

T.C.
İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNU KAPSAMINDAKİ İHALELERİN
İDARİ VE YARGISAL DENETİMİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Serkan SEYHAN
1520001053

Anabilim Dalı: KAMU HUKUKU

Programı: KAMU HUKUKU

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Durmuş TEZCAN

Mayıs, 2018

T.C.
İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNU KAPSAMINDAKİ İHALELERİN
İDARİ VE YARGISAL DENETİMİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Serkan SEYHAN
1520001053

Anabilim Dalı: KAMU HUKUKU
Programı: KAMU HUKUKU

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Durmuş TEZCAN

Jüri Üyeleri:

Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR

Dr. Öğr. Üyesi Mustafa Aytaç ÖZELÇİ

Mayıs, 2018

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	ii
KISALTMALAR.....	vii
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL HATLARIYLA TÜRK KAMU İHALE SİSTEMİ

I. KAMU İHALELERİ	4
A) GENEL OLARAK	4
1. İhale Kavramı, Hukuki Niteliği ve Unsurları.....	4
a) İhale Kavramı.....	4
b) Hukuki Niteliği	8
i) idari işlemlerin maddi tasnifi açısından	9
ii) idari işlemlerin iradenin açıklanmasına göre tasnifi açısından.....	10
iii) özel hukuktaki “irade” teorisi açısından.....	12
c) Unsurları.....	15
i) kamusal harcama yapmaya yetkili idarenin varlığı	15
ii) kamusal ihtiyaç	16
iii) icapta bulunan taraf	16
2. Kamu İhalelerinin Ortaya Çıkışı ve Gelişimi	17
a) Osmanlı Devleti Döneminde.....	17
b) Cumhuriyet Döneminde.....	20
i) 2886 s. Kanun öncesi dönem	20
ii) 2886 s. Kanun dönemi	22
iii) 4734 ve 4735 s. Kanunlar dönemi	26
3. Kamu İhalelerinin Önemi.....	30
4. Genel Hatlarıyla Avrupa Birliği Kamu İhale Sistemi.....	33

B) YASAL DÜZENLEMELER	40
1. Temel İhale Kanunları ve İhale Konusu İtibariyle Uygulama Alanları	40
a) 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu ve 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu.....	41
b) 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu.....	44
c) Özellik Arz Eden Kimi Durumlar	45
i) kat ve/veya arsa karşılığı yapım işleri	45
ii) öğrenci taşıma hizmeti ve yemek hizmeti alımları	45
iii) şartlı bağışlar	46
iv) yürütülecek hizmet sonucu elde edilen gelirin aktarılacağı havuzdan yükleniciye belli bir ödeme yapılması	46
v) yapım işi içinde zımni bir satış işleminin bulunması	47
vi) satış işlemi içinde zımni bir yapım işinin bulunması	48
d) Kapsama İlişkin İstisna Hükümleri.....	48
2. Özel Kanunlarda Öngörülen İhale Usulleri.....	53
C) KAMU İHALELERİNE HÂKİM OLAN İLKELER.....	55
1. Saydamlık İlkesi (Transparency).....	57
a) İhalenin Hazırlık Aşamasında Saydamlık İlkesi	58
b) İhale Aşamasında Saydamlık İlkesi	60
2. Serbest Rekabet İlkesi (Competition).....	62
3. Eşit Muamele İlkesi (Equal Treatment)	68
4. Güvenirlilik İlkesi (Integrity)	73
5. Gizlilik İlkesi (Confidentiality).....	74
6. Diğer İlkeler	76
II. 4734 S. KANUNUN ÖNGÖRDÜĞÜ İHALE SÜRECİ	82
A) 4734 S. KANUN KAPSAMINDAKİ İDARELER	82
B) 4734 S. KANUNDA ÖNGÖRÜLEN İHALE USULLERİ.....	86
1. Açık İhale Usulü	86
2. Belli İstekliler Arasında İhale Usulü	87
3. Pazarlık Usulü	88
4. 4734 S. Kanun Kapsamında Özel Düzenlemeler İle Belirlenen Usuller	91
a) Danışmanlık Hizmet Alımları	91
b) Doğrudan Temin	92

c) Tasarım Yarışmaları.....	94
C) İHALE SÜRECİ.....	95
1. İhtiyacın Ortaya Çıkması	95
2. Teknik Şartnamenin ve İhale Dokümanının Hazırlanması	96
3. Yaklaşık Maliyetin Tespiti.....	98
4. İhale Usulünün Tespiti.....	99
5. İhale Onayının Alınması.....	99
6. İhale Komisyonunun Kurulması ve İhalenin İlanı.....	100
7. İhaleye Katılma	101
8. Tekliflerin Değerlendirilmesi	104
9. İhalenin Karara Bağlanması ve Onaylanması.....	105
10. Sözleşmeye Davet ve Sözleşmenin Yapılması	106
D) KAMU İHALE SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	107
1. Kamu İhale Sözleşmeleri	107
2. Kamu İhale Sözleşmesinin Hukuki Niteliği	108
a) Yasal Düzenlemeler	108
b) Öğretideki Görüşler	109
c) Yüksek Mahkeme İçtihatları	112
d) Kamu İhale Kurulu Kararları	113

İKİNCİ BÖLÜM

KAMU İHALELERİNİN İDARİ VE YARGISAL DENETİMİ

I. KAMU İHALELERİNİN İDARİ DENETİMİ	116
A) ŞİKÂYET.....	119
1. Şikâyet Kurumu ve Genel Esasları.....	119
a) Şikâyetin Tanımı ve Hukuki Niteliği	119
b) Başvuru Ehliyeti Olanlar.....	120
c) Şikâyet Usulü	128
i) şikâyetin yapılacağı yerler ve başvuru şekli	128

ii) şikâyetin süresi.....	129
d) Şikâyetin İhale İşlemlerini Durdurucu Etkisi	132
2. Şikâyetin İncelenmesi ve Sonuçlandırılması.....	133
a) İncelemeyi Yapacak Olan Yetkililer	133
b) Şikâyetin İncelenmesi Usulü.....	133
c) Şikâyet Sonucu Muhatap İdarenin Alabileceği Kararlar ve Kararların Gereklerinin Yerine Getirilmesi	134
B) İTİRAZEN ŞİKÂYET	135
1. İtirazen Şikâyet Kurumu ve Genel Esasları	135
a) İtirazen Şikâyetin Tanımı ve Hukuki Niteliği	135
b) Başvuru Ehliyeti Olanlar.....	137
c) İtirazen Şikâyet Usulü	137
i) itirazen şikâyetin yapılacağı yer ve başvuru şekli	137
ii) itirazen şikâyetin süresi	138
iii) başvuru bedeli.....	140
2. İtirazen Şikâyetleri İncelemeye Yetkili Makam Olarak Kamu İhale Kurumu	141
a) Kamu İhale Kurumu'nun Hukuki Niteliği	141
b) Kamu İhale Kurumu'nun Görev Alanının Sınırları	144
i) 4734 s. Kanun kapsamına girmeyen ihaleler.....	144
ii) 4734 s. Kanun'un istisna hükümlerince gerçekleştirilen ihaleler	145
iii) doğrudan temin ve tasarım yarışması yöntemiyle yapılan alımlar	146
iv) ihalelere katılmaktan yasaklama kararları	146
v) ihalenin iptali kararlarından bazıları	147
vi) kamu ihale sözleşmesinin uygulanmasına ilişkin hususlar	149
c) Kamu İhale Kurumu'nun Denetlenmesi	150
i) idari denetim	150
ii) mali denetim.....	151
iii) yargısal denetim	152
3. İtirazen Şikâyetin İncelenmesi ve Sonuçlandırılması	153
a) Ön İnceleme	153
b) Esasa İlişkin İnceleme.....	154
c) İtirazen Şikâyet Başvurusunda Karar Verme Süresi ve Verilebilecek Kararlar	157

d) Çerçeve Anlaşma ve Münferit Sözleşme İhaleleri İle İlgili Durum	160
e) Kurum Tarafından Verilen Kararların Düzeltilmesi	161
II. KAMU İHALELERİNİN YARGISAL DENETİMİ	161
A) İLK İNCELEME.....	163
1. Görev ve Yetki	163
a) Görev.....	163
b) Yetki.....	169
2. İdari Mercii Tecavüzü.....	170
3. Ehliyet.....	173
4. İdari Davaya Konu Olacak Kesin ve Yürütülmesi Zorunlu İşlem	177
5. Süre.....	179
6. Husumet	180
B) YARGILAMA USULÜ.....	181
C) ESAS İNCELEMESİ	185
1. İptal Davası	185
a) İhalenin İptaline İlişkin Kararların İdari Yargı Tarafından İptal Edilmesi	186
b) İptal Kararlarının Kamu İhale Sözleşmelerine Etkisi	187
2. Tam Yargı Davası.....	190
D) KANUN YOLLARI	195
1. İstinaf.....	195
2. Temyiz	196
E) YARGI KARARLARININ YERİNE GETİRİLMESİ.....	197
SONUÇ	199
KAYNAKÇA	221

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY Mah.	: Anayasa Mahkemesi
AY	: Anayasa
bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
CD.	: Ceza Dairesi
D.	: Danıştay
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	: dipnot
E.	: Esas Numarası
ed.	: editör
E.T.	: Erişim Tarihi
EKAP	: Elektronik Kamu Alımları Platformu
GPA	: The Agreement on Government Procurement
HD.	: Hukuk Dairesi
IMF	: International Monetary Fund
İDDK	: İdari Dava Daireleri Kurulu
İDDGK	: İdari Dava Daireleri Genel Kurulu

İÜHFİM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar Numarası
K.N.	: Karar Numarası
KİK	: Kamu İhale Kurumu
m.	: madde
No	: Numara
OECD	: Organisation for Economic Co-operation and Development
RG	: Resmi Gazete
RK	: Rekabet Kurulu
s.	: sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TDK	: Türk Dil Kurumu
UNCITRAL	: United Nations Commission on International Trade Law
UNDOC	: United Nations Office on Drugs and Crime
vd.	: ve devamı
WTO	: The World Trade Organization
Y.	: Yıl

GİRİŞ

Tarihsel süreçte 19. yüzyıl sonlarına kadar düşük seviyelerde seyreden kamu harcamaları, 1880’li yıllardan itibaren artış göstermeye başlamış, bu hızlı artış II. Dünya Savaşı sonrası 1980’lere kadar sürmüştür. Günümüz kamu harcamalarında ise bir tür sektörel farklılaşmadan bahsedilebilir. Şöyle ki, günümüzde kamu idare ve kurumları, kendi imkânlarıyla üretebilecekleri farklı türde mal ve hizmetleri özel sektörden karşılamayı tercih etmekte, bu nedenle devletin bilfiil üretim faaliyetleri azalmakta; fakat akdettiği sözleşmeler aracılığıyla yaptığı harcamaları gittikçe artmaktadır.

Bu noktada, kaynakların dağıtımının ve fiyatların piyasa katılımcılarının teklifleri ile belirlendiği, açık ve tanımlanabilir kurallarıyla bir piyasa mekanizması olarak ihale yöntemi, yalnızca elde edilecek geliri yükseltmekle kalmayıp, kamu kaynaklarının en yüksek verimle kullanılması bakımından da öne çıkmaktadır. Kamu kaynaklarının dağıtımı konusunda uygulanagelen kimi yöntemler şeffaflık ve verimlilik kaygıları doğururken, iyi tasarlanmış bir ihale, uyulması gerekli usul kuralları aracılığıyla bu kaygıları en aza indirmektedir.

Dünya genelinde ülkelerin gayri safi yurtiçi hasıllarının yaklaşık %15-30’luk dilimini oluşturduğu düşünülen ve 2017 yılı OECD ülke ortalaması %12 olan kamu alımları, yolsuzluğa en yoğun biçimde maruz kalan alanlardan birisi olarak kabul edilmektedir. Bu durum, yolsuzlukların ülke ekonomisine verdiği zararlar dolayısıyla ayrı bir öneme sahiptir. Kamusal harcama yapma ve bu konuda karar alma yetkisine sahip görevlilerin ihale sürecinde özel çıkarları doğrultusunda yolsuzluk yapmalarının önlenmesi ise her yönüyle sağlıklı işleyen bir ihale ve kontrol sisteminin gerçekleştirilmesiyle mümkündür.

Öğretide ihaleye katılanların, ihalenin denetimini sağlama ve hukuka aykırı işlemleri iptal ettirme imkânlarına sahip olması “*asli koruma*” olarak nitelendirilmekte ve bu hukuki imkânların, etkili ve verimli bir ihale sisteminin temel taşları olduğu ifade edilmektedir. Türk hukukunda kamusal kaynak harcamasını gerektiren kamu ihaleleri ve bu ihalelerin denetimi, temel olarak 4734 s. Kamu İhale Kanunu ile düzenlenmiştir. Kanun hükümlerine göre kamu ihalelerinin denetimi, idari ve yargısal denetim olarak iki aşamada gerçekleştirilecektir. Öncelikle “*şikâyet*” ve “*itirazın şikâyeti*” zorunlu idari başvuru yolları tüketilerek ihalelerin

idari denetimi sağlanacak, ardından ise itirazın şikâyet sonucu Kamu İhale Kurumu'na verilecek olan kararın yargısal denetimi gerçekleştirilecektir.

Çalışmanın Sınırlandırılması

Bu çalışmanın kapsamını, kamusal kaynaklardan harcama yapılmasını gerekli kılan ve temelde 4734 s. Kanun ile düzenlenmiş olan, mal ve hizmet alımı ile yapım işleri ihalelerinin (*kamu ihalelerinin*) idari ve yargısal denetimi oluşturmaktadır.

Çalışmanın Amacı

Çalışmanın amacı, serbest piyasa ekonomisinde kamu kaynaklarının verimli kullanımı ve yolsuzlukları önleme aracı olarak kurgulanan ihale sistemine ilişkin idari ve yargısal denetimin Türk hukukundaki düzenleniş biçimini, mevzuat hükümleri, öğretisi ve yargısal içtihatlar ışığında incelemek; 4734 s. Kanun, ilgili Yönetmelikler, Kamu İhale Kurulu ve Danıştay kararları arası farklılıkları saptayarak ideal bir ihale denetim mekanizmasının oluşturulması için çeşitli öneriler ortaya koymaktır.

Çalışmada İzlenen Yöntem

Kamu ihalelerinin idari ve yargısal denetiminin sağlıklı biçimde irdelenebilmesi için, öncelikle Türk kamu ihale sisteminin, ihale kavramının anlam ve kapsamıyla birlikte açıklanması gerekmektedir. Bu gereklilik göz önünde bulundurulmuş ve çalışma iki bölüm olarak kurgulanmıştır. Birinci bölüm "*Genel Hatlarıyla Türk Kamu İhale Sistemi*" başlığını taşımaktadır. Bu bölümde, öncelikle "*ihale*" kavramı ülkesel bağlamının ötesinde incelenecek ve kamu ihalesinin hukuki niteliği, ortaya çıkışı ve gelişimi, ekonomik kalkınma açısından önemi ve örnek olması açısından Avrupa Birliği kamu ihale sistemi genel hatlarıyla açıklanacaktır. Daha sonra Türk ihale rejimini düzenleyen temel mevzuat, bu mevzuatta belirtilen istisna hükümleri ve özel kanunlarda öngörülen ihale usulleri üzerinde durulacaktır. Ardından kamu ihalelerine hâkim olan temel ilkeler, Avrupa Birliği Adalet Divanı, Danıştay ve Kamu İhale Kurulu kararları ışığında açıklanacak; son olarak 4734 s. Kanun'un öngördüğü ihale süreci ve bu sürecin sonunda akdedilecek olan Kamu İhale Sözleşmesinin hukuki niteliği irdelenecektir.

Çalışmanın ikinci bölümü ise “*Kamu İhalelerinin Denetimi*” başlığını taşımaktadır. Bu bölümde, 4734 s. Kanun kurgusunun öngördüğü usule uyularak öncelikle kamu ihalelerinin idari denetimi üzerinde durulacaktır. Bu kapsamda zorunlu idari başvuru niteliğinde olan şikâyet ve itirazen şikâyet başvuruları; tanım, hukuki nitelik, başvuru ehliyeti olanlar, başvuruların yapılma usulü, başvuruları incelemeye yetkili makamlar ve başvuru sonucu verilebilecek kararlar yönünden Kamu İhale Kurulu ve Danıştay içtihatları ışığında detaylıca açıklanacaktır. Bu kısımda ayrıca itirazen şikâyetleri incelemeye yetkili makam olarak Kamu İhale Kurumu’nun hukuki niteliği, görev alanı ve denetimi incelenecektir. İdari denetimden sonra ise kamu ihalelerinin yargısal denetimi hususu, 2577 s. İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 14. maddesinde belirtilen “*ilk inceleme*” sıra ve usulüne göre; görev, yetki, idari merci tecavüzü, ehliyet, idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu işlem, süre ve husumet konuları açısından incelenecek, ardından ihaleden yasaklama kararları hariç ihale işlemlerinden doğan uyuşmazlıklara ilişkin olarak “*ivedi yargılama usulü*”nün nasıl uygulandığı açıklanacak ve son olarak ihale uyuşmazlıklarında iptal ve tam yargı davalarının esas incelemesi üzerinde durulacaktır.

Tüm bu açıklamaların ardından, konunun genel hatlarıyla özetlendiği ve önerilerin ortaya konulduğu sonuç bölümüyle çalışma tamamlanacaktır.

Çalışmanın Sağlayacağı Muhtemel Yararlar

Kamu ihale hukukunun kendine has nitelikleri ve idari fonksiyonun sürekliliğinin sağlanması amacıyla yasama organı, ihalelerin idari ve yargısal denetimine ilişkin, olağan düzenden ayrı ve sıkı usul kuralları getirmiştir. İhalelerin denetimine yönelik yapılan başvurularda usul kurallarına hâkim olunmadığında, ciddi hak kayıpları yaşanabilecektir. Kamu İhale Kurulu’nca verilen pek çok kararda, yapılan başvuruların usul yönünden reddedildiği de gözlemlenmektedir. Ayrıca, 4734 s. Kanun, ilgili yönetmelik ve Kurul kararlarını incelemek her zaman yeterli olmamaktadır. Danıştay’ca oluşturulmuş ve Yönetmelik hükümleri ile Kurul kararlarına adeta taban tabana zıt nitelikte olan kimi içtihatlar gözden kaçırıldığında, hatalı hukuki sonuçlara varılması muhtemeldir. Bu açıdan çalışmada, kamu ihalelerinin idari ve yargısal denetimi, Kurul ve Danıştay kararları ışığında detaylıca, kararlar arası farklılıklar da özellikle belirtilerek açıklanmaya çalışılacaktır. Tüm bu hususlar ışığında çalışmanın okuyucuya yararlı olabileceği inancındayız.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL HATLARIYLA TÜRK KAMU İHALE SİSTEMİ

4734 s. Kamu İhale Kanunu¹ kapsamında yürütülen ihalelerin idari ve yargısal denetiminin sağlıklı biçimde incelenebilmesi için, öncelikle hukukumuz kamu ihale sisteminin, genel hatlarıyla da olsa, açıklanması gerekmektedir. Bu nedenle çalışmanın bu bölümünde, öncelikle yasal düzenlemeler ve sürece hâkim olan ilkeler ışığında kamu ihalelerine ilişkin genel açıklamalar yapılacak, ardından 4734 s. Kamu İhale Kanunu'nun öngördüğü ihale usulü üzerinde durulacak ve son olarak ihale üzerinde bırakılan istekli ile idare arasında akdedilen “*Kamu İhale Sözleşmesi*”nin hukuki niteliği irdelenecektir.

I. KAMU İHALELERİ

A) GENEL OLARAK

1. İhale Kavramı, Hukuki Niteliği ve Unsurları

a) İhale Kavramı

“İhale” kelimesi Arapça “*geçmek, geçirmek*” anlamına gelen “*havl*” kökünden türemiştir ve “*bir işi bir kimseye bırakma, havale etme*” anlamına gelmektedir². Fransızca’da “*marché public*”³ ve İngilizce’de “*public / government procurement*” olarak ifade edilen “*kamu ihalesi*” kavramı ise, gerek ulusal gerek uluslararası düzenlemelere konu olmaktadır. Kamu ihalesi kavramının anlam ve kapsamının açıklanabilmesi için, bu düzenlemelerin irdelenmesi gerekmektedir.

¹ RG, T. 04.01.2002, S. 24648.

² AYVERDİ, İlhan, Misalli Büyük Türkçe Sözlük, C. 2, 2. Baskı, Kubbealtı Neşriyat, 2006, s. 1360.

³ Larousse Fransızca Sözlüğü’nde “*marché public*” terimi “*contrat par lequel un entrepreneur s’engage, moyennant un paiement convenu, à fournir une prestation pour l’Administration*” şeklinde tanımlanmıştır. Bkz. <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/march%20C3%A9/49391/locution?q=marche+public#173870> (E.T.: 17.03.2017). Başka bir ifadeyle Fransızca’da *marché public*, ihale sürecinin sonunda imzalanan sözleşmeye vurgu yapar niteliktedir. Fransız Hukukunda kamu ihale süreci daha ziyade “*passation de marché*” şeklinde ifade edilmektedir. Bkz. UNCITRAL Kamu İhaleleri Model Kanunu, Fransızca Versiyon, m. 2/j, <http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/procurem/ml-procurement-2011/2011-Model-Law-on-Public-Procurement-f.pdf> (E.T.: 17.03.2017).

Kamu ihale hukukunu düzenleyen uluslararası anlaşma ve düzenlemeler incelendiğinde⁴, bu belgelerde genellikle “*public/government procurement*”⁵ terimi kullanıldığı görülmektedir ve bu terim dilimize “*kamu alımları*” şeklinde tercüme edilebilir⁶. Ancak ülkemiz mevzuatı “*kamu alımları*” ifadesi yerine “*kamu ihalesi*” ifadesini kullanmaktadır. Bu noktada belirtilmelidir ki “*kamu ihalesi*” terimi, “*kamu alımları*”nı içinde barındıracak şekilde ve fakat daha geniş bir anlama sahiptir⁷. Gerçekten de “*kamu alımları*”, kamu hizmetinin görülmesi için kamu kaynaklarından gerekli harcamaların yapılarak çeşitli mal veya hizmetlerin alınması ile yapım işlerinin gerçekleştirilmesini ifade ederken, “*kamu ihalesi*” terimi ise sözleşmenin kiminle yapılacağına saptanması için yürütülen *kamu yararı eksenli*⁸ süreci ifade eder⁹. Bu açıdan bakıldığında ihale usulü sadece kamu alımlarında değil, aynı zamanda satış ve kiralama gibi idarenin gelir getirici işlemlerine de uygulanmaktadır. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu yürürlüğe girmeden önceki dönemde kamu ihale hukukunun temel mevzuatı olan 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu¹⁰ hükümleri, hem kamu otoritelerinin kamusal kaynaklarını kullanarak gerçekleştirdikleri mal ve hizmet alımları ile yapım işlerine, hem de kaynak sağlayıcı nitelikte olan satış ve kiralama işlerine uygulanmaktaydı. 2002 yılında 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun yürürlüğe girmesiyle kamusal kaynakların

⁴ Örneğin; “*The Agreement on Government Procurement (GPA)*”, World Trade Organisation (WTO), 06.07.2014 tarihinde yürürlüğe giren güncel metin için bkz. www.wto.org/english/docs_e/legal_e/rev-gpr-94_01_e.htm (E.T.: 16.03.2017), “*Directive 2004/18/EC on Public Procurement*”, European Commission, 26.02.2014 tarihli güncel yönerge metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:02014L0024-20160101> (E.T.: 16.03.2017).

⁵ “*Public Procurement*” terimi Cambridge Dictionary’de “*the buying of goods and services by government organizations*” şeklinde tanımlanmaktadır. Bkz. <http://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/public-procurement> (E.T.: 09.05.2017).

⁶ Kamu alımlarının üç aşamalı (*idarenin ne tür mal ve hizmetlere ihtiyacı olduğunun saptanması, ihale sürecinin işletilmesi ve ihalenin sonuçlanarak sözleşmenin imzalanması*) bir süreci ifade ettiği ve “*public procurement*” teriminin bu üç aşamaya da referans olacak şekilde kullanılabilmesi hakkında bkz. **ARROWSMITH, Sue/TREUMER, Steen/FEJO, Jens/JIANG, Lili**, Public Procurement Regulation: An Introduction, Asia Link, 2011, s. 1 vd.

⁷ **UZ, Abdullah**, Kamu İhale Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s. 7; **AKDOĞAN, Muzaffer**, Avrupa Birliği Kamu Alımları Direktifleri ve Türkiye Uygulamasına Yansımalarının İlerleme Raporları Işığında Değerlendirilmesi, İÜHFİM, C. LXXII, S. 2, İstanbul, 2014, s. 685; **AKDOĞAN, Muzaffer**, Avrupa Birliği Uyum Sürecinde Türk İhale Rejiminin Şeffaflık Açısından Değerlendirilmesi, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2010, s. 50.

⁸ **DURAN, Lütfi**, İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 447. Avrupa Birliği Adalet Divanı da vermiş olduğu kararlarda ihale sürecinin kamu yararı eksenli bir süreç olduğu hususuna dikkat çekmektedir. Bkz. **ABAD, Stadt Halle**, C-26/03, T. 11.01.2005, (Aktaran: **BAFRA, Erdem**, Kamu İhale Hukukuna İlişkin Avrupa Birliği Adalet Divanı Karar Analizleri, Seçkin Yayınları, 2017, s. 44).

⁹ **ÖZAY, İl Han**, Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, 2004, s. 549; **KUTLU, Meltem**, İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1997, s. **AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil**, Türk İdare Hukuku, 7. Baskı, Seçkin Yayınları, 2016, s. 503.

¹⁰ RG, T. 08.09.1983, S. 18161.

kullanımını gerektiren mal ve hizmet alımları ile yapım işleri, başka bir ifadeyle “*kamu alımları*” bu kanun kapsamına alınmıştır¹¹. 4734 s. Kanun’da “*kamu alımları*” ifadesi yerine “*kamu ihalesi*” kavramı tercih edilmiş olmakla beraber kamu alımları ve kamu ihaleleri terimlerinin aynı anlamda kullanıldığı belirtilmektedir¹².

Öte yandan, “*kamu ihalesi*” kavramı uluslararası kimi düzenlemelere ve hukuki metinlere de konu olmaktadır. Bu bakımdan örneğin; Dünya Ticaret Örgütü’nün 1994 yılında imzaya açtığı, 2014 yılında güncellenmiş halinin yürürlüğe girdiği ve Türkiye’nin 1996’dan beri gözlemci statüsünde bulunduğu “*Kamu Alımları Anlaşması-Government Procurement Agreement*”¹³, tanımlar kenar başlıklı birinci maddesinde “*kamu ihalesi*” kavramının açık bir tanımını yapmamaktadır. Yine Dünya Ticaret Örgütü’nün hazırlamış olduğu ve 1995 yılında yürürlüğe giren, Türkiye’nin de tarafı olduğu “*Hizmet Ticareti Genel Anlaşması*”¹⁴ ise “*kamu alımları*” başlıklı 13. maddesinde, sadece anlaşmanın hangi hükümlerinin kamu alımlarına uygulanmayacağına dair bir düzenleme getirmiştir. Başka bir ifadeyle anlaşmanın ilgili maddesi kamu alımları kavramının kapsamının sınırının çizilmesini yapılacak yoruma bırakmıştır¹⁵.

Bununla birlikte Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL¹⁶) tarafından hazırlanan¹⁷ ve 4734 s. Kanun’un hazırlık aşamasında yararlanılan¹⁸ Kamu İhaleleri Model Kanunu’nun “*tanımlar*” kenar başlıklı 2. maddesinin j

¹¹ Bkz. KİK, K.N. 2013/UH.II-353, T. 17.01.2013, Aktaran: **KILIÇ ÇAYLI**, Duygu/**KILIÇ**, İlyas, İhaleye Katılan Şirketler, İhale Çalışanları, Yöneticiler, Hukukçu ve İlgililer İçin Kamu İhale Hukukunda 2.300 Soruya 2.300 Cevap, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2017, s. 17.

¹² **UZ**, s. 8.

¹³ Sözleşme metni için bkz. www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gpa_1994_e.htm (E.T.: 17.03.2017).

¹⁴ Anlaşma metni için bkz. www.wto.org/english/docs_e/legal_e/26-gats.pdf (E.T.: 17.03.2017).

¹⁵ **UZ**, s. 8.

¹⁶ Merkezi Viyana’da bulunan BM Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (*UN Commission on International Trade Law – UNCITRAL*) ticaret hukuku alanında ülkeler arası mevzuat farklılıklarının yarattığı problemleri çözmek amacıyla ticaret hukukuna uluslararası standartlarda bir nitelik kazandırarak müşterek kuralları oluşturmakla görevli BM Komisyonudur. Bkz. <http://www.uncitral.org> (E.T.: 07.06.2017).

¹⁷ İlk metin 1993 yılında “*mal ve yapım ihalelerine*” ilişkin kanun modeli kabul edilmiştir. Söz konusu metinler 2004 yılında güncellenmiştir. 2011 yılında ise eski Kanun metninin yerine geçecek yeni bir metin hazırlanmıştır. Kanun değişikliğine ilişkin karar için bkz. **UNITED NATIONS**, General Assembly Resolution 66/95, 9 December 2011,

http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=%20A/RES/66/95 (E.T.: 17.03.2017).

¹⁸ **İNAN**, Atilla, İhale Hukuku Ders Notları, Genişletilmiş 4. Baskı, Yazarın Kendi Yayını, Ankara, 2016, s. 49; **AKDOĞAN**, İlerleme Raporları Işığında, s. 692; **SEZER**; Yasin, Kamu İhale Kanunu: Şeffaflık ve Rekabet, Amme İdaresi Dergisi, C. 35, S. 4, 2002, s. 59.

bindinde ise kamu ihaleleri “*mal ve iş veya hizmet alımı*” olarak tanımlanmıştır¹⁹. Aynı şekilde Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Birliği Konseyi’nce hazırlanmış olan ve kamu alımları ile ilgili bir önceki 2004/18/EC kodlu yönergeyi yürürlükten kaldıran 2014/24/EU kodlu yönergenin “*kapsam*” başlıklı 1. maddesi²⁰ne göre kamu ihaleleri, “*nihayetinde kamu yararı amacı gütsün ya da gütmesin, kamusal alım yapmaya yetkili olan makamlar tarafından seçilecek olan kişilerce yapılacak sözleşmeler aracılığı ile mal ve hizmet alımı ile yapım işlerine dair kamu alımları*” sürecini ifade edecek şekilde tanımlanmıştır.

Pozitif hukukumuzda ise kamu ihaleleri ile ilgili genel bir ihale yasası bulunmama²¹ beraber bu alan iki temel kanun aracılığıyla düzenlenmiştir. Bu kanunlardan daha eski tarihli olan 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu kamu ihalesini “*bu Kanunda yazılı usul ve şartlarla, işin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve yetkili mercilerin onayı ile tamamlanan sözleşmeden önceki işlemler*” olarak tanımlarken, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ise kamu ihalesini “*bu Kanunda yazılı usul ve şartlarla mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve ihale yetkilisinin onayını müteakip sözleşmenin imzalanması ile tamamlanan işlemler*” şeklinde tanımlamıştır. Her iki yasal düzenlemede de benzer ifadeler kullanılmak suretiyle kamu ihaleleri, idarelerin yapacakları sözleşmelerde sözleşmenin karşı tarafını seçerken uymaları gereken usul kurallarını kapsayan ve nihayetinde sözleşmenin imzalanması aşamasında sona eren süreci ifade edecek şekilde tanımlanmıştır²².

¹⁹ UNCITRAL Kamu İhaleleri Model Kanunu Fransızca versiyonunda kamu ihaleleri “*l’acquisition de biens, de travaux ou de services*” şeklinde tanımlanırken İngilizce versiyonunda “*the acquisition of goods, construction or services by a procuring entity*” şeklinde tanımlanmıştır. Metnin İngilizce versiyonunda bulunan “*procuring entity*” ifadesi ise “*kamu bütçesini kamu alımı yapmak üzere kullanmaya yetkili*” kamu kurum ve kuruluşlarını karşılamaktadır. Bkz. UNCITRAL Kamu İhaleleri Model Kanunu, m. 2/n.

²⁰ Yönerge metni için bkz.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024&from=EN>
(E.T.: 17.03.2017).

²¹ GÖZLER, Kemal/KAPLAN, Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, 18. Baskı, Ekin Yayıncılık, 2016, s. 469.

²² İhale sürecinin, ihale sonucunda yapılacak olan sözleşmenin imzalanıp notere onaylatılması ve tescili ile; eğer noter onayı ve tescili gerekmiyor ise sözleşmenin taraflarca imzalanmasıyla tamamlanacağı hakkında bkz. ARAPGİRLİ, Murat/DEMİREL, Salim, İhalelerde Hak Arama Yolları, Seçkin Yayınları, 2013, s. 17. 4734 s. Kanun’un “*ihalenin sözleşmeye bağlanması*” kenar başlıklı 46. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesi “*yapılan bütün ihaleler bir sözleşmeye bağlanır*” hükmünü içermektedir. İhale sürecinin sonunda akdedilen sözleşmelerin hukuki niteliği hakkında bkz. çalışmanın birinci bölümünün II/D başlığı.

Danıştay²³ ise ihale kavramını; “*imzalanacak sözleşmelerin oluşum sürecindeki idarenin yaptığı bir dizi işlemleri*” ifade edecek şekilde tanımlanmaktadır.

Şu halde kamu ihaleleri, idarenin kamu hizmetini yürütürken ihtiyaç duyduğu mal ve hizmetleri almak, çeşitli yapım işlerini gerçekleştirmek; bunun yanında sahip olduğu malları satmak veya kiraya vermek amacıyla akdedeceği sözleşmelerin oluşum ve karşı tarafın belirlenmesi aşamasına uygulanacak idari usul kuralları bütünü olarak tanımlanabilir²⁴.

b) Hukuki Niteliği

Hukukumuzda kamu ihaleleri, sözleşme tarafının seçimi ereğinde idarenin yürütmekle yükümlü²⁵ olduğu süreci ifade etmektedir²⁶. Başka bir ifadeyle kamu ihalelerine ilişkin kurallar, idarenin mevzuatında belirtilen konulara ilişkin olarak bir sözleşme yapma ihtiyacı doğarsa, uymak zorunda²⁷ olacağı usul kuralları²⁸ olarak belirlenmiştir²⁹. Bu noktada idarenin ihale hükümlerini işleterek sözleşmenin karşı tarafını belirleme sürecinde tesis ettiği işlemlerin hukuki niteliği çeşitli açılardan incelenebilir.

²³ D. 13. Dairesi, E. 2007/1724, K. 2010/1168, T. 10.02.2010, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 10.08.2017).

²⁴ “*Kamu ihaleleri*”nin anlam ve kapsamı hakkında ayrıca bkz. **BALTA**, Tahsin Bekir, İdare Hukukuna Giriş, C. II, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970, s. 187; **UZ**, s. 9; **YILDIRIM**, Turan/**YASİN**, Melikşah/**KARAN**, Nur/**ÖZDEMİR**, H. Eyüp/**ÜSTÜN**, Gül/**OKAY TEKİNSOY**, Özge, İdare Hukuku, 4. Baskı, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2012, s. 787; **KUTLU**, s. 76. Kamu ihalelerine ilişkin olarak “*kamu harcama ihalesi*” kapsamında yapılan tanım için bkz. **TAŞDELEN**, Aziz, Kamu Harcamaları Hukukunda İhale Süreci, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, s. 33.

²⁵ D. 13. Dairesi, E. 2007/1724, K. 2010/1168, T. 10.02.2010, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 10.08.2017).

²⁶ **ÖZAY**, s. 549; **TAŞDELEN**, Kamu Harcamaları, s. 6; **KARAHANOGULLARI**, Onur, Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 320.

²⁷ Zincir işlem niteliğinde olan ihale sürecinde davalı idarenin “*bağlı yetki*” kurallarına göre hareket etmesi gerektiği hakkında bkz. **SANCAKDAR**, Oğuz/**ÖNÜT**, Lale Burcu/**BAŞAR**, Cemal/**PALAS DAĞLI**, Ezgi/**ÇAPTUĞ**, Mehpere, İdare Hukuku Pratik Çalışma Kitabı, 8. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 226. Aynı yönde bkz. **İNAN**, s. 32. İdarenin bağlı yetkisi hakkında bkz. **KAYA**, Cemil, İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2011, s. 89 vd.

²⁸ İhale usulünün, idari usulün belirli bir alanda yapılmış düzenlemesi olarak görülmesi gerektiği hakkında bkz. **İNAN**, s. 30 vd.

²⁹ **KUTLU**, s. 92. Ancak bu durum, kamu ihalelerine ilişkin usuli hükümler içeren kanunlara tabi olmayan idareler ile kanunların kapsamlarına almadığı konularda sözleşme akdedecek idarelerin ihale sürecini keyfiyete varan tam takdir yetkisi içinde yapabileceği anlamına gelmez. Bu konuda bkz. **AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA**, s. 505. İdarelerin, akdedeceği sözleşmenin niteliğinden bağımsız olarak, izleyeceği usul açısından sınırsız bir takdir yetkileri olmadığı hakkında bkz. **ÖZAY** İl Han, İhale Usulleri ya da “İskambilden Şato” ile Bir Fok ve Penguen Öyküsü, Yavuz Alangoya İçin Armağan, Alkim Yayınları, İstanbul, 2007, s. 871.

i) idari işlemlerin maddi tasnifi açısından

Bu sınıflandırma açısından idari işlemler “genel” ve “birel” işlemler olarak ikiye ayrılmaktadırlar³⁰. Genel, soyut, sürekli ve bir defa uygulanmakla tükenmeyen işlemler genel düzenleyici işlemler olarak ifade edilir. Bunun yanında öğretide “genel” nitelikte olduğu halde “genel düzenleyici işlemler”den farklılaşan bazı “karar”ların varlığı kabul edilmektedir. Genel karar olarak ifade edilen bu kararları düzenleyici işlemlerden ayıran en temel özellik, genele yönelik olmakla birlikte kural olarak “sürekli” değil “süreli” nitelikte olmaları ve uygulanmakla tükenmeleridir³¹. Birel işlemler ise “düzenleyici işlemlerin bir kişi veya olaya uygulanması” olarak tanımlanan³², konusu ve muhatabı belli olan idari işlemlerdir³³.

Öğretide Özey, idarenin yarışma açılması için aldığı kararı ve bu yönde tesis ettiği işlemleri, genele yönelik olması, yapılmakla tükenmesi, kapsamına kimlerin girmiş olduğunun bilinmesi gerekçeleriyle, “genel karar” olarak nitelendirmektedir³⁴. Bu bakımdan kamu ihalelerinin de Özey’in ifade ettiği özelliklere benzer nitelikler taşıdığı söylenebilir. Gerçekten kamu ihaleleri, ihale sürecine hâkim olan ilkelerin sonucunda kural olarak genele yöneliktir, her kamu ihalesi kural olarak sözleşmenin imzalanması ile sona erer ve bir defa yapılmakla tükenir, ihalelerin konu ve kapsamı da ilgili yasa tarafından belirlenmiş durumdadır. Aynı şekilde Uz da, ilan edilen ‘ihale’ nin maddi nitelik yönünden “genel karar” olduğunu belirtmektedir³⁵. Akylmaz/Sezginer/Kaya ise ihale işleminin, şart işlem niteliğine vurgu yaptıktan sonra idarenin, şartlar gerçekleşince, işi ihaleyi kazanan kişiye vermek zorunda olduğunu ifade etmektedir³⁶.

³⁰ İdari işlemlerin maddi tasnifi hakkında bkz. **ONAR**, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. I, 3. Bası, Hak Kitabevi, 1966, s. 338 vd.; **SANCAKDAR**, Oğuz/ **US**, Eser/**KASAPOĞLU TURHAN**, Mine/**ÖNÜT**, Lale Burcu/**SEYHAN**, Serkan, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, 6. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 307 vd.; **YAYLA**, Yıldızhan, İdare Hukuku, 2. Bası, Beta Yayınları, 2010, s. 114 vd.; **ÖZAY**, s. 423 vd.; **YILDIRIM/YASİN/KARAN/ÖZDEMİR/ÜSTÜN/OKAY TEKİNSOY**, s. 595 vd.; **AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA**, s. 391; **YAŞAR**, Hasan Nuri, İdare Hukuku Genel Esaslar, DER Yayınları, 2013, s. 279 vd.

³¹ **ÖZAY**, s. 432, **ÇAĞLAYAN**, Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, 2016, s. 455.

³² **SANCAKDAR/US/KASAPOĞLU TURHAN/ÖNÜT/SEYHAN**, s. 310.

³³ **ÇAĞLAYAN**, s. 455.

³⁴ **ÖZAY**, s. 433. Aynı yönde bkz. **AKKURT**, Melih, Kamu İhaleleri Şikâyet ve İtirazen Şikâyet Hukuku, 3. Baskı, Adalet yayınları, 2017, s. 4.

³⁵ **UZ**, s. 9.

³⁶ **AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA**, s. 518.

İhale sürecinde idare tarafından hazırlanan şartnameler açısından ise, idarece şartnameye konulan ve kamu hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin hükümlerin genel düzenleyici işlem olduğu kabul edilmektedir³⁷. Aynı şekilde 4734 s. Kanun kapsamında yürütülecek ihalelerde ihale üzerine bırakılan taraf ile yapılacak sözleşmeler Kamu İhale Kurumu tarafından “*tip sözleşme*” şeklinde hazırlanmış olup, ilgili idareler kural olarak sadece tip sözleşmelerdeki ilgili boşlukları doldurma konusunda yetkilidirler. Bu sözleşmelerde bulunan ve ihaleyi yürüten idarenin değiştiremediği hükümler de genel düzenleyici işlem niteliğindedir³⁸.

ii) idari işlemlerin iradenin açıklanmasına göre tasnifi açısından

Bu sınıflandırma açısından idari işlemler “*tek yanlı-tek iradeli işlemler*”, “*tek yanlı-çok iradeli işlemler*”, “*iki yanlı işlemler*”, “*zincir işlemler*” şeklinde ayrımlara tabi tutulmaktadır³⁹.

Bu tasnife göre tek yanlı idari işlemler, işlemlerin yöneldikleri kişilerin iradelerine bağlı olmaksızın hukuki değere sahip olan işlemler olarak ifade edilir⁴⁰. Tek yanlı idari işlemlerin bu özelliğinin temeli, idare hukukunun taraflar arası kamu yararı eksenli eşitsizlik üzerine kurulu niteliğine dayanmaktadır⁴¹. Bu tip işlemlerde bir ya da birden fazla iradenin katılımının varlığı, işlemlerin “*tek yanlılık*” özelliğini etkilemez; aksine işlemin tek yanlılığını işlem ve muhatap arasındaki ilişki belirler⁴². Bu bakımdan tek yanlı idari işlemlerde işlemin muhatabı olan üçüncü kişi işlemin oluşumunda etkili olan iradelere

³⁷ **ONAR**, C. III, s. 1595; **ERKUT**, s. 55; **YILMAZ**, s. 93. Sözleşmenin icrasına ilişkin olan şartname hükümlerinin sözleşme imzalandıktan sonra artık düzenleyici işlem olarak sayılamayacağı; çünkü bu hükümlerin sözleşme ile bütünleşerek onun eki haline geldikleri hakkında bkz. **KUTLU**, s. 219. Aynı yönde bkz. **GÖZLER**, C. II, s. 148.

³⁸ **AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA**, s. 516.

³⁹ İdari işlemlerin iradenin açıklanmasına göre tasnifi için bkz. **ONAR**, C. I, s. 351; **ERKUT**, Celal, İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Tıpkı Basım, Danıştay Yayınları, No: 51, 2015, s. 14 vd.; **SANCAKDAR/US/KASAPOĞLU TURHAN/ÖNÜT/SEYHAN**, s. 311; **YAYLA**, s. 115; **ÖZAY**, s. 475 vd;

YILDIRIM/YASİN/KARAN/ÖZDEMİR/ÜSTÜN/OKAY TEKİNSOY, s. 592;

AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 400; **YAŞAR**, s. 284 vd.

⁴⁰ **ONAR**, C. I, s. 351; **SANCAKDAR/US/KASAPOĞLU TURHAN/ÖNÜT/SEYHAN**, s. 311; **YAYLA**, s. 115; **ÖZAY**, s. 475 vd.

⁴¹ **SANCAKDAR/US/KASAPOĞLU TURHAN/ÖNÜT/SEYHAN**, s. 49.

⁴² **ERKUT**, s. 16 vd. Ayrıca bkz. D. İDDGK, E. 2006/4286, K. 2007/60, T. 08.02.2007, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 15.08.2017).

yabancı iken, çok yanlı idari işlemlerde işlemin karşı tarafı “*taraf*” sıfatına sahiptir, yani işlemin oluşumuna taraf olarak katılır⁴³.

Bu ayırmda kamu ihale süreci, kimi tek yanlı kimi çok yanlı olan bir işlemler demeti olarak karşımıza çıkar.

Öncelikle ihale süreci *tek yanlı* idari işlemler içerir; çünkü ihale sürecinde idarenin tesis edeceği işlemlerin tek taraflı idari işlemler olacağı kabul edilmektedir⁴⁴. Bu süreçte ne tür bir ihtiyacın ortaya çıktığı veya nasıl bir arzın bulunduğu dair idarece yapılacak saptamalar ile ihale usulündeki aşamalar idarece tek taraflı olarak gerçekleştirilmektedir⁴⁵. İhale sürecinde idarece şartnamenin hazırlanması⁴⁶, sürecin sonunda ihalenin bir istekli üzerinde bırakılması ve yetkili makamın vereceği onay tek taraflı idari işleme örnektir⁴⁷.

Kamu ihaleleri nihayetinde *çok yanlı* idari işlemler de içerir; zira ihalenin sonuç doğurması ve sözleşmenin kurulması için, ihalenin üzerinde bırakıldığı isteklinin de irade beyanına ihtiyaç vardır⁴⁸.

“*Zincir işlemler*” ise belirli ve nihai bir sonucu doğurmak amacıyla birbirini takip eden ve nihayetinde tek bir işlemin ortaya çıktığı işlemler olarak tanımlanmaktadır⁴⁹. Zincir işlemin oluşması sürecinde birden fazla makam veya organ karar alma yetkisine sahiptir⁵⁰. Yukarıda da ifade edildiği üzere kamu ihale süreci, kendi içinde birden fazla ve birbirine bağlı idari işlemin nihayetinde yapılacak sözleşmenin tarafını belirlemek amacıyla tesis edilmesini ifade etmekte ve ihale sürecinde karar alma yetkisine sahip birden fazla makam ve organ

⁴³ ERKUT, s. 19.

⁴⁴ ERKUT, s. 52; İNAN, s. 32.

⁴⁵ ÖZAY, s. 549.

⁴⁶ Kamu ihalelerinde ve özellikle pazarlık usulünde tek taraflılığın mutlak olmadığı hakkında bkz. ÖZAY, s. 549, dn. 1017.

⁴⁷ KUTLU, s. 97. İhaleye katılan kişilerin, bu koşulları idare ile tartışma olanağı bulunmadığı hakkında bkz. AKGÜNER, Tayfun/BERK, Kahraman, İdare Hukuku, Der Yayınları, 8. Basım, İstanbul, 2017, s. 1179.

⁴⁸ KUTLU, s. 97; Kamu ihalelerinde sözleşmenin kurulması ve sonrasında kurulan ilişkinin iki taraflı olduğu, fakat sözleşmenin koşullarını esas olarak idarenin belirlemesi nedeniyle ilişkinin yine de tek kutuplu olacağı hakkında bkz. ÖZAY, s. 550.

⁴⁹ ERKUT, s. 147 vd.

⁵⁰ YAŞAR, s. 285.

bulunmaktadır⁵¹. Bu halde ihale süreci, tıpkı disiplin soruşturmaları ve kamulaştırma işleminde olduğu gibi, “zincir işlem” niteliğindedir⁵².

Kamu ihale sürecinde tesis edilen ve birbirine zincir şeklinde bağlanan işlemlerde halkalardan birisi koptuğunda, eğer işlem hazırlık işlemi niteliğinde ise, başka bir ifadeyle işlem idarenin takip etmekle yükümlü olduğu ihale usulünde bir sonraki işlem ile ortaya konulamayacak bazı hukuki sonuçlar doğuracak nitelikte değilse, zincir işlem kuralına göre o işlemin hukuka aykırılığı doğrudan doğruya ileri sürülemez⁵³. Ancak işlem tamamlandıktan sonra ilgili hazırlık işleminin hukuka aykırılığı, nihai işleme karşı açılacak davada ileri sürülebilir⁵⁴.

Uyuşmazlık Mahkemesi yakın tarihli bir kararında⁵⁵ ihale kavramının idare hukuku ilke ve kuralları uyarınca yürütülen bir süreci ifade ettiğini, kendi içinde birden fazla ve tek yanlı işlemde oluşan bu sürece ilişkin hukuka aykırılıkların görüm ve çözüm yerinin idari yargı olduğunu ifade etmiştir.

iii) özel hukuktaki “irade” teorisi açısından

Kamu ihale sürecinde idare, kamu ihalelerinde geçerli olan mevzuata uygun biçimde en uygun teklifi vereni belirler ve bununla bir sözleşme yaparak, ihale sürecini tamamlar. Sürecin sonunda bir “kamu ihale” sözleşmesi imzalandığı ve bu sözleşmenin, mevzuat hükümlerine paralel olarak, öğretisi ve yargı kararlarında özel hukuk sözleşmesi olarak

⁵¹ Yaklaşık maliyetin tespiti (4734 s. Kanun m. 9), ilan verilmesi (4734 s. Kanun m. 13), geçici teminat alınması (4734 s. Kanun m. 33) bu işlemlere örnek olarak verilebilir.

⁵² **DEMİRCİOĞLU**, Mustafa Yaşar, İhale Yolsuzluklarında Yeni Trend “Açık İhale” Usulünün Terki “Pazarlık Yoluyla İhale” Usulünün Keşfi, TBB Dergisi, S. 115, 2014, s. 127.

⁵³ **SANCAKDAR/US/KASAPOĞLU TURHAN/ÖNÜT/SEYHAN**, s. 313.

⁵⁴ Belirtilmelidir ki, ihale sürecinde zincirin halkalarını oluşturan işlemlerden tek başlarına hukuki sonuç doğurabilme yeterliliğine sahip olanlar, söz konusu süreçten ayrılarak doğrudan dava edilebilirler. Ayrılabilir işlemler kuramı hakkında bkz. **ERKUT**, s. 157 vd. Sözleşme bir özel hukuk sözleşmesi olsa bile, idarenin sözleşmenin akdedilmesi sürecinde tesis etmiş olduğu işlemlerin idari işlem niteliğinde olduğu ve ayrılabilir işlem teorisi uyarınca dava edilebileceği hakkında bkz. **ÖZAY**, İhale Usulleri, s. 891. *Kutlu’ya göre “ihale aşamasında idarenin işlemlerinin tümü sözleşmeden ayrılabilir işlemlerdir ve tek başlarında dava konusu edilebilirler.”*, **KUTLU**, s. 102. Ayrıca bkz. Bkz. D. 10. Dairesi, E. 2004/8257, K. 2004/7618, T. 22.06.2004, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 06.12.2017). Ayrıca bkz. D. 13. Dairesi, E. 2012/1687, K. 2017/2966, T. 13.11.2017, (Yayımlanmamış Mahkeme Kararı). Ayrıca bkz. Danıştay 13. Dairesi, E. 2010/643, K. 2015/960, T.11.03.2015, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 14.06.2017).

⁵⁵ Uyuşmazlık Mahkemesi, E. 2016/595, K. 2017/22, T. 20.02.2017, (<http://www.uyusmazlik.gov.tr>, E.T.: 14.06.2017).

nitelendirildiği göz önüne alındığında⁵⁶, ihale sürecinin hukuki nitelemesinin özel hukuk perspektifinden de yapılması gerekliliği doğmaktadır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 1. maddesine göre “*sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur. İrade açıklaması, açık veya örtülü olabilir.*” Bu hükme göre bir sözleşmenin kurulabilmesi için taraflardan birinin yapacağı önerinin (*icabın*) diğer tarafça kabul edilmesi ile sözleşme kurulacaktır⁵⁷. Kamu ihaleleri açısından ise sözleşmenin kurulmasına kadar geçen süreç “*öneriye davet-öneri-kabul*” şeklinde sıralanır.

Öneriye davet, sadece bir tür *müzakereye* girişmek amacını taşıyan irade beyanlarıdır. Bu durumda iradenin içerisinde karşı tarafın kabulü sonucunda bir sözleşme kurulmasının arzu edildiğine dair bir istenç bulunmamaktadır⁵⁸. *Öneriye davet* beyanında bulunan kişi, bu beyanın sonucunda karşı tarafla müzakereye girişmek arzusunu ortaya koyduğu için herhangi bir “*sözleşme yapma*” borcu altına da girmeyecektir⁵⁹. *Öneri*, öneriye davetin aksine, karşı tarafın kabul ile sözleşmenin kurulması arzusunu içeren bir irade beyanı olup, öneriyi yapan karşı tarafa önerinin kabulü ile bir sözleşme kurma imkânı verir ve öneren önerisiyle bağlı olduğu için kural olarak⁶⁰ buna engel olamaz⁶¹. Geçerli bir öneriden bahsedilebilmesi için iki şartın varlığı gereklidir. Bunlardan ilki; önerinin kurulması istenen sözleşmeye ilişkin tüm esaslı unsurları içermesi, ikincisi ise önerinin karşı tarafın kabulü ile sözleşmenin kurulmasının kabul edildiğine dair iradeyi içermesidir⁶². *Kabul* ise kendisine yapılan bir öneriye karşı olarak muhatabın öneriyi kabul ettiğini ve sözleşmeyi kurmak istediğini kesin

⁵⁶ İhale sürecinin sonunda akdedilen sözleşmelerin hukuki niteliği hakkında bkz. çalışmanın birinci bölümünün II/D başlığı.

⁵⁷ OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 49.

⁵⁸ OĞUZMAN/ÖZ, s. 51; KOCAYUSUFPAŞAOĞU, Necip/HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdulkadir, Borçlar Hukukuna Giriş-Hukuki İşlem- Sözleşme, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010, s. 182.

⁵⁹ OĞUZMAN/ÖZ, s. 51; KOCAYUSUFPAŞAOĞU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 182; TEKİNAY, S. Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 84 vd.

⁶⁰ Bağlayıcı olmayan öneri ve önerinin geri alınması hakkında bkz. ESENER, Turhan/GÜNDOĞDU, Fatih, Borçlar Hukuku I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 56 vd; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.86 vd.

⁶¹ OĞUZMAN/ÖZ, s. 56; KOCAYUSUFPAŞAOĞU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 194.

⁶² KOCAYUSUFPAŞAOĞU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 180.

olarak ifade ettiği bir irade beyanıdır⁶³. Usulüne uygun bir öneri, yine usulüne uygun bir şekilde muhatabı tarafından kabul edildiğinde sözleşme kurulmuş olur⁶⁴.

4734 s. Kanun'un "*bütün tekliflerin reddedilmesi ve ihalenin iptali*" kenar başlıklı 39. maddesi hükmü uyarınca ihaleye çıkmış olan idare, bütün teklifleri reddederek ihaleyi iptal etme hakkına sahip olup; ihaleye çıkılmış olması idareyi, en uygun teklifi veren istekli ile sözleşme yapma zorunluluğu altına sokmamaktadır. Şu halde idarenin ihaleye çıkması "*icaba davet*", ihaleye katılan isteklilerin teklif sunmaları ise "*icap*" olarak nitelendirilmektedir⁶⁵.

İhalenin bir istekli üzerinde bırakılmasına ilişkin karar ise "*kabul*" olarak nitelendirilir⁶⁶. Zira 4734 s. Kanun'un "*sözleşme yapılmasında isteklinin görev ve sorumluluğu*" kenar başlıklı 44. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesi "*İhale üzerinde kalan istekli 42 ve 43 üncü maddelere göre kesin teminatı vererek sözleşmeyi imzalamak zorundadır*" hükmünü ve yine aynı Kanun'un "*sözleşme yapılmasında idarenin görev ve sorumluluğu*" kenar başlıklı 45. maddesinin 1 cümlesi "*idare, 42 ve 44'üncü maddede yazılı süre içinde sözleşme yapılması hususunda kendisine düşen görevleri yapmakla yükümlüdür*" hükmünü içermektedir. Buna göre ihaleye çıkan idare tarafından yapılacak değerlendirme sonucunda ihale, ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren isteklinin üzerinde bırakıldıktan ve ihale sonucu ihale yetkilisi tarafından onaylandıktan sonra hem istekli hem de idare bir sözleşme akdetmek borcu altına girmektedirler. Ancak ifade edilmelidir ki 4734 s. Kanun'un "*ihalenin sözleşmeye bağlanması*" kenar başlıklı 46. maddesi uyarınca "*yapılan bütün ihaleler bir sözleşmeye bağlanır. Sözleşmeler idarece hazırlanır ve ihale yetkilisi ile yüklenici tarafından imzalanır.*" İlgili hüküm uyarınca idarenin kabul beyanı sonrası kamu ihale sözleşmesi kendiliğinden kurulmuş olmayıp, taraflar sözleşmenin imzalanması hususunda borç altına girmektedirler. İdare bu yükümlülüğünü yerine getirmez ise istekli, "*sürelerin bitmesini izleyen günden itibaren en geç beş gün içinde, on gün süreli bir noter ihbarnamesi ile bildirmek şartıyla, taahhüdünden vazgeçebilir*"⁶⁷. Buna karşın ihalede teklif

⁶³ OĞUZMAN/ÖZ, s. 64; KOCAYUSUFPAŞAOĞU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 203; ESENER/GÜNDOĞDU, s. 58 vd; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 93 vd.

⁶⁴ OĞUZMAN/ÖZ, s. 68. Sözleşmenin kurulma anının kabul beyanının karşı tarafa ulaşma an ve yöntemine göre ayrımı hakkında bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 210; ESENER/GÜNDOĞDU, s. 72 vd.

⁶⁵ KUTLU, s. 96; UZ, s. 9; İNAN, s. 36; BUZ, Vedat, Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 218.

⁶⁶ KUTLU, s. 96; UZ, s. 9; İNAN, s. 36.

⁶⁷ 4734 s. Kanun'un 45. maddesi.

vermiş olan istekli kesin teminatı verme ve sözleşme yapma yükümlülüklerine uymaz ise “*protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın ihale üzerinde kalan isteklinin geçici teminatı gelir kaydedilir ve idare ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif fiyatının ihale yetkilisince uygun görülmesi kaydıyla, bu teklif sahibi istekli ile de Kanunda belirtilen esas ve usullere göre sözleşme imzalayabilir*”⁶⁸.

c) Unsurları

Kamu ihalesi kavramının ifade ettiği anlam göz önüne alınırsa, bu kavram üç temel unsurla açıklanabilir. Bir kamu ihalesi, her şeyden önce bir idarenin varlığına bağlıdır. Bunun yanında bir kamu ihalesinden söz edebilmek için idarenin bir ihtiyacının ortaya çıkması ve ihale sürecine katılarak icapta bulunan kişilerin varlığı gereklidir.

i) kamusal harcama yapmaya yetkili idarenin varlığı

Borçlar hukukuna hâkim en temel ilke “*irade serbestisi*” ilkesi olup, bu ilke içerisinde “*sözleşme yapma özgürlüğü*”nü barındırdığı gibi, sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünü de kapsamaktadır⁶⁹. Bu açıdan özel hukuk kişileri kural olarak istemediği bir sözleşmeyi yapmaya zorlanamayacağı gibi emredici hükümlere aykırı olmamak üzere sözleşmenin içeriğini de diledikleri gibi belirleyebilirler.

İdare ise tesis ettiği işlemlerinde ve gerçekleştirdiği faaliyetlerde kamu kaynaklarını kullanmakta olup, kamu kaynaklarının etkin kullanımı amacıyla idarenin sözleşme yapma yetkisi belli ölçüde kısıtlanmış ve kamu ihale süreci olarak adlandırılan belli usul kuralları ile sınırlandırılmıştır⁷⁰. Dolayısıyla idare, özel hukukta söz edilen geniş bir sözleşme serbestisine sahip olmayıp, işlemlerini kamu yararını gözeterek ve ilgili usul kurallarını uygulayarak tesis etmek durumundadır⁷¹.

⁶⁸ 4734 s. Kanun’un 44. maddesi.

⁶⁹ İlkenin açıklaması için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 24 vd.

⁷⁰ “*Ülke idareleri kendi ceplerindeki parayı değil, vergi veren vatandaşlarının paralarını harcadıkları için, işlerini her daim en uygun fiyat üzerinden gerçekleştirmekle yükümlüdür.*” Bkz. Guidebook On Anti-Corruption In Public Procurement And The Management Of Public Finances, Birleşmiş Milletler Uyuşturucu ve Suç Ofisi, New York, 2013, s. 1. Ayrıca bkz. DURAN, s. 447; DEMİRCİOĞLU, s. 129; TAŞDELEN, Aziz, Kamu Harcama İhalesi Sürecinde İhale ve Sözleşme Aşamaları İle Bu Aşamaların Yargı Yolları Ayrımını Belirleyici Rolü, İÜHFİM, C. L’XIX, S. 1-2, 2011, s. 45.

⁷¹ GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, 10. Baskı, İmaj Yayınları, Ankara, 2013, s. 195; ONAR, C. 3, s. 1615; AKDOĞAN, Şeffaflık, s. 48.

Pozitif düzenlemeler açısından ise 4734 s. Kanun, “amaç” kenar başlıklı 1. maddesinde Kanun’un amacını “*kamu hukukuna tâbi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygulanacak esas ve usulleri belirlemek*” olarak saptamış olup, Kanun’un 2. maddesi ise Kanun’un kapsamına giren idareleri saymaktadır. Aynı şekilde 2886 s. Kanun da “kapsam” başlıklı 1. maddesinde “*genel bütçeye dâhil dairelerle katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işleri*”nin bu Kanun kapsamında yürütüleceğini ifade etmektedir. Yasal düzenlemeler de göz önüne alındığında Türk Hukukunda kamu ihale rejiminden bahsedebilmek her şeyden önce “*kamusal harcama yapmaya yetkili*” bir idari makamın (*procuring entity*) varlığı gerekmektedir⁷².

ii) kamusal ihtiyaç

İdare üstlenmiş olduğu kamu hizmetlerini yerine getirirken personele, mala ve paraya ihtiyaç duyar ki idarenin bu ihtiyaçları öğretilde “*idarenin hareket araçları*” olarak adlandırılır⁷³. Kamusal harcama yapmaya yetkili bir idarenin kamu ihale sürecine başlayabilmesi için öncelikle bir gereksinim doğması gerekir. Bu gereksinimler, idarenin bir mala duyacağı ihtiyaç şeklinde olabileceği gibi bir hizmetin gördürülmesi ya da bir yapım işi ihtiyacı biçiminde de ortaya çıkabilir. Aynı şekilde idare paraya da ihtiyaç duyabilir ki bu durumda elinde bulunan malları satma ya da kiralama yoluna gidecektir. Bu nitelikte ihtiyaçların üçüncü kişiler aracılığıyla karşılanması ise ancak ihtiyacın türüne göre saptanacak mevzuat hükümleri uyarınca yürütülecek bir ihale süreci sonunda gerçekleşebilecektir.

iii) icapta bulunan taraf

Aslında yukarıda açıklanan ilk iki unsurun varlığı, kamu ihale sürecinin başlaması için yeterlidir. Başka bir deyişle kamusal harcama yapmaya yetkili bir idarenin ilgili mevzuat kapsamında belirtilen niteliklerde bir ihtiyacı doğduğunda, idare bu ihtiyacını kurumun harcama yetkilisine bildirir ve gereken ihale süreci başlatılabilir. Ancak kamu ihale sürecinin sonunda hedeflenen amaca ulaşılabilmesi ve bir kamu ihale sözleşmesi imzalanabilmesi için mevzuat hükümlerinde belirlenen niteliklere sahip ve ihaleye teklif veren kişilerin varlığı

⁷² KUTLU, s. 69.

⁷³ GÖZLER/KAPLAN, s. 612.

gereklidir. Bu bağlamda “*icapta bulunan taraf*”ın varlığı daha ziyade kamu ihalesinin nihai amacına ulaşabilmesi için gerekli bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır⁷⁴.

2. Kamu İhalelerinin Ortaya Çıkışı ve Gelişimi

a) Osmanlı Devleti Döneminde

Osmanlı iktisadi yapısı 19. yüzyıla kadar “*klasik*” olarak nitelendirilen sistem üzerine oturmuştu. Klasik Osmanlı iktisadi sisteminde iktisadi politika ile ilgili kararları alan Kazasker, Kadı, Defterdar gibi organlar, fonksiyonları itibariyle iktisat dışı alanlarda da görev yapan organlardı ve bu yüzden Osmanlı klasik iktisat sisteminde iktisadi politikalar; siyasi, dini, askeri politikaların içine yedirilmiş bir şekilde belirlenmekte, bağımsız bir “*iktisat*” politikasından bahsedilememekteydi⁷⁵. Bu dönemde her ne kadar modern anlamda bir iktisat politikasından ve iktisat politikalarını oluşturacak uzmanlaşmış organlardan söz edilemese de, toplumun bir iktisadi hayatı ve Osmanlı Devleti’nin bu yaşamı etkileyen çeşitli faaliyetleri bulunmaktaydı.

Klasik Osmanlı iktisat sisteminde devlet ekonomik alanda, “*iaşe ilkesi*”⁷⁶ uyarınca faaliyet yürütmekteydi. Osmanlı iktisadi yapısının temelini oluşturan bu ilke uyarınca devlet, üretim faaliyetlerinin istenilen nitelik ve seviyede olması için sürece doğrudan müdahalelerde bulunmaktaydı⁷⁷. Bu ilkenin doğurduğu müdahaleci⁷⁸ ve merkezi kontrolü ön plana alan

⁷⁴ İhale sürecinde idare ve icapta bulunanlar arası ilişkiler bir yandan tek kutuplu iken (*hem ihale usulünün hem de arz ya da talebin idarece belirlenmesi*) bir yandan da aralarında çoklu iki taraflı bir ilişkinin varlığı (*talebi karşılamaya yönelik tekliflerin iradeye yönelik olması ve teklif edenlerin birden çok olması*) hususunda bkz. **ÖZAY**, s. 550.

⁷⁵ **GENÇ**, Mehmet, Osmanlı İmparatorluğunda Devlet ve Ekonomi, Ötüken Yayınları, İstanbul, 2002, s. 43 vd. *Genç*’in yapıdan hareketle ekonomik zihniyeti belirlemeye yönelik görüşlerinin, Osmanlı ekonomik pratiğinin anlaşılmasındaki önemi için bkz. **BULUT**, Mehmet, Osmanlı Ekonomi Pratiği’ne Yeniden Bir Bakış, BİLİG Türk Dünyası Sosyal Bilimler Dergisi, S. 62, Yaz 2012, s. 67 vd.

⁷⁶ “*İaşe ilkesi*”nde temel amaç ülkede yaşayanların ihtiyaçlarını karşılamaktır. Bu nedenle ilke, üretilen mal ve hizmetlerin alabildiğine bol, nitelikli ve erişilebilir hale getirilmesi için müdahaleci devlet faaliyetlerini içerir. Bu ilkenin yanında klasik Osmanlı iktisadi yapısının temelini oluşturan diğer iki ilke olan gelenekçilik ve fiskalizm hakkında bkz. **GENÇ**, s. 45 vd.

⁷⁷ *İnalçık*’a göre Osmanlı ekonomi politikasında adalet ilkesine dayanan bir arz yönlü iktisat politikası yöneticiler için temel önceliklidir ve “*bolluk ekonomisi*” anlayışı Osmanlı ekonomisinde önemli bir rol oynar. **İNALCIK**, Halil, Osmanlı İmparatorluğu’nun Ekonomik ve Sosyal Tarihi I, Eren Yayınları, İstanbul, 2004 (Aktaran: **BULUT**, s. 69).

⁷⁸ Aynı yönde bkz. **ÇAVDAR**, Tevfik, Türkiye Ekonomisinin Tarihi / 1900-1960, İmge Kitabevi, Ankara, 2003, s.46 vd. Osmanlı Devleti’nin ticaret ve yerel piyasalara ilişkin uygulamalarını sürekli ve kapsamlı bir müdahalecilik olarak nitelendirmenin doğru olmadığı, müdahale biçiminin seçici müdahalecilik olarak nitelendirilmesi gerektiği hakkında bkz. **PAMUK**, Şevket, Osmanlı-Türkiye İktisadi Tarihi 1500-1914, İletişim Yayınları, İstanbul, 2005, s. 89 vd.

yapı⁷⁹, idarenin ihtiyacı olan malları temin etme yöntemini de etkilemiştir. Bu etkinin ortaya konulabilmesi için, bir malın üretiminden başlayarak nihai tüketiciye erişmesine kadar geçen sürecin kısaca⁸⁰ ifade edilmesi gerekmektedir.

İaşe ilkesinin egemen olduğu klasik iktisat sisteminde üretim faaliyetleri devlet kontrolü altındaydı. Miri mülkiyet sistemi olarak adlandırılan sistemde devlet, tarım arazilerinin mülkiyetini kendinde tutmak suretiyle özel kişilere kiralardı⁸¹. Üretim sürecinin sıkı takipçisi⁸² olan devlet, sıra üretilen gıda maddeleri ile hammaddelerin ticaretine geldiğinde ise önceliği, üretimin yapıldığı bölgede bulunan loncaların ve yöre halkının ihtiyaçlarının giderilmesine verirdi. Hemen ardından *saray ve ordunun ihtiyacı olan mallar alınır ve gerekli yerlere tahsis edilir*⁸³, üçüncü aşamada ise arta kalan malların gereken miktarı İstanbul'a gönderilmek üzere tüccarlara verirdi. Nihayetinde elde kalan mallar tüccarlar tarafından imparatorluk bünyesinde ihtiyaç duyulan bölgelere götürülürdü.

Bu noktada değinilmesi gereken ikinci husus “*miri mübaya*a⁸⁴” rejimidir. Bu rejime göre devlet, ihtiyaç duyduğu mal ve hizmetleri, üreticilerinden aynî bir gelir vergisi biçiminde piyasa fiyatının ve hatta maliyetin de altında kalan bir bedel karşılığı satın alabiliyordu⁸⁵. Görüldüğü gibi, 19. yüzyıla kadar Osmanlı Devleti'nde iktisat politikasının temeli “*iaşe ilkesi*”ne dayanmaktaydı. Miri mübaya

⁷⁹ Tekelci ve müdahaleci ekonomik yapı hakkında bkz. İNALCIK, Halil, Osmanlı İmparatorluğu Klasik Çağ (1300-1600), (çeviren, Ruşen Sezer), 3. Baskı, YKY Yayınları, İstanbul, 2003, s. 150 vd.

⁸⁰ Klasik Osmanlı iktisat sisteminde üretim süreci hakkında bkz. GENÇ, s. 46 vd.

⁸¹ Miri arazi bölünemez, vakfa, mirasa ve satışa konu olamazdı. Osmanlı köylüsü, işlediği sürece ömür boyu toprağın kullanım hakkına sahip olmuştur. BULUT, s. 77. Ayrıca bkz. İNALCIK, Halil, Osmanlı İmparatorluğu – Toplum ve Ekonomi Üzerinde Arşiv Çalışmaları ve İncelemeler, 2. Baskı, Eren Yayınları, İstanbul, 1996, s. 3 vd.

⁸² BULUT, s. 78.

⁸³ “*Sarayın ve ordunun iaşesini sağlamak amacıyla devlet, bir yandan köy-kent işbölümünün ve uzun mesafeli ticaretin gelişmesini özendirilmekte, bir yandan da bunu gerçekleştirecek olan ticaret sermayesini denetim altında tutmaya çabalamaktaydı. Çünkü devletin denetimi dışında gelişen her türlü birikim, egemen üretim tarzını tehdit edebilecek bir güç odağı oluşturabilecekti.*” PAMUK, s. 95.

⁸⁴ “*Miri*” kelimesinin bir anlamı da Devletin aldığı vergi olup “*mübaya*a” ise satın almak anlamına gelmektedir. Bu bakımdan miri mübaya

⁸⁵ GENÇ, s. 89; PAMUK, s. 94.

16. yüzyıl sonları itibariyle Osmanlı Devleti'nin doğal sınırlarına ulaşmasının⁸⁶ akabinde sosyal ve ekonomik yapıda çeşitli değişimlerin⁸⁷ yaşanmaya başladığı gözlemlenmiş ise de iktisadi yapının klasik niteliği 19. yüzyıla kadar korunmuştur⁸⁸. 19. yüzyıla gelindiğinde ise Osmanlı Devleti, 1839 Tanzimat Fermanı ile 1856 Islahat Fermanı'nı doğuran reform sürecine girmiş ve bu süreç iktisadi yapıyı da değiştirmiştir. Üretim tüketim dengesinin 19. yüzyılda önemli biçimde değişmesi sonucu Osmanlı idaresi, yüzyıllar boyu yürütmüş olduğu klasik iktisat sisteminin temelini oluşturan kurallarda değişikliğe gitmek durumunda kalmıştır⁸⁹. Örneğin; sanayi devriminin yansıması olarak Osmanlı sanayisinde 1830'lu yıllarda buharlı makineleri kullanarak üretim yapan çok çeşitli fabrikalar kurulmaya başlanmış, giderek artan ve üretim güçleri genişleyen fabrikaların ihtiyaç fazlası üretim yapmaya başlamaları sonucu 19. yüzyılın ikinci çeyreğinde Osmanlı iktisadi yapısında iâşe ilkesinden tavizler verilerek ihracat gümrüklerinde azaltmaya gidilmeye başlanmıştır⁹⁰. Nihayetinde Osmanlı idaresi yüzyıllar boyunca inşa ettiği ve dış dünyada oluşan değişimlerden Osmanlı Devleti'ni uzakta tutan bu klasik sistemden 19. yüzyıl boyunca adım adım ayrılarak iktisadi yapısını değiştirmeye başlamıştır⁹¹.

Osmanlı Devleti'nde kamu ihaleleri alanında hazırlanan ilk hukuki düzenleme de bu değişim sürecinde yaşanmıştır. 1857 tarihinde çıkarılan Nizamname⁹² ile kamu ihaleleri, daha doğru bir ifadeyle devletin gerçekleştireceği satın almalar, ilk defa hüküm altına alınmıştır. Söz konusu nizamnamenin içerdiği sınırlı hükümler yeterli olmadığı için 10 Muharrem 1330 (1914) tarihinde ek bir nizamname çıkarılmış ve bazı yapım işlerinin, Bakanların izni ile

⁸⁶ Klasik iktisadi yapı, temelde fetihlere dayanıyordu. Osmanlı Devleti'nin doğal sınırlara ulaşması sonucu askeri güç ve savaşlar birer gelir kaynağı olmaktan çıkarak gider kalemi haline gelmiştir. Bu durum klasik iktisadi yapının değişmesinde önemli rol oynamıştır. Bu konuda bkz. **AÇBA**, Sait, Osmanlı Devleti'nin Dış Borçlanması (1854-1914), Afyon Kocatepe Üniversitesi Yayınları, No. 1, Afyon, 1995, s. 7 vd.

⁸⁷ Bu değişimler hakkında detaylı bilgi için bkz. **PAMUK**, s. 131 vd; **BULUT**, s. 76 vd.

⁸⁸ **ŞAHİN**, Harun, Osmanlı Devlet ve Ekonomi Düzeninde Değişim: Kemankeş Kara Mustafa Paşa Lâyihası, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. 43, Ocak 2015, s. 185; **BULUT**, s. 76.

⁸⁹ Sanayi devrimi ve son dönem Osmanlı ekonomi politikası hakkında bkz. **BULUT**, s. 81; **AŞÇI**, Bahar, Mali Güç ve Askeri Güç Arasındaki Kritik İlişki: Osmanlı İmparatorluğu Örneği, Savunma Bilimleri Dergisi, C. 10, S. 1, 2011, s. 12 vd. Dış dinamiklerin, Osmanlı klasik iktisat sisteminin değişikliğe uğraması noktasında iç çelişkilerden daha etkili olduğu hususunda bkz. **ÇAVDAR**, s. 47.

⁹⁰ **GENÇ**, s. 94.

⁹¹ **GENÇ**, s. 96.

⁹² "Nizamname" bir kurum veya kuruluşun uyması gereken hükümleri gösteren maddelerin bütünü, tüzük, statü anlamına gelmektedir. Bkz. **AYVERDİ**, C. 2, s. 2360. Osmanlı Devleti'nin mutlakiyet döneminde yasama ve yürütme erkleri padişahla birleştiği ve düzenleyici işlemler, konu ve hukuki etkileri fark etmeksizin, padişahça yapıldığı için idarenin 1876 tarihli Kanun-i Esasi'ye kadar ayrı bir düzenleyici işlem tesis etme yetkisinden söz etmek mümkün değildir. Bu konuda bkz. **SANCAKDAR/US/KASAPOĞLU TURHAN/ÖNÜT/SEYHAN**, s. 85.

ihaleye çıkılmadan yapılması kabul edilmiştir⁹³. Bu nizamnameye ek olarak 4 Haziran 1919 tarihinde çıkarılıp 1921 yılında yürürlüğe giren bir kararname ile merkezdeki Devlet daireleri ve İstanbul'daki şubeleri ile yine İstanbul'daki askeri kuruluşların 500 lirayı aşan ihtiyaçlarının Maliye Bakanlığı bünyesinde bulunan “*Tevhid-i Mübayaat Komisyonu*” aracılığıyla karşılanması hususu düzenlenmiştir. 1921 yılında çıkarılan ek kararname ile dairelerin acil ihtiyaçlarını gidermeye yönelik bazı istisnalar getirilmiştir⁹⁴.

b) Cumhuriyet Döneminde

Yukarıda belirtilen kararname ve nizamnameler Milli Mücadele döneminde uygulanmamış, bu dönemde ihtiyaçlar Başkumandanlık emirleri ve Bakanlar Kurulu Kararnameleriyle sağlanmıştır⁹⁵. Cumhuriyetin ilanı sonrasında ise birtakım yeni kanuni düzenlemeler ile kamu ihale sistemimizin yasal çerçevesi belirlenmeye başlanmıştır.

i) 2886 s. Kanun öncesi dönem

Cumhuriyetin ilanından sonra ilk önce 22 Nisan 1925 tarihli ve 661 sayılı “*Hükümet Namına Vuku Bulacak Müzayede, Münakasa ve İhalât Kanunu*”⁹⁶ yürürlüğe konmuştur. Kanun’un 1. maddesi “*hükümet namına vuku bulacak her nevi mubayaat, satış, icar, inşaat ve tamirat ve istikşafat ve imalat ve işletme nakliyat ve mümasili işlerin münakasa veya müzayedesini kapalı zarf usulü üzere icra olunur. Atıdaki on sekizinci maddede tadat olunan ahvalde pazarlık ve on altıncı maddede gösterilen işlerde aleni müzayede veya münakasa caiz olduğu gibi inşaatı nafia ve işletme umuru bir kanunu mahsusa müstenit olmak şartıyla emaneten icra olunabilir*” hükmünü içermektedir. Maddeden anlaşıldığı üzere 661 s. Kanun temel ihale usulü olarak kapalı zarf usulünü benimsemiştir. Ancak çeşitli hallerde pazarlık, açık artırma ya da eksiltme ve emanet usullerinin de uygulanabileceği belirtilmiştir. Bahsi

⁹³ GÖNEN, Dinçer/HİKMET, Işık, Açıklamalı Devlet İhale Kanunu ve Yapım Sözleşmelerinin Uygulanması, 10. Baskı, Plaka Matbaacılık, Ankara, 1997, s. 31.

⁹⁴ GÖNEN/HİKMET, s. 31; UZ, s. 127; KUTLU, s. 65, dn. 21.

⁹⁵ GÖNEN/HİKMET, s. 31; Milli Mücadele döneminin ekonomik sorunları hakkında detaylı bilgi için bkz. ÇAVDAR, s. 133 vd.

⁹⁶ RG, T. 28.04.1925, S. 97. “*Münakasa*” eksiltme anlamına gelen Arapça bir sözcük olup “*en az bedele razı olma esasına göre yapılan ihale*”yi ifade etmektedir. Bkz. Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük, “*münakasa*” maddesi, http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.595deccc4bfb26.86723977 (E.T.: 07.06.2017).

geçen Kanun hükümleri 1926 yılında üç, 1929 yılında bir ve 1933 yılında bir kez gereken ihtiyaçlara cevap verebilmek adına değiştirilmiştir⁹⁷.

2490 s. Kanun'un gerekçesinde ifade edildiği gibi, pek çok defa değişikliğe uğrasa da 661 s. Kanun dönemin gerçek ihtiyaçlarına cevap verebilecek durumda değildi. Bu nedenle Dönemin Maliye Bakanlığı yeni bir kanun tasarısı için çalışmalara başlamış, İcra Vekilleri Heyeti'nin 29.03.1933 tarihli toplantısında hazırlanan tasarının TBMM'ye arzı kararlaştırılmış ve Meclis'ce kabul edilen tasarı 2490 sayılı "*Artırma, Eksiltme ve İhale Kanunu*" adıyla kanunlaştırılmıştır⁹⁸.

2490 s. Kanun'un gerekçesinde⁹⁹ "*hükümet namına vukubulacak müzayede ve münakaşaların tarzı icrası hakkında muhtelif tarihlerde konulan hükümler müteferrik (dağınık) ve mütenakız (eskimiş) olduktan başka hakikî ihtiyaca göre de noksan olduğundan 1340 tarihinde muvazenei umumiye kanununun 16'ncı maddesine istinaden Hükümetçe tanzim edilen bir talimatname ile ve 1341 tarihinde de müstacelen (acil yapılması gereken) müzakere ve kabul olunan 661 numaralı münakaşa ve ihalât kanunu ile Hükümet alış ve satışlarının mümkün mertebe san bir şekle ifrağı (düzgün bir hale sokmak) düşünülmüş ve temine çalışılmış ise de işbu kanun dahi bu günkü ihtiyacı karşılayabilmekten çok uzak bulunmaktadır*" ifadeleri ile 661 s. Kanun hükümlerinin ihtiyaçları karşılama konusunda yeterli olmadığı belirtilmektedir. Yine gerekçede, 1925 tarihinden itibaren pek çok kanunda gerekli değişikliklerin yapıldığı ve fakat Devletin gerçekleştirdiği alım ve satımlarla ilgili olarak yürürlükte bulunan mevzuat için aynı reformun gerçekleştirilmediği belirtilmiştir.

2490 s. Kanun da "*kapalı zarf usulü*"nü temel ihale usulü olarak belirlemiştir¹⁰⁰. Kanun bunun yanında "*açık artırma ve eksiltme (m. 41)*", "*mahdut eksiltme (m. 45)*"¹⁰¹, "*pazarlık (m. 46)*" ve "*emanet usulü (m. 50)*"nü de diğer ihale usulleri olarak düzenlemiştir.

⁹⁷ GÖNEN/HİKMET, s. 31.

⁹⁸ RG, T. 10.06.1934, S. 2723.

⁹⁹ 2490 s. Kanun Genel Gerekçesi, T. C. Başvekâlet Muamelât Müdürlüğü, 02.04.1933, (www.tbmm.gov.tr, E.T.: 17.11.2017).

¹⁰⁰ 2490 s. Kanun m. 31: "*Birinci maddede gösterilen artırma ve eksiltmelerde kapalı zarf usulü esastır.*"

¹⁰¹ 2490 s. Kanun m. 45: "*Fennî liyakat ve iktidarları tecrübe edilmiş firmalara ihalesi lüzumlu görülen tayyare, harp gemisi, harp mühimmatı alımı, askerî tesisat ve levazımı, liman, rıhtım, şimendifer, demiryolları inşası, büyük su tesisatı, büyük fabrika ve diğer sanayi tesisat ile sıhhi tesisat işlerinin bir kaç firma arasında eksiltmeğe konulması caizdir. Bu takdirde eksiltmeğe girecek firmaların isimleri, yaptıkları işler, yapacakları işlerin benzerlerinden yaptırılmış ise bununla bunlara verilen hatler ve mütehasısların (yapılacak iş*

Toplamda 74 maddeye sahip olan 2490 s. Kanun, 26 madde içeren 661 s. Kanun'a göre daha detaylı hükümler içermekte ve dönemin gereklerine uyum sağlamak amacıyla çeşitli değişikliklere uğramış ise de¹⁰², yaşanan ekonomik gelişmeler sonucu bu Kanun da bir süre sonra ihtiyaçlara cevap verme hususunda yetersiz kalmıştır¹⁰³. Bunun yanında 2490 s. Kanun'un öngördüğü ihale usulleri zaman zaman oldukça katı ve vakit kaybına yol açacak nitelikte kurallar içerdiği için bazı idareler bu Kanun hükümlerinden kurtulmaya çalışmış ve idarelere istisnai yetkiler veren düzenlemelerin sayısı giderek artmıştır. Nihayetinde kamu ihale sistemini her yönüyle düzenleyen hukuk kurallarının bulunmadığı, dağınık ve karışık bir sistem meydana gelmiştir.

Tüm bu olumsuzluklara karşı çeşitli yasalarda değişikliklere giderek çözüm aramak yerine ihale hukukuna ilişkin tek ve kapsayıcı bir kanun yapma gereği doğmuş¹⁰⁴ ve nihayetinde 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu 08.09.1983 tarihinde kabul edilerek 01.01.1984 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

ii) 2886 s. Kanun dönemi

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte “*genel bütçeye dâhil dairelerle katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işleri*” bu Kanun hükümlerine göre yürütülmeye başlanmıştır¹⁰⁵. Ayrıca aynı Kanun'un 94. maddesi ile “*2490 s. Kanun ile bu Kanunda ek ve değişiklikler yapan kanunlar*” yürürlükten kaldırılmıştır.

hakkındaki keşif veya tahmin bedelleri tasrih edilmek suret ile vilâyet hususî idareler ile belediyeler için Dâhiliye Vekâletinden diğer Devlet daireler ile müesseseler için icra Vekilleri Heyetinden karar almak şarttır Bu suretle yapılacak eksiltme neticesinde ihale yapmak, ait olduğu vekilin kararına bağlıdır. Bu kabil dar eksiltmelere alâkalı» firmalar şartnamelerin kendilerine tebliği suret ile çağırılır. Teminat usulleri bu eksiltmelerde de aynen tatbik olunur” hükmünü içermektedir. Bu hüküm 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 20. maddesinde düzenlenen “*belli istekliler arasında ihale usulü*”ne benzemektedir.

¹⁰² II. Dünya Savaşı sonrasında uluslararası ticaretin gelişmesi başta olmak üzere Devlet ekonomisinde yaşanan büyüme sonucu daha süratli ve pratik alım ve satımlar gerçekleştirmek üzere 2490 s. Kanun'a ek olarak 24.4.1946 tarihli ve 4876 s. Kanun çıkarılmış ve parasal limitler üç kat artırılmıştır. Ardından ise 26.01.1979 tarihli ve 22 sayılı KHK çıkarılarak 2490 s. Kanun'da çeşitli değişikliklere gidilmiştir. Ancak bu değişiklikler de istenen sonucu vermemiştir. Bu konuda bkz. **GÖNEN/İŞİK**, s. 32.

¹⁰³ **AKDOĞAN**, İlerleme Raporları Işığında, s. 691.

¹⁰⁴ **AKDOĞAN**, İlerleme Raporları Işığında, s. 691.

¹⁰⁵ Önceki düzenlemelerde olduğu gibi 2886 s. Kanun da kamu harcaması gerektiren alımlar ile kamuya gelir getirici faaliyetlerin tümüne ilişkin ihale hükümleri içermekteydi. Farklı nitelikteki bu işlerin aynı kanunda düzenlenmesinin, uygulamada pek çok sorunu beraberinde getirdiği hakkında bkz. **AKDOĞAN**, İlerleme Raporları Işığında, s. 691.

Ancak belirtmelidir ki 2886 s. Kanun'un 1. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca yukarıda belirtilen “*daire ve idarelere bağlı döner sermayeli kuruluşlar ile özel kanunlarla veya özel kanunların vermiş olduğu yetkiyle kurulmuş bulunan fonların yukarıda belirtilen işlerinin nasıl yapılacağı Maliye Bakanlığınca hazırlanarak Bakanlar Kurulunca çıkarılacak yönetmelikte*” belirlenecektir. Bu hüküm uyarınca Bakanlar Kurulu, Fonlar İhale Yönetmeliği¹⁰⁶'ni ve Döner Sermayeli Kuruluşlar İhale Yönetmeliği¹⁰⁷'ni hazırlamıştır.

Öte yandan uygulamada bazı yatırım projelerinin gerçekleştirilmesinde 2886 s. Kanun düzenlemelerinin eksik kaldığı görülmüş ve çok kısa bir süre sonra bu Kanun'da yeni düzenlemeler yapılması gerekmiştir¹⁰⁸. Kamu ihale düzeninin yapısı nedeniyle de Kanun'da değişiklikler olagelmıştır¹⁰⁹.

2886 s. Kanun'un getirdiği ihale düzeni öğretilerde kimi yönlerden eleştirilmiştir. Bu eleştiriler şöyle özetlenebilir:

- Kanun'un 17. maddesi “*ilk ilan ile ihale günü arası 10 günden, son ilan ile ihale günü arası 5 günden az olamaz*” hükmünü içermektedir. Bu süre ihaleye katılacakların tekliflerini hazırlamaları için yeterli zamana sahip olmamaları sorununu yarattığı gibi rekabet ilkesine de zarar vermektedir¹¹⁰.

- Kanun'un 44. maddesinde sayılan işlerin ihalesi “*diğer ihale usulleri yerine teknik yeterlilikleri ve güçleri idarece kabul edilmiş en az üç istekli arasında kapalı teklif usulü ile yaptırılabilir.*” Bu düzenlemede, merkezi yönetimin onayı alınarak ihaleye katılabilecek istekliler, isimleri belirtilmek suretiyle tespit edilmektedir. Bu tür ihalelerde ilan yapılması da zorunlu değildir, idare gerekli görürse Kanun'un ilan hükümlerine bağlı olmaksızın önseçim ilanı yapılabilir. Bu hüküm kamu ihalelerini siyasi otoritenin müdahalesine açık hale getirdiği,

¹⁰⁶ RG, T. 03.08.1984, S. 18478.

¹⁰⁷ RG, T. 04.08.1984, S. 18479.

¹⁰⁸ 2990 s. Kanun Genel Gereğesi, T.C. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Tetkik Dairesi Başkanlığı, 20.02.1984, (www.tbmm.gov.tr, E.T.: 17.11.2017).

¹⁰⁹ Örneğin; 19.07.2003 tarih ve 25173 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 4916 s. Kanun'un ilgili maddeleri ile 21.09.2004 tarih ve 25590 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak 01.01.2005 tarihinde yürürlüğe giren 2534 s. Kanun'un 9. maddesi.

¹¹⁰ **KAPLAN**, Sami, İdeal Bir Kamu İhale Kanunu ve İdeal Bir Kamu İhale Kurumu ve Kurulu Nasıl Olmalıdır? Fonksiyonel Bir Model Çalışması, Maliye Dergisi, S. 162, Ocak-Haziran 2012, s. 21; **AYHAN**, Berkay/**ÜSTÜNER**, Yılmaz, Governance in Public Procurement: The Reform of Turkey's Public Procurement System, International Review of Administrative Sciences, Volume 81, 2015, s. 645. 2886 s. Devlet İhale Kanunu'nda ilan süreleri ile ilgili detaylı bilgi için bkz. **KUTLU**, s. 222 vd.

ihalelerde şeffaflık ve serbest rekabet ilkelerinin zedelenmesine yol açtığı¹¹¹ ve ihalelere katılanların haksız çıkar sağlanmasına imkân verdiği gerekçesiyle eleştirilmiştir¹¹².

- Kanun'un, Milli Güvenlik Konseyi Bütçe-Plan Komisyonu tarafından düzenlenerek tasarıya ilave edilen 89. maddesi "*özelliği bulunan işler*"den söz etmektedir. Buna göre 2886 s. Kanun hükümlerinin uygulanmasının mümkün olamayacağı haller ve ilgili bakanlığın teklif edeceği ihaleler için bu Kanun hükümleri dışında kalınmasına Bakanlar Kurulunca karar verilebilir. Bu ihalelerde uygulanacak usul ve esaslar idarelerince hazırlanarak ilgili bakanın onayı ile belirlenir. Söz konusu madde, hangi işlerin "*özelliği*" gereği ihale hükümlerinin dışında ihale edileceğinin belirlenmesini tamamen idarenin takdirine bırakmış olduğu için eleştirilmiştir¹¹³.

- Kanun hazırlanırken kamunun yapım işlerini düzenleme kaygısı ağır basmış, mal ve hizmet alımları ile ilgili düzenlemeler yetersiz kalmıştır¹¹⁴.

- Diğer bir eleştiri ise, 2886 s. Kanun'un belirlediği ihale sisteminin, maliyetleri yükselttiği için ihaleyi alanın kar payını azalttığı ve haksız rekabete neden olduğu hususuydu. Bürokratik engeller, belirsizlik ve maliyet problemleri yabancı yatırımcıları da rahatsız etmekteydi¹¹⁵.

- 2886 s. Kanun, esasen merkezi idare teşkilatı temel alınarak hazırlanmış olup, yerel yönetimlerin yapısal farklılıkları dikkate alınmadığı için yerel yönetim uygulamalarında daha fazla sorun yaşanmıştır¹¹⁶.

Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne tam üyelik için 14 Nisan 1987 yılında başvuru yapması ve Aralık 1999 tarihinde Avrupa Birliği Konseyi Helsinki Zirvesi'nde Türkiye'ye AB üyeliği için aday ülke statüsünün verilmesi sonucu Türkiye, iç hukuk mevzuatını AB müktesebatı ile

¹¹¹ **KAPLAN**, İdeal Bir Kamu İhale Kanunu, s. 22.

¹¹² **UZ**, s. 130.

¹¹³ **KAPLAN**, İdeal Bir Kamu İhale Kanunu, s. 22.

¹¹⁴ **AKDOĞAN**, İlerleme Raporları Işığında, s. 691. Aynı yönde bkz. World Bank Report, Turkey – Final - Country Procurement Assessment Report, Volume I, June 2001.

¹¹⁵ **UZ**, s. 130.

¹¹⁶ **UZ**, s. 131. İl özel idareleri ve belediyeler Kanun kapsamındayken, köy kamu tüzel kişiliği kapsama alınmamıştır. Bkz. **İNAN**, s. 40.

uyumlulaştırma borcu altına girmiştir¹¹⁷ ve Avrupa Komisyonu tarafından her yıl düzenli olarak Türkiye hakkında ilerleme raporları hazırlanmaya başlanmıştır¹¹⁸. Bu raporlar¹¹⁹ tarihsel sırasıyla incelendiğinde, 1998 ve 1999 yılı raporlarında kamu alımları ile ilgili müktesebata ilişkin ilerleme olduğuna dair değerlendirme yapılacak bir veri olmadığı belirtilmiş olup, 2000 ve 2001 yılı ilerleme raporunda ise kamu ihaleleri ile ilgili alanda istenen nitelikte herhangi bir ilerleme kaydedilmediği belirtilmiştir¹²⁰.

Dünya Bankası tarafından 2001 yılında Türkiye’de kamu ihale rejimi ile ilgili olarak hazırlanan bir raporda ise¹²¹; “*her ne kadar hükümet ve yasama organı kamu ihale hukukuna ilişkin kurallarda bazı değişikliklere imza atmış olsa da, 2886 s. Kanun’un getirdiği sistemin temelde mal ve hizmet alımına ilişkin ihaleler konusunda oldukça yetersiz kaldığı*” tespitine yer verilmiştir. Bunun yanında raporda, 2886 s. Kanun’un modern gereklere uygun olmayan pek çok hüküm içerdiği¹²² ve bu hükümlerin serbest rekabete dayalı ve etkili bir kamu ihale sisteminin önünde engel olduğu, Kanun’un öngördüğü istisnalar yüzünden kamu harcamalarının gittikçe daha küçük bir kısmının¹²³ bu Kanun kapsamında yürütüldüğünün saptandığı ifade edilmiştir. Son olarak anılan raporda, mevzuattaki eksikliklerin yanında, uygulamada ihale sürecinde yaşanan sorunlara da değinilerek nihayetinde daha kapsamlı, ihale sürecinde şeffaflığı ve serbest rekabeti sağlayarak yolsuzlukları önleyecek yeni bir yasa yapılması tavsiye edilmiştir.

Bu süreçte 2000 Kasım ve 2001 Şubat aylarında Türkiye’de art arda yaşanan ekonomik krizler¹²⁴ sonucu oluşan kaynak arayışlarına çare bulmak amacıyla Uluslararası

¹¹⁷ Ayrıca, 24.03.2001 tarihli ve 24352 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan “*Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı*”nda kamu alımlarına ilişkin mevzuatın orta vadede tamamlanması öngörülmüştür. Bkz. <http://www.ab.gov.tr/58.html> (E.T.: 09.07.2017).

¹¹⁸ AB – Türkiye İlişkileri Tarihi, Avrupa Birliği Türkiye Delegasyonu, <http://www.avrupa.info.tr/tr/ab-ve-turkiye-iliskileri-tarihi-711> (E.T.: 04.07.2017)

¹¹⁹ Raporların İngilizce metinleri için bkz. <http://www.avrupa.info.tr/tr/ilerleme-raporlari-744> (E.T.: 04.07.2017).

¹²⁰ Türkiye’nin Katılım Yönünde İlerlemesi Üzerine Komisyon, 2000 Düzenli Raporu, s. 26; Avrupa Toplulukları Komisyonu, Türkiye’nin Avrupa Birliğine Katılım Sürecine İlişkin 2001 Yılı İlerleme Raporu, s. 47. İlgili raporlara çevrimiçi erişim için bkz. www.ab.gov.tr/46224.html (E.T.: 13.11.2017).

¹²¹ World Bank Report, Turkey – Final - Country Procurement Assessment Report, Volume I, June 2001.

¹²² Rapora göre bu hükümler içerisinde en “*korkunç*” (*raporda geçen ifadeyle “egregious”*) olanı ise isteklilerin eksiltme yapmak suretiyle teklif vermelerine izin veren düzenlemelerdir. Bu düzenleme Kaplan tarafından da eleştirilmiştir. **KAPLAN**, İdeal Bir Kamu İhale Kanunu, s. 21. Aynı yönde bkz. **AYHAN/ÜSTÜNER**, s. 645.

¹²³ Avrupa Birliği’nin, 2000’lerin başlarında Türkiye’de gerçekleşen *kamu alımlarının %85’inin* Devlet İhale Kanunu kapsamı dışında bırakıldığına dair notu hakkında bkz. **AYHAN/ÜSTÜNER**, s. 645.

¹²⁴ 2000 Kasım ve 2001 Şubat ekonomik krizleri hakkında bkz. **UYGUR**, Ercan, Krizden Krize Türkiye: 2000 Kasım ve 2001 Şubat Krizleri – Tartışma Metni, Türkiye Ekonomi Kurumu, Nisan 2001.

Para Fonu (*IMF*) ile yapılan *stand-by*¹²⁵ anlaşma görüşmelerinde, ülkedeki kamu ihale mevzuatının UNCITRAL model kanununa göre değiştirilmesi IMF tarafından bir ön koşul olarak sunulmuştur¹²⁶.

Sonuç olarak saydamlık, hesap verebilirlik, yolsuzlukla mücadele, rekabet ve verimlilik gibi temel ilkeler bakımından sorunları olan 2886 s. Kanun'un tek başına kamu ihale hukukunu düzenleyemediği, kapsamının yeterince geniş olmadığı ve uluslararası ihale uygulamaları ile paralellik göstermediği sonucuna varılarak ihale hukukunu düzenleyecek yeni bir kanun hazırlanması için çalışmalara başlanmıştır¹²⁷.

iii) 4734 ve 4735 s. Kanunlar dönemi

Yukarıda aktarılan problemlerin 2886 s. Kanun ile aşılamayacağını ve ayrıca kamu harcamasını gerektiren mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinin, nitelikleri gereği kamuya gelir sağlayıcı işlerden ayrı hukuki düzenlemelere tabi olması gerekliliğinin anlaşılması sonucu 4734 s. Kamu İhale Kanunu ve 4735 s. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu tasarıları 04.01.2002 tarihinde Meclis Genel Kurulu'nda kabul edildikten sonra 22.01.2002 tarihli ve 24648 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. 4734 s. Kanun'un Kamu İhale Kurumu'na ilişkin hükümleri Kanun'un yayım tarihinde, diğer hükümler ise 01.01.2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

4734 s. Kanun'un öngördüğü ihale sistemi aşağıda detaylıca açıklanacağı için bu noktada sadece söz konusu kanunların yürürlüğe girmesiyle ihale sistemimize getirilmiş olan yeniliklere değinilecektir. Bu yenilikler¹²⁸ şu şekilde sıralanabilir;

- Kamu harcaması yapılmasını gerektiren mal ve hizmet alımları ile yapım işleri 4734 s. Kanun kapsamına alınmıştır. Bu Kanun 2886 s. Kanun'u yürürlükten kaldırmamış, sadece

¹²⁵ *IMF Stand-By Arrangement*; bir ülkenin yaşadığı ekonomik kriz nedeniyle bozulan ekonomik dengesini düzeltebilmesi amacıyla IMF ile yaptığı sözleşmedir. Bu sözleşme çerçevesinde IMF ilgili ülkeye krizden çıkması için borç niteliğinde maddi kaynak sağlarken aynı zamanda ülkenin ekonomi politikalarının geliştirilmesine yardımcı bulunur. Bkz. IMF, Factsheet About Stand-By Arrangement, Communications Department, Washington D.C., (www.imf.org, E.T.: 07.06.2017).

¹²⁶ AKDOĞAN, İlerleme Raporları Işığında, s. 693.

¹²⁷ AKDOĞAN, İlerleme Raporları Işığında, s. 692; TAŞDELEN, Kamu Harcamaları, s. 12. Ayrıca bkz. OECD, Country Case: Setting Clear Ethical Standards For Procurement Officials: The 2002 Public Procurement Reform In Turkey, 2016, (<http://www.oecd.org>, E.T.: 12.04.2018).

¹²⁸ 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu Genel Gereğesi, T.C. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü, 20.11.2001, (www.tbmm.gov.tr, E.T.: 17.11.2017); İGDELER, Serdar/GÖÇERLER, Ahmet/ÖZTÜRK, Muzaffer, T.C. İçişleri Bakanlığı Mülkiye Müfettişliği İnceleme Raporu, 20.02.2003, s. 3 vd.

68. maddesinde “bu Kanun kapsamında yer alan işlerin ihalelerinde 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümleri uygulanmaz” hükmünü getirmiştir. Bu halde 4734 s. Kanun’un yürürlüğe girmesi itibariyle, ülkemiz kamu ihale sisteminde “temel” nitelikte iki kanunun varlığından söz edilmelidir.

- Uluslararası standartlara uygun bir kamu ihale kanunu hazırlanmak istenmesi sonucu olarak 4734 s. Kanun’da sadece sözleşmenin imzalanmasına kadar olan ihale sürecine ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Bu çerçevede, yapılan ihaleler sonucunda düzenlenecek sözleşmeler ile ilgili hususlarda bir boşluğa neden olunmaması için, bu konu ile ilgili hükümler 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nda düzenlenmiştir¹²⁹.

- Uluslararası raporlarda da eleştiri konusu yapılarak kimi zaman “korkunç” olarak nitelenen “tahmini bedel baz alınarak indirim yapılmak suretiyle ihaleye çıkılması” usulü terk edilerek, işlerin istekliler tarafından piyasa rayiçlerine uygun fiyatlara göre tespit ve teklif edilen gerçekçi bedeller üzerinden ihale edilmesinin amaçlandığı ihale usulleri getirilmiştir.

- Belli istekliler arasında ihale usulünde ön yeterlilik ilanı yapılması zorunluluğu getirilerek bu ihale usulünde de şeffaflık ve serbest rekabet ilkelerinin garanti altına alınması amaçlanmıştır.

- Pazarlık usulü, doğrudan temin usulü ve danışmanlık hizmeti ihaleleri için uluslararası düzenlemelere paralel olarak özel hükümler getirilmiştir.

- İhalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde idarece yapılan işlemlerde bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olmadığına ilişkin şikâyetleri inceleyerek sonuçlandırmak ve bütün ihale mevzuatını hazırlamak ve uygulamayı yönlendirmek üzere kamu tüzel kişiliğini haiz olan “Kamu İhale Kurumu” kurulmuştur¹³⁰.

- İhalesi yapılacak her iş için ödeneğin bulunması zorunluluğu getirilmiştir.

- Yapım işlerinde yeterli etüt ve fizibilite çalışmalarının yapılarak yatırım maliyetlerinin gerçekçi bir şekilde belirlenmesi amacıyla, yapım işlerinin uygulama projeleri yapılarak ihale edilmesi zorunluluğu getirilmiştir.

¹²⁹ 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Gerekçesi, T.C. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü, 20.11.2001, (www.tbmm.gov.tr, E.T.: 17.11.2017)

¹³⁰ Kamu İhale Kurumu hakkında detaylı bilgi için bkz. çalışmanın ikinci bölümünün I/B-2 başlığı.

- 2886 s. Kanun'un eleştirilen yönlerinden biri olan ilanlar konusunda 4734 s. Kanun'da Avrupa Birliği ihale mevzuatındaki ilan süreleri dikkate alınarak ilan süreleri artırılmıştır. Bu sayede şeffaflık ve serbest rekabetin sağlanması ve isteklilere gerçekçi teklifler hazırlayabilmeleri için yeterli hazırlık süresinin tanınması amaçlanmıştır. Bunun yanında bilgi işlem ağı ve internet yoluyla ilana da imkân tanınmıştır.

- Yine şeffaflığın sağlanması amacıyla yapılan ihalelere ilişkin sonuçların da ilan edilmesi öngörülmüştür.

- Aşırı düşük tekliflerin idarece reddedilebilmesine ilişkin düzenlemeler getirilmiştir.

- İhale üzerinde kalan isteklinin sözleşmeyi imzalamaması durumunda, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi ile ihalenin sonuçlandırılmasına imkân tanınmış ve kamu kaynaklarının verimli kullanılması amacıyla istekliler ve idare görevlileri hakkında cezai yaptırımlar etkinleştirilmiştir.

Kanun'un kabul edilmesi akabinde Avrupa Komisyonu tarafından yayımlanan 2002 tarihli ilerleme raporunda Kamu İhale Kanunu'nun kabul edilmesinin, kamu ihaleleri alanında Avrupa Birliği müktesebatıyla uyum açısından kayda değer¹³¹ bir adım olduğu belirtilmiştir. Bu Kanun'un yolsuzlukla mücadele konusunda etkili olabilecek düzenlemeler içerdiği de ifade edilmiştir..

4734 ve 4735 s. Kanunlar, kabul edildikleri tarihten itibaren pek çok değişikliğe tabi tutulmuştur¹³². 30.07.2003 tarihinde 4734 s. Kanun'da, Kanun yürürlüğe girdikten sadece 7 ay sonra, 4964 s. Kanun aracılığıyla bazı değişikliklere gidilmiştir¹³³.

¹³¹ Raporda "significant" ifadesi kullanılmıştır. Bkz. Regular Report on Turkey's Progress Towards Accession, Commission of The European Communities, Brussels, 09.10.2002.

¹³² Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü (OECD) tarafından Türkiye'de kamu ihalelerine ilişkin hazırlanan "Support for Improvement in Governance and Management (SIGMA)" raporunda şu ifadeler geçmektedir: "Kamu İhale Kanunu 2004 yılından beri düzenli bir şekilde değiştirilmektedir. Bu değişikliklerin bazıları hükümetin kamu ihaleleri ile ilgili politikalarının sonucu olmaktan ziyade, bazı milletvekilleri ile bakanların şahsi ve plansız girişimleri sonucu gerçekleşmiştir. Bu değişiklikler Kamu İhale Kanunu'na, AB müktesebatında yeri olmayan bazı istisna hükümleri getirmiştir." Bkz. Turkey Public Procurement Assessment, OECD SIGMA Report, May 2008. Bu değişiklikler çalışma kapsamında ilgili bölümlerde aktarılabilecek olup, bu aşamada 30.07.2003 tarihinde gerçekleştirilen değişikliğe değinilmemekle yetinilecektir.

¹³³ Aslında 4734 ve 4735 s. Kanunlara ilişkin ilk değişiklik, 12.06.2002 tarihinde, kanunlar henüz yürürlüğe girmeden önce kabul edilerek 22.06.2002 tarih 24793 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 4761 s. Kanun'la gerçekleştirilmiştir. Bu değişiklikler Kanunlar hazırlanırken öngörülemeyen bazı hususlara ilişkindir. Bkz. 4761 S. Kanun Genel Gereçesi, TC. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü, S. B. 02.0.KKG.0.10/101-

Her ne kadar 4964 s. Kanun'un gerekçesinde Avrupa Birliği müktesebatı ile uyum hedefli bir değişiklik gerçekleştirildiği ifade edilse de Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanan 2003 tarihli ilerleme raporunda¹³⁴ bu değişiklikler ciddi eleştiriyle karşılanmıştır. Raporunda, 4964 s. Kanun ile yapılan değişikliklerin Kamu İhale Kanunu hükümlerini çelişkili hale getirdiği, kamusal harcama yapma yetkisi olan pek çok kuruluşun kanun kapsamından çıkarıldığı, ihale sürecinin Şeffaflık ve serbest rekabet ilkelerini ciddi biçimde sınırlayacak Şekilde kısaltıldığı ifade edilerek Türkiye'nin zaman kaybetmeksizin bu hususlarda yeni bir düzenleme yapması gerektiği belirtilmiştir.

4734 ve 4735 s. Kanunların yürürlüğe girdiği 01.01.2003 tarihinden itibaren geçen yaklaşık 14 yıllık süreçte kamu ihale sistemi gittikçe daha Őeffaf ve Avrupa Birliği müktesebatıyla uyumlu hale getirilmiş, yolsuzlukla mücadele bağlamında ciddi adımlar atılmıřtır¹³⁵. Gerçekten de Avrupa Komisyonu'nca hazırlanan 2016 tarihli ilerleme raporunda¹³⁶ Türkiye'nin kamu ihaleleri alanında, her ne kadar Avrupa Birliği müktesebatıyla arasında hl ciddi farklılıklar bulunsa da, ilerleme kaydettiği ve kamu ihalelerinin genel olarak ihale ilkelerine uyumlu Şekilde yürütüldüğü ifade edilmiştir. Bunun yanında raporda, Maliye Bakanlığı, Kalkınma Bakanlığı ve Kamu İhale Kurumu'nun yeterli operasyonel gücünün olduğu, Elektronik Kamu Alımları Platformu'nun (EKAP) etkili bir Şekilde kullanıldığı belirtilmiş, sonuç olarak Avrupa Birliği'nce hazırlanan 2014/24/EU kodlu yönergeye uygun olacak Şekilde Kamu İhale Kanunu'nun gözden geçirilmesini ve AB müktesebatına aykırı olan istisna hükümlerinin ilga edilmesini tavsiye etmiřtir¹³⁷.

480/2872, 15.07.2003, (www.tbmm.gov.tr, E.T.: 17.11.2017). Suiistimale açık bir alan olması nedeniyle kamu ihale mevzuatının temelde iyi hazırlanması, çok nadir olarak ve sadece zorunlu hallerde değiştirilmesi gerektiği; fakat 4734 s. Kanun'da 2012 yılına kadar geçen 10 yıllık süreçte *yirmiye yakın* değişiklik yapıldığı hakkında bkz. **KAPLAN**, İdeal Bir Kamu İhale Kanunu, s. 23. 2002-2009 yılları arasında yapılan değişikliklerin listesi için bkz. **BİLGİN**, Hüseyin, 5812 Sayılı Kanun ile Kamu İhale Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler, TBB Dergisi, S. 86, 2009, s. 339, dn. 1.

¹³⁴ Commission Of The European Communities, Regular Report On Turkey's Progress Towards Accession, Brussels, 2003.

¹³⁵ Ancak atılan bu adımların yeterli olmadığı, Türkiye'nin müktesebatını AB ile uyumlu hale getirmek, ihale hukukuna hâkim genel ilkelere sadakat ve özellikle ihale mevzuatına istisna teşkil eden hükümleri kaldırmak konusunda yol alması gerektiği ilerleme raporlarında belirtilmektedir. Ayrıca Türkiye'deki kamu ihalelerine AB Şirketlerinin de serbestçe katılabilmesine yönelik düzenleme yapılmamış olması, her raporda eleştirilen bir husustur. 2001-2012 yılları arası hazırlanan ilerleme raporlarının kamu ihale hukuku açısından analizi için bkz. **AKDOĞAN**, İlerleme Raporları Işığında, s. 695-698.

¹³⁶ European Commission, Turkey 2016 Report, Brussels, 9.11.2016, s. 43 vd.

¹³⁷ üyelik görüşmeleri kapsamında "*Kamu İhaleleri*" faslıının, açılması mümkün görülen başlıklar arasında olduğu hakkında bkz. **BİLİCİ**, Nurettin, Avrupa Birliği(nin) Türkiye(si), 7. Baskı, Savaş Yayınevi, 2017, s. 99.

3. Kamu İhalelerinin Önemi¹³⁸

Tarihsel süreçte 19. yüzyıl sonlarına kadar düşük seviyelerde seyreden kamu harcamaları, 1880’li yıllardan itibaren artış göstermeye başlamış, bu hızlı artış II. Dünya Savaşı sonrası 1980’lere kadar sürmüştür¹³⁹. 1980’lerden itibaren iktisat öğretisinde aktif maliye politikalarının eksik yönleri eleştirilmeye başlanmış ve kamu sektörü reformu adı altında devletin küçültülmesi yönünde çalışmalar yapılmışsa da bu dönemde kamu harcamalarının azaldığını gösteren veri bulunmamaktadır¹⁴⁰. Bu süreçte kamu harcamalarında sektörel farklılaşmadan bahsedilebilir. Şöyle ki, günümüzde kamu idare ve kurumları, kendi imkânlarıyla üretebilecekleri farklı türde mal ve hizmetleri özel sektörden karşılamayı tercih etmekte, bu nedenle devletin bilfiil üretim faaliyetleri azalmakta; fakat akdettiği sözleşmeler aracılığıyla yaptığı harcamaları gittikçe artmaktadır¹⁴¹.

Bu noktada kaynakların dağıtımının ve fiyatların, piyasa katılımcılarının teklifleri ile belirlendiği, açık ve tanımlanabilir kurallarıyla bir piyasa mekanizması olarak ihale yöntemi, yalnızca elde edilecek geliri yükseltmekle kalmayıp, kamu kaynaklarının en yüksek verimle kullanılması bakımından da öne çıkmaktadır¹⁴². Kamu kaynaklarının dağıtımı konusunda

¹³⁸ Kamu ihale sisteminin önemi hakkında geniş bilgi için bkz. **ARROWSMITH**, Sue/**LINARELLI**, John, **WALLACE**, Don Jr., *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives*, Kluwer Law International, 2000, “*The Importance of Public Procurement*” Başlığı, s. 7 vd.

¹³⁹ “1929 Büyük Buhrandan başlayarak 1980’lere kadar iktisat politikalarında Keynesyen iktisadi görüş hâkim olmuştur. (...) Keynes, hükümetlerin işini, özel sektörün hâlihazırda yaptıklarını daha iyi ya da daha köyü anlamda yapmak değil, hâlihazırda yapılmayanları yapmak olduğunun altını çizmiştir. (...) Büyük bunalımın piyasa ekonomisinin bir başarısızlığı olarak algılanması ve bu nedenle de genişletici mali politikalar ve sosyal güvenlik politikalarıyla depresyonun aşılmasına çalışılması kamu harcamalarını artırdığı gibi, 1930’ların ortalarından itibaren Hitler faşizmi tehlikesine karşı askeri harcamaların artırılması da kamu harcamalarını ciddi olarak artırmıştır.” **DURMUŞ**, Mustafa, *Kamu Ekonomisi*, Gazi Kitabevi, Ankara, 2008, s. 228, (Aktaran: **TUNCER**, İsmail/**YÜKSEL**, Cihan, *Kamu Harcamalarının Ekonomik Analizi*, Kamu Ekonomisi, **KÖKOCAK**, Abdülkadir (ed.), Ekin Yayınevi, Bursa, 2011, s. 225).

¹⁴⁰ OECD ülkelerinin kamu harcamalarının gayri safi milli hasılaya oranlarının 1985-2009 yılları arası analizi için bkz. **TUNCER/YÜKSEL**, s. 227.

¹⁴¹ **AKDOĞAN**, İlerleme Raporları İşığında, s. 684. Kamu hizmeti kavramında değişim ve özellikle hizmet alımı ihalelerinin ortaya çıkışı hakkında detaylı bilgi için bkz. **TOPRAK**, Eren, *Türkiye’de Hizmet Alımı İhaleleri – Kavram ve Yapı Üzerine Değerlendirme*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 21 vd.

¹⁴² **BİLİR**, Hakan, *İhale Piyasalarında Rekabet Politikaları – Rekabetin Sağlanması ve Korunması*, Rekabet Kurumu Yayınları, 2004, s. 16; **YILMAZ**, Dilşat, *Kamu İhale Hukukunda Şartnameler*, 2. Baskı, Gazi Kitabevi, 2014, s. 5 vd.; **BOZKURT**, Cevdet, 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun Son Değişiklikler (5812 S. Kanun) de Dikkate Alınarak Genel Bir Değerlendirmesi, *Kamu İç Denetçileri Derneği Denetim Dergisi*, 2009, s. 61; **İNAN**, s. 28 vd.; **ARROWSMITH/TREUMER/FEJO/JIANG**, s. 5 vd.

uygulanagelen diğ er yöntemler¹⁴³ ş effaflık ve verimlilik kaygıları doğ ururken, iyi tasarlanmış bir ihale, uyulması gerekli usul kuralları aracılığ ıyla bu kaygıları en aza indirebilmektedir¹⁴⁴.

İhale usulünün kamu kaynaklarının olabildiğ ince verimli kullanılmasında etkili bir araç olmasının ana nedeni, her ne kadar neo-klasik iktisat teorisi varsayımsal olarak aksini iddia etse de¹⁴⁵, değ işimin sürekli olduğ u piyasalarda, işlemin niteliğ i hakkında taraflardan birisinin genellikle diğ er tarafın bilmediğ i bazı bilgilere sahip olduğ u gerç eğ idir¹⁴⁶. Bilginin bu tür *asimetrik paylaşımı*¹⁴⁷ durumunda ihaleye ç ıkacak idare, ihale konusunun istekli olabilecekler için ne ölçüde değ erli olduğ unu bilemeyeceğ i için “*yaklaş ık maliyet*”i piyasa araştırması yaparak belirlemek zorunda kalır. Buna karş ın idarenin belirlediğ i yaklaşık maliyet tutarını ve kural olarak diğ er tekliflerin tutarlarını bilemeyen ve idarenin beklentisine ya da diğ er isteklilerin tekliflerine göre kendi teklifini ayarlama imkânı bulamayan istekli, kendi stratejisine göre en uygun teklifi yapmak durumunda kalacak ve bu sayede idare, serbest rekabet içerisinde kendisine en uygun tekliflerin yapılmasını sağ layacaktır. Piyasa fiyatının bulunmadığ ı ya da belirsiz olduğ u durumlarda da ihale, bir tür fiyatlandırma mekanizması olarak görev yapacaktır¹⁴⁸.

Kamu ihalelerinin ÷ lke ekonomisi aç ısından kilit önemde olduğ u diğ er bir konu ise yolsuzlukla mücadeledir¹⁴⁹. Yolsuzluk, dar anlamıyla, “*kamu gücünün özel ç ıkarlar amacıyla kötüye kullanılması*” şeklinde tanımlanabilir¹⁵⁰. Geniş anlamıyla yolsuzluk ise kamu gücüyle

¹⁴³ İhale dış ındaki kamu kaynakları tahsis usulleri: idari işlemler, kura ve ilk gelenin önceliğ i şeklinde ifade edilmektedir. Bkz. **BİLİR**, s. 12 vd.

¹⁴⁴ **ASTARLIOĞLU**, Melis, İhale Piyasalarında Rekabetin Sağ lanması ve Korunması, Vaka Analizi: 3. Kuş ak Frekans Dağı tım ihaleleri, Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2008, s. 8.

¹⁴⁵ **SARIKAYA**, Murat, Asimetrik Bilgi Ç erçevesinde Müzayedeler, Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, C. 3, S. 2, 2002, s. 99.

¹⁴⁶ **EMEK**, Uğ ur, Kamu İhalelerinde Rekabetin Sağ lanması ve Korunması, Devlet Planlama Teş kilatı yayınları, 2002, s. 13.

¹⁴⁷ Asimetrik bilgi hakkında bkz. **BEKMEZ**, Selahattin/**Ç ALIŞ**, Filiz, Oyun Teorisi Ç erçevesinde Türk Bankacılık Sistemi ve Asimetrik Bilgi Problemi, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 2, 2011, s. 81 vd.

¹⁴⁸ **EMEK**, s. 1 vd.

¹⁴⁹ **ARROWSMITH/TREUMER/FEJO/JIANG**, s. 8 vd.; **GRAELLS**, Albert Sanchez, Public Procurement and The EU Competition Rules, Second Edition, Hart Publishing, 2015, s. 56. 2017 itibariyle yolsuzluk; küreselleş me ve göç dalgalarını da geride bırakarak insanlar tarafından en çok endiş e duyulan konu haline gelmiştir. Bu konuda bkz. **OECD**, Recommendation of The Council on Public Integrity, 2017, (<http://www.oecd.org>, E.T.: 12.04.2018).

¹⁵⁰ Transparency International, yolsuzlukları üç alt başlıkta incelemektedir: hiyerarşik düzende üst sıralarda bulunan kimselerin gerçekleştirdiğ i ve aynı anda pek çok kamu görevlisini etkileyen “*büyük yolsuzluklar*”, hiyerarşik düzende alt konumda olan memurların günlük işlerinde gerçekleştirdiğ i “*küçük yolsuzluklar*” ve

sınırlı olmaksızın “herhangi bir görevin özel çıkarlar için kötüye kullanılması”nı ifade eder¹⁵¹. Yolsuzluk sadece ahlaki bozulmaya dayalı münferit durumlara indirgenebilecek bir olgu değildir¹⁵². Yolsuzluk, gerekli kontrol mekanizmalarının kurulmadığı bir sistemde, kamusal karar alma yetkisine sahip kamu görevlilerinin varlığının genel bir sonucu olarak karşımıza çıkar¹⁵³. Bu bağlamda özellikle kamusal kaynakların kullanılmasında yetki sahibi olan; ancak aldıkları kararlar nedeniyle hesap vermekle yükümlü tutulmayan görevlilerin kendi çıkarlarını gözetmeleri yolsuzluğa neden olmaktadır¹⁵⁴.

Dünya genelinde ülkelerin gayri safi yurt içi hasıllarının yaklaşık %15-30'luk dilimini oluşturduğu düşünülen ve 2016 yılı OECD ülke ortalaması %12 olan¹⁵⁵ kamu alımları ise yolsuzluğa en yoğun biçimde maruz kalan alanlardan birisi olarak kabul edilmektedir. Bu durum, yolsuzlukların ülke ekonomisine verdiği zararlar¹⁵⁶ dolayısıyla ayrı bir öneme sahiptir¹⁵⁷. Kamusal harcama yapma ve bu konuda karar alma yetkisine sahip

siyasi karar alma sürecinde yetki sahibi olanların gerçekleştirdikleri “politik yolsuzluklar”, Yolsuzluk Karşıtı Terimler Sözlüğü, Transparency International, “corruption” maddesi, (www.transparency.org, E.T.: 08.07.2017). Aynı yönde bkz. **MEMİŞOĞLU**, Dilek/**DURGUN**, Ayşe, Public Administration Reforms and Corruption in Turkey, First International Conference on Management and Economics: "Current Issues in Emerging Economies in Global Perspective" - (ICME 2008), Tirana, Albania, 28-29 March 2008, s. 426, (<http://dSPACE.epoka.edu.al/handle/1/119>, E.T.: 08.07.2017). Ayrıca belirtilmelidir ki, rüşvet (*bribery*) yolsuzluk türlerinden sadece birisidir. Bunun yanında pek çok farklı türde yolsuzluk ile karşılaşılabilir. Örneğin; kamu görevlisinin bir işi yapması ya da yapmaması karşılığında kendisi için sağladığı haksız bir avantaj, kamu mallarının hukuka aykırı olarak kamu görevlisinin zimmetine geçirilmesi, kamusal işlemlerin özel çıkarlar için kullanılması. Bkz. **BM**, Guidebook on Anti-Corruption in Public Procurement and The Management of Public Finances, s. 4 vd. Ayrıca bkz. **TANZI**, Vito, Dünya Çapında Yolsuzluk Nedenleri, Sonuçları, Boyutları, Çözüm Yolları, (çeviren, Gamze Kösekahya), Maliye Dergisi, S. 136, 2001, s. 115 vd.

¹⁵¹ Geniş anlamda yolsuzluk tanımı için bkz. **GEDİKLİ**, Ayfer, Kamu Hizmetlerinin Yönetimi Sürecinde Yolsuzluğun Derinleştiği Ekonomik Büyüme ve Yoksulluk Sorunu Üzerine Bir Değerlendirme, Öneri Dergisi, C. 9, S. 36, 2011, s. 170.

¹⁵² **TUNCER/YÜKSEL**, s. 251.

¹⁵³ **SEZER**, s. 58.

¹⁵⁴ **GÜVEL**, Enver Alper/**ATA**, Ahmet Yılmaz, Yolsuzluk Olgusunun Ortaya Çıkmasında Asimetrik Bilginin Rolü: Teorik Bir Bakış Açısı, Sosyoekonomi Dergisi, Ocak 2009, s. 170; **GEDİKLİ**, s. 173 vd; **TANZI**, s. 116.

¹⁵⁵ Bu oran 4.2 milyar Euro'luk bir pazara karşılık gelmektedir. Bkz. Preventing Corruption in Public Procurement, OECD, 2016, s. 1. Oran 2017 yılı itibarıyla değişmemiş olup, hala %12'dir. Türkiye'de kamu alımlarının GSYİH'ye oranı da OECD ortalamasına yakın olup, %10-12 (70-80 milyar dolar) civarındadır. Bkz. <http://www.oecd.org/gov/public-procurement> (E.T.: 08.07.2017).

¹⁵⁶ Kamu alımları alanındaki yolsuzluklar sonucu serbest piyasa ekonomisi ve ekonomik gelişme olumsuz etkilenirken, bu durum aynı zamanda idarenin yapay olarak gerektiğinden fazla ödeme yapması sonucunu doğurmaktadır. Kamu alımlarına ilişkin yapılan sözleşmelerin %10-25'i yolsuzluklar yüzünden gerçek değerinde akdedilememektedir. Bu oran bize her yıl dünya çapında yolsuzluk kaynaklı yüzlerce milyar dolarlık zararın oluştuğunu göstermektedir. Bkz. Guidebook on Anti-Corruption in Public Procurement and The Management of Public Finances, Birleşmiş Milletler Uyuşturucu ve Suç Ofisi, New York, 2013, s. 1.

¹⁵⁷ *Transparency International* tarafından açıklanan “2016 Yolsuzluk Algı Endeksi”nde Türkiye'nin 176 ülke içinde 75. sırada olduğu göz önüne alındığında, ülkemiz açısından sağlıklı bir kamu ihale sisteminin varlığının özellikle önemli olduğu söylenebilir. Endeks için bkz. (www.transparency.org, E.T.: 08.07.2017). Ayrıca bkz. **DEMİRCİOĞLU**, s. 131.

görevlilerin ihale sürecinde özel çıkarları doğrultusunda yolsuzluk yapmalarının önlenmesi ise her yönüyle sağlıklı işleyen bir ihale ve kontrol sisteminin gerçekleştirilmesiyle mümkündür¹⁵⁸.

Bu tür nitelikli bir kamu ihale sisteminin dünya çapında yerleştirilmesi adına Birleşmiş Milletler tarafından hazırlanan “*Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi*”, 14.12.2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹⁵⁹. Türkiye’nin de 10.12.2003 tarihinde imzalamış olduğu Sözleşme’nin 9. maddesi kamu ihaleleri ile ilgili olup, taraf devletlere yolsuzlukla mücadele amacıyla kamu ihale sistemlerini şeffaflık, serbest rekabet ve karar alma sürecinde objektiflik kriterlerine göre düzenleme yükümlülüğü getirmektedir. Aynı şekilde OECD tarafından hazırlanmış olan “*Kamu Alımlarında Yolsuzluğun Önlenmesi*” başlıklı rapora göre de yolsuzlukla mücadelede kamu ihalelerinin sahip olması gereken başlıca özellikler şu biçimde sıralanmıştır¹⁶⁰: asgari standartların belirlenmesiyle sağlanacak bütünlük, şeffaflık¹⁶¹, karşı tarafın sürece dâhil edilmesi, akdedilen sözleşmelere erişimin sağlanması, elektronik kamu alımlarının yaygınlaştırılması, etkili bir denetim mekanizmasının¹⁶² kurulması.

Sonuç olarak, uluslararası belgelerde ortaya konulan ilkelere uygun ve nitelikli bir kamu ihale sistemi, istekli olabilecekler arası serbest rekabeti sağlayıp yolsuzluğa engel olacak mekanizmaları ile ülke ekonomisinde ciddi bir yere sahip olan kamu harcamalarında verimin üst düzeye çıkarılmasının etkili bir aracı olacaktır.

4. Genel Hatlarıyla Avrupa Birliği Kamu İhale Sistemi

Kamu ihale düzeni uluslararası düzenlemelere de konu olmaktadır. Kamu ihalelerini uluslararası ölçekte düzenleme konusu yapan iki temel anlaşma bulunmaktadır. Bunlar; Dünya Ticaret Örgütü Kamu Alımları Anlaşması (*GPA*) ve 4734 s. Kamu İhale Kanunu’nun hazırlık aşamasında da örnek alınan UNCITRAL Kamu Alımları Model Kanunu’dur¹⁶³.

¹⁵⁸ AKDOĞAN, Şeffaflık, s. 55.

¹⁵⁹ Sözleşme metni için bkz.

www.unodc.org/documents/brussels/UN_Convention_Against_Corruption.pdf (E.T.: 08.07.2017).

¹⁶⁰ Preventing Corruption In Public Procurement, OECD, 2016, s. 10 vd.

¹⁶¹ “Gerçekten de şeffaflık faktörünün aktif olarak kullanıldığı kamu ihalelerinde yolsuzluk sorunu ile daha az karşılaşıldığı gözlenmektedir.” GEDİKLİ, s. 177.

¹⁶² “Accountability” olarak ifade edilen bu özellik için bkz. ARROWSMITH/TREUMER/FEJO/JIANG, s. 11 vd.

¹⁶³ Kamu ihale hukukuna ilişkin uluslararası düzenlemelerin tek tek ve detaylıca ele alınması, aynı şekilde AB kamu ihale rejiminin detaylıca açıklanması, çalışmanın kapsamını aşar niteliktedir. Bu bakımdan, 4734 s.

Kamu ihale hukuku bu iki temel düzenlemenin yanında bazı bölgesel düzenlemelere de konu olmaktadır. Bu bölgesel düzenlemelerin başında ise Avrupa Birliği kamu alımları rejimi gelmektedir.

Aralık 1999 Helsinki Zirvesi sonunda Türkiye'ye “*aday ülke*” statüsü verilmiş ve aday ülke olarak Türkiye, ulusal hukukunu topluluk mevzuatına uygun hale getirme yükümlülüğü altına girmiştir¹⁶⁴. Bu bağlamda, 2001 yılında Bakanlar Kurulu tarafından 2001/2129 sayılı kararla “*Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı*” ilan edilmiş¹⁶⁵ ve bu kapsamda kamu ihale mevzuatımızın orta vadede Birlik mevzuatına uygun hale getirilmesi amaçlanmıştır¹⁶⁶. Bu bölümde, ülkemiz kamu ihale sistemine kaynak oluşturan Avrupa Birliği kamu ihale sistemi genel hatlarıyla açıklanacaktır.

Günümüz Avrupa Birliği'nin kuruluşu II. Dünya Savaşı'nın hemen ardından gelişen olaylarla başlamıştır. 9 Mayıs 1950 tarihinde Fransa Dışişleri Bakanı Schuman tarafından okunan uluslararası bildiri¹⁶⁷ ile Avrupa ülkeleri, bir Avrupa federasyonunun ilk somut adımı olarak kömür ve çelik üretimlerini birleştirmeye çağırılmıştır¹⁶⁸. Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu Anlaşması¹⁶⁹, 6 ülke¹⁷⁰ arasında Paris'te 18 Nisan 1951 tarihinde imzalanarak 23 Temmuz 1952 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Avrupa düzeyinde birliğin sağlanması yolunda ikinci adım 25 Mart 1957 tarihinde atılmıştır. Bu kapsamda sözü edilen altı ülke tarafından imzalanan Roma Anlaşması¹⁷¹ ile Avrupa Atom Enerjisi Kurumu ve Avrupa Ekonomik Topluluğu kurulmuştur. Avrupa Birliği'nin temelini oluşturan bu üç kuruluş 1 Temmuz 1967 tarihli Füzyon Anlaşması ile

Kanun'un öngördüğü ihale düzeni açıklanırken yeri geldikçe ilgili uluslararası düzenlemelere ve AB kamu ihale hukukuna atıf yapmakla yetinilecektir. İlgili düzenlemeler hakkında detaylı bilgi için bkz. **UZ**, s. 64-126; **ARROWSMITH**, Sue (ed.)/**ANDERSON**, Robert D. (ed.), *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, Cambridge University Press, 2011, s. 1 vd.

¹⁶⁴ **BİLİCİ**, s. 70.

¹⁶⁵ RG, T. 24.03.2001, S. 24352 (mükerrer).

¹⁶⁶ **SEZER**, s. 59.

¹⁶⁷ Bu bildiri Avrupa Birliği'nin temellerinin atıldığı bildiridir. Bu nedenle 1995 yılında gerçekleştirilen Milano Zirvesi'nde 9 Mayıs gününün “*Avrupa Günü*” olarak kutlanılmasına karar verilmiştir. Bkz. www.europa.eu/european-union/about-eu/symbols/europe-day_en (E.T.: 09.08.2017).

¹⁶⁸ Schuman bildirisinin metni için bkz. www.europa.eu/european-union/about-eu/symbols/europe-day/schuman-declaration_en (E.T.: 09.07.2017).

¹⁶⁹ Anlaşma için bkz. www.europa.eu/european-union/about-eu/symbols/europe-day_en (E.T.: 09.07.2017).

¹⁷⁰ Fransa, Almanya, İtalya, Hollanda, Belçika ve Lüksemburg. Bu ülkeler AB kurucu üyeleri olarak anılmaktadırlar.

¹⁷¹ Anlaşma için bkz. <http://www.touteurope.eu/l-union-europeenne/les-traites/synthese/les-traites-de-rome-1957.html> (E.T.: 09.07.2017).

“Avrupa Toplulukları” adı altında birleştirilmiş, 7 Şubat 1992 tarihinde ise Maastricht Anlaşması¹⁷² ile bu üç Topluluğa ilave olarak Avrupa Birliği kurulmuştur. İlerleyen süreçte AB’ye üye devletlerin sayısı gittikçe artmış, ortak para düzenine (*Euro*), Schengen Anlaşması sonucu ise ortak vize sistemine geçilmiş ve nihayetinde 13 Aralık 2007 tarihinde imzalanarak 1 Aralık 2009 tarihinde yürürlüğe giren Lizbon Anlaşması¹⁷³ ile “Avrupa Birliği” adında tek bir tüzel kişilik kurulmuş ve “*Topluluk-Birlik*” ayrımı ortadan kaldırılmıştır¹⁷⁴. Avrupa Birliği günümüzde 28 üye devletin¹⁷⁵ oluşturduğu bir ulusüstü organizasyondur.

Avrupa Birliği hukukunun kaynakları genel olarak birincil ve ikincil mevzuat olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Birincil mevzuat Avrupa Birliği’ni oluşturan temel anlaşmaları ifade ederken ikincil mevzuat ise, tüzükler, direktifler, kararlar, tavsiyeler, görüşler ve diğer kaynaklardan oluşmaktadır. Tüzükler genel uygulama alanına sahiptir. Bütünüyle bağlayıcıdır ve tüm üye devletlerde doğrudan uygulanır. Direktifler, muhatap alınan her üye devleti, ulaşılması gerekli sonuçları itibarıyla bağlar, şekil ve yöntem seçimi konusunu ise ulusal otoritelere bırakır¹⁷⁶.

Avrupa Birliği’nin kıta çapında barışı ve refahı sağlama hedefine ulaşmak için kullandığı araçlardan biri de “*tek pazar ve serbest ticaret*” ilkesidir¹⁷⁷. Tek pazar üzerinden serbest ticaretin sağlanması durumunda, pazara dâhil olan en zayıf ekonomik yapıya sahip ülkenin bile kalkınacağı düşüncesine dayanan bu ilke uyarınca üye ülkeler arası ticareti sınırlayan ulusal bariyerler kaldırılmış, bu çerçevede kamu ihale düzeni de Birlik düzeyinde bütünleştirilmiş ve üye ülkelerden herhangi birinde kurulmuş olan şirketlerin Birlik çapında yürütülen tüm ihalelere katılabilmesinin yolunu açan düzenlemeler getirilmiştir¹⁷⁸.

¹⁷² Bu anlaşmanın salt ekonomik nitelik taşıyan işbirliğine, ortak dış politika ve güvenlik ile adalet ve içişleri olarak iki yeni nitelik kazandırdığı hakkında bkz. **BİLİCİ**, s. 12 vd. Anlaşma için bkz. <http://www.touteurope.eu/l-union-europeenne/les-traites/synthese/le-traite-de-maastricht-1992.html> (E.T.: 09.07.2017).

¹⁷³ Anlaşma için bkz. <http://www.touteurope.eu/l-union-europeenne/les-traites/synthese/le-traite-de-lisbonne-2009.html> (E.T.: 09.07.2017).

¹⁷⁴ Avrupa Birliği’nin kuruluşun günümüze geçirdiği evreler hakkında detaylı bilgi için bkz. **BİLİCİ**, s. 9-23.

¹⁷⁵ Üye devletlerin listesi için bkz. www.europa.eu/european-union/about-eu/countries_en#tab-0-1 (E.T.: 09.07.2017).

¹⁷⁶ Bkz. Avrupa Birliği’nin İşleyişi Hakkında Anlaşma, m. 288, <http://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf> (Erşim Tarihi: 10.07.2017).

¹⁷⁷ **BOVİS**, Christopher, *EU Public Procurement Law*, Second Edition, ELGAR European Law, 2012, s. 2 vd.

¹⁷⁸ **ARROWSMITH**, Sue/**FAUSTINO**, P. Bordalo/**HEUNINCKX**, Baudoin/**TREUMER**, Steen/**FEJO**, Jens, *EU Public Procurement Law: An Introduction*, Asia-Link EuropeAid Cooperation Office, 2010, s. 44 vd; **BRAUN**, Peter, *The Practical Impact of E.U. Public Procurement Law on PFI Procurement Practice in The*

Günümüz Avrupa Birliği'nde enerji, taşıma, atık yönetimi, sağlık güvenceleri, sağlık ve eğitim hizmetleri gibi sektörlerde kamu otoriteleri birincil aktörler olarak rol almaktadır. Her yıl Birlik çapında 250.000'in üzerinde kamu otoritesi (*merkezi-yerel*), AB Gayri Safi Yurtiçi Hasılasının yaklaşık %14'ünü kamu alımları (*ihaleleri*¹⁷⁹) aracılığıyla harcamaktadır¹⁸⁰.

Avrupa Birliği çapında yürütülen kamu ihaleleri ile ilgili süreç temel olarak iki farklı hukuki kaynaktan beslenmektedir¹⁸¹:

- Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Anlaşma,
- Kamu ihalelerine ilişkin çıkarılmış olan direktifler.

Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Anlaşma hükümleri kural olarak AB çapında yürütülen tüm kamu ihalelerine ve taraflardan birinin idare olduğu tüm sözleşme tiplerine uygulanacak *genel nitelikte* hükümler olup kamu ihalelerine ilişkin *hukuki çerçeveyi* çizmektedir¹⁸². Ancak bu Anlaşma'nın içerdiği hükümlerin AB çapında açık ihale rejiminin gerçekleştirilmesi için yeterli olmadığı düşünülmüş, Anlaşma'da ortaya konulan temel ilkelerin hayata geçirilmesinin garanti altına alınması amacıyla kamu ihalelerine ilişkin çeşitli direktifler hazırlanmıştır. AB direktiflerinin üye ülkelere, direktiflerin ortaya koyduğu kural ve ilkelere göre iç hukuk düzenlemeleri yapma zorunluluğu getirdiği düşünüldüğünde, pek çok üye ülke ulusal ihale hukuku sistemini değiştirmek durumunda kalmıştır¹⁸³.

United Kingdom, Nottingham Üniversitesi Doktora Programı, Doktora Tezi, 2001, s. 44, (www.nottingham.ac.uk, E.T.: 27.07.2017).

¹⁷⁹ Avrupa Birliği sistemi ile Türk Hukuku arasında kamu ihaleleri ile ilgili terim farklılığı için bkz. Çalışmanın Birinci Bölümünün I/A başlığı.

¹⁸⁰ Rakamlar için bkz. www.ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement_en (E.T.: 11.07.2017)

¹⁸¹ **ARROWSMITH/FAUSTINO/HEUNINCKX/TREUMER/FEJO**, s. 53.

¹⁸² **KUTLU**, s. 113; **ÖZAY**, s. 559 vd.; **AKDOĞAN**, Şeffaflık, s. 121 vd. Örneğin; Anlaşma'nın 37. maddesi "*ayrımcılık yasağı*"nı, 30. maddesi "*malların serbest dolaşımı*" ilkesini, 59. maddesi ise "*hizmetlerin serbest dolaşımı*" ilkesini düzenlemektedir. Anlaşma metni için bkz. <http://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf> (E.T.: 27.07.2017). Ayrıca bkz. **ALYANAK**, Servet, Avrupa Birliği Kamu İhalesi Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, 2015, s. 44 vd.

¹⁸³ **ARROWSMITH/FAUSTINO/HEUNINCKX/TREUMER/FEJO**, s. 53; **ALYANAK**, s. 44. Avrupa Birliği Adalet Divanı başından beri, direktiflerin iç hukuka uyarlanması hususunun üye ülkelerin görevleri arasında olduğunu ifade etmektedir. Bkz. **ABAD**, *Italian Republic*, C-274/83, T. 28.03.1985, (Aktaran: **BAFRA**, s. 11). Bu noktada ifade edilmelidir ki, Avrupa Birliği ikincil mevzuatları arasında olan direktiflerin iç hukuka aktarılması ödevi, üye ülkelere keyfiyet getirmemektedir. Zira direktifler iç hukukta bulunan yasalardan üst konumdadır. Direktifler kural olarak üye ülkelere, direktifte belirtilen hususların hangi şekilde iç hukuka aktarılacağı konusunda bir takdir hakkı vermektedir. Avrupa Birliği Adalet Divanı kararlarına göre, bir direktif hükmü iç hukuka aktarılmamış olsa dahi somut uyuşmazlıkta hâkim direktif hükümlerini de göz önünde bulundurarak karar vermek durumundadır. Ayrıca doğrudan uygulanabilecek nitelikte olan direktif hükümleri ise

Avrupa Birliği kamu alımları mevzuatının tarihsel gelişimi beş aşamada¹⁸⁴ incelenebilir:

Birinci aşama-1970'ler: Avrupa Birliği hukukunda kamu alımlarını doğrudan düzenleyen ilk direktif¹⁸⁵, 26.07.1971 tarih ve 71/305/EEC sayılı Yapım İşleri Konsey Direktifi'dir¹⁸⁶. Aynı şekilde 21.12.1976 tarih ve 77/62/EEC sayılı Mal Alımları Konsey Direktifi kabul edilmiştir. Her iki direktifin ortak amacı; ihalelerde saydamlığın sağlanması, ayrımcılığın önlenmesinin, direktif kapsamına giren ihalelerin Avrupa Komisyonu Resmi Gazetesinde ilanının ve diğer üye ülkelerden ihalelere katılacak olan isteklilerin de yerli isteklilerle eşit şartlara sahip olmasının sağlanmasıdır¹⁸⁷.

İkinci aşama -80'lerin sonu, 90'ların başı: Bu dönem Avrupa Birliği kamu alımları mevzuatında ciddi bir reform dalgasının başladığı dönemdir. Reformların yapılmasının altındaki temel nedenler 1971 ve 1976 yıllarında hazırlanan direktiflerin beklenen sonuçları doğurmamasıdır¹⁸⁸.

Kamu alımları alanında istenilen başarının elde edilememesi sonucu Komisyon, 1985 yılında kamu alımlarına ilişkin bir "*White Paper-Beyaz Kitap*"¹⁸⁹ hazırlamış ve daha iyi bir kamu ihale sistemine erişmek için yapılması gerekenleri sıralamıştır¹⁹⁰. Bu Kitap'ta problemler üç ana başlık altında (*fiziki engeller, teknik engeller ve vergilendirmeye ilgili*

tüzükler gibi iç mevzuattan önce uygulanmalıdır. Bkz. **BİLİCİ**, s. 53; **UZ**, s. 91 dn. 94; **ABAD**, *Simenthall S.P.A.*, C:-106/77, T. 09.03.1978, (Aktaran: **BAFRA**, s. 9 vd.).

¹⁸⁴ Beş aşamalı inceleme yöntemi için bkz. **ARROWSMITH/FAUSTINO/HEUNINCKX/TREUMER/FEJO**, s. 55 vd.

¹⁸⁵ **BARSHEFSKY**, Charlene/**SUTTON**, Alastair/**SWINDLER**, Jo Anne, *Developments in EC Procurement Law Under The 1992 Program*, *BYU Law Review*, Volume 1990, Issue 4, 1990, s.1272. Ayrıca belirtilmelidir ki Komisyon, 1970 yılında 70/32 sayılı direktif ile kamu ihalelerinde miktar kısıtlamalarına ve buna eş değerde önlemlere ilişkin yasakların nasıl uygulanacağına dair ayrı bir direktif de hazırlamıştır. Bkz. **ALYANAK**, s. 26.

¹⁸⁶ Bu tarihe kadar kamu ihaleleri Birlik düzeyinde "*Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Anlaşma*" ve "*Avrupa Birliği Adalet Divanı içtihatları*" ışığında yürütölmekteydi. Bu konuda bkz. **BRAUN**, s. 53.

¹⁸⁷ **UZ**, s. 92; **BARSHEFSKY/SUTTON/SWINDLER**, s. 1272; **KUTLU**, s. 128 vd.; **ALYANAK**, s. 27.

¹⁸⁸ Komisyon raporlarına göre üye ülkelerin merkezi idare kuruluşlarının büyük bir kısmı yönergelere uygun kamu alımları gerçekleştirmemiş, yerli ve yabancı istekliler arası eşitsizlikler giderilmemiş, Birlik içi rekabetçi Pazar oluşturma hedefine ulaşamamıştır. Bu konuda bkz. **BRAUN**, s. 45; **UZ**, s. 93; **ALYANAK**, s. 27. Bu süreçte AB üyesi ülkelerin güttüğü korumacı politikalar sonucu yürütölen kamu alımlarının çok az bir miktarına yabancı isteklilerin katılabildiği ve bu durumun ciddi mali kayıplara yol açtığı hakkında bkz. **BARSHEFSKY/SUTTON/SWINDLER**, s. 1273 vd.; **BRAUN**, s. 54 vd.

¹⁸⁹ "*Beyaz Kitap*", belli bir konuyla ilgili alınması gereken önlemlere ilişkin önerileri içeren Komisyon raporudur. Bkz. **BİLİCİ**, s. 43. 1985 tarihli "*Completing The Internal Market – White Paper*" metni için bkz. http://europa.eu/documents/comm/white_papers/pdf/com1985_0310_f_en.pdf (E.T.: 27.07.2017).

¹⁹⁰ **AKDOĞAN**, Şeffaflık, s. 126.

engeller) açıklanmış¹⁹¹ ve bu problemlere çözüm için gerekli düzenlemenin 1987 tarihine kadar hazırlanıp Konsey'e sunulacağı ifade edilmiştir.

Bu çerçevede daha önce çıkarılmış olan iki direktif revize edilmiş, 1987 tarihinde yürürlüğe giren Tek Avrupa Senedi ile 1993 tarihi itibarıyla üye ülkeler arası tek Pazar uygulaması başlatılmış¹⁹², mal alımları ve yapım işlerinin yanında hizmet alımları da, 92/50/EEC sayılı direktifle kamu alımları düzenine dâhil edilmiş ve kapsam dışında bulunan kimi harcama yetkilisi idareler (*utilities*) düzenleme kapsamına alınmıştır¹⁹³.

Üçüncü aşama – 1997: Avrupa Birliği'nin, Dünya Ticaret Örgütü Kamu Alımları Anlaşması'na 1995 tarihinde taraf olması sonrası Birlik kamu ihale mevzuatında sözleşmeye uyum sağlamak için bazı düzenlemeler yapılmıştır¹⁹⁴. Bu kapsamda Avrupa Birliği, sözleşmeye taraf üçüncü devletlerin (*ABD, Japonya gibi*) Birlik kamu ihale pazarına serbestçe erişimi, çeşitli düzenlemeler ile sağlanmıştır¹⁹⁵.

Dördüncü aşama – 2004: Komisyon, 1996 yılında kamu ihaleleri ile ilgili bir “*Green Paper-Yeşil Kitap*”¹⁹⁶ hazırlamış ve Birlik kamu ihale düzenini tartışmaya açmıştır¹⁹⁷. Komisyon, yayımladığı Yeşil Kitap'ta Birlik kamu ihale düzeninin temelinden değiştirilmesinin amaçlanmadığını, bu kapsamda AB kamu alımları direktiflerinin yeni ihtiyaçlara uygun hale getirilerek güncellenmesinin gerekliliğini ifade etmiştir¹⁹⁸. Komisyon'a göre mevzuatta yeni düzenlemeler yapılmasının iki nedeni bulunmaktaydı¹⁹⁹: Birincisi

¹⁹¹ Kitap'ta temel olarak; kamu alımları alanında ulusal engellerin ortadan kaldırılamadığı, yerli ve yabancı istekliler arası eşitliğin sağlanmadığı, malların Avrupa Ortak Pazarı'nda serbestçe dolaşımı için gerekli ortamın hazırlanamadığı, kamu alımlarının ¼'ünden daha az bir kısmının AB Resmi Gazetesi'nde ilan edildiği hususlarına dikkat çekilmiştir. Bkz. Beyaz Kitap'ın “*kamu alımları*” başlıklı 81-87. paragrafları.

¹⁹² **BİLİCİ**, s. 11.

¹⁹³ **ARROWSMITH/FAUSTINO/HEUNINCKX/TREUMER/FEJO**, s. 56; **BRAUN**, s. 55; **ALYANAK**, s. 28 vd.

¹⁹⁴ **BRAUN**, s. 56.

¹⁹⁵ Bu düzenlemeler sonucu kimi durumlarda Kamu Alımları Anlaşması'na taraf üçüncü devletlerin Birlik içinde düzenlenen ihalelere katılmalarının, Birlik içindeki devletlerin katılımından daha da kolay hale geldiği ve bu durumun engellenmesi amacıyla 1997 yılında yeni bir direktif çıkarıldığı hakkında bkz. **ARROWSMITH/FAUSTINO/HEUNINCKX/TREUMER/FEJO**, s. 56.

¹⁹⁶ “*Yeşil Kitap*”, belli bir konuyla ilgili tartışma sürecini başlatmak amacıyla yayımlanan kitaptır. Bkz. **BİLİCİ**, s. 43, dn. 46. Kamu ihaleleri ile ilgili Komisyon'un çıkarmış olduğu Yeşil Kitap'ın tam metni için bkz. Public Procurement In The European Union: Exploring The Way Forward, Green Paper, 1996, http://aei.pitt.edu/1219/1/procurement_gp_COM_96_583.pdf (E.T.: 27.07.2017).

¹⁹⁷ **AKDOĞAN**, Şeffaflık, s. 129; **ALYANAK**, s. 31.

¹⁹⁸ Public Procurement in The European Union: Exploring The Way Forward, Green Paper, s. 2.

¹⁹⁹ **ARROWSMITH/FAUSTINO/HEUNINCKX/TREUMER/FEJO**, s. 57; **YILMAZ**, s. 12.

karmaşık yapıda bulunan direktiflerin gerekli düzenlemeler yapılarak basitleştirilmesi, ikincisi ise pazar ihtiyaçlarına cevap verecek esnekliğin ihale sistemine hâkim olması.

Dört yıl süren hazırlık süreci sonunda iki yeni direktif kabul edilmiştir:

*2004/17/EC sayılı “özellikli sektörler” direktifi*²⁰⁰: enerji, taşımacılık ve posta hizmetleri alanında faaliyet yürüten kurum ve kuruluşların bu faaliyetleri ile ilgili kamu alımlarını düzenlemektedir.

*2004/18/EC sayılı “klasik sektörler” direktifi*²⁰¹: yukarıda sayılanların dışında kalan kurum ve kuruluşların kamu alımlarını düzenlemektedir.

Bu düzenlemeler ile getirilen yenilikler şu şekilde sıralanabilir²⁰²: önceki dönemde aynı anda uygulanan üç farklı direktif (*mal alımı, hizmet alımı ve yapım işleri direktifleri*) tek direktifte toplanmış ve mevzuatta sadelik sağlanmıştır, rekabetçi diyalog anlayışı (*competitive dialog*) kapsamında Elektronik Kamu Alımları sistemine geçiş dâhil, ihale sürecini kolaylaştırıcı ve şeffaflığı garanti eden düzenlemeler getirilmiştir.

Beşinci aşama – 2014: 2004 yılından itibaren Avrupa çapında yaşanan finansal gelişmelere bağlı olarak kamusal kaynakların azalması, buna karşın kamusal ihtiyaçların daha da artması sonucu Avrupa Birliği çapında çevreci ve sosyal standartlara daha uygun bir ihale sistemini oluşturacak değişikliklerin yapılması ihtiyacı doğmuştur²⁰³. Bu amaçla 2011 yılında Avrupa Komisyonu, “*AB Kamu İhale Politikasının Modernizasyonu*” başlıklı Yeşil Kitap²⁰⁴ yayınlamış ve ilgili tarafların görüşlerine başvurmuştur. İlgili çalışmalar 2014 yılında tamamlanmış ve günümüz AB kamu alımları rejimini düzenleyen üç adet direktif yürürlüğe konmuştur.

²⁰⁰ Direktif metni için bkz.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:134:0001:0113:en:PDF> (E.T.: 27.07.2017).

²⁰¹ Direktif metni için bkz.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004L0018&from=en> (E.T.: 27.07.2017).

²⁰² **ARROWSMITH/FAUSTINO/HEUNINCKX/TREUMER/FEJO**, s. 57; Yeni yönergeler aracılığıyla getirilen esaslı değişiklikler hakkında bkz. **UZ**, s. 100-106; **KAPLAN**, s. 38 vd.

²⁰³ Bu reformun yapılmasında temel amaç, çağın gereklerine uygun ve efektif bir ihale sistemi aracılığıyla AB ekonomisini güçlendirmek ve yeni istihdam imkânları yaratmaktır. Bkz. European Commission, Modernisation of EU Public Procurement Rules, Press Release, 2011, www.europa.eu (E.T.: 23.11.2017). Bu hedefler Avrupa Birliği 2020 Strateji Planı’nda da ifade edilmiştir. Bkz. European Commission, EUROPE 2020, a Strategy for Smart, Sustainable and Inclusive Growth, 2010, www.ec.europa.eu (E.T.: 23.11.2017).

²⁰⁴ European Commission, Green Paper on the Modernisation of EU Public Procurement Policy Towards a More Efficient European Procurement Market, 2011, www.eur-lex.europa.eu (E.T.: 23.11.2017).

Yukarıda aktarılan beş aşamalı sürecin sonucu olarak günümüz AB kamu ihale rejimi temel olarak beş direktifle düzenlenmektedir²⁰⁵. Bu direktifler şu şekilde belirtilebilir:

- Klasik alımları düzenleyen 2014/24/AB sayılı Direktif²⁰⁶,
- Su, enerji, ulaştırma ve posta sektörlerinde faaliyet gösteren kuruluşların yapacakları sektörel alımları düzenleyen 2014/25/AB sayılı Direktif²⁰⁷,
- Her iki direktif kapsamında yer alan alımlara ilişkin şikâyetlerin incelenmesi konusundaki 89/665/AET²⁰⁸ (*klasik alımlar için*) ve 92/13/AET²⁰⁹ (*sektörel alımlar için*) sayılı Direktifler,
- İmtiyaz sözleşmelerine ilişkin hususları ilk kez düzenleyen 2014/23/AB sayılı Direktif²¹⁰,
- Savunma ve güvenlik alımlarını düzenleyen 2009/81/AT sayılı Direktif²¹¹.

B) YASAL DÜZENLEMELER

1. Temel İhale Kanunları ve İhale Konusu İtibariyle Uygulama Alanları

1982 Anayasası hükümleri incelendiğinde anayasa koyucunun ekonomik alanda planlı kalkınma modelini tercih ettiği görülmektedir²¹² (*Bkz. m. 166, m. 167*). Bu kabulden hareketle Devletin, anayasanın ilgili hükümleri uyarınca ekonomik piyasaların bir parçası olan ve şeffaflık ile serbest rekabetin sağlandığı bir ihale düzenini tesis etmekle görevli olduğu söylenebilir. Yine Anayasa'nın 123.,127., 130. ve 161. maddeleri uyarınca Devlet, kamu ihale ile ilgili kuralları kanunlar aracılığıyla sağlamalıdır²¹³.

²⁰⁵ Günümüz AB kamu ihale rejimi hakkında detaylı bilgi için bkz. **ALAYNAK**, s. 32 vd.; **ÖZKAN**, Gürsel, Danıştay Kararları Işığında Kamu İhale Hukukunda Egemen Olan Temel İlkeler, Yetkin Yayınları, 2014, s. 80 vd.

²⁰⁶ Official Journal of The European Union, L 94/65, T. 28.3.2014.

²⁰⁷ Official Journal of The European Union, L 94/243, T. 28.3.2014.

²⁰⁸ Official Journal of The European Union, L 395, T. 30.12.1989. Bu direktifi ortadan kaldırmadan güncelleyen direktif için bkz. 2007/66/EC, Official Journal of The European Union, L 335/31, T. 20.12.2007.

²⁰⁹ Official Journal of The European Union, L 76, T. 23.03.1992. Bu direktifi ortadan kaldırmadan güncelleyen direktif için bkz. 2007/66/EC, Official Journal of The European Union, L 335/31, T. 20.12.2007.

²¹⁰ Official Journal of The European Union, L 94/1, T. 28.3.2014.

²¹¹ Official Journal of The European Union, L 216/76, T. 20.8.2009.

²¹² **TAŞDELEN**, Kamu Harcamaları, s. 15. 1961 Anayasası döneminde planlı kalkınma ilkesi hakkında bkz. **BALTA**, s. 69 vd.

²¹³ **ÖZAY**, s. 550 vd. D. 13. Dairesi, E. 2007/1724, K. 2010/1168, T. 10.02.2010, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 17.11.2017). İhale sürecinin çalışma özgürlüğü ile de ilgili olduğu, temel hak ve özgürlüklerin ise Anayasa'nın

Bu noktada, her ne kadar ihale mevzuatını düzenleyen iki temel kanunun varlığından bahsedilmekteyse de, çeşitli kamu idareleri ya da çeşitli işler bakımından özel yasalar ile farklı düzenlemeler de getirilebilmektedir²¹⁴.

Kamu ihale hukukuna ilişkin ikincil mevzuatı “*hazırlamak, geliştirmek ve uygulamayı yönlendirmek*” ise Kamu İhale Kurumu’nun görevine girmektedir (4734 s. Kanun m. 53/b-2)²¹⁵.

a) 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu ve 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu

2886 s. Devlet İhale Kanunu²¹⁶, 4734 s. Kamu İhale Kanunu’na göre daha eski tarihli olup Kanun’un “kapsam” kenar başlıklı 1. maddesi “genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işleri bu Kanunda yazılı hükümlere göre yürütülür” hükmünü içermektedir. Görüldüğü üzere 2886 s. Kanun hem kamusal harcama yapılması gereken alım, hizmet, yapım, kiralama ve taşıma işlerini, hem de kamuya gelir sağlayıcı nitelikte olan satım, kiraya verme, trampa ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi işlerini kapsamına almıştır.

Nitelikleri itibariyle kamusal harcama yapılmasını gerektiren mal-hizmet alımları ve yapım işleri ile kamuya gelir getirici olan satış ve kiraya verme işlemlerinin farklı düzenlemelere konu olmaları gerekliliği hem 4734 s. Kanun’un gerekçesinde²¹⁷ hem de öğretide²¹⁸ ifade edilmiştir. 4734 s. Kanun’un gerekçesinde, “*kamu harcaması gerektiren*

13. maddesi uyarınca ancak kanunla sınırlanabileceği hususu da göz önünde bulundurulmalıdır. Bkz. **YILMAZ**, s. 51.

²¹⁴ **ÇAĞLAYAN**, s. 589, **AKYILMAZ/SEZGNER/KAYA**, s. 504; **ÖZAY**, s. 564; **GÖZLER/KAPLAN**, s. 470.

²¹⁵ Bu kapsamda örnek olarak şu yönetmelikler verilebilir: Elektronik İhale Uygulama Yönetmeliği, RG, T. 25.02.2011, S. 27857; Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, RG, T. 04.03.2009, S. 27159 (mükerrer); Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, RG, T. 04.03.2009, S. 27159 (mükerrer); Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, RG, T. 04.03.2009, S. 27159 (mükerrer); İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik, RG, T. 03.01.2009, S. 27099. Kamu İhale Hukuku kapsamında ikincil mevzuat için bkz. <http://www.ihale.gov.tr/Mevzuat.aspx> (E.T.: 25.09.2017). Kamu İhale Kanunu’nun ilgili hükmü ile ihale hukuku alanında düzenleme yapma yetkisini münhasıran Kamu İhale Kurumu’na bıraktığı, Bakanlar Kurulu’nun ihale hukuku alanında bir tüzük çıkarması halinde bu tüzüğün, “*kanunlara aykırı olmamak*” şartını taşımadığı için hukuka aykırı olacağı ve Anayasa’nın 6. maddesi uyarınca yasa koyucunun, Bakanlar Kurulu’nun tüzük çıkarma yetkisini kimi konular için kısıtlayabileceği hakkında bkz. **ÖZAY**, s. 570.

²¹⁶ RG, T. 10.09.1983, S. 18161.

²¹⁷ 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu Genel Gerekçesi, T.C. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü, 20.11.2001, (www.tbmm.gov.tr, E.T.: 17.11.2017).

²¹⁸ **KAPLAN**, s. 27; **AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA**, s. 503.

işlere özgü ihalelerde yeni uygulamaların hayata geçirilebilmesi ve harcama yapılması ile gelir elde edilmesine yönelik ihalelerin kendine özgü niteliklerine uygun olarak ihtiyaçlara cevap verecek şekilde ayrı kanunlarda düzenlenmesi” gerekliliği ifade edilmiştir. Ayrıca, daha önce de belirtildiği gibi, uluslararası ve bölgesel düzenlemeler, kamu ihalesi yerine “*kamu alımları*” ifadesini kullanmakta ve temelde “*kamusal kaynaklardan harcama yapılması*” gerekliliğinin olduğu ihaleleri düzenleme altına almış bulunmaktadır. Sonuç olarak, idarenin kamu harcaması yapmasını gerekli kılan işlere ilişkin ihale mevzuatının AB ve DTÖ gibi uluslararası organizasyonların ihale mevzuatına paralel hale getirilebilmesi için mal veya hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin düzenlemeler 4734 s. Kanun, bu Kanun kapsamında yürütülen sürecin sonunda imzalanan sözleşmeler ise 4735 s. Kanun kapsamına alınmıştır.

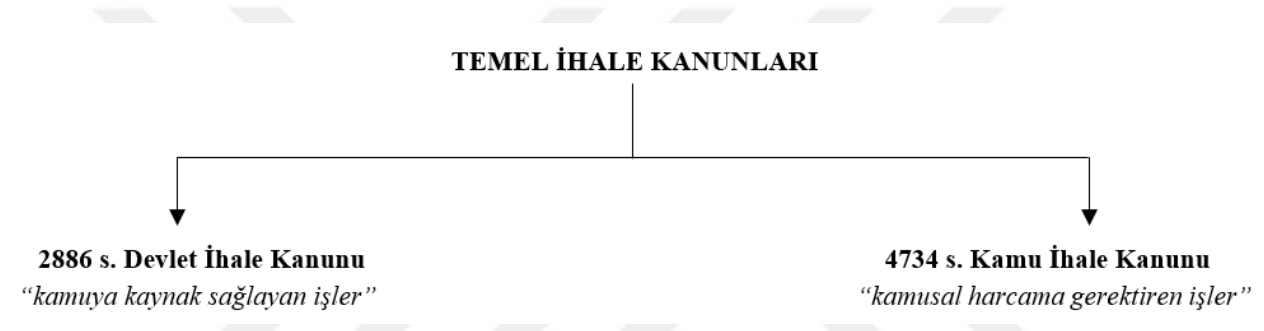
Kamu ihalelerine ilişkin düzenlemelerin tarihsel gelişimi aktarılırken belirtildiği üzere 2886 s. Kanun’un uygulandığı süreçte ihale sisteminde pek çok problem yaşanmıştır. Bu problemlere çözüm bulmak ve ulusal mevzuatı uluslararası düzenlemelere uygun hale getirmek amacıyla 22.01.2002 tarih ve 24648 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 4374 s. Kamu İhale Kanunu hazırlanmıştır. 4374 s. Kamu İhale Kanunu’nun “*kapsam*” kenar başlıklı 2. maddesine göre “*(...) her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihaleleri bu Kanun hükümlerine göre yürütülür.*”

4734 s. Kanun’un yürürlüğe girmesiyle birlikte “*mal ve hizmet alımları ile yapım işleri*” hem 2886 s. Kanun, hem de 4734 s. Kanun tarafından düzenlenen işler haline gelmiştir. Hüküm çatışmalarını önlemek amacıyla²¹⁹ 4734 s. Kanun’a özel bir hüküm konulmuştur. Kanun’un 68. maddesinin a bendi uyarınca “*bu Kanun kapsamında yer alan işlerin ihalelerinde 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümleri uygulanmaz.*” Aynı maddenin b fıkrası ise “*diğer kanunların 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunundan muafiyet tanıyan hükümleri ile bu Kanuna uymayan hükümleri uygulanmaz*” hükmünü getirerek Devlet İhale Kanunu’ndan ayrık olmayı öngören düzenlemeleri hükümsüz kılmıştır.

²¹⁹ 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu Genel Gerekçesi, T.C. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü, 20.11.2001, (www.tbmm.gov.tr, E.T.: 17.11.2017)

Nihayetinde 4734 s. Kanun'un yürürlüğe girmesi itibariyle, kural olarak *kamusal harcama* yapılmasını gerekli kılan mal²²⁰ ve hizmet alımları²²¹ ile yapım işlerine ilişkin ihaleler bu Kanun kapsamında yürütülecek iken, *kamuya gelir getirici* nitelikte olan işlere ilişkin ihalelerde ise 2886 s. Kanun hükümleri uygulanacaktır²²².

Nitekim Danıştay da vermiş olduğu bir kararda²²³ aynısıyla; “*işin niteliği kamu kaynağı kullanılmasını gerektiren, idarenin harcama yapmak suretiyle temin edeceği mal alımı, hizmet alımı ya da yapım işi ise, Kamu İhale Kanunu'na, bunun dışında, kamu kaynağı kullanılmaksızın yapılacak olan satım, kiralama, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işi ise Devlet İhale Kanunu'na tabi olacaktır*” demiştir.



O halde yürütülecek ihaleye hangi kanun hükümlerinin uygulanacağını belirleme konusunda saptanması gereken temel husus, ihale konusu işin “*kamu kaynağı kullanımı*”nı gerektirip gerektirmediğidir. Bu saptamanın yapılabilmesi için ise öncelikle “*kamu kaynağı*” kavramının neyi ifade ettiği açıklanmalıdır.

²²⁰ 4734 s. Kanun kapsamında “*mal*” ifadesi; her türlü ihtiyaç maddeleri, taşınır ve taşınmaz mallar ile hakları ifade etmektedir. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, taşınmaz malın hazır halde alınması söz konusu ise mal alımı, inşa ettirilerek teslim alınması söz konusu ise yapım işi söz konusu olacaktır. Bkz. ARSLAN, s. 28; UZ, s. 135. “*Belediyenin ihtiyacı olan mamul asfalt ve emülsiyon malzemesi alımı, ihalesi yapılmış yol inşaatı ile ilgili bir alım olmadığından, ihalenin (...) mal alım ihaleleri hükümlerine göre yapılmasına (...)*” Sayıştay D.K., K. 1125/3, T. 24.09.2003, (Aktaran: AKKURT, s. 335).

²²¹ 4734 s. Kanun kapsamında “*hizmet*” ifadesi; bakım ve onarım, temizlik, taşıma, yemek hazırlama ve dağıtım, koruma ve güvenlik, danışmanlık ve benzeri diğer hizmetleri ifade etmektedir. Bakım ve onarım bakımından ifade edilmelidir ki; makine ve ekipman bakım ve onarımı hizmet ihalesinin konusu olurken, küçük onarımlar da dahil olmak üzere **yapıma ilişkin onarımların** hizmet alım ihalesi olarak ihale edilmesi mümkün değildir. Bkz. Kamu İhale Genel Tebliği, m. 63.

²²² Kamu ihalesi türleri hakkında bkz. TAŞDELEN, Kamu Harcamaları, s. 8. KİK, K.N. 2011/UY.I-3552, T. 24.10.2011, (ekap.kik.gov.tr, E.T.: 15.08.2017). Ayrıca bkz. AKGÜNER/BERK, s. 1178. Devlet İhale Kanunu kapsamına giren işler hakkında bkz. ÜNAL, Nurdoğan/EROL, Mesut, Gelir Getirici İşlemlerde İhale Usulü Devlet İhale Kanunu, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, 2016, s. 45 vd.

²²³ D. 13.D, E. 2009/7074, K. 2010/2940, T. 06.04.2010, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 18.10.2017).

5018 s. Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu²²⁴'nin “*tanımlar*” kenar başlıklı 2. maddesinin g bendinde kamu kaynakları; “*borçlanma suretiyle elde edilen imkânlar dahil kamuya ait gelirler, taşınır ve taşınmazlar, hesaplarda bulunan para, alacak ve haklar ile her türlü değerler*” olarak tanımlanmaktadır. Bu tanıma göre *kamu kaynağı*, sadece idarenin sahip olduğu nakit parayı değil, aynı zamanda taşınır ve taşınmaz mallar ile alacak ve haklar da dâhil olmak üzere idarenin malvarlığına ilişkin tüm değerleri ifade eder. Bu durumda “*kamu kaynağı kullanımı*” da sadece idarenin nakit para ödediği işleri değil; aynı zamanda idareye verilen bir mal ya da yapılan iş karşılığında idarenin malvarlığındaki bir değerden feragat etmesi²²⁵ (*taşınır ya da taşınmaz malını vermesi, alacak hakkını devretmesi, alacak hakkından vaz geçmesi gibi*) durumlarını ifade eder.

Bu noktada ayrıca belirtmelidir ki, 4734 s. Kanun'da öngörülen ve fakat 2886 s. Kanun çerçevesinde yürütülen ihalelerde uygulama imkânı bulunmayan kimi hükümler, 2886 s. Kanun çerçevesinde ihale yürüten idarelerce uygulanmaya çalışılmaktadır. Örneğin; 2886 s. Kanun'a tabi bir kiraya verme ihalesinde en yüksek bedeli teklif eden isteklinin sözleşme yapmaya yanaşmaması üzerine ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekli ile sözleşme yapılması mümkün değildir; zira bu imkân 4734 s. Kanun ile ve sadece kamu ihaleleri açısından öngörülmüştür²²⁶. Yaşanan bu aksaklıkları gidermek adına kamu ihale mevzuatı yasama organınca bütüncül olarak ele alınıp gözden geçirilmelidir.

b) 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu

Uluslararası düzenlemelere uygun olarak kamu alımlarını ilgilendiren ihalelere uygulanacak hükümlerin 4734 s. Kanun aracılığıyla düzenlenmesi akabinde, bu Kanun hükümlerine göre yürütülen ihaleler sonucu akdedilecek olan sözleşmelere ilişkin hususları düzenleyen ayrı bir kanun yapılmasına ihtiyaç duyulmuştur. Bu nedenle 4735 s. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu kabul edilerek yürürlüğe konulmuş ve kamu ihale sözleşmelerine ilişkin kuralların tek bir yasal düzenleme ile belirlenmesi yoluna gidilmiştir. Böylece 4734 s. Kamu İhale Kanunu'na göre yapılan ihalelerdeki hukuki düzenleme ve denetimlerin, 4735 s. Kanun

²²⁴ RG, T. 24.12.2003, S. 25326.

²²⁵ Örneğin; İdarenin taşınır ya da taşınmaz malını vermesi, alacak hakkını devretmesi, alacak hakkından vaz geçmesi. Örnekler için bkz. ARSLAN, Ahmet, Temel Kamu İhale Bilgisi, Hermes Matbaacılık, Mart 2016, s. 6.

²²⁶ Örnek için bkz. ÜNAL/EROL, s. 35.

aracılığıyla sözleşme aşamasında da devam etmesi ve bir bütünlük sağlanması amaçlanmıştır²²⁷.

4735 s. Kanun, Kamu İhale Kanunu'na tâbi kurum ve kuruluşlar tarafından söz konusu Kanun hükümlerine göre yapılan ihaleler sonucunda düzenlenen sözleşmeleri kapsar (m. 2). 4735 s. Kanun temelde, kamu ihale sözleşmelerinin düzenlenmesi (m. 5-7), sözleşmelerin uygulanması (m. 8-11), sözleşme kapsamında verilecek kesin teminat (m. 12-14), sözleşmede değişiklik yapılması, sözleşmenin devri ve feshi (m. 15-24), yasaklar ve sorumluluklar (m. 25-34) ile ilgili hükümler içermektedir²²⁸.

c) Özellik Arz Eden Kimi Durumlar

Bu noktada, Kamu İhale Genel Tebliği, Kamu İhale Kurulu ve Danıştay kararlarından hareketle, kimi *özellikli* işlerin 4734 s. Kanun kapsamına girip girmediği hususu açıklanmalıdır:

i) kat ve/veya arsa karşılığı yapım işleri

Kamu İhaleleri Genel Tebliği'nin 3. maddesinin 1.1 alt bendine göre "**kamu harcaması yapılmasını gerektirmeyen ve bütçeden ödenek kullanımı söz konusu olmayan kat ve/veya arsa karşılığı**²²⁹ yapım işleri 4734 s. Kanun kapsamında yer almamaktadır."

ii) öğrenci taşıma hizmeti ve yemek hizmeti alımları

Kamu İhaleleri Genel Tebliği'nin 3. maddesinin 1.2 alt bendine göre "**kamu kaynağı kullanılmayan, bedeli okul idaresi tarafından ödenmeyen ve sadece talep edenlerin faydalandığı öğrenci taşıma hizmeti ve yemek hizmeti alımları, 4734 s. Kanun kapsamında yer almamaktadır.**"

²²⁷ Bkz. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Genel Gerekçesi, T.C. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü, 20.11.2001, (www.tbmm.gov.tr, E.T.: 24.11.2017).

²²⁸ Bu bölümde 4735 s. Kanun hükümlerine atıf yapılmakla yetinilmiştir. 4735 s. Kanun uyarınca akdedilen sözleşmelerin hukuki niteliği hakkında bkz. çalışmanın birinci bölümünün II/D başlığı.

²²⁹ D. 9. Dairesi, E. 2000/3395, K. 2002/5057, T. 11.12.2002, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 15.08.2017). Öğretide *Uz*, kat karşılığı yapım işlerinde idarenin inşaatı yapan müteahhide arsanın bir kısmını vermesi gerektiğini ve taşınmazların da nihayetinde kamu kaynağı olarak sayıldığını belirterek kat karşılığı yapım işinin de 4734 s. Kanun kapsamında bir yapım işi olarak sayılabileceğini ifade ettikten sonra Kamu İhale Kurulu kararları ve İhale Tebliğlerinde durumun aksi yönde olduğunu belirtmektedir. Kamu İhale Kurulu'na göre kat ve/veya arsa karşılığı yapım işlerinde 2886 s. devlet İhale Kanunu hükümleri uygulanmalıdır. Bkz. **UZ**, s. 136. Ayrıca bkz. **ÜNAL/EROL**, s. 49.

iii) şartlı bağışlar

Kamu İhaleleri Genel Tebliği'nin 3. maddesinin 1.3 alt benine göre “*İdarelere Kanun kapsamı dışındaki kişilerin tasarrufunda bulunan kaynaklardan yapılacak şartlı bağışlarda, bağış şartlarınının 4734 s. Kanunun uygulanmasını olanaksız hale getirmesi halinde, söz konusu bağış miktarı ile sınırlı olarak yapılacak alımlar, Kanun kapsamında bulunmamaktadır.*” Bu noktada belirtilmelidir ki bir şartlı bağışın 4734 s. Kanun'un uygulanmasını olanaksız kılıp kılmadığının anlaşılması için, bağış şartlarının niteliği incelenmelidir. Başka bir ifadeyle her şartlı bağış kendiliğinden 4734 s. Kanun'un uygulanmasını engellemez²³⁰.

iv) yürütülecek hizmet sonucu elde edilen gelirin aktarılacağı havuzdan yükleniciye belli bir ödeme yapılması

İdarenin, yürütülecek hizmet sonucu elde edilen gelirin bir havuzda toplanması ve bu havuzdan yükleniciye belirli bir pay verilmesini öngörerek ihaleye çıkması durumunda ihalenin hangi kanun hükümlerine göre yürütülmesi gerektiği hususu Danıştay'ın önüne gelen bir olay kapsamında tartışılmıştır.

Danıştay kararına konu olan davada, davalı idare 2886 s. Kanun'a uygun olarak kapalı teklif usulüyle “*Toplu Taşıma Araçlarında Elektronik Ücret Toplama Sistemi ile 5 Yıllığına İşletilmesi İhalesi*” gerçekleştirmiştir. Davalı Belediye idaresi bünyesinde çalışan bir özel halk otobüsü işleticisi bu ihalenin iptali talebiyle dava açmıştır. İlk derece mahkemesi “*ihale bedeli için idare bütçesinden harcama yapılmadığı, ihale konusu iş için idare bünyesinde özel bir ödenek oluşturulmadığı ve işin sonunda teçhizatın idareye intikâli gibi hususların esasında ihalenin kurulacak olan sistemin kurulma ile birlikte kiralama işinin de gerçekleştirildiğine delâlet ettiği*” gerekçeleriyle ihalenin 2886 s. Kanun hükümlerine göre yürütülmesini hukuka aykırı bulmayarak davayı reddetmiştir.

Danıştay ise vermiş olduğu kararda²³¹, “*kurulacak sistemin tüm gelirlerinin ve banka hesaplarının kontrolünün Belediye'ye ait ve bu nedenle oluşturulacak havuz aracılığıyla yaratılacak parasal kaynağın Belediye'nin kullanımında olan bir kaynak olduğu, ihaleye katılan isteklinin ilk olarak 3.890.000 TL teklif sunduğu, daha sonra kendisiyle yapılan*

²³⁰ KİK, K.N. 2012/UY.III-3185, T. 08.08.2012, (ekap.kik.gov.tr, E.T.: 15.08.2017).

²³¹ D. 13. Dairesi, E. 2012/2994, K. 2013/1113, T. 17.04.2013, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 04.08.2017).

pazarlık sonucunda bu miktarın 3.686.610 TL'ye düşürüldüğü ve bu bedel üzerinden kendisiyle sözleşme imzalandığı, bu bedelin idareye aktarılacak bir bedel olmayıp istekliye ödenecek bedel olduğu” gerekçeleriyle ihale konusu işin idareye gelir getirici nitelikte olmaktan ziyade, idarenin kamusal kaynaklardan harcama yapmasını gerektiren bir iş olduğunu ifade etmiş ve söz konusu ihalenin 2886 s. Kanun’a değil 4734 s. Kanun’a tâbi olarak yapılması gerektiğini belirterek ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Şu halde Danıştay’a göre “yürütülecek hizmet sonucu elde edilen gelirin aktarılacağı havuzdan yükleniciye belli bir ödeme yapılması” söz konusu olduğunda 4734 s. Kanun hükümleri uygulanmalıdır²³².

v) yapım işi içinde zımnî bir satış işleminin bulunması

Kamu İhale Kurumu önüne itirazın şikâyet yoluyla gelen bir ihalede, idarenin hazırlamış olduğu ihale dokümanı çerçevesinde ihale konusu işin niteliği incelendiğinde söz konusu işin “*Kemeraltı Taşçılariçi Katlı Otoparkı Yıkılması İş*” olduğu anlaşılmıştır. Öte yandan “*Kemeraltı Taşçılariçi Katlı Otoparkı Yıkılması İş* İnşaat Özel Teknik şartname”sinde “*Proje ve detaylarına uygun olarak ayrıştırılan hurda demirlerin yüklenici tarafından satışı yapılması, bu işin yapılabilmesi için gerekli her türlü nakliye, yatay düşey taşımalar, boşaltma malzeme istif bedeli, tartı giderleri dahil fiyatıdır. Bu satıştan elde edilen gelir yüklenici firmaya ait olacaktır. Yüklenici fiyat teklifi sunarken buradan gelecek bedel minha edilerek (düşülerek) teklif verilecektir*” şeklinde, genel teknik şartnamede ise “*Otoparkın yıkım ve sökümünden çıkan her türlü demir, çelik vb. imalatlar yükleniciye aittir*” şeklinde düzenleme yapılarak **yıkımdan sonra çıkacak hurdanın yükleniciye ait olacağı ve diğer işler için oluşan toplam bedelden söz konusu hurda tutarının düşülerek toplam teklif bedelinin oluşturulacağı hüküm altına alınmıştır**. Başka bir ifadeyle otopark yıkılması işi kapsamında ortaya çıkacak hurdanın, işi yapan yükleniciye örtülü olarak satılması ve idarece yapılacak ödemenin miktarının, söz konusu tutarın düşürülmesi sonucu belirleneceği hüküm altına alınmıştır.

²³² ARSLAN, s. 6 vd. *Uz*, Kamu İhale Kurulu’nun, hasılat paylaşımına dayalı ihalelerde kamu kaynağı kullanımının söz konusu olmadığı, bu nedenle 4734 s. Kanun hükümlerinin uygulanmayacağına ilişkin aksi yöndeki kararlarını aktardıktan sonra, idarenin elde edilen hasılatın belli bir payı ayırarak yükleniciye ödeme yapması ile hasılatın tamamen idare bütçesine geçirilmesi sonrası ayrılacak bir ödenek ile yükleniciye ödeme yapılması arasında temelde bir fark olmadığını belirterek hasılat paylaşımına dayalı ihalelerde 4734 s. Kanun hükümlerinin uygulanması gerektiğini ifade etmiştir. Aktarılan Kamu İhale Kurulu kararında karşı oy görüşü de bu yöndedir. Bkz. *UZ*, s. 142. Ayrıca bkz. KİK, K.N. 2016/UY.II-695, T. 03.03.2016, (ekap.kik.gov.tr, E.T.: 15.08.2017)

vi) satış işlemi içinde zimni bir yapım işinin bulunması

Kamu İhale Kurumu önüne itirazın şikâyet yoluyla gelen bir ihalede Edirne Belediye Başkanlığına ait kapalı spor salonu karşısındaki eski terminalin bulunduğu yerde 4 parselden oluşan toplam 20.704 m² arazi ile birlikte mevcut halen inşaat halinde bulunan Belediye Sarayının 26.750.000,00.-YTL bedel karşılığında 20.09.2007 tarihinde 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 35 inci maddesinin (a) bendinde belirtilen kapalı teklif alma usulü ile satışının yapıldığı, ancak anılan işin ilanında; “...Yüklenici; ayrıca Edirne Belediyesine ayrıntılı bilgileri şartnamede yazılı olan 5.000.000,00.-YTL keşif bedelli Belediye Hizmet Binasını da bedelsiz yapacaktır.” düzenlemesinin yer aldığı, söz konusu binanın mevcut belediye binası yanındaki otopark alanına yapılması gerektiği, anılan binanın 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 35 inci maddesinin (a) bendinde belirtilen kapalı teklif alma usulü kapsamında gerçekleştirildiği anlaşılmıştır. Kamu İhale Kurumu ise vermiş olduğu kararda²³³ “Edirne Belediye Başkanlığına ait bazı taşınmazların satışının 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 35 inci maddesinin (a) bendine göre kapalı teklif usulü ile ihalesi mümkün olmakla birlikte, aynı satış ihalesi içinde yapım işi niteliğinde bulunan Belediye Hizmet Binası yaptırılması işinin 2886 s. Kanun kapsamında ihale edilmesinin yasal dayanağının bulunmadığı ve Belediye Hizmet Binasının yaptırılması işinin 4734 s. Kanun hükümlerine göre ihale edilmesi gerektiği”ne hükmetmiştir.

d) Kapsama İlişkin İstisna Hükümleri

4734 s. Kanun, “*istisnalar*” kenar başlıklı 3. maddesinde 20 bent²³⁴ (a-u) halinde sayarak belirttiği ihalelerde “*ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç*”²³⁵ olmak üzere 4734 s. Kanun’un uygulanmayacağı hükmünü içermektedir. Bu ihaleler;

- Kanun kapsamına giren kuruluşlarca, kuruluş amacı veya mevzuatı gereği işlemek, değerlendirmek, iyileştirmek veya satmak üzere **doğrudan üreticilerden veya ortaklarından yapılan tarım veya hayvancılıkla ilgili ürün alımları** ile 6831 sayılı

²³³ KİK, K.N. 2007/UY.Z-3709, T. 19.11.2007, (ekap.kik.gov.tr, E.T.: 15.08.2017). Kurum’un vermiş olduğu bu karar Danıştay tarafından onanmıştır. Bkz. D. 13. Dairesi, E. 2008/11551, K. 2011/3272, T. 04.07.2011, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 15.08.2017).

²³⁴ 4734 s. Kanun’un ilk halinde sadece 5 bent olarak düzenlenmiş olan istisna hükümlerinin, 2018 yılı itibariyle 20 bende çıkmış olması, 2886 s. Kanun’a istisna hükümleri açısından yöneltilen eleştirileri akıllara getirmektedir.

²³⁵ D. 13. Dairesi, E. 2013/1279, K. 2013/2292, T. 19.09.2013, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 15.08.2017).

Orman Kanunu gereğince **orman köyleri kalkındırma kooperatiflerinden ve köylülerden yapılacak hizmet alımları,**

- Savunma, güvenlik veya istihbarat alanları ile ilişkili olduğuna veya **gizlilik** içinde yürütülmesi gerektiğine ilgili bakanlık tarafından karar verilen veya mevzuatı uyarınca sözleşmenin yürütülmesi sırasında özel güvenlik tedbirleri alınması gereken veya devlet güvenliğine ilişkin temel menfaatlerin korunmasını gerektiren hallerle ilgili olan mal ve hizmet alımları ile yapım işleri,
- Uluslararası anlaşmalar gereğince sağlanan **dış finansman ile yaptırılacak olan ve finansman anlaşmasında farklı ihale usul ve esaslarının uygulanacağı belirtilen mal veya hizmet alımları ile yapım işleri**²³⁶; uluslararası sermaye piyasalarından yapılacak borçlanmalara ilişkin her türlü **danışmanlık ve kredi derecelendirme** hizmetleri; Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasının teknolojiye, güvenliğe, banknot ve kıymetli evrak üretimi ve basımına ilişkin mal ve hizmet alımları, Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankasının dış kaynak temini ve danışmanlık hizmeti alımları; özelleştirme uygulamaları için 24.11.1994 tarihli ve 4046 s. Kanun çerçevesinde yapılacak her türlü danışmanlık hizmet alımları; **hava taşımacılığı yapan teşebbüs, işletme ve şirketlerin ticari faaliyetlerine ilişkin mal ve hizmet alımları,**
- İdarelerin **yabancı ülkelerdeki kuruluşlarının** mal veya hizmet alımları ile yapım işleri; yurt dışında bulunan nakil vasıtalarının o yerden sağlanması zorunlu mal veya hizmet alımları,
- 4734 s. Kanun kapsamına giren kuruluşların; Adalet Bakanlığına bağlı ceza infaz kurumları, tutukevleri iş yurtları kurumları, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumuna bağlı huzurevleri ve yetiştirme yurtları, Millî Eğitim Bakanlığına bağlı üretim yapan okullar ve merkezler²³⁷, Tarım ve Köyişleri Bakanlığına bağlı enstitü ve üretim istasyonları ile Başbakanlık Basımevi İşletmesi tarafından **bizzat üretilen**²³⁸ mal ve hizmetler için anılan kuruluşlardan, Devlet Malzeme Ofisi Ana Statüsünde yer alan mal ve hizmetler için Devlet Malzeme Ofisi Genel Müdürlüğünden, yük, yolcu

²³⁶ D. 13. Dairesi, E. 2009/860, K. 2012/937, T. 03.05.2012, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 15.08.2017).

²³⁷ D. 13. Dairesi, E. 2015/582, K. 2015/1707, T. 04.05.2015, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 15.08.2017)).

²³⁸ Söz konusu kuruluşlardan istisna hükümleri uyarınca alım yapılabilmesi için, alıma konu mal ya da hizmetin bizzat maddede belirtilen kurumlarca üretiliyor olmasının gerekli olduğu; aksi halde (*örneğin; bu kuruluşların piyasadan hazır şekilde alınan malların tekrar satılması*) ihale süreci 4734 s. Kanun hükümlerine göre yürütülmelidir. Bkz. **ARSLAN**, s. 21.

veya liman hizmetleri için Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğünden, akaryakıt ve taşıt için Tasfiye İşleri Döner Sermaye İşletmeleri Genel Müdürlüğünden yapacakları alımlar ile araştırma-geliştirme faaliyetleri kapsamında Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumundan yapacakları mal, hizmet ve danışmanlık hizmet alımları, et ve et ürünleri için Et ve Balık Kurumu Genel Müdürlüğünden, ray üstünde çeken ve çekilen araçlarda kullanılan monoblok tekerlek ve tekerlek takımları için Makine ve Kimya Endüstrisi Kurumu Genel Müdürlüğünden yapacakları alımlar,

- Ulusal araştırma-geliştirme kurumlarının²³⁹ yürüttüğü ve desteklediği araştırma-geliştirme projeleri için gerekli olan mal ve hizmet alımları ile finansmanının **tamamı Kanun kapsamındaki bir idare tarafından karşılanarak elde edilen sonuçların bu idare tarafından sadece kendi faaliyetlerinin yürütülmesinde faydalandığı haller hariç**, her türlü araştırma ve geliştirme hizmeti alımları,
- 2. maddenin birinci fıkrasının (b) ve (d) bentlerinde sayılan kuruluşların, ticarî ve sınaî faaliyetleri çerçevesinde; doğrudan mal ve hizmet üretimine veya ana faaliyetlerine yönelik ihtiyaçlarının temini için yapacakları, Hazine garantisi veya doğrudan bütçenin transfer tertibinden aktarma yapmak suretiyle finanse edilenler dışındaki **yaklaşık maliyeti ve sözleşme bedeli** ikitrilyon üçyüzmilyar Türk Lirasını²⁴⁰ (2017 itibarıyla 10.369.344,-TL²⁴¹) aşmayan mal veya hizmet alımları²⁴²,
- Bu Kanun kapsamındaki idarelerin kendi özel mevzuatı uyarınca hak sahiplerine sağlayacakları teşhis ve tedaviye yönelik hizmet alımları ile tedavisi kurumlarınca üstlenilen kişilerin ayakta tedavisi sırasında reçeteye bağlanan ilaç ve tıbbî malzemelerin kişilerce alımları, sağlık hizmeti sunan bu Kanun kapsamındaki

²³⁹ Üniversitelerin de “ulusal araştırma-geliştirme kurumları” arasında olduğu ve bu bent hükmünden yararlanabileceği hakkında bkz. KİK, K.N. 2003/DK.D-121, T. 11.04.2003, (Aktaran: **KILIÇ ÇAYLI/KILIÇ**, s. 31).

²⁴⁰ Yaklaşık maliyeti ilgili bentteki parasal sınırın altında kaldığı için istisna kapsamında olarak 4734 s. Kanun hükümleri uygulanmadan yürütülen süreç sonucunda imzalanan sözleşmenin bedeli, bahsi geçen limitin üzerinde olursa işlemin iptal edileceği hakkında bkz. Kamu İhale Genel Tebliği, m. 4.3.4.

²⁴¹ Kamu İhale Tebliği, Tebliğ No: 2018/1, RG, T. 19.01.2018, S. 30306.

²⁴² D. 13. Dairesi, E. 2005/9271, K. 2005/5717, T. 30.11.2005, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 15.08.2017).

idarelerin teşhis ve tedaviye yönelik olarak birbirlerinden yapacakları mal ve hizmet alımları²⁴³,

- 21.7.1983 tarihli ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu kapsamındaki taşınır ve taşınmaz kültür varlıklarının rölöve, restorasyon, restitüsyon ve konservasyon projeleri, sokak sağlıklaştırma, çevre düzenleme projeleri ve bunların uygulamaları ile değerlendirme, muhafaza, nakil işleri ve kazı çalışmalarına ilişkin mal ve hizmet alımları,
- Deniz Çevresinin Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Acil Durumlarda Müdahale ve Zararların Tazmini Esaslarına Dair Kanun hükümleri kapsamında, acil müdahale plânlarının hazırlanması ve bir olay meydana geldikten sonra kirliliğe müdahale ve acil müdahale plânlarının icrası için acil olarak ihtiyaç duyulabilecek hizmet alımı ile araç, gereç ve malzeme alımı,
- Vakıf kültür varlıklarının onarımları ve restorasyonları ile çevre düzenlemesine ilişkin mal veya hizmet alımları,
- Tanıkların korunmasına ilişkin mevzuat hükümlerine göre alınacak koruma tedbirlerinin uygulanması için gerekli olan mal ve hizmet alımları,
- Boru Hatları ile Petrol Taşıma A.Ş. (BOTAŞ) tarafından ithalat yoluyla yapılacak spot sıvılaştırılmış doğal gaz (LNG) alımları,
- Erbaş ve erler ile askerî malzemelerin hava yoluyla taşınması için Türk Hava Yolları Anonim Ortaklığından yapılacak hizmet alımları, Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Genel Müdürlüğünün her türlü program, haber, yapım ve yayınlarla ilgili olarak Anadolu Ajansı Türk Anonim Şirketinden yapacağı mal ve hizmet alımları ile uluslararası mükellefiyetlerden doğan veya ulusal amaçlı; savunma, güvenlik, insani yardım gibi durumlarda ortaya çıkabilecek acil ihtiyaçların, süratli ve etkin bir biçimde temini amacıyla, önceden güvenceler alınmasına olanak sağlayan anlaşmalar veya sözleşmeler yapmak suretiyle mal ve hizmet alımları,
- Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının bağlı, ilgili veya ilişkili kurum veya kuruluşlarının, faaliyetleri ile ilgili olarak birbirlerinden veya diğer kamu kurum ve

²⁴³ 4734 s. Kanun'un 3. maddesinin (h) bendi uyarınca yapılacak ihalelere ilişkin usul ve esaslar "4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun 3'üncü Maddesinin (h) Bendinde Belirtilen Alımlara İlişkin Yönetmelik (RG, T. 15.07.2004, S. 25523)" hükümlerince belirlenmiştir.

kuruluşlarından karşılanan enerji, yakıt, mal, hizmet, danışmanlık alımları ve büyük onarım işleri, TETAŞ tarafından tedarik amaçlı yapılacak elektrik enerjisi alımları,

- Gençlik ve Spor Bakanlığının uluslararası gençlik faaliyetleri ile Spor Genel Müdürlüğü ve bağımsız spor federasyonlarının ulusal ve uluslararası sportif faaliyetlerine ilişkin mal ve hizmet alımları,
- Fakir ailelere kömür yardımı yapılmasına ilişkin Bakanlar Kurulu kararnameleeri kapsamında; işleticisi kim olursa olsun, Türkiye Kömür İşletmeleri Kurumu Genel Müdürlüğünün kendisine veya bağlı ortaklık veya iştiraklerine ait olan kömür sahalarından yapacağı mal ve hizmet alımları,
- Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğü ile Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları Taşımacılık Anonim Şirketinin, Türkiye Demiryolu Makinaları Sanayii Anonim Şirketi, Türkiye Lokomotif ve Motor Sanayii Anonim Şirketi ve Türkiye Vagon Sanayii Anonim Şirketinden yapacağı mal veya hizmet alımları²⁴⁴,
- Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığının kurduğu veya iştirak ettiği şirketten (*ÖSYM'nin yapacağı mal ve hizmet alımlarında Yükseköğretim Kurulunun uygun görüşü alınmak kaydıyla*) sınav faaliyetlerinin yürütülmesine yönelik olarak yapılacak mal ve hizmet alımları,
- Yenilik, yerleşme ve teknoloji transferini sağlamaya yönelik sanayi iş birliği uygulamalarını içeren mal ve hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin ihalelerdir.

İstisna kapsamına giren ihalelerde uygulanacak esas ve usullerin nasıl belirleneceği 4734 s. Kanun'un geçici 4. maddesinde hükme bağlanmıştır. Kanun hükmünün yanında Kamu İhale Genel Tebliği²⁴⁵ m. 3.3'te "*idarelerin kendilerine bağlı döner sermayelerden yapacakları alımlar*" düzenlenmiştir.

Ayrıca belirtmelidir ki, 4734 s. Kanun'da idarelere istisna kapsamındaki ihaleleri istisnai usule veya 4734 s. Kanun'a göre yapma konusunda herhangi bir **takdir hakkı tanınmamıştır**. İdarelerce istisna kapsamındaki bir ihalenin, öngörülen istisnai usule göre

²⁴⁴ TCDD'nin; TÜLOMSAŞ, TÜDEMSAŞ, TÜVASAŞ ve en son kurulan TCDD Taşımacılık A.Ş. olmak üzere 4 adet bağlı ortaklığı bulunmaktadır. Bkz. <http://www.tcdd.gov.tr> (E.T.: 22.11.2017).

²⁴⁵ RG, T. 22.08.2009, S. 27327.

gerçekleştirilmesi yasal bir zorunluluktur. Kamu İhale Kurumu'na göre²⁴⁶ “*Kanun kapsamındaki bir ihale idare kararı ile Kanun'dan istisna tutulamayacağı gibi, istisna olarak tanımlanmış bir ihalenin de idare kararı ile 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında gerçekleştirilmesine olanak bulunmamaktadır.*”

2. Özel Kanunlarda Öngörülen İhale Usulleri

Her ne kadar ihale mevzuatımızı düzenleyen iki temel kanunun varlığından bahsedilse de, çeşitli kurum ve kuruluşlar ve çeşitli işler bakımından özel kanunlarda farklı ihale usullerinin öngörülmesi mümkündür²⁴⁷. Böyle bir durumda spesifik olarak belli kamu kurum ve kuruluşlarına ya da belli işlere yönelik getirilen düzenlemeler “*özel düzenleme*” niteliğinde olacağı için, yaşanabilecek hüküm çatışmalarında hangi hükmün uygulanacağı hususunda “*özel hüküm genel hükmü ilga eder - lex specialis derogat lex generalis*” kuralına göre yorum yapılmalıdır²⁴⁸.

Özel düzenlemelere ilk örnek Toplu Konut İdaresi (TOKİ) ile ilgilidir. 1164 s. Arsa Üretimi ve Değerlendirilmesi Hakkında Kanun²⁴⁹'un 6/1 hükmünde bulunan “*arsa alımı ve satımı, (...) 2886 sayılı Devlet İhale Kanununa tabi değildir*” ve 2985 s. Toplu Konut Kanunu²⁵⁰'nun 6/1 hükmünde geçen “*bu Kanun hükümlerine göre yapılacak işlemlerde, (...) 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümleri uygulanmaz*” ifadeleri uyarınca TOKİ, “*satış, devir, intikal, kiraya verme, trampa, sınırlı aynı hak tesisi ve arsa satışı karşılığı gelir paylaşımı*” işlerini kendi mevzuatına göre yapmaktadır. Diğer bir ise örnek özelleştirme uygulamalarından verilebilir. 4046 s. Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun²⁵¹'un 12.

²⁴⁶ KİK, K.N. 2015/UH.III-650, T. 25.02.2015, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 23.02.2018).

²⁴⁷ Kamu ihale rejimini düzenleyen temel kanunlara istisna oluşturacak biçimde hazırlanan her özel kanun hükmü, ihale hukukuna hâkim olması gereken yeknesaklığı bozma riskini beraberinde getirir. Bu nedenle ihale kanunlarının temelde iyi ve kapsayıcı hazırlanması, kural olarak bu temel mevzuattan sapılmaması ve ancak gerçekten özelliği bir iş ya da idare söz konusu ise özel hukuki düzenleme yapılması, sağlıklı bir ihale sisteminin varlığı için oldukça önemlidir. Yine belirtilmelidir ki, bir idarenin temel ihale mevzuatından bağışık tutularak ihale sürecini kendi mevzuatına göre yürütecek olması, idarenin ihaleyi tamamen keyfi biçimde yapabileceği anlamına gelmemektedir. İdareye tanınan takdir yetkisinin hiçbir zaman sınırsız ve mutlak olmadığı ve temel ihale mevzuatından bağışık tutulmuş ve hatta özel hukuk hükümlerine göre faaliyet yürüten kamu kuruluşlarının da ihale sürecinde aldığı kararların idari yargı tarafından denetlendiği hakkında bkz. **AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA**, s. 533.

²⁴⁸ Aynı düzeyde yer alan önceki genel kanun ile sonraki özel kanun arasındaki çatışmalarda sonraki özel kanunun uygulanması gerekliliğinin hem *lex posterior* hem de *lex specialis* ilkesinin bir sonucu olduğu hakkında bkz. **GÖZLER**, Kemal, Hukuka Giriş, Ekin Yayınları, 9. Baskı, Bursa, 2012, s. 350.

²⁴⁹ RG, T. 10.05.1969, S. 13195.

²⁵⁰ RG, T. 17.03.1984, S. 18334.

²⁵¹ RG, T. 27.11.1994, S. 22124.

maddesi uyarınca *“bu Kanunda yapılması öngörülen işlerde 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu (...) hükümleri uygulanmaz.”* Özelleştirme uygulamaları söz konusu ise izlenecek ihale yöntemleri aynı kanunun 18. maddesi ve devamında düzenlenmiştir. Ancak belirtmelidir ki, 4734 s. Kanun’un *“uygulanmayacak hükümler”* kenar başlıklı 86. maddesinin b bendi uyarınca *“diğer kanunların 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunundan muafiyet tanıyan hükümleri ile bu Kanuna uymayan hükümleri uygulanmaz.”* Başka bir ifadeyle özel kanunlar aracılığıyla getirilmiş olan istisna hükümler, kamu harcaması yapılmasını gerektiren mal ve hizmet alımı ile yapım işleri bakımından uygulama alanı bulmaz²⁵². Bu hüküm 2886 s. Kanun uygulamasının dışına çıkarılmış olan alanları, mal ve hizmet alımları ile yapım işleri bakımından 4734 s. Kanun’a dâhil etmek amacıyla hazırlanmıştır.

Bir başka örnek ise 6428 s. Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi Ve Hizmet Alınması Hakkında Kanun’dan verilebilir. Bu kanunun amacı ihale ile özel hukuk hükümlerine göre kamu özel iş birliği modeli çerçevesinde; Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca yapılmasına ihtiyaç duyulan tesislerin özel kişilere yaptırılması ve mevcut tesislerin yenilenmesinin sağlanmasıdır (6428 s. Kanun, m. 1). Kanun, 3. maddesinde *“ihale ilke, usul ve esasları”*nı, 4. maddesinde ise *“sözleşme”* hükümlerini düzenlemiştir. Aynı Kanun’un 11. maddesi hükmüne göre *“yapılacak iş ve işlemler, 8/9/1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile 4734 s. Kanuna tabi değildir.”*

4734 s. Kanun’un 66. maddesi ise *“bu Kanun hükümlerine ilişkin değişiklikler, ancak bu Kanuna hüküm eklenmek veya bu Kanunda değişiklik yapılmak suretiyle düzenlenir”* hükmünü içermektedir. Bu durumda 4734 s. Kanun uygulamasına getirilmesi istenen istisna hükümleri; ancak bu Kanun’da değişiklik yapılmak suretiyle gerçekleştirilebilir. 4734 s. Kanun’da değişiklik yapılmaksızın yürürlüğe konulan başka bir kanun hükmü ile Kamu İhale Kanunu uygulamasına istisna getirildiği varsayımında, özel ve sonraki tarihli kanun hükmünün öncelikle uygulanması ilkesi sonucu, 4734 s. Kanun’un 66. maddesinin etkinliğinin olmayacağı ifade edilmektedir²⁵³.

²⁵² İNAN, s. 48.

²⁵³ İNAN, s. 47. İlgili hükme rağmen, doğrudan bu Kanun’da değişiklik yapmak yerine, bazı kurum ve kuruluşların kendi kanunlarına veya torba kanunlar aracılığıyla söz konusu kanunlarda pek çok değişiklik yapıldığı hakkında bkz. BOZKURT, s. 68.

C) KAMU İHALELERİNE HÂKİM OLAN İLKELER

Kamu ihaleleri; idarenin “sözleşmenin karşı tarafını belirleme” iradesinin sınırını oluşturmaktadır. Dolayısıyla idare, özel hukukta söz edilen geniş bir sözleşme serbestisine sahip olmayıp, işlemlerini kamu yararını gözeterek ve ilgili usul kurallarını uygulayarak tesis etmek durumundadır²⁵⁴. Bunun yanında kamu ihaleleri, serbest piyasa ekonomisinde piyasayı denetim, fiyat belirleme ve yolsuzlukla mücadele araçlarından biri olarak karşımıza çıkar²⁵⁵. Tüm bu amaçlara ulaşabilmek için ihale süreci, belli başlı ilkelere göre yürütülmelidir²⁵⁶.

Temel yaklaşım olarak ilk önce şu söylenmelidir: Kamu kurum ve kuruluşları ile idareleri, ihalenin bir sözleşme ile sona ermesine kadar geçen ve İdare Hukukunun ilke ve kurallarına tâbi olan süreçte yasal ve içtihadi olarak belirlenen ilkelere uygun hareket etmek durumundadırlar²⁵⁷. Öte yandan, kimi idare ya da ihale türlerinin temel ihale mevzuatından bağımsız tutulması, idarenin ihale sürecinde geniş bir takdir yetkisinin olduğu şeklinde de yorumlanmamalıdır²⁵⁸.

Bu kapsamda Danıştay, idarelerin kamu ihale sürecinde uyması gereken ilkelere ilişkin vermiş olduğu bir kararında²⁵⁹; ihale hukuku açısından bu ilkeleri “*ihalenin herkese açık olarak yapılması, rekabet kurallarına aykırı olmaması, ihale aşamasında gizliliğe uyulması*” şeklinde sıralamıştır²⁶⁰.

4734 s. Kanun’un 5. maddesinde “*kamu ihalelerine hâkim olan ilkeler*” şu şekilde sıralanmıştır: 1) saydamlık, 2) serbest rekabet, 3) eşit muamele, 4) güvenilirlik, 5) gizlilik, 6)

²⁵⁴ ONAR, C. III, s. 1615.

²⁵⁵ Bkz. Çalışmanın birinci bölümünün I/A-3 başlığı.

²⁵⁶ UZ, s. 157; GÖK, Yaşar, Kamu İhale Hukukuna Hâkim Olan İlkeler, Dış Denetim Dergisi, Ekim-kasım-Aralık 2010, s. 12. İhale Hukuku ilkelerinin ortak özelliklerinin ihale düzenini sağlama, ihale sürecinin tümüne uygulanma, ilkelere uymamanın sorumluluğa neden olması, idare hukukuna tabi olma ve ihale suçlarının önlenmesini sağlama olduğu hakkında bkz. ÖZKAN, s. 162 vd. Onar’a göre, ihale sürecine üç temel prensip hâkimdir: “*aleniyet, serbest rekabet ve en ehven fiatın bulunması.*” Bkz. ONAR, C. III, s. 1617.

²⁵⁷ KUTLU, s. 170; ÖZKAN, s. 164. İmtiyaz sözleşmelerinde idarenin uyması gereken ilkelere ilişkin olarak bkz. SEZGİNER, Murat, İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, S. 1-2, 2007, s. 1079 vd. Ayrıca bkz. SANCAKDAR/US/KASAPOĞLU TURHAN/ÖNÜT/SEYHAN, s. 534.

²⁵⁸ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 505; GÖZLER/KAPLAN, s. 470. Bu noktada idarenin “*serbest rekabet, açıklık, en uygun bedeli bulmak gibi uyması gereken ilkeler söz konusudur.*” SANCAKDAR/US/KASAPOĞLU TURHAN/ÖNÜT/SEYHAN, s. 534.

²⁵⁹ D. 10. Dairesi, E. 1996/4724, K. 1998/5478, T. 10.01.1995, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 23.08.2017).

²⁶⁰ Danıştay’ın bu kararının eleştirisi için bkz. GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, C. II, 2. Baskı, Ekin Yayınları, 2003, s. 99. Onar’a göre ise “*idare mukavelelerinin teşekkülünde üç prensip hâkimdir: aleniyet, serbest rekabet, en ehven fiatın bulunması.*” Bkz. ONAR, C. III, s. 1617.

kamuoyu denetimi, 7) ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması, 8) kaynakların verimli kullanılması, 9) aralarında kabul edilebilir doğal bir bağlantı olmadığı sürece mal alımı, hizmet alımı ve yapım işleri bir arada ihale edilememesi, 10) eşik değerlerin altında kalmak amacıyla mal veya hizmet alımları ile yapım işleri kısımlara bölünmemesi, 11) ödeneği bulunmayan hiçbir iş için ihaleye çıkılamaması ve 12) ilgili mevzuatı gereğince Çevresel Etki Değerlendirme (ÇED) raporu gerekli olan işlerde ihaleye çıkılabilmesi için ÇED olumlu belgesinin alınmış olması.

Bunun yanında 4734 s. Kanun, “*idarelerce uyulması gereken diğer kurallar*” kenar başlıklı 62. maddesinde de idarelerin uyması gereken kimi teknik ve özel nitelikte noktalar düzenlenmiştir. Bu noktada belirtilmelidir ki, “*eşik değerlerin altında kalmak amacıyla mal veya hizmet alımları ile yapım işleri kısımlara bölünmemesi*”, “*ödeneği bulunmayan hiçbir iş için ihaleye çıkılamaması*” ve “*ilgili mevzuatı gereğince Çevresel Etki Değerlendirme (ÇED) raporu gerekli olan işlerde ihaleye çıkılabilmesi için ÇED olumlu belgesinin alınmış olması*”na ilişkin düzenlemeler, kamu ihale sürecinin tamamına sirayet eden genel ve soyut birer ilke olmaktan ziyade, ihaleyi yürütecek olan idareye yönelik somut ve teknik kurallar içeren düzenlemelerdir. Söz konusu kuralların, 4734 s. Kanun’un, “*idarelerce uyulması gereken diğer kurallar*” kenar başlıklı 62. maddesinde düzenlenmesinin kanun sistematığı açısından daha uygun olacağı ifade edilmelidir²⁶¹.

Son olarak belirtilmelidir ki idare hukukuna hâkim olan ilkeler²⁶² (*örneğin; idarenin kanuniliği ilkesi, idareye güven ilkesi, idari istikrar ilkesi, gerekçe ilkesi*) idare hukukunun kapsamında bulunan kamu ihale hukuku alanında da geçerliliğini korumaktadır²⁶³.

²⁶¹ Aynı yönde bkz. **GÖK**, s. 13. Bu yönde bir düzenleme Avrupa Birliği mevzuatına da daha uygun düşecektir. Zira Avrupa Birliği düzeyinde kamu ihalelerine hâkim olan temel ilkeler 2014/24 numaralı Direktif’in 18. maddesinde şu şekilde belirtilmiştir: *eşitlik ilkesi/ayrımçılık yasağı, saydamlık ilkesi ve orantılılık ilkesi*. Bkz. Directive 2014/24/Eu on Public Procurement, The European Parliament and of The Council, 26 February 2014, (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32014L0024>, E.T.: 24.08.2017). Ancak 4734 s. Kanun “*ilkeler*” kenar başlıklı 5. maddesinde bu kurallara da birer ilke olarak yer vermiştir. Bu nedenle çalışmada bu kurallar da birer ilke olarak açıklanacaktır.

²⁶² İdare Hukukuna hâkim ilkeler için bkz. **SANCAKDAR/US/KASAPOĞLU TURHAN/ÖNÜT/SEYHAN**, s. 51 vd.; **GÖZLER/KAPLAN**, s. 59 vd.; **GÜNDAY**, s. 37 vd.; **AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA**, s. 103 vd.; **YILDIRIM/YASİN/KARAN/ÖZDEMİR/ÜSTÜN/OKAY TEKİNSOY**, s. 4 vd.

²⁶³ Danıştay da bu görüştedir. D. 13. Dairesi, E. 2007/11474, K. 2010/6734, T. 08.10.2010, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 12.11.2017).

Bu bölümde, kamu ihalelerine hâkim olan ilkeler çalışmanın kapsamı göz önünde bulundurulurken, 4734 s. Kanun, Avrupa Birliği Adalet Divanı ve Danıştay içtihatları ışığında açıklanacaktır²⁶⁴.

1. Saydamlık İlkesi²⁶⁵ (*Transparency*)

İhale mevzuatında “saydamlık ilkesi” 2886 s. Kanun ve 4734 s. Kanunda ifade edilen bir ilkedir. Her iki yasal düzenlemede, ihalelerin saydamlığı (*açıklık-şeffaflık*) sağlayacak biçimde yürütülmesi gerekliliğinden söz edilmiştir.

Saydamlık; saydam olma durumunu, başka bir ifadeyle şeffaflığı ifade eder²⁶⁶. Kamu İhale Kurulu saydamlık ilkesini “*ihale ilanının herkes tarafından görülebilmesini, ihale dokümanının ihaleye katılmak isteyen herkes tarafından görülüp satın alınabilmesini, gizlilik şartı bulunan işlemler dışındaki işlemlerin istekliler tarafından bilinmesini teminat altına alan*” ilke olarak tanımlamaktadır²⁶⁷.

Kamu kaynaklarının etkin ve verimli kullanılması ereğinde kamu ihalelerinin sağlıklı yürütülebilmesi için geliştirilmiş olan ilkelerin merkez noktasında saydamlık ilkesi yatmaktadır²⁶⁸. Gerçekten de serbest rekabeti sağlayarak kendisine en ideal tekliflerin yapılmasını arzu eden idare, ihale sürecinin tamamında saydamlık ilkesine uygun hareket etmek durumundadır²⁶⁹. Zira doğru ve ideal bir bilgi paylaşımını gerçekleştirilmeyen idare, serbest rekabet ortamının oluşmasını ve bu bağlamda istekli olabileceklerin ekonomik

²⁶⁴ Kamu ihale hukukuna egemen olan ilkeler hakkında detaylı bilgi için bkz. ÖZKAN, s. 162 vd.

²⁶⁵ Detaylı bilgi için bkz. AKDOĞAN, Muzaffer, Avrupa Birliği Uyum Sürecinde Türk İhale Rejiminin Şeffaflık Açısından Değerlendirilmesi, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2010.

²⁶⁶ TDK, Büyük Türkçe Sözlük, “saydamlık” ve “saydam” maddeleri, (<http://www.tdk.gov.tr>, E.T.: 23.08.2017).

²⁶⁷ KİK, K.N. 2016/UH.II-2428, T. 05.10.2016, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 21.09.2017).

²⁶⁸ Saydamlık ilkesinin, kamu ihale düzenin ulaşmayı amaçladığı hedefleri kolaylaştırıcı etkisi olduğu hakkında bkz. NICHOLAS, Caroline, The WTO Regime, ARROWSMITH (ed.)/ANDERSON (ed.), s. 755. Tam da bu nedenle “*transparency*” ilkesi UNCITRAL Model Kanunu’nun hazırlanmasında temel ilkelerden birisi olur. Bkz. ARROWSMITH/TREUMER/FEJO/JIANG, s. 21. Saydamlık ilkesinin, serbest rekabet ve eşit muamele ilkelerinin gerçekleşmesinde öncül ilke olduğu hakkında bkz. SAUSSIER, Stéphane, TIROLE, Jean, Strengthening the Efficiency of Public Procurement, French Council of Economic Analysis, no: 22, 2015, s. 4.

²⁶⁹ GEORGIEVA, I, Using Transparency Against Corruption in Public Procurement, Studies in European Economic Law and Regulation 11, Springer International Publishing, 2017, s. 5, (<http://www.springer.com>, E.T.: 24.08.2017); KUTLU, s. 186 vd.; GÜNDAĞ, s. 200; AKGÜNER/BERK, s. 1180; TAŞDELEN, Kamu Harcamaları, s. 54.

durumlarına göre en uygun teklifleri vermelerini engellemiş olacaktır. Bu bağlamda serbest rekabet ilkesinin gerçekleşmesinde saydamlık ilkesi olmazsa olmaz bir öneme sahiptir²⁷⁰.

İhale süreci bakımından saydamlık, ihalenin hazırlık aşamasında başlayıp ihalenin sonuçlanmasına kadar geçen süreci kapsayan bir ilke olarak karşımıza çıkar²⁷¹. Bu açıdan ihale sürecinde saydamlık ilkesi iki başlıkta incelenebilir.

a) İhalenin Hazırlık Aşamasında Saydamlık İlkesi

Kamu ihalelerinde *hazırlık aşaması*, işin tespiti ile başlayıp nihayetinde ihalenin ilan edilmesi sonucu isteklilerin teklif vermeleri noktasına kadar idarece yürütülen faaliyetleri kapsamaktadır²⁷². 4734 s. Kanun, ihalelerin hazırlık aşamasında saydamlık ilkesini sağlamak için çeşitli hükümler içermektedir.

Verilebilecek ilk örnek 4734 s. Kanun'un 5. maddesindeki "*bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulü temel usullerdir. Diğer ihale usulleri Kanunda belirtilen özel hallerde kullanılabilir*" hükmüdür. İhaleye çıkacak olan idare, ihalenin hazırlık aşamasında ihale usulünü belirlerken bu hüküm uyarınca hareket etmeli ve Kanunda belirtilen özel hallerin bulunmadığı durumlarda genel ihale usullerine yönelmelidir. Saydamlık ilkesi ile açık ihale usulü arasındaki ilişki bakımından Danıştay da bir kararında "*ihtiyaçların en iyi şekilde, uygun şartlarda ve zamanında karşılanabilmesi ile ihalede **açıklık ve rekabet ilkelerinin sağlanabilmesi** bakımından açık teklif usulü, pazarlık usulüne göre daha objektif bir ihale yöntemidir*" hükmüne varmıştır²⁷³. Gerçekten de açık ihale usulü, özellikleri sayesinde (*daha fazla sayıda kişi ya da firmanın katılımı ile rekabetin sağlanması, geçici teminat alınmak suretiyle güvencenin sağlanması ve idarenin teklifler arasından en avantajlısını seçme yetkisinin bulunması gibi*), saydam ve

²⁷⁰ GÖK, s. 13. 4734 s. Kanun'da "*sadece ihale öncesinde değil, ihale sonrasında da açıklığı, şeffaflığı ve kamu kaynaklarının kullanımı konusunda kamuoyu denetimini sağlamak üzere*" düzenlemeler getirildiği hakkında bkz. SEZGİNER, Murat, İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar, Seçkin Yayınları, 2013, s. 807; TAŞDELEN, Kamu Harcamaları, s. 55.

²⁷¹ UZ, s. 27. *Onar*'a göre ihale sürecinde aleniyet ilkesinin iki temel aracı vardır: ihalenin ilanı ve ihale işlemlerinin aleni yapılması. Bkz. ONAR, C. III, s. 1618; aynı yönde bkz. TAN, Turgut, Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s. 327.

²⁷² SANCAKDAR/US/KASAPOĞLU TURHAN/ÖNÜT/SEYHAN, s. 560.

²⁷³ D. 10. Dairesi, E. 2008/11679, K. 2001/117, T. 19.01.2011, (Karar için bkz. ÖZKAN, s. 192). Aynı yönde bkz. TAŞDELEN, Kamu Harcamaları, s. 77.

sağlıklı bir ihale sürecinin yürütülmesi için uygun bir yöntemdir²⁷⁴. Buna karşın örneğin; pazarlık usulünde bir veya birden fazla istekliden şekle bağlı olmadan teklif alınabilmekte, şartname düzenlenmesi, geçici teminat alınması ve hepsinden önemlisi *ilan yapılması zorunluluğu bulunmamaktadır*²⁷⁵. Bu bakımdan 4734 s. Kanun'un açık ihale usulünü temel ihale usulü olarak belirlemesi ve pazarlık usulünün sadece Kanunda öngörülen hallerde başvurulabilecek bir usul olarak düzenlemiş olması, saydamlık ilkesinin bir gereğidir²⁷⁶.

4734 s. Kanun kapsamında hazırlık aşamasında saydamlık ilkesinin uygulaması açısından verilebilecek ikinci örnek, ihale dokümanının hazırlanması sürecidir. İdare tarafından hazırlanacak olan ihale dokümanı, ihale konusu için teknik detaylarını ve ihale sürecinin nasıl yürütüleceğine dair prosedürü açık ve anlaşılır biçimde belirtir nitelikte olmalıdır²⁷⁷. İhaleye katılmak amacıyla teklif verecek olan isteklilerin tekliflerini temelde bu dokümanlara göre ayarladığı düşünüldüğünde, ilgili belgelerin saydamlık ilkesine uygun hazırlanmaması kimi istekli olabileceklerin teklif vermemesi sonucunu doğururken, verilecek olan kimi tekliflerin de gerçek değerinin altında kalması riski söz konusu olacaktır. Bu durum, saydamlık ilkesi ile bağlantılı olarak *ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve kaynakların verimli kullanılması* ilkelerinin de zedelenmesine yol açacaktır²⁷⁸. Kamu İhale Kurumu da ihale dokümanında bulunan kimi belirsizliklerin saydamlık ilkesini ihlal ettiğinden bahisle ihalenin iptaline karar vermektedir²⁷⁹.

²⁷⁴ Bkz. Çalışmanın birinci bölümünün II/B-1 başlığı.

²⁷⁵ Bkz. Çalışmanın birinci bölümünün II/B-3 başlığı.

²⁷⁶ ÖZKAN, s. 192.

²⁷⁷ Teknik şartnamede ne kastedildiği anlaşılmayan hükümler bulunması, şartname içeriğinde atıf yapılan maddelerin konuyla ilgisiz olması gibi durumlar, *"ihalelerde saydamlığın sağlanması"* ilkesini ihlal edici nitelikte olup ihalenin iptali nedenidir. Bkz. KİK, K. N. 2008/UH.I-4439, T. 27.10.2008, (ekap.kik.gov.tr, E.T.: 20.09.2017). Aynı şekilde uygulama projesinde isteklilerin tekliflerini rasyonel biçimde oluşturmalarına engel olacak şekilde eksik açıklamaların bulunması da saydamlık ilkesine aykırılık oluşturur. Bkz. Ankara 8. İdare Mahkemesi, E. 2009/1307, T. 04.11.2009, (Aktaran: SEZGİNER, s. 811). ABAD içtihatlarına göre de *"ihale dokümanındaki düzenlemelerin tereddüte mahal vermeyecek şekilde, bütün isteklilerce aynı yönde anlaşılması gerektiği hususunun"* saydamlık ilkesiyle yakından ilgilidir. Bkz. ABAD, Cartiera dell'Adda SpA, C-42/13, T. 06.11.2014, (Aktaran: BAFRA, s. 89).

²⁷⁸ GÖK, s. 14. İhale sürecinde önemli bir yeri olan ihale dokümanları, UNCİRTAL Model Kanunu'nun 26,27 ve 28. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu konuda bkz. ARROWSMITH/TREUMER/FEJO/JIANG, s. 47 vd.

²⁷⁹ *"isteklilerin tekliflerini oluşturmalarını etkileyen iddia konusu hususa ilişkin şartların net bir şekilde belirlenmesinin idarenin sorumluluğu altında olduğu ve bu hususlarda oluşacak bir belirsizliğin saydamlık, rekabet, eşit muamele ve güvenilirlik ilkelerine aykırılık oluşturacağı sonucuna varıldığından, iddia konusu düzenlemenin kamu ihale mevzuatına aykırılık teşkil ettiği neticesine ulaşılmış (...) ihalenin iptaline (...)"* KİK, K.N. 2013/UH.II-2264, T. 29.05.2013, (ekap.kik.gov.tr, E.T.: 24.08.2017). Ayrıca idarenin hazırladığı ihale dokümanı ile EKAP sistemine yüklediği ihale dokümanı arasında farklılıklar bulunması halinde, istekli olabileceklerin dokümanı hem idareden doğrudan satın alabileceği, hem de EKAP üzerinden e-imza karşılığı

4734 s. Kanun, kamu ihalelerinde hazırlık sürecinin son aşaması²⁸⁰ olan “*ilan*” aşaması ile ilgili, saydamlık ilkesinden doğan detaylı düzenlemeler getirmiştir²⁸¹. İlan süresi ve kuralları (m. 13), ilanlarda bulunması gerekli hususlar (m. 24 ve m. 25), “*ihale dokümanında belirtilmeyen hususlara ilânlarda yer verilemez*” kuralı²⁸² (m. 24), 13, 24 ve 25’inci maddelerdeki hükümlere uygun olmayan ilânların geçersiz olduğu ve bu durumda, ilân bu maddelere uygun bir şekilde yenilenmedikçe ihale veya ön yeterlik yapılamayacağı kuralı (m. 26) 4734 s. Kanun’da düzenlenmiştir²⁸³.

b) İhale Aşamasında Saydamlık İlkesi

İhale aşaması temelde, isteklilerce verilen tekliflerin değerlendirilmesi ve ihalenin karara bağlanması ile onaylanması işlemlerini içermektedir²⁸⁴. Saydamlık ilkesinin bir görünümü olarak idare ihale sürecini, ihale ilanı ile duyurduğu ve ihale dokümanı ile isteklilere sunduğu bilgiler doğrultusunda yürütmelidir²⁸⁵. Bu bakımdan ilan edilmiş ya da ihale dokümanına işlenmiş bazı düzenlemelerin hatalı olduğu anlaşıldığında, gerekli değişiklikler yapıldıktan sonra tekrar bir düzeltme ilan verilmeli, esas etkileyen usul sakatlığı niteliğinde bir hata var ise ihale iptal edilmelidir²⁸⁶.

Kanun’da, saydamlık ilkesinin bir diğer sonucu olarak idarenin, ihaleleri sadece isteklilerin değil, hazır bulunanların önünde açık bir biçimde yapması ve ihale dışı kalan ya da teklifi uygun görülmeyen isteklilerin talepleri halinde bu kararların gerekçelerinin yazılı

indirebileceği hususu göz önüne alındığında, bu farklılıkların ihalelerde saydamlık, rekabet ve eşit muamele ilkelerini ihlal edici nitelikte olacağı hakkında bkz. KİK, K.N., 2012/UH.I-2352, T. 04.06.2012, (Aktaran: **ARAPGİRLİ/DEMİREL**, s. 26).

²⁸⁰ **SANCAKDAR/US/KASAPOĞLU TURHAN/ÖNÜT**, s. 560.

²⁸¹ **GÖZLER/KAPLAN**, s. 476; **GÜNDAY**, s. 200. İhale sürecinde kullanılacak olan dokümanların saydamlık ilkesine uygun olarak hazırlanması gerekliliğinin yanında, ilan sürecinin de düzgün işlenmesinin, idarenin en uygun teklifleri alması açısından elzem olduğu hakkında bkz. **ARROWSMITH/TREUMER/FEJO/JIANG**, s. 22.

²⁸² Danıştay, ihale dokümanı ile ilan arasındaki uyumsuzlukları, rekabet ve saydamlık ilkelerinin de sağlanmadığı gerekçesiyle, iptal sebebi saymaktadır. Örneğin; D. 13. Dairesi, E. 2009/5583, K. 2013/3098, T. 19.11.2013, (Aktaran: **ÖZKAN**, s. 194).

²⁸³ ABAD da vermiş olduğu bir kararında, saydamlık ilkesinin idarelere, hizmet pazarının rekabete açılması ve tarafsız bir ihale sürecinin yürütülmesini sağlamak üzere yeterli duyurunun yapılmış olması zorunluluğunu yüklediğini belirtmiştir. Bkz. ABAD, Telaustria Verlags GmbH, C-324/98, T. 07.12.2000, (Aktaran: **BAFRA**, s. 140).

²⁸⁴ **SANCAKDAR/US/KASAPOĞLU TURHAN/ÖNÜT/SEYHAN**, s. 560 vd.

²⁸⁵ İhalenin ilanından ve dokümanların kesinleşmesinden sonra idarenin teknik şartname hükümlerini değiştirmesinin saydamlık ilkesine aykırı olduğu hakkında bkz. ABAD, *SC Enterprise Focused Solutions SRL*, C-278/14, T. 16.04.2015, (Aktaran: **BAFRA**, s. 96).

²⁸⁶ **GÖK**, s. 14.

olarak bildirmesi öngörülmüştür (m. 36 vd.). İhale sürecinde 4734 s. Kanun'un 36. maddesi kapsamında gerçekleştirilen işlemlerin doğrudan doğruya "saydamlık" ilkesi ile ilgili olduğu Kamu İhale Kurumu'nca da şu şekilde ifade edilmiştir: "ihalenin ilk oturumunda istekliler, isteklilerin teklif ettiği fiyatlar ve yaklaşık maliyet tutarının açıklanması zorunludur. Söz konusu düzenleme ile ihale işlemlerinin 'saydamlık' ilkesi çerçevesinde gerçekleştirilebilmesi sağlanmaktadır."²⁸⁷ Ayrıca, Kanun'un 36. maddesinde belirtilen, ihalede ilk oturumun ve bu oturumda yapılması gereken işlemlerin katılanların huzurunda gerçekleşmesi usulü²⁸⁸, saydamlık ilkesinin temel bir şartı olduğu için, bu oturumda yaşanacak olan eksikliklerin düzeltici işleme konu olamayacağı ve herhangi bir usulsüzlük halinde ihalenin iptalinin zorunlu hale geldiği ifade edilmektedir²⁸⁹.

4734 s. Kanun'un 41. maddesi uyarınca idare, ihale sonucunu, ihale kararının ihale yetkilisi tarafından onaylandığı günü izleyen en geç üç gün içinde, ihale üzerinde bırakılan dâhil olmak üzere, ihaleye teklif veren bütün isteklilere bildirir. İhale sonucunun bildiriminde, tekliflerin değerlendirmeye alınmama veya uygun bulunmama gerekçelerine de yer verilir. Bunun yanında ihale sonuçlarının Kamu İhale Kurumu tarafından Kamu İhale Bülteni'nde yayımlanması zorunluluğu da, saydamlık ilkesinin bir gereğidir (m. 47). Ancak 4734 s. Kanun'da öngörülen pazarlık usulü (m. 21) ve doğrudan temin usulü (m. 22) saydamlık ilkesine istisna hükümler içermektedir²⁹⁰.

²⁸⁷ "İhalenin karara bağlanmasında belirleyici işlevi bulunan yaklaşık maliyet ile isteklilerin teklif fiyatlarının herkesin huzurunda açıklanması ile daha sonra yapılacak değerlendirmeler sırasında herhangi bir itirazla karşılaşılmasında amaçlanmaktadır. Başvuru konusu ihalenin ilk oturumunda, ihale komisyonunun yalnızca belgeleri tam olan isteklilerin teklif fiyatlarını açıklaması, belgelerinin eksik olduğu yönünde tespitinin bulunduğu isteklilerin teklif fiyatını açıklamaması 4734 s. Kanun'un 5'inci maddesinde yer alan temel ilkelerden 'saydamlık, eşit muamele ve güvenilirlik' ilkelerinin ihlaline yol açan **esaslı bir usul hatasıdır**. İhalenin ilk oturumunda gerçekleştirilen işlemlerin geri alınmasının mümkün olmadığı dikkate alındığında, söz konusu aykırılığın ihalenin iptalini gerektirdiği sonucuna varılmıştır." KİK, K.N. 2013/UH.II-4645, T. 11.12.2013, (ekap.kik.gov.tr, E.T.: 24.08.2017).

²⁸⁸ KİK, K.N. 2011/UY.II-1348, T. 18.04.2011, (Aktaran: **ARSLAN**, s. 61).

²⁸⁹ **GÖK**, s. 14. Saydamlık ilkesinin teklif veren istekliler açısından görünümü ise, gerekli belgelerin öngörülmüş şekil şartlarına uygun olarak idareye teslim edilmesidir. Bu bakımdan örneğin; teklif zarfının üzerindeki imza ve mührün birbirini tamamlamadığı hallerde idarenin, zarfın teslim öncesi açılıp tekrar yapılandırıldığı şüphesi olduğundan bahisle teklifi değerlendirme dışı bırakması hukuka uygundur. Bkz. Ankara 1. İdare Mahkemesi, E. 2009/196, T. 28.09.2009, (Aktaran: **SEZGİNER**, s. 811).

²⁹⁰ Örneğin; pazarlık ve doğrudan temin usulü ile yapılacak kimi ihaleler için ilan yapılması zorunlu değildir. Bkz. **GÜNDAY**, s. 200.

Son olarak belirtilmelidir ki, yukarıda aktarılan mevzuat hükümleri aracılığıyla şeffaflık ilkesinin Türk kamu ihale sürecinde etkili bir biçimde uygulandığı, 2016 Türkiye ilerleme raporunda da ifade edilmiştir²⁹¹.

2. Serbest Rekabet İlkesi (*Competition*)

Kelime anlamı olarak “*aynı amacı güden kimseler arasındaki çekişme, yarışma, yarış*” anlamına gelen²⁹² rekabet, kamu kaynaklarının verimli kullanılması ereğinde en uygun fiyatlı teklifleri almayı hedefleyen idareler için ayrı bir öneme sahip olup, ihalenin yapılmasında temel ilkedir²⁹³. Kamu ihaleleri açısından serbest rekabet, isteklilerin kamu ihale sürecine özgürce katılabilmelerini ve idarenin teklifleri hiçbir etki altında kalmadan ihaleye ilişkin işlemleri tamamlaması ve ihaleyi en uygun teklifi veren üzerinde bırakmasını ifade eder²⁹⁴.

Bu bağlamda rekabet ilkesi, kamu ihalelerinden sağlanacak kamusal faydanın en üst düzeye taşınmasına, piyasada oluşabilecek hâkim durumların engellenmesi sayesinde piyasa dengesinin sağlanmasına, yolsuzlukla mücadeleye ve idarenin tarafsız olarak objektif kriterlere göre sözleşmeyi akdedeceği tarafı seçmesine hizmet eder²⁹⁵. Zira serbest rekabetin sağlandığı bir piyasada, piyasa fiyatları aşağı çekilecek, kâr etmek için yarışan firmalar, ihaleleri kazanabilmek adına daha rasyonel tekliflerde bulunacaklardır²⁹⁶.

²⁹¹ European Commission, Turkey 2016 Report, Brussels, 9.11.2016, s. 44.

²⁹² TDK, Güncel Türkçe Sözlük, “*rekabet*” maddesi, (<http://www.tdk.gov.tr>, E.T.: 25.08.2017).

²⁹³ KUTLU, s. 202; TAN, s. 327; AKGÜNER/BERK, s. 1180; TAŞDELEN, Kamu Harcamaları, s. 55.

²⁹⁴ KUTLU, s. 192 vd.; SEZGİNER, İdarenin Sözleşmeleri, s. 808; TAŞDELEN, Kamu Harcamaları, s. 56; GÖK, s. 14; ARROWSMITH/TREUMER/FEJO /JIANG, s. 24; GÜNDAY, s. 201; GÖZLER/KAPLAN, s. 476; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 526. DİDDGK, E. 2007/1024, K. 2011/260, T. 21.04.2011, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 22.09.2017).

²⁹⁵ ONAR, C. III, s. 1618; ARROWSMITH/TREUMER/FEJO/JIANG, s. 24; SANCAKDAR/US/KASAPOĞLU TURHAN/ÖNÜT/SEYHAN, s. 562; GÖK, s. 15; YILDIRIM/YASİN/KARAN/ÖZDEMİR/ÜSTÜN/OKAY TEKİNSOY, s. 789.

²⁹⁶ ÖZKAN, s. 200; ARSLAN, s. 63. Bu noktada belirtilmelidir ki Danıştay’a göre, örneğin; 14 firmanın katılmış olduğu bir ihalede rekabet ortamı sağlanmış olup, çeşitli eksiklikler nedeniyle 13 firmanın değerlendirme dışı bırakılmış olması, ihalenin iptali için tek başına yeterli sebep teşkil etmez. Geçerli kabul edilen teklifler ile yaklaşık maliyet arasındaki denge göz önünde bulundurularak ihtiyaçların uygun şartlarda karşılanması ve kaynakların verimli kullanılması ilkelerine göre karar verilmelidir. Bkz. D. İDDGK, E. 2007/1024, K. 2011/260, T. 21.04.2011, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 22.09.2017); D. 13. Dairesi, E. 2008/14319, K. 2011/1649, T. 15.04.2011; D. 13. Dairesi, E. 2007/3465, K. 2009/11125, T. 18.12.2009, (Aktaran: ÖZKAN, s. 262, dn. 761 ve 762). Kamu İhale Kurumu da pazarlık usulüne ilişkin vermiş olduğu bir kararında, 4 firmanın ihaleye davet edilmiş olduğu, firmalardan ikisinin teklif verdiği ve tekliflerden birisinde bulunan eksikliklerden dolayı ilgili teklifin değerlendirme dışı bırakıldığı hususları gözetildiğinde serbest rekabet

4734 s. Kanun'un 5. maddesinde “*idareler, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde; (...) rekabeti, (...) sağlamakla sorumludur*” hükmünü içermektedir. Genel ilkeyi ortaya koyan bu hüküm, kanunun pek çok farklı maddesine sirayet etmiştir. Buna göre;

- Kanun'un 10. maddesi ihaleye katılmak isteyenlerden alınacak “*ekonomik ve malî*” ile “*mesleki ve teknik*” yeterlilik belgelerinin niteliklerini saptamaktadır. Bu noktada belirtilmelidir ki; her ne kadar ihaleye mümkün olduğu kadar fazla isteklinin katılmasının sağlanması, serbest rekabet ilkesini gerçekleştirmede bir araç olsa da, bu ilke herkesin ihaleye katılımının sağlanmak zorunda olduğu anlamına da gelmemektedir²⁹⁷. Bu bakımdan 4734 s. Kanun'un 10. maddesi, çeşitli yeterlilik kıstasları öngörmüştür. 10. maddenin gerekçesinde, 4734 s. Kanun öncesi dönemde ihaleye katılmada yeterlilik şartlarının objektif bir düzenleme ile belirlenmediği için şeffaflıktan uzak olduğu ve bu nedenle eleştirilere maruz kaldığı ve ayrıca 10. maddede sayılan bilgi ve belgeler dışında herhangi bir belge talep edilemeyeceği ifade edilmiştir²⁹⁸. Bu açıdan bakıldığında ihaleye katılabilecek olan isteklilerin belirlenmesinde objektif kıstasların Kanun hükmü ile belirlenmesi suretiyle idarenin, serbest rekabet ilkesine aykırı ve keyfi davranışlarının engellenmesi amaçlanmıştır.

Danıştay'a göre²⁹⁹ de “*ihaleyi gerçekleştirecek olan idarelerin, ihale konusu işin yerine getirilebilmesini sağlayacak düzenlemeler ve kriterler belirlemesine bir engel bulunmamakla birlikte idarelerin bu kriterleri belirlerken kanunun çizdiği sınırlar içerisinde kalarak ihalelerin **serbest rekabet** ortamında gerçekleşmesini de sağlamakla yükümlü*”dürler ve “*ayrıca 4734 s. Kanununun 10. maddesinde belirtilmeyen bir bilgi ve belgenin isteklilerden talep edilmesi ve bunun **isteklinin yeterliliğini tevsik amacıyla kullanılması***” mümkün değildir. Aynı şekilde ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesi sürecinde idare, fiyat

ortamını ihlal edecek bir durum oluşmadığına karar vermiştir. Bkz. KİK, K.N. 2012/UH.I-3635, T. 19.09.2012 (Aktaran: **ARSLAN**, s. 142).

²⁹⁷ **ÖZKAN**, s. 214. Sayıştay D.K., K. 1138/1, T. 17.03.2004, (Aktaran: **AKKURT**, s. 295).

²⁹⁸ 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu Genel Gereçesi, T.C. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü, 20.11.2001, (www.tbmm.gov.tr, E.T.: 17.11.2017).

²⁹⁹ “*(...) ihalede istekli olabileceklerden şartname ile istenen ‘bakım-onarım yetki belgesi’nin yukarıda anılan mevzuat hükümlerine göre mesleki ve teknik yeterliği belirlemeye yönelik istenebilecek bilgi ve belgelerin kapsamını aştığı; davacının dava dosyasına sunduğu belgelerin incelenmesinden, davacı firmanın aynı işi konu edinen ihalelere katıldığı, davacı firma personelinin ihale konusu işle ilgili eğitim ile mesleki yeterlik konusunda belge ve sertifikalara sahip oldukları, ancak şartname ile ‘bakım-onarım yetki belgesi’ istenmesi dolayısıyla ihalede üretici firmanın tek yetkili temsilcisi olan firmadan başka bir firmanın ihaleye teklif veremediği, bu durumun ise ihalelerde gözetilmesi gereken temel ilke olan rekabeti engellediği sonuç ve kanaatine varıldığından dava konusu işlemlerde hukuka uygunluk bulunmadığı (...)*” D. 13. Dairesi, E. 2016/2737, K. 2016/3374, T. 17.11.2016 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr>, E.T.: 25.08.2017).

dışı unsurlar³⁰⁰ bakımından ihale konusu için büyüklüğü ile orantılı bir denetim yapılmalıdır. Aksi durum kimi istekli olabileceklerin ihaleye katılımını engelleyecek ve ihale serbest rekabet ilkesine aykırı yürütülmüş olacaktır³⁰¹.

-Kanun'un 12. maddesinin 3. fıkrasında "*belli bir marka, model, patent, menşei, kaynak veya ürün*" belirtilemeyeceğine ve "*belirli bir marka veya modele yönelik özellik ve tanımlamalara*" yer verilmeyeceğine dair bir düzenleme bulunmaktadır. Bu yasak ile Kanun, idarelerin ihalelerine, Kanun'un izin verdiğinin ötesinde özel çıkarlar doğrultusunda, sadece belli kimselerin katılmasına izin verecek düzenlemeler yapmasının önüne geçmeyi amaçlamıştır³⁰². Zira teknik şartnamede belli bir marka, model, patent, menşei, kaynak veya ürün belirtilmesi, bazı isteklileri tanımlar ve serbest rekabet ilkesini ihlal eder nitelikte olacaktır³⁰³. Marka veya model belirtilmesinin elzem olduğu durumlarda ise bu bilgi ancak "*veya dengi*" ifadesine yer verilmek suretiyle belirtilebilir³⁰⁴ (m. 12/4).

Bu madde ile ilgili ifade edilmesi gereken bir diğer husus ise, idarelerce ya da Kanun hükümlerine göre hazırlatılan idari ve teknik şartnamelerde "*katılımı azaltan nitelikte*" koşullar öngörülmesinin mümkün olmamasıdır³⁰⁵.

³⁰⁰ **ÖZÇAKAR**, Necdet/**YURDAKUL**, Halim, Türk Kamu İhale Kanununda Fiyat ile Birlikte Fiyat Dışı Unsurların da Dikkate Alındığı İhale İçin Tedarikçinin Çoklu Teklif Hazırlama Stratejisi, İstanbul Üniversitesi İşletme Fakültesi Dergisi, C. 43, S. 1, 2014, s. 59.

³⁰¹ Örneğin; toplam 7 personel ile yürütülmesi planlanan bir iş için yapılacak yeterlilik incelemesinde, fiyat dışı unsur olarak istekli firmaların en az 500 personel istihdam etmesi şartının aranması serbest rekabet ilkesine aykırıdır. Bkz. KİK, K.N. 2010/UM.II-2689, T. 03.09.2010, (Aktaran: **ARSLAN**, s. 69).

³⁰² 2886 s. Kanun döneminde rekabeti engelleyici nitelikte şartname hükümleri hakkında bkz. **KUTLU**, s. 215.

³⁰³ 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu Genel Gerekçesi, T.C. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü, 20.11.2001, (www.www.tbmm.gov.tr, E.T.: 17.11.2017); **ARSLAN**, s. 64.

³⁰⁴ Bkz. KİK, K.N. 2014/UH.I-3042, T. 03.09.2014, (Aktaran: **KILIÇ ÇAYLI/KILIÇ**, s. 43).

³⁰⁵ D. 13. Dairesi, E. 2009/7074, K. 2010/2940, T. 06.04.2010, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 25.08.2017). İdari ve teknik şartnamelerde birbirinin muadili olarak sunulabilecek belgelerin ayrı ayrı sunulmasının istenmesi, "*katılımı azaltan nitelikte*" olup, ihalenin iptali sebebi sayılabilir. Bkz. KİK, K.N. 2010/UM.II-2689, T. 03.09.2010; KİK, K.N. 2010/UM.I-2232, T. 26.07.2010, (Aktaran: **ARSLAN**, s. 66). Aynı şekilde ihale dokümanında benzer iş tanımının ihale konusu işle aynı olacak şekilde hazırlanması da ihaleye serbest katılımı engeller nitelikte olup, benzer işin ihale konusu işle benzerlik gösteren işleri de kapsayacak şekilde yapılması gerekmektedir. Bkz. KİK, K.N. 2011/UH.II-1412, T. 25.04.2011, (Aktaran: **ARSLAN**, s. 48). Ancak somut olayın gereklerine göre ihale konusu hizmetin niteliğinde yer verilen bilgiler ile benzer iş tanımının içerik olarak aynı olduğu kimi durumlarda serbest rekabet ilkesi ihlal edilmiş olmaz. Bkz. KİK, K.N. 2008/UH.II-4261, T. 20.10.2008, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 24.11.2017). Hiçbir rasyonel gerekçeye dayanılmaksızın ihaleye katılabilmenin "*belli bir coğrafi bölgede faaliyet gösterme*" şartına bağlanmasının serbest rekabet ilkesine aykırı olacağı hakkında bkz. **ABAD**, *Grupo Hospitalario Quiron SA*, C-552/13, T. 22.10.2015, (Aktaran: **BAFRA**, s. 100). "*Teknik şartnameler şüphesiz, ihalede rekabeti engelleyecek nitelikte düzenlemeler öngörmemeli ve tereddütlü hususlar içermemelidir.*" **ABAD**, *European Commission*, C-368/10, T. 10.05.2012, (Aktaran: **BAFRA**, s. 114). İdari şartnamede yapılan benzer iş tanımında "*ve*" ifadesi kullanılarak birden fazla iş kolunda aynı anda deneyim sahibi olma şartının aranmış olması, eğer ihale konusu iş özellikle iki alanda birden deneyim

-Kanun'un 13. maddesinde getirilen çeşitli ilan zorunlulukları da, idarenin yürüteceği ihale sürecinde istekli olabilecek herkesin ihaleden haberdar olabilmesini ve bu sayede yarışmacı rekabet ortamının sağlanmasını amaçlayan düzenlemelerdir. Ayrıca belirtilmelidir ki, ihale dokümanları, katılımın ve serbest rekabetin artmasını sağlayacak şekilde açık ve anlaşılır olmalıdır. Danıştay'a göre³⁰⁶ *"ihaleye ait ihale dokümanının bir parçası olan nakliyelere ait teklif birim fiyat hesap cetvelindeki düzenlemenin açık, net ve herkes tarafından anlaşılabilir olarak hazırlanmadığı, ihale dokümanının ihalede katılım ve rekabetin artmasını sağlayacak nitelikte olmadığı, bu yüzden ihaleye katılan isteklilerin yarısının hatalı teklif vermesi dolayısıyla değerlendirme dışı bırakıldığı; (...) dikkate alındığında"* bu şekilde yürütülmüş olan bir ihalenin iptalinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

-Kanun'un 17. maddesiyle ihalede gerçekleştirilmesi yasak olan fiil ve davranışlar sayılmıştır. Örneğin; 4734 s. Kanun'un 17. maddesinin d fıkrasında *"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"* yasaklanmıştır. Bu yasak, ihalelerde serbest rekabetin sağlanabilmesini amaçlamaktadır. Zira ihalelerde serbest rekabetin sağlanması, katılımcıların aralarında organik bağ ya da temsil ilişkisinin olmamasını gerektirir³⁰⁷.

-Kanun'un 28. maddesi ihale dokümanlarının bedelsiz olarak görülebileceğine dair düzenleme getirmiş, 29. madde ile ise *"ilân yapıldıktan sonra ihale dokümanında değişiklik yapılmaması"* esası belirtilmiştir. Eğer dokümanlarda değişiklik yapılacaksa idare ya önceki ilânları geçersiz sayarak ihale için yeniden ilân vermeli ya da zeyilname düzenleyerek son teklif verme gününden en az on gün öncesinde bilgi sahibi olmalarını temin edecek şekilde ihale dokümanı alanların tamamına göndermelidir. Bu on günlük süre, zeyilname ile yapılan değişikliklere göre tekliflerin revize edilmesini mümkün kılmaktadır. İdarece düzenlenen

sahibi olunmasını gerektirmiyorsa, kimi firmaların ihaleye katılımını kısıtlayıcı niteliktedir ve serbest rekabet ilkesine aykırılık oluşturur. Bkz. KİK, K.N. 2008/UH.I-4440, T. 27.10.2008, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 24.11.2017).

³⁰⁶ D. 13. Dairesi, E. 2009/774, K. 2012/1947, T. 28.06.2012, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 22.09.2017).

³⁰⁷ D. 13. Dairesi, E. 2009/5621, K. 2010/3534, T. 26.04.2010, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 12.11.2017). İhalelerde birden fazla teklif sunma yasağı hakkında detaylı bilgi için bkz. **BAFRA**, Erdem, Danıştay Kararları Işığında 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu Açısından Ticaret Şirketlerinin Rekabeti Engelleyici Davranışları İle İhalelere Birden Fazla Teklif Sunmaları, KHO Bilim Dergisi, C. 24, S. 1, 2014.

zeyilnamenin ihale dokümanı alanlara ihale tarihinden en az on gün önce teslim edilme şartının gözetilmediği durumlarda ihale, serbest rekabet ilkesine aykırı yürütülmüş olur³⁰⁸.

Serbest rekabet ilkesinin temel amacı, ihaleye en fazla sayıda katılımın sağlanması ve serbest bir teklif yarışının gerçekleştirilmesi olup nihayetinde idarenin optimum teklifleri almasını sağlamaktır. Bu bakımdan serbest rekabet ilkesi idareyi her zaman en düşük fiyatı kabul etmeye zorlayan bir ilke değildir. Bu bakımdan idare, kendisine verilen teklifleri, yaklaşık maliyeti temel alarak takdir etmek ve 4734 s. Kanun'un 38. maddesi uyarınca aşırı düşük teklifleri elimine etmek durumundadır³⁰⁹. Nitekim Rekabet Kurulu da vermiş olduğu bir kararında³¹⁰ "4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 5. maddesinde de rekabet ilkesi yer almaktadır. Bu nedenle, rekabetin korunması en az diğer mal veya hizmet piyasalarında olduğu kadar kamu ihalelerinde de önemlidir. Kamu alımlarında rekabetçi açıdan etkin bir alım mekanizması iyi düzenlenmiş bir ihale sistemiyle sağlanabilir. Kaynakların onları en iyi değerleyecek olanlara dağıtımını sağlamak açısından iyi tasarlanmış bir ihale mekanizması en tercih edilen yöntemdir. Ancak ihalelerin amacı yalnızca düzenleyene yüksek gelir getirmesi değil, bunun yanı sıra; - Mevcut kaynakların optimum etkinlikte dağılımını, - Hizmetin sunumunda etkili ve sürdürülebilir rekabeti, - Devlet, yatırımcı ve tüketici için ekonomik değeri tam anlamıyla tesis edecek bir piyasa yapısını sağlamaktır" diyerek bu hususa dikkat çekmiştir.

Kamu alımları için idarelerce izlenecek usul ve esaslar 4734 s. Kamu İhale Kanunu ile düzenlenmektedir. Konunun rekabet hukuku boyutunu ise 4054 s. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve kararları yasaklayan 4. maddesi oluşturmaktadır. Bu noktada açıklanması gereken husus, 4054 s. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümlerinin kamu ihaleleri söz konusu olduğunda uygulanabilir olup olmadığıdır. Rekabet Kurulu'na

³⁰⁸ KİK, K.N. 2008/UH.Z-3002, T. 15.07.2008, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 24.11.2017).

³⁰⁹ İhale konusu şeyin maddi değerinin ötesinde ayırt edici bir özelliğinin olmadığı (örneğin; hizmetin kalitesi, malzemenin raf ömrü gibi) durumlarda idarenin en düşük fiyatı teklif eden üzerinde ihaleyi bırakabileceği; fakat aksi durumlarda idarenin, sadece teklif edilen fiyata göre değil, bunun yanında işin özelliği gereği tüm şartlara göre karar vermesi gerektiği hakkında bkz. **AKGÜNER/BERK**, s. 1180. Bu durum UNCITRAL Model Kanunu'nda "lowest evaluated tender", AB Kamu Alımları Direktiflerinde "most economically advantageous tender" ve DTÖ Belgelerinde "most advantageous tender" şeklinde ifade edilmektedir. Bkz. **ARROWSMITH/TREUMER/FEJO/JIANG**, s. 86. Mevzuatımızda ise 2886 s. Kanun "uygun bedel" (m. 4) kavramını, 4734 s. Kanun ise "ekonomik açıdan en avantajlı teklif" (m. 40) kavramını tercih etmiştir.

³¹⁰ RK, Dosya S. 2010-3-213, Karar S. 10-78/1625-625, T. 16.12.2010, (http://www.rekabet.gov.tr, E.T.: 25.08.2017).

göre³¹¹ “rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan her türlü anlaşma 4054 s. Kanun’un 4. maddesi uyarınca yasaklanmaktadır. İhalelere katılan firmalar arasında ihale sürecinde bu yönde yapılan anlaşmalarla ilgili olarak ise Kanun’da herhangi bir istisna bulunmamaktadır.” Şu halde Rekabet Kurulu’na göre, Kamu İhale Kanunu ve Devlet İhale Kanunu ile beraber 4054 s. Kanun birbirine paralel ve tamamlayıcı nitelikte hükümler içermektedir.

4054 s. Kanun’un 4. maddesi “rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri” yasaklamaktadır. İdarelere sunulan teklifler 4054 s. Kanun’un 4. maddesi çerçevesinde değerlendirildiğinde, “söz konusu tekliflerin de **rekabetçi bir yapıda olması ve teşebbüslerce birbirlerinden bağımsız bir şekilde hazırlanması** beklenmektedir.”³¹²

Rekabet Kurulu’na göre kamu ihale sürecinde en sık görülen danışıklı hareketler şunlardır³¹³:

- Teşebbüslerin, ihaleyi kazanması öngörülen teşebbüs için yan teklif sunmaları: aralarında anlaşan teşebbüsler, kazanmasını istedikleri teşebbüsten bilerek daha yüksek teklif sunup, ihaleyi hedef teşebbüsün almasını sağlayabilirler.

- İhale kalemlerinin ya da ihale bölgelerinin paylaşımı: bu durumda, anlaşan teşebbüsler her bir kalem için ya da bölge için istedikleri teşebbüsün kazanacağı teklifleri verirler ya da hiç teklif vermezler.

- Kazanan teklif sahibinin teklifini geri çekerek ikinci teklif sahibinin ihaleyi kazanması: bu durumda ihaleye katılan tüm teşebbüslerin anlaşması danışıklı hareketin başarıya ulaşması için gerekmemektedir. Zira iki teşebbüsün anlaşmalı olması ve bu

³¹¹ Kurul’a göre kamu ihale düzeninde Kamu İhale Kanunu ve Devlet İhale Kanunu aracılığıyla getirilen düzenlemeler rekabeti sağlayıcı (*ex ante*) nitelikte olup, 4054 s. Kanun’da bulunan hükümler ise rekabetin korunmasına ilişkin (*ex post*) düzenlemeler içermektedir. Bkz. RK, Dosya S. 2002-3-25, Karar S. 06-36/464-126, T. 26.05.2006, (<http://www.rekabet.gov.tr>, E.T.: 19.09.2017). Kurul daha önceki dönemlerde ise tam tersi yönde kararlar vererek 4054 s. Kanun’un kamu alımlarını kapsamadığı ve bu kanun hükümlerince herhangi bir işlem yapılamayacağına hükmetmekteydi. Bu konuda bkz. **UZ**, s. 50 vd.; **TAN**, s. 328.

³¹² RK, Dosya S. 2011-2-357, Karar S. 11-45/1035-355, T. 17.08.2011, (<http://www.rekabet.gov.tr>, E.T.: 25.08.2017).

³¹³ RK, Dosya S. 2010-2-201, Karar S. 11-52/1343-474, T. 13.10.2011, (<http://www.rekabet.gov.tr>, E.T.: 25.08.2017).

teşebbüslerin ilk iki sırada teklif sunmaları ya da ihale bitimine kadar anlaşmamış olan teşebbüslerden ilk iki sırada teklif sunanların sonradan anlaşmaları ihaleden beklenen faydaların elde edilememesine sebep olabilmektedir.

- Teşebbüslerin ihalelerde muhtelif teklifler sunmak suretiyle “*sınır değer*in” üstünde kalabilmeye yönelik davranışları.

Aynı şekilde 4054 s. Kanun’un 7. maddesi de ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal ya da hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak nitelikteki tüm sözleşmelerin akdedilmesini, Rekabet Kurulu’nun iznine bağlamıştır. Böyle durumlarda Kurul’un izni olmadan sözleşmenin akdedilmesi mümkün gözükmemektedir³¹⁴.

Rekabeti bozucu ve yasak davranışların kamu ihale sürecinde engellenebilmesi, süreç sonuçlanmadan dahi müdahale edebilecek etkin bir idari denetim mekanizmasının kurulması ve işletilmesiyle mümkündür³¹⁵. Rekabet Kurulu kararında da belirtildiği gibi Kamu İhale Kanunu ve Devlet İhale Kanunu ile beraber 4054 s. Kanun birbirine paralel ve tamamlayıcı nitelikte hükümler içermektedir. Bu bakımdan serbest rekabet ilkesine aykırı nitelikte ve 4734 s. Kanun’un 17. maddesine aykırı bir fiil veya davranışta bulunan kimse, 4734 s. Kanun’un 58. maddesi kapsamında ihalelere katılmaktan yasaklanırken, aynı zamanda 4054 s. Kanun 16. ve 17. maddeleri uyarınca Rekabet Kurulu tarafından idari para cezasına çarptırılacaktır. Başka bir deyişle hukukumuzda ihaleler özelinde denetim görevini Kamu İhale Kurumu ve Rekabet Kurumu, kendi yetki alanları özelinde, üstlenmiş durumdadır³¹⁶.

3. Eşit Muamele İlkesi (*Equal Treatment*)

Hukukun genel ilkelerinden birisi olarak karşımıza çıkan³¹⁷ eşitlik ilkesi, hukukumuzda temel olarak Anayasa’nın “*kanun önünde eşitlik*” kenar başlıklı 10. maddesinde

³¹⁴ Bu konuya ilişkin Rekabet Kurulu’nun vermiş olduğu 16.10.1998 tarih ve 87/693 sayılı kararı için bkz. **GÖZLER/KAPLAN**, s. 487.

³¹⁵ RK, Dosya S. 2010-3-213, Karar S. 10-78/1625-625, T. 16.12.2010, (<http://www.rekabet.gov.tr>, E.T.: 25.08.2017).

³¹⁶ Kamu İhale Hukuku alanında esas yetkili bağımsız idari otoritenin Kamu İhale Kurumu olduğu, Kamu İhale Kanunu’nda açık bir atıf olmadığı sürece Rekabet Kurulu’nun ihaleler ile ilgili karar almasının tartışmaya açık olduğu hakkında bkz. **ASLAN**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku Dersleri, Ekin Yayınevi, 4. Baskı, Bursa, 2014, s. 114.

³¹⁷ **KUTLU**, s. 178; Fransız Anayasa Mahkemesi’nin eşitlik ilkesini, 16 Temmuz 1971 tarihli kararından itibaren “*anayasallık bloku*” içerisinde değerlendirerek bu ilkeyi hukukun genel ilkesi olarak kabul ettiği konusunda bkz.

düzenlenmiştir³¹⁸. Anayasa'nın 11. maddesinde bulunan “*Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır*” hükmü esas alındığında, idarenin tesis edeceği tüm işlemlerde ve bunların yargısal denetiminde eşitlik ilkesinin göz önünde bulundurulması Anayasa'dan kaynaklanan bir zorunluluktur³¹⁹.

Eşitlik ilkesinin Kamu İhale Hukuku'nda görünümü ise “*eşit muamele ilkesi*”dir³²⁰. 4734 s. Kanun, 5. maddesinde “*idareler, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde (...) eşit muameleyi (...) sağlamakla sorumludur*” hükmünü içermektedir. Buna göre idareler, ihale sürecindeki tüm işlemlerinde istekliler arasında bir ayırım gözetmeme, verilen tekliflerle ilgili olarak tarafsız ve nesnel verilere dayalı bir değerlendirme yapma sorumluluğu altındadır

Kamu ihalelerinde eşit muamele ilkesi, diğer tüm ilkelerle birlikte kamu kaynaklarının verimli kullanılması, yüksek kalite mal ya da hizmetin en uygun fiyata alınması ve yolsuzluğun önlenmesi amacını hedeflemektedir. Eşit muamele ilkesinin iki yönü bulunmaktadırlar: Bir yandan idare, isteklilere karşı eşit mesafede davranmak zorunda³²¹ olup ihale sürecini kimi istekliler lehine manipüle edemezken; diğer taraftan da eşit muamele, ihale sürecine olan güveni artıracığından, ekonomik gücü yüksek ve başarılı firmaların da rahatça ihale sürecine dâhil olmasını ve bu sayede ideal tekliflerin elde edilmesini sağlayacaktır³²². Bu bakımdan; ihale sürecinde benzer hukuki problemlere sahip tekliflerden sadece bir kısmının değerlendirme dışı bırakılması, ihale dokümanlarının kimi istekli olabileceklere hukuki gerekçe olmaksızın verilmemesi³²³, gerekli ilanlar yapılmaksızın ihalenin yarı-kamusal bir şirkete verilmesi³²⁴, benzer eksikliklere sahip teklif sahiplerinden sadece bir kısmına eksiklikleri tamamlama imkânının tanınması, aşırı düşük teklif verilmesi durumunda açıklama

ROBERT, Jacques, Le Principe d'Égalité dans le Droit Constitutionnel Francophone, Cahier n. 3 du Conseil, 1997, (<http://www.conseil-constitutionnel.fr>, E.T.: 19.09.2017). İlgili karar için bkz. CC, Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, (<http://www.conseil-constitutionnel.fr>, E.T.: 19.09.2017).

³¹⁸ **GÜNDAY**, s. 202; **TAŞDELEN**, Kamu Harcamaları, s. 56.

³¹⁹ Eşitlik ilkesi hakkında detaylı bilgi için bkz. **ÖDEN**, Merih, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 121 vd.

³²⁰ **TAŞDELEN**, Kamu Harcamaları, s. 56.

³²¹ **İNAN**, s. 63.

³²² **ARROWSMITH/TREUMER/FEJO/JIANG**, s. 12.

³²³ D. 13. Dairesi, E. 2015/2762, K. 2015/3166, T. 16.09.2015, (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr>, E.T.: 19.09.2017).

³²⁴ **ABAD**, *Siemens AG Österreich*, C-314/01, T. 18.03.2014, (Aktaran: **BAFRA**, s. 121).

istenirken belli tekliflerin kayırılması³²⁵, belgelerin teslimi ile ilgili süreleri farklı belirlenmesi gibi durumlar eşit muamele ilkesine aykırılık oluşturacaktır³²⁶.

Avrupa Birliği düzenlemeleri açısından bakıldığında eşit muamele ilkesi, Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından ortaya konularak geliştirilmiş ilkelerden birisi olarak karşımıza çıkar³²⁷. Kamu İhale Hukuku kapsamında bu ilke Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından şu şekilde tanımlanmıştır³²⁸: “*eşit muamele ilkesi, aksi yöndeki uygulamanın objektif gerekçelere dayandırıldığı durumlar hariç olmak üzere, benzer durumda olanlara karşı ayrımcı muamele yapılmamasını, farklı durumlara da benzer muamele yapılmamasını ifade eder.*” Divan’ın kararlarında ortaya koyduğu ölçütlere göre eşit muamele ilkesine aykırı uygulamaların hukuken kabul edilebilmesi için idare, söz konusu uygulamanın üstün kamu yararı amacıyla yapıldığını ve ölçülülük ilkesini ihlal etmediğini ispat etmelidir³²⁹.

Eşit muamele ilkesi ile ilgili Avrupa Birliği Adalet Divanı kararlarına konu olmuş kimi temel unsurlar şu şekilde belirtilebilir: Eşit muamele ilkesi, saydamlık ilkesi ile beraber, idarenin ayrımcılık yapmasının ve keyfi kararlar almasının önüne geçmeyi amaçlar³³⁰; yürütülecek bir ihalede idarenin ilana çıkmaksızın ihaleyi bir yarı kamusal şirkete vermesi durumu serbest rekabet ve eşit muamele ilkelerini ihlal eder niteliktedir³³¹; idarenin aşırı düşük teklifler bakımından açıklama isteme yetkisi keyfi kullanımlara izin vermemekte olup

³²⁵ İdarenin aşırı düşük teklifler karşısında isteklilerden açıklama istemesi durumunda, tam olarak hangi hususlara ilişkin ve ne gerekçeyle açıklama istenildiğinin belirtilmesi gerekmektedir. Bkz. “(...) eşit muamele ilkesi yönünden yapılan değerlendirmeye göre öncelikle idarece açıklama istenilecek/istenilmeyecek analiz girdilerinin belirlenerek aşırı düşük teklif sorgulamasının tekrar yapılması gerektiği sonucuna varılmıştır.” KİK, K.N. 2016/UY.I-2600, T. 19.10.2016, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 19.09.2017). Ayrıca belirtilmelidir ki, aşırı düşük teklif **vermemiş** olan isteklilerden, doğal olarak, açıklama istenmemiş olması, açıklama istenen istekliler açısından eşit muamele ilkesinin ihlali olarak görülemez. Bkz. KİK, K.N. 2017/UH.U-2129, T. 02.08.2017, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 19.09.2017).

³²⁶ **GÖK**, s. 17.

³²⁷ **SIGMA**, Brief 1, Public Procurement in the EU: Legislative Framework, Basic Principles and Institutions, January 2011, s. 2, (http://www.sigmaweb.org, E.T.: 19.09.2017). Avrupa Birliği Adalet Divanı, eşik değerini altında kaldığı için AB direktiflerinin kapsamı dışında kalan ihalelerde dahi, eşit muamele ve saydamlık ilkelerinin uygulanmak zorunda olduğunu belirtmiştir. Bkz. ABAD, *Venizelio-Panania*, C-6/05, 2007, (Aktaran: **BAFRA**, s. 30).

³²⁸ Örnek olarak bkz. ABAD, *Swedish Match*, C-210/03, 2004, para. 70; ABAD, *Fabricom*, C-21/03 ve C-34/03, 2005, para. 27; ABAD, *Arnold André* C-434/02, 2004, para. 68.

³²⁹ **CLIENT EARTH**, Identifying Opportunities for Sustainable Public Procurement Briefing Series, Briefing No. 3: The Guiding Principles of Public Procurement; Transparency, Equal Treatment and Proportionality, October 2011, s. 3 vd.

³³⁰ ABAD, *Nordecon AS, Ramboll Eesti AS*, C-561/12, T. 5.12.2013, (Aktaran: **BAFRA**, s. 37).

³³¹ ABAD, *Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH*, C-26/03, T. 11.01.2005 (Aktaran: **BAFRA**, s. 44).

idareler açıklama isterken benzer teklif veren istekliler arasında ayırım yapamazlar³³²; idare tüm isteklilere tekliflerini sunarken eşit olanak tanınmalı ve sonuç olarak tüm yarışmacıların tekliflerinin aynı koşullara tabi tutulmalıdır³³³; idareler teknik şartnamede kullanılacak olan malzeme açısından yerli malı ürünler lehine bir kısıtlama getirmek suretiyle ayrımcılık yapamazlar³³⁴.

Türk Hukukunda ise yasa koyucunun kimi isteklilere yönelik olan ve “*ayırıcı*” sayılabilecek bazı düzenlemeler getirildiği görülmektedir³³⁵. Böyle bir durumda idarenin, kanun maddesinin kendisine vermiş olduğu yetkiyi kullanarak bazı istekliler lehine kararlar alması, kural olarak, eşit muamele ilkesine aykırılık olarak değerlendirilmeyecektir³³⁶. Bu duruma örnek olarak 4734 s. Kanun’un 63. maddesi verilebilir³³⁷. İlgili maddeye göre;

-Yaklaşık maliyeti eşik değerin altında kalan ihalelerde sadece yerli isteklilerin katılabileceğine ilişkin düzenleme yapılabilir (4734 s. Kanun m. 63/a).

-Hizmet alımı ve yapım işi ihalelerinde yerli istekliler lehine % 15 oranına kadar fiyat avantajı sağlanabilir (4734 s. Kanun m. 63/b).

-Mal alımı ihalelerinde yerli malı teklif eden istekliler lehine, %15 oranına kadar fiyat avantajı sağlanabilir (4734 s. Kanun m. 63/c).

-Yapım işlerinde kullanılacak makine, malzeme ve ekipman ile yazılımın tamamının veya belli bir kısmının yerli malı olması şartı getirilebilir (4734 s. Kanun m. 63/d).

Görüldüğü üzere, ilgili madde düzenlemesine göre kimi durumlarda idare, ihaleye sadece yerli isteklilerin katılmasına izin verilebilirken, kimi durumlarda da yerli istekliler lehine fiyat avantajı sağlanması söz konusu olmaktadır. Anayasa’nın 16. maddesi de göz

³³² ABAD, *SAG ELV Slovensko a.s.*, C-599/10, T. 29.03.2012, (Aktaran: **BAFRA**, s. 71). Kamu İhale Kurumu da vermiş olduğu bir kararında, idarece aşırı düşük teklifler ile ilgili açıklama istenmesi halinde tüm isteklilerden aynı tarihte açıklama istenmesinin eşit muamele ilkesine daha uygun olduğunu belirtmiştir. KİK, K.N. 2014/UH.III-3173, T. 17.09.2014, (Aktaran: **ÖZKAN**, s. 245).

³³³ ABAD, *MT Hojgaard A/S, Züblin A/S*, C- 396/14, T. 24.05.2016, (Aktaran: **BAFRA**, s. 73).

³³⁴ Diyan’ın bu konuda vermiş olduğu “*Dundalk*” kararı için bkz. **ALYANAK**, s. 76.

³³⁵ **GÜNDAY**, s. 203.

³³⁶ “*Eşit muamele ilkesi*”nin, tüm isteklilere ilişkin olarak sınırsız bir eşitlik anlamına gelmediği hakkında bkz. **ARROWSMITH/TREUMER/FEJO/JIANG**, s. 13.

³³⁷ 4734 s. Kanun’un 63. maddesinin, eşit muamele ilkesinin istisnası olduğu hakkında bkz. **GÖZLER/KAPLAN**, s. 477.

önünde bulundurulduğunda bu nitelikte bir kanuni düzenleme ile yerli istekliler lehine düzenlemeler getirilmiş olması Anayasa'ya aykırı sayılmamaktadır³³⁸.

4734 s. Kanun'un 56. maddesi ise Kamu İhale Kurumu'nun, kendisine yapılan başvuruları incelerken “*başvuru sahibinin iddiaları ile idarenin şikâyet üzerine aldığı kararda belirlenen hususlar ve itiraz edilen işlemler bakımından eşit muamele ilkesinin ihlal edilip edilmediği*” hususlarına dikkat edeceğini belirtmektedir. Bu denetimin nasıl olacağı ise İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin³³⁹ 18. maddesinin 2. fıkrasında şu şekilde açıklanmıştır³⁴⁰: “*Eşit muamele ilkesi yönünden yapılacak incelemede; dayanağı bakımından, itiraz edilen işlemin diğer aday veya isteklilere ilişkin olarak da Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun şekilde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğine bakılır.*”

Son olarak belirtmelidir ki, eşit muamele ilkesinin ihlaline neden olan eylem aynı zamanda Türk Ceza Kanunu'nun 235. maddesinde bulunan seçimlik hareketlerden birisini oluşturmakta ise, “*ihaleye fesat karıştırma*” suçu da işlenmiş olacaktır³⁴¹.

³³⁸ KUTLU, s. 179. Ancak belirtmelidir ki, böyle bir düzenleme Avrupa Birliği üyesi bir ülke tarafından rahatça uygulamaya konulamayacaktır. Avrupa Birliği Kamu İhale Hukukunu düzenleyen temel metinler ve Avrupa Birliği Adalet Divanı'nca ortaya konulan içtihatlar doğrultusunda üye devletler, yapacakları ihalelere katılım açısından Birlik üyesi diğer devlet tabiiyetinde bulunan kişilerin de ihale sürecine katılımını sağlamakla yükümlüdür. Bkz. SIGMA, Brief 1, s. 5; CLIENT EARTH, s. 4. Türkiye'deki kamu ihalelerine AB şirketlerinin de serbestçe katılabilmesine yönelik düzenleme yapılmamış olması, AB ilerleme raporlarında da eleştirilen bir husustur. 2001-2012 yılları arası hazırlanan ilerleme raporlarının kamu ihale hukuku açısından analizi için bkz. AKDOĞAN, İlerleme Raporları Işığında, s. 695-698. 2017 yılı itibarıyla Türkiye'de 4734 s. Kanun kapsamında yürütülen ihalelerde sözleşme %99,28 oranında yerli yüklenicilerle yapılmış olup AB uyruklu yüklenicilerin oranı %0,41'dir. Bkz. Kamu Alımları Kamu İhale Kurumu Kurumsal Gelişim ve Araştırma Dairesi Başkanlığı, Kamu Alımları İzleme Raporu- 2017, Ankara, Şubat 2018, s. 11. ABAD ise bir kararında, ihale dokümanında da yabancı isteklilerin teklif vermesini engelleyici nitelikte şartlar konulamayacağına hükmetmiştir. Bkz. ABAD, *Commission of the European Communities*, C-243/89, T. 22.06.1993, (Aktaran: BAFRA, s. 97).

³³⁹ RG, S. 27099, T. 03.01.2009. 2007 tarihli yönetmelik yerine çıkarılan bu yönetmelik sayesinde Kanun-Yönetmelik arası uyumun sağlanarak mevzuatta yaşanan hüküm çatışmalarının belli oranda giderildiği hakkında bkz. YILMAZ, s. 50, dn. 175.

³⁴⁰ Örneğin; ihaleye katılan bir şirketin iş deneyim belgesinin mevzuata uygun olmadığı gerekçesiyle teklifinin değerlendirme dışı bırakılması üzerine şirket tarafından iş deneyim belgelerinin usulüne uygun düzenlendiği iddiasıyla şikâyet ve itirazın şikâyet başvurusu yapılması halinde Danıştay'a göre “*salt davacı şirketin iş deneyim belgesinin incelenmesi suretiyle*” karar verilmesi hukuka aykırıdır. D. 13. Dairesi, E. 2016/3307, K. 2016/4312, T. 22.12.2016, (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr>, E.T.: 19.09.2017).

³⁴¹ ÖZKAN, s. 247; ASLAN, s. 114. Eşitlik ilkesini ihlal eden her tür davranış Türk Ceza Kanunu kapsamında bu suçu oluşturmayacaktır. Zira ceza hukukunda hilenin varlığını kabul etmek için basit bir yalan yetmez, bazı hileli davranışlar ve mizansen gereklidir. İhaleye fesat karıştırma suçu hakkında detaylı bilgi için bkz. ALTIPARMAK, Cüneyd, Türk Ceza Kanunu'nda İhaleye İlişkin Suçlar, Seçkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 2014, s. 69 vd.

4. Güvenirlik İlkesi (*Integrity*)

İdare hukukuna hâkim olan ilkelerden “*idareye güven*” ilkesi³⁴², Kamu İhale Hukuku alanına “*güvenirlik*” ilkesi olarak yansımaktadır³⁴³. 4734 s. Kanun’un 5. maddesi “*idareler, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde (...)güvenirliği (...) sağlamakla sorumludur*” hükmünü içermektedir.

Güvenirlik ilkesi, idarenin ihale sürecinde ve sonrasında tesis ettiği işlemlerin hukuka uygun olduğuna dair isteklilere, istekli olabileceklere ve kamuya³⁴⁴ yönelik oluşturacağı güven duygusunu ifade eder³⁴⁵. Bu bakımdan güven derecesi yüksek olan istekli, bir korkuya kapılmaksızın açılacak ihalelere katılır ve bu sayede serbest rekabet ilkesi de garanti altına alınmış olur. Bu güveni sağlamanın yolu da idarenin ihale sürecini başta ihale hukukuna hâkim olan diğer ilkelere ve mevzuat hükümlerine uygun olarak yürütmesinden, ihale sürecinde üzerine düşen görevleri gerektiği gibi yapmasından³⁴⁶, rüşvet ve yolsuzluk gibi etik olmayan davranışlardan uzak durmasından geçmektedir³⁴⁷.

Belirtilmelidir ki güvenilirlik ilkesi iki taraflı bir olgudur. Bu ilke bir yandan ihaleye katılarak teklif verenlerin idareye duydukları güveni ifade ederken³⁴⁸, diğer yandan da idarenin teklif veren isteklilere hukuka ve rekabet kurallarına uygun şekilde yarışacaklarına dair güveni ifade eder³⁴⁹. Karşılıklı hukuki güvenin olduğu durumlarda serbest rekabet ortamı

³⁴² D. 10. Dairesi, E. 2008/11336, K. 2012/1405, T. 11.04.2012, (<http://www.kazanci.com.tr>, E.T.: 20.09.2017).

³⁴³ D. 13. Dairesi, E. 2008/678, K. 2011/3674, T. 13.09.2011, (<http://www.kazanci.com.tr>, E.T.: 22.09.2017).

³⁴⁴ **UZ**, s. 60.

³⁴⁵ **GÖK**, s. 17; **ÖZKAN**, s. 248; **ARSLAN**, s. 72; **İNAN**, s. 63; **TAŞDELEN**, Kamu Harcamaları, s. 58; **GÖZLER/KAPLAN**, s. 477.

³⁴⁶ Örneğin; teklif edilen cihaza ilişkin yapılan demonstrasyon sonucunda birbiriyle çelişen ve tereddüt doğuran iki farklı tutanağın düzenlenmiş olması, ihale sürecinde güvenilirlik ilkesinin ihlali sonucunu doğurur. KİK, K.N. 2016/UM.II-2042, T. 10.08.2016, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 20.09.2017). İhaleye katılan firmaca ihale komisyonu başkanlığına hitaben verilmiş olan dilekçe ile kimi belgelerin talep edilmesi karşısında idarenin en kısa sürede cevap vermesi gerekmekte olup, ihale sonuçlandıktan ve kesinleşen ihale kararı bildirildikten sonra cevap verilmesi güvenilirlik ilkesine aykırıdır. Bkz. D. 13. Dairesi, E. 2008/6346, K. 2011/5523, T. 02.12.2011, (Aktaran: **ÖZKAN**, s. 252, dn. 746). Tekliflerin açılması sırasında 15 dakika arayla iki farklı “zarf açma ve belge kontrol” tutanağının hazırlanması ve bu tutanakların içeriklerinde çelişme olması halinde güvenilirlik ilkesi ihlal edildiği için ihalenin iptali gerekir. Bkz. Ankara 14. İdare Mahkemesi, E. 2012/243, T. 16.07.2012, (Aktaran: **SEZGİNER**, İdarenin Sözleşmeleri, s. 809).

³⁴⁷ **GÖK**, s. 17; **UZ**, s. 60; **ÖZKAN**, s. 248; **OECD**, Principles for Integrity in Public Procurement, 2009, s. 18 vd.; **ARROWSMITH/TREUMER/FEJO/JIANG**, s. 8 vd.

³⁴⁸ Bu bakımdan idare, ihale görevlilerinin yasak fiil ve davranışlarda bulunmasını engellemelidir. Örneğin; ihalenin, hazırlık sürecinde görev alan ve ihale sonuçlanmadan emekli olan personelin eşi bakımından ilişkili olduğu şirket üzerinde bırakılması güvenilirlik ilkesini zedeleyici niteliktedir. D. 10. Dairesi, 2009/2024, K. 2011/5321, T. 25.11.2011, (Aktaran: **ÖZKAN**, s. 250, dn. 741).

³⁴⁹ **ÖZKAN**, s. 251; **TAŞDELEN**, Kamu Harcamaları, s. 58.

doğmakta ve saydamlık sağlanmakta ve böylece yaşanabilecek olumsuzlukların (*yolsuzluk gibi*) önüne geçilmektedir³⁵⁰. Görüldüğü üzere güvenilirlik ilkesinin gerçekleşme aracı olan saydamlığın ve serbest rekabetin sağlanması ilkeleri, aynı zamanda bu ilkenin bir sonucudur. Bu bakımdan ihale hukukuna hâkim olan ilkelerin birbiriyle sıkı ve döngüsel bir ilişki içinde olduğu ifade edilebilir.

4734 s. Kanun'un 29. maddesi ilan yapıldıktan sonra ihale dokümanında değişiklik yapılmasını yasaklamakta, eğer değişiklik yapılması gerekiyorsa bunu gerektiren sebep ve zorunluluklar bir tutanakla tespit edilerek önceki ilânlar geçersiz sayılır ve iş yeniden aynı şekil de ilân olunur. Aynı kanunun 36. maddesi ise ihale saatine kadar verilen tekliflerin sayısının, ihale saatinde bir tutanakla tespit edilerek huzurda bulunanlara duyurulacağını ve derhal ihaleye başlanacağı ifade edilmiştir. Bu hükümlerle yasa koyucu, ilana güvenerek başvuruda bulunan adayların ilan aracılığıyla idareye duydukları güveni koruma aldığı gibi ihaleye verilen tekliflerin saptanmasının huzurda yapılması usulü ile saydamlığı sağlayarak güvenilirlik ilkesini güçlendirmiştir³⁵¹.

5. Gizlilik İlkesi (*Confidentiality*)

Kamu ihalelerine hâkim olan temel ilke “*saydamlık*” ilkesi olup³⁵², gizlilik ilkesi temelde, ihale sürecinin hukuka uygun biçimde yürütülmesi, saydamlık ve serbest rekabet ortamının sağlanması amacı ve ölçüsünde uygulama alanı bulmaktadır³⁵³. Ayrıca belirtmelidir ki gizlilik ilkesi ihale sürecinde etkin olan bir ilke olup, ihale süreci tamamlandıktan sonra ilgililerce yapılacak başvurular 4982 s. Bilgi Edinme Hakkı Kanunu hükümlerine göre değerlendirmeye alınmalıdır³⁵⁴.

4734 s. Kanun'da ihale sürecinde gizliliğin sağlanmasına dönük düzenlemeler şöyle özetlenebilir:

³⁵⁰ UZ, s. 60.

³⁵¹ ÖZKAN, s. 248; ARSLAN, s. 78.

³⁵² ÖZKAN, s. 255, dn. 751; GÖZLER/KAPLAN, s. 478.

³⁵³ GÖK, s. 17; ARSLAN, s. 73; İNAN, s. 64; TAŞDELEN, Kamu Harcamaları, s. 59. “4734 s. Kanun'un temel ilkelerine bakıldığında, idarelerin ihalelerde saydamlığı sağlamakla yükümlü olduğu gibi, aynı şekilde gizlilik ilkesinin gereklerini de yerine getirmekle yükümlü olduğu görülmektedir.” KİK, K.N. 2016/UH.III-3014, T. 07.12.2016, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 21.09.2017).

³⁵⁴ Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun kamu ihaleleri özelinde uygulaması için bkz. ARSLAN, s. 78 vd.

-Kanun'un 9. maddesi "*yaklaşık maliyete ihale ve ön yeterlik ilânlarında yer verilmez, isteklilere veya ihale süreci ile resmî ilişkisi olmayan diğer kişilere açıklanmaz*" hükmünü içermektedir. İdarenin ihale için öngördüğü ortalama değeri ifade eden yaklaşık maliyetin gizliliğinin esas olmasındaki temel amaç; bu bilgiden yoksun olan isteklilerin verecekleri teklifleri, yaklaşık maliyete göre değil kendi kapasite ve piyasa ekonomisine göre vermesini ve bu sayede idarenin en iyi teklifleri almasını sağlamaktır³⁵⁵. Danıştay'a göre ihaleye verilen teklif ile idarenin saptamış olduğu yaklaşık maliyetin küsuratlarına kadar aynı olması halinde, gizlilik ilkesinin ihlal edildiği görüşündedir³⁵⁶. Bu durumda gizliliğin ihlal edildiği bir karine olarak kabul edilmektedir.

-Kanun'un 53. maddesinin (e) fıkrasının 4. bendi "*(Kamu İhale) Kurul üyeleri ile Kurum personeli görevlerini yerine getirmeleri sırasında ilgililere ve üçüncü kişilere ait edindikleri gizli kalması gereken bilgi ve belgeleri, bu konuda kanunen yetkili kılınan mercilerden başkasına açıklayamazlar, kendilerinin veya üçüncü şahısların yararına kullanamazlar. Bu yükümlülük görevden ayrılmalarından sonra da devam eder*" hükmünü içermektedir.

-Kanun'un 61. maddesi ise ihale süreci ile ilgili gizli kalması gereken tüm belgelerin görevli ve danışmanlık hizmeti sunanlarca ifşasını, kendi ya da üçüncü kişi lehine kullanılmasını yasaklamıştır³⁵⁷. Aynı şekilde Kanun'un 65. maddesinde de başvuru belgelerinin gizliliğinin sağlanmasının esas olduğu belirtilmiştir.

³⁵⁵ Kamu İhale Kurumu da yaklaşık maliyetin ihale sonuçlanana kadar gizli kalmasındaki temel amacın teklif fiyatlarının yaklaşık maliyete göre değil, ihale dokümanındaki bilgiler ve isteklilerin kendi ticari durumlarına göre verilmesinin sağlanması olduğunu ifade etmektedir. Bkz. KİK, K.N. 2014/UH.I-338, T. 16.01.2014, (Aktaran: **ÖZKAN**, s. 253, dn. 747).

³⁵⁶ D. 13. Dairesi, E. 2007/11330, K. 2009/10179, T: 20.11.2009, (Aktaran: **ÖZKAN**, s. 256, dn. 753). Kamu İhale Kurulu da yaklaşık maliyetin bilindiğinin anlaşıldığı durumlarda gizlilik ilkesinin ihlal edildiğini kabul etmektedir. KİK, K.N. 2016/UH.II-2860, T. 23.11.2016, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 21.09.2017).

³⁵⁷ 5237 s. Türk Ceza Kanunu'nun 235. maddesi "ihaleye fesat karıştırma suçu"nu düzenlemiş olup ilgili maddenin 2. fıkrasının b bendi "*tekliflerle ilgili olup da ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak*" hareketinin bu suçun seçimlik hareketlerinden biri olduğunu hükme bağlamıştır.

6. Diğer İlkeler

Kamuoyu³⁵⁸ **denetimi ilkesi**; saydamlık ilkesinin tamamlayıcısı olarak ihale sürecinin hukuka uygun işleyip işlemediğinin kamuoyu tarafından etkili biçimde kontrol edilebilmesini ifade eder³⁵⁹. 5018 s. Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun “*mali saydamlık*” kenar başlıklı 7. maddesine göre “*her türlü kamu kaynağının elde edilmesi ve kullanılmasında denetimin sağlanması amacıyla kamuoyu zamanında bilgilendirilir.*” 4734 s. Kanun kapsamında yürütülen ihalelerin de kamu kaynaklarını doğrudan etkilediği göz önüne alındığında, ilgili yasa hükmü ihale sürecini yürüten idareleri de bağlamaktadır. Bu bağlamda ilgili idareler, tekliflerin açıldığı ilk oturumu izlemek isteyenlere hukuka aykırı kısıtlamalar getirmemeli, ihaleleri ve ihale sonuçlarını mevzuatın öngördüğü yöntemlere göre ilan etmeli³⁶⁰ ve gizlilik ilkesinin kapsamına girmeyen belgeler için saydamlık ilkesinin gereklerini yerine getirmelidir³⁶¹.

İhtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve kaynakların verimli kullanılması ilkesi; kamu ihale sürecinin güttüğü temel amacın ilke olarak ifade edilmiş biçimindedir. Gerçekten de etkili bir ihale sistemi, serbest rekabet ortamını sağlayarak idarenin en ideal teklifleri almasını ve kamu kaynaklarının olabildiğince verimli kullanılarak ihtiyaçların uygun şartlarda ve zamanında karşılanmasını sağlamayı hedeflemektedir³⁶². Aslında ihale hukukuna hâkim olan tüm ilkeler kolektif olarak bu amaca ulaşmaya hizmet etmektedirler³⁶³.

Danıştay'a göre³⁶⁴ bu ilke uyarınca idare, gelişen maddi ve hukuki süreçle beraber ihale konusu işin bir kısmını kendi bünyesindeki personeli eliyle yürütülmesi söz konusu olduğunda, kamu kaynaklarını verimli kullanmak adına sahip olduğu takdir yetkisi

³⁵⁸ Kamuoyu; “*bir konuyla ilgili halkın genel düşüncesi*” şeklinde tanımlanabilir. Bkz. TDK, Güncel Türkçe Sözlük, “*kamuoyu*” maddesi, (<http://www.tdk.gov.tr>, E.T.: 22.09.2017).

³⁵⁹ ARSLAN, s. 89; TAŞDELEN, Kamu Harcamaları, s. 60.

³⁶⁰ ÖZKAN, s. 258; İNAN, s. 67.

³⁶¹ GÖK, s. 18; GÖZLER/KAPLAN, s. 478.

³⁶² Burada amaç en düşük fiyat üzerinden alım yapmak değil, istenilen kalitedeki ürünü ideal bedelle temin etmektir. Bkz. GÖK, s. 18; ÖZKAN, s. 261; UZ, s. 58; TAŞDELEN, Kamu Harcamaları, s. 61. 4734 s. Kanun'un 38. maddesine göre aşırı düşük tekliflerin reddedilmeden önce teklif sahiplerinden açıklama istenilmelidir. Aşırı düşük tekliflerine tatmin edici bir açıklama getiren istekli üzerine ihale bırakılabilir. Bu hüküm de kamu kaynaklarının verimli kullanılması ilkesinin bir yansıması olarak değerlendirilebilir. Bkz. İNAN, s. 68. D. 13. Dairesi, E. 2009/6170, K. 2010/8505, T. 14.12.2010, (<http://www.kazanci.com.tr>, E.T.: 22.09.2017).

³⁶³ İNAN, s. 67.

³⁶⁴ D. 13. Dairesi, E. 2016/968, K. 2016/1374, T. 28.04.2016; (<http://www.kazanci.com.tr>, E.T.: 22.09.2017). Aynı yönde bkz. D. 13. Dairesi, E. 2014/3411, K. 2015/4902, T. 31.12.2015; D. 13. Dairesi, E. 2015/3797, K. 2015/3046, T. 09.09.2015, (<http://www.kazanci.com.tr>, E.T.: 22.09.2017).

çerçevesinde ihalenin iptaline de karar verebilir. Yine Danıştay, kamu kaynaklarının verimli kullanılmasını sağlama açısından açık teklif usulünün pazarlık usulüne göre daha objektif nitelikte bir ihale yöntemi olduğu görüşündedir³⁶⁵. Danıştay, *tekliflerin değerlendirilmesi* açısından ise, verilen tüm tekliflerin yaklaşık maliyetin üzerinde kaldığı durumlarda, “*ihalede yeterli indirim yapılmadığı ve önerilen tekliflerin yüksek bulunduğu*” gerekçesiyle ve ihtiyaçların uygun şartlarla karşılanması ile kaynakların verimli kullanılması ilkeleri göz önünde tutularak ihalenin iptal edilmesi gerektiğine karar vermektedir³⁶⁶.

Son olarak belirtmelidir ki, birbirinden ayrılmaz nitelikte olmayan farklı gruplardaki işlerin tek bir ihaleye konu edilmesi, farklı alanlarda aynı anda yeterli kalitede iş yapabilecek firmaların azlığı ve teklif veren firmaların uzman olmadıkları alanlara ilişkin yapacakları ek masrafları göz önüne alarak tekliflerini yüksek tutacakları hususu göz önüne alındığında kaynakların verimli kullanılması ilkesine aykırılık teşkil edecektir³⁶⁷.

Aralarında kabul edilebilir doğal bir bağlantı olmadığı sürece mal alımı, hizmet alımı ve yapım işlerinin bir arada ihale edilememesi ilkesi; serbest rekabetin sağlanması ve idarenin ideal teklifleri almasını sağlama amacıyla getirilmiştir. Zira farklı nitelikteki ihtiyaçlar aynı ihalede toplandığında, bir yandan sadece bir alanda uzmanlaşmış ve işin diğer bölümleri hakkında deneyim sahibi olmayan kimselerin ihaleye katılarak teklif vermesi zorlaşacak, diğer yandan ise ihaleye katılan istekliler tekliflerini hazırlarken, işin kendilerince görülecek kısmının dışında kalan kısımlar için dış kaynaklara yönelmek durumunda kaldıkları için yapacakları ek harcamaları da dikkate alacaklardır. 4734 s. Kanun’un 5. maddesinde ifade edilen bu ilke, ihtiyacın doğrudan kaynağından karşılanması, bu bağlamda bir yapım işi söz konusu ise işin yapım müteahhidine, mal alım işi söz konusuysa işin tedarikçiye ve bir hizmet alım işi söz konusu ise işin hizmet sunucusuna gördürülmesini ifade etmektedir³⁶⁸. Ayrıca belirtmelidir ki, 4734 s. Kanun’un “*ihaleye katılmada yeterlilik kuralları*” kenar başlıklı 10.

³⁶⁵ D. 13. Dairesi, E. 2009/1028, K. 2011/858, T. 02.03.2011, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 25.08.2017).

³⁶⁶ D. 13.D., E. 2009/4213, K. 2011/2317, T. 18.05.2011, (Aktaran: **ÖZKAN**, s. 267). Kamu İhale Kurulu’nun aynı yöndeki kararları için bkz. **ARSLAN**, s. 92.

³⁶⁷ Ankara 3. İdare Mahkemesi, E. 2008/1928, K. 2009/1021, T. 31.07.2009, (Aktaran: **SEZGİNER**, İdarenin Sözleşmeleri, s. 812).

³⁶⁸ **ÖZKAN**, s. 267; **TAŞDELEN**, Kamu Harcamaları, s. 62.

maddesinde yeterlilik ölçütü olarak düzenlenmiş olan “benzer iş”in sağlıklı biçimde belirlenmesi yönünden de bu ilkenin hayata geçirilmesinin büyük önemi bulunmaktadır³⁶⁹.

Şu halde örneğin; bir binanın yapımına ilişkin iş ile binanın yapımı ile doğrudan ilgisi bulunmayan malların (örneğin; ofis mobilyaları, koltuk, perde) alımına ilişkin iş için tek bir ihaleye çıkılması bahsi geçen ilkeye aykırılık oluşturacaktır. Zira bu halde bahsi geçen malların temini için araya bir yapım müteahhidinin girmesine gerek yoktur, bu mallar idarece satın alma yoluyla elde edilebilir³⁷⁰. Danıştay da bir kararında³⁷¹, raylı sistemin işletilmesi ile lastik tekerlekli toplu ulaşım sisteminin işletilmesi işinin tek bir ihaleye konu edilmesini, her iki alanda da faaliyet gösteren ve ihaleye katılabilecek olan firmaların azlığı ve işler arasında zorunlu bir bağlantı olmadığı göz önünde bulundurulduğunda, niteliği itibarıyla farklı olan iki iş için tek bir ihaleye çıkılmasını hukuka aykırı bulmuştur.

Şu halde kamu ihalelerinde kural “mal alımı, hizmet alımı ve yapım işlerinin bir arada ihale edilememesi” iken, bu kuralın istisnası ise ihaleye konu işlerin “aralarında kabul edilebilir doğal bir bağlantı” olması halidir. Buna göre ihtiyaç duyulan mal ve hizmet alımları ile yapım işleri, “doğası gereği” bağlantılılar ise, idare bu işler için tek bir ihaleye çıkabilecektir³⁷². Örneğin; bina yapım işiyle doğrudan bağlantılı ve binanın yerleşmeye hazır hale gelmesi için gerekli olan duvar badanasının yapılması için gerekli boyanın temin edilmesi, zeminin kaplanması gibi işler, tek bir ihalenin konusu olabilirler³⁷³.

Eşik değerlerin altında kalmak amacıyla mal veya hizmet alımları ile yapım işleri kısımlara bölünmemesi (ihalenin bölünmezliği³⁷⁴) ilkesi; temel olarak ihale sürecinde:

³⁶⁹ İhalenin konusunu oluşturan işlerin tamamı bütün olarak kabul edilip benzer iş buna göre tanımlandığında, birden fazla alanda etkin faaliyet yürüten firmaların azlığı nedeniyle serbest rekabetin kısıtlanacağı; işin ağırlıklı kısmı dikkate alındığında, birbirinden ayrılabilen işler olduğu için, ağırlığı oluşturmayan işlere ilişkin alanda faaliyet gösteren firmaların ihaleye katılımının kısıtlanacağı; işin herhangi bir kısmında faaliyet göstermenin yeterli kabul edileceği durumda ise “benzer iş” tanımının, yeterlilik ölçütü olamayacak kadar genişleyeceği hakkında bkz. GÖK, s. 19.

³⁷⁰ GÖK, s. 19.

³⁷¹ D. 13. Dairesi, E. 2009/7074, K. 2010/2940, T. 06.04.2010, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 22.09.2017). Kamu İhale Kurulu kararında da benzer olmayan işlerin bir arada ihale edilmesinin serbest rekabet ilkesinin ihlali sonucunu doğurabileceği belirtilmektedir. Bkz. ARSLAN, s. 64-65.

³⁷² ÖZKAN, s. 268; İNAN, s. 69.

³⁷³ Diğer bazı örnekler; makine alımlarında montaj hizmeti, yemek servis hizmetinde gıda alım işi, temizlik hizmetinde temizlik malzemelerinin alınması işi olarak verilebilir. Örnekler için bkz. GÖK, s. 20.

³⁷⁴ KUTLU, s. 210; TAŞDELEN, Kamu Harcamaları, s. 63.

ihalenin yabancı isteklilere açılıp açılmayacağı; ilan süre ve kuralları; ihale usulünün belirlenmesi; ihaleye katılacaklardan hangi yeterlilik belgelerinin istenebileceği ya da istenmesinin zorunlu olup olmadığı ve son olarak ihale konusunun 4734 s. Kanun'un 3. maddesinin g bendinde belirtilen istisnaya girip girmediği konularıyla ilgili biçimde ele alınıp irdelenmelidir.

Eşik değer 4734 s. Kanun'un 8. maddesinde düzenlenen ve Kamu İhale Kurumu tarafından çıkarılan tebliğ ile her yıl güncellenen parasal limiti³⁷⁵ ifade eder. Buna göre yaklaşık maliyeti eşik değer altında kalan ihalelerde sadece yerli isteklilerin katılabileceğine dair düzenleme yapılabileceği gibi (4734 s. Kanun m. 63), yaklaşık maliyet ile eşik değer arası ilişkiye göre yapılması gereken ilan süreleri ve kuralları da değişmektedir (4734 s. Kanun m. 13). Söz konusu ilke uyarınca yaklaşık maliyeti eşik değer altına çekerek ilgili düzenlemelerden yararlanmak amacıyla ihale konusu işin kısımlara bölünmesi hukuka aykırı olacaktır. Bu nedenle ihale edilecek iş bir bütün olarak değerlendirilmeli ve yaklaşık maliyet hesabı buna göre yapılmalı, elde edilen sonuç ile eşik değer karşılaştırılarak uygulanacak düzenlemeler saptanmalıdır.

Bu noktada belirtilmelidir ki, bir işin bütünü göz önüne alınarak yapılan yaklaşık maliyet hesabı sonucunda, yukarıda aktarılan kurallara aykırı bir durum oluşmadığı saptanıyorsa, ihale konusu işin kısımlara bölünmesinde hukuken bir problem yoktur. Başka bir ifadeyle, örneğin; işin yaklaşık maliyeti zaten eşik değer altında kalıyor ise, bu işi kısımlara bölerek ihaleye çıkmak, ihale sürecine uygulanacak kuralları değiştirmeyeceği için, böyle bir işlem hukuka aykırı olmayacak; aksine küçük ölçekli firmaların da katılımı sağlanacağı için rekabeti artırıcı sonuç doğuracaktır³⁷⁶.

Bu ilke kapsamında ikinci olarak, yaklaşık maliyet ile bu maliyete bağlı olarak ihaleye uygulanacak usule ilişkin düzenlemelere de değinilmelidir. 4734 s. Kanun'un 21. maddesinin f bendine göre “*yaklaşık maliyeti ellimilyar³⁷⁷ Türk Lirasına kadar olan mamul mal, malzeme veya hizmet alımları*” pazarlık usulüyle ihale edilebilir. Aynı Kanun'un 22. maddesinin d bendine göre de “*büyükşehir belediyesi sınırları dâhilinde bulunan idarelerin onbeş milyar,*

³⁷⁵ 2018 yılı parasal limitleri için bkz. Kamu İhale Tebliği, Tebliğ no: 2018/1, RG, T. 19.01.2018, S. 30306.

³⁷⁶ GÖK, s. 20. Aynı şekilde, iş kısımlara bölündüğünde bölünmüş her kısım için yaklaşık maliyet eşik değer üzerinde kalıyor ise, bu bölünme hukuka aykırı olmayacaktır. Bkz. İNAN, s. 69; ÖZKAN, s. 271.

³⁷⁷ Güncel değer için bkz. Kamu İhale Tebliği, Tebliğ no: 2018/1, RG, T. 19.01.2018, S. 30306.

diğer idarelerin beşmilyar Türk Lirasını aşmayan ihtiyaçları ile temsil ağırlama faaliyetleri kapsamında yapılacak konaklama, seyahat ve işeye ilişkin alımlar”ında doğrudan temin usulü uygulanabilir. Danıştay’ın da belirttiği üzere pazarlık usulü istisnai hallerde uygulanması gereken bir usuldür ve genel ihale usulü olan açık teklif usulü daha objektif kurallara tabidir³⁷⁸. Doğrudan temin usulü ise “*ihale usulü*” olarak kabul edilmemiş bir usuldür³⁷⁹ ve bu usulde ilan süreleri, teminat alma, yeterlilik kriterlerini uygulama gibi zorunluluklar olmadan temin sağlanır. İdareye ciddi avantajlar sağlayan; ancak hukuka aykırı uygulamalara da konu olabilecek bu usullerin uygulanması amacıyla ihale konusu işin kısımlara bölünmesi de hukuka aykırı olacaktır³⁸⁰.

Ödeneği bulunmayan hiçbir iş için ihaleye çıkılmaması ilkesi, temelde kamusal harcamaya yetkili kamu görevlilerinin, belirlenmiş olan yıllık bütçe sınırlarını aşar biçimde idareyi borç altına sokmasının engellenmesini amaçlamaktadır. Bu ilke uyarınca bir bütçe yılı içinde gerçekleştirilecek ihalelerin ödeneğinin, o yılın bütçesinde bulunması zorunludur³⁸¹ ve bu zorunluluk ihaleye başlayabilme koşuludur³⁸². Ödeneğin ne ölçüde ve nasıl bulunması gerektiği noktasında belirtilmelidir ki, ilgili idarenin bütçesinde çıkılacak ihaleye ilişkin en azından işin yaklaşık maliyetine³⁸³ denk bir ödenek bulunmalıdır; ancak bu ödeneğin bütçede mutlak surette nakit olarak bulunması gerekmez³⁸⁴. Danıştay da ihaleye çıkmadan önce yeterli ödeneğin sağlanıp sağlanmamış olduğunu denetlemekte³⁸⁵ ve yaklaşık maliyet baz alınarak gerekli ödeneğin temin edilmesinden önce ihale için ilan verilmesi halinde, bu eksikliklerin sonradan düzeltici işlem tesisi ile giderilebilecek nitelikte olmadığı nedeniyle ihalenin iptalinin gerektiğine karar vermektedir³⁸⁶.

³⁷⁸ D. 13. Dairesi, E. 2009/1028, K. 2011/858, T. 02.03.2011, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 25.08.2017).

³⁷⁹ SANCAKDAR/US/KASAPOĞLU TURHAN/ÖNÜT/SEYHAN, s. 567.

³⁸⁰ GÖK, s. 21. Yargıtay 5. CD., E. 2012/16142, K. 2014/3361, T. 26.03.2014, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 18.10.2017).

³⁸¹ GÖK, s. 22; TAŞDELEN, Kamu Harcamaları, s. 65.

³⁸² İNAN, s. 70.

³⁸³ İhalede verilen geçerli tekliflerin yaklaşık maliyetin üzerinde bulunduğu durumlarda eğer ödenek yaklaşık maliyete göre belirlenmiş ise, teklif mevzuat çerçevesinde kabul edilebilir olarak değerlendirilmiş olsa dahi, yeterli ödenek bulunmadığı için ihalenin iptali gerektiği hakkında bkz. D. 13. Dairesi, E. 2010/2347, K. 2010/7742, T. 08.11.2010, (Aktaran: ÖZKAN, s. 275, dn. 786).

³⁸⁴ Kanundaki düzenlemenin amacının ödeneği bütçeye tahsis edilmiş olması olduğu, nakdin daha sonra elde edilecek olmasının ödenek yokluğu olarak değerlendirilemeyeceği hakkında bkz. GÖK, s. 22.

³⁸⁵ D. 13. Dairesi, E. 2008/678, K. 2011/3674, T. 13.09.2011, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 23.09.2017).

³⁸⁶ D. 10. Dairesi, E. 2009/456, K. 2011/2837, T. 13.06.2011, (Aktaran: ÖZKAN, s. 277, dn. 788).

Bu ilkenin istisnası ise 4724 s. Kanun'un 62. maddesinin b bendinde şu şekilde düzenlenmiştir: “*Ertesi malî yılda gerçekleştirilecek süreklilik arz eden mal ve hizmet alımları için bir önceki malî yıl sona ermeden ihaleye çıkılabilir.*” Bu hükme göre idarelerin düzenli olarak aldıkları örneğin; yemek hizmetleri, temizlik hizmetleri, akaryakıt alımı gibi alımlara ilişkin ihalelerde ilgili idareler, henüz bir sonraki yılın bütçesi kesinleşmeden de ihaleye çıkabileceklerdir.

Birden fazla yılı kapsayacak işlerde ihale yapılması durumunda işin süresine uygun olarak her yıl ilgili bütçeye ödenek ayrılmalı ve ilk yıl ödeneğinin, proje maliyetinin yüzde onundan az olmaması gerekmektedir (4734 s. Kanun m. 62/a).

İlgili mevzuatı gereğince Çevresel Etki Değerlendirme (ÇED) raporu gerekli olan işlerde ihaleye çıkılabilmesi için ÇED olumlu belgesinin alınmış olması ilkesi, gerçekleştirilecek faaliyetler sonucu çevreye zarar verme ihtimali³⁸⁷ olan işlerle ilgilidir³⁸⁸. Raporun nasıl hazırlanacağına ilişkin hükümler ise Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği³⁸⁹nde bulunmaktadır. 4734 s. Kanun 5. maddesinde bu ilkeye doğal afet durumlarını istisna getirmiştir. Bu halde ÇED olumlu raporu alınmadan da ihaleye çıkılabilecektir.

Sonuç olarak belirtilmelidir ki, hem 4734 s. Kanun'un 5. ve 62. maddelerinde öngörülen düzenlemelerin hem de idare hukukuna hâkim genel ilkelerin kamu ihale hukukuna uygulanmasında temel amaç, idare tarafından gerçekleştirilen ihalelerin en ideal şekilde nihayete erdirilmesi ve kamusal kaynakların alabildiğine verimli kullanılmasının sağlanmasıdır. Görüldüğü üzere yukarıda açıklanan tüm ilkeler bir bütün olarak birbiriyle

³⁸⁷ Avrupa ve dünya genelinde “*çevreci kamu alımları – green public procurement (GPP)*” ve “*yeşil alımlar*” olarak ifade edilen yeni düzenlemelerle; ihalenin bir tüketim süreci olduğu göz önüne alınarak, sonuçta çevreye verilecek zararın en aza indirilmesi ve yeşil ihale yöntemleri aracılığıyla ekonominin ekolojik politikalara evrilerek çevre bilincinin geliştirilmesi amaçlanmaktadır. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Public Procurement for a Better Environment, COM (2008) 400; **MARRON**, Donald B., Buying Green: Government Procurement as an Instrument of Environmental Policy, Public Finance Review, C. 25, S. 3, 1997, s. 285 vd.; **BLOME**, Constantin/**HOLLOS**, Daniel/**PAULRAJ**, Antony, Green Procurement and Green Supplier Development: Antecedents and Effects on Supplier Performance, International Journal of Production Research, 52:1, 2014, s. 32 vd.; **HO**, Linda W.P./**DICKINSON**, Nicholas M./**CHAN**, Gilbert Y.S., Green Procurement in the Asian Public Sector and the Hong Kong Private Sector, A United Nations Sustainable Development Journal, C. 34, S. 1, 2010, s. 24; **SEVİNÇ**, Ayşen, Yeşil Satın Alma Kriterleri ve Yaklaşımı, Mali Hizmetler Uzmanlığı Araştırma Raporu, 2013.

³⁸⁸ KİK, K.N. 2014/UH.I-2697, T. 23.07.2014, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 23.09.2017).

³⁸⁹ RG, T. 25.01.2014, S. 29186.

ilişki içindedir. Belirtilen ilkelere örnek; saydamlık ilkesinin ihlali hem eşit muamele, hem serbest rekabet hem güvenilirlik, hem de kamuoyu denetimi ilkelerini zedeleyecektir. Bu bakımdan ilkelerin hayata geçirilmesinde bütüncül bir politika izlenmesi oldukça önemlidir. Bu bakımdan 4734 s. Kanun'un "görevlilerin cezai sorumluluğu" kenar başlıklı 60. maddesinin son fıkrasında, "5 inci maddede belirtilen ilkelere ve 62 nci maddede belirtilen kurallara aykırı olarak ihaleye çıkılmasına izin verenler ve ihale yapanlar hakkında da yukarıda belirtilen müeyyideler uygulanır" hükmü bulunmaktadır. Bu düzenlemeye göre ihale hukukuna hâkim ilkelere aykırı hareket eden kamu görevlilerinin mali ve disiplin sorumluluğunun yanında cezai sorumluluğu da doğacaktır.

II. 4734 S. KANUNUN ÖNGÖRDÜĞÜ İHALE SÜRECİ

Kamu ihale sürecinde, ihale sözleşmesinin imzalanmasına kadar geçen süreçte tesis edilen işlemler, alınan kararlar ya da uygulamalardan doğacak uyuşmazlıklar idari yargının³⁹⁰; sözleşme imzalandıktan sonra taraflar arasında çıkacak uyuşmazlıklar ise adli yargının³⁹¹ önünde çözümlenir³⁹².

4734 s. Kanun kapsamında yürütülen ihalelerin idari ve yargısal denetimi hususu irdelenmeden önce, "sözleşme aşamasına kadar yasaya dayanılarak idarece alınan karar ve yapılan işlemler" in neler olduğu konusu açıklanmalıdır. Çalışmanın bu kısmında 4734 s. Kanun'un kapsamına aldığı idareler ile öngördüğü ihale süreci, yukarıda ortaya konulan ayırımın somutlaştırılması açısından genel hatlarıyla açıklanacaktır.

A) 4734 S. KANUN KAPSAMINDAKİ İDARELER

4734 s. Kanun, "kapsam" başlıklı 2. maddesinde Kanun kapsamına giren idareleri belirtmiş ve bu idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımı ile yapım işi ihalelerinin bu kanun hükümlerince yürütüleceğini belirtmiştir. Madde'de sayılan idareler şu şekildedir:

³⁹⁰ ONAR, C. III, s. 1622.

³⁹¹ Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, E. 2005/16, K. 2005/36, T. 16.05.2005, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 25.09.2017).

³⁹² D. 13. Dairesi, E. 2009/7074, K. 2010/2940, T. 06.04.2010; D. 13. Dairesi, E. 2016/674, K. 2016/2040, T. 30.05.2016, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 25.09.2017). Öğretide ve yargı kararlarında bu konuya ilişkin ortaya konulan görüşler aşağıda (II/D-2 bölümünde) açıklanacaktır.

- Genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri³⁹³ ile özel bütçeli idareler³⁹⁴, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı; döner sermayeli kuruluşlar³⁹⁵, birlikler (*meslekî kuruluş şeklinde faaliyet gösterenler ile bunların üst kuruluşları hariç*), tüzel kişiler³⁹⁶,
- Kamu iktisadi kuruluşları ile iktisadi devlet teşekküllerinden oluşan kamu iktisadi teşebbüsleri,
- Sosyal güvenlik kuruluşları³⁹⁷, fonlar, özel kanunlarla kurulmuş ve kendilerine kamu görevi verilmiş tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar³⁹⁸ (*meslekî kuruluşlar ve vakıf yükseköğretim kurumları hariç*) ile bağımsız bütçeli kuruluşlar,
- Yukarıda belirtilenlerin doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip buldukları her çeşit kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketler,
- 4603 s. Kanun kapsamındaki bankalar ile bu bankaların doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip buldukları şirketlerin yapım ihaleleri.

Görüldüğü üzere 4734 s. Kanun kapsamına giren idareler, sayma yoluyla tüketici olarak değil, sahip oldukları bütçe türleri ve idari teşkilattaki yerleri temel alınarak düzenlenmiştir. Şu halde bir idarenin 4734 s. Kanun kapsamına girip girmediğine dair bir

³⁹³ Bu idareler için bkz. 5018 s. Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu, (I) Sayılı Cetvel.

³⁹⁴ Bu idareler için bkz. 5018 s. Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu, (II) Sayılı Cetvel.

³⁹⁵ “Döner sermayeli kuruluşlar, bağlı oldukları idarelerden ayrı bir bütçeye sahip, kendi ihale yetkilisi olan, kendi adına ihale yapan birimlerdir. Bununla birlikte bağlı oldukları idareler ile olan ilişkileri sebebiyle, bu idareler ile aynı idare içinde değerlendirilebilmektedir.,” **SEZGİNER**, İdarenin Sözleşmeleri, s. 967.

³⁹⁶ Örneğin; Konya Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü (KOSKİ), 08.09.1989 tarih ve 89/14524 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile Konya Büyükşehir Belediyesi’ne bağlı olarak kurulmuş, kamu tüzel kişiliğini haiz bir kuruluştur. Bu halde KOSKİ, 4734 s. Kanun’un 2. maddesinin a fıkrası uyarınca bu Kanun kapsamına girmektedir. Bkz. D. 13. Dairesi, E. 2005/156, K. 2005/3321, T. 29.06.2005, (Aktaran: **AKKURT**, s. 205 vd.).

³⁹⁷ Bu idareler için bkz. 5018 s. Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu, (IV) Sayılı Cetvel.

³⁹⁸ Bu bendin kapsamı tartışmalıdır. Türk Silahlı Kuvvetlerini Güçlendirme Vakfı özelinde örnek vermek gerekirse, Ankara 16. İdare Mahkemesi, Vakfın özel bir kanunla kurulduğu ve kamusal görev yürüttüğünden bahisle 4734 s. Kanun kapsamında olduğunu ve bu kanun hükümlerine aykırı olarak tesis etmiş olduğu işlemlerin hukuka aykırı olduğuna hükmetmiş ve önce yürütmeyi durdurma, ardından iptal kararı vermiştir. (E. 2012/473, K. 2012/3234, T. 31.12.2012). Buna karşın uyuşmazlıkla ilgili olarak Ankara Bölge İdare Mahkemesi, yürütmeyi durdurma kararına karşı yapılan itiraz sonucu vermiş olduğu kararında (T. 13.09.2012, YD İtiraz No. 2012/4078), Vakfın özel hukuk tüzel kişisi olduğu, kamu kaynağı kullanmadığı, çalışanlarının kamu görevlisi olmadığı gerekçesiyle 4734 s. Kanun’a tabi bir tüzel kişi olmadığına karar vererek yürütmenin durdurulması kararını kaldırmıştır. D. 13. Dairesi, E. 2005/5108, K. 2006/2552, T. 20.06.2006. Kararlar için bkz. **SEZGİNER**, İdarenin Sözleşmeleri, s. 59 ve 68. Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu ise 2010 yılında vermiş olduğu bir kararda “adalet teşkilatını güçlendirme vakfının (...) 4734 sayılı kamu ihale kanunu kapsamında kabul edilmesi” gerektiğine hükmetmiştir. Bkz. D. İDDGK, E. 2006/2958, K. 2010/910, T. 06.05.2010, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 23.02.2018). Bağımsız İdari Otoriteler ise “özel kanunlarla kurulmuş ve kendilerine kamu görevi verilmiş tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar” oldukları için 4734 s. Kanun kapsamına girmektedirler.

tereddüt doğar ise, ilgili idarenin “*kamu hukukuna tâbi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan*” bir idare olup olmadığına bakılmalıdır (4734 s. Kanun m. 1)³⁹⁹. Eğer kamu hukukuna tâbi olan veya kamunun denetimi altında bulunan ya da kamu kaynağı kullanan bir idare söz konusu ise, bu idarenin yürüteceği mal ve hizmet alımı ile yapım işi ihalelerine 4734 s. Kanun hükümleri uygulanacaktır⁴⁰⁰.

4734 s. Kanun, 2. maddesinin 2. fıkrasında ise Kanun kapsamında olmayan idareleri belirtmiştir. Buna göre aşağıdaki idareler bu Kanun kapsamı dışında kalmaktadır:

- Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu ve bu Fonun hisselerine kısmen ya da tamamen sahip olduğu bankalar,
- 4603 s. Kanun kapsamındaki bankalar ve bu bankaların doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip buldukları şirketler (*yapım ihaleleri hariç*),
- 4603 s. 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**⁴⁰¹.

Köyler ve köylere hizmet götürme birlikleri 4734 s. Kanun kapsamında mıdır?
Yukarda aktarıldığı üzere, 4734 s. Kanun 2. maddesinde, Kanun’un kapsamına giren idareler belirtilirken il özel idareleri ve belediyeler sayılmış; ancak “*köy idaresi*”nden söz edilmemiştir. 442 s. Köy Kanunu⁴⁰²’nda da bu konuya ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. O halde köy idaresinin yürüteceği ihalelerde 4734 s. Kanun’a tabi olmadığı sonucuna varılabilir⁴⁰³. Aynı şekilde köylere hizmet götürme birlikleri bakımından da Kanun’un 2. maddesinin (d) bendi göz önüne alındığında Kanun’un kapsamında olan idarelerin doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip

³⁹⁹ Bu üç şarttan herhangi birini sağlayan kamu kurum ve kuruluşlarının 4734 s. Kanun kapsamına dâhil olduğu; ancak uygulayıcıların işini kolaylaştırmak adına Kanun’un 2. maddesinde somut düzenlemeler getirildiği hakkında bkz. **UZ**, s. 143.

⁴⁰⁰ **ARSLAN**, s. 2.

⁴⁰¹ Kanun düzenlemesinde enerji, su, ulaştırma ve telekomünikasyon sektörlerinde faaliyet gösteren “*teşebbüs, işletme ve şirketler*”in kapsam dışı olduğunun belirtildiği; bu nedenle bu sektörlerde faaliyet gösterse dahi bir kamu idaresi söz konusu ise ilgili idarenin 4734 s. Kanun kapsamında ihale işlemlerini yürütmesi gerektiği hakkında bkz. **ARSLAN**, s. 3. 4734 s. Kanun’un Geçici 4. maddesine göre, belirtilen sektörlerle ilişkin özel bir düzenleme yapıncaya kadar ilgili teşebbüs, işletme ve şirketler, Kanun’un 3. maddesinin g bendinde bulunan parasal limitlere tabi olarak ihalelerini yürüteceklerdir.

⁴⁰² RG, T. 07.04.1924, S. 68.

⁴⁰³ **UZ**, s. 143.

buldukları her çeşit “birlik” de kanun kapsamında olacaktır. Bu halde köy idaresi Kanun kapsamında olmadığı için bir ilçede bulunan tüm köylerin katılımıyla⁴⁰⁴ kurulan birliklerin de kanun kapsamında olmadığı sonucuna varılmalıdır⁴⁰⁵.

İhaleyi yapan idarenin tespiti, özellikle 4734 s. Kanun’un 10/4-f⁴⁰⁶ ve 58/3⁴⁰⁷. maddelerinde öngörülen yaptırımların uygulanması hususunda önem kazanmaktadır. Bu bakımdan 4734 s. Kanun’da ifade edilen “idare” kavramı “ihaleyi yapan bu Kanun kapsamındaki kurum ve kuruluşları” ifade etmektedir. Bu kanunda ifadesini bulan idare kavramı, 5018 s. Kanun’daki “harcama birimi” kavramının karşılığı olmaktadır⁴⁰⁸.

Şu halde bir idare içerisinde birden fazla harcama birimi oluşturulabilir. Böyle durumlarda her harcama birimi sistem üzerine ayrı ayrı kayıt olmalıdır⁴⁰⁹. Bu halde ihaleyi yapan idare, harcama birimi midir, yoksa kamu tüzel kişiliğinin kendisi midir? *Sezginer*’e göre⁴¹⁰, 4735 s. Kanun hükümleri göz önüne alındığında, sözleşmeye taraf olan her bir harcama birimi, idaredir. Aksi bir düşünce, harcama birimlerinin gerçekleştirdiği ihalelerde de idarenin, birimi kapsayan kamu tüzel kişisi olduğu kabulü, özellikle merkezi idare bakımından problem yaratmaktadır. Zira merkezi idare tek bir kamu tüzel kişisi (*Devlet*) olarak örgütlenmiştir. 4734 s. Kanun’un 58/3 hükmü uyarınca idareyle imzaladığı sözleşmeye dayalı olarak yürüttüğü işler esnasında iş veya meslek ahlakına aykırı fiilleri tespit edilenler idarelerce o ihaleye iştirak ettirilmeyecekleri gibi yasaklama kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar aynı idare tarafından yapılacak sonraki ihalelere de iştirak ettirilmezler. Şu halde bir bakanlık birimiyle gerçekleştirdiği işler esnasında iş veya meslek ahlakına aykırı eylemleri ispat edilenlerin, tüm Devlet tüzel kişiliği bünyesinde ihale yürütecek olan tüm bakanlık ve

⁴⁰⁴ 5355 s. Kanun, (RG, T. 11.06.2005, S. 25842) m. 18: “İlçelerde, (...) tüm köylerin iştiraki ile o ilçenin adını taşıyan, köylere hizmet götürme birliği kurulabilir.”

⁴⁰⁵ ARSLAN, s. 4.

⁴⁰⁶ Kamu İhale Kurulu bir kararında, ihaleyi yapan döner sermayeli hastane ile onun bağlı olduğu İl Sağlık Müdürlüğü’nü aynı idare olarak değerlendirmiştir. KİK, K.N. 2011/UH.III-479, T. 31.01.2011, (Aktaran: SEZGİNER, İdarenin Sözleşmeleri, s. 956 vd.).

⁴⁰⁷ İlgili hükümde, yasak fiil ve davranışlarda bulunanların, ihaleyi yapan idarenin ihalelerine belli bir süre katılmalarının yasaklanması hususu düzenlenmiştir.

⁴⁰⁸ SEZGİNER, İdarenin Sözleşmeleri, s. 963; aynı yönde bkz. Ankara 17. İdare Mahkemesi, E. 2011/246, K. 2011/1272, T. 31.10.2011, (Aktaran: SEZGİNER, İdarenin Sözleşmeleri, s. 971).

⁴⁰⁹ Bkz. EKAP, Sık Sorulan Sorular, Soru 4 ve 5, www.ekap.kik.gov.tr/EKAP/Ortak/EKAPSSS.html?tip=1, (E.T.: 09.10.2017).

⁴¹⁰ SEZGİNER, İdarenin Sözleşmeleri, s. 963.

bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların ihalelerine katılamaz hale gelir ki bu durum Kanun'un amacına uygun düşmemektedir⁴¹¹.

B) 4734 S. KANUNDA ÖNGÖRÜLEN İHALE USULLERİ

4734 s. Kanun 18. maddesinde ihale usulleri; **açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü ve pazarlık usulü** şeklinde üç adet olarak belirlenmiştir. Kanun'un 22. maddesinde düzenlenen doğrudan temin ve 23. maddesinde düzenlenen tasarım yarışmaları ise birer ihale usulü değildir. Ayrıca Kanun'un 48 – 52 maddeleri arası düzenlenen danışmanlık hizmeti alımları da ayrı bir ihale usulü olmayıp, belli istekliler arasında ihale usulünün bir görünümünü oluşturmaktadır⁴¹². Tüm bunların yanında 2008 yılında Kanun'a koyulan ek maddeler aracılığıyla kamu ihale düzenimize “*dinamik alım sistemi*” ve “*elektronik eksiltme*” sistemi getirilmiştir.

4734 s. Kanun'un 5. maddesinin 4. fıkrasına göre “*Bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulü temel usullerdir. Diğer ihale usulleri Kanunda belirtilen özel hallerde kullanılabilir.*” Bu durumda pazarlık usulü özel ihale usulü olarak karşımıza çıkar ve sadece Kanun'da belirtilen hallerde bu usule başvurulabilir.

İşin niteliğine göre hangi ihale usulünün uygulanacağını belirleme yetkisi ise, ihale yetkilisine aittir⁴¹³.

1. Açık İhale Usulü

Açık ihale usulü, bütün isteklilerin teklif verebildiği ihale usulüdür (4734 s. Kanun m. 19). Açık ihale usulünde teklif verebilmenin ön şartı, “*istekli*” sıfatına sahip olmaktır. İstekli olabilmek için de ihale dokümanının satın alınması ve ihaleye teklif zarfının sunulması gerekmektedir⁴¹⁴.

İdareler, ihtiyaçların uygun zamanda karşılanması ve kamu kaynaklarının verimli kullanılması ilkelerini gözeterek, açık ihale usulü ve belli istekliler arası ihale usulü arası

⁴¹¹ SEZGİNER, İdarenin Sözleşmeleri, s. 964.

⁴¹² ARSLAN, s. 129; TAŞDELEN, Kamu Harcamaları, s. 77.

⁴¹³ İNAN, s. 145.

⁴¹⁴ ARSLAN, s. 129; UZ, s. 192.

tercih yapmak durumunda olup, bir kere açık ihale usulünü tercih eden idarenin, bundan sonraki süreçte açık ihale usulüne ilişkin usul kurallarına göre hareket etmesi gerekmektedir⁴¹⁵. Bu bakımdan örneğin; açık ihale usulüne göre çıkarılan bir ihalede, istekliler ön yeterlilik değerlendirmesinden geçirilip değerlendirme sonucu yeterli bulunmayan isteklilere bu durumun, belli istekliler arasında ihale usulünde kullanılan formlar kullanılarak, bildirilmesi ya da sadece pazarlık usulünde mümkün olan “*isteklinin teklif fiyatını değiştirme ya da indirme*” imkânını açık teklif usulüne göre yürütülen bir ihalede teklif veren isteklilere sunmak ihalenin iptali sebebi sayılmaktadır⁴¹⁶.

2. Belli İstekliler Arasında İhale Usulü

Belli istekliler arasında ihale usulü, yapılacak ön yeterlik değerlendirmesi sonucunda idarece davet edilen isteklilerin teklif verebildiği usuldür (4734 s. Kanun m. 20). Kanun iki halde belli istekliler arası ihale usulünün uygulanabilir olduğunu belirtmiştir:

- a) Yapım işleri, hizmet ve mal alım ihalelerinden işin özelliğinin uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektirmesi nedeniyle açık ihale usulünün uygulanamadığı işler ve
- b) Yaklaşık maliyeti eşik değerinin yarısını aşan yapım işleri⁴¹⁷.

Bu noktada tartışılması gereken husus, açık ihale usulü ile belli istekliler arasında ihale usulü arasında nasıl bir ilişki olduğudur. 4734 s. Kanun’un 5. maddesine göre açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulü temel ihale usulleridir. Ancak Aynı Kanun’un 20. maddesi bize, belli istekliler arasında ihale usulünün ancak belli bazı hallerde uygulanabilir olduğunu ifade etmektedir. Dolayısıyla 20. madde hükmü ışığında denilebilir ki; işin özelliğinin uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektirmemesi halinde mal ve hizmet alımı ile yapım işi ihaleleri; aynı zamanda yaklaşık maliyeti eşik değerinin yarısını aşmamış olan yapım

⁴¹⁵ KİK, K.N. 2004/UK.Z-662, T. 02.06.2004, (Aktaran: **UZ**, s. 193).

⁴¹⁶ KİK, K.N. 2005/UH.Z-1130, T. 14.06.2005, (Aktaran: **ARSLAN**, s. 131). Böyle bir tutum 4734 s. Kanun’un 30. maddesindeki “*Verilen teklifler, zeyilname düzenlenmesi hali hariç, herhangi bir sebeple geri alınmaz ve değiştirilemez*” hükmüne aykırılık teşkil eder. Bkz. D. 13. Dairesi, E. 2008/10266, K. 2011/3889, T. 20.09.2011, Danıştay Dergisi, S. 129, s. 221.

⁴¹⁷ Bu hüküm uyarınca “*işin özelliğinin uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektirmesi*” koşulu aranmaksızın sadece maddi değere bakarak açık ihale usulünden sapılıyor oluşunun Anayasa’nın 11. ve 167. maddesine aykırı olduğu iddiasıyla açılan iptal davasında Anayasa Mahkemesi, iptal istemini reddetmiştir. Bkz. AY Mah. E. 2009/9, K. 2011/103, T. 16.06.2011, RG, T. 19.05.2012, S. 28297.

iş i ihaleleri ancak açık ihale usulü ile yürütülebilir⁴¹⁸. Madde metninde ifade edilen “yaptırılabilir” ibaresinden yola çıkarak, belirtilen şartlardan birisinin sağlanması halinde ise, idarelerin açık teklif usulü ile belli istekliler arasında ihale usulü arasında tercih yapabilmeye yönelik takdir hakları bulunduğu söylenebilir⁴¹⁹.

Bu usulde idare öncelikle, ihaleye katılmada yeterlilik kurallarının düzenlendiği 10. madde uyarınca, adayların ön yeterlilik koşullarını değerlendirecek, ön yeterlilik değerlendirmesinde asgari koşulları sağlayamayan istekliler yeterli kabul edilmeyeceklerdir. (4734 s. Kanun, m. 20/2-3).

İhaleye davet edilebilecek aday sayısının beşten az olması veya teklif veren istekli sayısının üçten az olması halinde ihale iptal edilir. Teklif veren istekli sayısının üçten az olması nedeniyle ihalenin iptal edilmesi durumunda, ihale dokümanı gözden geçirilerek varsa hatalar ve eksiklikler giderilmek suretiyle, ön yeterliği tespit edilen bütün istekliler tekrar davet edilerek ihale sonuçlandırılabilir (4734 s. Kanun, m. 20/4).

Teklif veren sayısının üçten az olması halinde uygulanacak usul 4734 s. Kanun’da belirtilmiş ise de, ihaleye davet edilebilecek aday sayısının beşten az olması halinde nasıl bir usul izleneceğine ilişkin Kanun’da hüküm bulunmamaktadır. Bu halde öğretilde, şartları oluşmuşsa doğrudan temin ya da pazarlık usulüne ilişkin hükümlerin işletilebileceği görüşü ifade edilmektedir⁴²⁰.

3. Pazarlık Usulü

4734 s. Kanun’un 4. maddesinde pazarlık usulü “*bu Kanunda belirtilen hallerde kullanılabilen, ihale sürecinin iki aşamalı olarak gerçekleştirildiği ve idarenin ihale konusu işin teknik detayları ile gerçekleştirme yöntemlerini ve belli hallerde fiyatı isteklilerle görüştüğü usulü*” olarak tanımlanmıştır.

⁴¹⁸ Bu bakımdan her ne kadar temel ihale usullerinden birisi olarak sayılsa da belli istekliler arasında ihale usulü; ancak Kanun’da belirtilen hallerde uygulanabilen bir usuldür. Bkz. ARSLAN, s. 133-134. “Anılan hüküm uyarınca, işin özelliğinin uzmanlık ve/veya yüksek teknoloji gerektirmesi nedeniyle açık ihale usulünün uygulanamayacağı mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalelerinde, belli istekliler arasında ihale usulünün seçilebileceği, şikâyete konu ihalenin ise, hastanenin tadilat ve onarımına ilişkin olduğu, ileri teknoloji veya uzmanlık gerektiren bir iş niteliğinde olmadığı anlaşılmıştır. Dolayısıyla, söz konusu ihalenin açık ihale usulüne göre gerçekleştirilmemiş olmasının, anılan Kanunu ilgili hükmüne aykırı olduğu değerlendirilmiştir.” KİK, K.N. 2007/UY.Z-1400, T. 12.04.2007, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 27.09.2017).

⁴¹⁹ TAŞDELEN, Kamu Harcamaları, s. 77.

⁴²⁰ UZ, s. 195.

Pazarlık usulünün iki temel özelliği bulunmaktadır. Bunlar; işin teknik detayları ile gerçekleştirme yöntemlerinin idare ile müzakere edilebilmesi olanağının olması; ilk fiyat teklifinden sonra isteklilerin ikinci kez teklifte bulunma haklarının varlığıdır⁴²¹.

Hangi hallerde pazarlık usulüne başvurulabileceği⁴²² hususu ise 4734 s. Kanun'un 21. maddesinde belirtilmiştir⁴²³. Buna göre:

- Açık ihale usulü veya belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan ihale sonucunda **teklif çıkmaması**⁴²⁴,
- Doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya idare tarafından önceden öngörülemeyen⁴²⁵ olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması,

⁴²¹ ARSLAN, s. 135. İlk teklif ve son teklif mektuplarının değerlendirilmesi 4734 s. Kanun'un 30. maddesine göre yapılmalı ve tekliflerin kendi içinde / teklifler arası uyumsuzlukların olduğu durumlarda buna göre karar verilmelidir. Bkz. KİK, K.N. 2011/UM.III-368, T. 24.01.2011, (Aktaran: ARSLAN, s. 142).

⁴²² İdarenin pazarlık usulüne başvurup başvurumama konusunda takdir yetkisi bulunduğu hakkında bkz. TAŞDELEN, Kamu Harcamaları, s. 80.

⁴²³ KİK, K.N. 2016/UY.III-411, T. 03.02.2016, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 29.09.2017). Kanunda belirtilen bu hallerin oluştuğunun idarece kanıtlanması gerekmektedir. Bkz. KİK, K.N. 2007/UM.Z-4151, T. 17.12.2007, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 29.09.2017); KİK, K.N. 2006/UH.Z-1500, T. 26.06.2006, (Aktaran: ARSLAN, s. 143). Aynı yönde bkz. UZ, s. 196; TAŞDELEN, Kamu Harcamaları, s. 79. Danıştay da koşullar oluşmadığı halde pazarlık usulüyle ihaleye çıkılmasının hukuka aykırı olduğuna karar vermektedir. Bkz. D. 13. Dairesi, E. 2016/2766, K. 2016/4225, T. 15.12.2016, (Yayımlanmamış Mahkeme Kararı).

⁴²⁴ İhaleye teklif verilmiş; ancak teklifler çok yüksek bulunduğu için ihale sonuçlandırılmamışsa, bu durumda pazarlık usulüne ilişkin bahsi geçen şartın gerçekleşmeyeceği hakkında bkz. UZ, s. 196; TAŞDELEN, Kamu Harcamaları, s. 80.

⁴²⁵ Kamu İhale Kurulu'na göre, açık ihale usulü ile gerçekleştirilen bir ihalenin daha sonra iptal edilmesi halinde idare açısından bu iptal "öngörülemeyen olay" niteliği taşımaktadır. KİK, K.N. 2017/UM.II-2162, T. 09.08.2017, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 29.09.2017). Açık ihale usulüyle yapılan temizlik hizmeti alım ihalesin iptal edilmesi sonucu ilgili dönem için acil temizlik hizmeti ihtiyacı doğduğundan bahisle tekrar ve aynı dönem için pazarlık usulüyle ihaleye çıkılmaz; ancak yeniden **yapılacak açık ihale süreci tamamlana kadar geçecek süre için** pazarlık usulüyle temizlik hizmetine ilişkin ihale yapılabilir. Bkz. KİK, K.N. 2008/UH.Z-1773, T. 28.04.2008, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 29.09.2017). Aynı şekilde ihale sürecinin beklenmedik bir biçimde uzaması halinde de idare, ihale sonuçlandırılmaya kadar geçecek süre için pazarlık usulüyle mal veya hizmet alımı yapabilir. Bkz. KİK, K.N. 2010-UH.I-686, T. 02.03.2010, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 29.09.2017). İhale süreci uzadığı için pazarlık usulüyle ihaleye çıkılıp sözleşme imzalandığı durumda; eğer sözleşmenin süresi sona ermeden asıl ihale tamamlanır ise, asıl ihalenin sonucunda imzalanacak olan sözleşmeye öncelik verilip pazarlık usulüyle yapılan ihale sonucu imzalanan sözleşme iş eksilişi yoluyla sona erdirilmelidir. Bkz. ARAPGİRLİ/DEMİREL, s. 136. Bu noktada idareler tarafından öngörülemeyen hallerin kapsamı belirlenirken dikkatli davranılmalı, işin özü itibarıyla öngörülebilir olan; fakat idarenin gecikmesi, ihmali gibi nedenlerden ötürü öngörülmemeyen haller bu madde kapsamına sokulmamalıdır. Aksi durum 4734 s. Kanun'un pazarlık usulünü bir istisna usul olarak düzenlerken güttüğü amaca aykırı olacaktır. Bkz. UZ, s. 198. Kamu İhale Kurulu da, örneğin; İstanbul'un hızlı nüfus artışı gibi sürekliliği olan ve önceden de bilinen bir olgunun ya da ağustos ayında acil ihtiyaç duyulduğu iddiasıyla ağustos ayının sonunda ihaleye çıkılması hallerinde Kanun'un aradığı şartların oluşmadığı sebebiyle pazarlık usulünün kullanılmayacağına hükmetmiştir. Kararlar için bkz. ARSLAN, s. 139; UZ, s. 198.

- Savunma ve güvenlikle ilgili özel durumların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması,
- İhalenin, araştırma ve geliştirme sürecine ihtiyaç gösteren ve seri üretime konu olmayan nitelikte olması,
- İhale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin özgün nitelikte ve karmaşık olması nedeniyle teknik ve malî özelliklerinin gerekli olan netlikte belirlenememesi,
- İdarelerin yaklaşık maliyeti ellimilyar (2018 yılı itibariyle 225.403,-TL- Kamu İhale Tebliği, 2018/1) Türk Lirasına kadar olan mamul **mal, malzeme veya hizmet alımları** (yapım işleri kapsam dışındadır⁴²⁶).

İhalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olduğu⁴²⁷ haller ile yaklaşık maliyeti parasal sınırın altında kalan işlere ilişkin ihalelerde pazarlık usulü uygulanırken ilan yapılması zorunlu olmayıp⁴²⁸, ilan yapılmayan hallerde en az üç istekli davet edilerek⁴²⁹, yeterlilik belgelerinin ve fiyat tekliflerinin birlikte verilmesi istenir (4734 s. Kanun, m. 21/2). Bu noktada, en az üç isteklinin davet edilmesi hususu kanuni zorunluluk olsa da Kanun'da, asgari geçerli teklif sayısına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu halde örneğin; ihaleye verilen tekliflerin sadece bir tanesinin geçerli teklif olması halinde idarenin bu istekli ile

⁴²⁶ **UZ**, s. 197.

⁴²⁷ İşin açık ihale usulüyle değil de pazarlık usulüyle yapılması halinde idarenin ilana çıkmamaktan dolayı kazandığı gün sayısı, işin ivedi olarak bitirilmesi için önemli değil ise, başka bir ifadeyle açık ihale usulünden saparak pazarlık usulüne geçme konusunda yeterli gerekçe bulunmuyorsa, pazarlık usulü uygulanamaz. Bkz. KİK, K.N. 2016/UY.III-411, T. 03.02.2016, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 29.09.2017). 4734 s. Kanun'un 21/b bendine göre pazarlık usulüyle ihaleye çıkılabilmesi için, ani ve beklenmeyen bir halin ortaya çıkması ve ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Bkz. Ankara Bölge İdare Mahkemesi, T. 16.03.2011, YD İtiraz No. 2011/1209, (Aktaran: **SEZGİNER**, İdarenin Sözleşmeleri, s. 45, dn. 25); **ARSLAN**, s. 137; **UZ**, s. 197.

⁴²⁸ Diğer hallerde ilan yapılmasının zorunlu oluşu hakkında bkz. **TAŞDELEN**, Kamu Harcamaları, s. 84.

⁴²⁹ Pazarlık usulünde üç isteklinin davet edilmesi her durumda hukuka uygun sayılmayabilir. Kamu İhale Kurulu'na göre; idareyi külfete sokmamak ve 21/b'deki süreci aksatmamak şartıyla ihaleye davet edilmek için ihale bazında yazılı olarak dilekçe veren firmaların da davet edilmesi, serbest rekabet ilkesine uygun düşer. Bkz. KİK, K.N. 2004/UK.Z-677, T. 02.06.2004, (Aktaran: **UZ**, s. 209). Ancak idari yargı aksi yönde kararlar vererek, pazarlık usulünde idarenin kimlere davet götüreceği konusunda takdir yetkisi olduğunu belirtmektedirler. Örneğin; bkz. Ankara 7. İdare Mahkemesi, T. 23.02.2010, YD İtiraz No. 2009/1971, (Aktaran: **SEZGİNER**, İdarenin Sözleşmeleri, s. 50 vd.). İlgililer, pazarlık usulüyle çıkılan ihaleye davet edilmeleri ve kendilerine doküman satılması amacıyla idareye başvurabilirler. Bu başvuru idarece reddedilirse henüz istekli veya istekli olabilecek sıfatı kazanılmadığı için, zorunlu idari başvuru yolları tüketilmeksizin idari yargıda dava açılabilir. Bkz. D. 13. Dairesi, E. 2015/3780, K. 2016/61, T. 26.01.2016, (Yayımlanmamış Mahkeme Kararı).

sözleşme imzalaması, 4734 s. Kanun'un 5. maddesinde sayılan ilkeler açısından problem yaratabilecektir⁴³⁰.

Pazarlık usulünde idare sınırsız bir yetkiye sahip olmayıp, uygulayacağı kuralların 4734 s. Kanun'da belirlenmiş olduğu ve idarenin ihalelere hâkim olan ilkelere riayet etmek durumunda olduğu belirtilmelidir⁴³¹.

Son olarak belirtilmelidir ki, 4734 s. Kanun'un 62. maddesinin 1 bendi uyarınca, idarelerin yaklaşık maliyeti 2018 yılı itibarıyla 225.403,-TL'ye kadar olan mamul mal, malzeme veya hizmet alımlarının doğrudan temin usulü ile yapılması halinde bu harcamaların yıllık toplamı, idarelerin bütçelerine bu amaçla konulacak ödeneklerin %10'unu, Kamu İhale Kurulu'nun uygun görüşü olmadıkça, aşamaz.

4. 4734 S. Kanun Kapsamında Özel Düzenlemeler İle Belirlenen Usuller

a) Danışmanlık Hizmet Alımları

4734 s. Kanun'un 48. maddesine göre "*mimarlık ve mühendislik, etüt ve proje, harita ve kadastro, her ölçekte imar planı, imar uygulama, ÇED raporu hazırlanması, plan, yazılım geliştirme, tasarım, teknik şartname hazırlanması, denetim ve kontrolörlük gibi teknik, mali, hukuki veya benzeri alanlardaki hizmetler, danışmanlık hizmet sunucularından alınır.*" Maddenin devamında "*danışmanlık hizmetleri, bu bölümde yer alan hükümlere uygun olarak sadece belli istekliler arasında ihale usulü ile ihale edilir*" hükmü bulunmaktadır⁴³². Bu nedenle danışmanlık hizmet alımları ayrı bir ihale usulü olmayıp, temelde belli istekliler

⁴³⁰ Şu halde idarenin ihale sürecini ihale hukukuna hâkim olan ilkelere ve üzerine düşen özen yükümlülüğüne uygun olarak yürütmelidir. **BOZKURT**, s. 67. Kamu İhale Kurumu da pazarlık usulüne ilişkin vermiş olduğu bir kararında, 4 firmanın ihaleye davet edilmiş olduğu, firmalardan ikisinin teklif verdiği ve tekliflerden birisinde bulunan eksikliklerden dolayı ilgili teklifin değerlendirme dışı bırakıldığı hususları gözetildiğinde serbest rekabet ortamını ihlal edecek bir durum oluşmadığına karar vermiştir. Bkz. KİK, K.N. 2012/UH.I-3635, T. 19.09.2012 (Aktaran: **ARSLAN**, s. 142).

⁴³¹ **KUTLU**, s. 184; **TAŞDELEN**, Kamu Harcamaları, s. 84; D. 13. Dairesi, E. 2016/2766, K. 2016/4225, T. 15.12.2016, (Yayımlanmamış Mahkeme Kararı).

⁴³² Kanun maddesindeki "*teknik, mali, hukukî veya benzeri alanlarda niteliği itibarıyla kapsamlı ve karmaşık olduğu, özel uzmanlık ve deneyim gerektirdiği idarece tespit edilen hizmetler*" ifadesi 5812 s. Kanun'la (RG, T.05.12.2008, S. 27075) madde metninden çıkarılmıştır. Değişiklik öncesi dönemde idarelerin, madde metninde belirtilen işlerle ilgili her tür durumda danışmanlık hizmet alım usulüne başvuramayacağı, ancak ve ancak niteliği itibarıyla kapsamlı ve karmaşık olduğu, özel uzmanlık ve deneyim gerektirdiği idarece tespit edilen işler için bu yola başvurulabileceği, idarenin takdir yetkisinin de denetime açık olduğu ifade edilmekteydi. Bkz. **UZ**, s. 210. İlgili değişiklik sonrası idarelerin bu tür alımlarla ilgili takdir yetkisinin daha da genişlediği söylenebilir.

arasında ihale usulünün farklı bir görünümünü oluşturmaktadır⁴³³. Şu halde danışmanlık hizmet alımları; **1)** Belli istekliler arasında ihale usulü uygulanarak; fakat 4734 s. Kanun m. 48 hükümlerine göre ihale edilir. **2)** Ancak yaklaşık maliyeti Kanun'un 13'üncü maddenin (b) bendinin (2) numaralı alt bendinde hizmet alımları için öngörülen üst limit tutarının⁴³⁴ dört katının altında kalan danışmanlık hizmetleri, hizmet alımı ihalesiyle gerçekleştirilebilir. Bu halde Hizmet Alım İhaleleri Uygulama Yönetmeliği⁴³⁵ uygulama alanı bulur. **3)** Son olarak ihale konusu iş 4734 s. Kanun'un 21. ya da 22. maddesindeki şartları taşıyorsa, danışmanlık hizmeti pazarlık usulüne ya da doğrudan temin usulüne göre gördürülebilir.

b) Doğrudan Temin

4734 s. Kanun'un 4. maddesine göre doğrudan temin, *"bu Kanunda belirtilen hallerde ihtiyaçların, idare tarafından davet edilen isteklilerle teknik şartların ve fiyatın görüşülerek doğrudan temin edilebildiği usulü"* ifade eder. Doğrudan temin yoluyla alım yöntemi, 4734 s. Kanun'da 4964 s. Kanun⁴³⁶ ile yapılan değişiklikle, bir ihale usulü olmaktan çıkarılmış olup, anılan Kanun'un 22. maddesinde düzenlenen koşulların varlığı halinde uygulanabilmektedir. Doğrudan temin yoluyla alım şartlarının mevcudiyetinin tespiti ve uygulanması bakımından yetki ve sorumluluk ise idarelere ait bulunmaktadır⁴³⁷. Buna göre aşağıdaki hallerde doğrudan temin usulüne başvurulabilir⁴³⁸:

- İhtiyacın sadece gerçek veya tüzel **tek kişi** tarafından karşılanabileceğinin tespit edilmesi⁴³⁹,
- Sadece gerçek veya tüzel **tek kişinin** ihtiyaç ile ilgili özel bir hakka sahip olması,

⁴³³ TAŞDELEN, Kamu Harcamaları, s. 79.

⁴³⁴ Bu parasal limitler 2017 itibarıyla 135.238,-TL ve 270.489,-TL'dir. Bkz. Kamu İhale Tebliği, Tebliğ No: 2018/1.

⁴³⁵ RG, T. 04.03.2009, S. 27159 (mükerrer).

⁴³⁶ RG, T. 15.08.2003, S. 25200.

⁴³⁷ KİK, K.N. 2013/UM.IV-4965, T. 26.12.2013, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 23.02.2018).

⁴³⁸ Kanun aynı maddesinde farklı nedenler de öngörmüş olup, metne sadece belli başlıları aktarılmıştır. Diğer nedenler için bkz. 4734 s. Kanun, m. 22. Özellikle 22. maddenin 1. fıkrasının e bendi *"idarelerin ihtiyacına uygun taşınmaz mal alımı veya kiralanması"* hükmünü içererek, küçük/büyük ölçekli ayrımı yapmaksızın idarelerin her tür taşınmaz mal alımı ve kiralanması işlerinin doğrudan temin usulüne yapılabileceğini düzenlemiştir. Bu düzenlemenin hem 4734 s. Kanun'un ruhuna hem de doğrudan temin usulünün amacına aykırılıklar oluşturabileceği hakkında bkz. UZ, s. 222.

⁴³⁹ Bu durumda idare, ihtiyacın neden sadece tek bir gerçek ya da tüzel kişi tarafından karşılanabileceğini detaylıca açıklamakla yükümlüdür. Bkz. ARSLAN, s. 523.

- 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,
- Büyükşehir belediyesi sınırları dâhilinde bulunan idarelerin onbeş milyar (2018 itibarıyla 67.613-TL, Kamu İhale Tebliği, 2018/1), diğer idarelerin beşmilyar (2018 itibarıyla 22.524,-TL, Kamu İhale Tebliği, 2018/1) Türk Lirasını aşmayan ihtiyaçları ile temsil ağırlama faaliyetleri kapsamında yapılacak konaklama, seyahat ve iaaşeye ilişkin alımlar,
- Özelliğinden ve belli süre içinde kullanılma zorunluluğundan dolayı **stoklanması ekonomik olmayan veya acil durumlarda kullanılacak olan** ilaç, aşı, serum, anti-serum, kan ve kan ürünleri ile ortez, protez gibi uygulama esnasında hastaya göre belirlenebilen ve hastaya özgü tıbbî sarf malzemeleri, test ve tetkik sarf malzemeleri alımları.

Bu maddeye göre yapılacak alımlarda, Kanun'un 18. maddesinde sayılan ihale usulleri için tespit edilen kurallara uyulmaksızın; ilan yapılmadan, teminat alınmadan, **ihale komisyonu kurma** ve 10. maddede sayılan **yeterlik kurallarını arama zorunluluğu bulunmaksızın**, ihale yetkilisince görevlendirilecek kişi veya kişiler tarafından piyasada fiyat araştırması yapılarak ihtiyaçlar temin edilir⁴⁴⁰ (4734 s. Kanun, m. 22/2, Kamu İhale Genel Tebliği, m. 22.1.1.1).

Bu noktada özel bir düzenlemeden bahsetmek gerekmektedir. 5393 sayılı Belediye Kanunu⁴⁴¹'nin 57. maddesi "*hizmetlerde aksama*"yı düzenlemektedir. Buna göre madde metninde belirtilen şartların gerçekleşmesi durumunda İçişleri Bakanlığı talebi üzerine yetkili sulh hukuk hâkimi, belediye hizmetlerinde aksama olduğunu tespit eden bir karar verir. Bu durumda İçişleri Bakanı, hizmetlerde meydana gelecek aksamanın giderilmesini, hizmetin

⁴⁴⁰ Tüm bu nedenlerle doğrudan temin usulü, bir ihale usulü olarak kabul edilmemektedir. Bkz. 4964 s. Kanun Genel Gerekçesi, TC. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü, S. B. 02.0.KKG.0.10/101-696/3283, (www.tbmm.gov.tr, E.T.: 17.11.2017); D. 1. Dairesi, E. 2009/1123, K. 2009/1440, T. 21.10.2009, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 29.09.2017). Doğrudan temin usulünün ihale usulü olmaktan çıkarılmasının eleştirisi için bkz. UZ, s. 212 vd. Bir ihale usulü olmasa da doğrudan temin usulünde idarelerin yine piyasa araştırması yapmak suretiyle en uygun bedelle kamu alımı yapmaları gerektiği hakkında bkz. SEZGİNER, İdarenin Sözleşmeleri, s. 53.

⁴⁴¹ RG, T. 13.07.2005, S. 25874.

özelliğine göre makul bir süre vererek belediye başkanından ister. Aksama giderilemezse, söz konusu hizmetin yerine getirilmesini o ilin valisinden ister. İçişleri Bakanlığının talebi üzerine sulh hukuk hâkimi tarafından alınan karara karşı ilgili belediyece asliye hukuk mahkemesine itiraz edilebilir. İlgili maddeye 674 sayılı Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamesi⁴⁴² ile eklenen fıkraya göre hizmetlerin aksatılmasının terör veya şiddet olaylarıyla mücadeleyi olumsuz etkilediğinin veya etkileyeceğinin valilik tarafından belirlenmesi halinde hizmetlerde aksamanın giderilmesi için gereken ihtiyaçların sağlanması, 4734 s. Kanun'da belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın doğrudan temin usulüyle olacaktır.

Son olarak belirtmelidir ki, 4734 s. Kanun'un 62. maddesinin 1 bendi uyarınca, Büyükşehir belediyesi sınırları dâhilinde bulunan idarelerin 2018 itibariyle 67.613-TL, diğer idarelerin 2018 itibariyle 22.524,-TL, Türk Lirasını aşmayan ihtiyaçları ile temsil ağırlama faaliyetleri kapsamında yapılacak konaklama, seyahat ve iâşeye ilişkin alımların doğrudan temin usulü ile yapılması halinde bu harcamaların yıllık toplamı, idarelerin bütçelerine bu amaçla konulacak ödeneklerin %10'unu, Kamu İhale Kurulu'nun uygun görüşü olmadıkça, aşamaz.

c) Tasarım Yarışmaları

4734 s. Kanun'un 23. maddesine göre "*idareler gerekli gördükleri mimarlık, peyzaj mimarlığı, mühendislik, kentsel tasarım projeleri, şehir ve bölge plânlama ve güzel sanat eserleri ile ilgili bir plân veya tasarım projesi elde edilmesine yönelik olarak, ilgili mevzuatında belirlenecek usul ve esaslara göre rekabeti sağlayacak şekilde ilân yapılmak suretiyle, jüri tarafından değerlendirme yapılmak üzere ödüllü veya ödüksüz yarışma yaptırabilir.*" Kanun'un düzenlemesi göz önüne alındığında, rekabeti sağlamak amacıyla ilan yapılması haricinde, tasarım yarışmalarına uygulanacak kurallar ilgili mevzuata bırakılmıştır. Bu bakımdan tasarım yarışmalarıyla ilgili olarak hazırlanmış olan yönetmelik hükümleri uygulama alanı bulur. Burada dikkat edilmesi gereken husus, işin gerçekten tasarım yarışması gerektirip gerektirmediğinin ortaya konulmasıdır. Gerçekten de, örneğin; danışmanlık hizmeti almak suretiyle giderilebilecek bir ihtiyacın varlığı halinde tasarım yarışması usulüne, sırf

⁴⁴² RG, T. 01.09.2017, S. 29818 (2. mükerrer).

daha kolay bir usul olduğu gerekçesiyle, gidilmesi Kanun'un düzenleniş amacına aykırı olacaktır⁴⁴³.

C) İHALE SÜRECİ

4734 s. Kanun kapsamında ihale süreci, genel hatlarıyla aşağıdaki şemada belirtilen usule göre yürütülmektedir:

Hazırlık Aşaması

1. İhtiyacın Ortaya Çıkması
2. Teknik Şartnamenin ve İhale Dokümanının Hazırlanması
3. Yaklaşık Maliyetin Tespiti
4. İhale Usulünün Tespiti
5. İhale Onayının Alınması
6. İhale Komisyonunun Kurulması ve İhalenin İlanı

İhale Aşaması

7. İhaleye Katılma
8. Tekliflerin Değerlendirilmesi
9. İhalenin Karara Bağlanması ve Onaylanması

Sözleşme Aşaması

10. Sözleşmeye Davet ve Sözleşmenin Yapılması

1. İhtiyacın Ortaya Çıkması

Birimlerde ihtiyaç duyulan mal veya hizmet alımına ilişkin talep harcama yetkilisine⁴⁴⁴ bildirilir. O yıl bütçesinde ödeneği bulunmayan hiçbir iş için ihaleye çıkılmaz (4734 s. Kanun, m. 5).

İdare, ihalelere ilişkin iş ve işlemlere başlamadan önce Elektronik Kamu Alımları Platformu (EKAP) kapsamında bir **ihtiyaç raporu** hazırlayacaktır⁴⁴⁵. Hazırlanan bu raporda

⁴⁴³ UZ, s. 225.

⁴⁴⁴ Hukukumuzda ihale yetkilisinin aynı zamanda harcama yetkilisini ifade ettiği hakkında bkz. SEZGİNER, İdarenin Sözleşmeleri, s. 962; TEKİN, Tahir, Harcama Yetkilisi – İhale Yetkilisi, Yerel Yönetim ve Denetim Dergisi, C. 11, S. 6, 2006, <http://www.kontder.org.tr/harcama-yetkilisi.html>, (E.T.: 09.10.2017).

⁴⁴⁵ EKAP'a kayıt yaptırma zorunluluğu olan idareler: 1- 5018 s. Kanun uyarınca harcama birimi olarak belirlenen tüm idareler, 2- 5018 s. Kanuna tabi olmayan ve fakat 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında ihale yapan idareler. (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 02.10.2017).

yer alan bilgiler daha sonra ihale ve ön yeterlik dokümanının hazırlanmasında da kullanılmaktadır. İhtiyaç raporu hazırlandıktan sonra EKAP'tan ihale kaydı yapılarak işlemlere devam edilecektir. Yapılacak işlemlerin takip edilebilmesi için kaydı yapılan ihaleye sistem tarafından geçici bir numara verilmektedir. İhale onay işlemlerinin gerçekleştirilmesinden sonra EKAP'tan İhale Kayıt Numarası (*İKN*) alınarak daha önceden oluşturulmuş ihtiyaç raporu ile İKN ilişkilendirilir. İKN, ihale onayı ile bağlantılı olup, ihale onayı değiştirildiğinde ve/veya iptal edildiğinde idarece İKN iptal edilmektedir. Aynı işle ilgili olarak yeni bir ihale onayı alındığında ise, idarece yeni bir İKN alınması gerekmektedir⁴⁴⁶.

2. Teknik Şartnamenin ve İhale Dokümanının Hazırlanması

İhale dokümanı "*ihale 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 bilgileri*" ifade eder (4734 s. Kanun, m. 4)⁴⁴⁷. Başka bir deyişle ihale dokümanı, istekli olabileceklere satılan bilgi ve belgelerin bütünüdür⁴⁴⁸.

İhale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin her türlü özelliğini belirten idari ve teknik şartnamelerin⁴⁴⁹ **idarelerce hazırlanması esastır**. Ancak, mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin özelliği nedeniyle idarelerce hazırlanmasının mümkün olmadığı ihale yetkilisi tarafından onaylanması kaydıyla, teknik şartnameler bu Kanun hükümlerine göre hazırlanabilir (4734 s. Kanun, m. 12/1).

İdari şartname; mal, hizmet ve yapım işlerine ilişkin yönetmeliklerin ekinde standart form olarak belirtilmiştir⁴⁵⁰. İdarelerin görevi EKAP üzerinden ilgili tip şartnamelerdeki

⁴⁴⁶ Kamu İhale Genel Tebliği, m. 30.

⁴⁴⁷ İhale dokümanı dipnotlarıyla birlikte değerlendirilir. Bkz. KİK, K.N. 2011/UH.III-4183, T. 12.12.2011. İhale dokümanı ile getirilen düzenlemeler genel olarak mevzuat hükümlerine uygun olmak zorundadır. Örneğin; ihale şartnamesinde gördürülecek olan iş kapsamında çalışacak işçilerin çalışma saat ve süreleri 4857 s. İş Kanunu'nun emredici hükümlerine aykırı ise ihale iptal edilir. Bkz. KİK, K.N. 2012/UH.I-1066, T. 20.02.2012; KİK, K.N. 2011/UH.II-345, T. 20.01.2011, (Aktaran: **ARSLAN**, s. 164, 167 ve 169). Ayrıca idare, idari şartnamede teknik hususlara yer vererek, teknik şartname hazırlanmışsa, başka bir deyişle teknik kriterlere idari şartnamede yer vermişse ve bu durum ihalelere teklif verme konusunda bir engel doğurmuyorsa ihalenin iptali gerekmez. Bkz. KİK, K.N. 2009/UH.III-295, T. 19.01.2009, (Aktaran: **ARSLAN**, s. 187).

⁴⁴⁸ **ARAPGİRLİ/DEMİREL**, s. 18.

⁴⁴⁹ İhale hukukunda şartnameler hakkında geniş bilgi için bkz. **YILMAZ**, s.155 vd.

⁴⁵⁰ Bkz. Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, m. 15; Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, m. 12 ve Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, m. 14.

boşlukları mevzuata uygun olarak doldurmaktır. İdari şartnamelerde bulunması gereken asgari hususlar 4734 s. Kanun'un 27. maddesinde düzenlenmiştir⁴⁵¹.

İhale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin teknik kriterlerine ihale dokümanının bir parçası olan teknik şartnamelerde yer verilir⁴⁵². Belirlenecek teknik kriterler, verimliliği ve fonksiyonelliği sağlamaya yönelik olacak, rekabeti engelleyici hususlar içermemeli ve bütün istekliler için fırsat eşitliği sağlanmalıdır⁴⁵³.

İhale dokümanını oluşturan belgelerde çelişkilerin bulunması (*örneğin; yaklaşık maliyetin farklı tutarlarda belirtilmesi*) durumu, ihalenin iptali sebebi olabilecektir⁴⁵⁴. İhale dokümanı ile sözleşme hükümleri arasında çatışma olduğu durumlarda ise ihale dokümanında yer alan hükümler esas alınır⁴⁵⁵.

İhale üzerinde kalan istekli tarafından sunulan ürünlerin teknik şartnameye uygun olmadığı anlaşılırsa ihale iptal edilir⁴⁵⁶. Keza ihale dokümanlarının açık, net ve herkes

⁴⁵¹ Örneğin; 4734 s. Kanun'un 27. maddesine göre yeterlilik kriterleri idari şartnamede gösterilmelidir. Teknik şartnamede belirtilen hususlar "yeterlilik kriteri" olarak değerlendirilemez. Bkz. KİK, K.N. 2012/UM.II-3033, T. 25.07.2012, (Aktaran: **ARSLAN**, s. 175).

⁴⁵² Teknik şartnamenin işin teknik detaylarını içermesi ve iş ile ilgili gecikmelerde kesilecek cezalara ilişkin düzenlemelerin kural olarak teknik şartnamede düzenlenmemesi gerektiği; teknik şartnamede bu hususta bir düzenleme varsa dahi bu düzenlemenin sözleşme tasarısına uygun olması gerektiği, teknik şartname ile sözleşme tasarısı arasında çelişki olduğu zaman önceliğin sözleşme tasarısında olduğu hakkında bkz. KİK, K.N. 2012/UH.III-4185, T. 07.11.2012, (Aktaran: **ARSLAN**, s. 164).

⁴⁵³ İdarenin teknik şartnamede, firmaların verecekleri hizmetleri görmek için belli bir deneme süresi içerisinde uygulama yapmasına ilişkin düzenleme "verimliliği ve fonksiyonelliği sağlamaya yönelik" olmayıp aksine saydamlık ve eşit muamele ilkelerine aykırılık teşkil edecektir. Bkz. KİK, K.N. 2008/UH.Z-1427, T. 31.03.2008, (Aktaran: **ARSLAN**, s. 167). Aynı yönde bkz. **BOZKURT**, s. 65.

⁴⁵⁴ KİK, K.N. 2011/UH.III-482, T. 31.01.2011. İdari ve teknik şartnamede ihale saatine ilişkin farklı hükümler bulunmakta ise, mevzuat gereği ihale saatinin idari şartnamede düzenlenmesi gerekliliği de göz önüne alındığında, idari şartnamede belirtilen saat esas alınmalıdır. Bkz. KİK, K.N. 2013/UH.III-2143, T. 15.05.2013 (Aktaran: **ARSLAN**, s. 163 ve 166).

⁴⁵⁵ Bkz. Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'ne Ekli Hizmet Alımlarına Ait Tip Sözleşme, m. 8/1; Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'ne Ekli Mal Alımlarına Ait Tip Sözleşme m. 8/1; Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'ne Ekli Yapım İşlerine Ait Tip Sözleşme m. 8/1.

⁴⁵⁶ "İdare Mahkemesi'nce; davacı şirket tarafından sunulan numunelerin şartnameye uyup uymadığının tespiti amacıyla bilirkişi incelemesi yaptırılmasına karar verildiği; bilirkişi raporunda özetle; sunulan ürünlerin bir kısmının teknik şartnameye uygun olmadığı belirtiltiği; bu durumda; davacı şirket tarafından sunulan ürünlerin teknik şartnameye uygun olmadığı anlaşıldığından, ihalenin iptaline ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş (...) anılan Mahkeme kararının onanmasına (...) karar verildi." D. 13. Dairesi, E. 2015/2026, K. 2015/3144, T. 15.09.2015, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 02.10.2017).

tarafından anlaşılır biçimde hazırlanmaması ve bu nedenle kimi isteklilerin hatalı teklif vermesi durumunda, ihale serbest rekabet ilkesine aykırılıktan ötürü iptal edilecektir⁴⁵⁷.

3. Yaklaşık Maliyetin Tespiti

Mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalesi yapılmadan önce idarece, her türlü fiyat araştırması yapılarak katma değer vergisi hariç olmak üzere yaklaşık maliyet belirlenir⁴⁵⁸ ve dayanaklarıyla birlikte bir hesap cetvelinde gösterilir. Yaklaşık maliyete ihale ve ön yeterlik ilânlarında yer verilmez, isteklilere veya ihale süreci ile resmî ilişkisi olmayan diğer kişilere bu bilgi açıklanmaz (4734 s. Kanun, m. 9).

Kamu ihalelerinde yaklaşık maliyetin hesaplanması büyük önem taşımaktadır. Yaklaşık maliyetin hesaplanmasında dört yöntem bulunmaktadır⁴⁵⁹. Buna göre:

1. Yaklaşık maliyetin idarece önceki benzer işler için yapılan araştırma ve ihale sonuçlarından hareketle hesaplanması,
2. Yaklaşık maliyetin başka idareler tarafından yapılan benzer ihale tecrübelerinden faydalanılarak hesaplanması,
3. Yaklaşık maliyetin piyasada fiyat araştırması yapılarak, firmalardan teklifler alınarak hesaplanması,
4. Yaklaşık maliyetin iş ile ilgili Bakanlık tarafından belirlenen “birim fiyatlar” kullanılarak hesaplanması yöntemleri uygulanabilir. İdareler genellikle dördüncü yöntemi tercih etmektedirler. Çünkü bu yolla hesaplanan maliyet “resmi fiyatlara” dayanan bir maliyet olacağı için, diğer üç yolun tercih edilmesi ile ortaya çıkabilecek bazı olumsuz isnatlardan korunmuş olacaktırlar⁴⁶⁰.

⁴⁵⁷ D. 13. Dairesi, E. 2009/774, K. 2012/1947, T. 28.06.2012, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 25.11.2017).

⁴⁵⁸ Mal, hizmet alımı ve yapım işi ihalelerinde yaklaşık maliyetin tespiti bazı farklılıklar arz etmekte olup, ilgili yönetmeliklerde bu konuya ilişkin detaylı hükümler bulunmaktadır. Bu konuda bkz. **ARSLAN**, s. 103 vd.

⁴⁵⁹ RK, Dosya S. 2011-3-4, Karar S. 11-26/503-157, T. 28.4.2011, (http://www.rekabet.gov.tr, E.T.: 02.10.2017).

⁴⁶⁰ “Ancak Bakanlığın belirlediği binlerce birim fiyatın teknolojideki ve ekonomideki gelişmelere göre güncellenememesi, sadece enflasyona endekslenerek artış yapılması, genellikle yaklaşık maliyetin yüksek çıkmasına neden olmaktadır. Bazı idareler gerçekçi bulmadıkları bu maliyet üzerinden %30, %40 hatta %50 indirim yaparak yaklaşık maliyeti belirlemektedirler.” RK, Dosya S. 2011-3-4, Karar S. 11-26/503-157, T. 28.4.2011, (http://www.rekabet.gov.tr, E.T.: 02.10.2017).

İhale sürecinde yaklaşık maliyet hesabı iki temel amaca hizmet eder. İlk idareler ihaleye çıkacakları işin yaklaşık olarak ne kadara mal olacağını hesaplayarak bütçe ve finansal durumlarına göre hareket etme imkânı yakalarlar. Diğer yönden ise ihaleye teklif verecek olan isteklilerin kendi aralarında anlaşarak, ihale konusu işin gerçek maliyetinin çok üzerinde teklifler vermek suretiyle idarelerin yüksek fiyatlar üzerinden sözleşmeler yapmasının önüne geçilmektedir⁴⁶¹.

4. İhale Usulünün Tespiti

4734 s. Kanun'da düzenlenmiş ve bir önceki başlıkta açıklanan ihale usullerinden işin niteliğine uygun düşen usul belirlenerek ihale usulü tespit edilir.

5. İhale Onayının Alınması

4734 s. Kanun'un "*ihale işlem dosyası*" kenar başlıklı 7. maddesine göre ihalesi yapılacak her iş için bir işlem dosyası düzenlenir. Bu dosyada ihale yetkilisinden alınan onay belgesi de bulunmalıdır. İhale yetkilisinden onay alınmadan ihalenin hazırlık aşamasının bitirilmesi hukuken mümkün değildir⁴⁶².

İhale onay belgesi sadece Kanun'da öngörülen ihale usullerinin (açık ihale, belli istekliler arasında ihale ya da pazarlık usulü) uygulandığı hallerde gereklidir. Başka bir ifadeyle doğrudan temin usulü ya da diğer istisnai hükümlere göre yapılacak alımlarda, ihale onay belgesi değil, harcama belgeleri yönetmeliklerinde düzenlenen onay belgeleri doldurulacaktır.

İhale onay belgesinin imzalanması ihaleye aşamasına geçişi ve dolayısıyla harcama yapma yetkisini verdiği için⁴⁶³, belgenin 5018 s. Kanun'da belirtilen harcama yetkililerince imzalanması gerekmektedir⁴⁶⁴.

⁴⁶¹ **KAPLAN**, s. 30. Bunun yanında yaklaşık maliyetin aşırı düşük tekliflerin saptanması açısından da önemi olduğu hakkında bkz. **SEZGİNER**, İdarenin Sözleşmeleri, s. 1332 vd.. Ayrıca bkz. **AKSOY**, Mehmet, Yapım İşleri Kamu Alımlarında Yaklaşık Maliyet Belirleme Usulünün Sözleşme Bedeli ve Etkin Kaynak Kullanımına Etkisi, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 5, S. 1, Ocak 2015, s. 70 vd.

⁴⁶² **ARSLAN**, s. 146.

⁴⁶³ **ARSLAN**, s. 148.

⁴⁶⁴ Harcama yetkililerini saptamak için Harcama Yetkilileri Hakkında Genel Tebliğ-Seri No: 1 (RG, T. 31.12.2005, S. 26040) ve Seri No: 2 (RG, T. 28.04.2006, S. 26152) hükümlerine bakılmalıdır.

6. İhale Komisyonunun Kurulması ve İhalenin İlanı

İhale komisyonu üyeleri, yedek üyeler dâhil olmak üzere, ihale yetkilisi tarafından görevlendirilir. İhale yetkilisi, biri başkan olmak üzere, ikisinin ihale konusu için uzmanı olması şartıyla⁴⁶⁵, ilgili idare personelinden en az dört kişinin ve muhasebe veya malî işlerden sorumlu bir personelin katılımıyla kurulacak **en az beş ve tek sayıda** kişiden oluşan ihale komisyonunu, yedek üyeler de dâhil⁴⁶⁶ olmak üzere görevlendirir. Gerekli incelemeyi yapmalarını sağlamak amacıyla ihale işlem dosyasının birer örneği, ilân veya daveti izleyen üç gün içinde ihale komisyonu üyelerine verilir (4734 s. Kanun, m. 6)⁴⁶⁷. Ayrıca belirtmelidir ki “*ihale sürecindeki değerlendirmeleri yapmak üzere oluşturulan ihale komisyonu dışında, başka adlar altında komisyonlar kurulamaz.*”⁴⁶⁸

İlan ile ilgili ise 4734 s. Kanun üç temel madde ile konuyu düzenlemiştir;

4734 s. Kanun’un 13. maddesi ihale ilan süreleri, kuralları ve ön ilan ile ilgili olup süreler ile ilgili temel ölçüt yaklaşık maliyetin eşik değeri aşım aşmaması hâlidir. Bu durumlara bağlı olarak Kanun’da farklı süreler öngörülmüştür (4734 s. Kanun, m. 13/1). Ön ilan yapılacaksa, bu ön ilanın taşınması gereken şartlar da yine aynı maddenin beşinci bendinde

⁴⁶⁵ İhale komisyonu kurulurken hangi üyelerin “uzman” sıfatına sahip olduğu ve nasıl mesleki niteliklere sahip olduklarının açıkça belirtilmesi gerektiği; hangi üyelerin uzman üye olduğunun anlaşamadığı durumlarda ihale komisyonunun **teklifleri değerlendirme ehliyetinin bulunmayacağı** ve ihalenin iptalinin gerektiği hakkında bkz. KİK, K.N. 2010/UM.I-985, T. 06.04.2010. İhale yetkilisinin, hiyerarşik üstü konumunda bulunan bir kimseyi ihale komisyonunda görevlendirmesi durumunda hiyerarşik üst konumda olan kişinin dahil olduğu komisyon kararının hiyerarşik alt konumundaki ihale yetkilisi tarafından onaylanması gerektiği ve bu durumun hiyerarşi ilkesine aykırı olacağı hakkında bkz. KİK, K.N. 2010/UH.III-767, T. 11.03.2010. İhale komisyonunda “*işin uzmanı üye bulunması*” şartının aranması, ihale sürecinde hem teknik hem mali değerlendirmelerin tek bir komisyon aracılığıyla yürütülmesinin sağlanmasıdır. Bu bakımdan ihale komisyonunda işin uzmanı üyeler olduğu halde, komisyona üye olmayan üçüncü kişilere teknik rapor hazırlanması ihalenin iptalini gerektirir. Bkz. KİK, K.N. 2012/UM.III-3196, T. 08.08.2012. (Kararlar için bkz. **ARSLAN**, s. 153 vd.).

⁴⁶⁶ İhale süreci devam ederken ihale yetkilisi ve ihale komisyonunda yer alan 2 kişinin görev değişikliği nedeniyle başka yere atanması sonucu ihale komisyonunda **boşalan yerlere yedek üyelerin getirilmesi gerekirken başka kimselerin görevlendirilmesi** mevzuata aykırıdır. Bkz. KİK, K.N. 2006/UY.Z-1223, T. 15.05.2006, (Aktaran: **ARSLAN**, s. 158). Aynı yönde bkz. **BOZKURT**, s. 64.

⁴⁶⁷ İhale Uygulama Yönetmelikleri incelendiğinde “*ihale yetkilisi, ihaleyi gerçekleştirmek üzere Kanunun 6. maddesi gereğince, ihale ilanı veya ön yeterlik ilanı ya da davet tarihini izleyen en geç üç gün içinde ihale komisyonunu oluşturur*” hükmünün ortak olarak varlığı görülür. Bu durumda yönetmelik hükmüne göre ihale komisyonu **ihale ilanı veya ön yeterlik ilanı ya da davet tarihini izleyen en geç üç gün içinde** oluşturulmalıdır. İhale komisyonunun 5018 s. Kanun uyarınca “*gerçekleştirme görevlileri*” olduğu ve bu Kanun hükümlerine göre komisyon başkan ve üyelerinin ihale onay belgesiyle birlikte belirlenmesi gerektiği, kaldı ki 4734 s. Kanun’da ihale komisyonunun ilanı ya da daveti izleyen 3 gün içinde kurulması gerektiğine dair bir hüküm bulunmadığı, yönetmelikte bulunan ve aktarılan bu hükmün 5018 ve 4734 s. Kanunlara aykırı olduğu hakkında bkz. **ARSLAN**, s. 149, dn. 97.

⁴⁶⁸ Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, m. 19/4; Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, m. 17/4; Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, m. 20/4.

düzenlenmiştir. İhale ilanında bulunması gereken şartlar Kanun'un 24. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre ihale dokümanında belirtilmeyen hususlara ilânlarda yer verilemez. Belli istekliler arasında ihale usulüne ilişkin olarak ön yeterlilik ilanı verilecek ise bu ilanda bulunması gereken şartlar Kanun'un 25. maddesinde düzenlenmiştir.

Yukarıdan aktarılan bu hükümlere (4734 s. Kanun, m. 13-24-25) aykırı ilan yapılırsa ve bu durum düzeltilmez ise ihale veya ön yeterlilik aşamasına geçilemez (4734 s. kanun, m. 26/1)⁴⁶⁹.

Ancak, 13. maddede belirtilen ilânın yapılmaması veya ilân sürelerine uyulmaması halleri hariç olmak üzere, yapılan ilânlarda anılan yasal düzenlemeye aykırılık olduğu belirlenirse idare bu hatalı ilanını “*düzeltilme ilanı*” yaparak kanuna uygun hale getirebilir (4734 s. Kanun, m.26/2). İhale dokümanında bulunan kimi eksikliklerin ihale inana da yansdığı durumlarda, ihale dokümanında bulunan eksiklikler zeyilname ile düzeltilebilirken, ilanda bulunan eksiklikler için mutlaka bir düzeltme ilanına çıkılması gerekmekte olup, idarenin ihale ilanındaki eksikliği de zeyilname ile düzeltmesi mümkün değildir⁴⁷⁰.

7. İhaleye Katılma

İhaleye katılmak isteyenler ihale ve ön yeterlilik dokümanını bedelsiz olarak görebilirler. Ancak, ön yeterlik veya ihaleye katılmak isteyen isteklilerin bu dokümanı satın almaları zorunludur. İlan yapılmayan ihalelerde, ihale dokümanı sadece idare tarafından davet edilenlere satılır. Doküman bedeli, basım maliyetini aşmayacak ve rekabeti engellemeyecek şekilde idarelerce tespit edilir (4734 s. Kanun m. 28).

İhaleye teklif sunmak isteyenler tekliflerini 4734 s. Kanun'un 30. maddesinde belirtilen hususlara uygun olarak hazırlamalıdır⁴⁷¹. Teklifler ihale dokümanında belirtilen ihale saatine kadar sıra numaralı alındılar karşılığında idareye verilir. Bu saatten sonra verilen teklifler kabul edilmez ve açılmaksızın iade edilir. Verilen teklifler, zeyilname düzenlenmesi

⁴⁶⁹ Örneğin; ihale dokümanında yer verilmediği halde ihale ilanında, ihaleye katılmak için gerekli belgeler arasında iş hacmini gösteren belgeler de sayılmış ise ihale ilanı geçersizdir ve yapılan ihalenin iptali gerekir. Bkz. KİK, K.N. 2007/UY.Z-2116, T. 25.06.2007; aynı yönde bkz. KİK, K.N. 2007/UH.Z-1657, T. 14.05.2007, (Aktaran: ARSLAN, s. 178).

⁴⁷⁰ KİK, K.N. 2014/UH.I-3515, T. 27.10.2014, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 16.02.2018).

⁴⁷¹ Sayıştay, Temyiz Kurulu, K. 38176, T. 07.01.2014, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 25.11.2017).

hali hariç, herhangi bir sebeple geri alınamaz ve değiştirilemez⁴⁷². (4734 s. Kanun m. 30). İhalelerde, teklif edilen bedelin **% 3'ünden az olmamak üzere**⁴⁷³, istekli tarafından verilecek tutarda geçici teminat alınır. İhale dokümanında belirtilmesi şartıyla, danışmanlık hizmeti ihalelerinde geçici teminat alınması zorunlu değildir (4734 s. Kanun m. 33).

4734 s. Kanun'un kenar başlıklı 11. maddesi ise **ihaleye katılmayacak olanlar** 7 bent halinde sayılarak belirtilmiştir. Bunun yanında aynı maddenin ikinci fıkrası da ihale konusu işin yüklenicilerin, o işin danışmanlık hizmetine ilişkin ihaleye katılmayacağını; aynı şekilde danışmanlık hizmetini yapan yüklenicilerin de, o işin ihalesine katılmayacağını ve aynı maddenin üçüncü fıkrası da ihaleyi yapan idare bünyesinde bulunan ya da bu idare ile ilgili kuruluşlar ile bu kuruluşların ortak oldukları şirketlerin, ilgili idarece yapılan ihalelere katılmayacağını düzenlemektedir.

Bu yasaklara rağmen ihaleye katılan istekliler ihale dışı bırakılarak geçici teminatları gelir kaydedilir⁴⁷⁴. Ayrıca, bu durumun tekliflerin değerlendirmesi aşamasında tespit edilememesi nedeniyle bunlardan biri üzerine ihale yapılmışsa, teminatı gelir kaydedilerek⁴⁷⁵ ihale iptal edilir (4734 s. Kanun, m. 11/4). Ancak belirtmelidir ki; maddenin birinci fıkrasının g bendi kapsamında olduğu tespit edilen istekliler ihale dışı bırakılır, ancak bunların teminatları idarece gelir kaydedilmez (4734 s. Kanun, m. 11/5). Dördüncü fıkra uyarınca üzerine düşen görevi yerine getirmeyen kamu görevlilerinin hukuki sorumluluğu doğacaktır⁴⁷⁶.

⁴⁷² D. 13. Dairesi, E. 2008/10266, K. 2011/3889, T. 20.09.2011, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 25.11.2017).

⁴⁷³ D. 13. Dairesi, E. 2009/4962, K. 2014/2524, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 25.11.2017); D. 13. Dairesi, E. 2013/1642, K. 2013/2994, T. 13.11.2013, (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 25.11.2017). Ayrıca bkz. D. 13. D. E. 2011/4467, K. 2013/3636, T. 12.12.2013, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 25.11.2017).

⁴⁷⁴ D. 13. Dairesi, E. 2015/6199, K. 2016/548, T. 02.03.2016, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 06.02.2018); D. İDDGK, E. 2007/2732, K. 2011/224, T. 08.04.2011, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 06.02.2018).

⁴⁷⁵ Teminatın gelir kaydedilebilmesi için yüklenici hakkında bir yasaklılık kararı bulunması gerekmektedir. Yargıtay'a göre "(...) ihale tarihi 5.12.2007 tarihli olup Kamu İhale Kurumu'nun 5.3.2009 tarihli yazısında davalı şirket hakkında herhangi bir yasaklılık kaydına rastlanmadığı bildirilmiştir. Bu durumda sadece (ihaleye fesat karıştırma suçu ile ilgili olarak) iddianamenin düzenlenmiş olması kanunda tanımlanan yasaklanmış olma koşulunu" sağlamamaktadır. Bkz. Yargıtay 15. HD., E. 2009/6244, K. 2011/1331, T. 07.03.2011, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 06.02.2018).

⁴⁷⁶ D. 1. Dairesi, E. 2011/456, K. 2011/737, T. 18.05.2011, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 06.02.2018). Ayrıca belirtmelidir ki, 4734 s. Kanun'un 11. maddesinin 5. fıkrasına 680 sayılı Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamesi (RG, T. 06.01.2017, S. 29940 (mükerrer)) ile yapılan ekleme sonucu, (g) bendi kapsamındaki işlemlerin yürütülmesinde görev alan kamu görevlilerinin, yaptıkları iş ve işlemler nedeniyle hukuki, idari, mali ve cezai sorumluluğu doğmayacaktır. Doğrudan temin usulüne ilişkin Danıştay vermiş olduğu bir kararda doğrudan temin usulünde 4734 s. Kanun'un 10. ve 11. maddeleri kapsamında bir inceleme yapılmı

Bu noktada belirtmelidir ki, Avrupa’da kimi devletler, rüşvet ve yolsuzluğun önlenmesi için gerekli yapısal önlemlerin alınması için geliştirilmiş ve “*compliance*” olarak adlandırılan bir hukuki kurumdan faydalanmaktadırlar⁴⁷⁷. *Compliance* düzenlemeleri, şirketlere ileride oluşabilecek büyük ekonomik zararları önlemek, risk analizleri yapmak ve öngörülen tehditlere karşı önlem almak için çeşitli programlar uygulama yükümlülüğü yüklemektedir. Bu programlar aracılığıyla kendi iç denetimini sağlayan şirketler, bir şekilde haksız kazanç elde ettiklerini fark ederler ve otoritelere bu durumu bildirerek işbirliği içerisinde haksız kazancın iadesini sağlarlarsa, bu durum kimi hallerde ticari şirketlerin cezai sorumluluğunu ortadan kaldırmaktadır. Bu halde şirkete sadece idari para cezası niteliğinde bir ceza verilmektedir. Sonuç olarak hem haksız olarak elde edilmiş kazanç iade edilmekte, hem de ilgili ticari şirket cezai yaptırıma tabi tutulmadığı için ihalelere katılmaya devam edebilmektedir. Türk Hukuku açısından da, *compliance* düzenlemeleri göz önünde bulundurularak 5237 s. Türk Ceza Kanunu’nun “*rüşvet*” suçunu düzenleyen 252. maddesinin özellikle 8. ve 9. fıkraları bakımından etkin pişmanlığa ilişkin düzenleme yapılması, özellikle Türk firmaların Avrupa Birliği bünyesinde düzenlenen ihalelere katılmaları açısından faydalı olacaktır.

Danıştay’a göre kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar, **doğrudan veya dolaylı olarak yahut alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihalelere katılamazlar**⁴⁷⁸. Bu nedenle kamu ihalelerinden katılmaktan yasaklanmış olan bir kimseyi kendisine vekil tayin ederek ihaleye teklif veren şirket hakkında, 4734 s. Kanun’un 17. maddesinin (e) bendinde belirtilen “*11’inci maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak*” yasak fiil ve davranışında bulunduğu için yine aynı Kanun’un 58. maddesi uyarınca yasaklılık kararı verilmesi hukuka uygundur⁴⁷⁹.

Katılma yasakları, ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunulan bakanlık, herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale

zorunluluğunun bulunmadığını ifade etmiştir. Bkz. D. 1.D, E. 2009/1123, K. 2009/1440, T. 21.10.2009, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 06.02.2018).

⁴⁷⁷ *Compliance* düzenlemeleri hakkında detaylı bilgi için bkz. **OECD – UNDOC – THE WORLD BANK**, Anti-Corruption Ethics and Compliance Handbook for Business, 2013; **UNDOC**, An Anti-Corruption Ethics and Compliance Programme for Business: A Practical Guide, New York, 2013.

⁴⁷⁸ D. 13. Dairesi, E. 2015/6199, K. 2016/548, T. 02.03.2016, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 06.02.2018); D. 13. Dairesi, E. 2015/6312, K. 2016/547, T. 02.03.2016, (www.kazanci.com, E.T.: 06.02.2018).

⁴⁷⁹ D. 13. Dairesi, E. 2015/6312, K. 2016/547, T. 02.03.2016, (www.kazanci.com, E.T.: 06.02.2018).

yetkilileri, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağılı birlik, müessese ve işletmelerde ise İçişleri Bakanlığı tarafından verilir. Yasaklılık kararları Resmi Gazete’de yayımlanır ve kararlar yayım tarihinde yürürlüğe girer (4734 s. Kanun m. 58). Resmi Gazete’de ilan edilmek suretiyle tebliğ edilen yasaklama kararının ilan tarihinde öğrenildiğinin kabulü gerektiğinden⁴⁸⁰, bu işleme karşı 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7. maddesi uyarınca 60 gün içinde doğrudan ya da 11. maddesi uyarınca idareye yapılan başvuru üzerine dava açılması gerekir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, 4734 s. Kanun’un 54 ve devamı maddelerinde düzenlenen zorunlu idari başvuru yollarının yasaklılık kararı söz konusu ise uygulama alanı bulmayacağıdır⁴⁸¹.

8. Tekliflerin Değerlendirilmesi

İhale komisyonu teklif zarflarını alınış sırasına göre inceler. Zarflar isteklilerle birlikte hazır bulunanlar önünde alınış sırasına göre açılır. İstekliler ile teklif fiyatları ve yaklaşık maliyet tutarı açıklanır. Bu işlemlere ilişkin hazırlanan tutanak ihale komisyonunca imzalanır. Bu aşamada; hiçbir teklifin reddine veya kabulüne karar verilmez, teklifi oluşturan belgeler düzeltilemez ve tamamlanamaz. Teklifler ihale komisyonunca hemen değerlendirilmek üzere oturum kapatılır (4734 s. Kanun m. 36).

Tekliflerin değerlendirilmesinde, öncelikle belgeleri eksik olduğu veya teklif mektubu ile geçici teminatı usulüne uygun olmadığı 36. maddeye göre ilk oturumda tespit edilen isteklilerin tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılmasına karar verilir. Ancak, teklifin esasını değiştirecek nitelikte olmaması kaydıyla, belgelerde bilgi eksikliği bulunması halinde idarece belirlenen sürede isteklilerden bu eksik bilgilerin tamamlanması yazılı olarak istenir⁴⁸². Bu ilk değerlendirme ve işlemler sonucunda belgeleri eksiksiz ve teklif mektubu ile geçici teminatı usulüne uygun olan isteklilerin tekliflerinin ayrıntılı değerlendirilmesine geçilir (4734 s. Kanun m. 37)⁴⁸³.

⁴⁸⁰ D. 13. Dairesi, E. 2009/2667, K. 2009/9386, T. 23.10.2009, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 06.02.2018).

⁴⁸¹ D. 13. Dairesi, E. 2016/4413, K. 2017/358, T. 14.02.2017, (http://emsal.danistay.uyap.gov.tr, E.T.: 06.02.2018).

⁴⁸² Sayıştay, 6. Dairesi, K. 11512, T. 22.03.2007, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 25.11.2017). Sayıştay, Daireler Kurulu, K. 1159/1, T. 01.12.2004, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 25.11.2017).

⁴⁸³ İhale komisyonunun teklifleri 37. maddeye uygun olarak değerlendirmedeğinin idarece tespiti üzerine mevzuata uygun olmayan idari işlem kural olarak geri alınarak mevzuata uygun şekilde yeniden işlem tesis edilebilir. Bkz. KİK, K.N. 2012/UY.I-3599, T. 12.09.2012, (Aktaran: **ARSLAN**, s. 162).

İhale komisyonu verilen teklifleri değerlendirdikten sonra, diğer tekliflere veya idarenin tespit ettiği yaklaşık maliyete göre **teklif fiyatı aşırı düşük olanları** tespit eder. Bu teklifleri reddetmeden önce, belirlediği süre içinde teklif sahiplerinden teklifte önemli olduğunu tespit ettiği bileşenler ile ilgili ayrıntıları yazılı olarak ister. Değerlendirme sonucunda, açıklamaları yeterli görülmeyen veya yazılı açıklamada bulunmayan isteklilerin teklifleri reddedilir⁴⁸⁴. (4734 s. Kanun m. 38).

İhale komisyonu kararı üzerine idare, verilmiş olan bütün teklifleri reddederek ihaleyi iptal etmekte serbesttir⁴⁸⁵. İhalenin iptal edilmesi halinde bu durum bütün isteklilere derhal bildirilir. İdare bütün tekliflerin reddedilmesi nedeniyle herhangi bir yükümlülük altına girmez (4734 s. Kanun m. 39).

9. İhalenin Karara Bağlanması ve Onaylanması

Yapılan değerlendirme sonucunda ihale, ekonomik açıdan en avantajlı teklifi⁴⁸⁶ veren isteklinin üzerinde bırakılır. “*Ekonomik açıdan en avantajlı teklif*”, sadece fiyat esasına göre veya fiyat ile birlikte işletme ve bakım maliyeti, maliyet etkinliği, verimlilik, kalite ve teknik değer gibi fiyat dışındaki unsurlar da dikkate alınarak belirlenir. İhale komisyonu gerekçeli kararını belirleyerek, ihale yetkilisinin onayına sunar⁴⁸⁷. İhale yetkilisi, karar tarihini izleyen en geç beş iş günü içinde;

- ihale kararını onaylar. Bu durumda ihale geçerli sayılır.

⁴⁸⁴ Sayıştay, Daireler Kurulu, K. 1127/3, T. 08.10.2003, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 25.11.2017). Uygulamada idarelerin aşırı düşük teklif sorgulaması yapmaksızın ihaleleri en düşük teklif veren istekli üzerinde bıraktıkları gözlemlenmiş ve bunun üzerine Kamu İhale Genel Tebliği’nde ihale konusu işe göre aşırı düşük teklif sorgulamasının nasıl yapılacağı belirtilmiştir. Bu konuda bkz. **AKSOY, Mehmet/ERBAY, Kerem Eray**, Kamu Alımlarında İhale ve Sözleşme Süreci, Ankara, 2006, s. 69.

⁴⁸⁵ Bu düzenlemeye göre idarenin ihalenin iptali konusunda takdir yetkisi mevcuttur. Bkz. D. 13. Dairesi, E. 2016/968, K. 2016/1374, T. 28.04.2016, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 25.11.2017); D. 13. Dairesi, E. 2012/711, K. 2013/3724, T. 17.12.2013, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 25.11.2017).

⁴⁸⁶ “(...) en düşük teklifin her zaman kamu yararına en uygun teklif olmadığı, verimlik, kalite ve uzmanlık gibi bazı unsurların değerlendirilebilmesi bakımından ‘en düşük teklif’ esasının yetersiz kaldığı görüldüğünden, 4734 s. Kanun’da ‘en avantajlı teklif’ esası getirilmiş (...)” D. 13. Dairesi, E. 2011/1039, K. 2017/4119, T. 21.12.2017, (Yayımlanmamış Mahkeme Kararı).

⁴⁸⁷ İhale yetkilisi komisyon kararını onaylayıp onaylamama konusunda takdir yetkisine sahiptir. Bkz. D. 13. Dairesi, E. 2007/11474, K. 2010/6734, T. 08.10.2010, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 25.11.2017); D.13. Dairesi, E. 2015/2093, K. 2015/4015, T. 18.11.2015, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 25.11.2017); D. 13. Dairesi, E. 2015/3797, K. 2015/3046, T. 09.09.2015, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 25.11.2017); D. 13. Dairesi, E. 2009/5060, K. 2009/9246, T. 20.10.2009, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 25.11.2017).

- gerekçesini açıkça belirtmek suretiyle ihaleyi iptal eder. Bu durumda ihale hükümsüz sayılır (4734 s. Kanun m. 40)⁴⁸⁸.

İhale sonucu, ihale kararının ihale yetkilisi tarafından onaylandığı günü izleyen en geç üç gün içinde, ihale üzerinde bırakılan dahil olmak üzere, ihaleye teklif veren bütün isteklilere bildirilir. İhale kararının ihale yetkilisi tarafından iptal edilmesi durumunda da isteklilere gerekçeleri belirtmek suretiyle bildirim yapılır (4734 s. Kanun m. 41).

10. Sözleşmeye Davet ve Sözleşmenin Yapılması

4734 s. Kanun'un 41. maddesinde belirtilen sürelerin bitimini, ön mali kontrol yapılması gereken hallerde ise bu kontrolün tamamlandığı tarihi izleyen günden itibaren üç gün içinde ihale üzerinde bırakılan istekliye, tebliğ tarihini izleyen on gün içinde kesin teminatı vermek suretiyle sözleşmeyi imzalaması hususu bildirilir (4734 s. Kanun m. 42)⁴⁸⁹.

Taahhüdün sözleşme ve ihale dokümanı hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak amacıyla, sözleşmenin yapılmasından önce ihale üzerinde kalan istekliden ihale bedeli üzerinden hesaplanmak suretiyle % 6 oranında kesin teminat alınır. (4734 s. Kanun m. 43).

İhale üzerinde kalan istekli 42. ve 43. maddelere göre kesin teminatı vererek sözleşmeyi imzalamak zorundadır. Sözleşme imzalandıktan hemen sonra geçici teminat iade edilir. Bu zorunluluklara uyulmadığı takdirde, protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın ihale üzerinde kalan isteklinin geçici teminatı gelir kaydedilir. Bu durumda idare, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif fiyatının ihale yetkilisince uygun görülmesi kaydıyla, bu teklif sahibi istekli ile de Kanunda belirtilen esas ve usullere göre sözleşme imzalayabilir. Ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibinin de sözleşmeyi imzalamaması durumunda ise, bu teklif sahibinin de geçici teminatı gelir kaydedilerek ihale iptal edilir (4734 s. Kanun m. 44).

⁴⁸⁸ 4734 s. Kanun 40. maddesinde, ihale yetkilisinin alabileceği karar türlerini sınırlı olarak belirtmiştir. Bu bakımdan ihale yetkilisi ihale kararını onaylama ya da ihaleyi iptal kararlarının dışında, örneğin “komisyondan yeniden değerlendirme yapmasını isteme” gibi bir karar alamaz. Bkz. KİK, K.N., 2009/UH.I-150, T. 12.01.2009, (Aktaran: ARSLAN, s. 161). Ayrıca bkz. D. 13. Dairesi, E. 2016/3437, K. 2018/244, T. 19.01.2018, (Yayımlanmamış Mahkeme Kararı).

⁴⁸⁹ Madde metninin önceki halinde bulunan düzenlemeyi Anayasa Mahkemesi, hukuki güvenlik ilkesine ve hak arama özgürlüğüne aykırı bularak iptal etmiştir. Bkz. AYM, E. 2012/132, K. 2012/179, T. 22.11.2012, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 25.11.2017).

İdare, 42 ve 44. maddede yazılı süre içinde sözleşme yapılması hususunda kendisine düşen görevleri yapmakla yükümlüdür. İdarenin bu yükümlülüğü yerine getirmemesi halinde, istekli sürenin bitmesini izleyen günden itibaren en geç beş gün içinde, on gün süreli bir noter ihbarnamesi ile bildirmek şartıyla, taahhüdünden vazgeçebilir (4734 s. Kanun m. 45).

Yapılan bütün ihaleler bir sözleşmeye bağlanır (4734 s. Kanun m. 46).

4734 s. Kanun'un 55. maddesine göre ise ihale sonucunun isteklilere tebliği itibariyle sözleşme en erken, şikâyet başvurusu yapılabilecek olan on günün sonunda imzalanabilecektir. Bu sürele uyulmadan imzalanan sözleşmeler *askıda*⁴⁹⁰ olup, eğer ihale sürecine ilişkin süresinde bir başvuru gerçekleşmez ya da gerçekleşir; ancak reddedilir ise sözleşme yapıldığı andan itibaren geçerli olur⁴⁹¹. Eğer bir başvuru olur da düzeltici işlem ya da iptal kararı verilirse sözleşme geçersiz kabul edilir.

D) KAMU İHALE SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

1. Kamu İhale Sözleşmeleri

Kamu ihale sözleşmelerinin içeriğinin belirlenmesi hususunda 4735 s. Kanun, 5. maddesiyle “*tip sözleşmeler*” kuralını getirmiştir. Buna göre; Kanun'un uygulanmasında uygulama birliğini sağlamak üzere mal veya hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin Tip Sözleşmeler Resmi Gazetede yayımlanır. İdarelerce yapılacak sözleşmeler Tip Sözleşme hükümleri esas alınarak düzenlenir.

Sözleşmede yer alması gereken zorunlu hususlar 4735. s. Kanun'un 7. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

⁴⁹⁰ ARAPGİRLİ/DEMİREL, s. 106.

⁴⁹¹ “Kuruma yapılacak itirazın şikâyet başvurusu için öngörülen on günlük itirazın şikâyet süresi beklenilmeden ihale üzerinde kalan istekli ile 4734 s. Kanununun 55 inci maddesine aykırı olarak 10.01.2012 tarihinde sözleşme imzalandığı, idareye şikâyet başvurusunun sözleşme imzalandıktan sonra 12.01.2012 tarihinde yapıldığı tespit edilmiştir. Ancak isteklinin teklifinin farklı gerekçe ile değerlendirme dışı bırakılması gerektiği tespit edildiğinden sözleşmenin imzalanmasına ilişkin bu aykırılık **esasa etkili görülmemiştir.**” KİK, K.N. 2012/UH.III-783, T. 06.02.2012, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 16.02.2018).

2. Kamu İhale Sözleşmesinin Hukuki Niteliği⁴⁹²

a) Yasal Düzenlemeler

4735 s. Kanun, kamu ihale sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin iki temel hüküm içermektedir. Bu hükümler şu şekilde belirtilebilir:

- İdari sözleşmelerde idare, kamu hizmetinin gereklerine uygun olarak tek yanlı iradesiyle sözleşme ilişkisini değiştirecek ve karşı tarafı etkileyecek kimi işlemler yapabilir⁴⁹³. Oysa kamu ihale sözleşmelerinde, yine kanundan doğan kimi istisna hükümler hariç olmak üzere, böyle genel ve üstün bir yetkiden bahsedebilmek mümkün görünmemektedir. Aynı şekilde sözleşmeyi yapacak olan idare, Resmi Gazete’de yayımlanan tip sözleşmelerle de bağlıdır (4735 s. Kanun m. 5).
- 4735 s. Kanun m. 36 ise, “*bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır*” hükmünü içermektedir. 4735 s. Kanun, 6. maddesinde sözleşme türlerini düzenlerken mal ve hizmet alımlarında götürü bedel sözleşme ve yapım işlerinde ise birim fiyat sözleşme yapılacağını hükme bağlamıştır. Bu noktada ilgili sözleşmelerin uygulanması esnasında ortaya çıkacak problemlerin çözümünde, 4735 s. Kanun’da hüküm bulunmayan hallerde, 6098 s. Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenen tip sözleşmelere ilişkin (*satış, hizmet ve eser sözleşmesi gibi*) hükümler uygulanacaktır⁴⁹⁴.

Bu düzenlemeler, kamu ihale sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmeleri olma özelliğini öne çıkarmaktadır⁴⁹⁵.

⁴⁹² Belirtilmelidir ki, ihale süreci geniş anlamıyla “*idarenin akdedeceği sözleşmede karşı tarafı seçmek için uyguladığı usul kuralları*”nı ifade eder. Bu bakımdan idare, idari sözleşmelerinin karşı tarafını belirlerken de ihale usul kurallarını işletebilir. Bkz. **YILMAZ**, s. 55 vd. Bu açıdan ihale sürecinin sonunda tesis edilen her sözleşme kategorik olarak “*özel hukuk sözleşmesi*” olarak nitelendirilmez. Ancak; bu başlık altında, 4734 ile 4735 s. Kanunların kapsamını oluşturan ve mal alımı, hizmet alımı ile yapım işlerine ilişkin sözleşmelerin akdedilmesi sürecini ifade eden “*dar anlamda ihale*” süreci sonunda imzalanan sözleşmeler incelenecektir.

⁴⁹³ **AKGÜNER/BERK**, s. 1169 vd. Bunlara örnek olarak, tek yanlı değişiklik yapma, tek yanlı fesih, denetleme, ceza verme verilebilir. Bkz. **SANCAKDAR/US/KASAPOĞLU TURHAN/ÖNÜT/SEYHAN**, s. 525; **GÜNDAY**, s. 186; **AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA**, s. 516.

⁴⁹⁴ *Gözler ve Kaplan*, bu hükümden yola çıkarak, kategorik olarak tüm kamu ihale sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi olduğu sonucuna varılamayacağını ifade etmektedir. İdari sözleşmelerde de Borçlar Kanunu genel hüküm olarak uygulanabilir. Bkz. **GÖZLER/KAPLAN**, s. 491.

⁴⁹⁵ **SANCAKDAR/US/KASAPOĞLU TURHAN/ÖNÜT/SEYHAN**, 603; **AKGÜNER/BERK**, s. 1189; **GÜNDAY**, s. 216; **YILMAZ**, s. 55.

Kamu ihale sözleşmesine idare lehine konulan hükümler, sözleşmenin niteliğini etkiler mi? 4735 s. Kanun'un 24. maddesi idareye kimi üstün yetkiler vermiş; aynı zamanda sözleşmenin karşı tarafına ise kimi yükümlülükler yüklemiştir. Ancak çeşitli özel hukuk sözleşmelerinde de (*örneğin; kira sözleşmesi, tüketici sözleşmeleri*) taraf eşitliğine aykırı kanuni düzenlemeler söz konusudur. Bu bakımdan salt taraflardan birinin sözleşme kapsamında ve *kanundan doğan* kimi üstün yetkilere sahip olması, sözleşmenin özel hukuk niteliğini etkilemez⁴⁹⁶. Özel hukuk sözleşmelerinde önemli olan, genel olarak *sözleşme dengesinin korunuyor* olmasıdır.

b) Öğretideki Görüşler

*Onar*⁴⁹⁷, sözleşmenin tarafının belirlenmesi akabinde sözleşmenin yapılması aşamasına gelindiğinde tesis edilecek işlemlerin tek yanlılık özelliğini kaybederek bir özel hukuk işlemi haline geldiğini; haliyle bu aşamadan itibaren doğacak hukuki uyumsuzlukların görüm ve çözüm yerinin adli yargı olduğunu belirttikten sonra, akdedilen sözleşmenin idari nitelikte bir sözleşme olması halinde çıkacak ihtilafların görüm ve çözüm yerinin idari yargı olup olmadığı sorusuna, "*İdare Hukukunun Umumi Esasları*" adlı eserini kaleme aldığı dönemde, Türk doktrin ve içtihatlarında somut bir yanıt verilmemiş olduğunu ifade etmektedir.

*Balta*⁴⁹⁸, idari sözleşmelerin unsurlarını açıklarken "*kamu ihalelerinin durumu*" başlığı altında ihale sonunda imzalanan sözleşmelerin hukuki niteliğini ayrıca incelemiştir. Yazara göre ihale usulü esas itibarıyla ihalelerin yapılış safhasını düzenlemekte ve idare hukukunun bir parçasını teşkil etmektedir ve idare hukukuna tabidir. Ancak ihale süreci sonucunda imzalanan sözleşme, niteliği itibarıyla bir özel hukuk sözleşmesidir.

⁴⁹⁶ *Buz*'a göre de özel hukuku aşan şartlara kural olarak özel hukuk sözleşmelerinde de yer verme imkânı mevcuttur. Bkz. **BUZ**, s. 70 vd. *Gözler ve Kaplan* ise, söz konusu madde hükmünde idarenin, sözleşmenin karşı tarafına, rızası olup olmadığına bakılmaksızın, kimi iş artışlarının yaptırılması yetkisi verildiğini ve bu durumun özel hukuk sözleşmelerinde karşı tarafın rızası olmadan yapılmasının mümkün olmadığını ifade etmektedir. Bkz. **GÖZLER/KAPLAN**, s. 491.

⁴⁹⁷ **ONAR**, C. III, s. 1624.

⁴⁹⁸ Yazar, öğretide kimi yazarların bu çözümü doğru bulmadığını ve en azından, Fransız hukukunda olduğu gibi, bayındırlık hizmetlerine ilişkin ihaleler sonucu imzalanacak sözleşmelerin idari sözleşme sayılması gerektiğini savunduğunu aktarmıştır. Ancak kendisi bu görüşü Türk hukukunda gerekli ve isabetli bulmamaktadır. Bkz. **BALTA**, C. II, s. 187.

Duran'a göre⁴⁹⁹, idarenin adli sözleşmeleri esas itibariyle özel hukuka tabi olsalar da, bu sözleşmelerin gerek yapılmasında gerek uygulanmasında gerekse sona ermesinde kimi Kamu Hukuku kuralları uygulama alanı bulur. Ancak istisnai nitelikteki bu hükümler dışında kamu ihale süreci sonunda imzalanan sözleşmeler temelde özel hukuka tabi sözleşmelerdir.

*Sancakdar*⁵⁰⁰, 4734 s. Kanun kapsamında yürütülen ihale süreci sonucu imzalanan sözleşmelerin, yargısal içtihatlarda özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edildiğinden bahisle, kamu ihale sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların adli yargıda çözümlendiğini ifade etmektedir.

*Gözübüyük*⁵⁰¹, Devlet İhale Kanunu ve Kamu İhale Kanunu hükümleri uyarınca yürütülen ihaleler sonunda imzalanan sözleşmelerin hukuki niteliğinin özel hukuk sözleşmesi olduğu ve sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların adli yargıda çözümlenmesi gerektiği saptamasını yaptıktan sonra, ihale sürecinden doğan ve “*ayrılabilir*” nitelikte idari işlemlerden doğan uyuşmazlıkların idari yargıda çözümleneceğini belirtmiştir.

Günday'a göre⁵⁰² 4735 s. Kanun'un 36. maddesinde bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacağını belirtilmesi, bu sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olma niteliğini ön plana çıkarmıştır; ancak bu sözleşmelerin kimi özellikleri itibariyle klasik anlamda özel hukuk sözleşmelerinden ayrılmaktadır. Öncelikle kamusal kaynaklar söz konusu olduğu için idarenin sözleşmenin karşı tarafını belirleme yetkisi oldukça sınırlandırılmıştır. Bunun yanında 4735 s. Kanun'un “*öngörülemeyen durumlar*”a ilişkin 24. maddesi idareye, özel hukuk sözleşmelerinde görülmeyen derecede üstün yetki ve ayrıcalıklar bahşederken, karşı tarafa ise özel hukuk sözleşmelerinde pek rastlanmayan bazı yükümlülükler getirmektedir. Sonuç olarak 2886 ve 4734 s. Kanun kapsamındaki işlere ilişkin yapılan sözleşmeler temel olarak özel hukuka tabi olmakla beraber, sözleşmelerin kimi öğeleri Kamu Hukuku sınırlamalarına tabidir.

⁴⁹⁹ DURAN, s. 447.

⁵⁰⁰ “(...) Sözleşme özel hukuk sözleşmesidir.” SANCAKDAR/US/KASAPOĞLU TURHAN/SEYHAN, s. 594, 600.

⁵⁰¹ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, Yönetim Hukuku, 30. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 315.

⁵⁰² GÜNDAY, s. 216 vd.

*Yayla*⁵⁰³, kamu ihalesine konu olabilecek işleri örnekleme yoluyla belirttikten sonra, bu örneklerin çoğunun idarenin idari olmayan sözleşmeleri kapsamında kaldığını ve bu şekilde kamu hizmet ve faaliyetlerine doğrudan katılımı içermeyen sözleşmelerin, idarenin şartnameyi tek taraflı olarak hazırlamasından doğan yetkileri bir yana bırakılırsa, özel hukuka tabi ve tarafların eşitliğine dayalı olduğunu ifade etmektedir.

*Yaşar*⁵⁰⁴, ihalenin kesinleşmesi halinde eğer ihale, 2886 ve 4734 s. Kanunlar kapsamında kalan işlere ilişkin ise, yapılacak sözleşmenin niteliğinin özel hukuk sözleşmesi olduğunu ifade etmektedir. 4735 s. Kanun'da taraflar arası eşitlik ilkesinin bulunması konusunda ise yazar, şekli eşitlik ile maddi eşitlik kavramlarının farklılığına dikkat çekerek, bu sözleşmeler dâhilinde de idarelerin sonradan ortaya çıkacak taleplere ilişkin olarak kamu yararı doğrultusunda hareket etmesi gerektiğini belirtmektedir.

*Akyılmaz, Sezginer ve Kaya*⁵⁰⁵, gerek 2886 gerekse 4734 s. Kanunu uyarınca yürütülen ihaleler sonucu imzalanan sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olduğunu belirtmektedirler. Bunun ötesinde *Sezginer*⁵⁰⁶, 4734 s. Kanun hükümlerince yürütülen ihale sonucu imzalanan sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edildiğini belirttikten sonra, 4735 s. Kanun'un 5. maddesi hükmüne atıf yaparak, ihaleye çıkan idarenin akdedeceği sözleşmelerin içeriğinin büyük oranda Kamu İhale Kurumu tarafından "*tip sözleşmeler*" aracılığıyla belirlendiğini ifade etmektedir. Genel düzenleyici işlem mahiyetinde olan bu düzenlemeler ile sözleşmenin tarafı olmayan bir idare (*Kamu İhale Kurumu*), sahip olduğu kamu gücünü kullanarak sözleşme hükümlerine müdahale etmektedir. Bu nedenle aslında ortada bir birleşik iradeli "*birleşme*" sözleşme vardır.

*Akgüner ve Berk*⁵⁰⁷, 4735 s. Kanun'un 4. maddesinde bulunan "*sözleşmenin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklerle sahip olunması*" ilkesi ve aynı Kanun'un 36. maddesinde Borçlar Kanunu'na yapılan atıf göz önünde bulundurulduğunda, kamu ihale sözleşmelerinin birer "*özel hukuk sözleşmesi*" olduğunu ifade etmektedirler.

⁵⁰³ **YAYLA**, s. 165 vd.

⁵⁰⁴ **YAŞAR**, s. 362.

⁵⁰⁵ **AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA**, s. 527.

⁵⁰⁶ **SEZGİNER**, İdarenin Sözleşmeleri, s. 928 vd.

⁵⁰⁷ **AKGÜNER/BERK**, s. 1189.

*Taşdelen*⁵⁰⁸'e göre, kamu ihale süreci idare hukukuna tâbi olarak yürütülen bir süreç olup, bu alanda idare hukuku kural ve ilkeleri geçerlidir. Ancak ihale süreci, karşı tarafın belirlenmesi ve sözleşmenin imzalanması ile tamamlandığında, ortaya belirlenen kişi ile yapılan özel hukuk hükümlerine tâbi iki taraflı borç ilişkisi doğuran bir idari sözleşme çıkmaktadır. Ancak bu sözleşme; tarafları, şekli ve konusu bakımından sınırlandırılmıştır. Bu sözleşmeler için 4735 s. Kanun'da hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu'nun uygulanacağına dair hüküm bulunması, tarafların eşitliği ilkesinin egemen olması ve sözleşme aşamasındaki uyuşmazlıkların adlî yargıda çözümleneceğinin belirtilmesi karşısında kamu ihale sözleşmelerinin birer özel hukuk sözleşmesi olduğu kabul edilmelidir⁵⁰⁹.

*Buz*⁵¹⁰, 4735 s. Kanun düzenlemeleri göz önüne alındığında kamu ihale sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi olarak kurgulandığını ifade etmektedir.

Görüldüğü üzere öğretide kamu ihale sözleşmelerinin birer özel hukuk sözleşmesi olduğu konusunda bir görüş birliği bulunmaktadır. Bu noktada ayrık bir görüş olarak *Gözler ve Kaplan*⁵¹¹, kamu ihale sözleşmelerinin kategorik olarak “*özel hukuk sözleşmesi*” olarak kabul edilmemesi gerektiğini, içeriğinde kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin ya da özel hukuku aşan hükümler içeren sözleşmeler söz konusu ise, açıkça aksi öngörülmediyse, bu sözleşmeleri idari sözleşme sayılarak uyuşmazlıkların idari yargıda çözümlenmesi gerekliliğini ifade etmektedirler.

c) Yüksek Mahkeme İçtihatları

Bu başlık altında kamu ihale sözleşmelerinin hukuki niteliği konusunda Danıştay, Yargıtay ve son olarak Uyuşmazlık Mahkemesi'nin kararlarına yer verilecektir.

Danıştay vermiş olduğu kararlarda kamu ihale sözleşmelerini özel hukuk sözleşmesi olarak kabul etmektedir. *Birinci olarak*, Danıştay⁵¹² kamu ihale sözleşmelerine uygulanacak

⁵⁰⁸ TAŞDELEN, Kamu Harcamaları, s. 29.

⁵⁰⁹ TAŞDELEN, Kamu Harcama İhalesi, s. 59.

⁵¹⁰ BUZ, s. 68 vd.

⁵¹¹ GÖZLER/KAPLAN, s. 489 vd. Aynı yönde bkz. GÖZLER, İdare Hukuku , C. II, s. 98.

⁵¹² D. 13. Dairesi, E. 2009/7074, K. 2010/2940, T. 06.04.2010, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 18.10.2017). Aynı yönde bkz. D. 13. Dairesi, E. 2016/674, K. 2016/2040, T. 30.05.2016, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 18.10.2017); D. 10. Dairesi, E. 2003/2683, K. 2005/1981, T. 20.04.2005, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 18.10.2017).

olan hukukun özel hukuk hükümleri ve hukuki uyumsuzlukların görüm ve çözüm yerinin adli yargı olduğunu saptamaktadır⁵¹³.

İkinci olarak, Danıştay vermiş olduğu kimi kararlarında kamu ihale sözleşmelerini, tâbi olduğu hukuki rejime göre değil, sözleşmelere uygulanan ilkelerden ve sözleşmenin niteliğinden yola çıkarak saptamaktadır⁵¹⁴.

Yargıtay, vermiş olduğu kararlarında kamu ihale sözleşmelerinin birer özel hukuk sözleşmesi olduğunu ifade etmektedir. Yargıtay'a göre⁵¹⁵ *“kural olarak kamu ihalesinden sonra sözleşme imzalanıncaya kadar çıkacak uyumsuzlukların çözüm yeri idari yargı, sözleşmeden sonra ise adli yargıdır.”*

Uyuşmazlık Mahkemesi⁵¹⁶ de, vermiş olduğu kararlarda kamu ihale sözleşmelerini birer özel hukuk sözleşmesi olarak tanımlamakta ve sözleşmenin uygulanmasından doğan uyumsuzlukların görüm ve çözüm yerinin adli yargı olduğuna ilişkin kararlar vermektedir.

Bu noktada Uyuşmazlık Mahkemesi'ne⁵¹⁷ göre yazılı bir sözleşme imzalanması söz konusu olmasa da sözlü olarak anlaşmanın akabinde taraflardan birisi, sözleşmeden kaynaklanan edimini yerine getirdikten sonra, karşı tarafın edimini yerine getirmediğini iddia ederek tazminat talep etmesi halinde, uyumsuzluk adli yargıda çözülecektir.

d) Kamu İhale Kurulu Kararları

Kamu İhale Kurulu da, öğretisi ve yargı kararlarında belirtilen görüşlere paralel bir biçimde, vermiş olduğu kararlarda kamu ihale sözleşmelerinin birer özel hukuk sözleşmesi olduğunu belirtmektedir. Kurul, *“ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde idarece yapılan işlemlerin Kamu İhale Kanunu ve ilgili mevzuat*

⁵¹³ D. İDDGK, E. 2002/725, K. 2003/88, T. 07.03.2003, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 18.10.2017). Aynı yönde görece eski tarihli bir içtihat için bkz. D. 6. Dairesi, E. 1997/4868, K. 1998/4866, T. 26.10.1998, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 18.10.2017).

⁵¹⁴ D. 13. Dairesi, E. 2015/2773, K. 2015/3169, T. 16.09.2015, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 18.10.2017).

⁵¹⁵ Yargıtay 15. HD., E. 2007/4603, K. 2007/5466, T. 19.09.2007, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 18.10.2017). Devlet ihaleleri ile ilgili olarak benzer bir karar için bkz. Yargıtay 15. HD., E. 2001/2801, K. 2001/4934, T. 01.11.2001, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 18.10.2017).

⁵¹⁶ Uyuşmazlık M., E. 2016/91, K. 2017/3, T. 20.02.2017, (http://www.uyusmazlik.gov.tr, E.T.: 18.10.2017). Aynı yöndeki kararları için bkz. Uyuşmazlık M., E. 2016/595, K. 2017/22, T. 20.02.2017, (http://www.uyusmazlik.gov.tr, E.T.: 18.10.2017); Uyuşmazlık M., E. 2015/948, K. 2016/121, T. 14.03.2016, (http://www.uyusmazlik.gov.tr, E.T.: 18.10.2017); Uyuşmazlık M., E. 2005/16, K. 2005/36, T. 16.05.2005, (http://www.uyusmazlik.gov.tr, E.T.: 18.10.2017).

⁵¹⁷ Uyuşmazlık M., E. 2015/948, K. 2016/121, T. 14.03.2016, (http://www.uyusmazlik.gov.tr, E.T.: 18.10.2017).

hükümlerine uygun olmadığına ilişkin şikâyetlerin incelenerek sonuçlandırılmasının Kamu İhale Kurumunun görev ve yetkisinde olduğu, sözleşme hükümlerinin uygulanmasına ilişkin süreçte taraflar eşit hak ve yükümlülüklerle sahip olduğundan taraflar arasında ortaya çıkan ihtilaf veya uyuşmazlıkların çözümlenmesinde ise adli yargı mercilerinin yetkili” olduğunu ifade etmektedir⁵¹⁸.



⁵¹⁸ Örneğin; KİK, K.N. 2017/UY.I-566, T. 15.02.2017, (www.ekap.gov.tr, E.T.: 18.10.2017). İhale konusu hizmetin **gerçekleştirilmesi sırasında** uygulanacak ceza oranı ile ilgili ortaya çıkabilecek bir anlaşmazlığın adli yargı mercileri tarafından çözümlenmesi gerektiği hakkında bkz. KİK, K.N., 2010/UH.III-1579 ve K.N. 2010/UH.III-1580, T. 07.06.2010, (www.ekap.gov.tr, E.T.: 18.10.2017).

İKİNCİ BÖLÜM

KAMU İHALELERİNİN İDARİ VE YARGISAL DENETİMİ

4734 s. Kanun'da kurgulanan sisteme göre “ihale süreci”, ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanması aşamasına kadar devam eden süreci ifade etmektedir. İhaleyi yürüten idare; ihaleye ilişkin dokümanları ve şartnameleri hazırlama, yaklaşık maliyeti belirleme, ihaleyi ilan etme, gelen teklifleri değerlendirme ve ihaleyi karara bağlama gibi kamu gücüne dayalı ve tek yanlı pek çok karar alır ve işlem tesis eder. Bu süreçte idare, kararları ve işlemleri aracılığıyla kimi zaman ilgililerin hak ve menfaatlerini ihlal edilebilir.

Anayasamızın 2. maddesinde de ifadesini bulan “*hukuk devleti*” ilkesinin mevcudiyetinden bahsedilebilmesi için belli başlı şartların yerine getirilmiş olması gereklidir. Bu gereklerden birisi de idarenin yargısal denetimidir; zira yargı tarafından gerçekleştirilecek bu denetim bir yandan idareyi hukuka uygun hareket etmeye yöneltirken, bir yandan da kişilerin idare ve onun keyfi işlem ve eylemleri karşısında korunmasını sağlamaktadır⁵¹⁹. Bu açıdan yargısal denetimin iki yönlü sonucu vardır, denilebilir. Mevzuatımızda, yargısal denetim dışında, idarenin işlem ve eylemlerinin yine idarece denetlenmesi için getirilmiş temel düzenleme ise 2577 s. Kanun'un 11. maddesinde belirtilen “*üst makamlara başvuru hakkı*”dır.

4734 s. Kamu İhale Kanunu, ihale sürecinde doğacak uyuşmazlıkların çözümü ve ihale sürecinin denetimi için, 2886 s. Kanun'dan ve idarenin eylem ve işlemlerinin idari denetimine ilişkin genel düzenlemeden farklı olarak, ikili bir yöntem öngörmüştür. Buna göre; ihale sürecindeki hukuka aykırı işlemler veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday, istekli veya istekli olabilecekler, yine 4734 s. Kanun'da belirtilen yöntem kurallarına uygun olarak öncelikle ihaleyi yapan idareye “*şikâyet*”, ve ardından şikâyet başvurusu üzerine idarece alınan kararı uygun bulmayan aday, istekli veya istekli olabileceklerin Kamu İhale

⁵¹⁹ Hukuk devleti ilkesinin başlıca gerekleri ve idarenin yargısal denetimi ile ilgili olarak bkz. SANCAKDAR/US/KASAPOĞLU TURHAN/ÖNÜT/SEYHAN, s. 52 vd.; GÜNDAY, s. 39 vd.; GÖZLER/KAPLAN, s. 59 vd.; AKGÜNER/BERK, s. 44 vd.; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 106 vd.; ALTINOK, Elif, İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2008, s. 3 vd.

Kurumu'na “*itirazen şikâyet*” başvurusunda bulunmaları gerekmektedir⁵²⁰. Bu başvuru yolları dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu idari başvuru yollarıdır⁵²¹ (4734 s. Kanun, m. 54/2).

Çalışmanın bu bölümünde 4734 s. Kamu İhale Kanunu kapsamına giren ihalelerin denetimi, “*idari denetim*” ve “*yargısal denetim*” olmak üzere iki başlık altında incelenecektir.

I. KAMU İHALELERİNİN İDARİ DENETİMİ

Kamu ihalelerinin idari denetimi açısından temel mevzuat hükümleri, öncelikle “*şikâyet*” ve “*itirazen şikâyet*” kavramlarını Kanun’a işleyen 4964 s. Kanun⁵²² ve ardından 4734 s. Kanun’da pek çok değişiklik yapan 5812 s. Kanun⁵²³ aracılığıyla belirlenmiştir. 5812 s. Kanun’un yürürlüğe girmesiyle birlikte, 4734 s. Kanun’un 54. maddesinin kenar başlığı “*ihalelere yönelik başvurular*” olarak değişmiş ve kamu ihalelerinin idari denetimi açısından “*şikâyet*” ve “*itirazen şikâyet*” adı altında iki adet **zorunlu idari başvuru yolu**⁵²⁴ ihdas edilmiştir. Bu değişikliğin temel amacı, ihale sürecinden doğacak uyuşmazlıkların, yargı yoluna gidilmeden önce idarece çözülmesi, idarenin ihale sürecinde tesis ettiği işlemleri gözden geçirmesi ve varsa hatalarını düzeltmesi⁵²⁵, sorunların daha hızlı ve etkili biçimde

⁵²⁰ Aynı şekilde İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin (*çalışmanın devamında “Yönetmelik” olarak anılacaktır*) 4. maddesi, “*ihalelere yönelik başvuru yolları şikâyet ve itirazen şikâyet*” hükmünü içermektedir.

⁵²¹ İdari başvurular hakkında bkz. **YILDIRIM**, Ramazan, İdari Başvurular, Mimoza Yayınları, Konya, 2006, s. 9 vd.

⁵²² RG, T. 15.08.2003, T. 25200.

⁵²³ RG, T. 05.12.2008, S. 27075. 5812 s. Kanun’un getirdiği yenilikler hakkında detaylı bilgi için bkz. **BİLGİN**, s. 339 vd.

⁵²⁴ 5812 s. Kanun öncesinde mevzuat hükümlerine göre sadece “*itirazen şikâyet*” dava açılması öncesinde kullanılması zorunlu bir başvuru yolu olarak düzenlenmişti. Ancak itirazen şikâyet yoluna gidebilmek için öncelikle ihaleyi yapan idareye şikâyet başvurusunda bulunmak gerekli olduğu için, şikâyet başvurusunun da nihayetinde zorunlu bir başvuru yolu olduğu sonucuna ulaşılmaktaydı. Bkz. **AKKURT**, s. 8, dn. 16. Nihayetinde 5812 s. Kanun ile getirilen düzenleme bu karışıklığı gidermiş ve “*şikâyet ve itirazen şikâyet başvuruları, dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu idari başvuru yollarıdır*” hükmünü getirmiştir. Bu noktada belirtilebilir ki, bu başvuru yollarının “*zorunlu*” niteliği, ihale hukuku anlamında şikâyet ehliyeti olanlar için geçerlidir. Şikâyet ehliyeti olmayanlar, 2577 s. Kanun bakımından dava açma ehliyetine sahipler ise, doğrudan idari yargıda dava açabilirler. Bkz. **ÖZKAN**, Zorunlu İdari Başvuru, s. 82. Öğretide zorunlu idari başvurular; dava açmak için zorunlu olan başvurular, bireyler veya özel girişim faaliyetleri için zorunlu başvurular ve kamu görevlileri veya kamu tüzel kişileri için zorunlu idari başvurular olarak üçe ayrılmaktadır. Çalışma kapsamında incelenen zorunlu idari başvurular, dava açma hakkıyla ilişkili olan başvurulardır. Bu konuda bkz. **YILDIRIM**, s. 116 vd.; **SEZER**, Yasin/**BİLGİN**, Hüseyin, Danıştay Kararlarında İdari Başvurular, AÜHFD, C. 57, S. 4, 2008, s. 355 vd.

⁵²⁵ **SEZER**, s. 74; **ÖZKAN**, Zorunlu İdari Başvuru, s. 104 vd.

çözülmesi⁵²⁶, Kamu İhale Kurumu'nun da gerekli müdahalelerde bulunarak ihale sürecini ayakta tutabilmesinin sağlanmasıdır⁵²⁷.

İdari yargıda kural olarak idari dava açılmadan önce idareye başvuru yapılması zorunlu tutulmamıştır. İdari dava açmadan önce idareye zorunlu bir başvuru yapılması gerekiyorsa, bunun mevzuatta açıkça yer alması gerekmektedir⁵²⁸. Kanunla öngörülmüş olan zorunlu idari başvuru örneklerinden birisi de 4734 s. Kanun'un 55. maddesi hükmüdür. Zira bu maddeye göre şikâyet ve itirazın şikâyet başvuruları “*dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu idari başvuru*” niteliğindedirler⁵²⁹ (4734 s. Kanun, m. 54/2). Böyle hallerde idareye başvuru yapılmadan dava açılması durumunda idari yargı yeri “*idari merci tecavüzü*” olduğu gerekçesiyle dosyanın görevli idare merciine tevdiine (2577 s. Kanun, m. 15/1-e) karar verecektir.

Dilekçenin görevli idare merciine tevdi halinde idari yargı yerine başvuru tarihi, idare merciine başvuru tarihi olarak kabul edilir⁵³⁰. Bu durumda eğer idari yargı yerine yapılmış olan başvuru, idareye yapılması zorunlu olan başvuru süresi içindeyse, tevdi kararı sonrası ilgili idare başvuruyu süre yönünden reddetmeyecektir⁵³¹. Kural bu olmakla beraber, 4734 s. Kanun, 54. maddesinin 10. fıkrası hükmü ile bu kurala bir istisna getirmiştir. Anılan düzenlemeye göre, başvurunun ihaleyi yapan idare veya Kamu İhale Kurumu dışındaki idari mercilere, ihaleyi yapan idareye yapılması gerekirken doğrudan Kamu İhale Kurumu'na ya da doğrudan yargı mercilerine yapılması ve başvuru dilekçelerinin bu merciler tarafından ilgisine göre idareye veya Kamu İhale Kurumu'na gönderilmesi hâlinde, dilekçelerin idare veya

⁵²⁶ **ÖZKAN**, Gürsel, 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nda Öngörülen Zorunlu İdari Başvuru Yolları, TAAD, Y. 5, S. 17, Nisan 2014, s. 70 vd.; **UZ**, s. 388; D. 13. Dairesi, E. 2005/9229, K. 2007/272, T. 22.01.2007, (Aktaran: **AKKURT**, s. 4, dn. 7).

⁵²⁷ **SEZER**, Yasin/**KALKAN**, Recep Emre/**ŞAHİN**, Mustafa Emre, Kamu İhale Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 254; **KAPLAN**, Gürsel, İdari Yargılama Hukuku, Ekin Yayınları, 3. Baskı, Bursa, 2018, s. 213.

⁵²⁸ **ÖZKAN**, Zorunlu İdari Başvuru, s. 70 vd. Diğer örnekler için bkz. **SEZER/BİLGİN**, s. 355, dn. 63.

⁵²⁹ 4734 s. Kanun, 54. maddesinin ilk fıkrasında başvurunun zorunlu niteliği vurgulanmamış olsa da, maddenin ikinci fıkrası bu başvuruların zorunlu nitelikte olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Zorunlu idari başvuruların kanunlarda düzenleniş biçimlerinin dilbilgisi açısından incelenmesi hakkında bkz. **HATİPOĞLU**, Cengizhan, İdari Merci Tecavüzü ve Dört Gri Alan, TAAD, Y. 6, S. 21, Nisan 2015, s. 365 vd. Şikâyet ve itirazın şikâyet haklarının kanundan doğan haklar olduğu için, bu haklardan süresinden önce feragat edilemez; şikâyet başvurusu yapıldıktan sonra ise bu başvurudan feragat edilebilir. Bkz. **ARAPGİRLİ/DEMİREL**, s. 133.

⁵³⁰ **KAPLAN**, s. 215.

⁵³¹ **KAPLAN**, s. 215. Eğer yargısal başvuru, idari başvuru süresi içinde yapılmamış ise merci tecavüzü kararı verilmez, dava reddedilir. Bkz. D. İBK. E. 969/11, K. 970/30, T. 21.11.1970, (Aktaran: **ÖZTÜRK**, İlhami, Kamu İhale Kanununda Düzenlenen Şikâyet ve İtirazen Şikâyet Başvuru Sürelerinin Hukuki Niteliği, Ankara Barosu Dergisi, Y. 67, S. 3, Yaz 2009, s. 135). Aynı yönde bkz. **HATİPOĞLU**, s. 373.

Kamu İhale Kurumu kayıtlarına girdiği tarih, başvuru tarihi olarak kabul edilir⁵³². Bu hüküm göz önüne alındığında, zorunlu idari başvurular atlanarak doğrudan idari yargıda iptal davası açıldığı durumlarda, mahkemenin dilekçeyi ilgili idareye göndermesi sürecinde, şikâyet ve itirazın şikâyet başvuruları için öngörülen sürelerin, (4734 s. Kanun'da başvuru sürelerinin oldukça kısa⁵³³ olduğu da göz önünde bulundurulduğunda) kaçırılma ihtimali bulunmaktadır⁵³⁴. Bu sürelerin kaçırılması, yargısal denetimi de engelleyecektir⁵³⁵.

Şikâyet ve itirazın şikâyet başvuruları 4734 s. Kanun'da düzenlenmiş idari başvuru yollarıdır. Bu nedenle 2886 s. Devlet İhale Kanunu ya da özel kanun ve düzenlemeler uyarınca yürütülen, başka bir ifadeyle 4734 s. Kanun kapsamına girmeyen⁵³⁶ ihalelere ilişkin uyuşmazlıklar söz konusu ise, şikâyet ve itirazın şikâyet yolları tüketilmeden ve ilgili mevzuatta aksine bir hüküm de yoksa, doğrudan idari yargıda dava açılması gerekecektir⁵³⁷. Öte yandan, idarenin ihaleyi iptal kararını **re'sen aldığı hallerde**⁵³⁸ bu karara ve ayrıca

⁵³² 4734 s. Kanun'un önceki halinde, yanlış mercie başvuru halinde esas alınması gereken tarihe ilişkin bir düzenleme bulunmamaktaydı. Bu dönemde Yönetmeliğin 9. maddesinde bulunan ve zorunlu idari başvuru yapılmaksızın yargı yerine yapılacak başvurularda yargı yeri dosyayı ilgili idareye gönderdiğinde, başvuru tarihi, yargı yerine başvuru tarihi değil, dilekçenin ilgisine göre ihaleyi yapan idare ya da Kurum kayıtlarına girdiği tarih olarak düzenleyen hüküm, Danıştay 13. Dairesi tarafından iptal edilmiştir. Danıştay kararının gerekçesinde, bu hususa ilişkin 4734 s. Kanun'da bir düzenleme olmadığı ve 2577 s. Kanun'un 15. maddesinde bulunan açık düzenlemeye aykırı yönetmelik hükmü olamayacağını belirtmiştir (Bkz. D. 13. Dairesi, E. 2012/53, T. 10.06.2013, Aktaran: **ÖZKAN**, Zorunlu İdari Başvuru, s. 100). 2014 yılında 6518 s. Kanun aracılığıyla 4734 s. Kanun'da değişiklik yapılmış ve 2577 s. Kanun'un genel düzenlemesinden sapma niteliğinde olan bu hüküm kanuni dayanağa sahip olmuştur.

⁵³³ Aynı yönde bkz. **İNAN**, s. 187.

⁵³⁴ **SEZER/KALKAN/ŞAHİN**, s. 256 vd. İdari Yargılama Hukuku ilkelerinden sapılarak bu şekilde bir düzenleme yapılması, hak arama özgürlüğünü sınırlandırıcı niteliktedir. Aynı yönde bkz. **UZ**, s. 401. Aynı şekilde ihaleyi yapan idareye şikâyet başvurusu yapılmadan doğrudan Kamu İhale Kurumu'na başvurulduğu durumda da, Kamu İhale Kurumu dosyayı ilgili idareye gönderecek ve başvuru tarihi dosyanın ilgili idareye ulaştığı tarih olarak kabul edilecektir. Bu durumda da başvuru süresinin kaçırılması riski vardır. Kamu İhale Kurumu'na yapılacak başvuru tarihinin, idareye şikâyet başvurusu tarihi olarak kabul edilmesinin, Anayasa'nın 123. maddesinde düzenlenen idarenin bütünlüğü ilkesi ve Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen hak arama hürriyetine uygun düşeceği hakkında bkz. **AKKURT**, s. 18.

⁵³⁵ İlgili düzenleme, hem 2577 s. Kanun ile ortaya konulan genel çerçeveye aykırı niteliği, hem de hak arama hürriyetine getirdiği ciddi kısıtlama yönünden eleştiriye açıktır. Ancak Anayasa Mahkemesi, 4734 s. Kanun'a ilişkin olarak vermiş olduğu bir kararında kamu ihale hukukunun kendine has nitelikleri ve idari fonksiyonun sürekliliğinin sağlanması açısından sıkı usul kuralları getirilebileceğini; ancak bu kuralların öngörülebilir nitelikte olması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. AY Mah. E. 2016/143, K. 2017/23, T. 09.02.2017, RG, T. 12.04.2017, S. 30036. Zorunlu idari başvuruların süresinde yapılmamasının dava açma hakkını da düşüreceğine ilişkin olarak bkz. **SEZER/BİLGİN**, s. 357.

⁵³⁶ 4734 s. Kanun hükümlerinin uygulanmadığı ihalede, ihale dışı bırakılan isteklinin, ihale dışı bırakılma işlemine karşı doğrudan açacağı iptal davasında merci tecavüzü nedeniyle dilekçenin idareye tevdi kararı verilmesi yasaya aykırı olacaktır. Bkz. D. 13. Dairesi, E. 2009/5259, K. 2009/10040, T. 16.11.2009, (Aktaran: **AKKURT**, s. 110 vd.).

⁵³⁷ **İNAN**, s. 184.

⁵³⁸ D. 13. Dairesi, E. 2009/2769, K. 2009/8848, T. 30.09.2009, (www.kaznaci.com.tr, E.T.: 08.02.2018). Aynı yönde bkz. D. 13. Dairesi, E. 2015/5997, K. 2016/55, T. 25.01.2016; D. 13. Dairesi, E. 2015/3639, K.

ihalelerden yasaklanma kararlarına karşı⁵³⁹ şikâyet ve itirazın şikâyet başvuru gidilmeden doğrudan idari yargıda dava açılabilir. Tüm bu hallerde 2577 s. Kanun'un 11. maddesi uyarınca ihaleyi yapan idareye bir başvuru yapılabileceği ve bu başvurunun dava açma süresini durduracağı düşünülebilirse de, 2577 s. Kanun'un ivedi yargılama usulünü düzenleyen 20/A maddesi uyarınca "*ihaleden yasaklama kararları hariç ihale işlemleri*" bu usule tabidir ve ivedi yargılama usulünde 2577 s. Kanun'un 11. maddesi hükümleri uygulanmaz. Bu durumda ihaleden yasaklama kararları hariç olmak üzere, ihale sürecinde tesis edilen ve 4734 s. Kanun'un zorunlu idari başvuru yolu öngörmediği işlemlere karşı ihtiyari idari başvuru yapılmaksızın doğrudan dava açılması gerekmektedir. İvedi yargılama usulüne ilişkin düzenleme, herhangi bir ayrıma gitmeden, ihaleden yasaklama kararı hariç, tüm ihale işlemlerini kapsama aldığı için, 4734 s. Kanun hükümlerine tabi olmayan ihalelere ilişkin açılacak davalarda da ivedi yargılama usulü uygulanacaktır⁵⁴⁰.

A) ŞİKÂYET

1. Şikâyet Kurumu ve Genel Esasları

a) Şikâyetin Tanımı ve Hukuki Niteliği

4734 s. Kanun'da "şikâyet" tanımlanmamış olsa da, Yönetmeliğin 4. maddesinde şikâyet başvurusu "*ihale sürecindeki işlem ve eylemlerin hukuka aykırı olduğu iddiasıyla aday, istekli veya istekli olabilecekler tarafından idareye yapılan başvuru*" şeklinde tanımlanmıştır. 4734 s. Kanun'un 55. maddesine göre ise şikâyet; "*ihaleyi yapan idareye*" yapılan bir başvuru olarak ifade edilmiştir.

4734 s. Kanun'da belirtilen hallere ilişkin olarak yapılacak şikâyet başvurusu, niteliği itibariyle dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu bir idari başvuru yolu olup; aynı zamanda bu başvuru Kamu İhale Kurumu'na yapılacak olan itirazın şikâyet başvurusunun zorunlu ön koşuludur. Sadece Kamu İhale Kurulu'nca verilecek olan kararlara karşı idari yargıda dava

2015/3418, T. 14.10.2015, (www.kaznaci.com.tr, E.T.: 08.02.2018). Aynı yönde bkz. KİK, K.N. 2017/UY.IV-3048, T. 15.11.2017, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 14.02.2018). Ayrıca bkz. İNAN, s. 184.

⁵³⁹ KİK, K.N. 2007/UM.Z-1674, T. 17.05.2007; KİK, K.N. 2015/UH.II-1770, T. 24.06.2015, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 20.02.2018).

⁵⁴⁰ SEZER/KALKAN/ŞAHİN, s. 276.

açılabilirliği göz önüne alındığında, şikâyet başvurusu aynı zamanda kamu ihalelerinin yargısal denetiminin sağlanmasının ilk adımını oluşturmaktadır⁵⁴¹.

b) Başvuru Ehliyeti Olanlar

Şikâyet başvurusu yapma ehliyeti olanlar 4734 s. Kanun'un 54. maddesinde belirtilmiştir. Yönetmeliğin "*başvuru ehliyeti*" başlıklı beşinci maddesinde ise bir hak kaybı veya zarara uğrama ihtimaline ilişkin kıstas tekrar edilmiştir. İlgili mevzuat hükümlerinde, başvuru ehliyetine sahip olabilmek için üç şart öngörülmüş ve her üç şartın bir arada sağlanması gerektiği ifade edilmiştir⁵⁴². Bu şartlardan ilki, başvuru sahibinin ihale dokümanı satın alması ve/veya ihaleye teklif sunmuş olması ve buna bağlı olarak "*aday, istekli ve istekli olabilecek*" sıfatını kazanmasıdır. İkinci şart ise, idari yargılama hukukunda sübjektif dava ehliyeti, kamu ihale mevzuatında ise idari işlemlerden zarar görme koşulu olarak ifade edilen "*menfaat ihlali*" şartıdır⁵⁴³. Son olarak, menfaat ihlaline sebep olan idari işlem ve eylemlerin "*hukuka aykırı*" nitelikte olması gerekmektedir. Buna göre;

1. Ancak "aday, istekli ve istekli olabilecek" sıfatına sahip olanlar şikâyet başvurusu yapabilirler.

4734 s. Kanun'un "*tanımlar*" başlıklı 4. maddesine göre **aday**, "*ön yeterlik için başvuran gerçek veya tüzel kişileri veya bunların oluşturdukları ortak girişimleri*" ifade eder.

Adaylar;

- Belli istekliler arasında ihale usulü⁵⁴⁴ ile yapılan ihalelerde ön yeterlik başvurularının sunulması, değerlendirmesi ve sonuçlandırılmasına ilişkin idari işlem ve eylemler;
- Belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan danışmanlık hizmet alımı ihalelerinde ise kısa listeye alınmış olmaları kaydıyla ayrıca ihale daveti ve/veya ihale

⁵⁴¹ D. 13. Dairesi, E. 2007/4807, K. 2010/7278, T. 25.10.2010, (Aktaran: **AKKURT**, s. 96 vd.).

⁵⁴² "(...) şikâyet veya itirazın şikâyet başvurusunda bulunulabilmesi için üç şart öngörülmüştür. Birincisi, idarenin yapmış olduğu işlem veya eylemlerin hukuka aykırı olması, ikincisi hukuka aykırı iş veya eylemler nedeniyle hak kaybına veya zarara uğrayan veyahut uğraması muhtemel olan kişinin varlığı, üçüncüsü ise bu kişinin ihale sürecinde aday istekli veya istekli olabilecek sıfatını haiz olmasıdır. **Bu üç şartın birlikte sağlanmasıyla yapılan başvurular şikâyet veya itirazın şikâyet başvurusu niteliği taşıyabilmektedir. Dolayısıyla bu üç şarttan birinin varlığının olmaması yapılan başvuruyu şikâyet veya itirazın şikâyet başvurusu niteliğinden çıkarmaktadır.**" KİK, K.N. 2018/UM.II-30, T. 04.01.2018, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 12.02.2018).

⁵⁴³ KİK, K.N., 2012/UM.II-4251, T. 07.11.2012, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 12.02.2018).

⁵⁴⁴ Bkz. Birinci Bölümün II/B-2 başlığı.

dokümanının gönderilmesi, ihale dokümanında yer verilen düzenlemeler ve/veya bu düzenlemeler ile idari uygulamalar arasındaki uyumsuzluklar hakkında başvuruda bulunabilirler (Yönetmelik, m. 5).

4734 s. Kanun'un "*tanımlar*" başlıklı 4. maddesine göre **istekli olabilecek**, "*ihale konusu alanda faaliyet gösteren ve ihale veya ön yeterlik dokümanı satın almış gerçek veya tüzel kişiyi ya da bunların oluşturdukları ortak girişimi*" ifade eder. Buna göre; "*istekli olabilecek*" sıfatını kazanmak için ihale konusu alanda faaliyet göstermek⁵⁴⁵ ve ihale veya ön yeterlilik dokümanını satın almak⁵⁴⁶ gerekmektedir. Doküman doğrudan idareden, EKAP üzerinden elektronik imza ya da mobil imza ile veya posta yoluyla satın alınabilir. Ancak her durumda, doküman satılan alacak Türk Ticaret Kanunu'na tabi tüzel kişiler ile Türk vatandaşı gerçek kişilerin EKAP'a kayıtlı olması zorunludur⁵⁴⁷. Buna göre "*idarelerin, ihale dokümanını satın almak için kendilerine başvuran gerçek/tüzel kişilere ilişkin olarak öncelikle, adına doküman satın alınacak kişinin EKAP'a kayıtlı olup olmadığını sorgulamaları, kişinin EKAP kaydının bulunması durumunda doküman satış işlemini gerçekleştirmeleri, EKAP kaydının bulunmaması durumunda ise doküman satış talebini reddetmeleri gerekmektedir.*⁵⁴⁸" İhale dokümanının EKAP üzerinden e-imza ile indirilmesi durumunda ise ihale dokümanı satın alınmış sayılır. Buna göre dokümanının indirilmesi sırasında elektronik ortamda bazı işlemlerin eksik bırakılması halinde, dokümanının satın

⁵⁴⁵ Kamu İhale Kurulu'na göre, istekli olabilecek sıfatını kazanmanın ön şartlarından birisi de ihale konusu alanda faaliyet göstermektedir. Bu durumda ihaleye teklif sunarak "*istekli*" sıfatını kazanmış olan kişi ya da kuruluşların evleviyetle bu şartı sağlamaları gerekmektedir. Bkz. KİK, K.N. 2012/UH.III-3717, T. 19.09.2012, (Aktaran: **ARAPGİRLİ/DEMİREL**, s. 22 vd.). Ancak Danıştay, yeterlik kriterlerini sağlamak şartıyla ticari şirketlerin, ana statüsünde belirtilmeyen işlere ilişkin ihalelere de katılabileceği hususunu vurgulamaktadır. Örneğin; bkz. D. 13. Dairesi, E. 2017/378, K. 2017/1016, T. 14.04.2017; D. 13. Dairesi, E. 2016/220, K. 2016/3167, T. 07.10.2016, (Yayımlanmamış Mahkeme Kararı).

⁵⁴⁶ Dokümanının bedelinin yatırılması yeterli değildir. "*İstekli olabilecek*" sıfatını kazanmak için dokümanının idareden teslim alınması gereklidir. Bkz. KİK, K.N. 2010/UH.II-2131, T. 19.07.2010, (Aktaran: **ARAPGİRLİ/DEMİREL**, s. 24). Doküman EKAP'tan e-imza ile indirilmiş ise istekli olabilecek sıfatı kazanılır. Bkz. Kamu İhale Genel Tebliği, m. 15.2.4. İdarenin dokümanı satmaması durumunda, kedisine doküman satılmayan kişiler, süresi içinde idareye başvurmak kaydıyla bu hususu itirazın şikâyet yoluna götürebilirler. Ancak doküman bedelinin çok yüksek olduğu ve bu nedenle ihaleye katılmadığını iddia eden kişi, bu konuda idari başvuru yollarını kullanabilmek için yine de ilgili dokümanı satın almak durumundadır. Bkz. **ARAPGİRLİ/DEMİREL**, s. 29. İstekli olabilecek sıfatına sahip olmak için ilgili dokümanı idarede bedelsiz görmüş olmanın değil; mutlaka dokümanı satın almış olma şartının aranmasının, özellikle doküman bedelinin çok yüksek olduğu kimi ihalelerde, hak arama özgürlüğüne aykırı durumlar yaratabileceği hakkında bkz. **UZ**, s.397.

⁵⁴⁷ Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, m. 25, Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, m. 26 ve Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, m. 23.

⁵⁴⁸ Bkz. Kamu İhale Kurumu, 07.06.2017 tarihli duyuru, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 11.02.2018).

alınmamış sayılması ve bu nedenle kişinin şikâyet ve itirazın şikâyet ehliyetinin bulunmadığına karar verilmesi hukuka uygun olmayacaktır⁵⁴⁹.

Yönetmelik düzenlemesine göre istekli olabilecekler örneğin; tekliflerin değerlendirilmesi ya da ihalenin sonuçlandırılması aşamasında tesis edilen işlemlere karşı şikâyet başvurusunda bulunamazlar. Yönetmelik hükmü böyle olmakla birlikte Danıştay⁵⁵⁰ **“Yönetmelik düzenlemesinin Kanunu aşar hükümler içerdiği, nitekim Kanun’da bu şekilde bir ayırımı gidilmeksizin başvuru kriterlerinin hak kaybı, zarar veya muhtemel zarar olarak belirlendiği”** gerekçesiyle istekli olabileceklerin de hak kaybı veya zararlarının doğması hâlinde tekliflerin değerlendirilmesi⁵⁵¹ ve ihalenin sonuçlandırılmasına dair işlemler hakkında başvuruda bulunabileceklerine karar vermektedir. Şu halde, Kamu İhale Kurulu’nun bu konuya ilişkin ehliyet yönünden ret kararı verdiği bir işleme karşı açılacak davada, bu ret kararının yanında kararın dayanağı olan düzenleyici işlemin, başka bir deyişle Yönetmeliğin, Danıştay’a göre **“Kanunu aşar hükümler içeren”**, 5. maddesi hükmünün de, 2577 s. Kanun m. 7/4 uyarınca, iptalinin talep edilmesinin gerektiği ortadadır. Bununla birlikte Danıştay kararlarında yer verilen gerekçeler dikkate alınarak Yönetmelik hükmünde değişiklik yapılması da düşünülebilir.

4734 s. Kanun’un **“tanımlar”** başlıklı 4. maddesine göre **istekli**, **“mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalesine teklif veren tedarikçi, hizmet sunucusu veya yapım müteahhidini”** ifade eder. Başka bir ifadeyle **“istekli”** ihaleye teklif veren kişidir. Teklif ise, **“isteklinin idareye sunduğu fiyat teklifi ile değerlendirmeye esas belge ve/veya bilgileri”**dir (4734 s. Kanun, m. 4/22). Bu durumda ihaleye sunduğu teklif zarfında teklife ilişkin fiyat bilgisi bulunmayan⁵⁵², ihaleye teklif niteliğinde olmayan bilgiler içeren mektup sunan⁵⁵³

⁵⁴⁹ Anakara 15. İdare Mahkemesi, E. 2011/1712, T. 20.01.2012, (Aktaran: **ARAPGİRLİ/DEMİREL**, s. 26.)

⁵⁵⁰ D. 13. Dairesi, E. 2014/3366/ K. 2016/1446, T. 06.05.2016, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 02.03.2018). Aynı yönde bkz. D. 13. Dairesi, E. 2015/5076, K. 2015/4092, T. 23.11.2015, (Yayımlanmamış Mahkeme Kararı).

⁵⁵¹ İstekli olabilecek sıfatına sahip, başka bir deyişle ihale dokümanını satın almış; ancak ihaleye teklif vermemiş olan kişinin, tekliflerin değerlendirmesi aşamasına ilişkin itirazının Kurul’ca ehliyet yönünden reddine ilişkin olarak Danıştay, istekli olabileceklerin de **“hak kaybı veya zararının doğması halinde tekliflerin değerlendirilmesi ve ihalenin sonuçlandırılmasına ilişkin işlemler hakkında itirazın şikâyet başvurusunda bulunabileceği”** yönünde karar vermiştir. D. 13. Dairesi, E. 2017/1025, K. 2017/2189, T. 30.06.2017, (Yayımlanmamış Mahkeme Kararı).

⁵⁵² KİK, K.N. 2008/UY.Z-2759, T. 01.07.2008, (Aktaran: **ARAPGİRLİ/DEMİREL**, s. 30).

⁵⁵³ Kamu İhale Kurulu’nun vermiş olduğu bir kararda başvuru sahibi idareye bir **“teşekkür mektubu”** sunmuştur. Bu durumda sunulan belgeler içerisinde teklif niteliğinde bir bilgi ve belge bulunmadığı için başvuru sahibi istekli olabilecek olarak kabul edilmiştir. KİK, K.N. 2009/UH.III-228, T. 12.01.2009, (Aktaran: **ARAPGİRLİ/DEMİREL**, s. 34).

kişiler “*istekli*” değil; ihale dokümanını almış olmak kaydıyla “*istekli olabilecek*” statüsüne sahip olabilirler.

İstekliler; yeterlik başvurularının veya tekliflerin sunulması, değerlendirilmesi ve ihalenin sonuçlandırılmasına ilişkin idari işlem veya eylemler hakkında başvuruda bulunabilirler (Yönetmelik, m. 5). Buna göre, ihaleye teklif veren kişi, “*istekli olabilecek*” statüsünden çıkarak “*istekli*” statüsüne girdiği için başvuru konusu yapabileceği hususlar değişecektir. Bu halde istekli sıfatına sahip olan kişi, ihale dokümanında yer alan düzenlemeler arasında çelişki ve belirsizlikler olduğuna ilişkin bir başvuruda bulunamayacaktır⁵⁵⁴. Danıştay’a göre ihaleye kısmi teklif verenler, ihalenin teklif vermedikleri kısmına ilişkin şikâyet başvuru ehliyetine de sahiptir⁵⁵⁵.

Ortak girişimler açısından ise; mevzuatta yer alan başvurunun şekline ilişkin düzenlemeler karşısında, ortak girişim adına itirazın şikâyet başvurusunda bulunulabilmesi için, bu başvuruyu yapma yetkisinin kanıtlanmasını teminen, ortak girişim beyannamesinin veya sözleşmesinin, özel ortak tarafından yapılan başvurularda **ayrıca özel ortağa temsil yetkisi verildiğine ilişkin belgenin** eklenmesi zorunludur. Başka bir ifadeyle, yapılacak olan şikâyet başvurusunda, özel ortağa temsil yetkisi verildiğine dair belgenin sunulmaması halinde “*ihaleyi yapan idareye usulüne uygun bir şikâyet başvurusunda bulunulmadığı*”

⁵⁵⁴ “(...) başvuru sahibinin mevcut dokümana göre 13.11.2017 ihale tarihinde ihaleye teklif verdiği görülmüş olup, istekli sıfatını haiz söz konusu isteklinin ihale dokümanına yönelik olan bahse konu iddialarının 4734 s. Kanununun 54’üncü maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince ehliyet ve süre yönünden reddi gerektiği sonucuna varılmıştır.” KİK, K.N. 2017/UH.II-3461, T. 22.12.2017, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 13.02.2018). “(...) istekli tarafından dava konusu iş kalemlerine ilişkin ihale dokümanına yönelik olarak idareye herhangi bir başvuruda bulunulmadığı; bu durumda; ihale dokümanında belirtilen yeterlik kriterlerini ve teknik şartnamede belirtilen teknik kriterleri karşılamayan tekliflerin değerlendirme dışı bırakılması gerektiği (...)” D. 13. Dairesi, E. 2015/4307, K. 2015/4210, T. 30.11.2015, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 02.03.2018). Ayrıca bkz. D. 13. D., E. 2017/ 2696, K. 2018/254, T. 19.01.2018, (Yayımlanmamış Mahkeme Kararı). Benzer şekilde, ihale dokümanına ilişkin şikâyet başvurusunda bulunan, idarenin on günlük cevap verme süresi geçtiği halde, süresinde itirazın şikâyet başvurusu yapmayan kimse, ihalenin sonuçlanması üzerine değerlendirme sonucuna yönelik olarak yapılan şikâyet başvurusunda ihale dokümanında bulunan kimi hükümlerin serbest rekabet ilkesini ihlal ettiğini ileri süremez. Bkz. D. 13. Dairesi, E. 2012/2998, K. 2017/1599, T. 23.05.2017, (www.kaznaci.com.tr, E.T.: 02.03.2018). Ayrıca belirtmelidir ki, ihale dokümanında bulunan kimi değerlerin idarece yanlış yorumlanarak ihale sürecinin sonuçlandırılması halinde yapılacak olan başvuru, ihale dokümanına ilişkin olmayıp, ihalenin sonuçlandırılmasına ilişkindir. Bkz. D. 13. Dairesi; E. 2015/4396, K. 2016/314, T. 17.02.2016, (Yayımlanmamış Mahkeme Kararı).

⁵⁵⁵ “(...) ihale dokümanını satın alıp, anılan ihaleye kısmî teklif veren davacı şirketin **teklif vermediği kısımlar yönünden de şikâyet ve itirazın şikâyet başvurusunda bulunabileceği**”nin kabulü gerekir. D. 13. Dairesi, E. 2016/4184, K. 2016/3871, T. 24.11.2016, (Yayımlanmamış Mahkeme Kararı).

gerekçesiyle⁵⁵⁶, daha sonra yapılacak olan itirazın şikâyet başvurusu da şekil yönünden reddedilecektir.

Bu kapsamda ayrıca belirtilmelidir ki “*aday, istekli ve istekli olabilecek*” sıfatına sahip olmayan ve fakat ihale sürecinde idarenin tesis etmiş olduğu kimi işlemlerden ötürü menfaati ihlal edilmiş olanlar, 4734 s. Kanun’da öngörülen zorunlu idari başvuru yollarını tüketmeksizin, doğrudan doğruya idari yargıda bir iptal davası açabilirler⁵⁵⁷.

2. Aday, istekli ve istekli olabileceklerin şikâyet başvurusu yapabilmesi için, ihale sürecinde tesis edilen hukuka aykırı işlem ve gerçekleştirilen eylemlerden ötürü bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia etmeleri gerekmektedir.

Kamu ihale mevzuat hükümleri uyarınca şikâyet başvurusunda bulunacak olan kimsenin başvurusu, hukuken korunması gerekli bir hak veya menfaate ilişkin olmalıdır. Burada söz konusu olan “*menfaat ihlali*” şartı⁵⁵⁸, idari yargılama hukukunda subjektif dava ehliyeti olarak ifade edilir. Danıştay’ın yerleşik kararlarında⁵⁵⁹ da belirtildiği gibi, menfaat ihlali; dava konusu edilen idari işlem nedeniyle davacının güncel, kişisel ve meşru bir menfaatinin ihlal edilmiş olması anlamına gelmektedir. Danıştay ihaleler özelinde, idareye başvuru yapabilmenin ön şartı olan “*istekli olabilecek, istekli ya da aday*” sıfatlarının kazanılmasının akabinde, davacının subjektif ehliyetinin varlığını araştırmaktadır. Bu

⁵⁵⁶ D. 13. Dairesi, E. 2017/2723, K. 2018/38, T. 04.01.2018, (Yayımlanmamış Mahkeme Kararı).

⁵⁵⁷ “*Davacının ihaleye davet edilmesi ve kendisine ihale dokümanı verilmesi talebiyle idareye başvuruda bulunduğu ve bu sebeple henüz istekli veya istekli olabilecek sıfatını kazanmamış olduğu görüldüğünden; davacı tarafından, ihale sürecinde menfaatini etkileyen ve hukuka aykırı olduğu iddia edilen işlemlerle ilgili olarak şikâyet ve itirazın şikâyet başvurusu yollarına gidilmeksizin doğrudan dava açılabilmesi mümkündür.*” D. 13. Dairesi, E. 2015/4344, K. 2015/3712, T. 02.11.2015, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 02.03.2018). Aynı yönde bkz. D. 13. Dairesi, E. 2009/4825, K. 2009/9396, T. 26.10.2009, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 12.02.2018). İlgililer, pazarlık usulüyle çıkılan ihaleye davet edilmeleri ve kendilerine doküman satılması amacıyla idareye başvurabilirler. Bu başvuru idarece reddedilirse henüz istekli veya istekli olabilecek sıfatı kazanılmadığı için, **zorunlu idari başvuru yolları tüketilmeksizin idari yargıda dava açılabilir.** Bkz. D. 13. Dairesi, E. 2015/3780, K. 2016/61, T. 26.01.2016, (Yayımlanmamış Mahkeme Kararı).

⁵⁵⁸ KİK, K.N. 2018/UY.IV-300, T. 30.01.2018, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 12.02.2018). Özkan, yasanın lafzının menfaat ihlali şartından ziyade hak ihlali şartına işaret etmekte olduğunu, bu nedenle 2577 s. Kanun ile 4734 s. Kanun arasında ehliyet konusunda bir uyumsuzluk yaşandığını belirtmektedir. **ÖZKAN**, Zorunlu İdari Başvuru, s. 85.

⁵⁵⁹ Bkz. D. 14. Dairesi, E. 2013/6534, K. 2013/7093, T. 24.10.2013; D. 6. Dairesi, E. 2011/9148, K. 2012/1541, T. 04.04.2012; D. 4. Dairesi, E. 1998/4054, K. 1998/3514, T. 08.10.1998; D. 10. Dairesi, E. 1998/2400, K. 2000/5393, T. 25.10.2000; D. 10. Dairesi, E. 2007/5275, K. 2010/4373, T. 13.05.2010; D. 5. Dairesi, E. 2003/4666, K. 2004/3214, T. 17.09.2004; D. İDDGK, E. 2005/80, K. 2005/96, T. 17.03.2005; D. 6. Dairesi, E. 2003/5595, K. 2004/179, T. 14.01.2004; (Kararlar için bkz. www.kazanci.com.tr, E.T.: 13.02.2018).

kapsamda örneğin davacının ihale dokümanındaki kimi hükümlerin hukuka aykırı olduğunu iddia ettiği durumda, ilgili hükümlerin, ihaleye teklif vermesini engelleyici ya da tekliflerin eşit muamele ve rekabet ilkeleri gereğince değerlendirilmesini önleyebilecek nitelikte olup olmadığına bakılmaktadır. Danıştay'a göre önemli olan; ilgili hükümlerin salt 4734 s. Kanun'a aykırılığı değil, aynı zamanda davacının iddiasının yasa gereği korunması gereken bir menfaatine ilişkin olup olmadığının belirlenmesidir⁵⁶⁰.

Bu bakımdan örneğin;

- ekonomik açıdan en avantajlı teklifi verdiği kabul edilen kişinin, ihalede zaten geçersiz teklif olarak belirlenen başka bir isteklinin teklifinin farklı bir gerekçe ile değerlendirme dışı bırakılmasına ilişkin yapacağı başvuruda⁵⁶¹,

- şikâyet başvurusu neticesinde şikâyet edilen isteklilerin teklifleri değerlendirme dışı bırakılsa dahi, başvuru sahibinin ekonomik açıdan en avantajlı birinci teklif veya ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekli konumunda olamayacağı başvuruda⁵⁶²,

- vermiş olduğu teklif yaklaşık maliyetin üzerinde olduğu için teklifi değerlendirmeye alınmayan kişinin, yaklaşık maliyete ilişkin olmayıp diğer tekliflere ilişkin olarak yaptığı başvuruda⁵⁶³,

⁵⁶⁰ D. 13. Dairesi, E. 2005/6367, K. 2005/5455, T. 11.11.2005, (Aktaran: **AKKURT**, s. 235 vd.). KİK, K.N. 2018/UY.IV-300, T. 30.01.2018, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 12.02.2018). Benzer yönde bkz. KİK, K.N. 2017/UH.IV-3476, T. 27.12.2017, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 12.02.2018).

⁵⁶¹ KİK, K.N. 2018/UY.IV-300, T. 30.01.2018, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 12.02.2018). Benzer yönde bkz. KİK, K.N. 2017/UH.IV-3476, T. 27.12.2017, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 12.02.2018).

⁵⁶² KİK, K.N. 2018/UM.II-30, T. 04.01.2018, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 12.02.2018). Ancak bu konuda Danıştay'a göre, "(...) ihaleye teklif vermiş olan isteklinin başvuru ehliyetine sahip olduğunu ve bu noktadan sonra isteklinin **dava konusu ihalenin üzerinde kalma ihtimali olup olmadığına bakılmaksızın ihale sürecindeki işlemlere yönelik olarak şikâyet ve itirazın şikâyet başvurusunda bulunabileceği**" kabul edilmelidir. Bkz. D. 13. Dairesi, E. 2016/3352, K. 2016/3727, T. 15.11.2016; D. 13. Dairesi, E. 2016/3347, K. 2016/3108, T. 03.10.2016, (Yayımlanmamış Mahkeme Kararı).

⁵⁶³ "Diğer bir deyişle, yukarıda yapılan tespitler çerçevesinde, Kurumca incelemeye konu edilebilecek olan diğer tekliflere ilişkin iddiaların uygun bulunması durumunda dahi, başvuru sahibinin hukuki durumunda herhangi bir değişiklik olmayacağı ve kendi teklifinin geçerliliğine ilişkin menfi ya da müspet herhangi bir değerlendirmeye yer verilemeyecek olan işbu karar sonucunda ihalenin üzerinde kalması ihtimalinin bulunmadığı görülmüş, hukuken korunması gereken güncel bir menfaatten bahsedilemeyeceği tespit edilmiş (...)" KİK, K.N. 2018/UH.IV-4, T. 04.01.2018, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 12.02.2018). Benzer şekilde, başvuru sahibinin teklifinin teklif mektubunun usulüne uygun olmaması gerekçesiyle değerlendirme dışı bırakıldığı, ihalenin diğer istekli üzerinde bırakıldığı, başvuru sahibinin şikâyet ve itirazın şikâyet dilekçelerinde kendi teklifine ilişkin olarak herhangi bir geçerlilik iddiasına yer vermeksizin diğer isteklinin teklifine ilişkin iddialarda bulunduğu durumda da başvuru sahibinin menfaat ihlali şartı gerçekleşmemiş olacaktır. Bkz. KİK, K.N. 2018/UM.IV-1, T. 04.01.2018, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 12.02.2018).

- başvuru sahibinin teklifinin, sunulmuş olan numunelerin Teknik Şartname'ye uygun olmaması gerekçesiyle değerlendirme dışı bırakıldığı, başvuru sahibinin şikâyet dilekçesinde bu hususa ilişkin olarak herhangi bir itirazının bulunmadığı, aksine teklifinin ihale dokümanına uygun olmadığını kabul ettiği, başvuru konusu iddianın ise ihale üzerinde bırakılan isteklinin teklifinin değerlendirme dışı bırakılması gerektiği yönünde olduğu başvuruda⁵⁶⁴ “*başvuru sahibinin korunması gereken bir hakkının veya zarara uğrama ihtimalinin bulunmadığı*” gerekçesiyle başvuru ehliyet yönünden reddedilecektir⁵⁶⁵.

Kamu İhale Kurulu kararlarına göre ihaleye teklif veren istekliler, “*basiretli bir tacir*” gibi hareket etmek zorundadırlar⁵⁶⁶. Buna göre bir isteklinin “*teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasını*” öngörerek ihaleye teklif sunması, basiretli bir tacirden beklenmeyecek bir davranış olup, basiretli bir tacirin ihaleye teklif sunarken temel amacının ihalenin uhdesinde bırakılmasını sağlamak olduğu kabul edilmelidir⁵⁶⁷. Bu nedenle Kamu İhale Kurulu'na göre *ihale üzerine bırakılan isteklinin*, daha sonra ihalenin iptali talebiyle şikâyet başvurusunda bulunma ehliyeti yoktur⁵⁶⁸. Ancak Danıştay, başvuru ehliyetini geniş yorumlayarak “*ihaleye teklif veren ve ihale üzerinde kalan gerçek ve tüzel kişilerin de, gerek 4734 s. Kanun gerekse ilgili Yönetmelik hükümleri uyarınca istekli statüsünde bulunduğu, **ihalenin üzerinde kalıp kalmadığına bakılmaksızın***” şikâyet ve itirazın şikâyet başvurusunda bulunabileceklerine hükmetmektedir⁵⁶⁹. Başka bir ifadeyle “*iddiaların ihalenin iptalinin gerektirip gerektirmediği*

⁵⁶⁴ KİK, K.N. 2017/UM.IV-3521, T. 27.12.2017, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 12.02.2018).

⁵⁶⁵ Kamu İhale Kurulu, menfaat ihlali ile ilgili benzer nitelikte pek çok karar vermiştir. Örnek olarak bkz. KİK, K.N. 2018/UH.II-194, T. 17.01.2018, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 12.02.2018), KİK, K.N. 2017/UH.IV-3292, T. 08.12.2017, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 12.02.2018), KİK, K.N. 2017/UH.II-3268, T. 07.12.2017, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 12.02.2018), KİK, K.N. 2017/UM.I-3057, T. 15.11.2017, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 12.02.2018).

⁵⁶⁶ Örneğin bkz. KİK, K.N. 2018/UH.II-271, T. 24.01.2018; KİK, K.N. 2017/UY.I-3099, T. 22.11.2017; KİK, K.N. 2018/UH.I-334, T. 30.01.2018; KİK, K.N. 2018/UH.II-199, T. 17.01.2018, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 13.02.2018). 6102 s. Türk Ticaret Kanunu'nun (RG, T. 14.02.2011, S. 27846) 18. maddesinin 2. fıkrasına göre “*her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir.*” Bu hüküm ile, tacirlere ticari işletmeleriyle ilgili her türlü faaliyetlerine ilişkin olarak objektif bir özen ölçüsü getirilmiştir. Her tacir ticari faaliyetlerini yürütürken tedbirli ve tecrübeli davranmalıdır. Basiretli bir iş adamı gibi hareket yükümlülüğü hakkında bkz. ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KENDİGELEN, Abuzer/KAYA, Arslan/NOMER ERTAN, Füsün, Ticari İşletme Hukuku, XII Levha Yayınları, 4. Basıdan 5. Tıpkı Bası, İstanbul, 2015, s. 285 vd.; BAHTİYAR, Mehmet, Ticari İşletme Hukuku, Beta Yayınları, 18. Bası, İstanbul, 2017, s. 112 vd.; BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan, Ticaret Hukuku Bilgisi, Dora Yayınları, 2. Baskı, Bursa, 2012, s. 63.

⁵⁶⁷ KİK, K.N. 2018/UH.IV-175, T. 17.01.2018, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 13.02.2018).

⁵⁶⁸ KİK, K.N. 2012/UM.II-4251, T. 07.11.2012, (Aktaran: ARAPGİRLİ/DEMİREL, s. 43).

⁵⁶⁹ Danıştay İDDK, E. 2015/4142, K. 2017/2825, T. 27.09.2017; D. 13. Dairesi, E. 2016/1419, K. 2016/1456, T. 06.05.2016; D. 13. Dairesi, E. 2016/4811, K. 2017/159, T. 16.01.2017; D. 13.D, E. 2015/1069, K. 2017/1476, T. 15.05.2017, (Yayımlanmamış Mahkeme Kararı). Benzer bir kararda ise, diğer isteklilere göre aşırı düşük teklif

hususunda işin esasına geçilerek bir inceleme yapılmaksızın, **salt davacının ihaleyi kazanmış olduğundan** ihalenin iptalini isteme hususunda ehliyetli olmadığından bahisle itirazın şikâyet başvurusunun usul yönünden reddi” hukuka uygun olmayacaktır⁵⁷⁰.

3. Menfaat ihlaline sebep olan idari işlem ve eylemlerin “hukuka aykırı” nitelikte olması gerekmektedir.

Menfaatinin ihlal edildiğini iddia eden başvuru sahibi, bu iddiasını ispat ederken aynı zamanda menfaat ihlaline neden olan idari işlem ve eylemlerin hukuka aykırı nitelikte olduğunu da ispat yükümlülüğü altındadır. Şikâyete konu idari işlem ve eylemlerin hukuka aykırı olduğunun saptanamadığı hallerde, yapılacak olan başvuru reddedilecektir. Bu noktada başvuru sahibinin görevi, iddialarını dilekçesinde somut biçimde ortaya koymaktır. Kamu İhale Kurulu’na göre⁵⁷¹; “başvuru sahibi tarafından **mevzuata aykırılık iddialarının** konusu, sebepleri ve dayandığı delillerin başvuru dilekçelerinde belirtilmesi gerektiği, başvuruda bulunan hususların **somut bir biçimde**, mevzuata aykırı bulunma sebepleri ile birlikte gösterilmesi, idare işleminin hangi unsurları bakımından ve **hangi gerekçelerle hukuka aykırı olduğunun** belirtilmesi, aykırılığa ilişkin somut delillere yer verilmesi gerektiği açıktır.” Bu bakımdan örneğin; başvuru dilekçesinde “**isteklinin açıklamalarının tamamının Kamu İhale Genel Tebliği’ne aykırı olduğu**” şeklinde, iddia edilen hukuka aykırılığın somut gerekçelere dayandırılmaksızın genel nitelikli hukuka aykırılık ifadelerini içeren bir iddiaya yer verilmesi durumunda başvuru reddedilecektir⁵⁷². Bu yönden ele alındığında, ilgililerin

verdiği ortaya çıkan ve idarece ihalenin, aşırı düşük teklif sorgulaması yapılmaksızın ilgili teklifi veren üzerine bırakıldığı bir ihalede, ihale uhdesinde kalan tarafından yapılan itirazın şikâyet başvurusu Kurul’ca reddedilmiş; ancak idare mahkemesi “*ihale üzerinde bırakılan isteklilerin bu yola başvuramayacakları yönünde bir kısıtlama getirilmediği, dolayısıyla bu tür durumlarda şikâyet ve itirazın şikâyet başvurusunda bulunan isteklilerin gerçekten bir zarara ya da hak kaybına uğrayıp uğramadığının incelenip karara bağlanması gerektiği*” gerekçesiyle ehliyet yönünden verilen ret kararını bozmuş, Danıştay da bozma kararını onamıştır. Bkz. D. 13. Dairesi, E. 2016/2105, K. 2016/3130, T. 05.10.2016 (Yayımlanmamış Mahkeme Kararı). Aynı yönde bkz. D. 13. Dairesi, E. 2016/2105, K. 2016/3130, T. 05.10.2016, (Yayımlanmamış Mahkeme Kararı).

⁵⁷⁰ D. 13. Dairesi, E. 2016/3337, K. 2016/3441, T. 26.10.2016, (Yayımlanmamış Mahkeme Kararı).

⁵⁷¹ KİK, K.N. 2018/UH.I-332, T. 30.01.2018, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 13.02.2018).

⁵⁷² KİK, K.N. 2018/UY.II-302, T. 30.01.2018, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 13.02.2018). “Başvuru sahibinin söz konusu iddiası incelendiğinde; aşırı düşük teklif açıklamasında sunulan belgelerin yeniden kontrol edilmesine yönelik talepler içeren iddialarda bulunduğu, **somut herhangi bir aykırılık gerekçesi belirtilmediği** görüldüğünden, söz konusu iddiasının şekil yönünden reddi gerektiği sonucuna varılmıştır.” KİK, K.N. 2018/UH.II-312, T. 30.01.2018, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 13.02.2018). “(...) sunduğu açıklama uygun bulunarak ihale üzerinde bırakılan istekli olan (...) Paz. Tic. Ltd. Şti.nin açıklamasına ilişkin olarak sadece ‘Kamun’un ve Tebliğ’in belirttiği şekilde gerekli açıklamaları yapmadığı’ ifadelerine yer verildiği, aşırı düşük teklif açıklamasındaki mevzuata aykırılıkların açıkça belirtilmediği ve anılan isteklinin gerekli açıklamayı yapmadığı yönündeki **iddianın somut delillere de dayandırılmadığı**, bu çerçevede, **somut bir hukuka aykırılık gerekçesine dayanmayan** söz konusu başvurunun mevzuata uygun olmadığı anlaşılmıştır.” KİK, K.N.

başvurularında inceleme yöntemi açısından “re’sen araştırma” ilkesine göre hareket edilmediği görülmektedir⁵⁷³.

c) Şikâyet Usulü

i) şikâyetin yapılacağı yerler ve başvuru şekli

4734 s. Kanun’un 54. maddesinin 3. fıkrasına ve Yönetmeliğin 8. maddesinin 1. fıkrasına göre “şikâyet başvuruları idareye (...) hitaben yazılmış imzalı dilekçelerle yapılır.” Şikâyet başvurusu ilgili idareye elden ya da posta yoluyla teslim edilir ve posta yoluyla yapılan başvurularda, postadaki gecikmeler dikkate alınmaz. (Yönetmelik, m. 9/1 ve 9/7). Dilekçeye eklenen bütün belgeler; belgelerin adları, sayfa sayıları, asıl/tasdikli/fotokopi vb. olduklarını gösteren iki nüsha dizi pusulası ile birlikte sunulur (Yönetmelik, m. 9/2).

Aynı kişi tarafından birden fazla ihaleye, birden fazla kişi tarafından ise aynı ihaleye tek dilekçe ile başvuruda bulunulamaz (4734 s. Kanun, m.54/8, Yönetmelik, m. 8/9)⁵⁷⁴. Bu noktada belirtilmelidir ki, bir kişinin, yine tek bir ihale sürecinde birden fazla konuda hukuka aykırılık iddiasında bulunması durumunda tek dilekçe ile başvuru yapılabilir⁵⁷⁵.

Başvurulardaki eksiklikler henüz başvuru süresi dolmamış olmak kaydıyla, idare veya Kurumun bildirim yapma zorunluluğu bulunmaksızın⁵⁷⁶, başvuru süresinin sonuna kadar başvuru sahibi tarafından giderilebilir (4734 s. Kanun, m. 54/9).

2017/UH.I-3394, T. 19.12.2017, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 13.02.2018). Kamu İhale Kurulu benzer nitelikte pek çok karar vermiştir. Örnek olarak bkz. KİK, K.N. 2017/UH.I-3244, T. 07.12.2017, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 13.02.2018); KİK, K.N. 2017/UY.II-3151, T. 23.11.2017, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 13.02.2018).

⁵⁷³ Öte yandan, 4734 s. Kanun’un 39. maddesine göre idare, bütün teklifleri reddederek ihaleyi iptal edebilir. İdare bütün tekliflerin reddedilmesi nedeniyle herhangi bir yükümlülük altına girmez. Bu durumda şikâyet başvurusunda dile getirilmeyen bir husus idarece re’sen saptandığında, düzeltici işlem tesis edilmesine ya da ihalenin iptaline karar verilebilmesi mümkün gözükmemektedir. Kamu İhale Kurumu ise itirazın şikâyet başvurularını incelerken; başvuru sahibinin iddiaları, şikâyet sonucu ilgili idarenin almış olduğu karardaki hususlar ve itiraz edilen işlemler bakımından eşit muamele ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususlarını irdeleyecektir. Kurum’un re’sen araştırma yetkisi yoktur. Bkz. AY Mah. E. 2009/9, K. 2011/103, T. 16.06.2011, RG, T. 19.05.2012, S. 28297; D. 13. Dairesi, E. 2014/1503, K. 2015/2046, T. 03.06.2015, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 16.03.2018).

⁵⁷⁴ Bu kural “ihalelerin bağımsızlığı” kavramı ile ifade edilebilecek olup, idari başvurularda şikâyet edenler arasında “şikâyet başvurusu arkadaşlığı” olamayacağı hakkında bkz. TAŞDELEN, s. 136.

⁵⁷⁵ SEZER/KALKAN/ŞAHİN, s. 263.

⁵⁷⁶ İhale yetkilisinin eksiklikleri başvuru sahibine bildirip bildirmeme konusunda bir takdir hakkı bulunduğu ilişkin olarak bkz. ARAPGİRLİ/DEMİREL, s. 70.

ii) şikâyetin süresi

4734 s. Kanun'un 55. maddesine ve Yönetmeliğin 6. maddesine göre şikâyet başvurusu, ihale sürecindeki işlem veya eylemlerin hukuka aykırılığı iddiasıyla bu işlem veya eylemlerin farkına varıldığı veya farkına varılmış olması gereken tarihi izleyen günden itibaren;

- 21. maddenin (b) ve (c) bentlerine göre yapılan ihalelerde **beş gün**,
- diğer hallerde ise **on gün** içinde,

ve her halde **sözleşmenin imzalanmasından önce**⁵⁷⁷, ihaleyi yapan idareye yapılır. Ancak, **ilan ile ön yeterlik veya ihale dokümanına yönelik şikâyetler**, birinci fıkradaki süreleri aşmamak kaydıyla *başvuru veya teklif sunulmadan önce*⁵⁷⁸ **en geç ihale veya son başvuru tarihinden üç iş günü öncesine kadar** yapılabilir⁵⁷⁹.

⁵⁷⁷ Sözleşme usulüne uygun olarak imzalanmış olmalıdır. “(...) idarenin anılan istekli ile 30.10.2017 tarihinde usulüne uygun olarak sözleşme imzaladığı anlaşılmış olup, **usulüne uygun olarak imzalanmayan sözleşmeden sonra yukarıda yer verilen mevzuata göre idareye şikâyet başvurusunda bulunulamayacağı** (...)” KİK, K.N. 2018/UY.II-25, T. 04.01.2018, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 13.02.2018). Sözleşmenin usule aykırı olarak imzalandığı durumlarda ise dava açmadan önce idari başvuru yapılması gerekmektedir. Bkz. D. 13. Dairesi, E. 2006/2019, K. 2008/6961, T. 24.10.2008, (Aktaran: **GÖZÜBÜYÜK**, A. Şeref, Yönetmelik Yargı, 34. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 172). Ayrıca belirtilmelidir ki, Kanun'un 46. maddesine göre ihale dokümanlarının notere tescil edilmesi zorunluluğu getirilebilir. Bu hallerde sözleşme de onay ve tescil ile tekemmül edeceğinden, bu gibi hallerde sözleşmenin imzalanması tarihine değil, onay ve tescilin yapıldığı tarihe bakılması gerektiği hakkında bkz. **ÖZTÜRK**, İlhami/**KARYAĞDI**, Müjgan, Hak Arama Özgürlüğü Bağlamında Kamu İhale İşlemlerine Karşı Teminat Ödenmesi Şartı İle Tanınan İtirazen Şikâyet Hakkı, TBB Dergisi, S. 87, 2010, s. 446. Danıştay'a göre “(...) sözleşme imzalanmasından sonraki aşamada yapılan ve anılan sözleşmenin hiç imzalanmaması gerektiği iddiasını içeren başvurunun reddine ilişkin işleme yönelik olarak Kamu İhale Kurumu'nun inceleme görev ve yetkisi bulunmadığından, anılan işlemin iptali istemiyle doğrudan dava açılması” mümkündür. Bkz. D. 13. Dairesi, E. 2015/6369, K. 2016/681, T. 14.03.2016, (Yayımlanmamış Mahkeme Kararı).

⁵⁷⁸ İlan ile ön yeterlik veya ihale dokümanına yönelik şikâyetlerde başvurunun “*başvuru veya teklif sunulmadan önce*” yapılması gerekliliği 4734 s. Kanun'un 55. maddesinde bulunmadığı halde, Yönetmeliğin 6. maddesinde bulunmaktadır. Bu düzenleme sonucu, ihaleye teklif verildikten sonra ilan ile ön yeterlilik veya ihale dokümanına yönelik şikâyette bulunulamayacağıdır. Kurul kararları da bu yöndedir. Örneğin; “(...) ihaleye 18.12.2017 tarihinde teklif verdiği ve teklif verdikten sonra istekli sıfatını aldığı, başvuru sahibinin söz konusu iddiasının dokümana yönelik olduğu, teklif verip istekli sıfatına haiz olduğu anlaşıldığından, başvuru sahibinin iddialarının ehliyet yönünden de reddedilmesi gerektiği (...)” KİK, K.N. 2018/UH.II-464, T. 21.02.2018, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 02.03.2018). Kanun'da düzenlenmeyen bu kısıtlamanın Yönetmelik hükmüyle yapılmasının hukukiliğinin tartışmalı olduğu hakkında bkz. **YILMAZ**, s. 163.

⁵⁷⁹ Kamu İhale Kurulu kararına konu olan bir uyuşmazlıkta, 30.11.2017 Perşembe günü yapılmış olan bir ihaleye ilişkin olarak ihale dokümanını 22.11.2017 tarihinde alan başvurusunun, en geç ihale tarihinden üç iş günü öncesine, yani 24.11.2017 tarihine kadar 2 iş günü içinde şikâyet başvurusunu yapması gerekirken bu tarihten sonra 19.12.2017 tarihinde idareye şikâyet başvurusunda bulunulduğu anlaşıldığından başvurunun süre yönünden reddine karar verilmiştir. Bkz. KİK, K.N. 2018/UH.I-229, T. 17.01.2018, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 13.02.2018). Aynı şekilde “(...) ihale dokümanına yönelik başvurunun ihale tarihinden (20.12.2017) en az üç iş günü öncesinde idareye yapılması gerekirken, 04.01.2018 tarihinde idareye yapılan şikâyet başvurusunun süre

Bu süreler hak düşürücü nitelikte olup⁵⁸⁰ sürelerin geçmesinden sonra yapılacak olan başvuru, idarece reddedilecektir⁵⁸¹. İdari başvuru süresi geçtikten sonra dava açılması halinde ise dava reddedilir; dosyanın yetkili idari makama gönderilmesine gerek yoktur⁵⁸².

Şikâyet başvurusunda sürelerin ne zaman başlayacağı hususunu Yönetmeliğin 7. maddesinde düzenlemiştir. Buna göre süreler;

- İlanla yönelik başvurularda ilk ilan⁵⁸³ tarihini⁵⁸⁴,
- Ön yeterlik veya ihale dokümanının ilana yansımayan hükümleri için dokümanın satın alındığı tarihi⁵⁸⁵, belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan danışmanlık

yönünden de uygun olmadığı (...)” KİK, K.N. 2018/UH.IV-175, T. 17.01.2018, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 13.02.2018). İhale dokümanının, **ihalenin yapılmasından üç iş günü önce edinilmesi** halinde ihale dokümanına ilişkin yapılacak şikâyet başvurusunda son gün, dokümanın alındığı gün olacaktır. Bkz. KİK, K.N. 2017/UH.IV-3481, T. 27.12.2017, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 13.02.2018). İhale dokümanının, **ihale günü edinilmesi** halinde ise ihale dokümanına ilişkin şikâyet başvurusu yapmak, mevzuat hükümleri uyarınca mümkün değildir. Bkz. KİK, K.N., 2017/UM.IV-3521, T. 27.12.2017, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 13.02.2018). 4734 s. Kanun’un 21. maddesinin b, c ve f bentleri uyarınca pazarlık usulüyle gerçekleştirilecek ihalelerde **ilana çıkılması zorunlu değildir**. Bu hallerde ilana çıkılmamış ise en az üç istekli davet edilmelidir. İhale dokümanına ilişkin yapılacak şikâyet başvurusunun, ihale tarihinden en geç üç iş günü öncesine kadar yapılabileceği göz önüne alındığında, idarece yapılacak davetin ihale tarihinden en az dört iş günü önce gerçekleştirilmesi ve ilgililere dokümanı inceleyerek gerekirse başvuru yapmaları için **en az bir iş günü** süre verilmesi gerekir. Aksi durum ihalenin iptali sebebi olur. Bkz. KİK, K.N. 2010/UH. III-1567, T. 07.06.2010, (Aktaran: **ARAPGİRLİ/DEMİREL**, s. 61).

⁵⁸⁰ Bu nedenle idare ve yargı mercilerinin sürelerle uyulup uyulmadığını re’sen incelediği ve zorunlu idari başvuru süresinin kaçırılmasının dava açma hakkını da ortadan kaldırdığı hakkında bkz. **GÖZÜBÜYÜK**, Yönetmelik, s. 173; **AKKURT**, s. 13. Aynı yönde bkz. **UZ**, s. 402; **TAŞDELEN**, s. 130; **YILMAZ**, s. 157; **ÖZTÜRK/KARYAĞDI**, s. 452; **ÖZKAN**, Zorunlu İdari Başvuru, s. 97 vd. Yıldırım bu nedenle zorunlu idari başvurularda başvuru süresinin “*çifte hak düşürücü*” etkiye sahip olduğunu ifade etmektedir. Bkz. **YILDIRIM**, s. 200. “4734 s. Kanununun 55. maddesinde (...) 56. maddesinde (...) 57. maddesinde ise (...) belirtilen düzenlemelerde öngörülen başvuruların, uyumsuzluk yargı yerleri önüne getirilmeden önce ilgililerce tüketilmesi gereken mecburi idari başvuru yolları olduğundan; bu başvurular için öngörülmüş bulunan yasal sürelerin, idari aşamada öngörülen sürelerden olsa da kamu düzeniyle ilgili bulunduğu ve yargı yerlerince **re’sen** göz önüne alınacağına açık olduğu (...)” Danıştay İDDK, E. 2006/6415, K. 2010/1426, T. 14.10.2010, (Aktaran: **AKKURT**, s. 10, dn. 21).

⁵⁸¹ Bu ret kararına karşı açılacak olan iptal davasında da mahkeme davayı, idari başvuru yolu tüketilmediği gerekçesiyle reddedecektir. Bkz. **ÖZKAN**, Zorunlu İdari Başvuru, s. 101.

⁵⁸² D. İBK, E. 969/11, K. 970/30, T. 21.11.1970, (Aktaran: **ÖZKAN**, Zorunlu İdari Başvuru, s. 100, dn. 90).

⁵⁸³ İlanın hem yerel gazetede hem de EKAP üzerinden Kamu İhale Bülteni’nde yayımlandığı durumlarda “*ilk ilan*” EKAP üzerinden gerçekleştirilen ilandır. Bkz. Yönetmelik, m. 3/b. Bu hüküm uyarınca EKAP üzerinden yapılan ilanın tarihi, yerel gazetede yayımlanan ilandan daha sonra olsa bile bu tarih, ilk ilan tarihi olarak kabul edilir. Bkz. İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Tebliğ, m. 4/4.

⁵⁸⁴ KİK, K.N. 2017/UH.II-3450, T. 19.12.2017, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 13.02.2018). Aynı yönde bkz. D. 13. Dairesi, E. 2015/401, K. 2015/2033, T. 29.05.2015, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 02.03.2018). Başvuruya konu hususlar düzeltme ilanına ilişkin ise başvuru, düzeltme ilanının yayını itibarıyla on gün içinde yapılmalıdır. Bkz. KİK, K.N. 2014/UM.II-2401, T. 18.06.2014, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 13.02.2018).

⁵⁸⁵ “Söz konusu dokümanın başvuru sahibi tarafından 02.12.2017 tarihinde satın alındığı, idareye 19.12.2017 tarihinde başvuruda bulunduğu, şikâyete konu işlemin farkına varılma tarihten itibaren 10 gün içerisinde başvuruda bulunması gerekirken bu süre içerisinde başvurunun yapılmadığı anlaşıldığından söz konusu iddianın süre yönünden reddi gerekmektedir. Ayrıca ihale dokümanına yönelik süresinde başvuruda bulunmadığından dokümanın bu yönüyle kesinleştiği, teklif veren isteklilerin dokümandaki düzenlemelere göre değerlendirilmesi

hizmet alımı ihalelerinde ihale dokümanının teslim alındığı tarihi, zeyilnameye yönelik başvurularda ise zeyilnamenin bildirildiği tarihi,

- İdarenin işlem veya eylemlerine karşı yapılacak başvurularda şikâyete yol açan durumun farkına varıldığı yahut farkına varılmış olması gerektiği tarihi izleyen günden itibaren başlar⁵⁸⁶.

İhale ilanı ile ihale veya ön yeterlilik dokümanı açısından süresi içerisinde şikâyet yoluna başvurmayanlar, sürenin bitimi itibariyle ilan ve dokümanlar bu haliyle kesinleştiği için, artık bu aşamadan sonra söz konusu dokümanlara ilişkin olarak şikâyet başvurusunda bulunamazlar⁵⁸⁷. Ancak başvuruda iddia edilen hususlar, doğrudan ihale veya ön yeterlilik dokümanına ilişkin olmayıp, bu doküman hükümlerinin yanlış uygulanması sonucu ihalenin hatalı sonuçlanmasına ilişkin ise, dokümanlar kesinleşmiş olsa da, başvuru yapılabilecektir⁵⁸⁸.

Tatil günleri sürelere dâhildir. Sürenin son gününün tatil gününe rastlaması halinde, süre tatil gününü izleyen ilk iş gününün bitimine kadar uzar⁵⁸⁹.

gerektiği açıktır. Söz konusu iddianın dokümana yönelik olması sebebiyle süre açısından uygun olmadığı anlaşılmaktadır.” KİK, K.N. 2018/UH.I-258, T. 24.01.2018, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 13.02.2018).

⁵⁸⁶ Yaklaşık maliyete ilişkin başvurularda süre, yaklaşık maliyetin açıklandığı oturumdan itibaren başlar. “ (...) yaklaşık maliyetin belirlenmesine ilişkin olduğu, yukarıda belirtilen Kanun hükmü gereğince **yaklaşık maliyetin ihale tarihinde yapılan ilk oturumda açıklanması gerektiği**, dolayısıyla yaklaşık maliyetin öğrenildiği veya öğrenilmesi gerektiği tarihin ihale günü olan 05.12.2017 tarihi olduğu, başvuru sahibinin ihale tarihini izleyen on gün içinde idareye şikâyet başvurusunda bulunması gerekirken, bu süre geçtikten sonra 27.12.2017 tarihinde şikâyet başvurusunda bulunduğu (...) süre yönünden reddine (...)” KİK, K.N. 2018/UH.IV-173, T. 17.01.2018, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 13.02.2018). Benzer olarak bkz. KİK, K.N. 2017/UH.I-3474, T. 22.12.2017, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 13.02.2018). **İhale komisyonunu oluşturan üyelerin mevzuata uygun seçilmediği ve komisyonun yapısının mevzuata aykırı olduğu iddialarıyla yapılacak başvurularda süre, ihale günü itibariyle başlar.** Çünkü ihale komisyonu ilk defa ihale günü bir araya gelir ve istekliler de ihale komisyonunun kimlerden oluştuğunu ilk kez ihale günü öğrendiği kabul edilir. Bkz. KİK, K.N. 2011/UH. DÜZENLEME-350, T. 24.01.2011, (Aktaran: **ARAPGİRLİ/DEMİREL**, s. 62). Danıştay ise bir kararında, “(...) ihale sürecindeki hukuka aykırı olduğu iddia edilen işlem veya eylemlerin farkına varıldığı tarihin, **ihalenin bütün hüküm ve sonuçlarının yer aldığı kesinleşen ihale kararının ilgililere tebliğ edildiği tarih olarak kabul edilmesi**” gerektiği hükmüne varmıştır. Buna göre “ihalede davacı şirketin, sınır değeri ve teklifinin sınır değer altında kaldığına ilişkin bilgiyi, kendisine gönderilen aşırı düşük teklif açıklama talebi yazısıyla öğrendiği”nin kabulü mümkün değildir. D. 13. Dairesi, E. 2016/4929, K. 2017/328, T. 09.02.2017, (Yayımlanmamış Mahkeme Kararı).

⁵⁸⁷ D. 13. Dairesi, E. 2015/6461, K. 2016/540, T. 02.03.2016, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 02.03.2018).

⁵⁸⁸ D. 13. Dairesi, E. 2015/4396, K. 2016/314, T. 17.02.2016, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 02.03.2018).

⁵⁸⁹ Ancak idari izinli günler iş günü olarak kabul edilir. Bu nedenle başvuru süresinin son günü idari izin gününe denk gelmiş ise, bu gün iş günü gibi sonuç doğurur. Bkz. İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Tebliğ, (RG, T. 28.01.2009, S. 27124), m. 4/6.

d) Şikâyetin İhale İşlemlerini Durdurucu Etkisi

4734 s. Kanun, 55. maddesinin son fıkrası “*idareye şikâyet başvurusunda bulunulması halinde, başvuru üzerine alınan kararın son bildirim tarihini, süresi içerisinde bir karar alınmaması halinde ise bu sürenin bitimini izleyen tarihten itibaren on gün geçmeden ve itirazın şikâyet başvurusunda bulunulmadığı hususuna ilişkin sorgulama yapılmadan veya itirazın şikâyet başvurusunda bulunulması halinde ise Kurum tarafından nihai karar verilmeden sözleşme imzalanamaz*” hükmünü içermektedir.

Öğretide bu hükmün ihale işlemleri üzerindeki “*durdurucu*” etkisinin, tüm işlemleri kendiliğinden durdurduğu şeklinde değil, sadece sözleşmenin imzalanmasını engelleme olarak anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir⁵⁹⁰. Fakat belirtmelidir ki, 4734 s. Kanun’un 55. maddesinin önceki halinde idareye şikâyet başvurusu yapılması ile duracak olan ihale sürecine; ancak ihale yetkilisinin “*ivedilik ve kamu yararı*” nedeniyle ihale işlemlerine devam edilmesi gerekliliğini onaylaması halinde devam edilebileceğine ilişkin hüküm bulunmaktaydı⁵⁹¹. 5812 s. Kanun’un 22. maddesi ile bu hüküm yürürlükten kaldırılmıştır. Bu nedenle ivedilik ve kamu yararı nedeniyle dahi ihale işlemlerine devam edilmesine ilişkin bir karar alınamayacaktır. İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Tebliğin 6. maddesinin 9. fıkrasına göre de “*idarelerce ivedilik ve kamu yararı bulunması nedeniyle ihale işlemlerine devam edilmesi yönünde karar alınarak sözleşmenin imzalanması mümkün bulunmamaktadır.*” Sonuç olarak yapılacak olan şikâyet başvurusu sadece sözleşme imzalanmasını engellemeyecek, aynı zamanda ihale işlemlerini de durduracaktır⁵⁹².

⁵⁹⁰ ÖZKAN, Zorunlu İdari Başvuru, s. 75.

⁵⁹¹ Bu hüküm uyarınca, şikâyet başvurusu sonrası sadece sözleşmenin imzalanmasının değil; genel olarak ihale işlemlerinin durdurulması gerektiği konusunda bkz. UZ, s. 405; YILMAZ, s. 168, dn. 502. Karşı görüş için bkz. TAŞDELEN, s. 132 vd.

⁵⁹² Aynı yönde bkz. YILMAZ, s. 168.

2. Şikâyetin İncelenmesi ve Sonuçlandırılması

a) İncelemeyi Yapacak Olan Yetkililer

Şikâyet başvurusu bizzat ihale yetkilisi tarafından incelenebileceği gibi, ihale yetkilisinin görevlendirdiği kişiler ya da bir kurulca da gerçekleştirilebilir⁵⁹³. Bu inceleme sonucunda, ihale yetkilisi tarafından gerekçeli bir karar alınır (Yönetmelik, m. 10/4 ve 10/5).

b) Şikâyetin İncelenmesi Usulü

Şikâyet dilekçesini alan idare, iki aşamalı bir inceleme gerçekleştirir. Buna göre idare öncelikle dilekçenin mevzuatta aranan şartlara uygun olup olmadığını inceleyecektir⁵⁹⁴ (Yönetmelik, m. 10).

Dilekçe gerekli şartları taşıyor ise ikinci aşamada esas incelemeye geçilecektir. 4734 s. Kanun itirazın şikâyet başvurularında Kamu İhale Kurumu'nun yapacağı incelemenin kapsam bakımından sınırlarını çizmiş olmakla beraber, anılan Kanun'da şikâyet başvurusu üzerine idarenin yapacağı incelemenin kapsamına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durumda idare, başvuru üzerine yapacağı esas incelemesinde başvuru sahibinin iddialarından bağımsız bir inceleme yapıp, başvuruda belirtilmeyen bir husustan dolayı ihaleyi iptal edebilir mi? Yönetmeliğin 12. maddesine göre idarenin alacağı kararda bulunması gereken hususlardan ikisi "*iddiaların ve olayların değerlendirilmesi*" ve "*şikâyetin kısmen veya tamamen haklı bulunması halinde, yapılması gereken düzeltici işlemler*"dir⁵⁹⁵. Bu hükümlere göre idarenin incelemesini şikâyet başvurusunda iddia edilen hususlarla sınırlı yapması gerektiği

⁵⁹³ Bu durumda ihale yetkilisinin görevlendireceği kişilerin idare personelinden seçilmesi ya da 4734 s. Kanun kapsamındaki bir idarenin personeli olması zorunluluğunu bulunmamaktadır. Raportör ya da kurul tarafından incelemenin yaptırılması halinde şikâyet başvurusunu sonuçlandıracak olan yine ihale yetkilisi ya da usulen yetki devri yapılmış görevli olacaktır. Raportör ya da kurul tarafından alınan karar bağlayıcı değildir. bkz. **ARAPGİRLİ/DEMİREL**, s. 77 vd.

⁵⁹⁴ Ön inceleme kapsamında 1) başvurunun sözleşme imzalanmadan önce yapılıp yapılmadığının, 2) başvurunun süresi içinde yapılıp yapılmadığının ve 3) başvurunun usulüne uygun yapılıp yapılmadığının incelenmesi gerektiği hakkında bkz. **SEZER/KALKAN/ŞAHİN**, s. 263.

⁵⁹⁵ Yönetmeliğin 12. maddesinde bulunan bu hüküm, önceki dönemde 4734 s. Kanun'un 55. maddesinde bulunmaktaydı. Öğretide, bu hüküm uyarınca idarenin başvuru üzerine konu bakımından re'sen inceleme yapamayacağı, şikâyet başvurusunda iddia edilen hususlarla sınırlı bir inceleme yapılacağı; zira alınabilecek olan düzeltici işlem kararının ancak şikâyetin kısmen veya tamamen haklı bulunması halinde mümkün olacağı savunulmaktaydı. Bkz. **TAŞDELEN**, s. 131. Yazar, re'sen araştırma ilkesinin ihalelerin idari denetimi sürecinde de uygulanmasının yararlı olacağını ve bu nedenle 4734 s. Kanun'da düzenleme yapılması gerektiğini belirtmiştir. Nitekim 4734 s. Kanun'un 2008 değişikliği sonrası 55. maddesinde böyle bir hüküm bulunmamaktadır.

düşünülebilirse de, idarenin, şikâyet başvurusundan bağımsız olarak, verilmiş olan bütün teklifleri reddederek ihaleyi iptal etme yetkisi bulunduğu göz önüne alınırsa, şikâyet başvurusunu incelerken re'sen fark edeceği bir hukuka aykırılığı gidermek için düzeltici işlem tesis etmesi ya da ihaleyi iptal etmesi kanımızca hukuken mümkündür.

İnceleme on gün içerisinde bir karar verilerek sonuçlandırılır (Yönetmelik, m. 10/3). İlan, ön yeterlik veya ihale dokümanına ilişkin şikâyet başvurularının idarelerce ihale veya son başvuru tarihinden önce sonuçlandırılması *esastır*⁵⁹⁶ (İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Tebliğ, m. 7/5). İdare şikâyet başvurusuna on gün içinde⁵⁹⁷ cevap vermez ise, başvuru zımnen reddedilmiş sayılır ve başvuru sahibinin zımni ret kararına karşı süresinde itirazın şikâyet başvurusu yapması gerekir. İdarenin on günlük süre geçtikten sonra vereceği cevap, itirazın şikâyet süresini yeniden başlatmayacaktır⁵⁹⁸. Ancak örneğin; idare, cevap verme süresi geçtikten sonra başvuruya ilişkin bir karar alır ve yaptığı tebliğde *“bildirimden itibaren 10 günlük süre içerisinde itirazın şikâyet başvurusunda bulunulabileceğini”* belirterek şikâyetçiyi yanıltırsa, tebliğ itibarıyla 10 gün içinde yapılacak olan başvuru süresinde yapılmış sayılacaktır⁵⁹⁹.

c) Şikâyet Sonucu Muhatap İdarenin Alabileceği Kararlar ve Kararların Gereklerinin Yerine Getirilmesi

Şikâyet başvurusu üzerine verilebilecek kararlar 4734 s. Kanun'un 54. maddesi, Yönetmeliğin 11. maddesi ve İhalelere Yönelik Başvurular hakkında Tebliğ'in 7. maddesinde şu şekilde belirtilmiştir:

⁵⁹⁶ Bu şekildeki başvuruların ihale veya son başvuru tarihine kadar sonuçlandırılmamasının bir yaptırımı olmadığı hakkında bkz. **ARAPGİRLİ/DEMİREL**, s. 79.

⁵⁹⁷ İdarenin cevap verme süresinin son günü tatil gününe rastlarsa, cevap verme süresi tatili izleyen ilk iş günü mesai bitimine kadar **uzamaz**. Bkz. Bkz. KİK, K.N. 2007/UY.Z-347, T. 29.01.2007, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 16.02.2018). Keza Danıştay da vermiş olduğu bir kararında bu hükmün *“idarenin cevap verme süresine uygulanamayacağı”*na hükmetmiştir. Bkz. D. 4. Dairesi, E. 2001/4078, K. 2003/169, T. 21.01.2003, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 16.02.2018).

⁵⁹⁸ *“Başvuru sahibinin dilekçesi ile eklerinin incelenmesi neticesinde; başvuru sahibinin şikâyet konu idari işleme karşı 04.11.2011 tarihinde idareye şikâyet başvurusunda bulunduğu, idarenin 18.11.2011 tarihli cevabının (başvuru sahibinin beyanına göre) 23.11.2011 tarihinde tebliğ edildiği, dosyada mevcut bilgilere göre; idarenin on günlük sürede şikâyet başvurusu üzerine bir karar vermediği (...)”* KİK, K.N. 2011/UY.II.-4203, T. 19.12.2011, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 16.02.2018).

⁵⁹⁹ D. 13. Dairesi, E. 2016/1035, K. 2016/1378, T. 28.04.2016; D. 13. Dairesi, E. 2015/4948, K. 2016/745, T. 17.03.2016, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 02.03.2018).

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

b) Düzeltme yapılması yoluyla giderilebilecek ve ihale sürecinin kesintiye uğratılmasına gerek bulunmayan durumlarda, **düzeltilici işlem belirlenmesine**⁶⁰⁰,

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

İdare, mevzuatta belirtilmiş olan bu üç karar türünden birine karar vermek durumundadır. Örneğin; on günlük karar alma süresinde alınacak olan “*değerlendirmenin vergi dairesinden gerekli bilgilerin edinilmesinden sonra yapılacağı*” yönündeki karar, mevzuata uygun bir karar olmayıp, bu durumda süresi içinde geçerli bir karar alındığından bahsedilemez⁶⁰¹.

İhale komisyonu, varılan sonuca göre işlem tesis etmek zorundadır⁶⁰².

B) İTİRAZEN ŞİKÂYET

1. İtirazen Şikâyet Kurumu ve Genel Esasları

a) İtirazen Şikâyetin Tanımı ve Hukuki Niteliği

4734 s. Kanun’da itirazen şikâyetin açık bir tanımı yapılmamış olmakla beraber, Yönetmeliğin 4. maddesinde itirazen şikâyet kurumu tanımlanmıştır.

⁶⁰⁰ 4734 s. Kanun’un 55. maddesine göre, şikâyet başvurusu sonucu idare, yaptığı incelemede tekliflerin hazırlanmasını veya işin gerçekleştirilmesini etkileyebilecek *maddi veya teknik hatalar veya eksiklikler* tespit ederse, zeyilname aracılığıyla ilgili düzeltmeler yapılır. Ancak belirlenen maddi veya teknik hataların veya eksikliklerin ilanda da bulunması halinde 26. maddeye göre işlem tesis edilerek, düzeltme ilanı yapılmalıdır.

⁶⁰¹ Bu durumda başvuru sahibi tarafından on günlük karar verme süresinin bitimini izleyen on gün içinde Kurum’a itirazen şikâyet başvurusunda bulunulması gereklidir. Bkz. KİK, K.N. 2011/UH.I-1096, T. 24.03.2011, (Aktaran: **ARAPGİRLİ/DEMİREL**, s. 80).

⁶⁰² Anayasa’nın 137. maddesinin ikinci fıkrası hükmü uyarınca “*konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz.*” Bu nedenle ihale yetkilisinin ya da usulüne uygun yetki devri yaptığı kişinin almış olduğu ve konusu suç teşkil eden kararlar, ihale komisyonunca yerine getirilmemelidir.

4734 s. Kanun'un 54. maddesi uyarınca itirazın şikâyet başvurusu “*dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu idari başvuru yolu*” olup⁶⁰³, itirazın şikâyet başvurusunda bulunmanın ön koşulu, ihaleyi yapan idareye şikâyet başvurusunda bulunmaktır⁶⁰⁴. Buna göre;

- İdareye başvuruda bulunulması gerekirken doğrudan Kuruma yapılan başvurular,
- İdareye başvurulmuş olmakla birlikte Kurumun haberdar edilmesine yönelik başvurular,
- İdarenin on günlük karar alma süresi beklenilmeden yapılan başvurular,

ihaleyi yapan idareye gönderilir (Yönetmelik, m. 15/2).

İtirazın şikâyet başvurusu yapılabilmesi için öncelikle şikâyet başvurusu yapılması gerekmekte ise de bazı hallerde ilgililer *doğrudan* itirazın şikâyet başvurusunda bulunabilirler. Bu haller şunlardır:

- Şikâyet ya da itirazın şikâyet üzerine idare tarafından alınan ihalenin iptali kararlarına karşı doğrudan Kuruma itirazın şikâyet başvurusunda bulunulabilir (Yönetmelik, m. 14).
- Şikâyet başvurusu üzerine idarece alınan kararla bir hak kaybına veya zarara uğradığını ya da zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia edenler bu hususa ilişkin başvuruyu itirazın şikâyet başvurusu olarak doğrudan Kuruma yaparlar (Yönetmelik, m. 14/3).
- Kendisiyle çerçeve anlaşma imzalanan istekliler ayrıca, münferit sözleşmeye davet, tekliflerin değerlendirilmesi, ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesi ve münferit sözleşmenin imzalanmasına ilişkin idari işlem veya eylemler hakkında doğrudan Kuruma itirazın şikâyet başvurusunda bulunabilirler (Yönetmelik, m. 20/A-2).

⁶⁰³ D. 13. Dairesi, E. 2005/6846, K. 2005/5166, T. 24.10.2005, (Aktaran: **AKKURT**, s. 267). Aynı yönde bkz. D. 13. Dairesi, E. 2009/1637, K. 2009/10280, T. 23.11.2009, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 02.03.2018).

⁶⁰⁴ İhale süreci ile ilgili olarak idari davaya konu olabilecek işlem, ihale sürecinde idarece tesis edilen idari işlemler değil, bu işlemlere karşı usulüne uygun olarak yapılan şikâyet başvurusu akabinde Kurum'a yapılacak olan itirazın şikâyet başvurusu sonucu Kurum'ca tesis edilecek işlemdir. Bkz. D. 13. Dairesi, E. 2009/3329, K. 2010/7745, T. 08.11.2010; D. 13. Dairesi, E. 2009/1658, K. 2009/3679, T. 31.03.2009, (Aktaran: **AKKURT**, s. 94 ve 104). Aynı yönde bkz. D. 13. Dairesi, E. 2016/4158, K. 2016/4307, T. 21.12.2016; D. 13. Dairesi, E. 2013/1353, K. 2016/3896, T. 28.11.2016, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 02.03.2018).

- Hukuki durumda değişiklik yaratan Kurul kararlarının eksik veya yanlış uygulandığını iddia eden ilgililer bu hususa ilişkin başvuruyu itirazen Şikâyet başvurusu olarak doğrudan Kuruma yaparlar (Yönetmelik, m. 23/2).

b) Başvuru Ehliyeti Olanlar

4734 s. Kanun'un 56. maddesine göre "*idareye Şikâyet başvurusunda bulunan veya idarece alınan kararı uygun bulmayan aday, istekli veya istekli olabilecekler tarafından 55'inci maddenin dördüncü fıkrasında belirtilen hallerde ve sürede, sözleşme imzalanmadan önce itirazen Şikâyet başvurusunda bulunulabilir.*" Yönetmeliğin 14. maddesinde de benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. Yer verilen hukuksal düzenlemelere göre:

- Şikâyet başvurusu üzerine idare tarafından alınan kararın uygun bulunmaması halinde başvuru sahibi dâhil tüm aday, istekli veya istekli olabilecekler; süresi içinde karar alınmaması halinde ise başvuru sahipleri Kamu İhale Kurumu'na itirazen Şikâyet başvurusunda bulunabilirler.
- Aday, istekli veya istekli olabilecekler Şikâyet başvurusu üzerine idare tarafından Şikâyet dilekçesinin kayıtlara alındığı tarih veya sonrasında herhangi bir nedenle alınan ihalenin iptali kararına karşı ve itirazen Şikâyet üzerine Kurul tarafından başvurunun reddine veya düzeltici işlem belirlenmesine karar verildikten sonra idare tarafından verilen ihalenin iptali kararına karşı Kamu İhale Kurumu'na itirazen Şikâyette bulunabilirler.

c) İtirazen Şikâyet Usulü

i) itirazen Şikâyetin yapılacağı yer ve başvuru Şekli

İtirazen Şikâyet başvuruları Kamu İhale Kurumu'na hitaben yazılmış imzalı dilekçeler aracılığıyla elden veya posta yoluyla yapılır (4734 s. Kanun, m. 56, Yönetmelik, m. 8 ve 9). İtirazen Şikâyet dilekçesi, Şikâyet dilekçesinde bulunması gereken tüm hususları içermelidir. Bunun yanında itirazen Şikâyet dilekçesinde ayrıca idareye yapılan Şikâyetin tarihi ve varsa Şikâyete ilişkin idare kararının bildirim tarihi belirtilmelidir (Yönetmelik, m. 8/d). Bunun yanında itirazen Şikâyet dilekçelerine, başvuruda bulunmaya yetkili olduğuna dair belgeler ile imza sirkülerinin aslı veya yetkili mercilerce onaylı örneklerinin, *idareye verilen Şikâyet*

*dilekçesinin bir örneği*⁶⁰⁵, varsa şikâyete idarece verilen cevabın bir örneği ile başvuru bedeli ve teminatının Kurum hesaplarına yatırıldığına dair belgenin eklenmesi zorunludur (4734 s. Kanun, m. 54/7).

Aynı kişi tarafından birden fazla ihaleye, birden fazla kişi tarafından ise aynı ihaleye tek dilekçe ile başvuruda bulunulamaz (4734 s. Kanun, m.54/8, Yönetmelik, m. 8/9). Bu noktada belirtilmelidir ki, bir kişinin, yine tek bir ihale sürecinde birden fazla konuda hukuka aykırılık iddiasında bulunması durumunda tek dilekçe ile başvuru yapılabilir⁶⁰⁶.

ii) itirazın şikâyetin süresi

İtirazın şikâyet başvurusunda süreler, 4734 s. Kanun'un 55. ve 56. maddelerinde ve ayrıca Yönetmeliğin 6. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre;

- İdare, şikâyet başvurusu üzerine gerekli incelemeyi yaparak on gün içinde gerekçeli bir karar alır. Belirtilen süre içinde bir karar alınmaması durumunda başvuru sahibi tarafından karar verme süresinin bitimini⁶⁰⁷, süresinde alınan kararın uygun bulunmaması durumunda ise başvuru sahibi dâhil aday, istekli veya istekli olabilecekler tarafından idarece alınan kararın bildirimini izleyen **on gün** içinde,
- İhalenin iptaline ilişkin işlem ve kararlardan, **sadece şikâyet ve itirazın şikâyet üzerine alınanlara karşı beş gün içinde,**

Kamu İhale Kurumu'na itirazın şikâyet başvurusunda bulunulabilir.

Anayasa'nın 40. maddesine göre "*Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.*" Bu hüküm uyarınca idare, şikâyet başvurusuna ilişkin almış olduğu kararda, Anayasa'nın 40. maddesine uygun olarak, bildirim yükümlülüğünü yerine getirmelidir⁶⁰⁸. Aksi durumda Kamu İhale Kurumu'na

⁶⁰⁵ İdareye verilen şikâyet dilekçesinin bir örneğinin itirazın şikâyet başvurusunda sunulması zorunluluğu 4734 s. Kanun'da bulunmamaktadır. Bu zorunluluk Yönetmelik m. 8/5'e getirilen ek ibareden (RG, T. 25.01.2017, S. 29959) doğmaktadır. Kanun'da belirtilmeyen bir dokümanın tesliminin Yönetmelik hükümlerince zorunlu kılınması, normlar hiyerarşisi ilkesine aykırı bir durum oluşturmaktadır.

⁶⁰⁶ SEZER/KALKAN/ŞAHİN, s. 263.

⁶⁰⁷ Danıştay 13. Dairesi önüne gelen bir davada ilgili hükmü somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne getirmiştir. Anayasa Mahkemesi yaptığı incelemede, iptal talebinin reddine oy çokluğuyla karar vermiştir. AY Mah. E. 2016/143, K. 2017/23, T. 09.02.2017, RG, T. 12.04.2017, S. 30036.

⁶⁰⁸ Bu noktada idarenin yapacağı bildirimde net bir süre belirtmeden, "*kararın bildirim itibarıyla süresi içinde (...)* başvurulabilir" şeklinde bir ifade kullanması durumunda idare üzerine düşen bildirim yükümlülüğünü doğru

yapılacak geç başvurular süre yönünden reddedilmemelidir⁶⁰⁹. İdare, Anayasa'nın 40. maddesinden doğan yükümlülüğünü hatalı da uygulayabilir. Şöyle ki; idareye yapılan şikâyet başvurusu üzerine idarenin cevap verme süresi içerisinde sessiz kalması, mevzuat hükmünce zımni ret olarak kabul edilecek ve bunun üzerine “karar verme süresinin” bitimini izleyen on gün içinde Kurum’a itirazen şikâyet başvurusu yapılacaktır. Ancak idare, cevap verme süresi geçtikten sonra başvuruya ilişkin bir karar alır ve bu kararında “bildirimden itibaren 10 günlük süre içerisinde itirazen şikâyet başvurusunda bulunulabileceğini” belirterek şikâyetçiyi yanıltırsa, tebliğ itibariyle 10 gün içinde yapılacak olan başvuru süresinde yapılmış sayılacaktır⁶¹⁰.

4734 s. Kanun 56. maddesinde itirazen şikâyet başvurularının “sözleşme imzalanmadan önce” yapılması gerektiği ifade edilmiştir. Ancak itirazen şikâyet başvurusunda bulunabilmek için öncelikle usulüne uygun bir şikâyet başvurusu yapılması gereklidir. Şikâyet başvurusunun ise ihale sürecinde durdurucu bir etkisi vardır. Bu durumda usulüne uygun bir şikâyet başvurusu yapıldığı kabul edilirse, idare sözleşmeyi en erken, şikâyet başvurusu üzerine alınan kararın bildirim tarihini izleyen on gün geçtikten sonra ve bu sürede itirazen şikâyet başvurusu yapılmamış ise, akdedebilecektir.

Danıştay’a göre⁶¹¹ her ne kadar 4734 s. Kanun’da “sözleşme imzalandıktan sonra yapılan itirazen şikâyet başvuruları Kurul tarafından değerlendirmeye alınmaz” hükmü bulunsa da, sözleşmenin usulüne uygun yapıлып yapılmadığı ve itirazen şikâyet başvurusunun değerlendirmeye alınıp alınmayacağına ilişkin kararı yine Kurul vermelidir. Bu nedenle itirazen şikâyet başvurusu yapılmadan dava açıldığı hallerde “sözleşme imzalandığı için merciine tevdi kararı verilmesinin olanaklı görülmediği” şeklinde bir karar verilmemeli, dosya merciine tevdi edilmelidir.

şekilde yerine getirmiş sayılmayacaktır. Biz. D. 13. Dairesi, E. 2016/2600, K. 2016/4359, T. 23.12.2016; D. 13. Dairesi, E. 2016/2600, K. 2016/4359, T. 23.12.2016, (Yayımlanmamış Mahkeme Kararı).

⁶⁰⁹ D. 13. Dairesi, E. 2012/1718, K. 2013/2862, T. 07.11.2013, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 02.03.2018). Aynı yönde bkz. D. 13. Dairesi, E. 2014/2970, K. 2017/2701, T. 26.10.2017, (Yayımlanmamış Mahkeme Kararı); D. 13. Dairesi, E. 2014/4793, K. 2016/1547, T. 11.06.2016, (Aktaran: **AKKURT**, s. 32).

⁶¹⁰ D. 13. Dairesi, E. 2016/1035, K. 2016/1378, T. 28.04.2016; D. 13. Dairesi, E. 2015/4948, K. 2016/745, T. 17.03.2016, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 02.03.2018).

⁶¹¹ D. 13. Dairesi, E. 2005/6653, K. 2005/4581, T. 21.09.2005, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 02.03.2018).

Posta yoluyla yapılan başvurularda, postadaki gecikmeler dikkate alınmaz⁶¹² (Yönetmelik, m. 9/1 ve 9/7).

iii) başvuru bedeli

Şikâyet başvurusu bedelsiz olduğu halde, Kamu İhale Kurumu'na yapılacak olan itirazın şikâyet başvurusunda bir bedel ödenmesi gerekmektedir⁶¹³. 4734 s. Kanun'un, 6518 s. Kanun⁶¹⁴'la değişik 53. maddesinin (j) fıkrasının 2. bendine göre itirazın şikâyet başvuru bedelleri şu şekildedir:

YAKLAŞIK MALİYET	BAŞVURU BEDELİ
500.000 TL'ye Kadar	3.000 TL
500.000 TL'den – 2.000.000 TL'ye Kadar	6.000 TL
2.000.000 TL'den – 15.000.000 TL'ye Kadar	9.000 TL
15.000.000 TL ve Üzeri	12.000 TL

⁶¹² "(...) itirazın şikâyet başvurusuna dair dilekçenin posta kanalıyla davalı idareye gönderildiği dikkate alındığında, dilekçenin Kurum kayıtlarına girdiği tarih, başvuru tarihi olarak kabul edileceğinden, başvurunun süre yönünden reddi yönündeki Kurul kararında hukuka aykırılık, işlemin iptali yolundaki İdare Mahkemesi kararında ise hukuki isabet görülmemiştir." D. 13. Dairesi, E. 2016/2384, K. 2016/3372, T. 20.10.2016, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 02.03.2018).

⁶¹³ İtirazın şikâyet ile ilgili başvuru bedelleri 4734 s. Kanun'a 2008 yılında 5812 s. Kanun'la yapılan değişiklikle güncellenmiş ve yaklaşık maliyete göre artan bir başvuru bedeli sistemi getirilmiştir (5812 s. Kanun, m. 35). Bu düzenlemenin hak arama özgürlüğünü ölçsüz biçimde sınırlandırdığına ilişkin iddia ile Anayasa Mahkemesi'nde açılmış olan iptal davasında Mahkeme, ilgili düzenlemenin iptali istemini reddetmiştir. Bkz. AY Mah. E. 2009/9, K. 2011/103, T. 16.06.2011, RG, T. 19.05.2012, S. 28297. İstatistiksel veriler incelendiğinde 2008 değişikliği ile kademeli başvuru bedeli getirilmeden önceki dönemde Kurum'a yapılan toplam başvuru sayıları 6.831 (2007) ve 5.592 (2008) şeklinde iken, kademeli başvuru bedeli getirildikten sonra başvuru sayısı 2.954'a (2009) gerileyerek ciddi bir düşüş yaşamıştır. Başvuru bedeli alınması aracılığıyla "gereksiz ve ciddiyetsiz" başvuruların önlenmesi amaçlanmış ve kısmen başarıya ulaşmış olsa da, başvuru bedellerinin çok yüksek belirlenmesi durumunda, itirazın şikâyet yolunun dava açmadan önce tüketilmesi zorunlu bir başvuru yolu olduğu göz önüne alındığında, hak arama özgürlüğü ihlal edilebilecektir. 2017 yılında Kurum'a yapılan toplam başvuru sayısı ise 3.526'dır. İstatistikler için bkz. http://www.ihale.gov.tr/ihale_istatistikleri-45-1.html, (E.T.: 05.03.2018).

Aynı yönde bkz. **BOZKURT**, s. 70.

⁶¹⁴ RG, T. 19.02.2014, S. 28918.

İdari yargıda dava açılması için tüketilmesi zorunlu idari başvuru yolu olan itirazın şikâyet başvurusu için, başvuru bedeli ve teminat yatırılması şartlarının öngörülmesi, Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen hak arama özgürlüğü ve 125. maddesinde ifadesini bulan idarenin her türlü işlem ve eylemine karşı yargı yolunun açık olması kuralı yönlerinden ciddi bir sınırlama getirmektedir. Öğretide; dava açılması şartının itirazın şikâyet başvurusu yapılmış olmasına; bu başvurunun da başvuru bedeli ve teminat adı altında Kurum'a yüksek miktarda ödemelerin yapılmasına bağlanmasının, anayasal dayanağı olmayan fiili bir "yasama kısıntısı" oluşturduğu ifade edilmiştir⁶¹⁵.

Öte yandan, başvuru bedellerinin Kurum'un gelirlerinden sayılması ve Kurum'a ödenen başvuru bedelinin iadesinin mümkün olmaması da tartışmaya açıktır. Yargısal başvuru öncesi tüketilmesi zorunlu olan itirazın şikâyet başvurusu için dava harçlarının çok üzerinde başvuru bedeli istenmesi, Kurul'un vereceği ret kararı sonrası açılacak iptal davasında davacının haklı çıkması ve Kurul kararının iptali durumunda dahi itirazın şikâyet başvuru bedelinin "mahkeme masrafı" sayılmadığı için iadesinin mümkün olmaması haklı olarak eleştirilmiştir⁶¹⁶.

2. İtirazın Şikâyetleri İncelemeye Yetkili Makam Olarak Kamu İhale Kurumu

a) Kamu İhale Kurumu'nun Hukuki Niteliği

5018 s. Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun "tanımlar" kenar başlıklı 3. maddesinin c bendine göre, anılan kanuna ekli (III) sayılı cetvelde yer alan kurumlar "düzenleyici ve denetleyici kurumlar"dır. 5018 s. Kanun'a ekli (III) sayılı cetvelde⁶¹⁷ sayılan kurumlardan birisi de Kamu İhale Kurumu'dur. İlgili düzenleme uyarınca Kamu İhale Kurumu bir düzenleyici ve denetleyici kurumdur.

⁶¹⁵ ÖZTÜRK/KARYAĞDI, s. 459.

⁶¹⁶ İtirazın şikâyet başvuru bedelinin de bir tür harç olarak kabul edilmesi ve nihayetinde Kurul kararı iptal edilirse bu bedelin de mahkeme masraflarından sayılarak iadesine hükmedilmesi gerektiği hakkında bkz. İNAN, s. 197 vd.

⁶¹⁷ İlgili listenin mali yönetim bakımından yapılan bir ayırım olduğundan tam anlamıyla kapsamı belirlemeye yarayacak bir liste olamayacağı hakkında bkz. SEVER, Çiğdem, Türkiye'de Düzenleyici Kurumların Yapısı, İşlevi ve Dönüşümü, AÜHFD, S. 64, 2015, s. 197.

Öğretide “*bağımsız idari otorite*” olarak da adlandırılan⁶¹⁸ düzenleyici ve denetleyici kurumların ortaya çıkışının altında yatan temel neden, özellikle 1980 sonrası dönemde ulusal sınırların ekonomik ilişkilerde bir engel olma özelliğinin ortadan kalkmaya başlamasıyla birlikte rekabet, enerji, telekomünikasyon, sermaye piyasası ve bankacılık gibi, ülke ekonomisinin temelinde yatan, aynı zamanda haberleşme, bilgilenme ve mülkiyet hakkı gibi temel hak ve özgürlüklerle doğrudan ilgili ve politikacılar ile sektörel aktörlerin müdahalelerine açık olduğu için “*hassas*” nitelikte kabul edilen alanlarda bağımsız bir idari düzenleme ve denetim mekanizmasının kurulmasının sağlanması amacıdır⁶¹⁹.

Bağımsız idari otoritelerin iki temel özelliği⁶²⁰ bulunmaktadır: idari bağımsızlık ve regülasyon yetkilerine sahip olmak. İdari bağımsızlık⁶²¹ hem organik bağımsızlığı (*idari otoritenin karar mercilerinin bağımsızlığını*) hem de işlevsel bağımsızlığı (*otoritenin işlem ve eylemleri üzerinde, bu işlem ve eylemlerin uygulamasını engelleyecek nitelikte işlem tesis edilememesini*) ifade ederken, regülasyon yetkileri⁶²² ise bağımsız idari otoritenin görev alanına giren konu ve sektöre ilişkin olarak düzenleyici kurallar koyma, bu kuralları denetleme ve gerektiğinde yaptırım uygulama yetkilerini kapsar.

⁶¹⁸ **ULUSOY**, Ali, Bağımsız İdari Otoriteler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s. 5 vd.; **TAN**, Turgut, Bağımsız İdari Otoriteler veya Düzenleyici Kurullar, Amme İdaresi Dergisi, C. 35, S. 2, Haziran 2002, s. 12 vd.; **ERDOĞAN**, Gökhan, Bağımsız İdari Otoriteler, TAAD, Y. 7, S. 24, Ocak 2016, s. 567 vd.; **İLİMAN**, Tarık/**TEKELİ**, Recep, Türkiye’deki Düzenleyici ve Denetleyici Kuruluşlar: İdari Para Cezalarının Hukuksal Zeminlerinin Değerlendirilmesi, ADÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 3, S. 1, s. 24 vd. Çalışma kapsamında da “*bağımsız idari otorite*” ifadesi kullanılacaktır.

⁶¹⁹ Yolsuzlukları önlemek, gelişen teknoloji nedeniyle kimi alanların klasik idari ve yargısal denetimle etkin bir biçimde kontrol edilememesi, yargısal denetimin a posteriori nitelikte olması ile sosyal regülasyondaki yetersizliği ve politikacılara olan güvensizlik de bağımsız idari otoritelerin ortaya çıkışında temel nedenlerdendir. Bu nedenlere dayalı olarak bağımsız idari otoriteler ilk önce Amerika Birleşik Devletleri’nde ortaya çıkmış olup, ardından Fransa, idari rejim yapısına uygun bir forma dönüştürerek bağımsız idari otoriteleri kendi hukuk düzeniyle bütünleştirmiştir. Bkz. **ULUSOY**, s. 5 vd. Ayrıca bkz. **SANCAKDAR**, Oğuz, İdare Hukuku Yönüyle Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu’nun Kısa Bir Değerlendirmesi, Amme İdaresi Dergisi, C. 34, S. 4, Aralık 2001, s. 98 vd.; **AKGÜNER/BERK**, s. 489; **ERDOĞAN**, s. 569; **İLİMAN/TEKELİ**, s. 26 vd.; **ŞAHİN**, Seçil, Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler ve Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2015, s. 5 vd.; **DÖNMEZ**, Eftal, Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler, Ankara Barosu Dergisi, C.2, 2003, s. 56 vd.; **SEVER**, s. 201 vd. Yolsuzlukla mücadele aracı olarak kamu ihale düzeni hakkında bkz. çalışmanın Birinci Bölümünün I/A-3 başlığı.

⁶²⁰ **ULUSOY**, s. 15 vd.; **ERDOĞAN**, s. 568. Bağımsız idari otoritelerin özellikleri hakkında detaylı bilgi için bkz. **ŞAHİN**, s. 30 vd.

⁶²¹ **DÖNMEZ**, s. 60 vd.; **SANCAKDAR/US/KASAPOĞLU TURHAN/ÖNÜT/SEYHAN**, s. 256 vd.

⁶²² **TAN**, Bağımsız İdari Otoriteler, s. 27 vd.; **ERDOĞAN**, s. 569. Bağımsız idari otoritelerin düzenleme yetkisi hakkında detaylı bilgi için bkz. **AYANOĞLU**, Taner, Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Düzenleme Yetkisi ve TAPDK Örneği, İÜHFİM, C. LXV, S. 1, 2007, s. 39 vd.

Anayasa Mahkemesi de bir kararında yasama organı tarafından düzenleyici ve denetleyici yetkilere sahip kurumların kurulmasının Anayasaya aykırı olmadığına hükmetmiştir⁶²³.

Hukukumuzda bağımsız idari otoriteler Devlet tüzel kişiliğinden ayrı, müstakil kamu tüzel kişiliğine sahip olarak örgütlenmişlerdir. Aynı zamanda bu otoritelerin kendilerine ait özerk bütçeleri bulunmakta⁶²⁴, davalara doğrudan taraf olabilmektedirler. Yerinden yönetim kuruluşlarının özelliklerini taşıyan bağımsız idari otoriteler, yer bakımından ve hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşlarının yanında üçüncü⁶²⁵ bir yerinden yönetim kategorisi oluşturmaktadırlar⁶²⁶. Ancak belirtilmelidir ki 2011 yılında 3046 s. Kanun'da yapılan değişiklikle düzenleyici ve denetleyici kurumların her türlü faaliyet ve işlemlerini denetleme yetkisinin ilişkili olunan bakanlığa verilmesi sonucu, düzenleyici ve denetleyici kurumlar üzerinde kurulan idari vesayet denetimi itibariyle, bu kurumlar ile hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşları arasında merkezi idarenin denetimi açısından var olduğu bilinen fark ortadan kalkmıştır.

4734 s. Kanun'un 53. maddesi⁶²⁷ Kamu İhale Kurumu'nu düzenlemektedir. Düzenleme incelendiğinde, Kamu İhale Kurumu'nun bir kamu tüzel kişisi olarak

⁶²³ Yüksek Mahkeme'ye göre bağımsız idari otoritelerin bir bakanlıkla ilişkilendirilmesi, bu otoritelerin "idarenin bütünlüğü"ne dâhil edildiğini göstermektedir. Bkz. AY Mah., E. 2002/32, K. 2003/100, T. 20.11.2003, (RG T. 11.08.2004, S. 25550). Aynı yönde bkz. D. 13. Dairesi, E. 2005/9375, K. 2006/4919, T. 25.12.2006; D. 13. Dairesi, E. 2005/9124, K. 2006/4117, T. 31.10.2006, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 01.03.2018). *Akgüner ve Berk* ise, idarenin bütünlüğü ilkesi karşısında bağımsız idari otoritelerin bağımsızlık ilkesinin gerçekleşemeyeceğini ve bu nedenle bağımsız idari otoritelere Anayasal dayanak bulmanın çok zor olduğunu ifade etmektedir. Bkz. **AKGÜNER/BERK**, s. 492.

⁶²⁴ 5018 s. Kanun'un düzenleyici ve denetleyici kurumları "merkezi yönetim kapsamındaki kamu idareleri" olarak ifade etmesi ve bu kurumların bütçelerinin merkezi yönetim bütçesinin bir türü olarak konumlandırılması sonucu, ilgili kurumların kuruluş kanunlarında belirtilen "mali özerklik" ilkesinin 5018 s. Kanun'la büyük oranda sınırlandırıldığı hakkında bkz. **GÜNDAY**, s. 576, dn. 416.

⁶²⁵ Hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları ile bağımsız idari otoriteler arasında özerkliğin derecesi ve işlevlerin niteliği bakımından temel farklılıklar olduğu; bu nedenle bağımsız idari otoritelerin hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşlarından ayrı bir kategoride ve adeta "merkezi idarenin yörüngesinin en uzak uyduları" olarak konumlandırılması gerektiği hakkında bkz. **ULUSOY**, s. 92-93.

⁶²⁶ **SANCAKDAR/US/KASAPOĞLU TURHAN/ÖNÜT/SEYHAN**, s. 258; **GÜNDAY**, s. 575; **UZ**, s. 385. Düzenleyici ve denetleyici kurumların yerine getirdiği düzenleme ve denetleme faaliyetleri bakımından yerinden yönetim kuruluşları arasında yer almadığı; ancak müstakil kamu tüzel kişilikleri olduğu için hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşlarıyla benzerlik gösterdiği hakkında bkz. **AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA**, s. 370. Düzenleyici ve denetleyici kurulların hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşları kategorisinde bulunduğu görüşü için bkz. **GÖZLER/KAPLAN**, s. 244. *Akgüner ve Berk* de bağımsız idari otoriteleri hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları altında incelemektedir. Bkz. **AKGÜNER/BERK**, s. 488 vd.

⁶²⁷ Madde gerekçesinde Kurum'un ihdas edilme gerekçesi olarak, "uluslararası ihale mevzuatına uyum sağlamak üzere, kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip bir kurum kurulması gerekliliği ortaya çıkmıştır" ifadesi kullanılmıştır. Bkz. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu Genel Gerekçesi, T.C. Başbakanlık

örgütlendiği, Maliye Bakanlığı ile ilişkili olsa da idari ve mali özerkliğe sahip olduğu, hiçbir organ, makam, merci ve kişinin Kurumun kararlarını etkilemek amacıyla emir ve talimat veremediği (*idari bağımsızlık*) ve ayrıca 4734 s. Kanun'da belirtilen esas, usul ve işlemlerin doğru olarak uygulanması konusunda görevli ve yetkili (*regülasyon yetkileri*) olduğu⁶²⁸ görülmektedir. Bu özellikler de Kamu İhale Kurumu'nun bir bağımsız idari otorite olarak örgütlendiğini göstermektedir.

Kamu İhale Kurumu'nun organizasyonu ise 4734 s. Kanun'un 53. maddesinin c bendinde düzenlenmiş olup, Kurumun karar organı biri başkan, biri ikinci başkan olmak üzere dokuz üyeden oluşan Kamu İhale Kurulu'dur.

b) Kamu İhale Kurumu'nun Görev Alanının Sınırları

Kurum'un görevleri 4734 s. Kanun'un 53. maddesinde⁶²⁹ 9 bent halinde sayılmıştır. Anılan düzenlemeye göre Kamu İhale Kurumu'nun görevlerinden birisi de, 4734 s. Kanun kapsamında yürütülen kamu ihalelerinde "*ihale sürecindeki işlem ve eylemler*"e ilişkin yapılacak olan itirazın şikâyet başvurularını incelemektir. Bu noktada mevzuat hükmü uyarınca Kurum'un görev alanının sınırlarının ortaya konulabilmesi için, bu alanın dışında kalan kimi hususların açıklanması gerekmektedir.

i) 4734 s. Kanun kapsamına girmeyen ihaleler

Hukukumuzda kamu ihale düzenini düzenleyen iki temel kanun bulunmakta ise de, pek çok farklı ihale, kendine özgü özel mevzuatı aracılığıyla yürütülmektedir⁶³⁰.

Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü, 20.11.2001, (www.www.tbmm.gov.tr, E.T.: 06.03.2018). Avrupa Birliği açısından ihale sürecinin idari denetimini gerçekleştirecek bir otoritenin kurulması gerekliliği, Avrupa Topluluğu Bakanlar Konseyi'nin 21.12.1989 tarihli kararında belirtilmiş (Aktaran: ÖZTÜRK/KARYAĞDI, s. 444), Türkiye'nin Katılım Yönünde İlerlemesi Üzerine Komisyon'un 2000 Düzenli Raporunda ise kamu ihaleleri ile ilgili işlemlerin idari denetiminin Maliye Bakanlığı tarafından yapılmasına karşın, bu işlemleri denetleyecek ayrı bir makamın kurulmamış olduğu vurgulanmıştır. Bkz. Türkiye'nin Katılım Yönünde İlerlemesi Üzerine Komisyon, Düzenli Rapor, 2000, (www.www.ab.gov.tr, E.T.: 06.03.2018). Dünya Bankası da Türkiye'de kamu ihale sistemine ilişkin hazırladığı 2001 tarihli raporda ihalelerin etkili denetimi için bağımsız bir idari makamın oluşturulması ve ilgililerin bu makama başvuru yollarının öngörülmesi gerekliliği ifade edilmiştir. Bkz. World Bank Report, Turkey – Final - Country Procurement Assessment Report, Volume I, June 2001.

⁶²⁸ Kurum'un bu yetkilerinin "*özel kolluk yetkisi*" olarak nitelendirilmesi gerektiği hakkında bkz. UZ, s. 441. Ayrıca bkz. SEVER, s. 205 vd.

⁶²⁹ Bu hükmün, Anayasa'nın 167. maddesinin kamu ihale hukuku alanındaki yansıması olduğu hakkında bkz. YILMAZ, s. 51.

⁶³⁰ Bkz. çalışmanın Birinci Bölümünün I/B başlığı.

Hukukumuzda şikâyet ve itirazın şikâyet şeklinde ifade edilen zorunlu idari başvurular ise 4734 s. Kanun'da öngörülmüştür. Bu bakımdan Kurum'un görev alanı, sadece 4734 s. Kanun kapsamında yürütülen ihale sürecinde tesis edilen işlem ve eylemleri incelemektir. Bu nedenle 2886 s. Devlet İhale Kanunu kapsamında yürütülen⁶³¹ bir ihaleye ilişkin yapılacak olan itirazın şikâyet başvurusu, Kurum'ca görev yönünden reddedilecektir.

ii) 4734 s. Kanun'un istisna hükümlerince gerçekleştirilen ihaleler

4734 s. Kanun, “*istisnalar*” kenar başlıklı 3. maddesinde 20 bent (*a-u*) halinde sayarak belirttiği ihalelerde “*ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç*” olmak üzere 4734 s. Kanun'un uygulanmayacağı hükmünü içermektedir⁶³². İlgili hüküm uyarınca 4734 s. Kanun'dan istisna edilmiş ihalelere ilişkin olarak yapılacak itirazın şikâyet başvuruları, Kurum'ca görev yönünden reddedilecektir.

Bu noktada ayrıca belirtilmelidir ki, Kamu İhale Kurumu'na göre 4734 s. Kanun'da idarelere istisna kapsamındaki ihaleleri istisnai usule veya Kanun hükümlerine göre yapma konusunda herhangi bir takdir hakkı tanınmamıştır. İdarelerce istisna kapsamındaki bir ihalenin, öngörülen istisnai usule göre gerçekleştirilmesi yasal bir zorunluluktur. Eğer idare, istisna hükümleri kapsamına giren bir ihaleyi 4734 s. Kanun hükümlerine göre yürütmüş ise, bu hususa ilişkin itirazın şikâyet başvurusu yapıldığında Kurul tarafından yine görev yönünden ret kararı verilecek ve bu durumda, idarenin tesis etmiş olduğu işleme karşı yetkili idare mahkemesine dava açmaktan başka bir yol kalmayacaktır⁶³³.

Tam tersi durumda, yani 4734 s. Kanun hükümlerine göre yürütülmesi gereken bir ihalenin idare tarafından istisna hükümleri kapsamında değerlendirilip ihale işlemlerinin farklı mevzuat hükümlerince yürütülmesi ya da 4734 s. Kanun kapsamında ihaleye çıkılması gerektiği halde, idarece istisna kapsamında değerlendirilerek ihaleye çıkılmadan doğrudan sözleşme imzalanması⁶³⁴ halinde Kurum, kendisine yapılacak olan itirazın şikâyet başvurusunu “*başvuruya konu (...) işinin idare tarafından 4734 s. Kanununun 3'üncü*

⁶³¹ KİK, K.N. 2017/UM.IV-858, T. 22.03.2017, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 23.02.2018).

⁶³² Bkz. Çalışmanın Birinci Bölümünün I/B başlığı.

⁶³³ KİK, K.N. 2015/UH.III-650, T. 25.02.2015, www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 23.02.2018).

⁶³⁴ Bu halde sözleşmenin butlanla sakat olacağı hakkında bkz. **BUZ**, s. 261 vd.

maddesinin (i) bendi kapsamında yapılmasında mevzuata uyarlık bulunmadığı anlaşılmış olup, Kamu İhale Kurumunun 4734 s. Kanununun 53 üncü maddesine göre yapılan ihalelere ilişkin itirazen şikâyet başvurularını inceleyerek sonuçlandırma görevi bulunduğu” gerekçesine dayanarak incelemeye alacaktır⁶³⁵.

iii) doğrudan temin ve tasarım yarışması yöntemiyle yapılan alımlar

4734 s. Kanun’un 4. maddesine göre doğrudan temin, “*bu Kanunda belirtilen hallerde ihtiyaçların, idare tarafından davet edilen isteklilerle teknik şartların ve fiyatın görüşülerek doğrudan temin edilebildiği usulü*” ifade eder. Kanun’un 22. maddesi ise bu halleri düzenlemektedir. Doğrudan temin yoluyla alım yöntemi, 4734 s. Kanun’da 4964 s. Kanun⁶³⁶ ile yapılan değişiklikle, bir ihale usulü olmaktan çıkarılmış olup, anılan Kanun’un 22’nci maddesinde düzenlenen koşulların varlığı halinde uygulanabilmektedir. Kurum’a göre⁶³⁷ “*idarenin bu alımlara ilişkin kararına karşı yetkili idare mahkemesine başvurulması gerekmektedir.*” Hukuken gerekli şartlar oluşmadığı halde doğrudan temin yöntemiyle alım yapılması durumunda Kurum’a itirazen şikâyet başvurusu yapılabilir⁶³⁸.

Tasarım yarışmaları da bir ihale usulü olarak kabul edilmediği için, bu usule ilişkin uyuşmazlıklar Kurum’un görev alanı dışında kalmaktadır⁶³⁹.

iv) ihalelere katılmaktan yasaklama kararları

İhalelere katılmaktan yasaklama kararlarına karşı doğrudan doğruya yetkili idare mahkemesinde iptal davası açılması gerekmektedir. Kurum bu kararları incelemekle görevli

⁶³⁵ Ancak bu durum, ön inceleme aşamasında dikkate alınacak olan diğer kuralların göz ardı edileceği anlamına gelmeyecek olup, süresinde yapılmamış olan itirazen şikâyet başvurusu, görev yönünden değil; fakat süre yönünden reddedilecektir. Bkz. KİK, K.N. 2010/UH.II-3442, T. 09.11.2010, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 23.02.2018).

⁶³⁶ RG, T. 15.08.2003, S. 25200.

⁶³⁷ KİK, K.N. 2013/UM.IV-4965, T. 26.12.2013, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 23.02.2018). Ayrıca bkz. KİK, K.N. 2013/UM.IV-4275, T. 13.11.2013, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 23.02.2018); KİK, K.N. 2010/UM.II-2150, T. 19.07.2010, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 23.02.2018).

⁶³⁸ KİK, K.N. 2008/UH.III-4767, T. 24.11.2008, (Aktaran: **ARAPGİRLİ/DEMİREL**, s. 114). Bu halde “*görevi kötüye kullanma suçu*”nun oluşacağı hakkında bkz. Yargıtay 5. CD, E. 2012/16142, K. 2014/3361, T. 26.03.2014, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 23.03.2018).

⁶³⁹ “*Başvuruya konu alımın, 4734 s. Kanununun ‘Tasarım Yarışmaları’ başlıklı 23’üncü maddesi kapsamında gerçekleştirildiği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, bir ihale usulü olmayan tasarım yarışmaları ile ilgili olarak Kurumun inceleme görev ve yetkisi bulunmamaktadır.*” KİK, K.N. 2014/UH.IV-3790, T. 21.11.2014. Aynı yönde bkz. KİK, K.N. 2012/UH.I-2769, T. 04.07.2012, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 10.03.2018).

değildir⁶⁴⁰. Ancak idare yasaklılık kararı ile beraber geçici teminatın gelir kaydedilmesine de karar vermiş ise, bu kararın denetimi Kurum'un görev alanına girmektedir⁶⁴¹.

v) ihalenin iptali kararlarından bazıları

İhalenin iptaline karar verilen her durumda bu karara karşı itirazın şikâyet yoluna gidilemez. 4734 s. Kanun'un 56. maddesi ve Yönetmeliğin 4. maddesi hükümlerine göre şu iki halde ihalenin iptali kararına karşı itirazın şikâyet yoluna gidilebilir⁶⁴²:

1. Şikâyet başvurusu üzerine idare tarafından şikâyet dilekçesinin kayıtlara alındığı tarih veya sonrasında **herhangi bir nedenle** alınan ihalenin iptali kararları,

2. İtirazın şikâyet üzerine Kurul tarafından başvurunun reddine veya düzeltici işlem belirlenmesine karar verildikten sonra idare tarafından verilen ihalenin iptali kararları.

Belirtildiği gibi, ihalelerin iptali açısından 4734 s. Kanun'un 56. maddesi, "*ihalenin iptaline ilişkin işlem ve kararlardan, sadece şikâyet ve itirazın şikâyet üzerine alınanlar itirazın şikâyete konu edilebilir*" hükmünü içermektedir. Yönetmeliğin 4. maddesine göre ise, "*idare tarafından şikâyet dilekçesinin kayıtlara alındığı tarih veya sonrasında herhangi bir*

⁶⁴⁰ "(...) başvuru sahibinin yasaklama işleminin başlatılacağı hususunun mevzuata aykırılığı iddiasının incelenmesi hususu bakımından Kurumun görev ve yetkisinin bulunmadığı, anılan karara karşı İdare Mahkemelerinde dava açılması gerektiği anlaşıldığından başvuru sahibinin söz konusu iddiasının görev yönünden reddedilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır." KİK, K.N. 2018/UH.I-264, T. 24.01.2018, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 23.02.2018). Aynı yönde bkz. KİK, K.N. 2017/UY.II-3422, T. 19.12.2017, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 23.02.2018). İhalelerden yasaklama kararının da ihale süreci içinde tesis edilen bir işlem olduğu ve Kamu İhale Kurumu'nun inceleme görev alanında bulunması gerektiği hakkında bkz. **UZ**, s. 431.

⁶⁴¹ "(...)idare tarafından yasak fiil ve davranışlar tespit edilerek yasaklama işlemleri başlatılan isteklilerin geçici teminatlarının gelir kaydedilmesi gerektiğine yönelik 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. (...) Bu kapsamda yapılan inceleme neticesinde başvuru sahibi isteklinin idare tarafından yasaklanması halinde anılan isteklinin geçici teminatının gelir kaydedilmesinin ihale mevzuatına aykırı olacağı (...)" KİK, K.N. 2018/UH.I-264, T. 24.01.2018, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 23.02.2018).

⁶⁴² 4734 s. Kanun'un ilk halinde ihalenin iptaline ilişkin kararlara özgü bir hüküm bulunmamaktaydı. Bu dönemde Kamu İhale Kurumu, "*ihalenin iptali durumunda ihale işlemleri geçmişe dönük olarak ortadan kalktığı ve ortada incelenen bir ihale de kalmadığı*" gerekçesiyle ihalenin iptali kararlarına ilişkin başvuruları görev yönünden reddediyordu. Ancak idare mahkemelerinin, ihalenin iptali kararlarına karşı açılan davalarda merci tecavüzü kararı vererek dosyayı Kurum'a göndermeleri karşısında Danıştay'dan idari görüş sorulmuş ve Danıştay 1. Dairesi (E. 2004/36, K. 2004/42, T. 13.04.2004) vermiş olduğu bir kararında ihalenin iptaline ilişkin işlemin de ihale sürecinde tesis edilen bir idari işlem olduğu ve bu nedenle bu işlemin Kurum'un görev alanına girdiğine karar vermiştir. Bu dönemde Kurum tarafından alınan kararların analizi için bkz. **UZ**, s. 423 vd.; **BUZ**, s. 50 vd. 5812 s. Kanun ile yapılan değişiklik sonucu ihalenin iptali kararlarının hangilerinin Kurum'un görev alanında olduğu açık düzenleme ile belirlenmiştir. Bu düzenleme ile Kamu İhale Kurumu'nun ihalelerin iptaline ilişkin kararların denetim yetkisinin Anayasa'ya aykırı biçimde sınırlandırıldığı ve idarelere çok geniş takdir yetkisi verildiği gerekçesiyle açılan iptal davasında Anayasa Mahkemesi iptal talebini reddetmiştir. Bkz. AY Mah. E. 2009/9, K. 2011/103, T. 16.06.2011, RG, T. 19.05.2012, S. 28297.

*nedenle alınan ihalenin iptali kararına karşı” itirazın şikâyet başvurusunda bulunulması gerekmektedir. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu önüne gelen bir davada⁶⁴³ “ihalenin iptaline ilişkin kararlardan, sadece şikâyet ve itirazın şikâyet üzerine Kamu İhale Kurulunca verilen kararın uygulanması amacıyla alınanlara karşı Kamu İhale Kurulu'na yapılacak itirazın şikâyet başvurusunun dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu bir başvuru yolu olduğu, ihalenin yapıldıktan sonra doğrudan idarece iptaline ilişkin işlemler ile şikâyet ve itirazın şikâyet sürecine konu olan ihalelerin, şikâyet ve itirazın şikâyet üzerine Kamu İhale Kurulunca verilen kararda yer alan gerekçelerden bağımsız olarak, **ihaleyi yapan idarece tespit edilen farklı bir sebeple iptaline ilişkin işlemlerin doğrudan idarî yargı merciinde dava konusu edilmesi gerektiğine yönelik açık hükmü karşısında**” ihalenin re’sen iptali niteliğindeki kararın, sırf bu karar alınmadan önce ihale işlemlerine karşı başvuru yapıldığı gerekçesiyle, doğrudan dava konusu edilememesinin hukuken mümkün olmadığını ifade etmiştir⁶⁴⁴.*

Şikâyet ya da itirazın şikâyet başvurusu olmaksızın idarenin re’sen aldığı ihalenin iptali kararlarına karşı itirazın şikâyet yoluna gidilemez, bu durumda yetkili idare mahkemesinde dava açılması gerekmektedir⁶⁴⁵. Bu hallerde idareye yapılacak olan olası başvuru, 4734 s. Kanun kapsamında bir şikâyet başvurusu olarak değerlendirilmez⁶⁴⁶. Bu

⁶⁴³ Danıştay İDDK, E. 2012/1391, K. 2014/691, T. 06.03.2014, (Yayımlanmamış Mahkeme Kararı).

⁶⁴⁴ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu bir başka kararında da aynıyla “İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Tebliğ’in, idarece resen iptal edilen ihaleler için de, sırf ihale sürecine ilişkin işlemlerin, bu kararın alınmasından önce itirazın şikâyet sürecine konu olduğu gözetilerek, itirazın şikâyet başvurusunu dava açılmadan önce zorunlu bir idari başvuru olarak öngören ve bu şekliyle Kanun’a aykırı uygulama getiren hükümlerinin esas alınması hukuken mümkün değildir” hükmüne varmıştır. Bkz. Danıştay İDDK, E. 2012/1391, K. 2014/691, T. 06.03.2017, (Yayımlanmamış Mahkeme Kararı). Danıştay 13. Dairesi ise bir kararında “öte yandan; ihalenin iptaline ilişkin öngörülen itirazın şikâyet başvurusu hakkında, ihalenin iptal edilmesinin, daha önce yapılan şikâyet başvurusundaki gerekçelerden kaynaklanıp kaynaklanmadığına yönelik bir ayırım 4734 s. Kanun’da yapılmadığından, şikâyet ve itirazın şikâyet üzerine alınan ihalenin iptaline ilişkin işlemlerin tümü hakkında itirazın şikâyet başvurusunda bulunabilecektir” diyerek aksi yönde karar vermiştir. Bkz. D. 13.D, E. 2016/1998, K. 2017/1077, T. 19.04.2017, (Yayımlanmamış Mahkeme Kararı). Aynı yönde bkz. D. 13. Dairesi, E. 2016/2517, K. 2016/2958, T. 21.09.2016; D. 13. Dairesi, E. 2016/638, K. 2016/2394, T. 09.06.2016; D. 13. Dairesi, E. 2016/554, K. 2016/1584, T. 11.05.2016, (Yayımlanmamış Mahkeme Kararları).

⁶⁴⁵ Örneğin; “(...) idare, iptal kararını, yapılan bir şikâyet başvurusu üzerine aldığıında başvuru, Kurumun görev alanında bulunmakta; ancak iptal kararı bir şikâyet başvurusu olmaksızın alındığında bu karar üzerine idari yargı mercilerine başvurulması gerektiğinden konu Kurumun görev alanında bulunmamaktadır.” KİK, K.N. 2009/UH.I-1731, T. 22.06.2009, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 27.02.2018). Bu durumda idari yargı yerleri merci tecavüzü kararı vererek dosyayı ilgili idareye göndermemelidirler. Bkz. D. 13. Dairesi, E. 2010/2040, K. 2013/2457, T. 02.10.2013, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 27.02.2018). Aynı yönde bkz. AY Mah. E. 2009/9, K. 2011/103, T. 16.06.2011, RG, T. 19.05.2012, S. 28297.

⁶⁴⁶ Buna rağmen idareye yapılacak olan başvuru sonucu idare vereceği ret kararında, hatalı olarak, “Kamu İhale Kurumuna başvuruda bulunulabileceği”ni belirtmiş olsa da itirazın şikâyet yoluna başvurmadan doğrudan dava

bağlamda “*ihaleden yasaklama kararları hariç*” ihale işlemlerinden doğan uyuşmazlıklara ilişkin davalar ivedi yargılama usulüne tabi olduğundan, 2577 s. Kanun’un 11. maddesi hükümleri de uygulanmayacağı için, bu türden bir başvuru dava açma süresini de durdurmazdır⁶⁴⁷.

Bu noktada ayrıca belirtilmelidir ki, ihalede geçerli teklif kalmaması ya da bazı tekliflerin değerlendirme dışı bırakılması sonucu ihalede serbest rekabet ortamının sağlanamadığından söz edilerek ihalenin iptal edilmesi durumunda yapılacak olan başvurular, ihalenin iptaline yönelik bir başvuru olarak değil, teklifin değerlendirme dışı bırakılmasına ilişkin bir başvuru olarak değerlendirileceğinden bu durumda, doğrudan Kurum’a başvuru yapılmadan önce ilgili idareye şikâyet başvurusunda bulunulması gerekmektedir⁶⁴⁸ (İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Tebliğ, m. 2/3).

vi) kamu ihale sözleşmesinin uygulanmasına ilişkin hususlar

Kamu ihale sürecinin sonunda imzalanan sözleşmenin uygulanmasından doğacak uyuşmazlıkların görüm ve çözüm yeri adli yargı olup⁶⁴⁹, bu konuda Kurum’a yapılacak olan itirazın şikâyet başvuruları, görev yönünden reddedilmektedir⁶⁵⁰.

açılabilir; zira “*ihaleyi yapan idarece davacı şirketin yanlış yönlendirilmesinin idari başvuru yapılmasını gerektirmediği açıktır.*” D. 13. Dairesi, E. 2015/5997, K. 2016/55, T. 25.01.2016, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 27.02.2018).

⁶⁴⁷ KAPLAN, s. 353.

⁶⁴⁸ Örneğin; KİK, K.N. 2017/UY.IV-3038, T. 15.11.2017, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 27.02.2018). Ancak ihalenin iptal kararı öncesinde yapılmış bir şikâyet başvurusu varsa, doğrudan Kurum’a itirazın şikâyet başvurusunda bulunulabilir. Bkz. KİK, K.N. 2017/UM.II-2600, T. 27.09.2017, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 27.02.2018).

⁶⁴⁹ D. 13. Dairesi, E. 2009/7074, K. 2010/2940, T. 06.04.2010, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 23.02.2018). Aynı yönde bkz. D. 13. Dairesi, E. 2016/674, K. 2016/2040, T. 30.05.2016, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 23.02.2018); D. 10. Dairesi, E. 2003/2683, K. 2005/1981, T. 20.04.2005, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 23.02.2018); D. İDDGK, E. 2002/725, K. 2003/88, T. 07.03.2003, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 23.02.2018). Aynı yönde görece eski tarihli bir içtihat için bkz. D. 6. Dairesi, E. 1997/4868, K. 1998/4866, T. 26.10.1998, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 18.10.2017).

⁶⁵⁰ “(...) *el dezenfektanı alımı kaleminin üzerinde bırakıldığı firmanın, söz konusu kaleme kendileri tarafından verilen UBB yetkili satıcı bayii kaydı ve yetki belgesi verilen OPA-70 isimli ürün ile katıldığı ancak, sözleşmenin imzalanmasını takiben teslim edilen ürünün Dr. Lucas marka olduğu ve bu markaya ait yetki belgesi ve UBB bayilik kaydının bulunmadığı, (...) şikâyet konusu edilen hususların, ilgili ihalenin sözleşmesinin uygulanması aşamasına ilişkin olduğu (...) görev yönünden reddi gerekmektedir.*” KİK, K.N. 2010/UM.II-701, T. 04.03.2010, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 23.02.2018). Bir başka örnek olarak; “*başvuru dilekçesinde özetle; şikâyete konu ihalenin firmaları üzerinde bırakıldığı, 08.02.2010 tarihinde sözleşme imzalandığı, ancak firmanın sözleşme hükümlerine uygun davranmadığı gerekçesiyle idarenin sözleşmeyi fesh ettiği, idarenin kararının yerinde olmadığı, bu nedenle sözleşmeyi fesh işleminin iptal edilmesi gerektiği iddia edilmektedir. (...) şikâyet konusunun (başvuru sahibi ile idare arasında çıkan uyuşmazlığın) sözleşmenin uygulanması aşamasına ilişkin olduğu, bu nedenle dilekçede belirtilen konu hakkında Kamu İhale Kurumunun inceleme görev ve yetkisi*

c) Kamu İhale Kurumu'nun Denetlenmesi

Bağımsız idari otoriteler ve bu kapsamda Kamu İhale Kurumu, her ne kadar bağımsızlık ve tarafsızlık unsurlarına vurgu yapılarak “*merkezi idarenin yörüngesinin en uzak uyduları*⁶⁵¹” olarak tanımlanmış olsalar da, kamu kaynakları kullanarak kamu adına karar alma yetki ve sorumluluğu çerçevesinde idare organının bir parçasını oluşturdukları için, Anayasa'nın “*idarenin bütünlüğü ilkesi*”ni düzenleyen 123. maddesi uyarınca bu tür kurumlar üzerinde belli bir denetim mekanizmasının oluşturulması gerekmektedir⁶⁵².

Bu kısımda Kamu İhale Kurumu'nun denetimi; idari denetim, mali denetim ve yargısal denetim başlıkları altında kısaca açıklanacaktır.

i) idari denetim

Öğretide bağımsız idari otoritelerin idari ve mali denetimi açısından ikili bir ayrıma gidilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Buna göre; bağımsız idari otoritelerin regüle ettiği sektöre ilişkin olarak gerçekleştirecekleri işlemler idari ve mali denetimin kapsamı dışında kalmalıdır. Çünkü bu denetimler niteliği itibariyle siyasi otoritenin etkisindedirler ve örneğin; ilişkili Bakanlık aracılığıyla gerçekleştirilecek bir idari denetim, siyasi etkilerden tam sıyrılmış olmayacaktır. Bu durum da bağımsız idari otoritelerin ortaya çıkışına temel teşkil eden, hassas sektörlerin siyasi etkilerden uzak olarak düzenlenmesi ve denetlenmesi amacına aykırı bir durum yaratacaktır. Bu halde bağımsız idari otoritelerin regüle ettikleri piyasaya ilişkin tesis edecekleri işlemler ve gerçekleştirecekleri eylemler üzerinde sadece ve sadece yargısal denetim öngörülmesi, siyasi ve mali denetimden uzak durulmalıdır⁶⁵³.

Bağımsız idari otoritelerin kendi iç işleyişine ve yönetimine ilişkin işlem ve harcamaları söz konusu olduğunda ise bu otoriteler, düzenleyici ve denetleyici bir faaliyet yürütmemekte, herhangi bir idari kurum gibi hareket etmektedirler. Haliyle idarenin bütünlüğü ilkesi uyarınca bu konulara ilişkin olarak, (*örneğin; Kamu İhale Kurumu'nun*

bulunmadığı (...) görev yönünden reddine (...)” KİK, K.N. 2010/UM.II-2980, T. 04.10.2010, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 23.02.2018).

⁶⁵¹ ULUSOY, s. 93.

⁶⁵² ULUSOY, s. 68; AKKURT, s. 537.

⁶⁵³ ULUSOY, s. 69 vd.; TAN, s. 16; ERDOĞAN, s. 568.

personel istihdamı, Kurum'un gerçekleştirdiği mal alım ihaleleri⁶⁵⁴, personelin özlük haklarına ilişkin işlemleri) yargısal denetimin yanında, idari denetim de öngörülmelidir⁶⁵⁵. Bu noktada tekrar belirtilmelidir ki, 2011 yılında 3046 s. Kanun'da yapılan değişiklikle düzenleyici ve denetleyici kurumların her türlü faaliyet ve işlemlerini denetleme yetkisinin ilişkili olunan bakanlığa verilmesi sonucu, düzenleyici ve denetleyici kurumlar üzerinde, Sancakdar⁶⁵⁶'a göre bağımsız idari otoritelerin temel yapısına aykırı olacak şekilde idari vesayet denetimi⁶⁵⁷ kurulmuş ve bu otoritelerin yürüttüğü her türlü faaliyet, faaliyetin türüne bakılmaksızın, ilişkili Bakanlığın denetimine açılmıştır.

Kamu İhale Kurumu'nun idari denetimi; kendi içinde hiyerarşik yetkiye dayalı olarak gerçekleştirilen iç denetim⁶⁵⁸, Devlet Denetleme Kurulu'nun gerçekleştireceği idari denetim⁶⁵⁹ ve 3046 s. Kanun'un 19/A maddesi uyarınca ilişkili Bakanlık tarafından yapılacak vesayet denetimi biçiminde çeşitli yollarla gerçekleştirilebilir.

ii) mali denetim

Mali denetim açısından, 5018 s. Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun "tanımlar" kenar başlıklı 3. maddesinin b bendine göre düzenleyici ve denetleyici kurumlar

⁶⁵⁴ Kamu İhale Kurumu bir düzenleyici ve denetleyici kurumdur ve 4734 s. Kanun'un kapsamına girmektedir. Bu nedenle Kurum tarafından gerçekleştirilecek mal alımı, hizmet alımı ve yapım işlerine ilişkin ihalelerin denetimi de yine 4734 s. Kanun hükümlerince gerçekleştirilecektir. Bu durumda hem şikâyet hem de itirazın şikâyet başvuruları Kurum'ca incelenecektir. Yönetmeliğin 10. maddesi hükmüne göre şikâyet başvurusu bizzat ihale yetkilisi tarafından incelenebileceği gibi, ihale yetkilisinin görevlendirdiği kişiler ya da bir kurulca da gerçekleştirilebilir. Şikâyet incelemesinde görev alan kişilerin itirazın şikâyet incelemesine katılmamalarına özel önem gösterilmelidir. 4734 s. Kanun'a, Kamu İhale Kurumu tarafından gerçekleştirilecek ihalelerin denetimine ilişkin açık bir düzenleme getirilmesi, idarenin kanuniliği ilkesine daha uygun bir çözüm olacaktır.

⁶⁵⁵ ULUSOY, s. 70.

⁶⁵⁶ SANCAKDAR/US/KASAPOĞLU TURHAN/ÖNÜT/SEYHAN, s. 257.

⁶⁵⁷ *Gözler ve Kaplan*, bağımsız idari otoriteler üzerinde vesayet denetimi kurulabileceğini; ancak pozitif düzenleme somut vesayet yetkileri içermemekte; adeta hiyerarşik bir denetim öngörmektedir. Bu yönüyle düzenleme eleştiriye açıktır. Bkz. GÖZLER/KAPLAN, s. 249. *Akgüner ve Berk* ise bağımsız idari otoritelerin idari vesayet denetimine tâbi olmadıklarını, Sayıştay, DDK ve yargı denetimi dışında bir de ilişkili olunan bakanlığın denetimini öngörmenin Anayasa'ya aykırı olduğunu ifade etmektedir. AKGÜNER/BERK, s. 492.

⁶⁵⁸ Hiyerarşik denetim, ast merci ve görevlilerin üstleri tarafından denetlenmesi anlamına gelmekte olup, bu denetim hem astların özlük hakları ve statülerine ilişkin hem de tesis edilen işlemlere ilişkindir. KAPLAN, s. 33.

⁶⁵⁹ Anayasa'nın 108. maddesinde Devlet Denetleme Kurulu'nun denetim yetkisi "tüm kamu kurum ve kuruluşlarında (...) her türlü idari soruşturma, inceleme, araştırma ve denetleme" yapma şeklinde ifade edilmiştir. Sonuçta hazırlanan rapor icrai nitelikte olmayan bir hazırlık işlemidir. Bkz. SANCAKDAR, s. 126. Kurul'un aldığı karar Cumhurbaşkanı'na arz edilir. Cumhurbaşkanı onayı sonrası rapor Başbakanlık aracılığıyla ilgili yerlere, 45 gün içerisinde gereği yapılmak üzere ilgili mercilere gönderilir. Cumhurbaşkanı gerek gördüğünde önemli konularla ilgili raporları doğrudan adli ve idari mercilere intikal ettirir. (2443 s. Kanun, m. 6, RG, T. 03.04.1981, S. 17299).

“merkezi yönetim kapsamındaki kamu idareleri⁶⁶⁰” arasında bulunmakta ve 6085 s. Sayıştay Kanunu⁶⁶¹’nin 4. maddesine göre merkezi yönetim bütçesi kapsamındaki kamu idareleri de Sayıştay’ın denetimi kapsamındadır. Aynı şekilde 4734 s. Kanun’un 53. maddesinin son fıkrasına göre Kurum’un yıllık hesapları ile gelir ve harcamalarına ilişkin iş ve işlemleri, Sayıştay denetimine tâbidir⁶⁶².

iii) yargısal denetim⁶⁶³

Anayasa’nın 125. maddesine göre “idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.” Kamu İhale Kurumu da idarenin bir parçasını teşkil ettiği için idare fonksiyonuna giren işlem ve eylemleri yargısal denetim kapsamındadır. İhaleler açısından bakıldığında ise, itirazın şikâyet sonucu verilen kararlara ilişkin olarak 4734 s. Kanun’un “yargısal inceleme” kenar başlıklı 57. maddesi, “şikâyetler ile ilgili Kurum tarafından verilen nihai kararlar Türkiye Cumhuriyeti Mahkemelerinde dava konusu edilebilir ve bu davalar öncelikle görülür” hükmünü içermektedir.

Bu noktada belirtilmelidir ki Anayasa’nın 125. maddesine ve 2577 s. Kanun’un 2. maddesine göre yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz. Bu durumda Kurum tarafından verilen nihai kararların dava konusu edilmesi halinde mahkemelerin yapacağı esasa ilişkin denetimin (*sebeplere, konu ve amaç unsurları bakımından denetim*) sınırının ne olması gerektiği tartışılmıştır. Danıştay’ın vermiş olduğu kimi kararlarda bağımsız idari otoritelerin dava konusu edilen işlemlerinin tüm yönleriyle ve derinlemesine “kamu yararı ve hizmet gerekleri”ne uygunluk yönlerinden yargısal denetim yaptığı görülmekteydi⁶⁶⁴. Bu bağlamda

⁶⁶⁰ Hukukumuzda kamu idareleri sınırlı sayıda ve 4 adet olup bunlar, Devlet, belediye, il özel idaresi ve köy tüzel kişilikleridir. Bkz. **DURAN**, s. 78; **SANCAKDAR/US/KASAPOĞLU TURHAN/ÖNÜT/SEYHAN**, s. 230. 5018 s. Kanun’da, kamu kurumu niteliğinde olan düzenleyici ve denetleyici kurumlar için “kamu idaresi” kavramının kullanılmış olması hatalıdır. Anayasa Mahkemesi de düzenleyici ve denetleyici kurumların “kamu kurumu” niteliğinde olduğunu vurgulamaktadır. Bkz. AY Mah., E. 2002/32, K. 2003/100, RG, T. 11.08.2004, S. 25550.

⁶⁶¹ RG, T. 19.12.2010, S. 27790.

⁶⁶² 5018 s. Kanun’un 2. maddesine göre düzenleyici ve denetleyici kurumlar, bu Kanun’un tamamına değil, sadece belli bazı hükümlerine tabidir. Buna göre Kamu İhale Kurumu Türkiye Büyük Millet Meclisi’nce kabul edilecek olan kesin hesap kanununun kapsamındadır (5018 s. Kanun, m. 42), mal yönetiminde etkili davranmakla yükümlü ve bundan sorumludur (5018 s. Kanun, m. 48), Sayıştay tarafından yapılacak harcama sonrası dış denetime tâbidir (5018 s. kanun, m. 68).

⁶⁶³ Kamu ihalelerinin yargısal denetimi bu bölümün II no’lu başlığında ayrıca incelenmiştir.

⁶⁶⁴ Kararlara ilişkin olarak bkz. **AKKURT**, s. 545.

öğretide, yargı yetkisinin sınırlarının genişlemesi ve bir noktadan sonra Kurum'un ihale düzenini yönetim politikaları ile siyasi iradenin ekonomi politikalarının yerindeliliğinin de denetim kapsamına girmesi ihtimali üzerinde durularak, yargısal süreçte mahkemece gerçekleştirilecek esas denetiminde “*minimum*” denetim yetkisinin kullanılması, açık ve bariz bir hukuka aykırılık olup olmadığının denetiminin yapılması gerektiği ifade edilmiştir⁶⁶⁵. Kurum işlemleri üzerindeki yargısal denetimin kapsamı açısından yaşanan bu belirsizliği gidermek adına yasa koyucu, her ne kadar Anayasa'nın 125. maddesi ile 2577 s. Kanun'un 2. maddesi hükmü açık olsa da, 4734 s. Kanun'un 53. maddesinde değişikliğe gitmiş ve 2008 yılında 5812 s. Kanun'la ilgili maddeye “*Kurul kararları yerindelik denetimine tabi tutulamaz.*” hükmünü getirmiştir.

3. İtirazen Şikâyetin İncelenmesi ve Sonuçlandırılması

a) Ön İnceleme

Yönetmeliğin 15. maddesine göre Kurum'a yapılan başvurular öncelikle Yönetmeliğin 16. maddesi çerçevesinde ön incelemeye tâbi tutulacaktır.

Yönetmeliğin 16. maddesine göre başvurular;

- 1.** Başvuru konusunun Kurumun görev alanında bulunup bulunmadığı,
- 2.** Başvuru ehliyeti,
- 3.** Başvurunun süresinde yapılıp yapılmadığı,
- 4.** Başvurunun diğer usul kurallarına uygun yapılıp yapılmadığı yönlerinden incelenir.

Başvuru dilekçesinde usul kurallarına ilişkin eksiklikler varsa ve başvuru süresi henüz dolmamış ise, başvuru süresinin sonuna kadar söz konusu eksiklikler başvuru sahibi tarafından giderilebilir (Yönetmelik, m. 16/3). 4734 s. Kanun'da Kurul'un alabileceği karar türleri açıkça belirtilmiş olup, bu türler arasında “*dilekçe ret*” şeklinde bir karardan

⁶⁶⁵ ULUSOY, s. 56.

bahsedilmemektedir. Bu nedenle Kurul, örneğin; “*anılan eksikliklerin (...) 10 gün içinde giderilmesi*” biçiminde bir karar alamaz⁶⁶⁶.

Kurum’a itirazın şikâyet başvurusu yapılması gerektiği halde doğrudan dava açıldığı durumlarda, idari yargı yerinin merci tecavüzü gerekçesiyle vereceği tevdi kararı ile birlikte dosya, incelenmek üzere Kurum’a iletilecektir. Bu durumda Kurum, başvuru dilekçesinde “*itirazın şikâyetine ilişkin başvuru ücretini ve başvuruda bulunmaya yetkili olduğuna dair belgeleri*” sunmamış oldukları için başvuruyu şekil yönünden reddedebilir mi? Danıştay’a göre “*merciine tevdi kararı ile davalı Kurum’a gelen dosyadaki itirazın şikâyet başvurusu usulünün özel bir durum oluşturduğunun açık olması karşısında, Mahkemece merciine tevdi kararı verilip verilmeyeceğinin davacılar tarafından davanın açılması aşamasında bilinemeyecek olması nedeniyle, dava dilekçesi ile birlikte sunulması beklenemeyecek olan itirazın şikâyet başvurusu bedelini Kurum hesaplarına yatırmak ve başvuruda bulunmaya yetkili olduğuna dair belgeleri sunmak üzere davalı idarece davacılar için süre verilmesi*” gerekmektedir⁶⁶⁷.

b) Esasa İlişkin İnceleme

Kamu İhale Kurumu’nun esas incelemesi “*sınırlı*” niteliktedir⁶⁶⁸. Gerçekten de 4734 s. Kanun’un 56. maddesinin 2. fıkrasına ve Yönetmeliğin 18. maddesine göre;

1. İtirazın şikâyet başvurusu ilan veya ön yeterlilik/ihale dokümanının ilişkin yapılmış ise, başvuru sahibinin iddiaları ile idarenin şikâyet üzerine aldığı kararda belirtilen hususlarla sınırlı incelenir.

⁶⁶⁶ D. 13. Dairesi, E. 2007/9717, K. 2010/3011, T. 07.04.2010; D. 13. Dairesi, E. 2005/10004, K. 2006/1446, T. 20.03.2006, (Aktaran: **AKKURT**, s. 98 ve 279).

⁶⁶⁷ D. 13. Dairesi, E. 2012/3311, K. 2017/1847, T. 07.06.2017, (Yayımlanmamış Mahkeme Kararı). Aynı yönde bkz. D. 13. Dairesi, E. 2016/4988, K. 2017/1176, T. 27.04.2017, (Yayımlanmamış Mahkeme Kararı).

⁶⁶⁸ 2008 yılında 5812 s. Kanun ile yapılan değişiklik sonrası 4734 s. Kanun’da Kamu İhale Kurumunun ileri sürülen iddiaları inceleme yetkisi, başvuru sahibinin iddiaları ile idarenin şikâyet üzerine aldığı kararda belirlenen hususlar ve itiraz edilen işlemler bakımından eşit muamele ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususları ile sınırlandırılmıştır. Danıştay 13. Dairesi somut norm denetimi yoluyla ve bu sınırlamanın Anayasa’nın 2. ve 125. maddelerine aykırı olduğu iddiasıyla hükmü Anayasa Mahkemesi önüne getirmiştir. Anayasa Mahkemesi ise ilgili hükmün Anayasa’ya aykırı olmadığına oy çokluğu ile karar vermiştir. AY Mah. E. 2010/66, K. 2013/85, T. 10.07.2013, RG, T. 10.12.2013, S. 28847. 2008 yılı öncesi düzenleme hakkında bkz. D. 13. Dairesi, E. 2005/10004, K. 2006/1446, T. 20.03.2006, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 02.03.2006). 4734 s. Kanun’un son haline ilişkin bkz. D. 13. Dairesi, E. 2014/1503, K. 2015/2046, T. 03.06.2015, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 05.03.2018).

2. İtirazen şikâyet başvurusu ihale veya ön yeterlik dokümanının verilmesi, başvuruların veya tekliflerin sunulması, değerlendirilmesi ve ihalenin sonuçlandırılmasıyla ilgili olarak yapılmış ise, başvuru sahibinin iddiaları ve idarenin şikâyet üzerine aldığı kararda belirtilen hususlar ile itiraz edilen işlemler bakımından **eşit muamele ilkesinin**⁶⁶⁹ ihlal edilip edilmediği yönünden incelenir. Eşit muamele ilkesi yönünden yapılacak incelemede; dayanağı bakımından, itiraz edilen işlemin diğer aday veya isteklilere ilişkin olarak da Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun şekilde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğine bakılır.

3. Şikâyet veya itirazen şikâyet başvurusu üzerine idare tarafından alınan ihalenin iptali kararına karşı yapılacak itirazen şikâyet başvuruları ise idarenin iptal gerekçeleriyle sınırlı incelenir⁶⁷⁰.

4734 s. Kanun uyarınca Kurul'un ihale sürecini re'sen denetleme yetkisi olmayıp⁶⁷¹ inceleme yetkisinin sınırlarından birini de "*başvuru sahibinin iddiaları*" oluşturmaktadır. Buna göre iki sorunun yanıtlanması gerekmektedir:

- *İlk olarak*, Kurul yapacağı incelemede, **şikâyet başvurusunda belirtilen; ancak itirazen şikâyet başvurusunda değinilmeyen hususları** da inceleyebilecek midir? Danıştay'a göre "*başvuru sahibinin iddiaları*" ifadesi şikâyet ve itirazen şikâyet başvurusunda ileri sürülen iddiaların tamamını kapsar. Bu durumda Kurul, başvuru sahibinin **şikâyet başvurusunda ileri sürdüğü; ancak itirazen şikâyet başvurusunda yer almayan iddiaları** hakkında inceleme yapmaya yetkilidir. Bu nedenle, şikâyet başvurusunun idarece reddine dair verilen kararda ve itirazen şikâyet başvurusunda belirtilmeyen; fakat şikâyet başvurusunda belirtilen hususlar açısından Kurul'un yapacağı denetim "*yetki aşımı*" olarak nitelendirilemez. Aksi yorum "*zaten Kanun'un 56. maddesinde yer alan hususlar ile sınırlandırılmış olan Kurul'un inceleme yetkisinin, Kanun'un amacını da aşacak şekilde daha fazla sınırlandırılması*" anlamına gelecektir⁶⁷².

⁶⁶⁹ YILMAZ, s. 174.

⁶⁷⁰ D. 13. Dairesi, E. 2014/1503, K. 2015/2046, T. 03.06.2015, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 05.03.2018). İlgili düzenlemenin kamu yararına dayanmadığı ve Anayasa'nın 2. ve 11. maddelerine aykırı olduğu iddiasıyla açılan iptal davasında Anayasa Mahkemesi, iptal talebini reddetmiştir. Bkz. AY Mah. E. 2009/9, K. 2011/103, T. 16.06.2011, RG, T. 19.05.2012, S. 28297.

⁶⁷¹ AY Mah. E. 2009/9, K. 2011/103, T. 16.06.2011, RG, T. 19.05.2012, S. 28297; D. 13. Dairesi, E. 2014/1503, K. 2015/2046, T. 03.06.2015, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 16.03.2018).

⁶⁷² D. 13. Dairesi, E. 2017/2123, K. 2017/2804, T. 02.11.2017, (Yayımlanmamış Mahkeme Kararı).

- *İkinci olarak, Kurul şikâyet başvurusunda belirtilmeyen ve ilk defa itirazen şikâyet başvurusunda dile getirilen hukuka aykırılık iddialarını incelemeye yetkili midir? Bu noktada özellikle belirtilmelidir ki, idarenin şikâyet üzerine aldığı kararda belirtilen hususlar hariç olmak üzere, şikâyet dilekçesinde konu edilmemiş hiçbir husus itirazen şikâyet yoluyla Kurum'un önüne getirilemez*⁶⁷³(Yönetmelik, m. 8/10). Danıştay ise önüne gelen davalarda⁶⁷⁴, “4734 s. Kanun'un 56. maddesinin lafzından, başvuru sahibinin iddialarından sadece şikâyet başvurusunda yer alan iddiaların anlaşılamayacağı, şikâyet ve itirazen şikâyet başvurularında yer alan tüm iddiaların incelenmesinin gerektiği, Kanun'da sayma suretiyle bir sınırlama yapılmadığı, Kamu İhale Kurulu'nun, başvuru sahibinin itirazen şikâyet başvurusundaki iddialarını, bu iddiaların şikâyet aşamasında öne sürülüp sürülmediğine bakılmaksızın” incelemesi gerektiğini ifade ederek aksi yönde kararlar vermektedir. Danıştay, anılan Yönetmeliğin 8. maddesinde bulunan açık hüküm karşısında geliştirdiği bu içtihadı gerekçe olarak, “2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7. maddesinin dördüncü fıkrasında, ‘Düzenleyici işlemin iptal edilmemiş olması, bu düzenlemeye dayalı işlemin iptaline engel olmaz’ hükmü yer almakta olup, **bu hükümle, idari yargı mercilerine bireysel işlemlerin yargısal denetiminde, bu işlemlerin dayanağı ikincil nitelikteki düzenleyici işlemleri ihmal etme yetkisi tanınmıştır.** Bu kapsamda Kanun'un 56. maddesinin ikinci fıkrası hükmünü daraltması nedeniyle dayanağı kanuna aykırı olan İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin 8. maddesinin onuncu fıkrası hükmünün ihmal edilerek Kanun'un 56. maddesinin ikinci fıkrası” çerçevesinde inceleme yapılması gerekliliğini ifade etmektedir⁶⁷⁵. Ancak

⁶⁷³ Örneğin; idareye şikâyet başvurusunda yaklaşık maliyetin hukuka aykırı olarak saptandığına ilişkin bir iddia bulunmadığı halde itirazen şikâyet konusunda yaklaşık maliyetin sıhhatinin sorgulanmasının talep edilmesi halinde (KİK, K.N. 2011/UH.II-3525, T. 24.10.2011); isteklinin teklif mektubunun usule aykırı hazırlanmış olduğuna ilişkin iddianın şikâyet başvurusunda öne sürülmeyip itirazen şikâyet başvurusunda öne sürülmesi halinde (KİK, K.N. 2010/UM.III-1726, T. 14.06.2010); ihale üzerinde bırakılan isteklinin ihale komisyonuna sunduğu belgelerde eksiklikler olduğuna ilişkin iddianın şikâyet başvurusunda dile getirilmeyerek itirazen şikâyet başvurusuna konu edilmesi halinde (KİK, K.N. 2010/UY.III-1281, T. 04.05.2010) söz konusu iddialar Kurum tarafından değerlendirmeye alınmayacaktır. (Kararlar için bkz. www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 23.02.2018). “Daha açık bir ifadeyle Kurumun şikâyet konusu yapılmayan iddiaları itirazen şikâyet yoluyla inceleme yetkisi bulunmamaktadır.” KİK, K.N. 2009/UH.I-1097, T. 16.03.2009, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 01.03.2018).

⁶⁷⁴ Örneğin; D. 13. Dairesi, E. 2017/2080, K. 2017/3334, T. 27.11.2017; D. 13. Dairesi, E. 2017/2827, K. K. 2018/113, T. 10.01.2018; D. 13. Dairesi, E. 2017/2876, K. 2018/245, T. 19.01.2018, (Yayımlanmamış Mahkeme Kararı).

⁶⁷⁵ D. 13. Dairesi, E. 2017/2563, K. 2017/3610, T. 05.12.2017, (Yayımlanmamış Mahkeme Kararı). Aynı yönde Danıştay, bir alacağın Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tarafından temlik alındığı tarihten itibaren 5183 s. Kanun kapsamında takip ve tahsil işlemlerine başlanılmasına kadar geçen süreç boyunca asıl borcun yanında temerrüt

şikâyet başvurusuna konu edilmemiş kimi hususların itirazen şikâyet başvurusuna konu edilerek **doğrudan** Kurum incelemesine tabi tutulmasını sağlayan bu yorum, 4734 s. Kanun'un itirazen şikâyet başvurusundan önce şikâyet başvurusu yapılmasını zorunlu kılan sistemine aykırıdır⁶⁷⁶.

c) İtirazen Şikâyet Başvurusunda Karar Verme Süresi ve Verilebilecek Kararlar

4734 s. Kanun'un 56. maddesinin 6. fıkrasına göre;

1. Kurum, itirazen şikâyete ilişkin nihai kararını, incelenen ihaleye ilişkin gerekli bilgi ve belgeler ile ihale işlem dosyasının kayıtlara alındığı tarihi izleyen **yirmi gün** içinde vermek zorundadır.

2. Bu süre 21. maddenin (b) ve (c) bentlerine göre yapılan ihaleler ile şikâyet ve itirazen şikâyet üzerine alınan ihalenin iptal edilmesi işlemine karşı yapılacak itirazen şikâyet başvurularında **on iş günü** olarak uygulanır.

Kanun'da belirtilen bu süreler "*nihai kararın alınması için gereken tüm bilgi ve belgelerin tamamlanarak dosyanın tekemmül ettirilmesinden sonra*" başlar. Henüz dosyanın tekemmül ettirilmesi aşamasında yirmi günlük sürenin geçtiği için zımni ret işlemi tesis edildiğinden söz edilerek idari yargıda iptal davası açılamaz⁶⁷⁷.

4734 s. Kanun'un 54. maddesinin 10. fıkrasına göre, itirazen şikâyet başvuru üzerine Kurum tarafından gerekçeli olarak;

faizinin de işletilmesi gerekliliğine ilişkin Yönerge hükmünün Kanun'a aykırı olduğuna ve bu durumda 2577 s. Kanun'un 7. maddesinin 4. fıkrası uyarınca bireysel işlemlerin yargısal denetiminde, bu işlemlerin dayanağı ikincil nitelikteki düzenleyici işlemleri ihmal edebileceğine karar vermiştir. Bkz. D. 13. Dairesi, E. 2017/2758, K. 2018/95, (Yayımlanmamış Mahkeme Kararı).

⁶⁷⁶ Aktarılan kararların tamamı oy çokluğu ile alınmış olup, kararlara yazılan karşı oylarda da "*Kamu İhale Kurumu'nun itirazen şikâyet başvurularını şikâyet dilekçesinde ileri sürülen iddialar ve idarenin şikâyet üzerine aldığı kararda belirtilen hususlarla sınırlı olarak incelemesi gerekmektedir. Aksi halde şikâyet aşamasında ileri sürülmeyen iddia yönünden Kanun'un zorunlu olarak aradığı 'şikâyet' aşaması atlanarak doğrudan itirazen şikâyet yolu açılır ki, bu durum mercii tecavüzü oluşturması yanında Kanun'un emredici bir hükmünün uygulanmaması sonucunu da doğurur*" denilmektedir.

⁶⁷⁷ D. 13. Dairesi, E. 2016/338, K. 2016/680, T. 14.03.2016, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 02.03.2018).

1. İhale sürecinin devam etmesine engel oluşturacak ve düzeltici işlemle giderilemeyecek hukuka aykırılığın tespit edilmesi halinde **ihalenin iptaline** karar verilir⁶⁷⁸. Bu halde ihale komisyonunun tekrar toplanıp bir karar almasına gerek olmaksızın ihale Kurul kararıyla iptal edilmiş olur.

2. İdare tarafından düzeltme yapılması yoluyla giderilebilecek ve ihale sürecinin kesintiye uğratılmasına gerek bulunmayan durumlarda, **düzeltilici işlem belirlenmesine** karar verilir⁶⁷⁹. Bu halde ihale komisyonu tekrar toplanarak düzeltici işlem kararında belirtilen hususlara göre yeniden işlem tesis ederek ihale sürecine devam eder⁶⁸⁰.

3. Başvurunun süre, usul ve şekil kurallarına uygun olmaması, usulüne uygun olarak sözleşme imzalanmış olması veya şikâyete konu işlemlerde hukuka aykırılığın tespit edilememesi veya itirazın şikâyet başvurusuna konu hususun Kurumun görev alanında bulunmaması hallerinde **başvurunun reddine**, karar verilir. Bu halde ihale komisyonu eğer nihai kararını vermiş ve karar ihale yetkilisine sunulmuşsa, komisyon tekrar toplanmaz; ancak ihale komisyonu nihai kararını henüz vermemiş ise komisyon tekrar toplanarak ihale sürecine devam eder⁶⁸¹.

“Başvuru konusunun Kurum’un görev alanında bulunmaması” hali hariç, itirazın şikâyet başvurusunun reddedilmesi durumunda, başvuru teminatı yatırılan hallerde teminatın gelir kaydedilmesine de karar verilir.

Bu noktada belirtilmelidir ki, Danıştay’a göre Kurum, 4734 s. Kanun’da belirtilen kararlardan birini almak zorundadır ve Kurum’un 4734 s. Kanun’da öngörülen görev ve yetkilerini etkin ve verimli bir şekilde yürütülebilmesi, Kurul kararının sonuca etkili

⁶⁷⁸ Kurum’un, “*düzeltilici işlemle giderilemeyecek*” nitelikte bir hukuka aykırılığın tespit edilmesine rağmen, somut olay bakımından bu hukuka aykırılığın serbest rekabeti etkilemediği ve ihalenin iptalinde kamu yararı olmadığı için başvurunun reddine dair verdiği kararlar mevcuttur. Kanun’da belirtilen hallerde Kurum ilgili kararı alma konusunda takdir yetkisine sahip olmayıp, düzeltici işlemle giderilemeyecek bir hukuka aykırılık saptadığında iptal kararı vermesi gerekmektedir. Kurum’un ilgili kararlarının eleştirisi için bkz. **UZ**, s. 426 vd.

⁶⁷⁹ Kısmi teklif söz konusu ise Kurul sadece itirazın şikâyet başvurusuna konu kısma ilişkin karar alabilir. Bu bakımdan Kurul’ca verilecek olan düzeltici işlem kararı, diğer kısımları da etkileyecek nitelikte ise de “*bu kısımda düzeltici işlem tesis edilip edilmemesi idarenin yetkisindedir.*” KİK, K.N. 2010/UH.I-1091, T. 12.04.2010, (Aktaran: **ARAPGİRLİ/DEMİREL**, s. 149).

⁶⁸⁰ Düzeltici işlem kararı sonrası ihale komisyonunun Kurul kararına uygun olarak tesis edeceği işlem, yeni bir idari işlem olacağı için “*(...) ihale sürecinde yeni bir hukukî durum meydana getiren, ihale sürecine etkili bir kararın alınması üzerine başvuruya konu edilebilecek işlemi ve hukuka aykırılık nedenini öğrenen ilgililerin bu tarihten itibaren Kanunda öngörülen sürede idareye*” şikâyet başvurusunda bulunulmalıdır. Bkz. D. 13. Dairesi, E. 2017/2015, K. 2017/2855, T. 07.11.2017, (Yayımlanmamış Mahkeme Kararı).

⁶⁸¹ **ARAPGİRLİ/DEMİREL**, s. 132.

olabilmesiyle mümkündür⁶⁸². Bu bakımdan “ihale işlemleriyle ilgili mevzuata aykırılıkların ilgili idaresine bildirilmesi” şeklinde sonuca etkili olmayan bir karar veremeyeceği gibi⁶⁸³, “karar verilmesine yer olmadığı” yönünde⁶⁸⁴ Kanun’da açıkça belirtilmeyen bir karar da alamaz.

Kurum yapacağı inceleme bakımından mevzuat hükümlerinin şikâyete konu ihale sürecinde düzgün uygulanıp uygulanmadığını denetleme konusunda yetki sahibidir. Danıştay’a göre⁶⁸⁵ Kurum’un, yaklaşık maliyetin yanlış hesaplanıp hesaplanmadığına ya da teklif bedelinin aşırı düşük olup olmadığına ilişkin yapacağı değerlendirmeler ihale komisyonunun görev ve yetkilerine müdahale niteliği taşımamaktadır.

İdareler hukuki durumda değişiklik yaratan Kurul kararlarının gerektirdiği işlemleri ivedilikle yerine getirmek zorundadır⁶⁸⁶ (4734 s. Kanun, m. 56/son). Kurul kararına karşı dava açılmış olması, yürütmeyi durdurma kararı verilmediği takdirde, tek başına Kurul kararının gereklerini yerine getirilmemesinin gerekçesi olamaz. İdarenin Kurul kararını uygulamaması durumunda yetkili Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunma hakkı doğmaktadır⁶⁸⁷. Ancak Kurul, bir kararında, “(...) idarenin Kurul kararını uygulamamak için hukuki ve fiili imkânsızlık hali ya da kamu düzeninin bozulması gibi yasal ve kabul edilebilir bir gerekçesinin varlığı da ne dosya incelemesi ne de dinleme toplantısında tespit edilmiş

⁶⁸² Bu hususta Danıştay içtihatları ve bu içtihatlar karşısında Kurum’un aldığı tutum hakkında detaylı bilgi için bkz. **UZ**, Abdullah, İhalelerle İlgili “İddiaların İncelenmesi” Bakımından Ne Değişti: *Norm?, Yorum?, Kurum?, Durum?*, Ankara Barosu Dergisi, Y. 66, S. 1, Kış 2008, s. 122 vd.

⁶⁸³ D. 13. Dairesi, E. 2005/6851, K. 2005/5819, T. 09.12.2005; D. 13. Dairesi, E. 2005/5616, K. 2005/5334, T. 31.10.2005; D. 13. Dairesi, E. 2005/6163, K. 2005/5715, T. 30.11.2005, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 02.03.2018).

⁶⁸⁴ D. 13. Dairesi, E. 2017/2754, K. 2018/15, T. 02.01.2018, (Yayımlanmamış Mahkeme Kararı); D. 13. Dairesi, E. 2017/1453, K. 2017/2816, T. 06.11.2017, (Yayımlanmamış Mahkeme Kararı). Ayrıca bkz. D. 13. Dairesi, E. 2015/6272, K. 2016/325, T. 17.02.2016; D. 13. Dairesi, E. 2014/198, K. 2014/1058, T. 19.03.2014; D. 13.D. E. 2008/4251, K. 2009/9249, T. T. 21.10.2009, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 02.03.2018).

⁶⁸⁵ D. 13. Dairesi, E. 2005/5765, K. 2005/4812, T. 03.10.2005, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 02.03.2018).

⁶⁸⁶ “Kamu İhale Kurulu kararı gereğini yerine getirmek zorunda olan ve bu yönde işlem tesis etmek konusunda bağlı yetkisi bulunan davalı idarenin (...)” D. 13. Dairesi, E. 2011/4624, K. 2017/2754, T. 01.11.2017, (Yayımlanmamış Mahkeme Kararı). İdarenin Kurul kararının gereklerini yerine getirdikten sonra bu durumu Kurum’a bildirme yükümlülüğü yoktur. Bkz. **ARAPGİRLİ/DEMİREL**, s. 132. Önceki dönemde uygulanan İhalelere Karşı Yapılacak İdari Başvurulara Ait Yönetmeliğin (RG, T. 24.05.2004, S. 25471) 35. maddesine göre kararın uygulama tarihinden itibaren 5 gün içinde Kurum’a bildirim yapılması zorunluluğu bulunmaktaydı. İlgili yönetmelik dönemi uygulaması için bkz. **UZ**, s. 417.

⁶⁸⁷ Örneğin; bkz. KİK, K.N. 2010/UH.II-237, T. 18.01.2010, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 23.02.2018).

değildir” diyerek, hukuki ya da fiili imkânsızlık hali ya da kamu düzeninin bozulması hallerinde Kurul kararlarının uygulanmayabileceğini kabul etmiştir.⁶⁸⁸.

Hukuki durumda değişiklik yaratan Kurul kararlarının *eksik veya yanlış* uygulandığını iddia eden ilgililer bu hususa ilişkin başvuruyu itirazın şikâyet başvurusu olarak doğrudan Kurum’a yaparlar. Kurum kararının gereklerinin eksik ve yanlış olarak yerine getirilmesi halinde doğrudan Kurum’a itirazın şikâyet başvurusu yapıldığı var sayımında, idarenin bu ikinci başvuru sonucu verilecek kararı yine eksik ve yanlış uygulaması halinde tekrar tekrar Kurum’a başvuru yapmak yerine, idarenin eksik ve yanlış tesis ettiği işlem idari yargıda iptal davasına konu edilebilir⁶⁸⁹. Kurul tarafından alınan kararların *hiç* uygulanmaması halinde yapılacak başvurular Kurum’ca görev yönünden reddedilir⁶⁹⁰. Bu halde Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulabilir. (Yönetmelik, m. 23/2-3).

d) Çerçeve Anlaşma ve Münferit Sözleşme İhaleleri İle İlgili Durum

4734 s. Kanun’un 4. maddesinde çerçeve anlaşma, *“bir veya birden fazla idare ile bir veya birden fazla istekli arasında, belirli bir zaman aralığında gerçekleştirilecek alımların özellikle fiyat ve mümkün olan hallerde öngörülen miktarlarının tespitine ilişkin şartları belirleyen anlaşma”* olarak tanımlanmıştır. Aynı Kanun’un 54. maddesinin son fıkrasına göre ise *“çerçeve anlaşmalara ilişkin başvuru esas ve usulleri Kurum tarafından yürürlüğe konulacak yönetmelikle belirlenir.”*

4734 s. Kanun’un Ek 2. maddesinde 5812 s. Kanun’la yapılan değişiklikle çerçeve anlaşmaların kapsamı genişletilmiştir⁶⁹¹.

⁶⁸⁸ KİK, K.N. 2004/UY.Z-1637, T. 19.11.2004, (Aktaran: **UZ**, s. 418). İdari yargı kararlarının uygulanması açısından fiili ve hukuki imkânsızlık halleri için bkz. **GÖZÜBÜYÜK**, Yönetim Hukuku, s. 259. Yargı kararlarının uygulanmasının kamu düzenini ciddi anlamda tehlikeye sokması açısından, Conseil d’Etat tarafından verilen 1923 tarihli *Couitéas* kararına göre, idari yargı kararının uygulanması kamu düzenini ciddi manada tehlikeye sokuyorsa, idarenin yargı kararını uygulamayı reddetmesi hukuka uygundur ve fakat lehine karar verilmiş olan kişiye tazminat ödenmelidir. Conseil d’Etat tarafından *Couitéas* kararı ile ortaya konulan içtihadın analizi için bkz. <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Les-decisions-les-plus-importantes-du-Conseil-d-Etat/30-novembre-1923-Couiteas> (E.T.: 27.02.2018).

⁶⁸⁹ **UZ**, s. 418; **İNAN**, s. 201.

⁶⁹⁰ KİK, K.N., 2012/UY.III-1487, T. 26.03.2012, (Aktaran: **ARSLAN**, s. 504 vd.)

⁶⁹¹ Bu düzenleme ile tüm idarelere çerçeve anlaşma yapabilmesi hakkının getirilmesi sonucu *“eşit muamele”* ve *“rekabet”* ilkelerinin zedeleneceği ve düzenlemenin Anayasa’ya aykırı olduğu iddiasıyla açılan davada Anayasa Mahkemesi, iptal istemini reddetmiştir. Bkz. AY Mah. E. 2009/9, K. 2011/103, T. 16.06.2011, RG, T. 19.05.2012, S. 28297.

Yönetmeliğin 20/A, 20/B ve 20/C maddeleri çerçeve anlaşma ve münferit sözleşmelere yönelik başvuruları düzenlemektedir. Bu nedenle çerçeve anlaşma ve münferit sözleşme sürecine ilişkin yapılacak başvurularda anılan hükümler göz önünde bulundurulmalıdır.

e) Kurum Tarafından Verilen Kararların Düzeltilmesi

Yönetmeliğin 25. maddesine göre, Kurum'a sadece daha önce almış olduğu karara ilişkin şekli nitelikte yazım/hesaplama hatalarının ya da gerekçe ve karar sonucu arasındaki çelişkilerin düzeltilmesi⁶⁹² talebiyle bir başvuru yapılabilir. 4734 s. Kanun'un 57. maddesi hükmü uyarınca Kamu İhale Kurumu'nun itirazın şikâyet üzerine aldığı kararlar kesin olduğu için Kurul'un almış olduğu bir kararın esastan tekrar ele alınması ya da incelenmesi talebini içeren "itiraz" niteliğindeki başvurular⁶⁹³ ile "alınmış olan kararın kaldırılması" talepli başvurular yapılamayacağı gibi bu türden başvurular dava açma süresini de durdurmaz⁶⁹⁴.

II. KAMU İHALELERİNİN YARGISAL DENETİMİ

Kamu İhale Kurumu düzenleyici ve denetleyici bir kurum olarak, ihale rejimini düzenlemenin yanında kamu ihale sürecinde doğan uyuşmazlıkları çözmekle de görevli ve yetkilidir. Bu bakımdan "hukuki uyuşmazlıkları çözüme ve karara bağlama" fonksiyonu⁶⁹⁵ itibarıyla yargısal nitelikte bir faaliyet yürüttüğü düşünülebilir; ancak Anayasa'nın 9. maddesi uyarınca yargı yetkisi sadece bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılabilir. Bu bakımdan idari bir organ olan Kamu İhale Kurumu'nun uyuşmazlık çözümüne ilişkin fonksiyonu da aslen idari bir fonksiyondur. Kurum'un vereceği kararlar da idari nitelikte olup Anayasa'nın 125. maddesi uyarınca yargı denetimine açıktır⁶⁹⁶.

⁶⁹² Gerekçe ile karar sonucu arası çelişkilerin düzeltilmesine ilişkin örnek olarak bkz. KİK, K.N. 2018/UM.II-28, T. 04.01.2018, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 27.02.2018).

⁶⁹³ KİK, K.N. 2017/UY.I-1666, T. 14.06.2017, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 27.02.2018). Aynı yönde bkz. KİK, K.N. 2015/UH.III-3129, T. 25.11.2015, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 27.02.2018).

⁶⁹⁴ D. 13. Dairesi, E. 2017/2806, K. 2018/261, T. 19.01.2018, (Yayımlanmamış Mahkeme Kararı). Aynı yönde bkz. D. 13. Dairesi, E. 2008/13423, K. 2009/11127, T. 18.12.2009, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 02.03.2018).

⁶⁹⁵ SANCAKDAR/US/KASAPOĞLU TURHAN/ÖNÜT/SEYHAN, s. 38.

⁶⁹⁶ GÖZLER/KAPLAN, s. 246; YILMAZ, s. 182.

4734 s. Kanun'un 57. maddesinde Kurum'un şikâyetler üzerine verdiği kararlarının yargısal denetime açık olduğu belirtilmiştir. Bu madde hükmüne bakıldığında yasa koyucu yargısal denetimle ilgili olarak salt “*Türkiye Cumhuriyeti Mahkemelerinde dava konusu edilebilir*” demekle yetinmiştir. Bu düzenleme yargısal denetimde, görevli yargı kolunu göstermemektedir. Bu bağlamda şu konunun açıklığa kavuşturulması gerekir: Şikâyetlerle ilgili Kurum kararlarının yargısal denetiminde idari yargı mı yoksa adli yargı mı görevli yargı düzenidir? Gerek öğretide⁶⁹⁷ gerekse yargı kararlarında⁶⁹⁸ idarenin idari fonksiyonuna girdiği kabul edilen işlem ve eylemleri ile sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların idari yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği belirtilmektedir. Yukarıda belirtildiği gibi Kurum'un şikâyetlerle ilgili verdiği kararlar, idari fonksiyonu ile ilgilidir. Kararlar, idari fonksiyon kapsamında tesis edildiğine göre, bu kararların yargısal denetiminin de idari yargı yerlerinde olması gerekecektir. Her ne kadar yasa koyucunun, Anayasa'nın 142. maddesi uyarınca, mahkemelerin görev ve yetki alanlarını belirlemede takdir yetkisi bulursa bile Anayasa mahkemesinin bir kararında da belirttiği üzere⁶⁹⁹ bu yetkinin haklı neden ve kamu yararı uyarınca kullanılması gerektiği de açıktır.

2577 s. Kanun'un sistematığına göre davanın esasının incelenmesine başlanmadan önce dava dilekçelerinin Kanun'un aradığı şartları sağlayıp sağlamadığına ilişkin bir “*ilk inceleme*”ye tabi tutulmaktadır⁷⁰⁰. İlk inceleme sonucunda bir hukuka aykırılık saptanmaz ise ikinci aşamada, davanın esas incelemesine geçilir⁷⁰¹.

Çalışmanın bu bölümünde, kamu ihalelerinin yargısal denetimi bağlamında öncelikle ilk inceleme sürecine konu edilen hususlar, ardından yargılama usulü ve son olarak iptal ve tam yargı davaları incelenecektir.

⁶⁹⁷ **GÖZÜBÜYÜK**, Yönetmelik Yargı, s. 80 vd.; **KAPLAN**, s. 83.

⁶⁹⁸ AY Mah., E. 2013/68, K. 2013/165, T. 26.12.2013, RG, T. 27.03.2014, S. 28954.

⁶⁹⁹ AY Mah., E. 2011/35, K. 2012/23, T. 16.02.2012, RG, T. 19.05.2012, S. 28297.

⁷⁰⁰ İdari yargılama usulünde ilk inceleme hakkında bkz. **İŞIKLAR**, Celal, İdari Yargılamada İlk İncelemenin Sıra, Düzen ve Usulü, TAAD, C. 1, Y. 2, S. 6, Temmuz 2011, s. 71.

⁷⁰¹ **ONAR**, C. III, s. 1973.

A) İLK İNCELEME

1. Görev ve Yetki

Usul hukukunda görev, geniş anlamıyla uyuşmazlığın çözüleceği yargı yolunu, dar anlamda görev ise, belli bir yargı düzeni içinde uyuşmazlığı hangi mahkemenin çözümleneceğine ilişkin kuralları ifade eder⁷⁰². Yetki ise, aynı yargı düzeni içerisinde aynı türden uyuşmazlıklara bakmakla görevli mahkemeler arasından somut uyuşmazlığa hangi mahkemenin bakacağını belirleyen kuralları ifade etmektedir⁷⁰³.

Mahkemenin önüne gelen bir davada esas incelemesi yapıp karar verebilmesi için, o davaya bakma konusunda görevli ve yetkili olması gerekmektedir⁷⁰⁴. Başka bir deyişle mahkemeler, görevine girmeyen konuda karar veremeyeceği gibi, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan da kaçınmaz (Anayasa, m. 36).

İdari yargıda görev ve yetki kamu düzeninden sayılır. Bu bağlamda idari yargı yerlerinin görev ve yetkilerine ilişkin sözleşme yapılamaz. Örneğin; idari uyuşmazlık doğmadan önce idare ile uyuşmazlığın diğer yanı arasında bir yetki sözleşmesi yapılamaz. İdari yargı yerleri dilekçeler üzerinde önce görev ardından da yetki yönünden bir inceleme yapmaktadırlar. Usul hukukunda görev yetkiden önce gelir. Bu nedenle ilk incelemede mahkeme uyuşmazlığın çözümünde kendisini görevli görürse bu kez yetkili mahkeme olup olmadığının incelemesine geçecektir. Görev ve yetki konusundaki inceleme sadece ilk inceleme konusu da değildir. Başka bir deyişle idari yargıda yargılamanın her aşamasında görev ve yetki kuralları re'sen incelenmektedir⁷⁰⁵.

a) Görev

Daha önce de ifade edildiği gibi, 4734 s. Kanun kapsamında yürütülen ihalelerde, sözleşmesinin imzalanmasına kadar geçen ihale sürecinde alınan kararlar ve tesis edilen işlemlerin yargısal denetimi idari yargı tarafından gerçekleştirilir. Buna karşın kamu ihale

⁷⁰² KAPLAN, s. 373; ÇAĞLAYAN, s. 261; KALABALIK, s. 222.

⁷⁰³ KAPLAN, s. 374; ÇAĞLAYAN, s. 267; KALABALIK, s. 225.

⁷⁰⁴ GÖZÜBÜYÜK, Yönetmelik Yargı, s. 77; ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 261.

⁷⁰⁵ KAPLAN, s. 375; GÖZÜBÜYÜK, Yönetmelik Yargı, s. 365; KALABALIK, s. 226; ÇAĞLAYAN, İdari Yargılama, s. 267; IŞIKLAR, s. 86 vd.

sürecinin sonunda imzalanan kamu ihale sözleşmesi, bir özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edildiği için, sözleşme hükümlerinin uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların yargısal denetimi de adli yargı tarafından yerine getirilir⁷⁰⁶.

Danıştay da bir kararında⁷⁰⁷ durumu teyit etmiştir. Benzer şekilde Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu da 2886 s. Kanun açısından vermiş olduğu bir kararda⁷⁰⁸ aynı sonuca varmıştır.

Yargıtay'a göre de⁷⁰⁹ *“kural olarak kamu ihalesinden sonra sözleşme imzalanıncaya kadar çıkacak uyuşmazlıkların çözüm yeri idari yargı, sözleşmeden sonra ise adli yargıdır.”*

Uyuşmazlık Mahkemesi de, vermiş olduğu kararlarda kamu ihale sözleşmelerini birer özel hukuk sözleşmesi olarak tanımlamakta ve sözleşmenin uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların görüm ve çözüm yerinin adli yargı olduğuna ilişkin kararlar vermektedir⁷¹⁰.

Bu noktada özellikle belirtilmelidir ki, uyuşmazlığın çözümü için görevli yargı kolunun tespitinde önemli olan, dava tarihi itibarıyla sözleşmenin imzalanıp imzalanmamış olması değil, uyuşmazlık yaratan işlemin hukuki niteliği ve kaynağıdır. Örneğin; Uyuşmazlık Mahkemesi önüne gelen bir davada uyuşmazlığı çözme görevinin idari yargıda olduğuna karar vermiştir⁷¹¹. Bu hususta bir başka örnek de 4735 s. Kanun düzenlemesinden verilebilir. 4735 s. Kanun'un 21. maddesine göre idare, ihale süreci sonunda akdettiği sözleşmeyi *“sözleşmeden önceki yasak fiil veya davranışlar nedeniyle”* feshedebilecektir. Bu durumda her

⁷⁰⁶ Çalışmanın Birinci Bölümünün II/D başlığında bu konu; yasal düzenlemeler, öğreti ve yargı kararları ışığında detaylı açıklanmıştır.

⁷⁰⁷ D. 13. Dairesi, E. 2009/7074, K. 2010/2940, T. 06.04.2010, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 10.03.2018). Aynı yönde bkz. D. 13. Dairesi, E. 2016/674, K. 2016/2040, T. 30.05.2016; D. 10. Dairesi, E. 2003/2683, K. 2005/1981, T. 20.04.2005, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 10.03.2018). D. 13. Dairesi, E. 2014/5049, K. 2015/485, T. 11.02.2015, (Yayımlanmamış Mahkeme Kararı).

⁷⁰⁸ D. İDDGK, E. 2002/725, K. 2003/88, T. 07.03.2003, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 10.03.2018). Aynı yönde görece eski tarihli bir içtihat için bkz. D. 6. Dairesi, E. 1997/4868, K. 1998/4866, T. 26.10.1998, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 10.03.2018).

⁷⁰⁹ Yargıtay 15. HD., E. 2007/4603, K. 2007/5466, T. 19.09.2007, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 10.03.2018). Devlet ihaleleri ile ilgili olarak benzer bir karar için bkz. Yargıtay 15. HD., E. 2001/2801, K. 2001/4934, T. 01.11.2001, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 10.03.2018).

⁷¹⁰ Örneğin bkz. Uyuşmazlık M., E. 2016/91, K. 2017/3, T. 20.02.2017, (http://www.uyusmazlik.gov.tr, E.T.: 10.03.2018). Aynı yöndeki kararları için bkz. Uyuşmazlık M., E. 2016/595, K. 2017/22, T. 20.02.2017; Uyuşmazlık M., E. 2015/948, K. 2016/121, T. 14.03.2016; Uyuşmazlık M., E. 2005/16, K. 2005/36, T. 16.05.2005, (http://www.uyusmazlik.gov.tr, E.T.: 10.03.2018).

⁷¹¹ Uyuşmazlık Mah., E. 2012/59, K. 2012/214, T. 05.11.2012, (http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr, E.T.: 10.03.2018). Aynı yönde bkz. Uyuşmazlık Mah., E. 2008/238, K. 2009/176, T. 06.07.2009, (http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr, E.T.: 10.03.2018).

ne kadar uyumsuzluk sözleşmenin feshi işleminden doğuyorsa da, bu fesih işleminin sebep unsurunu “*ihale sürecinde yasak fiil ve davranışta bulunmak*” maddi olayı oluşturmaktadır⁷¹². Bu durumda, ihale sürecinde gerçekleştirilen yasak fiil ve davranış, sözleşme imzalandıktan sonra fark edilirse, sözleşmenin feshi gerçekleştirilecek; ancak bu fesih işleminden doğan uyumsuzlukta idari yargı görevli olacaktır. Çünkü bu halde fesih işlemi sözleşme hükümleri ve sözleşmenin uygulanması sürecinde iradi bir özel hukuk ilişkisinin verdiği haklar çerçevesinde tesis edilmiş olmayıp, idarenin kamu gücünü kullanarak tek yanlı olarak tesis ettiği bir işlemdir⁷¹³.

İhalenin feshi sonucu uğranılan zararların tazmininde görevli yargı kolu açısından da aynı ölçüt uygulanarak karar verilmesi gerekmektedir. İhale sürecinde tesis edilen bir işleme karşı isteklinin yapmış olduğu itirazın şikâyet başvurusu Kurul’ca reddedildiğinde, ilgili idare ihale sürecini tamamlayıp yüklenici ile sözleşme imzalayacaktır. Sözleşme imzalandıktan sonraki bir dönemde Kurul’un vermiş olduğu ret kararı idari yargı yerince iptal edildiğinde, Kurul bu yargı kararına uygun olarak yeni bir işlem tesis etmek durumunda kalacaktır. Bu halde Kurul’un yeni kararı ihalenin iptali yönünde olursa, Kurul kararına uymak zorunda olan idare de ihale sözleşmesini feshetmek zorunda kalacaktır. Bu durumda yüklenicinin sözleşmenin feshinden dolayı uğradığı zararların tazmini için açacağı davada görevli yargı yeri adli yargı değil idari yargı olacaktır; zira Danıştay’ın bir kararında da ifade ettiği üzere, “*Kanuna göre Kamu İhale Kurulu’nca idari yargı kararının uygulanması amacıyla kamu gücüne dayanılarak tek yanlı olarak tesis edilen ve icrai nitelik taşıyan ihale iptali işleminden ve bunun sonucu olarak sözleşmenin feshinden kaynaklanan tam yargı davasına ilişkin uyumsuzluğun, sözleşmeden doğan bir ihtilaf olarak nitelendirilmesine ve iradi bir özel hukuk ilişkisinin verdiği haklar çerçevesinde değerlendirilmesine*” olanak bulunmamaktadır⁷¹⁴.

Kamu ihale sözleşmesinin tasfiyesi sürecinden doğan uyumsuzlukların çözümünde görevli yargı kolu ise, uyumsuzluk sözleşme kaynaklı olduğu için, adli yargıdır⁷¹⁵.

⁷¹² SEZGİNER, İdarenin Sözleşmeleri, s. 1533.

⁷¹³ D. 13. D, E. 2007/4022, K. 2007/3726, T. 11.06.2007. Karar metni ve incelemesi için bkz. TEKİNSOY, Ayhan, Sözleşmenin 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nun 21. Maddesine Göre Feshedilmesinde Görevli Yargı Yeri, Ankara Barosu Dergisi, Y. 66, S. 1, Kış 2008, s. 315 vd.

⁷¹⁴ D. 13. Dairesi, E. 2016/3988; K. 2017/315, T. 09.02.2017, (Yayımlanmamış Mahkeme Kararı).

⁷¹⁵ Yargıtay 15. HD., E. 2016/1062, K. 2016/3002, T. 26.05.2016, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 23.03.2018). “*Bu durumda sözleşmenin tarafların ortak kusuru ile feshedildiğinin ve sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre*

İdari yargı kolunda genel görevli mahkeme idare mahkemesi olup, vergi mahkemeleri ile ilk derece mahkemesi olarak Danıştay ise özel görevli mahkemelerdir⁷¹⁶. Başka bir deyişle, özel düzenlemeler ile vergi mahkemesinin ya da ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'ın görev alanında olduğu belirtilmemiş idari uyuşmazlıkları çözme görevi idare mahkemesine aittir (2575 s. Kanun⁷¹⁷, m. 24, 2576 s. Kanun⁷¹⁸, m. 5 ve 6).

Kamu ihale sürecinde tesis edilen işlemlerden doğan idari uyuşmazlıklara ilişkin özel bir görev düzenlemesi mevcut olmadığı için, bu tür uyuşmazlıkların çözümünde idare mahkemeleri görevlidir.

4734 s. Kanun'un 53. maddesinin (b) fıkrasının 11. bendine göre Kamu İhale Kurumu, "Kurul kararıyla bu Kanunun ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun uygulanmasına ilişkin standart ihale dokümanı, tip sözleşme, yönetmelik ve tebliğler çıkarmaya yetkilidir." Bu durumda Kurum tarafından çıkarılan ve düzenleyici işlem niteliğinde olup ülke çapında uygulanacak olan işlemlerden doğacak uyuşmazlıklarda görevli yargı yeri, 2575 s. Kanun'un 24. maddesi uyarınca ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'dır.

2577 s. Kanun'un 7. maddesinin 4. fıkrasına göre ilgililer, uygulama işlemi ile beraber o işlemin dayanağı olan düzenleyici işlemin de iptalini talep edebilirler. Bu durumda genel düzenleyici işleme ilişkin incelemeyi yapmakla görevli mahkemede dava açılması gerekecektir⁷¹⁹. Danıştay kararları ışığında, 4734 s. Kanun ve Yönetmelik hükümleri açısından özellikle üç noktaya değinilmesi gerekmektedir.

İlk olarak, Yönetmeliğin 5. maddesi uyarınca **istekli olabilecekler**; ön yeterlik ve/veya ihale dokümanının verilmesi, ön yeterlik ve/veya ihale ilanında veya ön yeterlik ve/veya ihale dokümanında yer verilen düzenlemeler ve/veya bu düzenlemeler ile idari uygulamalar arasındaki uyumsuzluklar hakkında başvuruda bulunabilirler. Yönetmelik düzenlemesine göre istekli olabilecekler örneğin; tekliflerin değerlendirilmesi ya da ihalenin sonuçlandırılması aşamasında tesis edilen işlemlere karşı şikâyet başvurusunda bulunamazlar. Hüküm böyle

tasfiyesi gerektiğinin kabulü gerekir." Yargıtay 15. HD, E. 2015/946, K. 2015/5515, T. 03.11.2015, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 23.03.2018).

⁷¹⁶ **KALABALIK**, Halil, İdari Yargılama Usulü Hukuku, 10. baskı, Sayram Yayınları, Konya, 2016, s. 222; **GÖZÜBÜYÜK**, Yönetmelik Yargı, s. 357; **KAPLAN**, s. 374; **ÇAĞLAYAN**, İdari Yargılama, s. 265.

⁷¹⁷ RG, T. 20.01.1982, S. 17580.

⁷¹⁸ RG, T. 20.01.1982, S. 17580.

⁷¹⁹ **ÇAĞLAYAN**, s. 293.

olmakla birlikte Danıştay⁷²⁰ “*Yönetmelik düzenlemesinin Kanunu aşar hükümler içerdiği, nitekim Kanun'da bu şekilde bir ayırımı gidilmeksizin başvuru kriterlerinin hak kaybı, zarar veya muhtemel zarar olarak belirlendiği*” gerekçesiyle istekli olabileceklerin de hak kaybı veya zararlarının doğması hâlinde tekliflerin değerlendirilmesi⁷²¹ ve ihalenin sonuçlandırılmasına dair işlemler hakkında başvuruda bulunabileceklerine karar vermektedir.

*İkinci olarak, Yönetmeliğin 8. maddesinin 10. fıkrasına göre, idarenin şikâyet üzerine aldığı kararda belirtilen hususlar hariç olmak üzere, şikâyet dilekçesinde konu edilmemiş hiçbir husus itirazın şikâyet yoluyla Kurum'un önüne getirilemez*⁷²². Danıştay ise önüne gelen davalarda⁷²³, “*4734 s. Kanun'un 56. maddesinin lafzından, başvuru sahibinin iddialarından sadece şikâyet başvurusunda yer alan iddiaların anlaşılamayacağı, şikâyet ve itirazın şikâyet başvurularında yer alan tüm iddiaların incelenmesinin gerektiği, Kanun'da sayma suretiyle bir sınırlama yapılmadığı, Kamu İhale Kurulu'nun, başvuru sahibinin itirazın şikâyet başvurusundaki iddialarını, bu iddiaların şikâyet aşamasında öne sürülüp sürülmediğine bakılmaksızın*” incelemesi gerektiğini ifade ederek aksi yönde kararlar vermektedir. Danıştay, anılan Yönetmeliğin 8. maddesinde bulunan açık hüküm karşısında geliştirdiği bu içtihadı gerekçe olarak, “*2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7. maddesinin dördüncü fıkrasında, 'Düzenleyici işlemin iptal edilmemiş olması, bu düzenlemeye dayalı işlemin iptaline engel olmaz' hükmü yer almakta olup, bu hükümle, idari yargı mercilerine bireysel işlemlerin yargısal denetiminde, bu işlemlerin dayanağı ikincil*

⁷²⁰ D. 13. Dairesi, E. 2014/3366/ K. 2016/1446, T. 06.05.2016, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 02.03.2018). Aynı yönde bkz. D. 13. Dairesi, E. 2015/5076, K. 2015/4092, T. 23.11.2015, (Yayımlanmamış Mahkeme Kararı).

⁷²¹ İstekli olabilecek sıfatına sahip, başka bir deyişle ihale dokümanını satın almış; ancak ihaleye teklif vermeyen olan kişinin, tekliflerin değerlendirmesi aşamasına ilişkin itirazının Kurul'ca ehliyet yönünden reddine ilişkin olarak Danıştay, istekli olabileceklerin de “*hak kaybı veya zararının doğması halinde tekliflerin değerlendirilmesi ve ihalenin sonuçlandırılmasına ilişkin işlemler hakkında itirazın şikâyet başvurusunda bulunabileceği*” yönünde karar vermiştir. D. 13. Dairesi, E. 2017/1025, K. 2017/2189, T. 30.06.2017, (Yayımlanmamış Mahkeme Kararı).

⁷²² Örneğin; idareye şikâyet başvurusunda yaklaşık maliyetin hukuka aykırı olarak saptandığına ilişkin bir iddia bulunmadığı halde itirazın şikâyet konusunda yaklaşık maliyetin sıhhatinin sorgulanmasının talep edilmesi halinde (KİK, K.N. 2011/UH.II-3525, T. 24.10.2011); isteklinin teklif mektubunun usule aykırı hazırlanmış olduğuna ilişkin iddianın şikâyet başvurusunda öne sürülmemiş itirazın şikâyet başvurusunda öne sürülmesi halinde (KİK, K.N. 2010/UM.III-1726, T. 14.06.2010); ihale üzerinde bırakılan isteklinin ihale komisyonuna sunduğu belgelerde eksiklikler olduğuna ilişkin iddianın şikâyet başvurusunda dile getirilmeyerek itirazın şikâyet başvurusuna konu edilmesi halinde (KİK, K.N. 2010/UY.III-1281, T. 04.05.2010) söz konusu iddialar Kurum tarafından değerlendirmeye alınmayacaktır. (Kararlar için bkz. www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 16.03.2018). “*Daha açık bir ifadeyle Kurumun şikâyet konusu yapılmayan iddiaları itirazın şikâyet yoluyla inceleme yetkisi bulunmamaktadır.*” KİK, K.N. 2009/UH.I-1097, T. 16.03.2009, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 16.03.2018).

⁷²³ Örneğin; D. 13. Dairesi, E. 2017/2080, K. 2017/3334, T. 27.11.2017; D. 13. Dairesi, E. 2017/2827, K. 2018/113, T. 10.01.2018; D. 13. Dairesi, E. 2017/2876, K. 2018/245, T. 19.01.2018, (Yayımlanmamış Mahkeme Kararı).

nitelikteki düzenleyici işlemleri ihmal etme yetkisi tanınmıştır. Bu kapsamda Kanun'un 56. maddesinin ikinci fıkrası hükmünü daraltması nedeniyle dayanağı kanuna aykırı olan İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin 8. maddesinin onuncu fıkrası hükmünün ihmal edilerek Kanun'un 56. maddesinin ikinci fıkrası” çerçevesinde inceleme yapılmasını göstermektedir⁷²⁴.

Üçüncü olarak, ihalelerin iptali açısından 4734 s. Kanun’un 56. maddesi, *“ihalenin iptaline ilişkin işlem ve kararlardan, sadece şikâyet ve itirazın şikâyet üzerine alınanlar itirazın şikâyete konu edilebilir”* hükmünü içermekte iken, Yönetmeliğin 4. maddesine göre, *“idare tarafından şikâyet dilekçesinin kayıtlara alındığı tarih veya sonrasında herhangi bir nedenle alınan ihalenin iptali kararına karşı”* itirazın şikâyet başvurusunda bulunulması gerekmektedir. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu önüne gelen bir davada⁷²⁵ *“ihalenin iptaline ilişkin kararlardan, sadece şikâyet ve itirazın şikâyet üzerine Kamu İhale Kurulunca verilen kararın uygulanması amacıyla alınanlara karşı Kamu İhale Kurulu'na yapılacak itirazın şikâyet başvurusunun dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu bir başvuru yolu olduğu, ihalenin yapıldıktan sonra doğrudan idarece iptaline ilişkin işlemler ile şikâyet ve itirazın şikâyet sürecine konu olan ihalelerin, şikâyet ve itirazın şikâyet üzerine Kamu İhale Kurulunca verilen kararda yer alan gerekçelerden bağımsız olarak, ihaleyi yapan idarece tespit edilen farklı bir sebeple iptaline ilişkin işlemlerin doğrudan idarî yargı merciinde dava konusu edilmesi gerektiğine yönelik açık hükmü karşısında”* ihalenin re’sen iptali niteliğindeki kararın, sırf bu karar alınmadan önce ihale işlemlerine karşı başvuru yapıldığı gerekçesiyle, doğrudan dava konusu edilememesinin hukuken mümkün olmadığını ifade etmiştir.

Bu üç durum açısından belirtilmelidir ki, genel düzenleyici işlem niteliğinde olan *“İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik”* 4, 5. ve 8. madde hükümleri yürürlükte olup, Danıştay, bu hükümlerin uygulaması niteliğinde olan ret işlemlerinin iptali için açılan ve temyiz aşamasında önüne gelen davalarda, anılan madde hükümlerinin 4734 s. Kanun’a aykırı olduğu yolunda içtihat oluşturmuştur. Bu durumda, Yönetmeliğin 4., 5. ya da 8. maddesi dayanak gösterilerek Kurul tarafından verilecek olası bir ret kararına karşı açılacak davada, 2577 s. Kanun’un 7. maddesi uyarınca uygulama işlemi (*ret işlemi*) ile beraber onun dayanağı

⁷²⁴ D. 13. Dairesi, E. 2017/2563, K. 2017/3610, T. 05.12.2017, (Yayımlanmamış Mahkeme Kararı).

⁷²⁵ Danıştay İDDK, E. 2012/1391, K. 2014/691, T. 06.03.2014, (Yayımlanmamış Mahkeme Kararı).

olan düzenleyici işlemin de (*Yönetmeliğin 4., 5. ve 8. maddeleri*) iptali talep edilebilir. Bu durumda dava, ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülecektir.

b) Yetki

Usul hukukunda yetki, aynı yargı düzeni içinde ve aynı uyuşmazlıklara bakma konusunda görevli olan mahkemelerden hangisinin somut uyuşmazlığı çözmesi gerektiğinin saptanmasına ilişkin olup, yukarıda belirtildiği gibi 2577 s. Kanun'un 32. maddesi uyarınca idari yargıda yetki kamu düzenindedir⁷²⁶.

İdari yargıda yetki kuralları 2577 s. Kanun'un 32-37 maddeleri arasında düzenlenmiştir. İlgili maddelere göre idari yargıda genel yetkili mahkeme "*dava konusu olan idari işlemi veya idari sözleşmeyi yapan idari merciin bulunduğu yerdeki idare mahkemesidir.*" Bu halde Kanun'un özel yetki kurallarına ilişkin hükümleri kapsamına girmeyen uyuşmazlıklarda genel yetki kuralına göre hareket edilir.

4734 s. Kanun'un öngördüğü denetim sistemi açısından yetkili mahkemeyi saptamak için üçlü ayrıma gidilmesi gerekmektedir:

1. Zorunlu idari başvuru sürecinden (*şikâyet ve itirazın şikâyet süreci*) geçilmesi gereken hallerde, idari davaya konu olacak işlem, ihale sürecinde tesis edilen ya da şikâyet sonucu idarece alınan karar değil; Kamu İhale Kurumu tarafından itirazın şikâyet üzerine tesis edilecek olan işlemdir. Bu halde dava konusu işlemi tesis eden idari merci Kamu İhale Kurumu olduğu için, yetkili idare mahkemesi de Ankara İdare Mahkemesi olacaktır⁷²⁷.

2. İhale sürecinde tesis edilen kimi işlemlere ilişkin mevzuatımızda zorunlu idari başvuru yolu öngörülmemiştir. Örneğin; idarece alınan ihalelere katılmaktan yasaklama kararları, idarenin re'sen alacağı ihalenin iptali kararları, doğrudan temin ya da tasarım yarışması usulünce yapılan alımlar ve 4734 s. Kanun'un istisna hükümlerince gerçekleştirilen ihalelere ilişkin olarak zorunlu idari başvuru yolu bulunmamaktadır. Bu hallerde açılacak olan davada yetkili mahkeme, işlemi tesis eden idarenin bulunduğu yere göre yetkili mahkeme tesis edilmelidir.

⁷²⁶ Dolayısıyla, yetki itirazı taraflarca öne sürülmesi bile mahkemece re'sen ve yargılamanın her aşamasında incelenebilir. Bkz. **KAPLAN**, s. 375; **GÖZÜBÜYÜK**, Yönetmelik Yargı, s. 365; **KALABALIK**, s. 226; **ÇAĞLAYAN**, İdari Yargılama, s. 267.

⁷²⁷ **GÖZÜBÜYÜK**, Yönetim Hukuku, s. 360; **YILMAZ**, s. 183.

3. İhale sürecine katılmayan, bu nedenle “*aday, istekli ve istekli olabilecek*” sıfatına sahip olmayan ve fakat ihale sürecinde idarenin tesis etmiş olduğu kimi işlem ve gerçekleştirdiği eylemlerden ötürü menfaati ihlal edilmiş olanlar, 4734 s. Kanun’da öngörülen zorunlu idari başvuru yollarını tüketmeksizin, doğrudan doğruya idari yargıda bir iptal davası açabilirler⁷²⁸. Aynı şekilde, ilan yapılmayan ve davet edilmeyenlere doküman satılmayan pazarlık usulünde “*istekli veya istekli olabilecek sıfatı kazanmak mümkün olmadığından*” idari başvuru yolu zorunluğu bulunmamakta, diğer bir deyişle bu kişiler de doğrudan doğruya dava açabilmektedirler⁷²⁹. Bu durumda da yetkili mahkeme, işlemi tesis eden idarenin bulunduğu yere göre tespit edilmektedir.

Tam yargı davalarında yetki kuralı ise 2577 s. Kanun’un 36. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre ihale sürecinden doğan uyuşmazlıklar sonucu hak ihlaline uğradığını iddia edenlerin açacağı tam yargı davasına bakmakla yetkili idare mahkemesi, “*zararı doğuran idari uyuşmazlığı çözümlenmeye yetkili*” mahkeme olacaktır⁷³⁰.

2. İdari Mercî Tecavüzü

Kanun hükmü ile dava açmadan önce ilgili idareye başvuru şartı getirilmiş ise bu başvuru yapılmaksızın dava açılması hali idari mercî tecavüzü oluşturur⁷³¹.

Hukukumuzda kural olarak dava açmadan önce idareye başvuru yapma mecburiyeti bulunmamaktadır⁷³². Ancak bazı istisnai hallerde kanun koyucu, idari yargıda dava açmadan önce idari başvuru yapılmasını zorunlu kılabilir⁷³³. Kanunla öngörülmüş olan zorunlu idari başvuru örneklerinden birisi de 4734 s. Kanun’un 55. maddesi hükmüdür. Zira bu maddeye göre şikâyet ve itirazın şikâyet başvuruları “*dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu idari*

⁷²⁸ “*Davacının ihaleye davet edilmesi ve kendisine ihale dokümanı verilmesi talebiyle idareye başvuruda bulunduğu ve bu sebeple henüz istekli veya istekli olabilecek sıfatını kazanmamış olduğu görüldüğünden; davacı tarafından, ihale sürecinde menfaatini etkileyen ve hukuka aykırı olduğu iddia edilen işlemlerle ilgili olarak şikâyet ve itirazın şikâyet başvuru yollarına gidilmeksizin doğrudan dava açılabilmesi mümkündür.*” D. 13. Dairesi, E. 2015/4344, K. 2015/3712, T. 02.11.2015, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 10.03.2018). Aynı yönde bkz. D. 13. Dairesi, E. 2009/4825, K. 2009/9396, T. 26.10.2009, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 10.03.2018).

⁷²⁹ D. 13. Dairesi, E. 2015/2635, K. 2015/3013, T. 07.09.2015, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 10.03.2018).

⁷³⁰ YILMAZ, s. 183.

⁷³¹ GÖZÜBÜYÜK, Yönetmelik Yargı, s. 485; KAPLAN, s. 375; IŞIKLAR, s. 92 vd.; ÇAĞLAYAN, İdari Yargılama, s. 275. İsteğe bağlı idari başvuru yapıldıktan sonra, idarenin vereceği cevabı beklemeden dava açılması halinde de mercî tecavüzü olacağı hakkında bkz. YILDIRIM, s. 202.

⁷³² ÖZKAN, Zorunlu İdari Başvuru, s. 70 vd.

⁷³³ “*İdari mercî tecavüzü oluşabilmesi için zorunlu başvuru yollarının kanunla düzenlenmesi gerekmekte olup (...)*” D. 13. Dairesi, E. 2017/2645, K. 2017/3766, T. 13.12.2017, (Yayımlanmamış Mahkeme Kararı).

başvuru” niteliğindedirler (4734 s. Kanun, m. 54/2). Böyle hallerde idareye başvuru yapılmadan dava açılması durumunda idari yargı yeri “*idari merci tecavüzü*” olduğu gerekçesiyle dosyanın görevli idare merciine tevdiine (2577 s. Kanun, m. 15/1-e) karar verecektir⁷³⁴. Eğer yargısal başvuru, idari başvuru yapılması gereken süre içinde yapılmamış ise merci tecavüzü kararı verilmeyecek, dava reddedilecektir⁷³⁵.

Dilekçenin görevli idare merciine tevdi halinde idari yargı yerine başvuru tarihi, idare merciine başvuru tarihi olarak kabul edilir⁷³⁶. Bu durumda eğer idari yargı yerine yapılmış olan başvuru, idareye yapılması zorunlu olan başvuru süresi içindeyse, tevdi kararı sonrası ilgili idare başvuruyu süre yönünden reddetmeyecektir⁷³⁷. Kural bu olmakla beraber, 4734 s. Kanun, 54. maddesinin 10. fıkrası hükmü ile bu kurala bir istisna getirmiştir. İlgili hükme göre, başvurunun ihaleyi yapan idare veya Kamu İhale Kurumu dışındaki idari mercilere, ihaleyi yapan idareye yapılması gerekirken doğrudan Kamu İhale Kurumu’na ya da doğrudan yargı mercilerine yapılması ve başvuru dilekçelerinin bu merciler tarafından ilgisine göre idareye veya Kamu İhale Kurumu’na gönderilmesi hâlinde, dilekçelerin idare veya Kamu İhale Kurumu **kayıtlarına girdiği tarih, başvuru tarihi olarak kabul edilir**⁷³⁸. Bu hüküm göz önüne alındığında, zorunlu idari başvurular atlanarak doğrudan idari yargıda iptal davası açıldığı durumlarda, mahkemenin dilekçeyi ilgili idareye göndermesi sürecinde, şikâyet ve itirazın şikâyet başvuruları için öngörülen sürelerin, 4734 s. Kanun’da başvuru sürelerinin oldukça kısa⁷³⁹ tutulduğu da göz önünde bulundurulduğunda, kaçırılma ihtimali doğacaktır⁷⁴⁰. Bu sürelerin kaçırılması, yargısal denetimi de engelleyecektir⁷⁴¹.

⁷³⁴ D. 13. Dairesi, E. 2005/6393 K. 2005/5716 T. 30.11.2005, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 10.03.2018). Aynı yönde bkz. D. 13. Dairesi, E. 2005/6846, K. 2005/5166, T. 24.10.2005, (Aktaran: **AKKURT**, s. 267). D. 13. Dairesi, E. 2009/1637, K. 2009/10280, T. 23.11.2009, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 02.03.2018).

⁷³⁵ D. İBK. E. 969/11, K. 970/30, T. 21.11.1970, (Aktaran: **ÖZTÜRK**, s. 135). Aynı yönde bkz. **KAGITÇIOĞLU**, s. 259.

⁷³⁶ **KAPLAN**, s. 215.

⁷³⁷ **KAPLAN**, s. 215.

⁷³⁸ 4734 s. Kanun’un önceki halinde, yanlış mercie başvuru halinde esas alınması gereken tarihe ilişkin bir düzenleme bulunmamaktaydı. Bu dönemde Yönetmeliğin 9. maddesinde bulunan ve zorunlu idari başvuru yapılmaksızın yargı yerine yapılacak başvurularda yargı yeri dosyayı ilgili idareye gönderdiğinde, başvuru tarihi, yargı yerine başvuru tarihi değil, dilekçenin ilgisine göre ihaleyi yapan idare ya da Kurum kayıtlarına girdiği tarih olarak düzenleyen hüküm, Danıştay 13. Dairesi tarafından iptal edilmiştir. Danıştay kararının gerekçesinde bu hususa ilişkin 4734 s. Kanun’da bir düzenleme olmadığı ve 2577 s. Kanun’un 15. maddesinde bulunan açık düzenlemeye aykırı yönetmelik hükmü olamayacağını belirtmiştir Bkz. D. 13. Dairesi, E. 2012/53, T. 10.06.2013, (Aktaran: **ÖZKAN**, Zorunlu İdari Başvuru, s. 100). 2014 yılında 6518 s. Kanun aracılığıyla 4734 s. Kanun’da değişiklik yapılmış ve 2577 s. Kanun’un genel düzenlemesinden sapma niteliğinde olan bu hüküm kanuni dayanağa sahip olmuştur.

⁷³⁹ Aynı yönde bkz. **İNAN**, s. 187.

İhale sürecinde tesis edilen bir idari işlemde dolayı aday, istekli ya da istekli olabilecekler tarafından şikâyet ve itirazın şikâyet başvuru yollarının tüketilmesi sonucu Kurul'un düzeltici işlem tesis ettiği ve ilgili idarenin bu karar gereğince teklifleri yeniden değerlendirerek işlemlere devam ettiği varsayımında, ilgili idarece Kurul kararı uyarınca tesis edilecek yeni işlemlerden hak kaybına uğradığını iddia eden aday, istekli ya da istekli olabileceklerin tekrar şikâyet ve itirazın şikâyet yolunu tüketmeleri gerekmekte olup, doğrudan dava açılması halinde merci tecavüzü kararı verilecektir⁷⁴².

Yinelemek gerekirse, ihale sürecinde tesis edilen ve 4734 s. Kanun uyarınca zorunlu idari başvuru yapılmayacak kimi idari işlemlerden doğan uyuşmazlıklarda, doğrudan doğruya dava açılabilir olup⁷⁴³, bu durum merci tecavüzü oluşturmaz.

Bu aşamada tam yargı davası yönünden 4734 s. Kanun'un öngördüğü zorunlu idari başvuruların yapılıp yapılamayacağı konusunun tartışılması gerekmektedir. 2577 s. Kanun'un 12. maddesi uyarınca ilgililer haklarını ihlal eden bir idari işlem dolayısıyla; iptal ve tam yargı davalarını birlikte açabileceği gibi önce iptal davası açarak bu davanın karara bağlanması üzerine tam yargı davasını bu husustaki kararın veya kanun yollarına başvurulması halinde verilecek karardan sonra da dava açabilirler. Üçüncü bir seçenek ise işlem sonucu uğranılan zararın tazmini için doğrudan doğruya tam yargı davası açılması halidir.

⁷⁴⁰ SEZER/KALKAN/ŞAHİN, s. 256 vd. İdari Yargılama Hukuku ilkelerinden sapılarak bu şekilde bir düzenleme yapılması, hak arama özgürlüğünü sınırlandırıcı niteliktedir. Aynı yönde bkz. UZ, s. 401. Aynı yönde bkz. AKKURT, s. 18.

⁷⁴¹ İlgili düzenleme, hem 2577 s. Kanun ile ortaya konulan genel çerçeveye aykırı niteliği, hem de hak arama hürriyetine getirdiği ciddi kısıtlama yönünden eleştiriye açıktır. Ancak Anayasa Mahkemesi, 4734 s. Kanun'a ilişkin olarak vermiş olduğu bir kararında kamu ihale hukukunun kendine has nitelikleri ve idari fonksiyonun sürekliliğinin sağlanması açısından sıkı usul kuralları getirilebileceğini; ancak bu kuralların öngörülebilir nitelikte olması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. AY Mah. E. 2016/143, K. 2017/23, T. 09.02.2017, RG, T. 12.04.2017, S. 30036.

⁷⁴² D. 13.D. E. 2008/6819, K. 2011/2532, T. 30.05.2011, (www.kazanci.com.tr; E.T.: 15.03.2018).

⁷⁴³ GÖZLER, s. 496; ÖZKAN, Zorunlu İdari Başvuru, s. 93. "Kanun'da dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu idari başvuru yolu olarak öngörülen şikâyet ve itirazın şikâyet başvurusunda bulunmaları gerekmekte ise de, başvuruda bulunabilmek için aranan 'aday', 'istekli' veya 'istekli olabilecek' sıfatını taşımayan kişi, kurum ve kuruluşlar yönünden idari başvuru zorunluluğu bulunmadığından bu kişilerin doğrudan dava açmaları mümkündür." D. 13. Dairesi, E. 2015/3113, K. 2015/3416, T. 14.10.2015, (Yayımlanmamış Mahkeme Kararı). "(...) uyuşmazlığın 4734 s. Kanun'a tâbi olmayan, 4734 s. Kanun'un 3'üncü maddesinin (i) bendi uyarınca istisna kapsamında gerçekleştirilen bir ihaleye ilişkin olduğu (...) anılan ihalenin iptali istemiyle açılan davanın ivedi yargılama usulü ile incelenmesi suretiyle bir karar verilmesi gerekirken, dava dilekçesinin Kamu İhale Kurumu'na tevdiine karar verilmesinde usul hükümlerine uygunluk bulunmamaktadır." D. 13. Dairesi, E. 2017/2531, K. 2017/3281, T. 23.11.2017, (Yayımlanmamış Mahkeme Kararı).

İhale sürecinde tesis edilen işlemlerden dolayı hak ihlaline uğramış olan kişilerin, doğrudan doğruya tam yargı davası açabilmeleri hususu tartışmalıdır. Öğretide *Uz*, şikâyet ve itirazın şikâyet başvurularının amacının ihale sürecinde tesis edilen işlemlerin hukukiliğini denetlemek olup bu başvurular sonucu başvurucuya ilişkin bir zarar giderimi sağlanamayacağını belirttiğinden sonra, idarenin hukuka uygun işlemlerinden de zarar doğabileceği kabulünü hatırlatarak, ihale sürecinde tesis edilen işlemlerden doğduğu iddia edilen zararların giderimi için ilgililerin, 2577 s. Kanun'un 12. maddesi uyarınca doğrudan doğruya tam yargı davası açılabilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁷⁴⁴.

Buna karşın *Yılmaz*, ihale sürecinde tesis edilen idari işlemlerin hukukiliğinin yargı önünde tartışılabilmesi için öncelikle zorunlu idari başvuruların yapılması gerektiğini hatırlatarak, kişilerin ihale sürecinde tesis edilen idari işlemlere karşı doğrudan tam yargı davası açması halinde, bu davalarda işlemin hukukiliğinin de tartışılacağını ve bu durumun, doğrudan iptal davası açılmasına izin verilmeyen 4734 s. Kanun sistematüğinde bir çelişki yaratacağını belirtmiştir⁷⁴⁵.

4734 s. Kanun'un 54. maddesinde bulunan “*ihale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday veya istekli ile istekli olabilecekler*”in şikâyet ve itirazın şikâyet başvurusu yapabileceğine ilişkin düzenleme göz önüne alındığında, öncelikle Kanun'da belirtilen zorunlu idari başvuruların yapılması ve ardından Kamu İhale Kurulu'na alınan karara karşı, o zamana kadar uğranılmış olan zararların tazmini için tam yargı davası açılması, hukuken en uygun yol olarak görünmektedir⁷⁴⁶.

3. Ehliyet

Yargılama hukukunda ehliyet kavramı, davada yer alabilmeyi (*taraf ehliyeti*), dava açabilme ve dava sürecinde işlemler yapabilmeyi (*dava ehliyeti*) ifade eder. 2577 s. Kanun, idari davalarda ehliyete ilişkin açık bir düzenleme getirmek yerine 6100 s. Hukuk

⁷⁴⁴ Bu halde husumet de ilgili idareye yöneltilecektir. Bkz. **UZ**, s. 447 vd.

⁷⁴⁵ **YILMAZ**, s. 180 vd.

⁷⁴⁶ Bu durumda da ihale sürecinde doğan zararların tazmininin Kurul kararı bağlamında ve gecikmeli olarak yerine getirilmesinin eleştirilecek bir husus olduğu hakkında bkz. **YILMAZ**, s. 181.

Muhakemeleri Kanunu⁷⁴⁷'na atıf yapmış (2577 s. Kanun, m. 31) ve bu konuya ilişkin olarak HMK hükümlerinin uygulanacağını ifade etmiştir.

İdari yargılama hukukunda “*objektif ehliyet*⁷⁴⁸” olarak ifade edilen taraf ve dava ehliyetleri Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda şu şekilde düzenlenmiştir⁷⁴⁹: “*Medenî haklardan yararlanma ehliyetine sahip olan, davada taraf ehliyetine de sahiptir*” (m. 50) ve “*dava ehliyeti, medenî hakları kullanma ehliyetine göre belirlenir*” (m. 51).

İdari yargıda dava açabilmek için objektif ehliyet sahibi olmanın yanında, öğretide “*sübjektif ehliyet*” olarak ifade edilen, iptal davalarında “*menfaat ihlali*”, tam yargı davalarında ise “*hak ihlali*” şartının gerçekleşmiş olması gereklidir⁷⁵⁰.

Kamu ihale hukuku özelinde açılacak davalarda ise; zorunlu idari başvuru sürecinden geçilmesi gereken hallerde aday, istekli ve istekli olabilecek sıfatına sahip olanlar, başka bir deyişle şikâyet ve itirazın şikâyet başvurusu yapma ehliyetine sahip olanlar, dava açma ehliyetine de sahip olacaklardır⁷⁵¹. Ayrıca belirtilmelidir ki, itirazın şikâyet başvurusu sonucu Kurul tarafından verilecek karara karşı sadece başvuruyu yapan değil; ilgili karar yüzünden menfaati ihlal edilen herkes idari yargıda iptal davası açabilecektir⁷⁵².

Ortak girişimler açısından ise Danıştay’a göre⁷⁵³ “*(...) itirazın şikâyet başvurusu sonucunda verilen Kamu İhale Kurulu kararı davacı şirketin ihaleye ilişkin menfaatini*

⁷⁴⁷ RG, T. 04.02.2011, S. 27836.

⁷⁴⁸ **KAPLAN**, s. 377.

⁷⁴⁹ Medeni Usul Hukukunda taraf ve dava ehliyeti hakkında bkz. **PEKCANITEZ**, Hakan/**TAŞ KORKMAZ**, Hülya, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, C. 1, 15. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017, s. 559 vd.; **KURU**, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. 1, 6. Baskı, Demir Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001, s. 887 vd.; **ERİŞİR**, Evrim, Medeni Usul Hukukunda Taraf Ehliyeti, Güncel Yayınevi, İzmir, 2007, s. 23 vd.

⁷⁵⁰ İdari yargıda ehliyet konusu hakkında geniş bilgi için bkz. **KAPLAN**, s. 206 vd.; **İŞIKLAR**, s. 97 vd.; **KALABALIK**, s. 237 vd.; **ÇAĞLAYAN**, s. 281 vd.

⁷⁵¹ “*İhalenin ve ihaleye ait işlemlerin iptali istemiyle dava açabilmenin gerekli koşulu ise, davacının, bu ihaleyi kazanamaması değil, ihaleyle arasında menfaat ilişkisinin bulunduğunu, ihaleye öne süreceği belli nedenlerle katılmadığını iddia edebilmesidir. (...) Burada önemli olan, dokümanın Yasa’ya aykırı olup olmadığı değil, şikâyetçinin/davacının iddiasının, yasa gereği korunması gereken bir menfaatinin ilişkin olup olmadığıdır.*” D. 13. Dairesi, E. 2005/6367, K. 2005/5455, T. 11.11.2005, (Aktaran: **YILMAZ**, s. 183).

⁷⁵² Örneğin; “*(...) her ne kadar davacılar uyumsuzluk konusu ihaleye ilişkin olarak Kamu İhale Kurulu’na itirazın şikâyet başvurusunda bulunmamış olsalar da, davacıların teklif vermek suretiyle ihaleye katıldığı, ihalede istekli olan başka bir şirket tarafından itirazın şikâyet başvurusu sonucunda verilen Kamu İhale Kurulu kararının davacıların ihaleye ilişkin olarak hak ve menfaatlerini etkileyebileceği dikkate alındığında, dava konusu işlemle davacıların menfaat ilgisinin bulunduğu kabulü gerekmekte olup (...)*” D. 13. Dairesi, E. 2017/76, K. 2017/414, T. 20.02.2017, (Yayımlanmamış Mahkeme Kararı).

⁷⁵³ D. 13. Dairesi, E. 2017/320, K. 2017/2406, T. 21.09.2017, (Yayımlanmamış Mahkeme Kararı).

etkilediğinden, 2577 s. Kanun gereğince kendi adına da dava açabileceğinin kabulü” gerekmektedir.

İhaleye katılmayan ve fakat ihale sürecinde tesis edilen bir işlemten dolayı hukuken korunan, güncel ve kişisel bir menfaati ihlal edilmiş olan kişiler zorunlu idari başvuru yollarını tüketmeksizin doğrudan idari yargıda dava açma ehliyetine sahip olacaklardır⁷⁵⁴. Bu kişilerin dava ehliyetine ilişkin olarak Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu vermiş olduğu bir kararında⁷⁵⁵, “*menfaat ihlali koşulu, davacının idari işlemle meşru, kişisel ve güncel bir menfaat ilgisinin kurulması gereği şeklinde tanımlanmış olup, dava açma ehliyetinin iptal davasına konu olan kararın niteliğine göre idari yargı yerince değerlendirilmesi*” gerekliliğini belirttiikten sonra, “*ihale kapsamında yapılacak yol güzergâhında bulunan semtlerde ikamet eden davacıların, dava açarken ileri sürdüğü iddiaları ile yasal düzenleme ve iptal davalarının niteliği dikkate alındığında, ihale edilen yolun davacıların yaşamlarını sürdürdüğü çevrede olumlu veya olumsuz etkiler doğurabileceği açık olduğundan, ihaleye çıkma ve ihale işlemine karşı açılan bu davada ehliyetli olduklarının kabulü*” gerektiğini ifade ederek, ilk derece mahkemesinin “*ihale işlemlerine karşı sadece ihaleye katılanların dava açma ehliyeti olduğu*” gerekçesiyle verdiği “*ehliyet yönünden davanın reddine dair*” kararı bozmuştur.

Bu noktada 4734 s. Kanun’da şikâyet ve itirazın şikâyet başvuru ehliyeti olarak “*hak kaybına veya zarara uğramak veya zarara uğramanın muhtemel olması*” şeklinde düzenleme getirilmesinin ardından öğretide, iptal davaları açısından idari yargılama hukukunda “*menfaat ihlali*” şeklinde geniş bir ehliyet şartı öngörülmüş olmasına rağmen idari başvurular için böyle bir şartın getirilmesiyle dava açma ehliyetinin ölçüsüz biçimde daraltıldığı ve menfaati ihlal edildiği için normalde dava açabilecek olan kimi aday, istekli veya istekli olabileceklerin, hak ihlali ekseninde düzenlenen şikâyet ehliyeti bakımından başvuru yapamaz hale geldiği görüşü dile getirilmiştir⁷⁵⁶. Ancak Kamu İhale Kurulu kararları incelendiğinde, Kurul’un kamu ihale mevzuatında idari işlemlerden zarar görme koşulu olarak ifade edilen şikâyet ve itirazın şikâyet başvuru ehliyetine ilişkin şartı, idari yargılama hukukunda kabul edilen sübjektif dava

⁷⁵⁴ Menfaat ihlalinin çok daha net olduğu aday istekli ve istekli olabilecekler açısından idari işleme karşı doğrudan dava açma hakkı verilmemiş olmasına rağmen, menfaat ilişkisi daha zayıf olanların doğrudan dava açabiliyor olmaları hususunun hukuki çelişki yarattığı hakkında bkz. **UZ**, s. 451.

⁷⁵⁵ Danıştay İDDK, E. 2015/1917, K. 2017/2826, T. 27.09.2017, (Yayımlanmamış Mahkeme Kararı). Ayrıca bkz. D. İDDGK, E. 2002/196, K. 2004/1850, T. 11.11.2004, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 13.03.2018).

⁷⁵⁶ **ÖZKAN**, Zorunlu İdari Başvuru, s. 107.

ehliyetine uygun olarak “*menfaat ihlali*” şartı şeklinde yorumladığı görülmektedir. Örneğin; Kurul vermiş olduğu bir kararda⁷⁵⁷ “(...) Yukarıda yazılı mevzuat düzenlemelerinden, başvuru ehliyetine ilişkin olarak ‘*menfaat ihlali*’ şartının arandığı, idari yargıda bu hususun sübjektif dava ehliyeti şeklinde ifade edildiği ve başvuru sahibinin başvurusunun hukuken korunması gerekli bir hak veya menfaate ilişkin olması gerektiği anlaşılmaktadır. Mevzuata ek olarak, Danıştay’ın yerleşik kararlarında, bahse konu menfaatin güncel, kişisel ve meşru bir nitelik taşıması gerektiği belirtilmektedir” hükmüne varmıştır. Görüldüğü üzere Kurul vermiş olduğu kararda, 4734 s. Kanun’da ifade edilen başvuru ehliyeti şartını idari yargılama hukukundaki menfaat ihlali şartı olarak yorumladığını ifade etmiş ve ihlalin varlığının da Danıştay içtihatlarınca ortaya konan ilkelere göre araştırılması gerektiğini söylemiştir. Şu durumda dava açma ehliyetinin 4734 s. Kanun aracılığıyla daraltıldığını söylemeye imkân bulunmamaktadır⁷⁵⁸.

İhale hukuku özelinde ihaleyi yapan idarenin de Kurul kararlarına karşı dava açma ehliyeti vardır. Zira Kurul tarafından ihaleyi yapan idare aleyhine verilen kararlara karşı ilgili idarece dava açıldığında bu davalar ehliyet yönünden reddedilmemektedir⁷⁵⁹.

Öğretide⁷⁶⁰, idari vesayet algısının Fransız idare hukukunda geçirdiği evrimden ve artık vesayet yetkisinin “*hukuka aykırı bulunan işlemleri yargı önüne götürmek*” yetkisi olarak ifade edildiği hususundan yola çıkılarak, bağımsız idari otoritelerin ilişkili olduğu bakanlığın, bağımsız idari otoritece tesis edilen işlemlere karşı yargısal başvuru yapabilmesi gerektiği ifade edilmekteydi. Ancak belirtilmelidir ki 2011 yılında 3046 s. Kanun’da yapılan değişiklikle düzenleyici ve denetleyici kurumların her türlü faaliyet ve işlemlerini denetleme

⁷⁵⁷ KİK, K.N., 2018/UY.IV-300, T. 30.01.2018, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 10.03.2018). Aynı yönde bkz. KİK, K.N. 2018/UH.IV-4, T. 04.01.2018; KİK, K.N. 2018/UM.IV-1, T. 04.01.2018; KİK, K.N., 2012/UM.II-4251, T. 07.11.2012; KİK, K.N. 2017/UH.IV-3041, T. 15.11.2017, (Kararlar için bkz. www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 10.03.2018).

⁷⁵⁸ Aynı şekilde Danıştay’a göre de; “(...) teklif vererek artık ‘istekli’ unvanına sahip olan başvuru sahiplerinin kamu ihaleleri kapsamında **menfaati en geniş anlamda korunan hukuki statüyü** kazandıkları gözetildiğinde, yapılan itirazın şikâyet başvurusunun esasının incelenmesi gerekir.” D. 13. Dairesi, E. 2017/2744, K. 2018/32, T. 03.01.2018, (Yayımlanmamış Mahkeme Kararı).

⁷⁵⁹ Örnek kararlar için bkz. UZ, s. 452, dn. 320 ve 321. Danıştay da idari mercilerin dava açma ehliyetine ilişkin vermiş olduğu içtihadı birleştirme kararında “(...) idare hukuku sahasında dava ehliyetinin ancak gerçek ve tüzel kişilere tanındığı yolunda kısıtlayıcı bir ilke ve kural yoktur. (...) İdarede birçok merci ve organlar, tüzel kişiliklerinin olmamasına rağmen kanunen yüklendikleri görevler ve aldıkları yetkiler nedeniyle görev ve yetki sahalarına ilişkin olarak tasarruf ehliyetini ve bu arada dava ehliyetini de haiz bulunmaktadır” hükmüne varmıştır. Bkz. D. İBK, E. 1971/1, K. 1979/1, T. 08.03.1979, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 16.03.2018).

⁷⁶⁰ ULUSOY, Ali, Türk İdare Sistemi İçerisinde Rekabet Kurumunun Yeri, Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu, Ankara, 1999, s. 11, (www.ww.rekabet.gov.tr, E.T.: 13.03.2018). Aynı yönde bkz. UZ, s. 452.

yetkisinin ilişkili olunan bakanlığa verilmesi sonucu Maliye Bakanlığı'nın Kamu İhale Kurumu işlemlerini yargı yoluna götürmesine gerek kalmaksızın idari yolla denetlemesi mümkün hale gelmiştir.

Anılan düzenlemeye dayalı olarak Maliye Bakanlığı, Kurul'un itirazın şikâyet başvurusu üzerine alacağı kararları idari denetime tâbi tutabilir ya da bunları iptal edebilir mi? *Gözler ve Kaplan*⁷⁶¹, idari vesayet yetkisinin kanunda ayrıca ve açıkça belirtilmesi gerektiğini; bu açıdan 3046 s. Kanun'da yapılan düzenlemenin idari vesayet ilkesine uygun olmadığını ifade etmektedir. 3046 s. Kanun düzenlemesi ile ilişkili olunan bakanlığa düzenleyici ve denetleyici kurumların "*her türlü faaliyet ve işlemlerini*" denetleme yetkisinin verilmiş olması, Maliye Bakanlığı'nın Kurul kararları üzerinde vesayet denetimi yapabilmesi için yeterli değildir. Bu yetkinin ayrıca ve açıkça verilmiş olması gereklidir⁷⁶².

4. İdari Davaya Konu Olacak Kesin ve Yürütülmesi Zorunlu İşlem

Dava konusu işlemin kesin olması, işlemin geçirmesi gereken tüm idari aşamaları tamamlamış, nihai şeklini almış ve uygulamaya hazır hale gelmiş olmasını ifade ederken; yürütülmesi zorunlu işlem ise idari işlemin başkaca bir işleme ihtiyaç duymaksızın çeşitli hukuki sonuçlar doğurması anlamına gelmektedir⁷⁶³.

İdari işlemin kesinliği kavramının, işleme karşı dava açılmadan önce, eğer varsa, tüm zorunlu idari başvuruların yapılması suretiyle işlemin kesin hale getirilmesini ifade ettiği düşünülebilir. Ancak zorunlu idari başvurulara ilişkin olarak 2577 s. Kanun'a "*idari merci tecavüzü*" şeklinde ayrı bir hüküm getirildiği göz önüne alındığında, idari işlemin kesinliği ifadesinin de aynı anlama geldiğini söylemenin, aynı şartın iki farklı biçimde ifadesi anlamına geleceğinden, mümkün olmadığı ifade edilmektedir⁷⁶⁴. Bu durumda idari işlemin kesinliği ifadesinden, zincir işlem olarak ifade edilen idari işlem silsilesinde idari hazırlık sürecinden geçmiş, halkanın sonundaki işlem kast edilmektedir. "*Zincir işlemler*" belirli ve nihai bir sonucu doğurmak amacıyla birbirini takip eden ve nihayetinde tek bir işlemin ortaya çıktığı

⁷⁶¹ GÖZLER/KAPLAN, s. 249.

⁷⁶² 3046 s. Kanun kapsamında ilişkili bakanlığın denetimi sonucu ne gibi tasarrufla bulunulabileceği açıkça yazılı olmadığı sürece, söz konusu denetimin etkisiz kalacağı hakkında bkz. DİRDİMAN, R. Cengiz, Başbakanlık ve Bakanlık Teşkilatlarında Kanun Hükmünde Kararnemelerle Yapılan Değişiklikler ve Hukukî Sonuçları, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIX, S. 4, 2015, s. 205.

⁷⁶³ ERKUT, s. 144 vd.; KAPLAN, s. 216.

⁷⁶⁴ KAPLAN, s. 217.

işlemler olarak tanımlanmaktadır⁷⁶⁵. Zincir işlemin oluşması sürecinde birden fazla makam veya organ karar alma yetkisine sahiptir⁷⁶⁶.

Kamu ihale sürecin, kendi içinde birden fazla ve birbirine bağlı idari işlemin, sonucunda imzalanacak sözleşmenin tarafını belirlemek amacıyla tesis edilmesini ifade etmekte ve ihale sürecinde karar alma yetkisine sahip birden fazla makam ve organ bulunmaktadır. Bu halde ihale süreci, tıpkı disiplin soruşturmaları ve kamulaştırma işleminde olduğu gibi, “*zincir işlem*” niteliğindedir⁷⁶⁷.

Kamu ihale sürecinde tesis edilen ve birbirine zincir şeklinde bağlanan işlemlerde halkalardan birisi koptuğunda, eğer işlem hazırlık işlemi niteliğinde ise, başka bir ifadeyle işlem idarenin takip etmekle yükümlü olduğu ihale usulünde bir sonraki işlem ile ortaya konulamayacak bazı hukuki sonuçlar doğuracak nitelikte değilse, zincir işlem kuralına göre o işlemin hukuka aykırılığı doğrudan doğruya ileri sürülemez⁷⁶⁸. Ancak işlem tamamlandıktan sonra, hazırlık işleminin hukuka aykırılığı, nihai işleme karşı açılacak davada ileri sürülebilir.

Bu noktada belirtilmelidir ki, ihale sürecinde zincirin halkalarını oluşturan işlemlerden tek başlarına hukuki sonuç doğurabilme yeterliliğine sahip olanlar, “*ayrılabilir işlem teorisi*” uyarınca söz konusu süreçten ayrılarak doğrudan dava edilebilirler⁷⁶⁹. Danıştay da bu görüştedir⁷⁷⁰.

İdari işlem teorisi ve idari yargılama hukukunun genel kuralları ışığında yapılan bu açıklamaların 4734 s. Kanun’un öngördüğü şikâyet ve itirazın şikâyet başvuru yolları yönünden de ele alınması gerekmektedir. “*İdari merci tecavüzü*” başlığı altında yapılan açıklamalar ışığında, *şikâyet ve itirazın şikâyet ehliyeti olanların*, ihale sürecinden doğan

⁷⁶⁵ ERKUT, s. 147 vd.

⁷⁶⁶ YAŞAR, s. 285. Zincir işlemlere örnek olarak ihale süreci, disiplin soruşturmaları ve kamulaştırma süreci verilebilir. Bkz. AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 414; DEMİRCİOĞLU, s. 127.

⁷⁶⁷ DEMİRCİOĞLU, s. 127.

⁷⁶⁸ SANCAKDAR/US/KASAPOĞLU TURHAN/ÖNÜT/SEYHAN, s. 313.

⁷⁶⁹ Ayrılabilir işlemler kuramı hakkında bkz. ERKUT, s. 157 vd. Sözleşme bir özel hukuk sözleşmesi olsa bile, idarenin sözleşmenin akdedilmesi sürecinde tesis etmiş olduğu işlemlerin idari işlem niteliğinde olduğu ve ayrılabilir işlem teorisi uyarınca dava edilebileceği hakkında bkz. ÖZAY, İhale Usulleri, s. 891. Aynı yönde bkz. TAŞDELEN, s. 145. *Kutlu*’ya göre “*ihale aşamasında idarenin işlemlerinin tümü sözleşmeden ayrılabilir işlemlerdir ve tek başlarında dava konusu edilebilirler.*”, KUTLU, s. 102. Danıştay’a göre de ihale sürecini oluşturan her işlemin nihai işlemten ayrı, ondan bağımsız bir hüviyeti ve etkisi olması durumunda, sonuç işlemten ayrılarak ayrı ayrı dava konusu edilebilmeleri mümkündür. Bkz. D. 10. Dairesi, E. 2004/8257, K. 2004/7618, T. 22.06.2004, (www.kazanci.com.tr; E.T.: 10.03.2018).

⁷⁷⁰ D. 10. Dairesi, E. 2004/8257, K. 2004/7618, T. 22.06.2004, (www.kazanci.com.tr; E.T.: 13.03.2018); D. 13.D, E. 2012/1687, K. 2017/2966, T. 13.11.2017, (Yayımlanmamış Mahkeme Kararı).

işlemlere karşı, her ne kadar idari işlem teorisi açısından bu işlemler ayrılabilir ve doğrudan dava edilebilir nitelikte olsa da, doğrudan dava açmaları mümkün değildir; çünkü böyle bir durumda idari yargı “*idari merci tecavüzü kararı*” vermek zorunda kalacaktır⁷⁷¹.

Sonuç olarak, 4734 s. Kamu İhale Kanunu kapsamında yürütülen bir ihale sürecindeki hukuka aykırı işlem ya da işlemler sebebiyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday istekli ve istekli olabilecekler tarafından ihale süreci ile ilgili olarak idari davaya konu olabilecek işlem, Danıştay’ın da bir kararında belirttiği gibi, “*Kamu İhale Kurumu'na yapılacak itirazın şikâyet başvurusu sonucu Kurul tarafından tesis edilecek işlemdir*”⁷⁷².

Ancak, ihale sürecinde tesis edilen kimi işlemlere karşı aday istekli ve istekli olabileceklerin doğrudan dava açması gerekmektedir. Örneğin; hakkında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilen istekli, bu karara karşı zorunlu idari başvuru yolu öngörülmediği için doğrudan iptal davası açmalıdır.

Aday, istekli veya istekli olabilecek sıfatına sahip olmadığı halde ihale sürecinde tesis edilen işlemlerden dolayı menfaati ihlal edilenler ise 2577 s. Kanun ve yukarıda yapılan açıklamalar ışığında kesin ve yürütülmesi zorunlu olan işleme karşı doğrudan idari yargıda dava açabileceklerdir.

5. Süre

2577 s. Kanun’un 7. maddesine göre idari yargıda dava açma süresi, özel kanunlarda ayrı süre gösterilmeyen hallerde, Danıştay’da ve idare mahkemelerinde 60 gün, vergi

⁷⁷¹ UZ, s. 443 vd.

⁷⁷² D. 13. Dairesi, E. 2010/643, K. 2015/960, T.11.03.2015, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 10.03.2018). Örneğin; aday, istekli ya da istekli olabilecekler tarafından ihale komisyonunca tesis edilen düzeltici işlem belirlenmesine yönelik kararın iptali istemiyle açılan davanın incelenmeksizin reddine karar verilmesi gerekmektedir. Çünkü ortada idari davaya konu edilebilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu bir idari işlem yoktur. Bkz. D. 13. Dairesi, E. 2013/873, K. 2016/3890, T. 24.11.2016, (Yayımlanmamış Mahkeme Kararı). “(...) davacı tarafından Kamu İhale Kurumu tarafından yapılan itirazın şikâyet başvurusuna ilişkin olarak verilen nihai karar yerine (...) teklifinin değerlendirme dışı bırakılarak geçici teminatının gelir kaydına ilişkin **davalı idarenin işlemin iptali istemiyle** bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır. (...) davanın incelenmeksizin reddine (...)” D. 13. Dairesi, E. 2010/3987, K. 2011/496, T. 08.02.2011, (Yayımlanmamış Mahkeme Kararı).

mahkemelerinde ise 30 gündür. İdari yargıda dava açma süreleri hak düşürücü nitelikte kabul edildiği için bu sürelerin kaçırılması halinde dava açma hakkı da ortadan kalkacaktır⁷⁷³.

2577 s. Kanun'un 20/A maddesi ise ivedi yargılama usulünü düzenlemektedir. İlgili maddeye göre “*ihaleden yasaklama kararları hariç ihale işlemleri*”nden doğan uyuşmazlıklar hakkında “*ivedi yargılama usulü*” uygulanacaktır. Bu usule göre dava açma süresi otuz gündür. Anayasa'nın 40. maddesi uyarınca Kamu İhale Kurumu, verdiği kararlarda “*bu kararın tebliğ edildiği veya tebliğ edilmiş sayıldığı tarihi izleyen 30 gün içerisinde Ankara İdare Mahkemelerinde dava yolu açık olmak üzere*” şeklinde ibare bulundurmaktadır⁷⁷⁴.

İdari yargıda süreler, tebliğ, yayın veya ilan tarihini izleyen günden itibaren işlemeye başlar. Kural bu olmakla birlikte idari işlemin doğrudan muhatabı olmadığı halde ilgili işlemde ötürü menfaatinin ihlal edildiğini düşünenler açısından dava açma süresi, kendilerine herhangi bir tebliğ yapılmayacağı için, öğrenme (*ittıla*) tarihi itibarıyla başlayacaktır⁷⁷⁵.

Bu düzenlemeler ışığında ikili ayırım yaparak şu sonuca varılabilir; zorunlu idari başvuru yollarını tüketmekle yükümlü olan aday, istekli ve istekli olabilecekler için dava konusu edilecek işlem, Kamu İhale Kurumu tarafından tesis edilen işlem olup dava açma süresi bu kararın tebliğini izleyen günden itibaren 30 gündür. Zorunlu idari başvuru yollarına gitme yükümlülüğü olmayan ve fakat ihale sürecinde tesis edilen kimi işlemlere karşı dava açmak isteyen kişiler için ise dava açma süresi, kendileri ihale sürecinin dışında olduğu için onlara tebliğ yapılmayacağı göz önünde bulundurulduğunda, öğrenme tarihi esas alınarak belirlenecek tarihe göre 30 gün olacaktır.

6. Husumet

“*Husumet*” kavramı, idari davada davalı idareyi ifade etmek için kullanılmaktadır⁷⁷⁶. 4734 s. Kanun kapsamında yürütülen ihalelerde tesis edilen idari işlemlere karşı zorunlu idari

⁷⁷³ KAPLAN, s. 310; KALABALIK, s. 250; ÇAĞLAYAN, İdari Yargılama, s. 288.

⁷⁷⁴ Örneğin; KİK, K.N. 2018/UH.II-471, T. 21.02.2018; KİK, K.N. 2018/UH.II-470, T. 21.02.2018, (www.ekap.kik.gov.tr, E.T.: 10.03.2018).

⁷⁷⁵ İdari işlemin doğrudan muhatabı olanlar açısından da, idari işlemin tesis edildiği tarihte hukuki düzlemde var olduğu ve tebliğ yapılmasa da işlemin haricen öğrenilmesi halinde davanın açılacağı hakkında bkz. KAPLAN, s. 320 vd.

⁷⁷⁶ Husumet hakkında bkz. KAPLAN, s. 380; ÇAĞLAYAN, İdari Yargılama, s. 309 vd.

başvuru yollarını tüketmesi gereken aday, istekli ve istekli olabilecekler için davaya konu edilebilecek işlem, idarenin tesis ettiği işlem ya da şikâyet üzerine alınan karar değil, Kamu İhale Kurumu'nca verilecek nihai karardır. Bu durumda dava dilekçesinde ihaleyi yürüten idare değil, Kamu İhale Kurumu hasım olarak gösterilmelidir.

İhale sürecinde tesis edilen işlemlere karşı, ihale sürecinin içinde bulunmadığı için, zorunlu idari başvuru yoluna gitmesi gerekmeyen ve fakat ilgili işleme karşı dava açmak isteyenler ise dava dilekçesinde hasım olarak Kamu İhale Kurumu'nu değil, dava konusu edilecek işlemi tesis eden idareyi göstereceklerdir.

Husumetin yanlış yöneltmesi ya da dilekçede hiç hasım gösterilmemesi durumunda dava reddedilmez, idari yargı yeri davanın yöneltmesi gereken gerçek hasmı bulur ve dava dilekçesinin tespit edilecek gerçek hasma tebliğine karar verir (2577 s. Kanun, m. 15/1-c). Örneğin; zorunlu idari başvuru sürecinden geçildikten sonra açılacak olan davada husumet Kurum'a değil de ihaleyi yapan idareye yöneltmiş ise dava reddedilmeyecek, dava dilekçesi Kurum'a tebliğ edilerek dava bu haliyle görülmeye devam edilecektir.

B) YARGILAMA USULÜ

2577 s. Kanun'un 20/A maddesi uyarınca “*ihaleden yasaklama kararı hariç ihale işlemleri*”nden doğan uyuşmazlıklarda ivedi yargılama usulü uygulanacaktır. İvedi yargılama usulü, Kanun'da öngörülmüş belli durumlara ilişkin davalarda uygulanacak olan özel bir yargılama usulü olup, yazılı yargılama usulüne göre daha basit ve çabuk işlemektedir⁷⁷⁷.

2577 s. Kanun herhangi bir ayrıma gitmeden, *ihaleden yasaklama kararı hariç*, tüm ihale işlemlerini kapsama aldığı için, 4734 s. Kanun hükümlerine tabi olmayan ihalelere ilişkin açılacak davalarda da ivedi yargılama usulü uygulanacaktır⁷⁷⁸. Buna göre ivedi yargılama usulünde;

- Dava açma süresi otuz gündür.

⁷⁷⁷ İvedi yargılama usulü hakkında bkz. **SANCAKDAR**, Oğuz, İdari Yargılama Usulünde İvedi Yargılama ve Grup Davaları, Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu (12 Mayıs 2014), 146.Yıl, Ankara 2014, s.109 vd.; **KASAPOĞLU TURHAN**, Mine, İdari Yargıda İvedi Yargılama Usulü, Ankara Barosu Dergisi, S. 2015/3, 2015, s. 185 vd.

⁷⁷⁸ **SEZER/KALKAN/ŞAHİN**, s. 276.

- 2577 s. Kanun'un 11. maddesi hükümleri uygulanmaz. Bu bakımdan *zorunlu idari başvuru sürecinin öngörüldüğü* durumlarda, başvuru ehliyeti olan kişilerin yapacağı şikâyet ve itirazın şikâyet başvuruları sonucu Kurul tarafından alınacak karar kesin olup, bu kararın düzeltilmesi ya da geri alınması talebiyle herhangi bir başvuru yapılmadan dava açılması gerekmektedir. Zorunlu idari başvuru yollarına gitme ehliyeti olmayan ve fakat tesis edilen işlemde dolayı menfaati ihlal edilmiş olanlar ile zorunlu idari başvuru yapılması gerekemeyen ihale işlemlerine karşı da doğrudan idari yargıda dava açılması gerektiğinden, bu durumda da dava açılmadan önce 2577 s. Kanun'un 11. maddesi kapsamında bir başvuru yapılamaz, yapıldığı düşünülürse, dava açma süresine etkisinin olmayacağı söylenebilir⁷⁷⁹.
- İlk inceleme yedi gün içinde yapılır ve ilk incelemeden geçen dilekçe ve ekleri tebliğe çıkarılır.
- Verilen nihai kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde temyiz yoluna başvurulabilir. Danıştay evrak üzerinde yaptığı inceleme sonunda, maddi vakıalar hakkında edinilen bilgiyi yeterli görürse veya temyiz sadece hukuki noktalara ilişkin ise yahut temyiz olunan karardaki maddi yanlışlıkların düzeltilmesi mümkün ise işin esası hakkında karar verir. Aksi hâlde gerekli inceleme ve tahkikatı kendisi yaparak esas hakkında yeniden karar verir. Ancak, ***ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan temyizi haklı bulduğu*** hâllerde kararı bozmakla birlikte dosyayı geri gönderir. Temyiz üzerine verilen kararlar kesindir. Temyiz istemi en geç iki ay içinde karara bağlanır. Karar en geç bir ay içinde tebliğe çıkarılır.

İlgili düzenleme uyarınca ivedi yargılama usulünde temyiz incelemesini yapan Danıştay'a, vereceği karar kesin olmak üzere, esasa ilişkin inceleme ve tahkikat görevi verilmiştir. Danıştay'ın, sadece ilk derece mahkemesi tarafından ***ilk inceleme üzerine verilen kararlar yönünden*** kararı bozmanın yanında dosyayı ilgili mahkemeye gönderme yetkisi bulunmaktadır. Bu durumda, örneğin; temyize konu mahkeme kararında, aslen yetkisiz olan mahkemece yürütülen ilk incelemede hatalı olarak yetkili olduğu kanaatiyle uyuşmazlığın esasının incelenerek bir karar verildiği durumda, Danıştay, ilk inceleme aşamasında mahkemece hukuka aykırı bir karar verildiğinden bahisle kararı bozarak dosyayı yeni bir karar vermek üzere ilgili mahkemeye mi gönderecektir; yoksa ilk derece mahkemesi işlemin

⁷⁷⁹ KAPLAN, s. 353.

esasına ilişkin bir karar verdiği için, kararı bozduktan sonra işin esası hakkında kendisi mi bir karar verecektir?

Danıştay'a göre ivedi yargılamaya tâbi bir uyuşmazlıkta "görevsiz ve yetkisiz" bir mahkeme tarafından verilen esastan kararların bozularak yerine yine Danıştay'ca bir karar verilmesi mümkün değildir⁷⁸⁰, "*aksi bir düşüncenin kabulü; 2577 s. Kanun'un 32. maddesindeki, yetkinin kamu düzeninden olduğu kuralına ve yine aynı Kanun'un 'Dilekçeler üzerine ilk inceleme' başlıklı 14. maddesinin 6. fıkrasındaki, ilk inceleme üzerine verilebilecek kararların, ilk incelemeden sonra tespit edilmesi hâlinde de davanın her safhasında verilebileceği kuralına aykırılık oluşturur. Bu hâliyle; 'yetkisiz' mahkeme tarafından verilen esasa yönelik kararların yetki yönünden bozulmasında 2577 s. Kanun'un 20/A maddesine aykırılık bulunmadığı sonucuna ulaşılmaktadır*"⁷⁸¹.

Danıştay bu kararında, işin esası hakkında bir inceleme yapabilmesi için dosyanın öncelikle "*yetkili ve görevli*" mahkemeden gelmesi gerektiğini ifade ederek, kimi özellikli işlerin hızlı biçimde çözülmesi için ihdas edilmiş, daha basit ve çabuk bir usulü ifade eden ivedi yargılama usulü uğruna kamu düzeninden olan ve bu nedenle davanın her aşamasında denetlenmesi gereken görev ve yetki kurallarının esnetilemeyeceğine karar vermiştir⁷⁸².

İvedi yargılama usulü bağlamında üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise, ihale işlemlerinden doğan uyuşmazlıklara ilişkin olarak iptal ve tam yargı davalarının, 2577 s. Kanun'un 12. maddesi uyarınca, bir arada açılıp açılmayacağıdır. Bu sorunun cevaplanması için tam yargı davalarında ivedi yargılama usulünün uygulanabilir olup olmadığı hususu

⁷⁸⁰ D. 13. Dairesi, E. 2016/169, K. 2016/1458, T. 06.05.2016, (Yayımlanmamış Mahkeme Kararı).

⁷⁸¹ Kararın karşı oyunda ise, 2577 s. Kanun'un lafzı incelendiğinde Danıştay'ın sadece "*ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan temyizi*" haklı bulduğu hallerde bozma kararından sonra dosyayı ilgili mahkemeye geri gönderme yetkisinin olduğu, bu durumda, ilk derece mahkemesince ilk inceleme hususlarında sorun görülmezsizin, *işin esası hakkında bir karar verilmesi hâlinde*, Danıştay'ca yetkisiz yargı yeri tarafından verilen karar bozulmakla birlikte, temyize konu karar "*ilk inceleme üzerine verilen*" bir karar olmayıp, esasa ilişkin bir karar olması nedeniyle, dosyanın ilgili mahkemesine gönderilmesine karar verilmek yerine, işin esası hakkında karar verilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Danıştay 13. Dairesinin E. 2016/169, K. 2016/1458, T. 06.05.2016 künyeli kararının karşı oyunda da ayrıca ivedi yargılama usulünde asıl kuralın, Danıştay'ın esas hakkında karar vermesi olup, kararı bozduktan sonra dosyayı ilk derece mahkemesine gönderme halinin sadece ilk inceleme üzerine verilen kararların temyiz incelemesinde mümkün olduğu ifade edildikten sonra idare hukukunda istisnaların dar yorumlanması gerektiği belirtilmiştir.

⁷⁸² Anayasa Mahkemesi de benzer bir tutumla somut norm denetimi için kendisine gönderilen yasa maddesinin ilk incelemesinde, somut norm denetimine başvuran mahkemenin o uyuşmazlığı çözmeye görevli olması şartını aramaktadır. Aksi durumda başvuru reddedilmektedir. Bkz. AY Mah. E. 2013/59, K. 2013/68, T. 28.05.2013, (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr>, E.T.: 22.03.2018).

açıklanmalıdır. Zira eğer tam yargı davalarında da ivedi yargılama usulü uygulanabilir ise, iptal ve tam yargı davalarının birlikte açılmasına engel bir durum oluşmayacaktır.

Öğretide, ivedi yargılama usulünün Kanun'da tahdidi sayılan işlemlerden doğan uyuşmazlıklar hakkında uygulanabileceğinin düzenlendiği ve bu düzenlemede sadece “*uyuşmazlık*” kavramının kullanıldığı; bu nedenle hem bu işlemlerden doğan iptal davalarının, hem de bu işlemlerden doğan tam yargı davalarının ivedi yargılama usulüne tabi olduğu ifade edilmektedir⁷⁸³.

Danıştay ise önüne gelen bir davada, ivedi yargılama usulünün getiriliş amacına ve Kanun'un madde gerekçesine atıf yaptıktan⁷⁸⁴ sonra, ihaleyle bağlantılı tüm işlemlerin değil, yargısal sürecin süratle sonuçlandırılması yönünden özel önem taşıyan ihale uyuşmazlıklarının bu yargılama usulüne tâbi olduğunu belirtmiştir. Şu halde, örneğin; “*davacı şirketin ihale dışı bırakılarak geçici teminatının gelir kaydedilmesi*” ve “*ihalenin iptali*” işlemlerin iptali ve buna bağlı olarak geçici teminat bedelinin gelir kaydedildiği tarihten itibaren işleyecek yasal faizi ile iadesi istemine ilişkin uyuşmazlıklar 2577 s. Kanun'un 20/A maddesi uyarınca ivedi yargılama usulüne tâbi olacak iken; söz konusu işlemlerden doğduğu iddia edilen maddi ve manevi zararların tazmini taleplerine ilişkin uyuşmazlıklar ise, “*öncelikle sonuçlandırılması özel önem taşıyan uyuşmazlık olarak nitelendirilmesine*” imkân bulunmadığından, ivedi yargılama usulü kapsamına giremeyecektir. Bu durumda, farklı yargılama usullerine tâbi istemler hakkında, ayrı ayrı dava açılması gerektiği hâlde tek dilekçe ile dava açılması⁷⁸⁵ halinde, idari yargı yerince “*dilekçe ret*” kararı verilmesi gerekecektir⁷⁸⁶. Başka bir deyişle Danıştay'a göre ihale işlemlerinden doğan uyuşmazlıklarda iptal davası ivedi yargılama usulüne tâbi iken tam yargı davası genel usule tâbidir ve bu nedenle iki ayrı dava açılmalıdır.

⁷⁸³ KASAPOĞLU TURHAN, s. 191.

⁷⁸⁴ Gerekeçede bulunan ifadelerle ilişkin olarak bkz. YEŞİLYURT, Nazile İrem, İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması ve İvedi Yargılama: Hukuka Sermayeye Koşut Hız Ayarı, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C. 70, S. 2, 2015, s. 406.

⁷⁸⁵ İptal ve tam yargı davalarının bir arada açılabilmesi 2577 s. Kanun'un 12. maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde hükmü, 2577 s. Kanun'un 5. maddesinde genel olarak düzenlenen “*tek dilekçe ile dava açma*” hakkının özel bir görünümüdür. Bkz. SANCAKDAR, Oğuz, İdari Yargıda “Tek Dilekçe ile Dava Açma” (Karşılaştırmalı Hukukî Analiz), DEÜHFD, C. 9, S. 2, 2007, s. 225.

⁷⁸⁶ D. 13. Dairesi, E. 2017/1018, K. 2017/3335, T. 07.03.2017, (Yayımlanmamış Mahkeme Kararı).

İhaleden yasaklama kararının iptali ve bu işlemde doğduğu iddia edilen zararların talebiyle iptal ve tam yargı davaları ise birlikte açılabilir⁷⁸⁷. Zira “*ihaleden yasaklama*” kararları ivedi yargılama usulünün kapsamı dışında tutulmuştur.

C) ESAS İNCELEMESİ

1. İptal Davası

2577 s. Kanun’un 2. maddesine göre iptal davası “*idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan*” davadır. Başka bir ifadeyle iptal davası, idari işlemlerin hukukilik denetimini yapmak suretiyle kişilerin menfaatlerini koruyan; aynı zamanda idarenin işlemlerini yargısal denetim altında tutarak hukuk devleti ilkesini koruyan bir araçtır⁷⁸⁸.

İhale sürecinde idarece tesis edilen işlemler ve Kurul tarafından itirazın şikâyet başvurusu üzerine verilen kararlar, idari nitelikte olduklarından, yargısal denetim sonucu verilen iptal ve yürütmenin durdurulması⁷⁸⁹ kararlarının hukuki sonuçları, ihale işlemleri için de geçerli olacaktır⁷⁹⁰. İhale hukukunda iptal davası sonucu verilecek kararların etkileri bakımından tartışılması gereken çeşitli hususlar bulunmaktadır. Bu hususlara geçmeden önce belirtmelidir ki, Anayasa’nın 138. maddesinin son fıkrası ve 2577 s. Kanun’un 28. maddesi hükümleri uyarınca idari yargı kararlarının gereklerinin yerine getirilmesi konusunda idare bağılı yetki içinde olup, kararların gereklerini yerine getirmeyen idarenin ağır hizmet kusuruna

⁷⁸⁷ D. 13. Dairesi, E. 2011/1466, K. 2017/2748, T. 01.11.2017, (Yayımlanmamış Mahkeme Kararı).

⁷⁸⁸ İptal davasının özellikleri hakkında bkz. **KAPLAN**, s. 195 vd.; **ÇAĞLAYAN**, s. 411 vd.

⁷⁸⁹ Yürütmenin durdurulması kararları ile iptal kararları, etkileri bakımından tam bir benzerlik göstermekte olup, yürütmeyi durdurma kararı sonrası ilgili idarenin görevi gecikmeksizin kararın gereklerini yerine getirmektir. Bkz. **ASLAN**, Zehreddin, İdari Yargı’da Yürütmenin Durdurulması, Alfa Yayınları, 2. Bası, İstanbul, 2001, s. 33. İdari yargı yerlerinin yürütmeyi durdurma kararları verirken çok dikkatli olması gerekmektedir. Zira yürütmeyi durdurma kararı sonrası idare, vermiş olduğu kararı, idari yargı kararı ışığında refere ederek, mahkeme kararına uyulmasına karar vermelidir. (Bkz. **SANCAKDAR**, Oğuz, Kamu İhale Kurulu Kararlarının Yargısal Denetimi Bağlamında Yürütmenin Durdurulması Ve Hukukî Sonuçları, DEÜHFD, C. 16, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan Özel Sayısı, 2015, s. 3880.) Bu halde idari yargı yerince verilecek yürütmeyi durdurma kararı uyarınca idarenin yeni bir işlem tesis etmesi akabinde idari yargı yeri esasa ilişkin olarak iptal talebinin reddi yönünde karar verdiğinde, somut ihale açısından ciddi hukuki problemler ortaya çıkabilecektir. Bu yönde örnek bir olay için bkz. **UZ**, s. 456, dn. 331.

⁷⁹⁰ **UZ**, s. 453. İptal kararlarının sonuçları hakkında bkz. **ALTINOK**, s. 53 vd.; **KAPLAN**, s. 238 vd.; **KALABALIK**, s. 171; **ÇAĞLAYAN**, s. 514 vd.; **ULER**, Yıldırım, İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970, s. 13 vd.

dayalı tazmin sorumluluğu doğar⁷⁹¹. Bu yasal zorunluluk çerçevesinde bazı hususların açıklanması gerekmektedir.

a) İhalenin İptaline İlişkin Kararların İdari Yargı Tarafından İptal Edilmesi

İhalenin iptali kararının iptali söz konusu olduğunda ilgili idarenin ne yönde işlem tesis etmesi gerektiği hususu üzerinde durulmalıdır. 4734 s. Kanun çeşitli koşullar altında idareye ihalenin iptaline karar verme yetkisi tanımıştır.

İhaleyi yapan idarenin re'sen almış olduğu iptal kararları doğrudan idari yargı denetimine tâbi iken, şikâyet başvurusu üzerine alınan iptal kararları ise itirazın şikâyet başvurusuna konu edilmekte, itirazın şikâyet başvurusu sonucu Kurul'ca verilen nihai karar ise yargısal denetime tâbi olmaktadır.

İhalenin iptaline ilişkin karar idari yargı yerince hukuka aykırı bulunarak iptal edildiğinde, ilgili idare ihale sürecine kaldığı yerden devam ederek en avantajlı teklifi veren istekliyle sözleşme yapmak zorunda kalacak mıdır? Öğretide, idarenin bir sözleşme yapma mecburiyetinden bahsedebilmek için, en avantajlı teklifi veren isteklinin idareden sözleşmeyi yapmayı talep edebilme hakkının varlığının gerekli olduğu belirtilmektedir⁷⁹². Böyle bir hakkın var olduğu kabul edilirse, idare sözleşmeyi yapmaya yanaşmadığı takdirde isteklinin açacağı dava sonucunda alacağı mahkeme kararı idarenin iradesi yerine geçecek ve sözleşme kurulmuş olacaktır.

4734 s. Kanun'un 45. maddesine göre idare, ihale sürecinin sonunda süresi içinde sözleşmenin yapılması için üzerine düşen görevleri yerine getirmekle yükümlüdür. İdarenin bu yükümlülüğü yerine getirmemesi halinde, istekli usulüne uygun olarak taahhüdünden vaz geçebilir. Bu takdirde geçici teminat geri verilir ve **istekli teminat vermek için yaptığı belgelendirilmiş giderleri istemeye hak** kazanır. Bu düzenleme ışığında denilebilir ki, ihale üzerine bırakılan isteklinin idareyi sözleşme yapmaya zorlama yetkisi bulunmayıp; sadece idare üzerine düşen görevleri yerine getirmez ise, geçici teminatını geri alarak menfi

⁷⁹¹ İdari yargı kararlarının uygulanması hakkında bkz. **KAPLAN**, s. 451 vd.; **ÇAĞLAYAN**, s. 529 vd.; **KALABALIK**, s. 173 vd.; **ULER**, s. 79 vd.

⁷⁹² **BUZ**, s. 135.

zararlarını tazmin ettirmeye hak kazanacaktır⁷⁹³. Bu durumda ihalenin iptali kararının yargı yerince iptali durumunda yargı kararı uyarınca ihale süreci devam ettirilecek; ancak 4734 s. Kanun'un açık hükmü karşısında idare ihale sözleşmesi yapmaya zorlanamayacaktır.

b) İptal Kararlarının Kamu İhale Sözleşmelerine Etkisi

Bu başlık altında tartışılacak olan hususlar, kamu ihale sözleşmesinin kurulmasından sonra idari yargı yerince ihale sürecinde tesis edilen işlemlerden birinin iptaline ya da yürütmesinin durdurulmasına karar vermesi halinde, bu kararın sonucu olarak sözleşmenin kendiliğinden geçersiz hale gelip gelmeyeceği ve kararın gereklerini yerine getirmek zorunda olan idarenin bu yönde tesis etmesi gereken işlemlerin neler olduğudur .

Özay'a göre⁷⁹⁴, idarenin özel hukuk sözleşmelerinin hazırlık aşamasında yapılan işlemler idari nitelikte olduğu için idare hukuku kurallarına tabidir. Sözleşmeyi kurma iradesi kamusal bir irade olduğu için, bu irade idari yargı tarafından denetlenecek; bu şekilde kamu gücünün hukuka aykırı kullanımı engellenecektir. Bu durumda söz konusu denetimin yapılmasına izin veren bir hukuk sisteminde, idari yargı tarafından verilecek olan bir iptal kararının sözleşmeye sirayet etmeyeceği kabul edilemez. Başka bir ifadeyle *"hukuksal denetim sonucu iradenin hukuka aykırı olduğunun belirlenmesi ile sözleşmenin de geçersizliği ortaya çıkmış olmaktadır."*

Buna karşın öğretide, sözleşme öncesi tesis edilen ve sözleşmeden ayrılabilir nitelikte olan kimi idari işlemlerin iptali durumunda, bu iptal kararının doğrudan sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurmayacağı; ancak Anayasa'nın 138. maddesinin son fıkrası uyarınca bağlayıcı olan mahkeme kararının gereklerini yerine getirmek zorunda olan idarenin harekete geçmesi ve hukuka aykırı hale gelen sözleşmeyi feshetmesi ya da anlaşma yoluyla sona erdirmesi gerektiği ifade edilmektedir⁷⁹⁵. Başka bir anlatımla iptal kararı, sözleşmeyi kendiliğinden geçersiz hale getirmemekte; ancak yargı kararlarını uygulamak konusunda bağlı yetki içinde bulunan idarenin⁷⁹⁶, kamu ihale sözleşmesini usulüne uygun olarak feshetmesi

⁷⁹³ BUZ, s. 136.

⁷⁹⁴ ÖZAY, İhale Uşulleri, s. 879 vd.

⁷⁹⁵ KARAHANOGULLARI, s. 348; UZ, s. 457; Gözler ve Kaplan'a göre idare, ayrılabilir işlemin yerine hukuka uygun bir işlem de tesis edebilir. Bkz. GÖZLER/KAPLAN, s. 521 vd.

⁷⁹⁶ ULER, s. 80.

gerekmektedir⁷⁹⁷. *Buz*'a göre ise, yargı kararlarının gereğini yerine getirmenin tek yolu sözleşmenin feshini sağlamak değildir; ihale sürecindeki hukuka aykırı işlemler sonucu devre dışı bırakılan istekliye idarenin tazminat ödemekle yükümlü kılınması da mümkündür⁷⁹⁸.

Danıştay 1. Dairesi, vermiş olduğu bir istişari görüşte⁷⁹⁹, Bakanlar Kurulu kararına dayalı olarak akdedilen özel hukuk sözleşmelerinin hukuki dayanağının ilgili karar olduğunu belirttikten sonra, bu kararın "*Danıştay*'ca yürütülmesinin durdurulması veya iptal edilmesi nedeniyle Bakanlar Kurulu kararlarının uygulanması niteliğinde olan sözleşmelerin dayanağı kalmadığından idarece uygulanma olanağı bulunmayan söz konusu sözleşmelerin mevcut sözleşme olarak değerlendirilmesi"nin mümkün olmadığına hükmetmiştir. İdari yargı yerleri, hukuka uygunluk denetiminde dava konusu edilen işlemle ilgili olarak yargılama yaparlar, bu denetimde eğer işlem iptal edilmiş ise ayrıca bu işleme dayalı olarak imzalanan ve özel hukuka tabi olan sözleşmenin geçerliliği hakkında ayrıca hüküm kurmazlar⁸⁰⁰.

Kamu İhale Genel Tebliği'nin 25.2 maddesi, ihalenin Kurul kararı ile **iptali** durumunda, iptal kararı öncesi imzalanan sözleşmenin 4735 s. Kanun ve genel hükümlere göre tasfiye edileceğini öngörmektedir. O halde, ihalenin iptali talebiyle yapılan itirazın şikâyet başvurusu sonucu Kurul'un vereceği ret kararı idari yargıda iptal edildiğinde ya da kararın yürütülmesinin durdurulması halinde, Kurul'un yargı kararlarının gereklerini yerine getirmek temelinde bir karar alıp, ihalenin iptaline karar vermesi hukuken olması gerektirir. Kurul tarafından verilen kararlara karşı açılan iptal davasında, idari yargı yerlerinin, ihalenin iptal edilmesi gerekirken başvurunun reddinin hukuka uygun olmadığı yönünde vermiş olacağı yürütmeyi durdurma ya da iptal kararlarının, Kurul'un yargı kararına uygun olarak tesis edeceği yeni işlem aracılığıyla kamu ihale sözleşmesinin 4735 s. Kanun ve genel hükümlere göre feshi sonucunu doğuracağı kabul edilmelidir.

⁷⁹⁷ SANCAKDAR, s. 3883.

⁷⁹⁸ BUZ, s. 109 vd.

⁷⁹⁹ D. 1. Dairesi, E. 2003/14, K. 2003/25, T. 27.02.2003, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 23.03.2018).

⁸⁰⁰ Üçüncü kişinin istemiyle açılmış bir iptal davasına bakan hâkimin tarafların iradesiyle oluşmuş bir sözleşmeyi iptal etme gibi bir yetkisi yoktur. Bkz. GÖZLER/KAPLAN, s. 512. Bir idari yargı merciinin özel hukuk sözleşmesinin geçerli olup olmadığına ilişkin karar vermesinin, özel hukuk/kamu hukuku ayırımına ters düşeceği ve bu bağlamda idari yargı uygulamasının yerinde olduğu hakkında bkz. BUZ, s. 102.

İdari yargı yerince verilecek iptal ya da yürütmeyi durdurma kararı sonrası Kurul, ihalenin iptaline değil; fakat düzeltici işlem belirlenmesine karar verebilir. Bu halde ne yapılacağı ise Kamu İhale Genel Tebliği'nin 25.4 maddesinde düzenlenmiştir.

Kamu İhale Genel Tebliği'nin ilgili hükümleri ışığında durum şu şekilde özetlenebilir:

1. Kurul'un, itirazın şikâyet başvurusu üzerine vereceği ret kararının idari yargı yerince iptali ya da yürütmesinin durdurulması söz konusu olduğunda Kurul, yargı kararının gereklerini yerine getirmek için tesis edeceği yeni kararında 4734 s. Kanun'un 54. maddesi uyarınca **ihalenin iptaline** karar verebilir. Bu durumda ilgili idareye düşen görev, iptal kararı öncesi imzalanan sözleşmenin 4735 s. Kanun ve genel hükümlere göre **tasfiyesini sağlamaktır**.

2. Kurul'un vereceği ret kararının idari yargı yerince iptali ya da yürütmesinin durdurulması söz konusu olduğunda Kurul, 4734 s. Kanun'un 54. maddesi uyarınca düzeltici işlem belirlenmesine karar verebilir. Bu durumda ilgili idare, Kurul kararı ışığında düzeltici işlem tesis ederek ihale sürecine uyumsuzluğu doğuran işlemten itibaren devam eder. Bu sürecin sonunda;

a) ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibi yine yüklenici olabilir. Bu durumda sözleşme uygulanmaya devam eder⁸⁰¹.

b) ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibi yükleniciden farklı bir istekli olarak belirlenebilir. Bu durumda ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibi istekli idareye sözleşmeye davet edilir. Bu isteklinin sözleşme yapılmasına ilişkin üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirerek idareye yazılı olarak başvurması durumunda, **mevcut sözleşme feshedilerek** tasfiye sürecinin tamamlanmasını müteakip bu istekli ile sözleşme imzalanır.

c) Söz konusu istekli açıkça sözleşmeyi imzalamayacağını bildirir, süresi içinde başvuru yapmaz ya da gerekli belgeleri tam olarak teslim etmez ise, mevcut yüklenicinin teklifinin ihale dokümanına göre geçerliğini koruması ve ihalelere katılmaktan

⁸⁰¹ Ancak bu işlem yeni bir idari işlem olduğu için idari ve yargısal denetime açıktır.

yasaklı olmaması şartıyla, imzalanmış sözleşme idarece feshedilmeksizin uygulanmaya devam edilebilir.

İdari yargı kararlarının gereklerinin idarece süratle ve eksiksiz olarak yerine getirilmesi hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Bu bakımdan iptal ve yürütmenin durdurulması kararları sonucu kamu ihale sözleşmesinin akıbetinin ne olacağı hususunun Kamu İhale Genel Tebliği aracılığıyla değil, 4735 s. Kanun'a açık hüküm konularak düzenlenmesi hukuk devleti ilkesine daha uygun olacaktır.

İhale sürecinde tesis edilen idari işlemler, bu işlemlerden dolayı menfaati ihlal edilen ve fakat aday, istekli ya da istekli olabilecek sıfatına sahip olmadığı için zorunlu idari başvuru yollarına gitme ehliyeti bulunmayanlar tarafından, doğrudan iptal davasına konu edilebilir. Bu durumda idare mahkemesinin vereceği iptal ya da yürütmeyi durdurma kararları sonucu ilgili idare, mahkeme kararı uyarınca işlem tesis etmek zorundadır. Bu durumda hukuka aykırılık durumu giderildikten sonra sürece devam edilebiliyorsa idare, ihale sürecini iptale konu işlemden itibaren tekrar işletebilir. İhale sürecinin sonunda en avantajlı teklifi veren istekli, yükleniciden başka birisi olarak belirlenmiş ise, yüklenici ile yapılan sözleşme feshedilerek, en avantajlı teklifi sunan istekli ile yeni bir sözleşme yapılmalıdır. Mahkeme ihale kararının iptaline karar vermiş ise idarenin sözleşmeyi tasfiye etmesi gerekecektir⁸⁰².

2. Tam Yargı Davası

İhale süreci birbirine zincirin halkaları şeklinde bağlanan pek çok idari işlemi içermekte olup, bu süreçte tesis edilen kimi işlemlerden ötürü tarafların zarar görmeleri mümkündür. Bu noktada zarar gören taraf ihaleye katılanlar olabileceği gibi, ihale kararını alan ve yürüten idare de olabilir.

Öğretide ihaleye katılanların, ihalenin denetimini sağlama ve hukuka aykırı işlemleri iptal ettirme imkânlarına sahip olması “*asli koruma*” olarak nitelendirilse de bu imkânlar, özellikle sözleşmenin başka bir istekli ile imzalandığı durumlarda, yeterli korumayı

⁸⁰² Tüm bu hallerde sözleşme, ihale sürecinde idarece hukuka aykırı olarak tesis edilen işlem ya da işlemlerin iptali sonucu feshedildiği için, idarenin mali sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Bu konuda bkz. İkinci Bölümün II/C-2 başlığı.

sağlayamayabilir. İhale sürecinden zarar görenlere tazminat isteyebilme imkânlarının da tanınması ve onlara “*tâli koruma*” sağlanması büyük önem taşımaktadır⁸⁰³.

İhale mevzuatı incelendiğinde, ihaleye katılanlara ihale sürecinin denetimini sağlamak için gerekli hukuksal araçların (*şikâyet-itirazın şikâyet ve yargı yolu*) sağlandığı; ancak tâli koruma niteliğinde genel bir tazminat düzenlemesinin yapılmamış olduğu görülmektedir. Tazminat açısından göze çarpan tek düzenleme, 4734 s. Kanun’un 45. maddesidir. İlgili maddede, sözleşme yapılmasında idarenin üzerine düşen görevleri yerine getirmemesi halinde ilgiliye geçici teminatının geri verileceği ve ilgilinin teminat vermek için yaptığı belgelendirilmiş giderleri istemeye hak kazacağı, yani sadece menfi zararlarının giderimini talep edebileceği düzenlenmektedir.

Yasal düzenlemeler uyarınca idarenin kararlarını mutlaka gerekçeli olarak alması gerekmektedir. Bu bakımdan ilgili maddelerde düzenlenen sorumsuzluk halleri, idarenin ilgili işlemleri hukuka uygun gerekçelerle yaptığı hallerde geçerli olup, idarenin, örneğin; tam bir keyfiyet içinde ihaleyi iptal etmesi halinde Kanun’un 16. maddesindeki sorumsuzluk hükmüne dayanamayacağı kabul edilmelidir⁸⁰⁴.

Kamu ihale mevzuatında ihale sürecinden doğan zararların tazminine ilişkin olarak, bazı özel durumlara yönelik düzenlemeler hariç, genel bir kural getirilmemiş olması karşısında, doğabilecek zararların tazmini probleminin genel hükümlere göre çözülmesi gerekmektedir. Zira idarenin tazmin sorumluluğu Anayasa’nın 2. maddesinde ifade edilen hukuk devleti⁸⁰⁵ ile sosyal devlet⁸⁰⁶ ve 125. maddesinde belirtilen idarenin sorumluluğu ilkelerine dayanmaktadır⁸⁰⁷ ve ihale hukuku bakımından özel bir düzenlemenin olmayışı, idarenin genel hükümlere göre sorumlu olmayacağı anlamına gelmemektedir.

⁸⁰³ Karşılaştırmalı hukuk bağlamında ihale sürecine ilişkin olarak asli ve tali koruma biçimleri ve AB direktifleri hakkında bkz. **BUZ**, s. 141 vd.

⁸⁰⁴ Aynı yönde bkz. **BUZ**, s. 155.

⁸⁰⁵ **GÖZÜBÜYÜK**, Yönetmelik Yargı, s. 291.

⁸⁰⁶ *Atay ve Odabaşı*, Anayasa’nın 125. maddesi olmasaydı dahi idarenin hukuki sorumluluğunun Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen sosyal devlet ilkesinden hareketle kabul edilmesi gerekeceğini ifade etmektedir. Bkz. **ATAY**, E. Ethem/**ODABAŞI**, Hasan, Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Seçkin Yayınları, 2010, (Aktaran: **YILMAZ**, s. 193, dn. 547).

⁸⁰⁷ D. 10. Dairesi, E. 2013/5175, K. 2016/1543, T. 21.03.2016, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 24.03.2018). Aynı yönde bkz. D. 6. Dairesi, E. 2015/9088, K. 2016/486, T. 10.02.2016, (www.kazanci.com.tr, E.T.: 24.03.2018).

İdare hukukunda sorumluluğun esası, özel hukuktaki haksız fiil sorumluluğuna benzeyen, kusur sorumluluğudur⁸⁰⁸. İdarenin kusur sorumluluğundan bahsedebilmek için idari bir davranış, kusur, zarar ve davranış ile zarar arasında uygun nedensellik bağının mevcut olması gereklidir⁸⁰⁹. İhale sürecinde idarelerin ve Kurul'un kamu hukuku görev ve yetkilerine dayalı olarak tesis edeceği işlemlerden doğan zararlar açısından, bu işlemler kamusal görevlerin yapılması vesilesiyle tesis edildiği için, kusur sorumluluklarının varlığı kabul edilmelidir⁸¹⁰. Şu halde idarenin kusur sorumluluğuna dayalı (*hizmet kusurundan kaynaklanan*) zararların tazmini amacıyla tam yargı davası, Anayasa'nın 129. maddesinin 5. fıkrası gereğince kamu görevlilerine değil, idareye karşı açılacaktır.

İhale düzeni özelinde idarenin tazmin sorumluluğunu doğuracak olan idari davranış, “*ihale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler*”dir (4734 s. Kanun, m. 54). İdarenin ihale sürecinde, örneğin; ihalelere hâkim olan ilkelere, ihale ilan sürelerine, ihale usulünün tercihine ve tekliflerin değerlendirilmesine ilişkin kurallara, ihalenin en avantajlı teklif sahibi üzerine bırakılması gerekliliğine aykırı olarak tesis edeceği işlem ve eylemler, tazmin sorumluluğunu doğuracaktır. Mevzuat hükümlerine aykırı nitelikte tüm bu işlem ve eylemler aynı zamanda idarenin kusurunu da ortaya koyacaktır. Şu durumda ihale sürecinde tesis edilen işlem veya eylemden dolayı zarara uğradığını iddia eden, ihaleye çıkan idarenin ihale mevzuatına aykırı hareket ettiğini ispat ederse, idarenin kusurunu da ispat etmiş olacaktır⁸¹¹.

İdareden istenebilecek zararlar ise çeşitli ihtimallere göre şekillenmektedir⁸¹²;

İlk olarak, idarenin ihaleye çıkma kararı baştan itibaren hukuka aykırı olabilir. Örneğin; idarenin yeterli ödenek bulunmadığı halde ihaleye çıkmış olması durumu böyledir. Bu durumda ihaleye katılanlar ancak menfi (*ihaleye katılmak için yaptıkları harcamalar*) zararlarını talep edebilirler. Zira idare hukuka uygun davranmış olsaydı, zaten ihaleye hiç çıkmayacaktı; bu durumda hukuken bir sözleşmenin imzalanması imkânından, dolayısıyla mahrum kalınan kârdan bahsedilemeyecektir.

⁸⁰⁸ GÖZÜBÜYÜK, Yönetmelik Yargı, s. 291; KAPLAN, s. 271.

⁸⁰⁹ KAPLAN, s. 290 vd.

⁸¹⁰ Aynı yönde bkz. YILMAZ, s. 193.

⁸¹¹ BUZ, s. 183. İdari yargıda idarenin kusurunu iddia eden, kusuru ispatla mükelleftir. Ancak re'sen araştırma ilkesi uyarınca idari yargı hâkimi de idarenin kusuru olup olmadığını araştıracaktır. Bkz. KAPLAN, s. 291.

⁸¹² Bu ihtimaller hakkında detaylı açıklamalar için bkz. BUZ, s. 184 vd.

İkinci olarak, ihale süreci hukuka uygun biçimde başlamış, ancak idare haklı bir sebep olmaksızın ihalenin iptaline karar vermiş ise, 4734 s. Kanun'un 45. maddesi uyarınca en avantajlı teklif sahibi istekli geçici teminatını ve ihale sürecine katılmak için yaptığı harcamaları (*menfi zararlarını*) isteyebilir. Diğer isteklilerin herhangi bir talepte bulunmaları ise mümkün olmayacaktır. Çünkü ihale, hukuka aykırı şekilde iptal edilmeseydi dahi, sürecin sonunda sözleşme en avantajlı teklif verenle yapılacaktı. Başka bir deyişle ihale süreci hukuka uygun sonlandırılırdı dahi diğer istekliler açısından değişen bir durum olmayacaktı.

Üçüncü olarak, ihalede en avantajlı teklifi veren istekli; eğer ihale sözleşmesi hukuka aykırı olarak başka bir istekli ile imzalanırsa, müspet zararının (*sözleşmenin yapılmaması dolayısıyla mahrum kaldığı kârın*) tazminini talep edebilecektir. Ancak bu durumda istekli, ihale sürecine katılmak için yaptığı harcamaları talep edemeyecektir; zira ihale hukuka uygun olarak o kişi üzerinde bırakılırdı dahi, o harcamaların yapılması gerekecekti.

Dördüncü olarak, en avantajlı teklifi vermeyen, ancak idarenin kendisiyle sözleşme yaptığı yüklenici, hukuka aykırı işlemin iptali sonucu idare tarafından akdedilen sözleşme feshedilirse, geçen süre zarfında yerine getirdiği işlerin karşılığının yanında, sözleşme konusu edimi gerçekleştirmek için yaptığı yatırımlara ilişkin masrafları da isteyebilecektir. Kamu ihale sözleşmeleri özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirildiği için, sözleşme öncesi müzakere sürecinde tarafların birbirlerine yönelik dürüstlük kuralları çerçevesinde, sözleşme benzeri güven ilişkisine aykırı davranışları gerekir. İhaleyi açan idare ile istekliler arasında yürütülen süreçten doğan ihale ilişkisi, bir müzakere ilişkisidir. Ancak özel hukuktan farklı olarak bu ilişkide idare sıkı şekil şartlarına tâbidir ve ihale usulüne göre adım adım uyulması gereken kurallar mevzuatta belirlenmiştir. Bu durumda idarenin, sözleşme öncesi müzakere sürecinde tesis edeceği hukuka aykırı işlemlerden dolayı, *culpa in contrahendo* ilkesi uyarınca sözleşmenin tarafı olan yüklenicinin ortaya çıkan zararlarını tazmin sorumluluğundan da bahsedilebilecektir⁸¹³.

Beşinci olarak, tam yargı davasına konu edilecek zarar maddi olabileceği gibi manevi de olabilir⁸¹⁴. Bu bakımdan, örneğin; ihalede istekli olan bir şirket hakkında "4734 s. Kanun'un 17. maddesinde sayılan bir yasak fiil ve davranışı bulunmaksızın Resmî Gazete'de

⁸¹³ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. **BUZ**, s. 156 vd.

⁸¹⁴ **KAPLAN**, s. 292.

*yayımlanan idari bir işlemle” hukuka aykırı olarak kamu ihalelerinden yasaklama kararı verilmesi, söz konusu şirketin ticari itibarını zedeleyecek ve güvenilirliğini azaltacaktır. “Bu durumda, (...) manevî zararın” tazmini gerekecektir*⁸¹⁵.

4734 s. Kanun kapsamında aday, istekli ve istekli olabileceklerin ihale sürecinde tesis edilen işlemlerden doğan zararlarının tazmini için doğrudan tam yargı davası açma imkânı bulunmamaktadır. Yapılması gereken öncelikle şikâyet ve itirazın şikâyet yollarının tüketilmesi⁸¹⁶ ve itirazın şikâyet başvurusu üzerine Kurul ret kararı verir ise bu karara karşı idari yargıda, 2577 s. Kanun’un 12. maddesi uyarınca dava açmaktır. Ancak Kanun maddesinde tek dilekçeyle dava açma hakkının özel görünümü olarak düzenlenen iptal ve tam yargı davalarının birlikte açılması imkânı, bu halde uygulanamayacaktır. Danıştay içtihatları uyarınca ihale hukuku özelinde iptal ve tam yargı davaları ayrı yargılama usullerine tâbi oldukları için iki davanın ayrı açılması gerekmektedir⁸¹⁷.

İsteklilerin ihale sürecine fesat karıştıracak nitelikte hileli davranışları, aralarında anlaşarak teklif vermeleri gibi hallerde idare de zarar görebilmektedir. Hem 4734 s. Kanun, hem de diğer mevzuat, ihale sürecinin sağlıklı yürütülmesi için çeşitli hükümler içermektedir. Örneğin; 4734 s. Kanun’un 17. maddesi ihale sürecinin sağlıklı yürütülmesini engelleyecek türden yasak fiil ve davranışları belirtmektedir. Maddenin son fıkrasına göre bu yasak fiil ve davranışlarda bulunanlar hakkında “*ihalelere katılmaktan yasaklama*” kararı alınır⁸¹⁸. 4054 s. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 4. maddesi de rekabetin korunması amacıyla kimi eylem ve kararların alınmasını yasaklamıştır. Buna göre rekabeti sınırlayıcı anlaşma yapan, uyumlu eylemde bulunan ve bu yönde karar alanlar hakkında aynı Kanun’un 16. maddesinde belirtilen idari para cezası verilecektir.

İhale sürecinde kusurlu davranışı ile idareyi bir zarara uğratan istekliye karşı idarenin, “*geçici teminatın gelir kaydedilmesi*” şeklinde ifade edilen hukuki bir imkânı vardır. 4734 s. Kanun hükümleri uyarınca, örneğin; gerçeğe aykırı hususlar içeren taahhütname sunan (m.

⁸¹⁵ D. 13. Dairesi, E. 2011/1466, K. 2017/2748, T. 01.11.2017, (Yayımlanmamış Mahkeme Kararı).

⁸¹⁶ Zorunlu idari başvuru süreleri hak düşürücü nitelikte olup, bu sürelerin kaçırılması dava açma hakkını da ortadan kaldıracaktır. Bu halde zorunlu idari başvuruları yerine getirmeyenler, tam yargı davası da açamayacaklardır.

⁸¹⁷ Örneğin bkz. D. 13. Dairesi, E. 2017/1018, K. 2017/3335, T: 27.11.2017, (Yayımlanmamış Mahkeme Kararı).

⁸¹⁸ Bunun yanında 5237 s. Türk Ceza Kanunu’nun (RG, T. 12.10.2004, S. 25611) 235. maddesine göre ihaleye fesat karıştırma üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası gerektiren bir suçtur.

10), ihaleye katılmaması gerekirken katılan (m. 11), ihale üzerinde bırakıldığı halde sözleşme yapılmasında üzerine düşen görevi yerine getirmeyen (m. 44) isteklilerin geçidi teminatları idare adına gelir kaydedilmektedir. Görüldüğü üzere 4734 s. Kanun, “geçici teminat” alınması suretiyle ihale sürecine katılanların kusurlu davranışları nedeniyle idarenin zarara uğramasını engellemeyi amaçlamıştır⁸¹⁹.

D) KANUN YOLLARI

Kanun yolları, ilk derece mahkemelerince verilen nihai kararların üst mahkemelerce yeniden incelenmesi ve değiştirilebilmesinin sağlanması amacıyla kural olarak davanın taraflarına tanınmış olan bir hukuki başvuru yoldur⁸²⁰.

2577 s. Kanun, üçüncü bölümünde kanun yolları kavramını “kararlara karşı başvuru yolları” olarak ifade etmektedir. İdari yargılama hukukumuzda iki adet olağan (*istinaf ve temyiz*-2577 s. Kanun, m. 45 ve 46) ve iki adet olağanüstü (*yargılamanın yenilenmesi ve kanun yararına temyiz*-2577 s. Kanun, m. 51 ve 53) kanun yolu bulunmaktadır.

1. İstinaf

2577 s. Kanun’un 45. maddesinde, 18.06.2014 tarih ve 6545 s. Kanun⁸²¹’un 19. maddesi ile yapılan değişiklik sonucu idari yargı düzenimizde kendine yer bulan istinaf kanun yolu, idari yargılama düzenini iki dereceli hale getirerek⁸²² ilk derece mahkemesince karara bağlanan uyuşmazlıkların bir kere daha ve üst derece mahkemesi önünde hem maddi hem de hukuki yönlerden⁸²³ denetlenmesi imkânını sağlamıştır⁸²⁴.

2577 s. Kanun’un 20/A maddesine göre “ihaleden yasaklama kararları hariç ihale işlemleri” ivedi yargılama usulüne tâbidir. 2577 s. Kanun herhangi bir ayrıma gitmeden, ihaleden yasaklama kararı hariç, tüm ihale işlemlerini kapsama aldığı için, 4734 s. Kanun

⁸¹⁹ Türk hukuk uygulamasında idarenin, geçici teminatın gelir kaydedilmesinin ötesinde isteklilere karşı ayrıca bir tazminat talebinde bulunmasının sıkça karşılaşılmayan bir durum olduğu hakkında bkz. **BUZ**, s. 191.

⁸²⁰ **KAPLAN**, s. 465.

⁸²¹ RG, T. 28.06.2014, S. 29044.

⁸²² **SANCAKDAR**, Oğuz, İdari Yargı Sistemi Üzerine Düşünceler, Yaşar Üniversitesi Dergisi, C. 8, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan Özel Sayısı, 2013, s. 2244.

⁸²³ **ÇAĞLAYAN**, s. 740.

⁸²⁴ **KAPLAN**, s. 471. İstinaf yargılaması hakkında geniş bilgi için bkz. **SANCAKDAR**, Oğuz, İdari Yargı İstinaf Sistemindeki Olası Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Danıştay ve İdarî Yargı Günü 148. Yıl Sempozyumu, Ankara, 2016, s. 29 vd.

hükümlerine tabi olmayan ihalelere ilişkin açılacak davalarda da ivedi yargılama usulü uygulanacaktır. Bu durumda ihaleden yasaklama kararları hariç ihale işlemlerinden doğan uyuşmazlıklarda ilk derece mahkemesinin vereceği nihai kararlara karşı istinaf yoluna gidilmeyecek, bu kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde *temyiz yoluna* başvurulması gerekecektir (2577 s. Kanun, m. 20/A-1.g).

İhaleden yasaklama kararları ise olağan yargılama usulüne tâbi kılındığı için, bu hususta ilk derece mahkemesinin vereceği nihai kararlara karşı istinaf kanun yoluna başvurulabilir.

2. Temyiz

Temyiz kanun yolu, idari yargı yerlerince verilmiş olan kararların temyiz merciince, yargılama usulü ve uyuşmazlığın esasına ilişkin hukuki yönden değerlendirilmesini ifade eder⁸²⁵. Başka bir deyişle temyiz incelemesinde sadece hukukilik denetimi yapılmakta, maddi konular yeniden ele alınmamakta, yeni delil araştırması yapılmamaktadır⁸²⁶.

Hukukumuzda kural mahkeme kararlarının istinaf yargılaması sonucu kesinleşmesidir. Ancak ivedi yargılama usulüne tâbi olan ve ihaleden yasaklama kararları hariç ihale işlemlerinden doğan uyuşmazlıklarda, ilk derece mahkemesinin vereceği nihai kararlara karşı istinaf yoluna gidilmeyecek, bu kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde *temyiz yoluna* başvurulması gerekecektir (2577 s. Kanun, m. 20/A-1.g).

İvedi yargılama usulünde temyiz incelemesi yapan Danıştay, eğer gerekirse ilk derece mahkemesinin kararını kaldırarak kendisi esasa ilişkin yeni bir karar verecektir. Bunun tek istisnası "*ilk inceleme üzerine verilen kararlar*" yönündendir. Eğer ilk derece mahkemesinin ilk inceleme üzerine verdiği bir karar hukuka aykırı bulunursa, karar bozularak dosya ilgili mahkemeye gönderilecektir.

Danıştay'a göre ivedi yargılamaya tâbi bir uyuşmazlıkta "*görevsiz ve yetkisiz*" bir mahkeme tarafından verilen esastan kararların bozularak yerine yine Danıştay'ca bir karar verilmesi mümkün değildir⁸²⁷, "*aksi bir düşüncenin kabulü; 2577 s. Kanun'un 32.*

⁸²⁵ KAPLAN, s. 485.

⁸²⁶ ÇAĞLAYAN, s. 750.

⁸²⁷ D. 13. Dairesi, E. 2016/169, K. 2016/1458, T. 06.05.2016, (Yayımlanmamış Mahkeme Kararı).

maddesindeki, yetkinin kamu düzeninden olduğu kuralına ve yine aynı Kanun'un 'Dilekçeler üzerine ilk inceleme' başlıklı 14. maddesinin 6. fıkrasındaki, ilk inceleme üzerine verilebilecek kararların, ilk incelemeden sonra tespit edilmesi hâlinde de davanın her safhasında verilebileceği kuralına aykırılık oluşturur. Bu hâliyle; 'yetkisiz' mahkeme tarafından verilen esasa yönelik kararların yetki yönünden bozulmasında 2577 s. Kanun'un 20/A maddesine aykırılık bulunmadığı sonucuna ulaşılmaktadır⁸²⁸."

Danıştay bu kararında, işin esası hakkında bir inceleme yapabilmesi için dosyanın öncelikle "yetkili ve görevli" mahkemedен gelmesi gerektiğini ifade ederek, kimi özellikli işlerin hızlı biçimde çözülmesi için ihdas edilmiş, daha basit ve çabuk bir usulü ifade eden ivedi yargılama usulü uğruna kamu düzeninden olan ve bu nedenle davanın her aşamasında denetlenmesi gereken görev ve yetki kurallarının esnetilemeyeceğine karar vermiştir⁸²⁹.

E) YARGI KARARLARININ YERİNE GETİRİLMESİ

Sahip olduğu kamu gücü ayrıcalıkları dolayısıyla idare, kişiler üzerinde etki yaratacak nitelikte tek yanlı işlemler tesis edebilir ve bunlar hukuka uygunluk karinesinden yararlanırlar. Kural olarak bu karine, aksini belirten bir idari yargı kararı ile ortadan kaldırılabılır. O halde, idari yargı tarafından verilecek bir yürütmeyi durdurma ve/veya iptal kararı tesis edilinceye kadar idare, kendi aldığı kararlara uymalıdır. Burada söz konusu olan idarenin kendi aldığı kararlarla bağlı olması durumu, idari işlemin kanuniliği ilkesinin bir

⁸²⁸ Kararın karşı oyunda ise, 2577 s. Kanun'un lafzı incelendiğinde Danıştay'ın sadece "**ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan temyizi**" haklı bulduğu hallerde bozma kararından sonra dosyayı ilgili mahkemeye geri gönderme yetkisinin olduğu, bu durumda, ilk derece mahkemesince ilk inceleme hususlarında sorun görülmezsizin, **işin esası hakkında bir karar verilmesi hâlinde**, Danıştay'ca yetkisiz yargı yeri tarafından verilen karar bozulmakla birlikte, temyize konu karar "**ilk inceleme üzerine verilen**" bir karar olmayıp, esasa ilişkin bir karar olması nedeniyle, dosyanın ilgili mahkemesine gönderilmesine karar verilmek yerine, işin esası hakkında karar verilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Danıştay 13. Dairesinin E. 2016/169, K. 2016/1458, T. 06.05.2016 künyeli kararının karşı oyunda da ayrıca ivedi yargılama usulünde asıl kuralın, Danıştay'ın esas hakkında karar vermesi olup, kararı bozduktan sonra dosyayı ilk derece mahkemesine gönderme halinin sadece ilk inceleme üzerine verilen kararların temyiz incelemesinde mümkün olduğu ifade edildikten sonra idare hukukunda istisnaların dar yorumlanması gerektiği belirtilmiştir.

⁸²⁹ Anayasa Mahkemesi de benzer bir tutumla somut norm denetimi için kendisine gönderilen yasa maddesinin ilk incelemesinde, somut norm denetimine başvuran mahkemenin o uyuşmazlığı çözmeye görevli olması şartını aramaktadır. Aksi durumda başvuru reddedilmektedir. Bkz. AY Mah. E. 2013/59, K. 2013/68, T. 28.05.2013, (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr>, E.T.: 22.03.2018).

sonucu olduğu kadar, “*idareye güven ilkesi*”⁸³⁰ nin ve geniş anlamda hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir⁸³¹.

İdarenin idari yargı kararlarına uymasını zorunlu kılan diğer bir husus ise idari yargı kararlarının kesin hüküm niteliğidir⁸³². Bu niteliğin sonucu olarak idare, idari yargı tarafından iptal edilmiş bir işlemi, başka ad altında tekrar yapamaz⁸³³. İlk derece mahkemesinin vermiş olduğu bir yürütmeyi durdurma yahut iptal kararına karşı davalı idare, kanun yollarına gidilmiş olsa dahi⁸³⁴, söz konusu kararın gereklerini yerine getirmekle yükümlüdür⁸³⁵. Ancak ilk derece yargı kararının yürütmesinin üst derece yargı organı tarafından durdurulmuş olması halinde, idare mahkemesi kararını uygulamak için üst derece yargı yerinin onayını bekler⁸³⁶.

Yargı kararlarını uygulamamanın sonucu, İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 28. maddesinin 3. fıkrasında “*Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemeleri kararlarına göre işlem tesis edilmeyen veya eylemde bulunulmayan hallerde idare aleyhine Danıştay ve ilgili idari mahkemede maddi ve manevi tazminat davası açılabilir*” hükmü ile düzenlenmiştir. Bu hüküm idarenin yargı kararlarını uygulamaması durumunda başvurulacak yolu, yani dava yolunu⁸³⁷ düzenlemektedir. Yargı kararlarının gereklerini yerine getirmeyen idare ağır hizmet kusuru işlemiş olmakta ve tazminata mahkûm edilmektedir⁸³⁸. Aynı maddenin 4. fıkrasında ise “*Mahkeme kararlarının süresi içinde kamu görevlilerince yerine getirilmemesi hâlinde tazminat davası ancak ilgili idare aleyhine açılabilir*” hükmü bulunmaktadır. Anayasa’nın 129. maddesinin 5. fıkrasına dayanan bu hüküm uyarınca idare, kamu görevlilerinin yargı kararlarını uygulama hususundaki kusurları sebebiyle de

⁸³⁰ Bu ilke ile ilgili Danıştay’ın vermiş olduğu kararlara örnek olarak bkz. Danıştay 10.D, E. 2008/1336, K. 2012/1405, T. 11.04.2012; Danıştay İDDK, E. 2005/2493, K.2008/1095, T. 11/04/2008.

⁸³¹ **KAPLAN**, s. 452; **YAŞAR**, s. 107.

⁸³² **DUPUIS**, Georges/ **GUEDON**, Marie-José/ **CHRETIEN**, Patrice, Droit Administratif, 10. Bası, DALLOZ, Paris, 2007, s. 52.

⁸³³ **ÇAĞLAYAN**, Ramazan, İdari Yargıda Kesin Hüküm, A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, 1999, s. 138; **GÖZÜBÜYÜK**, s. 245 vd.

⁸³⁴ **DUPUIS/GUEDON/CHRETIEN**, s. 40.

⁸³⁵ **GÖZÜBÜYÜK**, A. Şeref/**TAN**, Turgut, İdare Hukuku Cilt 2 İdari yargılama Hukuku, 3. baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 661.

⁸³⁶ **GÖZÜBÜYÜK/TAN**, s. 1166, **ÇAĞLAYAN**, s. 754.

⁸³⁷ Fransız Hukuku’nda idari yargı kararlarının gereklerinin yerine getirilmesi için öngörülmuş olan yargısal emir (*injonction*) hakkında bkz. **SEYHAN**, Serkan, Yargı Kararlarının İdarece Uygulanmaması Durumuna Fransız Hukukunda Getirilen Çözüm: Yargısal Emir, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 2, Prof. Dr. M. İlhan Ulsan’a Armağan, 2016, s. 561 vd.

⁸³⁸ **YAYLA**, 481; **ALTINOK**, s. 148.

sorumludur. Bu durumda kişi, sadece idare aleyhine idari yargıda⁸³⁹ tazminat davası açabilecek, idare de ilgili kamu görevlisine rücu müessesesini işletebilecektir⁸⁴⁰. Ancak bu durum, yargı kararlarını kasten yerine getirmeyen kamu görevlilerinin Türk Ceza Kanunu kapsamındaki sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır⁸⁴¹.

SONUÇ

İhale, idarenin kamu hizmetini yürütürken ihtiyaç duyduğu mal ve hizmetleri almak, çeşitli yapım işlerini gerçekleştirmek; bunun yanında sahip olduğu malları satmak veya kiraya vermek amacıyla akdedeceği sözleşmelerin oluşum ve karşı tarafın belirlenmesi aşamasına uygulanacak idari usul kuralları bütünüdür. Başka bir ifadeyle ihalelere ilişkin kurallar, idarenin mevzuatında belirtilen konulara ilişkin olarak bir sözleşme yapma ihtiyacı doğarsa, uymak zorunda olacağı usul kuralları olarak belirlenmiştir.

Kaynakların dağıtımının ve fiyatların, piyasa katılımcılarının teklifleri ile belirlendiği, açık ve tanımlanabilir kurallarıyla bir piyasa mekanizması olarak ihale yöntemi, yalnızca elde edilecek geliri yükseltmekle kalmayıp, kamu kaynaklarının en yüksek verimle kullanılması bakımından da öne çıkmaktadır. Kamu kaynaklarının dağıtımı konusunda uygulanagelen diğer yöntemler şeffaflık ve verimlilik kaygıları doğururken, iyi tasarlanmış bir ihale, uyulması gerekli usul kuralları ile ***bu kurallara uygunluğun denetimini sağlayacak etkili mekanizmaları*** aracılığıyla kaygıları en aza indirebilmektedir.

İhale usulünün kamu kaynaklarının olabildiğince verimli kullanılmasında etkili bir araç olmasının ana nedeni, her ne kadar neo-klasik iktisat teorisi varsayımsal olarak aksini iddia etse de, değişimin sürekli olduğu piyasalarda, işlemin niteliği hakkında taraflardan birisinin genellikle diğer tarafın bilmediği bazı bilgilere sahip olduğu gerçeğidir. Bilginin bu tür asimetrik paylaşımı durumunda ihaleye çıkacak idare, ihale konusunun istekli olabilecekler için ne ölçüde değerli olduğunu bilemeyeceği için yaklaşık maliyeti piyasa araştırması yaparak belirlemek zorunda kalır. Buna karşın idarenin belirlediği yaklaşık maliyet tutarını ve kural olarak diğer tekliflerin tutarlarını bilemeyen ve idarenin beklentisine ya da diğer isteklilerin tekliflerine göre kendi teklifini ayarlama imkânı bulamayan istekli,

⁸³⁹ YAYLA, s. 481.

⁸⁴⁰ GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 695.

⁸⁴¹ ÇAĞLAYAN, s. 690; YAYLA, s. 481 dipnot 1217; GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 701; ALTINOK, s. 162.

kendi stratejisine göre en uygun teklifi yapmak durumunda kalacak ve bu sayede idare, serbest rekabet içerisinde kendisine en uygun tekliflerin yapılmasını sağlayacaktır. Piyasa fiyatının bulunmadığı ya da belirsiz olduğu durumlarda da ihale, bir tür fiyatlandırma mekanizması olarak görev yapacaktır.

Kamu ihalelerinin ülke ekonomisi açısından kilit önemde olduğu diğer bir konu ise yolsuzlukla mücadeledir. Yolsuzluk sadece ahlaki bozulmaya dayalı münferit durumlara indirgenebilecek bir olgu değildir. Yolsuzluk, **gerekli kontrol mekanizmalarının kurulmadığı bir sistemde**, kamusal karar alma yetkisine sahip kamu görevlilerinin varlığının genel bir sonucu olarak karşımıza çıkar. Bu bağlamda özellikle kamusal kaynakların kullanılmasında yetki sahibi olan; ancak aldıkları kararlar nedeniyle hesap vermeye yükümlü tutulmayan görevlilerin kendi çıkarlarını gözetmeleri yolsuzluğa neden olmaktadır.

Kamu alımları ise yolsuzluğa en yoğun biçimde maruz kalan alanlardan birisi olarak kabul edilmektedir. Bu durum, yolsuzlukların ülke ekonomisine verdiği zararlar dolayısıyla ayrı bir öneme sahiptir. Kamusal harcama yapma ve bu konuda karar alma yetkisine sahip görevlilerin ihale sürecinde özel çıkarları doğrultusunda yolsuzluk yapmalarının önlenmesi ise **her yönüyle sağlıklı işleyen bir ihale ve kontrol sisteminin gerçekleştirilmesiyle** mümkündür.

Bu tür nitelikli bir kamu ihale sisteminin dünya çapında yerleştirilmesi adına Birleşmiş Milletler tarafından hazırlanan “*Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi*”, 14.12.2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye’nin de 10.12.2003 tarihinde imzalamış olduğu Sözleşme’nin 9. maddesi kamu ihaleleri ile ilgili olup, taraf devletlere yolsuzlukla mücadele amacıyla kamu ihale sistemlerini şeffaflık, serbest rekabet ve karar alma sürecinde objektiflik kriterlerine göre düzenleme yükümlülüğü getirmektedir. Aynı şekilde OECD tarafından hazırlanmış olan “*Kamu Alımlarında Yolsuzluğun Önlenmesi*” başlıklı rapora göre de yolsuzlukla mücadelede kamu ihalelerinin sahip olması gereken başlıca özellikler şu biçimde sıralanmıştır: asgari standartların belirlenmesiyle sağlanacak bütünlük, şeffaflık, karşı tarafın sürece dâhil edilmesi, akdedilen sözleşmelere erişimin sağlanması, elektronik kamu alımlarının yaygınlaştırılması, **etkili bir denetim mekanizmasının kurulması**.

Sonuç olarak, uluslararası belgelerde ortaya konulan ilkelere uygun ve nitelikli bir kamu ihale sistemi, istekli olabilecekler arası serbest rekabeti sağlayıp yolsuzluğa engel

olacak mekanizmaları ile ülke ekonomisinde ciddi bir yere sahip olan kamu harcamalarında verimin üst düzeye çıkarılmasının etkili bir aracı olacaktır.

1982 Anayasası hükümleri incelendiğinde anayasa koyucunun ekonomik alanda planlı kalkınma modelini tercih ettiği görülmektedir. Bu kabulden hareketle Devletin, ekonomik piyasaların bir parçası olan kamu ihale düzenini de anayasanın ilgili hükümleri uyarınca şeffaflık ve serbest rekabet ilkeleri uyarınca tesis etmekle görevli olduğu söylenebilir. Yine Anayasa'nın ilgili maddeleri uyarınca Devlet, kamu ihale ile ilgili kuralları kanunlar aracılığıyla sağlamalıdır.

Tüm bu açıklamalar ışığında sırasıyla; Türk ihale mevzuatı, kamu ihalelerine hâkim olan ilkeler ve kamu ihalelerinin (*idari ve yargısal*) denetimi hususlarında çalışma boyunca yapılmış olan saptamalar ile getirilen öneriler sistematik biçimde ve öz olarak aktarılacaktır.

Türk İhale Mevzuatı Açısından;

Türk hukukunda ihaleleri düzenleyen iki temel mevzuat bulunmaktadır: 4734 s. Kamu İhale Kanunu ve 2886 s. Devlet İhale Kanunu. Bunun yanında eşitli kamu idareleri ya da çeşitli işler bakımından özel yasalar ile farklı düzenlemeler de getirilebilmektedir.

Nitelikleri itibariyle kamusal harcama yapılmasını gerektiren mal-hizmet alımları ve yapım işleri ile kamuya gelir getirici olan satış ve kiraya verme işlemlerinin farklı düzenlemelere konu olmaları gerekliliği hem 4734 s. Kanun'un gerekçesinde hem de öğretilerde ifade edilmiştir. Ayrıca, daha önce de belirtildiği gibi, uluslararası ve bölgesel düzenlemeler, kamu ihalesi yerine "*kamu alımları*" ifadesini kullanmakta ve temelde "*kamusal kaynaklardan harcama yapılması*" gerekliliğinin olduğu ihaleleri düzenleme altına almış bulunmaktadır. Sonuç olarak, idarenin kamu harcaması yapmasını gerekli kılan işlere ilişkin ihale mevzuatının AB ve WTO gibi uluslararası organizasyonların ihale mevzuatına paralel hale getirilebilmesi için mal veya hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin düzenlemeler 4734 s. Kanun, bu Kanun kapsamında yürütülen sürecin sonunda imzalanan sözleşmeler ise 4735 s. Kanun kapsamına alınmıştır.

4734 s. Kanun'un yürürlüğe girmesiyle birlikte "*mal ve hizmet alımları ile yapım işleri*" hem 2886 s. Kanun, hem de 4734 s. Kanun tarafından düzenlenen işler haline gelmiştir. Hüküm çatışmalarını önlemek amacıyla 4734 s. Kanun'a özel bir hüküm

konulmuştur. Kanun'un 68. maddesinin a bendi uyarınca “*bu Kanun kapsamında yer alan işlerin ihalelerinde 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümleri uygulanmaz.*” Aynı maddenin b fıkrası ise “*diğer kanunların 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunundan muafiyet tanıyan hükümleri ile bu Kanuna uymayan hükümleri uygulanmaz*” hükmünü getirerek Devlet İhale Kanunu'ndan ayırık olmayı öngören düzenlemeleri hükümsüz kılmıştır.

Nihayetinde 4734 s. Kanun'un yürürlüğe girmesi itibariyle, kural olarak *kamusal harcama* yapılmasını gerekli kılan mal ve hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin ihaleler bu Kanun kapsamında yürütülecek iken, *kamuya gelir getirici* nitelikte olan işlere ilişkin ihalelerde ise 2886 s. Kanun hükümleri uygulanacaktır.

4734 s. Kanun'da öngörülen ve fakat 2886 s. Kanun çerçevesinde yürütülen ihalelerde uygulama imkânı bulunmayan kimi hükümler, 2886 s. Kanun çerçevesinde ihale yürüten idarelerce uygulanmaya çalışılmaktadır. Örneğin; 2886 s. Kanun'a tabi bir kiraya verme ihalesinde en yüksek bedeli teklif eden isteklinin sözleşme yapmaya yanaşmaması üzerine ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekli ile sözleşme yapılması mümkün değildir; zira bu imkân 4734 s. Kanun ile ve sadece kamu ihaleleri açısından öngörülmüştür. ***Yaşanan bu tür aksaklıkları gidermek adına kamu ihale mevzuatı yasama organınca bütüncül olarak ele alınıp gözden geçirilmelidir.***

4734 s. Kanun, “*istisnalar*” kenar başlıklı 3. maddesinde 20 bent (*a-u*) halinde sayarak belirttiği ihalelerde “*ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç*” olmak üzere 4734 s. Kanun'un uygulanmayacağı hükmünü içermektedir. ***4734 s. Kanun'un ilk halinde sadece 5 bent olarak düzenlenmiş olan istisna hükümlerinin, 2018 yılı itibariyle 20 bende çıkmış olması, 2886 s. Kanun'a istisna hükümleri açısından yöneltilen eleştirileri akıllara getirmektedir.*** OECD tarafından Türkiye'de kamu ihalelerine ilişkin hazırlanan *SIGMA* raporunda da belirtildiği üzere Kamu İhale Kanunu 2004 yılından beri düzenli bir şekilde değiştirilmektedir. Yine raporda bu değişikliklerin bazıları hükümetin kamu ihaleleri ile ilgili politikalarının sonucu olmaktan ziyade, bazı milletvekilleri ile bakanların şahsi ve plansız girişimleri sonucu gerçekleştiği ifade edilmiştir. ***Bu değişiklikler Kamu İhale Kanunu'na, AB müktesebatında yeri olmayan bazı istisna hükümleri getirmiştir.*** Unutmamak gerekir ki

suiistimale açık bir alan olması nedeniyle kamu ihale mevzuatının temelde iyi hazırlanması, çok nadir olarak ve sadece zorunlu hallerde değiştirilmesi gerekmektedir.

4734 s. Kanun'un 66. maddesi ise “*bu Kanun hükümlerine ilişkin değişiklikler, ancak bu Kanuna hüküm eklenmek veya bu Kanunda değişiklik yapılmak suretiyle düzenlenir*” hükmünü içermektedir. Bu durumda 4734 s. Kanun uygulamasına getirilmesi istenen istisna hükümleri; ancak bu Kanun'da değişiklik yapılmak suretiyle gerçekleştirilebilir. 4734 s. Kanun'da değişiklik yapılmaksızın yürürlüğe konulan başka bir kanun hükmü ile Kamu İhale Kanunu uygulamasına istisna getirildiği varsayımında, **özel ve sonraki tarihli kanun hükmünün öncelikle uygulanması ilkesi sonucu**, 4734 s. Kanun'un 66. maddesinin etkinliği kalmayacağı belirtilmelidir.

Kamu İhalelerine Hâkim Olan İlkeler Açısından;

Kamu ihaleleri; idarenin “*sözleşmenin karşı tarafını belirleme*” iradesinin sınırını oluşturmaktadır. Dolayısıyla idare, özel hukukta söz edilen geniş bir sözleşme serbestisine sahip olmayıp, işlemlerini kamu yararını gözeterek ve ilgili usul kurallarını uygulayarak tesis etmek durumundadır. Bunun yanında kamu ihaleleri, serbest piyasa ekonomisinde piyasayı denetim, fiyat belirleme ve yolsuzlukla mücadele araçlarından biri olarak karşımıza çıkar. Tüm bu amaçlara ulaşabilmek için ihale süreci, belli başlı ilkelere göre yürütülmelidir.

Kamu kurum ve kuruluşları ile idareleri, ihalenin bir sözleşme ile sona ermesine kadar geçen ve İdare Hukukunun ilke ve kurallarına tâbi olan süreçte yasal ve içtihadi olarak belirlenen ilkelere uygun hareket etmek durumundadırlar. Öte yandan, kimi idare ya da ihale türlerinin temel ihale mevzuatından bağımsız tutulması, idarenin ihale sürecinde geniş bir takdir yetkisinin olduğu şeklinde de yorumlanmamalıdır.

4734 s. Kanun'un 5. maddesinde “*kamu ihalelerine hâkim olan ilkeler*” sıralanmıştır. Bunun yanında 4734 s. Kanun, “*idarelerce uyulması gereken diğer kurallar*” kenar başlıklı 62. maddesinde de idarelerin uyması gereken kimi teknik ve özel nitelikte noktalar düzenlenmiştir. Bu noktada belirtilmelidir ki, “*eşik değerlerin altında kalmak amacıyla mal veya hizmet alımları ile yapım işleri kısımlara bölünmemesi*”, “*ödeneği bulunmayan hiçbir iş için ihaleye çıkılamaması*” ve “*ilgili mevzuatı gereğince Çevresel Etki Değerlendirme (ÇED) raporu gerekli olan işlerde ihaleye çıkılabilmesi için ÇED olumlu belgesinin alınmış*

olması”na ilişkin düzenlemeler, kamu ihale sürecinin tamamına sirayet eden genel ve soyut birer ilke olmaktan ziyade, ihaleyi yürütecek olan idareye yönelik somut ve teknik kurallar içeren düzenlemelerdir. ***Söz konusu kuralların, 4734 s. Kanun’un 5. maddesinde değil, “idarelerce uyulması gereken diğer kurallar” kenar başlıklı 62. maddesinde düzenlenmesi, kanun sistematigi açısından daha uygun olacaktır.***

Son olarak belirtmelidir ki idare hukukuna hâkim olan ilkeler (*örneğin; idarenin kanuniliği ilkesi, idareye güven ilkesi, idari istikrar ilkesi, gerekçe ilkesi*) idare hukukunun kapsamında bulunan kamu ihale hukuku alanında da geçerliliğini korumaktadır.

Kamu İhalelerinin Denetimi Açısından;

4734 s. Kanun’da kurgulanan sisteme göre “*ihale süreci*”, ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanması aşamasına kadar devam eden süreci ifade etmektedir. İhaleyi yürüten idare; ihaleye ilişkin dokümanları ve şartnameleri hazırlama, yaklaşık maliyeti belirleme, ihaleyi ilan etme, gelen teklifleri değerlendirme ve ihaleyi karara bağlama gibi kamu gücüne dayalı ve tek yanlı pek çok karar alır ve işlem tesis eder. Bu süreçte idare, kararları ve işlemleri aracılığıyla kimi zaman ilgililerin hak ve menfaatlerini ihlal edilebilir.

Anayasamızın 2. maddesinde de ifadesini bulan “*hukuk devleti*” ilkesinin mevcudiyetinden bahsedilebilmesi için belli başlı şartların yerine getirilmiş olması gereklidir. Bu gereklerden birisi de idarenin yargısal denetimidir; zira yargı tarafından gerçekleştirilecek bu denetim bir yandan idareyi hukuka uygun hareket etmeye yöneltirken, bir yandan da kişilerin idare ve onun keyfî işlem ve eylemleri karşısında korunmasını sağlamaktadır. Bu açıdan yargısal denetimin iki yönlü sonucu vardır, denilebilir. Mevzuatımızda, yargısal denetim dışında, idarenin işlem ve eylemlerinin yine idarece denetlenmesi için getirilmiş temel düzenleme ise 2577 s. Kanun’un 11. maddesinde belirtilen “*üst makamlara başvuru hakkı*”dır.

Kamu İhalelerinin İdari Denetimi;

4734 s. Kamu İhale Kanunu, ihale sürecinde doğacak uyuşmazlıkların çözümü ve ihale sürecinin denetimi için, 2886 s. Kanun’dan ve idarenin eylem ve işlemlerinin idari denetimine ilişkin genel düzenlemeden farklı olarak, ikili bir yöntem öngörmüştür. Buna göre; ihale sürecindeki hukuka aykırı işlemler veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya

zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday, istekli veya istekli olabilecekler, yine 4734 s. Kanun'da belirtilen yöntem kurallarına uygun olarak öncelikle ihaleyi yapan idareye “şikâyet”, ve ardından şikâyet başvurusu üzerine idarece alınan kararı uygun bulmayan aday, istekli veya istekli olabileceklerin Kamu İhale Kurumu'na “itirazen şikâyet” başvurusunda bulunmaları gerekmektedir. Bu başvuru yolları dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu idari başvuru yollarıdır (4734 s. Kanun, m. 54/2).

İdari yargıda kural olarak idari dava açılmadan önce idareye başvuru yapılması zorunlu tutulmamıştır. İdari dava açmadan önce idareye zorunlu bir başvuru yapılması gerekiyorsa, bunun mevzuatta açıkça yer alması gerekmektedir. Kanunla öngörülmüş olan zorunlu idari başvuru örneklerinden birisi de 4734 s. Kanun'un 55. maddesi hükmüdür. Zira bu maddeye göre şikâyet ve itirazen şikâyet başvuruları “dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu idari başvuru” niteliğindedirler (4734 s. Kanun, m. 54/2). Böyle hallerde idareye başvuru yapılmadan dava açılması durumunda idari yargı yeri “idari merci tecavüzü” olduğu gerekçesiyle dosyanın görevli idare merciine tevdiine (2577 s. Kanun, m. 15/1-e) karar verecektir.

1. Zorunlu idari başvuru yapılmadan doğrudan dava açılması sonucu dilekçenin görevli idare merciine tevdi halinde, idare merciine başvuru tarihine ilişkin olarak: 4734 s. Kanun, 54. maddesinin 10. fıkrası hükmü ile idari yargılama hukukuna hâkim olan genel kurula bir istisna getirmiştir. Anılan düzenlemeye göre, başvurunun ihaleyi yapan idare veya Kamu İhale Kurumu dışındaki idari mercilere, ihaleyi yapan idareye yapılması gerekirken doğrudan Kamu İhale Kurumu'na ya da doğrudan yargı mercilerine yapılması ve başvuru dilekçelerinin bu merciler tarafından ilgisine göre idareye veya Kamu İhale Kurumu'na gönderilmesi hâlinde, dilekçelerin idare veya Kamu İhale Kurumu **kayıtlarına girdiği tarih, başvuru tarihi olarak kabul edilir.** Bu düzenleme göz önüne alındığında, zorunlu idari başvurular atlanarak doğrudan idari yargıda iptal davası açıldığı durumlarda, mahkemenin dilekçeyi ilgili idareye göndermesi sürecinde, şikâyet ve itirazen şikâyet başvuruları için öngörülen sürelerin, (4734 s. Kanun'da başvuru sürelerinin oldukça kısa olduğu da göz önünde bulundurulduğunda) kaçırılma ihtimali bulunmaktadır. Bu sürelerin kaçırılması, yargısal denetimi de engelleyecektir.

2. İstekli olabileceklerin şikâyet başvurusuna konu edebileceği işlemlere ilişkin olarak: Yönetmelik düzenlemesine göre istekli olabilecekler ön yeterlik ve/veya ihale dokümanının verilmesi, ön yeterlik ve/veya ihale ilanında veya ön yeterlik ve/veya ihale dokümanında yer verilen düzenlemeler ve/veya bu düzenlemeler ile idari uygulamalar arasındaki uyumsuzluklar hakkında başvuruda bulunabilirler. *Yönetmelik düzenlemesine göre istekli olabilecekler örneğin; tekliflerin değerlendirilmesi ya da ihalenin sonuçlandırılması aşamasında tesis edilen işlemlere karşı şikâyet başvurusunda bulunamazlar.*

Mevzuat hükmü böyle olmakla birlikte Danıştay “**Yönetmelik düzenlemesinin Kanunu aşar hükümler içerdiği, nitekim Kanun'da bu şekilde bir ayırıma gidilmeksizin başvuru kriterlerinin hak kaybı, zarar veya muhtemel zarar olarak belirlendiği**” gerekçesiyle **istekli olabileceklerin de hak kaybı veya zararlarının doğması hâlinde tekliflerin değerlendirilmesi ve ihalenin sonuçlandırılmasına dair işlemler hakkında başvuruda bulunabileceklerine karar vermektedir.** Şu halde, Kamu İhale Kurulu'nun bu konuya ilişkin ehliyet yönünden ret kararı verdiği bir işleme karşı açılacak davada, bu ret kararının yanında **kararın dayanağı olan düzenleyici işlemin,** başka bir deyişle Yönetmeliğin, Danıştay'a göre “*Kanunu aşar hükümler içeren*”, 5. maddesi hükmünün de, 2577 s. Kanun m. 7/4 uyarınca, **iptalinin talep edilmesinin gerektiği** ortadadır. Bununla birlikte Danıştay kararlarında yer verilen gerekçeler dikkate alınarak **Yönetmelik hükmünde değişiklik yapılması da düşünülebilir.**

3. İhale üzerinde bırakılmış olan isteklinin yapacağı şikâyet başvurusuna ilişkin olarak: Kamu İhale Kurulu kararlarına göre ihaleye teklif veren istekliler, “*basiretli bir tacir*” gibi hareket etmek zorundadırlar. Buna göre bir isteklinin “*teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasını*” öngörerek ihaleye teklif sunması, basiretli bir tacirden beklenmeyecek bir davranış olup, basiretli bir tacirin ihaleye teklif sunarken temel amacının ihalenin uhdesinde bırakılmasını sağlamak olduğu kabul edilmelidir. Bu nedenle Kamu İhale Kurulu'na göre **ihale üzerine bırakılan isteklinin,** daha sonra ihalenin iptali talebiyle şikâyet başvurusunda bulunma ehliyeti yoktur. Ancak Danıştay, başvuru ehliyetini geniş yorumlayarak “*ihaleye teklif veren ve ihale üzerinde kalan gerçek ve tüzel kişilerin de, gerek 4734 s. Kanun gerekse ilgili Yönetmelik hükümleri uyarınca istekli statüsünde bulunduğu, ihalenin üzerinde kalıp kalmadığına bakılmaksızın*” şikâyet ve itirazın şikâyet başvurusunda bulunabileceklerine hükmetmektedir. Başka bir ifadeyle “*iddiaların ihalenin iptalinin gerektirip gerektirmediği*

hususunda işin esasına geçilerek bir inceleme yapılmaksızın, **salt davacının ihaleyi kazanmış olduğundan** ihalenin iptalini isteme hususunda ehliyetli olmadığından bahisle itirazın şikâyet başvurusunun usul yönünden reddi” hukuka uygun olmayacaktır.

4. İtirazın şikâyet başvuru dilekçesinde, idareye verilen şikâyet dilekçesinin bir örneğinin eklenmesi zorunluluğuna ilişkin olarak: İtirazın şikâyet dilekçelerine, başvuruda bulunmaya yetkili olduğuna dair belgeler ile imza sirkülerinin aslı veya yetkili mercilerce onaylı örneklerinin, *idareye verilen şikâyet dilekçesinin bir örneği*, varsa şikâyete idarece verilen cevabın bir örneği ile başvuru bedeli ve teminatının Kurum hesaplarına yatırıldığına dair belgenin eklenmesi zorunludur. İdareye verilen şikâyet dilekçesinin bir örneğinin itirazın şikâyet başvurusunda sunulması zorunluluğu 4734 s. Kanun’da bulunmamaktadır. Bu zorunluluk Yönetmelik m. 8/5’e getirilen ek ibareden doğmaktadır. **Kanun’da belirtilmeyen bir dokümanın tesliminin Yönetmelik hükümlerince zorunlu kılınması, normlar hiyerarşisi ilkesine aykırı bir durum oluşturmaktadır.**

5. İtirazın şikâyet başvuru bedellerine ilişkin olarak: İdari yargıda dava açılması için tüketilmesi zorunlu idari başvuru yolu olan itirazın şikâyet başvurusu için, başvuru bedeli ve teminat yatırılması şartlarının öngörülmesi, Anayasa’nın 36. maddesinde düzenlenen hak arama özgürlüğü ve 125. maddesinde ifadesini bulan idarenin her türlü işlem ve eylemine karşı yargı yolunun açık olması kuralı yönlerinden ciddi bir sınırlama getirmektedir. Öğretide; dava açılması şartının itirazın şikâyet başvurusu yapılmış olmasına; bu başvurunun da başvuru bedeli ve teminat adı altında Kurum’a yüksek miktarda ödemelerin yapılmasına bağlanmasının, anayasal dayanağı olmayan fiili bir “*yasama kısıntısı*” oluşturduğu ifade edilmiştir. Öte yandan, başvuru bedellerinin Kurum’un gelirlerinden sayılması ve Kurum’a ödenen başvuru bedelinin iadesinin mümkün olmaması da tartışmaya açıktır. Yargısal başvuru öncesi tüketilmesi zorunlu olan itirazın şikâyet başvurusu için dava harçlarının çok üzerinde başvuru bedeli istenmesi, Kurul’un vereceği ret kararı sonrası açılacak iptal davasında **davacının haklı çıkması ve Kurul kararının iptali durumunda dahi** itirazın şikâyet başvuru bedelinin “*mahkeme masrafı*” sayılmadığı için iadesinin mümkün olmaması haklı olarak eleştirilmiştir. **Hak arama özgürlüğünü güvence altına almak adına, itirazın şikâyet başvuru yolu için öngörülen başvuru bedellerine ve bu bedellerin, nihayetinde başvurusunun haklı çıkması halinde iadesinin sağlanmasına ilişkin yasal düzenleme yapılmalıdır.**

6. İlgililer tarafından yapılacak olan şikâyet başvuru tarihinden sonra; fakat şikâyet başvurusu ile ilgisi olmayan ihalenin iptal kararlarına ilişkin olarak: İhalelerin iptali açısından 4734 s. Kanun'un 56. maddesi, “*ihalenin iptaline ilişkin işlem ve kararlardan, sadece şikâyet ve itirazın şikâyet üzerine alınanlar itirazın şikâyete konu edilebilir*” hükmünü içermektedir. Yönetmeliğin 4. maddesine göre ise, “*idare tarafından şikâyet dilekçesinin kayıtlara alındığı tarih veya sonrasında herhangi bir nedenle alınan ihalenin iptali kararına karşı*” itirazın şikâyet başvurusunda bulunulması gerekmektedir. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu önüne gelen bir davada, ihalenin ihaleyi yapan idarece tespit edilen farklı bir sebeple iptaline ilişkin işlemlerin doğrudan idarî yargı merciinde dava konusu edilmesi gerektiğine yönelik açık hükmü karşısında ihalenin re'sen iptali niteliğindeki kararın, ***sırf bu karar alınmadan önce ihale işlemlerine karşı başvuru yapıldığı gerekçesiyle, doğrudan dava konusu edilememesinin hukuken mümkün olmadığını ifade etmiştir.*** Şu halde Yönetmeliğin 4. maddesi, 4734 s. Kanun'un 56. maddesini aşan hükümler içermektedir. Danıştay kararlarında yer verilen gerekçeler dikkate alınarak ***Yönetmelik hükmünde değişiklik yapılması gereklidir.***

Ayrıca belirtilmelidir ki, şikâyet ya da itirazın şikâyet başvurusu olmaksızın idarenin re'sen aldığı ihalenin iptali kararlarına karşı itirazın şikâyet yoluna gidilemez, bu durumda yetkili idare mahkemesinde dava açılması gerekmektedir. Bu hallerde idareye yapılacak olan olası başvuru, 4734 s. Kanun kapsamında bir şikâyet başvurusu olarak değerlendirilmez. Bu bağlamda “*ihaleden yasaklama kararları hariç*” ihale işlemlerinden doğan uyuşmazlıklara ilişkin davalar ivedi yargılama usulüne tabi olduğundan, 2577 s. Kanun'un 11. maddesi hükümleri de uygulanmayacağı için, bu türden bir başvuru dava açma süresini de durdurmazdır.

7. Kamu İhale Kurumu tarafından gerçekleştirilecek kamu ihalelerinin denetimine ilişkin olarak: Kamu İhale Kurumu bir düzenleyici ve denetleyici kurumdur ve 4734 s. Kanun'un kapsamına girmektedir. Bu nedenle Kurum tarafından gerçekleştirilecek mal alımı, hizmet alımı ve yapım işlerine ilişkin ihalelerin denetimi de yine 4734 s. Kanun hükümlerince gerçekleştirilecektir. Bu durumda hem şikâyet hem de itirazın şikâyet başvuruları Kurum'ca incelenecektir. Yönetmeliğin 10. maddesi hükmüne göre şikâyet başvurusu bizzat ihale yetkilisi tarafından incelenebileceği gibi, ihale yetkilisinin görevlendirdiği kişiler ya da bir kurulca da gerçekleştirilebilir. ***Şikâyet incelemesinde görev alan kişilerin itirazın şikâyet***

incelemesine katılmamalarına özel önem gösterilmelidir. 4734 s. Kanun'a, Kamu İhale Kurumu tarafından gerçekleştirilecek ihalelerin denetimine ilişkin açık bir düzenleme getirilmesi, idarenin kanuniliği ilkesine daha uygun bir çözüm olacaktır.

8. Açılmış olan bir idari davada merci tevdi kararı verilmesi sonucu dosyanın Kamu İhale Kurumu'na iletilmesi durumunda başvuru ücretlerine ilişkin olarak: Kurum'a itirazın şikâyet başvurusu yapılması gerektiği halde doğrudan dava açıldığı durumlarda, idari yargı yerinin merci tecavüzü gerekçesiyle vereceği tevdi kararı ile birlikte dosya, incelenmek üzere Kurum'a iletilecektir. Bu durumda Kurum, başvuru dilekçesinde “*itirazın şikâyetine ilişkin başvuru ücretini ve başvuruda bulunmaya yetkili olduğuna dair belgeleri*” sunmamış oldukları için başvuruyu şekil yönünden reddetmemelidir. Danıştay'a göre “*merciine tevdi kararı ile davalı Kurum'a gelen dosyadaki itirazın şikâyet başvurusu usulünün özel bir durum oluşturduğunun açık olması karşısında, Mahkemece merciine tevdi kararı verilip verilmeyeceğinin davacılar tarafından davanın açılması aşamasında bilinemeyecek olması nedeniyle, dava dilekçesi ile birlikte sunulması beklenemeyecek olan itirazın şikâyet başvurusu bedelini Kurum hesaplarına yatırmak ve başvuruda bulunmaya yetkili olduğuna dair belgeleri sunmak üzere davalı idarece davacılara süre verilmesi*” gerekmektedir.

9. İtirazın şikâyet başvurusunda, şikâyet başvurusunda belirtilen; fakat itirazın şikâyet başvurusunda belirtilmeyen hususların Kurul'ca incelenmesine ilişkin olarak: Danıştay'a göre “*başvuru sahibinin iddiaları*” ifadesi şikâyet ve itirazın şikâyet başvurusunda ileri sürülen iddiaların tamamını kapsar. Bu durumda Kurul, başvuru sahibinin **şikâyet başvurusunda ileri sürdüğü; ancak itirazın şikâyet başvurusunda yer almayan iddiaları hakkında inceleme yapmaya yetkilidir.** Bu nedenle, şikâyet başvurusunun idarece reddine dair verilen kararda ve itirazın şikâyet başvurusunda belirtilmeyen; fakat şikâyet başvurusunda belirtilen hususlar açısından Kurul'un yapacağı denetim “*yetki aşımı*” olarak nitelendirilemez. Danıştay'a göre aksi yorum “*zaten Kanun'un 56. maddesinde yer alan hususlar ile sınırlandırılmış olan Kurul'un inceleme yetkisinin, Kanun'un amacını da aşacak şekilde daha fazla sınırlandırılması*” anlamına gelecektir.

10. Yapılmış olan şikâyet başvurusunda belirtilmemiş ve ilk defa itirazın şikâyet başvurusunda öne sürülen iddiaların Kurul'ca incelenmesine ilişkin olarak: İdarenin şikâyet üzerine aldığı kararda belirtilen hususlar hariç olmak üzere, **şikâyet dilekçesinde**

konu edilmemiş hiçbir husus itirazın şikâyet yoluyla Kurum'un önüne getirilemez (Yönetmelik, m. 8/10). Danıştay ise önüne gelen davalarda, "4734 s. Kanun'un 56. maddesinin lafzından, başvuru sahibinin iddialarından sadece şikâyet başvurusunda yer alan iddiaların anlaşılacağı, şikâyet ve itirazın şikâyet başvurularında yer alan tüm iddiaların incelenmesinin gerektiği, Kanun'da sayma suretiyle bir sınırlama yapılmadığı, Kamu İhale Kurulu'nun, **başvuru sahibinin itirazın şikâyet başvurusundaki iddialarını, bu iddiaların şikâyet aşamasında öne sürülüp sürülmediğine bakılmaksızın**" incelemesi gerektiğini ifade ederek aksi yönde kararlar vermektedir. Danıştay, anılan Yönetmeliğin 8. maddesinde bulunan açık hüküm karşısında geliştirdiği bu içtihadı gerekçe olarak, "2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7. maddesinin dördüncü fıkrasında, 'Düzenleyici işlemin iptal edilmemiş olması, bu düzenlemeye dayalı işlemin iptaline engel olmaz' hükmü yer almakta olup, **bu hükümlerle, idari yargı mercilerine bireysel işlemlerin yargısal denetiminde, bu işlemlerin dayanağı ikincil nitelikteki düzenleyici işlemleri ihmal etme yetkisi tanınmıştır**. Bu kapsamda Kanun'un 56. maddesinin ikinci fıkrası hükmünü daraltması nedeniyle dayanağı kanuna aykırı olan İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin 8. maddesinin onuncu fıkrası hükmünün ihmal edilerek Kanun'un 56. maddesinin ikinci fıkrası" çerçevesinde inceleme yapılması gerekliliğini ifade etmektedir.

Şikâyet başvurusuna konu edilmemiş kimi hususların itirazın şikâyet başvurusuna konu edilerek **doğrudan** Kurul'un incelemesine tabi tutulmasını sağlayan bu yorum, 4734 s. Kanun'un itirazın şikâyet başvurusundan önce şikâyet başvurusu yapılmasını zorunlu kılan sistemine aykırıdır. **Bu nedenle Yönetmeliğin 8. maddesinde bulunan hükmün 4734 s. Kanun'un 56. maddesine eklenmesi yerinde olacaktır.**

11. Kurul'nun alabileceği kararlara ilişkin olarak: Danıştay'a göre Kurul, 4734 s. Kanun'da belirtilen kararlardan (*başvurunun reddi, düzeltici işlem belirlenmesi ve ihalenin iptali*) birini almak zorundadır ve Kurul'un 4734 s. Kanun'da öngörülen görev ve yetkilerini etkin ve verimli bir şekilde yürütülebilmesi, Kurul kararının sonuca etkili olabilmesiyle mümkündür. Bu bakımdan Kurul, "ihale işlemleriyle ilgili mevzuata aykırılıkların ilgili idaresine bildirilmesi" şeklinde **sonuca etkili olmayan** bir karar veremeyeceği gibi, "karar verilmesine yer olmadığı" yönünde Kanun'da açıkça belirtilmeyen bir karar da alamaz.

Kamu İhalelerinin Yargısal Denetimi;

Anayasamızın 2. maddesinde de ifadesini bulan “*hukuk devleti*” ilkesinin temel gereklerinden birisi idarenin yargısal denetimidir. Çünkü yargı tarafından gerçekleştirilecek bu denetim bir yandan idareyi hukuka uygun hareket etmeye yöneltirken, bir yandan da kişilerin idare ve onun keyfi işlem ve eylemleri karşısında korunmasını sağlayacaktır. Yine Anayasamız 125. maddesinde “*idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır*” hükmünü getirerek idarenin işlem ve eylemleri üzerinde yargısal denetimin esas olduğunu belirtmiştir.

Kamu İhale Kurumu düzenleyici ve denetleyici bir kurum olarak, ihale rejimini düzenlemenin yanında kamu ihale sürecinde doğan uyuşmazlıkları çözmekle de görevli ve yetkilidir. Bu bakımdan “*hukuki uyuşmazlıkları çözüme ve karara bağlama*” fonksiyonu itibariyle yargısal nitelikte bir faaliyet yürüttüğü düşünülebilir; ancak Anayasa’nın 9. maddesi uyarınca yargı yetkisi sadece bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılabilir. Bu bakımdan idari bir organ olan Kamu İhale Kurumu’nun uyuşmazlık çözümüne ilişkin fonksiyonu da aslen idari bir fonksiyondur. Kurum’un vereceği kararlar da idari nitelikte olup Anayasa’nın 125. maddesi uyarınca yargı denetimine açıktır.

1. Görevli yargı yerine ilişkin olarak: 4734 s. Kanun kapsamında yürütülen ihalelerde, sözleşmesinin imzalanmasına kadar geçen ihale sürecinde alınan kararlar ve tesis edilen işlemlerin yargısal denetimi idari yargı tarafından gerçekleştirilir. Buna karşın kamu ihale sürecinin sonunda imzalanan kamu ihale sözleşmesi, bir özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edildiği için, sözleşme hükümlerinin uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların yargısal denetimi de adli yargı tarafından yerine getirilir. Bu noktada özellikle belirtilmelidir ki, uyuşmazlığın çözümü için görevli yargı kolunun tespitinde önemli olan, dava tarihi itibariyle sözleşmenin imzalanıp imzalanmamış olması değil, uyuşmazlık yaratan işlemin hukuki niteliği ve kaynağıdır.

4734 s. Kanun’un 57. maddesinde ise Kurum’un şikâyetler üzerine verdiği kararlarının yargısal denetime açık olduğu belirtilmiştir. Bu madde hükmüne bakıldığında yasa koyucu yargısal denetimle ilgili olarak salt “*Türkiye Cumhuriyeti Mahkemelerinde dava konusu edilebilir*” demekle yetinmiştir. Bu düzenleme yargısal denetimde, görevli yargı kolunu göstermemektedir.

Gerek öğretide gerekse yargı kararlarında idarenin idari fonksiyonuna girdiği kabul edilen işlem ve eylemleri ile sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların idari yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği belirtilmektedir. Yukarıda belirtildiği gibi Kurum'un şikâyetlerle ilgili verdiği kararlar, idari fonksiyonu ile ilgilidir. Kararlar, idari fonksiyon kapsamında tesis edildiğine göre, **bu kararların yargısal denetiminin de idari yargı yerlerinde olması gerekecektir.** Her ne kadar yasa koyucunun, Anayasa'nın 142. maddesi uyarınca, mahkemelerin görev ve yetki alanlarını belirlemede takdir yetkisi bulunsa bile Anayasa mahkemesinin bir kararında da belirttiği üzere bu yetkinin haklı neden ve kamu yararı uyarınca kullanılması gerektiği de açıktır.

2. İdari yargıda doğrudan dava açılması gereken hallere ilişkin olarak: İhale sürecinden doğan kimi uyuşmazlıklara karşı, şikâyet ve itirazın şikâyet başvuru yolları tüketilmeksizin idari yargıda dava açılması gerekmektedir. Bu haller şu şekilde sıralanabilir;

a. 2886 s. Devlet İhale Kanunu ya da özel kanun ve düzenlemeler uyarınca yürütülen, başka bir ifadeyle 4734 s. Kanun kapsamına girmeyen ihalelere ilişkin uyuşmazlıklara karşı doğrudan dava açılmalıdır.

b. 4734 s. Kanun kapsamındaki ihalelerde “*aday, istekli ve istekli olabilecek*” sıfatına sahip olmayan; fakat ihale sürecinde idarenin tesis etmiş olduğu kimi işlemlerden ötürü menfaati ihlal edilmiş olanlar, 4734 s. Kanun'da öngörülen zorunlu idari başvuru yollarını tüketilmeksizin, doğrudan doğruya idari yargıda bir iptal davası açabilirler. Örneğin; ilgililer, pazarlık usulüyle çıkılan ihaleye davet edilmeleri ve kendilerine doküman satılması amacıyla idareye başvurabilirler. Bu başvuru idarece reddedilirse henüz istekli veya istekli olabilecek sıfatı kazanılmadığı için, zorunlu idari başvuru yolları tüketilmeksizin idari yargıda dava açılabilir.

c. Şikâyet ya da itirazın şikâyet başvurusu olmaksızın idarenin re'sen aldığı ihalenin iptali kararlarına karşı doğrudan idari yargıda dava açılmalıdır.

d. İhalelerden yasaklanma kararlarına karşı doğrudan idari yargıda dava açılmalıdır.

e. 4734 s. Kanun'un istisna hükümlerine göre yürütülen ihalelerden doğan uyuşmazlıkların çözümü için doğrudan idari yargıda dava açılmalıdır.

f. Doğrudan temin ve tasarım yarışmalarına ilişkin uyuşmazlıkların çözümü için doğrudan idari yargıda dava açılmalıdır.

Belirtilen hallerde idareye yapılacak olan olası başvuru, 4734 s. Kanun kapsamında bir şikâyet başvurusu olarak değerlendirilmez. Bu bağlamda “*ihaleden yasaklama kararları hariç*” her tür ihale işlemlerinden doğan uyuşmazlıklara ilişkin davalar ***ivedi yargılama usulüne tabi olduğundan***, 2577 s. Kanun'un 11. maddesi hükümleri de uygulanmayacağı için, ***bu türden bir başvuru dava açma süresini de durdurmayacaktır. Yapılması gereken doğrudan ve ivedi yargılama usulüne göre dava açmaktır.***

3. Yetkili mahkemeye ilişkin olarak: Zorunlu idari başvuru sürecinden (*şikâyet ve itirazın şikâyet süreci*) geçilmesi gereken hallerde, idari davaya konu olacak işlem, ihale sürecinde tesis edilen ya da şikâyet sonucu idarece alınan karar değil; Kamu İhale Kurumu tarafından itirazın şikâyet üzerine tesis edilecek olan işlemdir. ***Bu halde dava konusu işlemi tesis eden idari merci Kamu İhale Kurumu olduğu için, yetkili idare mahkemesi de Ankara İdare Mahkemesi olacaktır.***

İhale sürecinde tesis edilen kimi işlemlere ilişkin mevzuatımızda zorunlu idari başvuru yolu öngörülmemiştir. ***Bu hallerde açılacak olan davada yetkili mahkeme, işlemi tesis eden idarenin bulunduğu yere göre yetkili mahkeme tesis edilmelidir.***

İhale sürecine katılmayan, bu nedenle “*aday, istekli ve istekli olabilecek*” sıfatına sahip olmayan ve fakat ihale sürecinde idarenin tesis etmiş olduğu kimi işlem ve gerçekleştirdiği eylemlerden ötürü menfaati ihlal edilmiş olanlar, 4734 s. Kanun'da öngörülen zorunlu idari başvuru yollarını tüketmeksizin, doğrudan doğruya idari yargıda bir iptal davası açabilirler. ***Bu durumda da yetkili mahkeme, işlemi tesis eden idarenin bulunduğu yere göre tespit edilmektedir.***

Tam yargı davalarında yetki kuralı ise 2577 s. Kanun'un 36. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre ihale sürecinden doğan uyuşmazlıklar sonucu hak ihlaline uğradığını iddia edenlerin açacağı ***tam yargı davasına bakmakla yetkili idare mahkemesi***, “*zararı doğuran idari uyuşmazlığı çözümlenmeye yetkili*” mahkeme olacaktır.

4. İdari davaya konu edilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu işleme ilişkin olarak: 4734 s. Kamu İhale Kanunu kapsamında yürütülen bir ihale sürecindeki hukuka aykırı işlem ya da işlemler sebebiyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday istekli ve istekli olabilecekler tarafından ihale süreci ile ilgili olarak idari davaya konu olabilecek işlem, **Kamu İhale Kurumu'na yapılacak itirazın şikâyet başvurusu sonucu Kurul tarafından tesis edilecek işlemdir.**

Ancak, ihale sürecinde tesis edilen kimi işlemlere karşı aday istekli ve istekli olabileceklerin doğrudan dava açması gerekmektedir. Bu hallerde davaya konu olabilecek işlem, Kurul kararı değil, ihale sürecinde tesis edilen işlem olacaktır. Örneğin; hakkında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilen istekli, bu karara karşı zorunlu idari başvuru yolu öngörülmediği için doğrudan iptal davası açmalıdır.

Aday, istekli veya istekli olabilecek sıfatına sahip olmadığı halde ihale sürecinde tesis edilen işlemlerden dolayı menfaati ihlal edilenler ise kendileri için kesin ve yürütülmesi zorunlu olan ve menfaat ihlaline yol açan işleme karşı doğrudan idari yargıda dava açabileceklerdir.

5. Dava açma süresine ilişkin olarak: 2577 s. Kanun'un 20/A maddesi ivedi yargılama usulünü düzenlemektedir. İlgili maddeye göre “*ihaleden yasaklama kararları hariç ihale işlemleri*”nden doğan uyuşmazlıklar hakkında “*ivedi yargılama usulü*” uygulanacaktır. Bu usule göre **dava açma süresi otuz gündür.**

Anayasa'nın 40. maddesi uyarınca Kamu İhale Kurumu, verdiği kararlarda “*bu kararın tebliğ edildiği veya tebliğ edilmiş sayıldığı tarihi izleyen 30 gün içerisinde Ankara İdare Mahkemelerinde dava yolu açık olmak üzere*” şeklinde ibare bulundurmaktadır.

Bu düzenlemeler ışığında ikili ayırım yaparak şu sonuca varılabilir:

a. Zorunlu idari başvuru yollarını tüketmekle yükümlü olan aday, istekli ve istekli olabilecekler için dava konusu edilecek işlem, Kamu İhale Kurumu tarafından tesis edilen işlem olup dava açma süresi **bu kararın tebliğini izleyen günden itibaren 30 gündür.**

b. Zorunlu idari başvuru yollarına gitme yükümlülüğü olmayan; fakat ihale sürecinde tesis edilen kimi işlemlere karşı dava açmak isteyen kişiler için ise dava açma

süresi, *kendileri ihale sürecinin dışında olduğu için onlara tebliğ yapılmayacağı göz önünde bulundurulduğunda, öğrenme tarihi esas alınarak belirlenecek tarihe göre 30 gün olacaktır.*

6. Husumete ilişkin olarak: 4734 s. Kanun kapsamında yürütülen ihalelerde tesis edilen idari işlemlere karşı zorunlu idari başvuru yollarını tüketmesi gereken aday, istekli ve istekli olabilecekler için davaya konu edilebilecek işlem, idarenin tesis ettiği işlem ya da şikâyet üzerine alınan karar değil, Kamu İhale Kurumu'nca verilecek nihai karardır. ***Bu durumda dava dilekçesinde ihaleyi yürüten idare değil, Kamu İhale Kurumu hasım olarak gösterilmelidir.***

İhale sürecinde tesis edilen işlemlere karşı, ihale sürecinin içinde bulunmadığı için, zorunlu *idari başvuru yoluna gitmesi gerekmeyen ve fakat ilgili işleme karşı dava açmak isteyenler ise dava dilekçesinde hasım olarak* Kamu İhale Kurumu'nu değil, dava konusu edilecek *işlemi tesis eden idareyi* göstereceklerdir.

7. Yargılama usulüne ilişkin olarak: 2577 s. Kanun'un 20/A maddesi uyarınca "*ihaleden yasaklama kararı hariç ihale işlemleri*"nden doğan uyuşmazlıklarda ivedi yargılama usulü uygulanacaktır. 2577 s. Kanun herhangi bir ayrıma gitmeden, *ihaleden yasaklama kararı hariç*, tüm ihale işlemlerini kapsama aldığı için, **4734 s. Kanun hükümlerine tabi olmayan ihalelere ilişkin açılacak davalarda da ivedi yargılama usulü uygulanacaktır.**

İlgili düzenleme uyarınca ivedi yargılama usulünde temyiz incelemesini yapan Danıştay'a, vereceği karar kesin olmak üzere, esasa ilişkin inceleme ve tahkikat görevi verilmiştir. Danıştay'ın, sadece mahkeme tarafından ***ilk inceleme üzerine verilen kararlar yönünden*** kararı bozmanın yanında dosyayı ilgili mahkemeye gönderme yetkisi bulunmaktadır. Bu durumda, örneğin; temyize konu mahkeme kararında, aslen yetkisiz olan mahkemece yürütülen ilk incelemede hatalı olarak yetkili olduğu kanaatiyle uyuşmazlığın esasının incelenerek bir karar verildiği durumda, Danıştay, ilk inceleme aşamasında mahkemece hukuka aykırı bir karar verildiğinden bahisle kararı bozarak dosyayı yeni bir karar vermek üzere ilgili mahkemeye mi gönderecektir; yoksa ilk derece mahkemesi işlemin esasına ilişkin bir karar verdiği için, kararı bozduktan sonra işin esası hakkında kendisi mi bir karar verecektir?

Danıştay'a göre ivedi yargılamaya tâbi bir uyuşmazlıkta "görevsiz ve yetkisiz" bir mahkeme tarafından verilen esastan kararların bozularak yerine yine Danıştay'ca bir karar verilmesi mümkün değildir, zira aksi bir düşüncenin kabulü; 2577 s. Kanun'un 32. maddesindeki, yetkinin kamu düzeninden olduğu kuralına ve yine aynı Kanun'un 14. maddesinin 6. fıkrasındaki, ilk inceleme üzerine verilebilecek kararların, ilk incelemeden sonra tespit edilmesi hâlinde de davanın her safhasında verilebileceği kuralına aykırılık oluşturur. Bu hâliyle Danıştay, "görevsiz ve yetkisiz" mahkeme tarafından verilen esasa yönelik kararların bozulmasında ve dosyanın ilgili mahkemeye gönderilmesinde 2577 s. Kanun'un 20/A maddesine aykırılık bulunmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Danıştay bu kararında, işin esası hakkında bir inceleme yapabilmesi için dosyanın öncelikle "yetkili ve görevli" mahkemedен gelmesi gerektiğini ifade ederek, kimi özellikli işlerin hızlı biçimde çözülmesi için ihdas edilmiş, daha basit ve çabuk bir usulü ifade eden **ivedi yargılama usulü uğruna kamu düzeninden olan ve bu nedenle davanın her aşamasında denetlenmesi gereken görev ve yetki kurallarının esnetilemeyeceğine** karar vermiştir.

İhale işlemlerinden doğan uyuşmazlıklara ilişkin olarak iptal ve tam yargı davaları tek dilekçeyle açılmamaktadır. Danıştay, ivedi yargılama usulünün getiriliş amacına ve Kanun'un madde gerekçesine atıf yaptıktan sonra, ihaleyle bağlantılı tüm işlemlerin değil, yargısal sürecin süratle sonuçlandırılması yönünden özel önem taşıyan ihale uyuşmazlıklarının bu yargılama usulüne tâbi olduğunu belirtmektedir. Şu halde, örneğin; "davacı şirketin ihale dışı bırakılarak geçici teminatının gelir kaydedilmesi" ve "ihalenin iptali" işlemlerin iptali ve buna bağlı olarak geçici teminat bedelinin gelir kaydedildiği tarihten itibaren işleyecek yasal faizi ile iadesi istemine ilişkin uyuşmazlıklar 2577 s. Kanun'un 20/A maddesi uyarınca ivedi yargılama usulüne tâbi olacak iken; söz konusu işlemlerden doğduğu iddia edilen maddi ve manevi zararların tazmini taleplerine ilişkin uyuşmazlıklar ise, "öncelikle sonuçlandırılması özel önem taşıyan uyuşmazlık olarak nitelendirilmesine" imkân bulunmadığından, ivedi yargılama usulü kapsamına giremeyecektir. Bu durumda, farklı yargılama usullerine tâbi istemler hakkında, ayrı ayrı dava açılması gerektiği hâlde tek dilekçe ile dava açılması halinde, idari yargı yerince "dilekçe ret" kararı verilmesi gerekecektir. **Başka bir deyişle Danıştay'a göre ihale işlemlerinden doğan**

uyuşmazlıklarda iptal davası ivedi yargılama usulüne tâbi iken tam yargı davası genel usule tâbidir ve bu nedenle iki ayrı dava açılmalıdır.

İhaleden yasaklama kararının iptali ve bu işlemde doğduğu iddia edilen zararların talebiyle iptal ve tam yargı davaları ise birlikte açılabilir. Zira “ihaleden yasaklama” kararları ivedi yargılama usulünün kapsamı dışında tutulmuştur.

7. İhaleler özelinde iptal davasına ilişkin olarak:

a. İhalenin iptali kararının idari yargı yerince iptali halinde; 4734 s. Kanun'un 45. maddesine göre idare, ihale sürecinin sonunda süresi içinde sözleşmenin yapılması için üzerine düşen görevleri yerine getirmekle yükümlüdür. İdarenin bu yükümlülüğü yerine getirmemesi halinde, istekli usulüne uygun olarak taahhüdünden vaz geçebilir. Bu takdirde geçici teminat geri verilir ve istekli teminat vermek için yaptığı belgelendirilmiş giderleri istemeye hak kazanır. Bu düzenleme ışığında denilebilir ki, ihale üzerine bırakılan isteklinin idareyi sözleşme yapmaya zorlama yetkisi bulunmayıp; sadece idare üzerine düşen görevleri yerine getirmez ise, geçici teminatını geri alarak menfi zararlarını tazmin ettirmeye hak kazanacaktır. ***Bu durumda ihalenin iptali kararının yargı yerince iptali durumunda yargı kararı uyarınca ihale süreci devam ettirilecek; ancak 4734 s. Kanun'un açık hükmü karşısında idare ihale sözleşmesi yapmaya zorlanamayacaktır.***

b. Kamu ihale sözleşmesinin kurulmasından sonra idari yargı yerince ihale sürecinde tesis edilen işlemlerden birinin iptaline ya da yürütmesinin durdurulmasına karar vermesi halinde;

1. ihtimal: Kurul'un, itirazın şikâyet başvurusu üzerine vereceği ret kararının idari yargı yerince iptali ya da yürütmesinin durdurulması söz konusu olduğunda Kurul, yargı kararının gereklerini yerine getirmek için tesis edeceği yeni kararında 4734 s. Kanun'un 54. maddesi uyarınca ***ihalenin iptaline*** karar verebilir. Bu durumda ilgili idareye düşen görev, iptal kararı öncesi imzalanan sözleşmenin 4735 s. Kanun ve genel hükümlere göre ***tasfiyesini sağlamaktır.***

2. ihtimal: Kurul'un vereceği ret kararının idari yargı yerince iptali ya da yürütmesinin durdurulması söz konusu olduğunda Kurul, 4734 s. Kanun'un 54. maddesi uyarınca ***düzeltilici işlem belirlenmesine*** karar verebilir. Bu durumda ilgili idare, Kurul kararı

ışığında düzeltici işlem tesis ederek ihale sürecine uyumsuzluğu doğuran işlemten itibaren devam eder.

Bu sürecin sonunda; ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibi yine yüklenici olabilir. ***Bu durumda sözleşme uygulanmaya devam eder.***

Ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibi yükleniciden farklı bir istekli olarak belirlenebilir. ***Bu durumda ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibi istekli idarece sözleşmeye davet edilir.*** Bu isteklinin sözleşme yapılmasına ilişkin üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirerek idareye yazılı olarak başvurması durumunda, ***mevcut sözleşme feshedilerek tasfiye sürecinin tamamlanmasını müteakip bu istekli ile sözleşme imzalanır.***

Söz konusu istekli açıkça sözleşmeyi imzalamayacağını bildirir, süresi içinde başvuru yapmaz ya da gerekli belgeleri tam olarak teslim etmez ise, mevcut yüklenicinin teklifinin ihale dokümanına göre geçerliğini koruması ve ihalelere katılmaktan yasaklı olmaması şartıyla, ***imzalanmış sözleşme idarece feshedilmeksizin uygulanmaya devam edilebilir.***

İdari yargı kararlarının gereklerinin idarece süratle ve eksiksiz olarak yerine getirilmesi hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Bu bakımdan ***iptal ve yürütmenin durdurulması kararları sonucu kamu ihale sözleşmesinin akıbetinin ne olacağı hususunun Kamu İhale Genel Tebliği aracılığıyla değil, 4735 s. Kanun'a açık hüküm konularak düzenlenmesi hukuk devleti ilkesine daha uygun olacaktır.***

8. İhaleler özelinde tam yargı davasına ilişkin olarak: Kamu ihale mevzuatında ihale sürecinden doğan zararların tazminine ilişkin olarak, bazı özel durumlara yönelik düzenlemeler hariç, genel bir kural getirilmemiş olması karşısında, doğabilecek zararların tazmini probleminin genel hükümlere göre çözülmesi gerekmektedir. Zira idarenin tazmin sorumluluğu Anayasa'nın 2. maddesinde ifade edilen hukuk devleti ile sosyal devlet ve 125. maddesinde belirtilen idarenin sorumluluğu ilkelerine dayanmaktadır ve ihale hukuku bakımından özel bir düzenlemenin olmayışı, idarenin genel hükümlere göre sorumlu olmayacağı anlamına gelmemektedir.

İdareden istenebilecek zararlar ise çeşitli ihtimallere göre şekillenmektedir;

İlk olarak, idarenin ihaleye çıkma kararı **baştan itibaren hukuka aykırı** olabilir. Örneğin; idarenin yeterli ödenek bulunmadığı halde ihaleye çıkmış olması durumu böyledir. Bu durumda ihaleye katılanlar ancak **menfi (ihaleye katılmak için yaptıkları harcamalar) zararlarını talep edebilirler**. Zira idare hukuka uygun davranmış olsaydı, zaten ihaleye hiç çıkmayacaktı; bu durumda hukuken bir sözleşmenin imzalanması imkânından, dolayısıyla mahrum kalınan kârdan bahsedilemeyecektir.

İkinci olarak, ihale süreci hukuka uygun biçimde başlamış, ancak **idare haklı bir sebep olmaksızın ihalenin iptaline karar vermiş** ise, 4734 s. Kanun'un 45. maddesi uyarınca **en avantajlı teklif sahibi istekli geçici teminatını ve ihale sürecine katılmak için yaptığı harcamaları (menfi zararlarını) isteyebilir. Diğer isteklilerin herhangi bir talepte bulunmaları ise mümkün olmayacaktır**. Çünkü ihale, hukuka aykırı şekilde iptal edilmeseydi dahi, sürecin sonunda sözleşme en avantajlı teklif verenle yapılacaktı. Başka bir deyişle ihale süreci hukuka uygun sonlandırılıysaydı dahi diğer istekliler açısından değişen bir durum olmayacaktı.

Üçüncü olarak, ihalede en avantajlı teklifi veren istekli; **eğer ihale sözleşmesi hukuka aykırı olarak başka bir istekli ile imzalanırsa, müspet zararının (sözleşmenin yapılmaması dolayısıyla mahrum kaldığı kârın) tazminini talep edebilecektir**. Ancak bu durumda istekli, ihale sürecine katılmak için yaptığı harcamaları talep edemeyecektir; zira ihale hukuka uygun olarak o kişi üzerinde bırakılıysaydı dahi, o harcamaların yapılması gerekecekti.

Dördüncü olarak, **en avantajlı teklifi vermeyen, ancak idarenin kendisiyle sözleşme yaptığı yüklenici, hukuka aykırı işlemin iptali sonucu idare tarafından akdedilen sözleşme feshedilirse, geçen süre zarfında yerine getirdiği işlerin karşılığının yanında, sözleşme konusu edimi gerçekleştirmek için yaptığı yatırımlara ilişkin masrafları da isteyebilecektir**. Kamu ihale sözleşmeleri özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirildiği için, sözleşme öncesi müzakere sürecinde tarafların birbirlerine yönelik dürüstlük kuralları çerçevesinde, sözleşme benzeri güven ilişkisine aykırı davranışları gerekir. İhaleyi açan idare ile istekliler arasında yürütülen süreçten doğan ihale ilişkisi, bir müzakere ilişkisidir. Ancak özel hukuktan farklı olarak bu ilişkide idare sıkı şekil şartlarına tâbidir ve ihale usulüne göre adım adım uyulması gereken kurallar mevzuatta belirlenmiştir. Bu durumda idarenin, sözleşme öncesi müzakere sürecinde tesis edeceği hukuka aykırı işlemlerden dolayı, **culpa in contrahendo**

ilkesi uyarınca sözleşmenin tarafı olan yüklenicinin ortaya çıkan zararlarını tazmin sorumluluğundan da bahsedilebilecektir.

*Beşinci olarak, tam yargı davasına konu edilecek zarar maddi olabileceği gibi manevi de olabilir. Bu bakımdan, örneğin; ihalede istekli olan bir şirket hakkında “4734 s. Kanun'un 17. maddesinde sayılan bir yasak fiil ve davranışı bulunmaksızın Resmî Gazete'de yayımlanan idari bir işlemle” hukuka aykırı olarak kamu ihalelerinden yasaklama kararı verilmesi, söz konusu şirketin ticari itibarını zedeleyecek ve güvenilirliğini azaltacaktır. Bu durumda, hukuka aykırı olarak tesis edildiği saptanan ve Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren ihaleden yasaklama kararı nedeniyle ticari itibarının zedelendiği, ticari güvenliğinin ise azaldığı açık olan **şirket tarafından uğranılan manevî zararın tazmini gerekecektir.***

4734 s. Kanun kapsamında aday, istekli ve istekli olabileceklerin ihale sürecinde tesis edilen işlemlerden doğan zararlarının tazmini için doğrudan tam yargı davası açma imkânı bulunmamaktadır. Yapılması gereken öncelikle şikâyet ve itirazın şikâyet yollarının tüketilmesi ve itirazın şikâyet başvurusu üzerine Kurul ret kararı verir ise bu karara karşı idari yargıda, 2577 s. Kanun'un 12. maddesi uyarınca dava açmaktır. Ancak Kanun maddesinde tek dilekçeyle dava açma hakkının özel görünümü olarak düzenlenen iptal ve tam yargı davalarının birlikte açılması imkânı, bu halde uygulanamayacaktır. ***Danıştay içtihatları uyarınca ihale hukuku özelinde iptal ve tam yargı davaları ayrı yargılama usullerine tâbi oldukları için iki davanın ayrı açılması gerekmektedir.***

İhale sürecinde kusurlu davranışı ile idareyi bir zarara uğratan istekliye karşı idarenin, “geçici teminatın gelir kaydedilmesi” şeklinde ifade edilen hukuki bir imkânı vardır. 4734 s. Kanun hükümleri uyarınca, örneğin; gerçeğe aykırı hususlar içeren taahhütname sunan (m. 10), ihaleye katılmaması gerekirken katılan (m. 11), ihale üzerinde bırakıldığı halde sözleşme yapılmasında üzerine düşen görevi yerine getirmeyen (m. 44) isteklilerin geçidi teminatları idare adına gelir kaydedilmektedir. Görüldüğü üzere 4734 s. Kanun, “geçici teminat” alınması suretiyle ihale sürecine katılanların kusurlu davranışları nedeniyle idarenin zarara uğramasını engellemeyi amaçlamıştır.

KAYNAKÇA

AÇBA, Sait, Osmanlı Devleti'nin Dış Borçlanması (1854-1914), Afyon Kocatepe Üniversitesi Yayınları, No.1, Afyon, 1995.

AKDOĞAN, Muzaffer, Avrupa Birliği Kamu Alımları Direktifleri ve Türkiye Uygulamasına Yansımalarının İlerleme Raporları Işığında Değerlendirilmesi, İÜHFM, C. LXXII, S. 2, İstanbul, 2014.

AKDOĞAN, Muzaffer, Avrupa Birliği Uyum Sürecinde Türk İhale Rejiminin Şeffaflık Açısından Değerlendirilmesi, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2010.

AKGÜNER, Tayfun/**BERK**, Kahraman, İdare Hukuku, Der Yayınları, 08. Basım, İstanbul, 2017.

AKKURT, Melih, Kamu İhaleleri Şikayet ve İtirazen Şikayet Hukuku, 3. Baskı, Adalet yayınları, 2017.

AKSOY, Mehmet, Yapım İşi Kamu Alımlarında Yaklaşık Maliyet Belirleme Usulünün Sözleşme Bedeli ve Etkin Kaynak Kullanımına Etkisi, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 5, S. 1, Ocak 2015.

AKSOY, Mehmet/**ERBAY**, Kerem Eray, Kamu Alımlarında İhale ve Sözleşme Süreci, Ankara, 2006.

AKYILMAZ, Bahtiyar/**SEZGİNER**, Murat / **KAYA**, Cemil, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayınları, 7. Baskı, 2016.

ALTINOK, Elif, İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2008.

ALTIPARMAK, Cüneyd, Türk Ceza Kanunu'nda İhaleye İlişkin Suçlar, Seçkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 2014.

- ALYANAK**, Servet, Avrupa Birliği Kamu İhalesi Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, 2015.
- ARAPGİRLİ**, Murat/**DEMİREL**, Salim, İhalelerde Hak Arama Yolları, Seçkin Yayınları, 2013.
- ARROWSMITH**, Sue (ed.)/**ANDERSON**, Robert D. (ed.), The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform, Cambridge University Press, 2011.
- ARROWSMITH**, Sue/**FAUSTINO**, P. Bordalo/**HEUNINCKX**, Baudoin/**TREUMER**, Steen/**FEJO**, Jens, EU Public Procurement Law: An Introduction, Asia-Link EuropeAid Cooperation Office, 2010.
- ARROWSMITH**, Sue/**LINARELLI**, John, **WALLANCE**, Don Jr., Regulating Public Procurement: National and International Perspectives, Kluwer Law International, 2000.
- ARROWSMITH**, Sue/**TREUMER**, Steen/**FEJO**, Jens/**JIANG**, Lili, Public Procurement Regulation: An Introduction, Asia Link, 2011.
- ARSLAN**, Ahmet, Temel Kamu İhale Bilgisi, Hermes Matbaacılık, Mart 2016.
- ASLAN**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku Dersleri, Ekin Yayınevi, 4. Baskı, Bursa, 2014.
- ASLAN**, Zehreddin, İdari Yargı'da Yürütmenin Durdurulması, Alfa Yayınları, 2. Bası, İstanbul, 2001.
- ASTARLIOĞLU**, Melis, İhale Piyasalarında Rekabetin Sağlanması Ve Korunması, Vaka Analizi: 3. Kuşak Frekans Dağıtım ihaleleri, Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans tezi, 2008.
- AŞÇI**, Bahar, Mali Güç ve Askeri Güç Arasındaki Kritik İlişki: Osmanlı İmparatorluğu Örneği, Savunma Bilimleri Dergisi, C. 10, S. 1, 2011.
- AYANOĞLU**, Taner, Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Düzenleme Yetkisi ve TAPDK Örneği, İÜHFİM, C. LXV, S. 1, 2007.

- AYHAN, Berkay/ÜSTÜNER, Yılmaz,** Governance in Public Procurement: The Reform of Turkey's Public Procurement System, International Review of Administrative Sciences, Volume 81, 2015.
- AYVERDİ, İlhan,** Misalli Büyük Türkçe Sözlük, Cilt 2, Kubbealtı Neşriyat, 2. Baskı, 2006.
- BAFRA, Erdem,** Danıştay Kararları Işığında 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu Açısından Ticaret Şirketlerinin Rekabeti Engelleyici Davranışları İle İhalelere Birden Fazla Teklif Sunmaları, KHO Bilim Dergisi, C. 24, S. 1, 2014.
- BAFRA, Erdem,** Kamu İhale Hukukuna İlişkin Avrupa Birliği Adalet Divanı Karar Analizleri, Seçkin Yayınları, 2017.
- BAHTİYAR, Mehmet,** Ticari İşletme Hukuku, Beta Yayınları, 18. Bası, İstanbul, 2017.
- BALTA, Tahsin Bekir,** İdare Hukukuna Giriş, C. II, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970.
- BARSHEFSKY, Charlene/SUTTON, Alastair/SWINDLER, Jo Anne,** Developments In EC Procurement Law Under The 1992 Program, BYU Law Review, Volume 1990, Issue 4, 1990.
- BEKMEZ, Selahattin/ÇALIŞ, Filiz,** Oyun Teorisi Çerçevesinde Türk Bankacılık Sistemi ve Asimetrik Bilgi Problemi, SDÜ İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 2, 2011.
- BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan,** Ticaret Hukuku Bilgisi, Dora Yayınları, 2. Baskı, Bursa, 2012.
- BİLGİN, Hüseyin,** 5812 S. Kanun ile Kamu İhale Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler, TBB Dergisi, S. 86, 2009.
- BİLİCİ, Nurettin,** Avrupa Birliği(nin) Türkiye(si), 7. Baskı, Savaş Yayınevi, 2017.
- BİLİR, Hakan,** İhale Piyasalarında Rekabet Politikaları – Rekabetin Sağlanması ve Korunması, Rekabet Kurumu Yayınları, 2004.

- BLOME**, Constantin/**HOLLOS**, Daniel/**PAULRAJ**, Antony, Green Procurement and Green Supplier Development: Antecedents and Effects on Supplier Performance, International Journal of Production Research, 52:1, 2014.
- BOVİS**, Christopher, EU Public Procurement Law, Second Edition, ELGAR European Law, 2012.
- BOZKURT**, Cevdet, 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun Son Değişiklikler (5812 Sayılı Kanun) de Dikkate Alınarak Genel Bir Değerlendirmesi, Kamu İç Denetçileri Derneği, Denetim Dergisi, 2009.
- BRAUN**, Peter, The Practical Impact of E.U. Public Procurement Law on PFI Procurement Practice In The United Kingdom, Nottingham Üniversitesi Doktora Programı, Doktora Tezi, 2001.
- BULUT**, Mehmet, Osmanlı Ekonomi Pratiği'ne Yeniden Bir Bakış, BİLİG Türk Dünyası Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı: 62, Yaz 2012.
- BUZ**, Vedat, Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.
- ÇAĞLAYAN**, Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, 2016.
- ÇAĞLAYAN**, Ramazan, İdari Yargıda Kesin Hüküm, A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, 1999.
- ÇAĞLAYAN**, Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016.
- ÇAVDAR**, Tevfik, Türkiye Ekonomisinin Tarihi / 1900-1960, İmge Kitabevi, Ankara, 2003.
- DEMİRCİOĞLU**, Mustafa Yaşar, İhale Yolsuzluklarında Yeni Trend “Açık İhale” Usulünün Terki “Pazarlık Yoluyla İhale” Usulünün Keşfi, TBB Dergisi, S. 115, 2014.
- DERDİMAN**, R. Cengiz, Başbakanlık ve Bakanlık Teşkilatlarında Kanun Hükmünde Kararnemelerle Yapılan Değişiklikler ve Hukukî Sonuçları, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIX, S. 4, 2015.

- DÖNMEZ**, Eftal, Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler, Ankara Barosu Dergisi, C. 2, 2003.
- DUPUIS**, Georges/**GUEDON**, Marie-José/**CHRETIEN**, Patrice, Droit Administratif, 10. Bası, DALLOZ, Paris, 2007.
- DURAN**, Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.
- EMEK**, Uğur, Kamu İhalelerinde Rekabetin Sağlanması ve Korunması, Devlet Planlama Teşkilatı yayınları, 2002.
- ERDOĞAN**, Gökhan, Bağımsız İdari Otoriteler, TAAD, Y. 7, S. 24, Ocak 2016.
- ERİŞİR**, Evrim, Medeni Usul Hukukunda Taraf Ehliyeti, Güncel Yayınevi, İzmir, 2007.
- ERKUT**, Celal, İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Tıpkı Basım, Danıştay Yayınları, No: 51, 2015.
- ESENER**, Turhan/**GÜNDOĞDU**, Fatih, Borçlar Hukuku I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.
- GEDİKLİ**, Ayfer, Kamu Hizmetlerinin Yönetimi Sürecinde Yolsuzluğun Derinleştiği Ekonomik Büyüme ve Yoksulluk Sorunu Üzerine Bir Değerlendirme, Öneri Dergisi, C. 9, S. 36, 2011.
- GENÇ**, Mehmet, Osmanlı İmparatorluğunda Devlet ve Ekonomi, Ötüken Yayınları, İstanbul, 2002.
- GEORGIEVA**, I, Using Transparency Against Corruption in Public Procurement, Studies in European Economic Law and Regulation 11, Springer International Publishing, 2017.
- GÖK**, Yaşar, Kamu İhale Hukukuna Hâkim Olan İlkeler, Dış Denetim Dergisi, Ekim-kasım-Aralık 2010.
- GÖNEN**, Dinçer/**HİKMET**, Işık, Açıklamalı Devlet İhale Kanunu ve Yapım Sözleşmelerinin Uygulanması, 10. Baskı, Plaka Matbaacılık, Ankara, 1997.
- GÖZLER**, Kemal, Hukuka Giriş, Ekin Yayınları, 9. Baskı, Bursa, 2012.

GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, C. II, 2. Bası, Ekin Yayınları, 2003.

GÖZLER, Kemal/**KAPLAN**, Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Yayıncılık, 18. Baskı, 2016.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, Yönetmelik Yargı, 34. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, Yönetim Hukuku, 30. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/ **TAN**, Turgut, İdare Hukuku Cilt 2 İdari yargılama Hukuku, 3. baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.

GRAELLS, Albert Sanchez, Public Procurement and The EU Competition Rules, Second Edition, Hart Publishing, 2015.

GÜVEL, Enver Alper/**ATA**, Ahmet Yılmaz, Yolsuzluk Olgusunun Ortaya Çıkmasında Asimetrik Bilginin Rolü: Teorik Bir Bakış Açısı, Sosyoekonomi Dergisi, Ocak 2009.

HATIPOĞLU, Cengizhan, İdari Merci Tecavüzü ve Dört Gri Alan, TAAD, Y. 6, S. 21, Nisan 2015.

HO, Linda W.P./**DICKINSON**, Nicholas M./**CHAN**, Gilbert Y.S., Green Procurement in the Asian Public Sector and the Hong Kong Private Sector, A United Nations Sustainable Development Journal, C. 34, S. 1, 2010.

İLİMAN, Tarık/**TEKELİ**, Recep, Türkiye'deki Düzenleyici ve Denetleyici Kuruluşlar: İdari Para Cezalarının Hukuksal Zeminlerinin Değerlendirilmesi, ADÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 3, S. 1.

İŞIKLAR, Celal, İdari Yargılamada İlk İncelemenin Sıra, Düzen ve Usûlü, TAAD, C. 1, Y. 2, S. 6, Temmuz 2011.

İĞDELER, Serdar/**GÖÇERLER**, Ahmet/**ÖZTÜRK**, Muzaffer, T.C. İçişleri Bakanlığı Mülkiye Müfettişliği İnceleme Raporu, 20.02.2003.

İNALCIK, Halil, Osmanlı İmparatorluğu – Toplum ve Ekonomi Üzerinde Arşiv Çalışmaları ve İncelemeler, 2. Baskı, Eren Yayınları, İstanbul, 1996.

- İNALCIK**, Halil, Osmanlı İmparatorluğu Klasik Çağ (1300-1600), (çeviren, Ruşen Sezer), 3. Baskı, YKY Yayınları, İstanbul, 2003.
- İNAN**, Atilla, İhale Hukuku Ders Notları, Genişletilmiş 4. Baskı, Yazarın Kendi Yayını, Ankara, 2016.
- KAĞITÇIOĞLU**, Mutlu, İdari İşlem Teorisi Çerçevesinde İdari Merci Tecavüzü Kavramının Değerlendirilmesi, TAAD, Y. 7, S. 30, Nisan 2017.
- KALABALIK**, Halil, İdari Yargılama Usulü Hukuku, 10. baskı, Sayram Yayınları, Konya, 2016.
- KAPLAN**, Gürsel, İdari Yargılama Hukuku, Ekin Yayınları, 3. Baskı, Bursa, 2018.
- KAPLAN**, Sami, İdeal Bir Kamu İhale Kanunu ve İdeal Bir Kamu İhale Kurumu ve Kurulu Nasıl Olmalıdır? Fonksiyonel Bir Model Çalışması, Maliye Dergisi, S: 162, Ocak-Haziran 2012.
- KARAHANOĞULLARI**, Onur, Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.
- KASAPOĞLU TURHAN**, Mine, İdari Yargıda İvedi Yargılama Usulü, Ankara Barosu Dergisi, S. 2015/3, 2015.
- KAYA**, Cemil, İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2011.
- KILIÇ ÇAYLI**, Duygu/**KILIÇ**, İlyas, İhaleye Katılan Şirketler, İhale Çalışanları, Yöneticiler, Hukukçu ve İlgililer İçin Kamu İhale Hukukunda 2.300 Soruya 2.300 Cevap, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2017.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞU**, Necip/**HATEMİ**, Hüseyin/**SEROZAN**, Rona/**ARPACI**, Abdulkadir, Borçlar Hukukuna Giriş-Hukuki İşlem- Sözleşme, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010.

- KURU**, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. 1, 6. Baskı, Demir Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001.
- KUTLU**, Meltem, İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1997.
- MARRON**, Donald B., Buying Green: Government Procurement as an Instrument of Environmental Policy, Public Finance Review, C. 25, S. 3, 1997.
- MEMİŞOĞLU**, Dilek/**DURGUN**, Ayşe, Public Administration Reforms and Corruption in Turkey, First International Conference on Management and Economics: "Current Issues in Emerging Economies in Global Perspective" - (ICME 2008), Tirana, Albania, 28-29 March 2008.
- OĞUZMAN**, M. Kemal/**ÖZ**, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C: 1, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.
- ONAR**, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt: 1, 3. Bası, Hak Kitabevi, 1966.
- ÖDEN**, Merih, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.
- ÖZAY**, İl Han, Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, 2004.
- ÖZAY** İl Han, İhale Usulleri ya da "İskambilden Şato" ile Bir Fok ve Penguen Öyküsü, Yavuz Alangoya İçin Armağan, Alkım Yayınları, İstanbul, 2007.
- ÖZKAN**, Gürsel, 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nda Öngörülen Zorunlu İdari Başvuru Yolları, TAAD, Y. 5, S. 17, Nisan 2014.
- ÖZKAN**, Gürsel, Danıştay Kararları Işığında Kamu İhale Hukukunda Egemen Olan Temel İlkeler, Yetkin Yayınları, 2014.
- ÖZÇAKAR**, Necdet/**YURDAKUL**, Halim, Türk Kamu İhale Kanununda Fiyat ile Birlikte Fiyat Dışı Unsurların da Dikkate Alındığı İhale İçin Tedarikçinin Çoklu Teklif Hazırlama Stratejisi, İstanbul Üniversitesi İşletme Fakültesi Dergisi, C. 43, S. 1, 2014.

ÖZTÜRK, İlhami, Kamu İhale Kanununda Düzenlenen Şikâyet ve İtirazen Şikâyet Başvuru Sürelerinin Hukuki Niteliği, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 67, Sayı: 3, Yaz 2009.

ÖZTÜRK, İlhami/**KARYAĞDI**, Müjgan, Hak Arama Özgürlüğü Bağlamında Kamu İhale İşlemlerine Karşı Teminat Ödenmesi Şartı İle Tanınan İtirazen Şikâyet Hakkı, TBB Dergisi, S. 87, 2010.

PAMUK, Şevket, Osmanlı-Türkiye İktisadî Tarihi 1500-1914, İletişim Yayınları, İstanbul, 2005.

PEKCANİTEZ, Hakan/**TAŞ KORKMAZ**, Hülya, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, C. 1, 15. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017.

ROBERT, Jacques, Le Principe d'Égalité dans le Droit Constitutionnel Francophone, Cahier n. 3 du Conseil, 1997.

SANCAKDAR, Oğuz, İdare Hukuku Yönüyle Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu'nun Kısa Bir Değerlendirmesi, Amme İdaresi Dergisi, C. 34, S. 4, Aralık 2001.

SANCAKDAR, Oğuz, İdari Yargı İstinaf Sistemindeki Olası Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Danıştay ve İdarî Yargı Günü 148. Yıl Sempozyumu, Ankara, 2016.

SANCAKDAR, Oğuz, İdari Yargı Sistemi Üzerine Düşünceler, Yaşar Üniversitesi Dergisi, C. 8, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan Özel Sayısı, 2013.

SANCAKDAR, Oğuz, İdari Yargıda "Tek Dilekçe ile Dava Açma" (Karşılaştırmalı Hukukî Analiz), DEÜHFD, C. 9, S. 2, 2007.

SANCAKDAR, Oğuz, İdari Yargılama Usulünde İvedi Yargılama ve Grup Davaları, Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu (12 Mayıs 2014), 146.Yıl, Ankara, 2014.

SANCAKDAR, Oğuz, Kamu İhale Kurulu Kararlarının Yargısal Denetimi Bağlamında Yürütmenin Durdurulması ve Hukukî Sonuçları, DEÜHFD, C. 16, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan Özel Sayısı, 2015.

SANCAKDAR, Oğuz/ US, Eser/KASAPOĞLU TURHAN, Mine/ÖNÜT, Lale Burcu/SEYHAN, Serkan, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, 6. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017.

SANCAKDAR, Oğuz/ÖNÜT, Lale Burcu/BAŞAR, Cemal/PALAS DAĞLI, Ezgi/ÇAPTUĞ, Mehpare, İdare Hukuku Pratik Çalışma Kitabı, 7. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016.

SARIKAYA, Murat, Asimetrik Bilgi Çerçevesinde Müzayedeler, C.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, C. 3, S. 2, 2002.

SAUSSIER, Stéphane, TIROLE, Jean, Strengthening The Efficiency of Public Procurement, French Council of Economic Analysis, No: 22, 2015.

SEVER, Çiğdem, Türkiye’de Düzenleyici Kurumların Yapısı, İşlevi ve Dönüşümü, AÜHFD, S. 64, 2015.

SEVİNÇ, Ayşen, Yeşil Satın Alma Kriterleri ve Yaklaşımı, Mali Hizmetler Uzmanlığı Araştırma Raporu, 2013.

SEYHAN, Serkan, Yargı Kararlarının İdarece Uygulanmaması Durumuna Fransız Hukukunda Getirilen Çözüm: Yargısal Emir, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 2, Prof. Dr. M. İlhan Ulusan'a Armağan, 2016.

SEZER; Yasin, Kamu İhale Kanunu: Şeffaflık ve Rekabet, Amme İdaresi Dergisi, C. 35, S. 4, 2002.

SEZER, Yasin/BİLGİN, Hüseyin, Danıştay Kararlarında İdari Başvurular, AÜHFD, C. 57, S. 4, 2008.

SEZER, Yasin/KALKAN, Recep Emre/ŞAHİN, Mustafa Emre, Kamu İhale Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

SEZGİNER, Murat, İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar, Seçkin Yayınları, 2013.

- SEZGİNER**, Murat, İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, S. 1-2, 2007.
- ŞAHİN**, Harun, Osmanlı Devlet ve Ekonomi Düzeninde Değişim: Kemankeş Kara Mustafa Paşa Lâyihası, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı: 43, Ocak 2015.
- ŞAHİN**, Seçil, Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler ve Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2015.
- TAN**, Turgut, Bağımsız İdari Otoriteler veya Düzenleyici Kurullar, Amme İdaresi Dergisi, C. 35, S. 2, Haziran 2002.
- TAN**, Turgut, Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.
- TANZI**, Vito, Dünya Çapında Yolsuzluk Nedenleri, Sonuçları, Boyutları, Çözüm Yolları, (çeviren, Gamze Kösekahya), Maliye Dergisi, S. 136, 2001,
- TAŞDELEN**, Aziz, Kamu Harcama İhalesi Sürecinde İhale ve Sözleşme Aşamaları ile Bu Aşamaların Yargı Yolları Ayrımını Belirleyici Rolü, İÜHFİM, C. L’XIX, S. 1-2, 2011.
- TAŞDELEN**, Aziz, Kamu Harcamaları Hukukunda İhale Süreci, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.
- TEKİN**, Tahir, Harcama Yetkilisi – İhale Yetkilisi, Yerel Yönetim ve Denetim Dergisi, C. 11, S. 6, 2006.
- TEKİNAY**, S. Sulhi/**AKMAN**, Sermet/**BURCUĞLU**, Haluk/**ALTOP**, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.
- TEKİNSOY**, Ayhan, Sözleşmenin 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nun 21. Maddesine Göre Feshedilmesinde Görevli Yargı Yeri, Ankara Barosu Dergisi, Y. 66, S. 1, Kış 2008.
- TOPRAK**, Eren, Türkiye’de Hizmet Alımı İhaleleri – Kavram ve Yapı Üzerine Değerlendirme, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012.

- TUNCER**, İsmail/**YÜKSEL**, Cihan, “*Kamu Harcamalarının Ekonomik Analizi*”, Kamu Ekonomisi, **KÖKOCAK**, Abdülkadir (ed.), Ekin Yayınevi, Bursa, 2011.
- ULER**, Yıldırım, İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970.
- ULUSOY**, Ali, Bağımsız İdari Otoriteler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003.
- ULUSOY**, Ali, Türk İdare Sistemi İçerisinde Rekabet Kurumunun Yeri, Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu, Ankara, 1999.
- UYGUR**, Ercan, Krizden Krize Türkiye: 2000 Kasım ve 2001 Şubat Krizleri – Tartışma Metni, Türkiye Ekonomi Kurumu, Nisan 2001.
- UZ**, Abdullah, İhalelerle İlgili “*İddiaların İncelenmesi*” Bakımından Ne Değişti: *Norm?*, *Yorum?*, *Kurum?*, *Durum?*, Ankara Barosu Dergisi, Y. 66, S. 1, Kış 2008.
- UZ**, Abdullah, Kamu İhale Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005.
- ÜLGEN**, Hüseyin/**HELVACI**, Mehmet/**KENDİGELEN**, Abuzer/**KAYA**, Arslan/**NOMER ERTAN**, Füsün, Ticari İşletme Hukuku, 12 Levha Yayınları, 4. Basıdan 5. Tıpkı Bası, İstanbul, 2015.
- ÜNAL**, Nurdoğan/**EROL**, Mesut, Gelir Getirici İşlemlerde İhale Usulü Devlet İhale Kanunu, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, 2016.
- YAŞAR**, Hasan Nuri, İdare Hukuku Genel Esaslar, DER Yayınları, 2013.
- YAYLA**, Yıldızhan, İdare Hukuku, 2. Bası, Beta Yayınları, 2010.
- YEŞİLYURT**, Nazile İrem, İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması ve İvedi Yargılama: Hukuka Sermayeye Koşut Hız Ayarı, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C. 70, S. 2, 2015.
- YILDIRIM**, Ramazan, İdari Başvurular, Mimoza Yayınları, Konya, 2006.
- YILDIRIM**, Turan, Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorunu , Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi, C. 1, S. 1, 2004.

YILDIRIM, Turan/**YASİN**, Melikşah/**KARAN**, Nur/**ÖZDEMİR**, H. Eyüp/**ÜSTÜN**, Gül/**OKAY TEKİNSOY**, Özge, İdare Hukuku, 4. Baskı, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2012.

YILMAZ, Dilşat, Kamu İhale Hukukunda Şartnameler, 2. Baskı, Gazi Kitabevi, 2014.

DİĞER KAYNAKLAR

AVRUPA KOMİSYONU, EUROPE 2020 - A Strategy For Smart, Sustainable And Inclusive Growth, Brüksel, 2010.

AVRUPA KOMİSYONU, Green Paper on the Modernisation of EU Public Procurement Policy Towards a More Efficient European Procurement Market, Brüksel, 2011.

AVRUPA KOMİSYONU, Türkiye 2016 Yılı İlerleme Raporu.

AVRUPA TOPLULUKLARI KOMİSYONU, Completing The Internal Market - White Paper From the Commission to the European Council, Milano, 1985.

AVRUPA TOPLULUKLARI KOMİSYONU, Public Procurement In The European Union: Exploring The Way Forward – Green Paper, Brüksel, 1996.

AVRUPA TOPLULUKLARI KOMİSYONU, Türkiye'nin Avrupa Birliğine Katılım Sürecine İlişkin 2001 Yılı İlerleme Raporu.

AVRUPA TOPLULUKLARI KOMİSYONU, Türkiye'nin Avrupa Birliğine Katılım Sürecine İlişkin 2002 Yılı İlerleme Raporu.

AVRUPA TOPLULUKLARI KOMİSYONU, Türkiye'nin Avrupa Birliğine Katılım Sürecine İlişkin 2003 Yılı İlerleme Raporu.

CLIENT EARTH, Identifying Opportunities for Sustainable Public Procurement Briefing Series, Briefing No. 3: The Guiding Principles of Public Procurement; Transparency, Equal Treatment and Proportionality, October 2011.

IMF, Factsheet About Stand-By Arrangement, Communications Department, Washington D.C., 2016.

KAMU İHALE KURUMU KURUMSAL GELİŞİM VE ARAŞTIRMA DAİRESİ BAŞKANLIĞI, Kamu Alımları İzleme Raporu-2017, Ankara, Şubat 2018.

OECD, Country Case: Setting Clear Ethical Standards For Procurement Officials: The 2002 Public Procurement Reform in Turkey, 2016.

OECD, Preventing Corruption in Public Procurement, 2016.

OECD, Principles for Integrity in Public Procurement, 2009.

OECD, Recommendation of The Council on Public Integrity, 2017.

OECD – UNDOC – THE WORLD BANK, Anti-Corruption Ethics and Compliance Handbook for Business, 2013.

SIGMA, Brief 1, Public Procurement in the EU: Legislative Framework, Basic Principles and Institutions, January 2011.

SIGMA, Turkey Public Procurement Assessment, 2008.

TÜRKİYE’NİN KATILIM YÖNÜNDE İLERLEMESİ ÜZERİNE KOMİSYON, 1998
Düzenli Raporu.

TÜRKİYE’NİN KATILIM YÖNÜNDE İLERLEMESİ ÜZERİNE KOMİSYON, 1999
Düzenli Raporu.

TÜRKİYE’NİN KATILIM YÖNÜNDE İLERLEMESİ ÜZERİNE KOMİSYON, 2000
Düzenli Raporu.

UNITED NATIONS, General Assembly Resolution 66/95, 9 December 2011.

UNDOC, Guidebook On Anti-Corruption in Public Procurement And The Management Of Public Finances, New York, 2013.

UNDOC, An Anti-Corruption Ethics and Compliance Programme for Business: A Practical Guide, New York, 2013.

WORLD BANK, Turkey – Final - Country Procurement Assessment Report, Volume I, June 2001.

