdi. Bununla birlikte yapılan düzenlemelere tümünden bakmak gerekirse; idari başvuru sürelerinin ihale işlemleri için kısaltılması, yukarıda belirtildiği üzere sözleşme imzalanmasının idari başvuru sürecinin sona erdirilmesi ön şartına bağlı tutulması ve ihalelere yönelik idari başvuruların bir kez daha bağımsız idari bir otorite tarafından incelenmesi zorunluluğunun getirilmesi hususları birlikte değerlendirildiğinde, ihaleler için özel nitelikli bir idari başvuru yolu ihdasının uygulamada ilgililer için önemli bir hak arama yolu temin ettiği ve başvuru sonucu elde edilen hakları kullanılabilir kıldığı kanaatindeyiz.

⁵¹55 inci maddeye 5812 sayılı Kanunla getirilen değişiklik gerekçesi, Gerekçeli Kamu İhale Kanunu, (Çevrimiçi), www.kik.gov.tr, 07.05.2014.

1.3.6. Uluslararası Düzenlemelere Uyum Sağlanması

Ticaretin globalleştiği günümüz dünyasında, ticari alım ve satım işlemleri artık sınırları aşan boyutlarda yapılmakta ve sınır ötesi ticaretin boyutları gün geçtikçe artmaktadır⁵². Yapılan ticari faaliyetlerin bir kısmı ise kamu kesimine yerine getirilmekte ve bu ticari işlemlerde kamu kesimi satıcı ya da alıcı durumunda bulunmaktadır. Kamunun bütçeye yük getiren işlemleri genel olarak belli bir usule bağlandığından⁵³ uluslararası ticarete de; mal ve hizmetlerin serbest dolaşımı için tariflerin kaldırılması, eşitsizlik uygulamalarına son verilmesi gibi yeni kurallar ihdas edilmeye başlandığı gibi, yeni uluslararası ticari hayatın akışına uygun ihale kuralları da belli adımlar çerçevesinde uygulamaya geçirilmeye başlanmıştır⁵⁴.

Uluslararası düzenlemelerde uygulama alanları ve taraflarına göre çeşitli ihale sistemleri bulunmaktadır. Bu ihale sistemleri çok taraflı ve ikili anlaşmalarla ortaya çıkmakta⁵⁵ ve genel olarak anlaşmaya taraf olan ülkeleri bağlamaktadırlar⁵⁶. Çok taraflı anlaşmalar genellikle belli anlaşmalarla kurulmuş özel kurumlar nezdinde hazırlanmaktadır⁵⁷. Bu doğrultuda olmak üzere Türkiye'nin taraf olduğu, Dünya Ticaret Örgütü (World Trade Organization-WTO) Kamu Alımları Anlaşmasını, Birleşmiş Milletler (United Nations-UN) Model Kanunu, Avrupa Birliği (European

⁵²Frankel, Jeffrey A. "Globalization of the Economy", **Nber Working Paper Series**, 2000, s.2-3, Çevrimiçi: www.nber.org, 18.09.2012.

⁵³United Nations Procurement Capacity Development Centre, **Strengthening Country Procurement Systems: Results and Opportunities**, 2011, s.8-9, Çevrimiçi: www.unpcd.org, 10.09.2012.

⁵⁴World Trade Organization, **World Trade Report 2012**, s.40-42, Çevrimiçi: www.wto.org, 28.12.2012.

⁵⁵OECD, **Methodology for Assessing Procurement Systems**, 2010, s.2, Çevrimiçi: www.oecd.org, 12.09.2012.

⁵⁶Ülkeler arası genel anlaşmanın varlığına ya da organizasyona üye olunmasına rağmen, anlaşmanın ihale konusundaki hükümlerine ya da üye olunan organizasyonun ihale konusundaki anlaşmasına üye olmayan ülkeler de olabilmektedir. Örneğin, Dünya Ticaret Örgütü üyelerinin tamamı, bu örgütün ihale konusundaki anlaşması olan GTA'ya (Government Procurement Agreement) üye değildir. Guimarães, Valéria, "The Revision of the WTO Agreement on Government Procurement: to What Extent Might it Contribute to the Expansion of Current Membership?", 2008, **Public Procurement Law Review**, Issue 2, 2008, Çevrimiçi: www.globaleconomicgovernance.org, 18.08.2012.

⁵⁷Çok taraflı bir anlaşma çerçevesinde kurulmuş olan Dünya Ticaret Örgütü'nün ana görevi, dünya çapında ticarete yön verecek çok taraflı anlaşmaların yapılmasını ve uygulanmasını sağlamaktır. World Trade Organization Information and External Relations Division, **Understanding The WTO**, 2011, s.9, Çevrimiçi: www.wto.org, 18.09.2012.

Union-EU) ise İhale Direktiflerini hazırlamış ve yürürlüğe koymuştur⁵⁸. Türkiye'nin taraf olmadığı Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması (North American Free Trade Agreement-NAFTA), Dominik Cumhuriyeti Merkezi Amerika ve Birleşik Devletler Serbest Ticaret Anlaşması (The Dominican Republic, Central America, United States Free Trade Agreement - CAFTA-DR)⁵⁹ ve Asya Pasifik Ekonomik İşbirliği (Asia Pacific Economic Cooperation-APEC) nezdinde de çeşitli ihale usulleri belirlenmiştir. Belirtilen çok taraflı anlaşmaların dışında bazı ülkeler kendi aralarında (Yeni Zellanda - Singapur) ya da ülkeler ile uluslararası kuruluşlar arasında (Avrupa Birliği – Meksika) ihaleler için ayrı usul ve esaslar belirleme yollarına da gitmektedirler⁶⁰. Söz konusu uluslararası anlaşmalarla kurulmuş olan ihale usulleri aynı zamanda kendine has şikayet ve idari başvuru yollarını da içermektedirler⁶¹.

4734 sayılı Kanununun genel gerekçesinde Avrupa Birliği ve uluslararası ihale uygulamalarına paralellik gösterecek yeni bir kanun hazırlama ihtiyacından bahsedilmekte⁶², ayrıca idari başvuruları düzenleyen madde gerekçelerinde de uluslararası ihale mevzuatına uyum sağlamak üzere yeni bir idari başvuru sistemi düzenlenmesi gerekliliğinden bahsedilmektedir⁶³.

⁵⁸Açıkgöz, Erkan, “Kamu İhale Kanununda Şikayet ve İtirazen Şikayet Mekanizması ve Uluslararası Düzenlemelerle Karşılaştırılması”, y.y., Ankara, Şubat 2008, s.26. (Çevrimiçi) www.kik.gov.tr, 08.07.2012.

⁵⁹Gelişmekte olan ülkelerin, uluslararası ihale usullerini içeren anlaşmaları, iç mali dengelerini bozabilmesi endişesiyle imzalamaktan çekindikleri görülmektedir. Elmers, Bodo, “How To Spend It: Smart Procurement For More Effective Aid”, European Network on Depth and Development, 2011, s.23, Çevrimiçi: www.un.org.tr, 17.08.2012.

⁶⁰Açıkgöz, s.26.

⁶¹Gatdula, Jeremy/ Higuez, Ever/ Madarang, Rafael “RP-US FTA: Trade Remedies, Competition Policy and Government Procurement”, **Philippine Institute for Development Studies**, Discussion Paper Series No. 2006-13, February 2006, s.11, Çevrimiçi: <http://dirp4.pids.gov.ph/ris/dps/pidsdps0613.pdf>, 13.08.2012.

⁶²**4734 Sayılı Kanunun Genel Gerekçesinden:** “Devlet İhale Kanununun günümüzein değişen ve gelişen ihtiyaçlarına cevap veremediği, uygulamada ortaya çıkan aksaklıkları gidermede yetersiz kaldığı, bütün kamu kurumlarını kapsamadığı, Avrupa Birliği ve uluslararası ihale uygulamalarına paralellik göstermediği görüldüğünden, kamu ihaleleri ile ilgili geniş kapsamlı yeni bir kanun hazırlanmasına ihtiyaç duyulmuştur.”, Gerekçeli Kamu İhale Kanunu, (Çevrimiçi), www.kik.gov.tr, 07.05.2014.

⁶³“**Gerekçe madde 53.** - Uluslararası ihale mevzuatına uyum sağlamak üzere, kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip bir kurum kurulması gereği ortaya çıkmıştır. **Gerekçe Madde 56.** - Uluslararası mevzuat hükümlerine paralel olarak, 55 inci maddede belirlenen süre ve hallerde Kuruma başvuruda bulunabilme usulleri, inceleme süreci ve Kurul tarafından alınabilecek kararlar hükme bağlanmıştır.” Gerekçeli Kamu İhale Kanunu, (Çevrimiçi), www.kik.gov.tr, 07.05.2014.

Bu doğrultuda olmak üzere Türkiye'nin taraf olduğu, Dünya Ticaret Örgütü Kamu Alımları Anlaşması, Birleşmiş Milletler Model Kanunu ve özellikle Avrupa Birliği ilerleme sürecinde Avrupa Birliği İhale Direktifleri 4734 sayılı Kanunun hazırlanmasında etkili olmuştur⁶⁴.

1.3.6.1. Dünya Ticaret Örgütü Kamu Alımları Anlaşması

Uluslararası ticarete etkin olan ülkelerin yönetimleri, ülkeler arasında var olan ticari kotalardan duydukları rahatsızlıkların etkisiyle ve dünya genelinde ticaretin serbestleşmesi amacıyla 1947 yılında Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşmasını (General Agreement on Tariffs and Trade – GATT) imzalamışlardır. Anlaşma çerçevesinde ihale alanına özgü kurallar Tokyo görüşmelerinin yapıldığı sırada (1973-1979) gündeme gelmiş ve sınırlı sayıda ülke bu kuralları içeren çok taraflı anlaşmayı imzalamışlardır⁶⁵. Anlaşma sadece mal alımı ihalelerini kapsama almış ve yerel ihaleleri kapsam dışı bırakmıştır. 1988 yılında bu anlaşmanın bazı maddeleri Uruguay görüşmeleri sonrasında değişikliğe uğramış, bu değişiklikler çerçevesinde mal alımlarının yanı sıra hizmet ve yapım işleri de anlaşma kapsamına dahil edilmiştir. Tokyo görüşmelerinde yerel firmalara öncelik tanınmaması temel ilke iken, Uruguay görüşmeleri sonrasında buna şeffaflık ilkesi de dahil edilmiştir⁶⁶.

GATT'ın yerini 1995 yılında Dünya Ticaret Örgütü (World Trade Organisation – WTO) almıştır ve 153 ülke halihazırda üyesidir⁶⁷. Bu örgüt çerçevesinde ayrıca bir Kamu Alımları Anlaşması (Government Procurement Agreement - GPA) imzalanmış ve örgüt kapsamında geçerli olmak üzere kamu

⁶⁴ **4734 sayılı Kanunda değişiklik yapan 4964 sayılı Kanunun genel gerekçesinden:** “...kamu ihalelerinin sağlıklı biçimde yürütülmesini teminen, idarelerin bu konudaki yakınmaları ve uygulamanın izlenmesi sonucu yapılan tespitler yanında başta Avrupa Birliği, Dünya Bankası ve Birleşmiş Milletler normları olmak üzere uluslararası düzenlemeler de göz önünde bulundurularak...” Gerekçeli Kamu İhale Kanunu, (Çevrimiçi), www.kik.gov.tr, 07.05.2014.

⁶⁵ Hoda, Anwarul/ Bansal, Suchi, “Transparency In Government Procurement”, **Indian Council For Research On International Economic Relations Working Paper**, Working PaperNo. 129, April, 2004, S.1, Çevrimiçi: www.icrier.org, 15.09.2012.

⁶⁶ Sandiford, Wayne, “Gatt And The Uruguay Round”, 1994, Çevrimiçi: http://www.eccb-centralbank.org/Rsch_Papers/Rpmar94.pdf, 12.08.2012.

⁶⁷ WTO IERD, s.15.

alımlarına ilişkin olarak ayrı uluslararası ihale ilkelerine yer verilmiştir⁶⁸. Kamu Alımları Anlaşması 22 gelişmiş ülke tarafından imzalanmış olup⁶⁹ 1 Ocak 1996 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Günümüzde Dünya Ticaret Örgütü kapsamındaki kamu alımlarına ilişkin esas ve usullerin geneli bu anlaşma hükümleri çerçevesinde yürütülmektedir. Anlaşmaya karşı Dünya Ticaret Örgütü ülkelerinin durumu; taraf olanlar, taraf olma yolunda müzakerelere devam edenler ve gözlemciler olmak üzere üç statüye ayrılmıştır. Türkiye Dünya Ticaret Örgütüne üye olmakla birlikte Kamu Alımları Anlaşmasına taraf statüsünde yer almamakta, bu konuda gözlemci konumunda bulunmaktadır⁷⁰.

Kamu Alımları Anlaşmasının genel amacı; taraf ülkelerin iç mevzuatlarının anlaşma çerçevesinde belirlenen temel ilkelere uyumlaştırılmasının sağlanması ve kamu alımlarında rekabetçi ortamın tesis edilmesidir⁷¹. Bu doğrultuda anlaşma üç temel ilkeyi esas almıştır, bunlar “*ayrımcılık gözetmeme*” (Non-Discrimination), “*ulusallık muamelesi*” (National Treatment) ve “*şeffaflık*” (Transparency) ilkeleridir⁷². Ayrımcılık gözetmeme ilkesi ile, bir ülke katılımcısına diğer ülke katılımcılarının yanı sıra farklı ve avantaj sağlayıcı muamele yapılmasının önüne geçilmek istenirken⁷³, ulusal muamele ilkesi ile ise ihalenin yapıldığı ülke de yer

⁶⁸European Bank for Reconstruction and Development (EBRD), **Procurement Policies and Rules**, European Bank for Reconstruction and Development, London, 2010, s.4, Çevrimiçi: www.ebrd.com, 18.09.2012.

⁶⁹Anlaşmayı geliştiren ülkeler imza altına almışlardır, bu bağlamda; Avrupa Birliğinin 15 ülkesinin yanı sıra, Amerika Birleşik Devletleri, Kanada, Avustralya, Japonya, İsrail, Güney Kore ve İsviçre anlaşmayı imzalamışlardır. Mattoo, Aaditya “The Government Procurement Agreement: Implications of Economic Theory”, **World Trade Organization Trade in Services Staff Working Paper**, TISD-96-03, October 1996, s.1, Çevrimiçi: www.wto.org, 18.09.2012.

⁷⁰Anderson, Robert D et al, “Assessing The Value of Future Accessions to The WTO Agreement on Government Procurement (GPA): Some New Data Sources, Provisional Estimates, and an Evaluative Framework For Individual WTO Members Considering Accession”, **World Trade Organization Economic Research and Statistics Division Staff Working Paper**, ERSD-2011-15, 6 October 2011, s.11, Çevrimiçi: www.wto.org, 18.09.2012.

⁷¹The International Institute for Sustainable Development (IISD), **Government Procurement in the World Trade Organization**, The International Institute for Sustainable Development, Canada, 2003, s.1-2, Çevrimiçi: www.iisd.org, 18.09.2012.

⁷²Bazı yazarlar tarafından farklı sınıflandırma yapılarak temel ilkeler ayrımcılık gözetmeme ve şeffaflık olarak iki ana sınıfa ayrılıp, ulusal muamele ilkesi ayrımcılık gözetmeme ilkesi içerisinde değerlendirilmektedir. Nicholas, Caroline, “Work of UNCITRAL on Government Procurement: Purpose, Objectives, and Complementarity with The Work of the WTO”, World Bank, 2010, s.8, Çevrimiçi: www.worldbank.org, 18.09.2012.

⁷³Evenett, Simon J. “The WTO Government Procurement Agreement: An Assessment of Current Research and Options for Reform”, **World Bank Conference Informing the Doha Process: New**

alan katılımcıları öne geçirmeyi ya da ülke mallarının kullanılmasını amaçlayan düzenlemelere yer verilmemesi hedeflenmekte⁷⁴, şeffaflık ilkesi ile ise kuralların konulması ve uygulama aşamasında açıklığın sağlanması amaçlanmaktadır⁷⁵.

Kamu Alımları Anlaşması taraf devletlere, Anlaşma kapsamında yapılan ihalelere ilişkin olarak çıkabilecek uyuşmazlıklara ilişkin olarak ulusal bağımsız inceleme kurumlarının kurulması ve hakkı ihlal edildiğini ileri sürenlerin bu yerel organlarda hakkını araması için, ülke iç mevzuatlarını düzenleme yükümlülüğü getirmiştir. Anlaşma çerçevesinde başvuru yapılması durumunda bağımsız yerel organ uyuşmazlık konusu kararı inceleyecek ve çok uzun olmayan uygun bir zamanda kararını verecektir. İnceleme makamının bağımsız olarak addedilmesi, ihaleyi yapan makamın etkisi altında olmayan bir bağımsızlığı ifade etmektedir. İdarenin verdiği kararların yargı denetimine konu olması gerekliliği de Anlaşma tarafından ayrıca öngörülmektedir⁷⁶.

4734 sayılı Kanun çerçevesinde ihalelere yönelik özel nitelikli idari başvuru yolunun kurulmuş olmasının sebeplerinden biri de Dünya Ticaret Örgütü Kamu Alımları Anlaşmasının ulusal düzeyde birel başvuru zorunluluğunu getiren düzenlemeleridir. Anlaşmanın üye ülkelere yüklediği temel sorumluluk ilgililere yerel düzeyde ihaleyi yapan idareden bağımsız nitelikte bir organda uyuşmazlığı incelettirebilme hakkı tanıma ve bu organın verdiği kararların yargı denetimine açık olmasının sağlanmasıdır. 4734 sayılı Kanun söz konusu yükümlülükleri yerine getirir nitelikte hazırlanmış, ihaleleri yerel düzeyde inceleyecek Kamu İhale Kurumu kurulmuş, Kurulun kararlarını çok uzun olmayan belli bir sürede vermesi benimsenmiş ve Kurulun kararları yargı denetimine açık tutulmuştur. Belirtilen karşılaştırmalı açıklamalar çerçevesinde 4734 sayılı Kanun çerçevesinde yapılan

Trade Research for Developing Economies, Cairo, 2002, s.9, Çevrimiçi: www.worldbank.org, 19.09.2012.

⁷⁴ Juhasz, Antonia, "The WTO's New Issues: Investment, Government Procurement, Competition Policy and Trade Facilitation", **International Forum on Globalization**, San Francisco, 1996, s.2, Çevrimiçi: www.ifg.org, 19.09.2012.

⁷⁵ Gabilondo, Pérez, **Dispute Settlement: World Trade Organization Government Procurement**, United Nations, New York, 2003, s.7-11, Çevrimiçi: www.unctad.org, 18.09.2012.

⁷⁶GPA m. XX/6

idari başvurulara ait düzenlemelerin Dünya Ticaret Örgütü Kamu Alımları Anlaşmasına uygun olduğu kanaatindeyiz.

1.3.6.2. Birleşmiş Milletler UNCITRAL Model Kanunu

Birleşmiş Milletler Genel Konseyine bağlı olarak 1966 yılında kurulmuş olan Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (The United Nations Commission on International Trade Law), genellikle İngilizce isminin baş harflerinin birleştirilmesi yolu ile oluşturulan UNCITRAL kısaltılmış adı ile anılmakta olup, bu çalışmada da Komisyon ifadesi ile ya da bu isim ile bahsedilecektir.

UNCITRAL'ın başlıca kuruluş amacı; uluslararası ticaret alanındaki hukuki düzenlemeler arasında uyumluluğu sağlamak ve uluslararası ticaretin özellikle gelişmekte olan ülkelerde gelişimini sağlamak olarak tarif edilmektedir⁷⁷. Belirtilen bu genel amaçların gerçekleştirilebilmesi için UNCITRAL teknik destek sağlamakta ve diğer benzer kuruluşlarla işbirliğini koordine etmektedir⁷⁸.

Komisyonun üyeleri sadece Birleşmiş Milletlere (United Nations) üye ülkelerden altı yıl için seçilmekte ve üç yılda bir üyelerin yarısı yenilenmektedir⁷⁹. Komisyon ana hatları ile üç organdan oluşmakta olup bunlar; Komisyon, Çalışma Grupları ve Sekreteryadır. Komisyon merkezi yürütme organı olarak görev yapmakta, Çalışma Grupları tarafından hazırlanmış raporların kabulü ile üst düzey kararları alma işlevini görmekte ve yılda bir defa toplanmaktadır. Çalışma Grupları, teknik olarak hukuki metinlerin hazırlanmasını sağlamakta, hukuki alanda

⁷⁷ United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), **UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Laws**, United Nations Publication, New York, 2005, s.363, Çevrimiçi: www.uncitral.org, 20.09.2012. (UNCITRAL Guide)

⁷⁸ Gross, Claudia M., **Current Work of UNCITRAL on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration**, Presentation for OECD, 2010, s.2, Çevrimiçi: www.oecd.org, 21.09.2012.

⁷⁹ UNCITRAL'in üye sayısı başlangıçta 29 iken, 1973'te 36 ya 2002'de 60 a yükselmiştir. Üyelerin belirlenmesinde coğrafi farklılıkların yanı sıra ekonomik ve hukuksal düzen farklılıkları göz önünde bulundurularak, çeşitliliğin sağlanması istenilmektedir. Bu çerçevede üye ülkelerin 14'ü Afrika'dan, 14'ü Asya'dan, 14'ü Batı Avrupa'dan ve diğer devletlerden, 10'u Latin Amerika'dan ve 8'i Doğu Avrupa'dan olmak üzere belirlenmiştir. UNCITRAL, **A Guide to UNCITRAL Basic Facts About the United Nations Commission on International Trade Law**, United Nations, Vienna, January 2013, s.2-3, Çevrimiçi: www.uncitral.org, 12.02.2012. (Basic Facts)

Komisyon raporlar hazırlamakta ve yılda iki defa olmak üzere toplantı yapmaktadır. Sekreteryaya ise Çalışma Gruplarına ve Komisyona yardımcı hizmetler görmekte ayrıca birimler arası koordinasyon işlemlerini idare etmektedir⁸⁰.

Komisyonun 1994 yılında yaptığı toplantıda Mal, Hizmet ve Yapım İhaleleri Hakkında UNCITRAL Model Kanunu (The UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services) kabul edilmiştir. Model Kanunun özelliği tavsiye niteliği taşıması olup Model Kanunun üye ülkelerin ulusal mevzuatlarına dahil edilmesi önerilmektedir⁸¹. Model Kanunun tavsiye niteliği olmakla birlikte, Kanunun uygulanmasını yaygınlaştırmak amacıyla bazı uluslararası kredilerin kullanımı Model Kanunun iç hukukta kullanımı şartına bağlanmaktadır⁸².

Temel ilkeler konusunda Model Kanun altı farklı ölçüt belirlemiştir, bunlar; hesap verilebilirlik, şeffaflık, tarafsızlık, adil muamele, rekabet ve katılım ilkeleri olup, her somut olayda Model Kanun hükümlerinin yorumlanmasında bu ilkeler esas alınmaktadır⁸³.

1994 yılında hazırlanan Model Kanunda ülkelerin iç hukuk düzenlemelerinde ihalelere ilişkin şikayetlere dair başvuruların incelenmesini yapacak sisteme yer vermek durumunda oldukları hususu bir tavsiye niteliğinde iken, 2005 yılında yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Konvansiyonu (The

⁸⁰Kelly, Claire R. "The Politics of International Economic Law: Legitimacy and The Uncitral Working Methods", **Brooklyn Law School Legal Studies Research Papers Working Paper Series**, Research Paper No. 140, March 2009, s.3-4, Çevrimiçi: <http://ssrn.com/abstract=1371214>, 19.09.2012.

⁸¹Nicholas, Caroline "Reform of the UNCITRAL Model Law on Procurement", **The European Bank for Reconstruction and Development (EBRD) Law in Transition**, October 2010, s.2-3, Çevrimiçi: www.ebrd.com/lawintransition, 18.09.2012. (Model Law)

⁸²Dünya Bankası kredilerinin kullanımının ön şartı, krediyi kullanacak olan ülkenin Model Kanunu kendi iç hukuk sistemine entegre etmesine bağlanmış ve sonuçta gelişmekte olan bir çok ülke zorunlu olarak Model Kanunu kendi hukukunun parçası haline getirmek durumunda kalmıştır. Açığöz, s.53.

⁸³Suwara, Ewa "Is UNCITRAL Model Law On Procurement of Goods, Construction and Services a Suitable Legal Model To All States? – Case of Afghanistan", **Human Security Gateway**, 2012, s.79, Çevrimiçi: www.humansecuritygateway.com, 15.10.2012.

United Nations Convention Against Corruption - UNCAC) gereğince, ihalelere ilişkin denetim mekanizmalarının kurulması zorunlu hale gelmiştir⁸⁴.

Model Kanunun 64 üncü maddesinde ihalelere yönelik olarak yapılacak başvurular; “*ihaleye yapan idareye yeniden değerlendirme başvurusu*” (Application for reconsideration before the procuring entity) ve “*bağımsız idari otoritenin gözden geçirmesi için yapılan başvuru*” (Application for review before an independent body) olmak üzere, Türk mevzuatındaki benzer şekilde iki aşamalı olarak öngörülmüş, ve yine Türk uygulamasında olduğu gibi yargı yoluna başvurma üçüncü bir yöntem olarak kurgulanmıştır. Model Kanunda yer alan ihalelerin yeniden gözden geçirilmesine ilişkin başvuru yolları, rekabet ilkesinin sağlanmasının en önemli araçlarından biri olarak gösterilmektedir⁸⁵.

Gerek ihaleyi yapan idareye, gerek bağımsız otoriteye ve gerekse de mahkemeye yapılan başvurular Model Kanunun 65 inci maddesi gereğince ihale sürecini durdurmasını ve sözleşmenin imzalanmamasını öngörmektedir. Sözleşmenin imzalanmaması için öngörülen bu durma eyleminin süresinin tayini konusunda ise üye devletlere takdir hakkı tanınmış olup, üye devletler kendi mevzuatlarında bu süreyi belirleyeceklerdir⁸⁶.

İhalelere yönelik olarak yapılan başvuru sebebiyle ihale sürecinin durması sonucunun ortadan kaldırabilmesi için ihaleyi yapan idare, sözleşmenin acil olarak imzalanmasında kamu menfaati olduğunu ortaya koyabilmelidir. İdare sözleşmenin imzalanmasında acil kamu menfaatini tutarlı dayanakları ile birlikte ortaya koyabilirse ihale işlemlerine kaldığı yerden devam edilebilir yani sözleşme imzalanabilir⁸⁷.

⁸⁴ UNCITRAL Model Kanunu Rehberinde, UNCAC’ın getirdiği yeniliklerin ve uluslararası beklentilerin karşılanması için, Model Kanunda 2011 yılında bu değişikliğin yapıldığı belirtilmiştir. United Nations Commission on International Trade Law, (UNCITRAL Guide), s.286-287.

⁸⁵ UNCTAD, “Competition policy and public procurement”, y.y., Geneva, 2012, s.7, Çevrimiçi: www.unctad.org, 25.12.2012.

⁸⁶ United Nations Commission on International Trade Law, (UNCITRAL Guide), s.235-236,

⁸⁷ United Nations Commission on International Trade Law, (UNCITRAL Guide), s.235-236,

İhalelere yönelik başvurular konusunda Model Konunun öngördüğü mekanizmada dikkat edilmesi gereken en önemli nokta, idari başvuruların birbirini takip eder şekilde yapılması zorunluluğu bulunmaması, başvuru ehliyetine sahip olan kişilerin gerek ihaleye yapan idareye ve gerekse bağımsız idari otoriteye yapacakları başvurular için seçimlik hakka sahip olduklarıdır. Yani başvuru ehliyetine haiz olan gerçek ve tüzel kişiler doğrudan ihaleyi yapan idareye ya da doğrudan bağımsız idari otoriteye gidebilecekleri gibi, önce ihaleyi yapan idareye gidip daha sonra ihaleyi yapan idareden aldıkları karar üzerine bağımsız idari otoriteye başvurma hakkına sahiptirler. Yargı yolu ise gerek ihaleyi yapan idarenin kararları ve gerekse bağımsız idari otoritenin kararları için açık bulunmaktadır. Ancak UNCITRAL Model Kanununa ilişkin olarak hazırlanan “*Rehberde*” üye ülkelerin idari ve başvuru yollarını belli bir sıraya koyma haklarının bulunduğu belirtilmektedir⁸⁸.

4734 sayılı Kanun hazırlanılırken temel alınan uluslararası mevzuatlardan birisi olan Model Kanunun öngördüğü sistem ile Kamu İhale Kanununun kurmuş olduğu idari başvuru mekanizması karşılaştırıldığında; 4734 sayılı Kanunun Model Kanunun öngördüğü tüm hak arama mekanizmalarını şikayet ve itirazın şikayet olarak karşıladığı, söz konusu idari başvuru süreçleri tamamlanmadan sözleşmenin imzalanmasının mümkün olmaması şeklinde kurulan sistem ile idari başvuru neticesinde ihale sürecinin durmasına ilişkin önleme gerek bulunmadığı, idari başvurulara karşı yargı yolunun açık bulunduğu yönleri ile Model Kanunun gereksinimlerini karşıladığı kanaatindeyiz.

1.3.6.3. Avrupa Birliği İhale Direktifleri

AB'nin kurucu anlaşması olan ve 25 Mart 1957 tarihinde imza altına alınan Roma Anlaşmasının 189 uncu maddesinde, bu sözleşmede yer alan hükümlerin yürürlüğünün sağlanabilmesi için, Komisyon ve Konseyin direktifler çıkarabileceği hüküm altına alınmıştır. Yine aynı maddede direktiflerin üye ülkeler için bağlayıcı nitelik taşıdığı ancak direktiflerde yer alan hükümlerin uygulanmasına ilişkin olarak

⁸⁸United Nations Commission on International Trade Law, (UNCITRAL Guide), s.236.

üye devletlere şekil ve yöntem seçiminde seçim hakkı tanınması gerektiği belirtilmektedir⁸⁹.

İhalelerde uygulanacak ilkelere ilişkin Roma Anlaşmasında bazı genel hükümler bulunmakla birlikte AB içerisinde ihale usullerine ilişkin kurallar özel olarak, Roma Anlaşmasının verdiği yetki kapsamında çıkarılmış direktiflerle belirlenmiştir⁹⁰.

AB’de ihale konusuna özgü kuralları içeren direktifler 2004 yılında yeniden gözden geçirilerek iki ana başlık altında toplanmış ve 30 Nisan 2004 tarihinde Avrupa Birliği Resmi Gazetesinde yayımlanarak yürürlüğe girmişlerdir⁹¹. Direktiflerden biri mal, hizmet ve yapım işi ihalelerini düzenleyen ve “*Kamu Sektörü Direktifi*” (Public Sector Directive) olarak anılan 2004/18/EC sayılı direktif iken, ikincisi su, telekomünikasyon ve enerji gibi spesifik alanları düzenleyen ve “*Utilities Direktifi*” (Utilities Directive) olarak adlandırılan 2004/17/EC sayılı direktiftir⁹².

İhalelere ilişkin spesifik alanları düzenleyen direktiflerden farklı olarak Konsey ve AP, ihalelere ilişkin incelemelerin yapılma usulünü göstermek ve ihale uygulamalarının etkinliğini arttırmak üzere “*Şikayet Direktifi*” (Remedies Directive) olarak adlandırılan 2007/66/EC sayılı direktifi 20.12.2007 tarihli Avrupa Birliği Resmi Gazetesinde yayımlayarak yürürlüğe koymuştur⁹³.

⁸⁹ **The Treaty Of Rome**, 25 March 1957, s.58-59, Çevrimiçi: <http://ec.europa.eu>, 10.09.2012.

⁹⁰ OIB, **EU Public Procurement Legislation: Delivering Results Summary Of Evaluation Report**, OIB, Brussels, 2012, s.4, Çevrimiçi: www.ec.europa.eu, 10.08.2012.

⁹¹ **Official Journal of the European Union**, 30.4.2004, s.114-134, Çevrimiçi: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:134:0114:0240:EN:PDF>, 08.08.2012.

⁹² OECD SIGMA, **Which Contracts are Covered by the Procurement Directives?**, y.y., t.y., s.2, Çevrimiçi: <http://www.oecd.org/site/sigma/publicationsdocuments/47449966.pdf>, 10.09.2012. (Contractors)

⁹³ **Official Journal of the European Union**, 20.12.2007, s.31-46, Çevrimiçi: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:335:0031:0046:EN:PDF>.

Kamu Sektörü Direktifinin kapsamında yapılan alımlar, Utilities Direktifi çerçevesindeki ihaleler, yapım işleri imtiyazları ile dinamik alım sistemi kapsamında yapılan ihaleler Şikayet Direktifinin kapsamı olarak belirlenmiştir⁹⁴.

Şikayet Direktifi üye ülkelere ihalelere karşı idari başvurulara ilişkin esaslar koyma yükümlülüğü getirmektedir. Şikayet Direktifinin 1.3 üncü maddesi, bağımsız idari bir otoritenin ihale kararını gözden geçirici nihai kararı oluşmadan, sözleşmenin imzalanmasına engel olunmasına ilişkin önlemlerin üye devletlerce alınması gerekliliğini ortaya koymaktadır.

Şikayet Direktifinin 1.5 inci maddesi ise üye devletlerin, bağımsız idari otoriteden farklı olarak idareye başvuru yapılması imkanının tanınmasında takdir hakkının bulunduğunu, idareye yapılacak başvuru ile bağımsız idari otoriteye yapılacak başvurunun belli bir sıraya konulmasında yine üye devletin düzenleme yapabileceğini belirtmektedir. Netice itibarıyla Şikayet Direktifi, idareye başvuru yapılması ya da yapılma imkanı tanınmamasını üye devletin takdirine bırakmış, ancak ihale işlemlerinin ihale işlemini yapan idareden bağımsız idari makamlarca denetlenmesine imkan tanınmasını şart koşmuş, söz konusu başvuru yollarının belli bir sıraya konulmasında ise üye devlete düzenleme yapma konusunda takdir hakkı tanımıştır. Bu çerçevede üye devletler de farklı düzenlemeler yaparak, Direktifteki hükümleri hayata geçirmişlerdir. Çek Cumhuriyeti idareye şikayeti ülkemizde olduğu gibi zorunlu saymış iken⁹⁵ Portekiz ihtiyari olarak düzenlemiş, Bulgaristan idareye sadece bildirimde bulunma zorunluluğu getirmiş, Avusturya idareye

⁹⁴Linehan, Barbara **Guide to Procurement Law**, Construction Industry Federation & National Roads Authority, Dublin, 2010, s.94, Çevrimiçi: <http://www.nra.ie/RepositoryforPublicationsInfo/file,17810,en.pdf>, 10.09.2012.

⁹⁵Çek Cumhuriyetinde idari şikayet başvurusundan sonra ülkemizde KİK'in benzeri bir kurum olan Rekabeti Koruma Kurulu (The Office for the Protection of Competition) bağımsız idari otorite olarak şikayetleri yeniden gözden geçirmektedir. OECD Sigma, **Central Public Procurement Structures and Capacity in Member States of the European Union**, Paris, 2007, s.53, Çevrimiçi: <http://www.oecdilibrary.org>, 11.09.2012. (Structure)

başvuruya ilişkin hiçbir düzenlemede bulunmamış⁹⁶ Norveç ise bağımsız idari otoriteye başvuruyu ihtiyari bir hak olarak hüküm altına almıştır⁹⁷.

İhalelere karşı idari başvurular yanında yargı yolunun da AB direktifleri çerçevesinde açık olması gerekip, son aşamada Avrupa Birliği Adalet Divanına başvuru imkanı bulunmaktadır. Divan ihale ile ilgili önemli kararlar almakta ve bu alanda içtihatlar geliştirme yoluna gitmektedir. Bu içtihatlardan önemli olanlarından bazıları; AB ihale direktifleri temel ilkelerinin direktif kapsamı dışındaki ihalelerde de geçerli olması gerekliliği⁹⁸, AB normlarının doğrudan uygulanabilir nitelikte olduğu⁹⁹ ve üye devletlerin AB direktiflerinde belirtilen kuralları kendi iç mevzuatlarına yerleştirme mecburiyetleri olarak sayılabilir¹⁰⁰.

AB İhale Direktifleri 4734 sayılı Kanunun hazırlanmasında temel esas alınan uluslararası mevzuattır. Direktiflerde yer alan idareye başvuru imkanının sağlanması ve bağımsız bir idari otorite kurma şartları 4734 sayılı Kanun tarafından sağlanmıştır. Bunun yanı sıra idari başvuru yollarına ait süreç tamamlanmadan sözleşmenin imzalanmaması da Direktiflerdeki düzenlemeyi tam olarak karşılamaktadır. İdari başvuru kararlarının yargı yoluna açık olması hususu da Direktif hükümleri ile örtüşmekte bununla birlikte Adalet Divanına başvuru imkanı ise AB üyeliğine tam giriş ile mümkün olabilmektedir. Netice itibarıyla 4734 sayılı Kanunun ihalelere

⁹⁶Açıkgöz, s.91.

⁹⁷Norveç'te kamu ihalelerini incelemek üzere kurulmuş olan Kamu İhale Şikayet Kurulu (Public Procurement Complaint Board) on kişilik avukattan kurulu bir yapı olup, bu kurula başvuru hakkı ihtiyari nitelik taşımakta, ilgililer doğrudan mahkemeye başvurabilmektedirler. Kurulun kararları tavsiye niteliğinde olmakla birlikte, üyelerin ve kurulun ülke içindeki saygınlığı kararlarının genel olarak uygulanması zorunluluğunu doğurmaktadır. 2003 yılında kurulmuş olan bu kurul 2010 yılına kadar 850 davaya bakmış olmakla birlikte kararlarının hızlı bir şekilde alınması gerekçesiyle hız yönünden OECD'de örnek olarak gösterilmektedir. Sözleşmesi henüz imzalanmamış ihalelere ilişkin incelemelerini söz konusu Kurul ortalama 51 günde sonuçlandırmaktadır. OECD, **Public Procurement Training For IPA Beneficiaries**, Paris, 2010, s.110, Çevrimiçi: <http://www.oecd.org>, 10.09.2012. (Beneficiaries)

⁹⁸ European Commission, **Commission Interpretative Communication**, Brussels, 2006, s.2, Çevrimiçi: www.europa.eu, 10.10.2012.

⁹⁹European Court of Justice, Case C-26/62 05/02/1963 Van Gend-Loos Case, **Selected Court Cases of the European Court of Justice in the Field of Public Procurement**, Tallin, 2007, s.5-6, Çevrimiçi:<https://riigihanked.riik.ee>, 18.09.2012.

¹⁰⁰European Court of Justice, Cases C-46/93 and 48/93 05/03/1996 Brasserie du Pecheur Cases, **Selected Court Cases of the European Court of Justice in the Field of Public Procurement**, s.6.

yönelik idari başvurular yönünden kuruluş sistematığı itibariyle AB Şikayet Direktifinin temel gereksinimlerini karşıladığı görülmektedir.

1.4. Kamu İhale Kurumu

İtirazen şikayet başvuru yönteminin daha iyi anlaşılabilmesi ve irdelenebilmesi için bu kurumun özelliklerinin gözden geçirilmesi ve niteliğinin ortaya konulması önem arz etmektedir.

İtirazen şikayet başvurularının yegane incelenme ve karara bağlanma mercii, daha önce idari sistemimizde yer almamakla birlikte, 4734 sayılı Kanunla ihdas edilen Kamu İhale Kurumu'dur.

Kurum, ihale alanında sadece inceleme değil aynı zamanda düzenleme hizmeti yapmak üzere, diğer bağımsız idari otoriteler (BİO)¹⁰¹ gibi uluslararası normlara uyum sağlamak amacı ile kurulmuş bulunmaktadır¹⁰². AB ihale direktiflerindeki en önemli kurallardan biri de ihale uygulamalarını gözetleyen bağımsız bir merciiin varlığıdır¹⁰³.

1.4.1. Kuruluşu

KİK; ayrı bir tüzel kişiliğe sahip, kararlarında bağımsız, idari ve mali özerkliği olan bir kuruluş olarak kurulmuştur. Ayrı bir tüzel kişiliği olduğu için

¹⁰¹ BİO kavramı analiz edildiğinde, bağımsız sözcüğünün organik ve işlevsel olarak yürütmeden bağımsızlığı, idari ifadesinin idari organ niteliğine haiz olduğunu, otorite kavramının ise danışma değil düzenleyici ve denetleyici yetkiye sahip olduğunu ifade ettiği sonucuna varılmaktadır. Gözübüyük/Tan, (İdare Hukuku), s.314.

¹⁰² Bu kuruluşlara yönelik eleştirilerden biri de, bunların IMF ve Dünya Bankası gibi uluslararası güçlerin dayatması sonucu kurulmalarıdır. Tan, Turgut, "Bağımsız İdari Otoriteler veya Düzenleyici Kurullar", **Amme İdaresi Dergisi**, C. 35, S. 2, Haziran 2002, s.11-12. (Kurullar)

¹⁰³ Koçoğlu, Şükrü, "Kamu İhale Mevzuatına İntes'in Gözü İle Yaklaşım", **Dış Denetim**, Ekim-Kasım-Aralık 2010, s.64.

bakanlıklarla ya da merkezi idare ile arasında hiyerarşi denetimi olmamakla birlikte, Maliye Bakanlığı ile ilişkilendirilmiştir¹⁰⁴.

KİK, Kurum ve Kurul olmak üzere ikili yapıya sahiptir. Kurum başkanlık ve hizmet birimlerinden oluşmaktadır ve idari işleri yürütmekle görevlidir. Kurul ise karar organı olarak hizmet görmektedir. KİK'in merkezi Ankara olup, taşra teşkilatı bulunmamaktadır. Kurumun başkanı aynı zamanda Kurulun da başkanıdır.

1.4.2. Görevleri ve Çalışma Usulü

KİK'in görevleri 4734 sayılı Kanun çerçevesinde gerçekleştirilen ihalelere ilişkin olarak, düzenleme¹⁰⁵ ve denetleme¹⁰⁶ olmak üzere iki ana başlık altında toplanabilir¹⁰⁷.

Düzenleme görevi¹⁰⁸ çerçevesinde KİK piyasayı takip sonrasında elde ettiği veriler çerçevesinde, kanunların hazırlanmasına yardımcı olmakta ve ayrıca kendisi yönetmelik, tebliğ ve düzenleyici karar adı altında işlemler gerçekleştirmektedir. Düzenleyici işlemlerin hazırlanmasında hizmet birimleri gerekli çalışmalarını yaparak karar mercii Kurul'a yardımcı olmaktadır. Kurul ise bu bilgiler çerçevesinde gerekli düzenleyici kararları almaktadır. Anayasa Mahkemesinin ifade ettiği gibi idarenin

¹⁰⁴ Ulusoy BİO'lar ile bakanlıklar arasındaki “*ilişkili*” şeklinde ortaya konulan bağın, vesayet denetiminin BİO'lara uyarlanmış şekli olduğunu ileri sürmektedir. Ulusoy, Ali, **Bağımsız İdari Otoriteler**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s. 38. (Bağımsız Otorite)

¹⁰⁵ Bu düzenleme yetkisi geniş anlamda olup devletin geleneksel fonksiyonlarını içerdiği gibi, deontolojik anlamda sektöre has oyun kurallarını belirlemeyi de kapsamaktadır. Ulusoy, Ali, “Kamu Hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler: Avrupa Yapılanmasının Kamu Hizmeti Teorisine Etkileri”, **Günışığında Yönetim** içinde, (Der) İl Han Özay, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s.279-282. (Teori)

¹⁰⁶ Bağımsız idari otoritelerin genel kuruluş amacı ve işlevi; karmaşık ve teknik gözükken konularla ilgili olarak idari kararlar alarak hakime sadece hukuksal sorunları bırakmak şeklinde çekici bir ifade ile tarif edilse de, uzun vadede bu işlev idari yargı bağımsızlığına sebep olacağı kuşkusuzdur. Gülan, Aydın/ Berkarda, Kemal, “İdare Hukukunda Gerçekleşen Köklü Değişimler”, **Günışığında Yönetim** içinde, (Der) İl Han Özay, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s.402-403.

¹⁰⁷ Anayasa'ya göre kamu tüzel kişileri görev alanlarını ilgilendiren alanlarda kanun ve tüzüklerin uygulamasını sağlama amacıyla yönetmelik çıkarabileceklerinden, BİO'ların da ilgili oldukları alanda düzenleme yetkisinin varlığını kabul etmek gerekir. Gözübüyük/Tan, (İdare Hukuku) s.328-329.

¹⁰⁸ BİO'ların düzenleme görevi ile donatılmaları sebebiyle bu kuruluşlar ABD'de dördüncü kuvvet olarak da adlandırılmaktadırlar. Akıncı, Müslüm, **Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman**, Ankara, Beta Yayınları, 1999, s.133.

düzenleme yetkisi sınırlı, tamamlayıcı ve bağılı bir yetki olduğundan¹⁰⁹, KİK'in düzenleme yetkisi de kanunlarla verilen yetkilerle sınırlıdır¹¹⁰.

KİK'in, tam anlamıyla düzenleyici mahiyette olmamakla birlikte idari nitelik taşıyan; standart ihale dokümanları hazırlamak, ihale yasaklılık sicillerini tutmak, istatistikler düzenlemek¹¹¹, eğitim vermek, araştırma ve geliştirme faaliyetlerinde bulunmak ve Kamu İhale Bülteni yayımlamak gibi görevleri de bulunmaktadır.

İnceleme görevi çerçevesinde ise; hizmet birimleri gerekli incelemeyi yapmak üzere ilgili idarelerden gerekli belgeleri temin eder ve itirazın şikayet başvurularına hazırlık mahiyetinde olmak üzere uzman ve kurum görüşünü hazırlar. Bu görüş, karar mercii olan Kurul'a sunulur ve Kurul tarafından itirazın şikayet başvurularına ilişkin olmak üzere nihai kararlar verir¹¹². Kurul'un inceleme görevinin, gerek ihale süreci gerekse de sözleşmenin uygulanması aşamasına ilişkin kurumsal bilgi birikiminin varlığı ve kararlarının yargı denetimine tabi olmaması sebebiyle Sayıştay'a ait olması gerektiğini savunanlar da vardır¹¹³.

¹⁰⁹Anayasa Mahkemesinin 25.02.1995 tarih ve 22213 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan E: 1993/5, K: 1993/25 sayılı kararı: "Bu kural karşısında, Anayasa'da yasayla düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasa'da öngörülen ayrık durumlar dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda, yasa ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez."

¹¹⁰BİO'ların ön önemli özelliği faaliyet gösterdikleri alanla sınırlı düzenleme yetkilerinin olmasıdır. Bu düzenleme yetkisi üst norma aykırı olmamak şartıyla ikincil mevzuat çıkarılarak kullanılır. Yalçın, Nilgün, "Radyo ve Televizyon Alanının Düzenlenmesi ve Denetlenmesinden Sorumlu Kurulların Özerliği ve Bağımsızlığı", Uzmanlık Tezi, y.y., Ankara, 2011, s.31, (Çevrimiçi) www.rtuk.org.tr, 20.06.2012.

¹¹¹Kamu alımları alanında düzenli istatistikler tutmak daha sonra yapılacak düzenleme faaliyetlerine de önemli bir kaynak teşkil etmektedir. Jonsson, Steffan "Kamu Alımlarında Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeler İçin Fırsatlar ve Engeller", **II. Uluslararası Kamu Alımları Sempozyumu**, İstanbul, Nisan 2006, s.65-67.

¹¹²İhale süreci içerisinde yer alan yasaklama kararları ise Kurulun idari ve inceleme görevleri arasında yer almaktadır. Yasaklama işlemi her ne kadar ihale süreci içerisinde yer alsa da, bu işlemlerde idari yetki tamamen ilgili idare ve bu idarenin üst mercisinde iken, bu kararların incelenmesi görevi ise yargı mercilerindedir. İnan, Atilla "Kamu İhalelerinden Yasaklama Kararlarının Anayasa Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", **Dış Denetim**, Ekim-Kasım-Aralık 2010, s.156-160. (Yasaklama)

¹¹³Serdar, Ali "Kamu İhale Mevzuatı Hakkında Genel Değerlendirme", **Dış Denetim**, Ekim-Kasım-Aralık 2010, s.42-46.

1.4.3. Yapısal Niteliği

Bu başlık altında KİK'in "*Türk İdari Teşkilatı*" içerisinde hangi tür idare sınıfına girdiği tespit edilmeye çalışılacaktır.

Daha önce belirtildiği üzere KİK, devlet tüzel kişiliğinden ayrı bir tüzel kişiliğe haiz, Maliye Bakanlığı ile ilişkili¹¹⁴ bir kamu kurumudur. KİK, Kanunla kurulmuş olup, Kurumun kuruluşuna ilişkin olarak Anayasa'da doğrudan bir hüküm bulunmamaktadır.

Anayasada devletin organları kuvvetler ayrılığı prensibi çerçevesinde yasama, yürütme ve yargı olmak üzere üçe ayrılmıştır¹¹⁵. Bir BİO olan KİK'in; gerek üyelerinin hakim olmaması ve gerekse bir bakanlıkla ilişkilendirilmesi çerçevesinde yargı kuruluşu olmadığı, Anayasa ile kendisine yasama yetkisi verilmediği gerekçesi ile yasama kuruluşu olmasının mümkün bulunmadığı, hususları göz önünde bulundurulduğunda, yürütme erki altında ve idare teşkilatı içerisinde yer aldığı ve kamu kurumu niteliğine haiz oldukları¹¹⁶ hususunda tereddüt bulunmamaktadır¹¹⁷.

Türk İdari Teşkilatı merkezden yönetim ve yerinden yönetim olmak üzere iki prensip çerçevesinde kurgulanmıştır. Merkezden yönetimin temel özelliği, hiyerarşi bağı içerisinde ve tek bir tüzel kişilik içinde kamu hizmetlerinin görülmesinin

¹¹⁴BİO'ların bakanlıklarla ilişkilendirilmiş olması, devletin bütünlüğü ilkesinin sağlanması amacına yöneliktir. Ulusoy, Ali "Bağımsız İdari Kurumlar", **Danıştay Dergisi**, S.100, s.14. (Bağımsız Kurumlar)

¹¹⁵Özbudun, Ergun **Türk Anayasa Hukuku**, 14.bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 40-42; Teziç, Erdoğan **Anayasa Hukuku**, 14. bs., Beta Yayınları, İstanbul, 2013, 386-389.

¹¹⁶Uyuşmazlık Mahkemesinin 24.12.1989 tarih ve 20382 tarihli RG'de yayımlanan 27.11.1989 tarih ve E. 1989/24 K.1989/30 sayılı kararı: "*Kurum (SPK), sermaye piyasasının güven içinde açıklık ve kararlılıkla çalışmasını, tasarruf sahiplerinin korunmasını sağlamak amacıyla kurulmuş bir kamu kurumu olup, yaptığı hizmet de kamu hizmetidir.*"; Turgut Tan devletin merkezi idare, mahalli idareler ve kamu kurumları olarak örgütlendiğini, BİO'ların da kamu kurumları kapsamında yer aldığını belirtmektedir. Tan, Turgut "Bağımsız İdari Otoriteler", **Perşembe Konferansları**, S: 4, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2000, s.14 (İdari Otorite); Günday bu kurumların kamu kurumu olduklarını kabul etmekle birlikte, gördükleri vazifenin tam anlamıyla kamu hizmeti olmadığını, bir tür özel zabıta görevi gördüklerini belirtmektedir. Günday, Metin, **Rekabet Hukuku ve Yargı**, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 1999, s.61. (Rekabet)

¹¹⁷Özcan, Hakan, "Bir Bağımsız İdari Otorite Olarak Kamu İhale Kurumu" y.y., Ankara, Şubat 2008, s.141-142, (Çevrimiçi) www.kik.gov.tr, 08.07.2012.

sağlanmasıdır¹¹⁸. KİK ise ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olduğundan merkezden yönetim kuruluşu olarak değerlendirilmemektedir.

Kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde, merkezi teşkilat dışında ayrı bir tüzel kişiliğe sahip idarelere yetki verilmesine yerinden yönetim (ademi merkezîyet) denilmektedir¹¹⁹. Yerinden yönetim yer yönünden ve hizmet yönünden olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

Yer yönünden yerinden yönetim kuruluşlarının nitelikleri Anayasa’da sayılmıştır. Bu kuruluşların belirleyici ölçütleri; mahallin müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kurulmuş olmaları, karar organlarının seçmenler tarafından seçilerek oluşturulmaları ve kamu tüzel kişiliğine sahip olmaları olarak belirlenmiştir. KİK, tüzel kişiliğe sahip olma özelliğini taşımakla birlikte, gerek karar organının atanmasında tamamen merkezi idarenin yetkili olması ve gerekse coğrafi olarak yerel nitelikli hizmet yerine ülkenin tümüne hizmet vermesi bakımından, yer yönünden yönetim kuruluşları için belirtilen ölçütlere uymamaktadır.

Bazı kamu hizmetlerinin bu hizmete özgülenmiş ayrı kamu tüzel kişileri tarafından yerine getirilmesine hizmet bakımından yerinden yönetim denilmektedir¹²⁰. Hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşlarının ayırt edici ölçütleri; ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olmaları, kanunla veya kanunun verdiği açık yetkiyle kurulmuş olmaları ve belli bir kamu hizmetine özgülenmeleridir¹²¹. KİK’in yapısı, kuruluşu ve görevleri incelendiğinde, kurumun 4734 sayılı Kanunla kurulduğu, Maliye Bakanlığı’nın vesayet ilişkisine benzer bir denetim şeklinin

¹¹⁸Özay, (Günüştüğü), s.152-154.

¹¹⁹Yıldırım, Turan “Türkiye’nin İdari Teşkilatı”, **İdare Hukuku** içinde, (Der) Turan Yıldırım v.d., 2. bs, s.95. (İdari Teşkilat)

¹²⁰Yıldırım, (İdari Teşkilat), s.171.

¹²¹ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşlarının ayırt edici özelliklerini dokuz başlık altında toplamışlardır; 1- Kamu tüzel kişiliğine sahip olmaları, 2- Birer malvarlığı topluluğu olmaları, 3- Özerk olmaları, 4- Merkezi idarenin vesayet denetimi altında olmaları, 5- Ayrı bir malvarlığı ve bütçeye sahip olmaları, 6- Sınırlı sayıda olmamaları, 7- Her birinin Anayasada belirtilmemiş olması, 8- Faaliyet alanları ve statülerinin farklı olması, 9- Belli kamu hizmetlerine özgülenmeleridir. Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 337.

altında bulunduğu¹²², ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olduğu ve ihale alanına özgü görevlerle donatıldığı¹²³ sonucuna varılmaktadır. Bu durumda eğer bir sınıflandırma yapılması gerekirse¹²⁴, KİK'in hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşlarının belirleyici ölçütlerinin birçoğunu karşıladığı ve bu kuruluşlar arasında sayılmasının uygun olacağı kanaatindeyiz¹²⁵, Turan Yıldırım tarafından ileri sürülen; merkezi idare içinde yer almayan ve yerel yönetim olarak Anayasa'da sayılmayan tüm kamu tüzelkişilerinin, hizmet yönünden yerel yönetim olarak değerlendirilmeleri gerektiği¹²⁶ argümanı da kanaatimizi destekler niteliktedir¹²⁷.

1.4.4. Diğer BİO'larla karşılaştırması

KİK ile diğer BİO'lar arasında yapıları ve çalışma usulleri yönünden farklılık bulunsa da en önemli ayırım görev alanında ortaya çıkmaktadır.

Ülkemizde BİO'lar konusunda tam bir düzen olmamakla birlikte, bu kuruluşlar genellikle belli bir sektörü düzenlemekve bu alanda ilgililere idari yaptırımında bulunabilmek yetkisi ile donatılmış, idari ve mali yönden özerkliğe,

¹²²Ulusoy, (Bağımsız Otorite), s. 38.

¹²³BİO'lar belli bir hizmeti yerine getirmek dışında, bu hizmetin kurallarını koyma ve denetleme görevi ile donatılmışlardır. Atay, E. Ethem "Bağımsız İdari Otoriteler ve Türkiye Uygulaması", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. X, S. 1-2, Haziran – Aralık 2006, s. 274. (Bağımsız Otorite)

¹²⁴BİO'lar için Anayasada özel bir sınıf oluşturulmalı ve yerinden yönetim kuruluşları içinde bir yere oturtulmalıdır. Gönen, K. Eren, "Bağımsız İdari Otorite Olarak Rekabet Kurumu", y.y., Ankara, t.y., s.8, (Çevrimiçi) gazi.edu.tr, 14.07.2012.

¹²⁵Günday, vesayet denetimi altında olmadıkları, mali özerklikleri bulunmadığı ve belli bir hizmete özgülenmedikleri gerekçeleriyle, BİO'ların hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşu olmayacaklarını ifade etmektedir. Günday, (Rekabet), s. 76; Ulusoy ise BİO'ların düzenleme yetkisinin hizmet yerinden yönetim kuruluşlarının yetkisini aştığını ve bu nedenle hizmet yönünden yerel yönetim kuruluşları ile yer yönünden yerel yönetim kuruluşları yanında ayrı bir sınıf oluşturdukları ve bu kuruluşları "merkezi idarenin yörüngesinin en uzak uyduları" olarak görmek gerektiği görüşündedir. Ulusoy, (Bağımsız Kurumlar), s.13.

¹²⁶Yıldırım, (İdare Hukuku), s.172.

¹²⁷Anayasa Mahkemesinin 17.01.2008 tarih ve 26759 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan E. 2004/79, K. 2007/6 sayılı kararı: "İdare hukukumuzda devlet, bir tüzel kişi olarak kabul edilmiştir. Anayasanın çeşitli maddelerinde (29/4, 82/1, 128/1, 161/1) devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinden bahsedilmektedir. Devlet tüzel kişiliği, bir başka deyişle merkezi idare, tek bir kamu tüzel kişiliğini temsil eder. Diğer kamu tüzel kişileri ise, yer ve hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşlarıdır."

kararları yönden bağımsızlığa¹²⁸ sahip ayrı tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar olarak kurgulanmışlardır¹²⁹.

KİK de diğer BİO'lar gibi belli bir işlev olarak ihale işlerine özgülenmiştir. Bununla birlikte ihale işleri tam anlamıyla sektör kavramını karşılamamaktadır. Zira ihale işleri; bankacılık, şeker, telekomünikasyon, tütün, radyo ve televizyon yayıncılığı ya da enerji¹³⁰ gibi belli bir alana özgülenmiş olmayıp, her alandaki ihaleler KİK'in görevi kapsamında yer almaktadır¹³¹. Aynı durum Rekabet Kurumu için de söz konusu olmaktadır. Rekabet Kurumu da bir çok sektördeki rekabet politikalarını ve ihlallerini gözetlemektedir. Bununla birlikte KİK, inceleme konusu bakımından Rekabet Kurumundan da farklılık göstermektedir. Rekabet Kurumu kamu ve özel hukuk tüzel kişileri kaynaklı rekabet ihlallerini inceleme konusu yaparken, KİK'in inceleme alanı, her ne kadar ihale işlemleri içerisinde özel hukuk tüzel kişilerinin işlem ve eylemleri bulursa da, tamamen kamu kurum ve kuruluşlarının yapmış olduğu ihale işlemleridir. Bu sebeple KİK, idari ve mali özerklik, bağımsız tüzel kişiliğe sahip olma gibi yapısal özellikler yönünden diğer BİO'lara benzese de, görev alanı bakımından farklılık göstermektedir.

¹²⁸ Bazı ülkelerde bu kurumların yapısı tarif edilirken bağımsızlık (independance) kavramı kullanılırken, bazılarında ise tarafsızlık (neutralite ve impartialite) deyimini kullanılmaktadır. Tan, Turgut, (Kurullar), s.15; Bu kuruluşların idari bağımsızlıkları, organları ve işlevleri üzerinde rutin yani hiyerarşik ve vesayet denetiminin olmamasından kaynaklanmaktadır. Ulusoy, Ali, "Regülasyon Kurumları Hakkında Genel Bir Değerlendirme", **Günışığında Yönetim** içinde, (Der) İl Han Özay, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s.140. (Regülasyon)

¹²⁹BİO'lar konusundaki bir diğer ayrımında, bu kurumlar iki farklı kategoriye ayrılmaktadırlar. Birinci kategoriye, kamusal yaşamın duyarlı sektörleri olarak adlandırılan alanlarda düzenleme ve denetleme işlevini yerine getirenler meydana getirmektedir; ikinci kategoriye, devlet tekelinde bulunan kamu hizmetlerinin rekabete açılmasından sonra, özel sektörün de devreye girmesiyle birlikte faaliyette bulunulan alanlarda işlev gören kurumlar oluşturmaktadır. RTÜK, SPK, BDDK, KİK ve RK birinci grupta yer alırken, TK ve EPDK ise ikinci grupta yer almaktadır. Karakaş, Mehmet "Devletin Düzenleyici Rolü ve Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler", **Maliye Dergisi**, S: 154, Ocak-Haziran 2008, s.110-111.

¹³⁰Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu, Telekomünikasyon Kurulu, Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu, Şeker Kurulu, Tütün ve Tütün Mamulleri ve Alkollü İçkiler Piyasası Düzenleme Kurulu belli bir sektöre has olarak özel kanunlarla kurulmuş bağımsız idari otoritelerdir. Tan, (Bağımsız İdari Otorite), s.15.

¹³¹Gül, Hasan "Türk Kamu Alımları Sisteminde Kamu İhale Kurumunun Yeri ve Artan Önemi", **Dış Denetim**, Ekim-Kasım-Aralık 2010, s.5-8.

2. ŞİKAYET BAŞVURU YOLU

Şikayet başvurusu, 4734 sayılı Kanunda tanımlanmış özel bir idari başvuru yöntemi olup, ihale işlemlerinin mevzuata uygun olarak gerçekleştirilmesini amaçlamaktadır. Şikayet hakkını içeren etkili bir ihale sistemi, kamu kaynaklarının verimli kullanılmasının en önemli öğelerinden biri olarak gösterilmektedir¹³². Bu başvurunun özelliği, başvurunun ihaleyi yapan idareye yapılacak olması ve bu yolun dava öncesi tüketilmesi zorunlu olmasıdır. İdare ile kastedilen, ihale işlemini yapmış olan ve harcama yapan birimdir. İhale kapsamındaki idareler genel ilkeler belirlenerek 4734 sayılı Kanunda belirtilmiştir. 5018 Sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu çerçevesinde ise bu idareler; merkezi yönetim kapsamındaki idareler (genel bütçeli idareler, özel bütçeli idareler, düzenleyici ve denetleyici kuruluşlar), sosyal güvenlik kuruluşları ve mahalli idareler olarak karşılık bulmaktadır.¹³³ Söz konusu idareler kendi içinde 5018 Kanun kapsamında çeşitli harcama birimlerine ayrılmışlardır.

2.1. Şikayet Başvurusunun Tanımı

İhalelere karşı yapılacak idari başvuruların ilk aşaması şikayet olarak adlandırılmakta ve ihaleyi yapan idareye yapılmaktadır¹³⁴. Bu mekanizma ile ihaleyi yapan idarenin kendi kararını bir kez daha gözden geçirmesi, yargı yoluna taşınmadan¹³⁵ ilk elden ihaleyi yapan makam tarafından hukuka aykırılığın giderilmesi ve ihalelere ilişkin uyuşmazlıkların sulh¹³⁶ içinde çözümlenmesi arzu

¹³² Paul, Vonderer, “Kamu Alımlarında Saydamlık ve Verimlilik Açılış Konuşması”, **Kamu Alımlarında Saydamlık ve Verimlilik Sempozyumu**, İstanbul, Mayıs 2004, s. 31.

¹³³ Keyik, Avşar Kemal “4734 sayılı Kamu İhale Kanununda İhalenin İptali”, y.y., Ankara, Nisan 2008, s.7-8, (Çevrimiçi) www.kik.gov.tr, 10.07.2012.

¹³⁴ Oder, s.597; Açıkgöz, s.122.

¹³⁵ Karaoğlu, Sercan, “Kamu İhale Kurulu Kararlarının Yargısal Denetimi: Kapsamı, Sonuçları ve Yargı Kararlarının Uygulanması Sorunu”, y.y., Ankara, Şubat 2010, s.13-15, (Çevrimiçi) www.kik.gov.tr, 14.07.2012.

¹³⁶ 4734 sayılı Kanunun şikayet başvurusunu düzenleyen 55 inci maddesinin ilk şeklinin gerekçe metni: “İstekliler tarafından şikayetin öncelikle ihaleyi yapan idareye yapılması ve sulhen çözülmeye çalışılması öngörülerek, idare tarafından incelenmeye ve Kuruma başvuruda bulunma hallerine

edilmiştir¹³⁷.Belirtilen unsurlar çerçevesinde şikayet başvurusunu; ihale işlemlerine karşı herhangi bir hakkının ihlal edildiğini iddia edenler tarafından, dava açılmadan önce kullanılması gereken zorunlu idari başvuru yolu olarak tanımlamak mümkün görülmektedir.

2.2. Şikayet Başvurusunun Niteliği

İhale işlemlerine karşı başvuru yollarına ait getirilen yeni mekanizmanın ilk adımı olan şikayet müessesinin, maddi hukuk hükümlerinden bağımsız olarak usul hükümleri içeren özel nitelikli bir denetim mekanizması mı, yoksa Kanun gerekçesinde belirtildiği üzere idarenin karşılıklı çıkar ilişkisi kapsamında tavizler vermesi şeklinde maddi hukukla bağlantılı takdir hakkını da içeren bir “*sulh*” mekanizması mı ya da İYUK’un 11 inci maddesinde yer alan genel idari başvuru yolu ile aynı niteliği sahip fakat farklı şekilde isimlendirilmiş bir başvuru yolu mu olduğu hususunun ayırt edilmesi, şikayet sisteminin tanımlanması ve niteliğinin belirlenmesi için önem arz etmektedir.

2.2.1. Sulh Mekanizması İle Karşılaştırması

Şikayet yolunun niteliğini belirlemede öncelikle söz konusu idari başvuru yolunun gerek Kanunda ve gerekse Kanun gerekçelerinde ifadesini bulan sulh mekanizması niteliğine sahip olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Kanunun ilk şeklinin gerekçesinde şikayet sisteminin varlığının en önemli sebebi “*sulh*” olarak gösterilmektedir. “*Sulh olmak*” Türk Dil Kurumu sözlüğünde “*uzlaşmak*” anlamına gelmektedir¹³⁸. “*Uzlaşmak*” kelimesi ise “*aralarındaki düşünce veya çıkar ayrılığını, karşılıklı ödümlerle kaldırarak uyusmak, karşılıklı anlaşmak ve mutabık kalmak*” şeklinde tanımlanmaktadır¹³⁹.

ilişkin hükümlere yer verilmiştir.” Gerekeçeli Kamu İhale Kanunu, (Çevrimiçi), www.kik.gov.tr, 07.05.2014.

¹³⁷Karaoğlu, s.17.

¹³⁸TDK Sözlük, (Çevrimiçi) www.tdk.gov.tr, 12.07.2012.

¹³⁹TDK Sözlük, (Çevrimiçi) www.tdk.gov.tr, 12.07.2012.

4734 sayılı Kanunun ilk şeklinde; “*Taraflar, şikayet konusu anlaşmazlığı öncelikle bu Kanun hükümlerine göre sulhen çözmeye çalışır. Karşılıklı anlaşmanın olmaması durumunda idare, şikayetin verilmesini izleyen otuz gün içinde gerekçeli bir karar alır. Bu kararda, şikayet tamamen veya kısmen haklı bulunmuşsa alınması gereken düzeltici önlemler de belirtilir. Alınan karar, bütün isteklilere karar tarihini izleyen yedi gün içinde bildirilir.*” hükmü yer almaktaydı. Daha sonra 4964 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucu maddenin karşılıklı anlaşma ve sulhe ilişkin hükümleri, bu yöntemin anlaşmazlıkların çözümünde Türk idare sisteminde yerleşik bir metot olmadığı gerekçesiyle¹⁴⁰ Kanun metninden çıkarılmıştır. Her ne kadar Kanunun ilk şeklinde anlaşmazlıkların sulh yolu ile çözüleceği hüküm altına alınmış ise de, sulhun nasıl ve hangi fedakarlıklar çerçevesinde yapılacağı, idarelerin özellikle şikayet üzerine ne gibi bir esneklik payına sahip olduğu, başka bir anlatımla takdir hakkının var olup olmadığı, varsa eğer sınırlarının nerede başlayıp nerede bittiğinin belirtilmediği bir durumda sulh yapmak ya da karşılıklı anlaşmaya varmak pratikte söz konusu olamayacaktır¹⁴¹.

Yukarıda da belirtildiği üzere sulh müessesesinden bahsedebilmek için belli şartların bulunması gerekmektedir. Öncelikle ve en önemli husus olarak; idarenin uyuşmazlık konusu maddi olayla ilgili, “*taviz vermek*” yada “*fedakarlıkta bulunmak*” şeklinde adlandırılabilir belli yetkilerle donatılmış olması, kendisine çizilen sınırların içinde belli hareket alanının bulunması¹⁴², yani takdir hakkına¹⁴³ sahip olması gerekmektedir. Taviz vermek için esasına girmeyi gerektirir ve bu ancak maddi hukuka dahil olmak ile mümkün olabilmektedir. Oysa ki ihale ve şikayet

¹⁴⁰Gerekçeli Kamu İhale Kanunu, (Çevrimiçi), www.kik.gov.tr, 07.05.2014.

¹⁴¹İğdeler, Serdar, “Kamu İhale Kanununun Getirdiği Sorunlar”, y.y., Ankara, 2003, s.25-26, (Çevrimiçi), www.mülkiyeteftis.gov.tr, 18.07.2012.

¹⁴²Yayla, Yıldızhan, “İdarenin Takdir Yetkisi”, **İHFM**, C.30, S. 1-2, s. 202. (Takdir Yetkisi)

¹⁴³Takdir hakkı idarenin bir yetkiyi kullanıp kullanmama ya da kullanılmasının gereklerini saptama konusundaki serbestisi olarak tanımlanmaktadır. İdarenin takdir hakkının söz konusu olduğu durumlarda, alternatifli çözüm olanaklarının varlığı bir zorunluluktur. Gözübüyük Şeref, **Yönetmelik Yargı**, 33. bs., Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s.242-243; Onar, idarenin sınırlı alanda olmayan hususlarda takdir hakkının varlığını kabul etmektedir. Onar, Sıddık Sami **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, İsmail Akgün Matbaacılık - Hak Kitabevi, İstanbul, 1966, C.1, s.326; Takdir hakkı Ülgen tarafından, idarenin belli bir olay ya da durum karşısında, hareket serbestisinin önceden sınırlanmadığı hallerde, kendisine tanınan seçeneklerden kanuna uygun olanlardan birini seçme hakkı olarak tanımlanmaktadır. Ülgen, İ. Hakkı, “Danıştay’ın 105. Kuruluş Yıldönümü Açılış Konuşması”, **Danıştay Dergisi**, S. 8, 1973, s.8.

rejimi incelendiğinde, idarenin takdir yetkisinin hiçbir şekilde var olmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır¹⁴⁴. İdarenin ihale işlemleri içerisinde takdir hakkının bulunduğu tek alan ihalenin iptali yetkisinde görülmektedir ki, bu yetkinin dahi “mutlak ve sınırsız” olmadığı¹⁴⁵ “kamu yararı ve hizmetin gerekleri”¹⁴⁶ ile kısıtlandığı kabul edilmektedir¹⁴⁷.

İdare, şikayet müessesesinde tamamen bağlı¹⁴⁸ ve sınırlı bir yetki kullanmaktadır¹⁴⁹. Bu bağlı ve sınırlı yetki öyle dar bir alana sıkışmıştır ki, idarenin

¹⁴⁴ Sulh müessesesi takdir hakkının kullanımını gerektirdiğinden ve bu kullanım da sorumluluk doğurduğundan, idareler genellikle sulh yolunu kullanmamayı tercih ederler. İğdeler, (Sorunlar), s.25-26.

¹⁴⁵ İdare tek yanlı idare açıklamasıyla hukuk aleminde sonuç doğuran işlemler yapabilmektedir. Ancak bu yetki sınırsız olmayıp belli kurallar, amaçlar ve usullerle bağlıdır. Yayla, Yıldızhan, **İdare Hukuku: İdare İşlevi – İdarenin Yetkileri ve Hukuka Bağlılığı – İdarenin Sorumluluğu**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1985, s.82. (İdarenin Yetkisi)

¹⁴⁶ İdare takdir hakkını hukukun dışına çıkmadan, hizmetin gereklerine uygun olarak kullanılmalıdır. Kargın, Baha, “İdarenin Takdir Hakkı”, **İdare Dergisi**, S. 245, Mart-Nisan 1957, s.71.

¹⁴⁷ Ankara 8. İdare Mahkemesinin 08.11.2007 tarih ve E:2006/1530, K:2007/2369 sayılı kararından: “....Bu duruma göre; her ne kadar ihalenin onaylanıp onaylanmaması hususunda idareye takdir yetkisi tanınmış ise de; dava konusu ihaledeki en avantajlı davacı teklifinin söz konusu ihale için belirlenen yaklaşık maliyetin altında olduğu ve anılan ihalede 4 teklifin geçerli teklif olarak kabul edildiği dikkate alındığında, idarece ihalenin onaylanmamasının dayanağı olarak gösterilen teklife ilişkin fiyat ve yeterli katılımın sağlanmadığına ilişkin gerekçelerin, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamak bakımından kamu yararına uygun olmadığı sonucuna varılmış olup, ihalenin iptali ile ilgili olarak davacı tarafından davalı idareye yapılan itirazın şikayet başvurusunun reddine ilişkin işlemde hukuka ve mevzuata uyarlık bulunmamıştır....”

¹⁴⁸ Bağlı yetki kavramı, önceden konusu belli olan işlemler hakkında idarenin tek bir çözüm yolunu kullanma imkanına sahip olması olarak açıklanmaktadır. Bu tek çözüm yolu ise daha önceden yasa ile belirlenmiş olmalıdır. Başka bir ifade ile bağlı yetkinin söz konusu olduğu durumlarda, idarenin seçim yapma veya alternatif yol kullanma imkanı bulunmamaktadır. İdare, ancak kendisinden beklenen ve daha önce belirlenen kararı almakla mükelleftir. Gözübüyük, (Yargı), s.241-242; Bağlı yetki, hukukun idareye belli şartlar altında, belli şekilde hareket etme yükümlülüğü yüklemesidir. Balta, Tahsin Bekir **İdare Hukuku**, Ankara, 1970, s. 134 (İdare Hukuku); İdare bağlı yetki olan durumlarda, belirlenmiş seçeneklerden birini kullanmaması halinde bundan sorumlu olur. Akyılmaz/ Sezginer/ Kaya, s.139; Bağlı yetki idarenin kanuniliği ilkesinin bir gereğidir ve idarenin yetkisini sınırlayan net bir sınırı ifade etmektedir. Tuncay, Aydın H. **İdare Hukuku ve İdari Yargının Bazı Sorunları**, Danıştay Yayımı, Ankara, 1972, s.160-180.

¹⁴⁹ 4734 sayılı Kanunun 38. maddesinin 4. fıkrası: “İhale komisyonu, aşırı düşük tekliflerin tespiti ve değerlendirilmesinde Kurum tarafından belirlenen kriterleri esas alır. Kurum bu maddenin uygulanmasında; aşırı düşük tekliflerin tespiti, değerlendirilmesi ve ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesi amacıyla sınır değer veya sorgulama kriterleri ya da ortalamalar belirlemeye yetkilidir.” Kanunun 40. maddesinin 1. fıkrası: “37 ve 38 inci maddelere göre yapılan değerlendirme sonucunda ihale, ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren isteklinin üzerinde bırakılır.” Kanunun 40. maddesinin 4. fıkrası: “En düşük fiyatın ekonomik açıdan en avantajlı teklif olarak değerlendirildiği ihalelerde, birden fazla istekli tarafından aynı fiyatın teklif edildiği ve bunların da ekonomik açıdan en avantajlı teklif olduğu anlaşıldığı takdirde, ikinci fıkrada belirtilen fiyat dışındaki unsurlar dikkate alınmak suretiyle ekonomik açıdan en avantajlı teklif belirlenerek ihale sonuçlandırılır.” Kanunun 40. maddesinin 8 inci fıkrası: “İhale kararları ihale yetkilisince

hangi durumlarda ne tür karar vermesi gerektiği ayrıntılı olarak mevzuatta düzenlenmiştir¹⁵⁰. Kaya'ya göre; bağlı yetki takdir hakkının karşıtı olarak kullanılmakta ve bağlı yetkinin olduğu yerde takdir hakkından bahsedilememektedir, zira bağlı yetki işlemin sebep ve konu unsurları arasında zorunlu bir bağ kurmaktadır¹⁵¹. Bir idari işlemin doğurduğu hukuki sonuçlara o işlemin konusu denilmekte olup, idarenin tesis edeceği idari işlemler kanunda gösterilenden farklı sonucu içeriyorsa işlem konu yönünden sakat olur¹⁵². İdarenin alabileceği kararların yani hukuki sonuçların önceden ayrıntılı olarak belirlendiği ihale işlemlerinde ise takdir hakkının konu yönünden pek mümkün olmadığı özellikle sıkı şekil ve usul şartları ile bu yetkinin daha da daraltıldığı görülmektedir. Şikayet müessesesi incelendiğinde, bu müessesenin tamamen usul hukuku hükümleri üzerine inşa edildiği, maddi hukuka atıf yapmanın ya da herhangi bir takdir hakkı kullanmanın mümkün olmadığı ortaya çıkmaktadır. Şekil yönünden ise idarenin takdir hakkı yok denecek kadar azdır. Gözübüyük ve Tan idarenin şekil unsuru üzerinde takdir hakkı olmadığını kabul etmekte iken¹⁵³, Onar ancak net olarak belirlenmeyen hususlarda şekil unsurunda takdir hakkı olabileceğini belirtmektedir¹⁵⁴. İhale düzenlemelerinde ise neredeyse ayrıntılı olarak belirtilmeyen şekil ve usul alanı yok denecek kadar az

onaylanmadan önce idareler, 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 eklemek zorundadır. İki isteklinin de yasaklı çıkması durumunda ihale iptal edilir.” Görüleceği üzere idare yukarıda belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde ancak Kanunda belirtilen işlemleri yapabilecektir. Herhangi bir takdir hakkı bulunmaması sebebiyle şikayet sahipleri ile uzlaşması veya sulh yapması mümkün gözükmemektedir.

¹⁵⁰Bağlı yetki önceden belirlenmiş kaidelere göre hareket edilmesini gerektirir. Yayla, Yıldızhan “Maksat Unsuru, Takdir Yetkisi ve Anayasa Mahkemesi”, **İHFM**, C.30, S. 3-4, 1965, s. 1042 (Maksat Unsuru); İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik madde 11: “*Şikayet üzerine idare tarafından yapılan inceleme sonucunda gerekçeli olarak;*

a) İhale sürecinin devam etmesine engel oluşturacak ve düzeltici işlemle giderilemeyecek hukuka aykırılığın tespit edilmesi halinde ihalenin iptaline,

b) Düzeltme yapılması yoluyla giderilebilecek ve ihale sürecinin kesintiye uğratılmasına gerek bulunmayan durumlarda, düzeltici işlem belirlenmesine,

c) Başvurunun süre, usul ve şekil kurallarına uygun olmaması, usulüne uygun olarak sözleşmenin imzalanmış olması veya şikayete konu işlemlerde ihalenin iptalini veya düzeltici işlem belirlenmesini gerektirecek hukuka aykırılığın tespit edilememesi hallerinde başvurunun reddine, karar verilir.”

¹⁵¹Kaya, Cemil, İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi, 2. bs., XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s.89-93. (Takdir Yetkisi)

¹⁵²Kaya, (Takdir Yetkisi), s.219.

¹⁵³Gözübüyük, Şeref/ Tan, Turgut: **İdari Yargılama Hukuku**, C.2, 7. bs., Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 508. (İdari Yargı)

¹⁵⁴Onar, Siddık Sami: **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Cilt 1, İsmail Akgün Matbaacılık - Hak Kitabevi, İstanbul, 1966, s.425-426.

olduğundan bu alanda idarenin takdir hakkının bulunmadığı değerlendirilmektedir. Yine Balta'ya göre idarenin hangi koşul altında nasıl davranması gerektiği emredici kurullarla önceden belirlenmiş isetakdir yetkisi söz konusu olamaz¹⁵⁵. Sulh müessesesinden bahsedebilmek için ise yukarıda da belirtildiği üzere idarenin özellikle idari işlemin sonuçları üzerinde bağlı yetki ile donatılmamış olması belli aralıklarda takdir hakkına sahip olması gerekmektedir. Belirtilen sebeplerle şikâyet müessesesinin, Kanun gerekçesinde ve bazı Kurul kararlarında¹⁵⁶ belirtildiği üzere bir sulh olma yetkisi içermediği kanaatindeyiz.

2.2.2. İYUK 11. Madde Kapsamında Öngörülen İdari Başvuru Yolu İle Karşılaştırması

İdari işlemlere karşı yargı yoluna başvurmadan önce uyuşmazlığın idari makamda çözülmesini amaçlanarak İYUK ile idari başvuru mekanizması getirilmiştir¹⁵⁷. İYUK'un 11 inci maddesi çerçevesinde, idari dava açma süresi içerisinde, işlemi yapan makamın üstüne, üst makam yok ise işlemi yapmış olan makama başvurularak, söz konusu işlemin kaldırılması, geri alınması ya da bu işlem yerine yeni bir işlem tesis edilmesi talep edilebilmektedir. Bu başvuru başlamış olan idari dava süresini durdurmaktadır.

4734 sayılı Kanunda tanımlanan şikâyet başvurusu ihaleyi yapan idareye yapılması yönüyle benzerlik gösterse de, birçok yönden İYUK 11 inci maddede belirtilen idari başvurudan farklılıklar arz etmektedir.

¹⁵⁵Balta, (Giriş), s.85.

¹⁵⁶Kamu İhale Kurulunun 21.05.2012 tarih ve 2012/UH.I-2198sayılı kararından: “Bu noktada, menfaat ihlalinin kesinleşen ihale kararı ile ortaya çıktığı, dolayısıyla şikâyet başvuru süresinin kesinleşen ihale kararının tebellüğ tarihinden itibaren başlaması gerektiği ileri sürülebilir. Ancak, İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin 5 inci maddesinde başvuru ehliyeti ve sınırları belirlenirken, ‘hak kaybına uğrama’ koşulunun hemen yanında ‘hak kaybına uğrama olasılığı’ da bir ön koşul olarak sayılmıştır. Başka bir deyişle, menfaat ihlalinin gerçekleşmesi için kesin ve icrai bir kararın alınmasını beklenmeyecek, menfaat ihlali olasılığı belirir belirmez, sözleşme öncesi görüşmelerde dikkat ve özen yükümlülüğü gereğince sulhen çözüm yoluna (şikâyet) başvurulacaktır.”

¹⁵⁷Zabunoğlu, Yahya “İdari Yargıda Dava Açma Süresi (2577 Sayılı İYUK’un 10 ve 11 inci Maddeleri Açısından Bir İnceleme)”, **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi Birinci Kitap İdari Yargı**, Danıştay Matbaası, Ankara, 1990, s.197-200.

Öncelikle şikayet başvurusu ihaleyi yapan idareye yapılmakta olup, bir üst makama gitme durumu söz konusu olmamaktadır. Oysa İYUK 11 inci maddede yer alan idari başvuruda öncelikle bir üst makama başvurulması, üst makam yok ise işlemi yapan makama gidilmesi gerekmektedir¹⁵⁸.

Şikayet başvurusu ile dava açma süresi durmamaktadır, zira dava açma süresi şikayet başvuru süresi sona ermeden başlamamaktadır. İYUK 11 inci madde çerçevesinde ise; idari başvurular yapılsın veya yapılsın dava süresi işlemeye başlamakta, bir üst makama yapılan başvuru sonucu dava açma süresi durmakta, aynı makama¹⁵⁹ yapılan başvurularda ise dava açma süresi kesintiye uğramamaktadır¹⁶⁰.

İYUK 11 de yer alan idari başvuru yolu ihtiyari niteliktedir yani dava açma öncesi kullanılması zorunlu bir başvuru yolu değildir. Yani ilgili hak sahipleri doğrudan dava yoluna başvurabilecekleri gibi idari başvuru yapıldıktan sonra sonuçtan memnum olmazlar ise dava yoluna gidebilmektedirler. Şikayet başvuru yolu ise dava öncesi tüketilmesi zorunlu başvuru yollarından olup¹⁶¹, dava açılması bu yolun tüketilmesine bağlıdır. Bu çerçevede şikayet başvurusu dava açmanın ön şartı olmaktadır¹⁶².

Belirtilenler dışında bu çalışmanın daha sonraki bölümlerde görüleceği üzere, şikayet başvuru yolu süre ve şekil yönlerinden de İYUK 11 inci maddedeki idari başvuru yolundan farklılıklar arz etmektedir.

Netice itibariyle şikayet başvurusu, idari işlemi yapan aynı idareye yapılması yönündeki ortak özelliği dışında, İYUK 11 inci maddede idari işlemlere karşı geliştirilmiş genel idari başvuru yolundan bir çok yönden farklılıklar arz etmektedir.

¹⁵⁸Gözübüyük, (Yargı), s.420-421.

¹⁵⁹Eğer üst makam yokluğu sebebiyle işlemi yapan makama başvuru yapılmış ise dava açma süresi durur. Üst makam var iken doğrudan işlemi yapan makama yapılan başvurular dava açma süresini durdurmamaktadır. Gözübüyük, (Yargı), s.420-421.

¹⁶⁰Yıldırım, (İdari Yargı), s. 408.

¹⁶¹Uz, s.392.

¹⁶²Uzun, Mükremin, "İhale Sürecinde İhale İşlemlerine Karşı İtiraze ve Şikayet Yolu-II", **Belediye Dünyası**, C.5, S.8, Ağustos 2004, s.42. (Şikayet Yolu –II)

Bu nedenle 4734 sayılı Kanunda düzenlenen şikayet başvuru yolunun, İYUK 11 inci maddede yer alan genel idari başvuru yoluyla aynı nitelikte olmadığı kanaatindeyiz.

2.2.3.Özel Nitelikli İdari Usul Müessesesi

Şikayet başvuru yolu, İYUK 11 inci maddede belirtilen genel idari başvuru yolundan farklı olarak, sadece ihale işlemlerinin hukuka uygun olup olmadığı sonucunu ortaya çıkarmak için kurulmuş bir “*özel nitelikli idari usul müessesesi*” olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunun en temel göstergesi; şikayet sisteminin, genel idari başvuru yolundan farklı bir idari usul¹⁶³ düzenlemesi içermesive ihale işlemlerine özgülenmiş bulunmasıdır.

İdari usul¹⁶⁴ salt elde edilmek istenen amacı değil aynı zamanda doğru karara ulaşabilmek için kullanılan bir araç olarak ifade edilmektedir¹⁶⁵. Yani idari usul işlemin oluşumu aşamasında bireylerin haklarını korumaktadır¹⁶⁶. İdari usul, yargısal usulün ön safhası olarak görülmekte ve yargısal koruma ile idari usul arasındaki uyumun, bireylerin haklarının korunması için gerekli olduğu belirtilmektedir¹⁶⁷. Azrak, idari usulü idarenin kendi kendini denetlemesi olarak ifade etmektedir¹⁶⁸. Yazara göre idare, idari işlemlerin yapılışı sırasında bu işlemde etkilenebilecek kişileri dinleyerek yani bir bakıma kendi kendini denetleyerek, yargı yoluna başvurmayaya gerek kalmaksızın kendi işlemlerinin daha sağlıklı olmasını idari usul ile sağlamaktadır¹⁶⁹.

¹⁶³ İdari usul idareye uygulanan usul olup, idarenin kararlarını oluştururken uyması gereken usul kurallarının yer aldığı bir süreçtir. Duran, Lütfi, “İdari Usul İlkeleri ve Kapsadığı Konular”, **İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu**, Başbakanlık Basımevi, Ankara,1998, s.32. (İdari Usul)

¹⁶⁴ İdari usulün genel özelliği idari işlemlerinin önceden belirli kurallara bağlanarak yönetilenlerin güvence altına alınmasıdır. Sever, Çiğdem, “İdare Hukukunda Öneli Bir Gelişme Umudu (Mu?): Genel İdari Usul Yasa Tasarısı”, y.y., Ankara, Atılım Üniversitesi, 2009, s.1, (Çevrimiçi) www.acikarsiv.atilim.edu.tr, 15.07.2012.

¹⁶⁵ Akyılmaz, Bahtiyar, **İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000, s.64.

¹⁶⁶ Oğurlu, Yücel, “İdari Usul Kanunu Neden Acil ve Zorunludur”, **AÜEHFD**, C.IX, S.1-2, 2005, s.79. (İdari Usul)

¹⁶⁷ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 531.

¹⁶⁸ Azrak, Ali Ülkü, “**Umumi İdari Usul ve Kodifikasyonu Meselesi**” **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.33, S.1-2, 1967, s.70.

¹⁶⁹ Azrak, s.71.

Görüleceği üzere idari usul, idari işlemin yapılışı aşamasında bireylerin haklarını korumayı amaçlamakta olup, yargı yoluna gidilmeden önce bireylerin haklarının işlemin hazırlanışı aşamasında teminini amaçlamaktadır. Şikayet müessesesi de yargı yolu öncesi başvurulabilen bir idari başvuru yolu olmakla birlikte, genellikle idarenin dış alemde hukuki sonuç doğuran hukuki bir işlemi oluştuktan sonra hakkı ihlal edildiği iddia edenlerce kullanılabilir. Yani işlemin ilk oluşum aşamasında şikayet hakkının kullanılması ile işlemin kurulmasına etki edilememektedir. Bununla birlikte ihale işleminin zincir işlem şeklinde gerçekleştiği, şikayet hakkının kullanılma süresi tükenmeden ihale işleminin tekemmül etmediği göz önünde bulundurulduğunda ve şikayet hakkı ile herhangi bir ihale işleminin yapılmadan önce olmasa dahi yapıldıktan sonra ancak geçmişe etkili sonuç doğuracak şekilde oluşumuna etki etme hakkı tanıdığı hususu birlikte değerlendirildiğinde, şikayetin bir idari usul mekanizması olduğu sonucuna varılmaktadır. Şikayet mekanizmasının sadece ihale işlemlerine özgülenmiş olması ve dava öncesi tüketilmesinin zorunlu olması ise söz konusu başvuru yolunun “*özel nitelikli bir idari usul müessesesi*” olarak nitelendirilmesine imkan verdiği kanaatindeyiz.

2.3. Şikayet Başvurusunun Konusu

Şikayet konusu yapılabilecek ihale işlemlerinin kapsamını belirlemek, oldukça fazla kriterin göz önünde bulundurulmasını gerektirmektedir. 4734 sayılı Kanun kapsam konusunda uluslararası düzenlemeleri dikkate alınarak hazırlanmış, ancak bazı noktalarda farklılıklar ortaya çıkmıştır.

Dünya Ticaret Örgütü Kamu Alımları Anlaşmasının kapsamı üç kriter çerçevesinde belirlenmektedir. İlk kriter Kamu Alımları Anlaşmasının ekinde yer alan kuruluşlara ait listede yer almak olarak karşımıza çıkmaktadır. Anlaşmanın kapsamı belirlenirken üye ülkelerin kurumları merkezi kuruluşlar, merkezi olmayan kuruluşlar ve diğer kuruluşlar olmak üzere üç ayrı kategoriye ayrılmış ve

Anlaşmanın ekinde yer alan cetvellerde bu kuruluşlara sayma suretiyle yer verilmiştir¹⁷⁰. Dolayısıyla Anlaşmaya tabi kuruluşların belirlenmesinde 4734 sayılı Kanunda yer aldığı şekilde sadece temel kurallar tesis edilmesi yoluna gidilmeyip, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanun’dakine benzer şekilde ek listede kurumların adlarının belirlenmesi yolu izlenerek, temel kurallarda ortaya çıkabilecek yorum farklılıklarının önlenmesi sağlanmıştır¹⁷¹. Bu noktada dikkat edilmesi gereken önemli bir husus ise 4734 sayılı Kanunun kapsamı her geçen gün çıkarılan kanun maddeleriyle daraltılmakta iken, Dünya Ticaret Örgütü’nün Kamu Alımları Anlaşmasının kapsamının ise genişletme yolunda olduğudur. Zira Anlaşmanın ilk şeklinde merkezi olmayan kuruluşlar anlaşma kapsamı dışında iken bu kuruluşların kamu alımları daha sonra yapılan düzenleme ile anlaşmaya dahil edilmişlerdir¹⁷². Anlaşmanın kapsamı konusunda ikinci kriter ise ihale konusu olan alımların niteliğidir. Anlaşmanın ilk evrelerinde sadece mal alımları kapsamda iken, mevcut halinde mal, hizmet ve yapım işleri de anlaşma kapsamına dahil edilmişlerdir. Kamu Alımları Anlaşmasının kapsamının belirlenmesinde kullanılan üçüncü ve son kriter ise eşik değerlerdir. İhalenin ancak belirli bir bedelin üzerinde olması halinde anlaşma kapsamında olması gerekliliği kabul edilmiş ve bu amaçla mal, hizmet ve yapım işleri için ayrı eşik değerler belirlenmiştir. Eşik değerler alımın türüne göre değişmekle birlikte, aynı zamanda kuruluşun yapısına yani merkezi olup olmamasına ve az olmakla birlikte ülkeye göre de değişebilmektedir¹⁷³. Eşik değerlerin para birimi olarak ise karışıklıklara yer vermemek için SDR kullanılmaktadır¹⁷⁴.

¹⁷⁰ Marliave, Diane De “The Revised GPA Text: Relations to Coverage Negotiations and Possible Ways Forward”, **European Commission Internal Market and Services DG Presentation**, Geneva, 2010, s.3, Çevrimiçi: www.wto.org, 18.09.2012.

¹⁷¹ Yılmaz, s.45.

¹⁷² Uz, s.71.

¹⁷³ Eşik değerler merkezi kuruluşlarda mal ve hizmet alımları için 130.000 SDR iken yapım işlerinde 5.000.000 SDR’dir. Japonya’da yapım işlerinde ise 4.500.000 SDR olarak kabul edilmiştir. WTO Secretariat, “Brief Guide to the Agreement on Government Procurement (GPA)”, 2012, s.2, Çevrimiçi: www.dfa.ie, 19.09.2012.

¹⁷⁴ SDR genellikle devlet kurumları tarafından kullanılan ve özel sektörde geçerliliği olmayan bir ortak para birimidir. Auboin, Marc “Use of Currencies in International Trade: Any Changes in The Picture?”, **World Trade Organization Economic Research and Statistics Division Staff Working Paper**, ERSD-2012-10, Mayıs 2012, s.5, Çevrimiçi: www.wto.org, 19.09.2012; SDR’nin değerinin belirlenmesi için kullanılan sepet her beş yılda bir yenilenmekte olup, 2011 yılında SDR’nin değer belirleme sepetinde Amerikan Dolarının ağırlığı % 41.9 iken, Euro’nun % 37.4, Japon Yeni’nin % 9.4 ve İngiliz Sterlininin ise % 11.3 olarak tespit edilmiştir. Obstfeld, Maurice “The SDR as an

UNCITRAL Model Kanununun kapsamı ise bir hayli geniş tutulmuş, belirtilen istisnalar dışındaki tüm ihalelerin Model Kanun hükümleri kapsamında yapılması öngörülmüştür¹⁷⁵. Bu yönü itibariyle 4734 sayılı Kanundan farklılık arz etmektedir, zira 4734 sayılı Kanun kapsamı belli kurallar çerçevesinde belirleyip istisnaları daha sonra kapsamda olanlar arasından seçerek saymıştır. İstisnalar Model Kanunda; ulusal güvenlik ile ilgili alımlar, anlaşmaya taraf devletin istisna olarak belirttiği alımlar ve ayrı bir ihale usulü uygulanacağı ihale mevzuatında açıkça belirtilen alımlar olarak belirtilmiştir¹⁷⁶. UNCITRAL Model Kanunu görüleceği üzere, Dünya Ticaret Örgütünün Kamu Alımları Anlaşmasında olduğu gibi kapsamdaki kuruluşları tek tek belirleme yoluna gitmemiş, kapsama ilişkin olarak genel ilkeler koymakla yetinmiştir.¹⁷⁷ Ayrıca Model Kanun diğer uluslararası ihale düzenlemelerinden (AB Direktifleri ve DTÖ Kamu Alımları Anlaşması) farklı olarak kapsam konusunda eşik değerler belirleme yoluna gitmemiştir¹⁷⁸.

AB Direktiflerinin kapsamı eşik değerler, ihalenin konusu ve ihaleyi yapan idare kriterleri kullanılarak belirlenmiştir. Bu çerçevede mal, hizmet ve yapım işlerinin tamamı Kamu Sektörü Direktifinin kapsamında olmakla birlikte enerji, su, telekomünikasyon ve taşımacılık işleri Utilities Direktifinin kapsamına bırakılmıştır. Herhangi bir ihalenin AB Direktifleri kapsamında olabilmesi için ise belirlenen eşik değerlere¹⁷⁹ eşit veya bu değerlerin üzerinde olması gerekmekte ve ayrıca ihalenin

International Reserve Asset: What Future?”, University of California, Berkeley and International Growth Centre, London School of Economics, 2011 s.8, Çevrimiçi: www.elsa.berkeley.edu, 19.09.2012; 1 SDR 2012 Aralık ayı sonu itibariyle yaklaşık olarak 1.13 Euro, 142.33 Yen, 0.98 Sterlin ve 1.54 Amerikan Dolar’ına eşdeğerdedir; International Monetary Fund, “Currency Units per SDR”, Aralık 2012, Çevrimiçi: www.imf.org, 20.12.2012.

¹⁷⁵Petrus, Stephanus “Public Procurement Law: A Comparative Analysis”, Thesis of Doctorate of Laws at The University of South Africa, November 2009, s.101, Çevrimiçi: <http://uir.unisa.ac.za>, 18.09.2012.

¹⁷⁶Nicholas, s.2.

¹⁷⁷OECD Sigma, “A Comparison on the EC Procurement Directives and the UNCITRAL Model Law”, **Sigma Papers**, OECD Publishing, Paris, 2000, s.6, Çevrimiçi: <http://dx.doi.org/10.1787/5kml60wzds6f-en>, 20.09.2012. (Directives)

¹⁷⁸Nicholas, s.2.

¹⁷⁹Eşik değerler alım konusuna yani mal, hizmet ve yapım işi olmasına ve ihaleyi yapan idarenin sınıflandırılmasına göre değişiklik göstermektedir. Mal ve hizmet alımlarında eşik değerler merkezi idareler için 130.000 Euro iken aynı idarelerin yapım işleri için 5.000.000 Euro’dur. Utilities sektöründe ise mal ve hizmet alımları için 400.000 Euro olan eşik değer, yapım işlerinde 5.000.000 Euro’dur. The EU Single Market, **Current Rules, Thresholds and Guidelines**, 2012,

kamu hukukuna tabi kurumlar tarafından yerine getirilmiş olunması şartı aranmaktadır. Savunma ve güvenlikle ilgili alımlar, AB ihale direktiflerinin kapsamı dışında bırakılmış olmakla birlikte, 2011 yılında ihale alanına özgü olarak çıkarılmış olan¹⁸⁰ “*Savunma ve Güvenlik Direktifi*” (Defense and Security Directive) ile AB kapsamında savunma ve güvenlik alanındaki kamu alımlarının da genel çerçevede alım usulü belirlenmiş olmaktadır¹⁸¹. İhalenin kapsamı konusunda ülkemiz mevzuatının en çok benzerlik gösterdiği uluslararası düzenleme AB Direktifleri olmaktadır. Bununla birlikte 4734 sayılı Kanunun kapsamı sürekli daralma göstererek AB Direktiflerinden ayrılmaktadır.

Uluslararası düzenlemelerdeki bu kriterler aynı zamanda, söz konusu düzenlemelerle öngörülen idari başvuru yollarının da sınırlarını oluşturmaktadır.

Bu çalışmada şikayet başvurusunun kapsamını belirlemek için “*4734 Sayılı Kanundan kaynaklanan sınırlar*” ve “*ihale işlemlerinin hukuki nitelendirmesinden kaynaklanan sınırlar*” kriterlerinin kullanılmasının konuyu sistematikleştireceği kanaatindeyiz. Öncelikle, Kanun her türlü ihale işleminin şikayet konusu edilmesini öngörmemektedir. Kanunda istisna¹⁸² olarak açıkça belirtilen ve ayrıca Kanun kapsamında düzenlenmekle birlikte şikayet hükümlerine tabi olmayan ihale işlemleri de mevcuttur. Bu noktada Kanunun kapsamı, şikayet konusunu belirleyici temel bir kriter olarak karşımıza çıkmaktadır. Bazı idari işlemler nitelikleri veya buldukları aşama gereği idari başvuru konusu olamamaktadırlar. Hazırlık işlemleri ve görüş bildiren işlemler bu nevi den idari işlemler olarak karşımıza çıkmaktadırlar. Belirtilen sebeplerle ihale işlemlerinin nitelik olarak sınıflandırılması ve hangilerinin kesin hüküm doğurup

Çevrimiçi:http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/rules/current/index_en.htm, 10.12.2012.

¹⁸⁰**The National Archives**, “The Defence and Security Public Contracts Regulations 2011”, 21st August 2011, s.1, Çevrimiçi: <http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2011/1848/made>, 10.09.2012.

¹⁸¹Andresen, Emil “The New EU Defense and Security Procurement Directive”, **The Columbia Journal of European Law**, 18 Colum. J. Eur. L. F. 22, 2011, s.1, Çevrimiçi: http://www.cjel.net/online/18_1-andresen/, 10.09.2012.

¹⁸²Yapılan yeni kanun düzenlemeleriyle Kanuna yapılan istisnaların artması yeni kurulan ihale sisteminin fonksiyonunu azaltmaktadır. Kaplan, Sami, “İdeal Bir Kamu İhale Kanunu ve İdeal Bir Kamu İhale Kurumu ve Kurulu Nasıl Olmalıdır? Fonksiyonel Bir Model Çalışması”, **Maliye Dergisi**, Sayı: 162, Ocak – Haziran 2012, s.31.

doğurmayacağıının belirlenmesi, şikayet konusu edilebilecek işlemlerin kapsamını tespit etmek için ayrı bir kriter olarak karşımıza çıkmaktadır.

2.3.1. 4734 Sayılı Kanundan Kaynaklanan Sınırlar

Hangi ihale işlemlerinin şikayet konusu olabileceği hususu 4734 sayılı Kanunda genel olarak düzenlenmiştir. Bu çerçevede ancak “*ihale süreci içerisindeki işlemler ve eylemler*” şikayet konusu olabilecektir¹⁸³. Bu noktada öncelikle hangi işlemin ihale süreci içerisinde olup olmadığıın belirlenmesi ihtiyacı ortaya çıkmaktadır ve bu tespitin yapılabilmesi için de ihale kavramının ve ihale sürecinin tanımlarının bilinmesi gerekmektedir.

2.3.1.1. İhale Kavramının Şikayetin Konusuna Etkisi

Doktrinde ihale ile ilgili olarak çok sayıda tanım yapılmıştır. Köken itibariyle Arapça “*havale*” kelimesinden türetilen ihale “*bir işi birinin üzerinde bırakma*” anlamına gelmektedir¹⁸⁴. Arrowsmith ihaleyi genel bir ifade ile, mal ve hizmetlerin idare tarafından dışsal bir organdan sağlanması metodu olarak tanımlamaktadır¹⁸⁵. İhale ayrıca, kamu harcamalarının gözetimi ile hesap verilebilirliğini sağlayan ve yolsuzluğu engelleyen prensipler bütünü olarak da ifade edilmektedir¹⁸⁶. Bir başka tanımda ihale, pazardan (market place) hizmet ve malların satın alınması sanata olarak tarif edilmiştir. Bu tanımda pazar tabiri ile genel manada özel hukuk tüzel kişileri ifade edilmektedir¹⁸⁷. Bütün bu tanımlarda yer alan kavramlardan ihalenin;

¹⁸³İhalelere karşı idari başvurulardan olan şikayet başvurusunun genel sınırlarını, 4734 sayılı Kanunun yukarıda belirtilen 54. maddesinin 1. fıkrası ve 55 inci maddesinin 1. fıkrasındaki “*Şikayet başvurusu, ihale sürecindeki işlem veya eylemlerin hukuka aykırılığı iddiasıyla ... tarihte başlar.*” hükmü genel hatları ile çizmektedir. Yılmaz, s.151.

¹⁸⁴Oder, “s.549.

¹⁸⁵ Arrowsmith, Sue/ Anderson, Robert D. **The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform**, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, s. 1.

¹⁸⁶Bovis, Christopher H., **EU Public Procurement Law**, Edward Elgar Publishing, Glos UK, 2012, s.8.

¹⁸⁷Trepte, Peter, **Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation**, Oxford University Press, Oxford, UK , 2004, s.9.

idarenin kendi dışındaki bir organdan mal, hizmet, yapım ya da danışmanlık gibi herhangi bir ihtiyacı için yapacağı satın alma işleminin yöntemini belirleyen kurallar bütünü olduğu sonucuna varılabileceği kanaatindeyiz.

4734 sayılı Kanunun “*Tanımlar*” başlıklı 4 üncü maddesinde ihale; “*Bu Kanunda yazılı usul ve şartlarla mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve ihale yetkilisinin onayını müteakip sözleşmenin imzalanması ile tamamlanan işlemler*” olarak tanımlanmıştır. Söz konusu tanımda ihale basit ve tek hareketli bir işlem olarak değil, bir işlemler dizisi ve süreç olarak ifade edilmiştir¹⁸⁸. Bu çerçevede ihale bir idari usul olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁸⁹.

Kanunda yer alan tanım, ihaleyi bir hayli sınırlandırıcı bir biçimde tarif etmektedir. Zira yukarıda belirtilen tanımlar, hangi mevzuata bağlı kaldığını ayırt etmeksizin, satın alımın belli kurallar çerçevesinde yapılmasını ihale için yeterli şart olarak görmekte iken, 4734 sayılı Kanunun yaptığı tanımlamada geçen “*bu Kanunda yazılı usul ve şartlarla*” ibaresi, ihalenin ancak 4734 sayılı Kanunda yazılı olan usullerden birinin uygulandığı satın alımlarda olabileceğini belirtmektedir.

Kanunda yer alan ihale tanımı aslında şikayet uygulamasının da sınırlarını çizmektedir. Zira Kanuna¹⁹⁰ göre şikayet başvurusu ancak, ihale sürecindeki işlem veya eylemlerin hukuka aykırılığı iddiasıyla yapılabilmektedir. Kanun ayrıca ihaleyi sadece 4734 sayılı Kanunda yazılı usul ve esaslar çerçevesinde yapılan satın alımlar olarak sınırlı bir biçimde tanımlamıştır. Buradan çıkan doğal sonuç ise şikayet başvurusunun ancak ve sadece 4734 sayılı Kanun kapsamında yapılan ihaleler için söz konusu olabileceğidir. Kanun kapsamına giren işlerin belirlenmesinde genel kriter olarak “*kamu kaynağı kullanılması*” yer almaktadır¹⁹¹, zira Kanunun ana hedefi

¹⁸⁸Oder, s.549.

¹⁸⁹Özdemir, Eyüp “İhale: Kamu İhale Kanunu’na Göre İhale Usulü”, **İdare Hukuku** içinde, (Der) Turan Yıldırım v.d., 5.bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.635.

¹⁹⁰4734 sayılı Kanun m. 55/1.

¹⁹¹Eren, Erdal, “4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu ve Yeni Bir Kanun İhtiyacı”, **Dış Denetim**, Ekim-Kasım-Aralık 2010, s.71.

kamu kaynaklarının etkili bir şekilde kullanılmasını sağlamaktır¹⁹². Avrupa Birliği Direktiflerinde ise genel olarak kapsamın belirlenmesinde “*kamu hukukuna tabi olma*” ölçütü¹⁹³ kullanılmaktadır¹⁹⁴. Kanunun belirlediği genel kapsam kuralları¹⁹⁵ dışında kalan ve diğer Kanunların öngördükleri usullere göre¹⁹⁶ yapılan ihaleler için “*şikayet*” başvurusunda bulunabilme imkanı yoktur. Kamu İhale Kurulu, Kanun kapsamı dışında bulunan ihaleler için yapılan başvurularda¹⁹⁷ kendini görevsiz görmekte¹⁹⁸ ve yapılan başvuruları reddetmektedir¹⁹⁹. Yine benzer şekilde kapsama ilişkin genel kurallar gereği Kanun kapsamında olmasına rağmen, yine Kanunda

¹⁹²Kulukçu, Erdal/ Hepaksaz, Engin, “Kamu İhalelerinde Cezai, İdari ve Mali Sorumluluk”, **Dış Denetim**, Ekim-Kasım-Aralık 2010, s.152.

¹⁹³AB direktiflerinde yer alan “kamu gücüyle yönetilen organlar” ibaresi ihale mevzuatımızda yer almamaktadır. Saki, Harun “AB Müktesebatı Çerçevesinde Türk Kamu İhale Mevzuatı”, **Dış Denetim**, Ekim-Kasım-Aralık 2010, s.247.

¹⁹⁴Acar, Abdurrahman, “Belediyelere Bağlı Ticari ve Sınai Kuruluşların Kamu İhale Kanununa Tabi Olan ve Olmayan İşleri”, **Mali Hukuk**, Sayı: 100 Kasım –Aralık 2003 Yıl:18, s.4

¹⁹⁵4734 sayılı Kanunu m.2.

¹⁹⁶2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun, 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun çerçevesinde yapılan ihaleler, doktrinde yer alan ihale tanımına uysalar dahi, 4734 sayılı Kanun kapsamı dışında bulduklarından, bu ihaleler için “*şikayet*” veya “*itirazen şikayet*” müessesesinin işletilme imkanı yoktur.

¹⁹⁷Kamu İhale Kurulunun 25.09.2006 tarih ve 2006/UY.Z-2254 sayılı kararından: “*Başvuru konusu Kaş Yat Limanı (II. Kısım inşaatı) projesinin yapım, işletim ve devrine ilişkin ihalenin 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapılması Hakkında Kanun kapsamında yapıldığı tespit edilmiştir.*

4734 Sayılı Kanunun 53 üncü maddesinde Kamu İhale Kurumunun görevleri arasında 4734 sayılı Kanuna göre yapılan ihalelere ilişkin itirazen şikayet başvurularını inceleme görevi bulunmaktadır.”

¹⁹⁸KİK’in 02.01.2012 tarih ve 2012/DK.D-7 sayılı kararından: “*Sonuç olarak, Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Tarafından Taşınmaz Satın Alınması Satılması Trampa Yapılması İrtifak Hakkı ve Benzeri Ayni Nitelikteki Hakların Tesisi İle Taşınmaz Kiralanması ve Kiraya Verilmesi Hakkında Yönetmelik Taslağının 16 ncı maddesinde düzenlenen, kamu harcaması yapılmasını gerektirmeyen ve bütçeden ödenek kullanımı söz konusu olmayan kat ve/veya arsa karşılığı yapım işlerinin 4734 sayılı Kanun kapsamında bulunmadığı, ancak, kamu harcaması yapılmasını gerektiren ve bütçeden ödenek kullanımı söz konusu olan yapım işlerinin 4734 sayılı Kanun kapsamında gerçekleştirilmesi gerektiği, ayrıca, Taslağın 19 uncu maddesinde öngörülen usulün 2886 sayılı Kanun ve ilgili mevzuatına uygun olup olmadığının incelenmesinin ise Kurumumuzun görev alanında bulunmadığı yönünde Maliye Bakanlığına görüş bildirilmesine...”*

¹⁹⁹Kamu İhale Kurulunun 15.01.2007 tarih ve 2007/UY.Z-70sayılı kararından: “*Söz konusu ihalenin ilana ek listede yer alan jeotermal sahaların/kuyuların kullanım haklarının devredilmesine ilişkin olduğu, kapalı zarf teklif almak ve görüşmeler yapmak suretiyle pazarlık usulü gerçekleştirileceği, komisyonun gerek görmesi halinde, ihalenin açık artırma ile tamamlanabileceği, ilanın 8 inci maddesinde ise, bahse konu ihalenin 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa tabi olmadığı belirtildiği, bir kamu alımı ihalesi olmayıp, idareye gelir getirici nitelikte bir ihale olduğu hususları tespit edilmiştir.*

Bu itibarla; 4734 sayılı Kanuna tabi olmayan ihale ile ilgili olarak Kamu İhale Kurumunun inceleme görev ve yetkisi bulunmamaktadır.”

“*istisna*” olarak belirtilmiş konularda²⁰⁰ yapılan ihaleler de şikayet ve itirazın şikayet başvurusu konusu yapılamayacağı gerekçesiyle KİK tarafından görev yönünden reddedilmektedir²⁰¹. Bunun dışında ayrıca 4734 sayılı Kanunun kapsamı belirleyen kurallar gereğince Kanunun kapsamında olmasına rağmen, başka özel kanunla 4734 sayılı Kanun kapsamı dışına çıkarılan ihale işlemlerine ilişkin olarak da şikayet ve itirazın şikayet mekanizmaları kullanılamamaktadır²⁰².

Bu noktada karşımıza herhangi bir ihalenin Kanun kapsamında yapılması gerekirken kapsam dışında yapıldığına ilişkin iddiaların şikayet başvurusuna konu olup olamayacağı sorunu çıkmaktadır. Bir ihalenin salt 4734 sayılı Kanuna tabi olmaksızın yapılması o ihaleyi şikayet konusu olmaktan çıkarmaz, önemli olan yapılan ihalenin esas bakımından Kanun kapsamında olması gerekip gerekmediğinin tespittir²⁰³. Başka bir anlatımla ihalenin hangi kanuna tabi olarak yapıldığı değil, hangi kanuna tabi olarak yapılması gerektiği hususu, o ihalenin şikayet başvurusuna konu olup olmamasında esas alınmalıdır kanaatindeyiz.

²⁰⁰ İstisna olarak belirlenen konular, Kanunda yapılan değişikliklerle sürekli olarak artmakta ve Kanunun kapsam alanı daraltılmaktadır. Ateş, Yaşar “Kamu İhale Kanunu’nun Kapsamı, İstisnalar İle Kanun’da Yapılan Değişiklikler ve Yeni Kanun Taslağının Getirdikleri”, **Dış Denetim**, Ekim-Kasım-Aralık 2010, s.120-121; Bilgin, Hüseyin “5812 Sayılı Kanun İle Kamu İhale Kanunun’da Yapılan Değişiklikler”, **TBB Dergisi**, Sayı: 86, 2009, s.340-341; İstisnaların azaltılarak, kapsam dışındaki gelir paylaşımı gibi yöntemlerin de Kanun kapsamına alınması kamu alımlarında etkinliğin artmasını sağlayacaktır. Uz, Abdullah “İhale Konusu Hukuki İşlemler Bakımından 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun Kapsamı ve Gelir/Hasılat Paylaşımı Uygulaması: İddaa Örneği”, **AÜHFD**, C. 57, Sayı: 1, 2008, s.220-221. (İddaa Örneği)

²⁰¹ Kamu İhale Kurulunun 07.02.2010 tarih ve 2010/UM.II-3672 sayılı kararından: “İdarenin konu hakkında Kuruma gönderdiği 24.11.2010 tarihli yazının ve eklerinin incelenmesinden; 2010/500860 İKN’li ihalenin Kamu İhale Kanununun 3’üncü maddesinin (f) bendine istinaden gerçekleştirildiği anlaşılmıştır.

4734 sayılı Kanuna tabi olmayan ihale ile ilgili olarak Kamu İhale Kurulunun inceleme görev ve yetkisinin bulunmadığı anlaşılmıştır. ... başvurunun görev yönünden reddi gerekmektedir.”

²⁰² Kamu İhale Kurulunun 18.10.2010 tarih ve 2010/UY.II-3232 sayılı kararı: “İddialara konu ihalenin Doğu Anadolu Kalkınma Ajansı tarafından yapıldığı ve 5449 sayılı Kalkınma Ajanslarının Kuruluşu, Koordinasyonu ve Görevleri Hakkında Kanunun “Uygulanmayacak hükümler” başlıklı 27 nci maddesinde yer alan “Ajans, 10.12.2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu, 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve 4.1.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu hükümlerine tâbi değildir.” hükmü uyarınca 4734 sayılı Kanun kapsamında olmadığı ve idarenin bu konudaki kararına karşı yetkili idare mahkemesine başvurulması gerektiği anlaşılmıştır.”

²⁰³ Kamu İhale Kurulunun 06.11.2006 tarih ve 2006/UH.Z-2640 sayılı kararından: “Başkanlık istemine konu Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığınca 27.09.2006 tarihinde yapılan “Tütün ve Alkollü Ürünlerde Ürün Takip ve İzleme Sisteminin Kurulması ve Bandrol Uygulaması İşİ” ihalesine ilişkin ilan Resmi Gazetede yayınlanmış olup, ihalenin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu dışında yapıldığı ve 4734 sayılı Kanun hükümlerinin bütün olarak değerlendirilmesi sonucu söz konusu ihalenin 4734 sayılı Kanuna göre yapılması gerekmediği de anlaşılmıştır.”

2.3.1.2. İhale Sürecinin Şikayetin Konusuna İlişkin Belirlediği Sınırlar

İhale süreci ifadesi 4734 sayılı Kanunun bir çok yerinde kullanılmasına rağmen Kanunda net olarak tanımlanmamıştır. Bununla birlikte, İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelikte ihale süreci; “*ihale yetkilisince ihale onayının verildiği tarihten itibaren başlayan, sözleşmeninveya çerçeve anlaşmanın taraflarca imzalanıp notere onaylattırılması ve tescili ile noter onayı ve tescili gerekmeyen hallerde ise sözleşmenin veya çerçeve anlaşmanın taraflarca imzalanmasıyla tamamlanan süreç*” olarak ifade edilmiştir²⁰⁴.

İhale sürecinin tanımı ihalelere karşı yapılacak idari başvuruları yakından ilgilendirmektedir, zira aynı Yönetmelik ihalelere yönelik yapılacak idari başvuruların ihale süreci içerisinde yapılmış olan iş ve işlemlerle sınırlı olduğunu belirtmektedir. Başka bir ifade şikayet ve itirazın şikayet başvurularına “*ihale süreci*” kavramı ile yeni bir sınır çizilmektedir²⁰⁵.

4734 sayılı Kanun ve ilgili alt düzenleyici işlemler dikkate alındığında ihale süreci içerisinde yer alan işlemler sırasıyla; ihale onayının alınması, şartnamelerin hazırlanması veya hazırlatılması, ilan (pazarlık ve belli istekliler arasında ihale usulünde davet) yapılması, tekliflerin alınması, yaklaşık maliyetin açıklanması, tekliflerin açılması ve okunması, ihale oturumunun tutanağa bağlanması, ihale komisyon kararının oluşturulması, ihale yetkilisinin komisyon kararını onaylaması, sözleşmeye hazırlık işlemleri ve sözleşmenin imzalanması şeklinde ortaya çıkmaktadır²⁰⁶. Aşağıda ihale süreci işlemlerinden şikayet başvurularının kapsamı konusunda özellik arz edenler hakkında açıklama yapılacaktır.

²⁰⁴Madde 3/1(a)

²⁰⁵ Serdar Bastık, “Kamu İhalelerinde İdari Başvurular”, y.y., Ankara, Temmuz 2011, s.82. (Çevrimiçi) www.tcmb.gov.tr, 11.07.2011.

²⁰⁶ Kaya, Osman/ Özek, Ali, “Kamu İhale Kanununa Göre Bütün İhale Usullerinde İşlem Akış Şemaları ve Açıklamaları”, **Mali Hukuk**, Yıl: 24, Sayı: 140, 2009, s.10-14.

2.3.1.2.1. Sözleşmenin İmzalanması İşleminin Şikayet Başvurusuna Konu Yönünden Etkisi

İhale süreci için Yönetmelikte yapılan tanım, bu sürecin iki nokta arasındaki ihale ile ilişkili tüm işlemleri kapsadığını belirtmektedir. İhale sürecinin başlangıcı olarak ihale yetkilisince ihale onayının verilmesi, sonu olarak ise ihaleye ilişkin sözleşmenin imzalanması gösterilmektedir. Eğer sözleşme noter onayı veya tescile tabi ise bu işlemlerin yapılması ihale sürecinin son noktası olmaktadır²⁰⁷. Bu noktadan hareketle sözleşmenin imzalanmasından sonra yürütülmesi aşamasında yapılmış olan geçici kabul, kesin kabul veya sözleşmenin feshi gibi işlemler ihale sürecinin dışında kaldığından şikayet başvurusu konusu olamayacaktır²⁰⁸. Kurul da bir çok kararında gerek sözleşme imzalandıktan sonra yapılan²⁰⁹ ve gerekse sözleşme yapıldıktan sonraki aşamaları ilgilendiren²¹⁰ itirazın şikayet başvurularını görev yönünden reddetmektedir. Bu noktada sözleşmenin imzalanması hem zaman hem de konu itibarıyla şikayet başvurusunun sınırını oluşturmaktadır. Mevzuata aykırı olarak imzalanmış sözleşmelerin ise geçerli bir hukuki dayanaktan yoksun oldukları gerekçesiyle Kurulun görev alanı içerisinde yer aldıkları ve dolayısıyla şikayet ve itirazın şikayet başvurularının yapılabileceği kabul edilmektedir²¹¹.

²⁰⁷İhale sürecini mevzuattaki tanımdan farklı olarak ihtiyacın ortaya çıkması aşamasından itibaren başladığı da öne sürülmektedir. Aksoy, Mehmet/ Şimşek, Mehmet: **Kamu Alımları İhale Süreci**, Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2010, s. 61-62; Şimşek, Mehmet “İhale Süreci”, y.y., t.y., s.16. Çevrimiçi: www.kirikkaleozelidare.com, 11.07.2012,

²⁰⁸Eskin, Murat “Türkiye’de Bağımsız İdari Otoritelerin Etkinliği ve Geleceği: Kamu İhale Kurumu Örneği”, Kocaeli, 2008, s.91-92, Çevrimiçi: www.yok.gov.tr, 11.08.2012; Usule uyulmadan imzalanan sözleşmelerden sonra yapılan işlemler şikayet ve itirazın şikayet konusu olabilecektir. Işık, Bahattin “İhale Mevzuatında 5812 Sayılı Kanun İle Yapılan Önemli Değişiklikler”, **Dış Denetim**, Ekim-Kasım-Aralık 2010, s.62.

²⁰⁹Kamu İhale Kurulunun 12.09.2012 tarih ve 2012/UH.II-3619 sayılı kararından: “*Şikâyet konusu ihaleye ait sözleşme imzalandıktan sonra yapılan başvuru ile ilgili olarak Kamu İhale Kurumunun inceleme görev ve yetkisi bulunmadığı anlaşıldığından, ... başvurunun görev yönünden reddi gerekmektedir.*”

²¹⁰Kamu İhale Kurulunun 02.01.2006 tarih ve 2006/UM.Z-28 sayılı kararından: “*Başvuru dilekçesinde özetle; İdarenin teslim edilen malın muayenesi ile ilgili işlemine yaptıkları itiraz üzerine, İdarece Kamu İhale Kurumuna başvurulması gerekirken, Kanuna aykırı olarak, doğrudan mahkemeye başvurularak, tespit davası açılması suretiyle firmalarının telafisi güç yada imkansız zararlarının doğma olasılığı içinde bulunduğu iddialarına yer verilmiştir.*”

4734 sayılı Kanunun 56 ıncı maddesinde de belirtildiği üzere, Kamu İhale Kurumunun, sözleşme öncesi ihale sürecine ilişkin işlemlerle ilgili şikayetleri inceleme ve sonuçlandırma görevi bulunmaktadır. Başvuru konusu, sözleşmesi imzalanmış bir ihalenin, sözleşme hükümlerinin uygulanmasına ilişkin olduğundan, Kurumun görev alanında bulunmadığı anlaşılmıştır.”

²¹¹Kamu İhale Kurulunun 30.10.2007 tarih ve 2007/UH.Z-3497 sayılı kararından: “*Kuruma yapılacak başvuru için ya da idarenin şikayet başvurusunu sonuçlandırması için öngörülen süreler içinde*

Danıştay sözleşmenin imzalanmasından sonra feshi gerektiğine dair taleplerin, ihalelere karşı idari başvuru yolu kullanılmadan dava açıldığı gerekçesiyle merci tecavüzü kararı vererek ilgili idareye gönderilmesine karar veren idare mahkemesi kararını, sözleşme aşamasındaki işlemler için zorunlu idari başvuru yolu söz konusu olmadığı gerekçesiyle bozmuştur²¹².

İhale işlemlerinin sözleşme imzalanıncaya kadar idari başvuru konusu yapılabileceği kuralında yer alan sözleşme kavramından “*usulüne uygun imzalanan sözleşme*” anlaşılması gerekmektedir. Sözleşmenin usulüne uygun olarak addedilebilmesi için ise, gerekli şikayet ve itirazın şikayet başvuru sürelerinin beklenilmesi gerekmektedir. Kurul, bir itirazın şikayet başvurusunu süreden reddeden kararında, ihale kararının tebliğ edildiği tarihten itibaren şikayet süresinin geçirildiği ve başvurunun süresinde yapılmadığını belirtmiş²¹³, bunun üzerine ilgili hak sahibi dava yoluna gitmiştir. İdare Mahkemesi, ihale kararının tebliğ edildiği tarihin değil, ihale kararının gerekçesiyle birlikte tebliğ edildiği karar tarihinin şikayet süresinin başlangıcında hesaba katılması gerektiğini, karar gerekçesinin tebliğ edildiği tarihten itibaren yapılan hesaplamada ise başvurunun süresinde yapıldığının görüldüğüne hükmederek Kurul kararının iptaline karar vermiştir²¹⁴. Kurul tarafından yapılan temyiz başvurusu üzerine ise Danıştay 13 üncü Dairesi, “*davacı şirket tarafından 18.12.2006 tarihinde tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılmasının gerekçelerinin idareden sorulduğu, idarenin bu başvuruya ilişkin cevabının 22.12.2006 tarihinde davacıya elden tebliğ edildiği anlaşıldığından, anılan Kanunun 42. maddesinin 1. fıkrasına göre 22.12.2006 tarihinden itibaren üç işgünü içerisinde sözleşmeye davet yazısının tebliğe çıkarılıp davet yazısının tebliğ tarihini izleyen on gün içerisinde sözleşme imzalanabileceğinden, 29.12.2006 tarihinde imzalanan sözleşmenin usulüne uygun olarak imzalanmış bir sözleşme*

idarelerce sözleşme imzalanamayacaktır...diğer taraftan, ihale üzerinde kalan istekliye 08.08.2007 tarih ve 04959 sayılı sözleşmeye davet yazısı 08.08.2007 tarihinde elden tebliğ edilerek, idare ile ihale üzerinde kalan istekli arasında Kanuna aykırı olarak 17.08.2007 tarihinde sözleşme imzalandığı tespit edilmiştir. Sonuç olarak, yukarıda mevzuata aykırılıkları belirtilen işlemlerin düzeltici işlemle giderilemeyecek nitelikte işlemler olduğu tespit edildiğinden, ihale işlemleri ile ihale kararının iptali gerekmektedir.”

²¹²D13Da, 18.10.2010, E.2009/773, K. 2010/7104. **Danıştay Dergisi**, S.126, s.403-405.

²¹³Kamu İhale Kurulunun 26.03.2007 tarih ve 2007/UH.Z-1149 sayılı kararı.

²¹⁴Ankara 5. İdare Mahkemesi, 31.10.2007, E:2007/403, K:2007/1666.

olarak kabul edilmesi” gerektiği gerekçesiyle Kurul kararının iptaline hükmeden İdare Mahkemesi kararının iptaline hükmetmiştir²¹⁵. Bu konuda Danıştay’ın görüşüne katılmak mümkün değildir, zira öncelikle ortada “*usulüne uygun bir sözleşme*” olup olmadığının kontrol edilmesi gerekmektedir. Sözleşmenin usulüne uygun olup olmadığının değerlendirmesi ise, sözleşme imzalanırken şikayet ve itirazın şikayet için öngörülen başvuru sürelerine riayet edilip edilmediğinin tespiti ile mümkün olabilmektedir. Danıştay ise, hatalı olarak usulüne uygun sözleşme için tebligat için geçen üç günlük süreyi dikkate almış, şikayet başvurusu için gerekli olan on günlük sürenin bitimini ve bu süre içinde şikayet başvurusu var ise başvurunun sonuçlanmasını değerlendirmeye almamıştır.

2.3.1.2.2. Seçilen İhale Usulünün Şikayet Başvurusunun Konusuna Etkisi

4734 sayılı Kanun kapsamında yapılacak ihalelere ilişkin olarak da; ihale konusu işin niteliği, eşik değerler²¹⁶, istisnai durumlar ve yaklaşık maliyet ölçütleri kullanılarak dört farklı alım usulü belirlenmiştir²¹⁷. Bunlara sırasıyla “*açık ihale usulü*”, “*belli istekliler arasında ihale usulü*”, “*pazarlık usulü*” ve “*doğrudan temin*” başlıkları altında yer verilmiştir. Temel ihale usulü olarak “*açık ihale usulü*” ve “*belli istekliler arasında ihale usulü*” gösterilmiş²¹⁸, diğer usullere ancak Kanunda sınırlı

²¹⁵D13Da, 25.10.2011, E:2008/1979, K:2011/4672.

²¹⁶Eşik değer; uluslararası uygulamalardan esinlenerek Kanuna konulmuş olup, ilan sürelerinin tespiti, ihalenin uluslararası katılımcılara açık olup olmayacağı ve yerli istekliler lehine fiyat avantajı sağlanıp sağlanamayacağına belirlenmesi hususlarında kullanılmakta olan, Kanunda belli bir rakam olarak belirlenmiş ve her yıl belirli bir formül çerçevesinde güncellenen kavramı ifade etmektedir. Tokmaklı, Cafer “Eşik Değerlerin Güncellenmesinde Ortaya Çıkan Tereddütler”, **Mali Hukuk**, Yıl: 18, Kasım – Aralık 2003, Sayı: 108, s.52.

²¹⁷Çelikleş, İbrahim “4964 Sayılı Kanunla 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununda Yapılan Değişikliklerin İhale Usulleri ve Bunların Sözleşmeye Bağlanması Açısından Değerlendirilmesi”, **Sayıştay Dergisi**, Sayı: 50-51, Temmuz-Aralık 2003, s.104.

²¹⁸4734 sayılı Kanunun “*Temel İlkeler*” başlıklı 5 inci maddesinin son fıkrasında “*Bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulü temel usullerdir. Diğer ihale usulleri Kanunda belirtilen özel hallerde kullanılabilir.*” hükmü yer almaktadır. Bu maddede temel ihale usulü olarak açık ihale usulünün yanında belli istekliler arasında ihale usulüne yer verilmiş ve kanunda belirtilen özel hallerde diğer usullerin uygulanabileceği hüküm altına alınmıştır. Yine Kanunun “*Belli İstekliler Arasında İhale Usulü*” başlıklı 20 nci maddesinde bu usulün ancak yapım işleri, hizmet ve mal alım ihalelerinden işin özelliğinin uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektirmesi nedeniyle açık ihale usulünün uygulanmadığı işlerin ihalesi ile yaklaşık maliyeti eşik değerinin yarısını aşan yapım işi ihalelerinde uygulanabileceği belirtilerek ve doğru olarak Kanunda temel olan usulün

olarak belirlenen hallerin varlığı halinde gidilebileceği²¹⁹ hükme bağlanarak bu usullerin istisnai olduğu ifade edilmiştir. Bununla birlikte yukarıda belirtilen dört temel ihale usulünden biri olan “doğrudan temin” usulü²²⁰ Kanunun ilk şeklinde ihale usulü olarak öngörülmekte iken, 4964 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle bu usul “işlerlik kazanması” gerekçesi ile²²¹ ihale usulü olmaktan çıkarılmış ve bir “alım yöntemi” olarak belirlenmiştir²²².

AB uygulamasında ise ihale usulleri açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü, pazarlık usulü ve rekabetçi diyalog olmak üzere dört farklı yöntemle görülmektedir. Genel olarak AB ihale literatüründe “e-procurement” ya da “electronic procurement” olarak ifade edilen ve Türkiye’de “e-Tedarik” olarak kullanılan yöntem ise, ayrı bir ihale yöntemi olmayıp, açık ihale usulünün internet altyapısı kullanılarak uygulanan şeklidir²²³.

İhalenin hangi usul ile yapıldığı şikayet edilebilecek konularının kapsamının belirlenmesi açısından önem arz etmektedir. Zira Kanun ancak “ihale sürecine” ilişkin işlemlerin şikayet konusu edilebileceğini belirtmektedir. Bu noktada doğrudan temin usulü ile yapılan alımlara ilişkin işlemlere karşı şikayet başvurusunun yapılıp yapılamayacağı sorunu ortaya çıkmıştır, zira Kanun ancak ihale işlemlerine karşı şikayet yolunun kullanılabilmesini öngörmektedir. Kurul,

“Açık İhale Usulü” olduğu “Belli İstekliler Arasında İhale Usulünün” belli şartlar altında uygulanabileceği ifade edilmiştir. Dolayısıyla Kanunda temel olan usul açık ihale usulüdür. Gök, Yaşar “Kamu İhale Hukukuna Hakim Olan İlkeler”, **Dış Denetim**, Ekim-Kasım-Aralık 2010, s.21. (İlkeler)

²¹⁹ İstatistikler, uygulamada açık ihale usulünün uygulanma sayısının gün geçtikçe azaldığını, istisnai yöntemlere başvurma oranının ise arttığını göstermektedir. Koçberber, Güler “Türkiye’deki Kamu Alımı Uygulamalarında Şeffaflık ve Rekabet Edilebilirliğin Değerlendirilmesi”, **Dış Denetim**, Ekim-Kasım-Aralık 2010, s.134-135.

²²⁰ Doğrudan temin usulü ile idarelerin belli alımlarının daha az formalite ile alınması öngörülmektedir. Demirel, Salim/Arapgirli, Murat, **Doğrudan Temin**, 2. bs., Kamusal Akademi Derneği Yayını, Ankara, 2012, s.1. (Doğrudan Temin)

²²¹ “22 nci maddede 4964 sayılı Kanunun 15 inci maddesiyle getirilen değişiklik gerekçesi: Madde ile esas itibarıyla bir ihale usulü olmayan doğrudan temine ilişkin esas ve usuller, uygulamada gözlenen güçlükler de dikkate alınarak aşağıdaki şekilde yeniden belirlenmektedir.” Gerekeçeli Kamu İhale Kanunu, (Çevrimiçi), www.kik.gov.tr, 07.05.2014.

²²² Kaya, Osman, “İhale Mevzuatında Yapılan Değişiklikler”, **Mali Hukuk**, Yıl: 18, Temmuz – Ağustos, 2003, Sayı: 106, s.67.

²²³ Sahilyol, Kaan “Avrupa Birliği ve Türkiye’de Kamu Alımları ve Elektronik Tedarik Uygulamaları”, **İktisadi Kalkınma Vakfı Değerlendirme Notu**, 2012, s.3, Çevrimiçi: www.ikv.org.tr, Erişim: 22.06.2012.

doğrudan temin usulünün bir ihale usulü olmadığı gerekçesiyle, bu usul ile yapılan alımlara ilişkin olarak, şikayet ve itirazın şikayet mekanizmalarının kullanılmayacağını kabul etmekte ve bu konuda yapılan başvuruları görevsizlik sebebiyle reddetmektedir²²⁴.

Netice itibariyle ihale usulleri ayrıca şikayet başvurusunun sınırlarını çizmektedir. 4734 sayılı Kanunun mevcut halinde üç çeşit ihale usulü belirlenmiş olduğundan ve doğrudan temin bir ihale usulü olarak öngörülmediğinden, şikayet ve itirazın şikayet müesseseleri ancak “açık ihale usulü”, “belli istekliler arasında ihale usulü” ve “pazarlık usulü” ile yapılan ihalelere ilişkin işlemler için işletilebilecektir²²⁵. Doğrudan temin kapsamında yapılan alımlar çerçevesinde gerçekleştirilen işlemler her ne kadar şikayete konu olamasa da, bir ihalenin doğrudan temin kapsamında yapılmaması gerekirken, doğrudan temin yönteminin kullanıldığına ilişkin iddialar şikayet konusu olabilecektir. Zira bu şikayetler doğrudan temin yöntemi çerçevesinde gerçekleştirilen işlemlere yönelik olmayıp, ihale usulünün yanlış seçildiğine ilişkindirler²²⁶. Kurul da doğrudan temin usulünün uygulanmaması gerekirken bu usulün hatalı olarak uygulandığı iddialarını incelemektedir²²⁷. Doğrudan temin dışındaki diğer ihale usulleri açısından şikayet başvurusunun konusu itibariyle bir fark bulunmamaktadır.

²²⁴Kamu İhale Kurulunun 16.01.2012 tarih ve 2012/UM.II-387 sayılı kararından: “Başvuruya konu alımın 4734 sayılı Kanunun 22 nci maddesine göre bir ihale usulü olmayan “doğrudan temin” kapsamında gerçekleştirildiği, dolayısıyla başvurunun Kurumun görev alanında bulunmadığı anlaşılmıştır. Bu itibarla; 4734 sayılı Kanunun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince başvurunun görev yönünden reddi gerekmektedir.”

²²⁵Yılmaz, s.152.

²²⁶Şahin, Nevzat “Doğrudan Temin Usulünün Bazı Karakteristik Özellikleri ve Tek Kaynaktan Temin Uygulamaları”, Çevrimiçi: www.uzmanbelediye.wordpress.com, 18.07.2012.

²²⁷Kamu İhale Kurulunun 22.12.2008 tarih ve 2008/UM.III-5066 sayılı kararından: “İdare tarafından giyim kuşam ihalelerin bölünerek doğrudan temin yöntemiyle sürekli olarak ... firmasından alındığı... İddialarına yer verilmiştir.

İdare tarafından doğrudan temin usulüyle gerçekleştirilen alımlar tutar olarak, tek tek ele alındığında 4734 sayılı Kanunun 22 (d) maddesinde yer alan limitin altında olmakla birlikte, alımların birbirine yakın tarihlerde ve aynı nitelikte (giyim alımı) olması ve söz konusu alımların toplam tutarlarının Kanunun 22/d maddesinde belirtilen limitin üstünde olması nedeniyle, başvuru sahibinin iddiasının yerinde olduğu anlaşılmıştır.

Sonuç olarak, yukarıda mevzuata aykırılıkları tespit edilen işlemler, düzeltici işlemle giderilemeyecek nitelikte işlemler olup ihale işlemleri ile ihale kararının iptaline karar verilmesini gerektirmekte ise de, iddiaların incelenmesi kapsamında yapılan inceleme sonucunda iptal kararı verilmesi mümkün bulunmadığından tespit edilen mevzuata aykırılıkların ihaleyi yapan idareye bildirilmesi gerekmektedir.”

İhale usulünün seçimi bazı durumlarda ihaleye yönelik idari işlemleri de kapsam yönünden etkileyebilmektedir. Bazı ihalelerin 4734 sayılı Kanun kapsamında yapılması gerekirken başka bir kanunda yer alan ihale usulü seçilerek Kurumun görev alanı dışına çıkartıldığı, ya da KİK'in görev alanında olmayan bir ihale 4734 sayılı Kanundaki usuller tercih edilerek yapıldığı zaman söz konusu ihalenin KİK'in görev alanında olduğunun kabul edildiği görülmektedir. Kanaatimizce, temel prensip olarak bir ihalenin KİK'in görev alanında bulunup bulunmadığı hususunda karar verebilmek için o ihalenin hangi kanun hükmüne göre yapıldığı değil, hangi Kanun hükmüne göre yapılması gerektiğinin araştırılması gerekmektedir. Kurul da kendi görev alanında olmayan istisna kapsamında olmasına rağmen, 4734 sayılı Kanun hükümlerine göre gerçekleştirilen ihalelerde bu görüşe paralel olarak, başvurunun görev yönünden reddine karar vermektedir²²⁸. Bununla birlikte Danıştay *“İhale konusu işin 4734 sayılı Kanun'un 3/i. maddesinde belirtilen istisna kapsamında bir iş olması nedeniyle, anılan maddenin uygulanabilmesi amacıyla hazırlanan ve yürürlüğe konulan Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu Kapsamındaki: Kültür Varlıklarının Rölöve, Restorasyon, Restitüsyon Projeleri, Sokak Sağlıklaştırma, Çevre Düzenleme Projeleri ve Bunların Uygulamaları ile Değerlendirme, Muhafaza, Nakil İşleri ve: Kazı Çalışmalarına ilişkin Mal ve Hizmet Alımlarına Dair Yönetmelik kapsamında yapılması gerekirken, 4734 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması suretiyle yapılmasında hukuka uygunluk bulunmaması karşısında, bu ihaleye ilişkin olarak yapılan itirazın şikâyet başvurusu üzerine, Kamu İhale Kurulu tarafından bu husus dikkate alınarak karar verilmesi gerekirken, ihalenin 4734 sayılı Kanuna tabi olmadığından bahisle, yapılan itirazın şikâyet başvurusunun görev yönünden reddine ilişkin dava konusu Kamu İhale Kurulu kararında hukuka uyarlık bulunmadığından, yukarıda özetlenen gerekçesiyle dava konusu işlemin iptali yolunda verilen temyize konu mahkeme kararı sonucu itibarıyla hukuka uygun bulunmaktadır.”* gerekçesiyle verdiği kararında ihalenin hangi usulle yapılması gerektiği değil, hangi usulle yapıldığını,

²²⁸Kamu İhale Kurulunun 03.04.2007 tarih ve 2007/UY.Z-1193 sayılı Kararı.

Kurulun inceleme ölçütü olarak ele almaktadır²²⁹. Bu gerekçenin mefhumu muhalifi çerçevesinde yapılacak değerlendirmenin, KİK'in görev alanında bulunan bir ihalenin 4734 sayılı Kanuna tabi olmadan yapılması halinde KİK'in görev alanı dışına çıkarılmasını mümkün kılacağı ve bir başka ifadeyle idarelerin ihale usulü seçimiyle KİK'in kendisine kanunla verilmiş yetki ve görevini değiştirebileceği şeklinde sonuçlara sebep olacağı gerekçesiyle, Danıştay'ın kararına katılmak mümkün görülmemektedir.

2.3.1.2.3. İhalenin İptali Kararının Şikayete Konu Olabilmesi

4734 sayılı Kanunun ilk uygulamaya konulduğu dönemlerde yeni bir idari başvuru yöntemi olan şikayet ve itirazın şikayet müessesesi sorgulanmış, KİK'in ihalelere yönelik idari başvurular yönündeki yetkisinin varlığı için açık bir düzenleme olmakla birlikte, ihalenin iptali kararlarına yönelik net bir düzenleme olmadığı gerekçesiyle, bu işlemleri inceleyip inceleyemeyeceği hususu tartışma konusu olmuştur.²³⁰ Bunun üzerine Başbakanlık tarafından Danıştay 1 inci Dairesinden istişari görüş kararı alınması yoluna gidilmiştir. Bu kararda Danıştay 1 inci Dairesi, *“ihalelerin iptaline ilişkin idarenin işlemlerinin de ihale süreci içerisinde yapılan idari bir işlem olması nedeniyle Kamu İhale Kurumunun bu işlemlere karşı yapılacak şikayetleri incelemeye yetkili olduğuna”* karar vermiştir²³¹. Danıştay'ın bu kararında, KİK'in ihalenin iptali işlemleri dahil Kanun kapsamındaki tüm ihalelere ait ihale işlemlerini inceleme yetkisine sahip olduğu sonucuna varılmıştır. İhalenin iptali işlemleri için KİK'in itirazın şikayet yetkisinin varlığını kabul etmek, itirazın şikayetin ön şartı olan şikayet mekanizmasının da ihalenin iptali işlemleri için kullanılabilmesi anlamına gelmektedir.

Daha sonra 5812 sayılı Kanun ile 4734 sayılı Kanunda 2008 yılında yapılan değişiklik ile ihalenin iptali işlemlerinin bir kısmı KİK'in denetim alanının dışarısına çıkarılarak doğrudan dava konusu yapılmasının yolu açılmıştır. 5812 sayılı Kanun ile

²²⁹D13Da, 21.01.2011, E:2008/3929, K:2011/192.

²³⁰ Öztürk, İlhami, “Kamu İhale Kanununda Düzenlenen Şikayet ve İtirazın Şikayet Başvuru Sürelerinin Hukuki Niteliği”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 67, S: 3, Yaz 2009.s.133.

²³¹D1D, 13.04.2004, E.2004/36, K.2004/42.

yapılan düzenleme çerçevesinde ihalenin iptali işlemleri iki ayrı kategoriye ayrılmıştır. Ayrıma temel ölçüt ise; ihalenin iptali kararının şikayet başvurusu üzerine alınıp alınmadığı hususu olarak belirlenmiştir.²³²

Eğer idare herhangi bir şikayet ya da itirazın şikayet başvurusu olmaksızın ihaleyi kendiliğinden iptal etmiş ise, bu durumda 4734 sayılı Kanunla getirilen özel idari başvuru usulleri olan şikayet ve itirazın şikayet mekanizmaları kullanılmayacaktır²³³. Bu durumda Anayasanın 125 inci maddesinde yer alan idarenin işlemlerinin yargı dışı bırakılmaması kuralı gereği, genel idari başvuru yolunu içeren 2577 sayılı Kanun uygulama alanı bulacaktır. Kurul idarenin doğrudan ihalenin iptali kararlarına karşı kendini görevsiz sayarak başvuruları reddetmektedir²³⁴.

İhalenin iptali kararı eğer herhangi bir şikayet ve itirazın şikayet başvurusu üzerine alınmış ise bu durumda ilgili hak sahipleri şikayet başvurusunda bulunmayanlar dahil ancak doğrudan KİK'e başvuruda bulunabileceklerdir²³⁵. Bu durum şikayet başvurusunun, itirazın şikayet başvurusunun ön şartı olma kuralının²³⁶ istisnası olarak ortaya çıkmaktadır. İlgili hak sahipleri ancak idarenin şikayet ya da

²³²Koçtepe, s.14.

²³³ İhalenin doğrudan iptali kararlarının şikayet ve itirazın şikayet başvuru kapsamı dışında bırakılması, şikayet mekanizmasının etkinliğini azaltmakta, KİK'in görev alanını daraltmakta ve Anayasada yer alan idarenin tüm işlem ve eylemlerinin yargı denetimine açık olması kuralına aykırılık teşkil etmektedir. TÜSİAD, "Kamu İhale Kanunu İle Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Hakkında TÜSİAD Görüşü", 2008,TS/PAS/08-36, s. 3-5, Çevrimiçi: www.tusiad.org, 05.07.2012.

²³⁴ Kamu İhale Kurulunun 02.01.2012 tarih ve 2012/UH.II-41sayılı kararından: "*Anılan hükümler uyarınca şikayet ya da itirazın şikâyet üzerine idare tarafından alınan ihalenin iptali kararlarına yönelik olarak yapılan itirazın şikâyet başvuruları inceleme konusu yapılabilecektir. Başvuru konusu ihalede, idarece iptal kararının şikâyet ya da itirazın şikâyet üzerine alınmadığı tespit edildiğinden, Kuruma itirazın şikâyet başvurusu yapılması mümkün bulunmamaktadır. Bu konudaki idare kararına karşı yetkili idare mahkemesine başvurulması gerekmektedir. Bu nedenle 4734 sayılı Kanunun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince başvurunun görev yönünden reddi gerekmektedir.*"

²³⁵ Işık, s.61.

²³⁶ Tavlı, Orhan, "Bir Bağımsız İdari Otorite Örneği Olarak Kamu İhale Kurumu", İstanbul, 2008, s.95, Çevrimiçi: www.yok.gov.tr, 11.08.2012.

itirazın şikâyet başvurusu sonucu aldıkları ihalenin iptali kararına karşı KİK'e itirazın şikâyet yolunu kullanabileceklerdir²³⁷.

2.3.1.2.4. Yaklaşık Maliyetin Şikâyet Başvurusuna Konu Olabilmesi

Yaklaşık maliyet, idare tarafından ihale bedelinin yaklaşık olarak ihale öncesi tahmin edilen bedelidir²³⁸. Sadece ihale süreci içerisindeki iş ve işlemler şikâyet ve itirazın şikâyet konusu edilebilecektir²³⁹. Buradan sözleşmeden sonraki işlemler ile ihale onayından önceki işlemlerin 4734 sayılı Kanunda belirtilen özel idari başvuru yollarına konu olamayacağı sonucu ortaya çıkmaktadır²⁴⁰. Sözleşmenin imzalanmasından sonraki işlemlerin şikâyet ve itirazın şikâyet konusu edilemeyeceği²⁴¹ Kurul'un müteaddit kararlarında belirtilmektedir²⁴². Bununla birlikte ihale sürecinin başlangıcından önce olması ve ihale süreci içerisinde bulunmaması sebebiyle ihale onayından önceki ihale işlemlerine ilişkin olarak tam bir açıklık bulunmamaktadır²⁴³.

Bazı ihale işlemleri vardır ki ihale onayından önce yapılmış olmasına rağmen etkisini ihale onayından sonra yani ihale süreci içerisinde göstermektedirler. Yine bu

²³⁷ Güler, Ayşen/ Özderin, Metin, "İhalenin İptali Kararlarına Karşı Başvuru Yolları", Çevrimiçi: www.metinozderin.av.tr, 12.08.2012.

²³⁸ Doğanıyğit, Sadettin "İhalenin Ruhu: Yaklaşık Maliyetin Gizliliği", **Dış Denetim**, Ekim-Kasım-Aralık 2010, s.95. (Yaklaşık Maliyet)

²³⁹ Köse, Ömer "İhalelere Yönelik Yapılacak İtirazın Şikâyet Başvuruları", **Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi**, Ocak 2008, s.1.

²⁴⁰ Uzun, Mükrem "İhale Sürecinde İhale İşlemlerine Karşı İtiraz ve Şikâyet Yolu-I", **Belediye Dünyası**, C.5, Sayı: 7, Temmuz 2004, s.19. (Şikâyet Yolu-I)

²⁴¹ Uz, Abdullah "İhalelerle İlgili İddiaların İncelenmesi Bakımından Ne Değişti: Norm? Yorum? Kurum? Durum?", **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 66, Sayı:1, Kış 2008, s.131. (İddiaların İncelenmesi)

²⁴² Kamu İhale Kurulunun 26.09.2012 tarih ve 2012/UM.I-3797 sayılı kararından: "Yapılan incelemede, başvuru sahibinin iddialarının sözleşmenin uygulanması aşamasına yönelik olduğu, konuyla ilgili olarak, 4734 sayılı Kanun'un 53'üncü maddesi kapsamında Kamu İhale Kurumunun görev ve yetkisinin bulunmadığı, ... sonucuna varılmıştır."

Kamu İhale Kurulunun 12.09.2012 tarih ve 2012/UH.II-3619 sayılı kararından: "Şikâyet konusu ihaleye ait sözleşme imzalandıktan sonra yapılan başvuru ile ilgili olarak Kamu İhale Kurumunun inceleme görev ve yetkisi bulunmadığı anlaşıldığından...başvurunun görev yönünden reddi gerekmektedir."

²⁴³ Oysaki ihale süreci öncesinde yer alan; şartnamelerin objektif olmaması, belli bir markayı işaret etmesi, yanlış ihale usulünün tercih edilmesi, yeterli ihtiyaç analizinin yapılmaması ve yaklaşık maliyetin gerekli hassasiyetle hazırlanmaması gibi bir çok işlem ihalenin esasını etkilemektedir. Sayer, Ahmet/ Barutçu, Abdülkadir, "Kamu İhaleleri ve Etik Dışı Uygulamalar", **Dış Denetim**, Ekim-Kasım-Aralık 2010, s.78.

işlemler ihale onayından önce yapılmakla birlikte bazı durumlarda ihale öncesinde etkisini göstermeye başlamakta ve bu etki tüm ihale sürecine tesir etmektedir²⁴⁴.

KİK tarafından ihale uygulamacılarına yardımcı olmak üzere çeşitli standart formlar düzenlenmiştir. Bu standart formlardan biri de “*ihale onay belgesi*” dir. Yapılan alım usulüne göre bu form her ihale öncesinde düzenlenmek durumundadır. Örneğin, bir yapım ihalesine çıkılmadan önce KİK001.1/Y kodu verilmiş olan “*yapım işleri için ihale onay belgesinin*” doldurulması ve onaylanması gerekmektedir. İhale süreci Kanundaki tabir çerçevesinde bu formun doldurulması ile başlamaktadır. Yani bu formun doldurulmasından önceki işlemler ihale sürecinden sayılmamaktadırlar. “*İhale onay belgesinin*” doğal eki “*yaklaşık maliyet icmal tablosu*” dur. Bu belgede ihaleye ilişkin yaklaşık maliyetin hesabı ortaya konulmakta ve ihale yetkilisi ihalenin yaklaşık maliyetini dikkate alarak ihale usulünü belirleyip “*ihale onay belgesine*” yazmaktadır²⁴⁵. Bu durumda ihalenin yaklaşık maliyeti ihale onay belgesinden önce hazırlanmalı ve ihale onay belgesi ile birlikte ihale yetkilisinin önüne konulmalıdır²⁴⁶. Bu noktada ortaya çıkan sorun ise ihalenin yaklaşık maliyeti belirleme işleminin şikayet ve itirazın şikayet konusu olup olamayacağıdır.

Yaklaşık maliyet ihalenin bir çok aşamasında etkisini hissettirmektedir. Öncelikle ihalenin usulünün seçimi yaklaşık maliyet ile yakından ilgilidir²⁴⁷. Aynı şekilde tekliflerin aşırı düşük olup olmadığı hususu da yaklaşık maliyet hesaba katılarak²⁴⁸ belirlenmektedir²⁴⁹. Bu noktada ihaleye ait yaklaşık maliyetin hatalı

²⁴⁴Yaklaşık maliyet, teklif fiyatlara doğrudan etkili olarak gözükmese de, aşırı düşük tekliflerin tespitinde, ihalenin iptali kararının verilmesinde ve aşırı yüksek tekliflerin belirlenmesinde olduğu gibi ihalenin ilerleyen aşamalarında önemli bir etki gücüne kavuşmaktadır. Eftekin, Ömer Özgür “İhalelerde Rekabet Politikaları ve Türkiye Uygulamaları”, **Dış Denetim**, Ekim-Kasım-Aralık 2010, s.90.

²⁴⁵Yıldırım, Yavuz/ Tekin, Tahir, “4734 Sayılı Kanuna Göre Yapılacak İhalelerde Dikkat Edilmesi Gereken Bazı Hususlar”, **Yerel Yönetim ve Denetim Dergisi**, C. 17, Sayı: 4, Nisan 2012, s.15.

²⁴⁶Doğanyigit, (Yaklaşık Maliyet), s.95.

²⁴⁷Yıldırım/ Tekin,s.15.

²⁴⁸Doğanyigit, Saadettin “Aşırı Düşük Tekliflerin Değerlendirilmesi”, **Mali Hukuk**, Yıl:18, Kasım – Aralık, 2003, Sayı: 106, s. 35. (Aşırı Düşük)

²⁴⁹4734 sayılı Kanunun 38 inci maddesinin 1 inci fıkrası: “İhale komisyonu verilen teklifleri 37 nci maddeye göre değerlendirdikten sonra, diğer tekliflere veya idarenin tespit ettiği yaklaşık maliyete göre teklif fiyatı aşırı düşük olanları tespit eder. Bu teklifleri reddetmeden önce, belirlediği süre

olarak belirlenmesi hususu, ihalenin hem usulünü hem de sonucunu etkilemektedir²⁵⁰. Bu konu ile ilişkili olarak karşımıza bir durum daha çıkmaktadır ki o da, yaklaşık maliyetin açıklanması yasağıdır²⁵¹. Kanunda yapılan değişiklik ile yaklaşık maliyetin açıklanma yasağı ihale anına kadar olmak üzere değiştirilmiş ve yaklaşık maliyetin teklifler açıklanmadan hemen önce açıklanması zorunluluğu getirilmiştir. Dolayısıyla yaklaşık maliyetin en azından ihale gününe kadar şikayet ve itirazın şikayet konusu yapılamayacağı hususunda açıklama yasağı göz önünde bulundurulduğunda bir sorun bulunmamaktadır. Asıl sorun tekliflerin açıklanmasından sonra yaklaşık maliyetin yanlış hesaplandığının, ya da hesaplamada hukuka aykırı herhangi bir işlem olup olmadığı hususunun şikayet ya da itirazın şikayet yolu ile ileri sürülüp sürülemeyeceği noktasında ortaya çıkmaktadır. Kurul, yaklaşık maliyet hesaplama işlemi her ne kadar ihale onayından önce hazırlanmış ve ihale süreci içerisinde yer almayan işlemlerden olsa da ve şikayet mekanizması ancak ihale süreci içerisindeki işlemler için kullanılsa da, yaklaşık maliyete ilişkin itirazın şikayet başvurularını görevsizlik sebebiyle reddetmemekte, bu konudaki şikayet başvuru süresinin yaklaşık maliyetin açıklanması anından itibaren başlayacağını belirtmekte²⁵² ve başvurunun esasına girerek karar vermektedir²⁵³.

İçinde teklif sahiplerinden teklifte önemli olduğunu tespit ettiği bileşenler ile ilgili ayrıntıları yazılı olarak ister.”

²⁵⁰Yaklaşık maliyetin hatalı olarak hesaplandığının sözleşme imzalanmasından önce tespiti halinde düzeltici işlem ile düzeltme yapabilmek mümkün ise de, hatanın sözleşme imzalanmasından sonra tespiti halinde, bu hata yükleniciye izafe edilemeyeceğinden, hata sebebiyle oluşacak kamu zararı ilgili kamu görevlilerine ait olacaktır. Cabur, Kadir “Yaklaşık Maliyeti Yanlış Tespit Edilen İhalelerde Hatalı İşlemin Sözleşme İmzalandıktan Sonra Anlaşılması Halinde Yüklenici Firmanın Durumu”, **Mali Kılavuz Dergisi**, E-Makale Çevrimiçi: www.malikelavuz.com, 10.08.2012.

²⁵¹4734 sayılı Kanununun 9 uncu maddesinin 1 inci fıkrası: “*Mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalesi yapılmadan önce idarece, her türlü fiyat araştırması yapılarak katma değer vergisi hariç olmak üzere yaklaşık maliyet belirlenir ve dayanaklarıyla birlikte bir hesap cetvelinde gösterilir. Yaklaşık maliyete ihale ve ön yeterlik ilânlarında yer verilmez, isteklilere veya ihale süreci ile resmî ilişkisi olmayan diğer kişilere açıklanmaz.*”

²⁵²Kamu İhale Kurulunun 03.01.2011 tarih ve 2011/UH.III-3 sayılı kararından: “*Yaklaşık maliyet, ihale tarihinde açıklandığından, yaklaşık maliyet tutarı ile ilgili bir iddia konusu, yukarıda verilen İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin “Başvuru süreleri” başlıklı 6 ncı maddesinin birinci fıkrasındaki hüküm gereğince şikâyete konu işlemin farkına varıldığı tarih olan ihale tarihini izleyen günden itibaren 10 gün içinde yapılabilir.*”

²⁵³Kamu İhale Kurulu 08.01.2007 tarih ve 2007/UH.Z-36 sayılı kararından: “*Ayrıca idari şartnamenin 26.3.1 inci maddesindeki belirtilen giderlerin yaklaşık maliyete dahil edilmediği 02.11.2006 tarihli ihale komisyonu kararının ihalenin iptal edilmesinin gerekçesinde; “İhale komisyonunun bu kararında en düşük fiyat teklifinde bulunan firmanın teklifinin idarece hazırlanan yaklaşık maliyetin çok üzerinde olduğu görüldüğü, Müdürlükleri tarafından hazırlanmış olan yaklaşık maliyete, sigorta primleri ile risk oranının ve ayrıca idari şartnamenin 26.3.1. maddesinde belirtilen giderlerin dahil edilmediği tespit edildiği, Ancak hazırlanan yaklaşık maliyete eksik olan*

Benzer şekilde idare mahkemeleri ve Danıştay da yaklaşık maliyet hesaplama işleminin ihale süreci içerisinde yapılmadığı hususuna bakmaksızın, bu konudaki KİK kararlarına karşı başvuruları esasa girerek incelemektedir²⁵⁴. Benzer şekilde ihale usulü seçimi de ihale onayından önce yani ihale sürecinden evvel gerçekleşmektedir ve bu işlem de ihale ilanı ile birlikte üçüncü kişiler bakımından etki doğurduğundan başvuru konusu olabilmektedir.

2.3.2. İhale İşleminin Hukuki Niteliğinin Şikayet Konusuna Etkisi

İhale işlemlerinin şikayet konusu olabilmesi, yani şikayet kapsamında bulunup bulunmadığının tespiti için, bu işlemlerin hukuki nitelendirmesi yapılmalıdır. Bu nitelendirme ihale işleminin “*hukuki sonucu*” ölçütü dikkate alınarak yapılmaktadır. Sonuçları bakımından ihale işlemleri diğer idari işlemlerdeki ayırımıda olduğu şekilde²⁵⁵ genel olarak “*icrai olanlar*” ve “*icrai nitelik taşımayanlar*” olmak üzere ikiye ayrılmakta ve genel bir söylem ile ancak icrai işlemler dava konusu yapılabilmekte iken²⁵⁶, icrai olmayan ihale işlemleri dava edilememekte²⁵⁷ ve dolayısıyla şikayet kapsamı dışında kalmaktadırlar²⁵⁸.

yukarıda belirtilen giderler ilave edilmiş olsa dahi en düşük firmanın teklifinin yine de yüksek olduğunun anlaşıldığı” belirtildiğinden idarenin yaklaşık maliyetin hesaplanmasında hata yaptığının farkında olduğu anlaşılmaktadır.”

²⁵⁴ D13D, 04.04.2013, E:2011/4284, K:2013/940: “*Dosyanın incelenmesinden, dava konusu uyumsuzluk, yaklaşık maliyetin hukuka uygun şekilde belirlenip belirlenmediğinden kaynaklamakta olup; ... hesaplandığı anlaşılmaktadır.... fiyat araştırmasında idarelerin takdir yetkisinin bulunduğu gözetildiğinde, yaklaşık maliyetin hesaplamasında daha önce gerçekleşmiş ihalede verilen tekliflerin esas alınmasının her türlü fiyat araştırması kapsamında olduğunun kabulü gerektiğinden, İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.”*

²⁵⁵ Yıldırım, “İdari İşlemler”, **İdare Hukuku** içinde, (Der.) Turan Yıldırım v.d., 5.bs, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.405-406. (İdari İşlemler)

²⁵⁶ Gözübüyük “icrai” kavramına karşılık gelmek üzere “etkili” ifadesini kullanmakta ve ancak etkili işlemlerin dava konusu olabileceğini belirtmektedir. Gözübüyük, (Yargı), s.158.

²⁵⁷ Kaya, Cemil “Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler”, **GÜHFD**, Ankara 2005, C. IX, s.251-252. (İcrai Olmayan)

²⁵⁸ Kamu İhale Kurulunun 05.03.2007 tarih ve 2007/DK.D-17 sayılı kararından: “*Öte yandan, idare hukukunda, idari işlemin birbirini izleyen birçok safhadan oluşan işlem dizisi ile ortaya çıkacağı kabul edilmektedir. Kamu gücü ve kudretinin, üçüncü kişiler üzerinde, ayrıca bir başka işlemin varlığına gerek olmaksızın, doğrudan doğruya hukuki sonuçlar doğurmak suretiyle etkisini gösterdiği işlemler icrai nitelikte olup, bu anlamda 4734 sayılı Kanunun 56 ncı maddesinde sayılan Kurul kararları icrai nitelikteki kararlardır. Bu bağlamda tavsiye, dilek, düşünce, teklif gibi bilgi verici, açıklayıcı işlemler yanında hazırlık işlemleri icrai olmayan işlemler olarak kabul edildiğinden, 4734 sayılı Kanunun 56 ncı maddesinde sayılan Kurul kararlarına dayanak teşkil eden ve Kurumca yapılan ön inceleme veya esas inceleme sonucu düzenlenen raporlar ile bu raporlara esas alınan diğer bilgi ve belgelerin de incelenemeyeceği veya bir örneğinin verilemeyeceği değerlendirilmiştir.”*

İdari işlemin en önemli özelliklerinden biri icrai olması, yani yapılmasıyla hukuki sonuç ortaya çıkarabilme yeteneğine sahip olmasıdır²⁵⁹. Bu nedenle kural olarak idari işlemler hukuka uygunluk karinesinden yararlanmaktadırlar ve icraidirler. Bununla birlikte idari işlem niteliği taşısa dahi icrai olmayan idari işlemler de mevcuttur²⁶⁰. İhale işlemleri de bir idari işlem türü olarak icrai olanlar ve olmayanlar olarak ikiye ayrılmaktadır.

2.3.2.1. İcrai Nitelikli İhale İşlemleri

İdarenin icrai işlemi tabiri ile kastedilen, yapılan işlemin hukuk alanında değişiklik yapma özelliğine sahip olması, yani dışsal hukuki etkiye sahip olup²⁶¹ ilgisi için uygulanabilir sonuç doğurmasıdır²⁶². İdari işlemlere karşı iptal davası açılabilmesi için, ortada kesin ve yürütülmesi zorunlu²⁶³ bir işlem olmalıdır²⁶⁴. Bir işlemin kesin ve yürütülebilir olması, hukuk düzeninde değişiklikler meydana getirebilme kabiliyetine sahip olması²⁶⁵, başka bir anlatımla idare edilenlerin haklarını bir şekilde etkilemesi anlamına gelmektedir. İhale işlemleri için de bu ölçütü uygulamak mümkündür. İhale işlemleri yukarıda belirtildiği gibi işlemler

²⁵⁹ Erkut, Celal **İptal Davasının Konusunu Oluşturması Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Danıştay Matbaası, Ankara, 1990, s.119.

²⁶⁰ Kaya, Cemil, (İcrai Olmayan), s.251-252.

²⁶¹ Akyılmaz, (Yapılış Usulü), s.45.

²⁶² Anayasa Mahkemesinin 11.08.2004 tarih ve 25550 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 15.04.2004 tarih E:2004/26 K:2004/51 sayılı kararından: *“İdari işlemlerin temel nitelik ve özelliklerinin tek yanlılık, kanunilik ve uygulanabilirlik şeklinde sıralanması, genel kabul görmüş bir tasnif biçimidir. İnceleme konusu bakımından önem taşıyan, bu özelliklerden “uygulanabilirlik” niteliğidir. Tek yanlılık ve kanuniliğin doğal uzantısı olarak, idarenin bir irade açıklaması şeklinde ortaya çıkan işlemi, “uygulanabilir” olma yeteneğini içinde saklamaktadır. Eski deyimle, “icrai” olan idari işlem, tek yanlı “yürütülebilir” olma üstünlük ve ayrıcalığına sahiptir. Öte yandan, idarenin bilgi veren, uyarıcı ve iç yazışma niteliğindeki işlemlerinin, yukarıda işaret edilen “idari işlem” sayılmayacağı ve bir iptal davasına konu yapılamayacağı hususunda öğretisi ve idari yargı kararlarında tam bir ittifak bulunmaktadır.*

Belirtilen nedenlerle idari yargı yerince, idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi gereken bir idari işlemin bulunmadığı gerekçesiyle açılan davanın reddi gerekeceğinden, itiraza konu yasa kurallarının davada uygulanacak kurallar olduğu kabul edilemez; itiraz başvurusunun, başvuran mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddi gerekir.”

²⁶³ Kesin ve yürütülebilir bir işlemin varlığı dava açmanın ön şartıdır. Yıldırım, (İdari İşlemler) s.406.

²⁶⁴ Yıldırım, (İdari Yargı), s. 376.

²⁶⁵ Gözübüyük, (Yargı), s.158-159.

dizisinden oluşan bir süreçtir. Bu süreç içerisinde bir çok idari işlem gerçekleştirilmektedir²⁶⁶. Bu işlemlerin bazıları hukuk alanında doğrudan sonuç doğururken bazıları ise herhangi bir hukuki sonuç ortaya çıkarmamaktadır. Hukuk alanında sonuç doğuran ihale işlemleri “*icrai nitelikli ihale işlemleri*”dir.

İhale işleminin icrai olmasının hukuki sonucu bu işlemlere karşı dava açılabilmesi ve idari başvuru yapılabilmesidir²⁶⁷. Bu ölçüt dikkate alınarak idari başvuru konusu edilebilecek işlemler belirlenirken, işlemin “*işlevine*” bakmak gerekecektir. Eğer ihale işlemi hukuk alanında bir değişiklik meydana getiriyorsa, bu işlem icrai ihale işlemi olup bu işleme karşı şikayet başvuru yoluna gidilebilecektir. Teklifin değerlendirme dışı bırakılması ve herhangi bir istekli hakkında yasaklama kararı verilmesi²⁶⁸ gibi hukuk alanında doğrudan etki meydana getiren işlemler icrai nitelikteki ihale işlemleridir.

2.3.2.2. İcrai Niteliği Olmayan İhale İşlemleri

İcrai olmayan idari işlemler çeşitli yazarlar tarafından değişik tasniflere tabi tutulmuşlardır²⁶⁹. Bu işlemlerin ortak özelliği hukuk alanında doğrudan sonuç

²⁶⁶Dedeoğlu, Erdoğan, “4734 Sayılı Kamu İhale Kanununa Göre Oluşturulan İhale Komisyonu”, **Dış Denetim**, Ekim-Kasım-Aralık 2010, s.200.

²⁶⁷Gözübüyük, (Yargı), s.158; Turan Yıldırım, (İdari İşlemler), s.406.

²⁶⁸Kamu İhale Kurulunun 27.09.2010 tarih ve 2010/UM.I-2873 sayılı kararından: “*İncelenen ihalede başvuru sahibi hakkında idare tarafından Kanununun 58 inci maddesi gereğince yasaklama yaptırımı uygulanması için gerekli işlemler başlatılmıştır. Ancak itirazın şikayet başvurusunda şikayet hakkı kullanılmadan söz konusu işlemlerin yürütülmesinin hukuka aykırı olduğu iddia edilmektedir.*

Yukarıda yapılan değerlendirmeden ve idare hukukunun genel kurallarından hareketle icrai niteliği olan bir idari işlem olan yasaklama kararını yürütmenin aksi yönde bir yargı kararı olmadığı sürece durması mümkün bulunmamaktadır. Diğer bir ifadeyle 4734 sayılı Kanun, şikayet ve itirazın şikayet başvurularının ancak kamu ihale sözleşmesinin imzalanmasını durduracağını sınırlı biçimde belirlemiştir. Bu nedenle idarenin başvuru sahibi hakkında tesis ettiği işlemde hukuka aykırılık bulunmadığından iddia yerinde görülmemiştir.”

²⁶⁹Akyılmaz, Sezginer ve Kaya icrai olmayan işlemleri; hazırlık işlemleri, görüş belirten işlemler, bildirici işlemler, iç düzen işlemleri ve uygulamaya ilişkin işlemler olarak beş başlık altında tasnif etmişlerdir. Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.356; Gözübüyük ve Tan ise icrai olmayan işlemleri üç başlık altında iç düzen işlemleri, görüş ve öneriler ile hazırlık işlemleri olmak üzere sınıflandırmışlardır. Gözübüyük/Tan, (İdare Hukuku), s.370-375; Duran bu tarz işlemleri gösterici işlemler, hazırlayıcı işlemler ve iç düzen işlemleri olarak üçe ayırmıştır. Duran, Lütfi **İdare Hukuku Ders Notları**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s.398-399 (Ders Notları); Giritli vd. ise icrai olmayan idari işlemleri; bildirici, hazırlayıcı, beyan edici ve iç düzen işlemleri olarak dört gruba bölmüştür. Giritli, İsmet/ Bilgen, Pertev/ Akgüner, Tayfun/Berk Kahraman, **İdare Hukuku**, 6. Bs, İstanbul, 2013, s.1279; Özyörük sınıflandırmayı iç düzen işlemleri, hazırlayıcı ve tamamlayıcı işlemler olmak üzere üç başlık altında yapmıştır. Özyörük, Mukbil, **İdari Yargı Ders Notları**, Ankara, 1977, s.214-215,

meydana getirmemeleri²⁷⁰, icrai işlemlere yardımcı olma niteliği taşımalarıdır²⁷¹. Bu işlemler ilgililerin hukuksal durumlarında değişiklik yapmadıklarından, bunlara karşı iptal davası açılması da kabul görmemektedir²⁷².

İhale süreci ile paralellik sağlanması bakımından bu çalışmada icrai olmayan ihale işlemleri; hazırlık işlemleri, görüş belirten işlemler, iç düzen işlemleri, tekemmül etmemiş işlemler ile açıklayıcı nitelikte olan, dilek ve temenniler içeren işlemler olarak tasnif edilmiştir.

2.3.2.2.1. Hazırlık İşlemleri Niteliğindeki İhale İşlemleri

Hazırlık işlemleri hukuk aleminde tek başına sonuç doğurmayan ancak icrai işlemlere yardımcı ve yol gösterici olmak amacıyla yapılan işlemlerdir²⁷³. Bu işlemler doğrudan hukuksal sonuç doğurmadığından ve ilgililer lehine veya aleyhine hüküm ifade eden durumlar ortaya çıkarmadığından dolayı, idari dava ve başvuru konusu yapılamayacağı kabul edilmektedir.

İhale işlemleri “süreç” ölçütü kullanılarak “hazırlık” ve “tekliflerin değerlendirilmesi” aşamaları şeklinde iki ana bölüme ayrılmaktadır²⁷⁴. Hazırlık

Yıldırım bu işlemleri gösterici, hazırlık ve iç düzen işlemleri şeklinde üçlü ayrıma tabi tutmuştur. Yıldırım, (İdari İşlemler), s.406.

²⁷⁰Gözübüyük/Tan, (İdare Hukuku), s.370; Kaya, (İcrai Olmayan)s.253; Yıldırım, (İdari İşlemler), s.406-408; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.374; Kamu İhale Kurulunun 09.01.2012 tarih ve 2012/UY.I-257 sayılı kararından: “Başvuruya konu ihalede, şikâyetçi tarafından, aşırı düşük teklif sınır değerinin değişebilmesi ihtimaline binaen, isteklilerin teklif dosyalarının yeniden incelenmesinin talep edildiği, iddiaların herhangi bir istekli açısından somutlaştırılmadığı, ayrıca, teklif dosyasında sunulan belgelerin uygun olup olmadığı ve isteklilerin yeterli kriterlerini sağlayıp sağlamadığı gibi genel ifadelerin kullanıldığı, itirazın şikâyet başvurusunun yapıldığı tarih itibarıyla nihai ihale komisyonu kararının alınmamış olduğu, diğer bir deyişle, idare tarafından tekliflerin değerlendirilmesine yönelik tesis edilmiş icrai bir işlemin dahi bulunmadığı, şikâyetçi tarafından ihtimallere dayalı olarak soyut ve farazi iddialarda bulunduğu, net ve somut gerekçelere dayanan herhangi bir hukuka aykırılık iddiasında bulunulmadığı anlaşılmıştır.

Bu itibarla, 4734 sayılı Kanununun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince başvurunun reddi gerekmektedir.”

²⁷¹Gözübüyük, (Yargı), s.158.

²⁷²Yıldırım, (İdari Yargı), s. 377; Özay’a göre icrai niteliği olmayan ya da etkisiz olarak adlandırılan işlemlere karşı idari dava açılmaması, bu işlemlerin hiç etkisi olmamasından değil, hukuk aleminde idari davayı gerektirecek kadar güçlü değişiklik yapmamalarından kaynaklanmaktadır. Özay, (Günışığı), s.408.

²⁷³Kaya, (İcrai Olmayan), s.252; Gözübüyük, (Yargı), s.159.

²⁷⁴Keyik, s.37.

işlemleri tekliflerin değerlendirilmesi aşamasına kadar olan kısmı kapsamaktadır. İhalenin ilanı (pazarlık usulünde isteklilerin davet edilmesi), doküman satışı, zeyilname düzenlenmesi ve şartnamelerin hazırlanması gibi hususlar ihalenin hazırlık aşamasına ait işlemler olarak kabul edilmektedir²⁷⁵. Bundan başka birde ihalenin değerlendirme aşamasında bulunmakla birlikte, değerlendirme işlemlerine ve sözleşmenin imzalanması işlemlerine hazırlık niteliği taşıyan bazı ihale işlemleri de vardır. Sözleşme imzalanmadan önce şikayet başvuru süresinde hareketsiz kalınması ve akabinde sözleşmeye davet yazıları gönderilmesi, ihale yetkilisinin ihale kararını onaylamadan önce, idarenin ihale üzerine kalan istekli ile ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibinin yasaklı olup olmadığını teyit etmesi bu neviden işlemlerdir²⁷⁶. Bu teyit işlemi müteakip ihale yetkilisi eğer her iki istekli de yasaksız ise ihale kararını aynen onaylamak, en avantajlı teklif sahibi yasaklı ise ikinci en avantajlı teklif sahibi lehine ihaleyi karara bağlamak, eğer her iki istekli de yasaklı ise ihaleyi iptal etmek durumundadır²⁷⁷. Bu noktada yasaklılık teyit işlemi her ne kadar ihaleye hazırlık aşamasında bulunmayıp tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında bulursa da, “işlev” itibariyle hukuk alanında doğrudan sonuç doğurmamakta, sadece ihale yetkilisinin kararına hazırlık niteliği teşkil etmektedir. Bunun gibi sözleşme imzalanmadan önce kesin teminatın alınması işlemi de kendi başına hukuk alanında sonuç doğurmamakta, istekli ile sözleşme imzalanması işlemine hazırlık teşkil etmektedir. Yapılan yasaklılık sorgusu tek başına hukuk alanında değişiklik meydana getirmediğinden şikayet konusu yapılamaz, bununla birlikte sorgu sonucu yasaklı olduğu gerekçesiyle teklifin değerlendirme dışı bırakılması durumu söz konusu olursa değerlendirme dışı bırakılma işlemi şikayet konusu olabilir ve yasaklılık hususu bu şikayet üzerine incelenebilir.

İdarenin sözleşme imzalanmadan önce hareketsiz kalması, ilgililer için şikayet hakkının kullanılmasının sağlanması açısından, yerine getirilmesi gereken bir idari işlemdir. İdare her ne kadar hareketsiz kalsa da, bu bekleme süresinin tanınması

²⁷⁵Küçükçakırlar, Işıl “4734 Sayılı Kanunun 22 nci Maddesinin (A) ve (B) Bentleri Kapsamında Tek Kaynaktan Yapılan Alımlar”, Ankara, 2010, s.4, Çevrimiçi: www.kik.gov.tr, 11.07.2012.

²⁷⁶Zor, Ömer Tuğrul, “Kamu İhale Mevzuatında Yasaklama Müessesesi”, y.y., Ankara, Ekim 2006, (Çevrimiçi) www.kik.gov.tr, 11.07.2012s.101.

²⁷⁷Kaya/ Özek, s.10-17.

da bir idari işlem olmaktadır. Kurul bu durumu şu şekilde ifade etmektedir: “İdare tarafından anılan Kurul kararının uygulanması sonucunda, 19.12.2011 tarihli kesinleşen ihale kararları bildirimlerinden sonra 27.12.2011 tarihinde sözleşme imzalanmış olması sonucunda on günlük bekleme süresi uygulamasının yapılmadığı görülmekle birlikte, anılan sürenin başvuru hakkını güvence altına almak için getirildiği, 19.12.2011 tarihli ihale komisyon kararının başvuru sahibi dahil diğer istekliler için icrai bir işlem içermediği, kararın sadece ihale üzerinde bırakılan isteklinin sözleşme sorumluluğunu yerine getirmemesi durumunda anlam kazanacağı, nitekim Kılıç Grup İnşaat Temizlik Medikal Sanayi Ticaret Ltd. Şti. adlı isteklinin sözleşme iradesi göstermesinin ardından, idarenin on günlük süreyi beklemesindeki hukuki yararın sağlandığı, dolayısıyla 27.12.2011 tarihli sözleşmenin usulüne uygun imzalanmış bir kamu ihale sözleşmesi olduğu anlaşılmaktadır.”²⁷⁸

Bir işlemin hazırlık işlemi olup olmadığına karar verebilmek için; işlemin ihalenin hangi aşamasında bulunduğu hususu o işlemi nitelendirmek için kesin bir gösterge olmadığından, işlemin işlevinin ve hukuksal sonucunun ne olduğu hususunun göz önünde bulundurularak değerlendirme yapılmalıdır²⁷⁹.

Herhangi bir işlemin hazırlık işlemi olarak değerlendirilmesinin hukuksal sonucu bu işleme karşı idari başvuru ve dava yoluna gidilememesidir. Hazırlık işlemleri yapıları gereği hukuk alanında doğrudan sonuç doğurmadıklarından bu işlemlere karşı tek başlarına idari dava veya idari başvuru yoluna gidebilme imkanı bulunmamaktadır²⁸⁰.

2.3.2.2.2. Görüş Belirtici Nitelikteki İhale İşlemleri

Görüş belirten işlemler; idarenin idari bir işlemi yapmadan önce, o işlemle ilgili olarak idare içinden ve/veya dışından aldığı açıklamalar olarak tarif

²⁷⁸Kamu İhale Kurulunun 14.02.2012 tarih ve 2012/UH.I-876sayılı kararı.

²⁷⁹Hazırlık işlemi niteliğindeki işlemlere karşı dava açılmaması esastır. Ancak hazırlık işleminin yapılmasının yönetimce reddi dava konusu olabilir. Zira artık icrai bir işlem söz konusudur. Şeref Gözübüyük, (Yargı), s.159-160.

²⁸⁰Hazırlık işlemlerinin temel özelliği bu işlemleri hukuki sonuçlar doğuran asıl işlemlerce takip edilmeleridir. Zira hazırlık işlemleri asıl işlemlerin hazırlayıcısı konumundadırlar. Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.356-357.

edilmektedir. Bu tarz işlemler dış dünyada hukuksal sonuç doğurmayan, asıl işleme yardımcı nitelikte olan ve tek başına hüküm ifade etmeyen işlemlerdir²⁸¹. İdarenin hukuk müşavirliğinden herhangi bir konuda görüş alması veya kılavuz ve rehber niteliğinde bildirimler hazırlaması²⁸² gibi işlemler bu nevidendirler.

İhale alanında çok sayıda görüş belirten işlemlere rastlanılmaktadır. Bu işlemler hem idarenin hem de denetim görevini yaparken Kamu İhale Kurumunun kararlarında yardımcı rol oynamaktadırlar. Herhangi bir işlem için teknik bilgi sahibi gerçek veya tüzel kişilerden alınan görüşler bu nitelikte olup, bu işlemlere karşı tek başına dava açılmamakta ve idari başvuru yapılamamaktadır. Bu noktada en önemli sorunu bilirkişi mahiyetinde teknik konularda alınan görüşler oluşturmaktadır. İdareler genellikle çok teknik ve detaylı bilgi gerektiren hususlarda, teknik bilgi sahibi kişi ve kurumlardan görüş istemekte ve bu görüşlere ekseriyetle uymaktadırlar. Bu noktada bu görüş işlemine karşı dava açılması veya idari başvuruda bulunulması hususu tartışmalıdır. Ancak her ne kadar teknik bir alanı ilgilendirse de sonuçta bu işlemler idareyi bağlamamakta ve tek başına hukuk aleminde sonuç meydana getirmemektedirler. Bu nedenle tek başına bu işlemlere karşı dava açılması veya idari başvurulması konusunda hukuksal yarar bulunmamaktadır.

²⁸¹ Yıldırım, (İdari İşlemler) s.406-407; Kaya, (İcrai Olmayan), s.262; Gözübüyük/Tan, (İdare Hukuku), s.372-373.

²⁸²Kamu İhale Kurulunun 19.09.2011 tarih ve 2011/UH.III-3154 sayılı kararından: “Sağlık Bakanlığı tarafından, Ağustos 2010 tarihli ve 5.1 doküman sürüm nolu “Hastane Bilgi Yönetim Sistemleri Alım Kılavuzu” adı altında bir doküman hazırlandığı anlaşılmaktadır. Bahse konu dokümanın temel amacının yazılım, teknolojik, altyapı ve diğer gerekler için Sağlık Bakanlığı Hastaneleri ile Ağız ve Diş Sağlığı Merkezlerinin HBYS alımlarına yönelik bir çerçeve çizmek olduğu ve bu dokümanın konuyla ilgili önerileri kapsadığı görülmektedir.

Bu bağlamda, Sağlık Bakanlığı tarafından hazırlanan bu kılavuzun tamamıyla ilgili idareler tarafından şartname hazırlığında göz önünde bulundurulması gereken “önerilerin” ortaya konulması amacıyla taşındığı, bu anlamda **tavsiye niteliği taşıyan bir dokümanın kesin ve icrai bir etkiye sahip olduğunun iddia edilebilmesinin hukuken mümkün olmadığı** anlaşılmaktadır.

Dolayısıyla, ilgili idarelerin şartname hazırlığı için yardımcı/yol gösterici nitelik taşıyan bir belgenin ilgili idareler açısından birebir uygulamak zorunda oldukları hükümleri de içerdiğinin hukuken kabul edilemeyeceği, bu anlamda bir ihalede salt teknik şartname maddesinin öneri niteliğindeki bir dokümana aykırılık teşkil etmesinin pratik bir anlam taşımayacağı, bu nedenle başvuru sahibinin söz konusu iddiasının yerinde olmadığı sonucuna varılmıştır.”

Bazı teknik görüş nitelikli işlemler vardır ki bu işlemlerin doğrudan hukuki sonuç doğurduğu kabul edilmektedir. İhalede tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında yapılan numune değerlendirmesi ve demonstrasyon işleminin de bu nevi den olduğu Kurul tarafından öngörülmektedir. İsteklilerin teklif ettikleri ürünlerin teknik şartnameye uygun olup olmadığını anlamak amacıyla, ihale dokümanında önceden belirtilmesi şartıyla demonstrasyon işlemi yapılmaktadır. Bu işlemin yapıldığı sırada, hangi teklifin teknik şartnameye uyup uymadığına ilişkin olmak üzere tutanak tutulmaktadır. Kurul bu tutanak ile teklifi teknik şartnameye uymayanların, hak kaybına uğrama durumundan haberdar olduklarını belirterek, bir bakıma teknik işlem yani görüş bildiren işlem mahiyetindeki demonstrasyon işlemini icrai olarak görmekte, bu işlem sonucu ortaya çıkacak ihale kararından önce isteklilerin şikâyet konusu durumun farkına varıldığını belirtmekte, ihale kararı ile şikâyet süresinin başlatılma girişimini ise hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirmektedir²⁸³. Başvuru hakkının kullanılması noktasında genişletici yorum yapılmasının gerekliliği ve hazırlık işlemi niteliğinde olup kesin olarak isteklinin değerlendirme dışı olması sonucunu doğurmayan demonstrasyon işlemine icrai nitelik katarak, şikâyet hakkının ve dolayısıyla Anayasadan kaynaklanan dava hakkının kullanılamaz hale gelmesinin hukukun genel ilkeleri ile bağdaşmayacağı gerekçesi ile, Kurulun bu düşüncesine katılmayı mümkün görmemekteyiz.

²⁸³Kamu İhale Kurulunun 21.05.2012 tarih ve 2012/UH.I-2198 sayılı kararı: “4734 sayılı Kanunun 55 inci maddesi ile İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin 5, 6 ve 7 nci maddelerinde hüküm altına alınan başvuru koşulları ve bu kapsamda belirlenen süre ve ehliyetle ilişkin normlar, şikâyet hakkının kötüye kullanılmasını engelleme amacına matuftur. Öyle ki, sürelerin başlangıcında esas alınmak üzere; fiili olarak farkına varma tarihinin hemen yanında “farkına varılmış olması gereken tarih” şeklinde bir karine belirlenmiş ve böylece gerek şikâyet hakkının kötüye kullanılması hususunda ispat yükü tersine çevrilmiş gerekse de isteklilerin basiretli davranma sorumluluğunun altı çizilmiştir.

Yukarıda yapılan tespitler ve anılan mevzuat hükümleri çerçevesinde; ihale komisyonu uzman üyelerinin alım konusunun bilfiil kullanıcıları olmaları, diğer bir ifadeyle ihale konusu işe ilişkin doğrudan ve aktüel bağlantıları, ‘ihale konusu işte uzmanlık’ şartı açısından yeterli bulunmuştur. Bununla beraber, demonstrasyon esnasında teknik şartnamenin usulüne uygun olarak teyit edilmediği yönündeki iddianın en geç 26.03.2012 tarihine kadar şikâyet başvurusuna konu edilmesi gerekirken, bu süre geçirildikten sonra şikâyet başvurusunda bulunulduğu anlaşıldığından, söz konusu iddiaya ilişkin başvurunun süre yönünden reddi gerekmektedir.”

2.3.2.2.3. İç Düzen Şeklindeki İhale İşlemleri

İç düzen işlemleri idarenin iç işleyişini ilgilendiren, idare dışındaki üçüncü kişiler için hukuksal sonuçlar doğurmayan işlemler olarak tanımlanmaktadır²⁸⁴. İç düzen işlemleri hiyerarşi güç ve yetkisinin karşılığı olarak ortaya çıkmaktadır²⁸⁵. Bir memurun odasının değiştirilmesi, kurum içi yapılan denetimler²⁸⁶ ya da herhangi bir komisyonda görevlendirilme işlemleri idarenin iç düzen işlemleri olarak kabul edilmektedir. Bu işlemler idarenin iç işleyişine ilişkin olduklarından ve idare dışındaki kişiler lehine ya da aleyhine hukuksal sonuçlar doğurmaları kural olarak mümkün bulunmadığından dolayı, dava ve idari başvuru konusu olamamaktadırlar²⁸⁷. İç düzen işlemlerine karşı dava açılması genel olarak kabul edilmese dahi, bu işlemler tek başlarına kamu görevlileri ya da diğer üçüncü kişiler hakkında doğrudan hukuki sonuç doğurucu etki yapıyorlar ise bu işlemlere karşı tek başlarına dava açılabilmesi kabul edilmektedir²⁸⁸.

İhale süreci içerisinde yer alan bazı işlemler vardır ki bunlar da iç düzen işlemleri niteliği taşımaktadırlar. 4734 sayılı Kanununun 6 ncı maddesi çerçevesinde ihale yetkilisi tarafından belli kurallar dikkate alınarak ihale komisyonu oluşturulmaktadır. Bu komisyonun oluşturulması tıpkı memurların herhangi bir komisyonda çalışmak üzere görevlendirilmeleri gibi tipik bir iç düzen işlemidir.

²⁸⁴Yıldırım, (İdari İşlemler), s.407-408; Gözübüyük/Tan, (İdare Hukuku), s.370.

²⁸⁵Erkut, s.133.

²⁸⁶Kamu İhale Kurulunun 10.10.2011 tarih ve 2011/UY.II-3422 sayılı kararından: “4734 sayılı Kanununun 39 ve 40 ncı maddeleri çerçevesinde, ihaleyi iptal yetkisi ihale komisyonuna ve ihale yetkilisine ait olduğundan, İçişleri Bakanlığı tarafından yapılacak inceleme ve inceleme sonucunda alınacak kararın ihale sürecine etki eden, bir başka deyişle icrai bir sonuç doğuran karar niteliği bulunmamaktadır.

Kaldı ki, İçişleri Bakanlığı tarafından yapılacak inceleme sonucunda, ihale üzerinde bırakılan istekli olan Ergücenler Memba Suları Gıda Amb. San. Tic. Ltd. Şti.’nin teklif zarfını geç teslim ettiği sonucuna ulaşılması halinde, ihale komisyonu tarafından bahse konu isteklinin teklifinin değerlendirme dışı bırakılması mümkün olup, bu değerlendirme ihaleye geçerli teklif veren diğer isteklilerin durumunu etkilemeyecektir. Dolayısıyla, idarece bu hususun iptal gerekçesi olarak belirtilmesi yerinde görülmemiştir.”

²⁸⁷Gözübüyük, (Yargı), s.163.

²⁸⁸Duran, (Ders Notları), s.399.

İhale komisyonu tekliflerin alınması aşamasına kadar dış alemde hukuksal sonuçlar doğuracak işlemler yapmamaktadır²⁸⁹. Buradan çıkan doğal sonuç ihalenin hazırlık aşamasında ihale komisyonunun kuruluşuna ilişkin herhangi bir idari başvuru yapılmasının mümkün olmadığıdır, zira ihale komisyonunun kurulması iç düzen işlemidir ve işlev olarak da üçüncü kişiler için icrai sonuçlar doğurmamaktadır.

Şekil olarak iç düzen işlemi olarak gözükmesine karşılık, bazen bu nitelikteki ya da görünümdeki işlemler doğrudan hukuki sonuç doğurabilmektedirler²⁹⁰. Tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında ihale ile ilgili asıl yetki ihale komisyonuna aittir ve ihale komisyonunun kuruluş şekli tekliflerin değerlendirilmesini etkileyebilmektedir. Zira Kanunda sayılan nitelikte teknik bilgiye sahip komisyon üyesinin ihale komisyonunda bulundurulmaması, tekliflerin sağlıklı bir şekilde değerlendirilmesi imkanını ortadan kaldırmaktadır²⁹¹. Bu durumda ihale komisyonunun mevzuata aykırı bir şekilde oluşturulması icrai nitelikte sonuçlar doğurabileceğinden²⁹², bu konu dava ve idari başvuru konusu olabilecektir²⁹³.

Yine Kanunda ihale komisyonu üyelerinin belli nitelikleri taşıması gerektiği belirtilmektedir²⁹⁴. Görevlendirilmiş olan komisyon üyelerinin belirtilen nitelikleri

²⁸⁹ 4734 sayılı Kanun kapsamında ihale komisyonu tekliflerin değerlendirilmesi aşamasına kadar ihalede doğrudan hukuksal sonuç doğurmayan ihale işlem dosyasının incelenmesi işlevini yerine getirmektedir. 4734 sayılı Kanunun 6 ncı maddesinin 3 üncü fıkrası: “Gerekli incelemeyi yapmalarını sağlamak amacıyla ihale işlem dosyasının birer örneği, ilân veya daveti izleyen üç gün içinde ihale komisyonu üyelerine verilir.”

²⁹⁰ Gözübüyük/Tan, (İdare Hukuku), s.372.;Karlı, Mehmet Rauf “Düzenleyici İşlemlerin İcrailiği”, 2012, s.4, Çevrimiçi: www.acedemia.edu, 18.10.2012.

²⁹¹ Kamu İhale Kurulunun 14.02.2012 tarih ve 2012/UH.I-870sayılı kararından: “Sonuç olarak, teknik şartnamenin 1.1 inci maddesinde demonstrasyon yapılmasının tekliflerin değerlendirilmesi sürecine ilişkin bir yeterlik kriteri niteliğinde belirlenmesi ve uygulanması, dolayısıyla tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında anılan Yönetmelikte öngörülmemiş bir usulün uygulanması ve ihale dokümanının da bu usulün uygulanması esası üzerine kurgulanması, ihale komisyonunda uzman üyelerin ve muhasebe veya mali işlerden sorumlu personelin bulunmaması, bu durumda ihale komisyonunun dolayısıyla demo yapacak komisyonun mevzuata aykırı bir şekilde oluşturulması nedenlerinden dolayı ihalenin iptal edilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.”

²⁹² İç düzen işlemlerinin hukuki sonuç doğurup doğurmadığı somut olaya göre değerlendirilmelidir. Yıldırım, (İdari İşlemler), s.407.

²⁹³ İdarenin iç yapısı ve işleyişine ilişkin işlemler, kamu görevlilerini ya da yönetilenleri etkilediklerinde hukuki sonuç ortaya çıkardıklarından dava konusu olabilmektedirler. Gözübüyük, (Yargı), s.163.

²⁹⁴ 4734 sayılı Kanun madde 6/1: “İhale yetkilisi, biri başkan olmak üzere, ikisinin ihale konusu işin uzmanı olması şartıyla, ilgili idare personelinin en az dört kişinin ve muhasebe veya mali işlerden

taşınamaması durumunda, bu durum hukuk aleminde doğrudan sonuç meydana getirmemektedir, meğer ki komisyon tekliflerin değerlendirilmesine ilişkin bir işlem yapsın.

Netice itibarıyla iç düzen işlemlerine karşı genel olarak doğrudan dava açma hakkı bulunmamakla birlikte²⁹⁵, bir iç düzen işlemini salt icrai olmadığı şeklinde nitelendirmek ve idari başvuru yolu bulunmadığı şeklinde hüküm vermek hatalı sonuçlara ve hak kayıplarına yol açabilecektir. Bu nedenle bir iç düzen işlemine karşı başvuru yolu olup olmadığının, o işlemin ihalenin değişik aşamalarındaki fonksiyonları dikkate alınarak ve somut olaya bakılarak²⁹⁶ belirlenmesi gerekmektedir²⁹⁷.

2.3.2.2.4. Tekemmül Etmemiş İhale İşlemleri

Bir işlemin dava ya da idari başvuru konusu yapılabilmesi için o işlemin tamamlanması yani yönetsel kesinlik kazanması gerekmektedir²⁹⁸. Danıştay, idari işlemin kesinleşmiş olmasını, o işlemin tekemmülü için gerekli son yönetsel aşamanın gerçekleşmiş olması şartına bağlı kılmaktadır²⁹⁹. İhale uygulamasında da

sorumlu bir personelin katılımıyla kurulacak en az beş ve tek sayıda kişiden oluşan ihale komisyonunu, yedek üyeler de dahil olmak üzere görevlendirir.”

²⁹⁵Sancakdar, Oğuz **Memur Hukuku**, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 2011, s.9. (Memur Hukuku)

²⁹⁶Turan Yıldırım, (İdari İşlemler), s.407.

²⁹⁷Duran, (Ders Notları) s.399.

²⁹⁸Gözübüyük, (Yargı), s.166.

²⁹⁹Danıştay 3. Dairesi'nin 04.06.1986 tarih ve E. 86/1733, K. 86/1500 sayılı kararından: “İdari davaya konu edilebilecek idari işlemlerin, İdare tarafından bir kamu hizmetinin yürütülmesi dolayısıyla, kamu gücü kullanılarak, tek taraflı idareyle tesis edilen kesin ve yürütülmesi zorunlu işlemler oldukları tartışmasızdır. Bir idari işlemin kesin ve yürütülmesi zorunlu sayılabilmesi ise; hukuk düzeninde varlık kazanılabilmesi için gerekli idari prosedürün son aşamasını da geçirmiş bulunmasına ve bir başka idari makamın onayına ihtiyaç göstermeksizin hukuk düzeninde değişiklikler meydana getirebilmesine yani idare edilenlerin hukukunu şu yada bu yönde etkileyebilmesine bağlı bulunmaktadır.”; İdari işlemin kesinliği, işlemin uygulamaya hazır ve nihai aşamaya varmış olduğu anlamına gelmektedir. Tan, Turgut “İdarenin Kesin İşlemleri ve 5917 Sayılı Kanunun Uygulanması”, **Amme İdaresi Dergisi**, C.2, S:4, Aralık 1969, s.109. (Kesin İşlemler); Bir idari işlemi yapan makam o işlem ile ilgili olarak nihai iradesini ortaya koymuşsa ve bu aşamadan sonra o işlemle ilgili yapılması gereken başka bir husus yok ise idari işlemin kesinliği söz konusudur. Sezginer, (Ayrılabilir İşlem), s.46; İmza kuramı çerçevesinde, bir işlemin kesinlik kazanması o işlem ile ilgili son imzanın atılmasına bağlıdır. Akıllıoğlu, Tekin “Yönetsel İşlemlerde Yürürlüğe Giriş Sorunu”, **Amme İdaresi Dergisi**, C: 12, S: 2, Haziran 1979, s.43. (Yürürlüğe Giriş)

idare henüz belli ve beklenen bir konuda karara varmadan, muhtemel sonuçlar üzerine şikayet ya da itirazın şikayet başvurusu yapma imkanı bulunmamaktadır³⁰⁰. Zira idarenin iradesi tam olarak ortaya konulmamış, işlemin son yönetsel aşaması gerçekleşmemiş ve idarenin karar gerekçesi henüz belli olmamıştır³⁰¹.

Varsayımlar üzerine hukuksal işlem bina edilemeyeceğinden dolayı, işlemin hukuk aleminde doğması yani irade olarak açığa vurulması, bu işleme karşı idari başvuru ve dava açmanın ön şartıdır. İhale işlemlerinde özellikle ihale komisyon kararlarına karşı şikayet başvuruları yapılırken idarenin kararının beklenmediği görülmektedir. İhale aşamasında komisyon üyelerinin konuşma, mimik ve jestlerinden tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılacağı zannına kapılan ya da gelecekte aleyhte çıkması muhtemel kararlara tedbir almak isteyen isteklilerin, sanki teklifleri değerlendirme dışı bırakılmış gibi yaptıkları idari başvurular, ortada

³⁰⁰Kamu İhale Kurulunun 01.11.2010 tarih ve sayılı kararından: “*Bununla birlikte, idarenin teklif geçerlik süresinin uzatılması yönünde bir işlem tesis etmesine sevk edecek etkenin şikayetin yapıldığı tarih itibarıyla henüz oluşmadığı, bu doğrultuda geçerlik süresinin uzatılması/uzatılmamasına ilişkin anılan tarih itibarıyla tek yanlı ve icrai nitelikte bir idari işlemin alınma ihtimalinin olmadığı dikkate alındığında dayanaktan yoksun ve herhangi bir konu ihtiva etmeyen bu iddianın esasının incelenebilmesinin de hukuken mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bu iddiaya yönelik olarak yapılan başvurunun da reddi gerekmektedir.*”

³⁰¹Kamu İhale Kurulunun 25.08.2011 tarih ve 2011/UH.I-2933 sayılı kararından: “*İncelemeye konu ihalede, 14.07.2011 tarihinde tesis edilen ihale komisyon kararında ihale komisyonu başkanının imzasının bulunmadığı gibi bu şekli noksanlığa ek olarak ihale komisyon kararının da ihale yetkilisince onaylandığını gösteren herhangi bir belge veya bilginin bulunmadığı anlaşılmaktadır.*

Bu şekilde, komisyon üyelerinden birinin imzasızın ihale komisyon kararının alınması akabinde de komisyon kararına yönelik ihale yetkilisince herhangi bir irade beyanında bulunulmamış olmasının, tekliflerin değerlendirilmesine yönelik idarece tesis edilen tüm işlemlerin hukuki dayanaktan yoksun kalmasına sebebiyet vereceği, hukuk aleminde herhangi bir icrai etkiye ve varlığına sahip olmamaları sonucuna yol açacağı açıktır.

Bu itibarla, başvuru sahibinin iddialarının aslında hukuken bir varlık kazanamamış işlemleri konu aldığı ve hukuken hiç doğmamış dolayısıyla da hukuki sonuç doğurmayan idari kararlara istinaden bir isteklinin teklifine yönelik icrai nitelikte bir işlem tesis edilebilmesinin mümkün olmadığı, bu sebeple, bu aşamada aslında başvuru hakkında bir karar verilmesine gerek bulunmadığı gibi kamu ihale mevzuatında belirtilen sürelere riayet edilmeksizin akdedilen sözleşmenin de hukuki geçerliliğinin bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Bu noktada, öncelikle idare tarafından şekli koşullara uyulmaksızın tesis edilen bu hukuka aykırı kararın doğurduğu ve doğuracağı tüm sonuçların ortadan kalkmasının sağlanması bunun üzerine usulüne uygun yeni bir kararın tesisi ile ihale işlemlerine devam edilmesi gerektiği açıktır.

Netice itibarıyla, idare tarafından tekliflerin değerlendirilmesine yönelik tesis edilmiş olan ve açık hukuka aykırılık içeren bu sakat idari kararların geri alınması ve tekliflerin ihale komisyonu tarafından usule uygun olarak tekrar değerlendirilmesi ve bu karara yönelik de ihale yetkilisi tarafından kamu ihale mevzuatında belirtilen usul ve esas kuralları dahilinde bir irade beyanında bulunulması ve bu aşamadan sonraki ihale işlemlerinin mevzuata uygun olarak yeniden gerçekleştirilmesi gerekmektedir.”

yürütülebilir icrai bir işlem olmadığı gerekçesiyle ve ehliyet yokluğu sebep gösterilerek reddedilmektedir³⁰².

Ara kararlar şeklinde ifade edilen idari işlemleri de tekemmül etmemiş ihale işlemleri şeklinde sınıflandırmak mümkündür. Bununla birlikte bir işlemin ara karar olması başlı başına o işlemin icrai nitelik taşımadığı anlamına gelmemektedir. Bu nedenle her somut olayda, ara karar olup olmadığı şeklinde işlemin adına bakılmaksızın o işlemin doğrudan yürütülebilir hukuki sonuç doğurup doğurmadığı göz önünde bulundurularak, işlemin tekemmül edip etmediği değerlendirilmelidir. İhalede teklifler alındıktan sonra ihale komisyonu, aşırı düşük olarak değerlendirdiği tekliflerin sahiplerinden aşırı düşük teklif sorgulaması istemektedir³⁰³. İdarenin isteklilerden aşırı düşük teklif sorgulama talebinde bulunması işleminin, icrai olup olmadığı konusu tartışmalıdır. Kurul bu işlem neticesinde belli tekliflerin aşırı düşük statüsüne konulmasını, isteklilerin hukuksal durumunu etkilediği gerekçesiyle şikayet edilebilir nitelikte görmektedir³⁰⁴. Buna karşılık bu işlemin ara karar niteliğinde olduğu, aşırı düşük teklif sahibinin sadece teklifinin değerlendirme dışı

³⁰² Kamu İhale Kurulunun 26.06.2006 tarih ve 2006/UM.Z-1536 sayılı kararından: “Başvuru sahibince idareye yapılan şikayet başvurusu üzerine “ihalenin iptaline” ilişkin idarece tesis edilen işlem geri alınarak tekliflerin yeniden değerlendirilmesine geçildiği, henüz kesinleşen ihale kararının verilerek isteklilere bildirilmediği, başvuru sahibinin Kuruma itirazın şikayet başvurusunda bulunmasını gerektirecek aleyhine tesis edilmiş ve icrai nitelikte mevcut mer’i bir kararın olmadığı, diğer yandan anılan Kanununun 54 üncü maddesinde “bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel” olanların Kuruma itirazın şikayet başvurusunda bulunabileceği hüküm altına alındığından başvurunun ehliyet yönünden reddine karar vermek gerekmiştir.”

³⁰³ Günbay, Serdar “Türkiye’de Yapım İşleri İhalelerinde Aşırı Düşük Tekliflerin Tespit Edilmesi ve Değerlendirilmesi”, y.y., Ankara, 2008, s.27-28.Çevrimiçi: www.kik.gov.tr, 12.07.2012.

³⁰⁴ Kamu İhale Kurulunun 18.10.2010 tarih ve 2010/UH.I-3142 sayılı kararından: “İdare tarafından 11.08.2010 tarihli yazı ile gönderilen aşırı düşük teklif açıklama talep yazısının On Özel Güvenlik Hiz. Ltd. Şti. ’ne tebliğ tarihini gösterir herhangi bir belge sunulmamış olduğundan, On Özel Güvenlik Hiz. Ltd. Şti. tarafından 16.08.2010 tarihli dilekçe ekinde aşırı düşük teklif açıklamasının idareye sunulmuş olması nedeniyle, aşırı düşük teklif açıklaması talep yazının tebliğ tarihi 16.08.2010 olarak değerlendirilmiştir.”

İhaleye katılan isteklilere ihale komisyonu tarafından 09.08.2010 tarihinde ihale yaklaşık maliyetinin açıklandığı ve 16.08.2010 tarihi itibarıyla On Özel Güvenlik Hiz. Ltd. Şti. ’nin kendilerinden aşırı düşük teklif açıklaması istendiğinin farkında olduğu, bu nedenle 16.08.2010 tarihinden itibaren on gün içinde idareye şikayet başvurusunda bulunması gerekirken, bu süre geçtikten sonra 23.09.2010 tarihinde idareye şikayet başvurusunda bulunduğu, bu başvuruya idarece verilen cevap üzerine Kuruma itirazın şikayet başvurusunda bulunduğu anlaşıldığından, 4734 sayılı Kanununun 54 üncü maddesinin 10 uncu fıkrasının (c) bendi gereğince başvurunun reddi gerekmektedir.”

kalması durumunda idari başvuruda bulunma hakkına sahip olduğu, ortada yürütülebilir bir icrai işlemin ancak teklifin değerlendirme dışı bırakılması ile var olabileceği ise karşı görüş olarak savunulmaktadır³⁰⁵. Bu konuda her iki görüşe de katılmak mümkün gözükmemektedir. İsteklinin teklifinin aşırı düşük statüsüne sokulması beraberinde aşırı düşük teklif sorgulaması yapılması yönünde hukuksal sonuç doğuracağından ve yapılan aşırı düşük teklif sorgulaması sonucunda teklifin aşırı düşük olarak nitelendirilmesi, söz konusu teklifin değerlendirme dışı bırakılması hukuksal sonucuna sebep olacağından, her iki durumda da yürütülebilir, icrai nitelikli bir işlemin varlığı söz konusu olmaktadır. Bu durumda her iki ihale işlemi de şikayet konusu edilebilmelidir. Ancak bu durumda şikayet sebepleri değişmektedir. Teklifin aşırı düşük olarak nitelendirilmesinde şikayetçi, teklifinin aşırı düşük sınıfına dahil olamayacağını ve kendisine aşırı düşük teklif sorgulaması yapılmasının hukuka aykırı olacağını iddia edebilecekken, teklifin değerlendirme dışı bırakılması işlemine karşı ise, yaptığı açıklamanın aşırı düşük sorgulama şartlarına uygun olarak yapıldığını ve bu nedenle teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasının hukuka uygun olmadığını iddia edebilecektir.

2.3.2.2.5. Açıklayıcı Mahiyette Olan, Dilek ve Temenni Niteliğindeki İhale İşlemleri

Açıklama mahiyetinde olup, kesin hüküm içermeyen ve bu nedenle de doğrudan hukuksal sonuçlar meydana getirmeyen kararlar veya bildirimler de icrai işlem niteliğinde değildirler³⁰⁶. Bu tarz işlemler genellikle belli bir durum hakkında görüş bildirme ve açıklama yapma amacıyla yapılmaktadırlar. Bu işlemlere karşı da

³⁰⁵ Kamu İhale Kurulunun 18.10.2010 tarih ve 2010/UH.I-3142 sayılı kararına karşı Kurul üyesi Hakan Günel tarafından yazılan karşı oy yazısından: “Kamu İhale Genel Tebliğine göre aşırı düşük teklif açıklaması istenilebilmesi için isteklilerin teklif ettiği bedelin karsız yaklaşık maliyetten düşük olması gerekmektedir. Bu düzenlemeye rağmen idarece teklifi aşırı düşük olmayan (teklifi karsız yaklaşık maliyetin üstünde olan) istekliden açıklama istenilmesi mevzuat açısından mümkün bulunmamaktadır. Hak ve menfaat ihlali aşırı düşük teklif açıklamasının istenildiği tarihte değil, isteklinin teklifinin değerlendirme dışı bırakıldığı tarihte başlayacağı açıktır.

Aşırı düşük açıklaması istenilmesi başlı başına hukuki sonuç doğuran icrai bir işlem niteliğinde değildir. Aşırı düşük teklif açıklaması istenilmesi bir ara karar niteliğindedir. Bu ara karar sonuç doğurucu idari işlemin başlangıç kısmını oluşturmaktadır. Bu nedenle hak ve menfaat ihlali isteklinin teklifinin değerlendirme dışı bırakıldığını öğrendiği tarihte başlamaktadır. Çünkü sonuç doğurucu idari işlem teklifinin değerlendirme dışı bırakıldığını öğrendiği tarih olan 15.09.2010 tarihidir. Sürenin de bu tarihten başlatılması gerekmektedir.”

³⁰⁶ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.360-361; Gözübüyük/Tan, (İdare Hukuku), s.372; Yıldırım, (İdari İşlemler), s.406-408.

icrai nitelikte olmamaları gerekçesiyle idari başvuru ya da dava açma imkanı bulunmamaktadır³⁰⁷.

Bunlardan başka idarenin bir de dilek ve temenni niteliğine haiz işlemleri vardır. Bu işlemler olması gerekeni göstermeleri ve niyet içermeleri nedeniyle yürütülebilir hukuki sonuçlar doğurmaktan uzak mahiyettedirler ve bu nedenle idari başvuru konusu olamazlar³⁰⁸.

3. İTİRAZEN ŞİKAYET BAŞVURU YOLU

4734 sayılı Kanunun, ihalelere yönelik idari başvurular için ihdas ettiği özel nitelikli idari başvuru sisteminin ikinci aşamasını, itirazden şikayet başvurusu oluşturmaktadır. İdareye yapılan şikayet başvurusu sonucunda, bu başvuruya cevap alınamaması ya da idarece verilen cevabın yeterli görülmemesi halinde ilgili hak sahipleri Kamu İhale Kurumuna başvurarak, idarenin kararının iptalini ya da düzeltilmesini talep edebilirler. Bu başvuru yolunun ihdasının en önemli sebeplerinden biri şikayetlerin idareden bağımsız bir organ tarafından hızlı bir şekilde sonuçlandırılması³⁰⁹ ve ihale sistemine olan güvenin artırılması, yani ilgililer için güvenilirlik ilkesinin tesis edilmesidir³¹⁰.

³⁰⁷Kamu İhale Kurulunun 29.08.2012 tarih ve 2012/UM.II-3446 sayılı kararından: “Ayrıca idarenin 11.07.2012 tarihli şikâyete cevap yazısında başvuru sahibi isteklinin teklifinin yaklaşık maliyetin üzerinde olduğu ve en avantajlı teklif olsaydı bile, bu fiyatlarda ihalenin anılan istekli üzerinde bırakılmasının mümkün olmayacağı belirtilmektedir.

Ancak söz konusu istekli 15.06.2012 tarihli ihale komisyonu kararında ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif olarak belirlenmiş olup, bu hususa ilişkin isteklilere bildirim 25.06.2012 tarihli kesinleşen ihale kararı konulu yazılar ile yapılmıştır. ... idarenin şikâyete cevap yazısında değindiği başvuru sahibinin teklifinin yaklaşık maliyetin üzerinde olduğu ve bu nedenle iddiası yerinde bulursa dahi ihalenin firmaları üzerinde bırakılmayacağı yönündeki bildirimine ilişkin, henüz idarece bu yönde tesis edilen icrai bir işlem olmamakla birlikte Kamu İhale Genel Tebliği'nin yukarıda aktarılan açıklaması gereği kamu ihale mevzuatında dayanağı olmadığını ve böyle bir durumda anılan Tebliğ açıklamasının uygulanması gerektiğini belirtmek gerekmektedir.”

³⁰⁸Yıldırım, (İdari İşlemler), s.406-407.

³⁰⁹Ekici, Hasan “4734 Sayılı Kanunda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Kesinleşen İhale Kararının Bildirimi”, **Güncel Mevzuat**, Yıl: 3, S: 36, s.20.

³¹⁰Moss, Shaunn O. “Kamu Alımlarında Yolsuzluklarla Mücadele: Düzenleyici ve Denetleyici Kuruluşların Bu Mücadeledeki Rolü”, **I. Uluslararası Kamu Alımlarında Saydamlık ve Verimlilik Sempozyumu**, İstanbul, Mayıs 2004, s.250-251.

3.1. İtirazen Şikayet Başvurusunun Tanımı

İtirazen şikayet başvurusunun, mevzuatta ve doktrinde tanımı yapılmamış genellikle bu denetim mekanizmasının özellikleri sayılmakla yetinilmiştir. İtirazen şikayet başvurusunun özellikleri göz önünde bulundurulduğunda bu denetim yolunun şu şekilde tanımlanması mümkün gözükmektedir; *“İtirazen şikayet; Kanun kapsamında yapılan ihalelere ilişkin olarak, şikayet üzerine yapılan başvurudan beklediği sonucu elde edemeyen ilgili hak sahiplerinin, iddialarını ihaleyi yapan organdan bağımsız bir idare tarafından yeniden gözden geçirilmesine imkanı tanıyan dava önce tüketilmesi zorunlu bir idari başvuru yoludur.”*

3.2.İtirazen Şikayet Başvurusunun Niteliği

İtirazen şikayet başvurusu sonucunda KİK, başvuru konusu olan ihale ile ilgili olarak, ihaleyi yapan idareden sonra bir inceleme yapmakta ve bu inceleme sonucunda ilgili idareyi bağlayıcı karar alabilmektedir. Bu nedenle KİK’in itirazen şikayet kapsamında yaptığı inceleme işlevi, bir anlamda Kanuna tabi idarelerin başvuru konusu olmuş ihale ile ilgili işlemlerinin denetimi anlamına gelmektedir. Bu denetimin niteliğini saptamak için, bu müessesenin diğer idari başvuru ve denetim müesseseleri ile karşılaştırılması gerekmektedir.

3.2.1. Hiyerarşi Denetimi İle Karşılaştırması

İdare hukukunda hiyerarşi idare teşkilatı içinde yer alan makamların, silsile içerisinde aşağıdan yukarıya doğru bağlı olmaları anlamına gelmektedir³¹¹. Hiyerarşi kavramı sadece merkezi idareye özgü olmayıp, tüm kamu tüzel kişilerinin yapısında

³¹¹Özay, (Günüşiği), s.152.

bulunmaktadır³¹². İdari makamlar üst/ast ilişkisi içerisinde yukarıdan aşağıya doğru hiyerarşik amir pozisyonundadırlar. Hiyerarşik denetim ise; aynı hiyerarşik yapı içerisinde üst konumunda olan kişinin, alt konumdakini denetleme yetkisi anlamına gelmektedir³¹³.

KİK'in görev alanı incelendiğinde, kamu kaynağı kullanan tüm kurum ve kuruluşların ihale ile ilgili işlemlerini kapsadığı görülmektedir. Bu noktada KİK, kendisi dışındaki diğer tüzel kişilerin işlem ve eylemlerini denetleyebilmektedir. Hiyerarşi denetimi ise aynı tüzel kişilik içerisinde yer almayı gerektirmektedir. KİK'in denetlediği ihale işlemlerini yapan kuruluşların üstü pozisyonunda olmaması ve aynı hiyerarşik düzen içerisinde bulunmaması sebepleriyle, itirazın şikayet yolunun, hiyerarşik denetimin ihale işlemlerine özgü bir türü olmadığı kanaatindeyiz.

3.2.2. İYUK 11 inci Madde Kapsamında Öngörülen İdari Başvuru Yolu İle Karşılaştırması

Daha önce özellikleri belirtilen İYUK'un 11 inci maddesi kapsamında bir üst mercie yapılan başvuru, hiyerarşik denetimin bir çeşididir. İlgili hak sahipleri, hukuka aykırılık iddialarını gözden geçirilmesi amacıyla hiyerarşik denetim yetkisi çerçevesinde üst makama iletmektedirler. Buna karşılık itirazın şikayet başvurusu ayrı bir tüzel kişiliğe yapılmaktadır.

İtirazın şikayet başvurusu ile dava açma süresi durmamaktadır, zira dava açma süresi, şikayet başvurusuna cevap verildikten itibaren başlayan itirazın şikayet başvuru süresi sona ermeden başlamamaktadır. İYUK'taki düzenleme çerçevesinde ise; idari başvurular yapılsın veya yapılsın dava süresi işlemeye başlamakta, bir üst makama yapılan başvuru sonucu dava açma süresi durmaktadır.

³¹² Atay, E. Ethem, İdare Hukuku, 3. bs., Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s.174 (İdare Hukuku); Yıldırım (Ramazan), s.91.

³¹³ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.204-205; Gözübüyük, Şeref, **Yönetim Hukuku**, 30. bs., Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s.354.

İYUK'ta yer alan idari başvurular, ilgili hak sahipleri için ihtiyari bir nitelik taşımakta iken, itirazın şikayet başvuru yolu ise dava öncesi tüketilmesi zorunlu başvuru yollarından olup³¹⁴, dava açılması bu yolun tüketilmesine bağlıdır.

Bunlar dışında bu çalışmanın daha sonraki bölümlerde görüleceği üzere, itirazın şikayet başvuru yolu süre ve şekil yönlerinden de İYUK'taki idari başvuru yolundan farklılıklar arz etmektedir.

Netice itibariyle itirazın şikayet başvurusu, İYUK'ta idari işlemlere karşı geliştirilmiş genel başvuru yolundan bir çok yönden farklılıklar arz etmektedir. Bu nedenle 4734 sayılı Kanunda düzenlenen itirazın şikayet başvuru yolunun, İYUK'un 11 inci maddesinde yer alan genel idari başvuru yolunun ihalelere özgülenmiş bir çeşidi olmadığı kanaatindeyiz.

3.2.3. Vesayet Denetimi İle Karşılaştırması

İdari vesayet denetimi; idarenin bütünlüğünün sağlanması amacıyla³¹⁵, merkezi idarenin yerel yönetimlerin işlem ve eylemleri üzerindeki denetim yetkisi³¹⁶ olarak tanımlanmaktadır. İdari vesayet yetkisi hiyerarşik yetkiye göre istisnai ve sınırlı bir yetkidir³¹⁷. Anayasa Mahkemesi bu yetkinin yerel yönetimlerin yetkisini ortadan kaldıracak şekilde kullanılmayacağını kabul etmektedir³¹⁸. Ramazan

³¹⁴Uz, (İhale Hukuku) s.392.

³¹⁵ Tekinsoy, Özge Okan, "Yerel Yönetimlerin Kararları Üzerindeki İdari Vesayet Denetiminin Kapsamına İlişkin Anayasa Mahkemesi'nin Yaklaşımı", **Zabunoğlu Armağanı**, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2011, s.515.

³¹⁶ Vesayet, merkezi idarenin ademi merkezî idarelerinin kararlarının denetlenmesi ve bozulabilmesi yetkisidir. Onar, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Cilt 2, İstanbul, 1966, s.622. (Cilt 2)

³¹⁷ Günday, Metin, **İdare Hukuku**, İmaj Yayınevi, 10. Baskı, Ankara 2013, s. 86. (İdare Hukuku)

³¹⁸ Anayasa Mahkemesinin 28.11.1991 tarih ve 21065 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan E. 1990/38, K. 1991/32 sayılı kararı: "Anayasa uyarınca merkezî yönetimle yerel yönetimler arasında bir denetim ilişkisi kurulacaksa bunun ancak idarî vesayet yetkisinin kullanılması biçiminde olacağı söylenebilir. İdarî vesayet, merkezî yönetimin, yerel yönetimlerin icrai kararlarını onama, geri çevirme ve kimi ayırık durumlarda da değiştirerek onama yetkisidir. Başka bir anlatımla, merkezî yönetime yerinden yönetim organları ve onların çalışmaları üzerinde, kamu yararını korumak amacıyla üst otoritelere yasayla verilen yetkilerin bütünüdür. Bu yetki yerel yönetimlerin yetkisini ortadan kaldıracak, etkisiz kılacak biçimde kullanılamaz.

Anayasa, idarî vesayetin hangi amaçlarla kullanılacağını kurala bağlamakla yetinmemiş, ilke ve yöntemlerinin de yasa ile belli edilmesi koşulunu aramıştır. İdarî vesayetin ayırık bir türü olan,

Yıldırım idari vesayet başvurusunu “*yerinden yönetim ilkesine göre örgütlenen kamu tüzel kişiliklerinin kararları aleyhine, yasaların öngörmesi koşuluyla, yine yasaların öngördüğü makamlar ya da kişilere yapılan başvurular*” olarak tanımlamıştır³¹⁹.

KİK’in yaptığı itirazın şikayet denetimi de vesayet denetimi gibi bağlı ve sınırlı yetkilerle donatılmış olup hiyerarşik denetim kadar geniş değildir. Bununla birlikte vesayet denetiminin sadece yerel yönetimler üzerinde olması ve merkezi idare tarafından kullanılabilir olması³²⁰, bu denetimi itirazın şikayet denetiminden farklı kılmaktadır. Zira itirazın şikayet denetimi sadece yerel yönetimlerin işlemleri üzerinde değil, Kanuna tabi merkezi veya yerel tüm idarelerin ihale işlemleri üzerinde yürümektedir. Bundan başka KİK merkezi idare teşkilatı içerisinde yer almamaktadır ve vesayet yetkisi de merkezi idareye tanınmıştır. Belirtilen sebeplerle itirazın şikayet denetiminin, vesayet denetiminin ihalelere özgülenmiş bir türü olmadığı kanaatindeyiz.

3.2.4. Dış İdari Denetim İle Karşılaştırması

Doktrinde yerel yönetimler arasında (büyükşehir belediyesi - ilçe belediyesi) ya da ayrı tüzelkişilikler arasındaki (rektörlük-fakülte)denetim ilişkisine, dış idari denetim adı verilmektedir³²¹. Genellikle büyükşehir belediyelerinin, ilçe belediyelerinin işlemleri üzerinde yer alan bu yetkinin belirleyici ölçütü, iki ayrı tüzel kişiliğin birbirini belirli ve sınırlı işlemler çerçevesinde denetlemesi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Dış idari denetim vesayet denetiminin bir çeşidi olarak kurgulanmış ve genellikle yerel yönetimlerin aralarındaki denetim ilişkisini anlatmak için kullanılmaktadır. Ayrıca bu denetim şekli özel kanunlarda belli tüzel kişilikler

yasa ile yerel yönetime bırakılan işlemlerin yerine geçme yolu ile merkezî yönetimce yapılması, ancak kapsam ve sınırının yasada açıkça belirtilmesi, bu yetkinin yerel yönetimin yasalarla kendisine verilen görevi yerine getirmekten kaçınması, bunda çok gecikmesi gibi kamu yararı ya da haklı bir nedene dayalı olması ve anayasal ölçütler dışına çıkmamasına bağlıdır.”

³¹⁹Yıldırım (Ramazan), s.94.

³²⁰Akyılmaz/ Sezginer/Kaya, s.213-214.

³²¹Özay, (Günüşiği), s.173-175.

arasında belli konulara münhasır olmak üzere tesis edilmiştir. İtirazen şikayet denetimi ise sayma suretiyle değil de belli kriterler çerçevesinde³²² belirlenmiş olan 4734 Sayılı Kanun kapsamındaki tüm idarelerin ihale işlemleri üzerine kurulmuş bir denetim yetkisi olduğundan, itirazen şikayet tüzel kişiliği bulunmayan idareler için de kullanılabilirdiğinden ve söz konusu idari başvuru yolunda dava öncesi tüketilmesi zorunlu idari başvuru özelliği de dikkate alındığında, itirazen şikayetin dış idari denetim olarak nitelenemeyeceği kanaatindeyiz.

3.2.5. İşlem Hiyerarşisi Denetimi

Yukarıda itirazen şikayet başvurusunun sınıflandırılması amacıyla, benzer nitelik gösterebileceği düşünülen diğer denetim mekanizmaları ile yapılan karşılaştırmalar sonucunda, itirazen şikayet müessesesinin hiç bir denetim mekanizması ile tamamen uyuşmadığı, bu denetim mekanizmalarının ihaleye özgülenmiş bir çeşidi olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Netice itibariyle itirazen şikayet müessesesi tam anlamıyla ne hiyerarşik ne de vesayet denetimi işlevi görmemektedir. Bu müessesenin özel nitelikli (ad hoc) bir yapıya sahip olduğu, başvuru sonucu gerçekleşmesi yönüyle yargı denetimine benzediği, şikayet sebepleriyle bağlı olma yönüyle idari yargı denetiminden farklı olup adli yargıya yakın olduğu, denetimi yapan şahısların hakim olmadıkları ve KİK'in Maliye Bakanlığı ile ilişkisi gerekçesiyle yargısal nitelikten ziyade idari nitelik taşıdığı ve kurumlar arası üst/ast ilişkisinden ziyade işlemler arası ilişkiye dayandığı sonucuna varılmıştır.

Gerek hiyerarşi ve gerekse vesayet denetimi sadece işlemler üzerinde değil, ilgili organlar ve şahıslar³²³ üzerinde de varlığını sürdürmektedir³²⁴. Oysa ki, itirazen

³²²Kamu hukukuna tabi ve kamu kaynağı kullanan idarelerin işlemleri 4734 sayılı Kanuna ve itirazen şikayet denetimine tabidir. Gencer, Hüseyin "Kamu İhale Kanununda Yapılan İş Deneyim Belgeleri İle İlgili Değişikliklerin Değerlendirilmesi", **Güncel Mevzuat**, Yıl: 3, S: 36, s. 16. (İş Deneyim)

³²³Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.202-215.

³²⁴Anayasa Mahkemesinin 17.05.1985 tarih ve 18757 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan E. 1984/12, K. 1985/6 sayılı kararından: "*Vesayet makamlarının yetkileri genellikle öğretilerde : 1 - İşlemlere karşı*

şikayet denetimi sadece idarenin işlemleri üzerine yürümekte ve bağlı yetki kapsamında ancak belli kararlar verilebilmektedir. Buradan itirazen şikayet denetim mekanizmasının işlemler üzerinden yürüdüğü sonucuna varılmaktadır.

İhale işlemlerinin nihai hedefi, bir mal, hizmet ya da yapım işi konusunda ihale üzerine kalan istekli ile sözleşme imzalamaktır³²⁵. Her ne kadar ihale sonucu imzalanan sözleşme özel hukuk hükümlerine tabi olsa da³²⁶, sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süreç içerisinde bir çok idari işlem zincir işlemin parçaları şeklinde belli bir silsile ile meydana gelmekte³²⁷ ve bu işlemlerden ayrılabilir nitelik taşıyanları şikayet ve itirazen şikayet başvuru konusu olabilmektedirler. Bununla birlikte sözleşmenin imzalanması yani ihale işlemlerinin ana gayesine ulaşabilmesinin ön şartı, şikayet var ise itirazen şikayet başvuru süresinin itirazen şikayet başvurusu olmadan geçmesinin beklenmesi, eğer itirazen şikayet başvurusu var ise bu başvurunun neticelenmesinin beklenmesidir³²⁸. Dolayısıyla ihale işlemleri arasında Kanundan kaynaklanan bir sıralama ve hiyerarşi bulunmaktadır ve bu hiyerarşinin son basamağını idari denetim bakımından itirazen şikayet aşaması oluşturmaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken nokta; var olan hiyerarşinin makam ve kamu görevlisinden bağımsız olmasıdır³²⁹. İtirazen şikayet denetimi de bu işlemler arası hiyerarşiye dayanmaktadır. Bu ölçütler ışığında itirazen şikayet başvurusunun, ad hoc niteliği de dikkate alınarak, mevzuatta belirlenen işlemler arası hiyerarşiye dayanan “işlem hiyerarşisi denetimi” olarak sınıflandırılmasının doğru olacağı kanaatindeyiz.

iptal davası açmak, 2 - Aynı türden işlemlerin iptali için idari bir kurula başvurmak, 3 - Yürürlüğe giren işlemin uygulanmasını geçici olarak durdurmak, 4 - İşlemin yürürlüğü hususunda onay vermek; onayı red etmek; bazan değiştirerek onaylamak, 5 - Yetkili organ ve ajanların ihmal veya temerrüdü halinde bunların yerlerine geçerek işlem yapmak, şeklinde belirtilmektedir. Ne varki; 1961 Anayasası döneminde söz konusu denetimin yerinden yönetim idarelerinin organ ve ajanları hakkında yürütülmesi ve vesayet makamlarının bu idareler yerine geçerek işlem yapmaları eleştirilmiş ayrık ve olağan dışı birer denetim biçimi olarak görülmüşlerdir.”

³²⁵Schooner, s.222-224.

³²⁶Atlı, s.1.

³²⁷Yılmaz, s.131.

³²⁸Koçtepe, s.13-14.

³²⁹Eğer işlemler arası hiyerarşi, üst norm tarafından belirlenmiş ise bu durumda işlemi yapan makamın kim olduğuna ve konumuna bakılmaksızın, işlemler arası hiyerarşi belirlenir. Akyılmaz/ Sezginer/ Kaya, s. 84-85.

3.3. İtirazen Şikayet Başvurusunun Konusu

Herhangi bir hukuka aykırılığın itirazen şikayet başvurusuna konu edebilmesinin ön şartı, bu konu hakkında daha önce şikayet başvurusunda bulunmuş olunmasıdır³³⁰, dolayısıyla ancak şikayet konusu olmuş hususlar, itirazen şikayete konu olabilmektedirler³³¹. Bu durum genel kural olmakla birlikte, şikayet başvurusu olmadan doğrudan itirazen şikayet konusu olabilen ihale işlemleri de mevcuttur. İhalenin idare tarafından daha önce yapılmış şikayet ve itirazen şikayet başvurularından sonra iptal edilmesi durumu ya da şikayet başvurularının sonuçlandırılmasından sonra alınan karara karşı yapılacak başvuruların doğrudan itirazen şikayete konu olması gerekliliği gibi durumlar, itirazen şikayet başvurusunun ihalelere karşı yapılacak idari başvurularda şikayetten sonra ikinci basamak olma genel kuralına istisna teşkil etmektedirler³³².

3.3.1. Şikayet Konusu Yapılmış Olan İhale İşlemleri

Bir ihale işleminin itirazen şikayete konu olabilmesi için ilgililer tarafından öncelikle o ihaleye ilişkin olarak şikayet başvuru yapılması zorunluluğu bulunmaktadır³³³. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus; ihalenin şikayet yönü itibariyle hazırlık ve değerlendirme olmak üzere iki aşamaya ayrılmış olmasıdır. Bir diğer önemli husus ise; ancak şikayet sebebi olmuş işlemlerin itirazen şikayete konu olabileceğidir³³⁴.

3.3.1.1. İhalenin İlgili Aşaması İle Bağlı Olma

İhale işlemleri bir çok aşamadan oluşmakla birlikte, idari başvuruya konu olabilme bakımından genel olarak, hazırlık ve değerlendirme işlemleri olarak iki ana

³³⁰Tavlı, s.95.

³³¹Yılmaz, s.183.

³³²Bastık, s.136-137.

³³³Uygur, Elvan “Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler ve Kamu İhale Kurumu Örneği”, Ankara, 2007, s.295, Çevrimiçi: www.yok.gov.tr, 10.07.2012.

³³⁴Yılmaz,183-184.

safhaya ayrılmaktadırlar.Yapılan bu iki aşamalı ayırım çerçevesinde hazırlık aşamasının şikayete konu edilmesi, ancak hazırlık aşamasındaki işlemlerin itirazın şikayet konusu olabilmesini sağlamaktadır. Hazırlık aşamasına konu olmuş şikayet işlemleri değerlendirme aşamasındaki işlemlerle bir aradaitirazın şikayete konu olamamaktadırlar ve hazırlık işlemlerine yönelik şikayet başvuruları, değerlendirme aşamasındaki işlemler için itirazın şikayet başvurusu hakkı ve ehliyeti doğurmamaktadırlar, yani ihaleye teklif verdikten sonraki aşamada bir önceki aşama olan hazırlık aşaması işlemlerine yönelik itirazın şikayet başvurusu yapılamamaktadır³³⁵.

3.3.1.2.Şikayet Sebebi İle Bağlı Olma

İhalenin aynı aşamasının şikayet konusu edilmiş olması, o aşama için ilgili hak sahiplerine itirazın şikayet başvurusu yapma hakkı kazandırmakla birlikte, bu hak o aşamadaki tüm işlemler için geçerli değildir, zira ancak şikayet sebebi olmuş işlemler, itirazın şikayete konu olabilecektir³³⁶. Bu durumda somut olarak hangi ihale işlemleri şikayet konusu yapıldı ise, ancak o işlemler itirazın şikayete konu olabilecek ve bir bakıma şikayet sebepleri itirazın şikayetin konu yönünden sınırını oluşturacaktır³³⁷.Kurul şikayet konusu yapılmış hususlar ile şikayet konusu yapılmamış sebeplerin birlikte bulunduğu dilekçe ile yapılan başvurularda, daha önce şikayet konusu yapılmış hususları esastan incelerken, şikayet sebebi yapılmamış hususları ayırıp reddetmektedir³³⁸.

³³⁵ Kamu İhale Kurulunun 30.12.2010 tarih ve 2010/UM.III-4001 sayılı kararından: “Başvuru sahibinin 08.11.2010 tarihinde ihale dokümanı satın alarak, istekli olabilecek sıfatına haiz olduğu, 23.11.2010 tarihinde ihaleye teklif vererek istekli sıfatını kazandığı ve 30.11.2010 tarihinde idareye yapmış olduğu şikayet başvurusunda ihale dokümanının içeriğine yönelik şikayet başvurusunda bulunduğu anlaşılmıştır.

Anılan Yönetmelik düzenlemesi ve Tebliğ açıklaması uyarınca, ihaleye teklif vererek istekli sıfatını kazanan kişiler, ihaleye teklif verdikten sonra, ilana ve ihale dokümanına yönelik olarak şikayet veya itirazın şikayet başvurusunda bulunamayacağından, incelenen iddiaya ilişkin olarak başvuru sahibinin, başvuru ehliyetini haiz olmadığı anlaşılmıştır.”

³³⁶Yılmaz, 183-184.

³³⁷Işık, s.61.

³³⁸Kamu İhale Kurulunun 19.09.2012 tarih ve 2012/UM.II-3685 sayılı kararından: “Başvuru sahibinin söz konusu iddiasının idareye şikayet dilekçesinde yer almadığı, idarenin şikayete ilişkin aldığı kararda da bu hususa yer verilmediği anlaşılmıştır.

Aktarılan mevzuat hükümleri çerçevesinde, idareye şikayet başvurusunda yer verilmeyen ve idarenin şikayet üzerine aldığı kararda yer almayan söz konusu iddianın, itirazın şikayet kapsamında

Danıştay da Kurul'a yapılan itirazın şikâyet başvurularında, şikâyet dilekçesinde yer alan hususlardan farklı sebeplerin gösterilmesi durumunda Kurul ile aynı görüşü paylaşarak, ilave başvuru sebeplerinin incelenmeksizin reddedilmesi gerektiğine karar vermektedir: *"Bu durumda; yürürlükteki yasal düzenlemeler uyarınca, idareye şikâyet başvurusuna konu edilmeyen hususların itirazın şikâyet başvurusuna konu edilmesi durumunda, Kurum tarafından dikkate alınmasının mümkün olmaması karşısında, davacı şirketin itirazın şikâyet başvurusunda bulunan süpürme işinde çalışacak işçilerin kullanacağı "alet edavat (el arabası, süpürge, eldiven vs.) konusunda açık düzenleme bulunmadığına ilişkin iddiasının, idareye şikâyet başvurusuna konu edilmediğinin tespit edilmesi nedeniyle esasının incelenmeksizin reddinde hukuka aykırılık bulunmadığından, İdare Mahkemesi'nce yanlış değerlendirme yapılmak suretiyle, söz konusu iddiaya şikâyet başvurusunda yer verildiği sonucuna varılarak, belirtilen iddianın esasının incelenmesi gerektiği gerekçesiyle, dava konusu işlemin iptali yolunda verilen kararda hukukî isabet bulunmamaktadır."*³³⁹. Mevcut düzenlemeler çerçevesinde her ne kadar, Danıştay'ın kararı şekli olarak hukuka uygun görülse de, ihalelere karşı idari başvuru yolunun ihdas edilme sebepleri ve KİK'in olması gereken işlevi dikkate alındığında söz konusu yorumun, itirazın şikâyet başvurusundan beklenen işlevle ve amaçla bağdaşmadığı kanaatindeyiz.

3.3.2.Şikâyet Konusu Yapılması Gerekmeyen Doğrudan İtirazın Şikâyete Konu Olabilecek İhale İşlemleri

İtirazın şikâyet konularının büyük çoğunluğunu şikâyet konusu olmuş hususlar meydana getirmektedir. Bu durum gerçekte şikâyet ve itirazın şikâyet mekanizmalarının birbirini takip eden zorunlu idari başvuru yolu olmalarının doğal sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Daha önce yapılmış olan işlem bir sonraki işlemin

değerlendirilmesi mümkün olmadığından bahse konu iddiaya ilişkin olarak başvurunun reddi gerekmektedir."

³³⁹D13Da, 28.02.2011, E:2010/3739, K:2011/805.

sebebini ve konusu oluşturmaktadır³⁴⁰. Şikayet başvurusu da itirazın şikayet başvurusundan önce kullanılması zorunlu bir idari başvuru yolu olduğundan, şikayet başvurusu konuları bir bakıma itirazın şikayet başvurularının konu yönünden sınırlarını oluşturmaktadır³⁴¹. Bununla birlikte mevzuatta doğrudan yani şikayet başvurusu yapılmadan itirazın şikayete konu olabileceği belirtilen istisnai durumlar da mevcuttur³⁴². Aşağıda şikayet başvurusu yapılması gerekmeksizin doğrudan itirazın şikayete konu olabilecek bu istisnai durumlar açıklanacaktır.

3.3.2.1. Şikayet ve İtirazın Şikayet Başvurusu Sonucu İdarece Alınan İhalenin İptali Kararları

Yukarıda da belirtildiği gibi itirazın şikayet başvurularının konusunu ancak şikayet konusu olmuş ihale işlemleri oluşturmaktadırlar³⁴³, bununla birlikte Kanunda bu duruma istisna tutulan bazı haller vardır. İhalenin iptali kararlarından şikayet ya da itirazın şikayet başvurusu sonucu alınanlar doğrudan itirazın şikayete konu olabilmektedirler³⁴⁴. Bu durumda, idarelerce alınan ihalenin iptaline yönelik tüm kararlar değil, ancak ihale ile ilgili yapılmış olan şikayet ve itirazın şikayet başvurularından sonra yapılanlar itirazın şikayete konu olabilmektedirler³⁴⁵. İdarece, herhangi bir şikayet ya da itirazın şikayet başvurusu olmaksızın doğrudan alınan ihalenin iptali kararları ise ne şikayet ne de itirazın şikayet başvurusuna konu olamamaktadırlar³⁴⁶. Bu işlemlerin 4734 sayılı Kanunla getirilen özel idari başvuru yollarına tabi olmaması, bu işlemler üzerinde idari denetimin olmadığı anlamına

³⁴⁰Canbazoğlu, Kerem “4734 Sayılı Kamu İhale Kanununda Öngörülen Zorunlu Başvuru ve Denetim Yolları”, Ankara, 2008, s.151-152, Çevrimiçi: www.yok.gov.tr, 11.07.2012.

³⁴¹Gökhan Korkmaz, “4734 Sayılı Kanun Kapsamındaki Kamu İhalelerinde İdari ve Yargısal Denetim”, Kocaeli, 2008, s.37, Çevrimiçi: www.yok.gov.tr, 11.07.2012.

³⁴²4734 Sayılı Kanun m.55

³⁴³Eskin, s.91-92.

³⁴⁴Yalazay, Sait “Eşitlik İlkesi Çerçevesinde 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu Kapsamındaki İhalelerde Tekliflerin Hazırlanması, Sunulması ve Değerlendirilmesi Usulü”, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010, s.37. www.yok.gov.tr, 12.06.2012.

³⁴⁵Kamu İhale Kurulunun 02.01.2012 tarih ve 2012/UH.II-41 sayılı kararından: “Anılan hükümler uyarınca şikayet ya da itirazın şikayete üzerine idare tarafından alınan ihalenin iptali kararlarına yönelik olarak yapılan itirazın şikayete başvuruları inceleme konusu yapılabilecektir. Başvuru konusu ihalede, idarece iptal kararının şikayet ya da itirazın şikayete üzerine alınmadığı tespit edildiğinden, Kuruma itirazın şikayete başvurusu yapılması mümkün bulunmamaktadır.”

³⁴⁶Işık, s.61.

gelmemekte olup, bu işlemler diğer olağan idari işlemler gibi İYUK'un öngördüğü idari dava ve başvuru sistemine tabi olmaktadır³⁴⁷.

3.3.2.2.Başka Hak Sahibi Tarafından Yapılan Şikayet Başvurusu Neticesi Üzerine Alınan Karara Karşı İtirazen Şikayet Başvurusu

Kural olarak idareye şikayette bulunan ilgili hak sahipleri, yaptıkları şikayet sebepleri ile sınırlı olmak üzere itirazen şikayette bulunabilirler³⁴⁸. Bununla birlikte başka bir hak sahibi tarafından yapılan şikayet başvurusunun sonucunda idarece alınan kararlar tüm ilgililere gönderildiğinden, bu kararlara karşı şikayette bulunmayan ancak şikayet sonucunda alınan karar dolayısıyla hak kaybına uğradığını ya da uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden ve şikayet başvurusunda bulunmayan diğer ilgili hak sahipleri, doğrudan itirazen şikayet başvurusunda bulunabilirler³⁴⁹. Bu durumda itirazen şikayet başvurusunun konusunu ancak, şikayet başvurusu sonucunda alınan kararlarda yer alan hususlar olabilecektir. Bu durumda itirazen şikayette bulunan kişi için Kuruma doğrudan başvuru yapıldığı söylenebilir zira söz konusu başvuru sahibinin daha önce idareye herhangi bir şikayet başvurusu bulunmamaktadır.

³⁴⁷ Kamu İhale Kurulunun 26.09.2012 tarih ve 2012/UH.I-3789 sayılı kararından: “Yapılan incelemede, başvuru sahibinin teklifinin değerlendirme dışı bırakılmadığı, idarece Kuruma gönderilen yazıya göre, ihale sürecinde iptal işlemi öncesinde idareye yapılmış şikâyet başvurusunun bulunmadığı anlaşılmıştır. Belirtilen hususlar çerçevesinde, mevcut bilgi ve belgeler kapsamında, incelemeye konu ihalede iptal kararının şikâyet ya da itirazen şikâyet başvurusu üzerine alınmadığı görüldüğünden, istekli tarafından Kuruma başvuruda bulunulamayacağı ve iptal kararının idari yargı mercilerinde dava konusu edilebileceği tespit edilmiştir.”

³⁴⁸Yalazay, s.40.

³⁴⁹Bastık, s.137.

2. BÖLÜM

İHALELERE YÖNELİK İDARİ BAŞVURU USULÜ

İhalelere karşı idari başvuru yolu olarak 4734 Sayılı Kanunda özel olarak ihdas edilmiş bulunan şikayet ve itirazın şikayet başvuruları sıkı şekil şartlarına tabi tutulmuş olup³⁵⁰, bu bölümde söz konusu şartlar ehliyet, süre ve şekil başlıkları altında incelenecektir. İdari başvuru yollarını kullanabilme şartları, şikayet ve itirazın şikayet ihale öncesi tüketilmesi zorunlu başvuru yolları olarak kurgulandıklarından³⁵¹, Anayasanın 125 inci maddesinde temel bulan idari işlemlere karşı dava açma hakkı ile bağlantılı olarak ve bu hakkın kullanılmasına etkisi ile ilişkili bir şekilde anlatılmaya çalışılacaktır.

1. İDARİ BAŞVURU YOLLARINI KULLANABİLME EHLİYETİ

İdari başvuru ehliyeti kavramı ile kastedilen; ihale sürecinde yapılan işlemlere karşı şikayet ve itirazın şikayet şeklinde idari başvuru yapabilme imkanına sahip olabilme yeteneğidir³⁵². Kanunda şikayet başvurusunda bulunabilmenin yani şikayet ehliyetine sahip olabilmenin genel şartı *“ihale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğranması veya zarara uğramasının muhtemel olması”* olarak gösterilmektedir.

³⁵⁰Canbazoğlu, s.67-68.

³⁵¹Seyhan, Edat Yücel “İhale İşlemleri İle İlgili Olarak Şikayet ve İtirazen Şikayet Müessesesi, İddiaların İncelenmesi ve Yargı Yolu-III”, **Maliye ve Sigorta Yorumları Dergisi**, Yıl: 20, Sayı: 460, Mart 2006, s.102-104.

³⁵²İdari başvuru ehliyeti ile kanun yolu ehliyeti kavramları aynı içeriğe sahip bulunmamaktadır. Her ne kadar idari başvuru, kanunun öngördüğü başvuru yollarından biri olsa da, uygulamada ve doktrinde kanun yolu ile kastedilen ilk derece mahkemesi kararlarına karşı başvuru imkanlarıdır. Çağlayan, (Kanun Yolları), s.19.

İhale mevzuatında idari başvuru ehliyetine sahip olan kişilerin sınıflandırılması yoluna gidilmiştir³⁵³. Buna göre ihale işlemlerine karşı şikayet başvuru ehliyetine sahip olanlar; istekli olabilecekler, adaylar ve istekliler olmak üzere üç gruba ayrılmıştır. Bu sınıflandırma işlemi ihale usulü ve ihalenin aşamaları dikkate alınarak yapılmıştır³⁵⁴.

1.1. İdari Başvuru Ehliyetine Sahip Olanlar

İhalelere karşı idari başvuru ehliyetine sahip olanların ölçütleri ve bu ehliyete sahip olanların şikayet haklarının kapsam ve sınırları, Kanunda³⁵⁵ yapılan tarife uygun olarak istekli olabilecek, aday ve istekli başlıkları altında incelenecektir.

1.1.1. İstekli Olabilecekler

İhaleye teklif veren gerçek ve tüzel kişiler istekli olarak anılmakla birlikte, teklif verme hakkına sahip olabilmek için öncelikle istekli olabilecekler statüsüne girmek gerekmektedir³⁵⁶.

1.1.1.1. İstekli Olabilecek Statüsünün Tanımı ve Ölçütleri

Şikayet ehliyetine sahip olabilmek için dokümanın incelenmiş olması tek başına yeterli değildir³⁵⁷. Kanun “*istekli olabilecekler*” şeklinde belirtilen statüye

³⁵³İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin “*Ehliyet*” başlıklı 5 inci maddesi.

³⁵⁴İhale aşamaları kavramı Kanunda yer almamakla birlikte, kullanıldığı durum ve amaca göre değişik sınıflandırmalar içermektedir. Dava hakkının kullanılması bakımından ihale süreci; ihale ve sözleşme aşamaları olarak ikiye ayrılmaktadır. Taşdelen, Aziz, “Kamu Harcama İhalesi Sürecinde İhale ve Sözleşme Aşamaları İle Bu Aşamaların Yargı Yolları Ayrımının Belirleyici Rolü”, **İÜHFİM**, C. LXIX, s.1-2, 2011, s.45; İdari başvuruları konu alan bu çalışmamızda ise doküman ve değerlendirmeye itiraz olmak üzere iki aşama dikkate alınacak, bazı durumlarda sözleşme aşaması tabiri de sözleşmenin imzalanmasından sonraki durumları anlatmak için kullanılacaktır.

³⁵⁵4734 Sayılı Kanun m. 54/1.

³⁵⁶Bastık, s.70.

sahip olanları “ihale konusu alanda faaliyet gösteren ve ihale veya ön yeterlik dokümanı satın almış gerçek veya tüzel kişiyi ya da bunların oluşturdukları ortak girişim” olarak tanımlamıştır³⁵⁸. Bu tanımdan istekli olabilecekler sınıfına dahil olabilmek için iki ölçüt kullanıldığı görülmektedir ki bunlar; ihale konusu alanda faaliyet göstermek ve ihale veya ön yeterlik dokümanını³⁵⁹ satın almak olarak karşımıza çıkmaktadır³⁶⁰.

1.1.1.1.1. İhale Konusu Alanda Faaliyet Gösterme

İstekli olabilecek sıfatına sahip olabilmenin ilk koşulu olarak karşımıza “ihale konusu alanda faaliyet gösterme” şartı çıkmakta³⁶¹ ve ihale ile ilgili alanda faaliyet göstermeyen gerçek veya tüzel kişilerin ihalede söz sahibi olmasını engellemek amacı taşımaktadır³⁶². İlgililerin ihale konusu alanda faaliyet gösterip göstermediği durumunun tespiti ise ilgili oda kaydına, bu kaydın içeriğinde yer alan faaliyet konusuna ve başvuru sahibinin tabi olduğu ilgili mevzuata göre belirlenmektedir³⁶³. Herhangi bir gerçek veya tüzel kişinin ihalelere karış idari başvuru ehliyetine sahip olup olmadığı, somut ihaleye göre belirlenmelidir, zira bir gerçek ya da tüzel kişi

³⁵⁷Yılmaz, Dilşat, **Kamu İhale Hukukunda Şartnameler**, Gazi Kitapevi, Ankara, 2013, s.161.

³⁵⁸4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu m.4.

³⁵⁹Ön yeterlik dokümanı, belli istekliler arasında ihale usulünün uygulandığı ihalelerde, yapılacak olan ön yeterlik işlemi için belirlenen kriterleri içermektedir. Bu doküman belli istekliler arasında ihale usulünün uygulandığı ihalelerde hazırlanmaktadır

³⁶⁰Oder.597-598.

³⁶¹İhalelere karşı idari başvuruda bulunabilmek için ihale alanında faaliyette bulunmak ve ihale dokümanını satın almak gerekmektedir. Saki, s.248.

³⁶²Kamu İhale Kurulunun 11.01.2010 tarih ve 2010/UH.II-52sayılı kararından: “İhale işlem dosyası incelendiğinde, şikayetçinin, anılan Yönetmeliğin 8 inci maddesinde aranılan temsil belgelerini başvuru dilekçesi ekinde eksiksiz olarak sunduğu görülmüş olup, sunulan 5 Ekim 2007 tarihli Ticaret Sicil Gazetesinde, “... bu iş için gerekli eleman ve teçhizatları temin etmek, bu iş için gerekli malzemenin yurt dışında ithalatını yapmak...” şeklinde ifade edilen şirketin faaliyet konusunun, ihale konusu işi kapsadığı anlaşılmıştır. Sonuç olarak, idarenin, şikayetçinin başvuru ehliyetine ilişkin yaptığı değerlendirme yerinde görülmemekle birlikte idare tarafından, başvuru sahibinin şikayet dilekçesinde belirtmiş olduğu iddialara cevap verilmiş olduğu anlaşıldığından, idarece ehliyet yönünden yapılan değerlendirmenin yerinde olmadığı sonucuna varılmıştır.”

³⁶³Kamu İhale Kurulunun 06.02.2012 tarih ve 2012/UH.I-840sayılı kararından: “Bahsi geçen Ticaret Sicil Gazetesinde, anılan firmanın faaliyet alanı içinde; refakat hizmetleri ve temizlik hizmetlerinin sayılmış olması ile ihale konusu işin; “idareye bağlı çocuk evlerinde korunma ve bakım altındaki kişilerin temizlik, bakım, giyim, beslenme, refakat (hastane, kamp, gezi), banyo, tuvalet vb. günlük yaşam aktivitelerine ilişkin hizmetler” olması göz önünde bulundurulduğunda, ihale üzerinde bırakılan isteklinin ihale konusu alanda faaliyet gösterdiği sonucuna ulaşılmıştır. “

aynı idarenin bir ihalesi için istekli olabilecek sıfatı kazanabilirken, faaliyet alanı dışındaki başka bir ihalesi için bu sığata sahip olmayabilmektedir.

İdarelerin ihale dokümanı satarken, dokümanı satın almak üzere başvuranların ihale ile ilgili alanda faaliyet gösterdiğinin idareler tarafından kontrol edilmesi gerektiğı ileri sürölmekteyse de³⁶⁴ bunun amacı aşan bir yorum olduğı, söz konusu denetimin tekliflerin değeriendirilmesi aşamasında yapılması gerektiğı, zira söz konusu bu ön denetim niteliğindeki işlemin idare tarafından gerçekleştirilmesinin, ihale komisyonu kararı olmaksızın bir ya da birkaç ilgilinin ihale dışı bırakılması anlamına geleceğı ve ihalede rekabetin kısıtlanacağı sonucunu çıkaracağı kanaatindeyiz.

1.1.1.1.2. İhale Dokümanını Satın Almış Olma

İstekli olabilecekler statüsünü kazanabilmenin ikinci ölçütü olarak karşımıza ilgili ihalenin dokümanının satın alınmış olması çıkmaktadır³⁶⁵. Herhangi gerçek veya tüzel kişi ihale dokümanını satın almış olmakla ve ihale konusu alanda faaliyet göstermekle istekli olabilecekler statüsüne girmiş olmaktadır. Belirtilen her iki şartın bir arada bulunması gerekmektedir. İdari şartname, teknik şartname, yapım işlerinde proje, sözleşme tasarısı ve gerekli diğer belgelerden oluşan ihale dokümanı kavramı, Dünya Bankası ve Amerika Birleşik Devletlerinde terminolojisindeki “*bidding document*”, Avrupa Birliğı uygulamasında kullanılmakta olan “*tender dossier*” kavramlarının karşılığı olarak ihale literatürümüzde yer almaktadır³⁶⁶.

Kanunun ihalelere yönelik şikayetleri düzenleyen 54 ve 55 inci maddelerinde, ihale alanında faaliyet gösterme ve ihale dokümanı satın alma şartlarının bulunmadığı, bu şartların Yönetmelikle getirildiğı, alt normum üst norma uygun olması gerektiğı, hakkın kullanılmasının alt norm ile kısıtlanamayacağı ve bu

³⁶⁴Doğanyigit, Sadettin, **Açıklamalı, İctihatlı, Sorun Çözümlü Kamu İhale Kanunu**, 12.bs., Seçkin Yayınları, Ankara, 2013, s.981. (Açıklamalı Kanun)

³⁶⁵Köse, s.2.

³⁶⁶Altun, Muhsin, “4734 Sayılı Kanun Uygulamasında İhale Dokümanı, İçeriğı ve Düzenlenmesi”, **Mali Hukuk**, Sayı: 108, Kasım – Aralık 2003, Yıl:18, s.41-42. (Doküman İçeriğı)

nedenle ihalelere karşı idari başvuruda bulunabilmek için ihale dokümanının satın alınması zorunluluğu bulunmadığı bazı yargı kararlarında yer almaktadır³⁶⁷. Söz konusu yargı kararları Kanunun istekli olabilecekler kavramı yer almayan ilk şeklinin varlığı halinde verilmişlerdir. Kanunda daha sonra yapılan değişiklik ile istekli olabilecekler kavramına yer verilmiştir³⁶⁸. Kanun mevcut şekliyle 54 üncü maddesinde şikayet başvurusunun ancak aday, istekli olabilecekler ve istekliler tarafından yapılabileceği belirtilmektedir. İstekli olabileceklerin tanımını yapan Kanunun 4 üncü maddesinde ihale konusu alanda faaliyette bulunma ve ihale dokümanı satın almış olma şartlarının var olduğu görülecektir. Bu nedenle; alt norm olan Yönetmeliğin üst norm olan Kanuna, istekli olabilecek statüsüne sahip olanların şikayet ehliyeti yönünden aykırı olduğunu söylemek Kanunun mevcut haliyle mümkün görülmemektedir³⁶⁹.

Kanun, ihale dokümanının ücretsiz olarak görülebileceğini, temel ilkelerden biri olan “şeffaflık” ilkesi çerçevesinde hüküm altına almıştır. İhale ile ilgilenen herhangi bir kimse ihale ilanında belirtilen yerde ya da Elektronik Kamu Alımları

³⁶⁷Ankara 4. İdare Mahkemesinin 21.02.2005 tarih ve E:2005/175 sayılı kararı: “Her ne kadar; Kamu İhale Kurumu tarafından çıkarılan İhalelere Karşı Yapılacak İdari Başvurulara Ait Yönetmeliğin 2 nci maddesinde “istekli olabilecekler” adı altında “ihalenin konusu faaliyet alanında bulunan ve ihale veya ön yeterlik dokümanlarını satın almış gerçek veya tüzel kişiler” olarak yeni bir tanım getirilmiş ve 5 inci maddenin (b) bendinde bunların da (istekli olabileceklerin) ihale ilanında, ihale ve ön yeterlik dokümanında yer alan hususlar ve bu hususlarla idari uygulamalar arasındaki uyumsuzluklar hakkında itirazın şikayet yoluna başvurmada ehliyetli oldukları belirtilmiş ise de; normlar hiyerarşisi açısından alt hukuk normu üst hukuk normuna aykırı olamayacağından, İhalelere Karşı Yapılacak İdari Başvurulara Ait Yönetmelikte yer alan söz konusu düzenleme 4734 sayılı Yasanın 54 üncü maddesinde ihalelere karşı itirazın şikayet yoluna başvurabilecekler için öngörülen tahdite açıkça aykırı olduğundan dava konusu uyumsuzluğa uygulanma olanağı bulunmamaktadır.”

³⁶⁸54 üncü maddeye 5812 sayılı Kanunun 21 inci maddesiyle getirilen değişiklik gerekçesi: 4734 sayılı Kanunun Üçüncü Kısımının İkinci Bölümünün başlığı ile 54 üncü maddesi, başlığı ile birlikte değiştirilmektedir.

İhale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday veya istekli ile doküman satın alarak ihale sürecine katılma istek ve iradesini ortaya koymuş istekli olabileceklerin de ihalelere yönelik başvuru yollarını kullanma hakları bulunduğu hususu açıklığa kavuşturulmakta, şikayet ve itirazın şikayet başvurularının dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu idari başvuru yolları olduğuna ilişkin düzenleme yapılmaktadır. Bu düzenleme ile, esasen ihaleye katılım bakımından yeterli olmakla birlikte hukuka aykırı işlem veya eylem nedeniyle ihaleye katılımının engellendiğini ya da haksız bir değerlendirmeye tabi tutulduğunu iddia edenlerin başvuru hakkı güvence altına alınmaktadır.”

³⁶⁹Kanunun ilk şeklinde istekli olabilecekler kavramı yer almamakta iken Yönetmelik seviyesinde bir düzenleme ile istekli olabileceklerin idari başvuru hakkının kısıtlamasının normlar hiyerarşisine ve Anayasaya aykırı olduğu görüşü için bkz. Canbazoglu, s.74-75.

Platformu (EKAP) vasıtasıyla ihale dokümanını ücretsiz olarak görme hakkına sahiptir. Ancak eğer ihaleye katılmak isteniyor ise ihale dokümanının görülmesi yeterli olmayıp³⁷⁰, ihale dokümanının satın alınması gerekmektedir³⁷¹. Kurul bunun da ötesine geçerek, sadece ihale dokümanının satın alınması işlemi yeterli görmemekte, bu satın alma sonucunda “*Ön Yeterlik/İhale Dokümanının Satın Alındığına İlişkin Form*” un idare tarafından düzenlenmesini de istekli olabilecek sıfatının ve şikayet hakkının kullanılması için bir zorunluluk olarak görmektedir. Kurul bu meyanda olmak üzere; ihale işlem dosyasında ihale dokümanının satın alındığına ilişkin makbuzun var olmasını istekli olabilecek sıfatının kazanılması için yeterli saymamaktadır³⁷². Belirtilen formun doldurularak ilgiliye verilmesini de istekli olabilecek statüsü için bir ek şart olarak kabul etmektedir³⁷³. Anayasal bir hakkın kullanılmasının ön şartı olan şikayet ve itirazın şikayet hakkının bu şekilde

³⁷⁰Kamu İhale Kurulunun 17.01.2011 tarih ve 2011/UH.II-241 sayılı kararından: “*Anılan Elektronik Kamu Alımları Platformunun Kullanılmasına İlişkin (1) Nolu Tebliğ açıklamaları ve şartname düzenlemeleri doğrultusunda, şartnamede ihale dokümanını satın almak isteyenlerin, ihale dokümanını oluşturan belgelerin aslına uygunluğunu kontrol edeceği, istekli tarafından ihale dokümanının içeriğinin dikkatli şekilde incelenmesi gerektiği ve teklif verilmesine ilişkin şartların yerine getirilmemesinden kaynaklanan sorumluluğun teklif verene ait olduğu ve yine anılan Tebliğde ihaleye katılacak firmaların istekli olabilecek sıfatını ancak doküman bedelini yatırmak suretiyle kazanabilecekleri, ihale dokümanının idareden satın alınması durumunda doküman alan gerçek veya tüzel kişilere ilişkin bilgilerin T.C. Kimlik veya Vergi Kimlik Numaraları üzerinden EKAP’a girileceği, ihale dokümanının bedel ödenmeksizin EKAP üzerinden indirilebileceği ve bununla birlikte dokümanın bu şekilde indirilmesinin, indirene istekli olabilecek sıfatını kazandırmayacağı hususları dikkate alındığında, istekliler tarafından yol bedelinin 5 TL olarak belirlendiği idari şartname maddesinin esas alınarak teklif bedelinin oluşturulması gerektiğinden başvuru sahibinin iddiası yerinde görülmemiştir.*”

³⁷¹Arapgirli, Murat/Demirel, Salim, **İdareler İçin Uygulamalı EKAP Rehberi**, Kamusal Akedemi Derneği Yayınları, Ankara, 2012, s.117; Gök, Yaşar **Sorular ve Cevaplarla Açıklamalı Kamu İhale Kanunu**, İlksan Matbaası, Ankara, 2009, s.438 (Sorular); Koçtepe, s.3-5.

³⁷²Kamu İhale Kurulunun 21.01.2008 tarih ve 2008/UH.Z-308 sayılı kararından: “*başvuru sahibinin ihale dokümanı bedelini idareye yatırdığına dair vevne alındısı makbuzunun ihale işlem dosyasında bulunduğu, ancak ihale dokümanının idarece başvuru sahibine teslim edildiğine dair KİK005.0/H nolu “İhale dokümanının satın alındığına ilişkin formun” bulunmadığı anlaşılmıştır.*

İhale dokümanı satın almış gerçek ve tüzel kişilerin istekli olabilecekler sıfatına haiz olabileceği, bununla birlikte; ihale dokümanı satın alınmasının sadece doküman bedelinin idareye ödenmesini ifade etmediği, ayrıca ihale dokümanının idarece satın alana teslim edilmesine ilişkin KİK005.0/H nolu standart formun da düzenlenmesi gerektiği anlaşılmıştır.

İhale dokümanı satın alındığına dair KİK005.0/H nolu Standart Formun düzenlenmemesi şikayetçinin istekli olabilecek sıfatını haiz olmaması sonucunu doğurduğundan, şikayetçinin başvuru ehliyetine haiz olmadığı anlaşılmıştır.

³⁷³Kamu İhale Kurulunun 26.01.2009 tarih ve 2009/UH.II-415 sayılı kararından: “*....“istekli olabilecek” sıfatının kazanılması için hem “idareden ihale dokümanının onaylı bir örneğinin alınmasının” hem de “ihale dokümanı bedelinin ilgili birime yatırılmasının” iki ayrı unsur olarak bir arada arandığı, bir başka deyişle, yalnızca “ihale dokümanı bedelinin” ilgili birime yatırılmasının yeterli olmadığı, aynı zamanda “idareden ihale dokümanının onaylı bir örneğinin de alınması” gerektiği anlaşılmaktadır.*”

Kanunda yeri olmayan doküman satın almanın da ötesinde satın alınmaya ilişkin formun düzenlenerek teslim edilmesi şeklinde sıkı şekil şartına bağlanarak kısıtlanması, hakkın kullanılmasının engellenmesi anlamına geldiğinden ve kaynağını kanundan almayan daraltıcı bir yorum niteliğinde olduğundan, hakkın kullanılması konusunda yapılacak yorumların daraltıcı olmaktan ziyade genişletici olması gerekliliği de göz önünde bulundurularak, Kurul kararına katılma imkanı bulunmamaktadır.

İhale dokümanının satın alınmasında karşılaşılan önemli sorunlardan biri de; sadece “adına” doküman satın alınan gerçek veya tüzel kişinin istekli olabilecek sıfatına sahip olabileceğidir. Herhangi bir tüzel kişi adına doküman satın alınması durumunda, dokümanın kimin adına satın alındığının açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Kurul, tüzel kişi adına yapılan doküman satın alımlarında, adına doküman satın alınan gerçek veya tüzel kişinin ifade edilmesi gerekliliğinin, idareye değil ilgiliye ait olduğunu, bu nedenle ihaleye ve dolayısıyla şikayet ve itirazın şikayet başvurusu hakkına da ancak doküman satın alındığına ilişkin belgede adı yazanın sahip olacağını kabul etmektedir³⁷⁴.

İstekli olabilecek sıfatının üzerinde durduğu ayaklardan biri ihale dokümanının satın alınması şartı olduğu için, karşımıza açıklanması gereken bir

³⁷⁴Kamu İhale Kurulunun 20.06.2012 tarih ve 2012/UY.III-2597 sayılı kararından: “Söz konusu ihaleye ilişkin doküman satın alma listesinde başvuru sahibinin doküman satın aldığına ilişkin herhangi bir kayda rastlanmamıştır. İhale işlem dosyasında bulunan doküman satın alma belgeleri içerisinde ise, Serdar Yücel adına düzenlenmiş ve bir TC kimlik numarası ve cep telefonu numarası taşıyan doküman satın alma belgesinin yer aldığı tespit edilmiştir. Ayrıca doküman bedelinin idarenin hesabına yatırıldığına ilişkin alındı belgesinde de yine Serdar Yücel’in ismi ve doküman satın alma belgesindeki TC kimlik numarası yer almaktadır. Öte yandan başvuru sahibinin itirazın şikâyet dilekçesi ekindeki sigortalı hizmet listelerinde, Serdar Yücel’in 01.01.2011 tarihinde Fernas İnşaat A.Ş.’de sigortalı olarak işe başladığı ve doküman satın aldığı 20.04.2012 tarihi itibarıyla anılan firma bünyesinde çalıştığı görülmektedir.

Bu tespitler çerçevesinde, ön yeterlik dokümanını satın alan Serdar Yücel her ne kadar Fernas İnşaat A.Ş.’nin elemanı olsa da, Serdar Yücel’in de kendi adına ihaleye katılmasında hukuki açıdan herhangi bir engel bulunmadığı, doküman satın alma belgesinde olduğu iddia edilen hatanın idareden kaynaklandığı hususunun itirazın şikâyet incelemesinde tespiti mümkün olmamakla birlikte, bu noktada dikkat ve özen yükümlülüğünün ihaleye katılma niyetinde olan kişi ya da kuruluşlara da düşüğü hususları bir arada değerlendirildiğinde Serdar Yücel’in satın almış olduğu dokümanın, Fernas İnşaat A.Ş. adına alınmış olduğunun kabul edilemeyeceği değerlendirilmiştir.

Bu nedenle başvuru sahibinin ön yeterlik dokümanı satın almadığı ve bu nedenle başvuru ehliyetini haiz olmadığı anlaşılmıştır. Bu nedenle, 4734 sayılı Kanununun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince, başvurunun ehliyet yönünden reddi gerekmektedir.”

kavram olarak “*ihale doküman bedeli*” çıkmaktadır³⁷⁵. İhale dokümanının satın alınması şikayet hakkının kullanılmasının ön şartı olduğu için³⁷⁶, ihale doküman bedelinin miktarı, şikayet ehliyetini ve şikayet hakkının kullanılmasını yakından ilgilendirmektedir.

İhale dokümanını satın almış olmak, istekli olabilecek ehliyetine sahip olmanın ön şartı olmasına rağmen, bazı durumlarda özellikle pazarlık usulü ihalelerde, davet edilmeyen gerçek ve tüzel kişilere ihale dokümanı satılmadığı görülmektedir. Bunun üzerine yapılan itirazın şikayet başvurularını Kurul, başvuru ehliyeti olmadığı gerekçesiyle reddetmektedir³⁷⁷. Ankara 4 üncü İdare Mahkemesi ise doğru bir yaklaşımla, bu konumdaki kişilerin “*doküman satın almayan*” değil, “*doküman satın alamayan*” durumunda bulduklarını ve kendilerine doküman satılması gerekirken satılmadığı hususunun mevzuata aykırı olduğu gerekçesiyle yapmış olduğu başvuruların, ehliyet yokluğu sebebiyle reddedilmesini hukuka aykırı görerek başvuruların itirazın şikayet niteliğinde değerlendirilerek sonuçlandırılması gerektiğini şu ifadelerle belirtmektedir; “*Bu tanımlar dikkate alındığında somut olayda davacı, ne isteklidir ne de istekli olabilecekler sıfatını haizdir. Ancak, davacı doküman satın almayan değil doküman satın alamayan konumundadır.*”

4734 sayılı Kanununun 5. maddesinde belirtildiği üzere, idareler bu Kanuna göre yapacakları ihalelerde, rekabet, güvenilirlik ve ihtiyaçların uygun şartlarla sağlanması ilkelerini sağlamakla sorumlu ve görevlidirler.

Her ne kadar 4734 sayılı Kanunun 21. maddesinin c bendine göre yapılacak ihalelerde üç isteklinin davet edilmesi yeterli görülmüş ise de, ihalede rekabetin oluşması, idareye güvenirliliğin sağlanması ve ihtiyaçların uygun şartlarla karşılanabilmesi için, davet edilmese dahi ihaleye katılmak üzere idareye başvuran isteklilere ihale dokümanı satılması, bu itibarla ihaleye katılımının sağlanması, kamu ihale mevzuatının amacına daha uygundur.

³⁷⁵İhale doküman bedeli de ihale işlemleri arasında yer aldığından ve rekabetle yakından ilişkili olduğundan şikayet ve itirazın şikayet başvuruları kapsamında yer almaktadır ve ihale ilanında bu hususa yer verildiği için ihale ilan tarihinden itibaren şikayet süresi başlamaktadır. Bkz. Kamu İhale Kurulunun 22.09.2008 tarih ve 2008/UY.I-3941 sayılı kararı.

³⁷⁶Yaşar Gök, (Sorular), s.438; Koçtepe, s.3-5.

³⁷⁷Kamu İhale Kurulunun 24.06.2008 tarih ve 2008/UY.Z-2644 sayılı kararı.

Kaldı ki, 4734 sayılı Kanun veya ikincil mevzuatta anılan durumda bulunanlara ihale dokümanı satılmayacağına ilişkin bir düzenleme de bulunmamaktadır.

Bu durumda, ihale dokümanı satın alabilmek amacıyla ihale tarihinden önce idareye başvuran ancak ihale dokümanı satılmadığı için doküman satın alamayan davacının, başvuru ehliyetinin bulunduğu kabul edilmesi gerekmekte iken ihale dokümanı satın almadığından bahisle “istekli olabilecekler” sıfatını haiz bulunmadığı gerekçesiyle başvurusu “itirazın şikayet” yöntemine göre değilde “iddiaların incelenmesi” kapsamında değerlendirilmek suretiyle, iddiaların incelenmesine geçilmesine gerek bulunmadığına ilişkin dava konusu edilen kararda anılan mevzuata ve hukuka uygunluk bulunmamaktadır.”³⁷⁸.

1.1.1.1.3. İhale Doküman Bedelinin Ölçütü ve İhaleye Katılım Sorunu

Kanun koyucu gerek ihaleye katılımı arttırmak ve gerekse ihale işlemlerine karşı şikayet ehliyetini geniş tutmak amacı ile, ihale dokümanı satış bedelinin belirlenmesini tamamen idarelerin takdirine bırakmamıştır. İhale doküman bedelinin belirlenmesi konusunda idarenin yetkisi “*basım maliyeti*” ile sınırlandırılmıştır³⁷⁹.

Kanunda “*basım maliyeti*” ihale dokümanının satış bedelinin ölçütü olarak belirlenmiş ise de, uygulamada gerek idareler ve gerekse KİK, ihale dokümanının belirlenmesinde “*ihalenin bedeli*” ile bir orantı yapmakta ve ihale dokümanı bedeli ortaya çıkmaktadır. Kanunun daha önceki şeklinde ihale dokümanı bedeli ölçütü olarak “*hazırlanma maliyeti*” ifadesi yer almaktaydı³⁸⁰. Bu ibare bir çok maliyeti içerdiğinden ve ihale dokümanı bedelinin yüksek belirlenebilme ihtimaline yol

³⁷⁸Ankara 4. İdare Mahkemesi,10.11.2008, E:2008/1407.

³⁷⁹Gök, (Sorular), s.267; 4734 Sayılı Kanun madde 28: “İhale ve ön yeterlik dokümanı idarede bedelsiz görülebilir. Ancak, ön yeterlik veya ihaleye katılmak isteyen isteklilerin bu dokümanı satın almaları zorunludur. İlan yapılmayan ihalelerde, ihale dokümanı sadece idare tarafından davet edilenlere satılır. Doküman bedeli, basım maliyetini aşmayacak ve rekabeti engellemeyecek şekilde idarelerce tespit edilir.”

³⁸⁰Gök, (Sorular), s.267-268.

açacağı endişesi ile, 4964 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle mevcut haline getirilmiştir. Zira hazırlama maliyeti kavramı, dokümanın hazırlanmasında görev yapan personel için ödenen ücreti, eğer dokümanın bir kısmı özel hukuk tüzel kişilerine hazırlanmış ise bunun için ödenen bedeli ve dokümanın hazırlanmasında danışmanlık hizmeti alınmış ise bu işe ödenen ücreti içermektedir³⁸¹.

İdareler ihale doküman bedelinin satış fiyatını belirlerken, dokümanın basım maliyetini aşmayacak ücret belirlemek durumundadırlar. Kurul da ihale dokümanının yüksek olarak belirlendiği durumlarda ihaleye katılımın engellenebileceği gerekçesi ile ihalenin iptaline karar vermektedir³⁸².

Kurul, kararlarıyla tavan ücret belirleme yoluna gitmekte, ancak bu tavan ücretin hayatın olağan şartları göz önünde bulundurulduğunda “*basım maliyeti*” ile

³⁸¹ Kamu İhale Kurulunun 11.09.2006 tarih ve 2006/UH.Z-2099 sayılı kararından: “4734 sayılı kanunun “*Temel İlkeler*” başlıklı 5 inci maddesinde idarelerin bu kanuna göre yapılacak ihalelerde rekabeti sağlamakla yükümlü oldukları hüküm altına alınmıştır. Yine aynı Kanunun “*İhale ve Ön Yeterlik Dokümanının Verilmesi*” başlıklı 28 inci maddesinde ihale ve ön yeterlik dokümanının idarede bedelsiz görülebileceği ancak, ön yeterlik veya ihaleye katılmak isteyen isteklilerin bu dokümanı satın almak zorunda oldukları ve doküman bedelinin, basım maliyetini aşmayacak ve rekabeti engellemeyecek şekilde idarelerce tespit edileceği belirtilmiştir. 28 inci maddeyi değiştiren 4964 sayılı Kanununun 19 uncu maddesinin gerekçesinde de ihale dokümanlarının tespiti keyfiyetine ilişkin “*hazırlanma maliyeti*” ifadesinin kaldırıldığı ve dokümanın satış bedelinin söz konusu dokümanın “*basım*” maliyetini kapsar biçimde belirlenmesinin gerektiği belirtilmiştir.

Yukarıdaki mevzuat hükümlerinden anlaşılacağı üzere, ihale doküman bedelinin basım maliyetini aşmayacak şekilde belirlenmesi gerektiğinin kanunla hüküm altına alınmasının temel saiki, yapılacak ihalelerde rekabetin sağlanarak ihale süreci sonunda en yüksek kamu yararının sağlanmasıdır. Kanun koyucu rekabetin sağlanması adına, ihaleye katılmak isteyenlerin satın almak zorunda oldukları ihale doküman bedelinin yüksek olmasını rekabeti engelleyici bir unsur olarak kabul etmişken, ihaleye katılım için ihale doküman bedelinin yanında “*güzergah bedeli*” adı altında para talep edilmesinin rekabeti engelleyici bir unsur olarak görülmemesi olanaksızdır. Bu noktadan hareketle başvuruya konu ihalede ihaleye katılım için ihale doküman bedelinin yanı sıra “*güzergah bedeli*” tahsil edilmesi mevzuata aykırılık teşkil etmektedir.”

³⁸² Kamu İhale Kurulunun 22.09.2008 tarih ve 2008/UY.I-3941 sayılı kararından: “4734 sayılı Kanununun 28 inci maddesinde ihaleye katılmak isteyenlerin ihale dokümanını satın almaları zorunlu kılınmış olup, doküman bedelinin, dokümanın basım maliyetini aşmayacak ve rekabeti engellemeyecek şekilde idarelerce tespit edileceği hüküm altına alınmıştır.

Buna karşın, incelenen ihaleye ait ilanının 6 ncı maddesinde ihale doküman bedelinin 2.000,00 YTL olarak ilan edildiği görülmüş olup, incelenen ihaleye ait CD ve basılı evraktan oluşan ihale dokümanının basım maliyetinin bu denli yüksek olmasının beklenemeyeceği ortadadır.

Anılan Kanunun hükmü uyarınca ihale doküman bedelinin belirlenmesinde katılım ve rekabetin sağlanmasının gözetilmesi ve “*basım maliyeti*”ni aşmayacak şekilde belirlenmesi gerekmekte iken bu kurala uyulmadığı anlaşılmıştır.

Sonuç olarak, yukarıda mevzuata aykırılıkları belirtilen işlemlerin düzeltici işlemlerle giderilemeyecek nitelikte işlemler olduğu tespit edildiğinden, ihale işlemlerinin iptali gerekmektedir.”

değil “ihale bedeli” ile orantılı olduğu görülmektedir. Kurul her ne kadar kararlarında basım maliyetinin ölçüt olduğunu belirtse de³⁸³, rekabeti engelleyici görmediği³⁸⁴ ve bir bakıma onaylamış olduğu bedeller aslında basım maliyetinin çok üzerinde seyretmektedir³⁸⁵.

Kanaatimizce doküman satış bedelinin, hazırlanma maliyeti yerine basım maliyeti ile sınırlandırılması şeklinde Kanunda yapılan değişiklik, ihale doküman bedelinin belirlenmesine dar bir sınır çektiğinden, idari başvuru hakkının kullanılması ve ihaleye katılımın artması bakımından pozitif bir adım olmuştur. Bununla birlikte basım maliyeti kavramı gerçekçi bir kavram olarak gözükmemektedir. Basım maliyeti ile amaçlanan idarenin ihale dolayısıyla yaptığı basım masraflarının karşılanması ise, ihale dokümanını kaç kişinin alacağı önceden belli olamayacağından ve bir ihalede dokümanı az sayıda, başka bir ihalede ise daha fazla sayıda gerçek ve tüzel kişinin alması muhtemel olduğundan, basım maliyeti yerine ücret alınmaması ya da Kurulun kararlarında gizli olarak yer bulan yaklaşık maliyetle orantılı bir bedelin belirlenmesinin daha gerçekçi olacağı kanaatindeyiz.

³⁸³Kamu İhale Kurulunun 29.12.2008 tarih ve 2008/UH.I-5232 sayılı kararından: “500,00 YTL’lik ihale dokümanı satış bedeli, ihalenin yaklaşık maliyetine oranla düşük olsa da 4734 sayılı Kanununun 28 inci maddesi gereğince doküman bedelinin basım maliyetini aşmayacak şekilde tespit edilmesi gerekmektedir.

Bu itibarla, idare tarafından ihale konusu için daha önceki yıllarda da ihale edildiği hususu yukarıda yer verilen açıklamalarla birlikte değerlendirildiğinde, başvuru sahibinin iddiası yerinde bulunmuştur. “

³⁸⁴ Kamu İhale Kurulunun 21.01.2008 tarih ve 2008/UH.Z-232 sayılı kararı: “İdari şartnamenin 4 üncü maddesinde; ihale dokümanı satış bedelinin 500,00 YTL olarak belirtildiği tespit edilmiştir.

4734 sayılı Kanununun 28 inci maddesinde; “İhale ve ön yeterlik dokümanı idarede bedelsiz görülebilir. Ancak, ön yeterlik veya ihaleye katılmak isteyen isteklilerin bu dokümanı satın almaları zorunludur. Doküman bedeli, basım maliyetini aşmayacak ve rekabeti engellemeyecek şekilde idarelerce tespit edilir.” hükmü yer almaktadır.

İhale işlem dosyasının incelenmesi sonucunda, doküman basım maliyetlerine ilişkin bilgi ve belge bulunmadığı tespit edilmiş olup, söz konusu bedelin yüksek belirlenmekle birlikte 24 isteklinin doküman satın aldığı dikkate alındığında, doküman bedelinin rekabeti engellemeyecek miktarda olduğu anlaşılmıştır.”

³⁸⁵Kamu İhale Kurulunun 21.01.2008 tarih ve 2008/UH.Z-245 sayılı kararı: “İhale dokümanının idari şartname, ihtiyaç listesi, sözleşme tasarısı, standart formlar, hizmet işleri genel şartnamesi ve teknik şartnameden oluştuğu görülmüş olup, Kuruma gönderilen ihale işlem dosyasında doküman maliyetinin belirlenmesine ilişkin bir belge bulunmamakla beraber, basım maliyeti, benzer ihalelerdeki doküman satış bedeli ve 15 firmanın ihale dokümanı satın aldığı hususları birlikte göz önünde bulundurulduğunda doküman satış bedelinin 300 YTL olarak belirlenmesinin makul nitelikte olduğu sonucuna ulaşılmış ve bu nedenle başvuru sahibinin iddiası yerinde bulunmamıştır.”

İhale dokümanının satış bedeli ile bağlantılı olarak Kurul, ihale dokümanı satın alan ve istekli olabilecekler sınıfına dahil olan gerçek ve tüzel kişilerin idari başvuru ehliyetine ek bir sınırlama getirmiştir. Kurula göre eğer ilgili ihale dokümanını satın almışsa bu durumda ihale dokümanının fiyatının yüksek olduğu hususuna “*menfaat yokluğu*” sebebi ile itiraz edemeyecektir³⁸⁶. Kurulun bu yöndeki kararı ihalelere karşı idari başvuru yolu sistematığı ile uyum göstermektedir. Benzer şekilde ihale dokümanını alıp teklif verdikten sonra ihale dokümanının mevzuata aykırı olduğu gerekçesiyle idari başvuru imkanı bulunmamaktadır. Bununla birlikte ihaleye katılmak isteyen ve doküman bedeline ilişkin idari başvurusunun kabul edilmeyeceği endişesi ile dokümanı satın alan istekli olabileceklere, ihale dokümanına başvuru hakkı tanımamak, idari başvuru yolunun tesis amacı olan rekabetin tesisi ve idarenin hukuka uygunluğunun sağlanması amaçlarıyla bağdaşmadığı kanaatindeyiz.

1.1.1.2.İstekli Olabileceklerin İdari Başvuru Ehliyetinin Kapsamı ve Sınırları

İstekli olabilecekler statüsünün idari başvuru ehliyeti zaman yönünden sınırlamaya tabi tutulmuştur. İstekli olabilecekler ancak ve sadece ihalenin hazırlık aşamasındaki işlemlere yönelik şikayet başvurusunda bulunabilmektedirler³⁸⁷, yani ihalenin değerlendirme aşamasına ilişkin şikayet hakları mevcut değildir³⁸⁸, çünkü değerlendirme aşamasında istekli olabilecek sıfatı istekli sıfatına dönüşmekte ve

³⁸⁶Kamu İhale Kurulunun 21.05.2012 tarih ve 2012/UH.III-2143 sayılı kararından: “*Başvuru sahibi tarafından ihale dokümanının EKAP üzerinden e-imza kullanılarak 06.03.2012 tarih ve saat 16:20’de indirilmek suretiyle satın alındığı anlaşılmıştır.*”

Bu durumda yukarıda yer verilen Yönetmelik hükmüne göre, ihale dokümanı satın alarak ihaleye katılan isteklinin, idarece belirlenen doküman bedelinden dolayı hak kaybına uğramasının mümkün olmadığı, dolayısıyla doküman bedelinin katılması engeller nitelikte olduğu iddiası ile şikâyet başvurusunda bulunmaya ehliyeti bulunmadığı anlaşıldığından, bu iddia yönünden başvurunun reddi gerekmektedir.”

³⁸⁷Bastık, s.123-124.

³⁸⁸Kamu İhale Kurulunun 19.09.2012 tarih ve 2012/UY.I-3672 sayılı kararından: “*Başvuru sahibinin, 2012/16925 İKN’li Türkiye-Gürcistan (Kars-Tiflis) Demiryolu Alt ve Üst Yapı İkmal İnşaatı ihalesine ilişkin olarak 01.03.2012 tarihinde doküman satın alması nedeniyle istekli olabilecek sıfatına haiz olduğu ve bu durumda ihale dokümanı ile ilgili hususlar haricindeki, tekliflerin sunulması, değerlendirilmesi ve ihalenin sonuçlandırılması hususlarına ilişkin olarak başvuru ehliyetinin bulunmadığı anlaşılmıştır.”*

dolayısıyla istekli olabileceklerin değerlendirme aşamasında herhangi bir hak kaybına uğraması söz konusu olamamaktadır. Bu ayırım, şikayet mekanizması kapsamında ihalenin hazırlık işlemleri ve değerlendirme işlemleri olarak ikiye ayrılmasından kaynaklanmaktadır.

İhalelere Yönelik İdari Başvurular Hakkında Yönetmeliğin 5 inci maddesinde istekli olabileceklerin şikayet konusu edebilecekleri hususlar; “*ön yeterlik ve/veya ihale dokümanının verilmesi, ön yeterlik ve/veya ihale ilanında veya ön yeterlik ve/veya ihale dokümanında yer verilen düzenlemeler ve/veya bu düzenlemeler ile idari uygulamalar arasındaki uyumsuzluklar*” olarak belirlenmiştir. Buradan da anlaşılacağı üzere ihale ilanına karşı şikayet başvurusunda bulunabilmek için dahi istekli olabilecek sıfatına sahip olunması gerekmekte³⁸⁹ ve uygulamada Kurul kararları bu yönde istikrar arz etmektedir³⁹⁰. Söz konusu maddede istekli olabileceklerin önceden belirlenmiş ve sınırlı sayıda işleme karşı şikayet hakkını kullanabileceği izlenimi doğurmaktadır. Oysa ki bu madde istekli olabileceklerin şikayet hakkını işlem yönünden sınırlamamakta sadece zaman yönünden sınırlamaktadır, yani istekliler ihalede tekliflerin değerlendirilmesi aşamasına kadar olan zaman dilimi içerisindeki tüm işlem ve eylemleri şikayet ve itirazın şikayet

³⁸⁹Koçtepe, s.3-7.

³⁹⁰ Kamu İhale Kurulunun 05.12.2011 tarih ve 2011/UH.III-3981 sayılı kararından: “*Başvuru dilekçesinde özetle; ihaleyi gerçekleştiren idarenin, bahse konu ihale ile aynı nitelikte olan işinde halihazırda yüklenici konumunda buldukları ve yapılan ihaleye iştirak etmek suretiyle işe devam etme isteğinde oldukları, ihalenin ilan edilen tarih ve saatinin 28.10.2011, 14:00 olduğu, belirtilen tarih tatil gününe rastladığı için 4734 sayılı Kanunun 62 nci maddesi uyarınca ihalenin ilana gerek kalmaksızın bir sonraki iş günü olan 31.10.2011 tarihinde gerçekleştirileceği düşüncesiyle, teklif sunmak için bu tarihte idareye gidildiğinde ihalenin tehir edilmeksizin ilan edilen tarih olan 28.10.2011’de gerçekleştirildiğinin öğrenildiği, anılan Kanun maddesine aykırı bir şekilde ihalenin tatil gününden sonraki iş gününe ertelenmemesi nedeniyle kendileri dahil ihale konusu alanda faaliyet gösteren başka firmaların ihaleye katılımının engellendiği, söz konusu ihalede şeffaflık ve idareye güven ilkesinin zedelendiği, anılan Kanun maddesine uygun olmayan işlemin ihalenin iptalini gerektirdiği iddialarına yer verilmiştir.....*

İhale işlem dosyası kapsamında Kuruma gönderilen doküman satın alındığına ilişkin formlar ile EKAP üzerinden indirilen doküman satın alma listesi incelendiğinde başvuru sahibinin ihale dokümanı satın almadığı anlaşılmıştır.....

Başvuru sahibi tarafından ihale dokümanı satın alınmamış olduğundan, başvuru sahibinin istekli olabilecek sıfatına haiz olmadığı, bu nedenle anılan Kanun hükmü uyarınca başvuru ehliyetinin bulunmadığı anlaşılmıştır. Bu itibarla, 4734 sayılı Kanunun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince, başvurunun ehliyet yönünden reddi gerekmektedir.”

konusu edebilmektedirler. Madde metninde yer alan ve idari başvuru konusu edilebileceği belirtilen “*dokümanın verilmesi*”, “*dokümanda ve ilanda yer alan düzenlemeler*” ve “*düzenlemeler ile uygulamalar arasındaki uyumsuzluklar*” ibareleri neredeyse ihalenin hazırlık aşamasında ortaya çıkabilecek tüm durumları kapsar mahiyettedir.

Netice itibariyle istekli olabilecekler olarak adlandırılan statünün tanıdığı idari başvuru ehliyetinin kapsamı, tekliflerin hazırlanması aşamasında yer alan işlemleri içermekte³⁹¹, tekliflerin değerlendirilmesi aşamasına ilişkin olarak şikayet ve itirazın şikayet başvurusuna imkan tanımamaktadır³⁹².

1.1.1.3. İstekli Olabilecek Sıfatının Doküman Satın Alınmasına Bağlanmasının Dava Hakkına Etkisi

İhale dokümanındaki herhangi bir aykırılığın şikayet ve itirazın şikayet konusu edilebilmesinin “*istekli olabilecek*” statüsüne sahip olunması ve dolaylı olarak da, bir bedel ödeyerek ihale dokümanı satın alma şartına bağlanması, bir anlamda şikayet mekanizmasının “*ücretli*” hale gediği anlamı taşımaktadır, zira ihale dokümanının ücretinin ödenmesi, ilgilileri şikayet hakkına kavuşturmaktadır³⁹³. Bu noktada karşımıza önemli bir sorun çıkmaktadır ki o da, 4734 sayılı Kanun ile getirilen ihalelere karşı idari başvurulara ait özel idari başvuru sisteminin her iki aşamasının da ücrete tabi olmasıdır. Zira itirazın şikayet başvuruları için de KİK tarafından yaklaşık maliyet bedeli ile orantılı başvuru ücreti alınmakta, ücretin yatırılmaması halinde ise başvuru şekil yönünden reddedilmektedir³⁹⁴. İhalelere karşı

³⁹¹ Açıkgöz, s.130-131.

³⁹² Belirtilen sebeple, şikayet başvurularının sonuçlandırılması aşamasında idareler, değerlendirme işlemleri ile ilgili olarak istekli olabileceklere bildirimde bulunmamakta, herhangi bir isteklinin yapmış olduğu şikayet başvurusuna ilişkin cevabı tüm isteklilere göndermekte, istekli olabilecekleri artık bu aşamada hak sahibi olamadıkları gerekçesi ile bilgilendirmemektedirler. Bastık, s.120.

³⁹³ İdari başvurunun doküman satın alınma şartına bağlanması başvuru hakkını engelleyici nitelikte bir düzenleme olarak değerlendirilmektedir. Bastık, s. 85.

³⁹⁴ Kamu İhale Kurulunun 02.01.2012 tarih ve 2012/UH.II-54sayılı kararı: “*Yapılan inceleme neticesinde; 05.12.2011 tarihli şikayete konu ihalede, başvuru sahibinin ihale dokümanına karşı 29.11.2011 tarihinde idareye şikayette bulunduğu, idarenin şikayet başvurusunu 01.12.2011 tarihli cevap ile reddettiği, idarenin cevabının (başvuru sahibinin beyanına göre) 07.12.2011 tarihinde tebliğ edildiği, başvuru sahibinin 13.12.2011 tarihinde Kurum’a itirazın şikayette bulunduğu, ancak*

yapılacak idari başvuruların ücretli hale getirilmesi ve haklı çıkılması yani başvurunun kabul edilmesi halinde bu ücretin geri alınmaması hususu, Anayasal bir hak olan dava hakkının da ön şart olarak³⁹⁵ ücrete tabi tutulması anlamına gelmektedir, çünkü zorunlu başvuru yolu olan şikayet ve itirazen şikayet başvuru yollarının ücretli olması dava açılması hakkının da dava harcı dışında özel bir ücrete bağlanması anlamına gelmekte ve Anayasal bir hakkın kullanılmasının zorlaştırılması niteliği taşımaktadır³⁹⁶. İtirazen şikayet başvuru ücreti yargılama giderleri ile karşılaştırıldığında, yargılama giderlerinin yargılama sonucunda aleyhine hüküm verilen tarafa yüklenmesine karar verilirken³⁹⁷, itirazen şikayet başvurusunda böyle bir düzenlemenin bulunmadığı, başvuru sahibinin haklı çıkması durumunda dahi başvuru ücretini geri alamadığı sonucuna varılmakta ve Anayasal bir hak olan dava hakkının ücrete tabi tutulduğu sonucuna varılmaktadır.

1.1.2. Adaylar

İstekli olabilecekler kavramı dışında ihaleye yönelik şikayet başvurularında, kişi yönünden ehliyet (sübjektif ehliyet) tespitinin yapılmasında karşımıza çıkan diğer statü “*adaylar*” kavramı ile belirlenmiştir³⁹⁸.

başvuru dilekçesinin ekinde 4734 sayılı Kanununun 53 üncü maddesinin (j) fıkrasının 2 numaralı bendi gereğince hesaplanan başvuru bedelinin ödendiğine dair belge bulunmadığı,

Başvuru sahibinin dilekçesindeki eksikliğin son başvuru tarihine kadar (itirazen şikayet başvuru süresi içinde) tamamlanması gerektiğinin www.ihale.gov.tr adresinde 13.12.2011 tarihinden itibaren ilân edildiği, ancak söz konusu eksikliğin tamamlanmadığı anlaşılmıştır.

Belirtilen nedenle, Kuruma yapılan başvurunun 4734 sayılı Kanununun 54 üncü maddesinin yedinci fıkrası ile İhalelere Yönelik Yapılacak Başvurular Hakkında Yönetmeliğin 8 inci maddesinin beşinci fıkrası ve 16 ncı maddesinin birinci fıkrasının (ğ) bendi hükmüne aykırı olduğu anlaşıldığından, 4734 sayılı Kanununun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince başvurunun şekil yönünden reddi gerekmektedir.”

³⁹⁵İhalelere karşı idari başvuru yolları olan şikayet ve itirazen şikayet başvurularında bulunulması dava öncesi tüketilmesi zorunlu yoldur. Seyhan, s.102-104.

³⁹⁶İstekli olabilecek sıfatının doküman satın alınması şartına bağlanması sadece şikayet hakkını sınırlayıcı bir özellik arz etmemekte, ihaleye katılımı ve genel manada rekabeti engelleyici bir düzenleme niteliği de göstermektedir. Eftekin, s.91.

³⁹⁷6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 326/1.

³⁹⁸Bastık, s.132.

1.1.2.1. Adaylık Statüsünün Tanımı ve Ölçütleri

Adaylar şeklinde tanımlanmış bulunan şikayet başvuru ehliyeti, ihale usulü dikkate alınarak mevzuata konulmuş, sadece belli istekliler arasında ihale usulü için öngörülmüş ve belli istekliler arasında ihale usulünde olup da diğer usullerde bulunmayan aşamalara ilişkin şikayet etme hakkını ifade etmek üzere ortaya atılmıştır³⁹⁹.

Kanun “*aday*” kavramını 4 üncü maddede “*ön yeterlik için başvuran gerçek veya tüzel kişiler veya bunların oluşturdukları ortak girişimler*” olarak tanımlamıştır. Ön yeterlik aşamasına katılabilmek için ön yeterlik dokümanının satın alınması ön şart olarak konulmuş bir zorunluluktur⁴⁰⁰.

Bu tanım çerçevesinde aday statüsünün ilk ölçütü olarak karşımıza istekli olabilecek statüsüne sahip olmak çıkmaktadır. Sadece ihale ön yeterlik dokümanını satın almış olan ve ihale alanında faaliyet gösterenler ihale ön yeterlik değerlendirmesine girebileceklerdir. Bu noktada istekli olabilecekler statüsünden farklı olarak adaylık statüsünün kazanılması için ön yeterlik başvurusunda bulunmuş olmak gerekmektedir. Adaylık statüsünün kazanılması ile istekli olabilecek statüsünden çıkmış olmakta ve istekli olabilecek sıfatının başvuru ehliyeti kaybedilip, adaylık statüsünün sahip olduğu başvuru ehliyetine ilişkin imkanlar elde edilmektedir. Aday statüsüne girilmekle yani ön yeterlik değerlendirmesi aşamasına geçilmekle artık ihale ya da ön yeterlik dokümanına itiraz hakkı kaybedilmiş olunmaktadır⁴⁰¹. Ön yeterlik başvurusu yapılırken herhangi bir çekince konularak ihale dokümanına yönelik başvuru yapılmasına imkan tanıyan bir düzenleme de

³⁹⁹AB ihale direktiflerinde yer alan ve Kamu İhale Kanunu tasarılarında yer almakla birlikte henüz kanunlaşmamış bulunan “rekabetçi müzakere” usulünde de aday kavramı yer almakta, bu usulde yeterliliği tespit edilen adaylar ile işin yapılma usulü ve maliyeti üzerinden pazarlık yapılması öngörülmektedir. Ateş, s.123.

⁴⁰⁰Keyik, s.51.

⁴⁰¹Bastık, s.87-88.

mevcut olmadığından, adaylık statüsü ihale dokümanına başvuru imkanını ortadan kaldırmaktadır.

1.1.2.2. Adaylık Statüsünün İdari Başvuru Ehliyetinin Kapsamı ve Sınırları

Yönetmelik bu ehliyet sahibi kişilerin belli istekliler arasında ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan danışmanlık hizmet alımlarının hangi işlemlerine karşı şikayet ve itirazın şikayet başvurusu yapma imkanı tanıdığını sayma suretiyle belirtmiştir⁴⁰². Her ne kadar idari başvuru yapılabilecek hususlar sayma suretiyle belirtilerek bu hususların belirli ve sınırlı olması hedeflenmiş olursa da, Yönetmelikte yer alan “*bu düzenlemeler ile idari uygulamalar arasındaki uyumsuzluklar*” ifadesi belirtilen kriterler çerçevesinde ucu açık bir başvuru imkanı tanımaktadır.

Adaylar adı altında oluşturulmuş idari başvuru ehliyeti statüsü sadece ihalenin ön yeterlik aşamasındaki işlemlere karşı şikayet hakkı vermektedir⁴⁰³. Ön yeterlik aşamasından önceki “*ön yeterlik dokümanına ve ilana*” karşı şikayet ve itirazın şikayet başvurusu hakkı, adaylık statüsünün kazanılması ile sona ermektedir⁴⁰⁴. Zira Kurul ön yeterlik başvurusunda bulunularak adaylık statüsüne girildiğini ve ön yeterlik dokümanın kesinleştiğini kabul etmekte ve kesinleşen bu dokümana yönelik şikayet başvurusunu kabul etmemektedir⁴⁰⁵. Ön yeterlik

⁴⁰²Yönetmeliğin 5 inci maddesinin 1/b fıkrası: “*Adaylar, belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan ihalelerde ön yeterlik başvurularının sunulması, değerlendirmesi ve sonuçlandırılmasına ilişkin idari işlem ve eylemler; belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan danışmanlık hizmet alımı ihalelerinde ise kısa listeye alınmış olmaları kaydıyla ayrıca ihale daveti ve/veya ihale dokümanının gönderilmesi, ihale dokümanında yer verilen düzenlemeler ve/veya bu düzenlemeler ile idari uygulamalar arasındaki uyumsuzluklar..... hakkında başvuruda bulunabilir.*”

⁴⁰³Canbazoğlu, s.94.

⁴⁰⁴Kamu İhale Kurulunun 15.07.2008 tarih ve 2008/UY.Z-2969 sayılı kararından: “*Anılan düzenleme uyarınca adaylar ön yeterlik başvurusunda bulunduktan sonra ön yeterlik dokümanına yönelik şikayet başvurusunda bulunamazlar. Yapılan incelemede başvuru sahibinin ön yeterlik başvurusunda bulunduğu tespit edildiğinden, başvuru sahibinin birinci iddiası iddiaların incelenmesi kapsamında incelemeye alınmıştır.*”

⁴⁰⁵Kamu İhale Kurulunun 12.09.2012 tarih ve 2012/UH.I-3570 sayılı kararından: “*Bahse konu ihalede başvuru sahibi iş ortaklığının 15.05.2012 tarihinde ihale dokümanını satın aldığı ve 12.06.2012 tarihinde yapılan Ön Yeterlik Değerlendirmesine katıldığı, başvuru sahibi iş ortaklığının itiraza konu*

dokümanı ve ihale ilanına karşı idari başvuru ehliyeti sadece istekli olabilecekler sıfatına haiz olanlara aittir. Adaylık statüsü, istekli olabilecekler statüsü ile istekliler statüsü arasında olan ve belli istekliler arasında ihale usulünde ön yeterlik aşamasındaki işlemlere karşı şikayet ve itirazın şikayet hakkı tanıyan özel ve ayrık bir durumu ifade etmek için kullanılmaktadır⁴⁰⁶.

Adayların ihale dokümanına ya da tekliflerin değerlendirilmesi işlemlerine karşı şikayette bulunamamakta, sadece ön yeterlik başvurularının sunulması, değerlendirilmesi ve sonuçlandırılması işlemlerine karşı idari başvuru ehliyetine sahip olmaktadırlar.⁴⁰⁷

1.1.3. İstekliler

İhalelere yönelik şikayet başvurularında en geniş şikayet hakkı olan ve uygulamada en fazla şikayet ve itirazın şikayet başvurusu yapan grup olarak karşımıza istekliler kavramı çıkmaktadır.⁴⁰⁸

hususuna ilişkin düzenlemenin Ön Yeterlik Şartnamenin 18 ve 19 uncu maddelerinde düzenlendiği ve anılan iş ortaklığının yukarıda belirtilen mevzuat hükümlerinde öngörülen süre içerisinde ihale dokümanına ilişkin olarak idareye şikayet başvurusunda bulunmadığı ve ihalenin ön yeterlik değerlendirmesine katıldığı görüldüğünden ihale dokümanı kesinleşmiş olup mevcut doküman göre idarenin ihale işlemlerini sonuçlandırması işleminde mevzuata aykırılık bulunmamaktadır.”

⁴⁰⁶Cambazoğlu, s.94.

⁴⁰⁷Kamu İhale Kurulunun 15.08.2011 tarih ve 2011/UY.III-2737 sayılı kararından: “Söz konusu hükümler birlikte değerlendirildiğinde; belli istekliler arasında ihale usulünde ön yeterlik için başvuran gerçek veya tüzel kişilerin veya bunların oluşturdukları ortak girişimlerin “aday” olarak tanımlandığı, ihale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden adayların, ön yeterlik başvurularının sunulması, değerlendirilmesi ve sonuçlandırılmasına ilişkin idari işlem ve eylemler hakkında başvuruda bulunabileceği, şikâyet başvurusunun, bu işlem veya eylemlerin farkına varıldığı veya farkına varılmış olması gereken tarihi izleyen günden itibaren on gün içinde ve sözleşmenin imzalanmasından önce ihaleyi yapan idareye yapılmasının gerektiği...”

⁴⁰⁸Önüt, Lale Burcu, “Avrupa Topluluğu (Birliği) Hukukunda Hizmet İhaleleri”, İzmir, 2006, s.113, Çevrimiçi: www.yok.gov.tr, 18.08.2013; İsteklilerin tüm ihale işlemlerine, istekli olabileceklerin ise sadece ihalenin hazırlık işlemlerine yönelik idari başvuruda bulunabileceklerinin ifade edilmesi teknik olarak doğru gözükmesine de, istekli statüsüne girebilmek için öncelikle istekli olabilecek statüsüne sahip olunması gerçeği karşısında istekli sıfatına sahip gerçek veya tüzel bir kişinin ihalenin tüm aşamalarına karşı idari başvuru hakkını elde ettiği sonucu ortaya çıkmakta ancak bu hakkın kullanılması belli zaman dilimleri ile sınırlanmakta, istekli olabilecekler statüsünde iken hazırlık işlemlerine, istekli statüsünde iken ise değerlendirme işlemlerine karşı başvuru yapılabilmektedir.

1.1.3.1. İstekli Sıfatının Tanımı ve Ölçütleri

Kanunun 4 üncü maddesinde “*istekli*” tanımı yapılırken; “*mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalesine teklif veren tedarikçi, hizmet sunucusu veya yapım müteahhidi*” ifadesi kullanılmıştır.

Kanundaki tanımdan yola çıkarak istekli statüsünün kazanılmasının ilk şartı “*ihaleye teklif vermek*” olmaktadır⁴⁰⁹. İhaleye teklif verebilmek için de ihale dokümanının satın alınması ve ihale alanında faaliyette bulunmak şartları bulunduğu hususları göz önünde bulundurulduğunda, istekli statüsünün, istekli olabilecekler ve adaylık statülerinin devamı ve ilerleyen aşaması olduğu sonucuna varılacaktır.⁴¹⁰ Bu noktada isteklinin tanımını; istekli olabilecekler arasından ihaleye teklif verenler olarak yapmak mümkün olacaktır.

İstekli statüsü ihalenin süreci göz önünde bulundurularak belirlenmiş olup⁴¹¹, ihale usulünün bu statünün belirlenmesinde ayırt edici bir özelliği bulunmamaktadır. Tüm ihale usullerinde ihale ya da ön yeterlik dokümanının satın alınması istekli olabilecek statüsünün şartı olduğu gibi, ihaleye teklif verilmesi de tüm ihale usullerinde istekli sıfatının kazanılmasını sağlayacaktır. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus istekli sıfatının istekli olabilecekler ve adaylık statüsünün bir uzantısı olduğudur. Zira belli istekliler arasında ihale usulünde adaylık statüsü, istekli olabilecekler statüsünün devamı niteliğinde olmakta ve istekli statüsünden önce gelmektedir. Açık ihale usulünde ise adaylık gibi ara bir statü bulunmamakta, doğrudan istekli olabilecekler statüsünden, istekli statüsüne, ihaleye teklif verilmesi işlemi ile geçilmektedir⁴¹².

⁴⁰⁹Keyik, s.10.

⁴¹⁰Canbazoğlu, s.94.

⁴¹¹Canbazoğlu, s.94.

⁴¹²Bastık, s.70-71.

1.1.3.2. İstekli Statüsündeki Kişilerin İdari Başvuru Ehliyetinin Kapsamı ve Sınırları

Kanunun 54 üncü maddesinde istekli sıfatına sahip olanların idari başvuru ehliyetine haiz oldukları belirtilmiş, Yönetmelikte ise istekli sıfatına sahip olanların idari başvuru ehliyetinin kapsamı; “*İstekliler; yeterlik başvurularının veya tekliflerin sunulması, değerlendirilmesi ve ihalenin sonuçlandırılmasına ilişkin idari işlem veya eylemler hakkında başvuruda bulunabilir*” cümlesiyle tarif edilmiştir⁴¹³.

Yönetmeliğin istekli statüsüne idari başvuru konusunda tanıdığı alanın sınırları, ihalenin hazırlık aşamasının bitmesinden başlamakta ve sözleşmenin imzalanmasına kadar olan işlemler için sürmekte, başka bir deyişle istekliler sadece ihalenin değerlendirme aşamasındaki işlem ve eylemler hakkında şikayette bulunabilmektedirler⁴¹⁴.

İsteklilerin sahip oldukları idari başvuru ehliyetinin en önemli bileşeni, yeterlik değerlendirmesine ilişkin şikayet ve itirazın şikayet başvurusunda bulunma hakkı olarak karşımıza çıkmaktadır. 4734 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesi ile mesleki ve teknik⁴¹⁵ ile ekonomik ve mali olmak üzere, ihalelerde bazı yeterlik şartlarının aranması zorunlu hale gelmiş, bazı kriterlerin kullanılıp kullanılmaması ise idarenin takdirine bırakılmıştır⁴¹⁶. Sunulan tekliflerin bu yeterlik kriterlerine⁴¹⁷ sahip olmaması halinde, teklifler değerlendirme dışı bırakılmakta ve sadece istekli sıfatına sahip olanlar, kendi tekliflerinin yeterlik kriterlerine uygun olduğunu ya da diğer isteklilerin yeterlik kriterlerini sağlamadığını iddia etmek, başka bir ifade ile

⁴¹³İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik, m. 5.

⁴¹⁴Açıkgöz, s.139-145.

⁴¹⁵İş deneyim belgesi mesleki ve teknik yeterlik kriteri olup, isteklinin ihale konusu alanda daha önce tecrübesi olup olmadığını varsa miktarını göstermektedir. Bu belge ile projenin teknik şartlara uygun olarak bitilmesinin sağlanması hedeflenmekte ve özellikle yapım işleri ihalelerinde istenmesi zorunlu olmaktadır. Gencer, s.74 – 80.

⁴¹⁶Bulut, İdris, Yapım İşleri İhalelerinde Yeterlik, **Mali Hukuk**, Yıl:18, Kasım – Aralık 2003, Sayı: 108, s.91-96.

⁴¹⁷İhalelerde ihaleye katılan gerçek ya da tüzel kişilerin ihale konusu işi yapabilirliklerini ortaya koyan ölçütlere yeterlik kriteri denilmektedir. Demirel, Salim/ Arapgirli, Murat, **4734 Sayılı Kanun Çerçevesinde İş Deneyim Belgeleri**, Bekad Yayınları, Antalya, 2013, s.1. (İş Deneyim)

yeterlik değerlendirmesine karşı şikayette bulunmak hakkına sahip olabilmektedirler⁴¹⁸.

Bu kişilerin tekliflerinin geçerli veya geçersiz olmasının bu statüye sahip olup olmaması ile ilgisi bulunmamaktadır. Zira şikayet ve itirazın şikayetlerin sebebinin de genellikle tekliflerin hatalı ve hukuka aykırı olarak geçersiz sayıldığı iddiaları oluşturmaktadır.

1.2. İdari Başvuru Ehliyetinin Genel Şartı Olarak Hak Kaybı

İhalelere yönelik şikayet ve itirazın şikayet başvurusunda bulunabilmek için somut olarak, o ihalede bir hak kaybının olması gerekmektedir⁴¹⁹. Bu hak kaybının gerçekleşmesi şart olmayıp gerçekleşme ihtimalinin bulunması da şikayet ehliyetine sahip olmak bakımından yeterli görülmektedir⁴²⁰.

⁴¹⁸Kamu İhale Kurulunun 23.01.2012 tarih ve 2012/UH.III-532 sayılı kararından: “Aklarılan mevzuat hükümleri kapsamında, istekli konumundaki şikâyetçinin, iki ayrı kuruluşun ihtiyaçlarının tek bir ihale ile karşılanması teklifleri oluştururken isteklileri yanılttığına yönelik iddiasının, ihale dokümanına yönelik şikâyet niteliğinde olduğu, ilgilinin, esas itibarıyla bu konuda şikâyet ehliyetine sahip olmadığı, ihaleye teklif vermeden önce istekli olabilecek konumunda bulunduğu aşamada ise süresinde şikâyet başvurusunda bulunmadığı görülmüş, bu nedenle birinci iddiaya ilişkin olarak başvurunun reddinin gerektiği anlaşılmıştır.”

⁴¹⁹Kamu İhale Kurulunun 12.09.2012 tarih ve 2012/UY.III-3562 sayılı kararından: “Anılan Kanun hükmüne göre, başvuru sahibinin Kuruma itirazın şikâyet başvurusunda bulunabilmesi için öncelikle, idarenin hukuka aykırı bir işlem veya eyleminden dolayı bir hak kaybına veya zarara uğraması veya zarara uğramasının muhtemel olması gerekmektedir. Somut durumda başvuru sahibi isteklinin teklifinin, teklif ekinde sunulan belgelerde anahtar teknik personel olarak gösterilen kişinin şirketteki ortaklık süresinin ilk ilan tarihinden geriye doğru bir yıl boyunca kesintisiz olarak devam ettiğine ilişkin herhangi bir tevsik edici belgenin bulunmaması nedeniyle değerlendirme dışı bırakılması gerekmektedir. Bu nedenle ihaleye katılan diğer isteklilerin iş deneyimlerinin benzer işe uygun olmadığına ilişkin şikâyet incelense dahi, ihalenin başvuru sahibi isteklinin üzerinde kalma ihtimali bulunmamaktadır. Bu nedenlerle başvuru sahibinin hukukun korunması gerekli bir hakkının bulunmadığı ve bu iddiaya ilişkin olarak başvuru ehliyetini haiz olmadığı anlaşılmıştır.”

⁴²⁰Kamu İhale Kurulunun 21.05.2012 tarih ve 2012/UH.I-2198sayılı kararından: “Bu noktada, menfaat ihlalinin kesinleşen ihale kararı ile ortaya çıktığı, dolayısıyla şikâyet başvuru süresinin kesinleşen ihale kararının tebellüğü tarihinden itibaren başlaması gerektiği ileri sürülebilir. Ancak, İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin 5 inci maddesinde başvuru ehliyeti ve sınırları belirlenirken, ‘hak kaybına uğrama’ koşulunun hemen yanında ‘hak kaybına uğrama olasılığı’ da bir ön koşul olarak sayılmıştır. Başka bir deyişle, menfaat ihlalinin gerçekleşmesi için kesin ve icrai bir kararın alınmasını beklenmeyecek, menfaat ihlali olasılığı belirir belirmez, sözleşme öncesi görüşmelerde dikkat ve özen yükümlülüğü gereğince sulhen çözüm yoluna (şikâyet) başvurulacaktır.”

Hak kaybı ibaresi dar kapsamlı bir ifade biçimi olup uygulamada Kurul kararlarında bu kavram yerine “*hukuken korunması gereken bir hak*” ifadesi de kullanılmaktadır. İdari başvuruda bulunan gerçek veya tüzel kişinin, başvuru konusu ihalede hukuken korunması gereken bir hakkının olması başvuru ehliyeti açısından önemlidir⁴²¹. Bu konu ile ilgili olarak uygulamada; ihale üzerine bırakılan isteklinin hukuken korunmaya muhtaç bir hakkı bulunmadığı gerekçesiyle, bu konumdaki isteklilerin şikayet ve itirazın şikayet başvuruları, ihalenin üzerinde bırakılması dışında daha sonra yasaklamayı gerektirecek durumların ortaya çıkması gibi oluşması muhtemel hak kayıpları dikkate alınmadan, ehliyet yokluğu sebebiyle reddedilmektedir⁴²².

İhalelere karşı idari başvuru yolları idari yargıya başvurmadan önce kullanılması gereken zorunlu başvuru yolu olduklarından, söz konusu başvuruların ehliyet yönü itibariyle iptal davalarındaki ehliyet kavramı ile karşılaştırılması gerekmektedir. İptal davalarında ehliyetin varlık şartı olarak hak kaybı yerine menfaat ihlali koşulunun yeterli bulunması⁴²³, hukuk devleti ilkesinin gereği olarak kabul edilmektedir⁴²⁴. Zira bu davalar ile idarenin hukuka uygunluğu sağlanmaya çalışılmakta⁴²⁵ ve menfaat ihlali şartı hak ihlali şartına göre iptal davasının alanını genişletmektedir⁴²⁶. Anayasa Mahkemesi de iptal davaları için hak ihlali şartının aranmaması gerektiği, bu davalar ile hukuka uygunluk denetimi yapıldığı gerekçesiyle menfaat ihlalinin yeterli sayılması gerektiğini belirtmiştir. Yüksek Mahkeme ayrıca menfaat ihlalinin oluşması için işlemin kişiyi doğrudan ya da dolaylı olarak etkilemesi, kararla kişi arasında maddi veya manevi irtibatın

⁴²¹İdari davalarda hak ve menfaat varlığının gerekliliğini ifade etmek üzere “sübjektif dava ehliyeti” kavramı kullanılmaktadır. Çelikkol, Hüseyin “İdari Yargıda Ehliyet ve Husumet”, **Adalet Dergisi**, Sayı: 3, 1985, s. 750-752.

⁴²²*Kamu İhale Kurulunun 14.11.2011 tarih ve 2011/UH.III-3745 sayılı kararından: “Sonuç itibariyle, idareye şikayet, Kuruma itirazın şikayet başvurusunda bulunulabilmesi için aday, istekli ve istekli olabileceklerin, **hukuken korunması gerekli bir hakkının veya menfaatinin** olması gerektiği, başvuru sahibinin ihale üzerinde bırakılan istekli olması nedeniyle hukuken korunması gerekli bir hakkının veya menfaatinin bulunmadığı, dolayısıyla başvuru ehliyetini haiz olmadığı anlaşılmıştır. 4734 sayılı Kanununun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince, başvurunun ehliyet yönünden reddi gerekmektedir.”*

⁴²³İptal davasının açılması için davacının hakkının ihlal edilmiş olması şart olmayıp, menfaatinin ihlal edilmiş olması yeterlidir. Gözübüyük, (Yargı), s.135.

⁴²⁴Yıldırım, (İdari Yargı), s. 387-388.

⁴²⁵Gözübüyük, (Yargı), s.135.

⁴²⁶Gözübüyük/Tan, (İdari Yargı), s.326.

bulunması ve bu menfaatin ihlal edilmiş olması gerektiğini belirtmiştir⁴²⁷. Onar, iptal davalarında menfaat şartının dahi esasa müteallik olmadığını, sadece davanın kabulü için aranan bir usul şartı olduğunu, menfaatin ihlal edilmiş olmasının davanın neticesine tesiri bulunmadığını, bu şartın davada ciddiyeti temin etmek ve ilgisiz kişilerin yargı mercilerini meşgul etmelerini önlemek amacıyla konulduğunu ifade etmektedir⁴²⁸.

Kurul bazı durumlarda “*hak kaybı*” ölçütü yerine idari davalarda olduğu gibi “*menfaat*” ibaresini kullanmakta ve başvuru sonucu ortaya çıkan durumdan, başvuru sahibinin menfaat elde etme ihtimalini görmüyorsa, başvuruyu ehliyet yokluğu gerekçesiyle reddetmektedir⁴²⁹. Kurulun bu yaklaşımı ile, “*hak kaybı*” ölçütü ile negatif durumlar yani ilgilinin muhtemel kayıpları şikayet sebebi olarak gösterilmekte iken, “*menfaat*” ölçütü ile pozitif durumlar başka bir ifade ile başvuru sahibinin elde etmesi mümkün gözükken yeni hak ve menfaatler de şikayet ehliyeti kapsamına alınarak şikayet ehliyetinin kapsam yönünden zenginleştirildiği görülmektedir.

Yukarıda belirtilen tespitler çerçevesinde Kurulun “*hak kaybı*” ve “*menfaat ihlali*” kavramını aynı anlamı ifade etmek üzere ve “*menfaat ihlali*” amaçlayarak kullandığı, ehliyet için menfaat ihlali ihtimalini dahi yeterli görmesi ile hak arama özgürlüğünü ve idarenin denetlenebilirliğini arttırdığı, kanaatindeyiz. Kurulun aksi yönde bir uygulamayı kabul emesi ise; zorunlu idari başvuru yolunu idari dava açmanın şartı olan menfaat ihlalden daha dar kapsamlı hak kaybına indirilmesi,

⁴²⁷Anayasa Mahkemesinin 27.12.1996 tarih ve 22860 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan, 21.09.1995 tarih E:1995/46 K:1995/49 sayılı kararından: “*İptal davalarında davacının menfaat ihlali ilişkisinin varlığının kabul edilebilmesi için, işlemin kişiyi doğrudan veya dolaylı olarak etkilemesi, kararla kişi arasında maddî veya manevî irtibatın bulunması ve bu nedenle maddî veya manevî menfaatinin ihlâl edilmiş olması yeterlidir. İptal davalarında, tam yargı davalarında olduğu gibi subjektif bir hakkın ihlali ve bu ihlalin ağırlık derecesinin tespiti ile giderilmesinin yolları araştırılmayıp, hukuka uygunluk denetimi yapılmaktadır.*”

⁴²⁸Onar, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, 3.Bası, İstanbul, 1966. s.1780. (Cilt3)

⁴²⁹Kamu İhale Kurulunun 12.09.2012 tarih ve 2012/UY.I-3603 sayılı kararından: “*Bununla birlikte başvuru sahibinin teklifinin açıklanan gerekçe ile değerlendirme dışı bırakılmış olduğu ve başvuruya konu ihalede ihlal edilebilecek bir menfaatinin bulunmadığı anlaşılmıştır. Dolayısı ile, 4734 sayılı Kanununun 54 üncü maddesi çerçevesinde ihlal edilebilecek bir menfaati bulunmayan başvuru sahibi tarafından yapılan başvurunun 4734 sayılı Kanununun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince ehliyet yönünden reddi gerekmektedir.*”

dolaylı olarak dava açmayı zorlaştırması ve hak arama özgürlüğüne olumsuz etki yapması anlamına gelecektir.

İptal davalarında menfaatin güncel olması gerektiği de kabul edilmektedir. Güncellik, başvuru konusu olan işlemle, başvuru sahibi arasında halihazırda veya yakın gelecekte bir ilgi kurulabilmesi anlamına gelmektedir⁴³⁰. Kural olarak menfaatin dava açıldığı anda ya da dava karara bağlanırken bulunması gerekmekte⁴³¹, doğmamış ya da ileride doğacak bir menfaat için dava açılması kabul edilmemektedir⁴³². Menfaat ihlali şartının, iptal davalarında dava sonuçlanıncaya kadar aranması gerektiği uygulamada genel kabul görmekte, menfaatin ortadan kalması halinde davanın devam etmemesi gerektiği ileri sürülmektedir⁴³³. Danıştay menfaat şartını davanın açılmasından sonuçlanması aşamasına kadar aramaktadır⁴³⁴. Bununla birlikte hukuka aykırı işlemin iptal edilmesinde kamu yararı bulunması sebebiyle, menfaat ihlalinin dava açıldığı sırada bulunmasının yeterli görülebileceği de savunulmaktadır⁴³⁵.

Menfaat ihlali konusunda güncel olma şartı şikayet ve itirazın şikayet başvurularında da iptal davalarında olduğu gibi aranmaktadır. Kurul güncel olmayan

⁴³⁰Yıldırım, (İdari Yargı), s. 389.

⁴³¹Uygulamada Danıştay genellikle bu kurala uygun hareket etmekte ancak bu alanda içtihatlar gelişmeye devam etmektedir. Gözübüyük/Tan, (İdari Yargı), s.370.

⁴³²Candan, Turgut, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s.109-110.

⁴³³Candan, s. 110.; Kalabalık, Halil, **İdari Yargılama Usulü Hukuku**, Sayram Yayınları,5. Bs., İstanbul, 2013, s.112.; Onar, (Cilt3), s.1782.; Akyürek, Akman, “Danıştay Kararlarında İptal Davalarının Menfaat İhlali Koşulunun Kişisel Unsuru” **Danıştay Dergisi**, Y.21, S.81, 1991,s.29.

⁴³⁴D.6.D., KT:19.06.1984, E:1984/233, K:1984/2499, **Danıştay Dergisi**, S.56-57, s.237.

⁴³⁵Yıldırım, (İdari Yargı), s. 392; Bazı yazarlar idari dava açıldıktan sonra menfaat durumunda meydana gelen değişikliğin idare mahkemesince dikkate alınmaması gerektiğini, davanın feragat hali hariç olmak üzere ilk açıldığı andaki şartlar dikkate alınarak devam etmesi gerektiğini savunmaktadır. Yenice, Kazım/ Esin, Yüksel, **Açıklamalı, İctihatlı, Notlu İdari Yargılama Usulü**, Arısan Matbaacılık, Ankara 1983, s.490; Alan, Nuri “İptal Davalarının Ön ve Esastan Kabul Şartları”, **Danıştay Dergisi**, Yıl:13, Sayı:50-51,s.35.; Topuz, İbrahim/ Özkaya, Kadir **Açıklamalı – İctihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Mahalli İdareler Derneği Yayınları, Ankara, 2002, s. 386.; Sarıca, Ragıp **İdari Kaza**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1949, s.41.

hak kaybı iddialarının varlığı halinde, şikayet başvurularını ehliyet yokluğu sebebiyle reddetmektedir⁴³⁶.

Kurulun bu yaklaşımı menfaat ihlali kriterini kabul ettiğini ve menfaatin güncelliğini de aradığı anlamına gelmektedir. İdari başvuru yollarının amacının idarinin işlemlerinin hukuka uygunluğunun sağlamak olduğu, bu sebeple idari başvuru yollarını kullanabilmek için menfaat şartının Onar'ın iptal davaları için öngördüğü menfaatin esasa değil usule ait bir şart olması hususu⁴³⁷ ile aynı doğrultuda değerlendirilmesi gerektiği, Yıldırımın iptal davaları için öngördüğü davanın açılış zamanında menfaat ihlali şartının yeterli görülmesi görüşünün⁴³⁸ idari başvurular için de kabul edilmesi ve bu doğrultuda menfaat ihlali şartının başvurunun yapıldığı anda aranması gerektiği kanaatindeyiz.

İptal davalarında ihlal edildiği iddia edilen menfaatin, meşru bir temele dayanması şartı bulunmaktadır⁴³⁹. Menfaatin meşru olması, hukuksal bir durumdan kaynaklanması, hukuka düzenine aykırı olmaması anlamına gelmekte olup meşru olmayan bir menfaat iptal davası açabilme olanağı vermemektedir⁴⁴⁰. İhale mevzuatında yer almamakla birlikte, hukuka aykırı bir menfaatin hukuk düzeni içerisinde savunulmasının çelişkiye sebep olacağı görüşü ile, iptal davalarından kıyasla ihalelere karşı idari başvuru yollarının kullanılmasında da menfaatin meşru olması gerektiği kanaatindeyiz.

⁴³⁶Kamu İhale Kurulunun 31.10.2011 tarih ve 2011/UH.I-3580 sayılı kararından: “Süreç içerisinde idare tarafından en avantajlı ikinci teklif sahibinin pilot ortağı tarafından sunulan iş deneyim belgesinin kamu ihale mevzuatına uyarlık taşımadığı yönünde tesis edilen işlem ile başvuru sahibinin iddiasının haklılığının ortaya konulduğu, bu şekilde başvuru sahibinin öne sürdüğü iddiadan beklentisinin şikayet aşamasında hukuka uygun bir şekilde ve lehine işlem tesis edilmek suretiyle karşılandığı anlaşılmaktadır.

Hakkı ihlal eden durumun idarece şikayet aşamasında ortadan kaldırılmış olmasına karşın aynı hususun tekrar itirazın şikayet aşamasına taşınması işleminin, başvuru sahibinin mevcut (kazanılmış) hukuki durumunda icrai bir etki doğurmayacağı gibi başvuru sahibi için yeni bir hakkın doğmasına da sebebiyet vermeyeceğinin açık olduğu, bu doğrultuda zaten ilk aşamada lehine sonuçlanan bir işlemin aynı şekilde itirazın şikayet aşamasına da konu edilmesinin bir anlam ifade etmediği ve herhangi bir konu da ihtiva etmeyen bu iddiasının ehliyet yönünden red edilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.”

⁴³⁷Onar, (Cilt3), s.1780.

⁴³⁸Yıldırım, (İdari Yargı), s. 392.

⁴³⁹Kalabalık, s.111; Yıldırım, (İdari Yargı), s. 390.

⁴⁴⁰Gözübüyük/Tan, (İdari Yargı), s.336.

Birleşmiş Milletler Model Kanununda başvuru ehliyetinin sınırları çizilirken, tedarikçilerin veya yüklenicilerin idarelerin Model Kanuna uygun olmayan eylemler ve işlemler sebebiyle zarara uğramaları ya da zarara uğrama ihtimallerinin bulunduğu durumlarda idari başvuru haklarını kullanabilecekleri belirtilmiştir⁴⁴¹. Ehliyetin sınırlarını belirleyen Model Kanunun 64 üncü maddesi öncelikle idari başvuruların ancak bu Kanun kapsamında yapılan ihaleler için söz konusu olabileceğini ifade etmiş, başvuru sahiplerinin mutlaka zarara uğramasını şart koşmamış muhtemel zararlarında idari başvuruya konu edilebileceğini belirtmiştir⁴⁴².

Model Kanunun 66 ncı maddesinde ihaleyi yapan idareye yapılacak yeniden değerlendirme başvurularından, ihalenin ön yeterlik aşamasındaki işlemlere ve ihale dokümanına ilişkin olanların, tekliflerin sunulması için tanınan zamanın son gününe kadar, tekliflerin değerlendirilmesi işlemlerine karşı yapılacak idari başvuruların ise bekleme süresi içerisinde yapılması yapılabileceği belirtilmiştir⁴⁴³. BM Model Kanunundaki düzenlemelerin ihalelere karşı yapılacak idari başvurular konusundaki üye ülkelerden beklentileri 4734 sayılı Kanundaki düzenlemelerle büyük ölçüde paralellik göstermektedir, zira 4734 sayılı Kanunda da ihale dokümanına ilişkin başvurular ile ihalede tekliflerin değerlendirilmesine ilişkin başvurular birbirinden ayrılarak başvuru zamanının sınırı yönünden farklı şekilde değerlendirmeye tabi tutulmuşlardır⁴⁴⁴, yine her iki Kanun da menfaat ihlalini ehliyet için yeterli şart olarak görmekte ve ancak Kanun kapsamındaki ihaleler idari başvurulara konu olabilmektedir.

AB Şikayet Direktifinde ihale sonucunda sözleşme imzalama imkanı ve ihtimali olan herkesin başvuru hakkını kullanabileceği bir idari başvuru sisteminin kurulması üye ülkelere yükümlülük olarak getirilmiştir⁴⁴⁵. Bu noktadan hareketle

⁴⁴¹İdari başvuru sistemi ile sadece ihale sonucundan memnun olmayan bireysel başvuru sahiplerine hakkını arama imkanı tanımak değil, ihalelerin rekabet içinde gerçekleşmesini amaçlayarak kamuya faydalı olması hedeflenmektedir. UNCTAD, s.7,

⁴⁴²Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement, s. 236-237.

⁴⁴³Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement, s. 240.

⁴⁴⁴Bastık, s.76.

⁴⁴⁵Şikayet Direktifi m. 1/3.

Şikayet Direktifi, idari başvuru ehliyetini genel olarak ihale sonucunda sözleşme yapma ihtimalinin var olmasına bağlamış, en azından bu durumdaki kişiler için uygulanabilir bir idari başvuru mekanizmasının kurulma zorunluluğunu üye devletlere getirmiştir. Şikayet direktifinin üye ülkelerin ihalelerinin sözleşme etkinliğini arttırmayı amaçladığı göz önünde bulundurulduğunda⁴⁴⁶, idari başvuru ehliyetine sahip olanların bu amaçla doğru orantılı olarak belirlendiği sonucuna varılmaktadır. Direktife göre idari başvuru ehliyeti 4734 sayılı Kanuna göre daha geniş ve daha dar olarak yorumlanabilmektedir. 4734 sayılı Kanun sisteminde dokümana yönelik idari başvurular ancak ihale dokümanı almış gerçek ve tüzel kişilerce yapılabilmekte iken, direktiflerde böyle somut bir şarta rastlanmamaktadır. Bununla birlikte ihale sonucu sözleşme imzalayabilme ihtimali idari başvuru konusunda ehliyete sahip olabilmek için Direktifte genel bir koşul olarak düzenlendiğinden ve ihale dokümanı almadan ihaleye katılım mümkün bulunmadığından⁴⁴⁷, ihale dokümanı satın alma şartı her ne kadar Direktifte yer almasa dahi, genel ehliyet şartının bu koşulu içerdiği sonucu ortaya çıkmakta ve ihale dokümanına yönelik idari başvurular konusunda ehliyet yönünden Şikayet Direktifi ile 4734 sayılı Kanun düzenlemeleri arasında dikkate değer bir fark bulunmadığı, sadece ehliyeti tanımlayan ifadelerin farklı yazıldığı ancak aynı hukuki sonuca vardığı değerlendirilmektedir.

2. İDARİ BAŞVURU SÜRELERİ

İdari işlemlere karşı itiraz konusunda, İYUK dışındaki çeşitli kanunlarla ve düzenleyici işlemlerle, süre yönünden özel düzenlemelere gidilmiştir. İhale işlemlerine yönelik şikayet ve itirazın şikayet başvuruları da bir idari başvuru yolu

⁴⁴⁶ Koskinen, Liisa “Reform of Public Procurement Remedies: A First Look at the Commission Proposal for an Amending Directive”, **European Institute of Public Administration** EIPASCOPE 2006/3, Lüksemburg, s.19, Çevrimiçi: <http://www.eipa.eu>,12.08.2012.

⁴⁴⁷ Şikayet Direktifi Ek 7A’da ihale ilanı bilgileri arasında ihale dokümanı satış bedeline yer verilmektedir. Official Journal of the European Union, 30.4.2004, s.134.

olmasına rağmen, Kanun ve Yönetmelikte, 2577 sayılı İYUK'tan farklı ve özel başvuru sürelerine tabi tutulmuşlardır.

İhale mevzuatında yer alan süreleri kendi içerisinde genel ve özel başvuru süreleri olarak ikiye ayırmak mümkündür.

2.1. Genel İdari Başvuru Süresi

Kamu ihale mevzuatında genel olarak belirlenmiş idari başvuru süresi hem şikayet hem de itirazın şikayet başvuruları için on gündür⁴⁴⁸. Bu on günlük sürenin başlangıcı ise, başvuru konusu işlem veya eylemin öğrenildiği ya da ilgililer tarafından öğrenilmiş sayıldığı tarihtir⁴⁴⁹.

2577 sayılı Kanunda, idari başvuruların dava açma süresi içerisinde yapılacağı düzenlenmiş, üst makamdan eğer üst makam yok ise işlemi yapmış olan makamdan ilgili idari işlemin değiştirilmesi, geri alınması ya da kaldırılması yönünde idari başvuruda bulunulabileceği belirtilmiştir. 2577 sayılı Kanunda idari dava açma süresi genel olarak altmış gün olarak tanımlandığından, idari başvuru yapabilmek için tanınan süre de aynı zaman dilimine tekabül etmektedir⁴⁵⁰.

4734 sayılı Kanunda şikayet ve itirazın şikayet başvuruları için tanınmış olan genel sürenin, 2577 sayılı Kanunda yer alan başvuru süresinden çok kısa olduğu görülmektedir⁴⁵¹. 4734 sayılı Kanundaki bu süre, 2008 yılında 5812 sayılı Kanun ile

⁴⁴⁸Kamu İhale Kurulunun 01.10.2012 tarih ve 2012/UH.III-3809 sayılı kararından: “..... *Bu durumda 4734 sayılı Kanun'da belirtilen şikâyete konu işlemlerin farkına varıldığı ve farkına varılmış olması gereken tarihten itibaren 10 günlük şikâyet süresinden sonra yapılan başvurunun reddi gerekmektedir.*”

⁴⁴⁹Oder, s.598.

⁴⁵⁰İdari başvuruya cevap verilmesinden sonra dava açma süresi yeniden başlar, ancak idari başvuru yapıncaya kadar geçen süre, dava açma süresinden düşülür. Gözübüyük, (Yargı), s.422; Yıldırım, (İdari Yargı), s.407.

⁴⁵¹Dava açma süresinin uzun olması yönetilenler, kısa olması idare lehinedir. dava açma süresi saptanırken yönetilenler ile kamu yararı arasında dengenin gözetilmesi gerekmektedir. Gözübüyük, (Yargı), s.398.

4734 sayılı Kanunda değişiklik yapılmadan önce onbeş gün iken⁴⁵², yapılan değişiklik ile on güne düşürülmüştür. Kanunun ilk şeklinde yer alan onbeş günlük sürenin değiştirilme gerekçesi ihale işlemlerinin hızlı bir şekilde yürütülmesi gerekliliği olarak gösterilmiştir⁴⁵³.

İhale işlemlerine karşı şikayet ve itirazın şikayet başvurusu için geçerli olan on günlük başvuru süresi, 2577 sayılı Kanundaki genel başvuru süresi ile karşılaştırıldığında, Anayasa ile verilmiş olan idari işlemlere karşı yargı yoluna başvuru hakkının kullanılmasını zorlaştırdığı izlenimi oluşturmaktadır. Zira Kanunda belirtildiği üzere şikayet ve itirazın şikayet başvuruları dava öncesi tüketilmesi zorunlu idari başvuru yolları olup, şikayet ve itirazın şikayet başvuruları usulüne uygun bir şekilde ve süresinde yapılmadan, ihale işlemlerine karşı dava yoluna gidebilme imkanı bulunmamaktadır⁴⁵⁴.

İhale işlemlerine karşı başvuru için daha kısa süreli başvuru imkanı ve hakkı verilmesi, kanun koyucu tarafından ihale işlemlerinin diğer idari işlemlerden ayrı tutulduğu anlamına gelmektedir⁴⁵⁵. Kanun koyucu ihale işlemlerinin daha seri ve hızlı bir şekilde sonuçlanmasını istemekte ve bu uğurda ilgililerin şikayet hakkından süre yönünden, diğer idari işlemlere kıyasla kısıntı yapmaktadır. İhale işlemlerinin sürüncemede kalmamasının gerekliliği, on günlük genel başvuru süresinin ihale dokümanını inceleme ya da ihale işlemlerinden doğan bir haksızlığı anlama yönünden orantılı olduğu gerekçeleriyle, ihaleler için öngörülen genel başvuru süresinin, Anayasada yer alan dava hakkının kullanımını imkansız hale getirmediği kanaatindeyiz. Zira ihaleye katılan ya da katılmak niyetinde olan aday, istekli ve

⁴⁵²Kamu İhale Kurulunun 10.03.2008 tarih ve 2008/AK.H-664.1 sayılı kararından: “Söz konusu ihalede başvuru sahibinin teklifinin idare tarafından değerlendirme dışı bırakılmadığı ve geçerli teklif olarak belirlendiği dikkate alındığında, başvuru sahibi tarafından teklifinin değerlendirmeye alınmama yada uygun görülmemeye gerekçelerine ilişkin açıklama talebinde bulunulamayacağı, bu nedenle, şikayet konusu işlemin farkına varılmış olması gereken tarih olarak kesinleşen ihale kararının başvuru sahibine tebliğ tarihi olan 24.12.2007 tarihinin kabul edilmesi gerektiği, bu tarih dikkate alındığında bu tarihten itibaren 15 gün içerisinde idareye şikayet başvurusunda bulunulması gerekirken bu süre aşılarak 17.01.2008 tarihinde idareye şikayet başvurusunda bulunulduğu...”

⁴⁵³Bilgin, , s.365 – 371.

⁴⁵⁴Seyhan, s.102.

⁴⁵⁵Benzer uygulama 2577 sayılı Kanunda da mevcuttur. Bu Kanunda vergi işlemleri, diğer idari işlemlerden ayrı tutularak, dava açma süresi bu işlemlere karşı otuz gün olarak belirlenmiştir. Gözübüyük, (Yargı), s.401-402.

istekli olabilecekler ile sıradan vatandaşları kaybettikleri ya da kaybetmeleri muhtemel hak ve menfaatlerini anlayabilme durumu açısından eşit görmemek gerekir. Aday, istekli ve istekli olabileceklerin ihaleye girdikleri ya da girmeyi tasarladıkları alanda uzmanlaşmış, piyasa şartlarını bilen ve hakları konusunda gerekli teknik bilgiye sahip basiretli tacir⁴⁵⁶ olarak nitelendirilebilecek ve on günlük şikayet süresi içerisinde kendi durumlarının aleyhine olan ya da olabilecek durumları idrak edebilme kabiliyetine sahip kişiler olduğunu kabul etmek gerekir. Kurul bu konuda isteklilerin basiretli tacir gibi hareket etmeleri gerektiğini ileri sürmüş ve hakkın kötüye kullanılması suretiyle ihale sürecinin sürüncemeye bırakılmasının önüne geçilmesinin hedeflendiğini belirtmiştir⁴⁵⁷.

Genel başvuru süresi yanında zaman sınırlaması olarak idari başvuruların sözleşmenin imzalanmasından önce yapılması gerekmektedir. Bununla birlikte sözleşmenin usule uygun imzalanmadığına yönelik başvuruların sözleşme imzalandığı gerekçesiyle reddedilmemesi, esastan incelenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Kurulun, Sözleşmenin imzalanmasından sonra yapılan ve sözleşmenin usule uyulmadan imzalandığı iddiasını içeren itirazın şikayet başvurusuna yönelik Kurul tarafından verilen ret kararının⁴⁵⁸, yürütmesi İdare Mahkemesi tarafından *“usulüne uygun olarak sözleşme imzalandıktan sonra şikayet ve itirazın şikayet yoluna başvurulması mümkün değil ise de, sözleşme imzalandıktan sonra da, sözleşmenin usulüne uygun olarak imzalanmadığı yönündeki itirazın şikayet başvurusunun incelenmesine ve 4734 sayılı Kanunun 54.*

⁴⁵⁶Kamu İhale Kurulunun 10.01.2011 tarih ve 2011/UH.III-135 sayılı kararından: *“İdarece tüm ülke bazında hizmet satın alınacağı göz önüne alındığında; coğrafi yapı, mevsimsel şartlar, gelişebilecek olaylar vs. nedenlerden dolayı herhangi bir öngörüle bulunamamasın normal olduğu, en büyük maliyet kalemi olan akaryakıt giderini de idarenin kendisinin karşılayacağı anlaşıldığından ihaleye teklif verecek isteklilerin basiretli tacir gibi davranarak teklifini oluşturması gerektiği, şikayet konusu düzenlemenin isteklilerin teklif fiyatlarını oluşturmasını etkilemeyeceği sonucuna varıldığından, başvuru sahibinin iddiası yerinde görülmemiştir.”*

⁴⁵⁷Kamu İhale Kurulunun 21.05.2012 tarih ve 2012/UH.I-2198sayılı kararından: *“4734 sayılı Kanunun 55 inci maddesi ile İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin 5, 6 ve 7 nci maddelerinde hüküm altına alınan başvuru koşulları ve bu kapsamda belirlenen süre ve ehliyetle ilişkin normlar, şikâyet hakkının kötüye kullanılmasını engelleme amacına matuftur. Öyle ki, sürelerin başlangıcında esas alınmak üzere; fiili olarak farkına varma tarihinin hemen yanında “farkına varılmış olması gereken tarih” şeklinde bir karene belirlenmiş ve böylece gerek şikâyet hakkının kötüye kullanılması hususunda ispat yükü tersine çevrilmiş gerekse de isteklilerin basiretli davranma sorumluluğunun altı çizilmiştir.”*

⁴⁵⁸Kamu İhale Kurulunun 05.09.2012 tarih ve 2012/UH.II-3474 sayılı kararı.

maddesinde sayılan kararlardan birinin alınmasına engel teşkil etmeyeceği” gerekçesiyle durdurulmuştur⁴⁵⁹.

Sözleşmenin usulüne uygun olarak imzalanıp imzalanmadığı hususunun ötesine geçilerek sözleşmenin feshinin idari başvuru yolları ile talep edilmesi ise Danıştay tarafından şu ifadelerle KİK’in görev alanının dışında görmektedir; *“İhalelere yönelik şikâyet ve itirazın şikâyet başvurularının ihale sözleşmesi imzalanmadan önce yapılması gerektiği, sözleşmenin imzalanmasından sonra sözleşmenin feshi istemiyle yapılan başvuruların şikâyet başvurusu olarak kabul edilemeyeceğinden bu başvuruların reddi üzerine doğrudan dava açılması gerektiği açık olduğundan, Mahkeme tarafından sözleşmenin feshi istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin 27/04/2010 tarih ve 1141 sayılı işlem açısından davanın süresinde açılıp açılmadığı hususları da göz önüne alınarak bir karar verilmesi gerekirken, Mahkeme tarafından ancak bu işleme karşı yapılan itirazın şikâyet başvurusu sonucunda Kamu İhale Kurulu tarafından tesis edilen işlemin dava konusu edilebileceği gerekçesiyle davanın bu işlem yönünden incelenmeksizin reddine karar verilmesinde hukukî isabet görülmemiştir.*

Davanın Kamu İhale Kurulu'nun 02/08/2010 tarih ve 2010/UY.II-2265 sayılı işlemine yönelik kısmına gelince;

4734 sayılı Kanun'un yukarıda aktarılan hükmü gereğince sözleşmenin imzalanmasından sonra, sözleşmenin feshi istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin işleme karşı itirazın şikâyet başvurusunda bulunulmayacağı açık olduğundan, Kamu İhale Kurulu tarafından Mahkemece merciine tevdi kararıyla kendisine gönderilen başvurunun görev yönünden reddine karar verilmesi gerektiğinden, Kamu İhale Kurulu tarafından kendisine yapılan başvurunun süresinde yapılmadığı gerekçesiyle reddine karar verilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığından, dava konusu Kamu İhale Kurulu kararının hukuka uygun olduğu gerekçesiyle davanın bu kısmı hakkında davanın reddine karar veren temyize konu Mahkeme kararının bu kısmında da hukukî isabet bulunmamaktadır.”⁴⁶⁰. Danıştay'ın bu görüşüne tamamen katılmak mümkün değildir, eğer ihalenin feshi sözleşmenin usule uyulmadan

⁴⁵⁹Ankara 12. İdare Mahkemesinin 28.12.2012 tarih ve 2012/1624 sayılı kararı.

⁴⁶⁰D13D, 02.12.2011, E:2011/3078, K:2011/5522.

imzalanması gerekçesiyle isteniyor ise, usule uyulmadan imzalanan sözleşmeler şikayet ve itirazın şikayet başvuru hakkını ortadan kaldırmayacağından, feshe dair bu şekildeki başvuruların kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Uluslararası düzenlemelerde de idari başvuru sürelerine dair genel çerçeve hükümler yer almaktadır. DTÖ Kamu Alımları Anlaşmasında, ilgili tedarikçilerin ihaleyi yapan idareye yapacakları başvuruları belirli ve sınırlı zaman dilimlerine (specified time-limits) inhisar etmesi mümkün olmakla birlikte bu sürenin hiçbir şekilde, başvuru konusu yapılacak hususun öğrenilmesinden (be known) yada makul bir şekilde öğrenilmesi öngörülen (reasonably should have been known) tarihten itibaren on günden az olmaması öngörülmektedir⁴⁶¹. Bu on günlük idari başvuru süresi ülkemizde genel idari başvuru süresi ile benzerlik göstermektedir.

BM Model Kanununun 66 ncı maddesinde, idareye yapılan başvuru sonucunda istediği sonucu alamayan başvuru sahibinin, kararın kendisine bildirilmesinden itibaren iddiasını “*derhal*” (immediately) bağımsız idari otorite nezdinde ya da mahkemede arayabileceği ifade edilmiştir⁴⁶². Söz konusu hükümde yer alan “*derhal*” ifadesi hukuk tekniğine uymayacak düzeyde ucu açıklık ve belirsizlik içermekte ise de Model Kanunun bir sonraki maddesinde bu ifade açıklığa kavuşturularak, üye ülkelerin bu süreyi iş günü olarak belirlemeleri gerektiği, ya da bu başvuru için de bir bekleme süresi öngörmeleri gerekliliği hüküm altına alınmıştır⁴⁶³. 4734 sayılı Kanun da benzer bir şekilde idareye yapılan şikayet başvurusundan istediği sonucu alamayan başvuru sahiplerinin on günlük süre içerisinde KİK’e itirazın şikayet başvurusunda bulunabileceklerini hüküm altına almıştır⁴⁶⁴. Yine Model Kanun tekliflerin değerlendirilmesi işlemlerine yönelik olarak ihaleyi yapan idareye yapılacak başvurularda net bir başvuru süresi öngörmemiş, söz konusu idari başvuruların “*bekleme süresi*” (standstill period) içerisinde yapılması gerektiğini

⁴⁶¹ Arrowsmith/Anderson, s.492.

⁴⁶² Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement, s. 240; Model Law on Public Procurement, m. 66/4.

⁴⁶³ Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement, s. 245.

⁴⁶⁴ 4734 Sayılı Kanun m. 56.

belirtmiştir. Bekleme süresi ise Model Kanunda belli bir gün ya da zaman dilimi olarak ifade edilmeyerek ihaleyi yapan idarelerin takdirine bırakılmış, idarelerin bekleme sürelerini ihale dokümanında belirtmelerini ise zorunluluk olarak göstermiştir⁴⁶⁵. Model Kanun ayrıca tekliflerin değerlendirmesine yönelik idari başvurular için öngörülen bekleme süresinin, sözleşmenin yürürlüğe girmesi aşamasına sarkmamasını ve böylece idari başvuru hakkının kullanılamaz hale gelmesini engellemek istemiştir, zira Model Kanun da 4734 sayılı Kanun gibi idari başvuruların sözleşme aşamasında önce yapılmasını öngörmüştür. Bu konudaki tek fark Model Kanun sözleşmenin yürürlüğe girmesini sınır olarak kabul etmiş iken, 4734 sayılı Kanun sözleşmenin imzalanmasını esas almıştır. Tekliflerin değerlendirmesine yönelik yapılacak idari başvurular için Model Kanunun öngördüğü sistem de bir yönüyle 4734 sayılı Kanundaki sistemle örtüşmektedir. Model Kanun tekliflerin değerlendirmesi işleminin neticesinden tüm teklif verenlerin haberdar edilmesini öngörmüş, tebligatın yapılmasından itibaren belli bir süre beklenilmesini şart koşmuş ve bu sürenin tekliflerin değerlendirmesine ilişkin şikayetlerin sunulması gereken zaman olarak belirlemiş, en son olarak da şikayetler için bekleme süresinin sözleşmenin yürürlüğe girmesinden önce olmasını şart koşmuştur⁴⁶⁶. 4734 sayılı Kanun da benzer şekilde tekliflerin değerlendirilmesi neticesinden ihaleye teklif veren tüm isteklilerin haberdar edilmesini öngörmüş, tebliğ tarihini müteakip on günlük bir süre beklenilmesini hüküm altına almış, bu bekleme süresinde tekliflerin değerlendirilmesine ilişkin şikayetlerin yapılmasını öngörmüş ve şikayetlerin en geç sözleşmenin imzalanmasından önce gerçekleştirilebileceğini hüküm altına almıştır⁴⁶⁷. Tekliflerin değerlendirilmesine ilişkin yapılacak idari başvurulara ait olarak iki Kanun arasında bütün bu benzerliklere rağmen belli farklılıklar da bulunmakta olup bunun en önemlisi, bekleme süresinin Model Kanunda genel olarak belirlenmemiş olması iken, 4734 sayılı Kanunda genel idari başvuru süresi ile uyumlu şekilde on gün olarak ifade edilmiş olmasıdır. Söz konusu farklılığın hukuki sonucu olarak; 4734 sayılı Kanun isteklilerin şikayet süresini garanti altına almış olmakla birlikte, Model Kanun bu

⁴⁶⁵Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement, s. 240-242.

⁴⁶⁶Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement, s. 240-243.

⁴⁶⁷4734 Sayılı Kanun m. 55.

süreyi idarenin takdirine bırakarak bir bakıma isteklilerin idari başvuru hakkının etkinliğini tam olarak garanti altına almamıştır.

AB Şikayet Direktifi, üye ülkelerin ihaleyi yapan idarelerin kararlarını gözden geçirilmesi amacıyla başvuru sistemi geliştirebileceğini ancak bu sistemin, kararın denetlenmesi için asıl kurulacak sistem için öngörülen “*bekleme süresini*” (standstill period) etkilememesi gerektiğini belirtmektedir⁴⁶⁸. Direktif bu düzenleme ile, ihalelerin idari olarak denetlenmesine ilişkin etkili bir sistem kurulmasını üye ülkelerin yükümlülüğü olarak getirmekte, bunun yanında üye ülkelerin isterlerse idarelerin kendi kararlarını gözden geçirci mekanizmalar oluşturmasını kabul etmekte, ancak bu kendi kararını gözden geçirme için kurulan mekanizmaların yükümlülük olarak kurulması gereken sistemde var olması gereken bekleme süresini olumsuz ve daraltıcı olarak etkilememesini öngörmektedir⁴⁶⁹.

Süre yönünden AB Şikayet Direktifi ile 4734 sayılı Kanundaki düzenlemeler benzer nitelik taşımaktadırlar. Üye ülkelerin ihaleyi yapan idarelere başvuruyu zorunlu kılması durumunda, idareye yapılan başvuruların idarenin sözleşmeyi imzalaması işlemini askıya alması sonucunu sağlayacak önlemleri almaları gerekmektedir. Elektronik haberleşme veya faks ile iletişimin mümkün olduğu durumlarda sözleşmenin imzalanması için öngörülen ihale sürecini askıya alma sürecinin, ihaleyi yapan idarenin başvuruya cevabı gönderdiği tarihten itibaren on takvim gününden az olmaması, diğer iletişim araçlarının kullanılması halinde ise askıya alma süresinin cevabın gönderildiği tarihten itibaren onbeş günden ya da cevabın tebliğinden itibaren en az on günden az olmaması gerekmektedir. Söz konusu hükümler çerçevesinde, ilgililere en az on takvim günlük bağımsız idari otoriteye başvuru hakkı tanınması gerekliliği üye ülkeler için bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır⁴⁷⁰.

⁴⁶⁸ McEwen, Jennifer “The New Procurement Remedies Directive: A Double-Edged Sword”, **EU & Competition**, March 2008, s.66, Çevrimiçi: <http://www.blplaw.com>, 18.09.2012.

⁴⁶⁹ Şikayet Direktifi m. 2a. (Direktife 2007 yılında yapılan değişiklikle girmiştir.) NHS European Office, “The New EU Remedies Directive: Prudent Procurement is of the Essence”, Briefing, Brussels, January 2010, Issue 5, s.2, Çevrimiçi: www.nhsconfed.org/europe, 12.12.2012.

⁴⁷⁰ Patrick, McGovern / Curran, Peter, “Important Developments in Public and Utilities Procurement Law and Remedies”, **Arthur Cox**, Dublin, 2011, s.3 Çevrimiçi: www.arthurcox.com, 13.10.2012.

Tekliflerin değerlendirmesi işlemine ilişkin yapılacak başvurularda sürelerin hesabı yapılırken ihale kararının tebliğ tarihi dikkate alınmaktadır. Bununla birlikte ihale kararının gerekęersiz olması durumunda, isteklilerce karar gerekęesinin sorulması halinde sürenin başlangıcının karar gerekęesinin tebliğinden mi yoksa gerekęersiz kararın tebliğinden itibaren mi başlayacağı konusunda tartişma bulunmaktadır. Kurul gerekęersiz ihale kararının tebliğ tarihini esas alarak karar gerekęesini dikkate alarak yapılan ve bu tarih esas alındığında süresi geçen başvuruları süre yönünden reddetmektedir⁴⁷¹. Bununla birlikte Ankara 5 inci İdare Mahkemesi bu konuyla ilgili kararında; *“Her ne kadar davalı idarece, farkına varma tarihi idarece gerekęelerin bildirilme talebine ilişkin cevabı yazısı ile değil kesinleşen ihale kararının tebliğ tarihi olan 11.12.2006 tarihinin kabul edilmesi gerektiği savunulsa da, idarece başvuruya verilen cevap 22.12.2006 tarihinde davacıya tebliğ edildiğinden ve İhalelere Karşı Yapılacak Başvurulara Ait Tebliğin açık düzenlemesi ile kararın gerekęelerinin bildirim tarihinin esas alınması gerektiği açık olduğundan ve başvuru ve itiraz süresi içinde yapıldığından; davacının yapmış olduğu itirazın şikayet başvurusunun şikayetin süresinde olmadığı gerekęesiyle reddi yönündeki Kamu İhale Kurumunun kararında hukuka uyarlılık görülmediği”* gerekęesiyle dava konusu işlemin iptaline karar vermiřtir⁴⁷². İdare Mahkemesinin bu kararı zerine KİK temyiz başvurusu yapmış ancak Danıştay da yerinde bir görüş ile açık olarak belirtmese de, gerekęeli ihale kararının esas alınması gereken tebliğ tarihi olması gerektiğini zımnen belirtmiřtir⁴⁷³.

⁴⁷¹Kamu İhale Kurulunun 26.03.2007 tarihli ve 2007/UH.Z-1149 sayılı kararı.

⁴⁷²Ankara 5. İdare Mahkemesi, 31.10.2007, E:2007/403, K:2007/1666.

⁴⁷³D13Da, 25.10.2011, E: 2008/1979, K:2011/4672: *“Uyuşmazlık konusu ihalede kesinleşen ihale kararının 11.12.2006 tarihinde davacı şirkete elden tebliğ edildiği, davacı şirket tarafından 18.12.2006 tarihinde tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılmasının gerekęelerinin idareden sorulduğu, idarenin bu başvuruya ilişkin cevabının 22.12.2006 tarihinde davacıya elden tebliğ edildiği anlaşıldığından, anılan Kanunun 42. maddesinin 1. fıkrasına göre 22.12.2006 tarihinden itibaren üç işgünü içerisinde sözleşmeye davet yazısının tebliğe çıkarılıp davet yazısının tebliğ tarihini izleyen on gün içerisinde sözleşme imzalanabileceğinden....”*

2.2. Özel Nitelikli İdari Başvuru Süreleri

4734 sayılı Kanunda yer alan on günlük genel idari başvuru süresi dışında özel olarak belirtilmiş ve belli işlem ve eylemlere yönelik olan, ayrık şikayet süreleri ve durumları da mevcuttur⁴⁷⁴. Özel başvuru sürelerinin olduğu durumlarda genel başvuru süresi uygulanmamakta olup⁴⁷⁵ iptal davalarına özgü bu ilkenin idari başvurularda da geçerli olduğu kanaatindeyiz. İhale işlemlerinde bu özel durumlar; ihale dokümanına yönelik şikayet, ihalenin iptaline ilişkin şikayet ve itirazın şikayet ile pazarlık usulünün uygulandığı bazı hallere ilişkin şikayet ve itirazın şikayet başvurusu şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

2.2.1. İhale Dokümanına Yönelik Şikayet Başvuru Süresi

İhale dokümanına ilişkin olarak şikayet başvuruları ancak istekli olabilecekler tarafından yapılabilmektedir⁴⁷⁶. İstekli olabilecekler, şikayete ilişkin durumun farkına vardıkları ya da farkına vardıkları varsayılan tarihten itibaren on gün içinde idareye şikayet yoluna başvurabilirler⁴⁷⁷. Bu genel sürenin yanında istekli olabileceklere ihale dokümanına yönelik yapacakları şikayetlere ilişkin bir sınırlama daha getirilmiştir. Buna göre şikayet başvuruları mutlak suretle bu on günlük süre içerisinde yapılacak ve ayrıca en geç ihale veya son başvuru tarihinden üç iş günü

⁴⁷⁴ Benzer şekilde genel idari dava açma süreleri dışında özel dava açma süreleri de mevcuttur. Gözübüyük/Tan, (İdari Yargı), s.818-819.

⁴⁷⁵ Gözübüyük, (Yargı), s.402.

⁴⁷⁶ Önüt, s.133.

⁴⁷⁷ Kamu İhale Kurulunun 21.12.2010 tarih ve 2010/UH.II-3834sayılı kararından: “Yapılan inceleme sonucunda, başvuru sahibinin 2 nci iddiasında yer alan hususların ihale dokümanına yönelik olduğu, başvuru sahibinin 27.09.2010 tarihinde ihale dokümanını satın aldığı, yukarıda alıntılanan mevzuat hükümleri gereğince söz konusu iddia bakımından şikayet konusu işlemin farkına varıldığı tarihin 27.09.2010 olarak kabul edilmesi gerektiği, yine alıntılanan mevzuat hükümleri doğrultusunda ihale dokümanının, ihale ilanına yansımayan hükümlerine yönelik olarak idareye yapılacak başvuruların ihale dokümanının satın alındığı tarihi izleyen 10 gün içerisinde yapılması gerekirken, idareye yapılan şikayetin bu tarihten daha sonraki bir tarih olan 10.11.2010 tarihinde yapıldığı ve bu başvuruya idarece verilen cevap üzerine Kuruma itirazın şikayet başvurusunda bulunulduğu tespit edildiğinden başvuru sahibinin 2 nci iddiasının, uygun sürede idareye şikayet başvurusunda bulunulmaması nedeniyle reddedilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.”

öncesine kadar yapılabilecektir⁴⁷⁸. Yani şikayet başvuruları için ikinci bir kısıtlama daha ortaya atılmıştır ki o da “sınır zaman” şeklinde ve “ihale gününden üç iş günü öncesi” olarak belirlenmiştir⁴⁷⁹.

İhale gününden önceki üç iş günü şeklinde belirlenen sınırlama sadece istekli olabilecekler için konulmuş bir sınırlamadır ve ihalenin değerlendirme aşamasındaki işlemleri kapsamadığından isteklileri kısıtlamamaktadır. Benzer şekilde ihale dokümanına süresinde şikayet başvurusu yapıldıktan sonra, itirazın şikayet başvuru aşamasında –başvuru dokümana yönelik olsa dahi- on günlük süre dışında bir sınırlama bulunmamakta, yani dokümana yönelik başvurularda üç işgünlük süre sadece şikayet başvuruları için getirilmiş bulunmaktadır.

⁴⁷⁸Kamu İhale Kurulunun 20.02.2012 tarih ve 2012/UH.III-1016sayılı kararından: “Yapılan inceleme neticesinde; şikâyete konu ihalenin 20.01.2012 tarihinde 4734 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin (f) bendine istinaden gerçekleştirildiği, dört firmaya doküman satıldığı, başvuru sahibinin 20.01.2012 tarihinde doküman satın aldığı, başvuru sahibinin özet olarak, ihalenin yeterli süre öncesinde duyurulmadığı, dokümana ilişkin açıklama talebinde bulunmak için zaman kalmadığı ve şartnamede mevzuata aykırı düzenleme bulunduğu iddiası ile 23.01.2012 tarihinde idareye şikâyette bulunduğu, idarenin şikâyet dilekçesine 01.02.2012 tarihinde faks ile gönderilen yazı ile cevap verdiği, idarenin cevabında; söz konusu ihalenin ilan edilme zorunluluğu bulunmadığı, ihaleye en az üç firmanın davet edildiği, dört firmanın doküman satın aldığı, ayrıca dokümana yönelik olarak en az üç iş günü öncesine kadar şikâyette bulunulabileceği belirtilerek şikâyet başvurusunun reddedildiği, başvuru sahibinin 03.02.2012 tarihinde Kuruma başvurduğu, idareye şikâyette buldukları ancak idarenin şikâyet dilekçeleri üzerine cevap vermediği hususunun belirtildiği anlaşılmıştır.

4734 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin (f) bendine istinaden gerçekleştirilen ihalelerin ilan edilme zorunluluğu bulunmamakta ve ihale için en az üç isteklinin davet edilmesi yeterli olmaktadır.

Netice itibarıyla, 20.01.2012 tarihli ihalede, ihale dokümanındaki düzenlemeye karşı, yukarıda yer verilen mevzuat hükümlerine uygun olarak, ihale tarihinden 3 (üç) işgünü öncesine kadar başvurulmadığı anlaşılmıştır. Bu itibarla, 4734 sayılı Kanunun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince başvurunun süre yönünden reddi gerekmektedir.”

⁴⁷⁹Üç iş günü öncesine kadar ihale dokümanına karşı şikayet başvurusunda bulunma zorunluluğu kuralı 4734 sayılı Kanuna 5812 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile getirilmiştir. “**55 inci maddeye 5812 sayılı Kanunla getirilen değişiklik gerekçesi:** 4734 sayılı Kanunun 55 inci maddesinde yapılması öngörülen değişiklikle, şikayet ve itirazın şikayet süreçlerinin mümkün olan en kısa süre içerisinde sonuçlanmasının temini bakımından; idareye yapılan şikayet başvuru süresi Kanunun 21 inci maddesinin (b) ve (c) bentlerine göre yapılan ihalelerde on beş günden beş güne, diğer hallerde ise on beş günden on güne, idarenin şikayete cevap verme süresi otuz günden on güne, Kuruma itirazın şikayet başvuru süresi ise on beş günden on güne indirilmektedir. Ayrıca ilan ve ihale dokümanına yönelik şikayet başvuru sürelerinin başlangıcının hangi gün olduğu hususuna da bir kesinlik kazandırılmaktadır.

İhale dokümanına ilişkin başvurulardan beklenen faydanın elde edilebilmesi için başvurunun ihale tarihinden önce yapılması gerektiğinden, dokümana ilişkin şikayetlerin başvuru süresi içinde olmak kaydıyla en geç ihale tarihinden üç iş günü öncesine kadar yapılabileceği kuralı getirilmektedir.”

Öncelikle mevzuatta yer alan bu sınırlamanın benzerinin 2577 sayılı Kanunda bir karşılığı bulunmadığını, ihale işlemlerine ve özelde ihalenin hazırlık işlemlerine mahsus bir durum olduğunu belirtmek gerekir.

Kurul, ihale dokümanına yönelik şikayetlerin ihalenin her aşmasında ileri sürülememesinin sebeplerini, yani bir bakıma ihale dokümanına yönelik şikayetler için konulmuş bulunan zaman sınırlamasının gerekçelerini; şikayet hakkının kötüye kullanılmasının engellenmesi⁴⁸⁰ ve var olan butlan halinin sınırsız bir zaman dilimi içerisinde ileri sürülmesinin mümkün bulunmadığı sebepleriyle açıklamaktadır⁴⁸¹. Kurul'un bu gerekçelerine katılmak mümkün değildir, zira dokümana itiraz için üç iş günü şeklinde konulan sınırlama olmasaydı, ihale dokümanı hükümleri sonsuza dek şikayet tehdidi altında kalmayacak idi. Bu durumda genel şikayet süresi olan on günlük süre zaten mevcut olduğundan, dokümana şikayet ihtimali on günlük süre ile sınırlı olacaktı. Gerçek anlamda ihaleye katılma niyeti olmayanların, katılımcıları ve idareyi şikayet tehdidi altında tutmalarının üç iş günü şeklinde sınırlamayla engellenmesi gerekçesine de katılmak mümkün gözükmemektedir, zira şikayetin kötü niyetle kullanılacağı ihtimaline binaen, şikayet hakkını ortadan kaldırmak ya da kullanılamaz hale getirmek, ihtimal dahilindeki hakkın kötüye kullanılmasından çok

⁴⁸⁰ Kamu İhale Kurulunun 21.05.2012 tarih ve 2012/UH.I-2198 sayılı kararından: “4734 sayılı Kanununun 55 inci maddesi ile İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin 5, 6 ve 7 nci maddelerinde hüküm altına alınan başvuru koşulları ve bu kapsamda belirlenen süre ve ehliyetle ilişkin normlar, **şikâyet hakkının kötüye kullanılmasını engelleme amacına matuftur**. Öyle ki, sürelerin başlangıcında esas alınmak üzere; fiili olarak farkına varma tarihinin hemen yanında “farkına varılmış olması gereken tarih” şeklinde bir karine belirlenmiş ve böylece gerek şikâyet hakkının kötüye kullanılması hususunda ispat yükü tersine çevrilmiş gerekse de istektilerin basiretli davranma sorumluluğunun altı çizilmiştir.

⁴⁸¹ Kamu İhale Kurulunun 12.07.2010 tarih ve 2010/UH.I-2039 sayılı kararından: “Diğer taraftan, bir ihale dokümanında kanuna açıkça aykırılık ihtiva eden düzenlemelere karşı şikayet başvurularının, ihale sürecinin her aşamasında yapılabileceği yönündeki iddianın şikayet sisteminin temelinde mevcut olan **“bir hakkın kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz”** ilkesinin dışına çıkılması anlamına geleceği, bu noktada süresinde yapılmayan bir şikayet başvurusuna konu edilen iddiaların; **rakipleri tehdit veya maddi çıkar sağlama amacıyla kullanılması ve Kurumun kartel tipi oluşumların cezalandırma süreçlerine alet edilmesi ihtimallerinin bertaraf edilmesinin ancak şikayet sisteminin sürelerle ilişkin katı kurallarının varlığıyla mümkün olabilecektir**. Burada, esasında başvuru sahibinin iddiasının; açıkça kanuna aykırılık nedeniyle mutlak butlanla batıl olan bir hukuki işlemin geçersizliğinin her zaman ve her aşamada, yani hak düşürücü şikayet sürelerinin kaçırılmış olup olmadığına bakılmaksızın ileri sürülebileceği ile ilgili olduğu anlaşılmalıdır. Ancak, Yargıtay’ın emsal kararlarından da anlaşılacağı üzere; mutlak butlanın ‘dürüstlük kuralına’ aykırı bir şekilde dermeyeran edilemeyeceği, zira bir hukuki işlemde var olan butlan sebebinin varlığına, umulan bir menfaat nedeniyle belli bir süre sesiz kalan tarafın daha sonra umduğu menfaati elde edememesi sebebiyle butlanı dermeyeran edebileceğini kabul etmenin adalet duygusunu örseleyecektir.”

daha vahim yapısal sorunlara sebep olabilmekte, birçok kamu alımının şikayet ve dava denetiminden hariç tutulmasına neden olabilecek durumlara yol açabilmektedir.

Belirtilen üç iş günlük sınırlama ile şikayet hakkı, pratikte bazı hallerde on günden daha az bir süreye düşebilecek ve hatta hiç kullanılmayacak duruma gelebilecektir⁴⁸². İhale gününden üç iş günü öncesine kadar dokümana yönelik şikayet başvurusu yapılması zorunluluğu getirilmesi ile, idarelerin ihale saatine kadar ihale dokümanını satın alma zorunluluğu ortadan kalkmamıştır⁴⁸³. İhale gününden on gün önce ihale dokümanını satın almış bulunan istekli olabilecekler için şikayet süresi, fiilen on günün altına düşmekte ve şikayet hakkı için tanınan süre daralmaktadır. Herhangi gerçek veya tüzel kişinin ihale gününden üç iş günü öncesi ihale dokümanını satın alması durumunda ise, bu kişi istekli olabilecek statüsüne girmiş olmasına rağmen, bu statünün doğal olarak sahip olduğu ihale dokümanına karşı şikayet başvuru hakkına hiçbir zaman sahip olamayacaktır. Zira her ne kadar içinde bulunduğu istekli olabilecek statüsü kendisine on günlük şikayet hakkı tanısa dahi, ihale dokümanına karşı şikayet hakkının kullanılması ile ilgili olarak konulmuş bulunan zaman sınırlaması, bu hakkı filli olarak kullanılamaz hale getirmektedir⁴⁸⁴.

İhale dokümanına yönelik yapılacak şikayet başvurularında yer alan bu özel zaman sınırlamasının, bazı hallerde Anayasada yer alan idari işlemlere karşı dava

⁴⁸²Benzer bir sorun vergi uyuşmazlıklarının nitelendirilmesinde ortaya çıkmaktadır. Bir işlemin genel idari dava süresine mi yoksa vergi uyuşmazlıklarına ilişkin süreye mi tabi olacağı konusunda tereddüt bulunması halinde, dava hakkının kaybedilmemesi için davanın otuz gün içinde açılmasında yarar vardır. Gözübüyük, (Yargı), s.402.

⁴⁸³Işık, s.60.

⁴⁸⁴Kamu İhale Kurulunun 09.05.2011 tarih ve 2011/UM.II-1586 sayılı kararından: “Başvuru dilekçesi ve eklerinin incelenmesi neticesinde; başvuru sahibinin 26.04.2011 tarihinde ihale dokümanı satın aldığı ve aynı tarihte ihale dokümanına ilişkin olarak idareye şikayette bulunulduğu, ancak dokümana ilişkin şikayetin yukarıda yer verilen hükümlere göre; süresinde yapılmadığı, idarenin 27.04.2011 tarihli yazısı ile; ihale dokümanına yönelik şikayetin reddedildiği, idarenin cevabının başvuru sahibinin beyanına göre 27.04.2011 tarihinde bildirildiği ve idarenin cevabı üzerine 03.05.2011 tarihinde Kuruma başvurulduğu anlaşılmıştır.

Kamu İhale Kurumuna itirazın şikayet başvurusunda bulunulabilmesinin ön koşulu, idareye usulüne uygun olarak şikayet başvurusunda bulunulmasıdır.

Netice itibarıyla, ihale dokümanındaki düzenlemeye yukarıda yer verilen mevzuat hükümlerine uygun olarak en geç ihale tarihinden (29.04.2011) üç iş günü öncesine kadar (25.04.2011) yapılabilecekken 26.04.2011 tarihinde yapıldığı, dolayısıyla süresinde başvurulmadığı anlaşılmış olduğundan, 4734 sayılı Kanununun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince başvurunun süre yönünden reddi gerekmektedir.”

hakkını tamamen ortadan kaldırabilme ihtimali de önemli bir sorun teşkil etmektedir. Zira 4734 sayılı Kanun, şikâyet başvuru yolunun yargı öncesi tüketilmesi zorunlu bir yol olduğunu belirtmiştir⁴⁸⁵. Uygulamada, ihale dokümanının önce ihaleye katılması isteyenler tarafından idarede görüldüğü ve ihaleye katılma niyetlerinin açığa vurulmaması için ihaleye birkaç gün kala satın alındığı durumlara sıkça rastlanılmaktadır⁴⁸⁶. İhaleye üç iş günü kaldıktan sonra ihale dokümanını satın alan ve bu işlemlerde hukuka aykırılık olduğunu fark eden istekli olabilecekler, şikâyet hakkını ve bunun doğal sonucu olarak Anayasanın 125 inci maddesinde kendilerine verilmiş olan dava haklarını hiç elde edemedi kaybetmiş olacaktırlar. İdare Mahkemesi de aşağıda alıntı yapılan kararında, şikâyet hakkının hiç doğmadan kaybedilmesini hukuka aykırı bulmuştur⁴⁸⁷.

Normlar hiyerarşisi bilindiği üzere alt düzey normların üst düzey normlara uyumlu olmasını gerektiren önemli bir hukuk ilkesidir⁴⁸⁸. Bazen alt norm doğrudan doğruya üst norma lafzi olarak aykırı olmamakla beraber, bu üst normu fiilen kullanılamaz hale getirebilmektedir. Bu durumlarda da alt normu üst norma aykırı görmek ve üst norma uygun hale getirmek normlar hiyerarşisinin gereğidir. Belirtilen sebepler çerçevesinde bakıldığında, ihale gününden üç iş günü öncesi olarak ihalenin hazırlık işlemleri için belirlenmiş zaman sınırlaması, dolaylı olarak Anayasa hükmünü uygulanmaz hale getirebilecek nitelikte bir kanun hükmü olduğundan,

⁴⁸⁵4734 Sayılı Kanun m. 54/2.

⁴⁸⁶Gencer, Hüseyin, Kamu İhale Kanunu ve Uygulamadaki Sorunlar, **Mali Hukuk**, Y.18, Kasım – Aralık 2003, S. 108, s.10. (Uygulamadaki Sorunlar)

⁴⁸⁷Ankara 14. İdare Mahkemesi 29.12.2010 tarih ve E:2010/2265 sayılı kararından: “*Dava, Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğü İdarî ve Malî İşler Dairesi Başkanlığı tarafından 02/07/2010 tarihinde pazarlık usûlü ile yapılan "Hizmet Alımı" ihalesine ilişkin olarak ihaleye davet edilmeyen davacı şirketin yaptığı itirazın şikâyet başvurusunun süre yönünden reddedilmesine yönelik Kamu İhale Kurulu'nun 26/07/2010 gün ve 2010/UH.II-2177 sayılı kararının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılmıştır.*

Dava konusu olayda; başvuru konusu ihalenin ihale onay belgesi tarihinin 28.06.2010 günü olduğu, ihaleyi yapan idarece, 01.07.2010 gününde davacı şirkete ihale dokümanının satıldığı, ihale tarihinin 02.07.2010 günü olması nedeniyle başvuru sahibi tarafından ihale dokümanının satın alındığı günde (01.07.2010 tarihinde) idareye şikâyet başvurusunda bulunulduğu görülmüştür.

Bu duruma göre; ihale dokümanında görüldüğü aykırılıklar nedeniyle ihale tarihinden üç işgünü öncesine kadar şikâyet etme hakkı hiç doğmadığı anlaşılan davacı şirketin itirazın şikâyet başvurusunun süresi içerisinde idareye başvuruda bulunmadığı gerekçesiyle süre yönünden reddine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmemiştir.”

⁴⁸⁸Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.47.

kaldırılmasının gerek normlar hiyerarşisine uygunluk ve gerekse de idari başvuru ve dava hakkın kullanılmasının sağlanması yönünden uygun olacağı kanaatindeyiz.

İhale mevzuatında yer alan “işgünü” ve “gün” şeklindeki farklı süre kavramları da, bazen uygulamada gün hesabını da zor hale getirmekte ve istekli olabileceklerin şikayet haklarının kullanılmasına engel olabildiği gibi, bazen de tekliflerin sıhhatini etkilemektedir⁴⁸⁹. Ülkemizde sıkça uygulanagelen resmi tatiller arasında idari izin⁴⁹⁰ gibi hususlar ise bu uygulamayı daha da zorlaştırıcı sonuçlar doğurmakta ve birçok şikayet, süre yönünden reddedilmektedir⁴⁹¹. Aynı şekilde, bayram günü öncesi (arife) tatili uygulaması çerçevesinde bu günler için öngörülen yarım gün tatil uygulaması da çeşitli zorluklara ve hesap hatalarına sebep olabilmekte ve ilgilileri tereddüde düşürebilmektedir⁴⁹². Gerek idari izin günleri ve gerekse arife günleri, iş günü olarak kabul edilmekte ve şikayet başvuru süresinde hesaba dahil edilmektedir⁴⁹³.

⁴⁸⁹Kamu İhale Kanununda yer alan sürelerden iş günü olanlar açıkça yazıldığından, eğer herhangi bir süre önünde “iş günü” ibaresi bulanmazsa, söz konusu süreyi takvim günü olarak kabul etmek gerekir. Bastık, 76.

⁴⁹⁰İdari izin günleri resmi tatil günleri olarak nitelendirilemeyeceğinden, bu günler iş günü olarak dikkate alınır. Aksoy/Şimşek, s. 319.

⁴⁹¹Kamu İhale Kurulunun 12.01.2009 tarih ve 2009/UH.III-230 sayılı kararından: “Şikayete yol açan durumun farkına varıldığı 27.11.2008 tarihini izleyen onbeş gün içinde, en geç 12.12.2008 tarihinde idareye şikayet başvurusunda bulunması gerekirken, bu süre geçtikten sonra 15.12.2008 tarihinde şikayet başvurusunda bulunduğu, bu başvuruya idarece verilen cevap üzerine Kuruma itirazın şikayet başvurusunda bulunulduğu, başvuru sahibinin idareye başvurması için son günün 12.12.2008 Cuma günü olduğu, belirtilen tarihin tatil gününe değil idari izin gününe denk geldiği anlaşılmıştır. ... Başvurunun uygun bulunmadığına, Oybirliği ile karar verildi.”

⁴⁹²Kamu İhale Kurulunun 14.05.2007 tarih ve 2007/AK.H-1075.1 sayılı kararından: “Başvuru dilekçesinde özetle; Söz konusu ihaleye ait ihale dokümanını satın aldıkları, idareye mevzuata aykırı düzenlemeler ile ilgili şikayet başvurusunda buldukları, idarenin şikayet başvurusunun reddine karar verdiği, idarenin cevabında dokümanda yer alan 9 günlük resmi ve dini bayram günü ile şikayetlerine konu 10,5 günlük resmi ve dini bayram gün sayıları arasında yer alan 1,5 günlük farkın İş Kanununda belirlenen yarım günlük arife günlerinden kaynaklandığı, bu farkın önemli olmadığı ayrıca bu günlerde işçi çalıştırıp çalıştırmama insiyatifinin idarelerine ait olduğunun bildirildiği, resmi ve dini bayram günlerinin belirlenmesinin 2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanunla düzenlendiği, idarelerin ihale dokümanında isteklileri tereddüde düşürecek hiçbir düzenlemeye yer vermemek zorunda olduğu, idarenin şikayete verdiği cevapta her ne kadar sadece 9 günlük tatil süresince işçi çalıştırılacağına bildirilmişse de teknik şartnamenin değişik yerlerinde resmi ve dini bayram ve tatil günlerinde her gün için 400 işçi ile temizlik hizmeti verilecek ibarelerinden arife günlerinde de yapılacak çalışmalara ücret ödenmesinin zorunlu olduğu, ihale konusu işin süresinde 10,5 takvim günü resmi ve dini bayram bulunduğu, 9 gün çalışılacağına düzenlenmesinin hatalı olduğu..... iddialarına yer verilmiştir.”

⁴⁹³Kamu İhale Kurulunun 27.12.2010 tarih ve 2010/UH.II-3985 sayılı kararından: “...tatil günlerinin sürelerle dahil olduğu, sürenin son gününün tatil gününe rastlaması halinde sürenin, tatil gününü

Şikayet süresini kısaltan ve bazen uygulanamaz hale getiren ve dolayısıyla Anayasa ile tanınan idari dava açma hakkını da fiilen ortadan kaldıran sınırlamaların varlığına esastan karşı olmakla beraber, eğer böyle bir hüküm mutlaka olacak ise, en azından bu sürelerin, ilgililer tarafından kolayca anlaşılabilir şekilde “işgünü” ya da “gün” ibarelerinden sadece birinin seçilerek kullanılmasının, şikayet hakkının etkinliğini arttıracığı kanaatindeyiz.

Uygulamada süre kavramının düzenlenmesinden kaynaklanan sorunların, daha ortaya çıkmadan önce düzenleme yapılması aşamasında fark edilip, önlenmesi “düzenleyici etki analizi” ile mümkün olabilmektedir. Bir normun düzenlenmesinde sadece üst norma uygunluk değil aynı zamanda bu normun pratikte nasıl karşılık bulacağı ve ilgililerin haklarını nasıl etkileyeceği konusunda araştırma yapmak da düzenleyici etki analizi şeklinde adlandırılan anlayışın bir gereğidir. Bu ilke çerçevesinde genel düzenleyici işlem ihdas edenler, bu işlemin muhtemel hukuki ve fiili sonuçlarını ve oluşabilecek algıları dikkate alarak düzenleyici işlem yapmak durumundadırlar⁴⁹⁴. Düzenleyici etki analizi yapma hususu ayrıca Başbakanlık tarafından çıkarılan, Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik’te

izleyen ilk iş gününün bitimine kadar uzayacağı, sürenin hesabında idari izin günleri resmi tatil günü olarak sayılmadığından, idari izin günlerinin iş günü olarak dikkate alınacağı anlaşılmaktadır.

İnceleme konusu ihale 23.11.2010 Salı günü yapılmış olup, ihale dokümanına yönelik şikayet başvurularının şikayet konusu durumun farkına varıldığı tarihi izleyen 10 gün içinde ve anılan tarihten üç iş günü öncesine kadar idareye yapılması gerekmektedir.

Başvuru sahibinin şikayet konusu durumun farkına vardığı tarih ihale dokümanını satın aldığı 11.11.2010 Perşembe günüdür ve başvuru sahibi tarafından idareye aynı gün şikayet başvurusunda bulunulmuştur. Böylece, mevzuatın ihale dokümanına yönelik başvuru süresine ilişkin belirlediği iki koşuldan biri olan şikayete konu işlemin farkına varıldığı tarihi izleyen 10 gün içinde başvuruda bulunulması koşulu yerine getirilmiştir.

15 Kasım 2010 Pazartesi gününün öğleden sonrası ile 16 -19 Kasım 2010 tarihlerinin Kurban Bayramı tatili, 20-21 Kasım 2010 tarihlerinin ise hafta sonu tatili olduğu ve 15 Kasım 2010 Pazartesi gününün öğleden önceki kısmı idari izin olarak kabul edildiğinden iş günü niteliğinin devam ettiği hususları birlikte dikkate alındığında; ihale tarihi olan 23.11.2010 Salı gününden üç iş günü (22 Kasım 2010 Pazartesi günü, 15 Kasım 2010 Pazartesi günü ve 12 Kasım 2010 Cuma günü) öncesi 11.11.2010 Perşembe günü olmaktadır. Bu itibarla, başvuru sahibi tarafından idareye 11.11.2010 tarihinde şikayet başvurusunda bulunulduğundan, mevzuatın ihale dokümanına yönelik başvuru süresine ilişkin belirlediği ikinci koşul olan ihale tarihinden üç iş günü öncesi koşulu da sağlanmıştır. Başka bir ifadeyle, başvuru yasal süresi içerisinde yapılmıştır.”

⁴⁹⁴ Karaosmanoğlu, H. Sebahat, **Düzenleyici Etki Analizi ve Türkiye Uygulaması**, Devlet Planlama Teşkilatı Yayınları, Yayın no: 2691, s. 11-14; Kaymak, Hasan, “Düzenleyici Etki Analizi”, **Maliye Dergisi**, S. 146, Mayıs – Ağustos 2004, s. 112-115; Güngör, Müberra/ Evren, Gökhan “Düzenleyici Etki Analizi Kapsam, Uygulama, Deneyimler ve Öneriler”, y.y., 2009, s. 6-11.Çevrimiçi: tk.gov.tr, 10.08.2012.

belli şartlar altında kanunlar ve kanun hükmünde kararname için zorunlu hale getirilmiştir⁴⁹⁵. İhale mevzuatında, özellikle bu mevzuat içinde geniş kitleleri ilgilendiren şikayetle ilgili bir hususun düzenleme konusu yapılması aşamasında düzenleyici etki analizi metodunu kullanmak, pratikte ortaya çıkabilecek sorunların daha doğmadan önlenmesine yardımcı olabilecektir.

BM Model Kanunda ihale dokümanına yönelik şikayetler için belli bir gün sınırlaması getirilmemiş, tekliflerin alınmasının son gününe kadar idari başvurunun yapılabileceği belirtilmiştir. 4734 sayılı Kanunda ise dokümana ve ön yeterlik işlemlerine karşı, bu işlemin tebliğinden itibaren on gün içerisinde başvuruda bulunulması zorunluluğu getirildiği gibi, ihale dokümanına ilişkin şikayet başvurularında ayrıca ihale gününden üç iş günü öncesine kadar şikayetlerin sunulması gerekliliği gibi bir zaman sınırlaması daha getirilmiştir. Daha önce de belirtildiği üzere ihale dokümanına yönelik yapılacak şikayetler için belirlenen üç iş günü şeklindeki zaman sınırlaması bir çok durumda şikayet ve itirazın şikayet ve hatta Anayasada güvence altına alınan dava hakkını kullanılamaz hale getirmekte olduğundan, Model Kanunda yer alan ihale dokümanındaki hükümlere yönelik idari başvurular hakkındaki düzenlemenin herhangi bir gün sınırlaması içermeyip sadece tekliflerin son sunulma gününü temel alarak idari başvuru hakkını kolaylaştırdığı ve genişlettiği hususları göz önünde bulundurulduğunda, Model Kanundaki ihale dokümanına yönelik idari başvurular ile ilgili süre yönünden yapılan düzenlemelerin, 4734 sayılı Kanundaki düzenlemelere idari başvurunun etkinliğinin sağlanması yönüyle önde geldiği kanaatindeyiz.

2.2.2. İhalenin İptali İşlemine Karşı İdari Başvuru Süreleri

İhalenin iptali işlemlerine karşı idari başvurular, uygulamada en çok soruna ve dolayısıyla hak kaybına neden olabilecek şekilde düzenlenen özel bir başvuru sistemine tabi tutulmuşlardır.

⁴⁹⁵ Ekici, Birol/ Çelik, Mehmet “Düzenleyici Etki Analizi: Analiz Süreci ve Uygulama”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt: 40, Sayı: 1, Mart 2007, s.153.

Kanunda, ihalenin iptali işlemlerine karşı idari başvuru prosedürünün iki farklı şekilde olabileceği hüküm altına alınmıştır. İhalenin iptali kararları, “*iptalin nasıl yapıldığı*” ölçütü kullanılarak iki farklı gruba ayrılmış ve bu doğrultuda farklı iki idari başvuru rejimi oluşturulmuştur. Buna göre ihale, herhangi bir şikayet ya da itirazın şikayet başvurusu olmaksızın idarece kendiliğinden iptal edilmişse, bu ihalenin iptali kararına karşı şikayet ve itirazın şikayet başvurusu yapılamayacaktır⁴⁹⁶. Diğer durumda yani, ihalenin şikayet ya da itirazın şikayet başvurusu yapıldıktan sonra idare tarafından iptal edilmesi halinde, ihalenin iptali işlemine karşı yine şikayet hakkı bulunmamakta, fakat doğrudan KİK’e itirazın şikayet başvurusu yapılabilmektedir. Söz konusu husus aşağıda alıntı yapılan İdare Mahkemesi kararında da açıkça belirtilmektedir⁴⁹⁷.

⁴⁹⁶Eftekin, s.93.

⁴⁹⁷Ankara 3. İdare Mahkemesinin 30.12.2009 tarihli E:2009/1304 sayılı kararından: “*Dosyanın incelenmesinden; Ankara Eğitim ve Araştırma Hastanesi tarafından 09.04.2009 tarihinde gerçekleştirilen "Ameliyathane Örtüleri Alımı İhalesi" üzerinde kalan davacı Şirket tarafından ihaleye konu işin 3. kalemi olan "Genel Cerrahi Örtü Seti" alımının ihale yetkilisince 01.06.2009 tarihinde iptal edilmesi üzerine, 15.06.2009 tarihinde ihaleyi gerçekleştiren İdareye şikayet başvurusunda bulunulduğu, bu başvuru ile ilgili olarak alınmış herhangi bir karar bulunmaksızın 22.06.2009 tarihinde bu sefer davalı Kuruma itirazın şikayet başvurusunda bulunulduğu, ancak başvurunun 4734 sayılı Kanun ile İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin ilgili hükümleri gereği "Genel Cerrahi Örtü Seti" alımının iptal edildiğinin iadeli taahhütlü olarak bildirildiği 03.06.2009 tarihinden itibaren davacının tebellüğü edilmiş sayılacağı 10.06.2009 tarihinden itibaren beş gün içerisinde itirazın şikayet başvurusunun yapılmadığı gerekçesiyle dava konusu 29.06.2009 tarih ve 2009/UM.III-1778 sayılı Kamu İhale Kurulu kararı ile başvurunun süre yönünden reddedildiği anlaşılmaktadır.*

Uyuşmazlıkta; yukarıda yer verilen 4734 sayılı Kanununun 56. maddesinde yer alan düzenleme kapsamında ihalenin iptaline ilişkin işlem ve kararlardan, sadece şikayet ve itirazın şikayet üzerine alınanların itirazın şikayete konu edilebileceği ve bu kararlara karşı beş gün içinde doğrudan Kuruma başvuruda bulunulabileceği ortada iken, doğrudan Kamu ihale Kuruma yapılan itirazın şikayet başvurusunun Kamu İhale Kurulunca incelenemeyeceği çok açıktır.

Bu durumda; Kamu İhale Kurulu'nun karar verebileceği bir itirazın, bulunmamasına karşın ilgiliye bu yönde bir yanıt verilmesi gerekirken bu itirazla ilgili olarak alınan dava konusu kararda hukuka uyarlık görülmemektedir.”

2.2.2.1. İhalenin Şikayet veya İtirazen Şikayet Başvurusu Üzerine İptali İşlemine Yönelik İtirazen Şikayet Başvurusunda Süre

Kanunun belirtilen düzenlemesi çerçevesinde, ihalenin şikayet ve/veya itirazen şikayet başvuruları üzerine ihale yetkilisince iptali sonucunda, ilgililerin idareye şikayet hakkı bulunmamaktadır⁴⁹⁸. İlgililer bu şekilde oluşan ihalenin iptali işlemine karşı sadece ve doğrudan KİK'e beş gün içerisinde itirazen şikayet başvurusunda bulunabilmektedirler⁴⁹⁹.

Öncelikle ihalenin iptal işlemlerine karşı şikayet hakkının 4734 sayılı Kanunun ilk şeklinde diğer ihale işlemlerinden ayrık tutulmadığı, 5812 sayılı Kanunla 2008 yılında yapılan değişiklikle bu hususun 4734 sayılı Kanuna girdiği belirtilmelidir. 5812 sayılı Kanun ihale işlemlerinin hızlı bir şekilde sonuçlandırılması genel amacıyla 4734 sayılı Kanunda değişiklik yapmış ve bu doğrultuda ihalenin iptali işlemlerine karşı şikayet başvuru yolu kapatılmıştır⁵⁰⁰. Şunu belirtilmesinde fayda var ki, şikayet başvurusu konusunda ihalenin iptali işlemleri için özel bir şikayet rejimi ortaya koymanın pratikte hiçbir faydası bulunmamakta ve bu düzenleme 5812 sayılı Kanunun genel amacı ile de uyumsuzdur⁵⁰¹. Gerek 4734 sayılı Kanun ve gerekse 5812 sayılı Kanun genel olarak ihale sürecinin hızlı bir şekilde neticelenmesini hedeflemektedirler. Bununla

⁴⁹⁸Gül, Hasan "Türk Kamu Alımları Sisteminde Kamu İhale Kurumunun Yeri ve Artan Önemi", **Dış Denetim**, Ekim-Kasım-Aralık 2010, s.10.

⁴⁹⁹Kamu İhale Kurulunun 02.01.2012 tarih ve 2012/UM.II-43 sayılı kararından: "İptal kararının başvuru sahibine 02.12.2011 tarihinde bildirildiği, başvuru sahibinin 12.12.2011 tarihinde iptale ilişkin idareye başvurduğu, idarenin şikayet başvurusuna henüz bir cevap vermediği, bunun üzerine 26.12.2011 tarihinde Kuruma iptale ilişkin itirazen şikayet başvurusunda bulunduğu anlaşılmıştır.

Şikayet veya itirazen şikayet üzerine alınan iptal kararlarına karşı süresi içinde doğrudan Kuruma itirazen şikayet başvurusunda bulunulması gerekmekte olup, başvuru sahibinin şikayete konu işlemin farkına varıldığı tarihten (02.12.2011) itibaren 5 (beş) gün içerisinde Kuruma itirazen şikayet başvurusunda bulunması gerekirken, bu süre geçtikten sonra 26.12.2011 tarihinde itirazen şikayet başvurusunda bulunduğu anlaşılmıştır. Bu itibarla, 4734 sayılı Kanununun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince başvurunun süre yönünden reddi gerekmektedir."

⁵⁰⁰ İhalenin doğrudan iptali kararlarının şikayet ve itirazen şikayet başvuru kapsamı dışında bırakılması, şikayet mekanizmasının etkinliğini azaltmakta, KİK'in görev alanını daraltmakta ve Anayasada yer alan idarenin tüm işlem ve eylemlerinin yargı denetimine açık olması kuralına aykırılık teşkil etmektedir. TUSİAD, s.3-4.

⁵⁰¹Gül, s.10.

birlikte, ihalenin idarece iptali işlemine karşı şikayet başvuru imkanının ortadan kaldırılması ile sona eren ve artık var olmayan bir ihale sürecine hız verme ihtimalinin olmadığı da ortadadır. Bu noktada amacı ile bağdaşmayan ve sebepsiz kalan bu düzenlemenin yerinde olmadığı kanaatindeyiz.

Ayrıca ihalenin iptali kararının idari başvuru üzerine mi, yoksa doğrudan mı alındığı yönündeki ayrım, hak sahiplerini gerek başvurulması gereken merci ve gerekse uygulanacak süre yönünden yanıltıcı etki göstermekte ve pratikte bazı durumlarda idari başvuru ve hatta dava hakkını kullanılamaz hale getirmektedir⁵⁰².

İhalenin şikayet ya da itirazın şikayet başvurusu sonucunda iptal edilmesi işlemine karşı genel başvuru süresinden ayrılarak çok daha kısa beş günlük itirazın şikayet süresinin öngörülmesi uygulamada sorunlara sebep olabilmektedir. Kanaatimizce genel idari yoldan farklı ve özel idari yol ihdas edilmesi durumunda Anayasanın 40 ıncı maddesi çerçevesinde, başvuru konusu olacak idari işlemde bu özel yolun gösterilmesi gerekmekte olup, gösterilmemesi halinde hak kayıplarının önüne geçilmesi adına genel idari başvuru yolunun kullanılması mümkün kılınmalıdır. İhalenin şikayet ya da itirazın şikayet başvurusu sonucu iptal edildiği durumlarda eğer iptal kararının bildiriminde, 4734 sayılı Kanunun öngördüğü ihaleler için genel idari başvuru yolu yanında özel nitelikli süre ve başvuru koşulları gösterilmemişse, genel idari başvuru yolu olan idareye başvuru ve on günlük başvuru süresi uygulamasının geçerli kabul edilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte Kurul bu görüşe katılmamakta, şikayet üzerine alınan ihalenin iptali kararlarında eğer doğrudan Kuruma gidilmemişse ve beş günlük süreye riayet edilmemiş ise başvurunun reddine karar vermektedir. Danıştay ise bizim ifade ettiğimiz görüş

⁵⁰²Kamu İhale Kurumun 26.12.2011 tarih ve 2011/UY.II-4375 sayılı kararından: “.....Netice olarak, somut olayda, ihalenin idarece iptaline dair 02.12.2008 tarihinde karar alınmadan önce idareye yapılmış şikayet başvurusu ve Kuruma itirazın şikayet başvurusu bulunduğundan iptal kararının tebliği üzerine doğrudan 5 gün içinde Kuruma başvurulması gerekmekte olup, ihalenin idarece iptali kararının başvuru sahibinin beyanına göre başvuru sahibine bildirildiği 26.03.2009 tarihini izleyen beş (5) günlük süre içinde Kamu İhale Kurumuna itirazın şikayette bulunulmadığı, dava dilekçesinin tarihi (20.05.2009) itibarıyla veya İstanbul 1. İdare Mahkemesinin 28.10.2011 tarih ve E:2011/1785, K:2011/1532 sayılı kararı ekinde dilekçenin Kurum kayıtlarına alındığı tarih (06.12.2011) itibarıyla Kuruma itirazın şikayet başvuru süresinin geçmiş olduğu anlaşılmıştır. Bu itibarla, 4734 sayılı Kanunun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince başvurunun süre yönünden reddi gerekmektedir.”

doğrultusunda özel nitelikte olan yolun ihalenin iptal kararı ile birlikte bildirilmemesi durumunda genel idari başvuru yolunun uygulanmasını hak arama hürriyetinin uzantısı olarak görmektedir. Şikayet üzerine ihalenin iptal edilmesine ilişkin bir uyuşmazlıkta, başvuru sahibinin doğrudan KİK yerine önce idareye ve daha sonra KİK'e başvurması üzerine Kurul başvuruyu süre yönünden reddetmiş⁵⁰³, başvuru sahibi idare mahkemesinde hakkını aramış ancak mahkemece bu talep reddedilmiş⁵⁰⁴ ve ardından Danıştay temyiz başvurusu üzerine Kurulun kararını ihalelere karşı idari başvuru yolunun amaç ve işlevine uygun düşen şu gerekçelerle iptal etmiştir: *“Bu durumda, ihaleyi yapan idare tarafından ihalenin iptaline ilişkin işlemin davacı şirkete bildirilmesinde, hangi kanun yolları ve mercilere başvurulacağıının ve sürelerinin belirtilmediği, Anayasa'nın 40. maddesindeki düzenleme ile son derece dağınık mevzuat karşısında idarelere, ilgililerin kaç gün içinde, hangi mercilere başvurabileceklerini bildirme yükümlülüğünün getirildiği ve bu durumun hak arama, hak ve hürriyetlerin korunması ve idarenin denetlenmesi yönünden zorunlu olduğu, başvuru süresinin kısa olması veya olağan başvuru yollarına istisna getirilmesi halinin ilgili kişilerin mağduriyetlerine yol açabileceği, ihalenin iptaline ilişkin işlemlere karşı yapılacak itirazın şikayet başvuru süresi beş gün olarak belirlenerek, Kanun'un 55. maddesinde belirlenen on günlük şikayet ve itirazın şikayet başvuru süresinden kısa düzenlendiği, bildirim yükümlülüğü yerine getirilmediğinden, davacı şirketin ihaleyi yapan idareye yapmış olduğu şikayet başvurusunun süresinde olduğunun ve bu durumun genel şikayet ve itirazın şikayet sürecinin işletilmesi hali olarak kabul edilmesi gerekeceğinden, itirazın şikayet başvurusunun 5 günlük süre içerisinde yapılmadığı gerekçesiyle itirazın şikayet başvurusunun süre yönünden reddine ilişkin dava konu işlemde hukuka uygunluk ve davayı reddeden İdare Mahkemesi kararında da hukuki isabet görülmemiştir.”*⁵⁰⁵

⁵⁰³Kamu İhale Kurulunun 04.07.2011 tarih ve 2011/UH.II-2265 sayılı kararı.

⁵⁰⁴Ankara 12. İdare Mahkemesi, 04.10.2012, E:2011/1965, K:2012/1889.

⁵⁰⁵D13D, 29.05.2013, E:2013/312, K:2013/1606.

2.2.2.2. Şikayet veya İtirazen Şikayet Başvurusu Olmaksızın, İhalenin Doğrudan İdarece İptali İşlemine Karşı İdari Başvuru Süresi

5812 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonrası 4734 sayılı Kanunda, ihalenin herhangi bir şikayet ya da itirazen şikayet başvurusu olmaksızın, doğrudan idare tarafından iptali işlemlerine karşı, idari başvuru yolu konusunda düzenleyici hüküm bulunmamaktadır. Bu noktada bu işlemlere karşı idari başvuru imkanının bulunmadığını söylemek de mümkün değildir. Zira, ihalelere ilişkin idari işlemler için özel nitelikli hükümler barındıran 4734 sayılı Kanunun uygulanmadığı durumlarda, genel idari başvuru usulünü düzenleyen 2577 sayılı Kanun uygulanacaktır. Bu çerçevede bu nitelikteki kararlara karşı, ilgililer idari başvurularını 2577 sayılı Kanun kapsamında yapabileceklerdir⁵⁰⁶.

5812 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile ihalenin doğrudan idare tarafından iptali işlemlerinin genel idari başvuru prosedürüne tabi tutulması, hak sahiplerinin başvuru için sahip olduğu sürenin artması sonucunu doğurmuştur⁵⁰⁷. Kanunla amaçlanan ve bu amaç doğrultusunda kurulan ihalelere karşı idari başvuru sisteminin genel hedefi ihale sürecini hızlı bir şekilde sürdürmek ve neticelendirmektir. İhalenin iptali ile ortada süratli bir şekilde neticelendirilmesi gereken bir ihale süreci kalmadığından, ihalenin iptali işleminin genel idari başvuru yoluna tabi olmasında herhangi bir hak ve menfaat kaybı ya da hak arama özgürlüğünün kısıtlanması değil, tersine ilgililer için bir hak genişlemesi durumu oluşmuştur. 4734 sayılı Kanunda ihale işlemlerine karşı genel şikayet başvuru süresi on gün, ihalenin şikayet ve itirazen şikayet başvurusu üzerine iptali işlemlerine karşı itirazen şikayet başvuru süresinin beş gün olduğu göz önünde bulundurulduğunda, 2577 sayılı Kanunun

⁵⁰⁶Kamu İhale Kurulunun 02.01.2012 tarih ve 2012/UY.II-50 sayılı kararından: “Anılan hükümler uyarınca şikayet ya da itirazen şikayet üzerine idare tarafından alınan ihalenin iptali kararlarına yönelik olarak yapılan itirazen şikayet başvuruları inceleme konusu yapılabilecektir. Başvuru konusu ihalede, idarece iptal kararının şikayet ya da itirazen şikayet üzerine alınmadığı tespit edildiğinden, Kuruma itirazen şikayet başvurusu yapılması mümkün bulunmamaktadır. Bu konudaki idare kararına karşı yetkili idare mahkemesine başvurulması gerekmektedir. Bu nedenle 4734 sayılı Kanunun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince başvurunun görev yönünden reddi gerekmektedir.”

⁵⁰⁷Gül, 10.

tanımış olduğu altmış günlük idari başvuru ve dava süresinin, ihalenin doğrudan idare tarafından iptali işlemleri için uygulanacak olması, ilgililer lehine başvuru süresi çerçevesinde bir hak genişlemesi sonucunu ortaya çıkarmıştır⁵⁰⁸.

2.2.3. Pazarlık Usulü İhalelerde İdari Başvuru Süreleri

4734 sayılı Kanuna 5812 sayılı Kanunla şikayet hususunda yapılan önemli değişikliklerden biri de, pazarlık usulünün⁵⁰⁹ uygulandığı bazı durumlara ilişkin özel şikayet süresi öngörülmesidir⁵¹⁰.

Daha önce de belirtildiği üzere, pazarlık usulü 4734 sayılı Kanunda istisnai ihale usulü olarak öngörülmüştür. Bir usulün istisnai olmasının doğal sonucu, o usule ancak Kanunla belirlenmiş ayırık hallerde başvurulabilmesi olup⁵¹¹, pazarlık usulü ihalenin hangi hallerde uygulanabileceği 4734 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin 1 inci fıkrasında altı bent halinde sayılmıştır⁵¹². Dolayısıyla ihalelerde pazarlık usulü ancak bu altı durumdan birinin varlığı halinde uygulanabilecektir.

4734 sayılı Kanunda değişiklik yapan 5812 sayılı Kanun pazarlık usulünün uygulanabileceği altı durumun hepsinde şikayet yönünden değişiklik yapmamış sadece 21 inci maddenin 1 inci fıkrasının (b)⁵¹³ ve (c)⁵¹⁴ bentlerinde belirtilen durumlar için şikayet süresinin on gün yerine beş gün olduğunu belirtmiştir⁵¹⁵.

⁵⁰⁸Gül ihalele işlemlerinin daha hızlı bir şekilde sonuçlandırılması gerektiği düşüncesi ile, başvuru zamanının bu şekilde uzamasını yerinde görmemektedir. Gül, 10.

⁵⁰⁹Pazarlık usulü ihale ancak belli şartların varlığı halinde uygulanabilen istisnai bir yöntemdir. Oder, s.592.

⁵¹⁰Işık, s.60.

⁵¹¹Sezer, Yasin, “Kamu İhale Kanunu: Şeffaflık ve Rekabet”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt: 35, Sayı: 4, Aralık 2002, s.70. (Şeffaflık ve Rekabet)

⁵¹²Acar, Gülnehal, “Pazarlık ve Belli İstekliler Arasında İhale Usulünde Yeterlik Değerlendirmesi”, **Mali Hukuk**, Yıl: 18, Kasım – Aralık 2003, Sayı: 108, s.111.

⁵¹³4734 Sayılı Kanun madde 21/1 (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.

⁵¹⁴4734 Sayılı Kanun madde 21/1 (c): Savunma ve güvenlikle ilgili özel durumların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması.

⁵¹⁵Kamu İhale Kurulunun 16.03.2009 tarih ve 2009/UH.I-1097 sayılı kararından: “İncelemeye konu ihale 4734 sayılı Kanununun 21 inci maddesinin (b) bendi uyarınca pazarlık usulü ile yapıldığı için

Daha öncede belirtildiği üzere 4734 sayılı Kanunun ana hedefi ihale sürecini hızlı bir şekilde sonuçlandırmaktır⁵¹⁶. Görüldüğü üzere Kanunun 21 inci maddesinin 1 inci fıkrasının (b) ve (c) bentlerinde belirtilen durumlar doğal afet, salgın hastalık, savunma ve güvenlikle ilgili ivedi durumlar şeklinde ortaya çıkan özel ve istisnai haller olup, bu durumlarda ihalenin pazarlık usulü ile yapılması bu durumların ihale mevzuatında hedeflenen süreçten daha hızlı işlemesi gereğinden kaynaklanmaktadır. Bu sebeple genel olarak ihale süreci için öngörülen şikayet süresinin bu süreç için kısaltılmasında gerek Kanunun genel dili ve amacı ve gerekse durumun gerekleri açısından bir uyumsuzluk olmadığı ve ayrıık durumlar için özel ve kısa idari başvuru süreleri öngörülmesinin ilgili hak sahipleri için başvuru hakkının kısıtlamasına neden olsa da bunun mantıksal bir örgüsünün bulunduğu açıktır⁵¹⁷. Ayrıca ihale piyasasında hizmet veren gerçek ve tüzel kişiler pazarlık usulünün hızlı işleyen bir süreç olduğunu ve istisnai haller için öngörüldüğünü bildiklerinden, şikayet süreci için kısaltılmış olan süreden de haberdar olmaktadır ve haklarını bu süre içerisinde arayabilecek hızı göstermeleri gerektiğinin de farkındadırlar. Netice itibariyle özel ve ayrıık durumlar için hukukta istisnai haller konmasının mümkün olduğu⁵¹⁸, bu özel hallerin amaçlanan hedef ile orantılı olduğu ve hakkın kullanımını tamamen ortadan kaldırmadığı durumlarda, bir hakkın kısıtlanması olsa dahi bunun hukukun genel ilkelerine aykırı olmadığı konusunda tereddüt bulunmamaktadır. 4734 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin 1 inci fıkrasının (b) ve (c) bentlerinde yer alan ayrıık durumlar için özel ve kısaltılmış bir şikayet başvuru süresi öngörülmesinin de bu şekilde hakkın kullanılmasını kısıtlamakla beraber tamamen ortadan kaldırmadığı ve amaçla orantılı olduğu kanaatindeyiz. Bununla birlikte Kanunun 21 inci maddesinin 1 inci fıkrasının (b) ve (c) bentlerinde yer alan pazarlık usulünün uygulandığı durumlara ilişkin olarak şikayet süresinin beş gün ile kısaltılıp itirazın şikayet

idareye şikayet başvuru süresi dokümanın satın alındığı tarihten itibaren 5 gün olup, itirazın şikayet başvurusunun yapıldığı tarih itibariyle idareye şikayet başvuru süresi kaçırılmıştır. Bu nedenle başvuru dilekçesinin idareye gönderilmesi imkanı da bulunmamaktadır.”

⁵¹⁶Gül, s.10.

⁵¹⁷ Anayasamız olağanüstü hallerle ilişkin olarak olağan durumdakinden farklı ayrıık durumlar öngörmüştür. Bkz. Anayasa m. 15, 17, 18 ve 19.

⁵¹⁸ Vergi, kamulaştırma, kamu alacaklarının tahsili, vatandaşlık ve petrol konularındaki uyumsuzluklarına ilişkin iptal davalarında özel süreler öngörülmüştür. Gözübüyük, (Yargı), s.402.

başvuru süresinin ise genel idari başvuru süresi olan on güne tabi tutulması ise Kanunun kendi mantık örgüsündeki çelişkisi olarak görülmektedir⁵¹⁹.

3. İDARİ BAŞVURULARDA ŞEKİL UNSURU

İdare hukuku kurallarının egemen olduğu ihale işlemlerinde usul ve şekil⁵²⁰ ön planda yer almakta ve işin esasından ziyade usulün yani işin nasıl yapıldığının ve şekil şartlarının temel belirleyici unsur olduğu durumlar azımsanmayacak kadar çok olmaktadır⁵²¹. Şekil, işlemin dış alemdeki görünüşü olarak işlemin yapılışında izlenen yol olan usulden farklılık arz etmektedir⁵²². Çalışmamızın bu bölümünde şekil ifadesi geniş anlamı ile yani hem işlemin görünüşü hem de yapılışında izlenen usul manasında kullanılacaktır. İYUK'ta da şekil ile kastedilen işlemin dış görünüşü ile birlikte hazırlanış usulüdür⁵²³. İhale işlemleri arasında şekil ve usul ayrı bir öneme sahip olup, işlemin geçerliliğini dikkate alınır derecede etkilemektedir. Örneğin, birim teklif cetvelinin herhangi bir satırında yapılan basit bir aritmetik hata ihalenin

⁵¹⁹Kamu İhale Kurulunun 04.04.2011 tarih ve 2011/UM.II-1170 sayılı kararından: “4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 55 inci maddesinde; idareye şikayet süresinin ihale süreci içerisinde şikayete konu işlem veya işlemlerin farkına varıldığı veya farkına varılmış olması gerektiği tarihi izleyen günden itibaren anılan Kanunun 21 inci maddenin (b) ve (c) bentlerine göre yapılan ihalelerde **beş gün**, diğer hallerde ise on gün olduğu, idarenin şikâyetin verilmesini izleyen on gün içinde gerekçeli bir karar alması gerektiği, belirtilen süre içinde bir karar alınmaması veya süresinde alınan kararın uygun bulunmaması durumunda karar verme süresinin bitimini veya kararın bildirimini izleyen **on gün** içinde Kuruma itirazın şikayet başvurusunda bulunulması gerektiği hüküm altına alınmıştır.

Yapılan inceleme sonucunda, şikayetçinin 07.03.2011 tarihinde idareye şikayet başvurusunda bulunduğu, idarece şikayete ilişkin olarak alınan kararın 10.03.2011 tarihinde şikayetçiye bildirildiği, İdarenin kararına karşı, kararın bildiriminden sonraki **on gün içinde** (21.03.2011 Pazartesi günü mesai bitimine kadar) **Kuruma itirazın şikayet başvurusunda bulunması gerekirken**, bu süre geçtikten sonra 23.03.2011 tarihinde itirazın şikayet başvurusunda bulunduğu anlaşılmıştır. Bu itibarla, 4734 sayılı Kanunun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince başvurunun süre yönünden reddi gerekmektedir.”

⁵²⁰Genel olarak şekil idari işlemlerin önemli unsurlarından biridir. Hemen tüm idari işlemlerin belli şekil kurallarına uyularak yapılmaktadır. Şekil, geniş kapsamlı bir deyimdir ve özünde; işlemin yapılması için gerekli olan yol ve yöntemleri içerir. Gözübüyük, (Yargı), s.217.

⁵²¹Bastık, s.142.

⁵²² Gözler, Kemal, **İdare Hukuku**, C.1, 2.bs., Ekin Yayınları, Bursa, 2009, s.829 (Cilt1); Yıldırım, (İdari İşlemler), s.445.

⁵²³Akyılmaz, (İdari Usul), s.187.

sonucunu etkileyebilmekte⁵²⁴, teknik şartnamede kullanılan “vb.” gibi bir ibare tekliflerin geçerliliği üzerinde etkili olabilmekte⁵²⁵ ve hatta basit bir usul hatası sebebiyle çok yüksek bedeller kamunun gider hanesine yazılabilmektedir. İhale hukukunda usul ve şekil kurallarının bu denli yüksek öneme haiz olması, idarenin de yetkisini sınırlı ve bağlı hale getirmekte ve takdir hakkı hemen neredeyse yok denecek noktaya gelmektedir⁵²⁶. İhale işlemlerinde şeklin bu kadar öneme sahip olmasının temelinde, kamu harcamaları alanında idarenin takdir hakkını sınırlama ve ihale işlemlerinde şaibelerin önlenmesi düşüncesi yatmaktadır.

İhale işlemlerinde idarenin yetkisi konu yönünden başka bir ifade ile alacağı kararların önceden belli olması itibarıyla o kadar dar tutulmuştur ki, aynı hukuki sonuca varan ancak mevzuatta şekil olarak belirtilmeyen bir kararın alınması dahi

⁵²⁴Ankara 9. İdare Mahkemesinin 01.12.2011 tarihli E:2011/1121, K:2011/2631 sayılı kararından: “Olayda, dava konusu işlemde davalı idarenin davacının teklifini virgülden sonra 4 haneli olacak şekilde toplayarak genel toplama ulaştığı görülmektedir.

Davacı tarafından ise teklif cetvelinde iş kalemleri için teklif edilen birim fiyatların virgülden sonra 2 haneli olacak şekilde sunulduğu anlaşılmaktadır.

Kamu İhale Genel Tebliğinde ise virgülden sonra ikiden fazla hane yazılmasına izin verilmekte olup, iki hane yazılmasını yasaklayan bir hüküm içermemektedir.

Bu durumda, dava konusu işlemde davacının birim fiyat teklif cetvelindeki iş kalemleri için teklif edilen birim fiyatların virgülden sonra 2 haneli olacak şekilde toplanması ve genel toplamda aritmetik hata bulunması yolundaki dava konusu işlemde hukuka uygunluk bulunmamaktadır.”

⁵²⁵Kamu İhale Kurulunun 29.01.2007 tarih ve 2007/UH.Z-314 sayılı kararından: “İdari şartnamenin 7.4 üncü maddesinde benzer iş olarak kabul edilecek işlerin “Hastane, okul, üniversite birimleri v.b. yerlerin genel bina temizlik işleri” şeklinde tanımlandığı anlaşılmıştır.

Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin 3 üncü maddesi uyarınca benzer iş, 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 özellikler taşıyan hizmetler olarak tanımlanmıştır.

İdarece ihale dokümanın da yapılan “hastane, okul, üniversite birimleri v.b yerlerin genel ve bina temizlik işleri” şeklindeki benzer iş tanımının, ihale konusu hizmet veya hizmetin bölümleriyle nitelik ve büyüklük bakımından benzerlik gösteren, aynı veya benzer usullerle gerçekleştirilen ve benzer özellikler taşıyan işler olduğu, hastane, okul, üniversite birimlerinin yanına “v.b” ifadesi eklenerek, ihaleye katılımda rekabeti engelleyecek ve Kanununun temel ilkelerine aykırılık teşkil edebilecek düzenlemelerden kaçınıldığı, tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında da benzer usullerle gerçekleştirilen iş deneyim belgelerinin tamamının idare tarafından kabul edildiği ve teklifi bu nedenle değerlendirme dışı bırakılan herhangi bir isteklinin bulunmadığı anlaşıldığından, başvuru sahibinin benzer iş tanımının Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğine aykırılık oluşturduğu yönündeki iddiası yerinde görülmemiştir.”

⁵²⁶Kamu İhale Kurulunun 11.09.2006 tarih ve 2006/UH.Z-2102 sayılı kararından: “Her ne kadar 4734 sayılı Kanunun 38 inci maddesine göre verilen tekliflerin aşırı düşük olup olmadığı belirleme konusunda ihale komisyonun takdir yetkisi bulunmakla birlikte bu yetki mutlak ve sınırsız değildir. Kanun koyucu anılan düzenleme ile ihalelerde haksız ve yıkıcı rekabetin önüne geçmeyi amaçlandığından hareketle ihale komisyonunun piyasa koşullarına göre isteklilerce teklif edilen fiyatlarla temin edilmesi mümkün olmayan bir hizmetin nasıl yerine getireceği konusunda teklif sahibi istekliden açıklama istemesi yasal bir zorunluluktur.”

Danıştay tarafından hukuka aykırı görülmüştür. Yapılan bir itirazın şikayet başvurusu sonucu, Kurul tarafından İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelikte yer alan “*dilekçenin reddine*” kararı verilmiş olup⁵²⁷, başvuru sahibi tarafından konu yargıya intikal ettirilmiştir. Ankara Bölge İdare Mahkemesi “*İtirazen şikayet başvuruları üzerine Kamu İhale Kurulunun hangi kararları alacağına yasayla belirlenmesi, bunlar arasında dilekçenin reddine ilişkin bir karar türüne ve usulüne uygun verilmeyen itiraz dilekçesinin incelenmeksizin reddine olanak sağlayan bir usule yer verilmemesi karşısında, itirazın incelenmesini ortadan kaldıran böyle bir usulün Yönetmelikle giderilmesinin hukuki dayanağının olmadığı açıktır.*” gerekçesiyle Kurul’un ancak Kanunda yazılı olan kararlardan birini alabileceğini belirterek Kararın yürütmesini durdurmuş⁵²⁸ ve bu husus Danıştay tarafından “*İtirazen şikayet başvuruları üzerine Kamu İhale Kurulu’nun hangi kararları alacağına Yasayla belirlenmesi, bunlar arasında dilekçenin reddine ilişkin bir karar türüne ve bazı koşulları taşımayan itiraz dilekçelerinin incelenmeksizin reddine olanak tanıyan bir usule de yer verilmemesi karşısında, itirazın incelenmesini ortadan kaldıran böyle bir usulün Kurulca Yönetmelikle getirilmesinin hukuki dayanağı olmadığı aşikardır.*” gerekçesiyle onaylanmıştır⁵²⁹. Görüleceği üzere Danıştay, Yönetmelikte yer alan bir karar türünün dahi Kurul tarafından alınamayacağını belirterek konu yönünden idarelerin ihale işlemlerinde ne derece dar bir takdir hakkına sahip olduğunu belirtmiştir. Bu karar her ne kadar Kurul kararı aleyhine açılmış bir dava sonucunda verilmişse de, 4734 sayılı Kanunda söz konusu karar çeşitleri belirtilirken bu kararların “*ihaleyi yapan idare veya Kurum tarafından*” alınabileceği açıkça ifade edilmiştir⁵³⁰. Dolayısıyla ilgili karar türlerinden birini alma zorunluluğu Danıştay tarafından açıkça Kurul için kabul edilmiş olmakla birlikte, kıyas yoluyla idareler için de geçerli olduğu ortadadır.

3.1. İdari Başvuru Dilekçelerinin Şekil Şartları

Şikayet ve itirazın şikayet başvurularının yapılaş usulü ve başvuruların taşınması gereken kriterler mevzuatta ayrıntılı olarak düzenlenmiş, şekil şartlarının

⁵²⁷Kamu İhale Kurulu'nun 22.12.2006 tarih ve 2006/UM.Z-2303 sayılı kararı

⁵²⁸Ankara Bölge İdare Mahkemesi, 07.02.2007, K.2007/495.

⁵²⁹D13Da, 07.04.2010, E::2007/9717, K:2010/3011.

⁵³⁰4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu m.54/10.

yokluğu ya da eksikliği, başvurunun reddedilmesi⁵³¹ ve dolayısıyla Anayasadan kaynaklanan dava hakkının kaybedilmesi gibi ağır hukuki sonuçlara bağlanmıştır.

3.1.1. Başvuru Dilekçelerinde Bulunması Gereken Hususlar

Şikayet başvurularının yapılış usulü de, tıpkı genel ihale sisteminin işleyişi gibi belli şekil şartlarına bağlanmıştır. Başvurunun esasına yönelik incelemeye geçilmeden önce, şekil yönünden gerekli kriterleri karşılayıp karşılamadığı kontrol edilmekte ve eğer şekil yönünden bir eksiklik yok ise esas incelemesi yapılmaktadır⁵³². Yapılacak olan başvuruların dilekçe ile yapılacağı Yönetmelikte belirtildikten sonra, şikayet dilekçesinde bulunması gereken hususlar sayma suretiyle belirtilerek, aşağıdaki unsurların başvuru dilekçelerinde bulunması öngörülmüştür;

- a) Başvuru sahibinin, varsa vekil ya da temsilcisinin; adı, soyadı veya unvanı ve adresi ile varsa bildirim esas elektronik posta adresi ve faks numarası.
- b) İhaleyi yapan idarenin ve ihalenin adı veya ihale kayıt numarası.
- c) Başvuruya konu olan durumun farkına varıldığı veya bildirildiği tarih.
- ç) Başvurunun konusu, sebepleri ve dayandığı deliller.
- d) İtirazen şikayet başvurularında ayrıca idareye yapılan şikayetin tarihi ve varsa şikayete ilişkin idare kararının bildirim tarihi⁵³³.

⁵³¹Bastık, s.142-143.

⁵³²Kamu İhale Kurulunun 01.11.2010 tarih ve 2010/UH.II-3320 sayılı kararına karşı Kurul üyesi Erkan Demirtaş tarafından yazılan karşı oy yazısından: “... Kuruma yapılan başvuruların, öncelikle 16. madde çerçevesinde inceleneneği, 16. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde; başvuru konusunun Kurumun görev alanında bulunup bulunmadığı yönüyle inceleneneği, 4. fıkrasında ise; yapılan ön inceleme sonucunda, bir aykırılığın tespit edilmesi halinde bu hususa ilişkin ön inceleme raporu düzenleneceği, 21. maddesinin (c) bendinde ise; başvurunun süre, usul ve şekil kurallarına uygun olmaması, usulüne uygun olarak sözleşme imzalanmış olması veya şikâyete konu işlemlerde ihalenin iptalini veya düzeltici işlem belirlenmesini gerektirecek hukuka aykırılığın tespit edilememesi veya itirazen şikâyet başvurusuna konu hususun Kurumun görev alanında bulunmaması hallerinde başvurunun reddine karar verileceği hükümlerine yer verilmiştir.

Açıklanan nedenlerle; incelemeye konu ihalede, başvuru konusunun Kurumun görev alanında bulunmadığı anlaşıldığından, işin esasının incelenmesine geçilmesine ilişkin Kurul kararına katılmıyorum.”

⁵³³Kamu İhale Kurulunun 02.01.2012 tarih ve 2012/UH.II-53 sayılı kararından: “Kamu İhale Kurumuna itirazen şikâyet başvurusunda bulunulabilmesinin ön koşulu, idareye usulüne uygun olarak şikâyet başvurusunda bulunulmasıdır.

İtirazen şikayet başvurularında ayrıca idareye yapılan şikayetin tarihi ve varsa şikayete ilişkin idare kararının bildirim tarihine de başvuru dilekçesinde yer verilmelidir⁵³⁴.

DTÖ Kamu Alımları Anlaşmasında Anlaşmaya taraf devletler tarafından ihdas edilmesi öngörülen idari başvuru yollarının, yazılı olarak kurgulanması ve genel olarak kullanılmaya elverişli (generally available) olması gerekmekte olup⁵³⁵, ayrıntılı şekil hususlarına girilmemiş bu konu taraf devletlerin iradesine bırakılmıştır.

3.1.2. Başvuru Dilekçelerine Eklenmesi Gereken Belgeler

Şikayet sahibinin başvuru belgelerine imza sirküleri ve vekaletname⁵³⁶ gibi yetkili olduğuna dair belgeleri eklemesi gerekmektedir⁵³⁷. Bu noktada istekliler için

Başvuru sahibinin dilekçesinin ve eklerinin incelenmesinden; şikayete konu ihaleye katılan iki isteklinin teklif fiyatının aşırı düşük olduğu iddiası ile idareye 07.12.2011 tarihinde başvurulduğu, idarenin şikayeti 08.12.2011 tarihli yazı ile reddettiği, idarenin şikayeti reddeden yazısının (başvuru sahibinin beyanına göre) 08.12.2011 tarihinde tebliğ edildiği, idarenin işlemine karşı 15.12.2011 tarihinde Kuruma başvurulduğu anlaşılmıştır. Ancak dilekçede, 21.11.2011 tarihli ihalede şikayete konu işlemin (başvuruya konu olan durumun) başvuru sahibine bildirildiği (başvuru sahibince öğrenildiği) tarih belirtilmemiştir.

Başvuru dilekçesindeki eksikliğin itirazın şikayet başvuru süresi içinde tamamlanması gerektiği hususu www.ihale.gov.tr adresinde 15.12.2011 tarihinden itibaren ilân edilmiştir. Ancak, dilekçedeki eksiklik itirazın şikayet başvuru süresi içinde tamamlanmamıştır.

Belirtilen nedenle, Kuruma yapılan başvurunun 4734 sayılı Kanununun 54 üncü maddesinin dördüncü fıkrasının (c) bendi ile İhalelere Yönelik Yapılacak Başvurular Hakkında Yönetmeliğin 8 inci maddesinin ikinci fıkrasının (c) bendi ve 16 ncı maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi hükmüne aykırı olduğu anlaşılmıştır. Bu itibarla, 4734 sayılı Kanununun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince başvurunun şekil yönünden reddi gerekmektedir.”

⁵³⁴İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik m. 8/2.

⁵³⁵Hoffman, Hayley “Nowhere to Go: International Coalitions and the Stranding of Defense Contractors”, **The George Washington Law Review**, July 2013 Vol. 81 No. 4,s.1390-1392, Çevrimiçi: <http://www.gwlr.org/wp-content/uploads/2013/07/Hoffman.pdf>, 01.08.2013.

⁵³⁶“Temsil yetkisi olmadan vekil tarafından açılan davaların, ortada davacının dava açma iradesi bulunmadığından, esasa girmeden reddedilmesi gerekir.” Gözübüyük, (Yargı), s.384.

⁵³⁷Kamu İhale Kurulunun 02.05.2011 tarih ve 2011/UH.III-1475 sayılı kararından: “Ön inceleme konuları ile ilgili sınırlı olarak yapılan incelemede, şikayetçinin 02.03.2011 tarihinde idareye şikayet başvurusunda bulunduğu, başvuru dilekçesine başvuruda bulunmaya yetkili olunduğuna dair belgeler ile imza sirkülerinin aslı veya yetkili mercilerce onaylı örneğinin eklenmediği, 07.03.2011 tarihinde alınan karar ile başvurunun reddine karar verildiği, bu kararın şikayetçiye 08.03.2011 tarihinde tebliğ edildiği ve şikayetçinin 17.03.2011 tarihinde Kurum kayıtlarına alınan dilekçesi ile itirazın şikayet başvurusunda bulunduğu tespit edilmiştir.

usul ekonomisi adına bir kolaylık sağlanmış ve ihaleye başvuru belgeleri arasında temsile ilişkin belgelerin bulunması durumunda, şikayet aşamasında aynı belgelerin sunulmasına gerek bulunmadığı Yönetmelikte belirtilmiştir⁵³⁸. Sınırlı ve kısa süre tanınan şikayet başvuru sürecinde, ihale anında sunulmuş belgelerin mükerrer olarak şikayet başvurusu için istenmemesi, usul ekonomisi adına şikayet mekanizmasını kolaylaştıran ve uygulanma kabiliyetini arttıran bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır. Kurul da bazı somut olaylarda, idarenin usuli olarak yerine getirmesi gerekmekte birlikte yerine getirmeden atlamış olduğu işlemleri, dosyayı idareye geri göndererek yeniden karara bağlatarak usuli eksikliği tamamlatma yerine, yerinde bir hareketle, usul ekonomisi ve idarenin asıl iradesi ortada olduğu gerekçeleriyle başvuruları esastan karara bağlamaktadır⁵³⁹.

Yukarıda şikayet dilekçelerine ek olarak konulması gerektiği belirtilen belgelerin yanında, itirazın şikayet dilekçelerine, başvuruda bulunmaya yetkili olduğuna dair belgeler ile imza sirkülerinin aslı veya yetkili mercilerce onaylı örneklerinin, varsa şikayete idarece verilen cevabın bir örneği ile başvuru bedelinin ve teminat alınan hallerde başvuru teminatının Kurum hesaplarına yatırıldığına dair

İdarece Kuruma gönderilen 04.04.2011 tarih ve 689 sayılı yazıda şikayetçinin dilekçesinin ekinde temsile yetkili olduğuna dair her hangi bir belgenin yer almadığı belirtilmiştir.

Bu itibarla, idareye yapılan şikayet başvurusunda başvuru dilekçesine başvuruda bulunmaya yetkili olduğuna dair belgeler ile imza sirkülerinin aslı veya yetkili mercilerce onaylı örneğinin eklenmediği anlaşıldığından, 4734 sayılı Kanununun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince başvurunun şekil yönünden reddi gerekmektedir.”

⁵³⁸ Kamu İhale Kurulunun “Kamu Hizmetlerinin Sunumunda Uyulacak Usul ve Esaslara İlişkin Yönetmeliğin 8 inci maddesine uyum sağlamak amacıyla İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelikte değişiklik yapıp yapılmayacağı” konusuna ilişkin 11.01.2010 tarih ve 2010/DK.D-3 sayılı düzenleyici kararından: “4734 sayılı Kanunun yukarıda aktarılan 54 üncü maddesinde; şikayet ve itirazın şikayet dilekçelerine başvuruda bulunmaya yetkili olduğuna dair belgeler ile imza sirkülerinin aslı veya yetkili mercilerce onaylı örneklerinin eklenmesinin zorunlu olduğu hüküm altına alınmış, aday veya isteklinin başvuru belgeleri veya teklif zarfı içerisinde söz konusu belgelerin bulunması durumunda ise istisnai bir düzenleme yapılarak, şikayet dilekçelerine bu belgelerin eklenmesinin zorunlu olmadığı hükmüne yer verilmiştir. Ancak Kanunda itirazın şikayet başvurularına ilişkin benzer istisnai bir düzenleme öngörülmemiştir. 4734 sayılı Kanununun 54 üncü maddesinde yer alan söz konusu düzenleme nedeniyle Kamu Hizmetlerinin Sunumunda Uyulacak Usul ve Esaslara İlişkin Yönetmeliğin 8 inci maddesinin yukarıda aktarılan (ç) bendine uyum için İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelikte değişiklik yapılması uygun görülmemiştir.”

⁵³⁹ Kamu İhale Kurulunun 08.01.2007 tarih ve 2007/AK.M.-1031.1 sayılı kararından: “Başvuru sahibince, idareye 15.11.2006 tarihinde açıklama talebinde bulunulduğu, idarece açıklama talebi şikayet olarak kabul edilerek 20.11.2006 tarih ve 1447 sayılı karar ile şikayetin reddedildiği anlaşılmış olup, idarenin söz konusu olayda iradesi belli olduğundan usulen yapılan hata sonuca etkili görülmemiş olup, **usul ekonomisi açısından şikayet dilekçesi idareye gönderilmeyip** işin esasının incelenmesine geçilmiştir.”

belgenin eklenmesi zorunludur⁵⁴⁰. Başvuru bedelinin süresinde Kurum hesaplarına yatırılmaması itirazın şikayet başvurusunun reddedilmesi için yeterli bir sebep olarak görülmekte⁵⁴¹, eksik yatırılan başvuru ücreti için ek bir zaman dilimi verilmemekte, başvuru süresi içerisinde ilgili başvuru sahibinin eksik kalan kısmı tamamlaması beklenmekte, tamamlanmaması halinde başvuru şekil eksikliği gerekçesiyle reddedilmektedir⁵⁴². Bununla birlikte Danıştay 13 üncü Dairesi verdiği bir kararında şikayet başvurusundan sonra KİK yerine doğrudan mahkemeye başvuran davacının, mahkemeye başvuru tarihini KİK'e başvuru tarihi saymış ve mahkemeye başvuru dilekçesinin ekinde KİK'e başvuru ücreti yatırıldığına dair belge olmaması sebebiyle söz konusu eksikliğin tamamlanabileceğine karar verilmiştir⁵⁴³.

İdari yargıda dava açılmasında harçlar için yapılan uygulama itirazın şikayet başvurusundan farklılık arz etmektedir. 2577 sayılı Kanun gereğince harç ve/veya posta ücreti yatırılmadan ya da eksik yatırılarak dava açılması halinde otuz gün içinde harcın veya posta ücretinin verilmesi ya da tamamlanması hususu ilgiliye

⁵⁴⁰İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik m. 8/5.

⁵⁴¹Kamu İhale Kurulunun 02.01.2012 tarih ve 2012/UH.II-47 sayılı kararından: “Başvuru dilekçesine 4734 sayılı Kanunun 53 üncü maddesi (j) bendinin (2) numaralı alt bendi uyarınca şikayette bulunanlarca yatırılması zorunlu olan başvuru bedelinin Kurum hesaplarına yatırıldığına dair banka dekontunun eklenmediği hususu tespit edilmiş olup, (Tespit edilen eksikliğin tamamlanması amacıyla 14.12.2011 tarihinde Kurumun İnternet sayfasında söz konusu eksiklik yayınlanmıştır.) tespit edilen aykırılığın İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin 16 ncı maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca **on günlük itirazın şikayet süresi içerisinde giderilmediği** anlaşılmıştır. Bu itibarla, 4734 sayılı Kanunun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince başvurunun şekil yönünden reddi gerekmektedir.”

⁵⁴²Kamu İhale Kurulunun 14.02.2012 tarih ve 2012/UY.III-937 sayılı kararından: “...başvuru tarihi itibarıyla geçerli olan (2.612 TL) itirazın şikâyet başvuru bedeli yerine 30.01.2012 tarihinde geçerli olan başvuru bedelinin (2.305 TL) Kurum hesabına yatırıldığı, başvuru bedeli eksik olarak yatırılmış olduğundan, söz konusu eksikliğin **itirazın şikâyet başvuru süresi içinde tamamlanması** ve başvurunun mevzuata **uygun hale getirilmesi gerektiğinin www.ihale.gov.tr adresinde 01.02.2012 tarihinden itibaren ilân edildiği**, ancak söz konusu eksikliğin **giderilmediği** anlaşılmıştır. ... başvuru bedelinin, başvuru sahibi tarafından eksik olarak yatırıldığı ve söz konusu eksikliğin süresi içinde giderilmediği anlaşılmıştır. Bu itibarla, 4734 sayılı Kanunun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince başvurunun **şekil yönünden reddi** gerekmektedir.”

⁵⁴³D13D, 18.04.2013, E:2010/4399, K:2012/3914: “Kuruma itirazın şikayet başvurusu tarihi olarak, davanın ilk açıldığı 20.01.2009 tarihinin, dolayısıyla süresinde bir başvuru olduğunun kabulü gerekeceği, başvuru dilekçesine eklenmeyen, 4734 sayılı Kanun'un 53. maddesinin (j) bendinin (2) numaralı alt bendi uyarınca şikayette bulunanlarca yatırılması zorunlu olan başvuru bedelinin Kurum hesaplarına yatırıldığına dair banka dekontunun, İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin 16. maddesinin altıncı fıkrası uyarınca tamamlanabilmesinin mümkün olduğu sonucuna varılmıştır.”

tebliğ edilir, tebliğe rağmen gereği yerine getirilmez ise aynı bildirim tekrar edilir buna rağmen eksiklik tamamlanmaz ise dava açılmamış sayılır ve bu husus ilgiliye tebliğ olunur⁵⁴⁴. Görüldüğü üzere dava açma hususunda 2577 sayılı Kanunda yer alan düzenleme ile 4734 sayılı Kanundaki itirazın şikayet başvuru ücretlerinin yatırılışına ve başvurunun geçerli sayılmasına ilişkin düzenlemeler tamamen farklılık arz etmektedir. 2577 sayılı Kanun 4734 sayılı Kanuna kıyasla dava hakkının kullanılması açısından daha geniş imkanlar sunmaktadır. 4734 sayılı Kanun ise ihalelere yönelik başvuruların askıda kalmaması ve ihale sürecinin uzamaması adına başvuru ücretleri konusunda hiç esneklik göstermemektedir. Kanaatimizce itirazın şikayet başvurularında da başvuru ücretinin yatırılmaması ya da eksik yatırılmasına ait düzenlemenin hak arama hürriyetini genişletici yönde değiştirilerek, en azından ihale sürecini aksatmayacak kadar kısa süre de olsa eksikliğin tamamlanması için bir imkan tanınması gerekmektedir.

BM Model Kanununda gerek idareye yapılacak ve gerekse bağımsız idari otoritelere yapılacak başvuruların şekil olarak yazılı olması gerekliliğinin belirtilmesi ile yetinilmiş, şekil yönünden diğer şartların belirlenmesi gibi ayrıntılı bir yol benimsenmemiş bu husus bir bakıma ilgili devletlere bırakılmıştır. Model Kanun ile 4734 sayılı Kanun arasında başvuru şekli açısından göze çarpan en önemli fark, 4734 sayılı Kanun kapsamında bağımsız idari otoriteye (KİK) yapılacak başvurular belli bir ücret yatırma şartına bağlanmış iken, Model Kanunda böyle bir hususa yer verilmemiş olmasıdır⁵⁴⁵.

3.1.3. Dilekçenin Belli Bir İhaleye Özgülenmiş Olması

Şikayet hakkı kullanılırken idareye sunulan dilekçe somut bir ihaleye özgülenmeli ve bir dilekçede birden fazla ihale şikayet konusu yapılmamalıdır⁵⁴⁶. Bu

⁵⁴⁴2577 Sayılı Kanun m.6/4.

⁵⁴⁵ Model Kanunda idareye ve bağımsız idari otoriteye yapılacak başvurularda ücret alınmasını öngören hüküm bulunmadığı gibi, üye ülkelere böyle bir ücretin alınmasının uygun görülmediğinden de bahsedilmemektedir. Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement, s. 245-250.

⁵⁴⁶Kamu İhale Kurulunun 08.08.2012 tarih ve 2012/UH.I-3254 sayılı kararından: “*Bununla birlikte başvuru sahibi dilekçesinde, sunduğu aşırı düşük teklif açıklamasının aynısının 2012/49847 İKN’li*

önemli bir usul kuralı olup, şikayetin hangi ihaleye yönelik olduğu açık olarak anlaşılabilir olmalıdır⁵⁴⁷. KİK, bu hususu daha açık hale getirebilmek ve ihaleler arasında karışıklığı önlemek için örnek şikayet başvuru formları hazırlamış ve bu formlarda şikayet konusu ihalenin bir nevi özel numarası olan, ihale kayıt numarasının belirtileceği ayrı bir satıra yer vermiştir⁵⁴⁸.

Benzer şekilde 2577 sayılı Kanunda da bir dilekçe ile birden fazla dava açılmayacağı öngörülmüş, dava dilekçelerinin belli bir konuya özgülenmesi gerektiği belirtilmiştir⁵⁴⁹. Bu noktada ihale mevzuatı ile 2577 sayılı Kanun arasında paralellik bulunmakla birlikte, 2577 sayılı Kanun, aralarında maddi veya hukuki yönden⁵⁵⁰ kabul edilebilir derecede bağlılık bulunan ya da sebep-sonuç ilişkisi bakımından ilişki bulunan idari işlemlerin tek dilekçe ile dava edilebileceğini belirtmektedir⁵⁵¹. Bağlantılı olması halinde yapılacak işlem davaların aynı mahkemede görülmesinin sağlanması olup söz konusu işlem davaların birleştirilmesi olarak nitelendirilmektedir⁵⁵². İhalelere karşı yapılacak başvurularda ise, bu şekilde bir bağlantı kurmak aynı ihale içindeki idari işlemler için mümkün görülmeyle birlikte farklı ihaleler için söz konusu olamamaktadır. Ancak 4734 sayılı Kanun ve Yönetmelik şikayet başvurusunda bulunabilme hakkını somut bir ihale ile sınırlamış, bu ihale içinde yer alan işlemlerin birbiri ile bağlantılı olmasını aramamıştır. Zira herhangi bir ihalenin işlemleri zaten kendi doğası gereği maddi ve hukuki ilişkiye

ihalede de sunulduğu ve kabul edildiği hususlarına da yer vermiş olup, her bir ihalenin birbirinden ayrı süreçler olduğu, her bir uyumsuzluğun kendi ihale sürecinde değerlendirilmesi gerektiği ve mevzuat gereği aynı dilekçe ile birden fazla ihaleye ilişkin şikâyet başvurusunda bulunulamayacağı hususları birlikte değerlendirildiğinde, başvuru sahibinin söz konusu iddialarına ilişkin bir değerlendirme yapılmaması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.”

⁵⁴⁷İdari Yargıda da kural olarak her idari işleme karşı ayrı ayrı dava açılmalıdır. Gözübüyük, (Yargı), s.436.

⁵⁴⁸Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin 11 inci maddesinde ihale kayıt numarası fonksiyonu ile tanımlanmıştır; “*ihale kaydı yapılan her bir ihaleye ihale kayıt numarası verilir ve bu aşamadan sonra ihale ile ilgili yapılacak her işlemden bu numara kullanılır.*”

⁵⁴⁹2577 Sayılı Kanun m.5/1.

⁵⁵⁰Maddi yönden bağlılık, işlemlerin aynı maddi sebebe dayanması iken, hukuki yönden bağlılık, işlemlerin aynı hukuki dayanağa sahip olması anlamına gelmektedir. Yıldırım, (İdari Yargı), s. 481-482; Yasin, Melikşah, “İdari Yargıda Bağlantılı Davalar”, **e-akademi**, Şubat 2007, S.60, paragraf 11, Çevrimiçi: <http://www.e-akademi.org>, 15.04.2014.

⁵⁵¹Yıldırım, (İdari Yargı), s. 481; Sancakdar, Oğuz “İdari Yargıda Tek Dilekçe ile Dava Açma: Karşılaştırmalı Hukukî Analiz”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 9, Sayı 2, 2007, s.228. (Tek Dilekçe ile Dava)

⁵⁵²Yasin, paragraf 3.

sahip durumda olmakta ve sebep-sonuç açısından da doğal olarak birbirlerini etkilemektedirler. Bu nedenle bir dilekçe ile yapılan başvuruda birden fazla ihale işlemi dava konusu edilebilmekte ve bu işlemler arasında bağlantı olduğu hususunun açıklanması gerekmemektedir. Hal böyle olmakla birlikte, ihale mevzuatı, bir dilekçede başka bir ihalenin şikayet edilmesine aralarında bağlantı olsun veya olmasın hiç bir şekilde imkan vermemektedir⁵⁵³.

Bir dilekçede birden fazla ihale işleminin şikayet konusu edilememesi kuralını, şikayet dilekçesinde başka ihalelerden bahsedilme yasağı olarak algılamamak gerekir. Bu konuda önemli olan husus dilekçenin talep ve neticesinin belli bir ihaleye yönelik olmasıdır. Aynı dilekçede bir ihalenin şikayet konusu yapılması ve diğer ihalelerin kıyas yöntemi ile dayanak gösterilmesi durumunda Kurul, her ihalenin kendi şartları içerisinde değerlendirilmesi gerektiği gerekçesi ile, kıyası kabul etmemekte ancak somut şikayet konusu ihaleyi esastan incelemektedir⁵⁵⁴.

Başvuru dilekçelerinde birden fazla ihalenin konu edilmemesi kuralına istisna gibi gözüken ama özünde istisna olmayan bir durum ise; iptal edilen ihalelerin yerine açılan ihalelerin iptaline yönelik başvurularda ortaya çıkmaktadır. Bir ihalenin iptal edilmesi halinde aynı işi konu alan başka bir ihale açılması durumunda, ilk ihalenin

⁵⁵³Kamu İhale Kurulunun 04.10.2010 tarih ve 2010/UH.II-2982 sayılı kararından:“İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin “Ön inceleme konuları ve ön inceleme üzerine yapılacak işlemler” başlıklı 16 ncı maddesinde; ... Aynı kişi tarafından birden fazla ihaleye, birden fazla kişi tarafından aynı ihaleye veya **birden fazla ihaleye tek dilekçe ile başvuruda bulunulup bulunulmadığı**, yönlerinden sırasıyla incelenir.” hükmü bulunmaktadır.

*Dilekçede **birden fazla ihale için açıklama talep edildiği**, başvuru konusunun, sebeplerinin ve dayandığı delillerin açıkça belirtilmediği; ...*

Belirtilen nedenle, Kuruma yapılan başvurunun süre, şekil ve içerik yönünden mevzuata uygun bir başvuru olmadığı anlaşılmış olduğundan, 4734 sayılı Kanununun 54 üncü maddesinin 10 uncu fıkrasının (c) bendi gereğince başvurunun reddi gerekmektedir.”

⁵⁵⁴Kamu İhale Kurulunun 27.12.2007 tarih ve 2007/UM.Z-4193 sayılı kararından: “Diğer taraftan; başvuru sahibinin başka ihalelerde söz konusu malzemenin daha düşük fiyat ile alındığı, ancak idarenin daha yüksek fiyatla alım yaparak kamu zararına sebep olduğu yönündeki iddiası ile ilgili olarak ise; her ihalenin kendi koşulları içerisinde değerlendirilmesi gerektiği, ... ayrıca İhalelere Yönelik Yapılacak Başvurular hakkında Yönetmeliğin “Başvuruların şekil unsurları” başlıklı 8 inci maddesinde yer alan; “(5) Aynı kişi tarafından birden fazla ihaleye, birden fazla kişi tarafından ise aynı ihaleye tek dilekçe ile başvuruda bulunulamaz.” hükmü gereğince başvuru sahibinin aynı dilekçe ile birden fazla ihale ile ilgili olarak şikayet başvurusunda bulunamayacağı ve buna paralel olarak da inceleme konusu ihale dışında başka ihalelerle ilgili inceleme yapılamayacağından başvuru sahibinin bu konudaki iddiası da yerinde bulunmamıştır. idarece 21.11.2007 tarihinde imzalanan sözleşmenin sürelerine uygun olarak imzalanmadığı anlaşıldığından **başvuru sahibinin bu konudaki iddiası yerinde bulunmuştur.**”

iptalinin iptalini isteyen şikayetçi, dolaylı olarak aynı zamanda ikinci ihalenin de iptalini istemektedir. Bu durumda ilk ihalenin iptalini isteyen şikayet dilekçesi, aslında zımni olarak ikame ihale olan ikinci ihalenin de iptalini içerdiği sanısı vermektedir. Zira ilk ihalenin iptali işlemi iptal olduğunda, aynı konuyu içeren ikinci ihalenin de otomatik olarak iptal olacağı değerlendirilmektedir. Oysa ki, iki ihale her ne kadar birbiri ile sebep-sonuç ilişkisi taşısa dahi, hukuk alanında bağımsız olarak varlıklarını sürdürmekte ve birinin iptal işleminin iptal olması, diğer ikame ihalenin otomatik olarak ortadan kalkacağı anlamını taşımamaktadır. Bu nedenle birden fazla ihaleye tek dilekçe ile başvurma zorunluluğu bu sebep-sonuç ilişkisi olan ihaleler için de geçerli olmakta ve ikinci ihale için de ayrı bir şikayet başvurusunda bulunulması gerekmektedir⁵⁵⁵.

3.1.4. Birlikte Başvuru Yasağı

Birden fazla aday, istekli olabilecek ya da istekli aynı dilekçe ile herhangi bir ihale işlemine ilişkin olarak şikayet ya da itirazın şikayet başvurusunda

⁵⁵⁵Kamu İhale Kurulunun 27.02.2006 tarih ve 2006/UH.Z-558 sayılı kararından: “İtirazen şikayet dilekçesinde özetle; 19.12.2005 tarihinde yapılan 2005/184934 İKN’li Personel Taşıma ve Kiralık Araç Hizmet Alımı işi ... tekliflerin yüksek olması nedeniyle **iptal edildiğinin bildirildiği**...

İstanbul İşletme Müdürlüğünce yapılan ihalelerin iptal edildiğinin fax ile firmalarına bildirildiği, ertesi gün 27.12.2005 tarihinde Doğalgaz İşletmeleri Direktörlüğünde **dört ihalenin birleştirilerek 4 aylık süreli pazarlık usulü ihale yapıldığı**, dört ayrı ihalede de en düşük teklifi veren, eksik belgesi olmayan ve 2005 tarihinde üç yerin Personel Taşıma ve Kiralık Araç Hizmet alımı işini yapan firmalarının davet edilmediği, sözde pazarlık usulü ile yapılan ihaleye davet edilen firmaların hangi kriterlere göre seçildiğinin ve pazarlık ihalesinin hangi usulde yapıldığının anlaşılamadığı,

Sonuç olarak BOTAŞ İstanbul İşletme Müdürlüğüne bağlı Kırklareli Şube Müdürlüğü Personel Taşıma ve Kiralık Araç Hizmet Alımı ihalesinin iptal edilmesi, iptal kararının taraflara bildirim ve ertesi gün BOTAŞ Doğalgaz İşletmeleri Direktörlüğünde yapılan sözde pazarlık usulü ile yapılan ihalenin tümüyle Kamu İhale mevzuatına aykırı olduğu, iddialarına yer verilmiştir.

...
İhalelere Karşı Yapılacak İdari Başvurulara Ait Yönetmeliğin “Başvuruların Şekil Unsurları” başlıklı 8 nci maddesinin son fıkrasında; “Aynı kişi, bir ihaleye ilişkin birden fazla konu hakkında tek dilekçeyle şikayet ve itirazın şikayet başvurusunda bulunabilir. **Aralarında maddi veya hukuki bir bağlantı veya sebep-sonuç ilişkisi bulunsada dahi, birden fazla ihaleye ilişkin olarak tek dilekçeyle şikayet ve itirazın şikayet başvurusu yapılamaz. Birden fazla kişi aynı ihaleye yönelik olarak tek dilekçeyle başvuramaz.**” hükmü gereğince, **şikayet başvurusu kapsamında sadece 2005/184934 İKN’li ihaleye ilişkin iddiaların incelenmesi gerektiğinden, idarece pazarlık usulü ile gerçekleştirilen ihaleye ilişkin iddiaların bu inceleme kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmamaktadır.**”

bulunamazlar⁵⁵⁶. Başvuru dilekçelerinin tek bir aday, istekli olabilecek veya istekli tarafından düzenlenmesi ve imzalanması gerekmekte ve bu kuralın herhangi bir ayırık durumu bulunmamaktadır. Ortak girişimlerde ortakların birlikte dilekçe verebilme durumu, birlikte şikayet yasağının istisnası olmamaktadır, zira ortak girişimler her ne kadar birden fazla gerçek ya da tüzel kişiyi barındırsalar da, hukuk alanında adi ortaklık şeklinde tek bir geçici kişilik olarak yer aldıklarından, tüm ortakların ya da birkaç ortağın tek bir dilekçe ile şikayet başvuru yapması, tek bir gerçek ya da tüzel kişinin başvurusu ile aynı mahiyette olmaktadır⁵⁵⁷.

İYUK'ta yer alan, davacıların hak ve menfaatlerinde iştirak bulunması halinde birden fazla şahsın müşterek dilekçe ile başvuru yapma imkanı⁵⁵⁸, 4734 sayılı Kanun kapsamında yapılan ihalelere karşı yapılacak idari başvurularda bulunmamaktadır. Müşterek dilekçe ile birden fazla aday, istekli olabilecek ya da isteklinin şikayet başvurusunda bulunabilme imkanı müşterek menfaat sahibi olma durumları da dahil 4734 sayılı Kanun ve ilgili mevzuatta hiçbir şekilde tanınmamıştır.

Şikayet ve itirazın şikayet başvuruları birlikte yapılamayacağı gibi, idari davalarda yer alan “*davaya katılma*” müessesinin de⁵⁵⁹ bu idari başvuru yollarında uygulanma imkanı, üçüncü kişilerin ihaleye yönelik şikayet ehliyeti olmaması sebebiyle bulunmamaktadır⁵⁶⁰. Bununla birlikte başvuru sahibinin başvuru neticesinde elde edeceği sonuç ihalenin ilgili aşaması ile alakalı bulunan tüm gerçek ve tüzel kişiler için etki doğurabilecektir.

⁵⁵⁶İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik m. 8/9.

⁵⁵⁷Ortak girişimlerin kişi yönünden idari başvuru ehliyeti ve hukuki yapısına ilişkin ayrıntılı bilgi bu bölümde ayrı bir başlık altında incelenmiştir.

⁵⁵⁸2577 Sayılı Kanun m.5/2.

⁵⁵⁹Üçüncü kişilerin davanın taraflarından birinin yanında, kendi isteği ve iradesi ile yer almasına “*davaya müdahale*” ya da “*davaya katılma*” denilmektedir. Gözübüyük, (Yargı), s.393.

⁵⁶⁰Davaya katılmanın şartlarından birisi, katılacak kişinin davanın taraflarından olmaması gerekliliğidir. Gözübüyük, (Yargı), s.393. İhalelere karşı idari başvurular ancak istekli olabilecek, aday ve istekliler tarafından yapılabilir ve bunların tümü ihalede taraf olarak nitelendirilir.

3.1.5. Başvuru Sebeplerinin Somut Olması

Yapılacak şikâyet ve itirazın şikâyet başvuru sebeplerinin somut olarak, başvuru dilekçesinde belirtilmesi gerekmektedir. Başvuru sebebinin somut olması demek, ihale ile ilgili genel ifadelerle hukuka aykırılık iddiasında bulunulmaması anlamına gelmekte, ihale kararının yeniden gözden geçirilmesini hedefleyen, somut vakıalar yerine ihtimallere bina edilen ve belirli bir hukuka aykırılığa odaklanmamış başvurular, şekle aykırılıktan reddedilmektedir⁵⁶¹. Kanaatimizce birkaç sebebin şikâyet veya itirazın şikâyet başvurusu konusu olduğu durumlarda, hem somut hem de soyut sebeplere dayanan başvurular “ölçülülük” ilkesi⁵⁶² gereği, temelden reddedilmemeli, somut sebebe dayanan konular esastan incelenerek karara bağlanırken, soyut sebeplerle ileri sürülen konular ise şekil eksikliği sebebiyle reddedilmelidir. Uygulamada Kurul da bu bakış açısı çerçevesinde somut ve soyut iddiaların bir arada bulunması durumunda somut sebepleri incelerken⁵⁶³ soyut olan

⁵⁶¹Kamu İhale Kurulunun 05.09.2012 tarih ve 2012/UY.III-3496 sayılı kararından: “*Dolayısıyla itirazın şikâyet başvurusunda, şikâyete konu işlemlerin hangi unsurlarının hangi gerekçelerle hukuka aykırı olduğu belirtilmeksizin, sadece bazı belgelerin yeniden incelenmesi gerektiği şeklinde iddia niteliğinde bile olmayan taleplere yer verdiği anlaşılan Yazıcıoğlu Nak. İnş. A.Ş. & Emre Ray Enerji İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti. Ortak Girişimi'nin itirazın şikâyet başvurusunun yukarıda yer verilen mevzuat hükümlerinde istenilen şekil şartlarını taşımadığı anlaşılmıştır.*

Kaldı ki, Kamu İhale Kurumuna yapılan itirazın şikâyet başvurusunda iddiaların herhangi bir istekli açısından somutlaştırılmaksızın sadece ihtimallere dayalı olarak bütün isteklilerin aşırı düşük teklif açıklamalarının mevzuata aykırı olduklarını iddia etmek, Kamu İhale Kurumunun ihale komisyonu yerine geçerek yeniden bir inceleme yapmasını talep etmekle eşdeğer olacaktır.

Yukarıda yer alan mevzuat hükümleri ve açıklamalar çerçevesinde başvuru sahibi isteklinin itirazın şikâyet dilekçesinde tüm istekler açısından sunulan belgelerin yeniden incelenmesi yönünde herhangi net bilgi veya somut iddia olmaksızın genel ifadelere yer verdiği, dolayısıyla başvuru sahibinin iddiasına dayanak teşkil eden somut gerekçelere itirazın şikâyet dilekçesinde yer vermediği anlaşıldığından başvuruya konu tüm iddiaların soyut ve mesnetsiz olduğu anlaşılmıştır.

Bu itibarla 4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince başvurunun reddi gerekmektedir.”

⁵⁶²Ölçülülük ilkesi idari yargı aşamasında kullanılabilceği gibi, bu aşamaya gidilmeden idari başvuru aşamında dahi idari işlemlerin ölçsüzlüğü ileri sürülebilir. Oğurlu, Yücel, **Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002, s.34. (Ölçülülük)

⁵⁶³Kamu İhale Kurulunun 05.09.2012 tarih ve 2012/UY.I-3535 sayılı kararından: “*Anılan mevzuat hükümlerinde başvuruda bulunan konuların dilekçelerde somut bir biçimde, mevzuata aykırı bulunma sebepleri ve dayandığı deliller ile birlikte gösterilmesi gerektiği, işlemin hangi unsurlarının hangi gerekçelerle hukuka aykırı olduğu belirtilmeksizin sadece mevzuata aykırı olduğu gibi soyut ve mesnetsiz iddialara yer verilmesi halinde, Yönetmeliğin 8 inci maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle başvurunun reddine ilişkin sorumluluğun başvurana ait olacağı belirtilmiştir.*

başvuru sebeplerini, gayri ciddi görüp, bu başvuruları hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirmekte ve usulden reddetmektedir⁵⁶⁴. 4734 sayılı Kanundakine benzer düzenleme 2577 sayılı Kanunda yer almakta olup, bu Kanun gereğince de dava konusu açıkça yazılmalıdır⁵⁶⁵.

Şikâyet sebebinin somut olması gerekliliğini çok dar şekilde yorumlamamanın, idari başvuru yolunun etkinliğini arttıracak kanaatindeyiz. Kurul, özellikle son dönem kararlarında “İsteklilerin ortak girişim hisseleri oranında ciro oranını sağlayıp sağlamadığı” ve “tekliflerin bir kez daha Kurul tarafından değerlendirilmesi” şeklindeki başvuruları “somut bir mevzuata aykırılık iddiasında bulunulmadığı, sadece belirli hususlara ilişkin yeniden incelemenin yapılması ve ihalenin kendi üzerinde bırakılması talebinde bulunulduğu” gerekçeleriyle şekilden reddetmektedir⁵⁶⁶. Kurulun bu yaklaşımına iki madde halinde katılmak mümkün değildir; birinci olarak, gerek uluslararası düzenlemelerde yer alan ihalelere özgü BİO’ların kuruluş gerekçelerinde ve gerekse ülkemizde KİK’in kuruluş amaçları arasında idarenin ihale işlemlerinin bir kez daha bağımsız idari otoritelerce gözden geçirilmesi hususu bulunmaktadır. Belirtilen sebeple ihale işlemlerinin yeniden Kurul tarafından incelenmesi KİK’in görev alanının dışında bulunmamaktadır ve bu

Başvuruya konu ihalede, 3 ve 4 üncü iddialar ile başvuru sahibi tarafından bazı isteklilerin ihalede sundukları tüm yeterli belgelerine (mesleki ve teknik yeterliliğe ilişkin belgeler ile ekonomik ve mali yeterliliğe ilişkin belgeler) ilişkin olarak gerekçesiz, soyut, belge ismi dahi zikredilmeden hukuka aykırılık savında bulunulduğu, hangi belgenin hangi gerekçe ile uygun olmadığı yönünde bir tespit belirtilmediği gibi buna ilişkin hiçbir delil de sunulmadığı, itirazın şikâyet dilekçesi ile bu belgeler yönünden bir nevi yeniden inceleme talep ettiği, bu haliyle iddianın somut ve açık olmadığı ve yeniden inceleme gibi bir usulün kamu ihale mevzuatında bulunmadığı dolayısıyla da anılan mevzuatın aktarılan düzenlemelerinden hareketle, başvurunun şekil şartlarına uygun olmadığı anlaşılmıştır.”

⁵⁶⁴Kamu İhale Kurulunun 15.08.2012 tarih ve 2012/UH.II-3340 sayılı kararından: “Yer verilen mevzuat maddeleri çerçevesinde, Kamu İhale Kanunu ve ikincil mevzuatı ihale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden istekli ve istekli olabileceklerin haklarını veya menfaatlerini korumalarını sağlamak amacıyla “şikâyet” sürecine ilişkin düzenlemelere yer vermekle birlikte idarelerin ihtiyaçlarını Kanunun temel ilkeleri çerçevesinde karşılarken şikâyet hakkının kötüye kullanılarak sürecin gereksiz şekilde kesintiye uğramasını engellemek için bazı önlemler almıştır. Bu çerçevede alınan önlemlerden biri olan varsayımlara dayalı herhangi bir mesnetten yoksun soyut iddiaların reddedilmesi hususuna ise mevzuatta çeşitli şekil şartlarından önce yer verilmiştir. Dolayısı ile idarelerce ihtiyacın karşılanmasında sürecin gereksiz şekilde kesintiye uğramaması ve şikâyet hakkının suistimal edilmesini önlemek için dayanaklarıyla ortaya konmayan iddiaların reddedilmesi gerekmektedir.”

⁵⁶⁵2577 Sayılı Kanun m. 3/2(b).

⁵⁶⁶Kamu İhale Kurulu’nun 03.02.2011 tarihli ve 2011/UY.II-583 sayılı kararı.

gerekçe KİK'in kendisine verilen görev alanını daralttığı anlamına gelmekte, başvuru sahipleri için ise hak arama özgürlüğünün kısıtlanması sonucunu doğurmaktadır. İkinci olarak ise, uygulamada ihale işlemlerinin çoğu gizli olarak yapılmakta ve bu konuda açıklık bulunmamaktadır. Dolayısıyla isteklilerin diğer isteklilerintekliflerinin içerikleri ve detayları hakkında bilgileri olmaması durumu söz konusudur. Böyle bir durumda isteklilerin başvuru sebeplerini somutlaştırarak diğer isteklilerin tekliflerinin detaylarından bahsetmesi hayatın olağan akışına uygun düşmemektedir. Nitekim Danıştay 13 üncü Dairesi de Kurulun somut gerekçe yaklaşımını dar bularak, Kurulun başvuru sebebi somut olmadığı gerekçesiyle şekilden reddettiği kararını, ihalelere karşı idari başvuru yollarının ihdas edilme amacına ve işlevine uygun şekilde "*Buna göre; gizlilik ilkesinin⁵⁶⁷ uygulanmasının zorunlu olduğu ihale süreçlerinde isteklilerin, diğer isteklilerin teklifi ve ihale dosyasına sunulan bilgi ve belgeleri hakkında detaylı bilgiye sahip olmalarının mümkün olmadığı dikkate alındığında, itirazın şikâyet başvurularında ileri sürülen bu yöndeki iddiaların somutluğu açısından konunun geniş yorumlanması gerekmekte olup, aksi halde, Kanun'da zorunlu İdarî başvuru yolu olarak öngörülen itirazın şikâyet başvurusunun işlevini yerine getiremeyeceği açıktır. Bu durumda; davacının itirazın şikâyet başvurusuna ilişkin dilekçede, yukarıda yer verilen iddiaların somut ve ciddi nitelikte iddialar olduğu, zira ihaleye sunulan tekliflerin içeriğinin davacı tarafından bilinmeyeceği dikkate alındığında, söz konusu başvurunun, 4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin 4'üncü fıkrasının (d) bendinde ve anılan Yönetmeliğin 8'inci maddesinin ikinci fıkrasının (ç) bendinde yer alan 'başvurunun konusu, sebepleri ve dayandığı delillerin itirazın şikâyet başvuru dilekçesinde bulunması gerektiği' yönündeki düzenlemeye aykırılık taşımadığı anlaşıldığından, itirazın şikâyet başvurusunun esasının incelenmesi gerekirken şekil yönünden reddine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uygunluk bulunmamaktadır."* gerekçesiyle iptal etmiştir⁵⁶⁸.

⁵⁶⁷ Kamu İhale Kanunu ihalelerde rekabet ve eşitlik gibi temel ilkelerin uygulanabilmesi için gizlilik ilkesini de bir ilke olarak kabul etmiştir. Sezginer, (İhale Uyuşmazlıkları), s.809.

⁵⁶⁸D13D, 29.01.2013, E:2012/2906, K:2013/164.

Danıştay 13 üncü Dairesi başka bir kararında, başvuru sebebinin somut olması gerekliliğinin geniş bir şekilde yorumlanmasının, itirazın şikâyet başvurusunun işlevinin temini için önemli olduğunu şu şekilde ifade etmektedir: “...gizlilik ilkesinin uygulanmasının zorunlu olduğu ihale süreçlerinde isteklilerin, diğer isteklilerin teklifi ve ihale dosyasına sunulan bilgi ve belgeleri hakkında detaylı bilgiye sahip olmalarının mümkün olmadığı dikkate alındığında, itirazın şikâyet başvurularında ileri sürülen bu yöndeki iddiaların somutluğu açısından konunun geniş yorumlanması gerekmekte olup, aksi halde, Kanun’da zorunlu idarî başvuru yolu olarak öngörülen itirazın şikâyet başvurusunun işlevini yerine getiremeyeceği açıktır.”⁵⁶⁹. İdareler tekliflerin içeriğinin diğer istekliler için gizli olduğunu ifade etmekte olup, bir isteklinin diğer istekliye ait yeterlik belgesini istemesi durumunda ticari sır gerekçesiyle bu bilgileri vermekten imtina etmektedirler. Bununla birlikte Başbakanlık Bilgi Edinme ve Değerlendirme Kurulu bu tarz başvuruları ticari sır kapsamında görmeyerek bilgi ve belgelerin verilmesine karar vermektedir⁵⁷⁰. Diğer isteklinin yeterlik belgesinin ticari sır olarak görüldüğü bir ortamda, isteklilerin başvurularının yeterince somut olmadığı gerekçesiyle şekil yönünden reddedilmesinin ne derece isabetsiz olduğu ortadadır.

⁵⁶⁹D13D, 17.06.2013, E:2012/3968, K:2013/1837.

⁵⁷⁰ Danıştay 13. Dairesince verilen 02.12.2011 tarih ve E:2011/3078, K:2011/5522 sayılı kararından: “...davacı ortak girişimin ihalede ikinci avantajlı teklifi verdiği, kesinleşen ihale kararının 22/09/2009 tarihinde davacı ortak girişime tebliğ edildiği, davacı ortak girişim tarafından 06/11/2009 tarihinde davalı Karayolları Genel Müdürlüğü’ne başvurularak ihale üzerinde kalan şirketin aşırı düşük teklif sorgulaması kapsamında yapmış olduğu açıklamaların istenildiği, bu belgelerin ticari sır kapsamında olduğu gerekçesiyle kendisine verilmemesi üzerine Başbakanlık Bilgi Edinme ve Değerlendirme Kurulu’na başvurduğu, bu başvuru sonucunda anılan Kurul tarafından davacının istediği belgelerin kimilerinin kendilerine verilmesi gerektiğine karar verilmesi üzerine Karayolları Genel Müdürlüğü tarafından davacı ortak girişimin istediği belgelerin kendisine verildiği, belgeleri alan davacı tarafından 12/04/2010 tarihinde davalı Karayolları Genel Müdürlüğü’ne başvurularak ihale üzerine kalan isteklinin yapmış olduğu açıklamaların yetersiz olduğu, onunla imzalanmış sözleşmenin feshedilerek kendileriyle sözleşme imzalanmasının talep edildiği...”

3.1.6 İtirazen Şikayet Başvurusunun Şikayet Sebepleriyle Sınırlı Olarak Yapılması

İstekliler ya da istekli olabilecekler itirazen şikayet haklarını kullanırken dilekçelerinde ancak daha önce şikayet konusu ettikleri hususlara ilişkin olarak itirazen şikayet başvurusunda bulunabileceklerdir⁵⁷¹.

Kamu İhale Kurumunun inceleme yetkisi 4734 sayılı Kanunun ilk şeklinde re'sen araştırma ilkesi çerçevesinde oldukça geniş tutulmuş iken daha sonra yapılan değişiklikle Kurumun re'sen inceleme yapma yetkisi itirazen şikayetlerin hızlı bir şekilde sonuçlandırılabilmesi gerekçesiyle kaldırılmış⁵⁷², Kurumun yetkisi tarafların iddiaları ve bu iddialarla bağlantılı konularla sınırlı bir alana çekilmiştir⁵⁷³. Dolayısıyla Kurumun çalışma sistemi ile iddia ve savunmanın genişletileme ve değiştirilme yasağı paralellik göstermekte ancak bu durum Türk İdari Sisteminin işleyişi ile uyumsuzdur, zira idare hukuka aykırı işlemlerini kaldırabilme ve iptal edebilme yetkisi ile donatılmış iken ihale işlemleri alanında bu yetki ortadan kaldırılmış olmaktadır. İdari işlemlerin genel amacı kamu yararının sağlanması olduğu ve Kamu İhale Kurumuna itirazen şikayet başvurusu yapılması durumunda zincir işlem şeklinde oluşan ihale işlemlerinin henüz tekemmül etmeyip ilgililer için herhangi bir kazanılmış hak doğurmadığı hususları göz önünde bulundurulduğunda, Türk İdari Sisteminde yer alan idarenin işleyiş tarzının ihale işlemlerinin denetiminde ayrı bir seyir izlediği sonucuna varılmaktadır. İhale işlemlerinin denetiminde idari bir denetim yolu olan itirazen şikayet mekanizması, idari özelliğini

⁵⁷¹Ehliyet başlığı altında bu konu detaylı olarak incelenmiş olduğundan ayrıntılı bilgi için çalışmanın belirtilen bölümüne bakılabilir.

⁵⁷²**56 ncı maddeye 5812 sayılı Kanunun 23 üncü maddesiyle getirilen değişiklik gerekçesi:** "İdari başvuru yolunun amaca uygun biçimde kullanılmasını temin bakımından Kurum tarafından başvuru sahibinin iddiaları ve idarenin şikayet üzerine verdiği kararda yer alan hususlar ile itiraz edilen işlemlerin diğer istekliler bakımından uygulanmasının eşit muamele ilkesini ihlal edip etmediği ile sınırlı bir incelemenin yapılması öngörülmekte, böylece şikayet inceleme sürecinin kısa sürede sonuçlandırılması amaçlanmaktadır." Gerekçeli Kamu İhale Kanunu, (Çevrimiçi), www.kik.gov.tr, 07.05.2014.

⁵⁷³Işık, s.61-62.

bir bakıma kaybetmekte, Kurul idare ile idari başvuru sahibi arasında medeni hukuk hakimi ya da hakem mahkemesi hakemleri gibi bir pozisyon almakta, idare hukukuna egemen olan re'sen araştırma ilkesi ile idarenin hukuka aykırı işlemlerini başkaları için müktesep hak teşkil etmedikçe geri alınabileceği kuralı işletilememektedir. Söz konusu uygulama Danıştay'ın iddianın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağını aşan bir nitelikte oluşmaktadır. Zira Danıştay ve idare mahkemeleri her ne kadar iddia ve savunmanın genişletilme ve değiştirilme yasağını uygulasalar da özellikle iptal davalarında re'sen araştırma ilkesini son derece geniş uygulamakta idari işlemleri dilekçede belirtilmeyen sebeplerle de iptal edebilmektedirler. Netice itibariyle kanaatimizce KİK'in re'sen araştırma ve inceleme yetkisinin daraltılması, ihalelere karşı idari başvuru müessesesinin kuruluş amacı, işlevi ve Türk İdari Sisteminin genel işleyişi ile bağdaşmamakta, idari işlemlerin genel amacı olan kamu yararının elde edilmesini ve idarenin işleyişinde hukuka uygunluğun sağlanmasını zorlaştırmaktadır.

Şekil unsurunun ihale işlemlerinde önemli bir yer tuttuğunu ve şekil eksikliği sebebi ile birçok başvurunun reddedildiği ya da kamunun kayda değer miktarda kaynağının verimsiz kullanılmasına sebep olduğunu bu bölümün başında belirtmiştik. Şekil eksikliği sebebi ile herhangi bir başvurunun reddedilmesinin, idarenin hukuka uygunluğunu sağlamayı amaçlayan idari denetim mekanizmasının genel amacı ve işleyişi ile bağdaşmamakta olup idari denetim ile asıl amaçlanan kamu yararının sağlanmasıdır. Şeklin sadece idari başvuruları belli bir disipline bağlamayı amaçladığı ortada iken, salt dilekçede idarenin şikayete verdiği cevabın belirtilmemesi, başvuru ücretinin eksik yatırılması ya da başvuru sebeplerinin yeterli somutluğa indirilmemesi gibi gerekçelerle ihalelere yönelik başvuruların ön inceleme aşamasında esasa geçilmeden reddedilmesinin ihalelere karşı idari başvuru sisteminin kuruluş amacına ve işlevine uygun olmadığı kanaatindeyiz.

3.2. Posta Yolu İle Başvuruda Bulunulması

İdarelere yapılacak şikayet ve KİK'e yapılması gereken itirazın şikayet başvurularının elden veya posta yolu ile gerçekleştirilmesi mümkündür. Posta ile kastedilen sadece PTT aracılığı ile değil, kargo gibi diğer metot ve özel firmalarla da gönderimin sağlanabilmesidir⁵⁷⁴. Bununla birlikte fax marifeti ile yapılan başvurular posta yoluyla yapılan başvuru niteliğinde kabul edilmemektedir⁵⁷⁵.

Posta ile yapılan başvurularda başvuru tarihi olarak şikayet dilekçesinin idarenin kayıtlarına alındığı tarih esas alınmakta olup⁵⁷⁶, idari başvuru dilekçelerinin postaya verilmesi ile idareye ulaşması arasındaki zamanın posta işlemlerindeki gecikme nedeniyle uzamasının idari başvuru süresini etkilemediği hususu Yönetmelikte postadaki gecikmelerin mazeret olamayacağı şeklinde gerekçelendirilmektedir⁵⁷⁷. Belirtilen sebeple idari başvuru hakkına sahip olan aday, istekli veya istekli olabilecek konumundakiler, şikayet ya da itirazın şikayet yolu için posta tercihini kullanırken, posta işlemlerinde geçen süreyi dikkate alarak

⁵⁷⁴ Altun, Muhsin, **Kamu İhale Kanununda Teklif Mektuplarının Hazırlanması** ve Verilmesine İlişkin Esaslar, Mali Hukuk, Yıl: 18, Temmuz – Ağustos 2003, Sayı: 108, s.88. (Teklif Mektupları)

⁵⁷⁵ Kamu İhale Kurulunun tarih 16.04.2009 ve 2009/UH.II-1338 sayılı kararından: “İdareye şikayet başvurusunun 10 günlük şikayet süresi içerisinde posta yoluyla veya elden imzalı dilekçe ile yapılması gerekmesine karşın, söz konusu ihalede şikayet başvurusunun **idareye faks yoluyla yapıldığı**, 4734 sayılı Kanunun 54 ve 55 inci maddeleri ile İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin 8 inci maddesinin birinci bendi ile 9 uncu maddesinin birinci bendinde öngörülen şartları taşımayan başvuruya ilişkin söz konusu eksikliklerin başvuru sahibi tarafından süresi içerisinde giderilmediği anlaşılmıştır.”

⁵⁷⁶ Kamu İhale Kurulunun tarih ve 2009/UH.II-1338 sayılı kararından: “İdarenin ihale işlem dosyasına ilişkin olarak Kurumumuza gönderdiği 10.04.2009 tarih, 593 sayılı yazı ve eklerinin incelenmesi sonucunda, söz konusu ihalede şikayet konusu işlemin farkına varıldığı 24.03.2009 tarihini izleyen 10 gün içinde posta yoluyla veya elden imzalı bir dilekçe ile idareye şikayet başvurusunda bulunmadığı, 26.03.2009 tarihinde idareye faks ile gönderilen dilekçenin posta yoluyla da idareye gönderildiği, anlaşılmasına karşın, posta yoluyla gönderilen şikayet dilekçesinin 10 günlük idareye başvuru süresi geçtikten sonra 07.04.2009 tarihinde idareye ulaştığı anlaşılmıştır.

İncelenen ihalede şikayete yol açan durumun farkına varıldığı tarihi izleyen 10 gün içinde **idareye usulüne uygun olarak yapılmış bir başvurunun bulunmadığı anlaşıldığından**, söz konusu başvurunun Kurumca esastan incelenemeyeceği sonucuna varılmıştır. Bu haliyle, 4734 sayılı Kanununun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince başvurunun reddi gerekmektedir.”

⁵⁷⁷ İhalelere Yönelik İdari Başvurular Hakkında Yönetmelik m. 9/1.

hareket etmek durumundadırlar. Zira idari başvuru süreleri çok kısa olduğu için postadaki olağan gecikmeler şikayet hakkının ve dolayısıyla dava hakkının tamamen kullanılamaması sonucunu doğurabilmektedir. Bu durum her ne kadar başvuru sahibinin kendisinden kaynaklanmayan sebeplerden doğmuş olsa da, basiretli tacir niteliğine sahip olması beklenen ilgililerin postadaki gecikmeleri ve olağan posta sürelerini öngörebilecek yetenekte oldukları kabul edilmektedir.

3.3. Ortak Girişimlerin Şikayet ve İtirazen Şikayet Başvurusunda Bulunması

Ortak girişimler kişi yönünden başvuru ehliyeti konusuna da dahil olmakla birlikte, bu yapı özellikle başvuru dilekçelerinin veriliş şeklinde farklılık arz ettiğinden ve tez içinde mükerrerlik olmaması adına bu bölümde incelemeye tabi tutulmaktadır. Ortak girişimlerin şikayet ve itirazen şikayet şeklinde gerçekleştirebilecekleri idari başvuru yollarına ait şekil ve usul kurallarını açıklamadan önce, ihale mevzuatında özel olarak düzenlenen bu yapının niteliği hakkında bilgi verilmesi gerektiği değerlendirilmektedir.

3.3.1. Ortak Girişimin Tanımı ve Yapısı

4734 sayılı Kanun, diğer kanunlar çerçevesinde herhangi bir tüzel kişiliği olmayan ve sadece bir ihaleye katılım ve ihale üzerinde kalması halinde bu ihalenin sözleşmesinin sürdürülmesi işlemleriyle sınırlı olarak varlığını devam ettiren nevi şahsına münhasır bir yapıya, ihalelere katılım imkanı tanımıştır⁵⁷⁸. Kanun bu yapıyı genel olarak ortak girişim olarak adlandırmış ve “*ihaleye katılmak üzere birden fazla gerçek veya tüzel kişinin aralarında yaptıkları anlaşma ile oluşturulan iş ortaklığı veya konsorsiyumlar*” olarak tanımlamıştır⁵⁷⁹. Bu noktada Kanun ortak girişimi üst bir kavram olarak değerlendirmiş ve bu kavramın uygulamada “*iş ortaklığı*” ve

⁵⁷⁸Özdemir, s.61.

⁵⁷⁹4734 Sayılı Kanun m.4.

“konsorsiyum” olarak iki şekilde ortaya çıkabileceğini belirtmiştir. İş ortaklığında ortaklardan her biri işin tamamından sorumlu olmakta ve kural olarak tüm ihalelere gerçek ve tüzel kişiler gibi iştirak edebilmekte, bununla birlikte konsorsiyumlar, ancak farklı uzmanlık alanları gerektiren işler içeren ihalelere, idarelerin konsorsiyumların katılımını öngörmeleri halinde katılabilmekte⁵⁸⁰ ve konsorsiyum ortakları sadece kendi uzmanlık alanlarını ilgilendiren konularla sınırlı sorumluluğa sahip olmaktadır⁵⁸¹.

4734 sayılı Kanun ortak girişimde yer alan ortakları sorumlulukları ve ortak girişimin yapısını dikkate alarak değişik şekilde sınıflandırmıştır. İş ortaklıklarında ortaklığı temsil görevi ve yetkisine sahip olan ortak pilot ortak olarak adlandırılırken, konsorsiyumlarda bu sorumluluk koordinatör ortağa yüklenmiş⁵⁸², pilot ve koordinatör ortak dışında kalan ortak girişim ortakları ise gerek iş ortaklığı yapısında ve gerekse konsorsiyumlarda özel ortak olarak adlandırılmıştır⁵⁸³.

Yönetmelik ortak girişimin her iki türünün idari başvuru ehliyetini birlikte düzenlemiş, bu iki yapı arasında şikayet ve itirazın şikayet başvurusunda bulunulabilecek konular yönünden bir sınırlama ve değişiklik öngörmemiştir. Şekil konusunda ise idari başvuruların iş ortaklıklarında pilot ortak tarafından, konsorsiyumlarda ise koordinatör ortak tarafından yapılması gerektiği belirtilmiştir⁵⁸⁴, Kurul da “*Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 39 ve 40 ncı maddeleri çerçevesinde, adi ortaklığın iştirak kurallarına tabi olması nedeniyle davanın bütün ortaklar tarafından birlikte veya kendisine yönetim görevi verilmiş ortak tarafından açılabileceği ancak tek ortak tarafından davanın açılmış olması halinde ise iştirak kurallarından yararlanılarak, davacıya diğer ortakların davaya katılması veya muvafakatlarının alınıp kendisine temsil yetkisini vermelerini sağlamak üzere süre verilmesi gerektiği uygulamada ve öğretide kabul edilmektedir. Bu itibarla; ortak*

⁵⁸⁰Yalazay, s.64-65.

⁵⁸¹Bilgin, Aslı “İhale Mevzuatı Türkiye’nin Yurtdışı Örneklerle Karşılaştırması”, İzmir, 2008, s.269-270, Çevrimiçi: www.yok.gov.tr, 12.10.2012.

⁵⁸²Yalazay, s.64-65; Özdemir, s.61-62; Irmak, s.88-89.

⁵⁸³Uslu, s.78.

⁵⁸⁴Özdemir, s.109.

girişim olarak ihaleye teklif verilmesi ve özel ortak tarafından şikayet/itirazen şikayet başvurusunda bulunulması halinde, söz konusu başvurunun İhalelere Karşı Yapılacak İdari Başvurularda Ait Yönetmeliğin 8 ve 20 nci maddeleri çerçevesinde değerlendirilerek, idarece/Kurumca, diğer ortakların şikayete katılması veya muvafakat etmelerinin sağlanması için şikayetçiye bir süre verilmesi, verilen süre içinde diğer ortakların şikayete/itirazen şikayete katılmaması veya şikayetçiye temsil yetkisi vermemeleri halinde başvurunun esasına girilmeden ehliyet yönünden reddedilmesi gerektiğine” şeklinde gerekçeyle bu yönde düzenleyici karar tesis etmiştir⁵⁸⁵.

3.3.2. Ortak Girişimlerin Başvuru Dilekçelerine Eklenmesi Gereken Belgeler

Ortak girişim tarafından yapılacak başvurularda ortak girişim beyannamesinin⁵⁸⁶ veya sözleşmesinin sunulması gerektiği yönetmelikte belirtilmiş olup⁵⁸⁷, bu belgeler ihaleye ortak girişim olarak girilmesi durumunda teklif ekinde sunulması zorunlu olan belgeler arasında sayılmıştır⁵⁸⁸. Bu noktada mevzuat ortak

⁵⁸⁵Kamu İhale Kurulunun 20.02.2006 tarih ve 2006/DK.D-19 sayılı düzenleyici kararı.

⁵⁸⁶İş ortaklığı ve konsorsiyum şeklinde olabilen ortak girişim beyannameleri, ortak girişimi oluşturan ortakların ortaklık oranları ile koordinatör ve pilot ortakları belirtmektedir. Özdemir, s.64-65.

⁵⁸⁷İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik m.8/8.

⁵⁸⁸Kamu İhale Kurulunun 26.03.2012 tarih ve 2012/UY.III-1481 sayılı kararından: “İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin 8 inci maddesinin sekizinci fıkrasında; ortak girişim adına yapılacak şikâyet veya itirazen şikâyet başvurularının, pilot ortak/koordinatör ortak veya temsil yetkisi verilen özel ortak ya da ortakların tamamı tarafından yapılmasının zorunlu olduğu, **bu başvurularda,ortak girişim beyannamesinin veya sözleşmesinin, özel ortak tarafından yapılan başvurularda ayrıca özel ortağa temsil yetkisi verildiğine ilişkin belgenin eklenmesi gerektiği**, 4734 sayılı Kanunun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasında da, başvurunun şekil kurallarına uygun olmaması halinde başvurunun reddine karar verileceği hüküm altına alınmıştır.

Yapılan inceleme neticesinde; başvuru dilekçesine ortak girişim beyannamesi veya sözleşmesinin, başvuru özel ortak tarafından yapıldı ise özel ortağa temsil yetkisi verildiğine ilişkin belgenin asıllarının ya da aslına uygunluğu onaylı örneklerinin eklenmediği (başvuru dilekçesi ekinde yer alan ve ortaklık durumunu da gösteren adi ortaklık sözleşmesinin fotokopi olduğu), söz konusu eksiklerin başvuru sahibi tarafından giderilebilmesi için İhalelere Yönelik Yapılacak Başvurular Hakkında Yönetmeliğin 16 ncı maddesinin 3 üncü fıkrası uyarınca www.ihale.gov.tr adresinde ilan edildiği ancak anılan eksikliğin belirtilen süre zarfında giderilmediği tespit edilmiştir.

Bu itibarla; 4734 sayılı Kanunun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince başvurunun şekil yönünden reddi gerekmektedir.”

girişim beyannamesi veya sözleşmesinin istekliler tarafından mükerrer olarak sunulması gerekmediğini usul ekonomisi ilkesini dikkate alarak düzenlememiştir. Oysa benzer bir durumda Yönetmelik temsile yetkili olduğuna ilişkin belgelerin teklif zarfında bulunması halinde mükerrer olarak sunulması gerekmediğini açık bir şekilde belirtmiştir. Bu durumda temsile yetkili olduğuna dair belgeler için geçerli olan mükerrer belge aramama şeklindeki kural, ortak girişim beyannamesi veya sözleşmesi için uygulanıp uygulanmayacağı sorunu cevaplanması gereken bir soru olarak ortaya çıkmaktadır. Mevzuatta bu hususa ilişkin açık bir düzenleme olmaması, usul ekonomisi gibi idare hukukunda geçerli olan genel bir ilkenin burada uygulanmasına engel teşkil etmemelidir kanaatindeyiz. Zira ihaleye verilen teklif zarfında ortak girişim beyannamesi ve sözleşmesi yer almakta, bu belgelerde hangi ortakların ortak girişime dahil oldukları, kimlerin pilot, koordinatör veya özel ortak olarak belirlendiği açık şekilde yer almakta ve ortaklık oranları da bu belgelerde belirtilmektedir. İdarenin elinde olan bir belge ve bilgiyi yeniden şikayet başvurusu için ve aynı ihale ile ilgili olarak istemesi usul ekonomisi ilkesi ile çatışmaktadır.

3.3.3. Ortak Girişimlerin Yapacakları Şikayet Başvurularında Temsil

Ortak girişim iş ortaklığı şeklinde meydana getirilmişse üçüncü kişilere karşı temsil yetkisi ve görevi pilot ortakta olacağından, şikayet dilekçesinin de bu ortak tarafından imzalanması gerekmektedir. Yine aynı şekilde konsorsiyumlarda temsil yetki ve görevi koordinatör ortağa ait olduğundan şikayet dilekçesinde koordinatör ortağın imzasının olması gerekli görülmektedir. Gerek koordinatör gerekse pilot ortağın, ortak girişimi temsil yetkisi Kanundan kaynaklandığından bu kişilerin ayrıca ortak girişimi temsile yetkili olduklarına dair bir belge şikayet ve itirazın şikayet başvurularında aranmamakta, idari başvuru dilekçelerinde özel ortakların imzalarının bulunması da gerekmemektedir⁵⁸⁹.

⁵⁸⁹Özdemir, s.108-109.

Şikayet ve itirazın şikayet başvuru hakkının ortak girişim beyannamesi ve sözleşmesinde yer alan genel ortaklık şartları çerçevesinde pilot veya koordinatör ortağa doğrudan verilip verilmediği ve idari başvuru için pilot ve koordinatör ortak için ayrı bir yetkilendirmenin gerekip gerekmediği çözümlenmesi gereken ayrı bir usul sorunudur. Usul hukukunda kamu kurumlarına başvuru ve dava hakkı genel olarak ayrı bir vekalet gerektirmekte, bu yetki genel vekaletin kapsamı içinde görülmemektedir. Bununla birlikte şikayet ve itirazın şikayet konusu özel yetki gerektiren bir husus olarak değerlendirilse dahi, ortak girişimin belli bir ihale için oluşturulmuş özel bir yapı olduğu, ihale işlemlerinin en önemli hususlarından biri olan şikayet müessesinin ortak girişimlerin pilot ortak ve koordinatör ortak belirlenirken dikkate alındığı veya basiretli tacir olarak dikkate alınması gerektiği hususları göz önünde bulundurulduğunda, ortak girişim beyannamesinde veya sözleşmesinde pilot veya koordinatör ortağın bu yetkiye doğal olarak sahip olduğu, şikayet için özel bir yetkilendirme gerekmediği kanaatindeyiz. Mevzuatta bu hususu dikkate alınarak, şikayet veya itirazın şikayet başvurularının pilot veya koordinatör ortak tarafından yapılması zorunlu sayılmıştır. Pilot veya koordinatör ortağa tek başlarına şikayet başvurusunda bulunma yetkisinin verilmesi, ayrıca usul ekonomisi ve şikayet hakkının kullanılmasının kolaylaştırılması açısından da önemlidir. Zira kısa olarak nitelendirilebilecek şikayet süresi içerisinde özellikle çok sayıda ortak barındıran iş ortaklığı veya konsorsiyumlarda bu zaman zarfında tüm ortakların imzalarının toplanması ve gerekli belgelerin tedariki birçok durumda şikayet hakkını kullanılamaz hale getirebilirdi.

Özel ortağın tek başına şikayette bulunma hakkı ancak özel yetkilendirme ile var olabilmektedir⁵⁹⁰. Özel ortak, ortak girişimi temsil salahiyetine sahip olmadığından bu şekilde bir yetki kullanımı doğal olarak özel yetkilendirme gerektirmekte ve bu yetkilendirmenin de yine şikayet dilekçesi ekinde sunulması gerekmektedir⁵⁹¹. Özel ortağın özel yetki almadan idari başvuruda bulunamaması

⁵⁹⁰Özdemir, s.109.

⁵⁹¹Kamu İhale Kurulunun 04.01.2010 tarih ve 2010/UM.II-19 sayılı kararı: *“Belirtilen sebepten, başvuru dilekçesine ortak girişim beyannamesi veya sözleşmesi ile başvurunun özel ortak tarafından yapılmış olması durumunda, özel ortağa temsil yetkisi verildiğine ilişkin belgenin eklenmediği hususları tespit edilmiş olup, tespit edilen aykırılıkların İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında*

konusunda tereddüt bulunmamakla birlikte, ek belge sunulması ya da ek dilekçe verilmesi gibi konularda yetkili olup olmadığı kesin bir açıklığa sahip değildir. İhalelere karşı idari başvurulara ait sistemin amacının idarenin hukuka uygunluğunun sağlanması olduğundan, özel ortaklarca verilen ek belge ve bilgilerin hukuka uygunluğunun teminine yardımcı olabileceği düşüncesi ile özel ortakların yetkilendirilmeden ek belge, bilgi ya da dilekçe vermelerinin, 4734 sayılı Kanun ile ihdas edilen ihalelere karşı idari başvuru mekanizmasının amacı ile uyumsuz olmadığı kanaatindeyiz.

Ortak girişimi oluşturan tüm ortakların birlikte imzası ile şikayet başvurusunda bulunması da işin doğası gereği mümkündür. Yönetmelik tüm ortakların bu şekilde başvurabileceğini düzenlemiş olmakla birlikte, gerek ortak girişimin tüm iradesini yansıtması bakımından ve gerekse dilekçede imzası olan pilot ortağın tek başına temsil yetkisi bulunduğu dolayısıyla, Yönetmelikte bu hüküm düzenlenmemiş olsa idi dahi, tüm ortakların imzasını taşıyan dilekçe ile yapılan başvurunun geçerli sayılması işin doğasından kaynaklanmaktadır. Benzer istikamette olmak üzere ikiden fazla ortağı barındıran ortak girişimlerde, özel ortağın verdiği başvuru dilekçesine sadece pilot ya da koordinatör ortağın katılımının, idari başvuruyu şekil yönünden geçerli kılacağı savunulmaktadır⁵⁹².

3.4. İdari Başvuruların Yapılacağı Yerler

Şikayet başvurusu doğrudan ihaleyi yapan idareye yöneltilirken itirazın şikayet başvuruları KİK'e yapılmaktadır⁵⁹³. Şikayet başvurularının yapılacağı idare ile kastedilen ilgili ihaleyi yapan idarenin, ihaleyi yapan ilgili birimi olmakta⁵⁹⁴, ihale ilanında ve idari şartnamede ihalenin hangi idare tarafından gerçekleştirileceği

Yönetmeliğin 16 ncı maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca on günlük itirazın şikayet süresi içerisinde giderilmediği anlaşıldığından, 4734 sayılı Kanunun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince başvurunun şekil yönünden reddi gerekmektedir.”

⁵⁹²Özdemir, s.109.

⁵⁹³Yılmaz, s.189.

⁵⁹⁴İlgili bakanlık biriminin yaptığı şikayet başvurusunda dilekçenin Bakanlık merkezi yerine ilgili birime gönderilmesi gerekmektedir. Bastık, s.98.

hususuna yer verilmesi zorunluluğu bulunmakta⁵⁹⁵, şikayetlerin de bu yazılı olan idareye ve ihale dokümanında yazılı olan adrese yapılması gerekmektedir.

Şikayet başvurusunun ihaleyi yapan idare yerine başka bir idareye, doğrudan KİK'e ya da mahkemeye yapılması durumunda, hatalı olarak şikayet başvurusu yapılan makamlar 2577 sayılı Kanunun gereğince dilekçeyi ilgili ihale makamına gönderirlerse, şikayet dilekçenin ihaleyi yapan idarenin kayıtlarına girdiği tarih şikayet başvurusunun yapıldığı tarih olarak kabul edilmektedir. Eğer şikayet başvurusu ihaleyi yapan idarenin kayıtlarına şikayet süresi dolmadan ulaşmış ise şikayet başvurusu süresinde yapılmış sayılmakta ve başvuruda eksiklikler bulunması durumunda şikayet başvurusu için öngörülen süre içerisinde bu eksikliklerin tamamlanması başvuru sahibinden istenilmektedir. Diğer durumda yani dilekçenin şikayet süresi içerisinde idare kayıtlarına alınmaması halinde ise, başvuru süre unsuruna uyulmadığı gerekçesiyle reddedilmektedir.

3.4.1. Farklı İdari Makam ya da Mahkemelere Başvuru Yapılması Durumu

Farklı idari makam ya da mahkemeye başvuru yapılması durumuna ilişkin olarak, ihalelere karşı şikayet başvuru prosedürü 2577 sayılı Kanunda yer alan idari dava prosedüründen farklılık göstermektedir. Zira 2577 sayılı Kanun gereğince yapılan ilk inceleme sonucunda davanın görevli olmayan mahkemeye açılmış olduğu anlaşılırsa davanın reddine, idari dava olarak açılması gerekmekte beraber görevli veya yetkili olmayan mahkemeye açılan davalarda ise yetkili mahkemeye gönderilmesine karar verilir⁵⁹⁶. Eğer başvuru görev yönünden sakat ise ve davanın reddi kararı verilmiş ise bu durumda, davanın reddi kararının kesinleşmesi tarihinden itibaren otuz gün içinde ilgililer görevli mahkemede dava açabilmektedirler. Bu durumda görevsiz yargı merciine başvuru tarihi görevli mahkemeye başvuru tarihi

⁵⁹⁵4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu madde 8/5(a).

⁵⁹⁶Gözübüyük/Tan, (İdari Yargı), s.969.

olarak kabul edilir.⁵⁹⁷ Görevsizlik kararının kesinleşmesi tarihinden itibaren otuz günlük başvuru süresi geçirilmiş olursa bile henüz idari dava açma süresi dolmamış ise idari dava açma süresinde yine dava açılacaktır⁵⁹⁸.

İhalelere karşı yapılacak şikayet başvurularında ise görevsiz veya yetkisiz makamlara yapılan idari başvurularda, 2577 sayılı Kanunda tanınan imkanların hemen hiçbirine ilgililere tanınmamış, şikayet başvurularının kısa bir sürede sonuçlandırılması ve ihale sürecinin hızlı bir şekilde işlemesi için kesin süreler konulmuş ve yanlış yere başvuru yapılarak bu sürelerin uzatılması yolunun önüne geçilmek istenmiştir. Bu durumda görevsiz ya da yetkisiz idari makama şikayet yapılması halinde, başvuru makam şikayet dilekçesini ilgili idareye gönderecektir ve ilgili idareye dilekçenin ulaşma tarihi, şikayet başvurusunun yapılma tarihi olarak kabul edilecektir. On gün gibi kısa olan şikayet süresinde ilgililerin hatalı başvuru yapması durumunda uygulamada şikayet süresi içerisinde dilekçesinin ilgili makama gönderilme ihtimali az olduğundan, genellikle yanlış idari ya da adli makama yapılan şikayet başvuruları şikayet hakkının hiçbir şekilde kullanılmaması sonucunu doğurmaktadır⁵⁹⁹.

Hatalı olarak doğrudan idare mahkemesine veya Danıştay'a yapılan idari başvurularda merci tecavüzü gerekçesiyle dilekçelerin ilgili idari makama gönderilmesi halinde başvuru tarihinin 2577 sayılı Kanun gereğince idare mahkemesi veya Danıştay'a yapıldığı tarih sayılması gerekliliği⁶⁰⁰ Kanundan⁶⁰¹ kaynaklanan bir zorunluluktur. İhalelere yönelik şikayet başvurularının doğrudan idare mahkemesi veya Danıştay'a yapılması durumunda merci tecavüzü sebebiyle ilgili idareye gönderilmesi durumunda şikayet başvuru tarihi olarak başvuru dilekçesinin ilgili idarece kayda alındığı tarih olarak kabul edilmesi zorunluluğu ise İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelikten kaynaklanmaktadır⁶⁰². Bu durumda aynı özel durumu düzenleyen kanun hükmü ile yönetmelik düzenlemesi

⁵⁹⁷2577 Sayılı Kanun m.9/1.

⁵⁹⁸2577 Sayılı Kanun m.9/2.

⁵⁹⁹Bastık, s.98.

⁶⁰⁰Yıldırım, (İdari Yargı), s.491.

⁶⁰¹2577 Sayılı Kanun m.14-15.

⁶⁰²İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik m. 9/5.

arasında çatışma söz konusu olmaktadır. Kural olarak yönetmelikler kanunların uygulanmasını göstermek üzere çıkarılırlar ve normlar hiyerarşisi gereği kanunlara aykırı hükümler içermemelidirler⁶⁰³. Bu durumda Yönetmeliğin 9 uncu maddesinin 5 inci fıkrası, açıkça 2577 sayılı Kanuna aykırılık teşkil etmektedir. Her ne kadar Yönetmelikte yer alan düzenleme 4734 sayılı Kanunun varlık sebeplerinden biri olan ihalelerin süratle sonuçlandırılması ilkesi ile uyumlu gözükse de, kanun ile düzenlenen bir alanda kanunda öngörülenden farklı nitelikte bir düzenleme yapmak normlar hiyerarşisi ve usulde paralellik ilkesi gereği ancak kanun kuvvetinde bir genel düzenleyici işlem ile olmalıdır. Belirtilen sebeple söz konusu Yönetmelik ile getirilen düzenlemenin normlar hiyerarşisine uygun olarak hazırlanmadığı kanaatindeyiz. Nitekim Danıştay 13 üncü Dairesi idareye yapılan başvurudan sonra KİK yerine mahkemelere başvuru yapılması durumunda Yönetmelik hükmü yerine 2577 sayılı Kanunu dikkate alarak, mahkemeye başvuru tarihini, KİK'e başvuru tarihi olarak kabul etmekte olup kararını şu şekilde gerekçelendirmektedir: “2577 sayılı İdari yargılama Usulü Kanunu'nun 15. maddesinin 2. Fıkrasındaki, *dava dilekçelerinin görevli mercie tevdi halinde, ilgili mahkemeye başvurma tarihinin, merciine başvurma tarihi olarak kabul edileceği hükmü uyarınca Kuruma itirazın şikâyet başvurusu tarihi olarak, davanın ilk açıldığı 20.01.2009 tarihinin, dolayısıyla süresinde bir başvuru olduğunun kabulü gerekeceği, sonucuna varılmıştır.*”⁶⁰⁴.

İdareye yapılması gereken bir şikâyet başvurusunun sehven idare mahkemesine gönderilmesi durumunda ve idare mahkemesinin merci tecavüzü sebebiyle hatalı olarak ihaleyi yapan idareye göndermek yerine KİK'e göndermesi durumunda, KİK başvuruyu ilgili idareye göndermekte ancak başvuru tarihi olarak ilgili idarenin kaydına girdiği tarihi esas almaktadır. Bununla birlikte Danıştay, şikâyet başvurusu tarihi olarak mahkemeye başvuru tarihini dikkate almaktadır. Danıştayın bu konudaki görüşü 13 üncü Dairenin kararına şu şekilde yansımıştır; “*Olayda, davacı şirketin geçici teminatının gelir kaydedilmesine ilişkin 17.02.2005 tarih ve 583 sayılı yazının, davacı şirket tarafından 22.02.2005 tarihinde öğrenildiği, bunun üzerine idareye şikâyet başvurusunda bulunulması gerekirken doğrudan Manisa İdare*

⁶⁰³ Akyılmaz/ Sezginer/ Kaya, s.47.

⁶⁰⁴ D13D, 18.04.2013, E:2010/4399, K:2012/3914.

Mahkemesine 24.02,2005 tarihli dilekçe ile dava açıldığı, anılan dava hakkında Manisa İdare Mahkemesi'nin 28.03.2006 tarih ve E.2006/724, K:2006/659 sayılı kararı ile, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 15/1-e maddesi uyarınca dava dilekçesinin Kamu İhale Kurumu'na tevdiine karar verildiği, bu karar üzerine, Kamu İhale Kurumu'nun, 4734 sayılı Kanun'un 55. maddesine aykırı olarak geçici teminatın irat kaydedilmesi işlemine karşı idareye şikâyet başvurusu yapılmadan Kuruma başvuru yapıldığından başvurunun öncelikle ihaleyi yapan İdareye gönderildiği; idarenin şikâyet başvurusunu reddi üzerine yapılan itirazın şikâyet başvurusunun ise, şikâyet başvurusunun idarenin kaydına 22.07.2006 tarihinde girdiği, bu nedenle 22.02.2005 tarihinde öğrenilen işleme karşı süresinde şikâyet başvurusunda bulunulmadığından bahisle süre yönünden reddedildiği görülmektedir.

2577 sayılı Kanun'un 15/1-e maddesindeki düzenleme uyarınca, merciine tevdi kararı ile gönderilen dava dilekçesinin tarihinin, Kurum eliyle iletirse bile, başvuru yapılması zorunlu olan yere yapılan başvurunun tarihi' olarak kabul edilmesi gerektiğinden, Manisa İdare Mahkemesi'nin merciine tevdi kararı ile Kamu İhale Kurumu'na gönderilen dava dilekçesinin tarihi olan 24.02.2005 tarihinin, şikâyet başvurusunun tarihi olarak kabul edilmesi gerekirken Kamu ihale Kurumu tarafından, şikâyet başvuru tarihinin Kurum'un dilekçeyi idareye iletmesi üzerine kayda giriş tarihi olan 22.07.2006 tarihini kabul ederek, süresinde yapılmayan şikâyet başvurusu üzerine yapılan itirazın şikâyet başvurusunun da süresinde olmadığı ve bu nedenle iddiaların incelenmesi suretiyle başvurunun değerlendirilmesi yönündeki dava konusu Kurul kararında hukuka uygunluk görülmemiştir.”⁶⁰⁵. Mevcut düzenlemeler çerçevesinde Danıştayın görüşünün hukuka uygun olduğu kanaatindeyiz, zira mahkemenin merci tecavüzü sonrası ihaleyi yapan idare yerine hatalı olarak KİK'e dosyayı gönderme işleminin külfetini başvuru sahibine yüklememek gerekmektedir.

⁶⁰⁵D13D, 06.06.2012, E:2009/50, K:2012/1516.

3.4.2. Hatalı Olarak Doğrudan KİK'e Şikayet Başvurusunda Bulunulması Durumu

Yukarıda da belirtildiği üzere şikayet başvurularının ihaleyi yapan idareye yöneltmesi gerekmekte olup, şikayet başvurularının yanlışlıkla KİK'e yapılması durumunda, eğer on günlük şikayet süresi geçmemiş ise, KİK tarafından şikayet başvuru dilekçesi ilgili idareye gönderilmektedir. Bu durumda idarece başvurunun kayda alındığı tarih şikayet başvuru tarihi olarak kabul edilmekte ancak belirtilen uygulama sebebiyle bir çok şikayet başvurusu on günlük şikayet başvuru süresine riayet edilmemesi gerekçesiyle reddedilmektedir⁶⁰⁶.

KİK'e doğrudan yapılan başvurularda, başvurunun ilgili idarenin kaydına girdiği tarihin başvuru tarihi olarak kabul edilmesinin, hak arama hürriyeti ile bağdaştırılması mümkün gözükmediği kanaatindeyiz. Zira ihale mevzuatında

⁶⁰⁶Kamu İhale Kurulunun 15.08.2012 tarih ve 2012/UM.I-3304 sayılı kararından: “Başvuru sahibinin Kuruma ilk kez 09.07.2012 tarihinde kayıtlara alınan dilekçesi ile başvurduğu görülmektedir. Başvuru sahibi kesinleşen ihale kararını 03.07.2012 tebellüğ etmiş, ihalede en düşük fiyatı teklif etmelerine rağmen ihalede ekonomik açıdan en avantajlı ya da ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi olarak belirlenmediklerini tespit etmeleri üzerine aynı tarihte idareden açıklama talebinde bulunmuş, tekliflerinin yetkili satıcı ya da imalatçı olduklarını gösterir belgelerini sunmadıkları gerekçesiyle değerlendirme dışı bırakıldığının belirtildiği cevabi idare yazısını 06.07.2012 tarihinde tebellüğ etmiştir.

Her ne kadar itirazın şikâyet dilekçesinde başvuru sahibi 03.07.2012 tarihli açıklama talebi yazılarının “idareye şikâyet dilekçesi” ve idarenin 06.07.2012 tarihli cevabi yazısının ise “şikâyet başvurusu üzerine idarece alınan karar” olduğunu iddia ediyor olsa ve gerek başvuru sahibinin gerekse idarenin söz konusu yazılarında “şikâyet konusu”, “şikâyet nedenleri”, “şikâyet dilekçesi” ibareleri geçiyor olsa da, anılan yazıların tetkikinden, bu yazıların “açıklama talebi” ve “açıklama” mahiyetinde yazılar olduğu, başvuru sahibinin teklifinin değerlendirme dışı bırakılma gerekçesini ancak idarenin yaptığı açıklama üzerine öğrendiği anlaşılmaktadır.

İdarenin açıklama yazısını alan başvuru sahibinin 09.07.2012 tarihinde Kuruma itirazın şikâyet başvurusunda bulunması üzerine idareye usulüne uygun olarak yapılmış bir şikâyet başvurusu bulunmadığından, başvuru dilekçesinin bir örneği İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin 15 inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca işlem yapılmak üzere ihaleyi yapan idareye gönderilerek, konu hakkında ayrıca başvuru sahibine de bilgi verilmiştir. Başvuru dilekçesi 17.07.2012 tarihinde idare kayıtlarına alınmıştır.

Başvuru sahibi bu defa 02.08.2012 tarihinde Kurum kayıtlarına alınan dilekçe ile itirazın şikâyet başvurusunda bulunmuş, yukarıda safahatı aktarılan ve İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin 15 inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca işlem yapılmak üzere ihaleyi yapan idareye gönderilen başvuruya ilişkin 2627 numaralı dosya, 2937 numaralı dosya ile birleştirilmiştir. Bu tarih itibarıyla idarece henüz bir karar alınmadığı ya da alınan kararın başvuru sahibine henüz ulaştırılmadığı anlaşılmaktadır.

Yapılan inceleme sonucunda, şikâyetçinin 4734 sayılı Kanun'un yukarıda belirtilen hükmü gereği şikâyete yol açan durumun farkına varıldığı 06.07.2012 tarihini izleyen on gün içinde idareye şikâyet başvurusunda bulunması gerekirken, bu süre geçtikten sonra 17.07.2012 tarihinde şikâyet başvurusunda bulunduğu anlaşılmıştır.”

doğrudan KİK'e başvuru yapılması gereken durumlar mevcut olmakla birlikte, hangi hallerde doğrudan KİK'e başvurulacağı konusunda uygulamada tereddütler ortaya çıkmaktadır⁶⁰⁷. Örneğin ihalenin şikâyet üzerine iptali kararlarına karşı doğrudan KİK'e başvuru yapılması gerekmekte⁶⁰⁸ ancak idareler bazı hallerde şikâyet üzerine geçerli teklif kalmaması sebebiyle ihaleyi iptal edebilmektedirler. Bu durumda idarenin şikâyet üzerine ihaleyi iptali işlemine karşı doğrudan KİK'e başvuru yapılması gerekmekte, teklifi değerlendirme dışı bırakılan isteklinin ise, kendi teklifinin değerlendirme dışı bırakılması işlemine karşı öncelikle idareye başvuruda bulunması icap etmektedir⁶⁰⁹. Teklifi değerlendirme dışı bırakılan istekli aslında teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasına itiraz etmesine rağmen görünüşte ihalenin iptali işlemine de itiraz etmektedir⁶¹⁰. Bu ve benzer durumdaki ilgililerin

⁶⁰⁷Kamu İhale Kurulunun 15.08.2012 tarih ve 2012/UM.I-3798 sayılı kararından: “Yapılan inceleme neticesinde, üst yöneticilerinden ihale için gerekli onayın alınmamış olduğu gerekçesiyle ihalenin 23.07.2012 tarihinde iptal edildiği anlaşılmaktadır.

İdareye yazılan Kurum yazısına alınan cevabi yazıdan, idarenin iptal kararından önce idareye herhangi bir şikâyet başvurusunda bulunulmadığı, dolayısıyla herhangi bir şikâyet başvurusu üzerine alınmayan iptal kararına karşı Kuruma başvuruda bulunulamayacağı anlaşılmış olup, bu itibarla başvuruya konu iptal işlemi ile ilgili olarak Kamu İhale Kurumunun inceleme görev ve yetkisi bulunmaktadır.

Kaldı ki başvuru sahibinin iptale ilişkin işlemi 26.07.2012 tarihinde öğrendiği, bu tarihten itibaren beş gün içinde doğrudan Kuruma başvurması gerekirken, Kuruma 09.08.2012 tarihinde bu süreyi geçirdikten sonra başvurduğu, dolayısıyla söz konusu başvuru Kurumun görev alanında olsaydı dâhi bu defa, Kuruma başvuru süresinin geçirilmiş olacağı anlaşılmaktadır.”

⁶⁰⁸Işık, s.61.

⁶⁰⁹D13D, 19.04.2012, E:2009/1160, K:2012/836: “... davacı firmanın ihale dışı kalması ve ihalede tek geçerli teklifin kalmış olması ihalenin iptali için tek başına yeterli sebep teşkil etmeyeceğinden, davacı şirketin teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasının hukuka uygun olup olmadığı hususu irdelenmek suretiyle bir karar verilmesi gerekirken, ihalede rekabet ve kamu yararı oluşmadığı gerekçesiyle dava konusu Kurul kararının iptaline hükmeden temyize konu Mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir...”

⁶¹⁰Kamu İhale Kurulunun 26.09.2012 tarih ve sayılı kararından: “İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Tebliğ'in 2'nci maddesinin üçüncü fıkrasında, geçerli teklif kalmaması nedeniyle veya geçerli teklif olmakla birlikte bazı tekliflerin değerlendirme dışı bırakılması nedeniyle ihalede rekabetin oluşmadığı ve/veya kaynakların etkin kullanımının gerçekleşmediği gerekçesiyle ihalenin idare tarafından iptal edildiği durumlarda, “teklifi değerlendirme dışı bırakılan isteklilerin”, idarenin kendileri bakımından tesis ettiği işlemin yerinde olmadığı yönünde yapacakları başvuruların ihalenin iptaline karşı yapılan başvuru olarak değerlendirilemeyeceği belirtilmiş ve öncelikle idareye daha sonra da Kuruma başvuruda bulunmak suretiyle tekliflerin değerlendirilmesine ilişkin olarak şikâyet ve itirazın şikâyet başvurusunda bulunabileceği açıklanmıştır.

Yapılan incelemede, başvuru sahibinin teklifinin değerlendirme dışı bırakılmadığı, ihale sürecinde iptal işlemi öncesinde idareye yapılmış şikâyet başvurusunun ve bu başvuru ile ilgili Kurul kararının olduğu, bu çerçevede, 4734 sayılı Kanun'un 56'ncı maddesi kapsamında iptale yönelik idare işleminin yerinde olup olmadığının incelenen belgelerin Kurumun görev alanında bulunduğu, ancak geçerli teklif sahibi konumundaki istekli tarafından, iptal işleminin öğrenildiği tarih olan 29.08.2012 tarihini izleyen beş gün içerisinde doğrudan Kuruma yapılması gerekli olan başvurusunun, 03.09.2012 tarihinde idareye şikâyet başvurusunda bulunulduktan ve şikâyete ilişkin idare cevabının 13.09.2012 tarihinde tebellüğ edilmesinden sonra, 17.09.2012 tarihinde yapıldığı tespit edilmiştir. Bu

yanlışlıkla KİK'e doğrudan başvuru yapmaları ile idareye başvuruda bulunmaları arasındaki farkı ortaya koyabilme kabiliyeti, basiretli tacir olmanın gereklerini aşan ve konu ile ilgili uzmanlık seviyesinde bilgi gerektiren bir durum olduğundan, KİK'e hatalı olarak doğrudan yapılan başvurularda, şikayet başvuru dilekçenin idare kaydına alındığı tarihin, başvuru tarihi olarak kabul edilmesi, şikayet hakkının kullanılmasını ortadan kaldırııcı veya sınırlandırıcı etki doğurduğu ortadadır.

Şikayet başvurusunda bulunulmadan KİK'e doğrudan başvuru yapılması durumunda, eğer sözleşme imzalanmış ise ya da şikayet süresi geçmiş bulunuyorsa, KİK usul ekonomisi gereği, başvuruyu ilgili idareye göndermek yerine reddetmektedir⁶¹¹.

Eğer idareye sadece bir kısım şikayetler için gidilmiş ve KİK'e gidildiğinde bu şikayet sebeplerine yeni sebepler eklenmiş ise, bu durumda yeni eklenen sebepler şikayet mekanizmasına uğramadan doğrudan KİK'e yapılmış olmakta, "ölçülülük" ilkesi gereği yerinde bir uygulama ile, şikayet başvurusu olmadığı gerekçesiyle başvurunun tümünden reddi yerine, şikayet sebebi yapılmamış ve doğrudan KİK'e iletilmiş olan sebepler için, şikayet yolu izlenmediği gerekçesiyle başvurular kısmi olarak reddedilmektedir⁶¹².

itibarla; 4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince, başvurunun, süre yönünden reddi gerekmektedir."

⁶¹¹Kamu İhale Kurulunun 26.01.2012 tarih ve 2012/UH.II-608 sayılı kararı: "İncelenen ihalede, idarece gönderilen kesinleşen ihale kararının en son 15.11.2011 tarihinde tebellüğ edildiği göz önüne alındığında 26.11.2011 tarihinden itibaren sözleşmenin imzalanması mümkün olup, idareye ulaşan bir şikâyet başvurusu olmadığı bu durumda, idare tarafından 29.11.2011 tarihinde sözleşme imzalanmasında mevzuata aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Sonuç olarak, yukarıda yer verilen mevzuat uyarınca, idareye şikâyet başvurusunda bulunulmadan Kuruma itirazın şikâyet başvurusunda bulunulması halinde, Yönetmeliğin 15 inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca bu başvuruların ilgili idareye gönderilmesi gerekmele birlikte idarece usulüne uygun sözleşme imzalandığı anlaşıldığından, başvurunun reddedilmesi gerektiği anlaşılmıştır."

⁶¹²Kamu İhale Kurulunun 09.01.2012 tarih ve 2012/UY.III-199 sayılı kararı: "İnceleme konusu iddiaya, idareye şikâyet dilekçesinde yer verilmediği; şikâyet dilekçesinde yer alanlara eklenerek Kuruma yapılan itirazın şikâyet başvurusunda yer verildiği anlaşıldığından, bu iddiaya ilişkin başvurunun reddi gerekmektedir.

Sonuç olarak 1, 2 ve 4 üncü iddia konuları ile ilgili olarak başvurunun reddine, 3 üncü iddia konusu ile ilgili olarak itirazın şikâyet başvurusunun reddine karar verilmesi gerekmektedir."

3.4.3. Hatalı Olarak KİK Yerine İdareye Başvurusunda Bulunulması Durumu

İtirazen şikâyet yapıldıktan sonra alınan düzeltici işlem kararının uygulanmasına dair idare işleminin yeniden idari başvuru konusu olması durumunda doğrudan KİK'e itirazen şikâyet başvurusu yapılması gerekmektedir. KİK idareye şikâyet başvurusu yapıldıktan sonra kendisine itirazen şikâyet başvurusu yapılması durumunda süre aşımı sebebiyle bu başvuruları reddetmektedir. KİK'in bu yöndeki kararının⁶¹³ dava konusu olması üzerine idare mahkemesi yürütmeyi durdurma kararını reddetmiş ancak Bölge İdare Mahkemesi "*Kamu İhale Kurulunun kararlarının eksik veya yanlış uygulandığı iddiası ile hak kaybına uğradığını öne sürenlerin doğrudan Kuruma itirazen şikâyet başvurusu yapmak zorunda olduklarının yönetmelik maddesi ile düzenlendiği, oysa ihalelere yönelik yapılacak başvuruların nasıl olacağı, şeklinin ve süresinin asıl olarak 4734 sayılı Yasada açıkça düzenlendiği, söz konusu Yasa hükümlerinde Kamu İhale Kurulu kararlarının yanlış veya eksik uygulanması ile ilgili olarak şikâyet başvurusu yapılamayacağına ilişkin bir düzenleme bulunmadığı, bu konuda herhangi bir sınırlama getirilmediği, yine aynı Yasa hükümlerinde Kamu İhale Kurulu kararlarının yanlış veya eksik uygulanması ile ilgili olarak doğrudan Kuruma itirazen şikâyet başvurusu yapılmasının zorunlu olduğuna ilişkin bir hükümde getirilmediği, her ne kadar anılan yönetmelik maddesinin yürürlükte olması nedeniyle tüm kişi ve kuruluşlar adına bağlayıcılığı olsa da, 4734 sayılı Yasanın ilgili maddesinin de kişi ve kuruluşlara Kamu ihale Kurulu kararlarının yanlış veya eksik uygulanması ile ilgili olarak şikâyet başvurusu yapmalarına olanak verdiği*" gerekçesiyle başvuru sahibinin itirazen şikâyet başvurusunun reddedilmesi kararının yürütmesi durdurmuştur⁶¹⁴. Son olarak davayı gören idare mahkemesi "*Olayda, davacı tarafından yukarıda yazılı metni 4734 sayılı Kanununun 56. maddesi ve İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin 23/2. maddesi uyarınca öngörülen sürede doğrudan Kuruma itirazen şikâyet başvurusunda bulunulması gerekmekte olup, önce idareye şikâyet daha sonra Kuruma yapılan itirazen şikâyet başvurusu ile*

⁶¹³Kamu İhale Kurulunun 02.04.2012 tarihli ve 2012/UY.II-1517 sayılı kararı.

⁶¹⁴Ankara Bölge İdaresi Mahkemesi, 27.07.2012, K. 2012/3401.

başvurularda aranılan sürenin aşıldığı anlaşıldığından tesis edilen dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmamıştır... ” gerekçesiyle esas yönünden davanın reddine karar vermiştir⁶¹⁵. Kanaatimizce Kurul ve İdare Mahkemesi kararları maddi hukuka uygun olup, İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik yürürlükte olduğundan ve bu Yönetmelik hükümlerince Kurul kararlarının gereği gibi uygulanmadığına yönelik itirazlar doğrudan KİK’e yapılabileceğinden, Bölge İdare Mahkemesinin karar gerekçesi tutarlı gözükmemektedir.

İdareye yapılan şikâyet başvurusundan sonra, idarece yapılan düzeltici işlem neticesine ilişkin olarak yapılması gereken idari başvurunun şikâyet değil itirazın şikâyet olması ve KİK’e yöneltmesi gerekmektedir. Bu durum uygulamada bir çok isteklinin hak kaybına neden olabilmektedir. İstekliler genellikle karmaşık süreler içeren ihale mevzuatını iyi bilmediklerinden ve idareler ihale kararı bildirimlerinde karara karşı başvuru yolu ve süresini bildirmediğinden, uygulamada isteklilerce idarenin düzeltici işlem niteliğindeki kararına karşı da öncelikle şikâyet ve sonra itirazın şikâyet yoluna gidilmektedir. Bu durumda itirazın şikâyet süresi geçildiği gerekçesi ile Kurul itirazın şikâyet başvurularını şekil yönünden esasa girmeden reddetmektedir⁶¹⁶. Danıştay ise bu nitelikteki kararları bizim de kanaatimizi içeren şu gerekçelerle hukuka uygun bulmamaktadır: ⁶¹⁷ “2577 sayılı Kanun’un 11. maddesinde, ilgililere idarî dava açılmadan önce idarî işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması yönünde idari başvuru

⁶¹⁵Ankara 11.İdare Mahkemesi, 10/10/2012, E:2012/716, K:2012/1704.

⁶¹⁶Kamu İhale Kurulunun 21.11.2012 tarih ve 2012/UH.II-4377 sayılı kararından: “Ancak mezkûr Yönetmeliğin 14’üncü maddesinin üçüncü fıkrasında, idareye yapılan bir şikâyet başvurusu üzerine idarece alınan kararla bir hak kaybına veya zarara uğradığını iddia edenlerin bu hususa ilişkin başvuruyu itirazın şikâyet başvurusu olarak doğrudan Kuruma yapmaları gerektiği hüküm altına alınmıştır.

Bahsi geçen Yönetmelik hükmü doğrultusunda, ihale sürecine ilişki olarak yukarıda yapılan tespitlerden de görüleceği üzere, başvuru sahibi Dirim Tıp Özel Sağlık Ürünleri San. ve Tic. Ltd. Şti.-Makromed Tıbbi Teknik Mak. Sağ. Mlz. San. ve Tic. Ltd. Şti. Ortak Girişiminin düzeltici işlem içeren 13.08.2012 tarihli ihale komisyonu kararı sonucunda bir hak kaybına uğradığı anlaşıldığından, söz konusu kararın istekliye tebliğ edilmiş sayıldığı 20.08.2012 tarihinden itibaren on gün içinde yani 30.08.2012 tarihinde doğrudan Kuruma itirazın şikâyet başvurusunda bulunması gerekirken adı geçen Ortak Girişimin önce idareye şikâyet başvurusunda bulunduğu ve bunun akabinde yaptığı itirazın şikâyet başvurusunun 14.09.2012 tarihinde Kurum kayıtlarına girdiği, bundan dolayı bahis mevzuu başvurunun kamu ihale mevzuatında belirtilen usule aykırı olması sebebiyle şekil yönünden reddinin gerektiği neticesine ulaşılmıştır.”

⁶¹⁷D13D, 28.05.2013, E:2013/11.

yapmalarına imkân tanınmış, 4734 sayılı Kanun'da ise, 2577 sayılı Kanun'da belirtilen genel idari başvuru yolu dışında özel idari başvuru yolları düzenlenmiş, idarî başvuru yolları olarak düzenlenen şikayet ve itirazın şikâyet başvurusunun dava açılmadan önce tüketilmesi gereken zorunlu başvuru yolu olduğu belirtilmiştir.

İdarî işlemlerin nitelikleri gereği özel kanunlarda, genel başvuru usulleri dışında ayrı başvuru usulleri ve süreleri öngörülmüş olması halinde, idare tarafından idarî işlemlerin nitelikleri ve tabî oldukları başvuru usulü ve süresi gösterilmedikçe özel başvuru usullerinin ve sürelerinin işletilmesine imkân bulunmamaktadır.

Anayasa'nın 40. maddesindeki düzenleme ile, son derece dağınık mevzuat karşısında idarelere, ilgililerin kaç gün içinde, hangi mercilere başvurabileceklerini bildirme yükümlülüğü getirildiği ve bu durumun hak arama, hak ve hürriyetlerin korunması ve idarenin denetlenmesi yönünden zorunlu olduğu, başvuru süresinin kısa olması veya olağan başvuru yollarına istisna getirilmesi halinin ilgili kişilerin mağduriyetlerine yol açabileceği hususları göz önünde bulundurulduğunda, işleme karşı başvuru yolunun ve süresinin yanlış bildirilmesi veya hiç bildirilmemesi halinde kusurun başvuru sahiplerine yükletilemeyeceği açıktır.

Uyuşmazlıkta; Kuzey Medikal Paz. İnş. Taş. San. ve Tic. Ltd. Şti. tarafından yapılan şikayet başvurusu üzerine idarece alınan ve davacının hak kaybına veya zarara uğradığını ileri sürdüğü 13.08.2012 tarih ve 6767 sayılı "Düzeltilici Kesinleşen İhale Kararında, "... Bu kararın bildiriminden itibaren süresi içinde 4734 sayılı Kanun'un 55. maddesi uyarınca şikayet başvurusunda bulunulabilecektir." ifadesinin yer aldığı görülmektedir.

Bu durumda; anılan kararda başvuru yolu ve süresi olarak 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 55. maddesinde yer alan şikayet mekanizmasına yer verilmesi suretiyle idarenin bildirim yükümlülüğü doğru şekilde yerine getirilmediğinden, davacının itirazın şikayet başvurusunun esası hakkında bir karar verilmesi gerektiğinden, başvurunun şekil yönünden reddine ilişkin dava konusu Kurul kararında hukuka uygunluk bulunmamaktadır."

3. BÖLÜM

BAŞVURULARIN İNCELENMESİ VE KARARA BAĞLANMASI

Şikayet ve itirazın şikayet başvurularının incelenmesi ve karara bağlanması gerek idareler ve gerekse KİK için belli şekil ve süre koşullarına bağlanmış, kararların önceden belirlenmiş formda olması zorunluluğu getirilmiş, kararların tebliğ edilmesi ve uygulanması da özel olarak düzenlemeye tabi tutulmuştur.

Uluslararası düzenlemelerde de ihalelere karşı yapılacak başvuruların incelenmesine ilişkin çeşitli hükümlere yer verilmektedir. Dünya Ticaret Örgütünün kamu alımları alanında temel ilkelerini ortaya koyan Kamu Alımları Anlaşması, idarelere yapılan şikayet başvurularına karşı, adil (impartial) ve uygun zamanda (timely consideration) karar alma zorunluluğu getirmekte, söz konusu karar alma sürecinin düzeltici işlem uygulama imkanını ortadan kaldırıcı ya da zarar verici (not prejudicial to obtaining corrective measures) mahiyette olmamasını öngörmektedir⁶¹⁸. GPA anlaşması üye ülkelere kendi iç mevzuatlarında bu özellikleri barındıran bir mekanizma kurmaları zorunluluğu getirmektedir⁶¹⁹.

Bu bölümde öncelikle şikayet başvurularının incelenmesi ve karara bağlanması süreci ile kararların nitelikleri üzerinde durulacak, daha sonraki aşamada itirazın şikayet başvurularının karara bağlanma ve bu kararların uygulanma sürecine ilişkin düzenlemelere ve bu düzenlemelerin uygulamadaki karşılıklarına yer verilecektir.

⁶¹⁸GPA m. 20/1.

⁶¹⁹Hoda/Bansal, s.64.

1. ŞİKAYET BAŞVURULARININ İNCELENMESİ VE KARARA BAĞLANMASI

Şikayet başvurularının esastan incelenmesine geçilebilmesi için bu başvuruların şekli bazı hususları içermesi gerekmekte olup, söz konusu hususların varlığı idareler tarafından yapılan ön inceleme ile ortaya konulmaktadır⁶²⁰. Ön inceleme neticesinde eksiklik olmaması halinde esas incelemesi yapılmakta ve idarelerce belli süreler içinde önceden belirlenmiş kararlardan (ihalenin iptali, düzeltici işlem veya başvurunun reddi) birinin alınması mümkün olabilmektedir⁶²¹.

1.1. Ön İnceleme ve Esasa Geçme Şartları

İdareye ihale işlemleri ile ilgili olarak yapılan idari başvuruların tamamı şikayet başvurusu olarak dikkate alınmamakta olup, bir başvurunun şikayet başvurusu olarak nitelendirilebilmesi için, belli şartları sağlaması gerekmektedir. İdareler ihalelere ilişkin olarak yapılan idari başvurular üzerine öncelikle mevzuatta belirtilen “ön koşullar” çerçevesinde bir inceleme⁶²² ve değerlendirme yapmakta ve belirtilen şartları taşıyanları şikayet başvurusu olarak dikkate almaktadırlar⁶²³. Bu inceleme ve değerlendirme genel olarak şekil ve usul üzerinden yürütülmektedir⁶²⁴.

⁶²⁰Cambazoğlu, s.121.

⁶²¹Korkmaz, s.12-13.

⁶²² Benzer bir inceleme idari davalarda da yapılmakta ve ilk inceleme sonrası esasa geçilip geçilmeyeceğine karar verilmektedir. Gözübüyük, (Yargı), s.479-480.

⁶²³ Kamu İhale Kurulunun 10.01.2010 tarih ve 2011/UM.II-152 sayılı kararından: “Yapılan incelemede; 02.12.2010 tarihinde yapılan şikayete konu ihalede, 26.11.2010 tarihinde ihale dokümanı satın alarak istekli olabilecek sıfatına haiz olan şikayetçinin, süresinde, 26.11.2010 tarihinde idare kayıtlarına alınan 26.11.2010 tarihli dilekçe ile şikayet başvurusunda bulunduğu, idare tarafından söz konusu başvurunun ekinde; başvuru için gerekli belgelerin (dizi pusulası, imza sirküleri, Ticaret Sicil Gazetesi ile vekaletname ve imza beyannamesi) eksik olduğu yönünde şerh düşüldüğü ve **şikayetin İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelikte belirtilen şekil şartlarına uygun olmadığı gerekçesiyle 30.11.2010 tarihli yazı ile reddedildiği** tespit edilmiştir. ... başvurunun şekil yönünden reddi gerektiği anlaşılmıştır.”

⁶²⁴ İdari yargıda da, dava başvuruları öncelikle ilk incelemeye tabi tutulmaktadır. Bu incelemede sırasıyla; görev ve yetki, idari merci tecavüzü, ehliyet, icrai işlemin varlığı, süre aşımı, husumet, dilekçenin şekli, tek dilekçe ile birden fazla işleme karşı dava açılıp açılmadığı hususları dikkate alınmaktadır. Yıldırım, (İdari Yargı), s.475.

1.1.1. Süre Yönünden İnceleme

İdarenin herhangi bir şikayeti dikkate almasının en temel unsuru, bu şikayetin süresinde ve sözleşme imzalanmadan önce⁶²⁵ yapılmış olmasıdır⁶²⁶. Eğer şikayet süresinde yapılmamış ise, başvurunun esasına geçilmeden süre yönünden⁶²⁷ şikayetin reddedilmesi gerekmektedir⁶²⁸.

Sözleşme imzalanmamış olması şartı ile her ne kadar süre şartına yeni bir kısıtlama daha getirilmiş gibi gözükse de, idarenin sözleşme imzalamak için şikayet süresinin sonunu beklemesi ve bu süre geçtikten sonra şikayet başvurusu yok ise sözleşmeyi imzalayabileceği, eğer şikayet başvurusu var ise bu başvurular neticelenmeden sözleşme imzalayamayacağı yönündeki düzenlemeler çerçevesinde düşünüldüğünde, sözleşme imzalanmama şartının fiiliyatta şikayet süresine yeni bir kısıtlama getirmediği sonucu ortaya çıkmaktadır.

Bununla birlikte idareler hata ile ya da bilinçli olarak şikayet süreleri için öngörülen bekleme sürelerine uymadan ya da şikayet başvurusu olmasına rağmen bu başvuru neticelenmeden sözleşme imzalayabilmektedirler. Bu durumda imzalanan bu sözleşmelerin aday, istekli olabilecek ya da isteklilerin şikayet hakkını ortadan kaldırıncı nitelik taşımadığı kabul edilmektedir. Bu hallerde sözleşmeler hukuka aykırı olarak imzalanmış olmakta ve hukuka uygun olarak imzalanmış sözleşmenin

⁶²⁵Öztürk/ Karyağdı, s.446.

⁶²⁶Kamu İhale Kurulunun 18.01.2006 tarih ve 2006/UY.Z-139 sayılı kararından: “...ihale üzerinde bırakılan firma ile 02.12.2005 tarihinde sözleşme imzalandığından şikayet başvurusunun değerlendirmeye alınmadığını başvuru sahibine bildirdiği, yazının başvuru sahibine 14.12.2005 tarihinde tebliğ edildiği, başvuru sahibinin 15.12.2005 tarihinde Kuruma itirazın şikayet başvurusunda bulunduğu, tespit edilmiştir. ... Sözleşme imzalandıktan sonra İdareye yapılan şikayet üzerine Kuruma yapılan başvurunun reddine,... karar verildi.”

⁶²⁷İptal davalarının süresinde açılmamaları durumunda, ön koşullar yönünden işin esasına geçilmeden reddedilir. Gözübüyük, (Yargı), s.201.

⁶²⁸Kamu İhale Kurulunun 07.12.2010 tarih ve 2010/UM.I-3653 sayılı kararından: “... şikayete yol açan durumun farkına varıldığı 18.10.2010 tarihini izleyen on gün içinde idareye şikayet başvurusunda bulunulması gerekirken, bu süre geçtikten sonra 01.11.2010 tarihinde şikayet başvurusunda bulunulduğu, bu başvuruya idarece verilen cevap üzerine Kuruma itirazın şikayet başvurusunda bulunulduğu anlaşılmıştır. Bu itibarla, başvurunun süre yönünden reddine karar verilmesi gerekmektedir.”

hukuksal sonuçlarını doğurmamaktadırlar⁶²⁹. İdareler hukuka aykırı olarak bekleme sürelerini dikkate almadan imzaladığı sözleşme gerekçesiyle şikayet dilekçesini dikkate almama yoluna gidemeyecek olmakla birlikte, sürelerle riayet edilmeden sözleşme imzalanması hallerinde herhangi bir şikayet başvurusunda bulunulmaması durumunda ya da şikayet sonucunda ortaya çıkan karar sözleşmenin taraflarında ya da şartlarında değişiklik yapmaması halinde sözleşmenin hükümsüz sayılmasında herhangi bir kamusal menfaat bulunmadığı gerekçesiyle sözleşmeyi uygulayabilecekleri Kurul tarafından kabul edilmektedir⁶³⁰.

Netice itibariyle idarenin süresinde ve sözleşme imzalanmadan yapılan şikayet başvurularını dikkate alacağı şeklindeki kuralda yer alan sözleşme tabiri hukuka uygun olarak imzalanmış sözleşmeleri ifade etmekte olup, sürelerle riayet edilmeksizin usule aykırı olarak imzalanan sözleşmelerin⁶³¹, ilgililerin şikayet hakkını kısıtlayıcı ya da ortadan kaldırıcı şekilde sonuç doğurması beklenmemelidir⁶³².

⁶²⁹Küçük, Faruk, “4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu Kapsamındaki İhalelere Karşı Yapılacak İdari Başvurular”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2005, Çevrimiçi: www.yok.gov.tr s.129.

⁶³⁰ Kamu İhale Kurulunun 02.01.2011 tarih ve 2012/UH.II-72 sayılı kararı: “İdareye şikayet başvurusunun 22.11.2011 tarihinde yapıldığı, idarece 10 günlük karar alma süresi içinde herhangi bir karar alınmadığı, 4734 sayılı Kanunun 55 inci maddesi uyarınca idarece bu sürenin bitimini izleyen 10 gün içinde şikayetçinin Kurum’a başvuruda bulunup bulunmadığı beklenmeden sözleşmenin imzalanamayacağı, ancak idarece 30.11.2011 tarihinde sözleşme imzalandığı, dolayısıyla idarece anılan tarihte imzalanan söz konusu sözleşmenin mevzuata aykırı bir biçimde imzalandığı tespit edilmiştir.

Ancak, idarece sözleşmenin 4734 sayılı Kanunda belirtilen süreler beklenmeden imzalandığından usulüne aykırı olduğu anlaşılmış olmakla birlikte, ihale üzerinde bırakılan istekliye yönelik olarak yapılan iddialar yerinde bulunulmadığından söz konusu aykırılığın esasa etkili olmadığı anlaşılmıştır.

Sonuç olarak, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi isteklinin aşırı düşük teklif açıklaması reddedilerek düzeltici işlem tesis edilmesi gerekmekte ise de, ihale üzerinde bırakılan istekliye yönelik olarak yapılan şikayetin yerinde olmadığı ve bu istekli ile sözleşme imzalandığı, keza yukarıda belirtildiği üzere usulüne aykırı bir biçimde imzalanan söz konusu sözleşmeye ilişkin aykırılığın esasa etkili olmadığı anlaşıldığından, son tahlilde, işbu Kurul kararı uyarınca yeniden belirlenecek olan ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekli ile sözleşme imzalanma ihtimali bulunmadığından itirazın şikayet başvurusunun reddine karar verilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.”

⁶³¹Bu sözleşmeler usule uygun hazırlanmadığından hükümsüz olarak değerlendirilmektedir. Küçük, s.127-128.

⁶³²Kamu İhale Kurulunun 31.08.2010 tarih ve 2010/UM.I-2596 sayılı kararında Kurul usule aykırı olarak imzalanmış sözleşmelerde esastan inceleme yaparak karar vermiştir: “İhale işlem dosyası içeriğinden, idarenin Vega Med. Bilg. İth. İhr. Paz. Ltd. Şti. ile 17.06.2010 tarihinde sözleşme imzaladığı tespit edilmiş olup 4734 sayılı Kanunun 41 inci maddesinde belirtilen **10 günlük süre**

İhalenin iptali kararları eğer şikayet üzerine alınmış ise şikayet yolu kullanılmadan doğrudan itirazın şikayet başvurusu yolu kullanılmalı, fakat iptal kararı şikayet üzerine değil de idarece doğrudan alınmışsa 2577 sayılı Kanun hükümleri uygulanmalıdır. Yargı organları iptal kararının gerekçesine ve süresine bakmakta, eğer iptal kararı şikayet başvurusundan önce alınmışsa süre yönünden, böyle değilse iptal kararı şikayet başvurusundan sonra alınmış başvurunun görev yönünden reddine karar vermektedirler⁶³³.

1.1.2. Dilekçenin Şekil Yönünden İncelenmesi

İdare, idari başvurunun süresinde ve sözleşme imzalanmadan yapıldığı kanaatine vardıldıktan sonra, başvuruyu şekil yönünden inceler⁶³⁴. Bu incelemede, dilekçede bulunması gereken zorunlu unsurlar⁶³⁵ ile bilgiler kontrol edilir ve dilekçe ekinde sunulması mecburi olan belgelerin varlığı aranmaktadır. Yapılan inceleme sonucunda belge ve bilgilerinde eksiklik tespit edilen şikayetçilerin başvuruları idare tarafından esasa geçilmeksizin reddedilmektedir⁶³⁶.

beklenilmeden sözleşme imzalandığı anlaşıldığından imzalanmış olan sözleşme mevzuata uygun bulunmamıştır. ...

Sonuç olarak yukarıda belirtilen isteklilerinde değerlendirme dışı bırakılması sonucunda şikayete konu olan ihalenin 2. kısmında geçerli teklif kalmadığından, söz konusu kısmın iptal edilmesi gerekmektedir.”

⁶³³Ankara 15. İdare Mahkemesinin 14.06.2012 gün ve E:2012/824 sayılı kararından: “... Kamu İhale Kurumunun 20.04.2012 tarih ve 1509 sayılı yazısına istinaden Tunceli Üniversitesi Rektörlüğünce gönderilen bilgi ve belgelerden anılan ihaleye ilişkin söz konusu ihalenin iptalinden sonra yapılan 04.04.2012 tarihli itiraz (şikâyet) başvurusunda bulunulduğu görüldüğünden davacının yapmış olduğu itirazın şikâyet başvurusunun görev yönünden reddi gerekirken süre yönünden reddine ilişkin dava konusu işleminde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.”

⁶³⁴Korkmaz, s.11.

⁶³⁵Kurul dilekçe üzerindeki imzanın ıslak olmasını, dilekçenin esaslı unsurlarından saymakta ve imzanın ıslak olmaması halinde idarenin şikayet başvurusunu reddetmesi gerektiğine hükmetmektedir. Kamu İhale Kurulunun 17.03.2011 tarih ve 2011/UH.III-1019 sayılı kararından: “Dolayısıyla Kuruma itirazın şikayet başvurusunda bulunmanın ön koşulu idareye usulüne uygun şikayet başvurusu yapılmasıdır. Bu nedenle ıslak imza taşımayan dilekçe ile idareye yapılan şikayet başvurusunun, anılan Yönetmeliğin 8 inci maddesinde hüküm altına alınan şekil unsurlarına aykırılık teşkil ettiği açık olup, usulüne uygun olarak idareye şikayet yapılmadan Kuruma yapılan başvuru hakkında esasın incelenmesi mümkün değildir.”

⁶³⁶Kamu İhale Kurulunun 27.04.2009 tarih ve 2009/UH.III-1425 sayılı kararından: “Başvuru sahibi tarafından ise, ihale işlem dosyası kapsamında belge ve bilgilere göre, şikayet dilekçesine başvuruda

İdarenin yaptığı inceleme sonucunda, şikayetçinin başvuru belge ve bilgilerinde eksiklik tespit edilmesi durumunda, şikayeti reddetmesi gerekliliği hususu İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelikte düzenlenmekle birlikte, idarenin tespit ettiği eksiklikleri şikayetçiye bildirmesi zorunluluğu bulunmamaktadır⁶³⁷. Yönetmelik şikayetçinin başvuru süresi içerisinde dilekçe ve ekinde bulunan eksiklikleri giderebileceğini hüküm altına almakla birlikte bu eksikliklerin idare tarafından istekliye bildirilmesi gerekliliğine ilişkin herhangi bir düzenleme içermemektedir. Şikayet hakkının kullanılmasının etkinliğinin sağlanması açısından, idarenin belli ve sınırlı süre içerisinde şekil incelemesi yapması ve şikayetçilere eksiklikleri tamamlaması konusunda bildirimde bulunması zorunluluğu getirilmesi, şikayet hakkının kullanılmasının etkinliğini arttıracak önlem olabilecektir⁶³⁸. Mevcut düzenlemede şikayetçiler, şikayet başvurularının şekil yönünden hatalı olduğunu ya da eksiklik taşıdığını ancak şikayetleri reddedildikten ve dolayısıyla idari başvuru hakları ortadan kalktıktan sonra öğrenebilmektedirler. Bu duruma ilişkin benzer düzenleme itirazın şikayet başvuruları için getirilmiştir. İtirazın şikayet başvurularında KİK, yaptığı ilk inceleme neticesinde tespit ettiği hususları ilan yolu ile şikayetçilere bildirmekte ve itirazın şikayet hakkının etkin bir şekilde kullanılmasına katkı sağlamaktadır⁶³⁹.

Başvuruların şekil yönünden incelendiği aşamada karşılaşılan önemli bir sorun; dizin pusulasının şekil şartı olup olmadığı meselesidir. Yönetmelikte şikayet

bulunmaya yetkili olduğuna dair belgeler ile imza sirkülerinin aslı veya yetkili mercilerce onaylı örneğinin eklenmediği ve tespit edilen aykırılığın on günlük şikayet süresi içerisinde tamamlanmadığı bu çerçevede usulüne uygun bir şikayet başvurusunda bulunulmadığı anlaşıldığından, 4734 sayılı Kanunun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince başvurunun şekil yönünden reddedilmesi gerekmektedir.”

⁶³⁷Gök, (Sorular), s.1164.

⁶³⁸Gök, (Sorular), s.1164.

⁶³⁹Kamu İhale Kurulunun 09.01.2012 tarih ve 2012/UH.II-141 sayılı kararından: “İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin “Başvuru dilekçesine başvuruda bulunmaya yetkili olduğuna dair belgeler ile imza sirkülerinin aslı veya yetkili mercilerce onaylı örneklerinin eklenmediği hususu tespit edilmiş olup, (Tespit edilen eksikliğin tamamlanması amacıyla başvuru tarihi olan 29.12.2011 tarihinde Kurumun İnternet sayfasında eksiklikler yayınlanmış, başvuru sahibinin başvuru süresi sona erdikten sonra 02.01.2012 tarihinde eksiklik tamamlanmıştır.) tespit edilen aykırılığın İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin 16 ncı maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca on günlük itirazın şikâyet süresi içerisinde giderilmediği anlaşılmıştır. Bu itibarla, 4734 sayılı Kanunun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince başvurunun şekil yönünden reddi gerekmektedir.”

dilekçesi ve eklerinin iki nüsha dizi pusulası ile birlikte verileceği hüküm altına alınmıştır. Bu noktada karşılaşılan problem, dizin pusulasının olmaması veya yanlış sıralanmış olması halinde, şikayetin geçerli sayılıp sayılamayacağı meselesidir. Sorunun çözümlenebilmesi için öncelikle bu şekil şartının ne amaçla Yönetmeliğe konulduğunun ve bu şekil şartının fonksiyonunun belirlenmesi gerekmektedir⁶⁴⁰. Onar şekli, işlemin kamu yararına uygunluğunu sağlamaya yönelik bir araç olarak tanımlamaktadır⁶⁴¹. Şekil önem derecesine göre asli-tali kural⁶⁴², ana kural-ikincil kural gibi ayrımlara tabi tutulmakta⁶⁴³, bununla birlikte hangi şekil-usul sakatlığının gerçekten esasa etkili olup olmadığını belirlemek kolay olmamaktadır⁶⁴⁴. Günday tarafından ileri sürülen ölçüte göre; şekil noksanlığı olmasa kararın alınması ya da farklı şekilde alınması söz konusu ise esasa etkili (asli) bir şekil sakatlığı söz konusu iken, eğer karar şekil sakatlığına rağmen aynen alınacak idi ise bu durumda tali şekil kuralı söz konusudur⁶⁴⁵. Gözübüyük/Tan “yönetilenlerin yararı için öngörülmiş kurallar ile uyulmadığı zaman kararın içeriğini etkileyici nitelikte olan kuralları” birincil kural olarak nitelemektedirler⁶⁴⁶. Görüleceği üzere esasa etkili yani işlemin iptaline sebep olabilecek şekil eksiklikleri genel hatları ile kamu yararı taşıyan ve işlemin yapılmasında etkili olanlar olarak tanımlanabilecektir. Mevcut sorunumuzu bu çerçevede değerlendirdiğimizde Yönetmelikteki hükümden, dizin pusulasının şikayetin önemli bir parçası olmadığı, sadece başvuru belgelerinin birbiri ile karıştırılmaması için idareye yardımcı olmak niyetiyle ve şikayetçinin ekte sunduğu belgelerin varlığının ispatı amacıyla sunulduğu anlaşılmakta olup⁶⁴⁷ dizin pusulasına yer verilmemesi ya da bu pusula üzerinde sıralamanın yanlış yapılması durumunda şikayetin geçersiz sayılmasının, pusulanın istenmesindeki amaçla bağdaşmayacağı sonucuna varılmaktadır⁶⁴⁸.

⁶⁴⁰Şekil kurallarının önceden belirlenmesinde genel olarak iki gerekçe bulunmaktadır. Bunlardan biri idareye yapacağı işler konusunda yol göstermek iken diğeri yönetilenlere güven sağlamaktır. Şeref Gözübüyük, (Yargı), s.218.

⁶⁴¹Onar, (Cilt 1), s.308.

⁶⁴²Günday, (İdare Hukuku), s.149.

⁶⁴³Gözübüyük/Tan, (İdari Yargı), s.445.

⁶⁴⁴Yıldırım, (İdari İşlemler), s.447.

⁶⁴⁵Günday, (İdare Hukuku), s.149.

⁶⁴⁶Gözübüyük/Tan, s.445.

⁶⁴⁷Bastık, s.98-99.

⁶⁴⁸Kamu İhale Kurulunun 09.01.2012 tarih ve 2012/UH.II-189 sayılı kararından: ““Başvuruların Yapılacağı Yerler” başlıklı 9 uncu maddesinde;

1.1.3. Ön inceleme Sonucunda Verilecek Kararlar

Yapılan ön inceleme neticesinde idare, şikayet başvurusunun süresinde yapılmadığına ya da dilekçenin zorunlu şekli şartlarını taşımadığı sonucuna varır ise şikayet başvurusunu reddeder⁶⁴⁹. Söz konusu şartların başvuru sahibi ve başvuru dilekçesi tarafından karşılandığı neticesine varılmış ise esastan incelemeye geçilir⁶⁵⁰. Başvurunun reddi kararı şikayet sahibine bildirilmesi gereken nihai bir karar olmasına rağmen, esas incelemesine geçilmesi kararının söz konusu karar ara karar niteliği taşıması ve hukuksal durumda herhangi bir değişiklik doğurmaması sebebiyle ilgililere bildirilmesine gerek bulunmamaktadır. Başvurunun şekil ve süre şartına uyulmaması sebebiyle reddedilmesi halinde verilecek olan “başvurunun reddi” kararı esas incelemesi neticesinde verilecek olan “başvurunun reddi” kararı ile aynı süre ve şekil şartlarına tabi olmasına rağmen, “esas incelemesine geçilmesi” kararı herhangi bir şekil şartına bağlı tutulmamıştır⁶⁵¹.

1.2 Esas İncelemesi ve Şartları

Yapılan ön inceleme neticesinde esas incelemesine geçilmesine karar verilmesi durumunda, idare başvuruyu içeriğinin haklı bir sebebe dayanıp dayanmadığına⁶⁵²

“(1) Şikâyet başvuruları ihaleyi yapan idareye, itirazın şikâyet başvuruları ise Kuruma, elden veya posta yoluyla yapılır.

(2)Dilekçeye eklenen bütün belgeler; belgelerin adları, sayfa sayıları, asıl/tasdikli/fotokopi vb. olduklarını gösteren iki nüsha dizi pusulası ile birlikte sunulur.

Söz konusu mevzuat hükmünde pusula bir şekil şartı olarak sayılmamıştır. Dizi pusulası dilekçe ve eklerinde bulunan belgeleri ve bunların sırasını gösteren bir listedir. Anılan yönetmeliğin 10 uncu maddesinde ise başvurunun 8 inci maddeye uygunluğu yönünden inceleme yapıldıktan sonra değerlendirme yapılacağı hükme bağlanmıştır. Sonuç olarak pusuladaki, sıralamanın doğru ya da yanlış olması nedeniyle başvuru reddedilemeyeceği gibi, söz konusu pusulanın dilekçe ile verilmemiş olması da başvurunun reddini gerektirmemektedir. Dolayısı ile idarenin başvuruyu pusula bulunmaması nedeniyle şekil yönünden reddetmesi işleminde mevzuata uyarlık bulunmamaktadır.”

⁶⁴⁹Yılmaz, s.131.

⁶⁵⁰Canbazoglu, s.126.

⁶⁵¹İdarenin şikayet incelemesi belli şekil şartlarına bağlanmamıştır. Cambazoglu, s.126.

⁶⁵²Bastik, s.110.

yani esas yönünden incelemeye tabi tutar⁶⁵³. Esas incelemesi belli süre şartına tabi tutulmuş olup bu süre sonucunda idarenin verebileceği kararlar da önceden belirlenmiş nitelikte olabilmekte⁶⁵⁴ ve idarece alınan karar başka bir organca uygulanmasına gerek olmaksızın doğrudan kararı veren idare tarafından uygulamaya konulmaktadır.

1.2.1. İdarenin Şikayete Cevap Verme Süresi

İhalelere karşı yapılacak şikayet başvurularına ilişkin olarak, özel bir cevap süresi düzenlenmiş olup idareler bu başvurulara başvuru tarihinden itibaren on gün içinde cevap vermek zorundadırlar⁶⁵⁵.

Şikayet başvurusu ihale ilanı veya dokümana ilişkin ise Yönetmelik şikayetin ihale gününden önce idare tarafından cevaplanması esası getirmiştir. Yönetmelikte ilan veya dokümana yönelik şikayet başvurularında şikayete cevap için ayrı bir süre bulunmamakta, ihale gününden önce bu şikayetlerin cevaplanması gerekliliğini “esas” olarak belirlenmektedir. Bu durumda idarenin cevap süresi yine on gündür ancak ihalenin sağlıklı bir şekilde sonuçlanması açısından Yönetmelik idareleri ihale gününe kadar cevap vermeye yönlendirmektedir. Bu sürenin idareyi mutlak surette bağlayan nitelikte olmayıp, idareler için disiplinler nitelik taşıdığı⁶⁵⁶ Kurul tarafından kabul edilmektedir.⁶⁵⁷ Bununla birlikte söz konusu süreyi sadece idareler için disiplinler olarak görmek, ihaleyi kazanan kişiler açısından hak kaybı olmadığını ileri sürmek mümkün değildir, zira dokümana yapılan şikayetin kabulü durumunda eğer

⁶⁵³Canbazoğlu, s.132.

⁶⁵⁴Küçük, s.130.

⁶⁵⁵ Bu süre Kanunun daha önceki şeklinde 30 gün iken 5812 sayılı Kanunla 10 güne düşürülmüştür.

⁶⁵⁶ Bu sürenin benzeri 2577 sayılı Kanunun 20 nci maddesinde yer almaktadır. İdari davaların altı ay içinde sonuçlandırılması gerektiği bu maddede hüküm altına alınmıştır. Yıldırım bu süreyi “*yöntem ekonomisi hükmü*” olarak tanımlamaktadır. Yıldırım, (İdari Yargı), s. 356.

⁶⁵⁷ Kamu İhale Kurulunun 04.05.2009 tarih ve 2009/UH.II-1465 sayılı kararından: “*Anılan Yönetmelik hükmüne göre ihale dokümanına yönelik şikayet niteliğindeki başvuruların ihale veya son başvuru tarihinden önce sonuçlandırılması esas olmakla birlikte anılan düzenlemenin idareyi mutlak suretle bağlayan bir düzenleme olmadığı, disiplinler bir nitelik taşıdığı, kaldı ki dokümana yönelik olan başvuru sahibinin şikayetine ilişkin olarak idarece ihale tarihinden önce 07.04.2009 tarihinde karar alındığı anlaşıldığından başvuru sahibinin bu husustaki iddiası uygun bulunmamıştır.*”

inceleme sürecinde ihale yapılmış ise ihaleden sonra dokümanın düzeltilmesi mümkün olmadığından, hak kaybının olmadığını iddia etmek her durum için mümkün değildir.

İhale gününden sonra şikayete ilişkin olarak verilen cevabı, hukuka uygun kabul etmek gerekirken birlikte bu durumda idarenin cevap yetkisi, çok sınırlı hale gelmektedir. Zira şikayetin uygun bulunması durumunda ihale gerçekleşmiş olduğundan fiilen ihale dokümanında düzeltme yapma imkanı ortadan kalkmış olmaktadır. İstekli olabilecekler ihale dokümanını almış ve tekliflerini ona göre sunmuş ya da sunamamış durumda olduklarından ve ihale de gerçekleştiğinden, düzeltici işlem ile ne dokümanın düzeltilmesi ne de ihaleye teklif veremeyenlerden sonradan teklif alınması mümkün olmaktadır. Bu durumda idarenin şikayete cevap hakkı şikayetin reddi ve ihalenin iptali arasına fiilen sıkışmış olmaktadır⁶⁵⁸. İdarelerin istekli olabileceklerin dokümana yönelik şikayetlerini hızlı bir şekilde sonuçlandırmaları idari denetim mekanizmasının etkinliğini arttıracığı kanaatindeyiz⁶⁵⁹.

2577 sayılı Kanun çerçevesinde idari başvurulara cevap süresi altmış gün olarak öngörülmüştür. Bu Kanunun “*İdari Makamların Sükutu*” başlıklı 10 uncu maddesinin 2 inci fıkrasında; altmış gün içinde idare tarafından herhangi bir karar alınmaması durumunda isteğin reddedilmiş sayılacağı belirtilmiştir. İdareye başvuru için tanınan altmış günlük cevap süresinin ihalelere yönelik şikayetlerde on güne düşürülmesi, 4734 sayılı Kanun ve bu Kanunun getirdiği ihale sisteminin genel amacı ile uyumluluk göstermektedir. Zira şikayete cevap için altmış günlük süre tanınması durumunda ihale süreci uzamış olacak ve 2577 sayılı Kanundakinden ayrı bir idari başvuru sistemine gerek kalmayacak idi. Oysa 4734 sayılı Kanun ile kurulan sistem, ihalelerin daha hızlı bir şekilde sonuçlanmasını hedeflemekte ve bu sebeple olağan idari başvuru yolundan farklı idari usuller barındırmaktadır. 4734 sayılı Kanunda değişiklik yapılmadan önce söz konusu şikayete cevap süresi otuz gün iken ihalelerde yaşanan gecikmeler sebebiyle bu süre 5812 sayılı Kanun ile on güne

⁶⁵⁸Bastık, s.111-112.

⁶⁵⁹Gök, (Sorular), s.1180.

indirilmiştir⁶⁶⁰. İdarenin ihaleyi düzenlerken ilgili konuda gerekli çalışmayı yapmış olması ve ihale konusuna vakıf olması gerçeği ışığında, şikayete cevap süresinin on güne düşürülmesinin gerek başvuru sahipleri ve gerekse idare açısından olumsuz bir yön taşımadığı, tersine idareyi hızlı harekete zorladığı gerekçesiyle olumlu olduğu kanaatindeyiz.

1.2.2. Şikayet Üzerine Karar Alma Yetkisi

İhalelere yönelik şikayetlerde karar alma yetkisi kural olarak ihale yetkilisine aittir⁶⁶¹. İhale yetkilisi şikayete cevap vermeden önce şikayet ile ilgili konuda bizzat kendisi veya görevlendireceği kişiler tarafından bir inceleme yapılmasını ve rapor hazırlanmasını sağlayabilir⁶⁶². İnceleme konusunda görevlendirme yapması durumunda dahi şikayete nihai cevap hakkı yine ihale yetkilisindedir. İhale yetkilisinin görevlendireceği kişi veya kişilerin hazırlayacakları raporlar yardımcı mahiyette “*görüş bildiren*” idari işlemler nev’inden olup, hukuk aleminde tek başına sonuç doğurmamakta ve ihale yetkilisini bağlamamaktadır⁶⁶³. Kurul, ihale yetkilisinin, ihale kararını veren ihale komisyonu üyelerini dahi raportör olarak

⁶⁶⁰ **55 inci maddeye 5812 sayılı Kanunla getirilen değişiklik gerekçesi:** “4734 sayılı Kanunun 55 inci maddesinde yapılması öngörülen değişiklikle, şikayet ve itirazın şikayet süreçlerinin mümkün olan en kısa süre içerisinde sonuçlanmasının temini bakımından; idareye yapılan şikayet başvuru süresi Kanunun 21 inci maddesinin (b) ve (c) bentlerine göre yapılan ihalelerde on beş günden beş güne, diğer hallerde ise on beş günden on güne, idarenin şikayete cevap verme süresi otuz günden on güne, Kuruma itirazın şikayet başvuru süresi ise on beş günden on güne indirilmektedir.”Gerekçeli Kamu İhale Kanunu, (Çevrimiçi), www.kik.gov.tr, 07.05.2014.

⁶⁶¹ Yetki ihale yetkilisine ya da usulüne göre yetki devri yapılmış idare görevlisine aittir. Bastık, s.112.

⁶⁶² Kamu İhale Kurulunun 19.03.2012 tarih ve 2012/UY.II-1410 sayılı kararından: “Anılan düzenlemeden, ihaleye ilişkin yapılacak şikâyet başvurularının mevzuatın öngördüğü şekil şartlarını karşılaması kaydıyla idarece incelenerek sonuçlandırılacağı, incelemenin ihale yetkilisince bizzat yapılabileceği gibi ihale yetkilisinin görevlendireceği bir veya birden fazla raportör tarafından da yapılabileceği ve yapılan inceleme sonucunda, ihale yetkilisi tarafından gerekçeli bir karar alınacağı anlaşılmaktadır.

Şikâyet konusu ihalede, şikâyet başvurusunun incelemesi, ihale yetkilisince görevlendirilen ihale komisyonunca yapılmış, diğer bir ifadeyle, ihale komisyonu üyeleri görevlendirilmiş raportörler olarak şikâyet başvurusunu incelemiş ve ihale yetkilisi, yapılan inceleme neticesinde komisyonca alınan kararı uygun bularak onaylamıştır.

Bu itibarla, yapılan açıklamalar göz önünde bulundurulduğunda, şikâyet başvurusu üzerine idarece gerçekleştirilen işlemlerde anılan Yönetmelik hükmüne aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.”

⁶⁶³ Bastık, s.112.

görevlendirilebileceğini kabul etmiştir⁶⁶⁴. Raportör ihale komisyonu üyelerinin kararlarını da denetlediği için ihale komisyonu üyeleri arasından seçilmemesi gerektiği ileri sürülmektedir⁶⁶⁵. İhale yetkilisinin sadece ihale komisyonu tarafından verilen kararları değil özellikle tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında kendisinin onayladığı ihale kararlarına yönelik şikayet başvurularını da karara bağlama görevi bulunmaktadır. Komisyon üyelerinin raportör olarak görevlendirilememesi düşüncesinin temelinde bir kişinin kendi yaptığı işleme ilişkin yapılacak denetime esas olacak raporu hazırlamaması düşüncesi yatmaktadır. Bununla birlikte şikayet incelemesi idarenin zaten kendi kararını yeniden gözden geçirmesini hedeflemektedir. Ayrıca karar makamındaki ihale yetkilisine, gerek kendi onayladığı ihale dokümanına ve yine kendisinin onayladığı ihale kararına, Kanun Koyucu tarafından inceleme yetkisi verildiği hususları birlikte değerlendirildiğinde, ihale komisyonu üyelerinin şikayet başvurularında raportör olarak görevlendirilmelerinin şikayet başvuru sisteminin mantığı ile uyumsuz olmadığı görülmektedir.

İhale yetkisinin şikayete cevap hakkının olması idare hukukunda egemen olan “*yetki ve usulde paralellik*” ilkesinin istisnası olmaktadır. Bu ilke çerçevesinde bir işlem ancak o işlemin yapılışındaki usul izlenerek değiştirilebilir veya kaldırılabilir⁶⁶⁶. İdare hukukunda yetki ve usulde paralellik ilkesine uyulmaması başlı başına iptali gerektiren bir eksiklik olarak görülmektedir.⁶⁶⁷ Ancak kanun ile yetki ve usulde paralellik ilkesine istisna getirilebileceği belirtilmektedir⁶⁶⁸. İhale işlemlerini

⁶⁶⁴ Kamu İhale Kurulunun 19.03.2012 tarih ve 2012/UY.II-1410 sayılı kararından: “*Anılan düzenlemeden, ihaleye ilişkin yapılacak şikâyet başvurularının mevzuatın öngördüğü şekil şartlarını karşılaması kaydıyla idarece incelenerek sonuçlandırılacağı, incelemenin ihale yetkilisince bizzat yapılabileceği gibi ihale yetkilisinin görevlendireceği bir veya birden fazla raportör tarafından da yapılabileceği ve yapılan inceleme sonucunda, ihale yetkilisi tarafından gerekçeli bir karar alınacağı anlaşılmaktadır.*”

Şikâyet konusu ihalede, şikâyet başvurusunun incelemesi, ihale yetkilisince görevlendirilen ihale komisyonunca yapılmış, diğer bir ifadeyle, ihale komisyonu üyeleri görevlendirilmiş raportörler olarak şikâyet başvurusunu incelemiş ve ihale yetkilisi, yapılan inceleme neticesinde komisyonca alınan kararı uygun bularak onaylamıştır.

Bu itibarla, yapılan açıklamalar göz önünde bulundurulduğunda, şikâyet başvurusu üzerine idarece gerçekleştirilen işlemlerde anılan Yönetmelik hükmüne aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.”

⁶⁶⁵Küçük, s.126-127.

⁶⁶⁶Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.390.

⁶⁶⁷Gözübüyük, (Yargı), s.221.

⁶⁶⁸Eğer kanuni düzenlemeler istisna öngörmüyor ise üst astın yerine geçerek işlem yapamaz. Üst hiyerarşi yetkisi çerçevesinde astına her zaman emir ve direktif verip, kanuna uygun olan konularda

genel olarak yapan makam açısından ihale komisyonu işlemleri ve idare işlemleri olarak iki gruba ayırmak mümkündür. İdare tarafından gerçekleştirilen işlemler genel olarak ihale yetkilisinin yetki ve sorumluluğu altında ve onun nam ve hesabına gerçekleştirildiğinden, idarenin gerçekleştirdiği işlemlere karşı şikayet başvurularında ihale yetkilisinin karar alması yetki ve usulde paralellik ilkesi ile çelişmemektedir. Bununla birlikte ihale komisyonunun gerçekleştirdiği işlemlere karşı yapılan şikayet başvurularında, şikayet başvurusunun uygun bulunması ve ihale komisyonunun almış olduğu herhangi bir kararın değiştirilmesi gerektiğinde, ihale yetkilisi ihale komisyonunun kararını kaldırmakta⁶⁶⁹ ve bu karar yerine yeni bir karar ihdas etmektedir⁶⁷⁰. Bu durum ise yetki ve usulde paralellik ilkesine istisna teşkil etmektedir.

1.2.3. İdare İle Bağı Olmayan Kişilerden Görüş Alabilme İmkânı

İhale yetkilisinin, şikayet hakkında karar verirken bazı kişileri inceleme konusunda görevlendirebileceği ve bu görevlendirilen kişilerin hazırlayacakları rapor üzerine, kendisinin karar vereceği hususunda tartışma bulunmamaktadır⁶⁷¹. Bununla birlikte, ihale yetkilisinin idare bünyesinde bulunmayan bağımsız hukuk bürolarından görüş alarak, şikayeti sonuçlandırması, Kurul tarafından mevzuata aykırı olarak değerlendirilmiştir⁶⁷². Bu konuyu değerlendirirken iki unsur dikkate alınmalıdır. Bunlardan birincisi “*hukuki görüş*” alınmasının mevzuata uygun olup

işlem yapılmasını isteyebileceğinden yerine geçerek işlem yapamama yasağı sakıncalı değildir. İdare içindeki düzeni sağlamaktadır. Özay, (Günüşiği), s.158.

⁶⁶⁹Yetkide ve usulde paralellik ilkesi, “aksine işlem” kavramı ile ilişkilidir. “Aksine” kavramı, var olan bir işlemin oluşturduğu durumun sona erdirilmesi ve bunun tersi bir durum oluşturması anlamına gelmektedir. Özay, (Günüşiği), s.649.

⁶⁷⁰Üst, astı konumundakine her zaman alacağı kararlar hakkında yön ve emir verebilir. Bununla birlikte onun yerine geçip karar alamaz. Ancak emir vererek yeni bir işlem tesisini isteyebilir. Yıldırım, (İdari Teşkilat), s.32; Üstün, astın yerine geçip, astın alması gereken kararları alması halinde işlemde yetki yönünden hukuka aykırılık ortaya çıkar. Gözübüyük, (Yargı), s.210.

⁶⁷¹Küçük, s.126.

⁶⁷²Kamu İhale Kurulunun 09.04.2009 tarih ve 2009/UH.II-1284 sayılı kararı: “İdarece şikayet başvurusunun değerlendirilebilmesini teminen, idareyle herhangi bir idari bağı olmayan bir hukuk bürosundan görüş alınması ve bu görüşe istinaden şikayetin sonuçlandırılmış olmasının uygun olmadığı, adı geçen avukatlık bürosundan ne zaman ve hangi kapsamda görüş istenildiği ihale işlem dosyasından anlaşılacakla birlikte, işlemi gerçekleştirenler hakkında gerekli değerlendirme yapılmak üzere konunun Sağlık Bakanlığına bildirilmesinin uygun olacağı anlaşılmıştır.”

olmadığı, ikincisi ise “*idare dışı bir organdan*” ihaleyi ilgilendiren bir konuda görüş almanın mümkün olup olmadığıdır.

İhale mevzuatının derinliğinin fazla olması, yöneticilerin teknik anlamda ihale alanında gerekli bilgilere sahip olamaması realitesi karşısında, konu hakkında uzmanlaşmış bir hukuk biriminden görüş alınmasını, idari işlemi sakatlayacak nitelikte görmenin, hukuki dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle kabul etmek mümkün görülmemektedir. Kurul, kararında görüş alma işleminin mevzuatta dayanağı olmadığı gerekçesiyle hukuka aykırı görmüştür. İdarecilerin hukuki görüş alamayacaklarını kabul etmek, bakanlıklardaki ve diğer idarelerdeki “*hukuk müşavirliği*” birimlerinin varlık sebeplerini inkar etmek anlamına gelmektedir. Zira bu birimler diğer idari birimlere hukuki konularda yardım etmek amacı ile kurulmuşlardır⁶⁷³. Kurul dahi, kendi iç işleyişi içinde zaman zaman karar verirken kendi hukuk müşavirliğinin görüşüne müracaat etmektedir. Raportörün görüşünün dahi ihale yetkilisini bağlamadığı kabul edildiği bir ortamda⁶⁷⁴, idarelerin ihale ile ilgili bir konuda karar verirken, hukuki görüş almalarında gerek mevzuat ve gerekse idari teamül yönünden herhangi bir engel bulunmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır.

Hukuk bürosundan görüş alınmasını hukuka aykırı sayan Kurul kararının diğer bir unsuru ise; idare ile bağı olmayan kişilerden şikayetin cevaplanması aşamasında görüş alınmasının mümkün olup olmadığıdır. İdare ile bağı olmayan kişilerden görüş alınmayacağını savunmak, KİK’in kendi uygulamaları ile çelişmektedir. Zira KİK birçok teknik içerik gerektiren kararında, kendi bünyesinde bulunmayan ve bağı olmayan kuruluşlardan görüş talep etmektedir. Bazen talep edilen görüşlerin teknik boyutu aşır mevzuatı ilgilendirdiği de görülmektedir. Genellikle de Kurul bu gelen görüşlere riayet ederek kendi kararını bu görüşler doğrultusunda şekillendirmektedir⁶⁷⁵. Bu noktada, KİK’in görüş istediği yerlerin üniversiteler,

⁶⁷³ Danışma ve denetim birimleri, merkezde bakana ve ana hizmet birimleri ile bağı ve ilgili kuruluşlara istişari mahiyette teknik, hukuki ve mali konularda yardımcı olmakla görevlidirler. Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 255.

⁶⁷⁴ Bastık, s.112.

⁶⁷⁵ Kamu İhale Kurulunun 27.12.2010 tarih ve 2010/UH.II-3985 sayılı kararından: “*İnceleme konusu ihale neticesinde ihalenin hali hazırda idarede hizmet veren yüklenici firma dışında başka bir istekli üzerinde kalmaması durumunda, işe başlamadan önce (hizmet verilecek mekanın yeniden tefrişi, cihazın*

meslek kuruluşları ya da diğer kamu kuruluşları olduğu söylenebilirse de, sonuçta bunların görüş isteyen KİK'ten ayrı birer tüzel kişilik olduğu, hakimlerin dahi karar verirken idare dışı bağımsız bilirkişilerden görüş isteyebildikleri⁶⁷⁶, hatta bazı durumlarda bilirkişiye müracaatların zorunlu olduğu⁶⁷⁷, şikayet ve itirazın şikayet yöntemlerinin paralellikler arz ettiği⁶⁷⁸ hususları göz önünde bulundurulduğunda, idarenin dışında bulunun kişilerden görüş istenemeyeceği şeklinde Kurul kararının gerek mevzuatta ve gerek uygulamada bir dayanağı olmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır.

ve aksesuarlarının montajı gibi işler dışında) kullanılacak radyasyon kaynağı için TAEK'ten lisans alınması gerektiğinden, başvuru sahibine ait iddianın incelemesine esas teşkil edecek olan, ortalama lisans alma süresinin öğrenilmesi amacıyla bu husus TAEK'e yazı ile sorulmuştur.

Anılan Kurumun 14.12.2010 tarihli ve 22266 sayılı yazısında; "Bilindiği üzere 2690 sayılı Türkiye Atom Enerjisi Kurumu Kanunu ve Radyasyon Güvenliği Tüzüğü ile Radyasyon Güvenliği Yönetmeliği hükümleri gereğince, iyonlaştırıcı radyasyon kaynakları bulunduran ve kullanan resmi ve özel kurum, kuruluş ve kişiler Kurumumuzdan "kullanma ve bulundurma lisansı" almak zorundadır. Kullanma ve bulundurma lisansı, radyasyon kaynaklarının normal çalışma koşullarında buldukları mekana bitişik alanlarda insan ve çevre sağlığı yönünden sakınca yaratmayacak düzeyde radyasyon değerinin ölçülmüş olduğunun saptanması üzerine verilmektedir. Bu nedenle Yönetmeliğin 51 inci maddesi kapsamında radyasyon kaynaklarının bulundurulması ve kullanılması için lisans başvurusu yapılabilmesi için, kaynağı hizmet verilecek mekana kurulumunun yapılmış olması gerekmektedir.

Lisans bilgi ve belgelerinde eksik olmaması durumunda lisans inceleme ve yerinde radyasyon kontrolü yapılması için talimat verilmesi için gereken süre iş yüküne bağlı olarak değişmekle birlikte en fazla 10 (on) iş gününü geçmemektedir. Radyasyon kontrolünün yapılması ve raporunun hazırlanması genellikle 15 (onbeş) işgünü almaktadır.

Lisansa esas radyasyon kontrollerinin yapılmasının ardından hazırlanan raporların incelenmesi ve teknik olarak radyasyon güvenliği yönünden herhangi bir eksiklik bulunmaması durumunda, yine iş yüküne bağlı olarak değişmekle birlikte en fazla 5 (beş) işgünü içinde tamamlanmaktadır.

Dolayısıyla eksiksiz müracaat yapılması ve lisans için gerekli bütün teknik hususların yeterli bulunması durumunda Kurumumuzun lisanslama süreci azami 30 işgününde tamamlanmaktadır..." hususlarına yer verildiği görülmüştür.

Anılan yazıdan; radyasyon kaynaklarının bulundurulması ve kullanılması için lisans başvurusu yapılabilmesi için, kaynağın hizmet verilecek mekana kurulumunun yapılmış olması gerektiği ve eksiksiz müracaat yapılması ve lisans için gerekli bütün teknik hususların yeterli bulunması durumunda lisanslama sürecinin azami 30 işgününde tamamlandığı anlaşılmaktadır.

İdari şartnamenin 48 inci maddesinde işe yer teslimi tarihinden değil sözleşmenin imzalandığı tarihten itibaren 15 gün içinde başlanacağı belirtilmektedir. Ancak, ihale konusu işe başlanabilmesi için öncelikle iş kapsamında kullanılacak cihazların idarece gösterilecek mekana kurulumunun yapılması ve mekanın, işin yerine getirilmesi için Türkiye Atom Enerjisi Kurumundan (TAEK) alınması zorunlu olan lisansı almaya hazır bir şekilde tefriş edilmesi gerektiği dikkate alındığında; işe başlama süresinin yükleniciye yer teslimi tarihinden itibaren başlatılması gerektiği, dolayısıyla, söz konusu düzenlemenin bu bakımdan isabetli olmadığı sonucuna varılmıştır."

⁶⁷⁶Gözübüyük, (Yargı), s.466.

⁶⁷⁷Mahkemelerin bazı durumlarda (akıl sağlığının tespiti, hayvanın ayıplı olduğu, kamulaştırma bedeli vb.) bilirkişiye başvurması zorunlu görülmektedir. Kuru, Baki/ Arslan, Ramazan /Yılmaz, Ejder: **Medeni Usul Hukuku**, 24. bs, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s.452.

⁶⁷⁸Canbazoglu, s.132.

Netice itibariyle idarelerin şikayet konusunda karar verirken, kendi personelini görevlendirerek inceleme yapabilmesinin yanında, idare dışı kişi veya kişilerin hukuki veya teknik görüşlerinden istifade etmesinde mevzuata aykırı bir husus bulunmadığı kanaatiyle, Kurulun, bahse konu kararındaki hukuk bürolarından görüş istemenin hukuki dayanaktan yoksun olduğu şeklindeki kararına katılmamaktayız. Esas olan idarenin kendine kanunlar çerçevesinde verilen görevleri yerine getirirken, hukuka aykırı olmamak şartı ile hareket serbestisinin tanınmasıdır. Buna karşılık; idarenin her yaptığı eylem ve işlemde hukuki somut dayanak aramak, idareyi işlevsiz ve sorunlara çözüm üretmez hale getirecek bir yaklaşım olacaktır⁶⁷⁹.

1.2.4. Şikayet Sebebiyle Bağlı Olmama

İdarenin şikayet sebepleri üzerinden, başvuru sahibine cevap vermesi gerekmele birlikte idarenin hukuka aykırı işlemelerini hukuki istikrar prensibi çerçevesinde geri alabilmesi, hukuk devleti olmasının bir gereğidir⁶⁸⁰. İdare her ne kadar şikayet sebeplerini cevaplama zorunda olsa da, hukuk devleti ilkesi gereği şikayet sebeplerinin dışına çıkarak ya da şikayet olmaksızın re'sen tespit ettiği hukuka aykırılıkları da gidermek durumundadır⁶⁸¹. Yukarıda şikayet başvurusunun, idarenin kendi kendini denetlemesi amacını taşıyan bir idari usul mekanizması olduğu belirtilmiş idi. İdari usulün bir unsuru olan inceleme ve araştırma ilkesi⁶⁸² de idareye, ilgililerin istem ve iddiaları ile bağlı olmaksızın inceleme ve araştırma yapma yükümlülüğü getirmektedir⁶⁸³. Bu durumda idarenin şikayet sebepleri ile bağlı olmadığı, şikayet sebepleri arasında yer almayan hukuka aykırılıkları da gidermesi gerektiği sonucuna varılmaktadır.

⁶⁷⁹Özay, (Günüşiği), s.456.

⁶⁸⁰Çağlayan, Ramazan: “İdari İşlemin Geri Alınması Üzerine”, **AÜEHFD**, C-IV, S: 1-2, 2000. s.57-58. (Geri Alma)

⁶⁸¹İdare hakiminin de kendiliğinden hareket etme yetkisi vardır. Hakim kanıtların toplanması ve davanın yürütülmesinde kendiliğinden hareket edebilir. Taraflardan ek bilgi ve belge isteyebilir, her türlü incelemeyi yapabilir ya da yaptırabilir. Gözübüyük, (Yargı), s.347.

⁶⁸²Özdemir, Eyüp/Üstün, Gül “İdari Usuller”, **İdare Hukuku** içinde, (Der) Turan Yıldırım v.d., 5.bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.592.

⁶⁸³Özkan, Gürsel “İdari Usul Kanununda Düzenlenmesi Gereken Genel İdari Usul İlkeleri”, **İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu**, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1998, s.69.

Benzer uygulama İYUK'ta da yer almakta olup, özellikle iptal davaları, sadece kişilerin hak ve menfaatlerini korumak amacı gütmeyip, idarenin hukuka uygun hareket etmesini sağlama amacı da taşıdığından, idari yargıda re'sen araştırma ilkesi egemendir⁶⁸⁴. Re'sen araştırma ilkesi çerçevesinde mahkeme, ilgililerden tarafların sunduklarından farklı belge ve bilgileri isteme hakkına sahiptir⁶⁸⁵.

1.2.5. Esas İnceleme Sonucu İdarenin Alacağı Kararlar

Şikayet başvurusu üzerine idare başvuru tarihinden itibaren on günlük süre içerisinde belli bir karar almak durumundadır⁶⁸⁶. İdare karar alırken sınırsız bir karar yetkisi ile donatılmış bulunmamakta, idarenin alacağı kararlar ihalenin iptali, düzeltici işlem ya da başvurunun reddi şeklinde olabilmektedir. İdarenin ara karar niteliğinde de olsa bu kararlardan başka nitelikte bir karar alma konusunda takdir hakkı⁶⁸⁷ bulunmamaktadır⁶⁸⁸. İdarelerin bu üç seçenekten herhangi birini kullanması da belli şartlara bağlandığı için, şikayete cevap yetkisinin bağlı⁶⁸⁹ ve sınırlı bir yetki olduğunda tereddüt bulunmamaktadır⁶⁹⁰.

1.2.5.1. İhalenin İptali Kararı

İdare şikayet başvurusu üzerine yaptığı inceleme neticesinde şikayet sebebini haklı görüp, hukuka aykırılığı⁶⁹¹ tespit ederse ve bu durumun düzeltilerek ihalenin

⁶⁸⁴Yıldırım, (İdari Yargı), s. 498.

⁶⁸⁵Candan, s.559.

⁶⁸⁶İdarenin sessiz kalarak zımni red yolunu kullanması da bir hak olarak görülmektedir. Canbazoğlu, s.133.

⁶⁸⁷İdari işlemler alanında idarenin takdir yetkisi özel hukuka göre çok dardır ve işlemin her unsuru üzerinde olması mümkün değildir. Özay, (Günüşiği), s.456.

⁶⁸⁸Gök, (Sorular), s.1179.

⁶⁸⁹İşlemin tüm unsurları hukuk kuralları tarafından belirlenmiş durumda ise ve idarenin herhangi bir tercih hakkı yok ise bağlı yetkiden bahsedilir. Özay, (Günüşiği), s.455.

⁶⁹⁰İnan, Atilla "Kamu İhale Kurulunun Verdiği Kararlar Takdir Alanında Mıdır? Yoksa Bağlı Yetki Niteliğinin De Midir", t.y., y.y, s.5, www.atillainan.com.tr, 11.01.2014. (İhale Kararlarında Bağlı Yetki)

⁶⁹¹Hukuka aykırı birel işlemler, süresi içerisinde başvurulması durumunda iptal edilebilir veya geri alınabilirler. Yıldırım, (İdari İşlemler), s.420.

neticelenmesi mümkün gözüküyorsa ihaleyi iptal etmelidir⁶⁹². İdarenin yapılan şikayeti haklı görmesi durumunda, ihalenin mümkün mertebe ayakta tutulmasının esas olduğu açıktır. Bu durumda idare öncelikle ihaleyi ayakta tutabilecek ve devam edebilmek için imkan olup olmadığını araştırmak durumundadır⁶⁹³. İdarenin önce düzeltici işlem seçeneğinin uygulama ihtimalini arayıp bu ihtimal yok ise iptal yolunu seçmesi ise “ölçülülük” ilkesi ile uyumaktadır⁶⁹⁴ zira idarenin takdir hakkı ölçülülük ilkesi ile sınırlıdır⁶⁹⁵.

İdarenin ihaleyi iptal hakkı tamamen sınırsız değildir. İdari işlevin sürekliliği gereği ihaleyi devam ettirmenin mümkün olmadığı durumlarda ihaleyi iptal cihetine gidilmelidir⁶⁹⁶. AB İhale Direktifleri de ihalelerde kesintilerin minimum düzeyde olmasını amaçlamaktadır⁶⁹⁷. 4734 sayılı Kanun da ihalenin sürdürülmesinin sağlanması için alternatif çözüm yolları getirmiştir ki bunlardan en önemlisi zeyilname ve düzeltme ilanı yapılması imkanının idarelere tanınmasıdır. Bu çerçevede idareler ihale öncesinde belli süreler içerisinde zeyilname⁶⁹⁸ ya da

⁶⁹²Kamu İhale Kurulunun 07.01.2008 tarih ve 2008/UH.Z-43 sayılı kararından: “İhale komisyonu söz konusu şikayet sonucunda “ihalenin iptali hususunda gelen itiraz dilekçelerinin haklı bulunduğu, söz konusu itiraz maddelerinin çelişki yarattığı” gerekçesiyle ihaleyi iptal etmiştir.

İdari şartnamede yer almayan ancak teknik şartnamede yer verilen ayakkabı ve boneye ilişkin düzenlemenin, isteklileri tekliflerini verirken tereddüte düşürdüğü ve istekliler açısından aşırı düşük teklif sorgulamasının eşit bir şekilde yapılmasını imkansız kıldığı için idarenin ihalenin iptali işlemi mevzuata aykırılık görülmemiştir.”

⁶⁹³İdari işlemlerde ortaya çıkan sakatlıklar, her zaman işlemin iptalini gerekli kılmamaktadır. İşlemin sonucunu doğrudan etkilemeyen ve kamu düzenini ilgilendirmeyen sakatlıklar, çoğu zaman işlemin iptalini gerektirmez. Gözübüyük, (Yargı), s.205

⁶⁹⁴Inan, (İhale Kararlarında Bağlı Yetki), s.4.

⁶⁹⁵Oğurlu, (Ölçülülük), s.101.

⁶⁹⁶Bastık, s.114.

⁶⁹⁷Kuzey, Pelin “Avrupa Birliği İnceleme Usulleri”, **Maliye Dergisi**, 2001, S.136, s.92.

⁶⁹⁸Kamu İhale Kurulunun 07.01.2008 tarih ve 2008/UH.Z-17 sayılı kararından: “Şikayetçi, 02.11.2007 tarih ve 4734 sayı ile idare kayıtlarına alınan dilekçesi ile ihale dokümanında yer alan makine, tesis, ekipman, ödeme yeri ve şartları, hizmetin görüleceği yer ve reverse osmos su tasfiye sistemi teknik şartnamesinde değişiklik yapılması ve ihale tarihinin 20 gün ertelenmesi talebinde bulunmuş idare reverse osmos su tasfiye sistemi ile ilgili olarak yaptığı zeyilnameyi 07.11.2007 tarihinde iadeli taahhütlü olarak şikayetçiye ve diğer doküman alanlara göndermiş, şikayetçi söz konusu zeyilnameyi 14.11.2007 tarihinde tebellüğ etmiş, şikayetçinin diğer talepleri ise yerinde bulunmamıştır. Şikayetçi 07.11.2007 tarihli 4779 sayı ile idare kayıtlarına alınan dilekçeleri ile ikinci kez teknik şartnamede belirtilen hususların değiştirilmesi ve bazı hususların açıklanması için talepte bulunmuş, idare iadeli taahhütlü olarak şikayetçiye gönderdiği 13.11.2007 tarihli yazısı ile söz konusu talebi reddetmiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 29 uncu maddesinde; “İlân yapıldıktan sonra, tekliflerin hazırlanmasını veya işin gerçekleştirilmesini etkileyebilecek maddi veya teknik hatalar veya eksikliklerin idarece tespit edilmesi veya isteklilerce yazılı olarak bildirilmesi halinde, ihale

düzeltilme ilanı yolunu kullanarak ihale dokümanı ve ilanda değişiklik yapma ve hatta ihaleyi belli süre erteleme imkanına sahiptirler⁶⁹⁹.

Hangi hallerde ihalenin devam etmesinin mümkün olmadığı ya da ihalenin sağlıklı bir şekilde sonuçlanmasının mümkün görülmediği ise, somut olayların değerlendirilmesi ile belirlenecektir. Bu konuda belli kriter ya da kıstaslar koymak mümkün bulunmamaktadır. Her somut olay kendi imkan ve şartları dahilinde değerlendirilmeli ve ona göre ihalenin devamının mümkün olup olmadığına karar verilmelidir⁷⁰⁰. İhalenin devamının mümkün olup olmadığı değerlendirilirken göz önünde bulundurulması gereken ve ihalenin iptali hakkının sınırı olan en önemli nokta düzeltici işlem yapabilme ihtimalinin varlığıdır. Bu noktada düzeltici işlem ihalenin iptali hakkının sınırını oluşturmaktadır. Eğer mevcut durum düzeltici işlem ile giderilebiliyor ise bu durumda idare ihalenin iptali yerine düzeltici işlem yolunu seçmekle mükelleftir⁷⁰¹.

Bazı ihaleler kısmi teklife açık olarak yapılmaktadır. Bu ihalelerde şikayetler sadece belli kısımlara ilişkin olabilmekte⁷⁰², başvuru sahibi sadece bazı kısımlara teklif verdiği için⁷⁰³ bu kısımlar için şikayet ehliyetine sahip olabilmekte ya da

dokümanında değişiklikler yapılabilir. Yapılan bu değişikliklere ilişkin ihale dokümanının bağlayıcı bir parçası olan zeyilname, son teklif verme gününden en az on gün öncesinde bilgi sahibi olmalarını temin edecek şekilde ihale dokümanı alanların tamamına gönderilir.” hükmü yer almaktadır.

Başvuru konusu ihalede ihale tarihinin 19.11.2007, anılan zeyilnamenin şikayetçiye tebliğ tarihinin 14.11.2007 olduğu göz önünde bulundurulduğunda idarenin, yaptığı zeyilnameden ihale tarihinden 10 gün önce şikayetçinin haberdar olmasını sağlayamaması mevzuat hükmüne uygun bulunmamıştır.”

⁶⁹⁹Keyik, s.72.

⁷⁰⁰ Ölçülülük ilkesi gereğince somut olayda kamu menfaati dengesi gözetilmelidir. İnan, (İhale Kararlarında Bağlı Yetki), s.4.

⁷⁰¹Bastık, s.114.

⁷⁰²Kamu İhale Kurulunun 19.09.2012 tarih ve 2012/UM.I-3638 sayılı kararından: “Sonuç olarak yukarıda mevzuata aykırılıkları belirtilen işlemlerin düzeltici işlemle giderilemeyecek nitelikte işlemler olduğu tespit edildiğinden, ihalenin şikâyete konu “Doku Gömme Cihazı Alımına” ilişkin 3’üncü kısmının iptali gerekmektedir.”

⁷⁰³ Kamu İhale Kurulunun 19.10.2009 tarih ve 2009/UH.I-2545 sayılı kararından: “Tüm bu açıklamalar ışığında incelenen ihalede, asgari personel sayısının ve ünvanının belirlenmesine karşılık birim fiyat cetvelinde yer alan iş kalemleri içerisinde personel kalemine yer verilmediği, dolayısıyla idari şartnamede personele ilişkin yapılan düzenleme ile birim fiyat teklif cetvelinde yer alan düzenlemenin birbirini destekler nitelikte olmadığı, dolayısıyla isteklilerce sağlıklı teklif oluşturulması ve idarece söz konusu tekliflere ilişkin sağlıklı değerlendirilme yapılmasının ve ayrıca tekliflerin aşırı düşük olup olmadığı ile ilgili olarak da sorgulama yapılmasına gerek olup olmadığına tespiti için hesaplanması zorunlu olan asgari maliyetin belirlenmesinin yapılan

hukuka aykırılık sadece ihalenin belli bir kısmına tekabül edebilmektedir. İhalenin tamamı için hukuksal sorun oluşturmayan, başvuru sahibinin ihalenin belli bir kısmı için şikayet ehliyetine sahip olduğu ya da sadece ihalenin “ayrılabilir” kısımları için⁷⁰⁴ hukuka aykırılıkların tespiti halinde; sadece bu kısımlar için iptal kararı alınması, hukuka aykırılıktan etkilenmeyen diğer işlemler için ise ihalenin devamına karar verilmesi “ölçülülük” ilkesinin ve sadece ilgili olunan kısma yönelik idari başvuru ehliyetine sahip olmanın gereğidir. Bununla birlikte kısmi teklife açık olmayan ve birim fiyat şeklinde yapılan ihalelerin herhangi bir kalemine ilişkin hususun hukuka aykırı olması halinde eğer ihaleyi bu şekliyle sürdürmek mümkün değil ise tüm kalemler iptal edilmektedir. Gerek mevzuat ve gerekse uygulamalar, kısmi teklife açık ihalelerde⁷⁰⁵, ihalenin ayrılabilir⁷⁰⁶ kısmına tekabül eden hukuka aykırılıkların varlığı durumunda, ölçülülük ilkesi çerçevesinde sadece bu kısım ya da kısımların iptal edilmesine⁷⁰⁷ imkan tanımaktadır⁷⁰⁸.

1.2.5.2. Düzeltici İşlem Kararı

düzenleme ile mümkün olmadığı anlaşıldığından, başvuru sahibinin ihalede teklif vermiş olduğu 1 inci ve 3 üncü kısımların iptal edilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.”

⁷⁰⁴ Hakimlerin idari davalarda kısmi iptal kararı verebilmeleri, hukuka aykırı işlemin, diğer işlemlerden ayrılabilir nitelikte olmasına bağlıdır. Gözübüyük, (Yargı), s.245.

⁷⁰⁵ Birim fiyatlı bir işin kısmi teklife açık olarak yapılması durumunda, her bir iş kaleminin ya da kalem grubunun farklı isteklerle yüklenilmesi mümkün olabilmektedir. Demirboğa, Dursun Ali, **Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s.50.

⁷⁰⁶ Fransızca karşılığı “acte détachable” olan ayrılabilir işlem ibaresi, çeşitli aşamalar içeren bir işlemin, bir bölümünün ayrılarak tek başına yürütülebilirlik niteliği kazanabilmesi durumu için kullanılmaktadır. Özay, (Günüşiği), s.512.

⁷⁰⁷ İptal davalarında da kararın bir bölümünün iptali sağlanabilir. Gözübüyük, (Yargı), s.137.

⁷⁰⁸ Kamu İhale Kurulunun 07.09.2009 tarih ve 2009/UH.I-2258 sayılı kararından: “İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Tebliğin “Şikayet başvurusu üzerine yapılacak işlemler ve inceleme” başlıklı 6 ncı maddesinin sekizinci fıkrasında; “Kısmi teklife açık olan ihalelere yönelik itirazın şikayet başvurusunda bulunulması halinde, Kurum tarafından başvuru sonuçlandırılmadan başvuruya konu kısım/kalem veya grubun sözleşmesi imzalanamaz. İtirazın şikayet başvurusuna konu edilmeyen diğer kısım/kalem veya gruplar yönünden ise Kamu İhale Genel Tebliğindeki açıklamalar çerçevesinde her bir kısım/kalem veya grup için ayrı sözleşme yapılmasının mümkün olması kaydıyla, bu kısım/kalem veya grubun sözleşmesi imzalanabilir.” açıklaması yer almaktadır.

İdarece gönderilen bilgi ve belgelerin incelenmesinden, ihalenin 130 uncu kalemine ilişkin olarak Hüseyin Kaymakçı adlı istekli ile 06.08.2009 tarihinde sözleşme imzalandığı, başvuru sahibinin ise söz konusu kaleme teklif vermediği görülmüştür. İdare tarafından 13.08.2009 tarihinde düzenlenen tutanakta da, başvuru sahibinin şikayet başvurusuna konu ettiği kalemlere ilişkin sözleşme imzalanmadığı belirtilmiş olup, ihalenin şikayete konu kalemlerine ilişkin sözleşme imzalanmadığı anlaşıldığından, başvuru sahibinin bu konudaki iddiasının yerinde olmadığı sonucuna varılmıştır.”

Düzeltilici işlem Şikayet başvurusunun uygun bulunması durumunda ilk başvurulması gereken karar çeşidi olmaktadır⁷⁰⁹. Eğer ihalenin mevcut ve tespit edilen hukuka aykırılığa rağmen devam etme imkanı var ise, idare ihalenin iptaline gitmeden düzeltilici işlem seğeneğini kullanmalıdır⁷¹⁰. İhalenin iptali yolundan önce düzeltilici işlem seğeneğinin kullanılması Şartlarının aranması, “ölĐülülük” ilkesinin gereği olarak karşımıza çıkmaktadır.⁷¹¹ “Killing a fly with hammer” Şeklinde İngiliz literatürüne girmiş ve Türkçeye “Sineği balyozla öldürmek” Şeklinde çevrilen deyim aslında, düzeltilici işlem kullanılmasının da bir gerekçesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Mevcut hukuksal sorunu düzelterek çözmek gerek kamu gerekse katılımcılar için daha az zarara sebep olacağından, bu imkanın kullanılma ihtimali varken ihalenin iptali yolunun (balyoz/çekiç) kullanılması, Kanunun temel ilkelerinden biri olan kaynakların verimli kullanılması⁷¹² ilkesinin ihlaline sebep olabilecektir. Zira yeni bir ihale açılması kamunun zaman ve mali kaynaklarının kullanılması, aynı zamanda idarenin ihale ile elde edeceği mal veya hizmetlerle sunacağı kamu hizmetlerinin aksaması anlamına gelebilecektir.

Düzeltilici işlem yoluna gitmenin iki Şartı bulunmaktadır. Bunlardan ilki, Şikayet sebebinin haklı görülmesi iken, ikincisi yapılacak düzeltme ile mevcut sorunun onarılabilecek seviyede olmasıdır. Örneğin ihale dokümanında yapılan ve ihaleye katılımı engelleyen bir işleme yönelik yapılan Şikayet başvurusunun haklı bulunması durumunda, mevcut durumu ihale gerçekleştirildikten sonra düzeltilici işlem ile onarmak mümkün gözükmemektedir, çünkü ihale dışı kalan ve ihaleye katılmayan muhtemel isteklilerin haklarını, ihaleye katılanlar arasında eşit muamele ederek gidermek mümkün bulunmamaktadır⁷¹³.

⁷⁰⁹Bastık, s.114.

⁷¹⁰Mahkemeler ister işlemin tümünü ister bir kısmını iptal etsinler, hiçbir zaman idarenin yerine geçerek karar alma hakkına sahip değildirler. Gözübüyük, (Yargı), s.245. Düzeltilici işlemde idareler, kendi denetimlerini yaptıklarından, kendi kararlarını deĐiŐtirebilirler. Bu nedenle Şikayet denetimi, itirazın Şikayet ve yargı denetiminden farklılık arz etmektedir.

⁷¹¹İnan, (İhale Kararlarında Bağlı Yetki), s.4.

⁷¹²Kanunda yer alan tüm ilkeler kaynakların verimli kullanılmasının sağlanmasıya yöneliktir. Özdemir, (Eyüp), s.637.

⁷¹³Kamu İhale Kurulunun 07.01.2008 tarih ve 2008/UH.Z-59 sayılı kararından: “İhaleye katılacak firmalardan mutfak ve yemekhanelerde meydana gelebilecek yangın ve gıda zehirlenmelerine karşı sigorta yaptıracağına dair taahhütname istendiği, ancak sigortanın türü, kapsamı ve teminatın belli

Düzeltilici işlemin mutlak surette kullanılamayacağı durumlar da vardır. Daha önce belirtildiği üzere, ihale ilanı ve ihale dokümanına yönelik şikayetlerin ihale öncesinde cevaplanması esastır. Bununla birlikte mevzuat bu şikayetlerin ihale sonrasında cevaplanmasını mutlak suretle yasaklamamakta, idareye şikayetleri ihale öncesi cevaplamayı “esas” olarak belirlemekte ve Kurul bu kuralı “disipliner” olarak değerlendirmektedir. İhaleye yönelik şikayet başvurusunun ihale gerçekleşikten sonra cevaplanması durumunda idarelerin düzeltici işlem yapma imkanı bulunmamaktadır. Zira bu tarihten sonra yapılacak düzenlemelerin ihaleye katılımı onaracak nitelikte olması fiilen mümkün bulunmamaktadır. İdare bu durumda sadece ihalenin iptali yoluna gidebilecektir⁷¹⁴.

Kısmi teklife açık olan ihalelerde⁷¹⁵, iptal kararlarında olduğu gibi “ölçülülük” ilkesi ve idari başvuru ehliyetinin sınırlı olması sebebiyle sadece başvurusunun yapıldığı kısım, şikayetçinin başvuru ehliyetine sahip olduğu kısım ya da hukuka aykırılığın tespit edildiği kısım için, düzeltici işlem kararı verilmesi gerekmektedir. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, hukuka aykırılığın ihalenin tamamını değil sadece ayrılabilir kısmını etkilemesi ve bu hukuka aykırılığın düzeltici işlem ile giderilebilir mahiyette olmasıdır⁷¹⁶.

olmadığı, dolayısıyla başvuru sahibinin anılan belgenin istenmesinin ihaleye katılımı engellediği iddiasının yerinde olduğu sonucuna varılmıştır.

*Sonuç olarak, yukarıda mevzuata aykırılıkları belirtilen işlemlerin düzeltici işlemle giderilemeyecek nitelikte işlemler olduğu tespit edildiğinden, **ihale işlemleri ile ihale kararının iptali gerekmektedir.***

⁷¹⁴Bastık, s.111-112.

⁷¹⁵İhalelerin kısımlar halinde yerine getirilmesinin mümkün bulunduğu ve kısmi olarak açıldığı zaman istekli sayısının artacağı beklenen hallerde, ihalelerin kısmi teklife açık olarak gerçekleştirilmesi rekabet ilkesi çerçevesinde zorunluluktur. Gök, Yaşar, “Kamu İhale Hukukuna Hakim Olan İlkeler”, **Dış Denetim**, Ekim-Kasım-Aralık 2010, s.16. (Temel İlkeler)

⁷¹⁶Kamu İhale Kurulunun 09.02.2010 tarih ve 2010/UM.II-477 sayılı kararından: “İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Tebliğin 6 ncı maddesinin sekizinci fıkrasında; “Kısmi teklife açık olan ihalelere yönelik itirazın şikayet başvurusunda bulunulması halinde, Kurum tarafından başvuru sonuçlandırılmadan başvuruya konu kısım/kalem veya grubun sözleşmesi imzalanamaz. İtirazın şikayet başvurusuna konu edilmeyen diğer kısım/kalem veya gruplar yönünden ise Kamu İhale Genel Tebliğindeki açıklamalar çerçevesinde her bir kısım/kalem veya grup için ayrı sözleşme yapılmasının mümkün olması kaydıyla, bu kısım/kalem veya grubun sözleşmesi imzalanabilir.” açıklaması, yer almaktadır.

Sonuç olarak, yukarıda mevzuata aykırılıkları belirtilen işlemlerin düzeltici işlemle giderilebilecek nitelikte işlemler olduğu tespit edildiğinden, ihalenin 7 nci ve 14 üncü kalemlerine ilişkin ihale komisyonunun kararının iptal edilerek ihalenin 7 nci ve 14 üncü kalemleri için verilen

1.2.5.3. Başvurunun Reddi Kararı

İhale yetkilisi yaptığı ya da yaptırdığı inceleme sonucunda şikayet başvurusunu uygun görmez ise başvurunun reddine karar vermek durumundadır⁷¹⁷. Bu karar hukuksal durumda değişiklik meydana getirmemektedir⁷¹⁸. Başvurunun reddi kararı iki durumda verilebilir; öncelikle başvurunun süre veya şekil yönünden sakatlık taşıması yani süresinde yapılmamış olması veya dilekçe ve eklerinin gerekli şekil koşullarını sağlamamış olması hallerinde idare başvuruyu reddetmek zorundadır. İkinci olarak; eğer başvuru süre ve şekil şartlarını taşıyor ise, esastan yapılan inceleme neticesinde, şikayete konu işlemlerde ihalenin iptalini veya düzeltici işlem yapılmasını gerektiren herhangi bir hukuka aykırılığın bulunmaması durumunda başvuru yine idare tarafından reddedilmelidir⁷¹⁹.

İdarenin başvuruyu reddetme yetkisi yine bağlı ve sınırlı bir yetkidir. İdare ancak belli ve yukarıda belirtilen koşullar altında şikayetin reddine karar verebilecektir. Benzer şekilde idare şikayetin reddi şartları olduğu durumda bu kararı vermekten imtina da edemeyecektir. Yani şikayetin reddi gereken bir durumda ihalenin iptali yoluna gitmesi mümkün olmamaktadır⁷²⁰.

Şikayetin reddi kararı verilmesinde önemli noktalardan biri de hukuka aykırılığın tespit edildiği durumlarda, aykırılığın niteliği ve öneminin

numunelerin yeniden değerlendirilmesi ve bu aşamadan sonraki işlemlerin mevzuata uygun olarak yeniden gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle, 4734 sayılı Kanunun 65 inci maddesi uyarınca bu kararın tebliğ edildiği veya tebliğ edilmiş sayıldığı tarihi izleyen 60 gün içerisinde Ankara İdare Mahkemelerinde dava yolu açık olmak üzere;

1) Anılan Kanununun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (b) bendi gereğince ihalenin 7 nci ve 14 üncü kalemlerine ilişkin olarak düzeltici işlem belirlenmesine,

2) Anılan Kanununun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince ihalenin 1, 10 ve 13 üncü kalemlerine ilişkin olarak itirazın şikayet başvurusunun reddine,

Oybirliği ile karar verildi.”

⁷¹⁷Korkmaz, s.13.

⁷¹⁸İptal davalarında da red kararı verilmesi, hukuksal durumlar üzerinde herhangi bir değişiklik meydana getirmemektedir. Gözübüyük, (Yargı), s.246.

⁷¹⁹Cambazoğlu, s.128.

⁷²⁰İnan, (İhale Kararlarında Bağlı Yetki), s.3.

belirlenmesinde ortaya çıkmaktadır. Kanun hukuka aykırılığı tek başına düzeltici işlem veya ihalenin iptali sebebi olarak görmemektedir. Sıradan ve basit aykırılıklar yani ihalenin esasını etkilemeyen aykırılıklar için idare ihalenin iptali ya da düzeltici işlem tesisi yoluna gidemeyecek, şikayet başvurusunu reddetmek durumunda kalacaktır⁷²¹. Bu uygulama aslında “ölçülülük” ilkesinin bir uzantısı olarak karşımıza çıkmaktadır. Basit ve ihaleyi etkilemeyecek nitelikteki hukuka aykırılıkların, ihalenin iptali sebebi olmaması gerekmektedir. Hangi hukuki hataların düzeltici işlem ya da ihalenin iptalini gerektirip gerektirmediği⁷²² konusunda ise her somut olay için ayrı değerlendirme yapmak gerekecektir⁷²³. Tüm durumları kapsayacak şekilde bu konuda genel kurallar koyma imkanı bulunmadığı gibi, bu yola gitmek hayatın olağan akışı ile de uyum sağlamayacaktır. Gerek KİK ve gerekse yargı organları verdikleri kararlarla hukuka aykırılığın esasa etkili olup olmadığı durumunun tespitine ışık tutacak kriterler ortaya koymaktadırlar⁷²⁴, ancak bu kriterler genel

⁷²¹Kamu İhale Kurulunun 06.02.2006 tarih ve 2006/UH.Z-350 sayılı kararından: “İhale dokümanı ile birlikte isteklilere verilen standart formlar arasında yer alan teklif mektubu standart formunda işin adı “Malzemeli Genel Temizlik, Mutfak Yemek Hizmetleri, Bahçe Bakımı, Çamaşır Yıkama ve İlaçlama Hizmet Alımı” olarak belirtilmiştir. Bu durumda teklif mektubu standart formunda ihale konusu işin adının tamamen yanlış yazıldığı anlaşılacakla birlikte, başvuru sahibince ihale dokümanını satın aldıktan sonra yasal süresi içinde bu konuyla ilgili şikayet başvurusu yada 4734 sayılı Kanununun 29 uncu maddesinin son fıkrasına göre açıklama talebinde bulunulmadığı gibi, başvuru sahibi dahil ihaleye teklif veren tüm isteklilerin teklif mektuplarında da işin adının idari şartnamede yer aldığı şekliyle doğru olarak yazıldığı anlaşıldığından, başvuru sahibi ve diğer istekliler açısından herhangi bir hak kaybına yol açmayan bu aykırılığın ihalenin esasına etkili bir nitelik taşımadığı sonucuna varılmıştır.”

⁷²² Kamu İhale Kurulunun 06.11.2006 tarih ve 2006/UH.Z-2624 sayılı kararından: “Teknik şartnamenin 4 üncü maddesinin (2) nolu alt bendinde personelin giyeceği kıyafetin idarenin belirlediği şekilde tam ve temiz olacağı, bu kıyafetlerin firma tarafından 2’şer takım (yedekleri ile birlikte yazlık-kışlık) olarak temin edileceği düzenlenmiştir. İdari şartnamede personele ilişkin giyecek giderlerinin teklif fiyata dahil olduğuna ilişkin bir düzenleme yapılmaması mevzuata aykırı olmakla birlikte, bu aykırılık esasa müessir, ihalenin iptalini gerektiren bir aykırılık olarak görülmemiştir.”

⁷²³Somut olayda ölçülülük ilkesinin uygulanması o işlemin iptali ile diğer seçenek arasındaki kamu menfaatinin ölçülmesi ile bulunmaktadır. İnan, (İhale Kararlarında Bağlı Yetki), s.3.

⁷²⁴Kamu İhale Kurulunun 06.02.2006 tarih ve 2006/UH.Z-353 sayılı kararından: “Başvuru sahibi tarafından sunulan ortaklık hisse beyannamesinde beyanı gereken herhangi bir ortaklığın bulunmadığı belirtilmesine rağmen ihale komisyonunca başvuru sahibi Limited Şirketin iki ortağının bulunduğu gerekçesiyle belgenin uygun olmadığına karar verilmiştir.

Kamu İhale Genel Tebliğinde..“Beyannamede beyanı gereken bir husus bulunmadığı takdirde Beyannamenin dip notunda belirtildiği şekilde ilgili kısım işaretlenecek ve ortaklık/hisse durumuna ilişkin tablo doldurulmayacaktır” düzenlemesi yer almaktadır.

Başvuru sahibi de bu düzenleme çerçevesinde, beyannamede beyanı gereken bir husus bulunmaması nedeniyle beyannamenin dip notunda belirtildiği şekilde ilgili kısmı işaretlemiştir. Bu nedenle, tüzel kişi isteklinin kendi ortak veya hissedarlarını beyan etmediği gerekçesiyle teklifinin değerlendirme dışı bırakılması yerinde görülmemekle birlikte, idari şartnamenin 36.3. maddesi

geçerli bir şekilde tüm durumlar için emredici nitelik taşımamakta, somut olay ve durumun yorumlanması konusunda yardımcı olma vazifesi görmektedirler⁷²⁵.

1.2.5.4. Zımni Red Kararı

Şikayet üzerine idare, başvurunun kayıtlara işlendiği tarihten itibaren on gün içinde gerekçeli olarak⁷²⁶ bir karar almak durumundadır⁷²⁷. İdarenin alabileceği kararların sınırlı olarak belirlendiği ve bunların iptal, düzeltici işlem ya da başvurunun reddi şeklinde olabileceği yukarıda belirtilmiş idi⁷²⁸. Kanundaki düzenleme idareye bir cevap verme yükümlülüğü getirmekle birlikte idarenin bu yükümlülüğü yerine getirmemesi durumunda hangi kararı vermiş sayılacağı hususu 4734 sayılı Kanunda açıkça olmasa da⁷²⁹ zımni olarak “İdareye Şikayet” başlığı altında düzenlenmiştir. “İdare hukukunda mevzuatça belirtilen bir süre içinde idarenin suskunluğu zımni red kararı olarak kabul edilmektedir.”⁷³⁰ Bu maddede şikayete cevap süresi olan on gün içerisinde idare tarafından bir karar alınmaması durumunda, bu karara karşı on günlük sürenin bitiminden itibaren, yine genel itirazın şikayet süresi olan on gün içinde itirazın şikayet başvurusunda

gereğince, ihalenin tek sözleşmeye ilişkin iş deneyim tutarı daha fazla olan Tanış Ltd.Şti.’nin üzerinde bırakıldığı anlaşıldığından bu aykırılığın ihalenin esasına etkili bir nitelik taşımadığı sonucuna varılmıştır.”

⁷²⁵ İşin esasına ilişkin olup olmadığı konusunda kimi zaman kamu düzeni kriteri, kimi zaman ise yönetilenlerin lehine bir hükmün ihlal edilmesi kriteri kullanılmaktadır. Genel olarak bu noktada, eksikliğin işin sonucunu etkileyip etkilemediği hususuna bakılmaktadır. Esasa etkili olmayan eksiklikler ise iptal sebebi olmamaktadır. Gözübüyük, (Yargı), s.220.

⁷²⁶ “İdari işlemin gerekçesi işlem metninde ya da ilgililerin isteği üzerine sonradan bildirimle verilebilir.” Oğurlu, Yücel, **İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2001. s.234. (Yaptırım)

⁷²⁷ Işık, s.61; İdarenin karar almak zorunda olmadığı ancak karar almasının şikayet müessesesinin ruhuna uygun olacağı da ileri sürülmektedir. Gök, (Sorular), s.1179.

⁷²⁸ UZ, s. 404.

⁷²⁹ Kanunda açıkça “zımni red” kavramı kullanılmamış olmakla birlikte Kamu İhale Kurulunun 31.12.2008 tarih ve 2008/DK.D-160 sayılı düzenleyici kararıyla kabul edilen İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönerge’nin 4’üncü maddesinin 10’uncu fıkrasında bu kavrama yer verilmiştir: “Kurum tarafından ön inceleme aşamasında başvurunun, idarenin **zımni reddi** üzerine süresi içinde yapılmadığının anlaşılması halinde, idare tarafından on gün içinde bir karar alınmış olmakla birlikte kararın on günlük sürenin bitiminden sonra bildirilmiş olması ihtimaline binaen, şikayet üzerine idare tarafından herhangi bir karar alınıp alınmadığı, alındıysa bu kararın şikayetçiye bildirilip bildirilmediği hususunda gerekli görülen bilgi ve belge idareden istenir ve bu bilgiye göre başvurunun süresinde yapıp yapılmadığı tespit edilir.”

⁷³⁰ Atay, (İdare Hukuku), s.447.

bulunulabileceği hususu düzenlenmiştir⁷³¹. Belirtilen hükümden anlaşılacağı üzere idari makamların ihalelere yönelik şikayet başvurusu üzerine şikayete cevap hususunda sükut etmesi, “*başvurunun reddi*” cevabı olarak kabul edilecektir⁷³². Bunun da ötesinde idarenin şikayete cevap süresi henüz dolmadan sözleşme imzalanması durumunda, söz konusu sözleşmeyi imzalama işleminin zımni olarak şikayet başvurusunun reddi anlamına geleceği ileri sürülmektedir⁷³³. Bu durumu, şikayet müessesesini işlemez hale getirecek şekilde başvuru sahibi aleyhine yorumlamamak yani itirazın şikayet başvuru süresini sözleşmenin imzalandığı tarihten başlatmamak gerektiği kanaatindeyiz. Zira mevzuatta açıkça itirazın şikayet süresinin beklenilmesi gerektiği yazmaktadır ve bunun aksi yöndeki uygulama idari başvuru sisteminin işlevini zedeleyebilecektir.

İdarenin şikayete cevap süresi içerisinde sükut etmesinin başvurunun reddi olarak kabul edilmesi, yani zımni ret uygulamasının bir benzeri İYUK’ta da yer almaktadır⁷³⁴. Bu Kanununun 10 uncu maddesi idari başvuru üzerine “*İdari Makamların Sükutu*” hususunu düzenlemektedir. Belirtilen madde çerçevesinde idare altmış gün içerisinde cevap vermez ise bu durum idarenin olumsuz cevap verdiği şeklinde kabul edilerek bu karara karşı dava açma yoluna gidilebilecektir⁷³⁵. Zımni reddin dava konusu olabilmesi Anayasa Mahkemesi tarafından, yürütülebilir bir hukuki sonuca yönelen talep karşısında susma şartına bağlanmıştır⁷³⁶.

⁷³¹4734 Sayılı Kanun m. 55/4.

⁷³²Kamu İhale Kurulunun 23.01.2012 tarih ve 2012/UH.II-508 sayılı kararından: “*İdarece başvuru sahibinin dilekçesine 10 gün içinde cevap verilmediğinin anlaşıldığı, bu itibarla başvuru sahibi tarafından zımni red süresinin bittiği 05.12.2011 tarihinden itibaren 10 gün içinde Kamu İhale Kurumuna itirazın şikâyet başvurusunda bulunulması gerekirken bu süre geçtikten sonra 30.12.2011 tarihinde başvuruda bulunulduğu tespit edilmiştir. Bu itibarla, 4734 sayılı Kanununun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince başvuru sahibinin, tekliflerinin aşırı düşük olmadığı yönündeki şikâyet başvurusunun, her durumda, süre yönünden reddi gerekmektedir.*”

⁷³³Küçük. s.141.

⁷³⁴2577 Sayılı Kanun m.10.

⁷³⁵Erkel, Zülal “Yönetmelik Yargıda Yeni Düzenlemeler”, **Ankara Barosu Dergisi**, 1984/6, s.920.

⁷³⁶Anayasa Mahkemesinin 11.08.2004 tarih ve 25550 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 15.04.2004 tarih E:2004/26 K:2004/51 sayılı kararından: “*2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu, öğretide “zımni red” olarak nitelenen bir idari davranış biçiminin de idari işlem sayılacağını öngörmektedir. Anılan kanunun “İdari Makamların Sükûtu” başlıklı 10 uncu maddesinin ikinci fıkrasına göre, ilgililerin, haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem yapılması için idari makamlara başvurusu ve bu makamların altmış gün içinde sözkonusu talepler konusunda bir cevap vermemeleri durumunda, istek reddedilmiş sayılacaktır. Diğer bir deyişle, idarenin altmış günlük bekleme süresi sonunda hâlâ suskun kalması, talebi red doğrultusunda bir işlem tesis etmiş şeklinde kabul*

2577 sayılı Kanunun “İdari Makamların Sükutu” hususunu düzenleyen 10 uncu maddesi hükmünce, idarenin verdiği cevabın kesin olmaması durumunda başvuru sahibinin seçimlik hakkı bulunmaktadır. Bu durumda başvuru sahibi idarenin sükutunu başvurunun reddi sayarak bu zımni red kararına karşı dava yoluna gidebilecek ya da kesin cevabı bekleyebilecektir. Bu çerçevede başvuru tarihinden itibaren altı ay süre ile başvuru sahibi kesin cevabı bekleyebilecek ve bu süre içerisinde dava açma süresi işlemeyecektir⁷³⁷. 2577 sayılı Kanun ile başvuru sahiplerine kesin olmayan cevaplar ile ilgili tanınan bu hak 4734 sayılı Kanun ile şikayet başvurusu sahiplerine tanınmamıştır. Şikayete cevap süresi içerisinde idarenin cevap vermesi halinde cevabın kesin olup olmadığı ayrımı yapılmaksızın itirazın şikayet başvuru süresi olan on günlük süre başlamaktadır. Kesin cevabın beklenmesi gibi bir süre 4734 sayılı Kanunda şikayet sahiplerine tanınmamıştır⁷³⁸. Verilen cevaptan kesin olsun olmasın, memnun olmayan şikayet sahibi gerçek veya tüzel kişiler, verilen cevabın tebliğinden itibaren on gün içinde itirazın şikayet başvuru haklarını kullanabileceklerdir. Bu süre uygulamada idarenin verdiği cevabın niteliği ile yani kesin olup olmaması ile uzamamakta ya da durmamaktadır.

Yine 2577 sayılı Kanun başvuru sahiplerine, altmış günlük sürenin sona ermesinden sonra verilen kararlara karşı dava hakkının kullanılması için var olan altmış günlük sürenin, idareye cevap için verilen süreden sonra verilen cevap ile

edilecektir. Bu durumda, ilgililer, müteakip altmış gün içinde idari yargı yerlerinde iptal davası açacaklardır. Kuşkusuz ki, bu maddede temas edilen “zımni red” işleminin varlığından söz edilebilmesi için, iptal davasına konu yapılabilecek, kesin ve yürütülmesi gereken bir talebin de bulunması, yani “zımni red” sayılabilecek işlemin oluşumu için, yapılacak başvuruların bu sonucu doğurabilecek özellikleri taşıması gerekir. İnceleme konusunda olduğu gibi, salt kendisi hakkında evvelce idarece tesis edilen bir idari işlemin gerekçesini öğrenme istemini içeren bir yazılı başvurunun, idari davaya konu yapılabilecek, kesin ve yürütülmesi gereken bir idari işlem olarak kabulü mümkün değildir. Söz konusu başvurunun, 2577 sayılı Kanun’un 11 inci maddesi kapsamında idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması için üst makama ya da işlemi yapmış olan makama yapılmış bir başvuru niteliğinde olmaması nedeniyle; idarece altmış gün içinde cevap verilmemesi sonucu, iptal davasına konu bir “zımni red” işleminin oluştuğundan söz edilemez.

Belirtilen nedenlerle idari yargı yerince, idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi gereken bir idari işlemin bulunmadığı gerekçesiyle açılan davanın reddi gerekeceğinden, itiraza konu yasa kurallarının davada uygulanacak kurallar olduğu kabul edilemez; itiraz başvurusunun, başvuran mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddi gerekir.”

⁷³⁷2577 Sayılı Kanun m.10/2.

⁷³⁸Bastık, s.118.

başlamasına ilişkin bir imkan getirmiştir. Başvuru sahibi gerçek ya da tüzel kişiler idarenin verdiği geç cevaptan itibaren altmış günlük genel dava açma süresi içerisinde dava hakkını kullanabileceklerdir⁷³⁹. Bu imkan yine 4734 sayılı Kanun ile şikayet başvuru sahiplerine tanınmamıştır⁷⁴⁰. Kanunda açıkça şikayete cevap için verilen sürede idarenin sükutu halinde KİK'e itirazen şikayet başvurusu yapıp yapılmadığının idare tarafından kontrol edilmesi gerektiği, eğer herhangi bir itirazen şikayet başvurusu söz konusu değil ise idarenin sözleşmeyi imzalayabileceği hüküm altına alınmıştır. Usulüne uygun sözleşme imzalandıktan sonra şikayet ya da itirazen şikayet başvurusunda bulunulması mümkün olmadığından, idarenin geç cevap işlemi sonrası itirazen şikayet süresinin uzadığından bahsetmek de mümkün olmayacaktır. İdareye yapılan ilk başvuruya cevap verilmemesi halinde yapılacak ikinci başvuruya cevap verilmesi durumunda, ikinci başvuru ilk başvuru sonucu başlamış olan itirazen şikayet süresini yeniden başlatmamakta, ilk başvurudan itibaren cevap verilmeden geçirilen on günlük itirazen şikayet başvuru süresi işlemektedir. Bu durumda ikinci başvuru sonucu yeni bir başvuru süresi elde edilememektedir⁷⁴¹.

1.2.5.5. Ara Karar

İdarenin yapılan şikayet başvurusu üzerine iptal, düzeltici işlem ya da başvurunun reddi şeklinde karar alabileceği hususu yukarıda belirtilmiş olmakla birlikte idarenin cevap süresi içerisinde olan ancak ara karar niteliği taşıyan kararlar aldıkları da görülmektedir. Bu kararlar sonucu başvuru sahibinin asıl kararı beklemesi gerekip gerekmediği tartışma konusu olmaktadır. Bazı şikayet başvuruları,

⁷³⁹2577 Sayılı Kanun m.10/2.

⁷⁴⁰Kamu İhale Kurulunun 07.09.2009 tarih ve 2009/UM.I-2261 sayılı kararından: "4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 55 inci maddesinde; idareye şikayet süresinin ihale süreci içerisinde şikayete konu işlem veya işlemlerin farkına varıldığı veya farkına varılmış olması gerektiği tarihi izleyen günden itibaren onbeş gün olduğu, idarenin şikâyetin verilmesini izleyen otuz gün içinde gerekçeli bir karar alması gerektiği, belirtilen süre içinde bir karar alınmaması veya süresinde alınan kararın uygun bulunmaması durumunda karar verme süresinin bitimini veya kararın bildirimini izleyen onbeş gün içinde Kuruma itirazen şikayet başvurusunda bulunulması gerektiği hüküm altına alınmıştır.

Yapılan inceleme sonucunda, başvuru sahibinin 20.02.2008 tarihinde şikayet başvurusunda bulunduğu, idarenin 27.03.2008 tarihinde 30 günlük cevap süresi geçirildikten sonra şikayete cevap verdiği, zımnî red hükmündeki karara ilişkin başvuru sahibinin 20.03.2008 tarihinden itibaren 15 gün içerisinde Kuruma başvurması gerekirken bu süreyi geçirdikten sonra 02.06.2008 tarihinde Ankara 6. İdare Mahkemesinde dava açtığı anlaşılmıştır."

⁷⁴¹Küçük, s.142.

idarenin diğer kurumlarla yazışmasını gerektirmekte ve şikayete cevap için idareye tanınan on günlük süre, cevabın hazırlanması açısından yeterli olamamaktadır. İdareler bu durumda ilgililerin başvurularını ara cevapla geçiştirmek durumunda kalmaktadırlar. Başvuru sahipleri ise gelen cevabın ara cevap olduğunu değerlendirip, itirazın şikayet hakkının kullanılması için asıl cevabı beklemektedirler. Bu durumda ise KİK'e itirazın şikayet başvuru süresi dolmakta ve dolayısıyla itirazın şikayet ve dava hakkı fiilen kullanılamaz hale gelmektedir⁷⁴². Zira Kurul, idarelerin ancak mevzuatta belirtilen üç cevaptan birini kullanabileceklerini, bu üç cevap dışında verilen kararların cevap niteliği taşımadığını, bu nedenle on günlük süre içerisinde mevzuatta belirtilen şekilde üç cevaptan birisi verilmez ise on günlük sürenin bitiminde zımni olarak şikayet başvurusunun reddedilmiş sayılarak itirazın şikayet başvuru süresinin başladığını kabul etmektedir⁷⁴³. Bu şartlar altında fiili olarak bu ara kararlar ret cevabı işlevi görmektedirler. İdarenin geçici nitelikteki ara kararına itibar ederek asıl kararı bekleyen ve bir bakıma idari işleme ve idareye itibar eden başvuru sahipleri, mağdur duruma düşerek itirazın şikayet ve dolayısıyla dava haklarını kaybetmektedirler⁷⁴⁴.

⁷⁴²İdarenin sonradan cevap vermesi itirazın şikayet başvuru süresini ihya etmemektedir. Bastık, s.118.

⁷⁴³Kamu İhale Kurulunun 24.03.2011 tarih ve 2011/UH.II-1096 sayılı kararından: "...şikayet konularının değerlendirilmesi sonucu iddiaların incelenmesi için ilgili vergi dairesinden gerekli bilgi edinilmek üzere ihale değerlendirilme aşamasından başlamak üzere değerlendirilme yapılmasına karar verilmiştir." ifadelerini içeren bir ara karar alındığı, alınan kararın 02.03.2011 tarihli cevap yazısı ile şikayetçiye gönderildiği, şikayetçinin 07.03.2011 tarihli itirazın şikayet başvurusunun 10.03.2011 tarihinde Kurum kayıtlarına alındığı görülmüştür. Kamu İhale Kanunu ve İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin yukarıda zikredilen hükümleri uyarınca, şikayet başvurusu üzerine idarenin karar alma süresi on gün olup, alınacak karar türleri de "ihalenin iptali", "düzeltici işlem" ve "başvurunun reddi" olmak üzere üç karardan ibarettir. On günlük karar alma süresinde alınacak olan; "değerlendirmenin vergi dairesinden gerekli bilgilerin edinilmesinden sonra yapılacağı" yönündeki karar, ihale mevzuatında tanımlanmış bir karar türü olmayıp, karar alma süresinde şikayet başvurusunu esastan sonuçlandıran başka bir karar alınmaması durumunda, süresi içinde bir karar alınmaması durumu ortaya çıkmakta ve başvuru sahibi tarafından on günlük karar verme süresinin bitimini izleyen on gün içinde Kuruma itirazın şikayet başvurusunda bulunulması gerekmektedir."

⁷⁴⁴Benzer bir durum imara ilişkin idari başvurularda yaşanmakta ve ilgililer hak kaybına uğramaktadırlar. Bu durum, ara karardan itibaren dava hakkının başladığının kabul edilmesinin hakkaniyete daha uygun düştüğü gerekçesiyle eleştirilmektedir. Yıldırım, (İdari Yargı), s. 418-421.

1.3. Şikayet Üzerine Karar Alma Zorunluluğu

İdarelerin şikayet üzerine herhangi bir karar alma zorunluluğunda olup olmadıkları konusu tartışmalıdır⁷⁴⁵. Oysa ki idari yargıda, dava açılmasının hukuki sonucu yargının bir karar verme zorunluluğu altına girmesidir⁷⁴⁶. Benzer zorunluluk itirazın şikayet başvurularında KİK için de söz konusudur.

Kurul, idareye zımni ret imkanının tanınmış olmasını, idarenin şikayet başvurusu üzerine karar almak zorunda olmadığı şeklinde değerlendirmektedir⁷⁴⁷. Kurulun bu görüşüne katılmak mümkün değildir. Zira zımni red müessesesi, şikayet başvurusu yapmış olan kişilerin, itirazın şikayet ve dava haklarının, idarece şikayete cevap verilmeyerek sürüncemeye bırakılmasını önlemeye yönelik olarak var edilmiştir. Her müessese kuruluş amacına uygun olarak ve bu amaçla bağdaşacak şekilde yorumlanmalıdır. Başvuru sahiplerinin haklarının korunması amacıyla kurulmuş zımni red müessesini, başvuru sahiplerinin aleyhine olacak şekilde yorumlamak ve bu yapının varlığını idarenin şikayete cevap ödevini ortadan kaldırır mahiyette değerlendirmek, bu müessesenin varlık amacı ile bağdaşmamaktadır. Ayrıca Kanunda idarenin şikayete cevap verme hususunu düzenleyen 54 üncü maddesi, idareye cevap verip vermeme konusunda takdir hakkı tanımamaktadır⁷⁴⁸. Maddede yer alan “Başvurular üzerine ihaleyi yapan idare veya Kurum tarafından gerekçeli olarak;

a) İhale sürecinin devam etmesine engel oluşturacak ve düzeltici işleme gidilemeyecek hukuka aykırılığın tespit edilmesi halinde ihalenin iptaline,

⁷⁴⁵ Korkmaz, s.12; Canbazoglu, s.135.

⁷⁴⁶ Gözübüyük, (Yargı), s.449.

⁷⁴⁷ Kamu İhale Kurulunun 16.01.2012 tarih ve 2012/UH.I-329 sayılı kararı: “Kaldı ki idarece şikâyet üzerine süresinde bir karar alınmaması halinde dahi isteklilerin bu sürenin bitiminden itibaren 10 gün içerisinde Kuruma itirazın şikâyet başvurusunda bulunması ile ilgili düzenlemeye de yer verilmiş olup bu haliyle idarenin şikâyete cevap verme zorunluluğu da bulunmamaktadır. Bu nedenle başvuru sahibinin bu konudaki iddiası yerinde bulunmamıştır.”

⁷⁴⁸ Korkmaz, s.12; Canbazoglu, s.135.

b) İdare tarafından düzeltme yapılması yoluyla giderilebilecek ve ihale sürecinin kesintiye uğratılmasına gerek bulunmayan durumlarda, düzeltici işlem belirlenmesine,

c) Başvurunun süre, usul ve şekil kurallarına uygun olmaması, usulüne uygun olarak sözleşme imzalanmış olması veya şikayete konu işlemlerde hukuka aykırılığın tespit edilememesi veya itirazın şikayet başvurusuna konu hususun Kurumun görev alanında bulunmaması hallerinde başvurunun reddine, karar verilir.” ifadesinde yer alan “karar verilir” ibaresi, idareye takdir hakkı tanımayan, tersine görev yükleyen mahiyette kaleme alınmıştır.

Netice itibariyle ihale mevzuatında, şikayet başvurusu sahiplerinin, itirazın şikayet ve dava haklarını korumak, idarenin bu hakların kullanılmasını sürünceye bırakmasını önlemek amacı ile yer verilen zımni ret müessesesini, idareye Kanunda emredici ifadelerle yüklenen şikayete cevap verme görevini ortadan kaldırır şeklinde değerlendirmek, şikayet müessesesinin var oluş amacı ile bağdaşmadığı kanaatindeyiz. Bu nedenle idarelerin şikayete cevap vermeleri Kanundan kaynaklanan bir zorunluluk olup, idarelerin cevap vermeme konusunda bir takdir hakları bulunmamaktadır. Zımni red müessesesi ise, idarelerin kendilerine verilen şikayete cevap ödevini yerine getirmemeleri halinde, başvuru sahiplerinin itirazın şikayet ve dava haklarını korumak amacı ile konulmuş bulunmaktadır⁷⁴⁹.

1.4. Şikayet Üzerine Alınacak Kararının Şekli ve İçeriği

Gerek mevzuat ve gerekse KİK, idarelerin şikayet üzerine verecekleri kararların belli formda olmasını öngörmüş, kararda olması gereken zorunlu unsurlara yer vermiştir⁷⁵⁰.

⁷⁴⁹İdarenin şikayeti cevaplama yetkisinin bulunduğu, yapılacak itirazın şikayet başvuru sonucunda KİK tarafından alınacak kararda idarenin de cevabının bulunmasının sağlıklı bir itirazın şikayet incelemesi için gerekli olduğu görüşü de ileri sürülmektedir. Gök, (Sorular), s.1178.

⁷⁵⁰Bastık. s.127.

1.4.1. Kararın Yazılı Olması Gerekliliği

İdarelerin kendilerine yapılan idari başvuruları yazılı olarak cevaplama yükümlülüğü bulunmaktadır⁷⁵¹. İhalelere yönelik şikayet başvuruları da bir nevi idareye yapılan başvuru oldukları gerekçesiyle, bu başvurulara karşı verilecek cevapların da yazılı olması Anayasal bir zorunluluk olmaktadır⁷⁵². Zira şikayet başvurusuna verilecek cevap da idari bir işlemdir⁷⁵³ ve bu işlemlere karşı başvuru için süre yazılı bildirim tarihinden itibaren başlamaktadır.

1.4.2 Kararın Standart Formlara Uygun Olma Zorunluluğu

Kamu ihalelerine yönelik yapılacak şikayet başvuruları sonucu, idarelerin alacakları kararların belli bir standartta olması amacı ile KİK “*standart form*” hazırlamıştır. “*İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Tebliğ*” ekinde yer verilen ve “*Şikâyet Başvurusu Üzerine İdare Tarafından Alınacak Karar Örneği*” adı verilen bu formun, idareler için bağlayıcı olup olmadığı konusunda mevzuatta herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte gerek uygulamadan, gerek belgenin adında yer alan “*örnek*” ifadesinden ve gerekse zorunlu şekil şartı olarak hazırlanan standart formların şekline uyulması hususunun mevzuatta açıkça yer alması⁷⁵⁴

⁷⁵¹Yıldırım, (İdari Yargı), s. 408.

⁷⁵²Anayasa m. 74/2.

⁷⁵³Canbazoğlu, s.137.

⁷⁵⁴Kamu İhale Kurulunun 23.08.2010 tarih ve 2010/UY.I-2518 sayılı kararından: “*Kamu İhale Genel Tebliğinin “Ortaklık durum belgesi” başlıklı 11 inci maddesinde; “11.1. İhaleye katılan tüzel kişinin, ilgili İhale Uygulama Yönetmeliğine göre ortağına ait iş deneyimini gösteren belgeyi sunması halinde, bu belgeyle birlikte ortaklık durum belgesinin de başvuru veya teklif kapsamında sunulması zorunludur.*

11.2. Ortaklık durum belgesinin kimin tarafından düzenleneceği ve hangi durumlarda aday veya isteklilerce sunulmasının zorunlu olduğu hususlarına İhale Uygulama Yönetmeliklerinin “İş deneyimini gösteren belgeler” başlıklı maddesinde yer verilmiştir. Sunulacak belgenin İhale Uygulama Yönetmeliklerinin ekinde yer alan ilgili standart forma uygun şekilde ve ihalenin ilk ilan veya ihaleye davet tarihinden sonra YMM, SMMM ya da ticaret ve sanayi odası/ticaret odası bünyesinde bulunan ticaret sicil memurlukları tarafından düzenlenmiş olması zorunludur.” açıklaması yer almaktadır.

Yukarıda yapılan tespitler doğrultusunda, 14.06.2010 tarihinde ilan edilen başvuruya konu ihalede, 22.07.2009 tarihinde kurulan pilot ortak Yaman İnş. Doğalgaz Tur. Pro. San. Tic. Ltd. Şti.’nin iş deneyimini, şirketin % 51 hissesine sahip ortağı Emin Eftal Kemik adına düzenlenen iş denetleme belgesi ile tevsik etmesinin mümkün bulunmadığı sonucuna varılmıştır. Bu nedenle, Yaman

durumunun mefhumu muhalifinden; bu standart formların idarelerce kullanılmasının zorunlu olmadığı, söz konusu formun idarelere yardımcı olmak ve yol göstermek amacı ile hazırlandığı ve bu şekilde uymayan idare kararlarının şekil yönünden sakat olmayacağı sonucuna varılmaktadır⁷⁵⁵.

1.4.3. Kararın Gerekçeli Olması Zorunluluğu

İdarenin şikâyet başvurusu üzerine vereceği kararlar gerekçeli olmak durumundadır⁷⁵⁶. İdari işlemin gerekçeli olması yönetilenler için kontrol, açıklık kazandırma, ikna ve tatmin ile hukuki yardım işlevleri görmektedir⁷⁵⁷. İhalenin iptali kararı verilmiş ise, neden düzeltici işlem yoluna gidilmediği ve iptal yolunun seçildiği, düzeltici işlem yolunda karar verilmiş ise, şikâyetin hangi gerekçelerle uygun görüldüğü ve mevcut hukuka aykırılığın ne olduğu, başvurunun reddi yoluna gidilmiş ise bunun usul ve şekilden mi yoksa esastan mı olduğu ve hangi gerekçelere dayandığı şikâyete cevap kararında belirtilmelidir⁷⁵⁸.

Kanun şikâyet üzerine alınacak kararın gerekçeli olması gerektiğini belirtmekle birlikte, şikâyetçiye bu gerekçenin bildirilme zorunluluğundan bahsetmemektedir.

İnş. Doğalgaz Tur. Pro. San. Tic. Ltd. Şti.-Dinçer Sönmez iş ortaklığının teklifinin değerlendirme dışı bırakılması gerekmektedir.”

⁷⁵⁵Kamu İhale Kurulunun 16.01.2012 tarih ve 2012/UH.I-329 sayılı kararından: “Buna göre idarece şikâyet üzerine alınacak **kararın belli bir şekle bağlanmadığı** anlaşılmaktadır. Anılan tebliğin ekinde yer alan şikâyet dilekçe örnekleri ile idarenin şikâyet üzerine alacağı **karar formatları örnek olarak tebliğ ekine konulmuş olup**, başvuru sahibinin idareye şikâyeti üzerine de idarece bir karar alındığı anlaşılmıştır. Kaldı ki idarece şikâyet üzerine süresinde bir karar alınmaması halinde dahi isteklilerin bu sürenin bitiminden itibaren 10 gün içerisinde Kuruma itirazın şikâyet başvurusunda bulunması ile ilgili düzenlemeye de yer verilmiş olup **bu haliyle idarenin şikâyete cevap verme zorunluluğu da bulunmamaktadır**. Bu nedenle başvuru sahibinin bu konudaki iddiası yerinde bulunmamıştır.”

⁷⁵⁶İdarenin takdir hakkının mevcut olduğu hallerde dahi düzenli yönetimde idare kararlarını gerekçeli olarak almalıdır. Gözübüyük, (Yargı), s.225.

⁷⁵⁷Akyılmaz, (İdari Usul), s.203-205.

⁷⁵⁸Kamu İhale Kurulunun 16.01.2012 tarih ve 2012/UH.I-329 sayılı kararından: “Anılan Kanun’un 39 ve 40 uncu maddelerinde açıkça iptal kararının gerekçeli olacağı belirtilmemekle beraber idari işlemin gerekçeli olması prensibi çerçevesinde ihalenin iptal kararları da bir idari işlem olduğundan gerekçeli olmak durumundadır. Ayrıca Kanun’un 39 uncu maddesinde yer alan “...idare isteklilerin talepte bulunması halinde, ihalenin iptal edilme gerekçelerini talep eden isteklilere bildirir.” ifadesi ile 40 uncu maddesinde yer alan; “...İhale yetkilisi, karar tarihini izleyen en geç beş iş günü içinde ihale kararını onaylar veya gerekçesini açıkça belirtmek suretiyle iptal eder...” ifadesinden ihalenin iptal kararlarının gerekçeli olması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.”

Bununla birlikte şikayete cevap kararının gerekçeli olmasının belirtilip söz konusu gerekçenin tebliğ edilmesi gerekliliğinden bahsedilmemesi, bu kararın gerekçesiyle birlikte tebliğ edilmesine gerek olmadığı şeklinde yorumlanmamalıdır. Gerek şikayet yolunun amacına uygun kullanılmasını temin etmek ve gerekse itirazın şikayet ile hak arama özgürlüğünün sağlıklı bir şekilde kullanılmasını temin amacıyla, şikayet üzerine alınan kararın gerekçesinin ilgililere tebliğ edilmesi gerektiği kanaatindeyiz⁷⁵⁹.

Kararın gerekçeli olması zorunluluğunda yer alan “gerekçe” kavramından, salt Kanuni dayanak anlamı çıkarılmamalıdır. 4734 sayılı Kanun çeşitli hallerde ihale yetkilisine ihaleyi iptal konusunda takdir hakkı tanımaktadır. İdarelerin şikayet üzerine verecekleri kararlarda gerekçe olarak kendilerine bu yetkiyi veren maddeyi göstermeleri, kararın gerekçeli olması şartını sağlamaya yeterli olmamaktadır. Gerekçe ile kastedilen, somut olayda ortaya çıkan durumun, ihalenin iptali işlemi ile sağladığı uyumun ortaya konmasından başka bir şey değildir⁷⁶⁰.

Kurul şikayetin gerekçeli olması ilkesini esaslı bir unsur olarak görmemektedir. İdarenin salt şikayeti reddettiğini belirtmesini, şikayetin gerekçeli olma şartına aykırı olarak değerlendirmemekte ve şikayete cevabı hukuka uygun addetmektedir⁷⁶¹. Kurul şikayete cevabın gerekçeli olmasından ziyade, idarenin şikayete konu olan işleminin gerekçeli olmasını aramaktadır⁷⁶².

⁷⁵⁹ İdari işlemin gerekçeli olması, idareyi işlem yapmaya iten nedenlerin ilgili işlem metninde gösterilmesi olarak ifade edilmektedir. Akıllıoğlu, Tekin “Yönetmelik İşlemlerde Gerekçe İlkesi”, **Amme İdaresi Dergisi**, 1982, C. 15, S. 2, s.7. (Gerekçe İlkesi)

⁷⁶⁰ İdare genellikle işlemi yapmak için sahip olduğu yetkinin dayanağını göstermektedir. Bu ise gerekçenin gösterilmesi için yeterli değildir. Zira işlemin dayanağı olan somut nedenin gösterilmesi gereklidir. Gözübüyük, (Yargı), s.226.

⁷⁶¹ Kamu İhale Kurulunun 19.03.2007 tarih ve 2007/UH.Z-991 sayılı kararından: “İdarenin şikayet başvurusuna ilişkin olarak “ 01.11.2006 tarihinde yapmış olduğu ihale ile ilgili olarak göndermiş olduğunuz ilgede kayıtlı yazınız, ilgili mevzuata uygun şekilde incelenmiş ve talebinizin reddine karar verilmiştir.” şeklindeki gerekçeyle vermiş olduğu cevabın mevzuata herhangi bir aykırılığı olmadığı anlaşıldığından başvuru sahibinin iddiası yerinde görülmemiştir.”

⁷⁶² Kamu İhale Kurulunun 03.07.2006 tarih ve 2006/UH.Z-1578 sayılı kararından: “Tüm bu açıklamalar sonucunda, idarenin iş kalemleri, çalışılacak saat hesabı, yaklaşık maliyet hesaplaması yönünden ihtiyaçlarına ve Kanuna uygun şekilde tespit yapmadığı, asgari teklif edilmesi gereken teklif tutarını belirlemeden, aşırı düşük sorgulaması yapmadan subjektif bir kararla, gerekçesiz olarak şikayetçiyi değerlendirme dışı bıraktığı, Kaldı ki, idarenin asgari teklif edilmesi gereken tutarı belirlemeksizin şikayetçiyi değerlendirme dışı bıraktığı tespit edilmiştir.”

İhalenin şikayet üzerine veya diğer sebeplerle iptali halinde, iptal gerekçesinin ilgililere bildirilmesi gerekmektedir. Kurul bu bildirim işlemi de esasa müessir bir işlem olarak görmemektedir. Şayet şikayet sahibi iptal gerekçesini başka yollarla öğrenmişse, Kurul, gerekçe bildirilmeme işlemi hukuka aykırı olarak görse de, ilgilinin zaten gerekçeyi başka yollardan öğrenmesi sebebiyle, gerekçenin bildirilmemesini esasa etkili bir şekil aykırılığı olarak değerlendirmemektedir⁷⁶³.

5812 sayılı Kanunla kaldırılmaya kadar, idareler ihale işlemlerine devam edebilmek için ivedilik ve kamu yararı sebebiyle ihale işlemlerine devam kararı alabiliyorlardı. Bu kararın gerekçesinde somut ivedi durumların ne olduğunun belirtilmesi zorunluluğu bulunmaktaydı ve somut gerekçe şartının söz konusu kararda yer almaması bu kararların kaldırılması sonucunu doğurmaktaydı⁷⁶⁴. Zira bu karar ile telafisi imkansız durumlar oluşabilmekte, idare sözleşme imzalayabilmekte ve ilgililerin şikayet ve itirazın şikayet ehliyetleri son bulabilmekteydi⁷⁶⁵. Ayrıca bu

⁷⁶³ Kamu İhale Kurulunun 06.02.2012 tarih ve 2012/UY.II-849 sayılı kararından: “Öte yandan, isteklilere tebliğ edilen ihalenin iptaline ilişkin kararda herhangi bir gerekçeye yer verilmemiş olmasının, anılan Kanunun 41 inci maddesinin ikinci fıkrasındaki, “İhale kararının ihale yetkilisi tarafından iptal edilmesi durumunda da isteklilere gerekçeleri belirtilmek suretiyle bildirim yapılır.” hükmüne aykırı olduğu değerlendirilmekte ise de, itirazın şikâyet dilekçesinde ihale konusu için 2012 yılında da devam edeceğinin idare tarafından bilindiği iddiasına yer verilmiş olması da dikkate alındığında, karar gerekçesinin başvuru sahibi tarafından bilindiği, bahse konu aykırılığın işin esasına etkili olmadığı sonucuna varılmıştır.”

⁷⁶⁴ Kamu İhale Kurulunun 07.01.2008 tarih ve 2008/AK.H-59.1 sayılı kararından: “İncelenen ihalede; şikayet sunulduktan sonra şikayet üzerine alınan kararla birlikte “01.01.2008 tarihinde hizmet başlayacağından dolayı ivedilik kararı alınmıştır.” şeklinde gerekçesiz olarak ihale işlemlerine devam edilmesi yönünde karar alındığı ve bunun başvuru sahibi firmaya tebliğ edildiği tespit edilmiştir.

Şikayet başvurusu yapılan ancak idarece ivedi olarak sonuçlandırılması gereken ihalelerde, idarece şikayeti esastan sonuçlandırılan kararla birlikte ivedilik ve kamu yararı bulunması nedeniyle ihale işlemlerine devam edilmesi ve sözleşmenin imzalanması kararının birlikte alınmasına imkan tanımakla birlikte idarelerce ihale konusu işte ivedilik ve kamu yararı bulunduğu hususlarının maddi olayda nasıl gerçekleştiğinin gerekçeleriyle belirtilmesi gerekmektedir.

İncelenen ihalede, ihale yetkilisince alınan ivedilik ve kamu yararı bulunması nedeniyle ihale işlemlerine devam edilmesi ve sözleşmenin imzalanmasına dair kararda, 4734 sayılı Kanunun 55 inci maddesinin 5 inci fıkrasında yer alan koşulların oluşmadığı anlaşıldığından, İhalelere Yönelik Yapılacak Başvurular Hakkında Yönetmeliğin 19 uncu maddesinin (b) bendi uyarınca ihale işlemlerine devam edilmesi ve sözleşmenin imzalanması kararının kaldırılması ve sürece ilişkin karar alınması gerekmektedir.”

⁷⁶⁵ Küçük, s.148; Açıkgoz, s.149.

kararın ilgililere usulüne uygun bildirilmemesi de kararın iptali sebebi olarak görülmekteydi⁷⁶⁶.

1.4.4. Kararda Bulunması Gereken Diğer Hususlar

Şikayete cevap yazısında öncelikle ihalenin adı ve ihale kayıt numarasına yer verilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte başvuru sahibinin adı ve ünvanı ile adresi de yazının içinde bulunmalıdır. Ayrıca cevap yazısında idarenin şikayet başvurusunu kayıtlarına aldığı tarih ve şikayet ile ilgili alınmış diğer kararlara da yer verilir. Şikayetçinin iddiaları, bu iddiaların dayanakları, yapılan değerlendirme ve varılan hukuki netice, şikayet sonucu alınan karar çerçevesinde eğer varsa yapılması gereken düzeltici işlemler ile karar verenin adı ve imzaları şikayete cevap kararında yer almalıdır⁷⁶⁷.

Şikayete cevap yazısında bulunması gereken en önemli husus ise karara karşı başvuru yolları ve başvuru süresidir. Yönetmelik idarenin şikayete cevap yazısında bu karara karşı kullanılacak başvuru yolları ve başvuru süresinin belirtilmesini kararda bulunması gereken bir zorunluk olarak göstermektedir⁷⁶⁸. Daha önce Yönetmelikte yer almayan bu düzenleme 2010 yılında yürürlüğe giren değişiklik ile uygulamaya konulmuştur⁷⁶⁹. Başvuru sahibi kişilerin idarenin işlemine karşı hangi

⁷⁶⁶Kamu İhale Kurulunun 01.05.2006 tarih ve 2006/UH.Z-1084 sayılı kararından: “İncelenen ihalede; idarece alınan ihale işlemlerine devam **kararının şikayetçiye gerekçeli olarak bildirilmediği tespit edilmiştir.**

Şikayet sunulduktan sonra, ihale konusu işin ivedi nitelikte olması ve şikayetin idarece karara bağlanması için zorunlu olarak geçecek sürede sözleşmenin imzalanmaması halinde telafisi zor veya imkansız zararların doğacak olmasının maddi olayda nasıl gerçekleştiğinin gerekçeleriyle belirtilmesi suretiyle, ihale yetkilisince ihale işlemlerine devam edilerek sözleşme imzalanmasına karar verilebilir.

Şikayete konu uyumsuzlukta, ihale yetkilisince ivedilik ve kamu yararı bulunması nedeniyle ihale işlemlerine devam edilmesi yönünde karar alınmış ise de, alınan bu kararın yukarıda açıklanan koşulları taşımadığı ve hukuki duruma uymadığı anlaşılmıştır.

*ihale sürecinin devamına yönelik olarak alınan kararın iptaline,
Oyçokluğu ile karar verildi.”*

⁷⁶⁷İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik m. 12/1.

⁷⁶⁸İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik m. 12/1(1).

⁷⁶⁹RG, 17 Temmuz 2010, 27644.

yolu kullanarak itiraz ve dava talebinde bulunabileceği idari kararın içerisinde yer almalıdır.

1.5. Şikayete Cevap Kararının Bildirimi

İdare şikayet üzerine gerekli incelemeyi yaptıktan sonra bir karara varır. Alınan kararın, alındığı tarihten itibaren üç gün içinde ilgililere tebligata çıkarılması gerekmektedir⁷⁷⁰. Bu noktada önemli bir husus şikayete cevap yazısının başvuru sahibi dışında diğer aday ve isteklilere de bildirilme zorunluluğu bulunmasıdır⁷⁷¹. Aday ve isteklilere bildirimde bulunulması her halükarda zorunlu olmakla birlikte, istekli olabileceklere ancak ihale ilanı ve ihale dokümanının hukuka aykırı olduğuna ilişkin hususlar konusunda diğer istekli olabileceklerin şikayetlerinin sonuçları ile ilgili bilgi verilecektir. İstekli olabileceklere ihale ve sonrası aşamalarla ilgili bilgi verilmemesinin nedeni, ihaleye katılmamış olan istekli olabileceklerin ihale aşamasından sonra gerçekleşen şikayet başvuruları ve bu başvurular sonucu alınan kararlarda hukuki menfaatinin etkilenme ihtimalinin bulunmayışıdır.

İhaleye yönelik şikayete ilişkin karar alındıktan sonraki üç gün içinde ilgililere gönderilmesi kuralında yer alan süre, Kurul tarafından esasa etkili olarak görülmemekte olup, disiplinler süre olarak değerlendirilmektedir. Bu sürenin kaçırılması halinde ilgililerin herhangi bir hak kaybının söz konusu olamayacağı, sürenin idarenin işlemlerini belli bir silsile içerisinde takip etmesini sağlamak ve idareyi disipline etmek amacıyla konulduğu Kurul tarafından kabul edilmektedir⁷⁷².

⁷⁷⁰4734 Sayılı Kanun m. 55/3.

⁷⁷¹Canbazoğlu, s.148-149.

⁷⁷²Kamu İhale Kurulunun 20.02.2012 tarih ve 2012/UH.II-992 sayılı kararından: “Şikâyet başvurusu üzerine 10 gün içinde alınan gerekçeli kararın karar tarihini izleyen 3 gün içinde bildirilmesi yönündeki süre sınırının hak düşürücü bir süre olmayıp disiplinler bir süre olduğu, idarece alınan kararların 3 gün yerine 4 gün içinde gönderilmesinin isteklilerin itirazın şikâyet hakkına engel olmadığı, nitekim somut olayda başvuru sahibinin itirazın şikâyet hakkını kullanabildiği anlaşılmış olup, söz konusu iddia bu yönüyle de yerinde bulunmamıştır.”

Yukarıda belirtildiği üzere şikayet üzerine alınan karar sadece şikayet sahibine değil içinde bulunulan ihale aşaması çerçevesinde diğer aday, istekli ve/veya istekli olabileceklere de bildirilmektedir⁷⁷³. Kurul, başvuru sahibi dışındaki diğer isteklilere yapılması gereken bu bildirim de disiplinler olduğunu ve söz konusu bildirim yapılmamasının herhangi bir hak kaybına yol açmayacağı gerekçesiyle esasa etkili olmadığını kabul etmektedir⁷⁷⁴.

1.6. Şikayet Başvurusunda Bulunmanın Hukuki Sonucu

İdari işlemlerin hukuka uygunluk karinesinin doğal sonucu, bu işlemlere karşı dava açılmasının yürütmeyi doğrudan durdurmaması⁷⁷⁵ ve yürütmeyi durdurmak için açık bir mahkeme kararının gerekmesidir⁷⁷⁶. Mahkemeler de doğrudan yürütmeyi durdurma kararı verememekte, belli şartların gerçekleşmesini aramaktadırlar. Bu şartlar; telafisi güç veya imkansız durumların ortaya çıkması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması halleridir⁷⁷⁷.

İhale uygulamasında ise durum İYUK düzenlemesinden farklılık arz etmektedir. İdareye yapılan şikayet başvurusu “otomatik yürütmeyi durdurma kararı” işlevi görmekte ve idare ihale ile ilgili olarak sözleşme imzalayamamaktadır⁷⁷⁸. İhale sürecinin herhangi bir şikayet başvurusu karşısında

⁷⁷³Canbazoğlu, s.148-149.

⁷⁷⁴Kamu İhale Kurulunun 03.10.2011 tarih ve 2011/UH.III-3336 sayılı kararından: “Bu durumda, idarece şikâyet üzerine alınan kararların diğer isteklilere bildirilmesine yönelik işlemlerin süresi içinde yapılmaması Kamu İhale Kanununun yukarıda yer verilen 55 inci maddesine aykırı olmakla birlikte, Kanunda belirtilen sürenin disiplinler nitelikte olduğu, ... başvuru sahibinin hak kaybına veya zararına yol açmadığı anlaşıldığından esasa etkili olmadığı sonucuna varılmıştır.”

⁷⁷⁵Gözübüyük, (Yargı), s.450.

⁷⁷⁶Yıldırım, (İdari Yargı), s. 446; Gözübüyük, (Yargı), s.450-451.

⁷⁷⁷2577 Sayılı Kanun m.27.

⁷⁷⁸Kamu İhale Kurulunun 23.01.2012 tarih ve 2012/UH.II-494 sayılı kararından: “İdareye şikayet başvurusunda bulunulması halinde, başvuru üzerine alınan kararın son bildirim tarihini, süresi içerisinde bir karar alınmaması halinde ise bu sürenin bitimini izleyen tarihten itibaren on gün geçmeden ve itirazın şikayet başvurusunda bulunulmadığı hususuna ilişkin sorgulama yapılmadan veya itirazın şikayet başvurusunda bulunulması halinde ise Kurum tarafından nihai karar verilmeden sözleşme imzalanamaz.

Yukarıda aktarılan hükümler doğrultusunda bir değerlendirme yapıldığında, idarece verilen 23.12.2011 tarihli ihale kararının, başvuru sahibi Nimet Gıda Taş. İnş. Tem. Teks. Bilg. Dan. Pet ve

otomatik olarak durdurulması ihalelerin hızlı bir şekilde sonuçlanmasını amaçlayan 4734 sayılı Kanunun getirdiği sistemin genel mantığı ile bağdaşmıyor gibi gözükse de, ihalenin işleyen bir süreç olduğu ve sözleşme imzalandıktan sonra şikayet başvurusunda bulunma imkanı olmadığı hususları da ayrıca göz önünde bulundurulduğunda, şikayet ile ihale sürecinin otomatik durması, şikayet hakkının kullanılmasının özü ile yakından ilgili ve gerekli olduğu değerlendirilmektedir. Zira ihale sürecinin şikayet başvurusu ile durması, idarenin sözleşme imzalamamasına ve sözleşme imzalanması halinde ortaya çıkması muhtemel özel hukuk problemlerinin önlenmesine hizmet edecektir.

İhale işlemlerinin şikayet başvurusu sonucu otomatik olarak durması her ne kadar alınmış bir karar şeklinde ortaya çıkmasa da, nitelik itibarıyla geçici bir durum için gerçekleştiğinden, yürütmeyi durdurma kararlarının genel niteliği olan geçici bir önlem⁷⁷⁹ olma özelliği göstermektedir.

4734 sayılı Kanunun ilk şeklinde idarelere ihale sürecinin durması karşısında acele işlerin yürütülmesini sağlamak amacıyla “*ivedilik ve kamu yararı gereği ihale işlemlerine devam*” kararı alma hakkı tanınmaktaydı. İdareler acele özellik arz eden işlerde, kendileri ihale işlemlerine devam kararı alarak sözleşmeyi imzalayabiliyorlardı. İlgililer bu durumda sınırlı bir süre içinde bu ivedilik kararının kaldırılması için itirazın şikayet mekanizmasına başvurabilmekteydiler. Geçici nitelik taşıyan ve nihai hüküm içermeyen ivedilik kararı uygulaması⁷⁸⁰, bazı durumlarda Kanun ile tanınan şikayet hakkının tamamen ortadan kalkması ya da fiilen kullanılamaz hale gelmesi sonucunu doğurabiliyordu. Şikayet ve şikayete cevap süreleri de şu andakinden daha uzun olduğundan idarelerin işlerinin şikayet

Mad. San. Ltd. Şti.’nin itirazın şikâyet başvurusundaki beyana göre, aynı tarihte adı geçen istekli tarafından tebellüğ edilmesi sonrasında 27.12.2011 tarihinde idareye yapılan şikâyet başvurusuna verilen 02.01.2012 tarihli cevabın 04.01.2012 tarihinde söz konusu istekli tarafından tebellüğ edilmesinin ardından Kamu İhale Kurumuna yapılabilecek bir itirazın şikâyet başvurusu için 10 gün, yani 14.01.2012 tarihine kadar beklenilmesi gerekirken, bu süre beklenmeksizin, 30.12.2011 tarihinde ihale üzerinde bırakılan istekli ile idare arasında sözleşme imzalandığı tespit edilmiştir.

Dolayısıyla, bahis konusu sözleşmenin usulüne uygun olarak imzalanmadığı neticesine ulaşılmıştır.”

⁷⁷⁹Yürütmenin durdurulması kararları, idari işlemlerin uygulanmasını belli bir süre için erteleyen geçici önlem niteliğine sahip kararlardır. Yıldırım, (İdari Yargı), s. 450; Gözübüyük, (Yargı), s.452.

⁷⁸⁰Korkmaz, s.15; Küçük, s.128.

dilekçesi ile durması da uygulamada işlerin yürümesini fiilen engeller vaziyet almakta idi. Kanunda yapılan değişiklik ile şikayet süreleri kısaltılmış ve idarelerin ihale işlemlerine devam kararı alabilme yetkileri ortadan kaldırılmıştır⁷⁸¹.

Mevcut hükümler çerçevesinde, idareye herhangi bir şikayet başvurusu yapılması durumunda şikayetin sonuçlanıp, bu sonucun ilgiliye tebliğinden itibaren KİK'e yapılacak itirazın şikayet başvuru süresi sonuna kadar idarelerin sözleşme imzalama imkanı bulunmamaktadır⁷⁸². Bu durumda şikayet başvurusunun, itirazın şikayet başvuru süresini, ilgililerin haklarının kaybolmasını engellemesi bakımından, garanti altına aldığı ve bu süre için ihale işlemlerini başka idari bir karara gerek kalmaksızın durdurduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu süre içerisinde idarenin, şikayet başvurusunun yürütmeyi durdurma etkisini ortadan kaldıracak herhangi bir argümanı olmadığını da belirtmek gerekir. İdarenin bu noktada ihale işlemlerine devam edebilmek için yapabileceği tek hareket, şikayete cevabı mümkün olduğu kadar hızlı verip, sürecin durma süresini kısaltmak olacaktır ki bu durumda dahi, sözleşmeyi imzalamak için, verdiği cevabın başvuru sahibine tebliğinden itibaren itirazın şikayet başvurusu için öngörülen süreyi beklemek durumunda kalacaktır⁷⁸³.

İdarenin, şikayet başvurusu süresi içerisinde ya da başvuru yapıldıktan sonra, beklemesi gereken süreleri beklemeksizin sözleşmeyi imzalanması yolu ile, şikayet ya da itirazın şikayet başvurularını işlevsiz hale getirmesi mümkün değildir⁷⁸⁴. Zira

⁷⁸¹ 55 inci maddeye 5812 sayılı Kanunla getirilen değişiklik gerekçesi: “Diğer yandan, şikayet yapılması halinde ihale işlemlerine devam edilerek sözleşmenin imzalanması sonucunda ortaya çıkabilecek ihtilafların önlenmesi amacıyla, Kuruma itirazın şikayet süresi bitmeden veya itirazın şikayet başvurusunda bulunulması halinde Kurum tarafından nihai karar verilmeden sözleşmenin imzalanamayacağı kuralı getirilmektedir.” Gerekçeli Kamu İhale Kanunu, (Çevrimiçi), www.kik.gov.tr, 07.05.2014.

⁷⁸² Bilgen, s.370.

⁷⁸³ Işık, s.61.

⁷⁸⁴ Kamu İhale Kurulunun 15.08.2011 tarih ve 2011/UH.II-2788 sayılı kararından: “Yukarıda aktarılan hükümler doğrultusunda bir değerlendirme yapıldığında, idareye verilen ihale kararının 27.06.2011 tarihinde başvuru sahibine tebligata çıkıldığı, zikredilen kararın tebliğ tarihinin ise 29.06.2011 olduğu ve bu tarihten itibaren idareye yapılabilecek şikâyet başvurusu için 10 gün yani 08.07.2011 tarihine kadar beklenilmesi gerekirken, bu süre beklenmeksizin, kesinleşen ihale kararının başvuru sahibine gönderildiği gün, sözleşmeye davet yazısının ihalenin ilgili kısımları üzerinde bırakılan istekliye elden verildiği, sözleşmenin ise yine 10 günlük süre beklenilmeden 04.07.2011 tarihinde imzalandığı tespit edilmiştir.

Dolayısıyla, idare ile Deniz Yemek Sanayii-Musa Aydemir arasındaki 04.07.2011 tarihli sözleşmenin usulüne uygun olarak imzalanmadığı neticesine ulaşılarak başvuru sahibinin iddiası

bu durumda idarelere, ilgililere kanun ve Anayasa ile verilen hak arama özgürlüğünün ortan kaldırılmasını sağlayıcı imkan verilmiş olunacaktır ki bu, kanunun arkasının dolanılması anlamına gelecektir. Hukuk düzeninin, kendi koyduğu kuralları ve sistemi işlemez hale getiren bu durumları korumayacağı ise açıktır⁷⁸⁵.

BM Model Kanunu çerçevesinde de idareye yapılan başvuru ile ihale süreci otomatik olarak durmakla birlikte, ihaleyi yapan idare öncelikle yapılan başvuruyu ön incelemeye tabi tutmaktadır. Bu incelemede başvurunun usul kurallarına uygun olup olmadığı, eğer uygun değilse dikkate alınmayacağı, eğer uygun ise ihale sürecinin durmasına gerek bulunup bulunmadığı yönünde karar alacaktır⁷⁸⁶. İdare, ihale sürecinin durması halinde ihaleye katılanlara ihale sürecinin durma süresi ile ilgili bilgi vermek durumundadır⁷⁸⁷. Söz konusu düzenlemede idareye sürecin durmasını ortadan kaldırma imkanı verilmesi öngörülmektedir. Benzer uygulama 4734 sayılı Kanunda var iken idareler tarafından idari başvuru yolu sonucunda ortaya çıkan kararların uygulanmasını engelleyici şekilde kullanıldığı görülmüş ve 5812 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmıştır.

2. İTİRAZEN ŞİKAYET BAŞVURULARININ İNCELENMESİ VE KARARA BAĞLANMASI

İtirazen şikayet başvurularının KİK'e yapılacağı ve bu başvurular hakkında Kurul tarafından karar alınacağı KİK'in yapısı incelenirken belirtilmiş idi. Bu noktada belirtilmesi gereken en önemli husus, itirazen şikayet başvurularına ilişkin karar alma dışındaki tüm işlemler KİK tarafından yapılmakla birlikte, kararın Kurul

yerinde görülmüştür. ... bu aşamadan sonraki işlemlerin mevzuata uygun olarak yeniden gerçekleştirilmesi gerekmektedir."

⁷⁸⁵ Mevzuata uyulmadan imzalanan bu nitelikteki sözleşmelerin hükümsüz olduğu kabul edilmektedir. Canbazoglu, s.143.

⁷⁸⁶UNCITRAL Model Kanun m. 66/3(a).

⁷⁸⁷UNCITRAL Model Kanun m. 66/3(c)(i).

tarafından alınmasıdır, zira Kurul, Kurumun karar organı olmaktadır⁷⁸⁸. KİK tarafından alınan ve itirazın şikayet başvurularını neticelendiren kararlar, başvurularda usule ilişkin eksiklik bulunması halinde ön inceleme sonrasında, başvurularda usule dair eksiklik bulunmayıp esas incelemesine geçilmesi halinde ise esas incelemesi neticesinde verilmektedir⁷⁸⁹. Kararların uygulanması konusuna ilişkin olarak; mevzuatta idarelerin bu kararları ivedilikle yerine getireceği hüküm altına alınmış, söz konusu zorunluluk karar gereğini yerine getirmeyen ilgililer hakkında suç duyurusunda bulunulması tehdidi ile garanti altına alınmak istenmiştir⁷⁹⁰.

⁷⁸⁸Oder, s.595.

⁷⁸⁹Karaoğlu, s.38-39.

⁷⁹⁰ Bununla birlikte Kurul kendi kararlarının uygulanmaması halinde mevzuatta yer alan şekliyle Cumhuriyet Savcılıklarına suç duyurusunda bulunmak yerine, kararın yerine getirilmesinde idarenin ihmalinin derecesini de dikkate alarak ya ilgili idarenin kendisine işlemini gözden geçirmesi için başvurmayı ya da ilgili idarenin en üst merciine soruşturma ve inceleme açılması amacıyla başvuruda bulunulması yolundan birini seçmektedir. **Kamu İhale Kurulunun 13.03.2008 tarih ve 2008/DK.D-33sayılı kararından:** “31.10.2007 tarih ve 2007/UY.Z-3523 sayılı Kurul Kararının idarece uygulanmadığı tespit edildiğinden, **anılan Tebliğ hükmü doğrultusunda Kamu İhale Kurulu kararını uygulamayan idare hakkında işlem tesis edilmesi gerekmektedir.**

Açıklanan nedenlerle;

31.10.2007 tarih ve 2007/UY.Z-3523 sayılı Kurul kararının uygulanmaması ile ilgili olarak, değerlendirilmek ve bu aykırılıkların gerçekleşmesinde sorumluluğu olanlar hakkında gerekiyorsa inceleme ve/veya soruşturma yapılmak üzere konunun İçişleri Bakanlığına bildirilmesine, oyçokluğu ile karar verildi.”

Kurulun 24.11.2008 tarih ve 2008/UY.III-4781 sayılı kararından: “Bahsedilen Kurul Kararında isteklilerin aşırı düşük tekliflerine ilişkin açıklamalarının yeniden değerlendirilmesi öngörülmemiştir.

Kurul Kararının gerektirdiği işlemleri ivedilikle yerine getirme zorunluluğu bulunmasına rağmen bunları Kurul Kararına uygun şekilde yerine getirmediği anlaşılmıştır.

Dolayısı ile idarenin İhalelere Yönelik Yapılacak Başvurular Hakkında Yönetmeliğin 28 inci maddesi uyarınca Kurul Kararının gerektirdiği işlemleri ivedilikle yerine getirme zorunluluğu bulunduğundan, idarenin 08.07.2008 tarih ve 2008/UY.Z-2933 sayılı Kurul Kararının gereklerini yerine getirerek ihaleyi sonuçlandırması gerekmektedir.

Tespit edilen mevzuata aykırılıkların değerlendirilerek gereği yapılmak üzere ihaleyi yapan idareye bildirilmesine,

Oyçokluğu ile karar verildi.”

2.1. Ön inceleme ve Esasa Geçme Şartları

İtirazen şikayet başvurusu ile ilgili olarak esas incelemesine geçilmeden önce söz konusu başvurunun esastan dikkate alınmasını gerektiren şartları taşıyıp taşımadığını ortaya koyabilmek için KİK tarafından usul incelemesi niteliğinde bir ön inceleme yapılmaktadır⁷⁹¹. Yapılan ön inceleme çerçevesinde, şikayet başvurusunda bulunmuş olma itirazen şikayet başvurusunda bulunmanın ön şartı olarak görüldüğünden, idareye aynı hususla ilgili şikayet başvurusunda bulunulup bulunulmadığı, başvurunun itirazen şikayet başvuru süresi içerisinde yapılıp yapılmadığı, dilekçesinin gerekli hususları içerip içermediği ve itirazen şikayet başvuru ücretinin yatırılıp yatırılmadığı kontrol edilmektedir⁷⁹². Yapılan inceleme neticesinde belirtilen şartları sağlayan başvurular ile ilgili olarak esas incelemesine geçilmekte, şartları sağlamayan başvurular ise durumlarına göre ya ilgili idareye karar alınmak üzere gönderilmekte, ya başvurudaki eksikliklerin tamamlanması için ilan yapılmakta ya da başvuru reddedilmektedir⁷⁹³.

2.1.1. Şikayet Başvurusunda Bulunmuş Olma

Şikayet başvurusu itirazen şikayet başvurusu öncesi tüketilmesi gerekli olan zorunlu başvuru yolu olarak kabul edildiğinden⁷⁹⁴, KİK tarafından yapılan ön incelemede itirazen şikayet başvurusu öncesi idareye şikayet başvurusunda bulunulup bulunulmadığı hususu kontrol edilmektedir⁷⁹⁵.

İdareye şikayet başvurusunda bulunulmadan itirazen şikayet başvurusunda bulunulduğunun tespit edilmesi halinde, eğer idareye başvuru süresi geçmemiş ise bu başvuruya ilişkin dilekçe ve ekleri KİK tarafından ilgili idareye gönderilmekte olup

⁷⁹¹Karaoğlu, s.38-39.

⁷⁹²Keyik, s.126.

⁷⁹³Açıkgöz, s.175-176.

⁷⁹⁴Özcan, s.132.

⁷⁹⁵Canbazoğlu, s.129.

konu ile ilgili olarak başvuru sahibi bilgilendirilmektedir⁷⁹⁶. İdareye başvuru süresi geçmiş olması durumunda ise zorunlu başvuru yolu olan şikayet yolu tüketilmeden itirazın şikayet yoluna gidilemeyeceği gerekçesiyle başvuru reddedilmektedir⁷⁹⁷.

İdareye başvuru yapılmış olmakla birlikte idarece bu konuda herhangi bir karar alınmadan KİK'e itirazın şikayet başvurusunda bulunulması durumunda; eğer idarenin şikayete cevap süresi geçmiş ise idarenin şikayete zımnen ret cevabı verdiği kabul edileceğinden usulüne uygun şikayet başvurusu yapıldığı sonucuna varılarak ön inceleme bu yönüyle olumlu olarak neticelenmekte, idarenin cevap süresi dolmadan ve idarece bir karar alınmadan itirazın şikayet başvurusu yapılmış ise ilgili başvuru karar alması için ilgili idareye gönderilmekte⁷⁹⁸ ve konu ile ilgili olarak başvuru sahibi bilgilendirilerek idarenin cevabı beklenmektedir⁷⁹⁹.

İtirazın şikayet başvurusunda bulunmanın ön şartlarından biri de idareye yapılan şikayet başvurusu ile itirazın şikayet başvurusunun konu yönünden örtüşmesidir⁸⁰⁰. İdareye yapılan şikayet başvurusundan farklı konularda itirazın şikayet başvurusunda bulunulması durumunda, eğer idareye şikayet süresi henüz dolmamış ise şikayet konusuna ilişkin idarenin cevabı alınmadığı gerekçesiyle bu başvurulara ilişkin dilekçeler ilgili idareye gönderilerek konu ile ilgili olarak başvuru

⁷⁹⁶Bastık, s.109.

⁷⁹⁷Kamu İhale Kurulunun 07.01.2013 tarih ve 2013/UH.I-91sayılı kararından: “*ihale kararının kendisine tebliğ edildiği tarihi izleyen on gün içerisinde idareye şikâyet başvurusunda bulunulması gerekirken 30.11.2012 tarihinde doğrudan Kurum’a itirazın şikâyet başvurusunda bulunulduğu anlaşılmıştır.*”

Bu yönüyle İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik’in 15’inci maddesinin ikinci maddesi uyarınca başvurunun ihaleyi yapan idareye gönderilmesi gerekmele birlikte başvuru sahibi tarafından süresi içerisinde idareye şikâyet başvurusunda bulunulması ihtimali ortadan kalktığından 4734 sayılı Kanun’un 54’üncü maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince başvurunun süre yönünden reddi gerekmektedir.”

⁷⁹⁸Küçük, s.144.

⁷⁹⁹Kamu İhale Kurulunun 20.06.2011 tarih ve 2011/UY.II-2055sayılı kararından: “*Başvuru sahibinin 18.05.2011 tarihli dilekçe ile idareye şikayette bulunduğu, aynı zamanda 18.05.2011 tarihinde Kamu İhale Kurumu’na itirazın şikayette bulunduğu, Kuruma verilen dilekçe üzerine yapılan incelemede, idarenin şikayet başvurusuna cevap vermediği, idarenin cevap verme süresi içinde Kuruma başvurulmuş olduğu anlaşılmış olduğundan,*

Kurumun 20.05.2011 tarihli yazısı ile başvuru dilekçesinin idareye gönderildiği, yine Kurumun 20.05.2011 tarihli yazısı ile başvuru sahibine bilgi verildiği, ayrıca durumun 18.05.2011 tarihinden itibaren Kurumun web sitesinde ilan edildiği...”

⁸⁰⁰Bastık, s.166.

sahipleri bilgilendirilmekte, idareye başvuru süresi geçmiş ise idareye süresi içerisinde şikayet başvurusu yapılmadığından başvuru reddedilmektedir⁸⁰¹.

İtirazen şikayet dilekçesinde idareye yapılan şikayet dilekçesinde yer alan hususların yanında başkaca hususların bulunması durumunda; idareye şikayet süresinin geçip geçmediğine bakılmaksızın söz konusu başvurular idareye yapılan şikayet başvuruları ile ilgili konularda geçerli kabul edilmekte, yalnız esas incelemesi sadece idareye yapılan şikayette yer alan konular yönünden yapılmakta, şikayet dilekçesinde yer almayıp itirazen şikayet dilekçesinde bulunan hususlar ise gerekli şekil şartı sağlanmadığı gerekçesiyle esas incelemesi aşamasında reddedilmektedir⁸⁰².

Doğrudan itirazen şikayet başvurusunda bulunulması gereken hallerde ise, itirazen şikayet başvurusu öncesi idareye şikayet başvurusunda bulunulmuş olunması konusunda ön inceleme yapılmamakta, uygulamada bazı durumlarda şikayet başvurusunda bulunması gerekmeyen hallerde şikayet başvurusunda bulunulması halinde itirazen şikayet başvurularının süre yönünden reddedildiği görülmektedir. Zira KİK tarafından, şikayet başvurusunda bulunulması gerekmeyen hallerde, sehven önce idareye gidilerek şikayet yolunun tüketilmesi durumunda, söz konusu şikayet başvurusunda bulunulmasının ve hatta idarenin bu şikayet başvurusuna cevap vermesinin, itirazen şikayet başvuru süresini uzattığı ya da başlangıç tarihini

⁸⁰¹Kamu İhale Kurulunun 26.12.2011 tarih ve 2011/UM.I-4332 sayılı kararından: “İhalelere yönelik idari başvurulara ilişkin mevzuatın incelenmesi sonucunda, **Kamu İhale Kurumuna yapılan itirazen şikayet başvurularının, idareye yöneltilen iddialar ile aynı olmasının zorunlu olduğu, şikayetçilerin iddia konusunu genişletemeyecekleri, bu durumun ortaya çıkması halinde de, Kurum incelemesinin şikayet ve itirazen şikayet dilekçelerindeki ortak konular üzerinden yapılacağı anlaşılmaktadır.**

İncelenen ihale sürecinde, başvuru sahibinin idareye sunduğu 03.11.2011 tarihli şikayet dilekçesinde, ihale üzerinde bırakılan isteklinin teklif ettiği ürüne ilişkin CE belgesi bulunmadığı için ilgilinin değerlendirme dışı bırakılması gerektiği yönünde bir iddiası bulunmamasına rağmen itirazen şikayet dilekçesinde bu konuya yer verdiği tespit edilmiştir.

Yukarıda aktarılan mevzuattan hareketle, 25.10.2011 tarihinde kendisine kesinleşen ihale kararı tebliğ edilen isteklinin, Kuruma başvuru tarihi itibarıyla, idareye şikayet süresi dolduğundan, itirazen şikayet başvurusunun usul yönünden reddi gerekmektedir.”

⁸⁰² Kamu İhale Kurulunun 01.11.2010 tarih ve 2010/UY.III-3361 sayılı kararından: “Başvuru sahibinin itirazen şikayet dilekçesinde yer alan 1 inci iddiasının yapılan inceleme sonucunda yerinde olmadığı tespit edildiği, bu nedenle 2, 3 ve 4 üncü iddiaları bakımından şikayet ehliyetinin bulunmadığı ve başvurunun reddi gerektiği sonucuna varılmıştır.”

değiştirdiği kabul edilmemekte, şikayete konu işlemin ilk farkına varıldığı tarihten itibaren itirazın şikayet başvuru süresi işletilmektedir⁸⁰³.

2.1.2. Süre Yönünden İnceleme

İtirazın şikayet başvuruları için Kanunun öngördüğü genel süre itirazın şikayet konusu işlemin öğrenildiği ya da öğrenilmesi gerektiği tarihten itibaren on gün olduğu bazı istisnai hallerde beş günlük özel itirazın şikayet süresinin belirlendiği bu çalışmanın ikinci bölümünde ayrıntılı olarak belirtilmiş idi. KİK tarafından yapılan ön incelemede, itirazın şikayet başvurularının öncelikle süresinde yapılıp yapılmadığı kontrol edilmekte, süresinde yapılmayan başvurular reddedilirken, süresinde yapılanlar bu konu itibarıyla ön incelemede olumlu değerlendirilmektedir⁸⁰⁴. Süre yönünden herhangi bir geç kalma durumunun tespit edilmesi halinde, söz konusu eksikliğin telafisi mümkün olmadığı gerekçesiyle başvuru sahibine herhangi bir bildirim yapılmaksızın başvuru süre yönünden ön inceleme sonucunda reddedilmektedir. Başvuru dilekçesinde başvurunun süresinde yapılıp yapılmadığının tespitine ilişkin gerekli bilgilerin bulunmaması halinde ise, başvuru sahibinin söz konusu eksik bilgiyi tamamlaması için söz konusu eksiklik KİK in internet sitesinde ilan edilerek başvuru süresi içerisinde başvuru sahibinin söz konusu eksikliği tamamlaması beklenmekte, eksikliğin tamamlanması halinde ön inceleme süre yönünden olumlu addedilmekte, eksikliğin tamamlanmaması halinde ise başvuru süresinde yapılmadığı gerekçesiyle reddedilmektedir⁸⁰⁵.

⁸⁰³Kamu İhale Kurulunun 02.01.2012 tarih ve 2012/UM.II-43 sayılı kararından: “İptal kararının başvuru sahibine 02.12.2011 tarihinde bildirildiği, **başvuru sahibinin 12.12.2011 tarihinde iptale ilişkin idareye başvurduğu**, idarenin şikayet başvurusuna henüz bir cevap vermediği, bunun üzerine 26.12.2011 tarihinde Kuruma iptale ilişkin itirazın şikayet başvurusunda bulunduğu anlaşılmıştır.

Şikayet veya itirazın şikayet üzerine alınan iptal kararlarına karşı **süresi içinde doğrudan Kuruma itirazın şikayet başvurusunda bulunulması gerekmekte olup**, başvuru sahibinin şikayete konu işlemin farkına varıldığı tarihten (02.12.2011) itibaren **5 (beş) gün içerisinde Kuruma itirazın şikayet başvurusunda bulunması gerekirken, bu süre geçtikten sonra 26.12.2011 tarihinde itirazın şikayet başvurusunda bulunduğu anlaşılmıştır**. Bu itibarla, 4734 sayılı Kanunun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince başvurunun süre yönünden reddi gerekmektedir.”

⁸⁰⁴Küçük, s.131.

⁸⁰⁵Kamu İhale Kurulunun 02.01.2012 tarih ve 2012/UH.II-44 sayılı kararı: “(Tespit edilen eksikliğin tamamlanması amacıyla 23.12.2011 tarihinde **Kurumun İnternet sayfasında söz konusu eksiklik yayınlanmıştır**.) **tespit edilen aykırılığın İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin 16**

2.1.3. Dilekçenin Şekil Yönünden İncelenmesi

Başvuru dilekçesinde belirtilmesi gereken bilgilerin belirtilip belirtilmediği ve başvuru dilekçesine eklenmesi gereken belgelerin sunulup sunulmadığı hususu KİK tarafından ön inceleme aşamasında değerlendirmeye tabi tutulmaktadır⁸⁰⁶. Sunulması gerekli olan belge ya da bilgilerin eksik olarak sunulması durumunda; eğer itirazen şikayet başvuru süresi geçmemiş ise kurumun internet sitesinde söz konusu eksikliklerin süresi içerisinde giderilmesi gerektiği ilan edilmekte, başvuru süresi sona ermiş ise şekil eksikliği nedeniyle başvuru reddedilmekte ve başvuru sahibine söz konusu eksiklikleri tamamlaması için herhangi bir ek süre verilmemektedir⁸⁰⁷.

2.1.4. Başvuru Ücreti Yönünden İnceleme

Başvuru bedelinin yatırıldığına dair banka dekontunun başvuru dilekçesinin ekinde sunulması zorunlu olup, başvuru süresi içerisinde söz konusu başvuru bedelinin eksik yatırılması ya da hiç yatırılmaması başvurunun reddi sebebidir⁸⁰⁸. Başvuru süresi dolmamış ve başvuru bedeli yatırılmamış ise başvuru bedelinin yatırılması, bedel eksik yatırılmış ise eksik kalan tutarın tamamlanması hususu Kurumun internet sitesinde ilan edilerek başvuru sahiplerine duyurulmakta olup, söz konusu eksikliklerin giderilmemesi başvurunun reddi sebebi sayılmaktadır⁸⁰⁹.

ncı maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca on günlük itirazen şikayet süresi içerisinde giderilmediği anlaşılmıştır. Bu itibarla, 4734 sayılı Kanununun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince başvurunun şekil yönünden reddi gerekmektedir.”

⁸⁰⁶Canbazoğlu, s.194-195.

⁸⁰⁷Kamu İhale Kurulunun 15.08.2012 tarih ve 2012/UM.I-3298 sayılı kararından: “...yatırılması zorunlu olan başvuru bedelinin Kurum hesaplarına yatırıldığına dair banka dekontunun eklenmediği; söz konusu eksiklerin İhalelere Yönelik Yapılacak Başvurular Hakkında Yönetmeliğin 16 ncı maddesinin 3 üncü fıkrası kapsamında başvuru sahibi tarafından giderilebilmesi için 27.07.2012 tarihinde www.ihale.gov.tr adresinde ilan edildiği, ancak anılan eksikliklerin belirtilen süre zarfında giderilmediği tespit edilmiştir.

Bu itibarla, 4734 sayılı Kanununun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince başvurunun şekil yönünden reddi gerekmektedir.”

⁸⁰⁸Yılmaz, s.189.

⁸⁰⁹Kamu İhale Kurulunun 26.09.2012 tarih ve 2012/UH.I-3785 sayılı kararından: “Başvuru bedelinin Kurum hesaplarına yatırıldığına dair banka dekontunun eklenmediği, söz konusu eksikliklerin

Bununla birlikte başvuru bedeli fazla yatırılmış ise fazla yatırılan tutar başvuru sahibine talebi halinde geri iade edilmektedir⁸¹⁰.

2.1.5. Ön İnceleme Neticesinde Verilecek Kararlar

Yapılan ön inceleme neticesinde ön inceleme konuları yönünden herhangi bir eksiklik tespit edilmesi ve tespit edilen eksikliklerin giderilmemesi durumunda Kurul tarafından başvurunun reddine karar verilmekte⁸¹¹, ön inceleme konuları yönünden başvuruda herhangi bir eksiklik bulunmaması durumunda ise Kurul'un bu konuda özel bir karar almasına gerek olmaksızın Kurum iç işleyiş prosedürü gereği başvuruyu esastan incelenecek dosyalar arasına alarak esas incelemesine geçmektedir⁸¹². Bu noktada dikkat edilmesi gereken önemli bir husus, ön inceleme konuları yönünden aykırılık bulunması nedeniyle alınacak başvurunun reddi kararı, her ne kadar Kurum tarafından hazırlanan ön inceleme raporuna dayanarak oluşturulsa da, söz konusu karar nihai nitelik taşıdığından Kurul tarafından alınması gerekmekte iken⁸¹³, esas incelemesine geçilmesi kararı ara karar olması hasebiyle ve idarenin iç işleyişine yönelik karar olduğundan Kurul tarafından değil Kurumun ilgili

başvuru sahibi tarafından giderilebilmesi için 06.09.2012 tarihinde www.ihale.gov.tr adresinde ilan edilmesine rağmen süresi içinde giderilmediği tespit edilmiştir.

Bu itibarla, 4734 sayılı Kanununun 54'üncü maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince başvurunun şekil yönünden reddi gerekmektedir."

⁸¹⁰Kamu İhale Kurulunun 27.12.2010 tarih ve 2010/UM.II-3986 sayılı kararından: "Başvuruya konu kısmın yaklaşık maliyetine göre fazla yatırıldığı tespit edilen tutar Kurum tarafından başvuru sahibine iade edilir." şeklinde yer alan düzenleme uyarınca, fazla yatırılan 1.059 TL'nin başvuru sahibi tarafından talep edilmesi halinde kendisine iade edilmesi gerekmektedir."

⁸¹¹Gözler, Kemal, **İdare Hukuku**, C.2., 2.bs., Ekin Yayınları, Bursa, 2009, s.140. (Cilt2)

⁸¹²Açıkgöz, s.177.

⁸¹³Kamu İhale Kurulunun 16.01.2012 tarih ve 2012/UH.II-382sayılı kararından: "12.01.2012 tarih ve B.07.6.KİK.0.07-101.03-.H.[75].(0160)./2012-7 sayılı Ön İnceleme Raporunda;

Amasra İlçe Milli Eğitim Müdürlüğü tarafından 08.09.2011 tarihinde açık ihale usulü ile yapılan "Taşıma Kapsamındaki Öğrencilere Öğle Yemeği (Soğuk Kumanya) Hazırlanması ve Dağıtım İşleri" ihalesine ilişkin olarak Saft Hazır Yemek Gıda ve Turizm Tic. Ltd. Şti.'nin 04.01.2012 tarih ve 584 sayılı Kurum kayıtlarına alınan dilekçe ile başvuruda bulunduğu, yapılan inceleme neticesinde; başvurunun reddine, karar verilmesinin uygun olacağı hususlarına yer verilmiştir.

Açıklanan nedenlerle, 4734 sayılı Kanununun 65 inci maddesi uyarınca bu kararın tebliğ edildiği veya tebliğ edilmiş sayıldığı tarihi izleyen 60 gün içerisinde Ankara İdare Mahkemelerinde dava yolu açık olmak üzere;

Başvurunun reddine,

Esasta oybirliği, gerekçede oyçokluğu ile karar verildi."

birimi tarafından alınmaktadır⁸¹⁴. Bu konuda yetki yönünden sakatlık olmayacağı kanaatindeyiz, zira Kurumun ilgili birimince verilen karar idarenin hazırlayıcı nitelikteki kararlarından olup icrai nitelik taşımamaktadır ve Kanun Kurula nihai kararlar alma konusunda yetki vermiştir. Kurul esas yönünden başvuruyu incelerken eğer ön inceleme konuları yönünden eksiklik görürse bu aşamada dahi başvurunun ön inceleme şartlarını taşımadığı gerekçesiyle ret kararı verebilmektedir. İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelikte değişiklik yapılmadan önce⁸¹⁵, itirazın şikayet başvuruları ile ilgili olarak esasa geçme ya da geçmeme yönündeki kararlar için de Kurul karar vermekte, Kurulun bu kararı şu an olduğu gibi yine ara karar olarak nitelendirilmekteydi⁸¹⁶.

2.2. Esas İncelemesi ve Karara Bağlanması

Kurum tarafından yapılan ön inceleme neticesinde gerekli şartları taşıdığı anlaşılan başvurular ile ilgili olarak esas incelemesi yapılmaktadır. Esas incelemesine geçilmeden önce ihaleyi yapan idareden gerekli incelemeyi yapmak üzere “*ihale işlem dosyası*”⁸¹⁷ talep edilmekte ve itirazın şikayet başvurularına ait inceleme ihale işlem dosyası KİK’e ulaştıktan sonra yapılmaktadır⁸¹⁸. Kanunda esas inceleme için

⁸¹⁴ Açıkgöz, s.177.

⁸¹⁵ 22.06.2007 tarih ve 26560 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan değişiklik.

⁸¹⁶ Kamu İhale Kurulunun 10.04.2006 tarih ve 2006/AK.H-453.1 sayılı kararından: “*Kuruma itirazın şikayet başvurusunda bulunulması halinde;*

a) *Kurul tarafından ihale sürecinin durdurulmasına karar verilir ise; ihale sürecinin durdurulmasına karar verildiği tarihten itibaren idarece bütün ihale işlemleri durdurulur.*

b) *Kurul tarafından ihale sürecinin durdurulmamasına karar verilir ise; Kurumca başvuru sonuçlandırılıp nihai karar bildirilinceye kadar, idareler sözleşme imzalanması dışındaki ihale işlemlerinin gereğini yerine getirir, ancak sözleşme imzalayamaz.” hükmü yer almaktadır.*

1- *Dosyanın esasının incelenmesine geçilmesine,*

2- *İncelenen ihalede, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 56 ncı maddesi ve İhalelere Karşı Yapılacak İdari Başvurulara Ait Yönetmeliğin 22 nci maddesinde öngörülen koşulların oluşmadığı anlaşıldığından ihale sürecinin durdurulmasına gerek bulunmadığına,*

Oybirliği ile karar verildi.”

⁸¹⁷ İhale işlem dosyası 4734 sayılı Kanunun 7 nci maddesinde “*İhalesi yapılacak her iş için bir işlem dosyası düzenlenir. Bu dosyada ihale yetkilisinden alınan onay belgesi ve eki yaklaşık maliyete ilişkin hesap cetveli, ihale dokümanı, ilân metinleri, adaylar veya istekliler tarafından sunulan başvurular veya teklifler ve diğer belgeler, ihale komisyonu tutanak ve kararları gibi ihale süreci ile ilgili bütün belgeler bulunur.*” şeklinde içerik belirtilmek suretiyle tarif edilmiştir.

⁸¹⁸ Işık, s.62.

öngörülen süre ihale işlem dosyasının KİK'e ulaştığı tarihten itibaren başlatılmaktadır⁸¹⁹. Yapılan esas inceleme neticesinde Kurulca Kanun tarafından belirlenen kararlardan birinin (düzeltici işlem, ihalenin iptali veya başvurunun reddi) alınması gerekmektedir⁸²⁰.

2.2.1. Esas İnceleme Usulü

KİK tarafından yapılan esas inceleme iki aşamadan oluşmaktadır. İlk aşamada Kurum tarafından idareden gerekli bilgi ve belgelerin talep edilmesi gibi hususlar yer almaktadır⁸²¹. İkinci aşama karar aşaması olup Kurul bu aşamada dinleme yapılmasına ya da bilirkişiden istifade edilmesine karar verebilmektedir⁸²².

2.2.1.1. Bilgi ve Belge İstenilmesi

Uluslararası düzenlemelerde ihale alanında faaliyet gösteren BİO'ların inceleme konusu ile ilgili bilgi ve belgelere ulaşma hakkının bulunması gerektiği belirtilmektedir. Bu çerçevede DTÖ Kamu Alımları Anlaşmasında bağımsız idari otoritenin gerekli dokümanlara erişebilme yeteneğine sahip olması gerektiği belirtilmekte iken⁸²³, benzer hüküm BM Model Kanunda da yer almakta olup bağımsız idari otoritelere yaptıkları incelemelerde kayıtlara ve belgelere ulaşma hakkının tanınması gerektiği ifade edilmektedir⁸²⁴.

4734 sayılı Kanun 53 üncü maddesinde kurumun görev ve yetkileri sayılırken *“Kurum, görevlerinin yerine getirilmesinde resmi ve özel bütün kurum, kuruluş ve kişilerden belge, bilgi ve görüş isteyebilir. Belge, bilgi ve görüşlerin istenilen süre içinde verilmesi zorunludur.”* ifadesine yer verilmiştir. Belirtilen hüküm

⁸¹⁹4734 sayılı Kanunun m. 56/5.

⁸²⁰Korkmaz, s.51.

⁸²¹Küçük, s.144.

⁸²²Korkmaz, s.47.

⁸²³GPA m. 20/6.

⁸²⁴UNCITRAL Model Kanun m. 68/3.

çerçevesinde yapılan inceleme ile ilgili olarak Kamu İhale Kurumuna kanun koyucu tarafından her türlü belge, bilgi ve görüş isteyebilme yetkisi verilmiş bulunmaktadır. Kurum esas incelemesine geçildiğinden öncelikle ihaleyi yapan idareden ihale işlem dosyasını talep etmektedir. İhale işlem dosyasının Kuruma gönderilmesi esas incelemesi için önem arz etmektedir zira esas incelemesi için kanunun öngördüğü süre söz konusu belgenin Kuruma ulaştığı tarihten itibaren başlamaktadır⁸²⁵. İhale işlem dosyası ihalenin tüm detaylarını, ihale ile ilgili yapılmış tüm yazışmaları ve işlemleri içerdiğinden⁸²⁶ esas incelemesinin önemli bir unsurunu teşkil etmektedir.

Kurumun esas incelemesi için sadece ihale işlem dosyasını isteme yetkisi değil, ihale ile ilgili tüm bilgi ve belgeleri isteme yetkisi de bulunmaktadır. Bazı durumlarda Kurul incelenen ihale ile ilgili olduğu kanaatine vararak başka ihalelere ilişkin olarak düzenlenmiş bilgi ve belgeleri de talep etmektedir⁸²⁷. İhalenin incelenebilmesi için başka bir ihaledeki bilgiye ihtiyaç duyulması, bir ihalede elde edilen belgenin başka bir ihalede sunulma ve bu belgenin gerçeği yansıtır yansıtmadığı gibi sorunların ortaya çıkma ihtimali göz önünde bulundurulduğunda. kanun koyucu tarafından belge, bilgi ve görüş isteme konusunda Kuruma tanınan geniş yetkinin yerinde olduğu kanaatindeyiz.

Kurul bazı durumlarda ise gerekli bilgi ve belgeleri kendisi doğrudan ilgili kurumdan talep etmek yerine, düzeltici işlem kararı vererek ihaleyi yapan idarenin ihaleyi sonuçlandırmak için gerekli belgeleri elde etmesini, söz konusu belgeler ışığında yeniden değerlendirme yapması gerektiğini karar altına almaktadır⁸²⁸.

⁸²⁵ Işık, s.62.

⁸²⁶ İhale işlem dosyasının içeriği için bkz. Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği m. 20/1.

⁸²⁶ 4734 sayılı Kanun m. 56/5.

⁸²⁷ Kamu İhale Kurulunun 09.04.2007 tarih ve 2007/UH.Z-1245sayılı kararından: “İstanbul Dr. Lütfi Kırdar Kartal Eğitim ve Araştırma Hastanesi Başhekimliğine Kurumumuzca yazı yazılarak 2005 yılının ilk 3 ayı için pazarlık usulü ile yapıldığı ifade edilen temizlik hizmeti alımı ihaleleri ile ilgili bilgi talep edilmiş, ... sayılı cevabi yazısında,..., bu ihalelerin Çağ Müşavirlik İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti. üzerinde kaldığı, sözkonusu hizmetin bu firmadan alındığı ve meblağ olarak bu ihalelerin neticesinde imzalanan sözleşme bedeli toplamının 790.000.000.000 TL olduğunun belirtildiği görülmüştür.”

⁸²⁸ Kamu İhale Kurulunun 05.12.2011 tarih ve 2011/UY.II-4072sayılı kararından: “Sonuç olarak, ... eksik bilgilerin tamamlanmasının yazılı olarak talep edilmesi ve önerdikleri diğer anahtar teknik personellerine ilişkin olarak prim ödendiğinin Sosyal Güvenlik Kurumu’ndan sorgulama yapılarak

Kanunda Kurumun istediği belgelerin sunulmasının zorunlu olduğu hüküm altına alınmış olunmasına rağmen⁸²⁹ söz konusu zorunluluğun yerine getirilmemesi durumuna ilişkin olmak üzere uygulanacak müeyyideler ya da zorlayıcı tedbirlere yer verilmemiştir⁸³⁰. Kamu İhale Kurumu itirazın şikâyet denetimi yaptığı idareler ile hiyerarşik ya da vesayet ilişkisi bulunmadığı için, Kanun gereğini getirmeyen idareler hakkında doğrudan disiplin nitelikli idari işlemler tesis etmeye yetkili değildir. Bu durumda idare hukukunun ve ceza hukukunun genel ilkelerinin işletilmesi yoluna gidilmesi ihtimali bulunmaktadır yani Kurul ihaleyi yapan ilgili idarenin hiyerarşik üstü olan birim ya da kişilerden gereğini yerine getirmeyen kamu görevlileri hakkında idari ve cezai işlem yapılması gereğini belirtmektedir⁸³¹.

İhaleyi yapan idarenin ihale işlem dosyasını ya da ilgili belgeleri göndermemesi durumuna ilişkin olarak doğrudan müeyyide ya da tedbir niteliğinde Kanunda yer alan iç denetim mekanizması idarenin inceleme konusu ihaleye ilişkin olarak sözleşmeyi imzalamaması şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Zira idare ihale işlem dosyasını ya da gerekli görülen diğer bilgi ve belgeleri göndermediği sürece Kurum esas incelemesine tamamlayamayacak ve bu konuda bir karar alamayacak, sözleşmenin imzalanması için Kurul kararının beklenmesi zorunluluğu ise sözleşmenin imzalanmasını engelleyecektir⁸³².

Kurul'un teknik olarak tam anlamıyla kanaat getiremediği konularda karar verdiği görülmektedir. Bununla birlikte mahkemeler, Kurulun kesin kanaat getirmeden verdikleri kararları "*tereddüde yer vermeyecek şekilde gerektiğinde bu*

teyit edilmesi gerektiği ... ve bu aşamadan sonraki işlemlerin mevzuata uygun olarak yeniden gerçekleştirilmesi gerekmektedir."

⁸²⁹Yılmaz, s.100.

⁸³⁰Açıkgöz, s.189-190.

⁸³¹Kamu İhale Kurulunun 01.08.2012 tarih ve 2012/UM.I-3082sayılı kararından: "*İhalenin Kurumun görev alanına girip girmediğinin tespiti amacıyla belge talep edilmesine karşın, istenen belgelerin gönderilmemesi nedeniyle, ilgililer hakkında gerekli inceleme ve/veya soruşturmanın yapılmasını teminen, ihaleyi gerçekleştiren idare tarafından ihale işlem dosyasının Kuruma gönderilmemesi hususunun ve Deniz Kuvvetleri Komutanlığınca yapılan, Kurumun, ihale evraklarına erişim ve inceleme yetkisinin bulunmadığı değerlendirilmesinin Milli Savunma Bakanlığına bildirilmesine, ayrıca, itirazın şikâyet başvurusuna ilişkin dilekçenin bir örneğinin de Milli Savunma Bakanlığına gönderilmesine, oybirliği ile karar verildi.*"

⁸³²Kurul karar almadan sözleşme imzalanma imkanı bulunmamaktadır. Işık, s.61.

konuda uzman kurum veya kişilerden görüş ve bilgi isteyerek açıklığa kavuşturulması gerekirken bu yola başvurulmadan tesis” edildiği gerekçesiyle⁸³³ iptal etmekle hukuka uygun karar verdiği kanaatindeyiz.

2.2.1.2. Bilirkişi Kullanabilme İmkânı

4734 sayılı Kanunda Kurumun görev ve yetkileri sayılırken “Kurum, gerekli gördüğü takdirde özel uzmanlık gerektiren teknik hususlarla ilgili olarak ihtisas sahibi kamu veya özel hukuk tüzel kişileri ile gerçek kişilerin görüşüne başvurabilir.”⁸³⁴ ifadesine yer verilmiştir. görüleceği üzere söz konusu hüküm Kurumun karar almak için gerekli durumlarda teknik görüş alabileceği ancak bu teknik görüşün “uzmanlık gerektiren teknik hususlarla” sınırlı olduğunu belirtilmektedir⁸³⁵. Kurul da uygulamada genellikle uzmanlık gerektiren hususlarla sınırlı olarak teknik görüşe başvurmakta, bilirkişi raporlarının bağlayıcı olup olmadığına ilişkin mevzuatta herhangi bir hüküm bulunmamasına rağmen⁸³⁶ kararlar genellikle teknik görüşte belirtilen ifade doğrultusunda şekillenmekte⁸³⁷, bazı özel durumlarda ise başvuru sahipleri Kurumdan teknik hususlarla ilgili olarak bağımsız

⁸³³ Ankara 2. İdare Mahkemesinin 21.11.2012 tarih ve E: 2012/1405 esas sayılı kararından “... davalı Kurum’un görevlerini yerine getirirken resmi ve özel bütün kurum, kuruluş ve kişilerden belge, bilgi ve görüş isteyebileceği ve Kurum’un gerekli gördüğü takdirde özel uzmanlık gerektiren teknik hususlarla ilgili olarak ihtisas sahibi kamu veya özel hukuk tüzel kişileri ile gerçek kişilerin görüşüne başvurabileceği anlaşılmaktadır.

Dava konusu olayda, her ne kadar ihale üzerinde bırakılan Italgru Srl. İtalya firması tarafından teklif edilen vincin ihalenin teknik şartnamesi hükümlerine uygun olduğu taahhüt edilmiş ise de, vincin teknik şartnamede belirtilen özelliklere sahip olduğuna ilişkin herhangi bir aydınlatıcı bilginin bulunmadığı görülmüştür.

Bu durumda ihale üzerinde bırakılan Italgru Srl. İtalya firması tarafından teklif edilen cihazın ihalenin teknik şartnamesi hükümlerine uygun olup olmadığı hususunun tereddüde yer vermeyecek şekilde gerektiğinde bu konuda uzman kurum veya kişilerden görüş ve bilgi isteyerek açıklığa kavuşturulması gerekirken bu yola başvurulmadan tesis edilen dava konusu işlemden hukuka uyarlık görülmemiştir.”

⁸³⁴ 4734 Sayılı Kanun m. 56/6.

⁸³⁵ Korkmaz, s.47.

⁸³⁶ Bastık, s.170.

⁸³⁷ Kamu İhale Kurulunun 09.01.2012 tarih ve 2012/UM.I-264sayılı kararı: “İncelenen ihalede, şikâyetçi tarafından iddia edildiği şekilde ilgili teknik şartname düzenlemelerinin rekabeti engelleyici niteliğinin bulunup bulunmadığı hususunda bir akademik kuruluştan görüş istenmiştir.

Gelen cevabi yazıda; ...rekabeti engeller nitelik taşımadığı kanısına varılmıştır.” şeklinde görüş belirtilmiştir.

Söz konusu akademik görüşe istinaden; başvuru sahibinin iddialarının yerinde olmadığı sonucuna varılmıştır.”

kuruluşlar nezdinde teknik bilirkişi incelemesi yaptırmasını talep etmekte, Kurul uygun görmesi durumunda bu talepler doğrultusunda inceleme yaptırarak kararını şekillendirmektedir⁸³⁸. Kamu İhale Kurulu kararlarının mahkemede dava konusu edilmesi durumunda, mahkemeler Kurul tarafından yapılan incelemenin teknik bazı detayları kapsamadığını görmesi durumunda. mahkeme kendiliğinden teknik bilirkişi incelemesi yapma yoluna gitmemekte, Kurul kararını usul yönünden bozarak, Kurulun gerekli teknik incelemeyi yapması hususunu karara bağlamakta⁸³⁹. Kurul bu tarz kararların yerine getirilmesi amacıyla işlem tesis ederken, söz konusu eksiklik uzmanlık gerektiriyorsa bilirkişi incelemesinden faydalanmakta, uzmanlık gerektirmediği kanaatine varırsa ilgili bilgi ve belgeleri ilgili idareden talep ettikten sonra incelemeyi bizzat kendisi yapmakta ve kararını bu inceleme doğrultusunda vermektedir⁸⁴⁰.

⁸³⁸Kamu İhale Kurulununun 06.04.2010 tarih ve 2010/UM.III-955 sayılı kararından: “Başvuru sahibi istekli... piyasadan satın alınarak gönderilen itirazın şikayet başvurusu ekindeki numunelerin Kurumunuz tarafından bağımsız bir kurumun incelenmesine tabii tutulması istenilmiştir. ... numunelerinin teknik şartnameye uygunluğu incelenmek üzere 15.03.2010 tarihli ve 3324 sayılı yazı ile akademik bir kuruluşa teknik görüş için gönderilmiş olup; ilgili akademik kuruluştan alınan 18.03.2010 tarihli yazı ekinde bulunan teknik görüş yazısında; ... **teklif edilen sayaçların şartnameyi sağladığı (katolog bilgilerine göre) sonucuna varılmıştır. ... görüşünün bildirildiği göz önüne alındığında, başvuru sahibi isteklinin iddiasının yerinde olmadığı sonucuna varılmıştır.**”

⁸³⁹Ankara 14. İdare Mahkemesininin 13.01.2011 tarih ve E:2010/2511 sayılı kararından: “...davacı şirketin sunduğu iş deneyim belgesinin, hak ediş belgeleri, işi yaptıran idarenin söz konusu iş kapsamında yapılan iş ve imalatlarla ilgili açıklamalar dikkate alınarak ihale ilanında benzer iş olarak kabul edilen Yapım İşlerinde İş Deneyiminde Değerlendirilecek Benzer İşlere Dair Tebliğ’de yer alan A/V grubu işlerini hangi yönlerden kapsamadığı ve Tebliğ’de yer alan iş gruplarının hangisinin kapsamında değerlendirilmesi gerektiği tereddüde yer vermeyecek şekilde gerektiğinde **bu konuda uzman kişilerden görüş ve bilgi isteyerek açıklığa kavuşturulması gerekirken bu yola başvurulmadan tesis edilen dava konusu işlemlerin davacı şirkete ilişkin kısmında hukuka uyarlık görülmemiştir.**

Ancak; bu kararımızın davacı şirketin iş deneyim belgesinin doğrudan kabul edileceği anlamına gelmeyeceği, yukarıda açıklanan hususlar yönünden davalı idarece yeniden yapılacak değerlendirmeye göre işlem tesis edileceği açıktır...”

⁸⁴⁰Yukarıda belirtilen mahkeme kararının uygulanması amacıyla tesis edilen Kamu İhale Kurulununun 04.04.2011 tarih ve 2011/UY.I-1146 sayılı kararından: “Anılan Mahkeme Kararının uygulanması amacıyla alınan 07.02.2011 tarihli ve 2011/MK-19 sayılı Kurul kararı ile, “1) Kamu İhale Kurulu’nun 01.11.2010 tarih 2010/UY.I-3332 sayılı ve 01.11.2010 tarih 2010/UY.I-3333 sayılı Kararlarının davacı Çelikler Taah. İnş. ve San. A.Ş.’ne ilişkin hükümlerinin iptaline,2) Anılan mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, yeniden esasın incelenmesine geçilmesine” karar verildiği anlaşılmıştır...

*Anılan iş durum belgesine konu iş kapsamında gerçekleştirilen işlerden, ihale dokümanında yapılan düzenleme ile benzer iş olarak belirlenen A/V grubu işler kapsamında değerlendirilebilecek işlerin, miktar ve tutar olarak ayrıştırılması amacıyla, iş durum belgesini düzenleyen İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı Fen İşleri Dairesi Başkanlığı Altyapı Hizmetleri Müdürlüğünden 18.02.2011 tarih ve 411 sayılı ve 03.03.2011 tarih ve 504 sayılı yazılar ile söz konusu **iş durum belgesine dayanak teşkil eden bilgi ve belgeler istenmiştir.***

Kurulun bilirkişi incelemesi yaptırabilme imkanı, 2577 sayılı Kanunda idare mahkemelerine tanınan bilirkişi incelemesi ile benzer özellik göstermekte olup⁸⁴¹, 2577 sayılı Kanun çerçevesinde de teknik uzmanlık gerektiren konularda bilirkişiye başvurulabilmektedir⁸⁴².

2.2.1.3. Dinleme Toplantısı Yapılması

Kurul esas hakkındaki kararını oluşturabilmek için tarafların dinlenilmesine ihtiyaç duyar ise mevzuat kendisine bu imkanı sağlamaktadır. 4734 sayılı Kanunun Kurulun yetkilerini düzenleyen 56 ncı maddesinde; *“Kurul tarafından gerekli görülen hallerde tarafların ve ilgililerin dinlenmesine karar verilir. Bu durumda, Kurul tarafından tespit edilen tarihte taraflar ve ilgililer dinlenir.”* hükmü yer almaktadır⁸⁴³.

Kurul tarafından dinleme toplantısı yapılmasına karar verilmesi halinde, söz konusu toplantıya ihaleye teklif veren tüm isteklilerin değil, sadece ihalenin sonucundan etkilenmesi muhtemel olan firmaların yetkili temsilcileri çağrılmakta, dinleme toplantısı video kaydına alınmakta ve toplantıda yapılan açıklamalar itirazın şikayetin değerlendirilmesinde dikkate alınmaktadır⁸⁴⁴.

İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı Fen İşleri Dairesi Başkanlığı Altyapı Hizmetleri Müdürlüğü tarafından gönderilen belge ve bilgiler incelendiğinde;

Çelikler Taah. İnş. San. A.Ş.’nin yeterli kabul edilerek teklif vermeye davet edilmesi ve bu aşamadan sonraki ihale işlemlerinin mevzuata uygun olarak yeniden gerçekleştirilmesi gerekmektedir.”

⁸⁴¹2577 sayılı Kanununun 31 inci maddesinde bilirkişi müessesesi konusunda 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa atıf yapmakta, bu Kanununun 266 ncı maddesinin 1 inci fıkrası 4734 sayılı Kanundakine paralel olan *“Mahkeme, çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvuramaz.”* hükmünü içermektedir.

⁸⁴²Gözübüyük/Tan, (İdari Yargı), s.951.

⁸⁴³4734 sayılı Kanun m. 56/4.

⁸⁴⁴Kamu İhale Kurulunun 03.05.2011 tarih ve 2011/UY.I-1527 sayılı kararından: *“22.04.2011 tarihinde saat 10:00’da, taraflar olarak idare, teklifi değerlendirme dışı bırakılan MPE Mühendislik İnşaat Taah. ve Dış Tic. A.Ş. ile ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibi olarak belirlenen Siemens San. ve Tic. A.Ş. ve ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi olarak belirlenen Nema Kimya Dış. Tic. San. ve Paz. A.Ş.’nin yetkili temsilcilerinin dinlenilmesine karar verilmiş ve 13.04.2011*

Dinleme toplantısı yapılması gerekliliğine ilişkin karar, dinleme toplantısının yapılması yetkisi Kanunla sadece Kurula tanındığından⁸⁴⁵, Kurumun idari bir birimince değil Kurul tarafından esasa ilişkin nihai karardan önce ara karar olarak alınmaktadır⁸⁴⁶. Başvuru dilekçelerinde dinleme talebi bulunması durumunda Kurum tarafından ek ön inceleme raporu hazırlanmakta, talebin kabulü halinde ise karar her iki tarafa bildirilerek dinleme toplantısına sadece başvuru sahibi değil idare de çağrılmaktadır. Kurul hatalı olarak başvuru sahibinin ve idarenin dinleme toplantısına çağrılması için tebligatta geçecek sürenin, itirazın şikayetin sonuçlandırılması için gereken zaman diliminde yapılamaması ihtimalini dinleme toplantısının yapılmamasına gerekçe olarak göstermektedir⁸⁴⁷. Oysa ki Kanunda Kuruma itirazın şikayet için tanınan süre ihale işlem dosyasının tekemmülünden yani ihale ile ilgili olarak karar verebilmek için gerekli olan tüm verilerin elde edilmesinden itibaren başlamakta olup⁸⁴⁸, dinleme toplantısını da dosyanın tekemmülünün bir unsuru olarak görmek gerekmekte ve itirazın şikayet başvurusunun sonuçlandırılması için öngörülen süreyi gerekli olması halinde dinleme toplantısından sonraya bırakmak icab etmektedir. Belirtilen sebeple dinleme toplantısı talebinin söz konusu toplantının yapılması için gereken süre olmadığı gerekçesiyle reddedilmesi, usul yönünden uygun olmadığı gibi, itirazın şikayet

tarihli yazılarla bu husus taraflara bildirilmiş ve 22.04.2011 tarihinde de tüm tarafların katılımı ile dinleme toplantısı gerçekleştirilmiştir.

İdare tarafından gönderilen ihale işlem dosyasında yer alan bilgi ve belgeler ile dinleme sesli video kaydına alınan dinleme toplantısında tarafların açıklamaları doğrultusunda inceleme ve değerlendirme yapılmıştır.”

⁸⁴⁵Bastık, s.170.

⁸⁴⁶Kamu İhale Kurulunun 15.06.2009 tarih ve 2009/UM.II-1695 sayılı kararından: “...Başvuru dilekçesinde yer verilen iddiaların yanı sıra nihai karar verilmeden önce taraflarının dinlenilmesinin talep edildiği anlaşılmış olup, 28.05.2009 tarih ve 2009/AKM. II-1101.1 sayılı Kurul Kararı ile dinleme toplantısı yapılmasına gerek bulunmadığı kararının alındığı görülmüştür...”

⁸⁴⁷Kamu İhale Kurulunun 09.09.2008 tarih ve 2008/AKHI.I-17900.2 sayılı kararından: “Nihai karar verme süresinin 15.09.2008 tarihinde dolduğu, şikayete konu ihaleyi yapan idarenin dinleme toplantısı talebinin 03.09.2008 tarihinde kurum kayıtlarına alındığı, öncelikle Kurul’un toplanıp hazırlanmış olan ek ön inceleme raporunu değerlendirip dinleme toplantısı yapılıp yapılmayacağına karar verilmesi gerektiği, eğer dinleme toplantısı yapılmasına kurul tarafından karar verilirse dinleme toplantısına her iki tarafında davet edilmesi gerektiği, buna ilişkin davetlerin başvuru sahibine ve idareye tebliğ edilmesi gerektiği ve bu süreçlere ilişkin gereken sürelerin göz önünde bulundurulması halinde, yeterli sürenin bulunmadığı anlaşıldığından, İdarenin dinleme toplantısı yapılması isteminin reddine”

⁸⁴⁸Işık, s.62.

başvurusu incelemesi neticesinde maddi olarak doğru sonucun elde edilmesine de hizmet etmediği kanaatindeyiz.

Uygulamada Kurul'un dinleme toplantısı yapılması yoluna nadir vakıalarda başvurduğu görülmektedir⁸⁴⁹. Kurul dinleme toplantısı yapılmasına gerek olup olmadığına başvuru dilekçesi üzerinden değil ihale işlem dosyasının tamamını inceledikten sonra karar vermekte, itirazın şikayet konusu hususların dosya üzerinden çözülebileceğine kanaat getirirse dinleme toplantısı taleplerini reddetmektedir⁸⁵⁰. Usul ekonomisini gerçekleştirmek adına, ön inceleme aşamasından geçemeyen ve esas incelemesi yapılmayacak başvurulara ilişkin dinleme talepleri de söz konusu taleplerin yerine getirilmesi halinde dahi hukuki sonuç doğuracak karar alınamayacağından reddedilmektedir⁸⁵¹. Kanaatimizce; gerek ihale işlem dosyasının tamamını görmesi ve ondan sonra dinleme toplantısına karar vermesi ve gerekse ön incelemeden reddedilecek taleplerde yer alan dinleme taleplerinin dikkate alınmaması yönündeki Kurul kararları, usul ekonomisinin sağlanması ve dinleme toplantısı mekanizmasının ihale sürecini uzatmaktan ziyade maddi gerçeğe ulaşma aracı olarak kullanılması gereklerine uygun düşmektedir.

4734 sayılı Kanundaki dinleme toplantısı, 2577 sayılı Kanunda yer alan duruşma ile benzerlik göstermekle beraber, idari mahkemeler, vergi mahkemeleri ve

⁸⁴⁹ Açık göz, s.190.

⁸⁵⁰ Kamu İhale Kurulunun 10.12.2007 tarih ve 2007/UH.Z-4033 sayılı kararından: "26.11.2007 tarih ve 2007 AK.H-2159.1 sayılı Kurul Kararıyla İhale sürecinin durdurulmasına gerek bulunmadığına karar verilmiş, dinleme toplantısı yapılması hususunun ise idareden ihale işlem dosyası geldikten sonra karar verilmesinin gerektiği belirtilmiştir. İdareden gönderilen ihale işlem dosyası 04.12.2007 tarih ve 35921 sayıyla Kurumumuz kayıtlarına alınmıştır.

Yapılan inceleme sonucunda; şikayetin konusunun, idarece ihale dokümanında yapılan benzer iş tanımının rekabeti engelleyecek şekilde düzenlendiğine ilişkin olduğu ve söz konusu iddianın dosya üzerinden yapılan incelemeyle sonuçlandırılabilirliği görülmüştür.

İhalelere Yönelik Yapılacak Başvurular Hakkında Yönetmeliğin 24 üncü maddesinde öngörülen koşulların oluşmadığı anlaşıldığından dinleme toplantısı yapılması hakkındaki talep uygun bulunmamıştır."

⁸⁵¹ Kamu İhale Kurulunun 05.12.2011 tarih ve 2011/UY.I-4026 sayılı kararından: "Başvuru sahibi dilekçesinde ayrıca konunun teknik bir konu olduğu gerekçesiyle dinleme toplantısı talebinde bulunmuştur.

İtirazın şikayet başvurusuna konu iddialara ilişkin olarak başvurunun reddedilmesi gerektiği sonucuna varıldığından ve itirazın şikayet başvurusuna ilişkin olarak esas incelemesine geçilmesine karar verilmediğinden bu aşamada dinleme toplantısı yapılmasına gerek bulunmadığı sonucuna varılmıştır."

Danıştay'da duruşma yapılabilmesi tarafların istemine⁸⁵² ya da mahkemenin kendi kararına bağlı bulunmakta iken⁸⁵³, 4734 sayılı Kanunda ise Kurulun gerekli görmesi şartına dayanmaktadır⁸⁵⁴. Bu noktada 4734 sayılı Kanun dinleme toplantısı için tarafların bu yöndeki taleplerini 2577 sayılı Kanundaki gibi yeterli görmemiş, Kurulun bu konuda iradesini⁸⁵⁵ şart koşmuştur⁸⁵⁶. 4734 sayılı Kanunun dinleme toplantısına ilişkin uygulamasının benzeri 2577 sayılı Kanunda temyiz ve itiraz aşamalarında öngörülmüş, bu aşamadaki tarafların duruşma talepleri tek başına yeterli görülmeyp, mahkemenin gerekli görmesi şartı aranmıştır⁸⁵⁷.

Uluslararası uygulamalarda BIO'lar tarafından yapılacak inceleme usulü düzenlenirken tarafların dinlenilmesi gerektiğinden bahsedilmekte ve buna ilave bazı düzenlemeler yapılması gerektiği de belirtilmektedir. AB Şikayet Direktifi bağımsız idari otoritenin kararlarını alırken, ilgili iki tarafında da savunmalarını dinlemesi gerektiğini ifade etmektedir⁸⁵⁸. BM Model Kanunu bağımsız idari otoritelerin yaptıkları incelemelerde tanık dinleme, tarafların temsilcisini dinleme ve taraflara

⁸⁵²2577 sayılı Kanununun 17 nci maddesinin 1 ve 2 nci fıkraları: “Danıştay ile idare ve vergi mahkemelerinde açılan iptal ve yirmibesbin Türk Lirasını aşan tam yargı davaları ile tarh edilen vergi, resim ve harçlarla benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezaları toplamı yirmibesbin Türk Lirasını aşan vergi davalarında, taraflardan birinin istegi üzerine duruşma yapılır.

Temyiz ve itirazlarda duruşma yapılması tarafların istemine ve Danıştay veya ilgili bölge idare mahkemesi kararına bağlıdır.”

⁸⁵³2577 sayılı Kanununun 17 nci maddesinin 4 üncü fıkrası: “1 ve 2 nci fıkralarda yer alan kayıtlara bağlı olmaksızın Danıştay, mahkeme ve hakim kendiliğinden duruşma yapılmasına karar verebilir.”

⁸⁵⁴Kamu İhale Kurulunun 09.11.2010 tarih ve 2010/UY.II-3439sayılı kararından: “4734 sayılı Kanunun “Kuruma İtirazen Şikayet Başvurusu” başlıklı 56 ncı maddesinin dördüncü fıkrasında; “Kurul tarafından gerekli görülen hallerde tarafların ve ilgililerin dinlenmesine karar verilir. Bu durumda, Kurul tarafından tespit edilen tarihte taraflar ve ilgililer dinlenir.” hükmü yer almaktadır.

Başvuruya konu ihalede 25.11.2010 tarihinde; idare yetkilileri ve şikayetçilerin katılacağı dinleme toplantısı yapılmasının uygun olacağı anlaşılmıştır.”

⁸⁵⁵Kurulun dinleme toplantısı yapıp yapmama hususunda takdir yetkisi olduğu kabul edilmektedir. Bastık, s.170.

⁸⁵⁶Kamu İhale Kurulunun 09.09.2008 tarih ve 2008/UH.III-3762 sayılı kararından: “...dinleme toplantısı yapılması talep edilmektedir....

Söz konusu ihalenin Belli İstekliler Arası İhale Usulüyle ihale edildiği, ihalede idarece istekli olabileceklere ihale dokümanı verildiği, ihale dokümanlarında söz konusu ihaleye ilişkin gerekli bilgi ve belgelerin mevcut olduğu, bu nedenle ilgililerin dinlenilmesine gerek bulunmadığı anlaşılmıştır.”

⁸⁵⁷Gözübüyük/Tan, (İdari Yargı), s.983.

⁸⁵⁸Weiler, J.H.H./ Kocjan, Martina **The Community System Of Judicial Remedies: Jurisdiction Examined**, 2005, NYU School of Law, USA, s.6-7.

kayıtlara ve belgelere ulaşma hakkı tanınması gerektiğini belirtmektedir⁸⁵⁹. Bağımsız idari otorite tarafından inceleme yapıp karar verilirken dikkat edilmesi gereken hususlar maddeler halinde DTÖ Kamu Alımları Anlaşmasında ise şu şekilde ifade edilmiştir; karar verilmeden önce taraflar dinlenmelidir, tarafların temsil edilebilme ya da eşlik edilebilme hakkı bulunmalıdır, tarafların şikayet ve inceleme sürecinin tüm aşamalarına erişebilme hakkı olmalıdır, inceleme süreci kamuya açık olmalıdır ve şahit dinletilebilmelidir⁸⁶⁰. Uluslararası düzenlemelerin inceleme usulüne ilişkin kuralları bir çok noktada Kamu İhale Kanunu ile özdeşleşmektedir şöyle ki; Kamu İhale Kanunu da tarafların dinlenilmesine imkan vermekte ve taraflara inceleme sırasında temsil edilebilme hakkı tanımaktadır. Model Kanun ve Kamu Alımları Anlaşmasının, Kamu İhale Kanunu ile uyuşmadığı nokta incelemenin her aşamasına tarafların erişiminin mümkün kılınması kuralıdır. Uluslararası düzenlemelerde bu temel esas yer almakla birlikte⁸⁶¹ Kamu İhale Kanununda ya da ilgili diğer mevzuatta bu hususu sağlayan herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Başvuru sahibi başvuru dilekçesini sunduktan sonra karar sonucunu beklemekte, idare de ihale işlem dosyasını idareye gönderme dışında bir işlem yapamamaktadır. Tarafların dinlenilmesi hususu ise tamamen Kurulun takdirinde olduğundan⁸⁶², tarafların incelemenin tüm aşamalarına erişim hakkının bulunması gerekliliği şeklinde uluslararası düzenlemelerde yer alan bu gerekliliğin Kamu İhale Kanununda bulunmadığını söylemek mümkündür. Yine inceleme sürecinin kamuya açık olması şeklinde Kamu Alımları Anlaşmasında yer alan kuralın⁸⁶³ Kamu İhale Kanunu ve uygulamasında yer almadığı sonucu ile karşılaşmaktayız. Kamu İhale mevzuatında inceleme süreci içerisinde temel iki nokta önem arz etmekte olup, bunlardan ilki itirazın şikayet konusuna ilişkin uzman raporunun hazırlanması (Kamu İhale Kurumu tarafından hazırlanan rapor) iken ikincisi Kamu İhale Kurulunun kararının oluşturulmasıdır⁸⁶⁴. Kurul kararı uzman raporu esas alınarak hazırlanmakla birlikte, daha önceden Kurul kararının “*Kurumca Yapılan İnceleme ve Değerlendirme*” başlıklı bölümünde var olan uzman raporunun sonucuna kararda yer verilmesi

⁸⁵⁹UNCITRAL Model Kanun m. 68/3.

⁸⁶⁰GPA m. 20/6.

⁸⁶¹GPA m. 20/6.

⁸⁶²Bastık, s.170.

⁸⁶³Arrowsmith/Anderson, s.490.

⁸⁶⁴Bastık, s.164.

uygulaması⁸⁶⁵ da kaldırılarak Kurul kararında uzman raporunun sadece hazırlandığından bahsedilmekte ancak içerik ya da neticesinden hiçbir şekilde söz edilmemektedir⁸⁶⁶. Böylece incelemenin kamuoyu önünde gerçekleşmesi şartının da ülkemiz uygulamasında karşılık bulmadığı sonucuna varılmaktadır.

2.2.1.4. İnceleme Süresi

İtirazen şikayet başvurularının incelenmesi Kanun koyucu tarafından belli bir süreye bağlanmıştır. Sürenin başlangıcı olarak ihale işlem dosyasının Kurum kayıtlarına girdiği tarih gösterildiğinden söz konusu sürenin esas incelemesi için geçerli olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Zira uygulamada ihale işlem dosyası esas incelemesine geçilmesinin ardından idarelerden talep edilmekte ve dosya Kuruma geldiği andan itibaren inceleme süresi başlamakta, ön inceleme aşamasında Kurumda geçen süre itirazen şikayet inceleme süresine dahil edilmemektedir⁸⁶⁷.

⁸⁶⁵Kamu İhale Kurulunun 02.01.2006 tarih ve 2006/UM.Z-32 sayılı kararından:

“KURUMCA YAPILAN İNCELEME VE DEĞERLENDİRME:

30.12.2005 tarih ve 07.07.97.0092/2005-51E sayılı Esas İnceleme Raporunda;

T.C. Deniz İkmal Merkezi Komutanlığınca 07.11.2005 tarihinde Açık İhale Usulü ile yapılan 8 Kısım 77 Kalem Muhtelif Kablo Alımı ihalesine ilişkin olarak Üntel Kablolari San. ve Tic. A.Ş.’nin 23.11.2005 tarihinde yaptığı şikayet başvurusunun, idarenin 29.11.2005 tarihli yazısı ile reddi üzerine, başvuru sahibinin 13.12.2005 tarih ve 64686 sayı ile Kurum kayıtlarına alınan 13.12.2005 tarihli dilekçe ile itirazen şikayet başvurusunda bulunduğu,

İdare tarafından gönderilen ihale işlem dosyasının incelenmesinden;

Tekliflerin alınmasından sonra yapılan ve mevzuata aykırılığı tespit edilen ihale işlemlerinin ve ihale kararının iptaline,

Şikayetçinin ve aynı gerekçe ile teklifi ihale dışı bırakılan isteklinin sunmuş olduğu teminat mektupları geçerli kabul edilerek, ihalenin her bir kısmı (8 kısım) için tekliflerin yeniden değerlendirilmesi hususunun, 4734 sayılı Kanunun 56 ncı maddesinin (a) bendi gereğince düzeltici işlem olarak belirlenmesine,

Karar verilmesinin uygun olacağı hususlarına yer verilmiştir.”

⁸⁶⁶Kamu İhale Kurulunun 28.02.2014 tarih ve 2014/UH.III-1177 sayılı kararı:

“KURUMCA YAPILAN İNCELEME:

Yüreğir Belediye Başkanlığı Park ve Bahçeler Müdürlüğü tarafından 24.10.2013 tarihinde açık ihale usulü ile yapılan “Park ve Bahçeler Müdürlüğü Çocuk Parkı, Dinlenme Alanı, Spor ve Yeşil Alan Temizliği Yapılması İşi” ihalesine ilişkin olarak Komat İnşaat Temizlik Ticaret ve Sanayi Limited Şirketi’nin 02.01.2014 tarihinde yaptığı şikâyet başvurusunun, idarenin 12.01.2014 tarihli yazısı ile reddi üzerine, başvuru sahibince 17.01.2014 tarih ve 2254 sayı ile Kurum kayıtlarına alınan 17.01.2014 tarihli dilekçe ile itirazen şikâyet başvurusunda bulunulmuştur.

Başvuruya ilişkin olarak 2014/373 sayılı şikâyet dosyası kapsamında yapılan inceleme neticesinde esas inceleme raporu tanzim edilmiştir.”

⁸⁶⁷Işık, s.62.

İtirazen şikayet başvurusuna ilişkin süreleri düzenleyen hüküm Kanununun 56 ncı maddesinde “*Kurum, itirazen şikayete ilişkin nihai kararını, incelenen ihaleye ilişkin gerekli bilgi ve belgeler ile ihale işlem dosyasının kayıtlara alındığı tarihi izleyen yirmi gün içinde vermek zorundadır. Bu süre 21 inci maddenin (b) ve (c) bentlerine göre yapılan ihaleler ile şikayet ve itirazen şikayet üzerine alınan ihalenin iptal edilmesi işlemine karşı yapılacak itirazen şikayet başvurularında on iş günü olarak uygulanır.*” şeklinde ifade edilmiştir⁸⁶⁸.

Genel olarak inceleme süresi Kanunda yirmi gün olarak öngörülmüşken, istisnai hallerde yani pazarlık usulünde ve ihalenin iptali kararlarına karşı olan başvurularda on iş günü olarak belirlenmiştir⁸⁶⁹. Öncelikle kanun yapma tekniği olarak söz konusu maddenin özensiz hazırlandığı sonucu, yirmi gün ile on iş günü arasında uygulamada çok ciddi bir fark olmamasında açıkça görülmekte olup, on iş gününün bazı hallerde yirmiden fazla takvim gününe tekabül etmesi ise bu yargıyı daha da güçlendirmektedir⁸⁷⁰. İkinci olarak Kanununun 21/(b) ve (c) bentlerinde öngörülen pazarlık usulü acil durumlar için öngörülmüş ihaleler için söz konusu olmakta olup bu durumlara ilişkin incelemenin daha kısa sürede yapılmasının öngörülmesi haklı gözükse dahi, ihalenin iptaline ilişkin kararlarda yapılacak incelemenin ivedi olarak öngörülmesinin tutarlı bir gerekçesi bulunmadığı kanaatindeyiz. 4734 sayılı Kanunda öngörülen şikayet ve itirazen şikayet müesseselerinin temel amaçlarından biri idari başvuru sürecini kısaltmak olmakla birlikte, iptal edilen bir ihalenin yürüyen bir süreci olmayacağı noktasından hareketle söz konusu iptal işlemine ilişkin başvuruların olağan başvurulara kıyasla kısa sürede sonuçlandırılmasında kamu yararı bulunmadığı ortadadır. Bundan başka, idareye şikayet olmaksızın ihalenin iptali durumlarında itirazen şikayet başvuru yolunu kullanma imkanı olmaması ve bu durumlarda başvuruların 2577 sayılı Kanununun 11 inci maddesindeki idari başvuru şeklinde ve bu başvuru yolu için öngörülen altmış

⁸⁶⁸4734 sayılı Kanun m. 56/5.

⁸⁶⁹Bu süre Kanunun önceki düzenlemelerinde başvuru tarihinden itibaren 45 gün idi ve herhangi bir özel düzenleme içermemekteydi. Canbazoglu, s.175.

⁸⁷⁰Örneğin 2013 yılının Ekim ayının 11 inde yapılan bir itirazen şikayet başvurusu için 10 uncu iş günü 1 Kasım tarihine tekabül etmekte, söz konusu durumda 10 iş günü 21 takvim gününe denk gelmektedir.

gün içinde yapılabilmesi⁸⁷¹ ihalenin iptali kararının ivedi olarak sonuçlanması gereken idari işlemler arasında görülmediğini de ortaya koymaktadır. Bu durumda ihalenin iptali kararları karşısında kanun koyucunun ikili bir ayrıma gittiği, idarenin ihaleyi şikayet başvurusundan sonra iptal etmesi durumunda başvurunun olağan idari başvuru yollarından daha kısa sürede sonuçlandırmak istediği, ihalenin iptali kararının şikayet başvurusu olmaksızın yapılması durumunda ise 2577 sayılı Kanundaki olağan idari başvuru usulünün işletilmesi sebebiyle daha uzun bir sürede sonuçlanmasını öngördüğü sonucunu ortaya çıkmaktadır ki, bu durumun ne kamu yararı ile ve ne de durumun gereği ile açıklanma imkanı bulunmamaktadır.

İhale işlem dosyasının Kurum kayıtlarına alındığı tarih itirazın şikayet süresinin başlangıç tarihi olarak Kanunda belirlenmiş olursa da, uygulamada ihale işlem dosyasının “tekmül” etme tarihi, itirazın şikayeti inceleme süresinin başlangıcı olarak kabul edilmektedir. Tekmül etme ile kastedilen, ihale ile ilgili gerek duyulan tüm belgelerin ulaştığı an olup, söz konusu husus bir Kurul kararının ek gerekçesinde dolaylı olarak ifade edilmektedir⁸⁷².

Uluslararası düzenlemelerde bağımsız idari otorite tarafından yapılacak incelemelerin belli kriterlerce zaman yönünden sınırlanması gerekliliği ortaya konulmuştur. DTÖ Kamu Alımları Anlaşmasında inceleme ve karar aşamasının makul bir sürede (timely fashion) sonuçlandırılması esası olmaktadır⁸⁷³. Bu noktada makul sürenin ne kadar olduğu yönünde açık bir hüküm bulunmamakla birlikte bu

⁸⁷¹ Işık, s.62.

⁸⁷² Kamu İhale Kurulunun 25.08.2011 tarih ve 2011/UY.I-2920 sayılı kararının ek gerekçesinden: *“Nitekim uzman tarafından 18.07.2011 tarihinden Sosyal Güvenlik Kurumuna yazılan yazıya 09.08.2011 tarihinde Kurum kayıtlarına alınan yazı ile cevap verilmiş, bunun üzerine Uzman tarafından 21.08.2011 tarih ve 2011/6 sayılı Esas İnceleme Raporu hazırlanmıştır. Esas İnceleme Raporu, Kurulun 25.08.2011 tarihli oturumunda görüşülerek oy çokluğu ile “Düzeltilici işlem belirlenmesine” karar verilmiştir. 28.07.2011 tarihinde esasın incelemesi ile görevlendirilen Uzman tarafından ilgili bilgi ve belgelerin Kurum kayıtlarına alındığı tarihten itibaren 11 gün içerisinde esas inceleme raporu hazırlanmış, Kurul tarafından da 16 gün içerisinde başvuruyu esastan sonuçlandırılan karar alınmıştır. 4734 sayılı Kanununun 56 ncı maddesi anlamında ilgili bilgi ve belgelerin Kurum kayıtlarına alındığı tarihten itibaren 20 gün içerisinde itirazın şikayet başvurusunun esasına ilişkin olarak Kurul kararı alındığı anlaşıldığından Kurum başkan vekili (II. Başkan) tarafından, 20 günlük süre geçtikten sonra ön inceleme raporu hazırlandığı gerekçesiyle uzman ile daire başkanı hakkında soruşturma/inceleme açılması yasal dayanaktan yoksundur.”*

⁸⁷³ Arrowsmith/Anderson, s.667; Mavroidis, Petros C., **Trade in Goods**, Oxford University Press, United Kingdom, 2012, s.811.

süreye ilişkin olarak Anlaşmada ortaya atılan temel kriter “*ticari ve diğer menfaatlerin korunması*” (preservation of the commercial and other interests) olmaktadır⁸⁷⁴. BM Model Kanunu ise üye ülkelere takdir hakkı tanımakta, anlaşmaya taraf ülkelerin bu konuda iç düzenleme ile karar verme süresini belirleyebileceğini belirtmekte ve verilen kararın 4734 sayılı Kanunda olduğu gibi⁸⁷⁵ tüm ilgililere duyurulması gerekmektedir⁸⁷⁶. Model Kanunda Alınan kararın derhal (immediately) idareye ve ilgililere bildirilmesi gerektiği belirtilmektedir⁸⁷⁷.

2.2.1.5. Şikayet Sebebiyle Bağlı Olma ve Re’sen İnceleme Kriterleri

KİK itirazın şikayet başvurularına ilişkin olarak sınırsız bir yetki ile donatılmış değildir. KİK’in itirazın şikayet başvuruları ile ilgili olarak yetkisinin sınırı Kanunda şu ifadeler ile belirlenmiştir; “*Kurum itirazın şikayet başvurularını başvuru sahibinin iddiaları ile idarenin şikayet üzerine aldığı kararda belirlenen hususlar ve itiraz edilen işlemler bakımından eşit muamele ilkesinin ihlal edilip edilmediği açılarından inceler. İdare tarafından şikayet veya itirazın şikayet üzerine alınan ihalenin iptal edilmesi işlemine karşı yapılacak itirazın şikayet başvuruları ise idarenin iptal gerekçeleriyle sınırlı incelenir.*”⁸⁷⁸

Öncelikle itirazın şikayet incelemesinin sınırları, itirazın şikayet başvuru dilekçesinde belirtilen hususlar olmakta, Kurul mevzuata aykırılığı görse dahi re’sen iddialarda belirtilmeyen hususlarla ilgili olarak inceleme yapma yetkisine sahip bulunmamaktadır⁸⁷⁹. Bu sınıra ilave olarak Kurulun itirazın şikayet inceleme yetkisini daha da daraltılmış, ihaleyi yapan idare nezdinde şikayet başvurusuna konu olmamış hususlar hakkında, bu hususlar başvuru dilekçesinde belirtilse dahi inceleme yapılamamaktadır. Bu durumda Kurul sadece şikayet incelemesine tabi

⁸⁷⁴GPA m. 20/8.

⁸⁷⁵Kamu İhale Kanunu m. 55/3

⁸⁷⁶UNCITRAL Model Kanun m. 66/7.

⁸⁷⁷UNCITRAL, **Guide to Enactment of UNCITRAL Model Law on Public Procurement**, United Nations, New York, 2012, s.248-250.Çevrimiçi: <http://www.uncitral.org>, 15.09.2012. (Enactment)

⁸⁷⁸4734 sayılı Kanun m. 56/2.

⁸⁷⁹Korkmaz, s.47.

tutulan hususlar hakkında inceleme yaparak⁸⁸⁰, şikayet başvurusuna tabi tutulmayan hususlara ilişkin başvuru taleplerini reddetmektedir⁸⁸¹.

Kurul re'sen inceleme yetkisine sahip olmamakla birlikte, sınırlı da olsa "itiraz edilen işlemler bakımından eşit muamele ilkesinin ihlal edilip edilmediği" açılarından re'sen araştırma yapılabilme yetkisine sahip bulunmakta⁸⁸² ve bu araştırma sonucunda elde edilen veriler çerçevesinde (başvuru sahibinin teklifi dahi bu kapsamda incelenerek) düzeltici işlem veya iptal kararı verilebilmektedir⁸⁸³.

Kurulun re'sen inceleme yetkisinin sınırını teşkil eden eşit muamele ilkesinin uygulamasında başvuruda belirtilen hususların dışına çıkılıp çıkılmayacağı konusunda sorunlar ortaya çıkmaktadır. Kurul incelediği bir başvuruda, yapılan itirazın şikayet başvurusunda başvuru sahibinin itirazını reddettikten sonra, eşit muamele ilkesi çerçevesinde yaptığı re'sen incelemede, itirazın şikayet dilekçesinde

⁸⁸⁰Kamu İhale Kurulunun 01.01.2010 tarih ve 2010/UY.III-3361 sayılı kararından: "Anılan Kanun ve Yönetmelik hükümlerine göre şikayet ve itirazın şikayet başvurusunda bulunulabilmesinin ön koşulu hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğranması veya zarara uğranmasının muhtemel olmasıdır. Şikayete konu ihalede başvuru sahibinin teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasının mevzuata uygun olduğu, iddialarının teklifinin değerlendirme dışı bırakılma gerekçelerine ilişkin olmadığı ve bu nedenle herhangi bir hak kaybının söz konusu olmadığı görüldüğünden başvuru sahibinin şikayet ehliyetinin bulunmadığı anlaşılmıştır.

Başvuru sahibinin itirazın şikayet dilekçesinde yer alan 1 inci iddiasının yapılan inceleme sonucunda yerinde olmadığı tespit edildiği, bu nedenle 2, 3 ve 4 üncü iddiaları bakımından şikayet ehliyetinin bulunmadığı ve başvurunun reddi gerektiği sonucuna varılmıştır."

⁸⁸¹Kamu İhale Kurulunun 25.08.2011 tarih ve 2011/UH.II-2995 sayılı kararından: "Yukarıda yer alan mevzuat hükümleri gereğince itirazın şikayet başvurusunun incelenmesinde idareye başvuru konusu edilmeyen hususlar dikkate alınmayacağından, idareye şikayet başvurusunda yer verilmeyen bahse konu iddiaya ilişkin başvurunun reddi gerekmektedir."

⁸⁸²Canbazoğlu, s.182.

⁸⁸³Kamu İhale Kurulunun 02.01.2012 tarih ve 2012/UH.II-94 sayılı kararı: "İtirazın şikayet dilekçesinde özetle; ihale uhdesinde kalan isteklinin aşırı düşük teklif açıklamasının mevzuata aykırı olduğu, bu nedenle teklifinin reddedilmesi gerektiği iddialarına yer verilmiştir.

A- Başvuru sahibinin iddialarının değerlendirilmesi sonucunda aşağıdaki hususlar tespit edilmiştir:

..., personel taşıma giderine ilişkin açıklamanın mevzuata uygun olmadığı tespit edildiğinden, **isteklinin teklifinin reddedilmesi gerekmektedir.**

Açıklanan nedenlerle, başvuru sahibinin iddiası yerinde bulunmuştur.

B- ... Eşit muamele ilkesi bakımından başvuru sahibinin sunduğu aşırı düşük teklif açıklaması incelendiğinde;

Açıklanan nedenlerle, **başvuru sahibinin aşırı düşük teklif açıklamasının uygun olmadığı görülmüş olup, teklifinin reddedilmesi gerekmektedir.**

... ihalede rekabetin yeterli derecede sağlanmadığı anlaşıldığından, **ihalenin iptal edilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır."**

belirtilmeyen sebepler çerçevesinde idare tarafından yapılan değerlendirmelerin eşit muamele ilkesine uymadığını tespit ederek ihalenin iptaline karar vermiştir⁸⁸⁴. Açılan dava üzerine İdare Mahkemesi “eşit muamele yönünden yapılacak incelemenin yalnızca itirazın edilen işlemler bakımından yapılacağı yolunda yasal sınırlama bulunduğu dikkate alındığında, davalı idarenin dava konusu işlemi tesis ederken yasa ile kendisine tanınmış olan inceleme yetkisinin sınırlarını aştığı” gerekçesiyle Kurul kararının iptaline karar vermiştir⁸⁸⁵. KİK’in temyiz başvurusu sonucu Danıştay 13 üncü Dairesi, Kurulun yetkisini aşarak itirazın şikâyet dilekçesinde belirtilmeyen hususlarda eşit muamele ilkesi gereği inceleme yapamayacağı yönündeki İdare Mahkemesi kararını onamıştır⁸⁸⁶. Başka bir Kararında Danıştay eşit muamele çerçevesinde yapılacak re’sen incelemenin itirazın şikâyet sebepleriyle sınırlı olarak yapılabileceğini “Buna göre, itirazın şikâyet başvuruları üzerine Kurulca yapılacak incelemenin, başvuru sahibinin şikâyet ve itirazın şikâyet başvurusuna konu ettiği iddiaları ile idarenin şikâyet üzerine aldığı kararda belirlenen hususlar ve itiraz edilen işlemler bakımından eşit muamele ilkesinin ihlal edilip edilmediğine yönelik olarak sınırlandırıldığı, dolayısıyla şikâyet ve itirazın şikâyet başvurusuna konu edilmeyen bir hususta Kurulun re’sen inceleme yapmak suretiyle işlem tesis etmesi halinde işlemin yetki yönünden hukuka aykırı olacağı açıktır.” ifadeleriyle belirtmiştir⁸⁸⁷. Kanaatimizce Danıştay’ın bu görüşü Kanunun lafzı ile örtüşmekle birlikte, ihalelere karşı idari başvurulara yönelik idari başvuru mekanizmasının varoluş amacına uygun düşmemektedir. Zira bu yorum ile Kurul hukuk mahkemesi yargıcı ile aynı duruma düşürülmüş re’sen inceleme yetkisi oldukça sınırlı bir alana indirgenmiş olmaktadır.

Kamu İhale Kurulu bazı kararlarında, kanunun lafzının da ötesine geçerek kendi inceleme yetkisine bir sınır daha getirmektedir. Buna göre Kurul, inceleme yetkisini sadece ihale işlem dosyasının içeriği ile sınırlı görmekte, ihale işlem

⁸⁸⁴Kamu İhale Kurulunun 14.12.2010 tarih ve 2010/UY.II-3719 sayılı kararı.

⁸⁸⁵Ankara 7. İdare Mahkemesi, 31.01.2012, E:2011/255, K:2012/126.

⁸⁸⁶D13D, 08.11.2012, E:2012/1722, K:2012/2832.

⁸⁸⁷D13D, 19.10.2012, E:2012/2560, K:2012/2538.

dosyasının dışındaki hususlarda kendini yetkisiz saymaktadır⁸⁸⁸. Oysa ki Kurulun yetkisini ihale işlem dosyasının içeriği ile sınırlandırdığı kararında, bu yetki sınırlamasına dayanak olarak gösterdiği Kanun hükmü⁸⁸⁹, ihale işlem dosyasının Kurum kayıtlarına alındığı tarihte inceleme için öngörülen sürenin başlayacağı tarihi belirtmekte, Kurulun yetkisini ihale işlem dosyası ile sınırlandıracak hiçbir ifade içermemekte olup, Kurulun söz konusu kararının Kanun tarafından kendisine verilen görev alanını mevzuata uygun olmayan bir yorumla daralttığı kanaatindeyiz. Eğer Kurul bu kararı ile sadece dosya üzerinden inceleme yapma yetkisine sahip olduğunu anlatmak niyetinde ise bu durumda da, tarafları dinleme ve bilirkişiden yararlanabilme gibi müesseseleri göz ardı etmiş olmaktadır.

Görüleceği üzere ihalelere karşı yapılacak itirazın şikayet başvurularında Kurul'un re'sen araştırma yetkisi "*itiraz edilen işlemler bakımından eşit muamele ilkesinin ihlal edilip edilmediği*" şeklinde sınırlı bir alana sıkıştırılarak⁸⁹⁰, idari mahkemelerin re'sen araştırma ilkesinin çok gerisinde bırakılmıştır, zira idari yargılama usulünde mahkemeler taraflarca belirtilen iptal sebepleri ile bağlı olmaksızın inceleme yapabilmektedirler⁸⁹¹. Kanaatimizce belirtilen yetkileri bakımından Kurul işlevsel olarak tarafların delilleri ve iddiaları ile bağlı hukuk mahkemesi hakimine⁸⁹² benzemekte, kamu yararı amacına yönelik idari makam olma özelliğini bir bakıma yitirmiş gözükmektedir. Gerek ihalelerde denetimin sağlanması ve gerekse bu denetimin etkin hale getirilerek, idari işlemin genel amacı olan kamu yararının elde edilebilmesi için Kurul'un re'sen araştırma yetkisinin idare

⁸⁸⁸Kamu İhale Kurulunun 20.03.12010 tarih ve 2010/UH.I-870 sayılı kararından: "*Anılan Kanun hükmü gereğince, itirazın şikayet başvurusunun ihale işlem dosyası üzerinde yapılacak incelemeyle sonuçlandırılması esastır. Başvuru sahibinin iddiası, zarf açma ve belge kontrol tutanağının yazılı olarak istendiğine ilişkin ihale işlem dosyasında herhangi bir belge ve bilgi yer almadığından uygun bulunmamıştır.*"

⁸⁸⁹ 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun "Kuruma itirazın şikayet başvurusu" başlıklı 56 ncı maddesinin beşinci fıkrasında; "*Kurum, itirazın şikayete ilişkin nihai kararını, incelenen ihaleye ilişkin gerekli bilgi ve belgeler ile ihale işlem dosyasının kayıtlara alındığı tarihi izleyen yirmi gün içinde vermek zorundadır. Bu süre 21 inci maddenin (b) ve (c) bentlerine göre yapılan ihaleler ile şikayet ve itirazın şikayet üzerine alınan ihalenin iptal edilmesi işlemine karşı yapılacak itirazın şikayet başvurularında on iş günü olarak uygulanır.*" hükmüne yer verilmiştir.

⁸⁹⁰Canbazoğlu, s.182.

⁸⁹¹Oğurlu, Yücel "Danıştay Kararları Işığında İdari Yargılama Usulünde Re'sen Araştırma İlkesi", **A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt II, Sayı 1, 1998, s.128. (Re'sen Araştırma)

⁸⁹²Kuru/Arslan/Yılmaz, s.360.

mahkemesi seviyesine çıkarılması gerektiği değerlendirilmektedir. Bu şekilde yapılacak bir re'sen yetki arttırımı zorunlu başvuru yolu olan itirazın şikayet ile bu başvuru sonucu ortaya çıkan kararların yargısal denetimini yapan idari yargılamayı aynı düzlem üzerine oturtarak, ihalelerin denetiminde eşgüdüm sağlanmış olacaktır.

Kanunun önceki düzenlemelerinde Kurul tarafından iddiaların incelemesi adı altında inceleme yapılabiliyordu. Bu inceleme Kurulun re'sen araştırma ilkesinin ve denetim yetkisinin önemli bir unsurunu oluşturmaktaydı. Kurul bu yetkisi ile herhangi bir başvuru olmaksızın kendiliğinden de inceleme yapabilmekte ancak ihalenin esasına etkili karar verememekte, ilgili eksiklikleri ihaleyi yapan idareye, üstü durumundaki kuruluşa ya da adli makamlara bildirmekte, bir bakıma ihaleler konusunda ayrı bir denetim görevi görmekteydi. Kurul tarafından yapılan bir iddiaların incelemesi neticesinde, *“iptal kararı verilmesi gerekmele birlikte iddiaların incelemesi neticesi iptal kararı verilemeyeceği gerekçesiyle tespit edilen hukuka aykırılıkların ilgili idareye bildirilmesine”* karar verilmiş, söz konusu karar dava konusu yapılmıca İdare Mahkemesi, Kurulun ancak Kanunda sayılı kararlardan birini verebileceğini belirtmiş⁸⁹³, Danıştay 13 üncü Dairesi ise bizim de katıldığımız *“Kurumun gerekli gördüğü takdirde bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine aykırılık bulunduğu yolundaki iddiaları da inceleyip sonuçlandıracağı hükme bağlanmakla birlikte, Kanun'da iddiaların incelenmesine ilişkin usul ve esasların yer almaması nedeniyle, başvuruya ilişkin kuralların, yapılacak incelemenin usulünün ve iddiaların incelenmesi sonucunda, itirazın şikâyet başvurularının incelenmesi sonucu verilen kararlardan birinin verileceğine dair bir düzenlemenin olmaması karşısında, bu konunun usul ve esasları ile verilecek kararlara ilişkin ayrıntıların düzenlendiği Yönetmelik hükümlerine dayanılarak tesis edilen dava konusu Kamu İhale Kurulu kararında hukuka aykırılık bulunmadığı”* gerekçesiyle İdare Mahkemesi kararını bozmuştur⁸⁹⁴.

Danıştay yukarıda sunulan kararında iddiaların incelenmesi neticesinde itirazın şikâyet sonucunda alınması gereken kararlardan birinin alınamayacağını

⁸⁹³Ankara 7. İdare Mahkemesi, 23.11.2007, E:2006/2504, K:2007/2352.

⁸⁹⁴D13Da, 21.01.2011, E:2008/3065, K:2011/194.

belirtmekle birlikte, iddiaların incelenmesi neticesinde tespit edilen eksikliklerin idarece yerine getirilmesi gerektiğine, yani iddiaların incelenmesi neticesinde alınan kararların itirazen şikâyet başvurusu kararları gibi uygulanması gerektiğine de hükümlenmektedir. KİK'e yapılan başvuru neticesinde Kurul tarafından yapılan incelemede bazı hukuka aykırılıklar tespit edilip, bu aykırılıkların idareye bildirilmesine karar verilmiştir⁸⁹⁵. Bunun üzerine idare yeni bir karar tesis etme yolunu izlemiştir. Yeni tesis edilen karardan memnun olmayan bir istekli Kurula “Kurul kararının hatalı şekilde uygulandığı” gerekçesiyle başvurması üzerine Kurul, “iddiaların incelenmesi neticesinde verilen kararların hatalı olarak uygulandığına dair başvuruda bulunulamayacağı” gerekçesiyle başvuruyu incelemeksizin reddetmiştir⁸⁹⁶. Bunun üzerine Danıştay iddiaların incelenmesi neticesinde alınan kararların idarelerce uygulanması gerektiğini ve hatalı uygulanan kararın da itirazen şikâyete konu olabileceğini belirterek Kurul kararını iptal etmiştir⁸⁹⁷. Danıştay'ın ve Kurul'un bu karar çerçevesinde serdettikleri görüşlere katılmak mümkün bulunmamaktadır. Öncelikle Danıştay'ın ifade ettiği, Kurul tarafından iddiaların incelenmesi kapsamında alınan kararların uygulanması gerektiğine dair karar, yukarıda yer verilen ve yine Danıştay tarafından ileri sürülen “iddiaların incelenmesi kapsamında itirazen şikâyet neticesinde alınması gereken kararlardan birinin iddiaların incelenmesi kapsamında alınmasının mümkün olmadığı” şeklindeki görüş ile çelişki taşımaktadır. Zira Kurul'un iddiaların incelenmesi kapsamında itirazen şikâyet neticesinde alınabilecek kararları, iddiaların incelenmesi neticesinde

⁸⁹⁵Kamu İhale Kurulu'nun 23.07.2008 tarih ve 2008/UY.Z-3067 sayılı kararı.

⁸⁹⁶Kamu İhale Kurulunun 23.07.2008 tarih ve 2008/UY.Z-3067 sayılı kararı.

⁸⁹⁷D13Da, 15.04.2011, E:2008/8295 K:2011/1646: “Olayda, davacı tarafından yapılan 20.02.2008 tarihli itirazen şikâyet başvurusundaki eksiklikler nedeniyle iddiaların incelenmesi kapsamında yapılan inceleme sonucunda tespit edilen aykırılıkların İdareye bildirilmesi şeklindeki Kurul kararlarının gereğinin yerine getirilmediği iddiasıyla 12.06.2008 tarihinde itirazen şikâyet başvurusunda bulunulduğu, iddiaların incelenmesi yoluyla yapılan inceleme sonucunda, tespit edilen aykırılıkların idareye bildirilmesi şeklindeki Kurul kararlarının eksik ya da yanlış uygulandığı veya hiç uygulanmadığı iddiasıyla itirazen şikâyet başvurusunda bulunulması mümkün olmadığından itirazen şikâyet başvurusunun uygun bulunmadığı anlaşılmakta olup, başvurunun iddiaların incelenmesi kapsamında değerlendirilmesi üzerine yapılan inceleme sonucunda; idarenin ihale sürecine ilişkin itiraza konu olan işlemlerinin mevzuata aykırı olduğu yönünde belirlemede bulunan ve nihaî karar niteliği taşıyan 21.04.2008 tarih ve 2008/UY.Z-1692 sayılı Kurul kararının gereğinin ihaleyi yapan idare tarafından yerine getirilmesi zorunluğu karşısında, davacı tarafından, Kurul kararının gereğinin yerine getirilmediği iddiasıyla yapılan itirazen şikâyet başvurusunun incelenmesi gerektiğinden, yukarıda hukuka aykırılığı ortaya konulan Yönetmelik düzenlemesine dayanılarak tesis edilen dava konusu 23.07.2008 tarih ve 2008/UY.Z-3067 sayılı Kamu İhale Kurulu kararında da hukuka uyarlık bulunmamaktadır.”

alamamasının manası, bu inceleme sonucunda alınan kararların aynı mahiyette olmaması yani idarece uygulanma zorunluluğunun bulunmamasıdır. İddiaların incelenmesi neticesinde alınan kararın idareye bildirilmesi şeklinde ifade edilmesindeki amaç da budur. Bununla birlikte Kurul'un yapılan başvuru sonucundaki nitelendirmesi de hatalı olmuştur. Zira iddiaların incelenmesi neticesinde idarece zorunlu olmamasına rağmen, belirtilen hukuka aykırılıklar dikkate alınarak yeni bir karar alınmış olduğundan ve bu karar ihale süreci içerisinde gerçekleştiğinden, söz konusu kararın “*Kurul kararının uygulanmaması*” çerçevesinde değil de, ihale süreci içerisinde herhangi bir işlem gibi değerlendirilmesi ve öncelikle şikayet ve sonrasında itirazın şikayet denetimine tabi tutulması gerekmektedir.

2.2.2. Esas İncelemesi Sonucunda Alınacak Kararlar

Kurulun esas incelemesi neticesinde alabileceği kararlar Kanunla belirlenmiş olup Kurul bu konuda bağlı ve sınırlı bir yetki ile donatılmıştır. 4734 sayılı Kanunda, yapılan inceleme neticesinde Kurul tarafından; “*a) İhale sürecinin devam etmesine engel oluşturacak ve düzeltici işlemle giderilemeyecek hukuka aykırılığın tespit edilmesi halinde ihalenin iptaline,*

b) İdare tarafından düzeltme yapılması yoluyla giderilebilecek ve ihale sürecinin kesintiye uğratılmasına gerek bulunmayan durumlarda, düzeltici işlem belirlenmesine,

c) Başvurunun süre, usul ve şekil kurallarına uygun olmaması, usulüne uygun olarak sözleşme imzalanmış olması veya şikayete konu işlemlerde hukuka aykırılığın tespit edilememesi veya itirazın şikayet başvurusuna konu hususun Kurumun görev alanında bulunmaması hallerinde başvurunun reddine” kararlarından duruma uygun olanının alınması hüküm altına alınmıştır⁸⁹⁸. Belirtilen madde hükmü karşısında

⁸⁹⁸4734 sayılı Kanun m. 54/10.

Kurul bu üç karardan birini alarak itirazın şikayet başvurusunu neticelendirmek durumundadır⁸⁹⁹.

BM Model Kanunu çerçevesinde idareler esas incelemesine geçilmesi halinde bağımsız idari otorite aşağıdaki kararlardan birine ya da birkaçına hükmedebilir;

- İdareyi ihale süreci ile ilgili olarak mevzuata uygun olmayan kararlar almasından men edebilir,
- İdarenin hukuka uygun olmayan eylemleri yerine anlaşma hükümlerine uygun hareket etmeye zorlayabilir,
- Yapılan işlemin tamamı değil de bir kısmının anlaşma hükümlerine uygun olmaması durumunda sadece bu kısım işlemleri iptal edebilir,
- İdare tarafından şikayet üzerine verilen kararı değiştirebilir,
- Başvuruyu reddedebilir,
- Anlaşma hükümlerine uygun olmadan imzalanan sözleşmenin hükümsüzlüğüne hükmedebilir,
- Bunun dışında durumun gerektirdiği diğer alternatif tedbirleri ve kararları alabilir⁹⁰⁰.

Esas incelemesi sonucunda Model Kanun çerçevesinde bağımsız idari otoritenin alabileceği kararlar, 4734 sayılı Kanun gereğince Kurul tarafından alınabilecek kararlar ile karşılaştırıldığında, Model Kanunun bağımsız idari otoriteye tanıdığı karar imkanlarının daha geniş ve duruma uygun alternatifler oluşturabilmeyi sağlayıcı mahiyette olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır.

AB Şikayet Direktifi çerçevesinde bağımsız idari otorite kamu yararının üstün olduğu bazı hallerde, usule uyulmadan imzalanan sözleşmelerin hükmünün devam etmesine karar verebilir. Bu gibi durumlar için bağımsız idari otoritelerin alternatif cezai hükümlere başvurabilmelerine ilişkin düzenlemeler yapılması üye ülkelerin yükümlülüğünde bulunmaktadır. Özellikle sözleşmenin kutsal addedildiği Danimarka ve İngiltere gibi ülkelerde bu gibi durumlarda yüksek miktarda parasal

⁸⁹⁹Korkmaz, s.51.

⁹⁰⁰UNCITRAL Model Kanun m. 67/9.

cezalara hükmedildiği görülmektedir⁹⁰¹. Alternatif cezaların orantılı, caydırıcı ve etkili olması gerekmekte⁹⁰², bu cezalar ihaleyi yapan idare aleyhine cezai tazminat ve sözleşme süresinin kısaltılması şeklinde olabilmektedir. İsveç bu konuda kendi para birimi cinsinden belli bir aralık belirlemiş, ancak cezai tazminatın hiçbir şekilde sözleşme bedelinin yüzde onunu geçmeyeceğini hüküm altına almıştır⁹⁰³. Cezai tazminat miktarı belirlenirken hukuka aykırılığın ciddiyeti ve derecesi, idarenin davranışları ve sözleşmenin süresi gibi somut durum göz önünde bulundurulmalıdır⁹⁰⁴. Ülkemiz mevzuatında ise KİK tarafından idare aleyhine cezai tazminata hükmedilmesine imkan verecek bir düzenleme bulunmamakta olup, maddi tazminata ilişkin konular mahkemelerde genel hükümlere göre görülmektedir. Kanaatimizce AB Direktiflerinde olduğu gibi ihalede hak kaybına uğradığı tespit edilenlere, BİO tarafından belli sınırlar dahilinde idare aleyhine maddi tazminat verebilme yetkisi verilmesi ihalelere karşı idari başvuru yolunun etkinliğini arttıracaktır.

2.2.2.1. İhalenin İptali Kararı

Kurum tarafından yapılan itirazın şikayet incelemesi sonucunda, ihalenin iptaline kararı verilebilmesi için, ihale sürecinin devam etmesine engel oluşturacak nitelikte bir hukuka aykırılığın varlığı ve bu aykırılığın düzeltici işleme giderilemeyecek boyutta olması şartları birlikte aranır⁹⁰⁵.

Hangi hukuka aykırılık hallerinin ihalenin iptali sebebi olacağına ilişkin bir liste veya genel geçer kriterler bulunmamakta, somut olayın incelemesine göre

⁹⁰¹Caranta, Roberto “The Comparatist’s Lens on Remedies in Public Procurement”, **Working Papers Series European and Comparative Law Issues**, 2011, Istituto Universitario di Studi Europei, s.10, <http://workingpapers.iuse.it/wp-content/uploads/2011/08/2011-02-ECLI.pdf>, 03.11.2013.

⁹⁰²Forsell, Anna Ulfsson/Pedersen, Kristian “The Implementation of the Remedies Directive in Sweden”, **Who’s Who Legal**, Ağustos 2012, s.1, <http://whoswholegal.com>, 11.09.2013.

⁹⁰³İsveç’te Rekabet Kurumu 10 bin ile 10 milyon Kron (yaklaşık TL’nin üçte biri degree sahip) arasında bir rakama, toplam sözleşme bedelinin yüzde onunu geçmemek üzere hükmedilebilmektedir. Forsell/Pedersen, s.1.

⁹⁰⁴Clifton, Michael James “Ineffectiveness – The New Deterrent: Will The New Remedies Ensure Greater Compliance With The Substantive Procurement Rules in The Classical Sectors?” **Public Procurement Law Review**, 2009, 18, s.171.

⁹⁰⁵Canbazoğlu, s.220.

ihalede mevcut hukuka aykırılığın giderilmesinin mümkün olup olmadığının incelenmesi yoluna gidilmektedir. Usul ekonomisi ve kamu kaynaklarının verimli kullanılması adına ihalenin mümkün mertebe ayakta tutularak düzeltilmesi temel ilke olmakla birlikte bazı hukuka aykırılıkların ihalenin esasına ilişkin olması durumu karşısında bunların düzeltilmesi gerek ihale sürecinin genel mantığı ve gerekse rekabet ortamının tesisi bakımından mümkün bulunmamaktadır⁹⁰⁶. Örnek vermek gerekirse; ihale ilanında tespit edilen hatalar ihale sürecinin genel mantığı gereği ancak düzeltme ilanı ile ve ilan tarihinden itibaren belli bir süre içerisinde yapılmak durumunda olduğundan, ilandaki bir hatanın tespiti halinde eğer düzeltme ilanı süresi geçmiş ise ihalenin tadil edilme imkanı bulunmadığından iptali gerekecektir⁹⁰⁷. 4734 sayılı Kanunun temel ilkelerinden birisi şeffaflık olup, bu ilkenin temel uygulama alanı ihale zarflarının aynı anda ve şeffaf bir biçimde açılması olmaktadır. İhale sırasında geçerli olmaması sebebiyle herhangi bir ihale zarfının değerlendirme dışı bırakılması ve bu zarf sahibinin yaptığı başvuru neticesinde itirazın şikayet sebebinin haklı bulunması durumunda, ihaleye sunulan zarflar daha önce açıldığından ve başvuru sahibinin zarfı kendisine açılmadan iade edildiğinden dolayı, teklifi zarfı uygun olmadığı sebebiyle hukuka aykırı olarak iade edilen başvuru sahibinin bu aşamadan sonra zarfı sunarak ihaleyi canlandırması 4734 sayılı Kanunun temel ilkelerinden bir diğeri olan rekabet ilkesi ile uyuşmamaktadır⁹⁰⁸.

⁹⁰⁶Yılmaz, s.170.

⁹⁰⁷Kamu İhale Kurulunun 02.01.2006 tarih ve 2006/UH.Z-65sayılı kararından: “ Diğer bir ifade ile; ihale ilanında ve idari şartnamede yer alan kalite ve standarda ilişkin istenmiş olan belgelere zeyilname düzenlemek suretiyle iki yeni belge daha -ISO 14001 ve İşletme belgesi- eklenmiştir.

İhale ilanı 13.09.2005 tarihinde yayımlandığından en geç 23.09.2005 tarihinde düzeltme ilanı yayımlanmak suretiyle değişiklik yapılması gerekirken, 20.10.2005 tarihinde İdari Şartnamenin ilgili maddesinde değişikliğe gidilmesi yukarıda yer alan mevzuata aykırıdır.

Ayrıca, İhaleye katılan 10 istekliden 3 ünün - zeyilname ile yeterlik değerlendirmesinde uygulanacak kriterlere eklenmiş olan - ‘Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığında alınan İşletme Belgesi ile ISO 14001- Çevre Yönetim Sistem Belgesi’ uygun olmadığı gerekçesiyle değerlendirme dışı bırakıldığı tespit edilmiştir.

Sonuç olarak; İdari Şartnamenin ihale ilanına yansıyan ve mesleki ve teknik yeterliğe ilişkin belgeler ve bu belgelerin taşınması gereken kriterler kısmındaki 7.3.4 üncü maddesine zeyilname düzenlenmek suretiyle eklenme yapılması, yukarıda yer alan mevzuat hükümlerine aykırılık teşkil ettiğinden ihalenin iptal edilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.”

⁹⁰⁸Kamu İhale Kurulunun 18.01.2006 tarih ve 2006/UM.Z-133 sayılı kararından: “İdarenin şikayetçi firmayı, teklif zarfının üzerine ihale adı yerine ihale kayıt numarasını yazması nedeniyle değerlendirme dışı bıraktığı tespit edilmiştir.

Şikayetçinin kendi teklif zarfı ile ilgili iddiası değerlendirildiğinde ise teklif zarfında ihalenin adına yer verilmediği, bunun yerine ihale kayıt numarasının yazıldığı ve idarece bu nedenle değerlendirme dışı bırakıldığı anlaşılmış olup her ne kadar 4734 sayılı Kanunun 30 uncu maddesinde

2.2.2.2. Düzeltici İşlem Kararı

Yapılan esas incelemesi sonucunda, idarece yapılan işlemlerde hukuka aykırılığın tespit edilmesi ve tespit edilen bu hukuka aykırılığın gerek ihale sürecinin genel mantığı ve gerekse 4734 sayılı Kanunda yer alan temel ilkeler zedelenmeden düzeltilmesi mümkün bulunuyorsa, Kurum ihalenin iptali yerine öncelikle düzeltici işlem kararı verme yoluna gitmelidir⁹⁰⁹. Kurumun düzeltici işlem ile mevcut hukuka aykırılığı giderme imkanı var iken, ihaleyi iptal etmesi mümkün bulunmamakta, kamu kaynaklarının verimli kullanılması, rekabet ve ölçülülük ilkelerinin gereği mümkün merteye ihalenin ayakta tutulması yolunun seçilmesi gerekmektedir⁹¹⁰. Düzeltici işlem kararında Kurul idarenin yerine geçerek onun adına karar almamakta, idareye yapılması gereken düzeltici işlemi göstermektedir⁹¹¹.

İhalenin hangi hallerine ilişkin hukuka aykırılıkların düzeltilebilir olduğuna ilişkin bir liste ya da genel geçer kural bulunmamakta, somut durum dikkate alınarak ihalenin sürdürülebilir olup olmadığına karar verilmektedir. Uygulamada genel olarak ihale dokümanına yönelik şikayetlerde hukuka aykırılık tespit edilmesi halinde bu eksikliklerin sonradan giderilmesi mümkün bulunmamakta⁹¹², bununla

zarfın üzerine teklifin hangi işe ait olduğunun yazılması gerektiği belirtilmiş ise de ihale kayıt numarasının sadece belli bir ihaleye münhasır olması nedeniyle teklifin hangi işe ait olduğunun tespiti mümkün bulunmaktadır. Dolayısıyla ihale adı yerine ihale kayıt numarasının yazılması, yukarıda anılan kanun hükmüne aykırılık teşkil etmemektedir.

Yukarıda belirtilen hükümler çerçevesinde; ihale komisyonunca ilk oturumda şikayetçinin teklif edilen fiyatının açıklanmadığı, bu durumunda Kanunun 36 ncı maddesi uyarınca isteklilerin huzurunda ilk oturumda yapılması zorunlu olan işlemlerin eksik yapılmasından sonra 37 nci ve izleyen maddelere göre değerlendirme yapılması durumunda eksik yapılan işlemlerin tekemmülü yoluyla ilk oturumun ihya edilmesi mümkün değildir.

İhale Komisyonunca, Kanunun 5 inci maddesindeki saydamlık ve güvenirlilik ilkelerinin gereği olarak istekliler huzurunda yapılması gereken bir işlemin yapılmaması sebebiyle aykırı işlem tesis edildiği ve bu mevzuata aykırılığın düzeltici işlem ile giderilmesi mümkün olmadığından ihale işlemlerin iptali gerekmektedir.”

⁹⁰⁹Canbazoğlu, s.218.

⁹¹⁰Yılmaz, s.157-158.

⁹¹¹Canbazoğlu, s.219.

⁹¹²Kamu İhale Kurulunun 31.10.2011 tarih ve 2011/UH.II-3620sayılı kararından: “İdari şartnamenin 25.3.2 nci maddesinde; “Çalıştırılacak personelin yol ve giyecek giderleri teklif edilecek fiyata dahil edilecektir. Çalışan tüm personelin aylık yol bedeli aynı olarak karşılanacak olup, her çalışana Aylık

birlikte ihalenin değerlendirme aşamasına ilişkin hukuka aykırılık hallerinde sıkça düzeltici işlem yoluna gidilmektedir⁹¹³. Değerlendirme aşamasına ilişkin olmasına rağmen, söz konusu ihalenin sağlıklı bir şekilde sonuçlandırılması mevcut şartlarda mümkün değil ise yine düzeltici işlem imkanı kullanılmamakta bunun yerine ihalenin iptali yolu seçilmektedir⁹¹⁴.

2.2.2.3. Başvurunun Reddi Kararı

Başvurunun reddi kararı verilebilme durumları Kanunda⁹¹⁵ “*Başvurunun süre, usul ve şekil kurallarına uygun olmaması, usulüne uygun olarak sözleşme imzalanmış olması veya şikayete konu işlemlerde hukuka aykırılığın tespit edilememesi veya itirazın şikayet başvurusuna konu hususun Kurumun görev alanında bulunmaması halleri*” olarak belirtilmiş olmakla birlikte, bu hallerden “*itirazın şikayete konu işlemde hukuka aykırılığın tespit edilememesi*” durumu

Akbi olarak verilecektir. İstekliler maliyet hesaplamalarında İETT Müdürlüğünün ücret tarifesi üzerinden KDV hariç olan tutarı göz önüne alacaklardır...” düzenlemesi bulunmaktadır.

Şikayet konusu husus olan, ihale konusu iş kapsamında çalıştırılacak personele verilmesi öngörülen yol bedeline fiyat farkı verilmesi düzenlemesine ilişkin olarak, söz konusu Esaslar incelendiğinde, yol bedeline fiyat farkı verilebileceğine dair herhangi bir hüküm bulunmadığı tespit edilmiştir. Bu bağlamda, idarece herhangi bir hukuki dayanağı olmadan yol bedeline yönelik fiyat farkı verilmesinin imkan dahilinde olmayıp, aksine bir durum 4734 sayılı Kanunun temel ilkelerinden kaynakların verimli kullanılması ilkesine ters düşecektir.

Sonuç olarak, başvuru sahibinin 4 üncü iddiasına yönelik yapılan inceleme ve değerlendirme neticesinde mevzuata aykırılığı belirlenen ihale işlemlerinin düzeltici işlemle giderilemeyecek nitelikte işlemler olduğu tespit edildiğinden, ihalenin iptali gerekmektedir.”

⁹¹³Kamu İhale Kurulunun 21.03.2011 tarih ve 2011/UY.III-1054 sayılı kararından: “...tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında, sunulan analizlerin içeriğine ilişkin ayrıntılı inceleme yapılmaması, sadece isteklilerin iş kalemleri/grupları için teklif ettikleri birim fiyatların her biri için analiz sunup sunmadıklarının kontrol edilmesi ve **analizleri sunmayan ya da eksik sunan isteklilerin tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılması gerekmektedir.**”

Sonuç olarak, yukarıda mevzuata aykırılıkları belirtilen işlemlerin düzeltici işlemle giderilebilecek nitelikte işlemler olduğu tespit edildiğinden;

Bu aşamadan sonraki işlemlerin mevzuata uygun olarak yeniden gerçekleştirilmesi gerekmektedir.”

⁹¹⁴Kamu İhale Kurulunun 16.01.2009 tarih ve 2009/UM.II-238 sayılı kararından: “Söz konusu ihalede idare teklif edilen ürünü demonstrasyon işlemi yaparak sonuçlandırmaya ihtiyaç duymuştur. Bu nedenle, **teklif değerlendirme aşamasında demonstrasyon yapılması hususunun da yeterlik kriteri olarak belirlendiği bir ihale dokümanı ile ihalenin gerçekleştirilmesi gerekmektedir.**”

Sonuç olarak, yukarıda mevzuata aykırılıkları belirtilen işlemlerin düzeltici işlemle giderilemeyecek nitelikte işlemler olduğu tespit edildiğinden, ihale işlemleri ile ihale kararının iptali gerekmektedir.”

⁹¹⁵4734 Sayılı Kanun m. 54/10.

dışında kalanlar hakkında başvurunun reddi kararı ön inceleme neticesinde verilip⁹¹⁶ esas incelemesine geçilmezken⁹¹⁷, belirtilen ayırık halde başvurunun reddi kararı esas incelemesi neticesinde verilmektedir⁹¹⁸.

2.2.2.4. Karar Verilmesine Yer Olmadığına Kararı

Kanunda yukarıda belirtildiği üzere Kurul tarafından itirazın şikayet incelemesi sonucunda alınabilecek kararlar iptal, düzeltici işlem ve başvurunun reddi şeklinde sınırlı olarak belirtilmesine rağmen⁹¹⁹, Kurul'un bazı durumlarda “*karar verilmesine yer olmadığı*” şeklinde kararlar verdiği gözlemlenmektedir⁹²⁰. Karar verilmesine yer olmadığı şeklinde tesis edilen bu kararlar, genel olarak daha önce Kurul tarafından iptal edilen ihalelere ilişkin başvurular için “*yeniden karar verilmesine gerek bulunmadığı*” gerekçesiyle⁹²¹ ya da idarece iptal edilen ihalelerde

⁹¹⁶Bastık, s.173.

⁹¹⁷Kamu İhale Kurulunun 12.12.2011 tarih ve 2011/UY.II-4136 sayılı kararından: “08.12.2011 tarih ve B.07.6.KİK.0.07-101.03-Y.[4039].(0160)/2011-184 sayılı **Ön İnceleme Raporunda**;

...
Sonuç itibarıyla, 4734 sayılı Kanununun 21 inci maddesinin (b) bendine istinaden gerçekleştirilen ihalede başvuru sahibi tarafından ihale dokümanı satın alınmadığı, dolayısıyla başvuru sahibinin başvuru ehliyetini haiz olmadığı anlaşılmıştır.

Bu itibarla, 4734 sayılı Kanununun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince, başvurunun ehliyet yönünden reddi gerekmektedir.”

⁹¹⁸Kamu İhale Kurulunun 19.12.2011 tarih ve 2011/UH.II-4220 sayılı kararından: “15.12.2011 tarih ve B.07.6.KİK.0.07.00.00-101.04-H.[3888].(0041)/2011-15E sayılı **Esas İnceleme Raporunda**;

...
*Bu itibarla, istasyonların işletilmesi iş kalemlerine ilişkin olarak kullanılması öngörülen sarf malzemelerinin cins ve ortalama miktarlarının belirtilmiş olmasının, isteklilerce bu giderler için maliyet öngörülmesine yeterli kabul edilmesi gerektiği düşünüldüğünden **şikayetçinin iddiasının yerinde olmadığı sonucuna varılmıştır.***

*Anılan Kanununun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince itirazın **şikayet başvurusunun reddine**, oyçokluğu ile karar verildi.”*

⁹¹⁹4734 Sayılı Kanun m. 54/10.

⁹²⁰Bastık, s.177.

⁹²¹Kamu İhale Kurulunun 02.01.2012 tarih ve 2012/UY.III-109sayılı kararından: “...*Bu itibarla da yukarıda yer verilen teknik görüş ve idarece tesis edilen işlemler bir arada değerlendirildiğinde söz konusu ihalenin iptal edilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.*

Ancak başvuruya konu ihale 02.01.2012 tarih ve 2012/UY.III-105 sayılı KİK kararıyla iptal edildiğinden başvuru hakkında yeniden karar verilmesine gerek bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, Başvuru hakkında karar verilmesine yer olmadığına, Oybirliği ile karar verildi.”

iptal işlemine yönelik olmayan diğer sebeplerle yapılan başvurular hakkında “*ortada yürütülen bir ihale işlemi olmadığı*” gerekçesiyle verilmektedir⁹²².

Söz konusu kararlar her ne kadar Kanunda tanımlanmış karar çeşitlerinden olmasa da⁹²³ niteliği itibariyle “*şekil yönünden başvurunun reddi*” kararları olarak sınıflandırılmaları gerektiği kanaatindeyiz, zira Kurul idarece yapılan işlemin hukuka uygun olup olmadığına bakmaksızın doğrudan ortada yürütülen bir ihale işlemi olmadığı gerekçesiyle başvuru reddetmektedir. Bu kararlarda Kurul açıkça yapılan esas incelemesi neticesinde ihalenin iptali gerektiğini ifade etmekte, ancak belirtilen ihale daha önce iptal edildiğinden başvuruyu “*karar verilmesine yer olmadığı*” ifadesi ile şekil yönünden reddetmektedir⁹²⁴. Zira ihalenin esas yönünden karara bağlanmasının önemli koşullarından biri de, ortada iptal edilebilir bir idari işlem yani ihale bulunmasıdır⁹²⁵.

2.2.3. Kararlarda Bulunması Gereken Hususlar

Kamu İhale Kurulu tarafından yapılan itirazın şikayet incelemesi birinci bölümde açıklandığı üzere idari nitelikte bir denetim olduğundan, bu inceleme sonucunda verilen kararlar da idari niteliğe haiz kararlar olmaktadır⁹²⁶. Belirtilen niteliği sebebiyle Kurul kararlarının da gerekçeli olma, başvuru yolunu gösterme ve

⁹²²Kamu İhale Kurulunun 17.01.2011 tarih ve 2011/UM.III-299 sayılı kararından: “*İhalenin iptali, ihale sürecini sona erdiren ve bu süreçte tesis edilmiş idari işlemleri tesis tarihi itibariyle ortadan kaldıran bir işlem niteliğinde bulunmaktadır.*”

Bu durumda, ihalenin idarece iptali neticesinde bu aşamada, bir ihale ve bu ihaleye ilişkin bir süreç kalmadığından ve Kuruma yapılan başvuru ihalenin iptali işlemine karşı olmadığından, iptal edilen ihaleye ilişkin başvuru hakkında karar verilmesine gerek bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, Karar verilmesine yer olmadığına, Oyçokluğu ile karar verildi.”

⁹²³Bastık, s.177.

⁹²⁴Karar verilmesine yer olmadığına kararları başvurunun uygun bulunmadığı kararı ile eşdeğerdir. Canbazoğlu, s.229-230.

⁹²⁵Kamu İhale Kurulunun 07.01.2008 tarih ve 2008/UH.Z-3 sayılı kararından: “*...Sonuç olarak, yukarıda mevzuata aykırılıkları belirtilen ihale dokümanında yapılan düzenlemelerin düzeltici işlemle giderilmesi mümkün olmadığından ihale işlemleri ile ihale kararının iptali gerekmektedir.*”

Başvuruya konu ihale, anılan Karar ile iptal edildiğinden, iptal edilen ihalede gerçekleştirilen ihale işlemlerine karşı yapılan başvuru hakkında karar verilmesine gerek bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle; Karar verilmesine yer olmadığına, Oybirliği ile karar verildi.”

⁹²⁶Canbazoğlu, s.221-222.

hukuki yardım şeklindeki idari usulün temel ilkelerine ⁹²⁷ sahip olması gerekmektedir.

2.2.3.1. Gerekçeli Olması

Hukuk devleti ilkesinin ve dolayısıyla hukuk devletinin önemli bir gerekliliği olan idari usulün öne çıkan ilkelerinden biri idari işlemlerin gerekçeli olması zorunluluğu olup ⁹²⁸, birçok idari usul kanununa sahip ülke, gerekçe ilkesini ayrıntılı bir şekilde mevzuatında düzenlemiştir ⁹²⁹.

İhale konusundaki uluslararası düzenlemelerde BİO'lar tarafından alınacak kararların gerekçeli olması gerekliliğine önemle vurgu yapılmaktadır. DTÖ Kamu Alımları Anlaşmasında bağımsız idari otoritenin kararlarının yazılı ve gerekçeli olması ve bu gerekçenin temel dayanaklarının da bulunması gerektiği belirtilmekte ⁹³⁰, BM Model Kanunu da benzer şekilde bağımsız idari otoriteler tarafından alınacak kararların; yazılı, yapılması gereken işlemleri açıklayıcı ve gerekçeli olması gerektiğini öngörülmekte ⁹³¹, Avrupa Birliği Şikayet Direktifi de bu kararların gerekçeli olarak alınması gerektiği özellikle vurgulamaktadır ⁹³².

Kamu İhale Kurulu kararlarının idari karar olma niteliğine sahip olması ve idari usulün niteliklerini taşıması gerekliliğinin yanısıra, 4734 sayılı Kanunda da Kurul kararlarının gerekçeli olmasının belirtilmesi kuralı karşısında ⁹³³, Kurul tüm kararlarını hem idari usul ilkesine hem de Kanuni zorunluluğa uygun bir şekilde

⁹²⁷Akyılmaz/ Sezginer/ Kaya, s.545.

⁹²⁸Danıştay da ilgililerin hak, özgürlük ve çıkarlarına ilişkin idari işlem ve kararların gerekçeli olması gerekliliğini aramaktadır. **D10D**, 10.11.1994, E.1993/1403, K.1994/5633.

⁹²⁹Kaboğlu, İbrahim "Avrupa Topluluğu Adalet Divanı Jürispüridansı ve İdari Kararların Gerekçeli Olma Zorunluluğu", **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi**, Birinci Kitap, İdari Yargı, Ankara, 1990, s.311-315.

⁹³⁰GPA m. 20/6.

⁹³¹UNCITRAL, (Enactment), s.250.

⁹³²OECD Sigma, **Establishing Procurement Review Bodies**, Paper no 25, July 2013, European Commission and OECD, s.6, <http://www.sigmaxweb.org>, 02.01.2014. (Review Bodies)

⁹³³4734 Sayılı Kanun m. 54/10.

gerekçeli olarak almakta ve başvuru sahibi ile idareye gerekçeli şekliyle bildirmektedir.

2.2.3.2. Başvuru Yollarının Gösterilmesi

İdari usulün bir diğer önemli ilkesi idari işlemlerde bu işleme karşı yapılacak başvuru yollarının gösterilmesi zorunluluğu olmaktadır⁹³⁴. İdari işlemlerde bu işleme karşı başvuru yollarının gösterilmesi zorunluluğu, idari usul ilkesi olmasının yanı sıra, 2001 yılında 4709 sayılı yasa ile yapılan değişiklikle Anayasanın “*Temel hak ve hürriyetlerin korunması*” başlıklı 40 ncı maddesine “*Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.*” ifadesi ile eklenerek anayasal bir zorunluluk haline gelmiştir⁹³⁵. İdari işleme karşı başvuru yolunun gösterilmesi, ilgililerin hak arama özgürlüğünü kullanmasının önemli gereklerinden biri olmaktadır⁹³⁶.

Kamu İhale Kurulu, kararlarının son kısmına görevli ve yetkili mahkeme ile bu mahkemeye başvuru süresi ve başvuru süresinin başlangıç tarihini dercederek, Anayasal zorunluluk haline gelen başvuru yolunun gösterilme zorunluluğunu yerine getirmektedir⁹³⁷.

⁹³⁴ Akyılmaz, Bahtiyar “İyi Yönetim ve Avrupa İyi Yönetim Yasası”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2003, Cilt: 7, Sayı:1-2, s.2, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/7_6.pdf, 11.10.2013. (İyi Yönetim)

⁹³⁵ Akbulut, Emre “İdari İşlemlerde Kanun Yolunu ve Süresini Gösterme Yükümlülüğünün Yargısal Denetime Etkisi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2019, Sayı:81, s.2.

⁹³⁶ Atay, Yeliz Şanlı “İdari İşlemlerde Başvuru Yollarının Gösterilmesi Yükümlülüğü”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2011, S. 96, s.294.

⁹³⁷ Kamu İhale Kurulunun 01.10.2012 tarih ve 2012/UH.II-3888sayılı kararından: “*Sonuç olarak, başvuru sahibinin 2’nci iddiasına ilişkin olarak yukarıda mevzuata aykırılıkları belirtilen işlemlerin düzeltici işleme giderilemeyecek nitelikte işlemler olduğu tespit edildiğinden ihalenin iptali gerekmektedir.*

Açıklanan nedenlerle, 4734 sayılı Kanununun 65’inci maddesi uyarınca bu kararın tebliğ edildiği veya tebliğ edilmiş sayıldığı tarihi izleyen 60 gün içerisinde Ankara İdare Mahkemelerinde dava yolu açık olmak üzere;

Anılan Kanununun 54’üncü maddesinin onuncu fıkrasının (a) bendi gereğince, ihalenin iptaline, Oyçokluğu ile karar verildi.”

Bununla birlikte idarelerin ihale ile ilgili işlemlerinde başvuru yollarını göstermediklerine uygulamada sıkça rastlanılmaktadır. Başvuru yolunun gösterilmesi özellikle genel idari başvuru yolundan farklı ve özel nitelikli başvuru yollarının bulunması durumunda önem kazanmaktadır. Danıştay, özel nitelikli başvuru yolunun bulunması ve bunun idari işlemle birlikte bildirilmemesi hallerinde, başvuru sahibinin lehine olması şartıyla genel başvuru yolu hükümlerinin uygulanacağını bizim de katıldığımız şu gerekçelerle belirtmektedir: “*İdari işlemlere karşı başvuru yollarının ayrıntılı düzenlemelerde yer alması, başvuru süresinin kısa olması veya olağan başvuru yollarına istisna getirilebilmesi nedeniyle işlemlere karşı herhangi idari birime, hangi sürede başvurulacağını idarelerce işlemde belirtilmesi hukuk güvenliği ilkesinin gereğidir. Anılan Anayasa hükmü ile de bireylerin yargı ya da idari makamlar önünde haklarını arayabilmelerine kolaylık ve olanak sağlanması amaçlanmıştır; idareye işlemlerinde, ilgililerin kaç gün içinde, hangi mercilere başvurabileceklerini bildirme yükümlülüğü getirilmiştir.*”

İdare Mahkemesinde, davacının yapmış olduğu itirazın şikâyet başvurusunun süresinde olup olmadığının ve Kamu İhale Kurulu kararının bu yönü ile hukuka uygunluğunun denetlenmesinde, ihalenin iptaline ilişkin işlemin davacı şirkete bildirilmesinde hangi kanun yolları ve mercilere başvurulacağını ve sürelerinin belirtilip belirtilmediğinin incelenmesi, bildirim işleminde başvuru yolları ve sürelerinin gösterilmemiş olması halinde Anayasa'nın 40. maddesindeki düzenleme gözetilerek karar verileceği açıktır.”⁹³⁸

2.2.3.3. Düzeltici İşlemin Gösterilmesi

BM Model Kanunu bağımsız idari otoriteler tarafından alınacak kararların; yazılı ve yapılması gereken işlemleri açıklayıcı olmasını öngörmektedir⁹³⁹, İdari işlemin taşınması gereken önemli niteliklerden bir diğeri Avrupa Parlamentosu tarafından 6 Eylül 2001 tarihinde kabul edilen Avrupa İyi Yönetim Kodunda yer alan

⁹³⁸D13D, 29.05.2013, E:2013/13, K:2013/1604.

⁹³⁹UNCITRAL, (Enactment), s.250.

“doğru bilgilendirme” yükümlülüğü olarak karışımıza çıkmaktadır⁹⁴⁰. Söz konusu doğru bilgilendirme yükümlülüğü “danışmanlık ve hukuki yardım” ilkesi olarak da adlandırılmakta olup bu ilkenin “yol gösterme” ve “gerektiğinde bilgilendirme” olarak iki gereklilik içerdiği kabul edilmektedir⁹⁴¹. Doğru bilgilendirme ilkesi çok nitelikli işlem yapılmasını gerektirmeyen ihalenin iptali ve başvurunun reddi kararları için önem arzetmemekle birlikte, düzeltici işlem gibi karmaşık hususlar içeren kararlarda, kararların doğru uygulanmasını teminen idareye yol göstermesi ve yardımcı olması amacıyla ayrı bir önem taşımaktadır. Belirtilen sebeple mevzuat gereği Kurul ve idarelerin kararlarında düzeltici işlemin ne olduğu hususuna yer verilmesi gerekir kanaatindeyiz⁹⁴². Kurul, düzeltici işlem kararlarının uygulamasında karışıklık çıkma ve yanlış uygulama ihtimaline binaen, bu kararların son bölümünde, ihaleyi yapan idarenin düzeltici işlemi hangi şekilde uygulayacağını özet olarak belirtmektedir⁹⁴³.

2.3. Kararların Uygulanması ve Kararlara Karşı Başvuru Yolu

Kurul kararlarının uygulanması zorunlu olup, kararlara karşı yargı yoluna gitme imkanı bulunmaktadır. Bununla birlikte kararların yeniden gözden geçirilmesi amacıyla Kurul’a tekrar başvuru yolu bulunmamakta, ancak maddi hataların yargıya gidilmeksizin Kurul tarafından giderilmesi mümkün bulunmaktadır.

⁹⁴⁰Sözen, Süleyman/ Bülent, Algan, **İyi Yönetişim**, İçişleri Bakanlığı Genel Yayın No: 654, Ankara, Nisan 2009, s.41.

⁹⁴¹Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.545.

⁹⁴²Ertanhan, Mesut “Kamu İhale Kanununa Tabi İhalelerde Belge Eksikliği veya Belgelerdeki Bilgi Eksikliği”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2007, Yıl:65, Sayı: 4, S.82.

⁹⁴³Kamu İhale Kurulunun 19.09.2012 tarih ve 2012/UH.III-3719 sayılı kararından: “...Öte yandan diğer isteklilerin sunduğu iş deneyim belgelerinin mevzuata uygun olduğu ve tutarlarının da şikâyet konusu ihalede istenilen oranı karşıladığı görülmüştür.

Sonuç olarak yukarıda mevzuata aykırılıkları belirtilen işlemlerin düzeltici işlemle giderilebilecek nitelikte işlemler olduğu tespit edildiğinden, Vizyon Gıda Med. San. ve Tic. Ltd. Şti.nin ve Uşak Mevlana Gıda Tem. San. Tic. Ltd. Şti.nin **teklifinin değerlendirme dışı bırakılması**, ayrıca Han-Merkez Tabldot Gıda San. Tic. Ltd. Şti. İş Ortaklığı'nın, başvuru sahibi Uşak Akdağ Gıda San. ve Tic. Ltd. Şti.nin, Habitat Gıda Tem. Med. Tic. ve San. Ltd. Şti.nin, Karakuş Gıda San. Tic. Ltd. Şti.nin ve Kanaat Yemek Fabrikasının **teklifinin aşırı düşük teklif sorgulamasına tabi tutulması ve bu aşamadan sonraki işlemlerin mevzuata uygun olarak yeniden gerçekleştirilmesi gerekmektedir.**”

2.3.1. Kararların Uygulanması

Üye ülkelere Şikayet Direktifinin yüklediği en önemli görevlerden birisi, bağımsız idari otorite tarafından alınan kararların uygulanma zorunluluğunun ortaya konulmasıdır⁹⁴⁴. Yine BM Model Kanun çerçevesinde bağımsız idari otorite tarafından alınan kararların uygulanma zorunluluğu bulunmakta olup⁹⁴⁵, bu zorunluluk bağımsız idari otoritenin ihale prosedürüne müdahale etme hakkı bulunduğu ifadesi ile belirtilmektedir⁹⁴⁶. Uluslararası düzenlemelere paralel şekilde 4734 sayılı Kanun çerçevesinde ülkemiz uygulamasında da Kurul kararlarının uygulanma zorunluluğu bulunmaktadır.

Kurul kararlarının idarelerce uygulanması, Kanundaki “*İdareler hukuki durumda değişiklik yaratan Kurul kararlarının gerektirdiği işlemleri ivedilikle yerine getirmek zorundadır.*”⁹⁴⁷ ifadesi ile sağlanmaya çalışılmıştır. Belirtilen hüküm çerçevesinde idarelerin Kurul kararlarının gereklerini yerine getirmesi Kanuni bir zorunluluk haline getirilmiş olmakla birlikte, karar gereklerinin yerine getirilmesi için verilen süre “*ivedilik*” kavramı ile açıklanmıştır. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 27 nci maddesinin ikinci fıkrasında; Danıştay veya idari mahkemelerin, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebileceği, aynı Kanunun 28 inci maddesinin birinci fıkrasında; Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idarenin, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecbur olduğu, bu sürenin hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçmeyeceği hüküm altına alınmıştır. Görüleceği üzere mahkeme kararlarının yerine getirilmesinde 2577 sayılı kanun “*gecikmeksizin*” ibaresini kullanmış ancak idarelerin bu ibareyi kötüniyetle

⁹⁴⁴Bovis, s.439.

⁹⁴⁵ Jatkar Archana et al., **Government Procurement in India: Domestic Regulations and Trade Prospects**, 2012, CATS International, Hindistan, s.173.

⁹⁴⁶UNCITRAL Model Kanun m.67/2.

⁹⁴⁷4734 Sayılı Kanun m.56/8.

savsaması ihtimaline binaen ayrıca kesin bir vade olarak otuz gün ifadesini kullanmıştır. 4734 sayılı Kanunda ise sadece “*ivedilikle*” ibaresi ile yetinilmiş bu ibareyi destekleyici kesin bir süre konulması yoluna gidilmemiştir⁹⁴⁸. İhalelere yönelik idari başvuruların etkinliğinin artırılması ve Kurul kararlarının uygulanabilirliğinin sağlanması ve takibinin kolaylaşması açısından, Kurul kararlarının uygulanması için öngörülen ivedilik ifadesinin belli ve somut bir zaman dilimi ile sınırlanması gerektiği kanaatindeyiz.

2.3.1.1. İdari ve Cezai Müeyyide

Kamu İhale Kurumu hazırladığı İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik’te idarelerin Kurul kararlarının uygulamalarını geciktirmelerinin önüne geçmek üzere hükümler koymuştur. Yönetmelikte Kurul kararlarının hiç uygulanmaması halinde Cumhuriyet Savcılıklarına ilgililer hakkında suç duyurusunda bulunulacağı hükmü yer almış olmakla birlikte⁹⁴⁹ Kurul, kararlarının uygulanmaması durumunda suç duyurusunda bulunmak yerine genellikle ihaleyi yapan idarenin hiyerarşik olarak üst birimine gerekli görülmesi halinde idari soruşturma yapılması için bildirimde bulunması yolunu seçmekte⁹⁵⁰, çok ciddi aykırılık hallerinde Cumhuriyet Savcılıklarına suç duyurusu yoluna gidilmektedir⁹⁵¹.

⁹⁴⁸Karaoğlu, s.112-113.

⁹⁴⁹İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik m. 23/3.

⁹⁵⁰Kamu İhale Kurulunun 12.03.2012 tarih ve 2012/UH.I-1314 sayılı kararından: “*İş Ortaklığının tekliflerinin reddedilmesi suretiyle tekliflerin yeniden değerlendirilmesi ve bu aşamadan sonraki ihale işlemlerinin mevzuata uygun olarak yeniden gerçekleştirilmesi gerekmektedir.*

Kurul kararını gereği gibi uygulayan idare hakkında gerekiyorsa inceleme ve/veya soruşturma yapılması için Sağlık Bakanlığı’na bildirimde bulunulmasına,

Oybirliği ile karar verildi.”

⁹⁵¹Kamu İhale Kurulunun 28.01.2010 tarih ve 2010/UH.I-361 sayılı kararından: “*Kurulun 12.10.2009 tarih 2009/UH.I-2492 sayılı kararı ile firmaları lehine düzeltici işlem tesis edildiği, ancak 4734 sayılı Kanununun 56 ncı maddesinde yer alan hüküm gereğince idarelerce hukuki durumda değişiklik yaratan Kurul kararlarının gereklerinin ivedilikle yerine getirilmesi zorunlu olmasına rağmen idare Kurul kararının uygulanmasında olabildiğince yavaştan alarak ve mevzuata aykırı işlemler yaparak, kesinleşen ihale kararının bildirimini, teklif geçerlik süresinin uzatılması, geçici teminat mektubu süresinin uzatılması, sözleşmeye davet yazılarının gönderilmesi işlemlerinin geciktirildiği, böylece 31.12.2009 tarihinde bitecek iş için 2 gün öncesinde 29.12.2009 tarihinde sözleşmeye davet edildikleri, oysa idarece Kamu İhale Kurul Kararı zamanında uygulansaydı 45 günlük bir süre ile*

Kurul, kendi kararlarının uygulanması aşamasında gerçek uygulamayı aramakta, göstermelik bir şekilde kararın uygulanması şekil şartını yerine getirip gerçek manada kararın uygulanmasını hedeflemeyen idari işlemleri Kurul kararının yerine getirilmesi olarak değerlendirmemektedir⁹⁵².

Kurul ayrıca kendi kararına karşı dava açılmış olunması durumunda, hakkında dava açılan kararın uygulanmamasını da karar gereğinin yerine getirilmemesi olarak değerlendirmektedir. Mahkemece verilmiş yürütmeyi durdurma kararı olmaksızın, idari işlemler hakkında idare mahkemelerinde dava açılması, dava konusu idari işlemin yürütülmesini durdurmayaacağından⁹⁵³ Kurul'un bu yöndeki uygulamasının⁹⁵⁴ yerinde olduğu kanaatindeyiz.

idareye hizmet verilecekken kasıtlı davranılarak bu işin uzatıldığı iddia edilerek ilgili personel hakkında suç duyurusunda bulunulması talep edilmektedir.

Başvuru dilekçesi ve eklerinin bir örneğinin soruşturulmak üzere Zonguldak Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesine, Oybirligi ile karar verildi."

⁹⁵²Kamu İhale Kurulunun 20.10.2008 tarih ve 2008/DK.D-121 sayılı kararından: "**Sonuç olarak, her ne kadar idarece Kurul kararının yerine getirilmesi için ihale üzerinde bırakılan istekliye 07.07.2008 tarih ve 1953 sayılı yazı ile bildirimde bulunulduğu ifade edilse de; bu bildirimde imzalanan sözleşmenin 4735 sayılı Kanun ve genel hükümlere göre tasfiye edilmesi ve söz konusu Kurul kararının gereğinin ivedilikle yerine getirilmesi iradesini taşımadığı, ilgili yazının idare ile Kurumumuz arasında yapılan yazışmaların safahatının ihale üzerinde bırakılan istekliye bildirilmesine yönelik olduğu anlaşılmaktadır.**

*Yukarıda yer alan tespitler ve mevzuat hükümleri çerçevesinde; 20.05.2008 tarih ve 2008/UM.Z-2149 sayılı Kurul kararının idarece 03.06.2008 tarihinde tebellüğ edildiği ve anılan Kararın idarece uygulanmasına ilişkin yukarıda verilen süreç dikkate alındığında, hukuki durumda değişiklik yaratan 20.05.2008 tarih ve 2008/UM.Z-2149 sayılı **Kurul Kararının idarece ivedilikle uygulanmadığı anlaşıldığından;** mevzuata aykırılığı tespit edilen hususların değerlendirilmek ve bu aykırılıkların gerçekleşmesinde sorumluluğu olanlar hakkında gerekiyorsa inceleme ve/veya soruşturma yapılmak üzere, **konunun ihaleyi düzenleyen idarenin bağlı bulunduğu Sağlık Bakanlığında bildirilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.**"*

⁹⁵³Karaoğlu, s.92.

⁹⁵⁴Kamu İhale Kurulunun 01.12.2008 tarih ve 2008/DK.D-135 sayılı kararından: "**Sonuç olarak, idarece 08.07.2008 tarih ve 2008/UH.Z-2851 sayılı Kurul kararının iptali ve yürütülmesinin durdurulması talebi ile Kamu İhale Kurumu'na karşı 2008/1631 E. İle Ankara 4.İdare Mahkemesinde dava açıldığı ve davanın görülmekte olduğu anlaşılmış ise de, Kurul Kararının yürütülmesinin durdurulmasına veya Kararın esastan iptal edilmesine ilişkin bir mahkeme kararı bulunmadığından, anılan Kurul Kararının idarece uygulanması gerekmektedir.**

... hukuki durumda değişiklik yaratan 08.07.2008 tarih ve 2008/UH.Z-2851 sayılı Kurul Kararının idarece ivedilikle uygulanmadığı anlaşıldığından; değerlendirilmek ve bu aykırılıkların gerçekleşmesinde sorumluluğu olanlar hakkında gerekiyorsa inceleme ve/veya soruşturma yapılmak üzere, konunun İçişleri Bakanlığında bildirilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır."

2011 yılında yapılan değişiklikle, hukuki durumda değişiklik yapılmasını gerektiren Kurul kararlarının eksik ya da gereği gibi uygulanmaması durumlarında, söz konusu yanlış ya da eksik uygulama işleminin idareye başvurmaksızın doğrudan itirazın şikayet konusu yapılabileceği hususu Yönetmeliğe dercedilmiştir⁹⁵⁵.

2.3.1.2. Maddi ve Hukuki İmkansızlık Halleri

İdari işleme karşı açılan dava sonucu verilen yargı kararları doğrudan uygulanır kararlar olmayıp, idarelerce yargı kararlarının gerekleri idari işlem veya eylem şeklinde yerine getirilmektedir⁹⁵⁶. Yargı kararlarının idarenin iradesinden bağımsız hukuki ve maddi sebeplerle uygulanamaması durumunda idarenin iradesinden değil irade dışı uygulanamama halinden bahsedilmektedir⁹⁵⁷. Hukuki imkansızlıkta yargı kararının uygulanması başka bir hukuki sebeple ikansız hale gelmekte iken fiili imkansızlıkta yargı kararı maddi bir olayın engellemesi sebebiyle uygulanamamaktadır⁹⁵⁸.

Yargı kararlarının uygulanmamasından dolayı idare ve idare görevlisine karşı tazmin yoluna gidilebilmektedir. Yargıtay mahkeme kararlarının uygulanmamasından sorumluluk doğabilmesi için kasıt aramakta, salt yargı kararının yerine getirilmemesini ise kasıt olarak kabul etmektedir⁹⁵⁹. Danıştay ise sorumluluk noktasında kişisel kusurdan dolayı sorumlu memur aleyhine adli yargıda, hizmet kusurundan ötürü idare aleyhine idari yargıda tazminat istenebileceğini belirtmektedir⁹⁶⁰.

⁹⁵⁵ 03/05/2011 Tarih ve 27923 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan değişiklik ile İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin 23 üncü maddesine 2 nci fıkraya olarak eklenmiştir.

⁹⁵⁶ Atay, E. Ethem “İptal Kararlarının Nitelikleri ve İptal Kararlarının Uygulanması”, **2007 Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl Sempozyumu**, Danıştay Matbaası, Ankara, 2008, s.83. (İptal Kararlarının Nitelikleri); Akyılmaz, Bahtiyar “Yargı Kararlarının Yerine Getirilmemesinden Doğan Sorumluluk”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XI, Sa.1-2, Y.2007, s.463. (Yargı Kararlarının Yerine Getirilmesi)

⁹⁵⁷ Altay, Evren “Yargı Kararlarının Uygulanması”, **2007 Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl Sempozyumu**, Ankara, Danıştay Matbaası, 2008, s.122.

⁹⁵⁸ Altay, s.123-125.

⁹⁵⁹ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu’nun 22.10.1979 tarih ve 7/2 sayılı kararı.

⁹⁶⁰ D5D, 28.09.1999, E 96/1753, K 1999/2643.

Mahkeme kararlarında olduğu gibi hukuki durumda değişiklik meydana getiren düzeltici işlem şeklindeki Kurul kararının da kendiliğinden uygulaması söz konusu olmayıp, ilgili idarenin Kurul kararına uygun idari işlem ile kararın gereğini yerine getirmesi gerekmektedir⁹⁶¹. Bu noktada hukuki imkansızlıkla karşılaşılma ihtimali hayli zayıf olmaktadır, zira Kurul karar verinceye kadar idareler sözleşme imzalayamamaktadırlar, imzalanmış sözleşmeler ise hukuka aykırı olduğundan geçersiz addedilmekte ancak geçersiz sözleşmeye dayanılarak işin bir kısmı yapılmış ise gerçekleşen kısım ile ilgili fiili imkansızlık durumu ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte Kurul kararına karşı dava açılması durumunda ise fiili imkansızlık halleri ile özellikle mal alımı ihalelerinde çok sık karşılaşılmaktadır, zira ihale konusu malın alım ve teslimi genelde kısa süreli işlem ve eylemler gerektirmekte mahkeme kararı alınıncaya kadar malın teslimi işi bitmektedir. Hizmet ve yapım işi ihalelerinde ise işin gerçekleşmesi daha uzun zaman dilimine yayıldığından mahkemelerce verilen kararlar sözleşmenin uygulama aşamasına denk gelmekte, idarelerin daha önce yaptıkları sözleşmeleri tasfiye ederek, mahkeme kararı doğrultusunda dava lehine sonuçlanan isteklilerle sözleşme yapmaları gerekmektedir. Hukuki imkansızlık halleri ihale işlemlerinde özellikle idari yaptırım şeklinde nitelendirilen yasaklama kararlarının⁹⁶² iptallerinde ortaya çıkmaktadır. İhalelerden yasaklanan istekliler mevcut ihalelere katılmadıkları gibi, mahkeme kararı ya da yürütmeyi durdurma kararı alınıncaya kadar yasaklı gibi işlem görmektedirler. Bu durumda katılmadıkları ihalelere hukuki imkansızlık sebebiyle dahil olamamakta bununla birlikte teklif verip de değerlendirme dışı bırakılmadıkları ihalelerde ise teklifleri mahkeme kararı doğrultusunda yeniden değerlendirmeye alınmaktadır⁹⁶³. Bu noktada

⁹⁶¹Canbazoğlu, s.223-224.

⁹⁶²Kaya, s.154. (Yasaklama)

⁹⁶³Kamu İhale Kurulunun 16.01.2012 tarih ve 2012/MK-14 sayılı kararından: “...Anılan Kurul kararının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle, Eser İnş. Elekt. Nak. Tur. Tic. Ltd. Şti. Vekili Av. Mahmut Kaçmaz tarafından açılan davada, Ankara 7. İdare Mahkemesinin 23.11.2011 tarih 2011/2186 sayılı kararı ile; “Hüküm veren Ankara 7. İdare Mahkemesi’nce, dava dosyası incelenerek 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 27’nci maddesi uyarınca işin gereği görüldü:... şirket vekili olarak davacı şirketi temsil eden ve şirkette ortaklık payı bulunmayan gerçek kişinin, hakkında kamu davası açılması nedeniyle ihalelere katılmaktan yasaklanmış olmasının, bu gerçek kişinin şirketin sadece vekili olması ve şirkette sermayesinin bulunmaması karşısında, salt şirket vekili olması nedeniyle hakkında açılmış kamu davası olduğundan bahisle davacı şirketin, değerlendirme dışı bırakılması ve geçici teminatın tamamının irat kaydedilmesine ilişkin dava konusu Kamu İhale Kurulu kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.

hukuka aykırı olarak sözleşme yapılan yüklenicilerin sözleşmeleri feshedilerek, feshedilen ana kadar yaptıkları işlere ait hakkeşleri sebepsiz sebepleşme hükümleri çerçevesinde idarelerce ödenmektedir⁹⁶⁴. Kararların uygulanmasından doğan tazminat hususları ise ihaleler için diğere idari işlemlerden herhangi bir farklılık göstermemektedir.

2.3.2. Kararlara Karşı Başvuru Yolu

Kamu İhale Kurulu kararları idari işlem niteliğit taşıdıklarından Anayasanın 125 nci maddesi çerçevesinde idari dava konusu olabilmektedirler. Uygulamada Kurul'a kendi kararını yeniden gözden geçirmesi ya da kararda olduğı varsayılan maddi hataların düzeltilmesi amacıyla başvurulduğı da görölmektedir.

Açıklanan nedenlerle, açıkça hukuka aykırı bulunan ve uygulanması halinde telafisi güç ya da imkansız zararlara sebep olacağı anlaşılan dava konusu işlemin 2577 sayılı Yasanın 27. maddesi uyarınca teminat alınmaksızın dava sonuna kadar yürütülmesinin durdurulmasına, kararın tebliğ tarihini izleyen gündenden itibaren (7) gün içinde Ankara Bölge İdare Mahkemesine itiraz yolu açık olmak üzere 23/11/2011 tarihinde oybirliğityle karar verildi.” şeklinde gerekçe belirtilerek dava konusu işlemin yürütmesinin durdurulmasına karar verilmiştir.

....

Anılan kararın icaplarına göre Kamu İhale Kurulunca işlem tesis edilmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle;

1) Kamu İhale Kurulunun 15.08.2011 tarihli ve 2011/UY.II-2787 sayılı Kararının iptaline,

2) Anılan mahkeme kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda, 4734 sayılı Kanununun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (b) bendi gereğince, düzeltici işlem belirlenmesine,

Oybirliğit ile karar verildi.”

⁹⁶⁴Kamu İhale Kurulunun 03.08.2009 tarih ve 2009/DK.D-103sayılı kararından: **“4735 sayılı Kanunun 21 nci maddesinde; İsteklinin ihale sürecinde 4734 sayılı Kanunda belirtilen yasak fiil veya davranışta bulunduğunun sözleşmenin imzalanması aşamasında tespit edilmesi halinde, kural olarak sözleşmesinin feshedileceğı ancak belli şartların varlığı halinde yükleniciden taahhüdünün yerine getirilmesinin istenilebileceğı hususu düzenlenmiştir. Özel kanunları uyarınca ihalelere katılamayacak durumda olanlar, 4734 sayılı Kanununun 11 inci maddesinin (a) bendi anlamında ihalelere katılamayacak durumda değildir. Bu durumdaki kişilerin ihalelere katılması aynı Kanununun 17 nci maddesi uyarınca yasak fiil veya davranış olarak nitelendirilemeyeceğinden, böyle bir isteklinin ihalelere katılması ve ihalenin de bu istekli üzerinde bırakılarak sözleşmenin imzalanması halinde, söz konusu sözleşmenin 4735 sayılı Kanununun 21 nci maddesine dayanılarak feshedilmesi de mümkün değildir. Ancak, teklifi değerlendirmeye dışı bırakılması gerekirken bir istekliyle imzalanan sözleşme yasaya aykırı olarak imzalanmış olacağından, böyle bir sözleşmenin geçerliliğinden söz etmek mümkün değildir. Bu nedenle, 4735 sayılı Kanunda sınırlı olarak sayılan sözleşmenin feshi nedenleri taşımayan, ancak yasaya aykırı olarak imzalandığı için geçerliliğinden söz edilemeyecek olan bir sözleşmenin de 4735 sayılı Kanununun 36 ncı maddesi uyarınca Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde feshedilmesi gerekmektedir.”**

2.3.2.1. Maddi Hataların Düzeltilmesi

Kurul kararlarında var olan maddi nitelikli hataların düzeltilmesi mümkün olup, söz konusu hataların düzeltilmesi işlemi de yine Kurul kararı ile yerine getirilmektedir⁹⁶⁵. Kurul kararlarında yer alan hatalardan; taraflara veya ihaleyi ilişkin bilgilerde yer alan maddi hatalar, gerekçe ile karar sonucu arasında uyumsuzluk şeklinde ortaya çıkan hatalar ve hesaplama yanlışlıkları maddi hata kapsamında görülerek Kurul tarafından düzeltilebilmektedir⁹⁶⁶.

Maddi yanlışlıkları düzeltilmesi müessesesi İdari Yargılama Usulünde de yer almakta olup⁹⁶⁷, mahkeme kararının sonucunda değişiklik yapmamak, hükmün kapsamını genişletmemek ya da daraltmamak üzere, karardaki nesnel yanlışlıkların kararı veren mahkemece düzeltilmesi mümkündür⁹⁶⁸.

⁹⁶⁵Kamu İhale Kurulunun 25.06.2010 tarih ve 2010/DÜZELTME-4 sayılı kararından: “İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin “Yazım hatalarının düzeltilmesi” başlıklı25 inci maddesinde; “(1) Kurul kararlarında yer alan taraflara veya ihaleye ilişkin bilgilerdeki hatalar, gerekçe ve karar sonucu arasındaki çelişkiler ile hesaplama yanlışlarından kaynaklanan yazım hataları Kurul tarafından düzeltilebilir.

(2) Hataları giderilen Kurul kararı ilgililere tebliğ edilerek Kurumun internet sayfasında yayımlanır.” hükmü yer almaktadır.

31.05.2010 tarih ve 2010/UH.III-1538 sayılı kararın 1 inci sayfasındaki 1 inci sayfasındaki “Kurumca Yapılan İnceleme ve Değerlendirme” kısmında yer alan esas inceleme raporunun sonuç kısmında yer alan hataların;

“4734 sayılı Kanunun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince itirazın şikayet başvurusunun reddine,” ifadesinin;

“... 4734 sayılı Kanunun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (b) bendi gereğince düzeltici işlem belirlenmesine” şeklinde yazılarak düzeltilmesine,

Anılan Kararın 8 inci sayfasının karar sonucu kısmında yer alan hüküm fıkrasındaki;

“Anılan Kanunun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince itirazın şikayet başvurusunun reddine,” ifadesinin;

“Anılan Kanunun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (b) bendi gereğince düzeltici işlem belirlenmesine” şeklinde yazılarak düzeltilmesine,

2) 31.05.2010 tarih ve 2010/UH.III-1538 sayılı Kurul kararının düzeltilen haliyle taraflara gönderilmesine,

Oybirliği ile karar verildi.”

⁹⁶⁶İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik m.25.

⁹⁶⁷2577 Sayılı Kanun m.30.

⁹⁶⁸Gözübüyük/Tan, (İdari Yargı), s.1193-1194.

2.3.2.2. Yeniden Gözden Geçirme

Bilindiği üzere birel nitelikli idari işlemlerden hukuka uygun olanları geri alınamamakta ancak hukuka aykırı olanlarının kamu hizmetlerinin gereği gibi işleminin sağlanması düşüncesiyle geri alınabileceği savunulmaktadır⁹⁶⁹. Bundan başka geri almanın her hal ve karda dava açma süresi içerisinde olması gerekmektedir⁹⁷⁰. Kurul kararından memnun olmayan başvuru sahipleri bazı durumlarda Kurul'a yeniden başvurarak idari işlem olan Kurul kararını gözden geçirmesini ve değiştirmesini talep etmektedirler. Kurul bu başvuruları 4734 sayılı Kanunun 57 nci maddesinde yer alan “*Şikâyetler ile ilgili Kurum tarafından verilen nihai kararlar Türkiye Cumhuriyeti Mahkemelerinde dava konusu edilebilir ve bu davalar öncelikle görülür.*” hükmündeki “*nihai kararlar*” ibaresini göz önünde bulundurarak, Kurul için esas incelemesi sonucunda verilen kararların kesin olduğu ve gözden geçirerek karar değiştirmenin mümkün olmadığı ve Kurul tarafından karara bağlanan işlemleri düzeltmeye yönelik mevzuatta bir hüküm bulunmadığı gerekçeleriyle reddetmektedir⁹⁷¹. Netice itibarıyla hukuka aykırı idari işlemlere karşı bazı hallerde uygulaması mümkün görülen idarenin kendi kararını geri alabilme ve değiştirme imkanı Kurul kararları bakımından uygulama alanı bulamamaktadır⁹⁷². İhalenin zincir işlem şeklinde gerçekleştiği, itirazın şikâyet başvurusu olması durumunda zincirin son halkası olan idari işlemin Kurul tarafından gerçekleştirildiği hususları ve bu işlem sonucunda özel hukuka tabi bir sözleşmenin imzalanması söz konusu olduğu hususu dikkate alındığında, Kurulun kararlarını maddi hata halleri hariç değiştirememesi yolundaki kararının isabetli olduğu, ihalelere karşı idari başvuru yollarının işlevi ile örtüştüğü kanaatindeyiz.

⁹⁶⁹Çağlayan, (Geri Alma), s.47.

⁹⁷⁰Tan, Turgut, **İdari İşlemlerin Geri Alınması**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1970, s.116. (Geri Alma)

⁹⁷¹Kamu İhale Kurulunun 26.09.2012 tarih ve 2012/UY.II-3745 sayılı kararından: “4734 sayılı Kamu İhale Kanununda Kurul tarafından karara bağlanan hususların yeniden incelemeye alınmasına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Diğer yandan, anılan Kanunun 57’nci maddesinde şikâyetler ile ilgili olarak Kurum tarafından verilen nihai kararların mahkemelerde dava konusu edilebileceği belirtilmiştir. ... Açıklanan nedenlerle, Başvurunun reddine, Oybirliği ile karar verildi.”

⁹⁷²Korkmaz, s.70.

KİK'in karar organı Kurul olduğundan yeniden gözden geçirme niteliğinde olsa da itirazın şikayet mahiyetinde yapılan başvuruların, bu başvuruların yeniden gözden geçirme niteliğinde olup olmadığı konusunun da Kurul tarafından incelenmesi ve değerlendirilmesi zorunlu olduğu gerekçesiyle, Kurul tarafından nihai karara bağlanması gerektiği kanaatindeyiz. Kurulun daha önce karar verdiği bir itirazın şikayet başvurusuna yönelik olarak, başvuru sahibinin yeniden inceleme niteliğindeki başvurusu Kurul Başkanı tarafından alınan kararla reddedilmiş, mahkemeye yapılan başvuru üzerine, KİK'in karar organının Kurul olduğunu belirterek Başkanlık işlemi ile itirazın şikayet başvurusunun yeniden inceleme niteliğinde olsa dahi nihai olarak karara bağlanamayacağını belirtmiştir⁹⁷³.

2.3.2.3. Yargı Yolu

Uluslararası düzenlemelerde ihalelere karşı yapılan başvurular neticesinde BİO'lar tarafından alınan kararlara karşı yargı yolunun açık bulunması öngörülmektedir. Bu doğrultuda BM Model Kanununda⁹⁷⁴ ve AB Şikayet Direktifinde bu kararların yargı denetimine açık olması gerekliliği vurgulanmaktadır⁹⁷⁵.

Ülkemizde de Kurul tarafından itirazın şikayet başvurusu üzerine verilen nihai karara karşı yargı yoluna gitmek mümkün bulunmaktadır. Anayasanın 125 inci maddesi çerçevesinde idari işlemler dava konusu edilebilmekte, Kurul kararı da idari işlem niteliği gereği olarak idari dava konusu olabilmektedir. 4734 sayılı Kanunda da açıkça Kurul kararlarının dava edilebileceği hüküm altına alınmış bulunmaktadır⁹⁷⁶. BM Model Kanunu BİO'ların kararlarına karşı yargı yoluna başvuru imkanı sağlanmasını öngörmektedir.⁹⁷⁷ Avrupa Birliği Şikayet Direktifi bağımsız idari

⁹⁷³ Ankara 4. İdare Mahkemesininin 05.07.2011 tarih ve E:2011/853 sayılı kararı.

⁹⁷⁴UNCITRAL Model Kanun m. 64/3.

⁹⁷⁵OECD Sigma, (Review Bodies), s.6.

⁹⁷⁶4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 57 nci madde hükmü: ““Şikâyetler ile ilgili Kurum tarafından verilen nihai kararlar Türkiye Cumhuriyeti Mahkemelerinde dava konusu edilebilir ve bu davalar öncelikle görülür.

⁹⁷⁷UNCITRAL Model Kanun 64/3.

otoritenin yargı organı karakterine sahip olmasını aramamakta, otoritenin niteliğini idari olarak öngörmektedir. Kararlarını gerekçeli olarak alınması gerektiği ve bu kararların da yargı denetimine açık olması gerekliliği Dİretif'te vurgulanmaktadır⁹⁷⁸. Ülkemiz uygulamasında da KİK yargısal değil idari nitelikte bir kuruluş olup verdiği kararlar yargı denetimine açıktır.⁹⁷⁹

Danıştay, Kurulun tam anlamıyla icrai nitelik taşımayan, 4734 sayılı Kanunun ilk şeklinde bulunan ancak daha sonra yapılan değişiklikle kaldırılan “iddiaların incelenmesi” müessesesi kapsamında yapılan incelemeler sonucunda alınan ve sonuca etkili olmayan ilgili idareye ihale sürecinde tespit edilen hukuka aykırılıklar konusunda bildirim yapılması kararlarının dahi iptal davasına konu olabileceğini şu ifadelerle kabul etmektedir; “4734 sayılı Kanun'un 53. maddesinde, Kurum'un gerekli gördüğü takdirde bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine aykırılık bulunduğu yolundaki iddiaları da inceleyip sonuçlandıracağı hükme bağlanmış olmakla birlikte, Kanun'da iddiaların incelenmesine ilişkin usul ve esasların yer almaması iddiaların incelenmesi sonucunda, itirazın şikâyet başvurularının incelenmesi sonucu verilen kararlardan birinin verileceğine dair bir düzenleme olmaması nedeniyle, bu konunun usul ve esasları ile verilecek kararlara ilişkin ayrıntıların düzenlendiği Yönetmelik hükümlerine dayanılarak tesis edilen dava konusu Kamu İhale Kurulu kararında bu yönüyle hukuka aykırılık görülmemiş olup, İdare Mahkemesi'nce; Kamu İhale Kurumu'nun 4734 sayılı Kanun'da öngörülen görev ve yetkilerini kullanabilmesi ve etkin ve verimli bir şekilde yürütebilmesinin, ancak, Kurul kararının sonuca etkili olabilmesiyle mümkün olduğu, ihale işlemleriyle ilgili mevzuata aykırılıkların ihaleyi yapan idareye bildirilmesi şeklindeki kararın sonuca etkili kararlardan olmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmesinde hukukî isabet bulunmamaktadır.”⁹⁸⁰. Danıştay'ın bu görüşünün yerinde olduğu kanaatindeyiz, zira bir ihale işleminin hukuka aykırı olarak yapıldığının KİK tarafından tespit edilip ilgili idareye bildirilmesi durumunda, gerek ihalede hakkı ihlal edilenlerin ileride açması muhtemel tazminat davaları ve

⁹⁷⁸OECD Sigma, (Review Bodies), s.6.

⁹⁷⁹Korkmaz, s.72-73.

⁹⁸⁰ D13D, 05.10.2011, E:2008/2128, K:2011/4227.

gerekse idarenin hukuka aykırılıktan endişe ederek sözleşmeyi iptal etme ya da ilgililer hakkında yasaklama yoluna gitme ihtimali çerçevesinde, iddiaların incelenmesi müessesesinin sonuca doğrudan olmasa da dolaylı olarak etki edebilecek nitelikte kararlara sebep olabileceği açıktır.

İhale işleminin zincir işlem şeklinde gerçekleştiği, zincirin son halkasının itirazın şikâyet başvurusu olması halinde Kamu İhale Kurulu kararı tarafından oluşturulduğu göz önünde bulundurulduğunda, davanın ihale ile ilgili olarak icrai manada en son işlemi yapan merci olan Kamu İhale Kurulu kararına karşı açılması gerekmektedir⁹⁸¹. Her ne kadar Kurulun iptal ve düzeltici işlemlerinden sonra idarenin bu yönde uygulayıcı işlem tesis etmesi gerekmekte ise de⁹⁸², söz konusu uygulama işlemleri Kurul kararına dayandığından ve 4734 sayılı Kanunda Kurulun nihai işlemlerine karşı dava açılabilirliği açıkça belirtildiğinden, davanın Kurul kararına karşı açılması uygulamasının yerinde olduğu kanaatindeyiz. Danıştay da aynı görüş çerçevesinde düzeltici işlem kararını uygulayan idarenin değil, KİK'in kararının dava konusu olması gerektiği görüşündedir⁹⁸³.

İdari yargılama usulünde iptal davalarında genel görevli mahkeme idare mahkemeleri olduğundan ve bu davaların idari işlemi tesis eden yer mahkemesinde açılması gerektiğinden bahisle⁹⁸⁴, Kamu İhale Kurumu da Ankara'da kurulu

⁹⁸¹Taşdelen, s.48.

⁹⁸²Canbazoglu, s.223-224.

⁹⁸³D13D, 08.11.2010, E:2009/3329, K:2010/7745: “Yukarıda yer verilen hükümlere göre, yapım müteahhidi, tedarikçi veya hizmet sunucusu tarafından açılan davalarda, ihale süreci ile ilgili olarak idari davaya konu olabilecek işlem, ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde ihale makamı tarafından yapılan işlemler değil, bu işlemlere karşı, anılan Kanun hükümlerinde öngörülen usullere göre ihaleyi yapan idareye yapılacak şikâyet başvurusundan sonra, Kamu İhale Kurumu'na yapılacak itirazın şikâyet başvurusu sonucu Kamu İhale Kurulu tarafından tesis edilecek işlemdir.

Bu durumda; mevcut yasal düzenleme karşısında, teklifinin değerlendirme dışı bırakılması üzerine şikâyet ve itirazın şikâyet başvurularında bulunan davacı şirket tarafından, ancak yapılan itirazın şikâyet başvurusu sonucu Kamu İhale Kurulu tarafından alınan nihai karar dava konusu edilebileceğinden, ihaleyi yapan Adalet Bakanlığı tarafından tesis edilen ve kesin ve yürütülebilir işlem niteliği taşımayan davacı şirketin teklifinin değerlendirme dışı bırakılması ve şikâyet başvurusunun reddine ilişkin işlemlerin incelenme olanağı bulunmadığından, yukarıda anılan Kanun hükümleri doğrultusunda davanın bu bölümünün incelenmeksizin reddi gerekirken, işin esasının incelenmesi suretiyle davanın reddi yolunda hüküm kuran İdare Mahkemesi kararında usul hükümlerine uyarlık bulunmamaktadır.”

⁹⁸⁴2577 Sayılı Kanun m. 32/1.

bulduğundan Kurul'un kararlarına karşı Ankara İdare Mahkemelerinde dava açılabilen, söz konusu başvuru yolu Kurul kararlarında da gösterilmektedir⁹⁸⁵.

2.4. İtirazen Şikayet Başvurusunda Bulunmanın Hukuki Sonucu

Kamu İhale Kurumuna yapılan şikayet başvurusu idareye yapılan şikayet başvurusu gibi “*otomatik yürütmeyi durdurma kararı*” işlevi görmekte ve itirazen şikayet başvurusu sonuçlanıncaya kadar idare ihale ile ilgili olarak sözleşme imzalamamaktadır⁹⁸⁶. İhale sürecinin herhangi bir itirazen şikayet başvurusu karşısında otomatik olarak durdurulması ihalelerin hızlı bir şekilde sonuçlanmasını amaçlayan 4734 sayılı Kanunun getirdiği sistemin genel mantığı ile bağdaşmıyor gibi gözükse de, itirazen şikayet başvurusu sonucunda ortaya çıkan kararın uygulanmasını temin edebilmek açısından, itirazen şikayet başvurusu ile ihale sürecinin otomatik durması, şikayet hakkının kullanılmasının özü ile yakından ilgili ve gerekli olduğu kanaatindeyiz.

Uluslararası düzenlemelerde de ihalelere yönelik idari başvurular neticesinde alınacak kararın uygulanmasını temin amacıyla ülkelerin gerekli önlenmeleri alınmasına ilişkin hükümler bulunmaktadır.

Avrupa Birliği Şikayet Direktifi üye ülkelere, ihalelere yönelik başvurusunda bulunulması halinde daha sonra telafisi güç durumların oluşmaması için geçici tedbir mekanizmaları kurma zorunluluğu getirmektedir⁹⁸⁷. Söz konusu mekanizma bağımsız idari otoriteye yapılan şikayet başvurusu neticelenmeden idarenin sözleşme

⁹⁸⁵ Kamu İhale Kurulunun 15.08.2012 tarih ve 2012/UY.I-3322 sayılı kararı: “*Açıklanan nedenlerle, 4734 sayılı Kanunun 65 inci maddesi uyarınca bu kararın tebliğ edildiği veya tebliğ edilmiş sayıldığı tarihi izleyen 60 gün içerisinde Ankara İdare Mahkemelerindedava yolu açık olmak üzere;*

Anılan Kanunun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (b) bendi gereğince düzeltici işlem belirlenmesine, Oybirliği ile karar verildi.”

⁹⁸⁶Yılmaz, (Dilşat), s.177.

⁹⁸⁷Bovis, s.211.

yapmasına izin vermeyecek önlemler içermelidir⁹⁸⁸. 4734 sayılı Kanun ile getirilen düzenleme Avrupa Birliği Şikayet Direktifinin öngördüğü mekanizmayı sağladığı görülmektedir, zira ihale süreci şikayet ve itirazın şikayet başvuruları ile otomatik olarak durmakta ve başvurular sonuçlanmadan sözleşme imzalanmamaktadır⁹⁸⁹.

DTÖ Kamu Alımları Anlaşması, anlaşma hükümlerinin uygulanabilmesini teminen idari başvuruda bulunulması durumunda ihale sürecinin durdurulmasını da içeren hızlı önlemlerin alınabilmesine ilişkin düzenlemelerin yapılmasını öngörmektedir⁹⁹⁰. Kamu menfaatinin ihaleden beklenen kamu yararına oranla daha fazla zedeleneceğinin ortaya konulabildiği durumlarda söz konusu önlemlerin alınmayabileceği Anlaşmada hüküm altına alınmıştır⁹⁹¹.

Kamu Alımları Anlaşmasında şikayet sürecinin hedefine ulaşabilmesi ve alınan kararların uygulanabilir olmasını teminen yer verilen esaslardan biri olan ihale sürecinin şikayet ile durmasına ilişkin esas Kamu İhale Kanununda net olarak karşılanmıştır. Kamu İhale Kanunu ilk yayımlanmış şekli ile Kamu Alımları Anlaşmasına tam olarak paralellik göstermekteydi, idareler ihalenin devamındaki kamu yararının ihalenin durdurulmasından daha ağır bastığını düşündüğü durumlarda “*ihale işlemlerine devam kararı*” alabiliyorlar ve ihale işlemlerini sürdürebiliyorlardı. Kanunda yapılan değişiklik ile idarelerin kamu yararı sebebi ile ihale işlemlerine devam etmelerine imkan sağlayan bu mekanizma ortadan kaldırılarak, şikayet süreci sonucunda alınan kararın uygulanabilirliğini daha fazla garanti altına alan “*yürürlüğün otomatik olarak durması*” müessesesi Kamu İhale Kanununa dahil edilmiştir. Netice itibarıyla Kamu İhale Kanununun şikayet sistemi Kurul kararlarının uygulanabilirliğini sağlamak açısından Kamu Alımları Anlaşmasında yer alan önlemlere ilişkin şartları fazlası ile sağladığı kanaatindeyiz.

⁹⁸⁸Hebly, Jan M./Brants, Waynand J. **European Public Procurement: Legislative History of the Remedies**, 2011, Kluwer Law International, İngiltere, s.146.

⁹⁸⁹Işık, s.61.

⁹⁹⁰Mavroidis, s.811.

⁹⁹¹Arrowsmith/Anderson, s.667.

BM Model Kanunu üç durumun varlığı halinde idarenin sözleşmeyi yürürlüğe koyacak adımlardan kaçınmasını öngörmektedir. Bu durumlar; zamanında kendisine şikayet başvurusu yapılması⁹⁹², bağımsız idari otoritenin süreci durdurduğuna dair bilgilendirmesi ya da mahkemeden sürecin durdurulmasına ilişkin bilgi edinilmesi halleridir⁹⁹³. Söz konusu durumlar 4734 sayılı Kanunun öngördüğü sistem ile karşılaştırıldığında bazı benzerlikler ve farklılıklar bulunduğu ortaya çıkmaktadır. İdareye ve bağımsız idari otoriteye yapılan başvurularda 4734 sayılı Kanun uygulamasında süreç otomatik olarak durur iken⁹⁹⁴, Model Kanunda idareye yapılan başvuru otomatik olarak ihale sürecini durdurmakta, bağımsız idari otoritenin ise sürecin durmasına ilişkin karar alması gerekmektedir⁹⁹⁵. Yargı yoluna başvurulması halinde ise 4734 sayılı Kanun uygulaması ile Model Kanun uygulaması arasında fark bulunmamakta, her iki düzenleme çerçevesinde de mahkemeye başvuru otomatik olarak ihale sürecine etki etmemekte, sürecin durması ancak mahkemenin yürütmeyi durdurma kararını vermesi ile mümkün olabilmektedir.

Model Kanun ivedi kamu ihtiyacının bulunması halinde idarenin, bağımsız idari otoriteden ihale sürecine devam etme talebinde bulunabileceğini hüküm altına almıştır⁹⁹⁶. İhale sürecinin devam edip etmeme kararını verme yetkisi Model Kanunda bağımsız idari otoriteye ve mahkemelere tanınmıştır⁹⁹⁷. 4734 sayılı Kanunun mevcut uygulamasında ise ivedi kamu ihtiyacı sebebiyle ihale işlemlerine devam edebilme yoluna başvurabilmek mevcut değildir⁹⁹⁸. Kanunun daha önceki uygulamasında ise idareler ivedi kamu ihtiyacının varlığı halinde kendileri ihale işlemlerine devam kararı alabiliyor, bu kararın kaldırılması yani denetimi ise Kurul tarafından yerine getiriliyordu⁹⁹⁹. 4734 sayılı Kanunda yapılan değişiklik ile, ihale

⁹⁹²Treumer, Steen **Public Procurement Regulation: An Introduction**, 2010, Asia Link, Nottingham, İngiltere, s.158, <http://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/publicprocurementregulationintroduction.pdf>, 10.08.2013.

⁹⁹³UNCITRAL Model Kanun m. 65/1.

⁹⁹⁴İşık, s.62.

⁹⁹⁵UNCITRAL Model Kanun m. 66/3(b).

⁹⁹⁶UNCITRAL, (Enactment), s.238-239.

⁹⁹⁷UNCITRAL Model Kanun m. 65/3(b) ve 66/3(b).

⁹⁹⁸Bastık, s.67.

⁹⁹⁹CaNbazoglu, s.58-59.

işlemlerinin ivedi kamu ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla sürdürülebilmesine imkan tanıyan düzenleme yürürlükten kaldırılmıştır¹⁰⁰⁰.

¹⁰⁰⁰Bastık, s.67.

SONUÇ

İhalelere yönelik idari başvurular hakkında hazırlanan bu çalışmanın amacı, idari başvuru yollarının kullanımına ilişkin ortaya çıkan sorunlara dair yapılacak yorumlara temel teşkil edecek kriterlerin belirlenmesi olmaktadır. Bu amaç çerçevesinde iş bu çalışma neticesinde; idari başvuru yollarının varoluş işlevine aykırı yorum yapılmaması gerektiği, Anayasada ifadesini bulan idari işlemlere karşı dava imkanını ortadan kaldıracak ya da kısıtlayacak şekilde uygulamadan kaçınılması gerektiği, idari başvuru yollarının kapsamı belirlenirken idarelerin vereceği idari kararlarla kanunla belirlenmiş kapsamın daraltılmasının mümkün olmadığı ve genel olarak idari başvuru yollarının hak arama özgürlüğünü sınırlayacak şekilde daraltıcı yorumla kısıtlanmaması gerektiği sonuçlarına ulaşılmıştır. Söz konusu sonuçlara varılmasında kullanılan bazı örnek uygulamalar ve bu uygulamalar karşısındaki kanaatlerimiz bu bölümde aşağıdaki şekilde gösterilmektedir.

4734 sayılı Kanun, ihalelere karşı idari başvuru için, İYUK'un öngördüğü sistemden farklı ve özel düzenlemeler içermektedir. Kanun, ihalelere karşı yapılacak idari başvuruların; önce idareye şikayet şeklinde gerçekleşmesini öngörmüş, eğer istenilen sonuç alınamaz ise düzenleyici ve denetleyici yetkilerle donatılmış bir bağımsız idari otorite olarak yapılandırılan Kamu İhale Kurumuna (KİK) itirazın şikayet başvurusunda bulunulabileceğini belirtmiştir. Dolayısıyla ihalelere karşı yapılacak idari başvurular için iki aşamalı bir idari başvuru mekanizması geliştirilmiştir. İki aşamalı başvuru yolunun idareye yapılan şikayet, KİK'e yapılan ise itirazın şikayet olarak adlandırılmaktadır.

Kanunun idari başvuru yollarına ilişkin olan madde gerekçelerinde, özel nitelikteki idari başvuru yolunun asıl ihdas sebebinin uluslararası düzenlemelere uyum sağlamak olduğu anlaşılmakta, bunun yanısıra ilgili hak sahiplerinin inceleme talebinde bulunabilmesini temin etmek, sulh ile çözümü mümkün kılmak ve bu konuda bağımsız bir idari otoritenin ihalelere ilişkin işlemleri denetlemesini mümkün

kılmak da sebepler arasında gösterilmiştir. Yine Kanunda yapılan değişiklik gerekçelerinde, ihalenin şikayetler sonuçlanmadan sözleşmeye bağlanması halinde doğabilecek ihtilafların önlenmesi ve başvuruların kısa süre içerisinde sonuçlandırılması da yeni idari başvuru yolu ihdasının gerekçeleri arasında yer almıştır.

Türkiye'nin üyelik yolunda bulunduğu ya da taraf olduğu Uluslararası Kuruluşların düzenlemelerinin ülkelere yüklediği temel sorumluluklar; ilgililere yerel düzeyde ihaleyi yapan idareden bağımsız nitelikte bir organda uyumsuzluğu incelettirebilme hakkı tanıma, bu organın verdiği kararların yargı denetimine açık olmasını sağlama, incelemenin kamuya açık ve şeffaf olması, kararların uygulanabilir kılınması gibi hususlardır. Bunlardan başka ayrıca; idari otoritelerin yaptıkları incelemelerde karar verilmeden önce taraflar dinlenmelidir, tarafların temsil edilebilme ya da eşlik edilebilme hakkı bulunmalıdır, tarafların şikayet ve inceleme sürecinin tüm aşamalarına erişebilme hakkı olmalıdır, inceleme süreci kamuya açık olmalı ve şahit dinletilebilmelidir.

4734 sayılı Kanun söz konusu yükümlülükleri genel hatlar itibariyle yerine getirir nitelikte hazırlanmış, ihaleleri yerel düzeyde inceleyecek Kamu İhale Kurumu kurulmuş, Kurulun kararlarını çok uzun olmayan belli bir sürede vermesi Kanunen benimsenmiş ve Kurulun kararları yargı denetimine açık tutulmuştur.

Uluslararası düzenlemelerin inceleme usulüne ilişkin kuralları da bir çok noktada Kamu İhale Kanunu ile özdeşleşmektedir şöyle ki; Kamu İhale Kurumu tarafların dinlenilmesine imkan vermekte ve tarafların inceleme sırasında temsil edilebilme hakkı mevcuttur. Uluslararası düzenlemelerin Kamu İhale Kanunu ile uyuşmadığı noktalardan ilki incelemenin her aşamasına tarafların erişiminin mümkün kılınması kuralıdır. Uluslararası düzenlemelerde bu temel esas yer almakla birlikte Kamu İhale Kanununda ya da ilgili diğer mevzuatta bu hususu sağlayan herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Başvuru sahibi başvuru dilekçesini sunduktan sonra karar sonucunu beklemekte, idare de ihale işlem dosyasını idareye gönderme

dışında bir işlem yapamamaktadır. İkinci olarak tarafların dinlenilmesi hususu ise tamamen Kurulun takdirinde olduğundan, tarafların dinlenilmesi hususunun Kamu İhale Kanununda tam anlamıyla karşılanmadığını söylemek mümkündür. Yine inceleme sürecinin kamuya açık olması şeklinde Kamu Alımları Anlaşmasında yer alan kuralın Kamu İhale Kanunu ve uygulamasında yer almadığı sonucu ile karşılaşmaktayız. Kamu ihale mevzuatında inceleme süreci içerisinde temel iki nokta önem arz etmekte olup, bunlardan ilki itirazın şikayet konusuna ilişkin uzman raporunun hazırlanması (Kamu İhale Kurumu tarafından hazırlanan rapor) iken ikincisi Kamu İhale Kurulunun kararının oluşturulmasıdır. Kurul kararı uzman raporu esas alınarak hazırlanmakla birlikte, daha önceden Kurul kararının “*Kurumca Yapılan İnceleme ve Değerlendirme*” başlıklı bölümünde var olan uzman raporunun sonucuna kararda yer verilmesi uygulaması kaldırılarak Kurul kararında uzman raporunun sadece hazırlandığından bahsedilmekte ancak içerik ya da neticesinden hiçbir şekilde söz edilmemektedir. Böylece incelemenin kamuoyu önünde gerçekleşmesi şartının da ülkemiz uygulamasında karşılık bulmadığı sonucuna varabiliriz.

Çalışmada çözümlenmeye çalışılan konulardan birisi olarak karşımıza KİK’in Türk İdari Teşkilatı içerisindeki yerinin tespiti hususu çıkmaktadır. KİK’in yapısı, kuruluşu ve görevleri incelendiğinde, kurumun 4734 sayılı Kanunla kurulduğu, Maliye Bakanlığı’nın vesayete benzer bir denetiminin altında bulunduğu, ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olduğu ve ihale alanına özgü görevlerle donatıldığı görülmektedir. Bu durumda eğer bir sınıflandırma yapılması gerekirse, KİK’in hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşlarının belirleyici ölçütlerinin birçoğunu karşıladığı ve bu kuruluşlar arasında sayılmasının uygun olacağı kanaatindeyiz. Turan Yıldırım tarafından ileri sürülen; merkezi idare içinde yer almayan ve yerel yönetim olarak Anayasa’da sayılmayan tüm kamu tüzelkişilerinin, hizmet yönünden yerel yönetim olarak değerlendirilmeleri gerektiği argümanı da kanaatimizi destekler niteliktedir.

Şikayet olarak adlandırılan ve ihaleyi yapan idari makama yapılan idari başvurunun nitelendirmesi meselesi çerçevesinde yapılan incelemelerde bu

müessesenin bir sulh yönetimi mi yoksa özel nitelikli bir idari usul mekanizması mı olduğu tartışılmıştır.

İdare, şikayet müessesesinde tamamen bağlı ve sınırlı bir yetki kullanmaktadır. Bu bağlı ve sınırlı yetki öyle dar bir alana sıkışmıştır ki, idarenin hangi durumlarda ne tür karar vermesi gerektiği ayrıntılı olarak mevzuatta düzenlenmiştir. Kaya'ya göre; bağlı yetki takdir hakkının karşıtı olarak kullanılmakta ve bağlı yetkinin olduğu yerde takdir hakkından bahsedilememektedir, zira bağlı yetki işlemin sebep ve konu unsurları arasında zorunlu bir bağ kurmaktadır. Bir idari işlemin doğurduğu hukuki sonuçlara o işlemin konusu denilmekte olup, idarenin tesis edeceği idari işlemler kanunda gösterilenden farklı sonucu içeriyorsa işlem konu yönünden sakat olur. İdarenin alabileceği kararların yani hukuki sonuçların önceden ayrıntılı olarak belirlendiği ihale işlemlerinde ise takdir hakkının konu yönünden pek mümkün olmadığı özellikle sıkı şekil ve usul şartları ile bu yetkinin daha da daraltıldığı görülmektedir. Şikayet müessesesi incelendiğinde, bu müessesenin tamamen usul hukuku hükümleri üzerine inşa edildiği, maddi hukuka atıf yapmanın ya da herhangi bir takdir hakkı kullanmanın mümkün olmadığı ortaya çıkmaktadır. Sulh müessesesinden bahsedebilmek için ise idarenin özellikle idari işlemin sonuçları üzerinde bağlı yetki ile donatılmamış olması belli aralıklarda takdir hakkına sahip olması gerekmektedir. Belirtilen sebeplerle şikayet müessesinin, Kanunun değişiklik gerekçesinde ve bazı Kurul kararlarında belirtildiği üzere bir sulh olma mekanizması olmadığı değerlendirilmektedir.

İdari usul, idari işlemin yapılışı aşamasında bireylerin haklarını korumayı amaçlamakta olup, yargı yoluna gidilmeden önce bireylerin haklarının işlemin hazırlanışı aşamasında teminini amaçlamaktadır. Şikayet müessesesi de yargı yolu öncesi başvurulabilen bir idari başvuru yolu olmakla birlikte, genellikle idarenin dış alemde hukuki sonuç doğuran hukuki bir işlemi oluşturduktan sonra hakkı ihlal edildiğini iddia edenlerce kullanılabilir. Yani işlemin ilk oluşum aşamasında şikayet hakkının kullanılması ile işlemin kurulmasına etki edilememektedir. Bununla birlikte ihale işleminin zincir işlem şeklinde gerçekleştiği, şikayet hakkının kullanılma süresi tükenmeden ihale işleminin tekemmül etmediği göz önünde

bulundurulduğunda ve şikayet hakkı ile herhangi bir ihale işleminin yapılmadan önce olmasa dahi yapıldıktan sonra ve geçmişe etkili sonuç doğuracak şekilde oluşumuna etki etme hakkı tanıdığı hususu birlikte değerlendirildiğinde, şikayetin bir idari usul mekanizması olduğu sonucuna varılmaktadır. Şikayet mekanizmasının sadece ihale işlemlerine özgülenmiş olması ve dava öncesi tüketilmesinin zorunlu olması ise söz konusu başvuru yolunun “*özel nitelikli bir idari usul müessesesi*” olarak nitelendirilmesine imkan verdiği kanaatindeyiz.

4734 Sayılı Kanunun ilk yürürlüğe giren şekli kapsam olarak hayli geniş iken zamanla getirilen istisnalar Kanunun uygulama alanını daraltmıştır. Bu noktada karşımıza herhangi bir ihalenin Kanun kapsamında yapılması gerekirken kapsam dışında yapıldığına ilişkin iddiaların şikayet başvurusuna konu olup olamayacağı sorunu çıkmaktadır. Bir ihalenin salt 4734 sayılı Kanuna tabi olmaksızın yapılması o ihaleyi şikayet konusu olmaktan çıkarmamaktadır. Önemli olan yapılan ihalenin esas bakımından Kanun kapsamında yapılması gerekip gerekmediğinin tespitidir. Başka bir anlatımla ihalenin hangi kanuna tabi olarak yapıldığı değil, hangi kanuna tabi olarak yapılması gerektiği hususu, o ihalenin şikayet başvurusuna konu olup olmamasında esas alınmalıdır kanaatindeyiz.

Kamu İhale Kurumunun yapmış olduğu denetim türünün sınıflandırması konusunda çözüme varabilmek için, bu denetim yolunun, idari sistemimizde var olan diğer bazı denetim türleri ile karşılaştırması yoluna gidilmiştir.

KİK'in denetlediği ihale işlemlerini yapan kuruluşların üstü pozisyonda olmaması ve aynı hiyerarşik düzen içerisinde bulunmaması sebepleriyle, itirazın şikayet yolunun, hiyerarşik denetimin ihale işlemlerine özgü bir türü olmadığı; İYUK'un 11 inci maddesinde yer alan idari başvuru yolunun ilgili hak sahipleri için ihtiyari bir nitelik taşımakta iken, itirazın şikayet başvuru yolunun ise dava öncesi tüketilmesi zorunlu başvuru yollarından olduğu ve aralarında usule dair bir çok fark bulunduğu gerekçeleriyle bu iki başvurunun aynı nitelikte olamayacağı; vesayet denetiminin sadece yerel yönetimler üzerinde olması ve merkezi idare tarafından kullanılabilir olması sebebiyle, bu denetimin itirazın şikayet denetiminden farklı

olduğu; itirazın Şikayet tüzel kişiliği bulunmayan idareler için de kullanılabilceği ve söz konusu idari başvuru yolunun dava öncesi tüketilmesi zorunlu idari başvuru yolu olduğu hususu da dikkate alındığında, itirazın Şikayetin dış idari denetim olarak da nitelenemeyeceği sonucuna varılmaktadır.

İhale işlemlerinin nihai hedefi, bir mal, hizmet ya da yapım işi konusunda ihale üzerine kalan istekli ile sözleşme imzalamaktır. Her ne kadar ihale sonucu imzalanın sözleşme özel hukuk hükümlerine tabi olsa da, sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süreç içerisinde bir çok idari işlem zincir işlemin parçaları Şeklinde belli bir silsile ile meydana gelmekte ve bu işlemlerden ayrılabilir nitelik taşıyanları Şikayet ve itirazın Şikayet başvurusuna konu olabilmektedirler. Bununla birlikte sözleşmenin imzalanması yani ihale işlemlerinin ana gayesine ulaşabilmesinin n Şartı, Şikayet var ise itirazın Şikayet başvuru süresinin itirazın Şikayet başvurusu olmadan geçmesinin beklenmesi, eğer itirazın Şikayet başvurusu var ise bu başvurunun neticelenmesinin beklenmesidir. Dolayısıyla ihale işlemleri arasında Kanundan kaynaklanan bir sıralama ve hiyerarşi bulunmaktadır ve bu hiyerarşinin son basamağını idari denetim bakımından itirazın Şikayet aşaması oluşturmaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken nokta; var olan hiyerarşinin makam ve kamu görevlisinden bağımsız olmasıdır. İtirazın Şikayet denetimi de bu işlemler arası hiyerarşiye dayanmaktadır. Bu ltler ışığında itirazın Şikayet başvurusunun, ad hoc niteliği de dikkate alınarak, mevzuatta belirlenen işlemler arası hiyerarşiye dayanan “*işlem hiyerarşisi denetimi*” olarak sınıflandırılmasının doğru olacağı değerlendirilmektedir.

İhaleye katılabilmek için istekli olabilecek sınıfa sahip olmak, söz konusu sınıfa elde edebilmek için ihale dokümanını satın almak gerekmektedir. İhale dokümanın satış bedelinin miktarı konusunda tartıŐmalar ortaya çıkmış, özellikle yüksek doküman satış bedelinin rekabeti engellediği ileri sürülmüŐtür. Uygulamada Kurulun aynı miktarda ihale doküman bedelini bir kararında rekabete aykırı başka bir kararında ise rekabeti engellemediği Şeklinde değerlendirdiği, ayrıca Kurulun basım maliyeti kavramı getirmesine rağmen bunu aşan miktarları ihalenin iptali sebebi yapmadığı görülmektedir. Bu konu ile ilgili yapılan değerlendirme

neticesinde; doküman satış bedelinin, hazırlanma maliyeti yerine basım maliyeti ile sınırlandırılması şeklinde Kanunda yapılan değişiklik, ihale doküman bedelinin belirlenmesine dar bir sınır çektiğinden, idari başvuru hakkının kullanılması ve ihaleye katılımın artması bakımından pozitif bir adım olmuştur. Bununla birlikte basım maliyeti kavramı gerçekçi bir kavram olarak gözükmemektedir. Basım maliyeti ile amaçlanan idarenin ihale dolayısıyla yaptığı basım masraflarının karşılanması ise, ihale dokümanını kaç kişinin alacağı önceden belli olamayacağından ve bir ihalede dokümanı az sayıda, başka bir ihalede ise daha fazla sayıda gerçek ve tüzel kişinin alması muhtemel olduğundan, basım maliyeti yerine, ücret alınmaması ya da Kurul kararlarında gizli olarak yer bulan “*yaklaşık maliyetle orantılı*” bir bedelin belirlenmesinin daha gerçekçi olacağı kanaatindeyiz.

Başvuru ehliyeti idari başvurularda en çok tartışılan konulardan birisi olmaktadır. Kurulun “*hak kaybı*” ve “*menfaat ihlali*” kavramını aynı anlamı ifade etmek üzere menfaat ihlalini ifade etmek üzere kullandığı, ehliyet için menfaat ihlali ihtimalini dahi yeterli görmesi ile hak arama özgürlüğünü ve idarenin denetlenebilirliğini arttırdığı görülmektedir. Kurul başvuru ehliyeti konusunda menfaat ihlali kriterini kabul etmekte olup menfaatin güncelliğini de aramaktadır. İdari başvuru yollarının amacının idarinin işlemlerinin hukuka uygunluğunu sağlamak olduğu, bu sebeple idari başvuru yollarını kullanabilmek için menfaat şartının Onar’ın iptal davaları için öngördüğü menfaatin esasa değil usule ait bir şart olması hususu ile aynı doğrultuda değerlendirilmesi gerekmekte olup, Turan Yıldırımın iptal davaları için öngördüğü davanın açılış zamanında menfaat ihlali şartının yeterli görülmesi görüşünün idari başvurular için de kabul edilmesi ve bu doğrultuda menfaat ihlali şartının başvurunun yapıldığı anda aranması gerektiği düşüncesindeyiz. İptal davalarında ihlal edildiği iddia edilen menfaatin, meşru bir temele dayanması şartı bulunmaktadır. Menfaatin meşru olması, hukuksal bir durumdan kaynaklanması, hukuka düzenine aykırı olmaması anlamına gelmekte olup meşru olmayan bir menfaat iptal davası açabilme olanağı vermemektedir. İhale mevzuatında yer almamakla birlikte, hukuka aykırı bir menfaatin hukuk düzeni içerisinde savunulmasının çelişkiye sebep olacağı görüşü ile, iptal davalarından

kıyasla ihalelere karşı idari başvuru yollarının kullanılmasında da menfaatin meşru olması gerektiği sonucuna varmaktayız.

İhalelere yönelik idari başvuru yoluna ilişkin bir diğer tartışma konusu ise bu başvuru yolları için tanınan sürelerin kısalığının hak arama özgürlüğünü engelleyip engellemediği meselesidir. İhale işlemlerine karşı başvuru için daha kısa süreli başvuru imkanı ve hakkı verilmesi, kanun koyucu tarafından ihale işlemlerinin diğer idari işlemlerden ayrı tutulduğu anlamına gelmektedir. Kanun koyucu ihale işlemlerinin daha seri ve hızlı bir şekilde sonuçlanmasını istemekte ve bu uğurda ilgililerin şikayet hakkından süre yönünden, diğer idari işlemlere kıyasla kısıntı yapmaktadır. İhale işlemlerinin sürüncemede kalmamasının gerekliliği, on günlük genel başvuru süresinin ihale dokümanını inceleme ya da ihale işlemlerinden doğan bir haksızlığı anlama yönünden orantılı olduğu gerekçeleriyle, ihaleler için öngörülen genel başvuru süresinin, Anayasada yer alan dava hakkının kullanımını imkansız hale getirmediği kanaatindeyiz. Zira ihaleye katılan ya da katılmak niyetinde olan aday, istekli ve istekli olabilecekler ile sıradan vatandaşları kaybettikleri ya da kaybetmeleri muhtemel hak ve menfaatlerini anlayabilme durumu açısından eşit görmemek gerekir. Aday, istekli ve istekli olabileceklerin ihaleye girdikleri ya da girmeyi tasarladıkları alanda uzmanlaşmış, piyasa şartlarını bilen ve hakları konusunda gerekli teknik bilgiye sahip basiretli tacir olarak nitelendirilebilmek ve on günlük idari başvuru süresi içerisinde kendi durumlarının aleyhine olan ya da olabilecek durumları idrak edebilme kabiliyetine sahip, kişiler olduğunu kabul etmek gerekir.

İhalelere karşı yapılacak idari başvurular için getirilmiş olan on günlük başvuru süresini, başvuru yolunun kuruluş amacıyla doğru olduğu gerekçesiyle makul görmekle birlikte, Kanunda getirilen özel başvuru sürelerinden özellikle ihale dokümanına yönelik olan ve ihale tarihinden üç iş günü öncesine kadar kullanılmasını öngören zaman sınırlamasının Anayasada temelini bulan idari işlemlerin dava konusu edilebilmesi ilkesi ile uygulamada çeliştiği görülmektedir. Ayrıca ihalenin şikayet ya da itirazın şikayet üzerine idarece iptali kararlarına karşı doğrudan ve beş gün içinde KİK'e başvurulamsı şeklinde olan kısa sürenin, ihalenin

iptali işlemi sonucunda var olan bir ihaleden bahsetmenin mümkün bulunmaması ve dolayısıyla hızlı bir şekilde hareket etmenin gerekçesinin olmaması hususları birlikte değerlendirildiğinde, hak arama özgürlüğünü engeller nitelikte olduğu sonucuna varılmaktadır.

İhalenin şikayet ya da itirazın şikayet başvurusu sonucunda iptal edilmesi işlemine karşı genel başvuru süresinden ayrılarak çok daha kısa beş günlük itirazın şikayet süresinin öngörülmesi uygulamada sorunlara sebep olabilmektedir. Kanaatimizce genel idari yolundan farklı ve özel idari yol ihdas edilmesi durumunda Anayasanın 40 ıncı maddesi çerçevesinde, başvuru konusu olacak idari işlemde bu özel yolun gösterilmesi gerekmekte olup, gösterilmemesi halinde hak kayıplarının önüne geçilmesi adına genel idari başvuru yolunun kullanılması mümkün kılınmalıdır. İhalenin şikayet ya da itirazın şikayet başvurusu sonucu iptal edildiği durumlarda eğer iptal kararının bildiriminde, 4734 sayılı Kanunun öngördüğü ihaleler için genel idari başvuru yolu yanında özel nitelikli süre ve başvuru koşulları gösterilmemişse, genel idari başvuru yolu olan idareye başvuru ve on günlük başvuru süresi uygulamasının geçerli kabul edilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte Kurul bu görüşe katılmamakta, şikayet üzerine alınan ihalenin iptali kararlarında eğer doğrudan Kuruma gidilmemişse ve beş günlük süreye riayet edilmemiş ise başvurunun reddine karar vermektedir. Danıştay ise bizim ifade ettiğimiz görüş doğrultusunda özel nitelikte olan yolun ihalenin iptal kararı ile birlikte bildirilmemesi durumunda genel idari başvuru yolunun uygulanmasını hak arama hürriyetinin uzantısı olarak görmektedir.

Yine süreye ilişkin olmak üzere uygulamada özellikle gün ve işgünü şeklindeki kavramların başvuru sahiplerini tereddüte düşürür nitelikte düzenlendiği görülmekte olup, hak arama özgürlüğünün kullanılmasını imkansız hale getiren hatalara yönlendirici nitelikteki gün ve işgünü karmaşasının mevzuatta değişiklik yapılmak ve bu kavramlardan sadece birinin kullanılmasını seçmek suretiyle halledilebileceği değerlendirilmektedir.

Uygulamada süre kavramının düzenlenmesinden kaynaklanan tüm sorunların, daha ortaya çıkmadan önce düzenleme yapılması aşamasında fark edilip, önlenmesi “düzenleyici etki analizi” ile mümkün olabilir. Bir normun düzenlenmesinde sadece üst norma uygunluk değil aynı zamanda bu normun pratikte nasıl karşılık bulacağı ve ilgililerin haklarını nasıl etkileyeceği konusunda araştırma yapmak da düzenleyici etki analizi şeklinde adlandırılan anlayışın bir gereğidir. Bu ilke çerçevesinde genel düzenleyici işlem ihdas edenler, bu işlemin muhtemel hukuki ve fiili sonuçlarını ve oluşabilecek algıları dikkate alarak düzenleyici işlem yapmak durumundadırlar. Düzenleyici etki analizi yapma hususu ayrıca Başbakanlık tarafından çıkarılan, Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik’te belli şartlar altında kanunlar ve kanun hükmünde kararnameler için zorunlu hale getirilmiştir. İhale mevzuatında, özellikle bu mevzuat içinde geniş kitleleri ilgilendiren şikayetle ilgili bir hususun düzenleme konusu yapılması aşamasında düzenleyici etki analizi metodunu kullanmak, pratikte ortaya çıkabilecek sorunların daha doğmadan önlenmesine yardımcı olabilecektir.

İhalelere yönelik idari başvuruların geçerli şekil şartına sahip olabilmesi için başvuru sebeplerinin somut olması kuralı bulunmakta, Kurul somut olma kuralını çok dar yorumladığı için bir çok başvuru şekil eksikliği sebebiyle reddedilmektedir. Bu noktada başvuru sebeplerinin somutluğunun ölçütü tartışma konusu olmaktadır. Şikayet sebebinin somut olması gerekliliğini çok dar şekilde yorumlamamanın, idari başvuru yolunun etkinliğini arttıracacağı kanaatindeyiz. Kurul, özellikle son dönem kararlarında “İsteklilerin ortak girişim hisseleri oranında ciro oranını sağlayıp sağlamadığı” ve “tekliflerin bir kez daha Kurul tarafından değerlendirilmesi” şeklindeki başvuruları “somut bir mevzuata aykırılık iddiasında bulunulmadığı, sadece belirli hususlara ilişkin yeniden incelemenin yapılması ve ihalenin kendi üzerinde bırakılması talebinde bulunulduğu” gerekçeleriyle şekilden reddetmektedir. Kurulun bu yaklaşımına iki madde halinde katılmak mümkün değildir; birinci olarak, gerek uluslararası düzenlemelerde yer alan ihalelere özgü BİO’ların kuruluş gerekçelerinde ve gerekse ülkemizde KİK’in kuruluş amaçları arasında idarenin ihale işlemlerinin bir kez daha bağımsız idari otoritelerce gözden geçirilmesi hususu bulunmaktadır. Belirtilen sebeple ihale işlemlerinin yeniden Kurul tarafından

incelenmesi KİK'in görev alanının dışında bulunmamaktadır ve bu gerekçe KİK'in kendisine verilen görev alanını daralttığı anlamına gelmekte, başvuru sahipleri için ise hak arama özgürlüğünün kısıtlanması sonucunu doğurmaktadır. İkinci olarak ise, uygulamada ihale işlemlerinin çoğu gizli olarak yapılmakta ve bu konuda açıklık bulunmamaktadır. Dolayısıyla isteklilerin diğer isteklilerin tekliflerinin içerikleri ve detayları hakkında bilgileri olmaması durumu söz konusudur. Böyle bir durumda isteklilerin başvuru sebeplerini somutlaştırarak diğer isteklilerin tekliflerinin detaylarından bahsetmesi hayatın olağan akışına uygun düşmemektedir. Nitekim Danıştay 13 üncü Dairesi de Kurulun somut gerekçe yaklaşımını dar bularak, Kurulun başvuru sebebi somut olmadığı gerekçesiyle şekilden reddettiği kararını, ihalelere karşı idari başvuru yollarının ihdas edilme amacına ve işlevine uygun bulmamaktadır.

Kamu İhale Kurulunun, Kanunun ilk yürürlüğe giriş şeklinde sahip olduğu ancak daha sonra yapılan değişikliklerle eşit muamele edilip edilmediği konusuna indirgenen inceleme yetkisinin darlığının da Kurulun işlevi ile örtüşüp örtüşmediği tartışma konusu olmaktadır. Kurulun yetkisi yapılan değişikliklerle tarafların iddiaları ve bu iddialarla bağlantılı konularla sınırlı bir alana çekilmiştir. Dolayısıyla Kurulun çalışma sistemi ile iddia ve savunmanın genişletileme ve değiştirilme yasağı paralellik göstermekte ancak bu durum Türk İdari Sisteminin işleyişi ile uyumsuzdur, zira idare hukuka aykırı işlemlerini kaldırabilme ve iptal edebilme yetkisi ile donatılmış iken ihale işlemleri alanında bu yetki ortadan kaldırılmış olmaktadır. İdari işlemlerin genel amacı kamu yararının sağlanması olduğu ve Kamu İhale Kurumuna itirazın şikayet başvurusu yapılması durumunda zincir işlem şeklinde oluşan ihale işlemlerinin henüz tekemmül etmeyip ilgililer için herhangi bir kazanılmış hak doğurmadığı hususları göz önünde bulundurulduğunda, Türk İdari Sisteminde yer alan idarenin işleyiş tarzının ihale işlemlerinin denetiminde ayırık bir seyir izlediği sonucuna varılmaktadır. İhale işlemlerinin denetiminde idari bir denetim yolu olan itirazın şikayet mekanizması, idari özelliğini bir bakıma kaybetmekte, Kurul idare ile idari başvuru sahibi arasında medeni hukuk hakimi ya da hakem mahkemesi hakemleri gibi bir pozisyon almakta, idare hukukuna egemen olan re'sen araştırma ilkesi ile idarenin hukuka aykırı işlemlerini başkaları için müktesep hak

teşkil etmedikçe geri alınabileceği kuralı işletilememektedir. Netice itibariyle kanaatimizce KİK'in re'sen araştırma ve inceleme yetkisinin daraltılması, ihalelere karşı idari başvuru müesseselerinin kuruluş amacı, işlevi ve Türk İdari Sisteminin genel işleyişi ile bağdaşmamakta, idari işlemlerin genel amacı olan kamu yararının elde edilmesini ve idarenin işleyişinde hukuka uygunluğun sağlanmasını zorlaştırmaktadır.

Başvuruların yapılacağı yerler konusunda da özellikle doğrudan mahkemelere veya KİK'e yapılan başvurularda ilgililerin dava hakkını kayb ettikleri görülmekte olup, bu konuda KİK'in hak arama özgürlüğünü kısıtlar nitelikteki şekilci yaklaşımı tartışma konusu olmaktadır.

Farklı idari makam ya da mahkemeye başvuru yapılması durumuna ilişkin olarak, ihalelere karşı şikayet başvuru prosedürü 2577 sayılı Kanunda yer alan idari dava prosedüründen farklılık göstermektedir. Hatalı olarak doğrudan idare mahkemesine veya Danıştay'a yapılan idari başvurularda merci tecavüzü gerekçesiyle dilekçelerin ilgili idari makama gönderilmesi halinde başvuru tarihinin 2577 sayılı Kanun gereğince idare mahkemesi veya Danıştay'a yapıldığı tarih sayılması gerekliliği Kanundan kaynaklanan bir zorunluluktur. İhalelere yönelik şikayet başvurularının doğrudan idare mahkemesi veya Danıştay'a yapılması durumunda merci tecavüzü sebebiyle ilgili idareye gönderilmesi durumunda şikayet başvuru tarihi olarak başvuru dilekçesinin ilgili idarece kayda alındığı tarih olarak kabul edilmesi zorunluluğu ise İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelikten kaynaklanmaktadır. Bu durumda aynı özel durumu düzenleyen kanun hükmü ile yönetmelik düzenlemesi arasında çatışma söz konusu olmaktadır. Kural olarak yönetmelikler kanunların uygulanmasını göstermek üzere çıkarılırlar ve normlar hiyerarşisi gereği kanunlara aykırı hükümler içermemelidirler. Bu durumda Yönetmeliğin 9 uncu maddesinin 5 inci fıkrası, açıkça 2577 sayılı Kanuna aykırılık teşkil etmektedir. Her ne kadar Yönetmelikte yer alan düzenleme 4734 sayılı Kanunun varlık sebeplerinden biri olan ihalelerin süratle sonuçlandırılması ilkesi ile uyumlu gözükse de, kanun ile düzenlenen bir alanda kanunda öngörülenden farklı nitelikte bir düzenleme yapmak normlar hiyerarşisi ve usulde paralellik ilkesi gereği

ancak kanun kuvvetinde bir genel düzenleyici işlem ile olmalıdır. Belirtilen sebeple söz konusu Yönetmelik ile getirilen düzenlemenin normlar hiyerarşisine uygun olarak hazırlanmadığı sonucuna varmaktayız. Nitekim Danıştay 13 üncü Dairesi idareye yapılan başvurudan sonra KİK yerine mahkemelere başvuru yapılması durumunda Yönetmelik hükmü yerine 2577 sayılı Kanunu dikkate alarak, mahkemeye başvuru tarihini, KİK'e başvuru tarihi olarak kabul etmektedir.

KİK'e doğrudan yapılan başvurularda, başvurunun ilgili idarenin kaydına girdiği tarihin başvuru tarihi olarak kabul edilmesinin, hak arama hürriyeti ile bağdaştırılması mümkün gözükmeyişi kanaatindeyiz. Zira ihale mevzuatında doğrudan KİK'e başvuru yapılması gereken durumlar mevcut olmakla birlikte, hangi hallerde doğrudan KİK'e başvurulacağı konusunda uygulamada tereddütler ortaya çıkmaktadır. Örneğin ihalenin şikayet üzerine iptali kararlarına karşı doğrudan KİK'e başvuru yapılması gerekmekte ancak idareler bazı hallerde şikayet üzerine geçerli teklif kalmaması sebebiyle ihaleyi iptal edebilmektedirler. Bu durumda idarenin şikayet üzerine ihaleyi iptali işlemine karşı doğrudan KİK'e başvuru yapılması gerekmekte, teklifi değerlendirme dışı bırakılan isteklinin ise, kendi teklifinin değerlendirme dışı bırakılması işlemine karşı öncelikle idareye başvuruda bulunması gerekmektedir. Teklifi değerlendirme dışı bırakılan istekli aslında teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasına itiraz etmesine rağmen görünüşte ihalenin iptali işlemine de itiraz etmektedir. Bu ve benzer durumdaki ilgililerin yanlışlıkla KİK'e doğrudan başvuru yapmaları ile idareye başvuruda bulunmaları arasındaki farkı ortaya koyabilme kabiliyeti, basiretli tacir olmanın gereklerini aşan ve konu ile ilgili uzmanlık seviyesinde bilgi gerektiren bir durum olduğundan, KİK'e hatalı olarak doğrudan yapılan başvurularda, şikayet başvurusunun dilekçenin idare kaydına alındığı tarihin, başvuru tarihi olarak kabul edilmesi, şikayet hakkının kullanılmasını ortadan kaldırıci veya sınırlandırıcı etki doğurduğu ortadadır.

İhale yetkilisinin şikayet başvurusunu inceletirken ihale komisyonu üyelerini görevlendirip görevlendiremeyeceği hususu uygulamada tartışma konusu olmaktadır. İhalelere yönelik şikayetlerde karar alma yetkisi kural olarak ihale yetkilisine aittir. İhale yetkilisi şikayete cevap vermeden önce şikayet ile ilgili konuda bizzat kendisi

veya görevlendireceği kişiler tarafından bir inceleme yapılmasını ve rapor hazırlanmasını sağlayabilir. İnceleme konusunda görevlendirme yapması durumunda dahi şikayete nihai cevap hakkı yine ihale yetkilisindedir. İhale yetkilisinin görevlendireceği kişi veya kişilerin hazırlayacakları raporlar yardımcı mahiyette “*görüŖ bildiren*” idari işlemler nev’inden olup, hukuk aleminde tek başına sonuç doğurmamakta ve ihale yetkilisini bağlamamaktadır. Kurul, ihale yetkilisinin, ihale kararını veren ihale komisyonu üyelerini dahi raportör olarak görevlendirilebileceğini kabul etmiştir. Raportör ihale komisyonu üyelerinin kararlarını da denetlediği için ihale komisyonu üyeleri arasından seçilmemesi gerektiği ileri sürülmektedir. İhale yetkilisinin sadece ihale komisyonu tarafından verilen kararları değil özellikle tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında kendisinin onayladığı ihale kararlarına yönelik şikayet başvurularını da karara bağlama görevi bulunmaktadır. Komisyon üyelerinin raportör olarak görevlendirilememesi düşüncesinin temelinde bir kişinin kendi yaptığı işleme ilişkin yapılacak denetime esas olacak raporu hazırlamaması düşüncesi yatmaktadır. Bununla birlikte şikayet incelemesi idarenin zaten kendi kararını yeniden gözden geçirmesini hedeflemektedir. Ayrıca karar makamındaki ihale yetkilisine, gerek kendi onayladığı ihale dokümanına ve yine kendisinin onayladığı ihale kararına, Kanun Koyucu tarafından inceleme yetkisi verildiği hususları birlikte değerlendirildiğinde, ihale komisyonu üyelerinin şikayet başvurularında raportör olarak görevlendirilmelerinin şikayet başvuru sisteminin mantığı ile uyumsuz olmadığı sonucuna varılmaktadır.

Uygulamada özellikle tekliflerin değerlendirilmesi aşamasına ilişkin olan şikayet başvurularında kimin karar alacağı konusunda tartışma yaşanmaktadır. İhale yetkilisinin şikayete cevap hakkının olması idare hukukunda egemen olan “*yetki ve usulde paralellik*” ilkesinin istisnası olmaktadır. Bu ilke çerçevesinde bir işlem ancak o işlemin yapılışındaki usul izlenerek değiştirilebilir veya kaldırılabilir. İdare hukukunda yetki ve usulde paralellik ilkesine uyulmaması başlı başına iptali gerektiren bir eksiklik olarak görülmektedir. Ancak kanun ile yetki ve usulde paralellik ilkesine istisna getirilebileceği belirtilmektedir. İhale işlemlerini genel olarak yapan makam açısından ihale komisyonu işlemleri ve idare işlemleri olarak iki gruba ayırmak mümkündür. İdare tarafından gerçekleştirilen işlemler genel olarak

ihale yetkilisinin yetki ve sorumluluğu altında ve onun nam ve hesabına gerçekleştirildiğinden, idarenin gerçekleştirdiği işlemlere karşı şikayet başvurularında ihale yetkilisinin karar alması yetki ve usulde paralellik ilkesi ile çelişmemektedir. Bununla birlikte ihale komisyonunun gerçekleştirdiği işlemlere karşı yapılan şikayet başvurularında, şikayet başvurusunun uygun bulunması ve ihale komisyonunun almış olduğu herhangi bir kararın değiştirilmesi gerektiğinde ihale yetkilisi ihale komisyonunun kararını kaldırmakta ve bu karar yerine yeni bir karar ihdas etmektedir. Bu durum ise yetki ve usulde paralellik ilkesine istisna teşkil etmektedir.

İdarenin yapılan şikayet başvurusu üzerine bir cevap verme yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı tartışma konusu olmaktadır. Yapılan şikayet başvurusuna idarenin süresinde cevap vermemesi halinde zımnen başvuruyu reddetmiş sayılacağı kuralından idarenin şikayete cevap verme yükümlülüğü bulunmadığı anlamı çıkarıldığı görülmektedir. Şikayet başvurusu sahiplerinin itirazın şikayet ve dava haklarını korumak, idarenin bu hakların kullanılmasını sürünceye bırakmasını önlemek amacı ile yer verilen zımnî red müessesesini, idareye Kanunda emredici ifadelerle yüklenen şikayete cevap verme görevini ortadan kaldırır şeklinde değerlendirmek, şikayet müessesesinin var oluş amacı ile bağdaşmadığı kanaatindeyiz. Bu nedenle idarelerin şikayete cevap vermeleri Kanundan kaynaklanan bir zorunluluk olup, idarelerin cevap vermeme konusunda bir takdir hakları bulunmamaktadır. Zımnî ret müessesesi ise, idarelerin kendilerine verilen şikayete cevap ödevini yerine getirmemeleri halinde, başvuru sahiplerinin itirazın şikayet ve dava haklarını korumak amacı ile konulmuş bulunmaktadır.

Kanun şikayet üzerine alınacak kararın gerekçeli olması gerektiğini belirtmekle birlikte, şikayetçiye bu gerekçenin bildirilme zorunluluğundan bahsetmemektedir. Bununla birlikte şikayete cevap kararının gerekçeli olmasının belirtilip söz konusu gerekçenin tebliğ edilmesi gerekliliğinden bahsedilmemesi, bu kararın gerekçesiyle birlikte tebliğ edilmesine gerek olmadığı şeklinde yorumlanmamalıdır. Gerek şikayet yolunun amacına uygun kullanılmasını temin etmek ve gerekse itirazın şikayet ile hak arama özgürlüğünün sağlıklı bir şekilde

kullanılmasını temin amacıyla, şikayet üzerine alınan kararın gerekçesinin ilgililere tebliğ edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Kararın gerekçeli olması zorunluluğunda yer alan “*gerekçe*” kavramından, salt Kanuni dayanak anlamı çıkarılmamalıdır. Gerekçe ile kastedilen, somut olayda ortaya çıkan durumun, ihalenin iptali işlemi ile sağladığı uyumun ortaya konmasından başka bir şey değildir.

İdari işlemlerin hukuka uygunluk karinesinin doğal sonucu, bu işlemlere karşı dava açılmasının yürütmeyi doğrudan durdurulmaması ve yürütmeyi durdurmak için açık bir mahkeme kararının gerekmesidir. İhale uygulamasında ise durum İYUK düzenlemesinden farklılık arz etmektedir. İdareye yapılan şikayet başvurusu “*otomatik yürütmeyi durdurma kararı*” işlevi görmekte ve idare ihale ile ilgili olarak sözleşme imzalayamamaktadır. İhale sürecinin herhangi bir şikayet başvurusu karşısında otomatik olarak durdurulması ihalelerin hızlı bir şekilde sonuçlanmasını amaçlayan 4734 sayılı Kanunun getirdiği sistemin genel mantığı ile bağdaşmıyor gibi gözükse de, ihalenin işleyen bir süreç olduğu ve sözleşme imzalandıktan sonra şikayet başvurusunda bulunma imkanı olmadığı hususları da ayrıca göz önünde bulundurulduğunda, şikayet ile ihale sürecinin otomatik durması, şikayet hakkının kullanılmasının özü ile yakından ilgili ve gerekli olduğu kanaatindeyiz. Zira ihale sürecinin şikayet başvurusu ile durması, idarenin sözleşme imzalayamamasına ve sözleşme imzalanması halinde ortaya çıkması muhtemel özel hukuk problemlerinin önlenmesine hizmet edecektir.

İtirazen şikayet başvurularının Kurum tarafından genel olarak inceleme süresi Kanunda yirmi gün olarak öngörülmüşken, istisnai hallere yani pazarlık usulünde ve ihalenin iptali kararlarına karşı olan başvurularda on iş günü olarak belirlenmiştir. Öncelikle kanun yapma tekniği olarak söz konusu maddenin özensiz hazırlandığı sonucu, yirmi gün ile on iş günü arasında uygulamada çok ciddi bir fark olmamasında açıkça görülmekte olup, on iş gününün bazı hallerde yirmiden fazla takvim gününe tekabül etmesi ise bu yargıyı daha da güçlendirmektedir. İkinci olarak Kanunun 21/(b) ve (c) bentlerinde öngörülen pazarlık usulü acil durumlar için öngörülmüş ihaleler için söz konusu olmakta olup bu durumlara ilişkin incelemenin daha kısa sürede yapılmasının öngörülmesi haklı olarak gözükse dahi, ihalenin

iptaline ilişkin kararlarda yapılacak incelemenin ivedi olarak öngörülmesinin tutarlı bir gerekçesi bulunmadığı kanaatindeyiz. 4734 sayılı Kanunda öngörülen şikayet ve itirazın şikayet müesseselerinin temel amaçlarından biri idari başvuru sürecini kısaltmak olmakla birlikte, iptal edilen bir ihalenin yürüyen bir süreci olmayacağı noktasından hareketle söz konusu iptal işlemine ilişkin başvuruların olağan başvurulara kıyasla kısa sürede sonuçlandırılmasında kamu yararı bulunmadığı ortadadır. Bundan başka, idareye şikayet olmaksızın ihalenin iptali durumlarında itirazın şikayet başvuru yolunu kullanma imkanı olmaması ve bu durumlarda doğrudan mahkemeye başvurulması yolunun diğer idari başvurular için öngörülen altmış gün içinde yapılabilmesi ihalenin iptali halinin ivedi olarak sonuçlanması gereken idari işlemler arasında görülmediğini de ortaya koymaktadır. Bu durumda ihalenin iptali kararları karşısında kanun koyucunun ikili bir ayrıma gittiği, idarenin ihaleyi şikayet başvurusundan sonra iptal etmesi durumunda başvurunun olağan idari başvuru yollarından daha kısa sürede sonuçlandırmak istediği, ihalenin iptali kararının şikayet başvurusu olmaksızın yapılması durumunda ise 2577 sayılı Kanundaki olağan idari başvuru usulünün işletilmesi sebebiyle daha uzun bir sürede sonuçlanmasını öngördüğü sonucunu ortaya çıkmaktadır ki, bu durumun ne kamu yararı ile ve ne de durumun gereği ile açıklanma imkanı bulunmamaktadır.

Kurul kararlarının idarelerce uygulanması, Kanundaki “*İdareler hukuki durumda değişiklik yaratan Kurul kararlarının gerektirdiği işlemleri ivedilikle yerine getirmek zorundadır.*” ifadesi ile sağlanmaya çalışılmıştır. Belirtilen hüküm çerçevesinde idarelerin Kurul kararlarının gereklerini yerine getirmesi Kanuni bir zorunluluk haline getirilmiş olmakla birlikte, karar gereklerinin yerine getirilmesi için verilen süre “*ivedilik*” kavramı ile açıklanmıştır. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 27 nci maddesinin ikinci fıkrasında; Danıştay veya idari mahkemelerin, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebileceği, aynı Kanunun 28 inci maddesinin birinci fıkrasında; Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idarenin, gecikmeksizin işlem

tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecbur olduğu, bu sürenin hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Görüleceği üzere mahkeme kararlarının yerine getirilmesinde 2577 sayılı kanun “*gecikmeksizin*” ibaresini kullanmış ancak idarelerin bu ibareyi kötüniyetle savsaması ihtimaline binaen ayrıca kesin bir vade olarak otuz gün ifadesini kullanmıştır. 4734 sayılı Kanunda ise sadece “*ivedilikle*” ibaresi ile yetinilmiş bu ibareyi destekleyici kesin bir süre konulması yoluna gidilmemiştir. İhalelere yönelik idari başvuruların etkinliğinin artırılması ve Kurul kararlarının uygulanabilirliğinin sağlanması ve takibinin kolaylaşması açısından, Kurul kararlarının uygulanması için öngörülen ivedilik ifadesinin belli ve somut bir zaman dilimi ile sınırlanması gerektiği kanaatindeyiz.

Kurul kararından memnun olmayan başvuru sahipleri bazı durumlarda Kurul’a yeniden başvurarak idari işlem olan Kurul kararını gözden geçirmesini ve değiştirmesini talep etmektedirler. Kurul bu başvuruları 4734 sayılı Kanununun 57 nci maddesinde yer alan “*Şikâyetler ile ilgili Kurum tarafından verilen nihai kararlar Türkiye Cumhuriyeti Mahkemelerinde dava konusu edilebilir ve bu davalar öncelikle görülür.*” hükmündeki “*nhai kararlar*” ibaresini göz önünde bulundurarak, Kurul için esas incelemesi sonucunda verilen kararların kesin olduğu ve gözden geçirerek karar değiştirmenin mümkün olmadığı ve Kurul tarafından karara bağlanan işlemleri düzeltmeye yönelik mevzuatta bir hüküm bulunmadığı gerekçeleriyle reddetmektedir. Netice itibarıyla hukuka aykırı idari işlemlere karşı bazı hallerde uygulaması mümkün görülen idarenin kendi kararını geri alabilme ve değiştirme imkanı Kurul kararları bakımından uygulama alanı bulamamaktadır. İhalenin zincir işlem şeklinde gerçekleştiği, itirazın şikâyet başvurusu olması durumunda zincirin son halkası olan idari işlemin Kurul tarafından gerçekleştirildiği hususları ve bu işlem sonucunda özel hukuka tabi bir sözleşmenin imzalanması söz konusu olduğu hususu dikkate alındığında, Kurulun kararlarını maddi hata halleri hariç değiştirememesi yolundaki kararının isabetli olduğu, ihalelere karşı idari başvuru yollarının işlevi ile örtüştüğü kanaatindeyiz.

KİK'in karar organı Kurul olduğundan yeniden gözden geçirme niteliğinde olsa da itirazen şikayet mahiyetinde yapılan başvuruların, bu başvuruların yeniden gözden geçirme niteliğinde olup olmadığı konusunun da Kurul tarafından nihai karara bağlanması gerektiği kanaatindeyiz. Kurulun daha önce karar verdiği bir itirazen şikayet başvurusuna yönelik olarak, başvuru sahibinin yeniden inceleme niteliğindeki başvurusu Kurul Başkanı tarafından alınan kararlarla reddedilmiş, mahkeme yapılan başvuru üzerine, KİK'in karar organının Kurul olduğunu belirterek Başkanlık işlemi ile itirazen şikayet başvurusunun yeniden inceleme niteliğinde olsa dahi nihai olarak karara bağlanamayacağını haklı olarak belirtmiştir.

İtirazen şikayet başvurusu olan bir ihale işlemi neticesinde dava yolunu kullanmak isteyen ilgili hak sahiplerinin hangi idari işleme ve kime karşı dava açacakları hususu tartışma konusu olmaktadır. İhale işleminin zincir işlem şeklinde gerçekleştiği, zincirin son halkasının itirazen şikayet başvurusu olması halinde Kamu İhale Kurulu kararı tarafından oluşturulduğu göz önünde bulundurulduğunda, davanın ihale ile ilgili olarak icrai manada en son işlemi yapan merci olan Kamu İhale Kurulu kararına karşı açılması gerekmektedir. Her ne kadar Kurulun iptal ve düzeltici işlemlerinden sonra idarenin bu yönde uygulayıcı işlem tesis etmesi gerekmekte ise de, söz konusu uygulama işlemleri Kurul kararına dayandığından ve 4734 sayılı Kanunda Kurulun nihai işlemlerine karşı dava açılabileceği açıkça belirtildiğinden, davanın Kurul kararına karşı açılması uygulamasının yerinde olduğu kanaatindeyiz.

BİBLİYOGRAFYA

- ACAR, Abdurrahman: “Belediyelere Bağlı Ticari ve Sınai Kuruluşların Kamu İhale Kanununa Tabi Olan ve Olmayan İşleri”, **Mali Hukuk**, Y.18, S. 100, , Kasım –Aralık 2003.
- ACAR, Gülnihal: Pazarlık ve Belli İstekliler Arasında İhale Usulünde Yeterlik Değerlendirmesi, **Mali Hukuk**, Y.18, S.108, Kasım – Aralık 2003.
- AÇIKGÖZ, Erkan: “Kamu İhale Kanununda Şikayet ve İtirazen Şikayet Mekanizması ve Uluslararası Düzenlemelerle Karşılaştırılması”, y.y., Ankara, Şubat 2008, (Çevrimiçi) www.kik.gov.tr, 08.07.2012.
- AKBULUT, Emre: “İdari İşlemlerde Kanun Yolunu ve Süresini Gösterme Yükümlülüğünün Yargısal Denetime Etkisi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.81, 2009.
- AKILLIOĞLU, Tekin: “Yönetmelik İşlemlerde Gerekçe İlkesi”, **Amme İdaresi Dergisi**, C. 15, S. 2, 1982. (Gerekçe İlkesi)
- AKILLIOĞLU, Tekin: “Yönetmelik İşlemlerde Yürürlüğe Giriş Sorunu”, **Amme İdaresi Dergisi**, C. 12, S. 2, Haziran 1979. (Yürürlüğe Giriş)
- AKILLIOĞLU, Tekin: “Yönetmelik Yargı ve Denetimin Etkinliği”, **Amme İdaresi Dergisi**, C.23, S.1, 1990. (Denetimin Etkinliği)
- AKINCI, Müslüm: **Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman**, Beta Yayınları, Ankara, 1999.
- AKSOY, Mehmet/ ŞİMŞEK, Mehmet: **Kamu Alımları İhale Süreci**, Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2010.
- AKYILMAZ, Bahtiyar: **İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000. (İdari Usul)
- AKYILMAZ, Bahtiyar: “İyi Yönetim ve Avrupa İyi Yönetim Yasası”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2003, C.7, S. 1-2, Çevrimiçi: www.gazi.edu.tr, 11.10.2013. (İyi Yönetim)

- AKYILMAZ, Bahtiyar: “Yargı Kararlarının Yerine Getirilmemesinden Doğan Sorumluluk”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XI, S.1-2, 2007. (Yargı Kararlarının Yerine Getirilmesi)
- AKYILMAZ, Bahtiyar/ SEZGİNER, Murat/ KAYA, Cemil: **Türk İdare Hukuku**, 4.bs., Seçkin Yayınları, Ankara, 2013.
- AKYÜREK, Akman: “Danıştay Kararlarında İptal Davalarının Menfaat İhlali Koşulunun Kişisellik Unsuru” **Danıştay Dergisi**, Y.21, S.81, 1991.
- ALAN, Nuri: “İptal Davalarının Ön ve Esastan Kabul Şartları”, **Danıştay Dergisi**, Y.13, S.50-51, 1983.
- ALTAY, Evren: “Yargı Kararlarının Uygulanması”, **2007 Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl Sempozyumu**, Ankara, Danıştay Matbaası, 2008.
- ALTUN, Muhsin: “4734 Sayılı Kanun Uygulamasında İhale Dokümanı, İçeriği ve Düzenlenmesi”, **Mali Hukuk**, Y.18, S.108, Kasım – Aralık 2003. (Doküman İçeriği)
- ALTUN, Muhsin: “Kamu İhale Kanununda Teklif Mektuplarının Hazırlanması ve Verilmesine İlişkin Esaslar”, **Mali Hukuk**, Y.18, S.106, Temmuz – Ağustos 2003. (Teklif Mektupları)
- ANDERSON, Robert D., v.d.: “Assessing The Value of Future Accessions to The WTO Agreement on Government Procurement (GPA): Some New Data Sources, Provisional Estimates, and an Evaluative Framework For Individual WTO Members Considering Accession”, **World Trade Organization Economic Research and Statistics Division Staff Working Paper**, ERSD-2011-15, Cenevre, 6 Ekim 2011, Çevrimiçi: www.wto.org, 18.09.2012.
- ANDRESEN, Emil: “The New EU Defense and Security Procurement Directive”, **The Columbia Journal of European Law**, 18 Colum. J. Eur. L. F. 22, 2011, Çevrimiçi: <http://www.cjel.net>, 10.09.2012.

- ARAPGİRLİ, Murat/DEMİREL, Salim: **İdareler İçin Uygulamalı EKAP Rehberi**, Kamusal Akedemi Derneği Yayınları, Ankara, 2012.
- ARROWSMİTH, Sue/ ANDERSON, Robert D.: **The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform**, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.
- ARSLAN, Çetin: **İhaleye Fesat Karıştırma Suçları**, Adalet Yayınları, Ankara, 2008.
- ATAY, E. Ethem: “Bağımsız İdari Otoriteler ve Türkiye Uygulaması”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. X, S. 1-2, Haziran – Aralık 2006. (Bağımsız Otorite)
- ATAY, E. Ethem: İdare Hukuku, 3. bs., Turhan Kitabevi, Ankara, 2012. (İdare Hukuku)
- ATAY, E. Ethem: “İptal Kararlarının Nitelikleri ve İptal Kararlarının Uygulanması”, **2007 Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl Sempozyumu**, Danıştay Matbaası, Ankara, 2008. (İptal Kararlarının Nitelikleri)
- ATAY, Yeliz Şanlı: “İdari İşlemlerde Başvuru Yollarının Gösterilmesi Yükümlülüğü”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.96, 2011.
- ATEŞ, Yaşar: “Kamu İhale Kanunu’nun Kapsamı, İstisnalar İle Kanun’da Yapılan Değişiklikler ve Yeni Kanun Taslağının Getirdikleri”, **Dış Denetim**, Ekim-Kasım-Aralık 2010.
- ATLI, Burak Yağız: “Kamu İhale Mevzuatı Açısından Mücbir Sebeplerin İncelenmesi ve Değerlendirilmesi”, y.y., Ankara, Şubat 2008, (Çevrimiçi) www.kik.gov.tr, 09.07.2012.
- AUBOIN, Marc: “Use of Currencies in International Trade: Any Changes in The Picture?”, **World Trade Organization Economic Research and Statistics Division Staff Working Paper**, ERSD-2012-10, Cenevre, Mayıs 2012, Çevrimiçi: www.wto.org, 19.09.2012.
- Azrak, Ali Ülkü: “**Umumi İdari Usul ve Kodifikasyonu Meselesi**” **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.33, S.1-2, 1967.
- BALTA, Tahsin Bekir: **İdare Hukuku**, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1970. (İdare Hukuku)

- BALTA, Tahsin Bekir: **İdare Hukukuna Giriş**, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1970. (Giriş)
- BASTIK, Serdar: “Kamu İhalelerinde İdari Başvurular”, y.y., Ankara, Temmuz 2011, (Çevrimiçi) www.tcmb.gov.tr, 11.07.2011.
- BİLGİN, Aslı: “İhale Mevzuatı Türkiye’nin Yurtdışı Örneklerle Karşılaştırması”, y.y., İzmir, 2008, Çevrimiçi: www.yok.gov.tr, 12.10.2012.
- BİLGİN, Hüseyin: “5812 Sayılı Kanun İle Kamu İhale Kanunun’da Yapılan Değişiklikler”, **TBB Dergisi**, Sayı: 86, 2009.
- BOVIS, Christopher H.: **EU Public Procurement Law**, Edward Elgar Publishing, İngiltere, 2012.
- BULUT, İdris: “Yapım İşleri İhalelerinde Yeterlik”, **Mali Hukuk**, Y.18, S.108, Kasım – Aralık 2003.
- CABUR, Kadir: “Yaklaşık Maliyeti Yanlış Tespit Edilen İhalelerde Hatalı İşlemin Sözleşme İmzalandıktan Sonra Anlaşılması Halinde Yüklenici Firmanın Durumu”, t.y., **Mali Kılavuz Dergisi**, e-Makale, Çevrimiçi: www.malikelavuz.com, 10.08.2012.
- CANBAZOĞLU, Kerem: “4734 Sayılı Kamu İhale Kanununda Öngörülen Zorunlu Başvuru ve Denetim Yolları”, y.y., Ankara, 2008, Çevrimiçi: www.yok.gov.tr, 11.07.2012.
- CANDAN, Turgut: **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.
- CARANTA, Roberto: “The Comparatist’s Lens on Remedies in Public Procurement”, **Working Papers Series European and Comparative Law Issues**, 2011, Çevrimiçi: www.workingpapers.iuse.it, 03.11.2013.
- CLIFTON, Michael James: “Ineffectiveness – The New Deterrent: Will The New Remedies Ensure Greater Compliance With The Substantive Procurement Rules in The Classical Sectors?” **Public Procurement Law Review**, 2009.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan: “İdari İşlemin Geri Alınması Üzerine”, **AÜEHFD**, C-IV, S: 1-2, 2000. (Geri Alma)

- ÇAĞLAYAN, Ramazan: **İdari Yargıda Kanun Yolları**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002. (Kanun Yolları)
- ÇELİKKOL, Hüseyin: “İdari Yargıda Ehliyet ve Husumet”, **Adalet Dergisi**, S. 3, 1985.
- ÇELİKTAŞ, İbrahim: “4964 Sayılı Kanunla 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununda Yapılan Değişikliklerin İhale Usulleri ve Bunların Sözleşmeye Bağlanması Açısından Değerlendirilmesi”, **Sayıştay Dergisi**, S.50-51, Temmuz-Aralık 2003.
- DEDEOĞLU, Erdoğan: “4734 Sayılı Kamu İhale Kanununa Göre Oluşturulan İhale Komisyonu”, **Dış Denetim**, Ekim-Kasım-Aralık 2010.
- DEMİRBOĞA, Dursun Ali: **Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- DEMİREL, Salim/ ARAPGİRLİ, Murat: **Doğrudan Temin**, 2. bs., Kamusal Akademi Derneği Yayını, Ankara, 2012. (Doğrudan Temin)
- DEMİREL, Salim/ ARAPGİRLİ, Murat: **4734 Sayılı Kanun Çerçevesinde İş Deneyim Belgeleri**, Bekad Yayınları, Antalya, 2013. (İş Deneyim)
- DOĞANYİĞİT, Sadettin: **Açıklamalı, İctihathı, Sorun Çözümlü Kamu İhale Kanunu**, 12.bs., Seçkin Yayınları, Ankara, 2013. (Açıklamalı Kanun)
- DOĞANYİĞİT, Sadettin: “Aşırı Düşük Tekliflerin Değerlendirilmesi”, **Mali Hukuk**, Yıl:18, Sayı: 106, Kasım – Aralık, 2003. (Aşırı Düşük)
- DOĞANYİĞİT, Sadettin: “İhalenin Ruhu: Yaklaşık Maliyetin Gizliliği”, **Dış Denetim**, Ekim-Kasım-Aralık 2010. (Yaklaşık Maliyet)
- DURAN, Lütfi: **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1982. (Ders Notları)

- DURAN, Lütü: “İdari Usul İlkeleri ve Kapsadığı Konular”, **İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu**, Başbakanlık Basımevi, Ankara,1998. (İdari Usul)
- EBRD: **Procurement Policies and Rules**, European Bank for Reconstruction and Development, London, 2010, Çevrimiçi: www.ebrd.com, 18.09.2012.
- EFTEKİN, Ömer Özgür: “İhalelerde Rekabet Politikaları ve Türkiye Uygulamaları”, **Dış Denetim**, Ekim-Kasım-Aralık 2010.
- EKİCİ, Birol/ ÇELİK, Mehmet: “Düzenleyici Etki Analizi: Analiz Süreci ve Uygulama”, **Amme İdaresi Dergisi**, C. 40, S.1, Mart 2007.
- EKİCİ, Hasan: “4734 Sayılı Kanunda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Kesinleşen İhale Kararının Bildirimi”, **Güncel Mevzuat**, Y.3, S.36, Aralık 2008.
- ELMERS, Bodo: “How To Spend It: Smart Procurement For More Effective Aid”, **European Network on Depth and Development**, 2011, Çevrimiçi: www.un.org.tr, 17.08.2012.
- EREN, Erdal: “4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu ve Yeni Bir Kanun İhtiyacı”, **Dış Denetim**, Ekim-Kasım-Aralık 2010.
- ERKEL, Zülal: “Yönetsel Yargıda Yeni Düzenlemeler”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 6, 1984.
- ERKUT, Celal: **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Danıştay Yayınları, Ankara, 1990.
- ERTANHAN, Mesut: “Kamu İhale Kanununa Tabi İhalelerde Belge Eksikliği veya Belgelerdeki Bilgi Eksikliği”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y.65, Sayı: 4, 2007.
- ESKİN, Murat: “Türkiye’de Bağımsız İdari Otoritelerin Etkinliği ve Geleceği: Kamu İhale Kurumu Örneği”, y.y., Kocaeli, 2008, Çevrimiçi: www.yok.gov.tr, 11.08.2012.
- EVENETT, Simon J.: “The WTO Government Procurement Agreement: An Assessment of Current Research and Options for Reform”, World Bank Conference Informing the Doha Process: New Trade Research for Developing

Economies, Kahire, 2002, Çevrimiçi: www.worldbank.org, 19.09.2012.

FORSSELL, Anna Ulfsson/PEDERSEN, Kristian: “The Implementation of the Remedies Directive in Sweden”, **Who’s Who Legal**, Ağustos 2012, Çevrimiçi: www.whoiswholegal.com, 11.09.2013.

FRANKEL, Jeffrey A.: “Globalization of the Economy”, **Nber Working Paper Series**, 2000, Çevrimiçi: www.nber.org, 18.09.2012.

GABILONDO, Pérez: **Dispute Settlement: World Trade Organization Government Procurement**, United Nations, New York, 2003, Çevrimiçi: www.unctad.org, 18.09.2012.

GATDULA, Jeremy/ HIGUIT, Ever/ MADARANG, Rafael: “RP-US FTA: Trade Remedies, Competition Policy and Government Procurement”, **Philippine Institute for Development Studies Discussion Paper**, Series No. 2006-13, February 2006, Çevrimiçi: <http://dirp4.pids.gov.ph/ris/dps/pidsdps0613.pdf>, 13.08.2012.

GENCER, Hüseyin: “Yapım İşleri İhalelerinde İş Deneyimi” **Mali Hukuk**, Y.18, S. 108, Temmuz – Ağustos, 2003. (İş Deneyim)

GENCER, Hüseyin: Kamu İhale Kanunu ve Uygulamadaki Sorunlar, **Mali Hukuk**, Y.18, S. 108, Kasım – Aralık 2003. (Uygulamadaki Sorunlar)

GİRİTLİ, İsmet/ BİLGİN, Pertev/ AKGÜNER, Tayfun/ BERK, Kahraman: **İdare Hukuku**, 6. Bs., Der Yayınları, İstanbul, 2013.

GÖK, Yaşar: “Kamu İhale Hukukuna Hakim Olan İlkeler”, **Dış Denetim**, Ekim-Kasım-Aralık 2010. (İlkeler)

GÖK, Yaşar: **Sorular ve Cevaplarla Açıklamalı Kamu İhale Kanunu**, İlksan Matbaası, Ankara, 2009. (Sorular)

GÖNEN, K. Eren: “Bağımsız İdari Otorite Olarak Rekabet Kurumu”, Ankara, t.y., Çevrimiçi: gazi.edu.tr, 14.07.2012.

GÖZLER, Kemal: **İdare Hukuku**, C.1, 2. bs., Ekin Kitabevi, Bursa, 2009. (Cilt1)

GÖZLER, Kemal: **İdare Hukuku**, C.2, 2. bs., Ekin Kitabevi, Bursa, 2009. (Cilt2)

- GÖZLER, Kemal: **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, Ekin Yayınları, Bursa, 2013. (Anayasa Hukuku)
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref: **Yönetmelik Yargısı**, 21.bs., Turhan Kitabevi, Ankara, 2012. (Yargı)
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref: **Yönetim Hukuku**, 30. bs., Turhan Kitabevi, Ankara 2011. (Yönetim Hukuku)
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref/ TAN, Turgut: **İdare Hukuku: Genel Esaslar**, C.1, 9.bs., Turhan Kitabevi, Ankara, 2013. (İdare Hukuku)
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref/ TAN, Turgut: **İdari Yargılama Hukuku**, C.2, 7.bs., Turhan Kitabevi, Ankara, 2014. (İdari Yargı)
- GROSS, Claudia M.: “Current Work of UNCITRAL on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration”, Presentation for OECD, y.y., 2010, Çevrimiçi: www.oecd.org, 21.09.2012.
- GUIMARAES, Valéria: “The Revision of the WTO Agreement on Government Procurement: to What Extent Might it Contribute to the Expansion of Current Membership?”, **Public Procurement Law Review**, Issue 2, 2008, Çevrimiçi: www.globaleconomicgovernance.org, 18.08.2012.
- GÜL, Hasan: “Türk Kamu Alımları Sisteminde Kamu İhale Kurumunun Yeri ve Artan Önemi”, **Dış Denetim**, Ekim-Kasım-Aralık 2010.
- GÜLAN, Aydın/ BERKARDA, Kemal: “İdare Hukukunda Gerçekleşen Köklü Değişimler”, **Günışığında Yönetim** içinde, (Der) İl Han Özay, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.
- GÜLER, Ayşen/ ÖZDERİN, Metin: “İhalenin İptali Kararlarına Karşı Başvuru Yolları”, y.y., t.y., Çevrimiçi: www.metinozderin.av.tr, 12.08.2012
- GÜNBAŞI, Serdar: “Türkiye’de Yapım İşleri İhalelerinde Aşırı Düşük Tekliflerin Tespit Edilmesi ve Değerlendirilmesi”, y.y., 2008, Ankara, Çevrimiçi: www.kik.gov.tr, 12.07.2012.
- GÜNDAY, Metin: “Bağımsız İdari Otoriteler”, **Panel: Bağımsız İdari Otoriteler**, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 2001Günday, Metin: **Rekabet Hukuku ve Yargısı**, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 1999. (Rekabet)

- GÜNDAY, Metin: **İdare Hukuku**, 10. Bs., İmaj Yayınevi, Ankara, 2013. (İdare Hukuku)
- GÜNGÖR, Müberra/ EVREN, Gökhan: “Düzenleyici Etki Analizi Kapsam, Uygulama, Deneyimler ve Öneriler”, y.y., 2009, Çevrimiçi: tk.gov.tr, Erişim tarihi: 10.08.2012.
- HEBLY, Jan M./ BRANTS, Waynand J.: **European Public Procurement: Legislative History of the Remedies**, Kluwer Law International, İngiltere, 2011.
- HODA, Anwarul/ BANSAL, Suchi: “Transparency In Government Procurement”, **Indian Council For Research On International Economic Relations Working Paper**, Working Paper No. 129, Nisan, 2004, Çevrimiçi: www.icrier.org, 15.09.2012.
- HOFFMAN, Hayley: “Nowhere to Go: International Coalitions and the Stranding of Defense Contractors”, **The George Washington Law Review**, Vol. 81 No. 4, July 2013.
- IISD: **Government Procurement in the World Trade Organization**, The International Institute for Sustainable Development, Canada, 2003, Çevrimiçi: www.iisd.org, 18.09.2012.
- İŞİK, Bahattin: “İhale Mevzuatında 5812 Sayılı Kanun İle Yapılan Önemli Değişiklikler”, **Dış Denetim**, Ekim-Kasım-Aralık 2010.
- İğdeler, Serdar: “Kamu İhale Kanununun Getirdiği Sorunlar”, y.y., Ankara, 2003, (Çevrimiçi), www.mulkiyeteftis.gov.tr, 18.07.2012.
- IMF: “Currency Units per SDR”, International Monetary Found, y.y., Aralık 2012, Çevrimiçi: www.imf.org, 20.12.2012
- İNAN, Atilla: “Kamu İhalelerinden Yasaklama Kararlarının Anayasa Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, **Dış Denetim**, Ekim-Kasım-Aralık 2010. (Yasaklama)
- İNAN, Atilla: “Kamu İhale Kurulunun Verdiği Kararlar Takdir Alanında Midir? Yoksa Bağlı Yetki Niteliğın De Midir”, t.y., y.y, Çevrimiçi: www.atillainan.com.tr, 11.01.2014. (İhale Kararlarında Bağlı Yetki)

- JATKAR, Archana et al.: **Government Procurement in India: Domestic Regulations and Trade Prospects**, CATS International, Hindistan, 2012.
- JONSSON, Steffan: “Kamu Alımlarında Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeler İçin Fırsatlar ve Engeller”, **II. Uluslararası Kamu Alımları Sempozyumu**, Kamu İhale Kurumu Yayını, İstanbul, Nisan 2006.
- JUHASZ, Antonia: “The WTO’s New Issues: Investment, Government Procurement, Competition Policy and Trade Facilitation”, International Forum on Globalization, San Francisco, 1996, Çevrimiçi: www.ifg.org, 19.09.2012.
- KABOĞLU, İbrahim: “Avrupa Topluluğu Adalet Divanı Jürispüridansı ve İdari Kararların Gerekçeli Olma Zorunluluğu”, **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi**, Birinci Kitap, İdari Yargı, Ankara, 1990.
- KALABALIK, Halil: **İdari Yargılama Usulü Hukuku**, Sayram Yayınları, 5. Bs., İstanbul, 2013.
- Kamu İhale Kurumu: **Kamu Alımları İzleme Raporu 2013**, Ankara, 2014.
- KAPLAN, Sami: “İdeal Bir Kamu İhale Kanunu ve İdeal Bir Kamu İhale Kurumu ve Kurulu Nasıl Olmalıdır? Fonksiyonel Bir Model Çalışması”, **Maliye Dergisi**, Sayı: 162, Ocak – Haziran 2012.
- KARAKAŞ, Mehmet: “Devletin Düzenleyici Rolü ve Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler”, **Maliye Dergisi**, S: 154, Ocak-Haziran 2008.
- KARAOĞLU, Sercan: “Kamu İhale Kurulu Kararlarının Yargısal Denetimi: Kapsamı, Sonuçları ve Yargı Kararlarının Uygulanması Sorunu”, y.y., Ankara, Şubat 2010, (Çevrimiçi) www.kik.gov.tr, 14.07.2012,
- KARAOSMANOĞLU, H. Sebahat: **Düzenleyici Etki Analizi ve Türkiye Uygulaması**, Devlet Planlama Teşkilatı Yayınları, Yayın no: 2691, Ankara, 2006.
- KARGIN, Baha: “İdarenin Takdir Hakkı”, **İdare Dergisi**, S. 245, Mart-Nisan 1957.

- KARSLI, Mehmet Rauf: “Düzenleyici İşlemlerin İcrailiği”, y.y., 2012, Çevrimiçi: www.acedemia.edu, 18.10.2012.
- KAYA, Cemil: İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi, 2. bs., XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014. (Takdir Yetkisi)
- KAYA, Cemil: “İhale Hukukunda Çalışma Hürriyetinin Sınırlanması: İhalelere Katılmaktan Yasaklanma”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 14, S. 2, 2006. (Yasaklama)
- KAYA, Cemil: “Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler”, **GÜHFD**, C: IX, Ankara, 2005. (İcrai Olmayan)
- KAYA, Osman: İhale Mevzuatında Yapılan Değişiklikler, **Mali Hukuk**, Y.18, S.106, Temmuz – Ağustos 2003.
- KAYA, Osman/ ÖZEK, Ali: “Kamu İhale Kanununa Göre Bütün İhale Usullerinde İşlem Akış Şemaları ve Açıklamaları”, **Mali Hukuk**, Y.24, S. 140, 2009.
- KAYMAK, Hasan: “Düzenleyici Etki Analizi”, **Maliye Dergisi**, Sayı: 146, Mayıs – Ağustos 2004.
- KELLY, Claire R.: “The Politics of International Economic Law: Legitimacy and The Uncitral Working Methods”, **Brooklyn Law School Legal Studies Research Papers Working Paper Series**, Research Paper No. 140, New York, March 2009, Çevrimiçi: <http://ssrn.com/abstract=1371214>, 19.09.2012.
- KEYİK, Avşar Kemal: “4734 sayılı Kamu İhale Kanununda İhalenin İptali”, y.y., Ankara, Nisan 2008, (Çevrimiçi) www.kik.gov.tr, 10.07.2012.
- KOÇBERBER, Güler: “Türkiye’deki Kamu Alımı Uygulamalarında Şeffaflık ve Rekabet Edilebilirliğin Değerlendirilmesi”, **Dış Denetim**, Ekim-Kasım-Aralık 2010.
- KOÇOĞLU, Şükrü: “Kamu İhale Mevzuatına İntes’in Gözü İle Yaklaşım”, **Dış Denetim**, Ekim-Kasım-Aralık 2010.
- KOÇTEPE, Harun: “4734 Sayılı Kanunda Şikayet ve İtirazen Şikayet Başvurularına İlişkin Olarak 5812 Sayılı Kanunun Getirdiği Değişiklikler”, **Güncel Mevzuat**, Yıl: 3, S: 36, Aralık 2008.

- KORKMAZ, Gökhan: “4734 Sayılı Kanun Kapsamındaki Kamu İhalelerinde İdari ve Yargısal Denetim”, Kocaeli, 2008, Çevrimiçi: www.yok.gov.tr, 11.07.2012,
- KOSKINEN, Liisa: “Reform of Public Procurement Remedies: A First Look at the Commission Proposal for an Amending Directive”, **European Institute of Public Administration** EIPASCOPE 2006/3, Lüksemburg, Çevrimiçi: http://www.eipa.eu/files/repository/product/20071025172708_Scop06_3_3.pdf, 12.08.2012.
- KÖSE, Ömer: “İhalelere Yönelik Yapılacak İtirazen Şikayet Başvuruları”, **Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi**, Ocak 2008.
- KULUKÇU, Erdal/ HEPAKSAZ, Engin: “Kamu İhalelerinde Cezai, İdari ve Mali Sorumluluk”, **Dış Denetim**, Ekim-Kasım-Aralık 2010.
- KURU, Baki/ ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ Ejder: **Medeni Usul Hukuku**, 24. bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- KUZEY, Pelin: “Avrupa Birliği İnceleme Usulleri”, **Maliye Dergisi**, S:136, 2001.
- KÜÇÜK, Faruk: “4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu Kapsamındaki İhalelere Karşı Yapılacak İdari Başvurular”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2005, Çevrimiçi: www.yok.gov.tr, 12.10.2012.
- KÜÇÜKÇAKIRLAR, Işıl: “4734 Sayılı Kanunun 22 nci Maddesinin (A) ve (B) Bentleri Kapsamında Tek Kaynaktan Yapılan Alımlar”, y.y., Ankara, 2010, Çevrimiçi: www.kik.gov.tr, 11.07.2012.
- LINEHAN, Barbara: **Guide to Procurement Law**, Construction Industry Federation & National Roads Authority, Dublin, 2010, Çevrimiçi: <http://www.nra.ie/RepositoryforPublicationsInfo/file,17810,en.pdf>, 10.09.2012.
- MARLIAVE, Diane De: “The Revised GPA Text: Relations to Coverage Negotiations and Possible Ways Forward”, European Commission Internal Market and Services DG Presentation, Cenevre, 2010, Çevrimiçi: www.wto.org, 18.09.2012.
- MATTOO, Aaditya: “The Government Procurement Agreement: Implications of Economic Theory”, **World Trade**

Organization Trade in Services Staff Working Paper, TISD-96-03, Cevevre, Ekim, 1996, Çevrimiçi: www.wto.org, 18.09.2012.

MAVROIDIS, Petros C.: **Trade in Goods**, Oxford University Press, İngiltere, 2012.

McEWEN, Jennifer: “The New Procurement Remedies Directive: A Double-Edged Sword”, **EU & Competition**, March 2008, Çevrimiçi: <http://www.blplaw.com>, 18.09.2012.

PATRICK, McGovern/ CURRAN, Peter: “Important Developments in Public and Utilities Procurement Law and Remedies”, **Arthur Cox**, Dublin, 2011, Çevrimiçi: www.arthurcox.com, 13.10.2012.

MOSS, Shaunn O.: “Kamu Alımlarında Yolsuzluklarla Mücadele: Düzenleyici ve Denetleyici Kuruluşların Bu Mücadeledeki Rolü”, **I. Uluslararası Kamu Alımlarında Saydamlık ve Verimlilik Sempozyumu**, Kamu İhale Kurumu Yayını, İstanbul, Mayıs 2004.

NHS European Office: “The New EU Remedies Directive: Prudent Procurement is of the Essence”, **Briefing**, Brussels, January 2010, Issue 5, Çevrimiçi: www.nhsconfed.org/europe, 12.12.2012.

NICHOLAS, Caroline: “Work of UNCITRAL on Government Procurement: Purpose, Objectives, and Complementarity with The Work of the WTO”, y.y., Londra, 2010, Çevrimiçi: www.worldbank.org, 18.09.2012. (WTO)

NICHOLAS, Caroline: “Reform of the UNCITRAL Model Law on Procurement”, y.y., October 2010, Çevrimiçi: www.ebrd.com/lawintransition, 18.09.2012. (Model Law)

OBSTFELD, Maurice: “The SDR as an International Reserve Asset: What Future?”, y.y., University of California - Berkeley and International Growth Centre - London School of Economics, 2011 Çevrimiçi: www.elsa.berkeley.edu, 19.09.2012.

ODER, Burak: “Kamu İhale Hukuku”, **Günışığında Yönetim** içinde, (Der) İl Han Özay, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.

- ODYAKMAZ, Zehra: “Genel Olarak idarenin Sözleşmeleri”, **GÜHFD, Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu’na Armağan**, C.II, S. 1-2, Haziran-Aralık 1998.
- OECD: **Methodology for Assessing Procurement Systems**, OECD, Paris, 2010, Çevrimiçi: www.oecd.org, 12.09.2012.
- OECD Sigma: “A Comparison on the EC Procurement Directives and the UNCITRAL Model Law”, **Sigma Papers**, OECD Publishing, Paris, 2000, Çevrimiçi: www.oecd.org, (Directives)
- OECD Sigma: **Which Contracts are Covered by the Procurement Directives?**, 2011, Çevrimiçi: www.oecd.org, (Contractors)
- OECD Sigma: **Central Public Procurement Structures and Capacity in Member States of the European Union**, Paris, 2007, Çevrimiçi: <http://www.oecdilibrary.org>, 11.09.2012. (Structure)
- OECD Sigma: **Public Procurement Training For IPA Beneficiaries**, OECD, Paris, 2010, Çevrimiçi: www.oecd.org, 10.09.2012. (Beneficiaries)
- OECD Sigma: **Esthablishing Procurement Review Bodies**, Paper no 25, July 2013, Çevrimiçi: <http://www.sigmaweb.org>, 02.01.2014. (Review Bodies)
- OĞURLU, Yücel: “İdari Usul Kanunu Neden Acil ve Zorunludur”, **AÜEHFD**, C.IX, S.1-2, 2005. (İdari Usul)
- OĞURLU, Yücel: **Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002. (Ölçülülük)
- OĞURLU, Yücel: **İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2001. (Yaptırım)
- OĞURLU, Yücel: “Danıştay Kararları Işığında İdari Yargılama Usulünde Re’sen Araştırma İlkesi”, **A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt II, Sayı 1, 1998. (Re’sen Araştırma)
- OIB: **EU Public Procurement Legislation: Delivering Results Summary Of Evaluation Report**, OIB

(Office for Infrastructure and Logistics in Brussels), Brussels, 2012, Çevrimiçi: www.ec.europa.eu, 10.08.2012.

- ONAR, Sıddık Sami: **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Cilt 1, İsmail Akgün Matbaacılık - Hak Kitabevi, İstanbul, 1966. (Cilt1)
- ONAR, Sıddık Sami: **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Cilt 2, İsmail Akgün Matbaacılık - Hak Kitabevi, İstanbul, 1966. (Cilt2)
- ONAR, Sıddık Sami: **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Cilt 3, İsmail Akgün Matbaacılık - Hak Kitabevi, İstanbul, 1966. (Cilt3)
- ÖNÜT, Lale Burcu: “Avrupa Topluluğu (Birliği) Hukukunda Hizmet İhaleleri”, y.y., 2006, İzmir, Çevrimiçi: www.yok.gov.tr, 18.08.2013.
- ÖZAY, İl Han: **Günışığında Yönetim**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.
- ÖZBUDUN, Ergun: **Türk Anayasa Hukuku**, 14.bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- ÖZCAN, A. Hakan: “Bir Bağımsız İdari Otorite Olarak Kamu İhale Kurumu” y.y., Ankara, Şubat 2008, (Çevrimiçi) www.kik.gov.tr, 08.07.2012.
- ÖZDEMİR, Erkan: “Kamu İhale Hukuku Uygulamasında Ortak Girişim Müessesesi”, y.y, Ankara, 2006, Çevrimiçi: kik.gov.tr, 11.08.2010.
- ÖZDEMİR, Eyüp: “İhale: Kamu İhale Kanunu’na Göre İhale Usulü”, **İdare Hukuku** içinde, (Der) Turan Yıldırım v.d., 5.bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- ÖZDEMİR, Eyüp/ ÜSTÜN, Gül: “İdari Usuller”, **İdare Hukuku** içinde, (Der) Turan Yıldırım v.d., 5.bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- ÖZKAN, Gürsel: “İdari Usul Kanununda Düzenlenmesi Gereken Genel İdari Usul İlkeleri”, **İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu**, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1998.

- ÖZTÜRK, İlhami: “Kamu İhale Kanununda Düzenlenen Şikayet ve İtirazen Şikayet Başvuru Sürelerinin Hukuki Niteliği”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y.67, S.3, Yaz 2009.
- ÖZTÜRK, İlhami/ KARYAĞDI, Müjgan: “Hak Arama Özgürlüğü Bağlamında Kamu İhale İşlemlerine Karşı Teminat Ödenmesi Şartı İle Tanınan İtirazen Şikayet Hakkı”, **TBB Dergisi**, Sayı: 87, 2010.
- ÖZYÖRÜK, Mukbil: **İdari Yargı Ders Notları**, Teksir-Daktilo-Fotokopi, Ankara, 1977.
- PETRUS, Stephanus: “Public Procurement Law: A Comparative Analysis”, Thesis of Doctorate of Laws at The University of South Africa, y.y., November 2009, Çevrimiçi: <http://uir.unisa.ac.za>, 18.09.2012.
- SAHİLYOL, Kaan: “Avrupa Birliği ve Türkiye’de Kamu Alımları ve Elektronik Tedarik Uygulamaları”, **İktisadi Kalkınma Vakfı Değerlendirme Notu**, 2012, Çevrimiçi: www.ikv.org.tr, Erişim: 22.06.2012.
- SAKİ, Harun: “AB Müktesebatı Çerçevesinde Türk Kamu İhale Mevzuatı”, **Dış Denetim**, Ekim-Kasım-Aralık 2010.
- SANCAKDAR, Oğuz: “İdari Yargıda Tek Dilekçe ile Dava Açma: Karşılaştırmalı Hukukî Analiz”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 9, S. 2, 2007. (Tek Dilekçe ile Dava)
- SANCAKDAR, Oğuz: **Memur Hukuku**, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 2011. (Memur Hukuku)
- SANDIFORD, Wayne: “Gatt And The Uruguay Round”, y.y., 1994, Çevrimiçi:
- SARICA, Ragıp: **İdari Kaza**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1949.
- SARITAŞ, Hatice: “İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları”, **Sayıştay Dergisi**, S. 73, Nisan-Haziran 2009.
- SAYER, Ahmet/ BARUTÇU, Abdülkadir: “Kamu İhaleleri ve Etik Dışı Uygulamalar”, **Dış Denetim**, Ekim-Kasım-Aralık 2010.

- SCHOONER, Steven L.: “Kamu Alımları Sektöründe Düzenleyici ve Denetleyici Kuruluşların Yeri ve Önemi: Dünyadaki Örnek Uygulamalar”, **I. Uluslararası Kamu Alımlarında Saydamlık ve Verimlilik Sempozyumu**, Kamu İhale Kurumu Yayını, İstanbul, Mayıs 2004.
- SERDAR, Ali: “Kamu İhale Mevzuatı Hakkında Genel Değerlendirme”, **Dış Denetim**, Ekim-Kasım-Aralık 2010.
- SEVER, Çiğdem: “İdare Hukukunda Öneli Bir Gelişme Umudu (Mu?): Genel İdari Usul Yasa Tasarısı”, y.y., Ankara, Atılım Üniversitesi, 2009, (Çevrimiçi) www.acikarsiv.atilim.edu.tr, 15.07.2012.
- SEYHAN, Edat Yücel: “İhale İşlemleri İle İlgili Olarak Şikayet ve İtirazen Şikayet Müessesesi, İddiaların İncelenmesi ve Yargı Yolu-III”, **Maliye ve Sigorta Yorumları Dergisi**, Y. 20, Sayı: 460, Mart 2006.
- SEZER, Yasin: “Kamu İhale Kanunu: Şeffaflık ve Rekabet”, **Amme İdaresi Dergisi**, C.35, S.4, Aralık 2002. (Şeffaflık ve Rekabet)
- SEZER, Yasin: **Kamu İhalelerine Katılma Yasağı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012. (Yasaklama)
- SEZGİNER, Murat: **İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000. (Ayrılabilir İşlem)
- SEZGİNER, Murat: **İdarelerin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar**, Seçkin Yayınları, 2013, Ankara. (İhale Uyuşmazlıkları)
- SÖZEN, Süleyman/ ALGAN, Bülent: **İyi Yönetişim**, İçişleri Bakanlığı Genel Yayın No: 654, Ankara, Nisan 2009.
- SUWARA, Ewa: “Is UNCITRAL Model Law On Procurement of Goods, Construction and Services a Suitable Legal Model To All States? – Case of Afghanistan”, **Human Security Gateway**, y.y., 2012, Çevrimiçi: www.humansecuritygateway.com, 15.10.2012.
- ŞAHİN, Nevzat: “Doğrudan Temin Usulünün Bazı Karakteristik Özellikleri ve Tek Kaynaktan Temin Uygulamaları”,

- y.y., t.y., Çevrimiçi: www.uzmanbelediyewordpress.com, 18.07.2012.
- ŞİMŞEK, Mehmet: “İhale Süreci” Sunumu, y.y., t.y Çevrimiçi: www.kirikkaleozelidare.gov.tr, 11.07.2012.
- TAN, Turgut: “Bağımsız İdari Otoriteler”, **Perşembe Konferansları**, S. 4, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2000. (İdari Otorite)
- TAN, Turgut: “Bağımsız İdari Otoriteler veya Düzenleyici Kurullar”, **Amme İdaresi Dergisi**, C. 35, S. 2, Haziran 2002. (Kurullar)
- TAN, Turgut: “İdarenin Kesin İşlemleri ve 5917 Sayılı Kanunun Uygulanması”, **Amme İdaresi Dergisi**, C.2, S.4, Aralık 1969. (Kesin İşlemler)
- TAN, Turgut: **İdari İşlemin Geri Alınması**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970. (Geri Alma)
- TAŞDELEN, Aziz: “Kamu Harcama İhalesi Sürecinde İhale ve Sözleşme Aşamaları İle Bu Aşamaların Yargı Yolları Ayrımının Belirleyici Rolü”, **İÜHFİM**, C. LXIX, 2011.
- TAVLI, Orhan: “Bir Bağımsız İdari Otorite Örneği Olarak Kamu İhale Kurumu”, İstanbul, 2008, Çevrimiçi: www.yok.gov.tr, 11.08.2012.
- TDK Sözlük, **TDK Sözlük**, (Çevrimiçi) www.tdk.gov.tr, 12.07.2012.
- TEKİNSOY, Özge Okan: “Yerel Yönetimlerin Kararları Üzerindeki İdari Vesayet Denetiminin Kapsamına İlişkin Anayasa Mahkemesi'nin Yaklaşımı”, **Zabunoğlu Armağanı**, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2011.
- TEZİÇ, Erdoğan: **Anayasa Hukuku**, 14. bs., Beta Yayınları, İstanbul, 2012.
- The EU Single Market: **Current Rules, Thresholds and Guidelines**, 2012, Çevrimiçi:<http://ec.europa.eu>, 10.12.2012.
- The National Archives: “The Defence and Security Public Contracts Regulations 2011”, 21st August 2011, Çevrimiçi: <http://www.legislation.gov.uk>, 10.09.2012.

- TOKMAKLI, Cafer: “Eşik Değerlerin Güncellenmesinde Ortaya Çıkan Tereddütler”, **Mali Hukuk**, Y.18, S.108, Kasım – Aralık 2003.
- TOPUZ, İbrahim/ ÖZKAYA, Kadir: **Açıklamalı – İctihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Mahalli İdareler Derneği Yayınları, Ankara, 2002.
- TREPTE, Peter: **Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation**, Oxford University Press, Oxford, İngiltere, 2004.
- TREUMER, Steen: **Public Procurement Regulation: An Introduction**, 2010, Asia Link, Nottingham, İngiltere, Çevrimiçi: <http://www.nottingham.ac.uk>, 10.08.2013.
- TUNCAY, Aydın H.: **İdare Hukuku ve İdari Yargının Bazı Sorunları**, Danıştay Yayımı, Ankara, 1972.
- TÜSİAD: “Kamu İhale Kanunu İle Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Hakkında TÜSİAD Görüşü”, y.y., 2008, TS/PAS/08-36, Çevrimiçi: www.tusiad.org, 05.07.2012.
- ULUSOY, Ali: “Kamu Hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler: Avrupa Yapılanmasının Kamu Hizmeti Teorisine Etkileri”, **Günışığında Yönetim** içinde, (Der) İl Han Özay, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004. (Teori)
- ULUSOY, Ali: **Bağımsız İdari Otoriteler**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003. (Bağımsız Otorite)
- ULUSOY, Ali: “Regülasyon Kurumları Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, **Günışığında Yönetim** içinde, (Der) İl Han Özay, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004. (Regülasyon)
- ULUSOY, Ali: “Bağımsız İdari Kurumlar”, **Danıştay Dergisi**, S. 100, 1999. (Bağımsız Kurumlar)
- UNCITRAL: **UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Laws**, United Nations Publication, New York, 2005, Çevrimiçi: www.uncitral.org, 20.09.2012. (UNCITRAL Guide)

- UNCITRAL: **A Guide to UNCITRAL Basic Facts About the United Nations Commission on International Trade Law**, United Nations, Vienna, January 2013, Çevrimiçi: www.uncitral.org, 12.02.2012. (Basic Facts)
- UNCITRAL: **Guide to Eneactment of UNCITRAL Model Law on Public Procurement**, United Nations, New York, 2012, Çevrimiçi: <http://www.uncitral.org>, 15.09.2012. (Enactment)
- UNCTAD: “Competition Policy and Public Procurement”, Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy, Geneva, 2012, Çevrimiçi: www.unctad.org, 25.12.2012.
- UYGUR, Elvan: “Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler ve Kamu İhale Kurumu Örneği”, Ankara, 2007, Çevrimiçi: www.yok.gov.tr, 10.07.2012.
- UZ, Abdullah: **Kamu İhale Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005. (İhale Hukuku)
- UZ, Abdullah: “İhalelerle İlgili İddiaların İncelenmesi Bakımından Ne Değişti: Norm? Yorum? Kurum? Durum?”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 66, Sayı: 1, Kış 2008. (İddiaların İncelenmesi)
- UZ, Abdullah: “İhale Konusu Hukuki İşlemler Bakımından 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun Kapsamı ve Gelir/Hasılat Paylaşımı Uygulaması: İddaa Örneği”, **AÜHFD**, C. 57, Sayı: 1, 2008. (İddaa Örneği)
- UZUN, Mükremin: “İhale Sürecinde İhale İşlemlerine Karşı İtiraz ve Şikayet Yolu-I”, **Belediye Dünyası**, C.5, Sayı: 7, Temmuz 2004. (Şikayet Yolu-I)
- UZUN, Mükremin: “İhale Sürecinde İhale İşlemlerine Karşı İtirazen Şikayet ve Şikayet Yolu-II”, **Belediye Dünyası**, C.5, S.8, Ağustos 2004. (Şikayet Yolu – II)
- ÜLGEN, İ. Hakkı: “Danıştay’ın 105. Kuruluş Yıldönümü Açılış Konuşması”, **Danıştay Dergisi**, S. 8, 1973.
- VONDEREN, Paul: “Kamu Alımlarında Saydamlık ve Verimlilik Açılış Konuşması”, **Kamu Alımlarında Saydamlık ve**

Verimlilik Sempozyumu, Kamu İhale Kurumu Yayını, İstanbul, Mayıs 2004.

WEILER, J.H.H./KOCJAN, Martina: **The Community System Of Judicial Remedies: Jurisdiction Examined**, NYU School of Law, New York, 2005.

WTO: **World Trade Report 2012**, World Trade Organization, New York, 2012, Çevrimiçi: www.wto.org, 28.12.2012.

WTO Secretariat: “Brief Guide to the Agreement on Government Procurement (GPA)”, Cenevre, 2012, Çevrimiçi: www.dfa.ie, 19.09.2012.

WTO IERD: **Understanding The WTO**, World Trade Organization Information and External Relations Division, Cenevre, 2011, Çevrimiçi: www.wto.org, 18.09.2012.

YALAZAY, Sait: “Eşitlik İlkesi Çerçevesinde 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu Kapsamındaki İhalelerde Tekliflerin Hazırlanması, Sunulması ve Değerlendirilmesi Usulü”, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010, Çevrimiçi: www.yok.gov.tr, 12.06.2012.

YALÇIN, Nilgün: “Radyo ve Televizyon Alanının Düzenlenmesi ve Denetlenmesinden Sorumlu Kurulların Özerliği ve Bağımsızlığı”, Uzmanlık Tezi, y.y., Ankara, 2011, (Çevrimiçi) www.rtuk.org.tr, 20.06.2012.

YASİN, Melikşah: “İdari Yargıda Bağlantılı Davalar”, **e-akademi**, S.60, Şubat 2007, Çevrimiçi: www.e-akademi.org, 15.04.2014.

YAYLA, Yıldızhan: “İdarenin Takdir Yetkisi”, **İHFM**, C.30, S. 1-2,1964. (Takdir Yetkisi)

YAYLA, Yıldızhan: **İdare Hukuku: İdare İşlevi – İdarenin Yetkileri ve Hukuka Bağlılığı – İdarenin Sorumluluğu**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1985. (İdarenin Yetkisi)

YAYLA, Yıldızhan: “Maksat Unsuru, Takdir Yetkisi ve Anayasa Mahkemesi”, **İHFM**, C.30, S. 3-4, 1965. (Maksat Unsuru)

YENİCE, Kazım/ ESİN, Yüksel: **Açıklamalı, İçtihatlı, Notlu İdari Yargılama Usulü**, Arısan Matbaacılık, Ankara 1983.

- YILDIRIM, Ramazan: **İdari Başvuru Yolları**, 2. Bs., Mimoza, Konya, 2006.
- YILDIRIM, Turan: **İdari Yargı**, 2. bs, Beta, İstanbul, 2010. (İdari Yargı)
- YILDIRIM, Turan: “İdari İşlemler”, **İdare Hukuku** içinde, (Der.) Turan Yıldırım v.d., 5.bs, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013. (İdari İşlemler)
- YILDIRIM, Turan: “Türkiye’nin İdari Teşkilatı”, **İdare Hukuku** içinde, (Der) Turan Yıldırım v.d., 5.bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013. (İdari Teşkilat)
- YILDIRIM, Yavuz/ TEKİN, Tahir: “4734 Sayılı Kanuna Göre Yapılacak İhalelerde Dikkat Edilmesi Gereken Bazı Hususlar”, **Yerel Yönetim ve Denetim Dergisi**, C. 17, S. 4, Nisan 2012.
- YILMAZ, Bekir M.: **Kamu Alımlarında İdari Denetim**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.
- YILMAZ, Dilşat: **Kamu İhale Hukukunda Şartnameler**, Gazi Kitapevi, Ankara, 2013.
- ZABUNOĞLU, Yahya: “İdari Yargıda Dava Açma Süresi (2577 Sayılı İYUK’un 10 ve 11 inci Maddeleri Açısından Bir İnceleme)”, **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi Birinci Kitap İdari Yargı**, Danıştay Matbaası, Ankara, 1990.
- ZOR, Ömer Tuğrul: “Kamu İhale Mevzuatında Yasaklama Müessesesi”, y.y., Ankara, Ekim 2006, (Çevrimiçi) www.kik.gov.tr, 11.07.2012.

Yararlanılan internet siteleri:

www.danistay.gov.tr

www.ec.europa.eu

<http://eur-lex.europa.eu>

www.ihale.gov.tr

www.kik.gov.tr

www.mevzuat.gov.tr

www.oecd.org

www.resmigazete.gov.tr

www.tdk.gov.tr

www.unctad.org

www.unpcd.org

www.wto.org

ÖZGEÇMİŞ

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden mezun olan Sait YALAZAY, yüksek lisans öğrenimini Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünde İdare Hukuku üzerine yapmıştır. İstanbul Barosunda Avukatlık Stajını yaptıktan sonra İçişleri Bakanlığı'nda Kaymakam Adayı ve Kaymakam olarak görev yapmıştır. Daha sonra Kamu İhale Kurumunda çeşitli görevlerde bulunmuş ve mevcut durumda Dışişleri Bakanlığında Birinci Hukuk Müşaviri olarak çalışma hayatını devam ettirmektedir. Özellikle İhale Hukuku alanında birçok üniversite ve kamu kuruluşunda seminer ve konferans veren YALAZAY, belirtilen görevlerine ek olarak Türkiye Futbol Federasyonunda Uyuşmazlık Çözüm Kurulu Başkanlığı görevinde bulunmuş ve halihazırda Satranç Federasyonunda Yönetim Kurulu ve İcra Kurulu üyeliği ile Motosiklet Federasyonunda Denetim Kurulu Üyeliği görevlerini sürdürmektedir.