

T.C.
KIRIKKALE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ KAMU HUKUKU
ANABİLİM DALI

4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNU ÇERÇEVESİNDE
İHALESİ YAPILAN MAL VE HİZMET ALIMLARIYLA YAPIM
İŞLERİNDE İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇU

Yüksek Lisans Tezi

Hazırlayan

Salim DEMİREL

Tez Danışmanı

Doç. Dr. Elif Sibel ÇAKAR

Ankara–2014

T.C.
KIRIKKALE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ KAMU HUKUKU
ANABİLİM DALI

4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNU ÇERÇEVESİNDE
İHALESİ YAPILAN MAL VE HİZMET ALIMLARIYLA YAPIM
İŞLERİNDE İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇU

Yüksek Lisans Tezi

Hazırlayan

Salim DEMİREL

Tez Danışmanı

Doç. Dr. Elif Sibel ÇAKAR

Ankara-2014

ONAY

Salim DEMİREL tarafından hazırlanan “4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu Çerçevesinde İhalesi Yapılan Mal Ve Hizmet Alımlarıyla Yapım İşlerinde İhaleye Fesat Karıştırma Suçu” başlıklı bu çalışma, 17.09.2014 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından Kamu Hukuku Anabilim dalında Yüksek Lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

(imza)

[Unvanı, Adı ve Soyadı] (Başkan)

.....

[İmza]

[Unvanı, Adı ve Soyadı]

.....

[İmza]

[Unvanı, Adı ve Soyadı]

.....

[İmza]

[Unvanı, Adı ve Soyadı]

.....

[İmza]

KİŞİSEL KABUL

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu Çerçevesinde İhalesi Yapılan Mal Ve Hizmet Alımlarıyla Yapım İşlerinde İhaleye Fesat Karıştırma Suçu” adlı çalışmanın, tarafımdan bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve faydalandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak faydalanılmış olduğunu belirtir ve bunu şeref ve haysiyetimle doğrularım.

Tarih:

Adı Soyadı: Salim DEMİREL

İmza:

ÖZET

Kamu hizmetleri her zaman bizzat kamu idareleri tarafından gerçekleştirilmemektedir. Bir takım kamu hizmetleri gerçek veya özel hukuk tüzel kişileri ile sözleşme yapılarak karşılanabilmektedir. Bu kapsamda 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun “Kapsam” başlıklı 2 inci maddesinde sayılan kurum ve kuruluşların mal veya hizmet alımları ile yapım işleri ihalelerinin söz konusu Kanun hükümlerine göre yürütülmesi gerekmektedir.

4734 sayılı Kanun, kamu hukukuna tâbi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygulanacak esas ve usulleri düzenlemek amacıyla çıkartılmış bulunmaktadır. İhale, 4734 sayılı 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 süreç olarak belirlenmiştir. İhalenin gerçekleştirilip, sözleşmenin imzalanmasıyla başlayan süreç ise sözleşme süreci olup, bu aşama 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu çerçevesinde yürütülmektedir.

İhale sürecinin iyi yönetilmesi ve bu süreçte yapılabilecek yanlışlıklar açısından Türk Ceza Kanununun 235 inci maddesinde düzenlenen ihaleye fesat karıştırma suçu önem arz etmektedir. Bu çalışmanın konusu 4734 sayılı Kanun çerçevesinde gerçekleştirilen mal veya hizmet alımları ile yapım işleri ihalelerinde işlenen ihaleye fesat karıştırma suçu oluşturmaktadır.

Çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, genel olarak ihale kavramı, ihale tür ve usulleri, doğrudan temin ve temel ilkeler ile tekliflerin sunulması, açılması ve değerlendirilmesi üzerinde durulacaktır.

İkinci bölümde ise, genel olarak ihaleye fesat karıştırma suçu, suçun unsurları, suçun özel görünüş şekilleri, yaptırım ve suçu etkileyen nedenlerle kovuşturma usulü ve görevli ve yetkili mahkeme üzerinde durulacaktır.

Üçüncü bölümde ise temel ilkeler, ihale usulleri ve tekliflerin sunulması, açılması ve değerlendirilmesi sürecinde ihaleye fesat karıştırma suçunun ortaya çıkış biçimleri incelenecektir.

Anahtar kelimeler; İhale, Kamu İhale, Türk Ceza Kanunu, Fesat

ABSTRACT

Public services are not always necessarily implemented by Public Administrations. Some of public services can be carried out by being made contracts with natural person or legal person in private law. In this context, the procurements of goods, services and work made by public institutions and authorities mentioned in the second Article of the Public Procurement Law No: 4734 have to be implemented in accordance with the provision of the Public Procurement Law No: 4734.

The Law 4734 was enacted for the purpose of regulating the principles and procedures which have to be applied on procurement held by Public Authorities and institutions governed by public law or under public control, using public funds procurement is determined as a proceedings which involve the award of a goods, service for Works contract to the tenderer selected in accordance with the procedures and conditions laid down in this law and which is completed by signing of the contract following the approved of the contracting officer. The process that beginning with being made procurement and signed the contract is the proceedings of contract, and this phase has been conducted within the scope the public procurement contract laws 4735.

The crime of involment in mischief during a tender arranged in the article 235 of the Turkish Penal Law is extremely important for good administration of procurement process and possible errors which can be appeared on this phase. The subject of the thesis is the Crimes of invdument in mischief during a the procurements of goods, services and works which have been conducted in accordance with the Public Procurement Law 4734.

The thesis consists of three sections. In the First section, it is going to be put emphasis on the following topics, the concept of procurement, procurement principals and procedures, and basic principles and the method of direct procurement which have to be complied on procurements.

The Crime of involment in mischief during a tender, the element of this crime, sanctions and thereasons of the crime, the method of presecution and court in caharge will be examined in the second section.

In the third section, it is going to be evaluated the form of reveal conspire to rig bids on tender.

Key words; Bid, Public Procurement, Turkish Penal Law, Mischief

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	iv
ABSTRACT	vi
İÇİNDEKİLER.....	viii
KISALTMALAR	xiii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

İHALE KAVRAMI, KANUNUN KAPSAMI, İSTİSNALAR, İHALE TÜRLERİ, İHALELERDE UYULMASI GEREKEN İLKELER

I. İHALE KAVRAMI	3
A. İdare.....	4
B. Mal, Hizmet ve Yapım Kavramları.....	5
C. İstekli	8
D. Sözleşme.....	9
II. 4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNUNUN ÖZELLİKLERİ.....	13
III. KAMU İHALE KANUNUNUN KAPSAMI VE KANUNDAN İSTİSNA TUTULAN İŞLER.....	14
IV. İHALE TÜRLERİ	17
V. İHALE USULLERİ.....	17
A. Açık İhale Usulü	18
B. Belli İstekliler Arasında İhale Usulü	19
C. Pazarlık Usulü.....	20
VI. BİR ALIM YÖNTEMİ OLARAK DOĞRUDAN TEMİN.....	23

**VII. İHALELERDE UYULMASI GEREKLİ OLAN TEMEL İLKELER VE
DİĞER KURALLAR.....26**

İKİNCİ BÖLÜM

**İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇUNUN UNSURLARI, SUÇUN ÖZEL
GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ, YAPTIRIM VE SUÇU ETKİLEYEN NEDENLER**

I. İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇUNUN KANUNDA DÜZENLENİŞİ.....	30
II. İHALELERDE YASAK FİİL VE DAVRANIŞLARIN İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇU BAKIMINDAN İNCELENMESİ.....	35
III. TİPİKLİK.....	41
IV. KORUNAN HUKUKİ DEĞER.....	42
V. İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇUNUN UNSURLARI	43
A. İhaleye Fesat Karıştırma Suçunun maddi Unsuru	43
1. Fiil.....	43
a) Hileli Davranışlarla İhaleye Katılma Yeterliğine Veya Koşullarına Sahip Olan Kişilerin İhaleye veya İhale Sürecindeki İşlemlere Katılmalarını Engellemek.....	45
b) Hileli Davranışlarla İhaleye Katılma Yeterliğine veya Koşullarına Sahip Olmayan Kişilerin İhaleye Katılmasını Sağlamak	49
c) Hileli Davranışlarla Teklif Edilen Malları, Şartnamesinde Belirtilen Niteliklere Sahip Olduğu Hâlde, Sahip Olmadığından Bahisle Değerlendirme Dışı Bırakmak.....	49
d) Hileli Davranışlarla Teklif Edilen Malları, Şartnamesinde Belirtilen Niteliklere Sahip Olmadığı Hâlde, Sahip Olduğundan Bahisle Değerlendirmeye Almak	51

e) Tekliflerle İlgili Olup da İhale Mevzuatına veya Şartnamelere Göre Gizli Tutulması Gereken Bilgilere Başkalarının Ulaşmasını Sağlama	52
f) Cebir veya Tehdit Kullanmak Suretiyle Ya Da Hukuka Aykırı Diğer Davranışlarla, İhaleye Katılma Yeterliğine veya Koşullarına Sahip Olan Kişilerin İhaleye, İhale Sürecindeki İşlemlere Katılmalarını Engellemek ..	54
g) İhaleye Katılmak İsteyen veya Katılan Kişilerin İhale Şartlarını ve Özellikle Fiyatı Etkilemek İçin Aralarında Açık veya Gizli Anlaşma Yapmalar	55
2. Fail.....	56
3. Mağdur.....	57
4. Suçun Konusu	57
B. İhaleye Fesat Karıştırma Suçunun manevi Unsuru.....	58
C. Hukuka Aykırılık	60
D. İhaleye Fesat Karıştırma Suçunun Özel Görünüş Şekilleri.....	61
1. İhaleye Fesat Karıştırma Suçunda Teşebbüs	61
2. İhaleye Fesat Karıştırma Suçunda İştirak	63
3. İhaleye Fesat Karıştırma Suçunda İçtima	65
a) Zincirleme Suç.....	65
b) Bileşik Suç	65
c) Fikri İçtima.....	65
VI. YAPTIRIM, SUÇU ETKİLEYEN NEDENLER, KOVUŞTURMA USULÜ, GÖREVLİ MAHKEME VE YETKİLİ MAHKEME	66
A. Yaptırım.....	66
B. Kovuşturma Usulü.....	67
C. Görevli Mahkeme.....	68
D. Yetkili Mahkeme	69

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TEMEL İLKELERİNİN İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ VE İHALE SÜREÇLERİNDE İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇUNUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ

I. 4734 SAYILI KANUNUN TEMEL İLKELERİNİN İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ..... 70

A. Saydamlık İlkesi.....	72
B. Rekabet İlkesi.....	73
C. Güvenirlilik İlkesi.....	75
D. Eşit Muamele İlkesi	76
E. Kamuoyu Denetimi İlkesi.....	78
F. İhtiyaçların Uygun Şartlarla ve Zamanında Karşılanması İlkesi	80
G. Kaynakların Verimli Kullanılması İlkesi	80
H. Aralarında Kabul Edilebilir Doğal Bir Bağlantı Olmadığı Sürece Mal Alımı, Hizmet Alımı ve Yapım İşlerinin Birarada İhale Edilememesi İlkesi	81
I. Eşik Değerlerin Altında Kalmak Amacıyla Mal ve Hizmet Alımlarıyla Yapım İşlerinin Kısımlara Bölünmemesi İlkesi	82
J. Açık İhale ve Belli İstekliler Arasında İhale Usulünün Temel Usul Olması İlkesi	84
K. Gizlilik İlkesi	84

II. İHALE SÜREÇLERİNDE İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇUNUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ 85

A. Tekliflerin Sunulması Aşamasında Suçun Ortaya Çıkış Biçimleri	85
B. Tekliflerin Açılması Aşamasında Suçun Ortaya Çıkış Biçimleri	88
C. Tekliflerin Değerlendirilmesi Aşamasında Suçun Ortaya Çıkış Biçimleri	90

III. İHALE USULLERİNİN KULLANILMASINDA İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇUNUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ	92
IV. İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇUNUN DOĞRUDAN TEMİNDE UYGULANMA SORUNU	93
SONUÇ.....	97
KAYNAKÇA.....	101

KISALTMALAR

a.g.e	: adı geçen eser
a.g.m.	: adı geçen makale
KİK	: Kamu İhale Kanunu
KİSK	: Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu
TCK	:Türk Ceza Kanunu

GİRİŞ

Bütün dünyada olduğu gibi, ülkemizde de kamu harcamalarının önemli bir kısmı kamu ihaleleri yoluyla dağıtılmaktadır. Kamu ihalelerinin kamu harcamaları içerisindeki payının bu denli yüksek oluşu bu alanda bir takım özel düzenlemeler yapılması sonucunu doğurmuştur.

Bu itibarla kamu harcaması yapılmasına yönelik mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihale edilmesinde uygulanmak üzere 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu yürürlüğe sokulmuştur. Yine 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa göre ihale edilen mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin sözleşme sürecinde uygulanmak üzere 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu yürürlüğe girmiştir.

Yine söz konusu alımların ülke ekonomisi içerisindeki büyüklüğü Türk Ceza Kanununun 235 inci maddesinde düzenlenen ve sonuçları itibariyle ağır yaptırımlar öngören ihaleye fesat karıştırma suçu bakımından önem arz etmektedir.

Ülkemizde her yıl yaklaşık yirmi bine yakın idare tarafından yüz elli bine yakın ihale gerçekleşmekte bu ihaleler için 100'e yakın yüklenici firma ile yüz yetmiş bin sözleşme imzalanmaktadır. 4734 sayılı kanunda belirtilen İhale usulleri kullanılarak gerçekleştirilen ihaleler ile doğrudan alım usulleri ile gerçekleştirilen kamu alımları Gayri Safi Yurtiçi Hasıla (GSYH) içinde yaklaşık %9'luk bir paya sahiptir. Dünya'da bu oran genellikle %10 ile %20 arasında değişiklik göstermektedir.¹

4734 sayılı Kanun kamu harcaması yapılmasına yönelik mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihale edilmesinde uygulandığı için bunun dışındaki işlerin (satım ve kiralamar gibi) ihale edilmesinde 4734 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önceki tarihte ilgili idare hangi mevzuata tabi ise, o mevzuatın uygulanması

¹ KOÇBERBER Güler; Türkiye'deki Kamu Alımı Uygulamalarında Şeffaflık Ve Rekabet Edilebilirliğin Değerlendirilmesi, Dış Denetim Dergisi, Sayı 2, Ekim-Kasım-Aralık 2010,s.131-137.

gerekeğinden bu çalışmada ihaleye fesat karıştırma suçu 4734 sayılı Kanun kapsamında yapılan ihalelerle sınırlı olarak incelenecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

İHALE KAVRAMI, KANUNUN KAPSAMI, İSTİSNALAR, İHALE TÜRLEİ, İHALELERDE UYULMASI GEREKEN İLKELER

I. İHALE KAVRAMI

Türk Ceza Kanununun 235 inci maddesinde sözü geçen ihale kavramı, Arapça kökenli bir sözcük olup, bir işi bir başkası üzerine bırakma anlamına gelmektedir.²

Hukuk sözlüğünde ise ihale kavramı, “Artırma veya eksiltme biçimiyle yapılan ve en uygun fiyatı teklif edene (en çok artıran veya eksiltene) işin/malın verildiği sözleşme yöntemi” şeklinde tanımlanmıştır.³

2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 4 üncü maddesinde ihale, Bu Kanunda yazılı usul ve şartlarda, işin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve yetkili mercilerin onayı ile tamamlanan sözleşmeden önceki işlemler olarak tanımlanmıştır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununa göre ihale kavramı ise aynı Kanunun 4 üncü maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre, ihale, Kanunda yazılı usul ve koşullarla mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve ihale onayını müteakip sözleşmenin imzalanması ile tamamlanan işlemler olarak tanımlanmıştır.

Dar anlamıyla ihale bir tahsis yöntemidir.⁴

İhaleyi yapacak idare kanunda belirtilen idarelerden birisi olmalıdır.⁵

² <http://www.tdk.gov.tr>, 20.02.2014.

³ Hukuk Sözlüğü (<http://www.adalet.gov.tr/hukuksoz/hukuksozlugu.htm#11>) 20.02.2014.

⁴ EFTEKİN Ömer Özgür; İhalelerde Rekabet Politikaları ve Türkiye Uygulamaları, Dış Denetim Dergisi, Sayı 2, Ekim-Kasım-Aralık 2010,s.88-93.

4734 sayılı Kanunun 4 üncü maddesindeki tanım dikkate alındığında, “idare”, "mal veya hizmet alımları ile yapım işleri", "istekli” ve "sözleşme” kavramlarının açıklanması gerekmektedir.

A. İdare

Kanunun 4 üncü maddesi gereği idare, ihaleyi yapan bu Kanun kapsamındaki kurum ve kuruluşları ifade etmektedir. Kanun kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ise aynı Kanunun 2 inci maddesinde sayma yöntemiyle belirlenmiş bulunmaktadır.

Buna göre aşağıda belirtilen idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihaleleri bu Kanun hükümlerine göre yürütülür:

a) Genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ile özel bütçeli idareler, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı; döner sermayeli kuruluşlar, birlikler (meslekî kuruluş şeklinde faaliyet gösterenler ile bunların üst kuruluşları hariç), tüzel kişiler,

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

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

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

⁵ DANIŞMAN Mustafa; İhale ve İhaleye Fesat Karıştırma Suçları, Bilge Yayınevi, Ankara, 2011,s.15.

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

B. Mal, Hizmet ve Yapım Kavramları

Mal, hizmet ve yapım tanımlarına 4734 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinde yer verilmiş olup, ihale türünün belirlenmesinde söz konusu tanımlara göre hareket edilmesi gerekmektedir.

***Mal:** Satın alınan her türlü ihtiyaç maddeleri ile taşınır ve taşınmaz mal ve hakları,*

***Hizmet:** Bakım ve onarım, taşıma, haberleşme, sigorta, araştırma ve geliştirme, muhasebe, piyasa araştırması ve anket, danışmanlık, tanıtım, basım ve yayım, temizlik, yemek hazırlama ve dağıtım, toplantı, organizasyon, sergileme, koruma ve güvenlik, meslekî eğitim, fotoğraf, film, fikrî ve güzel sanat, bilgisayar sistemlerine yönelik hizmetler ile yazılım hizmetlerini, taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanmasını ve benzeri diğer hizmetleri,⁶*

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

ifade etmektedir.

⁶ 20/11/2008 tarihli ve 5812 sayılı Kanunun 2 nci maddesiyle; hizmet tanımıda yer alan “mimarlık ve mühendislik, etüt ve proje, harita ve kadaströ, imar uygulama, her ölçekte imar planı” ibareleri metinden çıkarılarak danışmanlık hizmeti kapsamına alınmıştır.

4734 sayılı Kanununun 4 üncü maddesinde, yapım işinin kapsamı sayma yöntemiyle belirlenmiş ve sayılan yapım işlerine nitelik itibarıyla benzer olan işler de yapım işi kapsamında kabul edilmiştir. Bu çerçevede, yapım işleri arasında ismen sayılmayan bir işin yapım işi olarak kabul edilebilmesi için, bu işin yapılma tekniğinin ismen sayılan işlere benzerliği yanında, uygulama projesini ya da kesin projeyi de kapsayan teknik şartnameye dayanması, yapım müteahhidinin deneyiminin arandığı ve onun uzmanlık alanına giren işlerden olması, vasıfsız işgücünden ziyade ağırlıklı olarak malzeme, makine ve ekipman girdisine ihtiyaç duyulması ve istisnalar dışında fen ve sanat kurallarına uygun olarak bir eserin meydana getirilmesi koşullarının aranması gerekmektedir.

Ağaçlandırma, erozyon kontrolü ve fidan dikim işlerinin ise hizmet alımı olarak ihale edilmesi gerekmektedir.

29.06.2006 tarihli ve 5531 sayılı Orman Mühendisliği, Orman Endüstri Mühendisliği ve Ağaç İşleri Endüstri Mühendisliği Hakkında Kanununun 4 üncü ve 5 inci maddelerinde sayılan ormancılık, orman endüstrisi ve ağaç işleri endüstrisi işlerine ait mesleki konulara ilişkin mühendislik hizmetlerinin ise danışmanlık hizmeti olarak ihale edilmesi gerekir.

İhale edilecek işin yapım mı hizmet mi olduğu noktasında tereddüt yaşandığı durumlarda iş kalemlerinin yapım ve hizmet olarak gruplandırması ve bu grupların yaklaşık maliyetteki ağırlık oranı esas alınarak işlem yapılması gerekir.⁷

Bu noktada dikkat edilmesi gereken hususlardan biri de bütçe tertiplerine bakılmaksızın makine ve ekipmanın bakım ve onarımının hizmet alımı olarak ihale edilmesi, küçük onarımlar da dahil olmak üzere yapıma ilişkin onarımların ise yapım işi olarak ihale edilmesi gerektiğidir.

⁷ Kurulun 27.10.2008 tarihli ve 2008/UM.I-4419 sayılı kararı.

“... İhalenin konusunun, aralarında doğal bağlantı olan mal alımı, hizmet alımı veya yapım işlerinin en az ikisinden oluştuğu durumlarda, ihalede esas alınacak alım yönteminin belirlenmesinde ilk yaklaşım ihale konusu işin yaklaşık maliyeti içerisinde bedel yönünden büyük paya sahip olup işin esasını teşkil eden kısmı hangi yöntemle göre ihale edilecekse aralarında doğal bağlantı olan işin diğer kısımlarının bir arada bu yöntemle ihale edilmesidir.”

Bu husus Kamu İhale Genel Tebliğinin 63.1. maddesinde, “*Bütçe tertiplerine bakılmaksızın makine ve ekipmanın bakım ve onarımının hizmet alımı olarak ihale edilmesi gerekmektedir. Küçük onarımlar da dahil olmak üzere yapıma ilişkin onarımların ise hizmet alımı olarak ihale edilmesi mümkün değildir.*” şeklinde açıkça ifade edilmiştir.

GÖK bu konuda, “*Hizmet tanımı içerisinde sayılan “bakım ve onarım” işlerinin yapım işleri dışında kalan makine, teçhizat, donanım, sistem, araç-gereç gibi unsurların bakım ve gerekirse onarımlarının yapılmasına dönük bir düzenlemeyi ifade ettiğini, bakım ve onarım kavramlarının bir arada, “ve” ile bağlanarak kullanılmış olmasının da bu yorumu güçlendirecek yazım şeklini ortaya koyduğunu, 4734 sayılı Kanun başta olmak üzere diğer ilgili mevzuatta büyük onarım ve küçük onarım kavramlarının tanımlarının yapılmadığını, birbirlerinden ayırıcı özellikleriyle ilgili hususların belirlenmediğini, bu nedenlerle özellikle yapım tanımı içerisinde yer alan “her türlü inşaat işleri”, “benzeri yapım işleri” şeklindeki genişletici ve kavrayıcı ifadeler dolayısıyla yapım işleriyle ilgili her türlü onarım işlerinin yapım kapsamı içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini” ifade etmektedir.⁸*

ALTUN ise bu konuda farklı olarak; “*4734 sayılı Kanun’un hizmet ve yapım kavramlarına getirdiği tanımın küçük çaplı bina onarımlarının yapım işi sayılmamasını, hizmet ihalesi yoluyla gerçekleştirilmesini mümkün kıldığını, buna göre büyük onarımların yapım, küçük onarımların ise hizmet ihalesi yoluyla gerçekleştirileceğini, hizmet tanımında yer alan “bakım ve onarım” deyiminin münhasıran mevcut makine ve teçhizatın bakım ve onarımını kapsadığı ileri sürülebilirse de maddede ve gerekçesinde böyle bir açıklık olmadığı, halbuki yapım işinin tanımında yer alan büyük onarımın her türlü inşaat işine ilişkin olduğunun açıkça belirtildiğini” ifade etmektedir.⁹*

⁸ GÖK Yaşar; Sorular ve Cevaplarla Açıklamalı Kamu İhale Kanunu, İlksan Matbaası, 5. Baskı, Ankara, 2012, s.97.

⁹ ALTUN Muhsin; Yeni Kamu İhale Düzeni, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2004. s. 91.

C. İstekli

İstekli, mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalesine teklif veren tedarikçi,¹⁰ hizmet sunucusu¹¹ veya yapım müteahhididir.¹²

Kısaca istekli, ihaleye teklif veren kişidir.

Teklif, ihalelerde isteklinin idareye sunduğu fiyat teklifi ile değerlendirmeye esas belge ve/veya bilgilerdir.

İhaleye teşekkür mektubu sunan veya teklif kapsamında sunduğu bilgi ve belgeler kapsamında teklif fiyatı yer almayan kişi istekli olamaz. Bu kişi doküman satın almışsa o halde ancak istekli olabilecek olur.¹³

Teklif mektubu içermeyen teklif zarfı sunan tedarikçiler, hizmet sunucuları ya da yapım müteahhitleri istekli olabilecekler kapsamındadır.¹⁴

¹⁰ Tedarikçi, mal alımı ihalesine teklif veren gerçek veya tüzel kişiler veya bunların oluşturdukları ortak girişimlerdir.

¹¹ Hizmet sunucusu, hizmet alımı ihalesine teklif veren gerçek veya tüzel kişiler veya bunların oluşturdukları ortak girişimlerdir.

¹² Yapım müteahhidi, yapım işi ihalesine teklif veren gerçek veya tüzel kişiler veya bunların oluşturdukları ortak girişimlerdir.

¹³ ARAPGİRLİ Murat, DEMİREL Salim; İhalelerde Hak Arama Yolları, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 30-31.

¹⁴ Kurulun 01.07.2008 tarihli ve 2008/UY.Z-2759 sayılı kararı.

...
Kamu İhale hukukunda, ihale açılması icaba davet, ihaleye katılanların teklif sunması icap, ihalenin bu tekliflerden en uygun olanına verilmesi ise kabul olarak değerlendirilmektedir. Kural olarak icap belli bir şekilde tabi olmamasına rağmen, kamu ihale hukukunda teklif mektubu için bazı şekil şartları öngörülmüştür. 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 30 uncu maddesinin ikinci fıkrasında, teklif mektuplarının geçerli olabilmesi için, yazılı ve imzalı olması, ihale dokümanının tamamen okunup kabul edildiğinin belirtilmesi, teklif edilen bedelin rakam ve yazı ile birbirine uygun olarak açıkça yazılması, üzerinde kazıntı, silinti, düzeltme bulunmaması ve ad, soyad veya ticaret unvanı belirtilerek yetkili kişilerce imzalanması gerekmektedir. Kanunundaki bu düzenleme ile isteklilerin sözleşme kurma iradesi yeterli görülmemiş ve teklif mektuplarını Kanundaki koşullara uygun hazırlamaları zorunluluğu getirilmiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 4 üncü maddesinde de teklif bu Kanun kapsamında yapılacak ihalelerde isteklilerce sunulan fiyat teklifi ile değerlendirmeye esas belge ve/veya bilgiler olarak tanımlanmıştır. Tanımdan anlaşılacağı üzere tekliften söz edebilmek için, teklifte fiyat teklifinin ve değerlendirmeye esas belgelerin bulunması gerekir. Teklifin esaslı unsuru bir bedel içermesidir. Değerlendirmeye esas diğer belgeler tamam olmuş olsa bile fiyat teklifi bulunmuyorsa, sunulan bilgi ve belgeler kamu ihale mevzuatı çerçevesinde "teklif" olarak kabul edilemez. Ayrıca Kanununun 37 inci maddesinde, usulüne uygun olmayan bir teklif mektubunun tamamlanabilecek belgeler arasında

D. Sözleşme

İhale açılmasının temel amacının, kamu ihtiyaçlarını karşılamak için kimin ile sözleşme yapılabileceğini belirlemek oluşturur. Hukuka uygun olarak cereyan eden ihale süreci, sözleşmenin yapılması ile tamamlanır.¹⁵ İdarenin ihtiyaçlarının karşılanması için gerçek veya tüzel kişilerle kamu ihale usulü uygulanarak yaptığı sözleşmelere kamu ihale sözleşmeleri denir.¹⁶ İdarenin kamu hizmetlerini yürütmek için ihtiyaç duyduğu edimleri temin etmek amacıyla gerçek veya tüzel kişilerle yaptığı sözleşmelerin tamamı, aynı karakteri haiz değildir. İdare hukuku literatüründe yerleşmiş bir deyim ile idarenin sözleşmeleri tabi oldukları hukuki rejim açısından idari sözleşmeler ve özel hukuk sözleşmeleri olmak üzere ikiye ayrılır.¹⁷ 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 4 üncü maddesinde, *“Bu Kanuna göre düzenlenecek sözleşmelerde, ihale dokümanında yer alan şartlara aykırı hükümlere yer verilemez.*

Bu Kanunda belirtilen haller dışında sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılamaz ve ek sözleşme düzenlenemez.

Bu Kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklerle sahiptir. İhale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemez. Kanunun yorum ve uygulanmasında bu prensip göz önünde bulundurulur.” düzenlemesi yer almakta olup, kamu ihale sözleşmeleri özel hukuk sözleşmeleri niteliğindedir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 46 ncı maddesi gereği yapılan bütün ihaleler bir sözleşmeye bağlanır. Sözleşmeler idarece hazırlanır ve ihale yetkilisi ile yüklenici

sayılamaması da teklif mektubunun teklifin esaslı unsuru olduğunu göstermektedir. Bu nedenle, fiyat teklifi içermeyen teklif zarfı “teklif” olarak kabul edilemez.

4734 sayılı Kanunun “Tanımlar” başlıklı 4 üncü maddesinde “istekli”; mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalesine teklif veren tedarikçi, hizmet sunucusu veya yapım müteahhidi olarak tanımlanmıştır. Teklif mektubu içermeyen teklif zarfı sunan tedarikçiler, hizmet sunucuları ya da yapım müteahhidi, kamu ihale mevzuatı çerçevesinde teklif vermiş sayılmayacağından, bu kişilerin “istekli” değil “ istekli olabilecek” olduğunun kabul edilmesi uygun olacaktır.

¹⁵ BUZ Vedat; Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s.68.

¹⁶ KILIÇ Duygu; Kamu Alımları İhale ve Sözleşmeleri, Adalet Yayınevi, Ankara,2010,s.2.

¹⁷ BUZ;a.g.e.,s.206.

tarafından imzalanır. Yüklenicinin ortak girişim olması halinde, sözleşmeler ortak girişimin bütün ortakları tarafından imzalanır. İhale dokümanında aksi belirtilmedikçe sözleşmelerin notere tescili ve onaylaltırılması zorunlu değildir.¹⁸

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa göre düzenlenecek sözleşmelerde aşağıdaki hususların belirtilmesi zorunludur:

- a)** İşin adı, niteliği, türü ve miktarı, hizmetlerde iş tanımı.
- b)** İdarenin adı ve adresi.
- c)** Yüklenicinin adı veya ticaret unvanı, tebligata esas adresi.
- d)** Varsa alt yüklenicilere ilişkin bilgiler ve sorumlulukları.
- e)** Sözleşmenin bedeli, türü ve süresi.
- f)** Ödeme yeri ve şartlarıyla avans verilir verilmeyeceği, verilecekse şartları ve miktarı.
- g)** Sözleşme konusu işler için ödenecekse fiyat farkının ne şekilde ödeneceği.
- h)** Ulaşım, sigorta, vergi, resim ve harç giderlerinden hangisinin sözleşme bedeline dahil olacağı.
- i)** Vergi, resim ve harçlar ile sözleşmeyle ilgili diğer giderlerin kimin tarafından ödeneceği.
- j)** Montaj, işletmeye alma, eğitim, bakım-onarım, yedek parça gibi destek hizmetlerine ait şartlar.
- k)** Kesin teminat miktarı ile kesin teminatın iadesine ait şartlar.
- l)** Garanti istenilen hallerde süresi ve garantiye ilişkin şartlar.

¹⁸ KEMER Mustafa; Yapım İşleri, Ankara, 2004,s.69.

- m) İşin yapılma yeri, teslim etme ve teslim alma şekil ve şartları.
- n) Gecikme halinde alınacak cezalar.
- o) Mücbir sebepler ve süre uzatımı verilebilme şartları, sözleşme kapsamında yaptırılacak iş artışları ile iş eksilişi durumunda karşılıklı yükümlülükler.
- p) Denetim, muayene ve kabul işlemlerine ilişkin şartlar.
- r) Yapım işlerinde iş ve işyerinin sigortalanması ile yapı denetimi ve sorumluluğuna ilişkin şartlar.
- s) Sözleşmede değişiklik yapılma şartları.
- t) Sözleşmenin feshine ilişkin şartlar.
- u) Yüklenicinin sözleşme konusu iş ile ilgili çalıştıracığı personele ilişkin sorumlulukları.
- v) İhale dokümanında yer alan bütün belgelerin sözleşmenin eki olduğu.
- y) Anlaşmazlıkların çözümü.

4734 sayılı Kanununun 21 inci maddesinin (b), (c) ve (f) bendi kapsamında yapılan mal alımlarında, malın sözleşme yapma süresi içinde teslim edilmesi ve bunun idarece uygun bulunması halinde, sözleşme yapılması zorunlu değildir.

Doğrudan temin ile yapılan alımlarda ise kural olarak sözleşme yapılması zorunlu değildir.

Ancak aşağıda belirtilen iki durumda ise sözleşme imzalanması zorunludur:

1) Doğrudan teminin (c) bendine göre yapılan alımlarda her hâükarda sözleşme imzalanması zorunludur.

2) Alımı yapılacak malın teslimi veya hizmetin veyahut yapım işinin belli bir süreyi gerektirmesi durumunda, alımın yazılı bir sözleşmeye bağlanması zorunludur.

Bu iki durum dışındaki doğrudan temin ile yapılacak alımlarda yazılı sözleşme yapılıp yapılmaması idarelerin takdirindedir.

Kamu İhale Kanununa göre yapılan ihaleler sonucunda;

a) Yapım işlerinde; uygulama projeleri ve bunlara ilişkin mahal listelerine dayalı olarak, işin tamamı için isteklinin teklif ettiği toplam bedel üzerinden anahtar teslimi götürü bedel sözleşme,

b) Mal veya hizmet alımı işlerinde, ayrıntılı özellikleri ve miktarı idarece belirlenen işin tamamı için isteklinin teklif ettiği toplam bedel üzerinden götürü bedel sözleşme,

c) Yapım işlerinde; ön veya kesin projelere ve bunlara ilişkin mahal listeleri ile birim fiyat tariflerine, mal veya hizmet alımı işlerinde ise işin ayrıntılı özelliklerine dayalı olarak; idarece hazırlanmış cetvelde yer alan her bir iş kaleminin miktarı ile bu iş kalemleri için istekli tarafından teklif edilen birim fiyatların çarpımı sonucu bulunan toplam bedel üzerinden birim fiyat sözleşme,

d) Yapım işlerinde; niteliği itibarıyla iş kalemlerinin bir kısmı için anahtar teslimi götürü bedel, bir kısmı için birim fiyat teklifi alma yöntemleri birlikte uygulanmak suretiyle gerçekleştirilen ihaleler sonucunda karma sözleşme,

e) Çerçeve anlaşmaya dayalı olarak idare ile yüklenici arasında imzalanan münferit sözleşme,

düzenlenir.

II. 4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNUNUN ÖZELLİKLERİ

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu 22.01.2002 tarihli Resmi Gazetede yayımlanmış ve 01.01.2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile kamu ihale sistemi Avrupa Birliği (AB) standartlarında yeni baştan tasarlanmıştır. Kanun hazırlanırken Avrupa Birliğinde 2004 yılında yürürlüğe girecek iki Direktifin (Yönergenin) genel yapıları göz önünde bulundurulmuş ve Direktifler ile uyumlu bir kanun hazırlanmaya çalışılmıştır. Bu Kanun'la, idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan yapacakları harcamalara ilişkin mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalelerinde uygulama birliğini sağlamak amaçlanmıştır. 2886 sayılı eski Kanun'da bulunmayan bazı yeni kurumsal ve kavramsal yaklaşımlar getirilmiştir. Türk ihale sistemini merkezileştiren bir yapı oluşturmayı hedefleyen 4734 sayılı Kanun, ülkemizde kamu ihale prosedürlerinin uygulanmasında etkinlik ve şeffaflığın sağlanması amacıyla taşımaktadır.¹⁹

4734 sayılı Kanundan önce geniş bir uygulama alanına sahip olan 2886 sayılı Kanun alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işlerini kapsamına almasına karşılık, 4734 sayılı Kanun sadece her türlü kaynaktan karşılanan, mal veya hizmet alımları ile yapım işlerini kapsamına almaktadır.

Buna göre, kamu harcaması yapılmasına yönelik mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihale edilmesinde 4734 sayılı Kanunun, bunun dışındaki işlerin (satım, kira, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi, trampa gibi) ihale edilmesinde 4734 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önceki tarihte ilgili idare hangi mevzuata tabi ise, o mevzuatın uygulanması gerekir.²⁰

Nitekim 4734 sayılı Kanunun 68 inci maddesinde;

¹⁹ ATEŞ Yaşar; Kamu İhale Kanunu'nun Kapsamı, İstisnalar İle Kanunda Yapılan Değişiklikler ve Yeni Kanun Taslağının Getirdikleri, Dış Denetim Dergisi, Ekim-Kasım-Aralık 2010, s.119-124.

²⁰ USLU Yusuf, DEMİREL Salim; 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve İlgili Mevzuat Çerçevesinde Yapım İşleri İhaleleri, İlksan Matbaası, Ankara, 2010, s.37.

“a) Bu Kanun kapsamında yer alan işlerin ihalelerinde 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümleri uygulanmaz.

b) Diğer kanunların 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunundan muafiyet tanıyan hükümleri ile bu Kanuna uymayan hükümleri uygulanmaz.”

hükmü yer almaktadır.

III. KAMU İHALE KANUNUN KAPSAMI VE KANUNDAN İSTİSNA TUTULAN İŞLER

4734 sayılı Kanunun, kamu hukukuna tâbi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygulanacak esas ve usulleri belirlemek amacıyla hazırlanmış olup, Kanun kapsamındaki kurum ve kuruluşların da buna göre belirlendiğini söyleyebiliriz.

Buna göre Kanunun 2 nci maddesinde sayılan kurum ve kuruluşlar kamusal tasarrufla kurulmuş olup, kamusal yetkiler kullanmaktadır ve kamu hukukuna tabidirler.

Ayrıca Kanunun 2 nci maddesinde sayılan kurum ve kuruluşlar, iç denetim, dış denetim ve vesayet denetimi olmak üzere kamunun denetimine tabidir. Söz konusu denetimler ile kamu kaynağının etkin, verimli ve ekonomik olarak kullanılması amaçlanmıştır.

4734 sayılı Kanunun 1 ve 2 nci maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, Kanun kapsamındaki idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynağın, 4734 sayılı Kanun anlamında kamu kaynağı olarak nitelendirildiği söylenebilir. Buna göre, Kanunun 2 nci maddesinde yer alan “her türlü kaynak” ibaresi Kanun kapsamındaki idarelerin doğrudan tasarruf etme yetkisine sahip olduğu kaynağı ifade etmektedir.²¹

²¹ USLU/DEMİREL;a.g.e., s.36.

Kanun kapsamındaki kurum ve kuruluşlar 2 nci maddesinde sayma yöntemiyle belirlenmiş bulunmaktadır.

Söz konusu Kanun kapsamındaki kurum ve kuruluşlar şunlardır:

a) Genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ile özel bütçeli idareler, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı; döner sermayeli kuruluşlar, birlikler (meslekî kuruluş şeklinde faaliyet gösterenler ile bunların üst kuruluşları hariç), tüzel kişiler.

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

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

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

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

Ancak, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu ve bu Fonun hisselerine kısmen ya da tamamen sahip olduğu bankalar, 4603 sayılı Kanun kapsamındaki bankalar ve bu bankaların doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip buldukları şirketler ((e) bendinde belirtilen yapım ihaleleri hariç) 4603 sayılı Kanun kapsamındaki bankaların 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununa tabi gayrimenkul yatırım ortaklıkları ile enerji, su, ulaştırma ve telekomünikasyon sektörlerinde faaliyet gösteren teşebbüs, işletme ve şirketler bu Kanun kapsamı dışındadır.

4734 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinde, bu Kanun kapsamında ihale edilmesi zorunlu olmayan bazı mal ve hizmet alımları ile yapım işleri sayılmıştır. Söz konusu istisnalara ilişkin esas ve usullerin nasıl belirleneceği ve yürürlüğe gireceği ise, Kanunun geçici 4 üncü maddesinde düzenlenmiştir.

4734 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinde yer alan “ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç bu Kanuna tâbi değildir.” hükmü gereği, istisna kapsamında yapılan işler, Kanunun dördüncü kısmında yer alan “Yasaklar ve ceza sorumluluğu” maddelerine tabidir.

Buna göre, istisna kapsamında yapılan ihalelerde de Kanunun dördüncü kısmında yer alan;

- İhalelere katılmaktan yasaklama, (m. 58)
- İsteklilerin ceza sorumluluğu, (m. 59)
- Görevlilerin ceza sorumluluğu, (m. 60)
- Bilgi ve belgeleri açıklama yasağı, (m. 61)

maddeleri uygulanacaktır.

Bu çerçevede, istisna kapsamında yapılan bir ihalede 4734 sayılı Kanunun 17 nci maddesinde belirtilen yasak fiil davranışlarda bulunduğu tespit edilenler hakkında yasaklama işlemi tesis edilmelidir. Yasaklama işlemi sonucunda yüklenici, belirlenen süre içerisinde bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine (Kanunun 2 ve 3 üncü maddeleri ile istisna edilenler dahil) katılamayacaktır. Dolayısıyla, işin istisna kapsamında ihale edilmesi yüklenicinin yasaklanmasına ve yasaklama işleminin sonuçlarının uygulanmasına engel değildir.

Kamu İhale Kurumunun istisna kapsamında yapılan bir ihaleye ilişkin şikâyet başvurularını inceleme görev ve yetkisi bulunmamaktadır.²²

²² Örnek karar: İstisna kapsamında yapılan bir alımın KİK’in görev alanında olmadığı hakkında. Kurulun 23.11.2009 tarihli ve 2009/UM.I-2826 sayılı kararı. ...Kurulun 09.10.2003 tarih ve 2003/DK.D-346 sayılı Kararıyla TÜDEMSAŞ Türkiye Demiryolu

Kanunun istisnaları düzenleyen 3 üncü maddesi Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten bugüne kadar birçok defa değiştirilmiş ve her defasında maddeye yeni istisnalar eklenmiştir.

IV. İHALE TÜRLERİ

4734 sayılı Kanun mal veya hizmet alımları ile yapım işleri ihalelerini kapsamına almaktadır. Buna göre yaptırılacak işin mal, hizmet veya yapım işlerinden hangisine girdiğinin tespiti önem arz etmektedir. Uygulanacak Kanun ve Yönetmelik hükümleri buna göre belirlenecek, işin yapım tanımı kapsamına girdiği sonucuna ulaşırsa, Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, hizmet tanımı kapsamına girdiği sonucuna ulaşırsa Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, mal tanımı kapsamına girdiği sonucuna ulaşırsa Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği düzenlemeleri esas alınacaktır.

Mal, hizmet ve yapım tanımlarına 4734 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinde yer verilmiştir. İhale türünün belirlenmesinde söz konusu tanımlara göre hareket edilmesi gerekmektedir.

V. İHALE USULLERİ

İdarelerce mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalelerinde aşağıdaki usullerden biri uygulanır:

Makineleri Sanayi A.Ş'nin 'Her türlü vagon üretimi' ana faaliyet konusuna ilişkin olarak yapılacak "Vagon Kaldırma ve Döndürme Sistemi" işine ait mal alımları 4734 sayılı Kanunun üçüncü maddesinin (g) bendi kapsamında değerlendirilerek istisna kapsamına alınmıştır.

Başvurunun, istisna kapsamında yapılan bir ihaleye ilişkin olduğu tespit edilmiştir.

Kamu İhale Kurumunun görevleri 4734 sayılı Kanunun 53 üncü maddesinde düzenlenmiş olup, bu görevlerin arasında anılan Kanuna göre yapılan ihalelere ilişkin itirazın şikayet başvurularını inceleyerek sonuçlandırmak görevi bulunmaktadır. 4734 sayılı Kanuna tabi olmayan ihale ile ilgili olarak Kamu İhale Kurumunun inceleme görev ve yetkisinin bulunmadığı ve incelemeye konu ihalenin anılan Kanun kapsamında olmadığı anlaşılmıştır.

Bu itibarla 4734 sayılı Kanunun 54 üncü maddesinin 10 uncu fıkrasının (c) bendi gereğince; başvurunun görev yönünden reddine karar verilmesi gerekmektedir.

- a) Açık ihale usulü.
- b) Belli istekliler arasında ihale usulü.
- c) Pazarlık usulü.

22.01.2002 tarihli ve 24648 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 4734 sayılı Kamu İhale Kanununda doğrudan temin bir ihale usulü olarak belirlenmişti. 15.08.2003 tarihli ve 25200 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 4964 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 12 nci maddesi ile doğrudan temin bir ihale usulü olmaktan çıkarılmıştır.

İhale usulünün doğru tespit edilmesi temel ilkelerin hayata geçirilmesi adına öncelikli konulardan biridir.

A. Açık İhale Usulü

4734 sayılı Kanunda tanımlandığı üzere açık ihale usulü, bütün isteklilerin teklif verebildiği usuldür. 2886 sayılı Kanun uygulamasındaki kapalı teklif usulünün 4734 sayılı Kanundaki karşılığı olan açık ihale usulüne, ihalenin bütün isteklilere açık oluşundan hareketle böyle bir ad verilmiş, bu şekilde ihale usullerinin adına da Kanunun saydamlık ilkesi yansıtılmıştır.²³

4734 sayılı Kanunun “Temel ilkeler” başlıklı 5 inci maddesinde açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulünün bu Kanunun uygulanmasında temel usuller olduğu, diğer ihale usullerinin ise sadece Kanunda belirtilen özel hallerde kullanılabileceği hüküm altına alınmış olmakla birlikte, aynı Kanunun 20/I maddesinde belli istekliler arasında ihale usulünün işin özelliğinin uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektirmesi nedeniyle açık ihale usulünün uygulanamadığı işler ile yaklaşık maliyeti eşik değerinin yarısını aşan yapım işi ihalelerinde kullanılabileceği ifade edilmiştir.

²³ USLU/DEMİREL;a.g.e., s.401.

Kanunun 20 nci maddesinde belli istekliler arasında ihale usulünün sadece işin özelliğinin uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektirmesi nedeniyle açık ihale usulünün uygulanamadığı veya yaklaşık maliyeti eşik değerin yarısını aşan yapım işi ihalelerinde kullanılabileceğinin ifade edilmesi karşısında, açık ihale usulünün temel usuller arasında ilk sırada geldiği, başka bir anlatımla açık ihale usulünün belli istekliler arasında ihale usulünden bir adım önde yer aldığı söylenebilir.²⁴

Belli istekliler arasında ihale usulü idarelere tanınmış bir imkân niteliğinde olup, idareler ihale konusu işin uzmanlık ve ileri teknoloji gerektirmesi veya yaklaşık maliyeti eşik değeri aşan bir yapım işi olması durumunda da, açık ihale usulünü her zaman tercih edebilecektir.

Açık ihale usulünde ihalenin sonuçlandırılması için asgari teklif sayısı bulunmamaktadır.²⁵ Bu usulde, prensip olarak bütün istekliler teklif verebilir.²⁶

B. Belli İstekliler Arasında İhale Usulü

Belli istekliler arasında ihale usulünün kullanılabilmesi için aşağıda yer aşan şartlardan birinin gerçekleşmesi gerekir.

- 1) Yapım işleri, hizmet ve mal alım ihalelerinden işin özelliğinin uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektirmesi nedeniyle açık ihale usulünün uygulanamadığı işler,
- 2) Yaklaşık maliyeti eşik değerin yarısını aşan yapım işi ihaleleri.

Belli istekliler arasında ihale usulünün kullanılmasına ilişkin ayrıca şu değerlendirmeleri yapabiliriz:

²⁴ USLU/DEMİREL; a.g.e., s.401.

²⁵ GÖK; a.g.e.,694.

²⁶ ŞEN Ersan, AKSÜT Ertekin; Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları, Seçkin, 3.Baskı, 2013,s. 29.

Kanunda yer alan “...işin özelliğinin uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektirmesi nedeniyle açık ihale usulünün uygulanamadığı işler” ibaresinden hareketle her iki şartı bir arada sağlayan işler belli istekliler arasında ihale usulü kullanılarak gerçekleştirilebileceği gibi, sadece uzmanlık veya sadece ileri teknoloji gerektiren işler de belli istekliler arasında ihale usulü kullanılarak gerçekleştirilebilir.

Yaklaşık maliyeti eşik değerinin yarısını aşan yapım işi ihalelerinde uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektirmesi şartı aranmaksızın belli istekliler arasında ihale usulü kullanılabilir.

Kanunda uzmanlık ve/veya ileri teknolojinin tanımı yapılmamış olup, söz konusu şartların oluştuğuna idarelerce karar verilecektir. Şartlar oluşmadan belli istekliler arasında ihale usulünün kullanılması ise Kanuna aykırılık olacaktır.

İdareler belli istekliler arasında ihale usulünün kullanılabilmesi durumunda her zaman açık ihale usulünü de tercih edebilirler.

Belli istekliler arasında ihale usulü, esas itibariyle Devlet İhale Kanunu’nda düzenlenen “belli istekliler arasında kapalı teklif usulü” ne benzese de, ön yeterlilik değerlendirmesi yönüyle bu usulden ayrılır. Kanununun 20 nci maddesinde düzenlenen belli istekliler arasında ihale usulünde, yapılacak ön yeterlilik değerlendirmesi sonucunda idarece davet edilen istekliler teklif verebilir.²⁷

C. Pazarlık Usulü

4734 sayılı Kanunda açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulü, temel ihale usulleri olarak belirlenmiş ve pazarlık usulünün sadece Kanununun 21 inci maddesinde sayılan özel hallerde kullanılabilmesi hüküm altına alınmıştır.

Pazarlık usulü Kanununun 4 üncü maddesinde “*Bu Kanunda belirtilen hallerde kullanılabilen, ihale sürecinin iki aşamalı olarak gerçekleştirildiği ve idarenin ihale*

²⁷ ŞEN/AKSÜT;a.g.e.,s.29.

konusu işin teknik detayları ile gerçekleştirme yöntemlerini ve belli hallerde fiyatı isteklilerle görüştüğü usul” şeklinde tanımlanmıştır.

Aşağıda belirtilen hallerde pazarlık usulü ile ihale yapılabilir:

- a) Açık ihale usulü veya belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan ihale sonucunda teklif çıkmaması.
- b) Doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması.
- c) Savunma ve güvenlikle ilgili özel durumların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması.
- d) İhalenin, araştırma ve geliştirme sürecine ihtiyaç gösteren ve seri üretime konu olmayan nitelikte olması.
- e) İhale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin özgün nitelikte ve karmaşık olması nedeniyle teknik ve malî özelliklerinin gerekli olan nitelikte belirlenememesi.
- f) İdarelerin yaklaşık maliyeti 147.633 Türk Lirasına kadar olan mamul mal, malzeme veya hizmet alımları.

Söz konusu maddede yer alan bentlerdeki hükümlere kısaca değinilmesi gerekirse; *“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”* hükmünün açıklanmasında yarar vardır.

Söz konusu bent kapsamında ihaleye çıkılabilmesi için madde metninde yer alan 2 şartın bir arada gerçekleşmesi zorunludur.

Birinci şart, doğal afet, salgın hastalık, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya

çıkmasıdır. İkinci şart ise, ihalenin ivedi olarak yapılması zorunluluğunun bulunmasıdır.²⁸

Burada özellikle “*idare tarafından önceden öngörülemeyen olaylar*”ın neler olabileceğinin açıklığa kavuşturulması gereklidir. Örneğin bir eğlence organizasyon hizmetinin birden ortaya çıkması bu madde kapsamına girmez. Burada önceden öngörülemeyen ve yapılması kaçınılmaz olan alımlar kastedilmektedir.

Bu çerçevede ortaya çıkan mevzuat değişiklikleri veya bağlı olunan üst idareden (örneğin bakanlık) gelen talimatlar pazarlık usulünün kullanılmasına gerekçe olabilir.

Buna karşın yıl sonunda ödenek yanacak diye pazarlık ihalesine çıkılması mümkün değildir.

4734 sayılı Kanununun 62 nci maddesinin (b) bendinde ertesi mali yılda gerçekleştirilecek süreklilik arz eden mal ve hizmet alımları²⁹ için bir önceki mali yıl sona ermeden ihaleye çıkılabileceği düzenlenmiştir. Böylece ihale ile ilgili ilan süresi ve ihale sürecinin belirli bir zaman alacağı da dikkate alınarak ertesi yılda gerçekleştirilecek bu tür mal ve hizmet alımı ihalelerine mali yıl sona ermeden çıkılabilmesine imkân tanınmıştır. Ancak yılın sonunda ya da ertesi yılın başında çıkılan ihalelerde önceden öngörülemeyen nedenlerle ihale sürecinin uzadığı durumlarda süreklilik arz eden bu alımların kesintiye uğratılmamasını teminen, ihale sonuçlandırılıncaya kadar geçecek süre içindeki ihtiyaçların 4734 sayılı Kanununun 21 inci maddesinin (b) bendindeki “*idare tarafından önceden öngörülemeyen olaylar*” kapsamında değerlendirilerek, anılan madde hükmü ve 62 nci maddenin (ı) bendinde yer alan esaslar da dikkate alınarak aynı Kanununun 21 inci maddesinin (f) bendi ya da 22 nci maddesinin (d) bendinde belirtilen tutarlara kadar olanların bu maddelere göre temin edilebilmesi mümkündür.

²⁸ ARAPGİRLİ Murat, DEMİREL Salim; İdareler İçin Uygulamalı EKAP Rehberi, Ankara, 2012,s. 39-40.

²⁹ Süreklilik arz eden mal ve hizmetler, her yıl tekrarlanma eğilimi gösterirler. Örneğin temizlik hizmeti, sarf malzemesi alımı gibi.

İhale sürecinin uzadığı durumlarda süreklilik arz eden alımların kesintiye uğratılmamasını teminen, ihale sonuçlandırılıncaya kadar geçecek süre için Kanunun 21 inci maddesinin (b) bendinin uygulanması hususunda herhangi bir tereddüt yoktur. Ancak bu durumda bütün bir yılı kapsayacak şekilde veya makul olmayan bir süre için pazarlık ihalesine çıkılması uygun değildir. Nitekim Kurulun 10.02.2011 tarihli ve 2011/UH.II-681 sayılı kararında bu hususa ilişkin olarak; “... *İptal edilen ihale dolayısıyla yeni ihale yapılincaya kadar geçecek makul bir süre için 4734 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin (b) bendi kapsamında alım yapılması mümkün olmakla birlikte, bu süreyi aşacak biçimde sekiz aylık ihtiyacın anılan bent kapsamında karşılanması mevzuata uygun bulunmamıştır.*” denilmektedir.

VI. BİR ALIM YÖNTEMİ OLARAK DOĞRUDAN TEMİN

22.01.2002 tarihli ve 24648 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 4734 sayılı Kamu İhale Kanununda doğrudan temin bir ihale usulü olarak belirlenmişti. 15.08.2003 tarihli ve 25200 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 4964 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 12 nci maddesi ile doğrudan temin bir ihale usulü olmaktan çıkarılmıştır. Bu durumda, 4734 sayılı Kanunda açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü ve pazarlık usulü bir ihale usulü olarak belirlenmişken, doğrudan temin bir ihale yöntemi olarak değil, bir alım yöntemi olarak sayılmıştır.

4734 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinde doğrudan temin; “*Bu Kanunda belirtilen hallerde ihtiyaçların, idare tarafından davet edilen isteklilerle teknik şartların ve fiyatın görüşülerek doğrudan temin edilebildiği usul*” şeklinde tanımlanmıştır.

Doğrudan temin ile idarelerin birtakım ihtiyaçlarının karşılanmasında kolaylık sağlanması amaçlanmıştır. 4734 sayılı Kanunda yer alan ihale usulleri dikkate alındığında, doğrudan temin yöntemi ile yapılan alımlarda nispeten daha az formalite ile alım gerçekleştirilebilir. Ancak alımın en az formalite ile gerçekleştirilmesinin amaçlanmış olması, idare tarafından kayıt yani belge düzenininin

ihmal edilebileceği anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla, doğrudan temin ile karşılanan alımlarda da kayıt (belge) düzeninin ilgili mevzuatı gereğince inceleme ve denetlemeye imkân sağlayacak nitelikte olması gerekmektedir.³⁰

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun “Doğrudan temin” başlıklı 22 nci maddesinde hangi hallerde doğrudan temin ile alım yapılabileceği hükme bağlanmıştır.

Anılan maddeye göre aşağıdaki durumlarda doğrudan temin ile alım yapılabilir:

- a) İhtiyacın sadece gerçek veya tüzel tek kişi tarafından karşılanabileceğinin tespit edilmesi,
- b) Sadece gerçek veya tüzel tek kişinin ihtiyaç ile ilgili özel bir hakka sahip olması,
- c) Mevcut mal, ekipman, teknoloji veya hizmetlerle uyumun ve standardizasyonun sağlanması için zorunlu olan mal ve hizmetlerin, asıl sözleşmeye dayalı olarak düzenlenecek ve toplam süreleri üç yılı geçmeyecek sözleşmelerle ilk alım yapılan gerçek veya tüzel kişiden alınması,
- d) Büyükşehir belediyesi sınırları dahilinde bulunan idarelerin onbeş milyar (kırkçübinikiyüzyirmisekiz Türk Lirası), diğer idarelerin beş milyar Türk Lirasını (ondörtbindörtüzyüzç Türk Lirasını) aşmayan ihtiyaçları ile temsil ağırlama faaliyetleri kapsamında yapılacak konaklama, seyahat ve iaşeye ilişkin alımlar,
- e) İdarelerin ihtiyacına uygun taşınmaz mal alımı veya kiralınması,
- f) Özelliğinden ve belli süre içinde kullanılma zorunluluğundan dolayı stoklanması ekonomik olmayan veya acil durumlarda kullanılacak olan ilaç, aşı, serum, anti-serum, kan ve kan ürünleri ile ortez, protez gibi uygulama esnasında hastaya göre belirlenebilen ve hastaya özgü tıbbi sarf malzemeleri, test ve tetkik sarf malzemeleri alımları,

³⁰ ALTUN; a.g.e., s. 313.

- g) Milletlerarası tahkim yoluyla çözümlenmesi öngörülen uyuşmazlıklarla ilgili davalarda, Kanun kapsamındaki idareleri temsil ve savunmak üzere Türk veya yabancı uyruklu avukatlardan ya da avukatlık ortaklıklarından yapılacak hizmet alımları,
- h) 8/1/1943 tarihli ve 4353 sayılı Kanununun 22 ve 36 ncı maddeleri uyarınca Türk veya yabancı uyruklu avukatlardan hizmet alımları ile fikri ve sınai mülkiyet haklarının ulusal ve uluslararası kuruluşlar nezdinde tescilini sağlamak için gerçekleştirilen hizmet alımları,
- i) Türkiye İş Kurumunun, 25/6/2003 tarihli ve 4904 sayılı Kanununun 3 üncü maddesinin (b) ve (c) bentlerinde sayılan görevlerine ilişkin hizmet alımları ile 25/8/1999 tarihli ve 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununun 48 inci maddesinin yedinci fıkrasında sayılan görevlerine ilişkin hizmet alımları,
- j) Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi, Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların halkoyuna sunulması, milletvekili genel ve ara seçimleri, mahalli idareler ile mahalle muhtarlıkları ve ihtiyar heyetleri genel ve ara seçimi dönemlerinde Yüksek Seçim Kurulunun ihtiyacı için yapılacak filigranlı oy pusulası kâğıdı ile filigranlı oy zarfı kâğıdı alımı, oy pusulası basımı, oy zarfı yapımı hizmetleri ile bu seçimlere yönelik her türlü seçim malzemelerinin alımı ile yurt dışı seçim harcamaları, il seçim kurulu başkanlıkları tarafından alınacak oy pusulası basım hizmeti alımı.

Bu maddeye göre yapılacak alımlarda, ihale komisyonu kurma ve anılan Kanununun 10 uncu maddesinde sayılan yeterlik kriterlerini arama zorunluluğu bulunmaksızın, ihale yetkilisince görevlendirilecek kişi veya kişiler tarafından piyasada fiyat araştırması yapılarak ihtiyaçlar temin edilir.

Maddenin metninden de anlaşılacağı üzere doğrudan temin yöntemi ile yaptırılacak işler tahdidi olarak sayılmış olup, sayılan bu durumların kıyas yoluyla genişletilmesi mümkün değildir.³¹

Doğrudan teminde Kanunun ihale usulleri için öngördüğü kuralların uygulanma zorunluluğu bulunmama ile birlikte, doğrudan teminin doğasıyla çelişmeyen genel kuralların (temel ilkeler, idarelerce uyulması gereken diğer kurallar gibi) uygulanması gerekmektedir.³²

Uygulamada idarelerce ihale usullerinden kaçmak ihtiyaçlarını kısımlara bölerek temin etme yolunu tercih ettikleri görülmektedir. Bu durum Kamu İhale Kanununun lafzına ve ruhuna olarak uygulanmasını engellemekte ve kamu kaynaklarının etkili, ekonomik ve verimli kullanılmasının da önüne geçmektedir. Doğrudan temin idareler açısından küçük alımlarda kolaylık teşkil etmekle beraber sürekli olarak doğrudan temin üst sınırının artırılması idarecilerin takdir yetkisinin genişlemesine neden olmaktadır.³³

VII. İHALELERDE UYULMASI GEREKLİ OLAN TEMEL İLKELER VE DİĞER KURALLAR

4734 sayılı Kanunun 5 inci maddesinde Kanunun temel ilkeleri, başka bir anlatımla Kanunun uygulanması aşamasında idareler tarafından göz önünde bulundurulması gerekli genel prensipler belirtilmiştir. Kanunun 5 inci maddesinde sayılan temel ilkeler esasen 4734 sayılı Kanunun diğer maddelerinde somutlaştırılmıştır. Bu çerçevede, 4734 sayılı Kanunun diğer maddelerini temelde 5 inci maddenin bir yansıması olarak değerlendirmek mümkündür.

³¹ KÜÇÜKÇAKIRLAR, Işıl; 4734 Sayılı Kanunun 22 nci Maddesinin (a) ve (b) Bentleri Kapsamında Tek Kaynaktan Yapılan Alımlar, Uzmanlık Tezi, Ankara, 2010, s. 17.

³²ŞENER Ramazan; Kamu İdarelerinde Doğrudan Temin Yöntemi, <http://www.muhasibeciyizbiz.com/kamu-idarelerinde-dogrudan-temin-yontemi.html>, 20.02.2014.

³³ SAYER Ahmet, BARUTÇU Abdulkadir; Kamu İhalelerinde Etik Dışı Uygulamalar, Dış Denetim Dergisi, Sayı 2, Ekim-Kasım-Aralık 2010,s.76-83.

Gerek 4734 sayılı Kanun gerekse uygulama yönetmelikleri ve diğer mevzuatta ihale sürecine ilişkin birçok düzenleme yer almakta ise de, idarelerin Kanunu uygulama aşamasında mevzuatta karşılığını tam olarak bulamadıkları durumlarla karşılaşmaları mümkündür. Bu tür durumlarda idarelerin Kanunun 5 inci maddesinde sayılan temel ilkeleri de dikkate alarak işlem tesis etmeleri gerekmektedir.

Kanunun 5 inci maddesinde, "İdareler, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur.

Aralarında kabul edilebilir doğal bir bağlantı olmadığı sürece mal alımı, hizmet alımı ve yapım işleri bir arada ihale edilemez.

Eşik değerlerin altında kalmak amacıyla mal veya hizmet alımları ile yapım işleri kısımlara bölünemez.

Bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulü temel usullerdir. Diğer ihale usulleri Kanunda belirtilen özel hallerde kullanılabilir.

Ödeneği bulunmayan hiçbir iş için ihaleye çıkılamaz.

İlgili mevzuatı gereğince Çevresel Etki Değerlendirme (ÇED) raporu gerekli olan işlerde ihaleye çıkılabilmesi için ÇED olumlu belgesinin alınmış olması zorunludur. Ancak, doğal afetlere bağlı olarak acilen ihale edilecek yapım işlerinde ÇED raporu aranmaz." hükmü yer almaktadır.

Maddenin gerekçe metninde de ifade edildiği gibi, temel ilkeler, kanunun hazırlanma amacının gerçekleştirilmesini güvence altına alan, bu amaca yönelik

olmak üzere, diğer hükümlerin uygulanmasında, yorumlanmasında referans değerler olarak gözetilmesi gereken hukuki düzenlemelerdir.³⁴

Temel ilkeler ihale hukukunun referans değerlerini temsil ettiğinden, hem ihale sürecini düzenleyen diğer teknik nitelikli hükümlerin bu ilkeleri güvence altına alacak bir içeriğe sahip olması hem de uygulayıcıların her türlü iş ve işlemlerinde temel ilkelerin amacına uygun bir davranış ve tutum içinde bulunmaları gerekmektedir.³⁵ Kanunun ihale sürecini tarif eden hükümlerine bakıldığında, esas itibariyle getirilen düzenlemelerin, önemli ölçüde, temel ilkelerle uyumlu bir içeriğe sahip olduğu, bu ilkelerle uyumsuzluk arz eden (ilan yapılmasının zorunlu olmadığı haller, doğrudan temine ilişkin düzenlemeler gibi) uygulamaların ise belli şartların gerçekleşmesine bağlandığı ve istisnai hallerle sınırlandırıldığı görülmektedir.³⁶

Kamu İhale Kurumu da kamunun sağlamlasına göre daha verimli olacağı ifade edilen kamunun özel sektörden yapacağı alımlarda rekabeti ve şeffaflığı sağlamak amacıyla kurulmuştur. Kamu kurumları da alımlarında saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla görevlidirler.³⁷

Diğer taraftan Kanunun 5 inci maddesindeki temel ilkelere ek olarak aynı Kanunun 62 nci maddesinde idarelerce uyulması gereken diğer kurallara yer verilmiş olup, idarelerce mal veya hizmet alımları ile yapım işleri için ihaleye çıkılmadan önce bu hususlara uyulması zorunludur.

Kanunun 5 inci maddesindeki temel ilkelere ek olarak;

- Saydamlık
- Rekabet

³⁴ GÖK Yaşar; Kamu İhale Hukukuna Hakim Olan Temel İlkeler, Dış Denetim Dergisi, Sayı 2, Ekim-Kasım-Aralık 2010,s.12-23.

³⁵ GÖK; a.g.m.,s.12-23.

³⁶ GÖK; a.g.m.,s.12-23.

³⁷ PARLAK Müslüm; Yeni Kamu Yönetimi Anlayışı Ve Kamu Hizmet Alımları, Dış Denetim Dergisi, Ekim-Kasım-Aralık 2010,s.84-87.

- Güvenirlik
- Eşit Muamele
- Kamuoyu Denetimi
- İhtiyaçların Uygun Şartlarla ve Zamanında Karşılanması
- Kaynakların Verimli Kullanılması
- Aralarında Kabul Edilebilir Doğal Bir Bağlantı Olmadığı Sürece Mal Alımı, Hizmet Alımı ve Yapım İşlerinin Bir arada İhale Edilememesi
- Eşik Değerlerin Altında Kalmak Amacıyla Mal ve Hizmet Alımlarıyla Yapım İşlerinin Kısımlara Bölünememesi
- Açık İhale ve Belli İstekliler Arasında İhale Usulünün Temel Usul Olması
- Gizlilik

Söz konusu ilkelerin tamamına ihale aşamasında uyulmak zorundadır. Bu ilkelere uyulmamış olması ihaleyi sakatlayacaktır. Ancak bazı ilkelere uyulmamış olması incelenmekte olan ihaleye fesat karıştırma suçu açısından özellik arz etmektedir. Bu nedenle söz konusu ilkeler tezimizin üçüncü bölümünde ihaleye fesat karıştırma suçu açısından ayrıca değerlendirilecektir.³⁸

³⁸ KAZANCI Behiye Eker; İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, Seçkin, Ankara,2007,s.34.

İKİNCİ BÖLÜM

İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇUNUN UNSURLARI, SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ, YAPTIRIM VE SUÇU ETKİLEYEN NEDENLER

I. İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇUNUN KANUNDA DÜZENLENİŞİ

İhaleye fesat karıştırma suçunun tarihine baktığımızda 1840 tarihli Kanun-i Ceza ve 1851 tarihli Kanunu-i Cedit'te ihaleye fesat karıştırma suçuna yer verilmediği görülür. İlk kez 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayun'unda ihaleye fesat karıştırma bir suç olarak kabul edilip, suçu işleyenlere on beş günden üç aya kadar hapis cezası öngörülmüştü. Bu dönemde kamu ihaleleri ile özel ihaleler arasında bir ayırım yapılmıyor, aynı yaptırım hem kamu hem özel ihalelere fesat karıştırma halinde de uygulanıyordu. Bundan sonra 1926 yılında yürürlüğe giren 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde hileli vasıtalarla rekabeti engelleyerek ihaleye fesat karıştıranlara üç aydan bir seneye kadar hapis cezası öngörülmüştür.³⁹

765 sayılı eski Türk Ceza Kanununun 205, 208, 366, 367 ve 368 inci maddelerinin karşılığı olup, yeni düzenlemede suçun unsurları önemli ölçüde değiştirilmiş ve uygulama alanı genişletilmiştir.⁴⁰

765 sayılı eski Türk Ceza Kanununda ihaleye fesat karıştırma suçu, farklı maddeler içerisinde dağınık bir şekilde düzenlenmiştir. Şöyle ki Kanunun 205 inci maddesinde “devletin alım, satım ve yapımına fesat karıştırma” suçu, 208 inci maddesinde “devlet adına yapılan eşya alım satımında ticaret yapma” suçu, 366 ncı maddesinde “hükümet hesabına yapılan artırma ve eksiltmeye fesat karıştırma” suçu, 367 nci maddesinde “kamu marifetiyle yapılan veya özel kişilerin gerçekleştirdiği

³⁹ İNAN Atilla; İhale Hukuku Ders Notları, Ankara,2011,s.226.

⁴⁰ PARLAR Ali; Tefecilik ve İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, Bilge Yayınevi, Ankara, 2011,s.42.

müzayedeye fesat karıştırma” suçu, 368 nci maddesinde ise “para veya benzerei menfaat karşılığında ihaleden çekilme” suçu düzenlenmiştir.⁴¹

320 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak 01.07.1926 tarihinden itibaren yürürlükte bulunan Eski Türk Ceza Kanunu, 01.06.2005 tarihinde yürürlükten kaldırılmış ve yerine 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu yürürlüğe girmiştir.

İhaleye fesat karıştırma suçu Türk Ceza Kanununun “Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar” başlıklı 9 uncu Bölümünün 235 inci maddesinde yer verilmiştir. Söz konusu madde; “*Kamu kurumu veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihaleler ile yapım ihalelerine fesat karıştıran kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

(2) *Aşağıdaki hâllerde ihaleye fesat karıştırılmış sayılır:*

a) *Hileli davranışlarla;*

1. *İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek,*

2. *İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olmayan kişilerin ihaleye katılmasını sağlamak,*

3. *Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olduğu halde, sahip olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakmak,*

4. *Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı halde, sahip olduğundan bahisle değerlendirmeye almak.*

b) *Tekliflerle ilgili olup da ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak.*

⁴¹ PARLAR; a.g.e.,s.42.

c) Cebir veya tehdit kullanmak suretiyle ya da hukuka aykırı diğer davranışlarla, ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye, ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek.

d) İhaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşma yapmaları.

(3) İhaleye fesat karıştırma suçunun;

a) Cebir veya tehdit kullanmak suretiyle işlenmesi hâlinde temel cezanın alt sınırı beş yıldan az olamaz. Ancak, kasten yaralama veya tehdit suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâllerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca bu suçlar dolayısıyla cezaya hükmolunur.

b) İşlenmesi sonucunda ilgili kamu kurumu veya kuruluşu açısından bir zarar meydana gelmemiş ise, bu fıkranın (a) bendinde belirtilen hâller hariç olmak üzere, fail hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(4) İhaleye fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin eden görevli kişiler, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükmüne göre cezalandırılırlar.

(5) Yukarıdaki fıkralar hükümleri, kamu kurum veya kuruluşları aracılığı ile yapılan artırma veya eksiltmeler ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler veya kooperatifler adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara fesat karıştırılması hâlinde de uygulanır.” şeklindedir.

Maddenin incelenmesinden anlaşılacağı üzere ilk fıkroda suçun konusunu oluşturan ihaleler ile ihaleye fesat karıştıranlar hakkında uygulanacak yaptırım gösterilmiştir. İhaleye fesat karıştırmayı oluşturan fiiller ise ikinci fıkroda dört bent halinde sıralanmıştır. Maddenin üçüncü fıkrasında ihaleye fesat karıştırma suçunun nitelikli haline, dördüncü fıkroda ise gerçek içtima haline yer verilmiştir. Maddenin

beşinci fıkrasında ihaleye fesat karıştırma suçunun uygulama alanının genişleten bir düzenleme yer almaktadır.⁴² Maddenin incelenmesinden ayrıca ihaleye fesat karıştırma suçunun, birkaç fıkranın kendi içinde ayrıştığı, beş fıkradan ibaret olarak düzenlendiği görülecektir.⁴³

Maddede fesat sayılan fiiller esasen dört gruba ayrılmıştır:

(a) bendi hileli hareketlerle işlenen fiiller,

(b) bendi gizliliğin ihlali,

(c) bendi cebir veya tehdit kullanmak suretiyle işlenen fiiller

(d) bendi rekabet ortamını bozmaya yönelik anlaşmalar yoluyla işlenebilecek fesat halleridir.⁴⁴

(a) bendine göre salt hilenin gerçekleştirilmesiyle ihaleye fesat karıştırma suçu oluşmamaktadır. Suçun oluşabilmesi dört alt bent halinde sayılan alternatif fiillerden herhangi birinin hile ile icra edilmesi gerekmektedir. Bu alternatif fiillerden herhangi birinin hile ile icrasının tamamlandığı anda ihaleye fesat karıştırma suçu tamamlanmış olur.⁴⁵

Ayrıca maddede sayılan hareketlerin seçimlik olduğunu söyleyebiliriz.

İhaleye fesat karıştırma suçunun seçimlik hareketli bir suç olması hususuna ilişkin olarak Yargıtay 5. Dairesi'nin 11.10.2012 tarih, 2012/4397 esas ve 2012/10176 karar numaralı Kararında, "*Dava ihaleye fesat karıştırma suçuna ilişkindir. 5237 sayılı TCK'nın 235. maddesinde ihaleye fesat karıştırma halleri yasa koyucu tarafından tahdidi olarak sayılmış olup, maddede sayılan seçimlik hareketlerin ya da faillik durumunun genişletilmesi anılan Yasanın 2. maddesindeki*

⁴² KOCA Mahmut, ÜZÜLMEZ İlhan; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 677.

⁴³ HAFIZOĞULLARI Zeki, ÖZEN Muharrem; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar, U.S.A. Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 409.

⁴⁴ BAŞARAN Şakir, ALTINKÜLÇE Rasih, ŞAHİNER M. Emin, BARÇIN H. Bahadır; Kamu İhale Örnek Uygulamaları, Ekin Yayıncılık, 2010, s.916.

⁴⁵ ÖZGENÇ İzzet; İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, 3. Baskı, Ankara, 2012, s.41.

kanunilik ilkesine aykırılık teşkil eder. 5237 sayılı TCK'nın 40/2. maddesine göre özgü suç niteliğinde olan ve TCK'nın 235/2- (a- 2) maddesi uyarınca ihale sürecinde görev alan kamu görevlisi tarafından işlenebilen ihaleye fesat karıştırma suçuna iştirak eden diğer kişilerin azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilecekleri dikkate alındığında, kamu görevlisi olan sanıkların beraatlarına hükmedilmiş olması karşısında sanıkların eylemlerinin ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturmayacağı gözetilmelidir. İddianamede dava konusu yapılan fiilin bir başka olaya dayalı olmadan bağımsız olarak açıklanıp belirtilmesinin gerektiği, aksine uygulamanın hangi eylemden dolayı dava açıldığı ve hangi iddiaya karşı savunma yapılacağı hususunda karışıklığa neden olacağı, CMK'nın 226/1. maddesinin sadece suç niteliğinin değişmesi halinde uygulanabileceği göz önünde bulundurulmalıdır. Zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi için suçların farklı zamanlarda işlenmesi gerektiğinden, teklif mektubu ekinde aynı zamanda sunulan evraklara ilişkin özel belgede sahtecilik suçunun değişik zamanlarda işlenmesi koşulu gerçekleşmemiştir.” denilmektedir.

4734 sayılı Kanun kamu harcaması yapılmasına yönelik mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihale edilmesinde uygulandığı için bunun dışındaki işlerin (satım ve kiralamar gibi) ihale edilmesinde 4734 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önceki tarihte ilgili idare hangi mevzuata tabi ise, o mevzuatın uygulanması gerekeceğinden ihaleye fesat karıştırma suçu 4734 sayılı Kanun kapsamında yapılan ihalelerle sınırlı olarak incelenecektir.

15.08.2003 tarihli ve 25200 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 4964 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 12 nci maddesi ile bir ihale usulü olmaktan çıkarılmış olup, doğrudan teminle yapılan alımlarda ihaleye fesat karıştırma suçunun işlenip/işlenemeyeceği hususu ise ilgili bölümde ayrıca ele alınacaktır.

II. İHALELERDE YASAK FİİL VE DAVRANIŞLARIN İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇU BAKIMINDAN İNCELENMESİ

İhaleye fesat karıştırma suçunun düzenlendiği Türk Ceza Kanununun 235 inci maddesine paralel düzenleme 4734 sayılı Kanunun 17 nci maddesinde de yer almaktadır.

4734 sayılı Kanunun 17 nci maddesinde yasak fiil davranışlar beş bent halinde sayılmıştır.

İhalelerde aşağıda belirtilen fiil veya davranışlarda bulunmak yasaktır:

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

Fesat karıştırma davranışı veya teşebbüsü maddede sayılan hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet verme suretiyle olabileceği gibi başka yollarla da olabilir. Önemli olan, bu girişimin varlığıdır. Buna karşılık ihale sürecinde hukuk dışı amaca yönelmeyen, hata veya dikkatsizlikten kaynaklanan davranışlar bu kapsamda değildir.⁴⁶

b) İsteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak.

İhaleye teklif vermek isteyen gerçek ya da tüzel kişilerin teklif zarflarını idareye teslim etmelerini cebren ya da hile ile engellemek, ihaleye teklif vermek isteyen gerçek ya da tüzel kişilerin aralarında teklif fiyatları konusunda anlaşarak istedikleri fiyata ihalenin sonuçlandırılmasını sağlamak bu kapsamdadır.⁴⁷

⁴⁶ SIRABAŞI Volkan; Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklama, Adalet Yayınları, Ankara, 2011, s. 7.

⁴⁷ SIRABAŞI; a.g.e.,s.6.

c) Sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek.

Belgenin sahteciliği, mevcut bir belgenin tahrif edilmesi ya da aslına benzetilmek amacıyla bir belgenin taklid edilmesi şeklinde olabilir. Söz konusu yasak fiil veya davranışın gerçekleşmesi için teşebbüs edilmiş olması da yeterlidir.⁴⁸

Bu bende göre örneğin sahte banka referans mektubu düzenlenmesi veya iş deneyim belgesinde tahrifat yapılması yasak fiil ve davranış kapsamındadır.

d) Alternatif teklif verebilme halleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekaleten birden fazla teklif vermek.

4734 sayılı kanuna tabi kamu idarelerinin ihale sürecinde düzenlemek zorunda oldukları ihale dokümanının bir parçası olan tip idari şartnamelerde alternatif teklif verilebilmesine ilişkin düzenlemeler yapılabilmektedir. Fransızca bir kelime olan “alternatif” Türk Dil Kurumu Sözlüğünde; birinin yerine geçebilecek başka bir yol yöntem, tutum seçenek, şık; olarak tarif edilmiştir. Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği’nde tanımı yapılmış olan alternatif teklif; ihale dokümanında hüküm bulunması halinde, bir ihalede aynı aday veya istekli tarafından ihale konusu malın teknik şartnamesinde belirlenen asgari özellik ve şartları sağlamakla birlikte birbirinden farklı teknik özelliklere sahip ürünlerin, asıl teklifin yanı sıra alternatif olarak sunulmasını, ifade etmektedir. Yani, ihalede, aynı kalemde ve aynı firma tarafından, teknik şartnameyi karşılayan birden fazla ve farklı teknik özelliklere sahip mal teklif edilmesi alternatif teklif verme anlamına gelmektedir.

Kamu İhale Kanununda yalnızca mal alımları için geçerli bir yöntem olan alternatif teklif verilebilme imkânına hizmet, yapım ve danışmanlık ihalelerinde cevaz verilmemiştir. İhale sürecine katılan isteklilerin birden fazla teklif vermelerinin engellenmesinin temel amacı ihalede serbest bir rekabet ortamının bulunması,

⁴⁸ SIRABAŞI; a.g.e.,s.7.

sözleşme fiyatının oluşması aşamasında herhangi iki hukuk kişinin birbirlerinin teklifinden haberdar olarak danışıklı hareket etmelerini önlemektir.

Alternatif teklif verilebilmesinin yalnızca mal alımları ile sınırlı olup, idare tarafından mal alımı ihalelerinde alternatif teklif verilir verilemeyeceğine yönelik düzenlemenin ihale dokümanında yapılması gerekmektedir. İdare tarafından alternatif teklif verilmesine izin verilen ihalede belli bir sayının üzerinde alternatif teklif verilmemesinin öngörülmesi durumunda isteklilerin verebileceği azami alternatif teklif sayısı ihale dokümanında belirtilecektir.

Alternatif teklif verilmesine izin verilen ihalede idare tarafından idari şartnamede istekli tarafından her bir teklif için ayrı bir teklif mektubu sunulacağı belirtilecektir.

Alternatif teklif veren isteklinin teklif fiyatlarının birbirinden farklı olması durumunda istekli tarafından yüksek tutarlı teklif esas alınarak sadece bir geçici teminat verilmesi mümkündür.

İhale komisyonu, isteklinin ihale dokümanında öngörülen yeterlik kriterini sağlayıp sağlamadığını her bir teklif için ayrı ayrı değerlendirir.

İdare tarafından ihale konusu malın teslim süresi ve teslim şekli gibi hususlar ihale dokümanında düzenlendiğinden aynı mal için farklı teslim süresi ve teslim şekilleri alternatif teklif olarak kabul edilmeyecektir.

Söz konusu hususa ilişkin Kamu İhale Kurulu Kararları incelendiğinde aşağıda sayılan durumlara alternatif teklif olarak değerlendirilmemiştir:

...İmalatçıları aynı olan aynı marka ürün veya farklı marka ürünlerin farklı istekliler aracılığı ile (imalatçı, yetkili satıcı, serbest bölgede faaliyet gösteren imalatçı veya yetkili satıcı) ihaleye teklif verilmesi kamu ihale mevzuatına aykırılık oluşturmamaktadır.⁴⁹

⁴⁹2007/UM.Z-3424 numaralı Kamu İhale Kurulu Kararı.

...İhale uhdesinde kalan isteklinin kitler ile birlikte idareye teslim edilecek cihazlar için, idareye yaptığı açıklama neticesinde teklif ettiği anlaşılan cihazlar dışında başka bir cihaza ait teknik dokümanların teklif dosyası kapsamında sunulması da ihalede alternatif teklif verme olarak değerlendirilmemiştir.⁵⁰

....Ltd. Şti. 'nin teklif zarfından fiyat teklifi yer alan sadece 1 adet teklif mektubunun çıktığı, teklif dosyasında sunulan diğer 2 adet teklif mektubunda ise fiyat teklifinin yer almadığı anlaşıldığından, söz konusu ihalede ..Ltd. Şti. tarafından 3 adet teklif mektubu sunulmasının 4734 sayılı Kanununun 17 nci maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde yer alan birden fazla teklif verme fiili kapsamında değerlendirilmemiştir.⁵¹

.....İstekli tarafından sunulan teklif mektuplarının birebir aynı olduğu, aynı fiyat teklifini içerdiği tespit edilmiş olup, anılan durumun istekli tarafından birden fazla teklif sunulması şeklinde değerlendirilemeyeceğine karar verilmiştir.⁵²

Aşağıda yer alan Kurul kararlarında ise 17 nci maddesinin (d) bendindeki yasaklamaya aykırı hareket edildiğine karar verilmiştir.

...4734 sayılı Kanununun 17 nci maddesinin (d) bendindeki yasaklamaya tabi olmak açısından anonim şirketlerde; ortaklık oranı yarıdan fazla olan pay sahiplerinin vereceği teklifler ile ortaklık payı yarıdan fazla olmamakla birlikte sermaye çoğunluğuna sahip ortaklar tarafından sunulan teklifler birden fazla teklif kapsamında değerlendirilmelidir.⁵³

...İhale işlem dosyasının incelenmesi neticesinde; ihaleye 5 inci sırada teklif veren Zilan Peyzaj İnş. Gid. Turz. San. Tic. Ltd. Şti. - Önsa İnş. Turizm ve Tic. A.Ş. iş ortaklığının pilot ortağı Zilan Peyzaj İnş. Gid. Turz. San. Tic. Ltd. Şti. 'nin sunduğu Ticaret Sicil Gazetesi ve Ortaklık Durum belgesinden şirketin %51 hissesine sahip ortağının Orhan Özmen olduğu,İhaleye 6 ncı sırada teklif veren Art Yapı Dnş. İth.

⁵⁰ 2010/UM.II-2691 numaralı Kamu İhale Kurulu Kararı.

⁵¹ 2009/UH.II-2916 numaralı Kamu İhale Kurulu Kararı.

⁵² 2011/UY.III-1054 numaralı Kamu İhale Kurulu Kararı.

⁵³ 2006/UH.Z-487 numaralı Kamu İhale Kurulu Kararı.

İhr. Müh. Mim. İnş. San. Tic. Ltd. Şti. - Şenka Dekor. İnş. Ltd. Şti. iş ortaklığının pilot ortağı Art Yapı Dnş. İth. İhr. Müh. Mim. İnş. San. Tic. Ltd. Şti.'nin sunduğu Ticaret Sicil Gazetesi ve Ortaklık Durum belgesinden şirketin %91 hissesine sahip ortağının da Orhan Özmen olduğu, Dolayısıyla ihaleye 5 ve 6 ncı sırada teklif veren isteklilerin birden fazla teklif ile ihaleye katıldığı anlaşılmıştır.⁵⁴

...Söz konusu düzenlemeler ve yapılan açıklamalar çerçevesinde; Kadir Yurt'un, Furkan İnş. San. Tic. Ltd. Şti. ve Arslanlar Taah. İnş. Nak. Ltd. Şti.'nde %51 hisseye sahip olması ve Furkan İnş. San. Tic. Ltd. Şti.'nin Arslanlar Taah. İnş. Nak. Ltd. Şti.'nin hisselerinin %51'ine sahip olduğu beyanının da değerlendirilmesi, dolayısı ile her iki şirketin aynı hakim etki altında bulunduğu, bu durumun 4734 sayılı Kanununun 17 inci maddesinin birinci fıkrasının (d) bendindeki, "Alternatif teklif verebilme halleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekaleten birden fazla teklif vermek" fiilini oluşturduğu anlaşılmıştır.⁵⁵

....Aynı şahıs tarafından bir tanesi vekaleten olmak üzere iki şirket aracılığıyla bir ihaleye iştirak edilerek teklif verilmek suretiyle, anılan kanun maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir.⁵⁶

Buna göre alternatif teklif verebilme halleri dışında, ihalelerde birden fazla teklif verilmesi yasak fiil ve davranış kapsamındadır.

e) 11 inci maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak.

4734 sayılı Kanunun "İhaleye katılamayacak olanlar" başlıklı 11 nci maddesinde ihaleye katılamayacaklar sayılmış olup, söz konusu kişilerin doğrudan veya dolaylı veya alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına ihalelere katılmaları yasak fiil ve davranış kapsamındadır.

⁵⁴ 2010/UY.II-2441 numaralı Kamu İhale Kurulu Kararı.

⁵⁵ 2007/UY.Z-3406 numaralı Kamu İhale Kurulu Kararı.

⁵⁶ 2006/UM.Z-3138 numaralı Kamu İhale Kurulu Kararı.

4734 sayılı Kanunun 17 nci maddesinde sayılan yasak fiil davranışlar, esasen Türk Ceza Kanunu anlamında ihaleye fesat karıştırma suçu oluşturabilecek niteliktedir. Dolayısıyla, Kanunun 17 nci maddesinde sayılan durumların tespiti halinde, yasak fiil davranışın niteliği dikkate alınarak değerlendirme yapılmalıdır. Yapılacak değerlendirme neticesinde ihaleye fesat karıştırıldığına dair kanaat oluşursa, ilgili Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulmalıdır.⁵⁷

4734 sayılı Kanunun 17 nci maddesinde sayılan yasak fiil davranışlarda bulunduğu tespit edilenler Kanunun 10 ve 17 nci maddesi uyarınca değerlendirme dışı bırakılacak ve bu istekliler hakkında yasaklama kararı verilecektir.

Ayrıca Kanunun 17 nci maddesinde yasak fiil veya davranışlarda bulunanlar hakkında 4734 sayılı Kanunun dördüncü kısmında belirtilen hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Buna göre:

Yasak fiil davranışlarda bulunduğu tespit edilen istekliler hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre, (1) yıldan az olmamak üzere (2) yıla kadar ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilecektir.

İhale sırasında veya sonrasında bu fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenler, idarelerce o ihaleye iştirak ettirilmeyecekleri gibi yasaklama kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar aynı idare tarafından yapılacak sonraki ihalelere de iştirak ettirilmeyeceklerdir.

Taahhüt tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra tespit edilmiş olsa dahi, 17. maddede belirtilen fiil veya davranışlardan Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunan gerçek veya tüzel kişiler ile o işteki ortak veya vekilleri hakkında Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre ceza kovuşturması yapılmak üzere yetkili Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulacaktır.

⁵⁷ USLU/DEMİREL;a.g.e., s.573.

Diğer taraftan, Kanunun 17 nci maddesinde sayılan yasak fiil davranışlarda bulunduğu tespit edilenlerin geçici teminatlarının gelir kaydedilip kaydedilmeyeceği tereddüt konusu olabilmektedir.

Gerek Kanunun 17 nci maddesinde, gerekse 17 nci maddenin atıf yaptığı Kanunun dördüncü kısmında yasak fiil davranışlarda bulunan isteklilerin geçici teminatlarının gelir kaydedileceğine dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Aynı şekilde, Kanunun diğer maddelerinde de bu yönde herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Bu itibarla, kural olarak 17 nci maddedeki yasak fiil davranışlarda bulunduğu tespit edilenlerin geçici teminatları gelir kaydedilmeyecektir.

Ancak bu durumun bir istisnası bulunmaktadır. O da, Kanunun 17 nci maddesinde yasak fiil davranış olarak sayılan “11 nci maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılma” halidir. Zira, Kanunun 11 nci maddesinde ihaleye katılamayacak olanlar sayılmış ve anılan maddenin son fıkrasında bu yasaklara rağmen ihaleye katılan isteklilerin geçici teminatının gelir kaydedileceğine ilişkin açık hüküm bulunmaktadır.

Sonuç olarak, sadece 11 nci maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılanların geçici teminatları gelir kaydedilecek, diğer yasak fiil davranışlarda bulunan isteklilerin geçici teminatları gelir kaydedilmeyecektir.

III. TİPİKLİK

Tipiklik, fiilin cezalandırılabilmesi için bulunması gerekli özelliklerin bütünüdür. Bu yönüyle tipiklik fiilin biçimsel niteliğini oluşturur.⁵⁸ Bir başka anlatımla tipiklik, gerçekleşen fiilin kanundaki suç tanımına uygun olmasını ifade etmektedir. Buna göre, bütün suç tiplerinin ceza kanunlarında tanımlanmış ve cezasının da belirlenmiş olması gerekmektedir. Başka bir deyimle, işlenmiş olan fiilin kanunda tanımlanan suç tipine uygun olduğunun tespit edilmesi halinde

⁵⁸ ÖZBEK Veli, KANBUR Mehmet Nihat, BACAKSIZ Pınar, TEPE İlker; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara, 2013, s. 215.

tipikliğin bulunduğundan, uygun olmadığı tespit edilmesi halinde ise tipikliğin bulunmadığından söz edilmektedir.⁶⁰

Türk Ceza Kanununun 235 inci maddesinin gerekçesinde, ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşması için, yapılan ihalenin Kamu İhale Kanunu veya Devlet İhale Kanunu hükümlerine tabi bir ihale olması gerektiği, söz konusu suçun oluşabilmesi için önemli olan hususun, gerçekleşen ihalenin kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin bir ihale olması gerektiği belirtilmiştir. Bu itibarla, 4734 sayılı Kanun çerçevesinde ihalesi yapılan işler bakımından tipiklik, kamu kurum ve kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alımları ile yapım ihalelerine fesat karıştırılmasıdır.

İhale mevzuatına aykırılığın varlığı veya ihalelerde yasak fiil ve davranışlardan birinin gerçekleştirilmesi, doğrudan ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturur demek her zaman mümkün değildir, aynı şekilde ihalelere hâkim olan ilkelere aykırılıktan hareketle de ihaleye fesat karıştırma isnadında bulunulamaz. Buna göre, ihaleye fesat karıştırma bağlamında fiile suç olma özelliğini kazandıran husus, bu fiilin ihale mevzuatına aykırılığı değil, Türk Ceza Kanunu'nun 235 inci maddesinin 2 nci fıkrasında sayılan tipik fiillerden birini oluşturmasıdır. Aksi durum suçun kanunilik ilkesinin ihlali anlamına gelecektir.⁶¹

IV. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Kamu kurum veya kuruluşları adına gerçekleştirilen mal alım, hizmet ve yapım ihaleleri KİK'in 5 inci maddesinde sayılan temel ilkelere uygun gerçekleştirilmelidir. Dolayısıyla ihaleye fesat karıştırma suçu ile korunmak istenen hukuki değer, KİK'teki temel ilkeler ile ihalelerin bu ilkelere uygun yapılacağına dair kamu görevlilerine duyulan güven olduğu söylenebilir.⁶² Bir başka anlatımla burada korunan hukuki yarar kamusal faaliyetlerin dürüstlük ilkesine uygun olarak

⁶⁰ DEMİRBAŞ Timur; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2006, s. 211.

⁶¹ KOCA/ÜZÜLMEZ;a.g.e.,s.684;ÖZGENÇ;a.g.e.;s.62.

⁶² ARAPGİRLİ Murat, DEMİREL Salim; İhale İşlemleri ve Sözleşmenin Uygulanması, Denetler Yayınları, İzmir, 2014, s.700.

yürütüleceğine ve bu arada da kamu adına yapılan mal veya hizmet alımları ile yapım işleri ihalelerinde bir takım dürüst olmayan hareketlerle fesat karıştırılmak suretiyle bozulmayacağına ilişkin olarak kamu görevlilerine duyulan güvendir.

Bir başka görüşe göre burada korunan hukuki değer, bir takım hukuka aykırı davranışlarla zarara uğratılan suç mağdurunun bireysel olarak korunmasından ziyade, genel olarak ekonomik faaliyetlerin serbest piyasa ekonomisinin kendine özgü kuralları çerçevesinde gerçekleşmesini sağlamaya yönelik olarak öngörülen hukuk mekanizmalarının korunması olduğu söylenebilir.⁶³

V. İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇUNUN UNSURLARI

A. İhaleye Fesat Karıştırma Suçunun maddi Unsuru

1. Fiil

Suçun maddi unsuru Kanunda fesat karıştırma olarak belirlenmiştir. Fesat karıştırma, sakatlık, iradeyi sakatlayan haller, yapılan bir işin hukuki bakımdan sakat olması olarak tanımlanabilir. Bir başka anlatımla fesat bir şeyin düzgün ve yararlı iken sonradan bu vasıfları kaybederek değişmesi ve bozulması anlamını taşır.⁶⁷ Yine fesat, karışıklık, kargaşalık, ara bozuculuk anlamlarına da gelmektedir.⁶⁸ Ancak bu kavramın hile, gizli anlaşma ve tehdit cebir kavramları ile ifade edilmesi mümkündür.⁶⁹ Bu bağlamda, ihalenin herhangi bir aşamasında sürecin normal şekilde akışını etkileyen ve dolayısıyla ihalenin amacına ulaşmasına engel teşkil eden her türlü davranış ihaleye fesat karıştırma olarak kabul edilecektir.⁷⁰

⁶³ BAŞARAN/ALTINKÜLÇE/ŞAHİNER/BARÇIN;a.g.e.,913.

⁶⁷ İNAN;a.g.e.,s.232.

⁶⁸ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.530c89af1d5225.15509463.

⁶⁹ EREM Faruk; Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, Ankara,1993,s.1313.

⁷⁰ BAŞARAN/ALTINKÜLÇE/ŞAHİNER/BARÇIN;a.g.e.,s.909.

İhaleye fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için bir hareket bulunması ve bunun kanundaki tanıma uygun olması koşuluna suçun maddî unsuru denilmektedir.⁷¹

İhaleye fesat karıştırma suçunun düzenlendiği TCK'nin 235 inci maddesinde hangi hallerde ihaleye fesat karıştırılmış olacağı sayma yöntemiyle düzenlenmiş bulunmaktadır. Buna göre;

a) *Hileli davranışlarla;*

1. *İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek,*

2. *İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olmayan kişilerin ihaleye katılmasını sağlamak,*

3. *Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olduğu hâlde, sahip olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakmak,*

4. *Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı hâlde, sahip olduğundan bahisle değerlendirmeye almak,*

b) *Tekliflerle ilgili olup da ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak,*

c) *Cebir veya tehdit kullanmak suretiyle ya da hukuka aykırı diğer davranışlarla, ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye, ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek,*

d) *İhaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşma yapmaları, ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturmaktadır.*

⁷¹ DÖNMEZER Sulhi; Genel Ceza Hukuku Dersleri, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2003, s. 103.

Görüleceği üzere söz konusu maddenin ikinci fıkrasının (a) bendinde sayılan dört hareketin hileli davranışlarla işlenmesi gerekirken (b), (c) ve (d) bendinde sayılan hareketlerin hileyle işlenmesi şart değildir.

İhaleye fesat karıştırma suçunun gerçekleşmesi için maddede sayılan hareketlerden birinin gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir. Diğer taraftan söz konusu hareketlerden herhangi birinin ya da birden fazlasının gerçekleştirilmesi halinde de ortaya çıkan sonuç tek olacaktır.

Söz konusu hususla ilgili Yargıtay 5. Dairesi'nin 9.1.2013 tarih, 2012/4693 esas 2013/110 karar numaralı kararında, *“İhaleye Fesat Karıştırma ve Rüşvet suçlarında; her bir kamu görevlisi sanığın ihale sürecindeki görevi ve konumu, kamu görevlisi olmayan sanıkların da söz konusu ihalelerle olan tüm bağlantılarını irdeleyen ve dava konusu ihalelerin 4734 sayılı Kamu İhale Yasası ve ilgili yönetmeliklerdeki usul ve esaslara, ihale yöntem ve şekillerine uygun olarak yapılıp yapılmadığını içeren ayrıntılı rapor alınmasından sonra, sanıklar arasındaki görüşme içerikleri ve adı geçen bireysel ihtiyaç kredisine ait bir kısım ödeme dekontları ve ay sayısına göre taksit hesabını gösteren listenin adı geçen firmanın banka kredileri klasöründe ele geçirilmesine ilişkin kanıtların gücü de dikkate alınarak, sanıkların hukuki durumlarının ayrı ayrı tayin ve takdiri gerekir. Araştırma yapılmadan beraat kararı verilmesi isabetsizdir.”* denilmektedir.

a) Hileli Davranışlarla İhaleye Katılma Yeterliğine Veya Koşullarına Sahip Olan Kişilerin İhaleye veya İhale Sürecindeki İşlemlere Katılmalarını Engellemek

İhale konusu işin kaliteli bir şekilde ve zamanında yapılabilmesi için işi yapacak kişinin mesleki ve teknik olarak bazı şartları haiz olması gerekir. Yine bu kişinin ekonomik ve mali yönden de işi tamamlamaya muktedir olması lazımdır.

İhalelerde ihaleye katılan kişilerin işi yapabilirliklerini ortaya koyan bu ölçütlere yeterlik kriterleri adı verilmektedir.⁷⁷

İhalede istenebilecek yeterlik kriterleri 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 10 uncu maddesinde sayılmıştır. Dolayısıyla kamu ihalelerinde idarelerce Kanunun 10 uncu maddesinde belirtilen bilgi ve belgeler dışında herhangi bir belge istenilmesi mümkün bulunmamaktadır.

4734 sayılı Kanunun 10 uncu maddesi gereği ihaleye katılacak isteklilerden, ekonomik ve malî yeterlik ile mesleki ve teknik yeterliklerinin belirlenmesine ilişkin olarak aşağıda belirtilen bilgi ve belgeler istenebilir:

a) Ekonomik ve malî yeterliğin belirlenmesi için;

1. Bankalardan temin edilecek isteklinin malî durumu ile ilgili belgeler,
2. İsteklinin, ilgili mevzuatı uyarınca yayınlanması zorunlu olan bilançosu veya bilançosunun gerekli görülen bölümleri, yoksa bunlara eşdeğer belgeleri,
3. İsteklinin iş hacmini gösteren toplam cirosu veya ihale konusu iş ile ilgili taahhüdü altındaki ve bitirdiği iş miktarını gösteren belgeler.

b) Mesleki ve teknik yeterliğin belirlenmesi için;

1. İsteklinin, mevzuatı gereği ilgili odaya kayıtlı olarak faaliyette bulunduğunu ve teklif vermeye yasal olarak yetkili olduğunu kanıtlayan belgeler,
2. İstekli tarafından kamu veya özel sektöre bedel içeren bir sözleşme kapsamında taahhüt edilen ihale konusu iş veya benzer işlere ilişkin olarak;
 - i. Son on beş yıl içinde geçici kabulü yapılan yapım işleri ile kabul işlemleri tamamlanan yapımla ilgili hizmet işleriyle ilgili deneyimi gösteren belgeler,
 - ii. Son on beş yıl içinde geçici kabulü yapılan yapım işleri ile kabul işlemleri tamamlanan yapımla ilgili hizmet işlerinde sözleşme

⁷⁷ DEMİREL Salim, ARAPGİRLİ Murat; İş Deneyim Belgeleri, Bekad Yayınları,2013,s.1.

- bedelinin en az % 80'i oranında denetlenen ya da yönetilen işlerle ilgili deneyimi gösteren belgeler,
- iii. Devam eden yapım ve yapımla ilgili hizmet işlerinde; ilk sözleşme bedelinin tamamlanması şartıyla, son on beş yıl içinde gerçekleşme oranı toplam sözleşme bedelinin en az % 80'ine ulaşan ve kusursuz olarak gerçekleştirilen, denetlenen veya yönetilen işlerle ilgili deneyimi gösteren belgeler,
- iv. Son beş yıl içinde kabul işlemleri tamamlanan mal ve hizmet alımlarına ilişkin deneyimi gösteren belgeler,
- v. Devredilen işlerde sözleşme bedelinin en az % 80'inin tamamlanması şartıyla, son on beş yıl içinde geçici kabulü yapılan yapım işleri ile kabul işlemleri tamamlanan yapımla ilgili hizmet işleri ve son beş yıl içinde kabul işlemleri tamamlanan mal ve hizmet alımlarıyla ilgili deneyimi gösteren belgeler.
- 3) İsteklinin üretim ve/veya imalat kapasitesine, araştırma-geliştirme faaliyetlerine ve kaliteyi sağlamasına yönelik belgeler,
- 4) İsteklinin organizasyon yapısına ve ihale konusu işi yerine getirmek için yeterli sayıda ve nitelikte personel çalıştırdığına veya çalıştıracağına ilişkin bilgi ve/veya belgeler,
- 5) İhale konusu hizmet veya yapım işlerinde isteklinin yönetici kadrosu ile işi yürütecek teknik personelinin eğitimi ve mesleki niteliklerini gösteren belgeler,
- 6) İhale konusu işin yerine getirilebilmesi için gerekli görülen tesis, makine, teçhizat ve diğer ekipmana ilişkin belgeler,
- 7) İstekliye doğrudan bağlı olsun veya olmasın, kalite kontrolden sorumlu olan ilgili teknik personel veya teknik kuruluşlara ilişkin belgeler,
- 8) İhale konusu işin ihale dokümanında belirtilen standartlara uygunluğunu gösteren, uluslararası kurallara uygun şekilde akredite edilmiş kalite kontrol kuruluşları tarafından verilen sertifikalar,
- 9) İdarenin talebi halinde doğruluğu teyit edilmek üzere, tedarik edilecek malların numuneleri, katalogları ve/veya fotoğrafları.

4734 sayılı Kanununun 10 uncu maddesindeki bilgi ve belgelerden hangilerinin isteneceği, Kamu İhale Kurumu'nca çıkarılan İhale Uygulama Yönetmeliklerinde, mal, hizmet, danışmanlık ve yapım işi için ayrı ayrı, genellikle yaklaşık maliyetin KİK'te belirtilen bazı parasal limitler karşısındaki durumuna göre istenilmesi zorunlu olan belgeler; istenilemeyecek belgeler ve istenilmesi idarenin takdirinde bulunan belgeler şeklinde bir tasnif yapılarak belirtilmiş ve bu belgelerin şekli, içeriği, sunuluş biçimi ve taşınması gereken nitelikler gibi hususlar da belirtilmiştir.

İhale konusu işin niteliğine göre yukarıda belirtilen bilgi veya belgelerden hangilerinin yeterlik değerlendirmesinde kullanılacağı, ihale dokümanında ve ihale veya ön yeterliğe ilişkin ilân veya davet belgelerinde belirtilir. İhale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinde, isteklilere talimatları da içeren idari şartnameler ile yaptırılacak işin projesini de kapsayan teknik şartnameler, sözleşme tasarısı ve gerekli diğer belge ve bilgilerin tümü ihale dokümanını oluşturmaktadır.

İhale dokümanı gereği ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engelleme ihaleye fesat karıştırmaya suçunu oluşturmaktadır.

Burada ihaleye fesat karıştırmaya suçunun oluşabilmesi için hileli hareketlerin varlığı şarttır. Hileli davranış, aldatma özelliği olan bir davranışla, ihaleye katılabilme hakkına sahip olan kişiyi ihale dışı bıraktırmak veya bu hakka sahip olmayan kişinin ihaleye katılmasını sağlamaktır.⁷⁸ Başka bir anlatımla hile objektif olarak hataya düşürücü ve karşı tarafın tasavvuru üzerinde etki yaparak onu aldatmaya yarayan her türlü davranış olarak tanımlanabilir.⁷⁹

Bu bende göre suç sadece idare görevlileri tarafından işlenebilecek bir suçtur.

⁷⁸ www.atillainan.com.tr,20.02.2014.

⁷⁹ BAŞARAN/ALTINKÜLÇE/ŞAHİNER/BARÇIN;a.g.e.,s.919.

b) Hileli Davranışlarla İhaleye Katılma Yeterliğine veya Koşullarına Sahip Olmayan Kişilerin İhaleye Katılmasını Sağlamak

İhaleye katılma koşullarını ve yeterliğini sağlamayan aday, istekli olabilecekler veya isteklilerin, ihaleye katılımının sağlanması durumunda suç işlenmiş olacaktır.

Örneğin, ihaleye katılma şartlarını taşımadığı hâlde sahte belge düzenlemek suretiyle ihaleye katılımın sağlanması hâlinde bu suç işlenmiş sayılır. Ayrıca sahte belge düzenleyen kişi, bu suçtan da cezalandırılır.⁸⁰

Burada ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için hileli hareketlerin varlığı şarttır.

Söz konusu bentte öngörülen hareket kamu görevlileri veya üçüncü kişiler tarafından işlenebilir.⁸¹

c) Hileli Davranışlarla Teklif Edilen Malları, Şartnamesinde Belirtilen Niteliklere Sahip Olduğu Hâlde, Sahip Olmadığından Bahisle Değerlendirme Dışı Bırakmak

4734 sayılı Kanun'un 12 nci maddesinde, *"İhale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin teknik kriterlerine ihale dokümanının bir parçası olan teknik şartnamelerde yer verilir. Belirlenecek teknik kriterler, verimliliği ve*

⁸⁰ SARITAŞ Hatice; İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin ifasına Fesat Karıştırma Suçları, Sayıştay Dergisi, sayı:73,s.51-63.

⁸¹ Anılan bentle ilgili olarak, Yargıtay 4 üncü Ceza Dairesinin 16.05.2007 tarih ve E:2007/13471, K:2007/4710 sayılı Kararında; "...B. Milli Eğitim Müdürlüğünde görevli olup ücretsiz ders kitabı dağıtım ihalesinde komisyon başkan ve üyesi olan sanıkların, ihaleye katılma yeterliğine ve koşullarına sahip olmayan kişinin ihaleye katılmasını sağlama eylemlerinin 5237 sayılı TCY'nin 235. (765 sayılı TCY'nin 205 ve 366.) maddesinde öngörülen ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturabileceği, 5235 sayılı Sayılı Yasanın Geçici 1. Maddesi uyarınca eylemi nitelendirme ve kanıtları değerlendirme görevinin ağır ceza mahkemesine ait olduğu gözetilerek görevsizlik kararı verilmesi gerekirken yargulamaya devamla yazılı biçimde hüküm kurulması" kanuna aykırı bulunarak bozma kararı verilmiştir.

fonksiyonelliği sağlamaya yönelik olacak, rekabeti engelleyici hususlar içermeyecek ve bütün istekliler için fırsat eşitliği sağlayacaktır.

Teknik şartnamelerde, varsa ulusal ve/veya uluslararası teknik standartlara uygunluğu sağlamaya yönelik düzenlemeler de yapılır. Bu şartnamelerde teknik özelliklere ve tanımlamalara yer verilir. Belli bir marka, model, patent, menşei, kaynak veya ürün belirtilemez ve belirli bir marka veya modele yönelik özellik ve tanımlamalara yer verilmeyecektir.

Ancak, ulusal ve/veya uluslararası teknik standartların bulunmaması veya teknik özelliklerin belirlenmesinin mümkün olmaması hallerinde “veya dengi” ifadesine yer verilmek şartıyla marka veya model belirtilebilir.” hükmüne yer verilmiştir.

Söz konusu madde gereği teknik şartnamelerde belli bir marka, model, patent, menşei, kaynak veya ürün belirtilemez ve belirli bir marka veya modele yönelik özellik ve tanımlamalara yer verilemez. Bu durumun istisnası ise ulusal ve/veya uluslararası teknik standartların bulunmaması veya teknik özelliklerin belirlenmesinin mümkün olmaması hâllerinde “veya dengi” ifadesine yer verilmek şartıyla marka veya model belirtilebilmesi durumudur.

Yine yedek parça alımlarında, alım konusu malın tanımının yapılabilmesi için, yedek parçasına ihtiyaç duyulan ana malın marka ve modelinin teknik şartnamede belirtilmesi mümkündür.

Söz konusu durumlar dışında ihalelerde marka veya model isteme imkânı yoktur. 4734 sayılı Kanun’un 12. maddesinin doğrudan teminle yapılan alımları kapsamadığı ileri sürülse bile, yukarıda anlatılanlar çerçevesinde, doğrudan temin yöntemi ile yapılan alımlarda da alınacak ihtiyacın niteliklerinin belirtilmesi durumunda marka veya model belirtilmemesi gerektiği kanaatindeyiz. Ancak 22 nci

maddenin (a), (b) ve (c) bentleri kapsamında yapılan alımlarda marka veya model belirtilmesi işin doğası gereğidir.⁸²

Buna karşılık Kamu İhale Genel Tebliği'nin 22.5.1.4. maddesi gereği, idarelerce işletilen eğitim ve dinlenme tesisi, ordu evi, askeri gazino, misafirhane, çocuk bakımevi, kreş, spor tesisi, kantin ve benzeri sosyal tesisler tarafından, bu tesislerden yararlananların tercihine göre satılmak üzere, 4734 sayılı Kanun'un 22 nci maddesinin (d) bendi kapsamında yapılacak mamul mal alımlarında marka belirtilmeden yararlananların tercihinin karşılanamayacağı hâllerde marka belirtmek suretiyle alım yapılabilmesi mümkündür.

İdare tarafından hazırlanan teknik şartnamede yer verilen özelliklere uygun mal teklif edildiği hâlde değerlendirme dışı bırakılması ihaleye fesat karıştırma kabul edilmiştir.⁸³

Burada ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için hileli hareketlerin varlığı şarttır.

Bu bende göre suç sadece idare görevlileri tarafından işlenebilecek bir suçtur.

Dikkat edileceği üzere bu bentte öngörülen suç sadece mal alımlarında söz konusu olup, yapım işleri ve hizmet alımları için öngörülmemiştir.

d) Hileli Davranışlarla Teklif Edilen Malları, Şartnamesinde Belirtilen Niteliklere Sahip Olmadığı Hâlde, Sahip Olduğundan Bahisle Değerlendirmeye Almak

İhale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin teknik kriterlerine teknik şartnamelerde yer verilmelidir. İhale dokümanı 4734 sayılı Kanununun 4 üncü maddesinde, ihale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinde; isteklilere talimatları da içeren idari şartnameler ile yaptırılacak işin projesini de kapsayan

⁸² DEMİREL Salim, ARAPGİRLİ Murat, ALTINTAŞ Hüseyin; Sorularla Doğrudan Temin, Ankara Yayınevi, Ankara, 2014, s.29.

⁸³ SARITAŞ; a.g.m.,s.51-63.

teknik şartnameler, sözleşme tasarısı ve gerekli diğer belge ve bilgiler şeklinde tanımlanmıştır. İhale konusu için teknik kriterleri ve detayları teknik şartnamede düzenlenir.

Teknik şartnamede ihale konusu iş için belirlenecek teknik kriterler, verimliliği ve fonksiyonelliği sağlamaya yönelik olmalı, rekabeti engelleyici hususlar içermemeli ve bütün istekliler için fırsat eşitliği sağlamalıdır. Bu ilke 4734 sayılı Kanun'da temel ilkeler içerisinde sayılan rekabet, eşit muamele, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve kaynakların verimli kullanılması ilkeleriyle de yakından ilgilidir. Zaten sayılan bu ilkeler ihale yapılmasındaki amacın da esasını oluşturmaktadır. Zira ihale bir ihtiyacın temini için yapıldığından ihtiyacın kimden karşılandığının bir önemi bulunmamaktadır.

Teklif edilen malların, şartnamesinde öngörülen niteliklere sahip olmamasına rağmen, sahip olduğu şekilde değerlendirme yapılması söz konusu bentteki fiili oluşturmaktadır.

Burada ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için hileli hareketlerin varlığı şarttır.

Bu bende göre suç sadece idare görevlileri tarafından işlenebilecek bir suçtur.

Dikkat edileceği üzere bu bentte öngörülen suç sadece mal alımlarında söz konusu olup, yapım işleri ve hizmet alımları için öngörülmemiştir.

e) Tekliflerle İlgili Olup da İhale Mevzuatına veya Şartnamelere Göre Gizli Tutulması Gereken Bilgilere Başkalarının Ulaşmasını Sağlama

İdareler, 4734 sayılı Kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenirliliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludurlar. Gizli tutulması gereken bilgilerin başkalarına ulaştırılması yukarıda zikredilen ilkelerin hayata geçmesini engelleyecektir.

Bu nedenle ihale konusu işin danışmanlık hizmetlerini yapan yükleniciler bu işin ihalesine katılamazlar. Aynı şekilde, ihale konusu işin yüklenicileri de o işin danışmanlık hizmeti ihalelerine katılamazlar.

Ayrıca 4734 sayılı Kanunun uygulanmasında görevliler ile danışmanlık hizmeti sunanlar; ihale süreci ile ilgili bütün işlemlere, isteklilerin iş ve işlemleri ile tekliflerin teknik ve malî yönlerine ilişkin olarak gizli kalması gereken bilgi ve belgelerle işin yaklaşık maliyetini ifşa edemezler, kendilerinin veya üçüncü şahısların yararına kullanamazlar. Aksine hareket edenler hakkında ilgisine göre Kanunun 58 ve 60 ıncı maddelerde belirtilen müeyyideler uygulanır.

Yaklaşık maliyetin gizliliği esastır.⁸⁴Yaklaşık maliyetin üçüncü kişilere sızdırılması eylemi, ihaleye fesat karıştırma tabanlı sonu yolsuzluğa varan ve TCK çerçevesinde adli kavuşturma gerektiren sonuçlar doğurabilir.⁸⁵

İşlenen fiilin bu bent kapsamında suç oluşturması için başkalarının ulaşması sağlanan bilgiler hem tekliflerle ilgili olmalı, hem de söz konusu bilgi ve belgeler, ihale mevzuatına ve şartnamelere göre gizli tutulması gereken belgelerden olmalıdır. Bilginin teklifle ilgili olmadığı durumlarda, suçun oluşumundan bahsedilemeyecektir.⁸⁶

Gizli tutulması gereken bilgilere başkasının ulaşmasını sağlamak, icraî ya da ihmâlî hareketlerle gerçekleştirilir.

Burada ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için hareketlerin hileli olması şarttı aranmaz.

⁸⁴ ŞİMŞEK Abdullah, GÜNDÜZ Ferhat; Çöp Toplama İhale ve Sözleşme Rehberi, Ankara, 2010, s.

⁸⁵ DOĞANYİĞİT Sadettin; İhalenin Ruhu: Yaklaşık Maliyetin Gizliliği, Dış Denetim Dergisi, Sayı 2, Ekim-Kasım-Aralık 2010,s.95-99.

⁸⁶ ARTUK Mehmet Emin, GÖKCEN Ahmet, YENİDÜNYA Ahmet Caner; Ceza Hukuku Özel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010,s.675

f) Cebir veya Tehdit Kullanmak Suretiyle Ya Da Hukuka Aykırı Diğer Davranışlarla, İhaleye Katılma Yeterliğine veya Koşullarına Sahip Olan Kişilerin İhaleye, İhale Sürecindeki İşlemlere Katılmalarını Engellemek

Cebir, bir kimseyi razı olmadığı, yapmak istemediği bir iş konusunda zorlamak anlamına gelir.⁸⁸ Başka bir anlatımla cebir, gerçekleştirilmiş bir direnmeyi kırmak veya gerçekleştirilebilecek direnmeyi engellemek amacıyla yapılan, kişiye yönelik her türlü zorlayıcı etki meydana getiren davranış anlamına gelir.⁸⁹ Tehdit sözcüğünün sözlükteki karşılığı ise gözdağı vermektir. Diğer bir ifade ile tehdit, bir kimseyi ağır ve haksız zarara uğratacağından bahisle söz ederek korkutmaktır.⁹⁰ Tehdit, mağdurda korku ve endişeye yol açmaktadır. Zira kişi, ileride başına bir kötülük geleceğine inanmaktadır.⁹¹

Bu bentte yer alan hareket ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmalarının cebir veya tehdit kullanarak engellenmesidir.⁹² İdarenin bir işin, ihaleyi kazanmasını istemediği şirket veya kişiler tarafından alınmasının önüne geçmesi, isteklilere telkin, ikaz ve uyarılarda bulunması, olumsuz tutum sergileyerek bir takım isteklilerin haklarından sarfınazar etmesini sağlaması veya şartnamenin gerçek amaca hizmet etmeyecek

⁸⁸ ÖZAN Mustafa Nihat; Osmanlıca Türkçe Sözlük, İstanbul, 1985, s.116.

⁸⁹ ŞEN/ERTEKİN; a.g.e., 97.

⁹⁰ GÜLŞEN Recep; Hürriyeti Tahdit Suçları, Ankara, 2002, s.98.

⁹¹ SOYASLAN, Doğan; Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, 5. Baskı, Ankara, 2005, s.196.

⁹² Söz konusu hususla ilgili Yargıtay 5. Dairesi'nin 21.2.2013 tarih, 2012/3486 esas ve 2013/1316 karar numaralı Kararında, "Sanıkların suç tarihinde Diyarbakır Çocuk Hastalıkları Hastanesinde yapılacak olan 24 aylık 34 kişiyle koruma ve güvenlik hizmetleri işi ihalesine katılmak için D... isimli özel güvenlik şirketi adına ihale evraklarıyla birlikte hastaneye geldikleri, aynı ihaleye girmek maksadıyla çalıştıkları Z... Güvenlik Koruma Hizmetleri şirketini temsile yetkili mağdurların da geldikleri hastanede ihale dosyasını satın alma komisyonuna ibraz edecekleri sırada, sanıkların mağdurların kollarından çekiştirerek odaya girmelerine engel oldukları, sanık Mehmet'in mağdurlara hitaben "Bu ihaleye teklif vermeyin, gelin sizinle tatlı tatlı anlaşalım, bize problem çıkartmayın, yoksa sizin canınızı yakarız, eğer bu ihaleye girecek olursanız sizin kafanıza sıkarız." dediği, Z... Güvenlik Koruma Hizmetleri şirketinin Kamu İhale Kanununun 10. maddesi ve ihale şartnamesine göre bilanço ve eşdeğer nitelikteki belgeyi ihale evrakına eklemediği ve böylece ihaleye katılma yeterliğini taşımadığından dolayı teklifinin geçersiz sayıldığı eylemde, sanıkların cebir ve tehdit kullanarak ihaleye fesat karıştırmaya teşebbüs suçunu işlediklerinden bahisle mahkûmiyet kararı verilmiş ise de; mağdurların yetkilisi olduğu şirketin ihaleye katılma yeterliğine sahip olmadığından 5237 sayılı TCK'nın 235/2-c maddesinde düzenlenen suçun yasal unsurlarının oluşmadığı anlaşılmalı ve sanıkların eylemlerinin tehdit ve kasten yaralama suçlarını oluşturacağı gözetilmeden suç vasfında hataya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması," denilmektedir.

veya bazı isteklilerin lehine sonuçlar doğurabilecek şekilde düzenlenmesi ya da ihale yetkilisinin, ihaleyi kazanması halinde istihkak karşılıklarının ödenmeyeceği, ya da geç ödeneceği tarzında ihaleye katılana olumsuz uyarıları, ihale sonuçlansın ya da sonuçlanmasın ikaza uğrayan firma ihaleye katılsın ya da katılmasın veya ihaleyi kazansın ya da kazanmasın bentte belirtilen hukuka aykırı davranış kapsamında değerlendirilir.⁹³

Burada ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için hareketlerin hileli olması şartı aranmaz.

g) İhaleye Katılmak İsteyen veya Katılan Kişilerin İhale Şartlarını ve Özellikle Fiyatı Etkilemek İçin Aralarında Açık veya Gizli Anlaşma Yapmalar

Adayların, istekli olabileceklerin veya isteklilerin, ihale koşullarını ve fiyatı etkilemek için aralarında anlaşma yapmaları ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturmaktadır.

Bentte öngörülen suçun faili, aday, istekli olabilecekler veya isteklilerdir. Kanun koyucunun, suçun faili olarak sadece aday, istekli olabilecekler veya isteklileri belirlemesinin yerinde değildir. Bu nedenle, söz konusu bendin; “İhale koşullarını ve özellikle fiyatı etkilemek amacıyla açık veya gizli anlaşmalar yapmak” şeklinde düzenlenmiş olması daha yerinde olacaktır.⁹⁴

ŞEN/AKSÜT konuya ilişkin olarak madde metninde yer alan “açık veya gizli anlaşma” ifadesinin yerinde olmadığını, bir anlaşmanın gizli veya açık olması dışında bir başka ihtimal olamayacağından “açık veya gizli anlaşma” ifadesinin hatalı kaleme alındığını; Bu çerçevede hükmün “İhaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin, ihale şartlarını, yaklaşık maliyet bedelini veya ihale bedelini

⁹³ ŞEN/AKSÜT; a.g.e., s.99.

⁹⁴ ARSLAN Çetin; İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, 2008, s. 151.

etkilemeleri ya da bu amaçla aralarında anlaşma yapmaları” olarak değiştirilmesi gerektiğini ifade etmektedirler.⁹⁵

Burada ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için hareketlerin hileli olması şarttı aranamaz.

Söz konusu hususla ilgili Yargıtay 5. Dairesi'nin 16.3.2009 tarih, 2008/15009 esas ve 2009/3152 karar numaralı kararında, *“İhaleye fesat karıştırmak suçunda; sanıkların öteki sanıklarla yaptıkları ihalede rekabeti etkileyen anlaşma veya uzlaşmanın sonucu gerçekleştirdiklerinin duraksamasız belirlenemediği, ihaleye gelenlerin katılma veya teklif zarflarını bizzat verme yükümlülüklerinin olmadığı, suçun oluşması için ihaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşmaya vardıklarının kesin olarak saptanması gerektiği, her türlü şüpheden uzak somut kanıtın bulunmadığı gözetilerek beraat kararı verilmelidir.”* denilmektedir.⁹⁶

2. Fail

Madde metninde suçun faili olabilmek için herhangi özel bir şart öngörülmemiştir. Dolayısıyla herkes bu suçun faili olabilir.⁹⁷ Buna göre, ihale sürecinde yer alan kamu görevlileri başta olmak üzere, ihaleye katılan veya katılmayan kişiler bu suçun faili olabilmektedir. Bu itibarla ihaleye şahsen katılmayan veya zaten katılacak durumda da olmayanlar dahil herkes bu suçun faili olabilir.

⁹⁵ ŞEN/AKSÜT;a.g.e.,s.101.

⁹⁶ Söz konusu hususla ilgili Yargıtay 5. Dairesi'nin 10.3.2011 tarih, 2011/1904 esas ve 2011/1904 karar numaralı Kararında, *“Ş... firmasının teklifi ekinde yer alan maliyet cetvelindeki birim fiyatta yapılan rakam değişikliğinin kim tarafından ve teklifler verilmeden önce mi, yoksa teklifler açılıp okunduktan sonra mı yapıldığının belirlenemediği, komisyon üyesi sanıkların bilgisi ve iştiraki ile tahrifat yapıldığına, sanıkların fikir birliği içinde birlikte hareket ederek atılı suçu işlediklerine ilişkin savunmalarının aksine mahkumiyetlerine yeterli, kuşkudan uzak, kesin ve inandırıcı delil elde edilemediğinden beraatlerine karar verilmesi, gerekir.”* denilmektedir.

⁹⁷ BAŞARAN/ALTINKÜLÇE/ŞAHİNER/BARÇIN;a.g.e.,913.

3. Mağdur

İhaleye fesat karıştırma suçunun geniş anlamda mağduru, ihalenin dürüstlük ve rekabet kuralları çerçevesinde yapılması konusundaki çıkarı ihlal edilen toplum fertleri olduğu söylenebilir. Dar anlamda ise, kanuni tanımda fesat karıştırma olarak kabul edilen fiillerin kendisine karşı işlendiği ihale yetkilileri ile ihaleye katılma yeterliliğine sahip kişilerdir.⁹⁸ Bir başka görüşe göre bu suçun mağduru toplumdur. Bu durum maddenin içinde yer aldığı üçüncü kısım başlığının “Topluma Karşı Suçlar” olması ile açıklanmaktadır. Eğer suçtan ihaleye katılmayarak ya da ihaleyi kazanması engellenerek mağdur olduğunu iddia eden varsa veya ihaleye fesat karıştırma sonucunda zarar olduğu iddia edilmekte ise, bu durumda suçun mağduru toplumun yanında üçüncü kişiler ile kamu kuruluşları da olur.⁹⁹

Bununla birlikte söz konusu suçta fail sıfatı ile mağdur sıfatı birleşmeyeceğinden bu suça iştirak edenler doğal olarak mağdur sıfatını kazanamayacaklardır.¹⁰⁰

Bir başka husus ise suçun mağdurunun ancak gerçek kişiler alabilmesi karşısında, maddede kendi adlarına ya da aracılıklarıyla ihale yapacağı öngörülen kamu kurum ve kuruluşları ile diğer tüzel kişiler suçun mağduru olarak değil de suçtan zarar gören kişiler olacaktır.¹⁰¹

4.Suçun Konusu

Fiilin işlenmesiyle suçun konusu ya zarara uğrattılır ya da tehlikeye maruz bırakılır, bu suretle de korunan hukuki değer ihlal edilmiş olur. Bu nedenle konunun suçun işlenişinden etkileniş şekli ve derecesine göre suçlar zarar suçları ve tehlike suçları olarak ikiye ayrılır.¹⁰² İhaleye fesat karıştırma suçu zarar suçu değil, zarar

⁹⁸ ARSLAN;a.g.e.,s.163.

⁹⁹ ŞEN/AKSÜT;a.g.e.,s.61.

¹⁰⁰ ARSLAN;a.g.e.,s.163.

¹⁰¹ ARSLAN;a.g.e.,s.163.

¹⁰² ARSLAN;a.g.e.,s.165.

tehlikesi suçudur. Suçta, hareketin bir zarar tehlikesi doğurması yeterli görülmemekte, ayrıca bir zararın doğurması aranmamaktadır. Nitekim Kanun gerekçesinde, suçun oluşması için, ilgili kurum veya kuruluşun herhangi bir zarar görmesinin gerekmediği, zarar meydana gelmiş olmasının, bu suçun nitelikli hali olarak kabul edildiği ifade edilmiştir.¹⁰³

B. İhaleye Fesat Karıştırma Suçunun manevi Unsuru

Türk Ceza Kanunu'nun 21 inci maddesinde, "Suçun oluşması için kastın varlığına bağlıdır" aynı Kanunu'nun 22 nci maddesinde, "Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirtildiği hallerde cezalandırılır" hükümleri yer almaktadır.

Türk Ceza Kanunu'nun 21 inci maddesinde yer alan hüküm, suçun varlığı için kural olarak kastın bulunmasının gerekli olduğunu ifade etmektedir. Buna karşılık aynı Kanunu'nun 22 nci maddesi kast olmaksızın dahi bir kimsenin cezalandırılabilceğini, bunun için de taksirin bulunmasının yeterli olduğunu öngörmektedir. Ancak failin taksir nedeniyle cezalandırılabilmesi, kanunda bu konuda açık hüküm bulunmasına bağlanmıştır.¹⁰⁴

Bir suçtan bahsedebilmek için fiilin tipik olması ve hukuka aykırı olması yanında, fiilin fail tarafından iradî olarak gerçekleştirilmiş olması koşulu da aranmalıdır. Buna göre, suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi gerekli olup, doğrudan kast adı verilen bu halde fail, hem hareketi hem de neticeyi öngörmekte ve gerçekleştirmeyi istemektedir.

Muhtemel kastta ise fail, suçun kanuni tanımındaki unsurlarının gerçekleşebileceğini öngörmektedir ancak yine de konusu suç teşkil eden fiili işlemektedir.

¹⁰³ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN;a.g.e.,s.417.

¹⁰⁴ TORUSLU Nevzat; Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara, 2014, s.197.

Uygulama ve öğretideki egemen görüşe göre, kast, kanunda öngörölmüş objektif suç unsurlarının somut olayda bilinmesi ve istenmesi ile oluşur. Böylece, kastın bilme (öngörme) ve isteme unsurlarına dayandığı kabul edilmektedir.¹⁰⁵

Failin kasten hareket etmiş sayılabilmesi için, sonuç alt unsurunu da kapsayacak biçimde yasal tanımda yer alan tüm unsurları öngörmesi, yani onları bilerek hareket etmesi gerekmektedir.¹⁰⁶

İhaleye fesat karıştırma suçu, doğrudan veya muhtemel kastla işlenebilen bir suçtur. Fail kamu görevlisi olduğunda, kast failin görevi gereği olarak, bir kamu kurumu veya kuruluşu adına yapılmakta olduğu bir alım veya satım, kiralama ya da yapım ihalesine, tek başına ya da başkası ile birlikte, bilerek ve isteyerek fesat karıştırmasıdır. Buna karşılık, fail ihaleye katılmak isteyen veya katılan bir kimse olduğunda, kast, failin tek başına ya da başkası ile birlikte, bir kamu kurumu veya kuruluşu adına yapılmakta olan alım veya satım, kiralama ya da yapım ihalesine, bilerek ve isteyerek fesat karıştırmasıdır.¹⁰⁷

Buna göre söz konusu suçun işlenebilmesi için kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan mal alım, hizmet ve yapım ihalelerine fesat karıştırma kastının olması gerekir.

Söz konusu suçun taksirli şekli Kanunda düzenlenmemiştir.¹⁰⁸

İhaleye fesat karıştırma suçu bakımından genel kast yeterli olup, suçun oluşması için kamu zararı aranmaz. Kamu zararı meydana gelmiş ise bu durum cezanın artırılmasına neden olur.

Ayrıca bu suçun oluşabilmesi için ihalenin yapılamamış olması veya yapılmış ihalenin bilahare iptal edilmiş olması de gerekmez.¹⁰⁹

¹⁰⁵ İÇEL Kayıhan, EVİK A. Hakan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınevi, 4. Baskı, İstanbul, 2007, s.187.

¹⁰⁶ İÇEL/EVİK; a.g.e.,s.187.

¹⁰⁷ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN;a.g.e.,s.415.

¹⁰⁸ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN;a.g.e.,s.415.

Burada, zarar, nakdi parasal zarardır. Zararın miktarının ceza üzerine etkisi bulunmamaktadır. Kanun, zarar sabitse, “miktarının belirlenmemiş olması, bu fıkra hükmünün uygulanmasını engellemez” demektedir.¹¹¹

İhaleye fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için bir menfaat temin edilmiş olması da gerekmez, eğer temin edilmişse temin eden kişiler TCK'nin ilgili maddelerine göre ayrıca cezalandırılırlar.¹¹²

C. Hukuka Aykırılık

Hukuka aykırılık, işlenen ve kanundaki tanıma uygun bulunan bir fiilin hukuk düzenince kabul edilmemesi, tüm hukuk düzeni ile çelişki içinde bulunması demektir.¹¹³

Bununla birlikte bazı durumlarda ceza kanunları tarafından yasaklanmış bir fiile, yine başka bir hüküm tarafından bu fiilin işlenmesi yönünde yetki verilebilmektedir. Bu şekilde yetki veren bir normun varlığı durumunda artık, bu fiil hukuka uygun hale gelmektedir. Hukuka uygunluk nedenleri 5237 sayılı Kanunun 24, 25 ve 26 ncı maddelerinde düzenlenmiş olup bunlar, kanun hükmünü icra ve yetkili merciin emrini yerine getirmeyi de içine alan görevin ifası, meşru müdafaa, zorunluluk hali, hakkın kullanılması ve mağdurun rızasıdır.¹¹⁴

Söz konusu suçun korumuş olduğu hukuki değer rekabet ilkesi ve kamu görevlilerine duyulan güven olduğu düşünüldüğünde mağdurun rızası uygunluk nedeni olarak uygulanması mümkün değildir.¹¹⁵

Söz konusu suç için meşru müdafaa da hukuka uygunluk nedeni olarak uygulanması mümkün değildir.

¹⁰⁹ ÖZGENÇ;a.g.e.,s.62.

¹¹¹ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN;a.g.e.,s.415.

¹¹² USLU/DEMİREL;a.g.e.,s.613.

¹¹³ KAZANCI;a.g.e.,s.184.

¹¹⁴ KAZANCI;a.g.e.,s.184.

¹¹⁵ KAZANCI;a.g.e.,s.184; ARSLAN;a.g.e.,s.193.

Kanun hükmünü icra ve yetkili merciin emrini yerine getirmeyi de içine alan görevin ifası da söz konusu suç için hukuka uygunluk nedeni olarak uygulanması mümkün değildir.

D. İhaleye Fesat Karıştırma Suçunun Özel Görünüş Şekilleri

1. İhaleye Fesat Karıştırma Suçunda Teşebbüs

Bir suçun işlenmesinde bazı aşamalar söz konusudur. Suç yolu olarak ifade edilebilecek bu süreç üç bölümde oluşur:

Birinci aşama, suç fikrinin ortaya çıkması ve düşünce aşaması. Bu aşama ceza hukukunun müdahalesi dışında kalır. İkinci aşama, hazırlık hareketleri aşaması. Bazı istisnalar hariç hazırlık hareketleri cezalandırılmaz. Ancak bazı hallerde diğer bir suç ya da suçlar bakımından hazırlık hareketi niteliği taşıyan eylemler müstakil bir suç olarak düzenlenmiş olabilir. Üçüncü aşama, icra hareketlerinin başlaması ve neticenin gerçekleşerek suçun tamamlanması aşaması. İcra hareketlerine başlanıp başlanmadığı fiilin teşebbüs derecesinde cezalandırılabilmesi ve neticenin gerçekleşip gerçekleşmediği ise gönüllü vazgeçme açısından önemlidir.¹¹⁹

Teşebbüs, kişinin işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamamasıdır. Teşebbüsün söz edebilmek için kasten işlenebilen bir suçun varlığı, icra hareketi niteliğindeki fiillerin gerçekleştirilmesi olması ve icra hareketleri tamamlanmış olmasına rağmen neticenin gerçekleşmemiş olması gerekir. Kanun koyucu bu tanımla suçun icrasına başlanılmadan önce gerçekleştirilen hazırlık hareketlerinin cezalandırılmadığını da ifade etmiş olmaktadır. Failin doğrudan doğruya suçun icrasına yönelik hareketleri “elverişli” olmalıdır. 5237 sayılı Kanunla getirilen bu kavram 765 sayılı Kanunda yer alan “elverişli araç” kavramına göre daha geniştir.¹²⁰

¹¹⁹ ÖZBEK/KANBUR/BACAKSIZ/TEPE;a.g.e.,s. 471.

¹²⁰ İPEKÇİOĞLU Pervin Aksoy; Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Seçkin, Ankara,2009,s.197.

Teşebbüsün şartları suç tipinin teşebbüse elverişli olması, suç işleme kastının varlığı (suç kasten işlenebilen suçlardan olmalı), suçun icrasına elverişli hareketlerle doğrudan doğruya başlamak, failin işlemeyi kastettiği suçu elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaması şartları aranır.¹²¹

Suçta teşebbüsün cezalandırılmasının esası; ceza hukukunun özel fonksiyonunun etkin biçimde gerçekleşmesinin, bozulan toplumsal barışın yeniden oluşmasının sağlanmasıdır.¹²²

Konuya ilişkin üç teori bulunmaktadır. Objektif teoriye göre teşebbüsün cezalandırılmasının nedeni, teşebbüs hareketlerinin korunan hukuki değer ya da suç konusu bakımından oluşturduğu tehlikedir. Subjektif teoriye göre, sonucun gerçekleşmediği teşebbüs durumlarında tamamlanmış suçlara olduğu gibi bir nedensellik bağlantısı söz konusu olamaz. O nedenle teşebbüs hareketleri tamamlanmış suçun bir parçası olduğu için objektif olarak tehlikelilik göstermeleri dolayısıyla cezalandırıldığını savunan görüş doğru değildir. Suça göre teşebbüsün cezalandırılma nedeni tehlikeli kişiliğini ortaya koyan failin suç işleme yönünde gösterdiği, dış dünyaya yansıttığı iradedir. Karma teori taraftarlarına göre ise, subjektif teoriler cezalandırılabilirliğin sınırlarını aşırı şekilde genişletmektedir. Bu durumu engellemek için hazırlık hareketleri ile icra hareketleri ayırımında subjektif-objektif kriterlerden oluşan karma bir kriterin uygulanması gerektiğini savunmakta ve teşebbüse verilecek ceza bakımından takdiri bir ceza indirimini önermektedirler.¹²³

Kural olarak ihaleye fesat karıştırma suçu teşebbüse elverişli değildir.¹²⁴ Ancak suçu oluşturan icra hareketleri kısımlara bölünebildiği ölçüde, suça teşebbüs mümkün olabilecektir.¹²⁵

¹²¹ ÖZBEK/KANBUR/BACAKSIZ/TEPE;a.g.e.,s.480.

¹²² İÇEL/EVİK; a.g.e.,s.236.

¹²³ İÇEL/EVİK; a.g.e.,s.239.

¹²⁴ DÜLGER Murat Volkan; Ekonomik Suçlar Bağlamında İhale Sürecine ve Sözleşmesine İlişkin Suçların Değerlendirilmesi, Uğur Alacakaptan'a Armağan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, Adalet Yayınevi,2007,s.228.

¹²⁵ PARLAR;a.g.e.,s.56.

İhaleye fesat karıştırma suçuna teşebbüsün mümkün olmasıyla ilgili olarak Yargıtay 5. Dairesi'nin 18.4.2013 tarih, 2012/4500 esas ve 2013/3662 karar numaralı Kararında, "TCK'nın 235/2-d maddesindeki sadece ihaleye katılmak isteyen ve katılan kişilerce işlenebilecek olan ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşumu için öğretide de çoğunlukla benimsendiği üzere, ihale şartlarını ve fiyatı etkilemek amacıyla anlaşmanın yapılması suçun tamamlanması için yeterli olup, fiyatların etkilenip etkilenmemesi ve ihalenin tamamlanıp tamamlanmamasının önemli olmadığı,

Dava konusu olayda ise; ihaleye girmek için teminat yatırdıkları anlaşılan sanıkların açık artırma suretiyle satışı gerçekleştirilecek orman emvallerinin fiyatını etkilemek amacıyla aralarında yaptıkları paylaşımı kağıda aktardıkları sırada olay yerinde bulunan görevli polis memurlarınca olaya müdahale edilmesi ve ihaleye fesat karıştırıldığı bildirilmesi üzerine ihalenin ertelendiği, bu itibarla, ihaleye katılmak isteyen sanıkların ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında anlaşma yapmaya teşebbüs ettikleri, sanıklardan A. tarafından düzenlenen ve sanıkların hangi tip emvale pey süreceklerini gösterir adli emanetin 2007/157 sırasında kayıtlı bulunan iki sayfadan ibaret belge içeriği, tanıklar B. ve H.'in beyanları ile tüm dosya kapsamında anlaşıldığı ve sanıkların mahkûmiyetlerine karar verilmesi gerektiği halde yazılı şekilde hüküm kurulması," denilmektedir.

2. İhaleye Fesat Karıştırma Suçunda İştirak

Suç tipleri, bazı istisnalar dışında, bir kişi tarafından ihlal edileceği göz önünde bulundurulmak suretiyle belirlenmiştir. Nitekim, "her kim" , " bir kimse" gibi terimlerin kullanılması bundandır. Ancak bazen suç tipleri birden fazla kişi tarafından birlikte hareket etmek suretiyle ihlal edilmiş olabilir. Bu durumda eylemden kimlerin, ne şekilde sorumlu olduğunu belirlemek bakımından mevcut suç tiplerinden yararlanılarak bir sonuca ulaşmak mümkün olmaz. O halde diğer katılanları da konu alan hükümlere ihtiyaç bulunur. İşte bu durumu ifade eden

kuruma iştirak denir,¹²⁶ Başka bir ifade ile iştirak, bir kişi tarafından işlenebilmesi mümkün olan bir suçun, birden fazla kişinin anlaşması ve işbirliği yapması suretiyle gerçekleştirmesidir.

İştirakin unsurları, birden çok failin bulunması, bir suçun gerçekleştirilmesi, ortaklarda iştirak iradesinin bulunması ve faillerin hareketi ile sonuç arasında nedensellik bağı bulunması olarak sayılabilir.

İhaleye fesat karıştırma suçu, kural olarak bir kişi tarafından işlenebilen bir suçtur. Bu kuralın istisnası ise anılan suçu düzenleyen 5237 sayılı Kanunun 235 inci maddenin ikinci fıkrasının (d) bendinde öngörülen hileli davranışlarla ihaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale koşullarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşma yapmış olmaları halidir. Söz konusu bende göre suçun işlenebilmesi için birden fazla failin bulunması gerekmektedir.

5237 sayılı Kanunun 235 inci maddenin ikinci fıkrasının (d) bendinde olduğu gibi bazı suç tiplerinde suçun ihlal edilebilmesi için birden fazla kişi fail olarak gösterilir ve suçun işlenebilmesi için bunların hareketleri aranır. Bu suç tiplerine ise çok failli suçlar adı verilir. Çok failli suçlar iştiraktan farklıdır.¹²⁷

Son olarak 5237 sayılı Kanunun 235 inci maddesinde düzenlenen ihaleye fesat karıştırma suçuna iştirakin her türüsünün mümkün olduğunu, bu yönüyle iştirak yönünden herhangi bir özellik arz etmediğini ve genel hükümlerin uygulanması gerektiğini söyleniliriz.¹²⁸

Çok failli suçlarda bulunması gereken unsurlar şunlardır:

- Kanuni tanımda faillerin birden fazla olacağı öngörülmelidir.
- Faillerden her birinin hareketi bulunmalıdır.
- Faillerden her birisi fail sıfatıyla hareket etmeli ve bu hareketleri kanuni tanımda unsur olarak yer almalıdır.

¹²⁶ ÖZBEK/KANBUR/BACAKSIZ/TEPE;a.g.e.,s.528.

¹²⁷ ÖZBEK/KANBUR/BACAKSIZ/TEPE;a.g.e.,s.529.

¹²⁸ DÜLGER a.g.e.,s.228.

- Faillerden en az birisinin cezalandırılabilmesi mümkün olmalıdır.¹²⁹

3. İhaleye Fesat Karıştırma Suçunda İçtima

Suçların içtimaı konusu 5237 sayılı Kanunun Genel Hükümlerinin bulunduğu, Birinci Kitabının İkinci Kısım Beşinci Bölümünde “bileşik suç”, “zincirleme suç” ve “fikri içtima” başlıkları altında düzenlenmiş bulunmaktadır.

a) Zincirleme Suç

Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır.

b) Bileşik Suç

Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suçta bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz.

c) Fikri İçtima

İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır.

Kural olarak, ceza kanununda yer alan hükümlerin ihlâli sayısı kadar suç vardır ve ihlâl edilen her suça, kanunda öngörülen ceza verilerek, bu cezalar gerçek içtima kurallarına göre içtima ettirilir. 5237 sayılı Kanunun 235 inci maddesinde, ihaleye fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin eden görevli kişiler, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükmüne göre cezalandırılırlar, denilmektedir.

¹²⁹ ÖZBEK/KANBUR/BACAKSIZ/TEPE;a.g.e.,s.530.

Bu itibarla ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturan eylem somut olaya göre örneğin rüşvet, irtikap veya görevi kötüye kullanma suçlarının oluşturuyorsa ayrıca kişilerin bu suçlardan da sorumlu tutulmaları gerekir.

Örneğin ihaleye fesat karıştırma suçu sahte evrak kullanılmak suretiyle işlendiği durumda, sahte evrakı kullanarak ihaleye katılan kişi hem ihaleye fesat karıştırma hem de evrakta sahtecilikten ayrıca cezalandırılması gerekmektedir.¹³³

İhaleye fesat karıştırma nedeniyle menfaat temin eden kamu görevlisi, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükmüne göre cezalandırılması gerekmektedir. Mesela rüşvet karşılığında ihaleye fesat karıştıran kamu görevlisi hem ihaleye fesat karıştırma suçundan hem de rüşvet suçundan dolayı cezalandırılması gerekecektir.¹³⁴

VI. YAPTIRIM, SUÇU ETKİLEYEN NEDENLER, KOVUŞTURMA USULÜ, GÖREVLİ MAHKEME VE YETKİLİ MAHKEME

A. Yaptırım

İhaleye fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için, ilgili kurum veya kuruluşun herhangi bir zarar görmesi gerekmemektedir. Buna göre kamu kurumu veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihaleler ile yapım ihalelerine fesat karıştıran kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Ayrıca söz konusu suçun cebir veya tehdit kullanmak suretiyle işlenmesi hâlinde temel cezanın alt sınırı beş yıldan az olamaz. Ancak, kasten yaralama veya tehdit suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâllerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca bu suçlar dolayısıyla cezaya hükmolünür.

İşlenmesi sonucunda ilgili kamu kurumu veya kuruluşu açısından bir zarar meydana gelmemiş ise, suçun cebir veya tehdit kullanmak suretiyle işlenmesi hâli hariç olmak üzere, fail hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolünür.

Yine çeşitli lanunlarda, ihaleye fesat karıştırma suçundan dolayı mahkumiyet halinde, belli bir takım hakların kullanılamayacağına dair hükümler bulunmaktadır.¹³⁶

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 58 inci maddesinde ise, “17 nci maddede belirtilen fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar, üzerine ihale yapıldığı halde mücbir sebep halleri dışında usulüne göre sözleşme yapmayanlar hakkında ise altı aydan az olmamak üzere bir yıla kadar, 2 nci ve 3 üncü maddeler ile istisna edilenler dahil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilir. Katılma yasakları, ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunulan bakanlık, herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise İçişleri Bakanlığı tarafından verilir.” hükmü yer almakta olup, bu hükmün ceza hukuku uygulamasıyla bir irtibatı bulunmamaktadır. Başka bir ifade ile, idari yaptırım olarak belirli ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilebilmesi için, herhangi bir kişinin ihaleye fesat karıştırma suçundan dolayı yargılanmasına ve mahkum olmasına gerek yoktur.¹³⁷

B. Kovuşturma Usulü

5237 sayılı Kanunun 235 inci maddesinde düzenlenen ihaleye fesat karıştırma suçu takibi şikayete bağlı değildir, re’sen takip edilir. 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzlukla Mücadele Kanununun 17 nci maddesinde yer alan düzenleme gereği ihaleye fesat karıştırma suçundan veya bu suça iştirak etmekten sanık olanlar hakkında 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanmayacaktır. Buna göre, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı yargılanabilmeleri için, söz konusu Kanunda öngörülmüş olan izin vermeye yetkili mercilerin ve izlenecek usulün, ihaleye fesat karıştırma suçu bakımından geçerli

¹³⁶ ÖZGENÇ;a.g.e.,s.76.

¹³⁷ ÖZGENÇ;a.g.e.,s.76.

değildir. Buna göre söz konusu suç nedeniyle yapılacak soruşturma ve kovuşturma 3628 sayılı Kanunda belirtilen istisnaî haller dışında, doğrudan gerçekleştirilecektir. Buna göre, ihaleye fesat karıştırma suçunun faili, müsteşar, vali ve kaymakam ise anılan suç sebebiyle gereken izin ve yetkili merciler, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri gereğince belirlenecek, benzer şekilde görevleri veya sıfatları sebebi ile özel soruşturma ve kovuşturma usulüne tabi olan sanıklarla ilgili Kanun hükümleri uygulanacaktır. Bunun dışında ise doğrudan gerçekleştirilecektir.

C. Görevli Mahkeme

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 3 üncü maddesinde, mahkemelerin görevlerinin kanunla belirleneceği hüküm altına alınmış olup, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun 12 nci maddesinde;

“Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, Türk Ceza Kanununda yer alan yağma (m. 148), irtikâp (m. 250/1 ve 2), resmî belgede sahtecilik (m. 204/2), nitelikli dolandırıcılık (m. 158), hileli iflâs (m. 161) suçları, Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısımının Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar (318, 319, 324, 325 ve 332 nci maddeler hariç) ve 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun kapsamına giren suçlar dolayısıyla açılan davalar ile ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere bakmakla ağır ceza mahkemeleri görevlidir. Anayasa Mahkemesi ve Yargıtayın yargılayacağı kişilere ilişkin hükümler, askerî mahkemelerin görevlerine ilişkin hükümler ile çocuklara özgü kovuşturma hükümleri saklıdır.” düzenlemesi yer almaktadır.

Aynı Kanunun 11 inci maddesinde Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, sulh ceza ve ağır ceza mahkemelerinin görevleri dışında kalan dava ve işlere asliye ceza mahkemelerince bakılacağı düzenlemesi yapılmıştır.

Bu itibarla, ihaleye fesat karıştırma suçunda görevli olan mahkeme, asliye ceza mahkemesidir.

D. Yetkili Mahkeme

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 12 nci maddesi uyarınca ise davaya bakmak yetkisi suçun işlendiği yer mahkemesine aittir. Bu düzenlemeden hareketle, ihaleye fesat karıştırma suçunun sırf hareket suçu olduğu göz önüne alındığında, suç nerede işlendiyse, o yer asliye ceza mahkemesi yetkili mahkeme olarak yargılamayı gerçekleştirecektir.

Tekrar ifade etmek gerekirse, burada yetkili mahkeme ihalenin yapıldığı yer mahkemesi değil, fesat karıştırma niteliğindeki fiilin işlendiği yer mahkemesidir.¹³⁸

¹³⁸ ŞEN/AKSÜT;a.g.e.,s.141.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TEMEL İLKELERİNİN İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ VE İHALE SÜREÇLERİNDE İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇUNUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ

I. 4734 SAYILI KANUNUN TEMEL İLKELERİNİN İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Bu bölümde 4734 sayılı Kanunun 5 inci maddesinde temel ilke olarak yer verilen, “İdareler, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur.

Aralarında kabul edilebilir doğal bir bağlantı olmadığı sürece mal alımı, hizmet alımı ve yapım işleri bir arada ihale edilemez.

Eşik değerlerin altında kalmak amacıyla mal veya hizmet alımları ile yapım işleri kısımlara bölünemez.

Bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulü temel usullerdir. Diğer ihale usulleri Kanunda belirtilen özel hallerde kullanılabilir.

Ödeneği bulunmayan hiçbir iş için ihaleye çıkılamaz.

İlgili mevzuatı gereğince Çevresel Etki Değerlendirme (ÇED) raporu gerekli olan işlerde ihaleye çıkılabilmesi için ÇED olumlu belgesinin alınmış olması zorunludur. Ancak, doğal afetlere bağlı olarak acilen ihale edilecek yapım işlerinde ÇED raporu aranmaz.” ilkeleri Türk Ceza Kanununun 235 inci maddesinde yer alan ihaleye fesat karıştırma suçu açısından değerlendirilecektir.

İhaleye karıştırma suçu kapsamındaki fiiller, esas itibariyle ihaleye egemen olan temel ilkelere de aykırı davranışlardır.¹³⁹

4734 sayılı Kanununun 5 inci maddesinde sayılan temel ilkelerin idarelerce tamamına uyulması zorunludur. Söz konusu ilkelere uyulmamış olması ihaleyi sakatlayacaktır. Ancak madde metninde geçen bazı ilkelere uyulmamış olması incelemekte olduğumuz ihaleye fesat karıştırma suçu bakımından özellik arz etmeyebilir.

Bu kapsamda Kanun maddesinde yer alan ilkelerin bazılarının ihlali durumunda, TCK m.235 ve 236 hükümleri gereği failer hakkında cezai sorumluluk doğacaktır. Örneğin, TCK m.235/2-b maddesindeki “tekliflerle ilgili olup da, ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlama” suçu “gizlilik ilkesinin” TCK m.235/2-a alt bentlerde sayılan fiillerin “hileli hareketlerle” işlenmesi de genel anlamda “güvenirlilik ilkesinin” ihlali niteliğindedir.¹⁴⁰

Bu kapsamda idare, ihale yöntemini belirlerken Kanununun 5 inci maddesinde belirlenen Kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenirliliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur. Ancak ihale yönteminin seçimiyle ilgili olarak Türk Ceza Kanununun 235 inci maddesinde yer alan ihaleye fesat karıştırma suçu açısından özel bir hareket gösterilmemiştir. Bu durumda, idare adına hareket etmeye yetkili kamu görevlisinin, kamu ihtiyaçlarının karşılarken kaynakların verimli kullanılmasını gözetmemiş olması halinde Türk Ceza Kanununun 257 inci maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçu oluşabilecektir.¹⁴¹

¹³⁹ ARSLAN;a.g.e.,s.39.

¹⁴⁰ ŞEN/AKSÜT;a.g.e.,s.37.

¹⁴¹ KAZANCI;a.g.e.,s.34.

A. Saydamlık İlkesi

İsrafın ve suistimalin en az seviyeye indirilmesinde önemli bir işlev gören saydamlık kavramının farklı tanımlamaları bulunmakla birlikte, ihale perspektifinden saydamlık; ihale sürecinde idare tarafından tesis edilen işlemlerin piyasa aktörlerine ve kamuoyuna açık bir şekilde gerçekleştirilmesidir. Bu sayede, idare tarafından ihale sürecinde gerçekleştirilen işlemler piyasa aktörleri ile kamuoyu açısından görünür ve anlaşılır kılınmaktadır. Saydamlık mekanizması ile ihaleler üzerinde kamuoyu denetimi de sağlanmış olmaktadır. 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 7 nci maddesinde de her türlü kamu kaynağının kullanılmasında mali saydamlık ilkesi çerçevesinde hareket edilmesi gerektiği düzenlenmiştir.

İhale edilecek işin ilan edilmesi, düzeltme ilanı yayımlanması, ilk oturumun aleni olması, ilk oturumdaki tutanakların oturuma katılanlardan talep edenlere verilmesi, teklifi değerlendirme dışı bırakılan istekliye gerekçe bildirilmesi, ihale sonuçlarının ilan edilmesi gibi zorunluluklar, saydamlık ilkesinin ihale uygulamasındaki yansımalarıdır.¹⁴²

Saydamlık ilkesi, ihale sürecinde gözetilmesi gereken aşağıdaki temel kuralları bünyesinde taşımaktadır.¹⁴³

- a) İhale ve ihaleye katılma şartlarıyla ilgili bilgi ve belgeler ile yeterlik kriterleri duyurulmalıdır.
- b) İhale dokümanı, ihale konusu işin teknik niteliklerini ve ihale sürecinde izlenecek hukuki prosedürü her hangi bir tereddüde, şüpheye ve müphemliğe meydan bırakmayacak açıklıkta tanımlamalıdır.
- c) İhale sürecindeki iş ve işlemler daha önce ilanla duyurulmuş ve ihale dokümanı ile isteklilerin bilgisine sunulmuş kurallara uygun biçimde gerçekleştirilmelidir.
- d) “Gizlilik” ilkesinin koruması dışında kalan iş ve işlemler isteklilere açık biçimde gerçekleştirilmelidir.

¹⁴² USLU/DEMİREL;a.g.e.,s.67.

¹⁴³ GÖK;a.g.m.,s.12-23.

- e) İhale sonucuyla ilgili gerekçeli bilgi verilmesi ve ihale sonucunun ilan edilmesi şeklindeki zorunlu işlemler yapılmalıdır.

B. Rekabet İlkesi

Rekabet ilkesi, ihalelere olabildiğince fazla isteklinin katılımı ve bunu da hiçbir baskı altında kalmadan yapabilmelerini ve isteklilerin serbestçe yarışabilmelerini gerektirir.¹⁴⁴ Rekabet olgusu inkar edilemez önem ve önceliği dolayısıyla tüm ihale kanunlarında temel ilkeler kapsamında sayılmış, tedarik süreçlerinin bu ilkeyi yaşatma ve güvence altına alma kabiliyetlerinin ölçüsü uygulanan ihale modelinin başarısının ve çağdaşlık düzeyinin bir göstergesi olarak değerlendirilmiştir.¹⁴⁵

İhale edilecek işin ilan edilmesi, ihaleye katılımı istenebilecek yeterlik belgelerinin Kanunun 10 uncu maddesinde belirlenmiş olması, bir işin danışmanlığını yapanın o işin ihalesine katılamaması, şartnamelerde belli bir marka veya model belirtmemesi veya belirli bir marka veya modele yönelik özellik ve tanımlara yer verilememesi, Kanunun 17 nci maddesinde sayılan yasak fiil ve davranışlarda bulunulamaması gibi düzenlemeleri, rekabet ilkesinin yansımaları olarak değerlendirmek mümkündür.

İhalede rekabet ilkesinin gerçekleşip gerçekleşmediği noktasındaki karar verme yetki ve sorumluluğu ihale komisyonu ve ihale yetkilisine ait bulunmakla birlikte, özellikle 5812 sayılı Kanun değişikliğinden önce, eski İhalelere Yönelik Yapılacak Başvurular Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre yapılan incelemeler neticesinde KİK' in sıklıkla salt rekabet ilkesinin gerçekleşmediği gerekçesiyle verdiği iptal kararları bulunduğu hususunu hatırlatmak gerekir.¹⁴⁶

¹⁴⁴ Danıştay 10. Dairesi Kararı, Esas No:1996/4274, Karar No:1998/5478.

¹⁴⁵ GÖK; a.g.m.,s.12-2

¹⁴⁶ GÖK; a.g.m.,s.12-23.

İhalelerde rekabetin sağlanması ve korunması amacıyla düzenleyicilerce dikkat edilmesi gereken konulardan bazıları şunlardır.¹⁴⁷

- İşlemi gerçekleştirecek idareler etkin ve rekabetçi bir ihale tasarımı konusunda eğitimden geçirilmelidir. Bu konularda içerisinde uzmanlar ve ekonomistlerin yer aldığı profesyonel bir kadro oluşturulmalıdır.
- İdarece ihale konusu nesne ve rekabetin yaşanacağı piyasa çok iyi tanımlanmalıdır.
- Nesnenin ikamesi olacak hiçbir mal ya da hizmet süreçten dışlanmamalı, alternatif ürün ve servislere izin verilmelidir.
- Rekabet karşıtı anlaşmaların yapılmasını ve oyuncular arası koordinasyonu zorlaştıracak şekilde katılımcı sayısı arttırılmalıdır.
- Süreçten beklenen ve istenen sonuca ulaşma konusunda takip edilmesi gereken mekanizmalar isteklilere en açık bir biçimde duyurulmalıdır.
- İhaleye katılan oyuncuların kimliğinin gizli kalması opsiyonu duruma göre kullanılmalıdır.
- Potansiyel taşeron firmaların ve fiyatlarının bilinmesi önem taşımaktadır.
- Çok sayıda küçük işin bir araya getirilerek bir bütün halinde ihaleye çıkılması, dönüşümlü teklifleri ve piyasaların bölüşülmesini engelleyici niteliktedir.
- Giriş engelleri olabildiğince ortadan kaldırılmalıdır.
- Rekabet karşıtı eylemlerin maliyeti yüksek olmalıdır. İhalelerde rekabet ortamını bozmaya yönelik davranışlarda bulunan oyuncular, belli bir süre veya süresiz olarak ihalelerden men edilmelidir. Bu bağlamda Rekabet Kurulunca, ihalelerde 4054 sayılı Kanun'un maddelerini ihlal ettiği tespit edilen teşebbüslerin ve ortaklarının, kamu ihalelerine katılmaları yukarıdaki yaptırıma tabi olmalı, süre ve ceza Kurul'ca takdir edilerek ve bu hüküm kanunla güvence altına alınmalıdır.

Türk Ceza Kanununun 235 inci maddesinde de yukarda izahı yapılan rekabeti bozan davranışlar suç olarak kabul edilmiştir. Bu çerçevede cebir veya tehdit

¹⁴⁷ <http://strategis.ic.gc.ca/SSG/ct02301e.html>,20.02.2014.

kullanmak suretiyle ya da hukuka aykırı diğer davranışlarla, ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye, ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek yada ihaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşma yapmaları rekabeti bozucu davranışlardır.

Buradaki anlaşma ihaleye katılmak isteyen veya katılan kişiler arasında yapılması gerekmektedir. Anlaşma fiilinin suç olarak tanımlanmasının sebebi, rekabet ortamını ortadan kaldırıcı etki doğurmasıdır.¹⁴⁸

Rekabet ilkesi, ihalenin ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren istekli üzerinde bırakılması açısından önem arz eden ihalenin olmazsa olmaz ilkesidir. İhalenin adil olmasını da içeren bu ilkenin tarafların ihale şartlarını veya fiyatı etkilemek suretiyle ihlali sonucu, faillerin TCK m.235/2-d hükmüne göre ceza sorumluluğuna gidilecektir.¹⁴⁹

C. Güvenirlilik İlkesi

Güvenirlilik ilkesi, ihaleyle ilgili tarafların ihale sürecine güven duyması ve ihale sürecinin istekliler açısından öngörülebilir olmasını ifade etmektedir. Esasen, güvenirlilik ilkesi saydamlık ilkesiyle sıkı bir bağlantı içerisindedir. Aslında saydamlık ilkesinin bir yansıması olarak değerlendirilebilecek her düzenleme, aynı zamanda güvenirlilik ilkesinin de bir yansımasıdır. Başka bir anlatımla, ihale aşaması ne kadar saydamsa, o kadar da güvenilirirdir.

Esas itibariyle ihaleyi yapan idareye duyulan güven, o idarenin yapa geldiği iş ve işlemlerin muhatabı olan kişilerin yeni iş ilişkisine girme konusundaki istek ve kararlarını etkileyen tecrübi bir olgudur. Güven derecesinin yüksekliği isteklilerin her hangi bir endişe, tereddüt, çekingenlik taşımadan açılan ihalelere katılmasını

¹⁴⁸ ÖZGENÇ;a.g.e.,s.54.

¹⁴⁹ ŞEN/AKSÜT;a.g.e.,s.37.

temin ederken; güven derecesinin düşüklüğü aksi yöndeki etkiyle isteklilerin ilgi ve isteğini azaltır.¹⁵⁰

İlk oturumun aleni olması, ilk oturumdaki tutanakların isteyenlere verilmesi zorunluluğu, idarenin ihale üzerinde bırakılan istekli ile 10 gün içinde sözleşme imzalama yükümlülüğü gibi düzenlemeler, güvenirlilik ilkesinin yansımasıdır.¹⁵¹

D. Eşit Muamele İlkesi

Kamu İhale Kanunu'nun 5 inci maddesinde yer alan eşitlik ilkesine göre, tüm istekliler ihale sürecinde eşit hak ve muameleye sahiptir. Bu durum Anayasanın 10 uncu maddesindeki "Kanun önünde eşitlik" başlıklı düzenlemenin bir sonucudur.¹⁵² Bu çerçevede kamu görevlisi, takdir yetkisini kullanırken nesnel, uygun ve geçerli gerekçelere dayanmalı, dürüstlük, tarafsızlık, profesyonellik, onur ve hukukilik ilkelerinden ayrılmamalıdır. Takdir yetkisinin sınırının muğlak tanımlarla değil, açık ve anlaşılır şekilde belirlenmesi gerekir. Böylece, kamu yönetiminde etik dışı davranışların sıklıkla çıktığı alan olan "idari takdir yetkisi"nin kamuda yarattığı zararlar azaltılabilir. Kamu görevlisi, takdir yetkisini kullanırken nesnel, uygun ve geçerli gerekçelere dayanmalı, dürüstlük, tarafsızlık, profesyonellik, onur ve hukukilik ilkelerinden ayrılmamalıdır.¹⁵³

İhale sürecinde rol alan kamu görevlilerinin takdir yetkilerini en aza indirecek önlemlerin ihale sistemine eklenmesi gerekmektedir. Örneğin, e-ihale sisteminin hayatı geçirilmesi, değerlendirmenin sistem tarafından yapılmasını ve ihale komisyonunun takdir yetkisini minimum seviye indirilmesini sağlayacaktır. E-ihale sistemi gibi ihale komisyonlarında yer alan kamu görevlilerinin takdir yetkisini en aza

¹⁵⁰ GÖK; a.g.m.,s.12-23.

¹⁵¹ USLU/DEMİREL;a.g.e.,s.69.

¹⁵² ŞEN/AKSÜT;a.g.e.,s.37.

¹⁵³ YÜKSEL Cüneyt; Kamu Hizmetinde Etik ve Çıkar çatışması, 2. Siyasette ve Yönetimde Etik Sempozyumu, Bildiriler Kitabı, 2005, s,163.

indirecek bir ihale sistemin kurulması idarenin takdir yetkisi kaynaklı etik dışı uygulamaları azaltacaktır.¹⁵⁴

İdarelerin isteklilere ihale sürecinde eşit muamelede bulunmaları gerekmekte olup, aynı durumda olan isteklilere farklı muamele edilemez. Buna göre, idarelerin aynı durumda olan istekliler için aynı işlemi tesis etmeleri bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır. Aksi durum, adalet duygusunu ve hakkaniyet ilkesini de zedeler. Örneğin, iş deneyim belgesi benzer işe uygun olmadığı gerekçesiyle değerlendirme dışı bırakılan bir isteklinin bulunduğu ihalede, aynı durumda olan başka bir istekli üzerine ihale yapılması eşit muamele ilkesine aykırılık oluşturacaktır.

Eşit muamele ilkesine uymayarak örneğin hileli bir takım hareketlerle bazı istekiler yararına bir takım davranışlarda bulunmak da Türk Ceza Kanununun 235 inci maddesinde belirtilen ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturabilecektir.

4734 sayılı Kanunun 56 ncı maddesinde, “*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.*” hükmünün yer almış olması da eşit muamele ilkesinin ihale süreci açısından önemini göstermektedir. Buna göre, Kamu İhale Kurumu itirazın şikayet üzerine yapacağı incelemede, itiraz edilen işlemler bakımından eşit muamele ilkesinin ihlal edilip edilmediğini, bu konuda herhangi talep olmasa da (kendiliğinden) inceleyecektir.

Kanunun 12 nci maddesinde yer alan şartnamelerde belli bir marka veya model belirtilememesi veya belirli bir marka veya modele yönelik özellik ve tanımlara yer verilememesi düzenlemesini de eşit muamele ilkesinin bir yansıması olarak değerlendirmek mümkündür.

¹⁵⁴ SAYER/BARUTÇU;a.g.m.,s.76-83.

E. Kamuoyu Denetimi İlkesi

Kamuoyu denetimi ilkesi, vatandaşların ihalelerden haberdar olma ve ihalelerle ilgili idareden bilgi alma hakkı olarak açıklanabilir. İhale sonuçlarının ilan edilmesi zorunluluğu, istekli ile istekli olabileceklere şikayet ve itirazın şikayet hakkının tanınmış olması, esasen kamuoyu denetimi ilkesinin birer yansımasıdır.¹⁵⁵

Bu çerçevede mevzuat incelendiğinde zaman 5018 Sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun “Mali Saydamlık” başlığını taşıyan 7 nci maddesinde;

“Her türlü kamu kaynağının elde edilmesi ve kullanılmasında denetimin sağlanması amacıyla kamuoyu zamanında bilgilendirilir. Bu amaçla;

a) Görev, yetki ve sorumlulukların açık olarak tanımlanması,

b) Hükümet politikaları, kalkınma planları, yıllık programlar, stratejik planlar ile bütçelerin hazırlanması, yetkili organlarda görüşülmesi, uygulanması ve uygulama sonuçları ile raporların kamuoyuna açık ve ulaşılabilir olması,

c) Genel yönetim kapsamındaki kamu idareleri tarafından sağlanan teşvik ve desteklemelerin bir yılı geçmemek üzere belirli dönemler itibarıyla kamuoyuna açıklanması,

d) Kamu hesaplarının standart bir muhasebe sistemi ve genel kabul görmüş muhasebe prensiplerine uygun bir muhasebe düzenine göre oluşturulması, zorunludur.

Malî saydamlığın sağlanması için gerekli düzenlemelerin yapılması ve önlemlerin alınmasından kamu idareleri sorumlu olup, bu hususlar Maliye Bakanlığınca izlenir.”

¹⁵⁵ USLU/DEMİREL;a.g.e.,s.69.

4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanununun; “Bilgi edinme hakkı” başlıklı 4 üncü maddesinde;

“Herkes bilgi edinme hakkına sahiptir.

Türkiye’de ikamet eden yabancılar ile Türkiye’de faaliyette bulunan yabancı tüzel kişiler, isteyecekleri bilgi kendileriyle veya faaliyet alanlarıyla ilgili olmak kaydıyla ve karşılıklılık ilkesi çerçevesinde, bu Kanun hükümlerinden yararlanırlar.

Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerden doğan hak ve yükümlülükleri saklıdır.”

“Bilgi verme yükümlülüğü” başlıklı 5 inci maddesinde;

“Kurum ve kuruluşlar, bu Kanunda yer alan istisnalar dışındaki her türlü bilgi veya belgeyi başvuruların yararlanmasına sunmak ve bilgi edinme başvurularını etkin, süratli ve doğru sonuçlandırmak üzere, gerekli idarî ve teknik tedbirleri almakla yükümlüdürler.

Bu Kanun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren diğer kanunların bu Kanuna aykırı hükümleri uygulanmaz.”

Hükümleri yer almaktadır.

Aynı Kanunun 15 inci maddesinden başlayan hükümlerle ise bilgi edinme hakkının sınırları düzenlenmektedir. Diğer yandan, 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanunla getirilen dilekçe hakkı ile de vatandaşlara kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında, Türkiye Büyük Millet Meclisine ve yetkili makamlara yazı ile başvurma imkanı verilmiştir. Söz konusu Kanunun 3 üncü maddesine göre;

“Türk vatandaşları kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında, Türkiye Büyük Millet Meclisine ve yetkili makamlara yazı ile başvurma hakkına sahiptirler.” Söz konusu Kanunlarda yer alan bütün düzenlemeler kamuoyu denetimini sağlamaya yöneliktir.

F. İhtiyaçların Uygun Şartlarla ve Zamanında Karşılanması İlkesi

İdarelerin bu Kanuna göre yapacakları ihalelerde ihtiyaçlarını uygun şartlarla ve zamanında karşılamaı gerekmektedir ki, son tahlilde kamu hizmeti vatandaşlara daha iyi verilebilsin. Bu çerçevede, idarelerin işin yapım tekniğini belirleyebilmesi, teknik şartnamelerde düzenlemeler yapabilmesi, fiyat dışı unsurlara yer verebilmesi, işin zamanında bitirilmesini teminen gecikme cezası öngörebilmesi gibi hususlar ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını sağlamaya yöneliktir.

Söz konusu ilkeyi hayata geçirmek adına mal ve hizmet alımlarında ise, arz piyasasındaki şartlar dikkate alınarak ihtiyacın konusu ve miktarı ile izlenecek ihale takvimi belirlenmelidir. Özellikle yıl içerisinde mevsim şartları itibariyle fiyatı değişkenlik arz eden veya geçmiş yıl verilerine göre sağlıklı fiyat tahmini yapılması imkanı bulunmayan ihtiyaçların uygun olmayan mevsimlerde ihale edilmesi ve uzun süreli sözleşmelere bağlanması idare zararına sebebiyet verebilir. Bu nedenle, yaş sebze ve meyve alımları, inşaat malzeme ve gereçleri gibi fiyatları mevsimsel etkilere açık ihtiyaçların uygun oldukları zamanlarda ihale edilmesi ve sözleşmenin de öngörülebilir bir süreyle sınırlı olması gereklidir.¹⁵⁶

G. Kaynakların Verimli Kullanılması İlkesi

İdareler, bu Kanuna göre yapacakları ihalelerde kaynakların verimli kullanılmasını da sağlamakla sorumludur. Bu çerçevede, sadece fiyat esasına göre değerlendirme yapılan durumlarda ihalenin en düşük teklif fiyatı sunan üzerinde bırakılması, aşırı düşük tekliflerin reddedilmesi, yıllara sari yapım işlerinde ödenek programlamasının zorunlu olması gibi düzenlemeler kaynakların verimli kullanılmasını sağlamaya yöneliktir.

5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 8 inci maddesine göre de, her türlü kamu kaynağının elde edilmesi ve kullanılmasında görevli ve yetkili olanlar, kaynakların etkili, ekonomik, verimli ve hukuka uygun olarak elde

¹⁵⁶ GÖK; a.g.m.,s.12-23.

edilmesinden, kullanılmasından, muhasebeleştirilmesinden, raporlanmasından ve kötüye kullanılmaması için gerekli önlemlerin alınmasından sorumludur ve yetkili kılınmış mercilere hesap vermek zorundadır.

Bu kapsamda bilgi ve iletişim teknolojilerinde yaşanan hızlı gelişmeye paralel olarak kamu alımı uygulamalarının elektronik ortamda gerçekleştirilmesi kamu alım sistemine modernlik, hız, etkinlik, verimlilik, eşit muamele, saydamlık getirmekte ve daha düşük maliyetlerle alım yapılabilmesine imkan sağlayabilir.¹⁵⁷

H. Aralarında Kabul Edilebilir Doğal Bir Bağlantı Olmadığı Sürece Mal Alımı, Hizmet Alımı ve Yapım İşlerinin Birarada İhale Edilememesi İlkesi

Aralarında kabul edilebilir *doğal bir bağlantı* olmadığı sürece mal alımı, hizmet alımı ve yapım işleri birarada ihale edilemez.

Bu anlamda 4734 sayılı Kanunda;

Hizmet işinin hizmet sunucusu, yapım işinin yapım müteahhidi ve mal alımının mal tedarikçisi tarafından yapılmasını öngörülmüştür. Aksi durum rekabeti engelleyerek ihale fiyatını yükseltir.

Bu durumun istisnasını aralarında kabul edilebilir bir doğal bağlantı olma hali oluşturmaktadır.

Örneğin, bir bina yapım işi ile binanın temizlik işi birarada ihale edilemez. Çünkü iki iş arasında doğal bir bağlantı yoktur.

Doğal bağlantı ile kastedilen yapılan işlerin birbirinin esaslı unsuru olması, birlikte ihale edilmeleri zorunluluğunun bulunmasıdır. Örneğin bir toplantı salonu yaptırılmasında (yapım işi) salonda yere sabitlenen koltuklar o salonun mütemmim cüzü (tamamlayıcı parçası) olduğundan yapım işinin projesine dahil edilebilir. Öte

¹⁵⁷ KOÇBERBER; a.g.m., s.131-137.

yandan hareketli (portatif) mobilya ise yapım işi ile birlikte ihale edilemez, ayrı bir mal alımı ihalesi ile alınmalıdır.

Sayıştay Daireler Kurulu 2886 sayılı Kanun uygulamasına ilişkin olarak vermiş olduğu benzer bir konuya ilişkin kararında¹⁵⁸, çevre duvarı yaptırılması, çevre aydınlatılması, seslendirme ve kapalı devre televizyon sistemleri ve telefon santrali kurulması işlerinin hizmet binası inşaatının mütemmim cüzünden olması ve birbirleriyle bağlantılı ve yapım esnasında birbirini takip etmesi gereken nitelikte bulunması gerekçeleriyle bir bütünlük içerisinde ihale edilmesinde mevzuata aykırılık bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır.

Bu kapsamda park yapım işinin mütemmimden olan, asli ve tali imalatlar olarak ayrılması mümkün olmayan işlerin de (çevre duvarı, yürüyüş yolları, oturma, dinlenme üniteleri, çocuk oyun alanı ve elemanları, bank, çöp kutusu, aydınlatma elemanı gibi donatıları.) asıl iş kapsamında yaptırılması mümkündür.¹⁵⁹

Temizlik işinin (hizmet) kapsamına temizlik malzemeleri (mal) dahil edilebilir.

Diğer taraftan alınacak mal, hizmet ve yapım işlerinin de bölünmeden bir bütün halinde alınması gerekir. Örneğin 1 yıllık bir temizlik hizmet alımı 2 ayrı ihalede 6'şar aylık alınmaz. Yine, yapım işi olması gereken bir iş, kullanılacak malzemelerin mal alımı, yapılacak işteki proje ve işçilik kısmının ise hizmet alımı olarak ihale edilmesi mümkün değildir.

I. Eşik Değerlerin Altında Kalmak Amacıyla Mal ve Hizmet Alımlarıyla Yapım İşlerinin Kısımlara Bölünememesi İlkesi

4734 sayılı Kanununun 5 inci maddesinde “Eşik değerlerin altında kalmak amacıyla mal veya hizmet alımları ile yapım işleri kısımlara bölünemez.” hükmü yer almaktadır.

¹⁵⁸ Sayıştay Daireler Kurulunun 28.12.1993 tarih ve 856 sayılı Kararı.

¹⁵⁹ Sayıştay Temyiz Kurulunun 13.10.2003-14.10.2003 tarih ve 26685 Tutanak Sayılı Kararı.

Kanunun 8 inci maddesinde Kanunun uygulanmasında esas alınacak eşik değerler belirtilmiş olup, idarelerin yaklaşık maliyetlerini dikkate alarak öncelikle ihale edilecek işin eşik değerinin altında mı üstünde mi olduğunu belirlemeleri gerekmektedir. Zira, ihale edilecek işin eşik değerinin altında olması halinde uygulanacak hükümler farklı, üstünde olması halinde uygulanacak hükümler farklıdır.

4734 sayılı Kanun ve Yapım Yönetmeliği hükümleri incelendiğinde, eşik değerinin altındaki ihalelere ilişkin sürecin, eşik değerinin üstündeki ihalelerdeki süreçle oranla daha basit ve sade olacak şekilde düzenlendiği görülmektedir.¹⁶⁰

İdareler tarafından aynı ihale konusu olabilecek işlerin kısımlara bölünerek, 4734 sayılı Kanununun 22 nci maddesinin (d) bendinde belirlenen parasal limitlerin altında kalmak suretiyle doğrudan temin yönteminin kullanılması da doğru değildir. Zira, bu durum Kanunun temel ilkelerine aykırılık teşkil etmektedir. Söz gelimi, büyükşehir belediyesi sınırları içinde yer alan bir idarenin yaklaşık maliyeti 50.000 TL olarak belirlenen tadilat işini sırf doğrudan temin yöntemini kullanabilmek amacıyla 30.000 TL ve 20.000 TL olmak üzere iki kısma bölerek doğrudan teminle alım gerçekleştirmesi mevzuata aykırı olacaktır. Nitekim, Genel Tebliğin 22.5.1.2.maddesinde *“Ayrıca, 4734 sayılı Kanununun 19 uncu maddesine göre açık ihale usulü ile temini gereken ihtiyacın, Kanununun 22 nci maddesinin (d) bendi için öngörülen parasal sınırların altında kalacak şekilde, adet bazında veya aynı ihale konusu içinde yer alabilecek nitelikteki mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinin, kalemlere veya gruplara bölünmek suretiyle aynı Kanununun 22 nci maddesinin (d) bendine göre temini, 4734 sayılı Kanununun temel ilkelerine aykırılık teşkil ettiğinden, bu yönde uygulamaların sorumluluk doğuracağı hususuna dikkat edilmesi gereklidir.”* açıklaması yapılmıştır.

¹⁶⁰ USLU/DEMİREL;a.g.e.,s.71.

J. Açık İhale ve Belli İstekliler Arasında İhale Usulünün Temel Usul Olması İlkesi

4734 sayılı Kanunun 5 inci maddesinde *“Bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulü temel usullerdir. Diğer ihale usulleri Kanunda belirtilen özel hallerde kullanılabilir.”* hükmüne yer verilmiştir.

Söz konusu düzenlemeden çıkan sonuç, 4734 sayılı Kanun uygulamasında açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulünün esas olduğu, pazarlık usulüyle ihale yapılmasının ve bir ihale usulü olmayan doğrudan temin yönteminin kullanılmasının istisna olduğu ve sadece Kanunda belirtilen özel hallerde kullanılabileceğidir.

Bu çerçevede, Kanunun 21 inci maddesinde pazarlık usulü ile ihale yapılabilecek haller, 22 nci maddesinde ise doğrudan temin usulüyle alım yapılabilecek haller sayılmıştır.

Kanunda yer alan açık ihale ve belli istekliler arasında ihale usullerinin temel usul olduğu ve diğer usullerin sadece Kanunda belirtilen özel hallerde kullanılabileceği ifadesi, ilk etapta açık ihale ve belli istekliler arasında ihale usulünün ikisinin de her durumda kullanılabileceği ve herhangi bir özel şartta tabi olmadığı kanısını uyandırmakta ise de, bu doğru değildir. Zira, Kanunda belli istekliler arasında ihale usulünün hangi hallerde kullanılabileceğine ilişkin özel düzenleme mevcuttur.

K. Gizlilik İlkesi

Gizlilik, ihale sürecindeki bazı bilgilerin belli aşamalardan önce paylaşılmamasını ifade eder.

4734 sayılı Kanununun 61 inci maddesinde, “*Bu Kanunun uygulanmasında görevliler ile danışmanlık hizmeti sunanlar; ihale süreci ile ilgili bütün işlemlere, isteklilerin iş ve işlemleri ile tekliflerin teknik ve malî yönlerine ilişkin olarak gizli kalması gereken bilgi ve belgelerle işin yaklaşık maliyetini ifşa edemezler, kendilerinin veya üçüncü şahısların yararına kullanamazlar. Aksine hareket edenler hakkında ilgisine göre 58 ve 60 ıncı maddelerde belirtilen müeyyideler uygulanır.*”

Bu çerçevede yaklaşık maliyetin gizliliği esas olup, yaklaşık maliyetin üçüncü kişilere sızdırılması eylemi, ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturabilecektir. Türk Ceza Kanununun 235 inci maddesinde de tekliflerle ilgili olup da ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak suç sayılmıştır.

Burada ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşması için, yaklaşık maliyetin ifşasının alenen olması gerekmez.¹⁶¹

II. İHALE SÜREÇLERİNDE İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇUNUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 235 inci maddesinde düzenlenen ihaleye fesat karıştırma suçu bakımından ihale süreçlerinden olan tekliflerin sunulması, açılması ve değerlendirilmesi aşamaları önem arz etmektedir.

A. Tekliflerin Sunulması Aşamasında Suçun Ortaya Çıkış Biçimleri

4734 sayılı Kanunun “Tekliflerin Hazırlanması ve Sunulması” başlıklı 30 uncu maddesinde teklif zarfı ve teklif mektubunda yer alması gereken bilgiler ile söz konusu belgelerin taşınması zorunlu şekil unsurları sayılmıştır.

4734 sayılı Kanunun 30 uncu maddesinde, “*Teklif mektubu ve geçici teminat da dahil olmak üzere ihaleye katılabilme şartı olarak istenilen bütün belgeler bir*

¹⁶¹ ÖZGENÇ;a.g.e.,s.45.

zarfa konulur. Zarfın üzerine isteklinin adı, soyadı veya ticaret unvanı, tebligata esas açık adresi, teklifin hangi işe ait olduğu ve ihaleyi yapan idarenin açık adresi yazılır. Zarfın yapıştırılan yeri istekli tarafından imzalanır ve mühürlenir.” hükmü yer almaktadır.

Teklif zarfına yukarıda belirtilen hususların herhangi birinin yazılmaması, eksik veya yanlış yazılması durumunda nasıl bir işlem tesis edileceği tereddüt konusu olabilir.

Gerçek kişi isteklilerin teklif zarfı üzerine ad soyadını, tüzel kişi isteklilerin ise ticaret unvanını yazması gerekmekte olup, aksi durum teklifin değerlendirmeye alınmaması sonucunu doğuracaktır.

İstekli teklif zarfının üzerine tebligata açık adresini eksik yazmış olabilir. Söz gelimi, isteklinin adres olarak sadece il adını, örneğin Elazığ yazmakla yetinmesi durumunda teklif zarfı açılmalı mıdır? Bu durumda, Kanununun 30/I maddesinde belirtilen diğer şartların tamamının bulunması durumunda, tebligat adresinin eksik yazılmış olmasına dayanarak teklif zarfının açılmaması ağır bir karar olabilecektir. Dolayısıyla, anılan durumda teklif zarfının açılması kanaatimizce daha uygun bir yaklaşımdır.¹⁶²

Teklifin hangi işe ait olduğunun teklif zarfı üzerine yazılması da önemli bir husustur. Zira, aynı saatte veya yakın saatte aynı binada veya yerde başka bir ihalenin yapılması söz konusu ise, teklif zarfının üzerine işin adının yazılması karışıklığın oluşmasını engelleyecektir. Teklif zarfının üzerine sadece ihale kayıt numarasının yazılması da yeterli olup, bu durumda teklif zarfının kabulünde herhangi bir sakınca bulunmamaktadır.

Teklif zarfının üzerine ihaleyi yapan idarenin açık adresi de yazılacaktır. Kanun koyucunun teklif zarfı üzerine “idarenin açık adresi”nin yazılmasını belirtmesindeki amaç; adres karışıklığına mahal vermemek ve teklif zarfının ihaleyi yapan idareye ulaşmasını sağlamak içindir. Dolayısıyla teklif zarfının üzerindeki

¹⁶² USLU/DEMİREL;a.g.e.,s.443.

eksik adrese rağmen teklif zarfı ihale komisyonuna ulaşmışsa zarfın uygun olduğu kabul edilmelidir.

Teklif zarfının yapıştırılan yerinin istekli tarafından imzalanması ve mühürlenmesi gerekmekte olup, bu düzenleme teklif zarfının güvenliğini sağlamak içindir. İstekli tarafından kaşe basılmasını, mühürleme işleminin gerçekleştirilmesi açısından yeterli görmek gerekmektedir.

Nitekim Genel Tebliğin 16.1. maddesinde “4734 sayılı Kanununun 30 uncu maddesinin birinci fıkrasında yer alan “zarfın yapıştırılan yeri istekli tarafından imzalanır ve mühürlenir” hükmünün, zarfın yapıştırılan yerinin ihaleye katılan aday veya istekli tarafından imzalanıp, kaşesinin veya mührünün basılması şeklinde uygulanması gerekmektedir.....” açıklaması yapılmıştır.

İsteklinin ortak girişim olması halinde, teklif zarfına bütün ortakların ad soyad veya ticaret unvanı yazılmalıdır.

İhaleye katılan isteklinin ortak girişim olması halinde zarfın yapıştırılan yerinin ortaklardan herhangi biri tarafından imzalanarak kaşelenmesi veya mühürlenmesi yeterlidir. Dolayısıyla, zarfın yapıştırılan yerinin ortak girişimin tüm ortakları veya pilot/koordinatör ortak tarafından imzalanması gibi bir zorunluluk söz konusu değildir.

Teklif zarfları ihale dokümanında belirtilen ihale saatine kadar sıra numaralı alındılar karşılığında idareye verilir. Bu saatten sonra verilen teklifler kabul edilmez ve açılmaksızın iade edilir. Teklifler idareye elden verilebileceği gibi, iadeli taahhütlü posta, normal posta, veya kargo yoluyla da gönderilebilir. Posta ile gönderilecek tekliflerin ihale dokümanında belirtilen ihale saatine kadar idareye ulaşması şarttır. Postadaki gecikme nedeniyle işleme konulmayacak olan tekliflerin alınış zamanı bir tutanakla tespit edilir.

B. Tekliflerin Açılması Aşamasında Suçun Ortaya Çıkış Biçimleri

4734 sayılı Kanunun “Tekliflerin Alınması ve Açılması” başlıklı 36 ncı maddesinde teklif zarflarının alınması, ihale komisyonuna teslimi ve açılması işlemlerinin nasıl gerçekleştirileceği hüküm altına alınmıştır. Özellikle ilk oturumda tutulması gereken tutanakların usulüne uygun olarak düzenlenmesi önem arz etmektedir. Zira, bazı durumlarda ilk oturumda gerçekleştirilen hatalı işlemlerin ihya edilmesi, başka bir anlatımla sonradan düzeltilmesi mümkün olmamakta ve ihalenin iptali gündeme gelebilmektedir.

4734 sayılı Kanunun 36 ncı maddesine göre teklifler, ihale dokümanında belirtilen ihale saatine kadar idareye verilir. Kanunun çeşitli maddelerinde “son teklif verme günü” ifadesine yer verilmişse de, bu ifadenin “ihale gününü” ifade etmek amacıyla kullanıldığı anlaşılmaktadır. Teklifler idareye elden verilebileceği gibi, iadeli taahhütlü posta, normal posta veya kargo yolu ile de gönderilebilir.

4734 sayılı Kanunun 36 ncı maddesi çerçevesinde ihale komisyonu tarafından ilk oturumda yapılması gerekenler şöyle sıralanabilir:

- 1) İhale saati geldiğinde ihale komisyonu öncelikle ihale saatine kadar kaç teklif verilmiş olduğunu bir tutanakla tespit eder ve bunu hazır bulunanlara duyurur. Bu duyurunun ardından hemen ihaleye başlanır.
- 2) Öncelikle teklif zarfları alınış sırasına göre incelenir ve bu inceleme neticesinde Kanunun 30 uncu maddesine uygun olmayan zarflar bir tutanak ile belirlenerek değerlendirmeye alınmaz. Daha açık anlatımla, uygun olmayan teklif zarfları açılmaz. Söz konusu tutanağa teklif zarfının neden uygun olmadığına ilişkin gerekçelerin yazılması gerekmektedir.
- 3) Teklif zarflarının incelenmesinin ardından, teklif zarfları açılmadan önce yaklaşık maliyet açıklanacak ve bu husus tutanağa bağlanacaktır. Ancak, isteklilerce sunulan teklif zarflarının hiçbirinin Kanunun 30 ucu maddesine uygun olmadığına anlaşılması halinde yaklaşık maliyet açıklanmayacaktır. Diğer taraftan, pazarlık usulü ile yapılan ihalede

yaklaşık maliyetin son yazılı fiyat teklifleri ile birlikte açıklanması gerekmektedir.

- 4) Kanununun 30 ucu maddesine uygun olan teklif zarfları belirlendikten ve yaklaşık maliyet açıklandıktan sonra, zarflar isteklilerle birlikte hazır bulunanlar önünde alınış sırasına göre açılır. İlk oturumu ihaleye teklif versin vermesin, ilgisi olsun olmasın herkes izleyebilir, ancak izleyicilerin ihale komisyonunu yönlendirici veya ihale komisyon toplantısının düzenini bozacak nitelikte davranışta bulunmamaları gerekir. Anılan şekilde davrananların ihale salonundan çıkartılmasına ihale komisyonunca karar verilebilir.
- 5) Alınış sırasına göre her teklif zarfı açılarak isteklilerin belgelerinin eksik olup olmadığı ve teklif mektubu ile geçici teminatlarının uygun olup olmadığı kontrol edilerek, bu durum zarf açma ve belge kontrol tutanağına işlenecektir. Buna göre, ilk oturumda sadece teklif mektubu ile geçici teminat mektubunun usulüne uygun olup olmadığı incelenecek, diğer belgelerin ise sadece var olup olmadığı tespit edilecektir. Bu çerçevede, zarf açma ve belge kontrol tutanağında teklif mektubu ve geçici teminat mektubu için UYGUN-UYGUN DEĞİL, diğer belgeler için ise VAR-YOK şeklinde bir tespit yapılacaktır.
- 6) Zarf açma ve belge kontrol tutanağı düzenlendikten sonra ise isteklilerin teklif fiyatları açıklanır ve bu husus tutanağa bağlanır. Bu aşamada, hangi isteklinin ne kadar teklif verdiği ortaya çıkacaktır. Hangi isteklinin ne kadar teklif fiyatı verdiğinin belge kontrolü yapıldıktan sonra açıklanması, ihale komisyonunun belge kontrolü yaparken teklif fiyatlarını bilmemesinin daha uygun olacağı düşüncesinden kaynaklanmaktadır.¹⁶³
- 7) Belge kontrolü yapıp teklif fiyatları açıklandıktan sonra, bu işlemlere ilişkin tutanaklar ihale komisyonu üyelerince unvan belirtilmek suretiyle imzalanacaktır.

¹⁶³ USLU/DEMİREL;a.g.e.,s.463.

- 8) Zarf açma ve belge kontrol tutanağı ile teklif edilen fiyatlara ilişkin tutanak aşağıda ayrıntılarıyla açıklanacağı üzere isteyenlere verilir ve bu husus tutanağa bağlanır.
- 9) Kanununun 36 ncı maddesinde belirtildiği üzere ilk oturumda; hiçbir teklifin reddine veya kabulüne karar verilmez, teklifi oluşturan belgeler düzeltilemez ve tamamlanamaz. Buna göre, Kanun ilk oturumda ihale komisyonunun sadece tespit yapmakla yetinmesini öngörmekte, bunun ötesinde herhangi bir işlem gerçekleştirilmesine cevaz vermemektedir.
- 10) İlk oturumdaki işlemler tamamlandıktan sonra tekliflerin ihale komisyonunca hemen değerlendirilebilmesi amacıyla oturum kapatılır.

C. Tekliflerin Değerlendirilmesi Aşamasında Suçun Ortaya Çıkış Biçimleri

4734 sayılı Kanunun “Tekliflerin Değerlendirilmesi” başlıklı 37. maddesinde ihale komisyonunun herkese açık (aleni) gerçekleştirilen ilk oturumdan sonra yapacağı işlemler düzenlenmiştir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, tekliflerin esastan değerlendirileceği bu aşama gizli olarak (kapalı oturumda) gerçekleştirilecektir.¹⁶⁴

İhale komisyonu tarafından tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında öncelikle belgeleri eksik olduğu veya teklif mektubu ile geçici teminatı usulüne uygun olmadığı 36. maddeye göre ilk oturumda (zarf açma belge kontrol tutanağı) tespit edilen isteklilerin değerlendirme dışı bırakılmasına karar verilir.

İdari şartnamede katılım ve yeterlik belgeleri sayılmış olup, isteklilerin bu belgeleri eksiksiz olarak idareye sunması gerekmektedir. Teklif kapsamında sunulacak belgelerde bilgi eksikliği bulunması durumunda teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasının kamu yararına ters düşebileceği ve şekli bir yaklaşım olacağı hususunu göz önünde bulunduran kanun koyucu, teklifin esasını değiştirecek nitelikte olmaması kaydıyla, belgelerde yer alan bilgi eksikliğini tamamlatılmasına imkan tanımıştır.

¹⁶⁴ USLU/DEMİREL;a.g.e.,s.466.

4734 sayılı Kanununun 37 inci maddesinde, teklifin esasını değiştirecek nitelikte olmaması kaydıyla belgelerde bilgi eksikliği bulunması halinde bu eksik bilgilerin tamamlanmasının yazılı olarak isteneceği belirtilmiş, ancak belge eksikliğinin tamamlanabileceği yolunda bir hükme yer verilmemiştir. Dolayısıyla, ihalelerde belge eksikliğinin tamamlanması mümkün değildir.

Buna göre, idarelerce isteklilere tamamlanması talep edilen bilgi eksikliklerinin giderilmesine ilişkin belgelerin niteliği dikkate alınarak 2 (iki) işgününden az olmamak üzere makul bir tamamlama süresi verilmesi gerekmektedir. Bilgi eksikliğini süresinde tamamlamayan isteklinin geçici teminatının gelir kaydedileceği dikkate alındığında, ihale komisyonunun makul bir süre tanınması daha önemli hale gelmektedir.

İstekliye bilgi eksikliğinin tamamlanmasına imkan vermeyecek ölçüde kısa süre verilmesi durumunda, istekli bu hususu idareye dilekçeyle hemen bildirmeli ve gerekçelerini de belirtmek suretiyle bu sürenin uzatılmasını talep etmelidir.

Bu aşamada yapılacak işlemlerden biri de aritmetik hata kontrolüdür.

4734 sayılı Kanununun 37 nci maddesinde ihale komisyonu tarafından tekliflerin değerlendirilmesi kapsamında birim fiyat teklif cetvellerinde aritmetik hata bulunup bulunmadığının da inceleneceği ve birim fiyat teklif cetvellerinde aritmetik hata bulunan tekliflerin değerlendirme dışı bırakılacağı hüküm altına alınmıştır.

4734 sayılı Kanununun 5812 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki halinde, aritmetik hata tespit edilmesi halinde, aritmetik hataların ihale komisyonu tarafından re'sen düzeltilmesi ve istekliye düzeltilmiş teklifi kabul edip etmediğinin sorulması söz konusuydu. Ancak 5812 sayılı Kanun değişikliği doğrultusunda artık birim fiyat teklif cetvelinde aritmetik hata tespit edilen isteklinin teklifinin doğrudan değerlendirme dışı bırakılması gerekmektedir.

Böyle bir düzenleme yapılmasında basiretli bir tacirin aritmetik hata yapmaması, yapıyorsa da bunun sonucuna katlanması gerektiği düşüncesinin yanı

sıra aritmetik hata düzeltme uygulamasının Kanununun 36. maddesinde öngörülen isteklilere ait teklif fiyatlarının açıklanması şeklindeki saydamlık anlayışıyla bağdaşmaması, uygulamada kötüye kullanılan örneklerinin görülmesi ve aritmetik hata düzeltilmesi sonucu isteklilerin sıralamasının değişmesine sebep olunması etkili olmuştur. Aritmetik hata tespit edilen teklifin doğrudan değerlendirme dışı bırakılmasının isteklilerce sorumluluk taşıyan gerçekçi teklif hazırlanması prensibinin bir sonucu olduğu da söylenebilir.

Aritmetik hata, birim fiyat teklif cetvelindeki çarpım veya toplam sonuçlarında yer alan hesaplama hatalarını ifade etmektedir. Bu bağlamda, aritmetik hata bulunup bulunmadığını tetkik etmek ihale komisyonunun görevidir ve bu incelemenin tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında mutlaka yerine getirilmesi gerekmektedir. Aritmetik hata kontrolü birim fiyat üzerinden ihale edilen işlerde söz konusu olup, anahtar teslimi götürü bedel işlerde işin niteliği gereği uygulanamamaktadır.

Bu aşamada yapılması gereken işlemlerden biri de aşırı düşük tekliflerin tespiti ve sorgulanmasıdır.

Bütün bu işlemler sonucu ekonomik açıdan en avantajlı teklif tespit edilerek ihale sonuçlandırılacaktır.

III. İHALE USULLERİNİN KULLANILMASINDA İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇUNUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ

İdarelerce mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalelerinde aşağıdaki usullerden biri uygulanır:

- a) Açık ihale usulü.
- b) Belli istekliler arasında ihale usulü.
- c) Pazarlık usulü.

4734 sayılı Kanunun “Temel ilkeler” başlıklı 5 inci maddesinde açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulünün bu Kanunun uygulanmasında temel usuller olduğu, diğer ihale usullerinin ise sadece Kanunda belirtilen özel hallerde kullanılabilceği hüküm altına alınmış bulunmaktadır.

Yukarda sayılan ihale usullerinin yanlış tespiti durumunda, örneğin açık ihale usulü ile yapılması gereken bir ihale, belli istekliler arasında ihale usulü ile veya kısımlara bölünmek suretiyle pazarlık usulü ile yapılması durumunda ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşup oluşmayacağı tartışılabilir. Bu gibi durumlarda hileye dayanan veya cebir ya da tehdit uygulanarak gerçekleştirilen bir davranış bulunmadığı için ihaleye fesat karıştırma suçu bakımından tipik bir davranıştan bahsedilemez. Bu nedenle konunun, ihaleyi gerçekleştiren kamu görevlileri bakımından görevi kötüye kullanma suçu bağlamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Ancak bunun için görevi kötüye kullanma suçunun unsurlarının oluştuğu da tespit edilmelidir.¹⁶⁵

IV. İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇUNUN DOĞRUDAN TEMİNDE UYGULANMA SORUNU

22.01.2002 tarihli ve 24648 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 4734 sayılı Kamu İhale Kanununda doğrudan temin bir ihale usulü olarak belirlenmişti. 15.08.2003 tarihli ve 25200 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 4964 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 12 nci maddesi ile doğrudan temin bir ihale usulü olmaktan çıkarılmıştır. Bu durumda, 4734 sayılı Kanunda açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü ve pazarlık usulü bir ihale usulü olarak belirlenmişken, doğrudan temin bir ihale yöntemi olarak değil, bir alım yöntemi olarak sayılmıştır.

İhaleye fesat karıştırma suçunu oluşabilmesi için Kamu kurumu veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihalelerde söz konusu suçun işlenmesi gerekir. Halbuki 15.08.2003 tarihli ve

¹⁶⁵ KOCA/ÜZÜLMEZ;a.g.e.,s.685.

25200 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 4964 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 12 nci maddesi ile doğrudan temin bir ihale usulü olmaktan çıkarılmış olup, bir alım yöntemi haline getirilmiştir. Dolayısıyla doğrudan teminle yapılan alımlarda ihaleye fesat karıştırma suçunun işlenmesi mümkün değildir.¹⁶⁶

Bununla birlikte doğrudan temin yöntemiyle yapılan alımlarda edimin ifasına fesat karıştırma suçunun işlenmesi mümkündür.¹⁶⁷

Söz konusu hususla ilgili Yargıtay kararında, ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için kanunlarda öngörülmüş ihale usullerinden biri ile usulüne uygun yapılmış ya da yapılacak bir ihale ve iş olmasının zorunlu olduğu, doğrudan temin yönteminin ise bir ihale usulü olmadığı, sadece madde metninde belirtilen durumlarda idarelerce kullanılacak bir satın yöntemi olması nedeniyle eylemlerin zincirleme biçimde görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacağı, kamu görevlisi tarafından işlenebilen bu suça iştirak eden diğer kişilerin azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabileceklerine karar verilmiştir.

Anılan bentle ilgili olarak Yargıtay 5. Dairesi'nin 28.02.2013 tarih, 2012/3588 esas ve 2013/1487 karar numaralı Kararında; *“Dairemizin istikrar kazanan uygulamalarına göre ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için kanunlarda öngörülmüş ihale usullerinden biri olduğu, doğrudan temin yönteminin 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 18.y maddesinin (d) bendinde bir ihale usulü olarak öngörülmüş iken, 15.08.2003 gün ve 25200 sayılı Resmi Gazete’de yayımlayarak yürürlüğe giren 4964 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun İle Kamu ihale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunda değişiklik Yapılması Hakkında Kanun 12. Maddesi ile “4734 sayılı Kanunun 18. Maddesinin (d) bendi madde metninden çıkarıldığı,” anılan Kanunun 15. Maddesi ile de 4734 sayılı Kanunun 22. Maddesi değiştirilerek doğrudan temin usulünün düzenlendiği 4964 sayılı Kanunun 12 ve 15. Maddelerinin gerekçelerinde de “esasen*

¹⁶⁶ AKBULUT Berrin; İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, Ceza Hukuku Dergisi, 9. Sayı, Seçkin Yayıncılık, Ankara,2009,s.67.

¹⁶⁷ ŞEN/AKSÜT;a.g.e.,s.33.

bir ihale usulü olmayan” ‘doğrudan temin’ in ihale usulleri arasında çıkarıldığı ve buna ilişkin esas ve usullerin Kanununun 22. Maddesinde düzenlediği” ifade edilmiş olup, değişiklik gerekçesi ile birlikte söz konusu madde metni incelendiğinde; doğrudan temin yönetiminin bir ihale usulü olmadığı, sadece madde metninde belirtilen durumlarda idarelerce kullanılacak bir satın alma yöntemi olduğu anlaşılmakla; sanıklara atılı ihaleye fesat karıştırma suçunun unsurları itibariyle oluşmayacağı, sanık sübutu kabul olunan eylemlerin zincirleme biçimde görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacağı, kamu görevlisi tarafından işlenebilen bu suçu iştirak eden diğer kişilerin azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilecekleri dikkate alınarak, suç tarihinden kamu görevlisi olmayan diğer sanıkların eylemlerinin bunlardan hangisine temas ettiğine ilişkin gerekçeleri açıklanıp, sanık hakkında görevi kötüye kullanmak suçundan tefrik kararı verilen evrak akıbeti de araştırılarak hüküm kurulması yerine yazılı şekilde suç vasfında hataya düşülerek sanıklar Haklarında ise gerekçeden yoksun biçimde hükümler kurulması, Kabule göre de; Sanıkların eylemleri sabit görülerek mahkumiyetlerine karar verilenmesine rağmen hükümde 5237 sayılı TCK’nın 235/2-d maddesi dalaletiyle ibaresine yer verilmeyerek CMK’nın 232/6. Maddesine muhalefet edilmesi, TCK’nın 235. Maddesinde ihaleye fesat karıştırma halleri yasa koyucu tarafından tahdidi olarak sayılmış olup, maddede sayılan seçimlik hareketlerin ya da faillik durumunun genişletilmesinin anılan Yasanın 2. maddesindeki kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceğinde bir kuşku bulunmadığı, her ne kadar bir kısım öğretide özgü suç olarak kabul edilmese de madde metni gerekçesiyle birlikte incelendiğinde; 2. Fıkranın “a” ve “b” bentlerinde sayılan hallerde ihale sürecinde görev alan ilgili görevlileri, “d” bendinde belirtilen halde ise ihaleye katılan ya da katılmak isteyen kişilerin suçun faili olabileceği, dolayısıyla söz konusu suçun özel faillik niteliği taşıyan kimselerce işlenebileceğinde bir tereddüt bulunmadığının kabulü gerektiği, bu itibarla 5237 sayılı TCK’nın 40/2. Maddesine göre özgü suç niteliğinde olan ve TCK’nın 235/2-d maddesi uyarınca ihaleye katılan ya da katılmak isteyen kişiler tarafından işlenebilen ihaleye fesat karıştırma suçuna iştirak eden diğer kişilerin azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilecekleri dikkate alındığında sanık ‘nin iştirak durumunun buna göre değerlendirilmesi gerektiğinin gözetilmemesi,.... olayın oluş şekli, sanıkların

kişiliği ve suçu sürdürmedeki ısrarlı tutumları ve suçun işlenme süresi göz önüne alınarak temel cezanın ve zincirleme suç nedeniyle yapılacak artırımın hak ve nesafete uygun bir şekilde alt sınırdan uzaklaşarak belirlenmesi gerekirken yazılı şekilde uygulama yapılması, Suçun 5237 sayılı Yasanın 53/1-a maddesindeki yetkinin kötüye kullanılması suretiyle işlendiğinin kabul edilmesi karşısında sanık hakkında aynı Yasanın 53/5. Maddesinin uygulanması gerektiğinin nazara alınmaması,..... dışındaki mahkumiyetine karar verilen sanıklar hakkında 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 17/ac maddesi yollamasıyla anılan Yasanın 59/1. Maddesi uyarınca yasaklama kararına hükmedilmemesi, Kanuna aykırı, katılanlar vekillerinin, O ve C. Savcısının ve sanıklar müdafilerinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde görülüş olduğundan, hükümlerinin 5320 sayılı Kanunun 8/1. Maddesi de gözetilerek CMUK'nın 321. Maddesi uyarınca BOZULMASINA” denilmektedir.

SONUÇ

Kamu adına yapılan mal veya hizmet alımları ile yapım işleri süreçleri iki aşamalı olarak ele alınabilir. Birincisi, Kanunda yazılı usul ve koşullarla mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve ihale onayını müteakip sözleşmenin imzalanması ile tamamlanan ihale süreci işlemleridir ki, bu süreç 4734 sayılı Kanun çerçevesinde yürütülmektedir. İkinci, sözleşmenin imzalanmasıyla başlayan ve edimin ifasını düzenleyen sözleşme sürecidir. Bu süreçte gerçekleştirilen işlemler ise 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu çerçevesinde yürütülmektedir.

İhale sürecinde işlenebilecek suç tipi 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 235 inci maddesinde düzenlenen ihaleye fesat karıştırma suçudur. Sözleşme sürecinde işlenebilecek suç tipi ise yine aynı Kanunun 236 ncı maddesinde düzenlenen edimin ifasına fesat karıştırma suçudur.

4734 sayılı Kanun kamu harcaması yapılmasına yönelik mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihale edilmesinde uygulandığı ve bunun dışındaki işlerin (satım ve kiralamar gibi) ihale edilmesinde 4734 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önceki tarihte ilgili idare hangi mevzuata tabi ise, o mevzuatın uygulanması gerekeceğinden bu çalışmada ihaleye fesat karıştırma suçu 4734 sayılı Kanun kapsamında yapılan ihalelerle sınırlı olarak incelenmiştir.

Ayrıca sözleşme sürecinde işlenebilecek suç tipi olan 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 236 ncı maddesinde düzenlenen edimin ifasına fesat karıştırma suçuna bu çalışmada değinilmemiştir.

4734 sayılı Kanununun 5 inci maddesinde Kanunun temel ilkeleri, “İdareler, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur.” şeklinde belirlenmiştir. Söz konusu ilkelerin hayata geçirilmesi için Kanunun

muhtelif maddelerinde çeşitli usul hükümleri öngörülmüş olup, bu usul hükümlerine riayet edilmesi temel ilkelerin görünürlüğüne sağlayacaktır.

Söz konusu ilkelerin hayata geçirilmesi 4734 sayılı Kanunun 17 nci maddesinde belirtilen yasak fiil ve davranışlarla desteklenmiş ve söz konusu maddenin atıf yaptığı maddelerle de yaptırıma bağlanmıştır. Bu çerçevede Kanunun 17 nci maddesinde sayılan yasak fiil veya davranışlarda bulunanlar hakkında 4734 sayılı Kanunun dördüncü kısmında belirtilen hükümlerin uygulanması gerekmektedir. Buna göre, 17 nci maddesinde sayılan yasak fiil veya davranışlarda bulunanlar istekliler hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre, (1) yıldan az olmamak üzere (2) yıla kadar ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilecektir. Ayrıca ihale sırasında veya sonrasında bu fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenler, idarelerce o ihaleye iştirak ettirilmeyecekleri gibi yasaklama kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar aynı idare tarafından yapılacak sonraki ihalelere de iştirak ettirilmeyeceklerdir. Söz konusu yaptırımlara ilaveten 17 nci maddede belirtilen fiil veya davranışlardan Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunan gerçek veya tüzel kişiler ile o işteki ortak veya vekilleri hakkında Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre ceza kovuşturması yapılmak üzere yetkili Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulacaktır.

Diğer taraftan ihaleye fesat karıştırma suçunun düzenlendiği Türk Ceza Kanununun 235 inci maddesi de esasen 4734 sayılı Kanunda sayılan temel ilkeleri korumaya matuf bir düzenleme olup, 4734 sayılı Kanunun 17 nci maddesiyle paralellik arz etmektedir.

4734 sayılı Kanun uygulamasında açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulünün esas olduğu, pazarlık usulüyle ihale yapılmasının ve bir ihale usulü olmayan doğrudan temin yönteminin kullanılmasının istisna olduğu ve sadece Kanunda belirtilen özel hallerde kullanılabileceğini söyleyebiliriz. Bu itibarla Kanunda belirtilen temel ilkelerin hayata geçirilmesi adına en ideal usulün açık ihale olduğunu söyleyebiliriz. Diğer usullerle yapılan alımlarda ise temel ilkelerden göreceli bir sapma olduğunu söylenebilir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 235 inci maddesinde düzenlenen ihaleye fesat karıştırma suçu da 4734 sayılı Kanunun temel ilkelerinden sapmaları önlemeye yönelik düzenlemeler içermektedir. Söz konusu maddede fesat sayılan fiiller dört gruba ayrılmıştır:

(a) bendi hileli hareketlerle işlenen fiiller,

(b) bendi gizliliğin ihlali,

(c) bendi cebir veya tehdit kullanmak suretiyle işlenen fiiller

(d) bendi rekabet ortamını bozmaya yönelik anlaşmalar yoluyla işlenebilecek fesat halleridir.

Bu tespitten hareketle 5237 sayılı Kanunun 235 inci maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendinde sayılan dört hareketin hileli davranışlarla işlenmesi gerekirken (b), (c) ve (d) bendinde sayılan hareketlerin hileyle işlenmesi şart değildir.

5237 sayılı Kanunun 235 inci maddesinde yer alan seçimlik hareketlerin ihlal ettiği temel ilkelerle ilgili olarak da şu tespiti yapabiliriz:

235 inci madde de yer alan “*İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek*”, “*İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olmayan kişilerin ihaleye katılmasını sağlamak*” ve “*Cebir veya tehdit kullanmak suretiyle ya da hukuka aykırı diğer davranışlarla, ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye, ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek*” fiilleriyle işlenen ihaleye fesat karıştırma suçu 4734 sayılı Kanunda yer alan saydamlık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik ve kaynakların verimli kullanılmasını ilkelerini ihlal etmektedir.

“*Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olduğu halde, sahip olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakmak ve “Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı halde, sahip olduğundan*

bahisle değerlendirmeye almak” fiilleriyle işlenen ihaleye fesat karıştırma suçu 4734 sayılı Kanunda yer alan saydamlık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını ilkelerini ihlal etmektedir.

“Tekliflerle ilgili olup da ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak” fiilleriyle işlenen ihaleye fesat karıştırma suçu 4734 sayılı Kanunda yer alan gizlilik ilkesinin ihlal etmektedir.

“İhaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşma yapmaları” fiilleriyle işlenen ihaleye fesat karıştırma suçu 4734 sayılı Kanunda yer alan rekabet, gizlilik, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını ilkelerini ihlal etmektedir.

Ayrıca 5237 sayılı Kanunun 235 inci maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendinde sayılan *“3. Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olduğu halde, sahip olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakmak,*

4. Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı halde, sahip olduğundan bahisle değerlendirmeye almak.” hareketleri sadece mal alımları için düzenlenmiş olup, hizmet ve yapım işlerinde uygulanması imkanı yoktur. Söz konusu hareketlerin hizmet ve yapımı da kapsayacak şekilde genişletilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Ayrıca ilgili bölümde açıklandığı üzere 15.08.2003 tarihli ve 25200 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 4964 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 12 nci maddesi ile bir ihale usulü olmaktan çıkarılmış olup, doğrudan teminle yapılan alımlarda ihaleye fesat karıştırma suçunun işlenmesi mümkün değildir. Ancak ihale usulü olmasa da bir alım yöntemi olduğu gerçeğinden hareketle 5237 sayılı Kanunun 235 inci maddesinin doğrudan temini kapsar şekilde genişletilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

KAYNAKÇA

AKBULUT Berrin; **İhaleye Fesat Karıştırma Suçu**, Ceza Hukuku Dergisi, 9. Sayı, Seçkin Yayıncılık, Ankara,2009.

ARAPGİRLİ Murat, DEMİREL Salim; **İhale İşlemleri ve Sözleşmenin Uygulanması**, Denetler Yayınları, İzmir, 2014.

ARSLAN Çetin, **İhaleye Fesat Karıştırma Suçu**, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, 2008.

ARTUK Mehmet Emin, GÖKCEN Ahmet, YENİDÜNYA Ahmet Caner; **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.

ALTUN Muhsin; **Yeni Kamu İhale Düzeni**, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2004.

ARAPGİRLİ Murat, DEMİREL Salim; **İhalelerde Hak Arama Yolları**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013.

ARAPGİRLİ Murat, DEMİREL Salim; **İdareler İçin Uygulamalı EKAP Rehberi**, Ankara, 2012.

ATEŞ Yaşar; **Kamu İhale Kanunu'nun Kapsamı, İstisnalar İle Kanunda Yapılan Değişiklikler Ve Yeni Kanun Taslağının Getirdikleri**, Dış Denetim Dergisi, Ekim-Kasım-Aralık 2010.

BAŞARAN Şakir, ALTINKÜLÇE Rasih, ŞAHİNER M. Emin, BARÇIN H. Bahadır; **Kamu İhale Örnek Uygulamaları**, Ekin Yayıncılık,2010.

BUZ Vedat; **Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.

DANIŞMAN Mustafa, **İhale ve İhaleye Fesat Karıştırma Suçları**, Bilge Yayınevi, Ankara, 2011.

DEMİREL Salim, ARAPGİRLİ Murat; **İş Deneyim Belgeleri**, Bekad Yayınları,2013.

DEMİREL Salim, ARAPGİRLİ Murat, ALTINTAŞ Hüseyin; **Sorularla Doğrudan Temin**, Ankara Yayınevi, Ankara, 2014.

DEMİRBAŞ Timur; **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2006.

DOĞANYİĞİT Sadettin; **İhalenin Ruhu: Yaklaşık Maliyetin Gizliliği**, Dış Denetim Dergisi, Sayı 2, Ekim-Kasım-Aralık 2010.

DÖNMEZER Sulhi; **Genel Ceza Hukuku Dersleri**, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, 1. Baskı, İstanbul,2003.

DÜLGER Murat Volkan; **Ekonomik Suçlar Bağlamında İhale Sürecine ve Sözleşmesine İlişkin Suçların Değerlendirilmesi**, Uğur Alacakaptan'a Armağan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, Adalet Yayınevi,2007.

EFTEKİN Ömer ÖZGÜR; **İhalelerde Rekabet Politikaları Ve Türkiye Uygulamaları**, Dış Denetim Dergisi, Sayı 2, Ekim-Kasım-Aralık 2010.

EREM Faruk; **Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler**, Ankara,1993.

GÖK Yaşar; **Sorular ve Cevaplarla Açıklamalı Kamu İhale Kanunu**, İlksan Matbaası, 5. Baskı, Ankara, 2012.

GÖK Yaşar; **Kamu İhale Hukukuna Hakim Olan Temel İlkeler**, Dış Denetim Dergisi, Ekim-Kasım-Aralık 2010.

HAFIZOĞULLARI Zeki, ÖZEN Muharrem; **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Toplum Karşı Suçlar**, Ankara, U.S.A. Adalet Yayıncılık , 2012.

GÜLŞEN Recep; **Hürriyeti Tahdit Suçları**, Ankara,2002.

İÇEL Kayıhan, EVİK A. Hakan; **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Beta Yayınevi, 4. Baskı, İstanbul, 2007.

İNAN Atilla; **İhale Hukuku Ders Notları**, Ankara,2011.

İPEKÇİOĞLU Pervin Aksoy; **Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs**, Seçkin, Ankara,2009.

KAZANCI Behiye Eker; **İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları**, Seçkin Yayınları,Ankara, 2007.

KEMER Mustafa; **Yapım İşleri**, Ankara, 2004.

KILIÇ Duygu; **Kamu Alımları İhale ve Sözleşmeleri**, Adalet Yayınevi, Ankara,2010.

KOÇBERBER, Güler; **Türkiye’deki Kamu Alımı Uygulamalarında Şeffaflık Ve Rekabet Edilebilirliğin Değerlendirilmesi**, Dış Denetim Dergisi, Sayı 2, Ekim-Kasım-Aralık 2010.

KOCA Mahmut, ÜZÜLMEZ İlhan; **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Kitapevi, 3. Baskı, Ankara, , 2010.

KOCA Mahmut, ÜZÜLMEZ İlhan; **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

KÜÇÜKÇAKIRLAR Işıl; **4734 Sayılı Kanununun 22 nci Maddesinin (a) ve (b) Bentleri Kapsamında Tek Kaynaktan Yapılan Alımlar**, Uzmanlık Tezi, Ankara, 2010.

ÖZBEK Veli, KANBUR Mehmet Nihat, BACAKSIZ Pınar, TEPE İlker; **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara,2013.

ÖZAN Mustafa Nihat; **Osmanlıca Türkçe Sözlük**, İstanbul,1985.

ÖZGENÇ İzzet, **ihale Sürecinde İşlenen Suçlar**, 3. Baskı, Ankara, 2012.

PARLAK Müslüm; **Yeni Kamu Yönetimi Anlayışı Ve Kamu Hizmet Alımları**, Dış Denetim Dergisi, Ekim-Kasım-Aralık 2010.

PARLAR Ali; **Tefecilik ve İhale Sürecinde İşlenen Suçlar**, Bilge Yayınevi,2011.

SIRABAŞI Volkan; **Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklama**, Adalet Yayınları, Ankara, 2011.

SARITAŞ Hatice, **İhaleye Fesat Karıştırma Ve Edimin ifasına Fesat Karıştırma Suçları**, Sayıştay Dergisi,sayı:73.

SAYER Ahmet, BARUTÇU Abdulkadir; **Kamu İhalelerinde Etik Dışı Uygulamalar**, Dış Denetim Dergisi, Sayı 2, Ekim-Kasım-Aralık 2010.

SOYASLAN Doğan; **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.

ŞEN Ersan, AKSÜT Ertekin; **Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları**, Seçkin, 3.Baskı, 2013.

ŞENER Ramazan; **Kamu İdarelerinde Doğrudan Temin Yöntemi**, <http://www.muhasibeciyizbiz.com/kamu-idarelerinde-dogrudan-temin-yontemi.html>, 20.02.2014.

ŞİMŞEK Abdullah, GÜNDÜZ Ferhat; **Çöp Toplama İhale ve Sözleşme Rehberi**, Ankara, 2010.

TORUSLU Nevzat; **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2014.

USLU Yusuf, DEMİREL salim; **4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve İlgili Mevzuat Çerçevesinde Yapım İşleri İhaleleri**, İlksan Matbaası, Ankara, 2010.

Yüksel Cüneyt; **Kamu Hizmetinde Etik ve Çıkar çatışması**, 2. Siyasette ve Yönetimde Etik Sempozyumu, Bildiriler Kitabı, 2005.

<http://www.tdk.gov.tr>.

<http://www.adalet.gov.tr>.

<http://strategis.ic.gc.ca/SSG/ct02301e.html>.

www.atillainan.com.tr.

ÖZGEÇMİŞ

SALİM DEMİREL

2001 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun oldu. 2003 yılında Denetçi Yardımcısı Adayı olarak göreve başladığı Sayıştay'da 2005 yılında Denetçiliğe, 2008 yılında da Başdenetçiliğe atandı. Kamu İhale mevzuatına ilişkin müşterek kitapları ile çeşitli mesleki dergilerde yayımlanmış çok sayıda makalesi bulunan Salim DEMİREL, evli ve iki çocuk babasıdır.