

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



YÜKSEK LİSANS TEZİ

4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNU'NDA
DOĞRUDAN TEMİN ALIM USULÜ

Seda GÜNEŞ SÖZEN

NİSAN 2018

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

YÜKSEK LİSANS TEZİ

4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNU'NDA
DOĞRUDAN TEMİN ALIM USULÜ

Seda GÜNEŞ SÖZEN

NİSAN 2018

Tez Başlığı : 4374 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nda Doğrudan Temin Alım Usulü
Tezi Hazırlayan : Seda GÜNEŞ SÖZEN

Sosyal Bilimler Enstitüsü Onayı

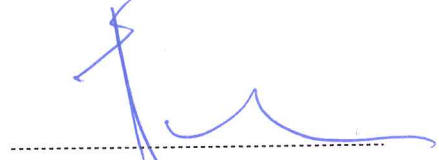
Prof. Dr. Mehmet YAZICI
Enstitü Müdürü

Bu tezin yüksek lisans derecesi elde etme için gerekli koşulları sağladığını onaylarım.



Prof. Dr. Feriha Bilge TANRIBİLİR
Kamu Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

Bu tez, tarafımdan incelenmiş olup, yüksek lisans tezi olarak uygun bulunmuştur.



Dr. Öğr. Üyesi İlker KILIÇ
Tez Danışmanı

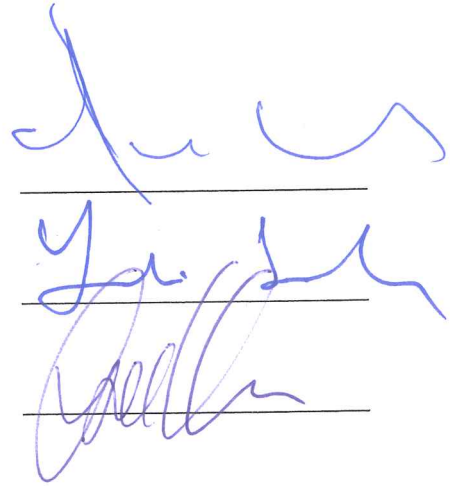
Tez Jüri Tarihi : 06.04.2018

Tez Jüri Üyeleri :

Dr. Öğr. Üyesi İlker KILIÇ (Çankaya Üniv.)

Dr. Öğr. Üyesi Yeliz ŞANLI ATAY (TODAİE)

Dr. Öğr. Üyesi Eser US (Çankaya Üniv.)



ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

Bu belge ile, bu tezdeki bilgilerin akedemik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, tez çalışmamda bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları bilimsel etik kurallar gözeterek ifade ettiğimi ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.

Seda GÜNEŞ SÖZEN



06.04.2018

ÖZET

4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNUNDA

DOĞRUDAN TEMİN ALIM USULÜ

GÜNEŞ SÖZEN, Seda

Yüksek Lisans Tezi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Kamu Hukuku

Tez Yöneticisi : Dr. Öğr. Üy. İlker KILIÇ

Nisan 2018, 140 sayfa

Kamu idarelerinin ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla yapmış oldukları ihaleler, 1983 yılında çıkarılan 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu kapsamında gerçekleştirilmekteydi. Değişen ve gelişen ihtiyaçlara cevap vermeyen, bütün kamu kurumlarını kapsamayan bu kanun, ihale düzenlemeleri açısından yerini uluslararası ihale uygulamaları ile Avrupa Birliği alım usullerine paralel, yeni ve kapsamlı olarak hazırlanan 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na bırakmıştır. Bu sayede Türk kamu alımları sistemi uluslararası uygulamalara uyum sağlamış, alımlar daha saydam ve hesap verilebilir bir hal almış en önemlisi alımları denetleyen bir kurum olan Kamu İhale Kurumu kurulmuştur.

4734 sayılı kanunun ilk çıktığı dönemde dört türlü ihale usulü düzenlenmiştir. Bu ihale usulleri Açık İhale Usulü, Belli İstekliler Arasında İhale Usulü, Pazarlık Usulü ve Doğrudan Temin Alım Usulüdür. Ancak Kamu İhale Kanunu da değişikliğe uğramış, 2003 yılı değişikliği ile doğrudan temin ihale usulü olmaktan çıkarılıp bir alım usulü şekline dönüşmüştür.

Çalışmamızın konusunu doğrudan temin alım usulü teşkil etmektedir. İlk bölümde 4734 Sayılı Kamu İhale Kanun kapsamında yer alan ihalelere ilişkin tanımlar, ihale ve alım süreçlerinin tarihi gelişimi, Kamu İhale Kurumu ve genel olarak Kamu İhale Kanunu düzenlemeleri ile Devlet İhale Kanununda yer alan düzenlemeler ele alınacaktır.

İkinci bölümde ise Doğrudan Temin Alım Usulü bütün yönleriyle ele alınacak ve sonuç bölümünde ise doğrudan temin alım usulü sürecinde yaşanan sorunlara ışık tutulmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Kamu İhale Kanunu, İhale Usulleri ve Doğrudan Temin Alım Usulü.

ABSTRACT

PURCHASE METHOD WITH DIRECT PROCUREMENT İN PUBLIC PROCUREMENT ACT NUMBER 4734

GÜNEŞ SÖZEN, Seda

Master Thesis

Graduate School of Social Sciences

Public Law

Supervisor : Dr. Öğr. Üy. İlker KILIÇ

April 2018, 140 page

The tenders of public administrations in order to fulfill their needs were made under the Public Procurement Act 2886 which was enacted in 1983. This law which does not satisfy changing and developing needs and does not encompass all public institutions was replaced by a new and comprehensive Public Procurement Act 4734 which was coded in parallel with international procurement practices and European Union procurement procedures in terms of tendering arrangements. Accordingly, the Turkish public procurement system has been harmonized with international practices,

purchases become more transparent and accountable, and most significantly, the Public Procurement Authority, which is an institution that monitors purchases, has been formed.

In the first era that the Law No. 4734 come in to force, four tender methods were introduced. These tender methods are Open Tender Method, Restricted Tender Method, Negotiated Tender Method and Direct Tender Method. But, the Procurement Act has also been amended and direct tender method has been converted from a tender method to the purchase procedure with the amendment in 2003.

The theme of our study constitutes purchase method with direct procurement. Descriptions concerning with tenders existing in the Public Procurement Act 4734, the historical development of tender and procurement processes, the Public Procurement Authority and Public Procurement Act regulations will be discussed in the first chapter.

The Purchase Method with Direct Procurement will be addressed in all its aspects in the second chapter and an insight will be provided for the problems encountered in procedure of the purchase method with direct procurements in conclusion.

Keywords :Public Procurement Act, Tender Methods and Purchase Method with Direct Procurement.

TEŞEKKÜR

İdareler, ihtiyaç duydukları mal ve hizmetlerin alınması ile yapıların yaptırılması konusunda ilgili mevzuata uymakla birlikte bazen zorunlu ve ivedi alımlarda prosedür işlemlerine takılmamak adına kendilerine kanunla verilen yetkileri kullanmaktadırlar. Doğrudan temin alım usulü idarelerce kullanılan bu yollardan birini teşkil etmekle birlikte, söz konusu alımın kullanılması kimi zaman idarelerin takdir yetkilerini kullanırken denetimden sıyrılmak amacıyla başvurabildikleri bir yol haline geldiği görülmektedir. Bu çalışma sürecinde her türlü yardımı gösteren ve beni fikirleriyle yönlendiren saygıdeğer hocam Dr. Öğr. Üy. İlker KILIÇ'a, çalıştığım kurumda bana anlayış göstererek her türlü yardımda bulunan amirlerime ve mesai arkadaşlarıma teşekkürlerimi borç bilirim.

Yüksek lisansa başlamamda ve tezimi yazmamda beni cesaretlendiren, her türlü konuda beni yalnız bırakmayan sevgili eşim Esener SÖZEN' e ve aileme,

Tez konumu seçmemde beni bilgisiyle ve bakış açısıyla yönlendiren, tezimi yazma aşamasında bana söz verdiği halde, hayatını kaybeden Maliye Bakanlığı Bürokratı, Bakanlık Duayeni ve İhalelerin Piri olarak tanınan babam Mehmet Benli GÜNEŞ'e,

Ocak ayında kalp atışlarını duyarak bize umut olan, tezi birlikte yazmaya başladığım ancak 4 aylıkken kaybettiğim bebeğime bu çalışmamı ithaf ederim.

Hayatıma ışık tutan adam Mehmet Benli GÜNEŞ' in anısına...

İÇİNDEKİLER

Sayfa

TEZ ONAY SAYFASI.....	ii
İNTİHAL BULUNMADIĞINDA İLİŞKİN SAYFA.....	iii
ÖZET.....	iv
ABSTRACT.....	vi
TEŞEKKÜR.....	viii
İÇİNDEKİLER.....	ix
KISALTMALAR LİSTESİ.....	xiv

4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNU'NDA DOĞRUDAN TEMİN ALIM USULÜ

GİRİŞ.....	1
------------	---

BÖLÜM I

KAMU ALIMLARINDA İHALELER VE DOĞRUDAN TEMİN

1. Kamu Alımlarında İhale Kavramı.....	4
2. Kamu İhalelerinin Tarihi Gelişimi.....	6
3. Kamu İhale Kurumu, Yapısı ve İhalelerdeki Görevi.....	8
4. İhale İle İlgili Mevzuatlar ve 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu.....	14
4.1. Kamu İhale Kanunu'nun Kapsamı.....	17
4.2. Kamu İhale Kanunu'nda Yer Alan İstisnalar.....	19
4.3. Kamu İhale Kanunu'nda Öngörülen İlkeler.....	21
4.3.1. Saydamlık İlkesi.....	22
4.3.2. Rekabet İlkesi.....	23

4.3.3. Eşit Muamele İlkesi.....	24
4.3.4. Güvenilirlik İlkesi.....	25
4.3.5. Gizlilik İlkesi.....	25
4.3.6. Kamuoyu Denetimi İlkesi.....	26
4.3.7. Ödeneği Bulunmayan İş İçin İhaleye Çıkılmaması İlkesi	27
4.3.8. Kaynakların Verimli Kullanılması İlkesi.....	27
4.3.9. İhalenin Kanuniliği İlkesi.....	28
4.3.10. İhale Konusunun Bölünmezliği İlkesi.....	29
4.3.11. Mal Alımı, Hizmet Alımı ve Yapım İşlerinin Zorunlu Olmadıkça Birlikte Çıkılamayacağı İlkesi.....	29
4.3.12. İhtiyacın Uygun Şartlarda ve Zamanda Karşılanması İlkesi.....	30
4.4. Kamu İhale Kanunu'nda İhale Usulleri.....	31
4.4.1. Açık İhale Usulü.....	32
4.4.2. Belli İstekliler Arasında İhale Usulü.....	32
4.4.3. Pazarlık Usulü.....	34
5. Devlet İhale Kanunu.....	34
5.1. Devlet İhale Kanunu'nun Kapsamı.....	35
5.2. Devlet İhale Kanunu'nda Öngörülen İlkeler.....	37
5.2.1. Açıklık İlkesi.....	38
5.2.2. Serbest Rekabet İlkesi.....	39
5.2.3. Uygun Bedel İlkesi.....	40
5.3. Devlet İhale Kanunda İhale Usulleri.....	40
5.3.1. Kapalı Teklif Usulü.....	40
5.3.2. Belli İstekliler Arasında.....	41
5.3.3. Açık Teklif Usulü.....	43
5.3.4. Pazarlık Usulü.....	44
5.3.5. Yarışma Usulü.....	45

BÖLÜM II

DOĞRUDAN TEMİN ALIM USULÜ

1. Doğrudan Temin Alım Usulü.....	47
1.1. Doğrudan Temin Alım Usulünün Kamu Alımları İçerisindeki Yeri.....	50
1.2. Doğrudan Temin Alım Usulünde Kamu İhale Kanunu'nda Öngörülen İlkelerin Uygulanıp Uygulanamayacağı.....	52
1.3. Doğrudan Teminle Yapılabilecek İşler.....	54
1.4. Doğrudan Temin İşlem Süreci.....	61
1.4.1. Onay Belgesi Hazırlanması.....	65
1.4.2. Teknik Şartnamenin Hazırlanması.....	69
1.4.3. Yaklaşık Maliyetin Belirlenmesi.....	72
1.4.4. İlgili İşlemlerin Yapılması.....	77
1.4.5. İstekliler İçin Yeterlilik Kriteri Aranması.....	77
1.4.6. İdari Şartnamenin Hazırlanması.....	79
1.4.7. Alım Komisyonunun Kurulması.....	80
1.4.8. Yasaklılık Teyidinin Alınması.....	81
1.4.9. Vergi İşlemlerinin Gerçekleştirilmesi.....	82
1.4.10. Muayene ve Kabul İşlemleri.....	84
1.4.11. Ödeme Yapılması.....	85
1.5. Doğrudan Temin Alım Usulü Süreci İle İhale Süreci Farkları.....	86
1.6. Doğrudan Temin Alım Usulünün Diğer İhale Usullerine Göre Denetim Farkı.....	88
2. Doğrudan Teminlerde Yargısal İşlemler.....	89
2.1. Doğrudan Teminde İdari Yargıda Dava Açılması.....	90
2.2. Doğrudan Teminde Adli Yargıda Dava Açılması.....	92
3. Doğrudan Temine İlişkin Sayıştay İncelemeleri.....	93
4. Doğrudan Temine İlişkin Kamu İhale Kurulu İncelemeleri.....	95
5. Doğrudan Temin Yöntemi İle İhaleye Fesat Karıştırma Suçu.....	96
5.1. İhaleye Fesat Karıştırma Suçunun Maddi Unsurları.....	99
5.2. Korunan Değer.....	99
5.3. Suçun Faili.....	100

5.4. Suçun Manevi Unsuru.....	100
5.5.İhaleye Fesat Karıştırma Suçunun Doğrudan Temine Uygulanıp Uygulanmayacağı.....	101
6. Doğrudan Teminlerde Kamu Zararı.....	102
6.1. Kamu Zararının Tanımı.....	103
6.2. Kamu Zararının Oluşma Unsurları.....	105
6.2.1. Kamu Görevlisi.....	105
6.2.2. Zarar.....	106
6.2.3. Kusur, Kast, İhmal.....	107
6.2.4. Mevzuata Aykırı İşlem / Eylem.....	108
6.2.5. İlliyet Bağı.....	109
7. Doğrudan Teminlerde Uygulamada Yaşanan Sorunlar ve Çözüm Önerileri.....	109
7.1. Dorudan Teminlere Yasaklama İşlemleri Uygulanıp Uygulanmayacağı Sorunsalı.....	110
7.2. Doğrudan Teminlerde İş Artışı Yapılıp Yapılamayacağı Sorunsalı.....	112
7.3. Doğrudan Teminlerde Fiyat Farkı Verilip Verilemeyeceği Sorunsalı.....	113
7.4. Doğrudan Teminlerde SGK' ya Bildirim Yükümlülüğü Olup Olmayacağı Sorunlar.....	115
SONUÇ.....	117
KAYNAKÇA.....	121
ÖZGEÇMİŞ.....	128

KISALTMALAR LİSTESİ

A.g.e.	: Adı Geçen Eser
A.g.m.	: Adı Geçen Makale
A.g.t.	: Adı Geçen Tez
C	: Cilt
EKAP	: Elektronik Kamu Alımları Platformu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
KİK	: Kamu İhale Kanunu
KİSK	: Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu
Kurul	: Kamu İhale Kurulu
md	: Madde
RG.	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
SGK	: Sosyal Güvenlik Kurumu
TCK	: Türk Ceza Kanunu
Tebliğ	: Kamu İhale Genel Tebliğ
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı

4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNU'NDA

DOĞRUDAN TEMİN ALIM USULÜ

GİRİŞ

Kamu hizmetlerinin en iyi, uygun şartlarda ve zamanda, en ekonomik şekilde yerine getirilebilmesi için idareler, bir takım mal, hizmet ve yapılara ihtiyaç duyar. İhtiyaçların ne şekilde ve hangi kaynaktan karşılanması ile idarelerde benzer uygulamaların sağlanması ve denetim kolaylığı açısından farklı uygulamalara sebebiyet verilmemesi için mevzuatlarla bu hususun düzenleme altına alınması gerekmiştir. Söz konusu düzenlemelerde idarelerin alımlarını gerçekleştirirken sadece ilgili düzenlemeler doğrultusunda hareket etmeleri, alımlarını zorlaştırdığı gibi işlemlerin hantallaşmasına sebebiyet vereceğinden ihale ve alımları düzenleyen mevzuatlarda, ihtiyaç duyulan şeyin alınması veya yaptırılması için idarelere takdir yetkileri tanınmıştır. Ancak bu yetkiler kullanılırken kamu yararının asıl amaç olduğu, kanunla verilen yetkilerin sınırsız olarak kullanılmadığı görülmektedir. Mevzuat tarafından idareye tanınan yetkilerin sınırları da çizilmiş durumdadır.

Sıkı şartlara tabi tutulan ve bütün idarelerin uymasıyla birlikte tek düzen sağlanan ihale mevzuatları ile alım usulleri, ilk olarak 10 Eylül 1983 tarihli ve 18161 sayılı Resmi Gazete ile yürürlüğe giren 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nda vücut bulmuştur. Ne yazık ki bu kanun ile bütün idarelerin alımları ve ihaleleri tek çatı altında toplanamamış, uygulamada da birçok aksaklığa sebep olmuş, Avrupa Birliği ile Dünya Bankası gibi uluslararası alımlarla da uyum sağlayamadığından sorunlar yaşanmış ve kendisinden beklenen fayda tam anlamıyla sağlanamamıştır.

Bu sorunların giderilebilmesi, gelişen ve değişen şartlara ayak uydurulması, uluslararası mevzuata paralellik sağlanması amacıyla 22 Ocak 2002 tarihli ve 24648 sayılı Resmi Gazete ile 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu yürürlüğe girmiştir. Bu kanun ile ihale mevzuatına getirilen en önemli değişiklik devlet alımlarına yeni bir soluk kazandıran, bu alanda düzenleme ve denetleme görevi yapan merkezi bağımsız bir otorite olan Kamu İhale Kurumunun kurulması olmuştur. Her ne kadar kurumun bağımsızlığından söz edilse de Kurum üyelerinin Maliye Bakanlığının önerisi ve Bakanlar Kurulu tarafından atanması ile Maliye Bakanlığı ile ilişkilendirilen bir kurum olması nedenleriyle bağımsızlığı konusunda tereddüt duyulmaktadır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu da zaman içerisinde değişikliğe uğramıştır. Bu değişikliklerden en önemlisini ise doğrudan temin konusunda yapılan değişiklik oluşturur. Doğrudan temin usulü Kamu İhale Kanunu'nun ilk halinde bir ihale usulü olarak düzenlenmiştir. Ancak 15 Ağustos 2003 tarihli ve 25200 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 4964 Sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunla yapılan bir değişiklikle doğrudan temin usulü bir ihale usulü olmaktan çıkarılmıştır. Çalışmamızın asıl konusunu söz konusu değişiklik oluşturmaktadır.

Doğrudan temin hakkında mevzuattaki ilk düzenleme 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nda bir ihale usulü olan Pazarlık Usulünün uygulanması aşamasında kullanılan bir yöntem olarak görülmektedir. Bu konu hakkındaki asıl düzenleme ise 4734 sayılı Kanununda kendini gösterir. Doğrudan temin ile ilgili yapılmış olan ilk düzenleme kanunun 4. Maddesinde yer almaktadır. Söz konusu maddede yer alan tanımda doğrudan temin kısmen açıklanmaya çalışılsa da, doğrudan temin hakkındaki asıl düzenlemenin 22. Maddede yapıldığı görülmektedir. Bu maddeye göre hangi hallerde doğrudan temin ile alım yapılabileceği tahdidi bir şekilde belirtildiğinden, doğrudan temin ile yapılacak işlerin kıyas yapılmak suretiyle geliştirilmesi mümkün değildir.

Çalışmamızın içeriği her ne kadar 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda yer alan doğrudan temin alım usulünü ilgilendirse de konunun bütünlüğü açısından ilk bölümde 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda yer alan düzenlemeler ile 2886 sayılı Devlet İhale Kanununda yer alan düzenlemeler, ikinci bölümde ise doğrudan temin alım usulü ele alınacaktır.



BÖLÜM I

KAMU ALIMLARINDA İHALE YÖNTEMİ

1. Kamu Alımlarında İhaleler

Türk idare hukukunda idareler, kamu hizmetlerini yerine getirirken kamu gücünden kaynaklanan tek yanlı işlemler tesis edebileceği gibi, özel hukuk kişisi gibi sözleşme yapmak sureti ile de işlem tesis etmektedir. Sözleşmenin tarafı olan idare, kamu yararı, kamu gücü ve kamu hizmeti gibi idare hukukun temel kavramları olan kavramlar nedeniyle özel hukuk kişisine benzer bir serbestiye sahip olmayıp, uymak zorunda olduğu birtakım şekil ve kurallar çerçevesinde hareket etmek zorundadır.

Özel hukukta sözleşmeler taraflar arasında eşitlik ilkesine dayanarak, karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamaları sonucunda, uyulması gereken şartlar belirlenerek hazırlanırken; idare sözleşme yöntemini kullanmak istediğinde, tip sözleşmeler idarenin tek yanlı iradesi ile hazırlanmakta, sözleşme şekilleri ile sözleşmenin bütün şartları idare tarafından belirlenmekte ve üçüncü kişilerin olurlarına sunulmaktadır. Tip sözleşme olarak adlandırılan bu sözleşmeler, katımlı sözleşme olarak adlandırılmaktadır.¹

İdarenin, kamu yararının temsilcisi ve sorumlusu olması ve kamu hizmetinin düzenlilik ve süreklilik ilkesine uygun olarak yerine getirmesinden dolayı birtakım

¹ Meltem KUTLU, *İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci*, İzmir, Adalet Matbaacılık, 1997, s. 6.

ayrıcalık ve yetkilere sahip olması kaçınılmaz bir gerçektir. Bu nedenle idare gerek kamu hukuku sözleşmelerinde gerekse sözleşme serbestisi bakımından bir takım sınırlamalara tabi olmakta ve ihale sonucu imzalamış olduğu sözleşmeleri mevzuatta belirtilen kurallara uygun olarak yerine getirmektedir.

Türk kamu hukukunda kamu ihalesi kavramının açıklanmasında güçlük çekilmektedir. Çünkü kamu ihalesi sözleşmesi kavramı hukuk sistemimizde yer almamaktadır. İhale süreci sonucunda idarece imzalanan sözleşmeler örneğin yapım sözleşmesi, kira sözleşmesi, satım sözleşmesi gibi adlar almaktadır. Fransız hukukunda bu tür sözleşmeler ihale sözleşmeleri olarak nitelendirilmekte iken Avrupa Toplulukları hukukunda ihaleler genel anlamda sözleşme olarak nitelendirilmektedir. Türk hukukunda ise idare sözleşmelerinde sözleşmenin imzalanmasında önceki aşama ihale aşaması olarak belirtilmekte,² sonraki aşaması ise sözleşme aşaması olarak nitelendirilmektedir.

Bu bağlamda ihale kavramına baktığımızda ihale; “havi” kelimesinden türetilen Arapça kökenli bir kavramdır. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 4. Maddesi “Tanımlar” madde başlıklı kısmında ihale; “Bu Kanunda yazılı usul ve şartlarla mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve ihale yetkilisinin onayını müteakip sözleşmenin imzalanması ile tamamlanan işlemler” olarak tanımlanmıştır.

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nun 4. Maddesi “Tanımlar” madde başlıklı kısmında ihale; “Bu Kanunda yazılı usul ve şartlarla, işin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve yetkili mercilerin onayı ile tamamlanan sözleşmeden önceki işlemler” olarak tanımlanmıştır.

² Meltem KUTLU, a.g.e., s. 65.

Türk Dil Kurumu sözlüğünde ihale; “isim, ticaret iş, mal vb.ni birçok istekli arasından en uygun şartlarla kabul edene verme, eksiltme veya artırma” olarak tanımlanmıştır.³

Bu tanımdan yola çıkarak en genel anlamıyla ihale kavramını, kamu idarelerin ihtiyaç duymuş olduğu mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinin karşılanması, ihtiyaç duymadığı taşınır ve taşınmaz malların satılması, kiraya verilmesi, trampası, mülkiyetin gayri ayni hakla tesisi, taşıma işlemlerinin kanunda belirtilen usullere uyularak en uygun fiyatlarla, uygun zamanda ve en iyi şekilde yerine getirilmesi olarak ifade edilebilir.

2. Kamu İhalelerinin Tarihi Gelişimi

Türkiye Cumhuriyeti tarihinde ihaleleri düzenleyen ilk yasal düzenleme 1925 yılında yürürlüğe giren 661 sayılı Hükümet Namına Vuku Bulacak Müzayede ve Münakasa ve İthalat Kanunu’dur. Bu kanun ile hükümet adına yapılacak her türlü satın alma, satma, kiraya verme, yapım, onarım, keşif, taşıma ve benzeri işlerin kapalı zarf, açık artırma ve eksiltme, pazarlık ve emanet usullerinden hangisine istinaden yürütüleceği hüküm altına alınmıştır.

661 sayılı Kanun 1934 yılına kadar uygulama alanı bulurken o dönemin ihtiyaçlarına cevap vermemesi nedeniyle,1934 yılında yerini 2490 sayılı Arttırma Eksiltme ve İhale Kanununa bırakmıştır. 2490 sayılı Kanun 2723 sayılı Resmi Gazetede 10 Haziran 1934 yılında yayımlansa da, 10 Aralık 1934 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ekonominin büyümesi ve ihtiyaçların hızla artması nedeniyle 2490 sayılı Kanuna ek olarak 24 Nisan 1946 tarihinde 486 sayılı Kanun ile 2490 sayılı Kanundaki parasal sınırlar artırılmış daha sonra da 2171 sayılı kanunun verdiği yetkiye dayanarak 20 Ocak 1979 tarihinde 22 sayılı KHK ile temel kanunun birçok maddesinde değişiklik

³ Güncel Türkçe Sözlük (Çevirimiçi) <http://www.tdk.gov.tr>. 21 Eylül 2017

yapılmış ve 486 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmıştır. Bu kanun yaklaşık olarak elli yıl kadar uygulama bulmuşsa da 1983 tarihinde yerini 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'na bırakmış ve yaklaşık yirmi yıl uygulanmıştır.

Diğer devletlerde olduğu gibi ülkemizde de yıllar boyunca daha çok ulusal ekonominin şartları ve ihtiyaçları dikkate alınarak düzenlenen kamu alımları alanı, zaman artan hacmi ve önemi sonucunda kaynak kullanımında etkinliği arttırmak amacıyla dünya çapında reforma tabi tutulmaya başlamıştır. Bu kapsamda Dünya Bankası ve Avrupa Birliği gibi kamu yatırımları için ülkelere fon sağlayan kuruluşlar tarafından kamu alımlarına ilişkin özel kurallar belirlenmiştir. Ayrıca Birleşmiş Milletler tarafından 1993 ve 1994 yıllarında UNICRAL Model Kanun kabul edilmiştir. Bu reformların bir amacı da uluslararası rekabeti ülkelerin toplam refahını artıracığı düşüncesiyle kamu alımlarına yönelik piyasaların daha liberal hale gelmesidir. Önceki Kanunlarda olduğu gibi 2886 sayılı Kanun'un da temel eksiklikleri, dar kapsamlı olması yanında, rekabet ve saydamlık gibi uluslararası ilkeler yeterince gözetlenmemesidir. Bununla birlikte kamu alımlarının artan önemi, uluslararası ekonomik ilişkilerdeki gelişmeler ve Türkiye'nin AB'ye üyelik hedefi çerçevesindeki AB müktesebatına uyum sağlanması gereği karşısında, kamu alımları sistemindeki ihale sürecinde yaşanan ihtilafların çözümüne yönelik bir mekanizmanın olmaması da bir başka eleştiri konusu olmuştur. Bu aksaklıkların giderilmesi amacıyla da 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile 4735 sayılı Kamu Sözleşmeleri Kanunu kabul edilmiştir.⁴

Kamu ihale sisteminde yaşanan aksaklıklar ve eksiklikler nedeniyle yeni bir kanuna ihtiyaç duyulmuş ve 2002 tarihinde 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu yürürlüğe girmiştir. 4734 sayılı Kanunda ihale sürecini sözleşme aşamasına kadar düzenlenmiş olup, ihalelerin sözleşme işlemlerine ilişkin düzenleme ise 22 Ocak 2002 tarihli ve 24648 sayılı Resmi Gazete ile yürürlüğe giren 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda yapılmıştır.

⁴ Hasan Gül, "Türk Kamu Alımları Sisteminde Kamu Kurumunun Yeri ve Artan Önemi" **Sayıştay Denetçileri Derneği Dış Denetim Dergisi**, S.2, Ekim-Kasım-Aralık 2010, s.5.

Mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinde, yani kamunun para harcamasını gerektiren işlerde sadece 4734-4735 sayılı yasalar uygulanacak, harcamayı gerektirmeyen işlerde, yani gelir getirici, işlerde ise 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümleri uygulanacaktır.⁵

Devlet ihale Kanunu ile Kamu ihale Kanunu ihale mevzuatında uygulanan en genel kanunlar niteliğinde olup, bu kanunların dışında ihale mevzuatına bakıldığında 24.11.1994 tarih ve 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun, 16.02.1995 tarihli ve 4070 sayılı Hazineye Ait Tarım Arazilerinin Satışı Hakkında Kanun, 08.06.1994 tarihli ve 3996 sayılı Bazı Yatırım Ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanun düzenlemeleri de görülmektedir.

İhale alanında yapılan tüm değişikliklerin temeline bakıldığında bütün bu değişikliklerin kamu hukukuna tabi olan veya kamunun denetimi altında bulunan yada başka bir ifadeyle kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerin esas, usul ve işlemlerinin doğru olarak uygulanmasını sağlayacak denetim mekanizmasının faaliyete geçirilmesi amaçlanmıştır. Bu amaçla 4734 sayılı Kanunla Kamu İhale Kurumu kurulmuş ve bu kurumun yetkileri ile faaliyet alanları düzenleme altına alınmıştır.

3. Kamu İhale Kurumu, Yapısı ve İhalelerdeki Görevi

Cumhuriyetin ilanından sonra ihale alanında çıkarılan kanunlarda olduğu gibi 2886 sayılı Kanunda da dar kapsamlı olması, saydamlık ve rekabet gibi ilkeleri gözetmemesi hususları ile kamu alımlarının önemli bir hal alması ile uluslararası ekonomik faaliyetlerin gelişmesi Türkiye'nin Avrupa Birliğine uyumu konusunda

⁵ Abdullah Uz, "İhale Konusu hukuki İşlemler Bakımından 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nun Kapsam ve Gelir/Hasılat Paylaşımı Uygulaması: "İddia" Örneği", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:57, S:1, 2008, s.86.

önemli sorunlar yaratmıştır. Kamu alımlarında görülen bu eksiklikler IMF ve Dünya Bankası gibi uluslararası kuruluşlar tarafından da dile getirilmiştir. Bu hususların dışında ihale sürecinde yaşanan sıkıntıların çözülmesini sağlayacak bir mekanizmanın olmaması da ayrıca bir eleştiri konusu olmuştur.

1989 tarihinde Avrupa Birliği Komisyonunca yapılan görüşmeler neticesinde belirlenen kararlardan birisi de bu konseyin üyesi olan ülkelerce yapılan ihalelere katılan firma ve müteşebbislerin arasında ayırım yapılmaması ve ihale hakkı ihlal edilen firmalara ve müteşebbislere tazminat talebinde bulabileceği başvuru haklarının sağlanması, bu başvuruların gereğini yapacak bağımsız denetim ve tasdik organlarını kurmaları tavsiyesi yer almaktadır.⁶ 2001 tarihinde toplanan Dünya Bankası Komisyonu da buna benzer bir düzenleme yapmış ve şikayet dilekçesi yoluyla ihale makamına başvurabilme hakkı ile şikayet başvurularının bağımsız bir kuruluş kanalıyla incelenme yetkisinin verilmesi gerektiğini söylemiştir.⁷

Kamu alımlarının artan önemi, uluslararası ekonomik ilişkilerdeki gelişmeler ve Türkiye'nin AB'ye üyelik hedefi çerçevesinde AB müktesebatına uyum sağlanması gereği karşısında, kamu alımları sistemindeki ihale sürecinde yaşanan ihtilafların çözümüne yönelik bir mekanizmanın olmaması eleştiri konusu olmuştur.⁸

Gerek Avrupa Komisyonunun Türkiye temsilciliği tarafından hazırlanan 1989 tarihli raporunda, gerek Dünya Bankasının görüşleri doğrultusunda, gerekse AB uyum sürecinde ihalelerin başlangıcından sözleşmenin imzalanması aşamasına kadar geçen ihale sürecinde, idarece yapılacak işlemlerin mevzuata uygunluğunu denetleyecek,

⁶ Tuncay Köksal, "Avrupa Birliğine Tam Üyelik Sürecinde Devlet İhalelerinde Rekabetin Sağlanması" (Çevirimiçi) www.ankarabarasu.org.tr/siteler/ankarabarasu/frmmakale/2001-2/2.pdf 23 Eylül 2017

⁷ Hakan Çelik, "4734 sayılı Kamu İhale Kanununun Yapım İşleri Uygulama Yönetmeliğinin, İhale Sürecinde Meydana Gelen Sorunların İncelenmesi" (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi) Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2014, s.8. (Çevirimiçi) <http://tez.yok.gov.tr> 23 Eylül 2017

⁸ "Kamu İhale Kurumu Nedir? Kamu İhale Kurumunun Yeri ve Önemi Nedir?" (Çevirimiçi) <http://www.kamufinans.com/kamu-ihale-kurumu-nedir-kamu-ihale-kurumunun-yeri-ve-onemi-nedir/> 24 Eylül 2017

firma ve müteşebbislerin şikayet başvurularını değerlendirecek, ihale yapan idareden bağımsız, tüzel kişiliği olan, idari ve mali özerkliğe sahip Kamu İhale Kurumu kurulmuştur. 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun getirdiği en büyük yeniliklerden birisi de Kamu İhale Kurumunun Kurulması olmuştur.

Kamu İhale Kurumunun kamu alımları sistemindeki yere göre ne tür bir konuma sahip olduğunun ortaya konulabilmesi için öncelikle düzenleyici ve denetleyici kurumların kuruluş felsefeleri üzerinde durmak gerekir.

1980 yılından itibaren sayıları ve önemleri artarak başta Anglo Sakson ve Kara Avrupası ülkeleri olmak üzere birçok ülkede bağımsız idari otorite şeklinde kurumlar oluşturulmuştur. Bu ülkelerde bankacılık, finans, telekomünikasyon, iletişim ve diğer rekabet koşullarının olduğu sektörlerde karar alma, uygulama ve denetim sistemleri, idari yapılanmada yeni bir model olarak kabul edilen bağımsız idari otoriteler tarafından yürütülmeye başlanmıştır. Bağımsız idari otoriteler devletçi düzenlemelerin yerine piyasa ekonomisine geçişle birlikte yaygın olarak görülmeye başlanmıştır.⁹

Bu kuruluşların ortaya çıkışına bakacak olursak, ilk olarak büyük ekonomik buhrandan sonra ABD, oluşan bu durumu düzenleyici kurumlar ile aşmaya çalışmıştır. Buna karşılık Avrupa krize devletleştirme yoluyla tepki vermiştir. 1980’li yıllarda çoğu ülkenin idari yapısında düzenleyici kurumlar ya da diğer bir ifadeyle Bağımsız İdari Otoriteler (BİO) yoğun bir biçimde yer almaya başlamıştır.¹⁰

Bağımsız idari otoriteler ilk olarak Anglo-Amerikan ülkelerinde ortaya çıkmasının nedeni, yasamanın yürütmeye olan güvensizliğidir. Örneğin; ABD’de Kongre, belirli faaliyet dallarında bağımsız idari otorite (BİO) oluşturma suretiyle,

⁹ Doğan KESTANE, Mustafa KOÇ, “Yapısal ve İşlevsel Özellikleriyle Türkiye’de Üst Kurullar ve Kamu İhale Kurumu-2”, **Belediye Dünyası Dergisi**, 2002Cilt:3, Sayı:12, s.15.

¹⁰ Mehmet Karataş, “Devletin Düzenleyici Rolü ve Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler” **Maliye Dergisi**, Sayı 154, Ocak-Haziran 2008, (Çevirimiçi) <http://dergiler.sgb.tr.>, 25 Eylül 2017, s.112.

Başkanın ve Bakanların bu alanda etkisini ortadan kaldırmaya çalışmaktadır. Ayrıca, yeni teknolojilerin, mali enstrüman ve manipülasyonların, bazı temel hak ve özgürlükler ile ekonomik düzeni tehdit ve ihlallere karşı korumak da, BİO' ların oluşma nedenlerindedir.¹¹

Türk idari teşkilatı içerisinde bu kurum ve kuruluşların 1980'li yıllarda faaliyet gösterdiği görülmektedir. Türkiye'de özelleştirme uygulamaları ile regülasyon ihtiyacının artmaya başlaması ve teknolojinin katkısıyla hızla gelişen, karmaşık bir hal alan ve aynı zamanda uzmanlaşmayı gerektiren altyapı, finans, rekabet gibi alanlarda siyasal iktidarın ve ekonomik baskı guruplarının olumsuz etkilerinden uzak olarak faaliyetlerini sürdürmek için BİO' lar kurulmuş ve bu kuruluşlar sayesinde söz konusu sorunlar aşılmaya çalışılmıştır.

Kamusal yaşamda önemli yere sahip olan alanları düzenleyen ve denetleyen bu kurumlar düzenleme ve denetleme işlevlerini yerine getirebilmek için klasik idari kuruluşlardan farklı ve yeni bir yapılanma içine girmişleridir.

Bu kurumların bahsedilen alanlarda izin verme, kural koyma, izleme, yaptırım uygulama, kamuoyunu bilgilendirme, bilgi isteme, araştırma, geliştirme faaliyetlerinde bulunma, anlaşmazlıkları çözme hususlarında görev ve yetkileri bulunmanın yanı sıra faaliyet gösterdikleri alanlarda denetim yapma yetkileri de bulunmaktadır.

Ülkemizdeki BİO'lara baktığımızda iki gruba ayrıldığı görülmektedir. Bunlar; birinci grup kamusal yaşamın duyarlı sektörleri olarak da adlandırılan alanlarda düzenleme ve denetim işlevi olan kurumlar (RTÜK, Sermaye Piyasası Kurumu, BDDK, Kamu İhale Kurumu ve Rekabet Kurumu örnek olarak gösterilebilir) ikinci gruptakiler ise; devlet tekelinde bulunan kamu hizmetlerinin rekabete açılmasından

¹¹Mehmet ALTUNDIŞ, "Bağımsız İdari Otoritelerin Türk Hukuku'nda Ortaya Çıkardığı Sorunlar ve Türk Hukukuna Etkileri" **Danıştay Dergisi**, 2006, s.1.

sonra, özel sektöründe devreye girmesiyle birlikte faaliyette bulunulan alanlarda söz konusu olanlardır. (Telekomünikasyon Kurulu, Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu örnek olarak gösterilebilir.)¹² Kamu İhale Kurumu Bağımsız İdari Otoriteler arasında sayılmaktadır.

Kurumun idari bağımsızlığının en önemli göstergesi kurumların ilişkili oldukları bakanlıkların işlemleri üzerinde klasik teftiş yetkisinin olmaması ve kurumların karar organları olan kurul üyelerinin görev sürelerinin yasa ile düzenlenerek siyasi yetkilerden uzak bir şekilde bağımsız bir karar alabilmelerinin garanti altına alınmasıdır. Mali anlamda bağımsızlık ise düzenleyici ve denetleyici kurumun kendilerine tahsis edilmiş gelirlerinin olması ve bu gelirler çerçevesinde kendi bütçelerini herhangi bir müdahale olmadan hazırlayarak doğrudan Meclise sunabilmeleri şeklinde gerçekleşmektedir. Kurumun 53. Maddede sayılan görevlerini yerine getirirken bağımsız olduğu hiçbir organ, makam ve merci ve kişinin Kurumun kararlarını etkilemek amacıyla emir ve talimat veremeyeceği kabul edilmektedir. Kuruma verilen mutlaka idari ve mali olarak özerk yapıda bir kurum tarafından yerine getirilmesi zorunlu olmayan diğer görev ve yetkilerin ise kamu alımları alanının tek elden yürütülmesi gerektiğinden kaynaklandığı düşünülmektedir.¹³ 4734 sayılı Kanunda kurumun Maliye Bakanlığı ile “ilişkili” olduğu düzenlenmiştir.

Kurumun görevlerine bakacak olduğumuzda; ihale süreci (ihalenin başlangıcından, sözleşmenin imzalanmasına kadar geçen süre) içerisinde idarece yapılan işlemlerin ilgili mevzuat hükümlerine uygun olmadığına ilişkin başvuruları incelemek, ihale mevzuatında geçen ve ihalelerde kullanılan standart ihale dokümanları ile tip sözleşmeleri hazırlamak, uygulamayı yönlendirmek, ihale mevzuatına ilişkin eğitim vermek, ihalelere ilişkin istatistikler tutmak, ihaleye katılmaktan yasaklama kararı verilenler hakkında sicil tutmak, ihalelere yönelik araştırma ve geliştirme sicilleri tutmak, ihale ilanları ile ilgili esas ve usulleri

¹²Mehmet Karataş, “Devletin Düzenleyici Rolü ve Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler” **Maliye Dergisi**, Sayı 154, Ocak-Haziran 2008, (Çevirimiçi) <http://dergiler.sgb.tr.>, 25 Eylül 2017, s.112.

¹³ Kamu İhale Kurumu Nedir? Kamu İhale Kurumunun Yeri ve Önemi Nedir? , a.g.m.

düzenlemek, basılı veya elektronik ortamda Kamu İhale Bültenini yayımlamak, yerli isteklilerin yabancı ülkelerde açılan ihalelere katılmaları için gereken tedbirleri almak, yerli isteklilerin ihaleye katılmalarının önlenmesine yönelik gerekli düzenlemelerin sağlanması için Bakanlar Kuruluna teklifte bulunmak, kurumun yıllık bütçesi ile kesin hesabını ve yıllık çalışma raporlarını hazırlamak, kurum bütçesinin uygulanmasını, gelirlerin toplanmasını ve giderlerin yapılmasını sağlamak olduğu görülmektedir. Bu konuya ilişkin düzenleme yine 4734 sayılı Kanununun 53. Maddesinde sayma suretiyle yapılmıştır.

Kamu İhale Kurumunun yapmış olduğu işlemler ile teşkilatlanma yapısı açısından birçok olumlu ve olumsuz eleştiri söz konusu olmuştur. Bunlara bakacak olursak;

İdarelerce yapılan işlemlerde mevzuata aykırılık bulunduğu ilişkin şikayetlerin Kamu İhale Kurumunca değerlendirilip karara bağlanması iyi bir uygulamadır. Böylece ilgililer kısa yoldan haklarını arayabilmeleri sağlanmış, yargıya başvurular azalmıştır. Ancak, şikayetleri inceleme ve sonuçlandırmada başarılı olan Kamu İhale Kurumunun, idarelerin ve ilgililerin tereddütleri konusunda görüş vermemesi ise bir eksikliktir. Vergi idarelerince uzun yıllardır uygulanan ve “mukteza” denilen görüş verme uygulaması Kurumca da yapılmalıdır. Böylece hatalar uygulanmadan düzeltilebilecek, şikayet konuları azalacaktır.¹⁴

Kurumun her ne kadar bağımsız olduğu ve Maliye Bakanlığı ile ilişkili olduğu belirtilse de üyeleri Maliye Bakanlığı tarafından atanması ile Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede 25 Haziran 2009 tarihinde yapılan değişiklikle Maliye Bakanlığının görevleri arasına genel ekonomik politika ve stratejiler çerçevesinde kamu alımlarına ilişkin temel politikaları oluşturmak, bu konudaki tasarıları hazırlamasında ilgili kurumlar arasında

¹⁴Ali Serdar, “Kamu İhale Mevzuatı Hakkında Genel Değerlendirme”, **Sayıştay Denetçileri Derneği Dış Denetim Dergisi**, S.2, Ekim-Kasım-Aralık 2010, s.40.

koordinasyonu sağlamak görevinin getirilmesi, Kamu İhale Kurumunun bağımsız olarak hazırladığı kamu ihale mevzuatı için Maliye Bakanlığının onayının alınması zorunluluğunu oluşturması gibi hususların olması kurumun bağımsızlığını şüpheye düşürmüştür.

Kamu İhale Kurumu ve Kurulunun gerek yapısı gerekse de görev tanımları itibariyle hatalı oluşturulduğu ve bu nedenle de kurum ve kurulun bu haliyle gerek kanunun geliştirilmesi gerekse de ihtiyaçlara cevap verme konusunda yetersiz kaldığı değerlendirilmektedir. Gerek kurumun gerekse de kurulun; özellikle, ihale sistemini geliştirme ve iyileştirme, uygulamada ortaya çıkan sorunlarla müdahale edebilme ve bu sorunlara hakkaniyetli ve adilane çözümler üretebilme, belirsizlikleri giderme, temel ilkeler geliştirme, aynı veya benzer konularda aynı türden kararlar alabilme ve herkes tarafından kabul edilebilecek referans idari görüşler oluşturma konularında yeterince başarılı olmadığı ifade edilebilir. Bu çerçevede yukarıda belirtilen konularda yeterli, ehil ve konunun uzmanı olan, dinamik, donanımlı ve fonksiyonel bir Kamu İhale Kurumu ve Kurulunun tesis edilmesinin elzem olduğu ve bunun hem Türkiye'mizin ekonomik kazanımları hem de ülkemizi insanı için faydalı bir iş olacağı düşünülmektedir.¹⁵

4. İhale İle İlgili Mevzuatlar ve 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu

Devlet teşkilatı içerisinde yer alan kamu idarelerinin yapmış oldukları alımların tamamının Kamu İhale Mevzuatı kapsamında yapıldığı görülmektedir. Kamu İhale Mevzuatına genel hatlarıyla bakıldığında Kamu İhale Kanunu, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Uygulama Yönetmelikleri¹⁶, Kamu İhale Genel Tebliği ile

¹⁵Semih Kaplan, “İdeal Bir Kamu İhale Kanunu ve İdeal Bir Kamu İhale Kurumu ve Kurulu Nasıl Olmalıdır? Fonksiyonel Bir Model Çalışması”, **Maliye Dergisi**, Sayı 162, Ocak-Haziran 2012, s.32.

¹⁶ Elektronik İhale Uygulama Yönetmeliği, Mal Alım İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, Hizmet Alım İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, Çerçeve Anlaşma İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, Danışmalık Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği

İhalelere ilişkin tebliğler, İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik ile diğer düzenlemeler¹⁷ gibi düzenlemelerin uygulandığı görülmektedir.

Kamu alımları ile ihaleler açısından iki önemli kanun dikkati çekmektedir. Bunlardan ilki 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu diğeri ise 4734 sayılı Kamu İhale Kanunudur. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hakla tesisi, taşıma işlemlerinin ihalelerinde uygulanacak esas ve usuller, bu ihaleler sonucunda imzalanacak sözleşmelerle ilgili hususları düzenlemektedir. Söz konusu Kanuna genel olarak baktığımızda, kamu harcamalarının yapılması ile kamuya gelir sağlanmasına yönelik iki farklı hususun birlikte düzenlendiği görülmektedir. Avrupa Birliği, Dünya Bankası, Birleşmiş Milletler gibi uluslararası kuruluşların uygulamalarına bakıldığında, kamu harcamaları ile ilgili kamuya yönelik alımlarda ayrı bir ihale mevzuatı düzenlendiği anlaşılmaktadır. İhale mevzuatlarına yönelik uluslararası uygulamalar ile ülkemizdeki yasaların farklı olması, uygulamada çok fazla sorunlara sebebiyet vermiştir.

2886 sayılı Devlet İhale Kanununun ihtiyaca cevap vermekte yetersiz kalması, rekabeti, şeffaflığı, eşit muameleyi sağlamaya dair mekanizmalarının zayıf olması siyasi otoritenin ihale sürecine dahil olmasına izin verilmesi, mal ve hizmet üreten kamu işlemlerinin kamu idarelerine ihalesiz mal veya hizmet satmasına izin vererek haksız rekabete yol açmak suretiyle bu alanda mal ve hizmet üreten özel sektör işletmelerinin gelişmesini engellemesi, dünya uygulamalarına paralellik göstermemesi ve benzeri nedenlerle kamu idarelerinin alım ve yapım ihaleleri ile devlete ait değerlerin satım ve kiralama vb. ihalelerinin aynı kanun hükümlerine tabi olmasının uygulamada yol açtığı sıkıntılar nedeniyle yeni düzenleme yapılmasına gerek duyulmuştur.¹⁸ Bu nedenle 1 Ocak 2003 tarihinde kamu ihaleleri alanında şeffaflığı

¹⁷Mal Alımı Fiyat Farkı Hesabında Uygulanacak Esaslar, Hizmet Alımlarında Uygulanacak Fiyat Farkı Esasları, Yapım İşlerinde Uygulanacak Fiyat Farkı Esasları

¹⁸Sami Kaplan, “İdeal Bir Kamu İhale Kanunu ve İdeal Bir Kamu İhale Kurumu ve Kurulu Nasıl Olmalıdır? Fonksiyonel Bir Model Çalışması”, **Maliye Dergisi**, Sayı:162, Ocak - Haziran 2012, (Çevirimiçi) <http://dergiler.sgb.gov.tr> , 25 Eylül 2017, s.26.

artıracak ve yolsuzluklarla mücadeleye katkı sağlayacak yeni bir Kamu İhale Kanunu yürürlüğe girmiştir.¹⁹

Kamu İhale Kanunu'nun kapsamına genel olarak bakıldığında bu kanun ile sadece harcamaya konu işler kapsama alınmış, ihale süreci ve sözleşme aşaması olmak üzere ihaleler iki aşamaya ayrılmış, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu kapsamında olan idarelere ilaveler yapılmış, yerli istekliler ve yerli mala avantaj sağlanması esasları getirilmiş, ihalelere katılımı yeterlilik kriterleri ayrıntılı olarak düzenlenmiş, yaklaşık maliyet uygulaması getirilmiştir. Bu kanunla getirilen en önemli yeniliklerden birisi ise kendisine kamu alımları alanında uygulamayı yönlendirme ve bu süreçte ortaya çıkan şikayetleri çözüme bağlama temel görevleri verilen, idari ve mali yönden özerk nitelikteki Kamu İhale Kurumu'nun kurulması olmuştur.²⁰Bu sayede uygulamada yaşanan birçok sorun çözüme kavuşturulmuş, Türkiye mevzuatı ile AB ve Dünya Bankası gibi uluslararası kuruluşların mevzuatlarıyla da uyum sağlanmıştır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu uygulanmaya başlamakla birlikte hızlı ilerlemeler kaydedilmiş olsa da aslında kendisinden beklenen verimi tam olarak sağlayamadığı da görülmektedir. Şöyle ki, mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinin ihale süreçleri ile ihale sonrası işlemleri farklı olmasına rağmen kanunda ayrı bölümlerde düzenlenmemiştir. Bu durum uygulamada sorunlara sebebiyet vermektedir. Kanunda yer alan istisnalar sadece belirtilen zorunlu durumlarda gerçekleştirileceği planlansa da, istisnaların sayısı sürekli artırılmıştır. Doğrudan temin yöntemi idareler için ihale prosedüründen kurtulma yolu olarak görülmüş ve kapsamı sürekli genişletilmiştir. Tahmini bedel esasına dayanan 2886 sayılı Kanun genel uygulaması yaklaşık maliyet esasına geçirilmiş olmasına rağmen, bu hususta gereken verim sağlanamamıştır. Çünkü işi piyasada yapacak olan firmalardan maliyet hesabı istenildiğinde, firmalar fiyatları yüksek tutmuş, bu sayede piyasadaki gerçek

¹⁹“Türkiye'nin Avrupa Birliğine Katılım Sürecine İlişkin 2003 Yılı İlerleme Raporu” s.46 (Çevirimiçi)

https://www.ab.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/Turkiye_Ilerleme_Rap_2003.pdf 29 Eylül 2017

²⁰Hasan Gül, “Türk Kamu Alımları Sisteminde Kamu İhale Kurumunun Yeri ve Artan Önemi” **Sayıştay Denetçileri Derneği Dış Denetim Dergisi**, S.2, Ekim-Kasım-Aralık 2010, s.5.

maliyetlerden uzaklaşmıştır. Bu husus ise idarelerin ihtiyaç duyduğu şeyi daha yüksek fiyatlardan almasına ve kamunun zarar görmesine neden olmaktadır. Yukarıda belirtildiği üzere 4734 sayılı Kanunun uygulanmasında yaşanan sorunları tam anlamıyla çözmediği görülmektedir.

4.1. Kamu İhale Kanunu'nun Kapsamı

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na bakıldığında bu kanunun 2. Maddesi kanunun kapsamını düzenlemektedir. Bu maddeye göre kanunda sayılan idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal ve hizmet alımları ile yapım işleri ihalelerinin 4734 sayılı Kanun kapsamında yürütüleceği belirtilmiştir.

Kanun kapsamında olan idareler ise; genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ile özel bütçeli idareler, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı; döner sermayeli kuruluşlar, birlikler²¹, tüzel kişiler; kamu iktisadi kuruluşları ile iktisadi devlet teşekküllerinden oluşan kamu iktisadi teşebbüsleri; sosyal güvenlik kuruluşları, fonlar, özel kanunlarla kurulmuş ve kendilerine kamu görevi verilmiş tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar ile bağımsız bütçeli kuruluşlar, sayılan idarelerin doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip buldukları her çeşit kuruluş, müessese²², birlik, işletme²³ ve şirketler; 4603 sayılı Kanun kapsamındaki bankalar ile bu bankaların doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip buldukları şirketler olduğu görülmektedir.

²¹Meslekî kuruluş şeklinde faaliyet gösterenler ile bunların üst kuruluşları hariç tutulmuştur.

²²Müessese; sermayesinin tamamı bir iktisadi devlet teşekkülüne veya kamu iktisadi kuruluşuna ait olup, ona bağlı işletme ve işletmeler topluluğudur.

²³İşletme; müesseselerin ve bağlı ortaklıkların mal ve hizmet üreten fabrika ve diğer birimleridir.

Ancak, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu ve bu Fonun hisselerine kısmen ya da tamamen sahip olduğu bankalar, 4603 sayılı Kanun kapsamındaki bankalar²⁴ ve bu bankaların doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip buldukları şirketler (yapım ihaleleri hariç) 4603 sayılı Kanun kapsamındaki bankaların 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununa tabi gayrimenkul yatırım ortaklıkları ile enerji, su, ulaştırma ve telekomünikasyon sektörlerinde faaliyet gösteren teşebbüs, işletme ve şirketler 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamı dışında tutulmuştur.

Ayrıca, odalar, borsalar gibi özel kanunlarla kurulan, kendilerine kamu görevi verilen ve kanunun denetiminde bulunan kamu tüzel kişiliğine sahip meslek kuruluşları ile vakıf yüksek öğretim kurumları kapsam dışında tutulmuştur.²⁵

Kanun kapsamı dışındaki işlere bakıldığında; idarelerin kamu kaynağı kullanımını gerektirmeyen işlemleri²⁶, idareler arasında kaynak aktarımları, İdarelerin kendilerine bağlı döner sermayelerden yapacakları alımlar²⁷ ile idarelerin bankalar aracılığıyla yapacakları fatura tahsilat işleri 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında yer almamaktadır.²⁸

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun genel olarak kapsamına baktığımızda Devlet Bütçesini kullanan idarelerin alımlarının Kamu İhale Kanunu'na tabi olduğu, kendi bütçeleri olan idarelerin alımları ile kamu kaynağının kullanılmasına gerek duyulmayan işlerde söz konusu kanunun kapsam dışı kaldığı görülmektedir. Bu durum

²⁴Bu kapsamdaki bankalar, Ziraat Bankası, Halk Bankası, Emlak Bankasıdır. Emlak Bankası 6 Temmuz 2001 tarih ve 5508 sayılı Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu'nun onayı ile 9 Temmuz 2001 tarihinden itibaren Ziraat Bankasına devredilmiştir.

²⁵Saadettin Doğanıyğit, *Açıklamalı- İctihatlı- Soru Çözümlü Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu*, Ankara, Seçkin Hukuk, 2010, s.85.

²⁶Kat ve/veya arsa karşılığı yapım işleri 2886 sayılı kanununa tabidir, kanun kapsamı dışındaki kişilerin idarelere yapmış oldukları bağış işlemleri vb.

²⁷Bu durumda idareye bağlı döner sermayeli kurumların, idareden ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olmaması gerekmektedir.

²⁸Doğanıyğit, a.g.e., s.88,89.

ise devlet bütçesi kullanan idarelerin harcamalarında, devletin sorgulama yaparak parasının nereye harcandığının hesabını sorduğunun göstergesidir.

4734 sayılı Kanunla kapsam genişletilmiş, saydamlık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik, kamuoyu denetimi sağlayıcı genel ilkeler getirilmiş, indirim dayalı tahmini bedel ve birim fiyat sisteminden vazgeçilmiş, yaklaşık maliyet esasına dayalı istekliler tarafından teklif edilen götürü bedel- anahtar teslim götürü bedel, teklif birim fiyat sistemine geçilmiş, projesi olmayan yapılar için ihaleye çıkılmaması öngörülmüş, kapsam genişletilerek istisnalar azaltılmış, eşik değerler belirtilmiş, ihale sürecinin düzenlenmesi, şikayetlerin sonuçlandırılması için Kamu İhale Kurumu kurulmuştur. Bu sayede ihaleler için hem şeffaf bir rekabet ortamı oluşturulmuş, hem kısmen de olsa yolsuzlukların önüne geçilmiş, hem de uluslararası mevzuata paralellik sağlanmıştır.

4.2. Kamu İhale Kanunu'nda Yer Alan İstisnalar

4734 sayılı Kamu ihale Kanununun istisna hükümleri 3. Maddede düzenlenmiştir. Madde de belirtildiği üzere, kurum ve kuruluşlar yasada istisna tutulmak yerine, Kamu İhale Kanunu'na tabi olmakla beraber bazı iş, işlem ve faaliyetler yönünden mal ve hizmet alımları ile yapım işleri istisna tutulmuştur.²⁹ Hangi iş, işlem ve faaliyetlerin istisna oldukları kanunda 8 bent halinde sayılmıştır.

İstisna kapsamında gerçekleşen ihalelere ilişkin ilanların ve ihale dokümanları diğer ihalelerde olduğu gibi EKAP tarafından otomatik olarak yüklenerek hazırlanamayacak, bu işlemler ilgili idarelerce yapılacaktır. İdarelerce hazırlanan sözleşme dosyaları, hazırlandıktan sonra EKAP' a yüklenecektir.

²⁹Doğanyigit, a.g.e., s.102.

İstisna kapsamındaki alımlar Geçici Madde 4 gereğince hazırlanan ve Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konular esas ve usullere göre gerçekleşmektedir.

Kanunda yer alan istisnaların birkaç tanesine baktığımızda; 3. Maddenin (b) bendinde yer alan alımlar güvenlik, istihbarat, savunma amacıyla gerçekleştirilen birtakım alımlar ülke güvenliği açısından gizlilik içinde yürütülmesi gerektiğinden istisna kapsamında tutulmuştur. Söz konusu istisnanın amacı, ihtiyaç duyulan mal ve hizmetlerin alınması sırasında devlet güvenliğine ilişkin temel menfaatler korunmaktır.

Aynı maddenin (d) bendine baktığımızda Kamu İhale Kanunu'na tabi olan idarelerin yabancı ülkelerdeki birimlerinde mal ve hizmet alımları ile yapım işlemleri kanun kapsamı dışında tutulmuştur. Bu hususun istisna tutulma amacına bakıldığında ise ihtiyacın, bulunduğu yerde sağlanması zorunluluğu olan hallerde bu kanunun uygulanmasından kaynaklı sorunlar yaşanabilmekte ve ülke kanunlarının mülklik prensibi gereği yurt dışında uygulanma durumu bulunmadığı için söz konusu alımlar istisna kapsamında tutulduğu görülmektedir.

Adı geçen maddenin (h) bendinde yer alan alımlarda ise; kamu çalışanları ile yeşil kartı olan kişilerin tedavi görmeleri durumunda teşhis ve tedavi kapsamında gerçekleştirilen hizmetlerin ihale kapsamında gerçekleşmesinin mümkün olmaması, ayakta tedavi sırasında kullanılan tıbbi malzemeler ile reçeteye bağlanan ilaçların temininin yine aynı kanun hükümlerine tabi olmamasına neden olmuştur.

İstisna kapsamında yer alan diğer hükümlere bakıldığında, söz konusu alımlar ile yapı gerçekleştirecek kurumların faaliyetlerine ilişkin başka kanunlarla özel düzenleme getirilmiş ve bu düzenlemeler doğrultusunda ilgili işlemler, Kamu İhale Kanunu'nda istisna kapsamında yer almıştır.

Kanunun istisnaları düzenleyen 3. Maddesi farklı zamanlarda çıkarılan düzenlemelerle genişletilmiştir. Kapsam maddesi ise Avrupa Birliği Standartlarına uygun olmayan bir şekilde daraltılmıştır. İstisnaların çok fazla olduğu her ilerleme raporunda belirtilmesine rağmen, değişikliklerle söz konusu fazlalığın azaltılmasının aksine daha fazla istisna getirilmiştir. Aradan geçen zaman içinde 4734 sayılı Kanun oldukça fazla değiştirilmiş, yapılan değişiklikler 4734 sayılı Kanunu, Avrupa Birliği Direktifleri ile neredeyse tamamen uyumsuz hale getirmiştir. Bu nedenle Avrupa Komisyonu ilerleme raporlarında bu durum sürekli eleştiri konusu yapılmıştır. Avrupa Birliği Müktesebatında istisna tutulan hususlar bellidir. Bunlar; savunma alımları, su, enerji, ulaştırma ve posta hizmetleri alanındaki alımlar, uluslararası anlaşmalara dayanan alımlar, imtiyazlar, AR-GE Alımları ve Direktifin 16. Maddesinde sayılan diğer birkaç alım türüdür. Direktif ile çizilen çerçeve ile karşılaştırıldığında Kamu İhale Kanunu ilk yürürlüğe girdiğinden istisnalar maddesi 6 bent halinde düzenlenmişken 8 yıl uygulama sonucunda bu istisnalar 16 bende çıkmıştır.³⁰ 2017 tarihi itibarıyla kanunun istisna hükümlerine bakıldığında ise istisnaların 20 bende çıktığı görülmektedir.

4.3. Kamu İhale Kanunu’nda Öngörülen İlkeler

Her ihalede uyulması gereken birtakım kurallar bulunmaktadır. Hangi kuralların uyulacağına ilişkin düzenleme ise 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 5.Maddesinde hüküm altına alınmıştır. Bu maddeye göre ihalelerde aranan temel ilkeler; saydamlık, rekabet, yeterlilik, eşit muamele, güvenilirlik, gizlilik, kamuoyu denetimi, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını, kaynakların verimli kullanılması, aralarında kabul edilebilir doğal bir bağlantı olmadığı sürece mal alımı, hizmet alımı ve yapım işlerinin ayrı ayrı ihale edilmesi ilkesi, eşik değerlerin altında kalmak amacıyla mal veya hizmet alımları ile yapım işleri kısımlara

³⁰Yaşar Ateş, “Kamu İhale Kanununun Kapsamı, İstisnaları İle Kanun’da Yapılan Değişiklikler ve Yeni Kanun Taslağının Getirdikleri”, **Sayıştay Denetçileri Derneği Dış Denetim Dergisi**, S:2, Ekim-Kasım-Aralık 2010, s.119.

bölünemeyeceği ilkesi, ödeneği bulunmayan hiçbir iş için ihaleye çıkılamayacağı ilkesi şeklinde sayılabilir.

Kanun koyucu, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 5. Maddesinde ülkeden ülkeye değişiklik göstermeyecek, farklı anlamlara gelmeyecek kadar açık, evrensel nitelikteki ilkelere yer vermiştir.³¹ Adı geçen ilkelerin uygulanması sayesinde hem kamu kurum ve kuruluşları tarafından yapılan ihalelerde mevzuata uygunluk kriterleri belirlenmiş olmakta, hem de benzer nitelikteki alımlarda benzer uygulama sağlanmaktadır. Ancak hal böyle olmakla birlikte söz konusu ilkelerin varlığı kimi zaman idareleri sıkıntıya sokabilmektedir.

Değişen ve gelişen koşullar sayesinde idarelerin ihtiyaçları çeşitlenmekte, ivedi ihtiyaçları ortaya çıkabilmektedir. Söz konusu ihtiyaçlarının ortaya çıkması halinde aynı nitelikteki alımlar benzer uygulama sağlanarak yapılamamakta, bu durum ise kamu harcaması denetimini yapan Sayıştay tarafından sorguya tabi tutulmaktadır. Bahsi geçen ilkeler Sayıştay denetimlerinde de göz önünde bulundurulduğundan, idareler ihtiyaçlarını çok rahat karşılayamamakta bu yüzden sıkıntılar yaşanabilmektedir.

4.3.1. Saydamlık İlkesi

Saydamlık ilkesi mal, hizmet veya yapım işine ihtiyacı olan kamu kurum ve kuruluşlarının ihale yolu ile elde ettikleri teminlerde ihale sürecinin şeffaf, açık ve herkesçe bilinebilir olmasıdır. Bir başka ifadeyle saydamlık; devletin, kamu mal, hizmet ve yapım ihtiyaçlarını temin ederken izlediği ihale prosedürü işlemlerini şeffafça yürütmesi zorunluluğudur.³²

³¹Abdullah Uz, *Kamu İhale Hukuku*, Ankara, Turhan Kitapevi, 2005, s.157.

³²İsmet Giritli /Pertev Bilgin /Tayfun Akgüner, *İdare Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul, Der Yayınları, 2008, s.1027.

Kamu ihalelerinde saydamlık; idarelerin ihtiyaçları, ihale katılım şartları ve değerlendirme kriterleriyle ilgili olarak piyasayı tam olarak bilgilendirmesi ve bu ihtiyaçların teminine yönelik olarak işletilen ihale sürecinin ilgililerinin bilgileri dahilinde gerçekleştirilmesidir.³³

Bu tanımlamalardan yola çıkararak ihale dokümanlarının ilan yolu ile ilgilenenlere duyurulması, idare tarafından teklif zarflarının ihaleye teklif verenlerin yanı sıra, ihale esnasında hazır bulunan herkes önünde açılması, ihalenin ilgililer huzurunda açık olarak yapılması, teklifi uygun görülmeyen isteklilerin ret gereklerinin yazılı olarak açıklanarak ihaleye katılan bütün isteklilere gönderilmesi anlamını taşımaktadır.

şeffaflık, açıklık, aleniyet terimleriyle de açıklanan saydamlık ilkesi, esas itibariyle rekabet ilkesinin hayata geçirilebilmesi için olmazsa olmaz önemi haizdir.³⁴

4.3.2. Rekabet İlkesi

Genel Olarak “rekabet” kelimesi, aynı amacı güden kimseler arasındaki çekişme veya yarışmayı ifade etmektedir. Kamu ihalelerinde rekabet ise, kamu ihtiyaçlarının karşılanmasına katılan kişiler arasında bir yarışma ortamı sağlamaktır. İhalelerde rekabet koşulunun sağlanabilmesi öncelikle ihtiyacın tam olarak tanımlanması, ihale dokümanında aranan yeterlik belgelerinin işin gerekleri ile orantılı olması ve ihale koşullarının tüm ilgililere duyurulmasını gerekli kılar. Böylelikle ihaleye katılımın en st seviyede olması sağlanır. Ayrıca, katılımcıların kendi zgr

³³ Hafize alışkan, “Kamu İhalelerinde Saydamlık”, **İhale-İmar alışmaları**, S.2.Nisan 2003, s.18.

³⁴Yařar Gök, “Kamu İhale Hukukuna Hakim Olan İlkelere”, **Sayıştay Denetleri Derneği Dış Denetim Dergisi**, S:2, Ekim-Kasım-Aralık 2010, s.13.

iradeleri yani etki ve baskı altında kalmamaları da önemlidir. İdare, rekabet ortamını adaylar ve isteklilere eşit davranarak bu ortamı sağlamaya yardımcı olur.³⁵

İdarelerin, ihalelerde rekabetin gerçekleşmesine yönelik olarak gerekli ortamın sağlanması, rekabeti engelleyici davranışlardan ve düzenlemelerden kaçınması, fiyatların oluşturulmasında hiçbir müdahale olmaksızın serbestçe belirlenmesi bu ilkenin gereğidir. Ayrıca Kanunda kural olarak aşırı oranda düşük tekliflerin değerlendirilemeyeceği benimsendiğinden bu şekilde haksız rekabete de izin verilmemiştir.³⁶ Bu kapsamda 4734 sayılı Kanunun 17. Maddesi rekabetin gerçekleşmesini engelleyecek yasakları düzenlemiştir.

4.3.3. Eşit Muamele İlkesi

Eşitlik ilkesi, hukuki durumları benzerlik gösteren veya aynı olan kişiler için kabul edilen bir ilkedir. Bu ilkenin, ihale hukukuna uyarlanması sonucu, ihalelerde idarenin tüm ihale isteklilerine “eşit muamele” yapmasını öngören bu ilke ortaya çıkmıştır. Bu ihale ilkesi, 1982 Anayasasının 10. Maddesinde yer alan “eşitlik ilkesinin” kamu ihale hukukundaki yansımaları ifade eder. Kamu ihalelerinde aynı durumda bulunanlara aynı muamelenin yapılmasının zorunlu olduğu ilke “ihalelerde eşitlik” ile açıklanır.³⁷

Eşit muamele ilkesi, idarenin ihale sürecindeki tüm iş ve işlemlerinde yaptığı değerlendirme ve kullandığı takdirlerde isteklilere eşit davranması, tarafsız olması, her türlü ayrımcılıktan kaçınması zorunluluğunu ifade eder.³⁸

³⁵Atilla İnan, *İhale Hukuku Ders Notları*, Ankara, Sistem Ofset Matbaa, 2011, s.55.

³⁶Mehmet Aksoy / Mehmet Şimşek, *En Son Değişikliklerle (Kamu İhale Kurulu Kararları Işığında) Kamu Alımları İhale Süreci (Mal ve Hizmet Alımları İle Yapım İşleri)*, Ankara, Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayınları, 2010, s.35-36.

³⁷Begüm İsbir, “Kamu İhalelerine Katılma Yasağı” (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara,2009, s.32. (Çevirimiçi) <http://tez.yok.gov.tr>. 30 Eylül 2017.

³⁸Gök, a.g.m., s.16.

Bu ilkeye bakıldığında idare ihalenin her aşamasında dil, din, ırk, siyasi görüş ayrımı yapmaksızın ihalelere katılan ve benzer şartları taşıyan herkese eşit şekilde davranması gerekmektedir.

4.3.4. Güvenilirlik İlkesi

Güvenilirlik ilkesi, idareler tarafından, ilan yapıldıktan sonra, ihaleye katılım kuralları, ihale usulü, tekliflerin türü, tekliflerin değerlendirilmesi, gibi hususlarda değişiklik yapılmaması, aynı şekilde isteklilerinde süreç içerisinde sundukları teklifleri geri almaması ve hatalı teklif verenlerin cezalandırılmaları olarak açıklanabilir.³⁹

Güvenilirlik ilkesinin ilk gereği; taraflara olabildiğince az inisiyatif tanımak suretiyle uygulamada birliğin temin edilmesi ve her süreçle ilgili olarak yapılması gerekenlerin tanımlanmış olmasıdır. Dolayısıyla süreçteki işlem tanımlarının yeterince açık olması bu ilkenin en önemli unsurudur.⁴⁰

4.3.5. Gizlilik İlkesi

Gizlilik, herhangi bir işlem yapılırken konuya taraf olanlara ait bilgilerin, işlem verilerinin ya da yazışmaların üçüncü kişi veya kurumlardan saklı tutulması durumuna verilen isimdir. Gizlilik ilkesi, görünürde saydamlık ilkesiyle çelişebilir. Fakat bu ilkeyle korunan gizliliği, ihale sürecinin hukuka uygun ve tarafsız şekilde yürütülmesiyle kısıtlı tutmak gerekir. Nitekim bu sınırlar Kanunda, gizliliğin gerekli olduğu hallere işaret edilmek suretiyle belirlenmiştir. Bu belirlemeler dışında saydamlık ilkesinin ihlali anlamına gelecek bir gizlilik uygulaması söz konusu olamaz.⁴¹

³⁹Aksoy, Şimşek, a.g.e. ,s.37.

⁴⁰Canan Akman, “Kamu İhalelerinde Güvenilirlik ve Gizlilik”, **İhale İmar Dergisi**, S.4., Haziran, 2003, s.20.

⁴¹Yaşar Gök, “Kamu İhale Hukukuna Hakim Olan İlkeler” **Dış Denetim Dergisi**, Ekim-Kasım-Aralık 2010 dan Aktaran, Hüseyin Kayabaşı, “Kamu İhale Kanunu ve İstön Örneği”

Gizlilik ilkesinin ilk somut örneği, yaklaşık maliyetin açıklanmayacağına ilişkin yasaklamadır. Bu ilkenin bir diğer uygulama örneği ise, ihaleye katılan isteklilerin, ihale komisyonuna sundukları bilgi ve belgelerin, görevliler tarafından açıklanmamasına ilişkindir. Bu hususların ihlali ihaleyi veya alımı iptal ettirebileceği gibi, ihlali gerçekleştiren görevlilerin yapmış oldukları fiilden dolayı cezai sorumluluğunu gerektirmesinin yanı sıra idarenin zarara uğraması halinde bununda mali olarak sorumluluğunu doğurmaktadır.

4.3.6. Kamuoyu Denetimi İlkesi

Kamu kaynaklarının kullanılması konusunda kamuoyunun bilgilendirilmesi sadece ihale öncesi değil, ihale sırasında ve ihale sonrasında şeffaflığın ve saydamlığın sağlanması amacıyla, yapılan ihalelere ilişkin işlemlerin açık olması, sonuçların ilanı ve böylece kamuoyu önünde hesap verilebilmesidir.⁴²

Kamu alımlarında rekabeti etkili biçimde sağlamak ve sürdürülebilmek, alımı yapan idarenin genel idare içinde ve kamuoyu önünde hesap verilebilir olmasına bağlıdır.⁴³

İdareler kamuoyu denetimi sayesinde yapmış oldukları işlemlerde hem mevzuata uygunluk açısından daha dikkatli olmakta, hem de ihale ile alakalı tüm işlemler denetime açık olacak şekilde şeffaf olduğu için ihaleyi düzenleyen idarelere güven oranı artmaktadır.

(Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Karabük Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Karabük, 2015, s.22-23. (Çevirimiçi) <http://tez.yok.gov.tr>. 30 Eylül 2017

⁴²Aksoy, Şimşek, a.g.e., s.36.

⁴³Kemal Erol, “Kamu Alımlarının Sosyal Etkileri”, II. Uluslararası Kamu Alımları Sempozyumu, İstanbul 20-21 Nisan 2006, Ankara, Kamu İhale Kurumu Yayınları, 2006, s.37.

4.3.7. Ödeneği Bulunmayan İş İçin İhaleye Çıkılmaması İlkesi

Kamu adına iş gören idarelerin ihtiyaçlarını giderebilmesi için KİK'in 5. Maddesinde belirtildiği gibi bütçede ödenegın bulunması şarttır. Dolayısıyla ödenegı bulunmayan hiçbir iş için ihaleye çıkılamaz. Bu düzenleme ile kamu görevlilerinin işlerini yaparken belli bir disiplin içerisinde hareket etmeleri, idareyi bütçe dışına çıkararak taahhüt ve borlandırmaları ve bütçe limitlerini dikkate alarak önceden ihtiyaçları belirleyip uygulamaları amaçlanmaktadır. Bu nedenle, bir bütçe yılında gerçekleştirilecek olan mal ve hizmet alımı ile yapım işlerinde işin tamamını karşılayacak şekilde ödenegının bütçesinde bulunması zorunludur.⁴⁴

Ödenegı olmayan bir işi için ihaleye çıkılmaması ana ilke olmasına rağmen istisnai olarak kamu yararı gözetmesi halinde idareler, zaruret doğduğunda ek ödenekler tertip ederek veya idarelerin düzenlemiş oldukları mevzuat gereği ödenek aktarımları yaparak ödenegı olmayan alımlara da gidebilmektedir.

4.3.8. Kaynakların Verimli Kullanılması İlkesi

Verimlilik harcanan paranın karşılığında en iyi değerin elde edilmesidir. Kamu alımlarında verimlilik, ihtiyaç duyulan mal ve hizmet ile yapım işinin ekonomik açıdan en avantajlı fiyattan almayı gerektirmektedir.⁴⁵

İdareler ihtiyaçlarını duydukları mal, hizmet alımlarını ve yapım işlerini gerçekleştirirken mali kaynaklarını en uygun ve en verimli şekilde kullanmak amacıyla tedbirler alır. Kaynakların ne şekilde verimli kullanılacağına bakıldığında; idareler ihaleye çıkmadan önce ihtiyaçlarını tam olarak tespit ederler ve bu ihtiyaçlarını karşılamak için en verimli ihale yöntemini belirleyerek ihaleye çıkarlar.

⁴⁴Kayabaşı, a.g.e., s.27.

⁴⁵Aksoy, Şimşek a.g.e., s.36.

Daha sonra idareler yapmış oldukları ihalelerde işin niteliğini en iyi şekilde karşılayacak olan ve bu ihaleye ilişkin en uygun teklifi verenle sözleşmenin imzalanmasında kaynakların verimli kullanıldığı görülmektedir.

Uygulamada Sayıştay tarafından kurumlarda yapılan inceleme neticesinde kaynakların verimli kullanılmadığına karar verildiğinde devlet bütçesinin zarar görmesi halinde işlemi yapan harcama yetkililerinden zarar tahsili söz konusu olabilmektedir. Bu husus daha çok ihale usullerinden kaçınmak suretiyle doğrudan temin alımlarında söz konusu olmaktadır. İdareler ihale sürecinde yaşanan prosedürlerin çok olması ve söz konusu işlemlerin zaman alması nedeniyle ihale suretiyle alınabilecek mal/hizmet ve yapıları limit altında kalmak amacıyla doğrudan temin suretiyle gerçekleştirmektedirler. Bu durum ise idareyi zaman ve emekten kurtarıırken ihtiyaç duyulan şeyin daha maliyetli şekilde gerçekleştirmesine sebebiyet verdiği için Sayıştay sorgusuyla karşı karşıya kalınabilmektedir.

4.3.9. İhalenin Kanuniliği İlkesi

Kamu İhale Kanunu'nda amacın, kamu hukukuna tabi olan veya kamu denetimi altında olan veya kamu kaynağı kullanan idarelerin ihale kurallarının düzenlenmesi olduğu ve kanunda sayılan idarelerin mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin bu kanun hükümlerine göre yürütüleceği belirtilmiştir. Kanunun 66. Maddesinde de ihale kurallarında değişiklik yapılabilmesini Kanunun hükümlerine ekleme veya değişiklik yapılması ile mümkün olabileceği açıkça belirtilmektedir. Bu nedenle idarenin düzenleyici idari işlemleri ile bu konularda değişiklik yapılabilmesi mümkün değildir.⁴⁶

⁴⁶Aziz Taşdelen, *Kamu Harcamaları Hukukunda İhale Süreci*, Ankara, Turhan Kitapevi, 2004, s.65

4.3.10. İhale Konusunun Bölünmezliği İlkesi

Bu ilke, kanunda “eşik değerlerin altında kalmak amacıyla mal ve hizmet alımları ile yapım işleri kısımlara bölünemez” şeklinde belirtilmektedir. Bu kuralın amacı, ihalenin bölümlere ayrılarak eşik değer altında kalmasının sağlanmayacağı ve böylece eşik değerinin üstünde aday ve istekli olabilecek yabancıların haklarının korunarak rekabetçi bir ihale sistemi sağlanmasıdır.⁴⁷

Bu ilke sayesinde, ihaleler yapılırken ihtiyaç konusu olan işin bölümlere ayrılarak yaklaşık maliyetinin, eşik değerlerin veya parasal limitlerin altına çekilmesi suretiyle ilan süreleri ve ihale usulleri değiştirilmesi kanuna aykırı görülmektedir.

4.3.11. Mal Alımı, Hizmet Alımı ve Yapım İşlerinin Zorunlu Olmadıkça Birlikte Çıkılamayacağı İlkesi

Mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalesi kural olarak ayrı ayrı yapılır. Söz konusu işlerin birlikte aynı ihalenin konusu olabilmesi, aralarındaki doğal bir bağlantı bulunmasına bağlıdır. Bunun nedeni, ihalelerin konu ve fiyatlarının belirlenmesinde farklı koşulların olmasıdır. Örneğin, yapım işleri götürü fiyat veya birim fiyatı ile ihale edilebilmekle birlikte, mal ve hizmet alımları ise, götürü bedel üzerinden ihale edilebilmektedir. Dolayısıyla, mal alımı, hizmet alımı ve yapım işi ihalelerinin aralarında da doğal bir bağlantı bulunmuyorsa, yani birlikte ihale edilmesi zorunlu ise, birlikte aynı ihalenin konusu olmaları mümkündür. Aksi halde, farklı ihale konularının aynı ihaleye konu edilmesi durumunda, isteklilerin teklifleri fiyat ve işin niteliği bakımından idarenin zararına neden olması mümkündür.⁴⁸

⁴⁷Canan Günal, “İdarenin Mal ve Hizmet Edinme Yollarından Biri Olarak Kamu İhaleleri” (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2011, s.47. (Çevirimiçi) <http://tez.yok.gov.tr>. 2 Ekim 2017.

⁴⁸Atilla İnan, *İhale Hukuku Ders Notları*, Ankara, Sistem Ofset Matbaa, 2011, s.64.

4.3.12. İhtiyacın Uygun Şartlarda ve Zamanda Karşlanması İlkesi

Bu ilke 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nda 5. Maddede belirtilse de KİK' te bu ilkeyi destekleyecek nitelikte bir başka madde bulunmamaktadır.

İhtiyaçların uygun şartlarda karşılanması ve kaynakların verimli kullanılması ancak rekabet ilkesinin tam olarak uygulanması sonucu mümkün olabilecektir. Zamanlama, ihtiyaçların uygun şartlarda karşılanması ve kaynakların verimli kullanılması amacını gerçekleştirmede en uygun şartlarla karşılanması ve kaynakların verimli kullanılması amacını gerçekleştirmede en önemli faktördür. İhtiyaçlarını tedarik etmeye çalışan idareler yıl içerisinde fiyat değişikliği gösteren alımları zamanında yapmalıdır. Örneğin yapım işlerinde, gerekli planlama yapılarak inşaat sezonu başlangıcında yer tesliminin yapılabilmesi büyük önem taşımaktadır. Bu sağlandığında yatırımın programa uygun biçimde aksatılmadan yürütülüp tamamlanabilmesi için zorunlu olmanın yanında fiyat faktörleri, süre uzatımı ve ödenek aktarılması gibi zaman kaybına ve maliyet artışına neden olacak külfetlerin önlenmesi bakımından da gereklidir. Mal ve hizmet alımlarında ise arz piyasasındaki şartlar dikkate alınarak ihtiyacın konusu ve miktarı ile izlenecek ihale takvimi belirlenmelidir. Özellikle yıl içerisinde mevsim şartları itibarıyla fiyatı değişiklik arz eden veya geçmiş yıl verilerine göre sağlıklı fiyat tahmini yapılması mümkün olmayan mevsimlerde ihale edilmesi uzun süreli sözleşmelere bağlanması idare zararına sebebiyet verebilir. Bu nedenle yaş sebze ve meyve alımları, inşaat malzeme ve gereçleri gibi fiyatları mevsimsel etkilere açık ihtiyaçların uygun oldukları zamanda ihale edilmesi ve sözleşmenin de öngörülebilir bir süreyle sınırlı olması gereklidir. İhtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması böylece kamu kaynaklarının etkili, ekonomik ve verimli bir şekilde kullanılması ilkesinin 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu 8. Madde ile de güvence altına alındığı ve bu ilkenin ihalenin sorumluluk sebebi sayıldığı da görülmektedir.⁴⁹

⁴⁹ Kayabaşı, a.g.e., s.24-25; Gök, a.g.m.,s.19

İhale ilkelerine genel olarak baktığımızda bütün ilkelerin birbirleri ile bir şekilde bağlantılı bulunduğu görülmektedir. Bu ilkelerden birinin ihlali halinde başka bir maddenin de ihlal edileceği açık halde anlaşılmaktadır.

4.4. Kamu İhale Kanunu'nda İhale Usulleri

Kamu İhale Kanunu'na göre uygulanacak ihale usulleri kanunun 18. Maddesinde belirtilmiştir. Bunlar; açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usullü ve pazarlık usullüdür. Söz konusu madde hükmünün (d) bendinde sayılan “doğrudan temin usulü” 4964 sayılı Kanunla ihale usulleri arasından çıkarılmıştır.

İşin gereğine göre, yukarıda belirtilen ihale usullerinden hangisinin uygulanacağına karar verme yetkisi ihale yetkililerine aittir. İhale yetkilileri bu iradelerini uygulama yönetmelikleri ekinde yer alan onay belgesini onaylayarak ortaya koyacaklardır. İdareler bu ihale usullerini uygularken Kanunun 5. Maddesinde yer alan temel ilkelere uygun hareket etmek zorundadır.⁵⁰

Uygulanacak ihale usulüne yönelik idareler belirleme yaparken öncelik açık ihale usulüne verilir. Ancak, yapılacak işin türü, niteliği, uzmanlık ve/veya yüksek teknoloji gerektirmesi, yaklaşık maliyeti ve ivediliği gibi kriterler esas alınarak, Kanunda belirtilen hallerde belli istekiler arasında ihale usulü veya ihale sürecinin iki aşamalı olarak gerçekleştirildiği ve idarenin ihale konusu işin teknik detayları ile gerçekleştirme yöntemlerini ve belli fiyatı isteklilerle görüştüğü pazarlık usulü ile ihale yapılabilir.⁵¹

⁵⁰ İnan, a.g.e., s.114-115.

⁵¹ Aksoy, Şimşek, a.g.e., s.79.

4.4.1. Açık İhale Usulü

Kamu İhale Kanununun 19. Maddesine göre Açık İhale Usulü “Bütün isteklilerin teklif verebildiği usuldür.” şeklinde tanımlanmıştır. Maddenin gerekçesinden de belirtildiği üzere açık ihale usulü, uluslararası mevzuata uygun olarak işin niteliklerinin gerektirdiği yeterliliğe sahip bütün isteklilerin teklif verdiği usul olarak belirlenmiştir.⁵²

Açık ihale usulü kavramıyla, tekliflerin açık olması değil ihalenin herkese açık olması ifade edilmektedir. Bu ihale türünde teklifler kapalı zarf içinde idareye verilir. İhale sırasında istekli ile hiçbir konuda pazarlık yapılamaz. Açık ihale usulü temel ihale usulüdür. İdare, öncelikle bir ihaleyi açık ihale usulü ile yapıp yapamayacağını belirler. Diğer ihale usullerinin uygulanabilmesi için Kamu İhale Kanunu’nda hükme bağlanan koşulların gerçekleşmesi gerekir. Açık ihale usulü dışında bir usul ile alım yapılacaksa gerekçesi ihale dokümanında mutlaka yer almalıdır.⁵³

4.4.2. Belli İstekliler Arasında İhale Usulü

4734 sayılı Kanununun 20. Maddesinde belirtildiği üzere, işin özelliğinin uzmanlık ve/veya yüksek teknoloji gerektirmesi nedeniyle açık ihale usulünün uygulanamadığı durumlarda, yaklaşık maliyeti eşik değerin yarısını aşan yapım işlerinin; yapılacak ön yeterlilik değerlendirmesi sonucunda idarece davet edilen isteklilerin teklif verebildiği usuldür. Belli istekliler arasında ihale usulünde, Kamu İhale Kanunu’nun 10. Maddesine göre belirlenen ve ön yeterlilik dokümanı ile ön yeterlilik ilanında belirlenen değerlendirme kriterlerine göre yeterli bulunan istekliler, ihaleye davet edilir. Ön yeterlilik sonunda yeterli olduğu tespit edilen aday sayısının

⁵² İnan, a.g.e., s.116.

⁵³ Aksoy, Şimşek, a.g.e., s.82.

beşten az olması veya yapılan davet üzerine teklif veren istekli sayısının üçten az olması halinde ihale iptal edilecektir.⁵⁴

10. Maddeye uygun olarak belirlenen ve ön yeterlik dokümanı ile ön yeterlik ilânında belirtilen değerlendirme kriterlerine göre adayların ön yeterlik değerlendirmesi yapılır. Belirtilen asgari yeterlik koşullarını sağlayamayanlar yeterli kabul edilmez. Ön yeterlik ilanında ve dokümanında belirtilmek kaydıyla; yeterlikleri tespit edilenler arasından dokümanda belirtilen kriterlere göre sıralanarak listeye alınan belli sayıda istekli veya yeterli bulunan isteklilerin tamamı teklif vermeye davet edilebilir.

Adayların başvurularının hazırlanabilmesi için en az 14 gün süre tanınır. Kanununun 13. Maddesine göre ön yeterlilik ilanı yapılarak, 10. Maddede belirlenen ve yeterlilik dokümanı ile ön yeterlilik ilanında belirtilen bilgi, belge ve diğer kriterlere göre yapılacak olan değerlendirmede puanlama yapılmaksızın, asgari yeterlilik sağlayan adayların tamamı yeterli sayılır, yeterliği sağlayamayanlar ise yetersiz olarak kabul edilir. Değerlendirmede herhangi bir puanlamanın öngörülmemiş olmasının ve istekliler açısından asgari yeterlilik şartlarını sağlıyor olmalarının kafi görülmesinin nedeni, bu usulle gerçekleştirilecek ihaleye teklif verecek istekli sayısının belli bir düzeyin üzerinde tutulmak istenmesidir.⁵⁵

Teklif vermeye davet edilmeyenlere davet edilmeme gerekçeleri yazılı olarak bildirilir. İşin niteliğine göre rekabeti engellemeyecek şekilde 40. Maddeye uygun olarak belirlenen ve ihale dokümanı ile davet mektubunda belirtilen değerlendirme kriterlerine göre tekliflerin değerlendirilmesi yapılarak ihale sonuçlandırılır. İhaleye davet edilebilecek aday sayısının beşten az olması veya teklif veren istekli sayısının üçten az olması halinde ihale iptal edilir.

⁵⁴ İnan, a.g.e., s.116.

⁵⁵ Doğanığit, a.g.e., s.535.

4.4.3. Pazarlık Usulü

İhale sürecinin iki aşamalı olarak gerçekleştirildiği ve idarenin ihale konusu için teknik detayları ile gerçekleştirme yöntemlerini ve belli hallerde fiyatı isteklilerle görüşüldüğü usuldür. Pazarlık usulü ile ihale yapılabilmesi için KİK' in 21. Maddesinde belirtilen durum ve şartların gerçekleşmesi gerekmektedir.

Pazarlık usulü, ancak KİK' in 21. Maddesinde yazılan koşullar gerçekleştiğinde uygulanabileceğinden temel ihale usulü olarak kabul edilmemektedir. Ayrıca söz konusu şartlar oluştuğunda idarenin pazarlık ihale usulünü kullanmak zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu ihale usulünün olumsuz tarafı, ihaleye teklif veren istekli sayısı sınırlandırıldığından dolayı da rekabet ortamının tam olarak oluşmamasıdır. Olumlu yanı ise, ihtiyacın en kısa sürede davet edilen tedarikçilerden birinde temin edebilmesi açısından kolaylaştırıcı olmasıdır.⁵⁶

5. Devlet İhale Kanunu

Cumhuriyet Döneminden sonra devlet ihtiyaçlarını karşılanması amacıyla çıkarılan ihale mevzuatları birçok değişikliğe uğramış ve ihale mevzuatında ana çatıyı oluşturan Devlet İhale Kanunu (DİK) 8 Eylül 1983 tarihinde hazırlanarak, 1 Ocak 1984 tarihinde yürürlüğe sokulmuştur. Söz konusu kanun satım, kiraya verme, trampa ve mülkiyetin gayri ayni hakla tesisi işlemleri gibi kamuya gelir sağlayan mal ve hizmet alımı ile yapım işlerinin yanı sıra kiralama ve taşıma işlemlerini de kapsayan bir yasa olma özelliğini taşımaktadır.

Avrupa Birliği uyum sürecinde uyum sağlayamaması ve mevcut düzenlemelerin gelişen ve değişen ekonomide yetersiz kalması nedeniyle 2002 tarihinde 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun yürürlüğe girmesine kadar Devlet İhale

⁵⁶ Kayabaşı, a.g.e., S.34.

Kanunu varlığını sürdürmüştür. Kamu İhale Kanununun çıkmasıyla azda olsa ihale alanında aksaklıklar giderilmiş ve ihalelerde, Avrupa Birliği, Dünya Ticaret Örgütü ve Dünya Bankası gibi uluslararası kuruluşların ihale uygulamalarına benzer bir durum yaratılmıştır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun yürürlüğe girmesi, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nu yürürlükten kaldırmamıştır. Kiralama, trampa, mülkiyetin gayri ayni hakla tesisi, taşıma işlemleri gibi devletin harcama yapmasını gerektirmeyen konularda hala Devlet İhale Kanunu uygulanmakta olup, mal ve hizmet alımları ile yapım işlemlerinde Kamu İhale Kanunu uygulanmaktadır. Bu konuya ilişkin düzenleme ise 4734 sayılı Kanunun 68. Maddesinde, "Bu Kanun kapsamında yer alan işlerin ihalelerinde 3.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümleri uygulanmaz" şeklinde yapılmıştır.

İhale mevzuatında mevcut düzenlemeye bakıldığında, hem 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hem de 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu uygulandığı görülmektedir.

5.1. Devlet İhale Kanunu'nun Kapsamı

Kanunun kapsam başlıklı 1. Maddesinde, genel bütçeye dahil dairelerle, katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işlerinin Devlet İhale Kanunu hükümlerine göre yürütüleceği; maddenin ikinci fıkrasında ise birinci fıkrada sayılan daire ve idarelere bağlı döner sermayeli kuruluşlar ile özel kanunlarla veya özel kanunların vermiş olduğu yetkiyle kurulmuş bulunan fonların yukarıda bulunan işlerinin nasıl yapılacağına Maliye Bakanlığınca hazırlanarak Bakanlar kurulunca çıkarılacak yönetmelikte belirleneceği hüküm altına alınmıştır.

DİK kapsamında yer alan idareler 1050 sayılı mülga Muhasebei Umumiye Kanununa göre belirtilmiş olup, Kanun kapsamındaki idareler ise; Genel bütçeye dahil daireler, Katma Bütçeli Daireler, Özel İdareler, Belediyeler ve bu idarelere bağlı döner sermayeli kuruluşlar ile özel kanunlarla veya özel kanunların vermiş olduğu yetkiyle kurulan fonlardır. 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 2003 yılında yürürlüğe girmesiyle birlikte DİK kapsamındaki kamu idareleri (I)⁵⁷ ve (II)⁵⁸ sayılı cetvelde yer alan idareler, özel idareler, belediyeler ve bunlara bağlı olan döner sermayeli kuruluşlar ile özel kanunlarla veya özel kanunların vermiş olduğu yetkiyle kurulan fonlardır.

DİK' e tabi olmayan kurumlar ise Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar (III sayılı cetvel)⁵⁹, Sosyal Güvenlik Kuruluşları (IV sayılı Cetvel)⁶⁰, Kamu İktisadi Teşebbüsleri (kamu iktisadi kuruluşları ve iktisadi devlet kuruluşları), Köyler, 2560 sayılı İstanbul ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun kapsamında yer alan İSKİ vb. idarelerdir.

Kanun kapsamında yapılan işlere bakıldığında alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işleri DİK'e göre yürütülmektedir. DİK ile hem gelir getirici faaliyetler ve hem de kamu alımları düzenlenmiştir.

Gelir getirici faaliyetler sadece nakit olarak anlaşılmalıdır. Yapılan ihale sonucunda kamunun mal varlığında artış olması durumunda da ihale DİK'e göre yapılmalıdır.⁶¹

⁵⁷T.C. Resmi Gazete (2003) 25326 sayı, 5018 Sayılı Kamu Mali Yönetim ve Kontrol Kanunu (I) Sayılı Cetveli.

⁵⁸ T.C. Resmi Gazete (2003) 25326 sayı, 5018 Sayılı Kamu Mali Yönetim ve Kontrol Kanunu (II) sayılı Cetveli.

⁵⁹ T.C. Resmi Gazete (2003) 25326 sayı, 5018 Sayılı Kamu Mali Yönetim ve Kontrol Kanunu (III) sayılı Cetveli.

⁶⁰ T.C. Resmi Gazete (2003) 25326 sayı, 5018 Sayılı Kamu Mali Yönetim ve Kontrol Kanunu (IV) sayılı Cetveli.

⁶¹ Nurdoğan Ünal / Mesut Erol, *Gelir Getirici İşlemlerde İhale Usulü Devlet İhale Kanunu*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s.33.

5.2. Devlet İhale Kanunu'nda Öngörülen İlkeler

2886 sayılı DİK 2. Maddesinde ihalelerde uyulması gereken temel ilkeler düzenlenmiştir. Buna göre temel ilkeler;

- İhtiyaçların en iyi şekilde, uygun şartlarla ve zamanında karşılanması,
- İhalede açıklık ve rekabetin sağlanması,
- Farklı istekliler tarafından karşılanması mutlak olan muhtelif işler bir eksiltmede toplanamayacağı,
- İhalelerinin ayrı ayrı yapılacağı açıklanmak suretiyle ilanları bir arada yapılabileceği,
- Bu Kanunda yazılı hallerden yararlanmak amacıyla ihale konusunu oluşturan işler kısımlara bölünemeyeceği, ancak, istekli çıkmadığı takdirde, alım şekillerini değiştirecek mahiyette olmamak üzere önemli işlerin kısımlara ayrılmasının mümkün olduğu,
- İhaleler kesin zaruret olmadıkça işin mahiyetine göre en uygun fiyatla temini mümkün olan mevsimlerde yapılabileceği,
- Arsası temin edilmemiş, mülkiyet ve kamulaştırma işlemleri tamamlanmamış olan ve gerekli olduğu halde imar durumu, tip yapılarda tatbikat, diğerlerinde avan projeleri ve bunlara dayalı keşifleri bulunmayan yapım işlerinde ihaleye çıkılamayacağı,
- Ancak, arsa temin edilmesi, mülkiyet ve kamulaştırma işlemlerinin tamamlanması şartı; bina ve benzeri mahiyetteki inşaatlar dışındaki ihalelerde aranmayacağı, düzenlenmiştir.

Danıştay 10. Dairesi bir kararında “Karayolları Genel Müdürlüğü tarafından köprü onarım ve geliştirmesine yönelik gerçekleştirilen ihalenin iptali amacıyla açılan davada Ankara 6.İdare Mahkemesinin dava konusu işlemin iptali konusunda verdiği

10.1.1995 tarihli 199371910 Esas, 1995/2 Karar sayılı ilamında Danıştay tarafından yapılan teyiz incelemesi neticesinde;...Karayolları Genel Müdürlüğünün 2886 sayılı Kanuna tabi bir idare olması nedeniyle ihalenin kararname ve uluslararası sözleşme hükümlerine göre gerçekleştirilmesi zorunlu olduğundan bu ihaleye ilişkin yapılan yargı denetiminde 2886 sayılı yasa hükümlerine göre karar verilmesine olanak bulunmamaktadır... Ancak; idare hukukun kodifiye edilmemiş olmasından kaynaklanan ve gelişen ihtiyaçlara cevap vermesi açısından idari yargı yerlerince geliştirilen birtakım ilkelerin yargı denetiminde dikkate alınması kaçınılmazdır... ihale hukuku açısından bu ilkeler; ihalenin herkese açık olarak yapılması, rekabet kurallarına aykırı olmaması, ihale aşamasında gizliliğe uyulmasıdır...” demek suretiyle ihalelerde uyulması gereken ilkelerden bahsetmiştir.⁶²

5.2.1. Açıklık İlkesi

Açıklık idarenin yapacağı ihaleden konuyla ilgili herkesin önceden haberdar olması demektir. Açıklık ilkesi ilan yoluyla sağlanabileceği gibi, ihale sırasında teklif zarflarının hazır bulunan istekliler önünde yapılması ile de gerçekleştirilebilir.⁶³

DİK, idarelerce sözleşme yapılırken ihale işlemlerinin açıklık içinde yürütülmesi ilkesini benimsemiştir. Bu ilke doğrultusunda Kanunun 17. Maddesinde, ihalenin yapılacağı yerdeki ilanlar, diğer şehirlerde yapılacak ilanlar, Resmî Gazete ile yapılacak ilanlar şeklinde getirilen düzenlemeler herkesin sözleşmeden haberdar edilmesi amaçlanmıştır.⁶⁴ Yine aynı şekilde 40. Maddede yer alan teklif zarflarının ihaleye katılanlar huzurunda açılması gerektiği ifadesi de aynı maddeyi tehitler niteliktedir.

⁶² Danıştay 10.D. 28.10.1998 tarih, E.1996/4274 ve K.1998/5478 sayılı karar. (Çevirimiçi) www.corpus.com.tr. 3 Ekim 2017

⁶³ Giritli, Bilgen, Akgüner, a.g.e., s.842.

⁶⁴ İnan, a.g.e., s.40-41.

2886 sayılı Kanun'un açıklık ilkesine getirdiği iki istisna bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, 44. Maddesinde düzenlenen ve uçak harp gemisi, harp mühimmatı, askeri tesisat, savunma sanayi, barajlar, enerji santralleri, sulama tesisleri, limanlar, hava meydanları, demiryolları gibi kanunda ayrıntılı olarak sayılan ve büyük çaptaki faaliyetler için öngörülen belli istekliler arasında yapılan kapalı teklif usulü, ikincisi ise 50. Maddesinde belirtilen ve Genel Bütçe Kanununda gösterilen belli tutarları aşmayan ve süreklilik göstermeyen önceden düşünülmesi mümkün olmayan ani ve beklenmeyen olayların ortaya çıkması üzerine acele olarak yapılması gereken işler için öngörülen pazarlık usulüdür.⁶⁵

5.2.2. Serbest Rekabet İlkesi

2886 sayılı Kanun, ihaleye mümkün olduğu kadar çok isteklinin katılmasını ve bu isteklilerin hiçbir etki ve baskı altında kalmaksızın tekliflerini yapabilmeleri için birtakım düzenlemeler getirmiş, bu düzenlemelerin de müeyyidelerini öngörmüştür. 2886 sayılı Kanununun 83. Maddesinde, her ne suretle olursa olsun ihale işlemlerinin hazırlanması, yürütülmesi ve sonuçlandırılması sırasında ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak ve buna teşebbüs etmek suretiyle serbest rekabetin bozulması yasaklandıktan başka, 84. Maddesinde bu yasağa uymayanların fiil ve davranışlarının özelliğine göre bir yıla kadar tüm ihalelere katılmaktan men edilecekleri hükme bağlanmıştır.⁶⁶ Yine aynı şekilde 84. Maddede idarelerce ihalelere katılmaktan geçici yasaklama, 85. Maddede ceza sorumluluğu ve sonuçları, 86. Maddede ise görevlilerin sorumluluğu açıkça belirtilerek rekabetin en uygun biçimde işletilmesi amaçlanmıştır.

⁶⁵ İnan, a.g.e., s.41.

⁶⁶Av. Özlem Toğuz, "4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu İle 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu Arasındaki Farklar Bu Farkların İhale Hukuku Yönünden Getirdiği Yenilikler", <http://www.ankarabarasu.org.tr/site/ankarabarasu/tekmakale/2002-3/9.pdf>

5.2.3. Uygun Bedel İlkesi

Bu ilkeyle, ihale sonucunda “en uygun bedelin” bulunması amaçlanarak ihalenin kamuya en az külfet veya en iyi gelir getiren bedeli teklif edende bırakması sağlanmak istenmiştir. Kanununun 28. Maddesinde artırmalarda uygun bedelin, tahmin edilen bedelden aşağıda olmamak üzere teklif edilen bedelin en yükseği olduğu, eksiltmelerde uygun bedelin tahmin edilen bedeli geçmemek şartı ile, teklif edilen bedellerin tercihe layık görüleni olduğu belirtilmiştir.⁶⁷

Burada ifade edilen en uygun bedel ise, artırmalarda (satış ve kiraya verme gibi) tahmin edilen bedelden aşağı olmamak üzere, teklif edilen bedellerin en yükseği, eksiltmelerde (alım, yapım, onarım işleri gibi) tahmin edilen bedeli geçmemek üzere teklif edilen bedellerden tercih edilendir. Bedel tahmini yapılmayan ihalelerde ise en uygun bedel, teklif edilen bedellerin uygun görülenidir.⁶⁸

5.3. Devlet İhale Kanunda İhale Usulleri

2886 sayılı DİK’ in 35. Maddesinde 5 çeşit ihale yöntemi sayılmıştır. Bunlar; kapalı teklif usulü, belli istekliler arasında kapalı teklif usulü, açık teklif usulü, pazarlık usulü, yarışma usulüdür.

5.3.1. Kapalı Teklif Usulü

Temel ihale usulü olan kapalı teklif usulü, KİK’te açık ihale usulünün karşılığıdır.

⁶⁷ İnan, a.g.e., s.40.

⁶⁸ Metin Günday, *İdare Hukuku*, Ankara, İmaj Yayınları, 1999, s.183.

Bu usulde istekliler, bedel tekliflerinin üzerinde isim ve adresleri yazılı olan kapalı bir zarfın içine koyarak verirler. Bu zarfta geçici teminata ait alındı veya banka teminat mektubu ve istenilen diğer belgelerle birlikte diğer ikinci bir zarfın içine konulur. Dış zarfta denilen bu zarfın üzerine isteklinin adı, soyadı ve adresi yazılır. Tekliflerin açılma saati gelince, ihale komisyonunda önce dış zarflar hazır bulunan istekliler önünde açılarak, istenilen belgelerin ve geçici teminatın tam olarak verilmiş olup olmadığı araştırılır, şartları yerine getirmeyen isteklilerin teklif ikinci zarfları (zarf içindeki zarf) açılmaz. Daha sonra gerekli şartları yerine getirenlerin iç zarfları açılır ve en uygun bedel tespit edilir ve böylece idare ile sözleşme yapacak olan kişi tespit edilmiş olur.⁶⁹

Teklif mektupları 37. Maddenin son fıkrasına uygun olup olmadığı araştırılır. Uygun olmayan teklif mektupları geçerli kabul edilmez. Artırma ihalelerinde geçerli en yüksek diğer tekliflerin altında olmamak üzere, oturumda hazır bulunan isteklilerden sözlü veya yazılı teklif almamak suretiyle ihale sonuçlandırılır. Teklifin sözlü ve yazılı olmamasına komisyon karar verir. Yazılı verilen tekliften sonraki tekliflerin altında olmaması gerekir. Geçerli teklif sayısının üçten fazla olmaması durumunda bu işlem geçerli en yüksek teklif üzerinden, oturumda hazır bulunan en yüksek üç teklif sahibi istekliye bu üç teklif ile aynı olan birden fazla teklifin bulunması halinde ise bu istekliler dahil edilerek yapılır. Komisyon, uygun gördüğü her aşamada oturumda hazır bulunan isteklilerden yazılı son tekliflerini alarak ihaleyi sonuçlandırabilir. Bu husus komisyon tarafından ikinci bir tutanakla tespit edilir. DİK' te sadece ihalelerde ihale uhdesinde bırakılan istekli tespit edilir.⁷⁰

5.3.2. Belli İstekliler Arasında İhale Usulü

DİK'in 44. Maddesinde düzenlenen bir ihale usulüdür. Bu usule göre yaptırılacak işler kanununun 44. Maddesinde sayma suretiyle belirtilmiştir. Buna göre;

⁶⁹ Serdar Gündoğan, "Devlet İhale Kanununda Düzenlenen Kapalı Teklif Usulünde Yapılan Değişikliklerin Getirdikleri" **Mali Kılavuz Dergisi**, Nisan Haziran 2007, s.84.

⁷⁰ Murat Arapgirli, *Açıklamalı Devlet İhale Kanunu*, Ankara, İlksan Matbaası, 2016 ,s.200 vd.

Uçak, harp gemisi, harp mühimmatı, elektronik cihaz, askeri tesisat ve levazımat, silah ve malzeme sistemleri, savunma sanayii ile ilgili faaliyetler ve bunlara ait her türlü yedek parça alımı; barajlar, enerji santralleri, sulama tesisleri, limanlar, rıhtımlar, hava meydanları, demiryolları, lokomotifler, karayolları, tüneller, köprüler, akaryakıt tesisleri, özelliği bulunan yapım işleri bedii ve teknik hususiyetleri taşıyan sanat işleri, kentlerin ulaşım sistemlerine ilişkin planlar, kentlerin harita, nazım ve imar planları, su, kanalizasyon ve enerji tesisleri ile bunların etüt ve proje işlerinin ihalesi; diğer ihale usulleri yerine teknik yeterlilikleri ve güçleri idarece kabul edilmiş en az üç istekli arasında kapalı teklif usulü ile yaptırılabilir.

Söz konusu maddede sayılan işlerden de anlaşılacağı üzere belli istekliler arasında kapalı teklif usulüne göre yaptırılacak işler ileri teknoloji ve/veya uzmanlık gerektiren işlerdir. Bu işlemler belli istekliler arasında kapalı teklif usulüyle yaptırılması mümkün olmakla birlikte bu işler aynı zamanda kapalı teklif ihale usulüyle de yaptırılabilir. Bu ihale usulünde teknik yeterlilikleri ve güçleri idarece kabul edilmiş en az üç istekli olmak zorundadır. Zorunlu hallerde üçten az istekliden teklif almak gerekirse Maliye Bakanlığının görüşüne dayanılarak Bakanlar Kurulundan bu hususta ayrıca karar alınması şarttır.⁷¹

Belli istekliler arasında kapalı teklif usulüne göre yapılacak ihalelerde, ihaleye katılacak isteklilerin isimleri belirtilmek suretiyle bizzat ilgili veya bağlı bulunulan bakanın onayının alınması gerekir. Belediyelerde bu konudaki onay merci encümandır.⁷²

Belli istekliler arasında kapalı teklif usulünde ihaleye katılım sınırlandırılması nedeniyle rekabet azaltılabilmekle birlikte, kazanma şansını artırdığından, isteklilerin

⁷¹ Arapgirli, a.g.e,s.207.

⁷² Sayıştay 1.Diresinin 28.4.1994 tarihli ve 94-19/2776, 3028, 3030 sayılı kararı

ihaleye ciddi bir şekilde azalmalarına neden olmakta ve bu şekilde kamu yararı korunabilmektedir.⁷³

Bu ihale usulünde teklif verme oranı fazla olduğu için daha fazla uygulama alanı bulmaktadır. Bu usulde ihale ilanını yayımlama zorunluluğu yoktur. İlan olmadığı için ihaleler, davet yöntemi ile gerçekleşmektedir. Ancak idare isterse ihaleye katılacakları belirlemek için, isteklilerin yeterliliklerini belirlemek amacıyla önseçim ilanı yapabilir.

5.3.3. Açık Teklif Usulü

Tahmin edilen bedelin her yıl Bütçe Kanunu ile tespit edilecek tutarı geçmeyen ihaleler açık teklif usulüyle yapılabilir. Açık teklif usulünde ihaleler, ihale şartlarını yerine getiren isteklilerin katılımıyla önceden belirlenen saatte yapılır. Bu usulde ihale komisyonu önünde, istekliler tekliflerini sözlü olarak belirtirler. Ancak bu usulde teklif, ilanda belirlenen kadar komisyon başkanlığına ulaşmış olmak şartıyla iadeli taahhütlü mektupla da gönderilebilir. Birinci teklifler tutanağa geçirildikten sonra istekliler ikinci tekliflerini verirler. İkinci tekliflerden sonra en uygun bedel tespit edilir.⁷⁴

İhale komisyonu başkanı tarafından ihale saatinde verilen teklifler, şartnamede istenen belgeler ile geçici teminatlar incelenir. Belgeler eksikse veya teminatlar uygun değilse isteklilerin teklifleri iade edilir. Bu işlemlerde ihaleye katılan tüm isteklilerin huzurunda bir tutanakla tespit edilir. İhalede sunulan teklifler ile gerçekleştirilen bütün işlemler tutanak altına alınır. İstekliler sıra ile teklif verdikten sonra ihaleden çekilebilirler. Bu durumda tutanak altına alınır. Ancak artırmalarda en yüksek teklifi veren, eksiltmelerde ise en düşük teklifi veren ihaleden çekilemez.

⁷³ Taşdelen, a.g.e., s.68.

⁷⁴ Kemal Gözler, *İdare Hukuku Dersleri*, 6. Baskı, Bursa, Ekin Kitapevi Yayınları, Ekim 2007, s.460.

Açık teklif usulüyle yapılan ihalelerde istekli çıkmazsa veya ihaleye katılan istekliler şartnamede istenen belgeleri veya son teklifleri uygun görülmediği takdirde yeniden aynı usulle ihale açılır veya idare yararlı gördüğü takdirde ihalenin bitiş tarihinden itibaren 15 gün içinde pazarlık usulüyle ihtiyaç temin edilir. İhalenin pazarlıkla yapılması halinde, açık teklif usulündeki şartnamenin ve ihale şartlarının aynen muhafazası zorunludur.

5.3.4. Pazarlık Usulü

Pazarlık usulü ile ihale Devlet İhale Kanununun 50. Maddesinde düzenlenmiş olup, bu usulde yapılan ihalelerde teklif alınması belli bir şekle tabi değildir. İhaleler komisyon tarafından işin nitelik ve gereğine göre bir veya birden fazla istekliden yazılı veya sözlü teklif almak ve bedel üzerinden anlaşmak suretiyle yapılır.

Bu usul ile yapılan ihalelerde ilan zorunlu olmayıp, ihaleye kaç kişi katılması gerektiği konusunda da bir sınırlama kanunda düzenlenmemiştir. İdare bu tür ihalede diğer ihalelere nazaran bir özgürlüğe sahiptir. İdare bir veya daha fazla istekliden yazılı veya sözlü teklif almak suretiyle bedeli üzerinden anlaşarak ihaleyi yapar. Pazarlığın ne şekilde yapıldığı, ne tür tekliflerin bulunduğu, ihale sonucunda seçilen kişinin neden seçildiği karar tutanağına yazılır.

Pazarlık usulüyle hangi alımların yapılacağı DİK 51. Maddede düzenlenmiştir. Kısaca bu maddeye bakmak gerekirse; tahmin edilen bedel belli bir tutarı aşmaz ve iş süreklilik arz etmeyen DİK 1. Maddede yer alan işler, silahlı kuvvetlerin manevra ve planlı tatbikatı ile sıkıyönetim faaliyetlerini gerektirdiği acele işler, önceden düşünülmesi mümkün olmayan ani ve beklenmeyen olayların ortaya çıkması üzerine acele olarak yapılması gereken ve başka ihale usulünü yapacak kadar zaman olmayan işler, ihale komisyonu kararı ile ihale iptal edilir veya sözleşme feshedilirse yeniden ihale sonuçlanmasına kadar geçen süre içinde yapılacak alımlar gibi işlerdir.

5.3.5. Yarışma Usulü

Yarışma usulü ile alım DİK 52. Maddesinde düzenlenmiş olup, idareler tarafından ihtiyaç duyulan her türlü etüt, plan, proje ve güzel sanatlara ilişkin işler yarışma usulü ile yaptırılabilir. Ayrıca mesleki kontrollük hizmetleri, projesi uygulanacak olan yarışmacıya pazarlıkla ihale edilebilir.

İdareler kuruluş kanunlarında yer alan işlere ilişkin yarışmaların yürütülmesiyle ilgili yönetmelikleri hazırlayacakları da yine aynı maddede düzenleme altına alınmıştır.

BÖLÜM II

DOĞRUDAN TEMİN ALIM USULÜ

1. Doğrudan Temin Alım Usulü

22.01.2002 tarihli ve 24648 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 4734 sayılı Kamu İhale Kanununda doğrudan temin bir ihale usulü olarak belirlenmişken, 15.08.2003 tarihli 25200 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 4964 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 12. Maddesi ile doğrudan temin bir alım usulü haline getirilmiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 4. Maddesine göre doğrudan temin; “Bu kanunda belirtilen hallerde ihtiyaçların, idare tarafından davet edilen isteklilerle teknik şartların ve fiyatın görüşülerek doğrudan temin edilebildiği usulüdür.” şeklinde tanımlanmıştır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 22. Maddesinde sayılan hallerde ilan yapılmaksızın, teminat alınmaksızın ihtiyaçlar doğrudan temin alım yöntemiyle temin edilecektir. Bu hüküm tahdidi yöntemle belirtilmiş olup bunların emsal gösterilerek çoğaltılması veya kıyas yoluyla genişletilmesi mümkün değildir. Ayrıca ihale komisyonunun kurulmaması, ihale kararının alınmaması ve kanununun 10. Maddesinde sayılan yeterlilik kriterlerinin aranmaması koşulları ise bu usulün bir ihale usulü olmadığını ve bir alım yöntemi olduğunun en büyük göstergesidir.

Doğrudan temin usulünün ihale usulü olmaktan çıkarılma nedenine baktığımızda bu konuya ilişkin düzenlemenin 4964 sayılı Kanunda yapıldığını görmekteyiz. Söz konusu Kanun Genel Gerekçesinde, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunundaki bazı düzenlemelerin Avrupa Birliği direktifleri olmak üzere uluslararası standartlarla uyum içinde olmadığı, bazı maddelerin uygulanmasının idareler açısından fiilen imkânsız olduğu, bazı maddeler arasında çelişki ve tutarsızlık bulunması nedeniyle suiistimale açık olduğu görüldüğünden, kamu ihaleleri ile alımların sağlıklı biçimde yürütülmesi amacıyla, idarelerin bu konudaki yakınmaları ve uygulamanın izlenmesi sonucu yapılan tespitler yanında başta Avrupa Birliği, Dünya Bankası ve Birleşmiş Milletler normları olmak üzere uluslararası düzenlemeler de göz önünde bulundurularak ilgili kanunlarda düzenlemeler yapılmıştır.

4964 sayılı Kanunun Genel Gerekçesinin 22. Maddesi doğrudan temin alım usulüne ilişkin, işin doğası gereği ilan yapılmaksızın ihtiyacın belirli bir istekliden karşılanmasının kaçınılmaz olduğu durumlar dikkate alınarak doğrudan temin usulünün düzenlendiği, aynı maddenin (a), (b), (c) ve (d) bentlerinin uluslararası mevzuat paralelinde hazırlandığı, söz konusu bentlerin uygulanmasında, idarelerin ihtiyaçlarını en uygun şekilde karşılamasını sağlamak üzere, isteklilerle teknik şartlar ve fiyat üzerinde görüşme yapılarak alımın mümkün olduğu belirtilmiştir. (e) bendinde ise, belirlenen tutara kadar özellikle kâğıt, kırtasiye, elektrik malzemeleri gibi küçük ölçekli günlük ihtiyaçların karşılanması ile küçük bakım onarım işlerinin yaptırılmasında kolaylık sağlamak üzere, ihale yetkilisince görevlendirilecek kişiler tarafından piyasada fiyat araştırması yapılarak temin yöntemi sağlanmıştır.

Bu bağlamda, idarelerin belli bir oranı aşmayan veya kanunda belirtilen belli nitelikteki alımlarında, doğrudan temin usulüyle alım yapılabilmesi, bu şekilde alım yapılmasının idarenin takdir yetkisini artırmaya yönelik olarak değil de; mevzuatta belirtilen prosedürlere (komisyon teşkili, teknik ve idari şartname hazırlanması, sözleşme hazırlanması gibi işlemler) takılmadan işlem tesis edilmesini kolaylaştırmak

amacıyla yapıldığı, bu nedenle doğrudan temin usulünün ihale usulü olmaktan çıkarılarak alım usulü haline dönüştürüldüğü, görülmektedir.

Doğrudan temin alımlarında kanunda tanımlanan bu kolaylık sayesinde idare her türlü ihtiyacını doğrudan bu yolla alma olanağı bulsa da aslında doğrudan teminle alım yapmanın şartları bulunmaktadır. Bu şartlara genel olarak baktığımızda; idareler ihale usulleriyle alabilecekleri ihtiyaçlarını, doğrudan teminle alamaz, belli bir parasal limitin altında kalan şeyler doğrudan teminle alınabilir. İdareler ihtiyaçlarını sırf doğrudan teminle almak için kısımlara bölemez. Doğrudan temin ile alım Kamu İhale Kanununun 22. Maddesinde belirtilen hallerde yapılabilir.

İdarelerin bu yola en sık başvurduğu konular, devamlılık arz eden ve ihalesinin yapılması için yeterli süre bulunmayan konulardır. Örneğin, Ankara Ulucanlar Göz Hastanesi açık ihale usulü ile 24 ay süreli 2017-2018 Yılı Hastane Bilgi Yönetim Sistemi Hizmeti için 2016/551125 İhale Kayıt Numaralı ilan ile alıma çıkmıştır. 16.01.2017 tarihi saat 10.00'da ihale gerçekleşmiş ve Sisoft Sağlık Bilgi Sistemleri Ltd. Şti. üzerinde kalan ihaleye Fonet Bilgi Teknolojileri Anonim Şirketi 08.03.2017 tarihinde şikayet etmiştir. Söz konusu şikayet hakkında idarenin ret cevabı üzerine Fonet firması Kamu İhale Kurumuna 20.3.2017 tarihinde itiraz şikayet başvurusunda bulunmuştur. 1 Ocak 2017 itibariyle faaliyete geçmesi planlanan HBYS hizmeti 26.4.2017 tarih, 2017/UH.I-1223 Karar ve 2017/021 Toplantı Numaralı Kamu İhale Kurumu kararının⁷⁵kesinleşmesine kadar kesintiye uğramaması ve hak mağduriyeti yaşanmaması amacıyla hastane yönetimi tarafından 2 ay, 2 ay ve 1 ay olarak toplamda 5 ay olmak üzere 3 kez 4734 sayılı Kanununun 22/d Maddesi kapsamında doğrudan temin yöntemiyle zorunlu olarak alıma çıkılmıştır. Bu şekilde gerçekleştirilen doğrudan temin alımları personel taşıma işlemlerinde, temizlik hizmeti alım işinde, ilaç veya gıda alım işlemlerinde de sıklıkla başvuru bir yöntemdir.

⁷⁵ (Çevirimiçi) [www.kikitirazlari.net/ kamu_ihale_kurulu_uyusmalik_karari_57076/](http://www.kikitirazlari.net/kamu_ihale_kurulu_uyusmalik_karari_57076/) 4 Ekim 2017

Görüleceği üzere doğrudan teminde asıl amaç, kamu idarelerinin acil ihtiyaçlarını karşılamak ve özelliğinden dolayı temin edilmesi güç olan ihtiyaçlarını zamanında karşılamaktır. Ancak uygulamada ihale kanununa uymamak için başvurulan bir yöntem haline almıştır. Doğrudan temin yönteminde karşılaşılan bir diğer etik dışı uygulama ise, idarelerin ihale usullerinden kaçmak amacıyla ihtiyaçlarını kısımlara bölerek temin etme yolunu tercih etmeleridir. Bu durum Kamu İhale Kanununun lafzının ve ruhunun uygulanmasını engellemekte ve kamu kaynaklarının etkili, ekonomik ve verimli kullanılmasını da önüne geçmektedir. Doğrudan temin idareler açısından küçük alımlarda kolaylık teşkil etmekle beraber sürekli olarak doğrudan temin üst sınırının arttırılması idarecilerin takdir yetkisinin genişlemesine neden olmaktadır.⁷⁶

“Doğrudan teminin konusunu oluşturan ihtiyaçlardan sadece 22. Maddenin (d) bendi uygulaması parasal limite tabi olup, diğer bentler için parasal bir limit öngörülmemiştir. Söz konusu bentlere ilişkin uygulamada, ihtiyacın niteliği ve mahiyeti doğrudan temin konusunu oluşturuyorsa parasal tutarı gözetilmeksizin bu yöntemle alım yapılabilir.”⁷⁷

1.1. Doğrudan Temin Alım Usulünün Kamu Alımları İçerisindeki Yeri

Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu ile bütçeleri belirlenen kamu kurum ve kuruluşlarının almayı/yapmayı planladıkları ihaleler ve alımlar ile ilgili Kamu İhale Kurumu tarafından her yıl düzenli olarak altı aylık periyotlar halinde raporlar yayımlanmaktadır. Bu raporlara bakıldığında doğrudan temin alımlarına ilişkin sürekli bir artış gözlenmemekte, yıllara göre bu oranlar farklılık göstermektedir. Bütçeden

⁷⁶ Ahmet Sayer, Abdulkadir Barutçu, “Kamu İhaleleri Ve Etik Dışı Uygulamalar”, **Sayıştay Denetçileri Derneği Dış Denetim Dergisi**, S:2, Ekim-Kasım-Aralık 2010, s.81.

⁷⁷ Yaşar Gök (Sayıştay Denetçisi KİK E. Daire Başkanı) Doğrudan Temin Uygulaması (Seminer Ders Notu) (Çevirimiçi) <http://www.kimakademi.com.tr/dosyalar/dogrudan-temin.pdf> 4 Ekim 2017 s.4.

harcaması yapılan ihaleler ve doğrudan temin alım usulleri ile ilgili veriler şu şekilde gösterilebilir;

2012-2017 YILLARI ARASI İHALE VE ALIM USULLERİNE GÖRE BÜTÇE HARCAMA ORANLARI		
YIL	İHALE BÜTÇE ORANI	DOĞRUDAN TEMİN BÜTÇE ORANI
2017 (1 Ocak-6 Haziran)	109.706.596.000	3.086.540.000
2016 (1 Ocak-31 Aralık)	169.846.093.000	3.817.742.000
2015(1 Ocak-31 Aralık)	140.158.027.000	8.276.761.000
2014 (1 Ocak-31 Aralık)	106.074.933.000	7.419.983.000
2013 (1 Ocak-31 Aralık)	99.070.326.000	6.433.774.000
2012 (1 Ocak-31 Aralık)	83.844.846.000	10.554.256.000

Kaynak : Kamu İhale Kurumu İhale İstatistikleri⁷⁸

Yukarıdaki tabloda 2012 yılı ile 2017 yılları arasında gerçekleşen ihale ve alım usullerinde devlet bütçesinden ödenen rakamlar görülmektedir. İhalelere harcanan rakamlar yıldan yıla artış gösterse de aynı durum doğrudan temin alımları için söz konusu değildir. Doğrudan temine ilişkin alımlarda, her yıl farklı dalgalanmalar görülmektedir. Söz konusu tabloya bakıldığında, devlet bütçesinden doğrudan temin alım için en çok 2012 yılında harcama yapıldığı görülmektedir.

Aşağıdaki tabloda 2017 yılının ilk altı ayında idareler tarafından Kuruma gönderilen doğrudan temin kapsamında gerçekleştirilen kamu alımları görülmektedir. Doğrudan temin kapsamında ayrılan bütçenin %34,18'i mal alımı, %3,62'si yapım işi, %61,94'ü hizmet alımı ve %0,31'i ise danışmanlık hizmet alımı için harcanmıştır. Harcama oranlarına bakıldığında 2017 yılının ilk altı ayı için doğrudan temin alımının

⁷⁸ “İhale İstatistikleri” (Çevirimiçi) <http://www.ihale.gov.tr>. 05 Ekim 2017

en çok başvurulduğu yöntem, hizmet alımlarını ilgilendirdiği görölmektedir. Bu durum ise idarelerin devam etmek zorunda olduğu hizmetleri aksatmaması amacıyla doğrudan temin yöntemine sıklıkla başvurduğu izlenimini yaratmaktadır. Bu hususu içeren tablo şu şekildedir.

Kamu Alım Tutarı (1000 TL)		
İhale Türü	2017 Yılı İlk Altı Ay	%
Mal Alımı	1.054.977	34,18
Yapım İşi	111.639	3,62
Hizmet Alımı	1.911.662	61,94
Danışmanlık Hizmet Alımı	8.261	0,27
Toplam	3.086.540	100,00

Kaynak : Kamu İhale Kurumu İhale İstatistikleri⁷⁹

2016 yılı itibariyle idareler tarafından Kuruma gönderilen doğrudan temin kapsamında gerçekleştirilen kamu alımlarının tutarı ise %58,91'i mal alımı, %5,69'u yapım işi, %35,15'i hizmet alımı ve %0,25'i ise danışmanlık hizmet alımı için harcanmıştır. 2015 yılına bakıldığında ise bu veriler; %67,42'si mal alımı, %5,63'ü yapım işi, %26,8'i hizmet alımı ve %0,15'i ise danışmanlık hizmet alımı için harcanmıştır. 2012 yılından 2017 yılına kadar olan dönemde Kamu İhale Kurumunun yayınlamış olduğu istatistikler incelendiğinde doğrudan temine ilişkin alımların genelde mal alımı konusunda sıklıkla başvuru olan yol olduğu görölmektedir.

⁷⁹ “İhale İstatistikleri” (Çevirimiçi) <http://www.ihale.gov.tr>. 05 Ekim 2017

1.2. Doğrudan Temin Alım Usulünde Kamu İhale Kanunu'nda Öngörülen İlkelerin Uygulanıp Uygulanamayacağı

Doğrudan temin usulünün, 15 Ağustos 2003 tarihinde ihale usulü olmaktan çıkarılması nedeni ile ihale usullerine uygulanan ilkelerin uygulanıp uygulanmayacağı hususu akla gelmektedir. İhale usullerinde uygulanan saydamlık, rekabet, eşit muamele, gizlilik, güvenilirlik, kamuoyu denetimi, ödeneği bulunmayan iş için ihaleye çıkılamayacağı, kaynakların verimli kullanılması ve ihale konusunun bölünmezliği gibi temel ilkelerin doğrudan temin yönteminde bir kısmının tam anlamıyla uygulanmadığı görülmektedir.

Alımı yapılacak şeyin özelliklerinin, yeterlilik kriterlerinin, alım için geçerli olan koşulların herkes tarafından bilinmesi, alımın aleni olarak yapılmasını ifade eden saydamlık ilkesi; doğrudan temin alım usulünde ne yazık ki uygulanmamaktadır. Şöyle ki; saydamlık ilkesinin uygulanmasını gösteren en önemli hususlardan biri ihale ve ihaleye katılma şartlarıyla ilgili bilgi ve belgeler ile yeterlilik kriterlerinin duyurulmasıdır. Bu duyurma işlemi ilan suretiyle gerçekleşmekle birlikte, doğrudan temin yönteminde ilan durumu zorunlu değildir. İdare almak istediği şeyi yapmış olduğu piyasa araştırması neticesinde kendisine en uygun gelen nitelikte gerçekleştirmektedir. Alımı gerçekleştirdikten sonra aldığına ilişkin sonuçları açıklamak zorunluluğunun bulunmaması da saydamlık ilkesini uygulayamadığını gösteren bir başka durumdur.

İsteklilerin kamu alımlarına serbest katılma imkanı sağlayan rekabet ilkesinin doğrudan temin yöntemine uygulanıp uygulanamayacağına ilişkin hususa baktığımızda, bu ilkenin de uygulanma olanağı olmadığı görülmektedir. Doğrudan temin yönteminde temin edilecek şey rekabet ortamı sağlanmadan alınmaktadır. Şöyle ki, ihtiyaç duyulan şeyin ilanı yapılmadığı için birçok firma tarafından teklif verilememekte, çoğu firmanın alım konusu hakkında bir bilgisi bile olmamaktadır. Bu durum yüzünden uygun rekabet ortamı da sağlanamamaktadır. Ayrıca doğrudan

teminlerde marka, model belirtme yasağı duruma göre uygulanmayabilmektedir. Bu durum da rekabet ilkesini ortadan kaldıran bir başka durumdur.

İdarelerin ihale sürecinde yapılan tüm işlemlerde ve değerlendirmelerde eşit davranma zorunluluğunu sağlayan eşit muamele ilkesinin de doğrudan temin alım usulünde uygulanması ne yazık ki mümkün görünmemektedir. İdarenin ihtiyaç duyduğu şeyi kendi tespit ettiği kişiden alması, alıma ilişkin kriterlerin idarelerce belirlenmesi ister istemez eşitliği ortadan kaldırmaktadır. Genel olarak idareler doğrudan temin ile aldıkları alımları ya daha önce ihale yapmak suretiyle almış oldukları firmalardan temin etmekte ya da tedariki yapacak olan makamın daha önce tanıdığı veya bildiği yerden gerçekleştirilmektedir.

İhale usullerinde kullanılan gizlilik ve güvenilirlik ilkesinin uygulanması da ne yazık ki doğrudan temin alım usulünde uygulanması mümkün değildir. İdarelerin ellerini rahatlatan bir yöntem olan doğrudan temin alım usulünde idareler piyasa araştırması yaparken yüklenicilerle birebir olarak karşı karşıya gelmekte, alıma ilişkin bütçedeki rakam tam olarak söylenmese de fiyatlarla ilgili gereken indirimi sağlayabilmek için diğer firmaların verdikleri teklifler söylenerek pazarlık yapılabilmektedir. Güvenilirlik açısından da yine aynı durum söz konusu olmakta, idareler aynı ihtiyaçlarını farklı kişilerden temin edebilmekte, objektif ve istikrarlı kararlar alamaya bilmektedir.

Doğrudan temin alım usulünün birebir ilişkili ilke bulunduğu ilke ihtiyacın uygun zamanda ve şartlarda sağlanması ilkesidir. İdareler ihtiyaç duydukları şeyleri doğrudan temin alım usulünde gerçekleştirilmesi uzun süren herhangi bir prosedür olmadığı ve belirli şartları sağlama zorunluluğu bulunmadığı için ihtiyaçlar uygun zamanda ve şartlarda sağlanabilmektedir.

Kaynakların verimli kullanılması ilkesi doğrudan temin yönteminde uygulanması durumuna bakıldığında bu ilkenin de uygulanmasının zor olduğu

görülmektedir. İlan gerçekleşmediği için katılım fazla olmamakta, rekabet ortamı yaratılamamaktadır. Alıma ilişkin sınırlı araştırma yapılmakta en uygun teklifin verilmesi mümkün olmadığından idare alımı kimi zaman yüksek maliyetle gerçekleştirebilmekte, kamu kaynağını verimli kullanamamaktadır.

Ödeneği olmayan bir iş için alıma çıkılamayacağı ilkesi doğrudan temin alım usulünde kullanılan bir diğer ilkedir. İdareler ihtiyaç duydukları şeyin, bütçelerinde bir ödenekleri yoksa alımını ertelemekte hatta kimi zaman bu alımdan vazgeçebilmektedir.

Eşik değerin altında kalmak amacıyla kısımlara bölünemeyeceği ilkesi ihtiyaç duyulan alımın doğrudan temin usulüyle yapılmasını sağlamak amacıyla gerçekleşmektedir.

Kamuoyu denetimi ilkesi de doğrudan temin usulünde uygulanamamaktadır. İhtiyaç duyulan alım hakkında birçok firmanın haberinin olmaması, alım aşamalarına ilişkin idarenin kimseye açıklama yapma zorunluluğunun bulunmaması, alım gerçekleştiğinde firmaların neden kendisinden alımın yapılmadığını sorgulayamaması, bu alıma ilişkin hak arama yollarının kullanılamaması gibi durumlar nedeniyle kamuoyu denetimi ilkesinin doğrudan temin alım usulünde kullanılmadığını göstermektedir.

1.3. Doğrudan Teminle Yapılabilecek İşler

Doğrudan teminle yapılabilecek işler Kamu İhale Kanununun 22. Maddesinde tek tek sayılmıştır. Bu maddeye göre;

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

İdareler, bu tür mal ve hizmet alımlarında, Tek Kaynaktan Temin Edilen Mallara/Hizmetlere İlişkin Form (KİK022.0/M ve KİK021.0/H) kullanarak ihtiyacın neden sadece gerçek veya tüzel tek kişi tarafından karşılanabileceğini detaylı olarak yazacak, fiyat araştırması yapacak, ihtiyaç konusu malın veya hizmetin niteliklerini tarif edecek ve bu hususlara ilişkin bütün belgeleri standart forma ekleyeceklerdir. Ayrıca bir taahhüt kapsamında; taahhüdün konusu sözleşme veya şartnamede yer alan hükümler nedeniyle belli bir marka veya modellenin alınmasının zorunlu olduğu hallerde, ihtiyacın bu şekilde karşılanması mümkün bulunmaktadır.⁸⁰

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

Sadece gerçek veya tüzel kişinin ihtiyacı ile ilgili bilimsel, teknik, fikri veya sanatsal vb. nedenlerle özel bir hakka sahip olmasını ifade etmektedir. Bu nedenle ihale konusu mal alımı, hizmet alımı veya yapım işi; bilimsel, teknik, fikri veya sanatsal vb. nedenlerle ve münhasır hakların korunması nedeniyle sadece belirli bir mal tedarikçisi, hizmet sunucusu veya yapım müteahhidi tarafından gerçekleştirilebiliyorsa, ilan yapılmaksızın doğrudan temin yoluyla ihtiyaçların karşılanması mümkün bulunmaktadır. İhtiyacını bu şekilde karşılayan idareler, Tek Kaynaktan Temin Edilen Mallara/Hizmetlere İlişkin Form (KİK022.0/M ve KİK021.0/H) kullanarak ihtiyacın neden sadece özel bir hakka sahip gerçek veya tüzel tek kişiden karşılanabileceğini detaylı olarak yazacak, fiyat araştırması yapacak, ihtiyaç konusu mal veya hizmet alımının nitelikleri tarif edecek ve bu hususlara ilişkin bütün belgeleri standart forma ekleyecektir.⁸¹

⁸⁰ T.C. Resmi Gazete (2009) 27327 sayı, Kamu İhale Genel Tebliğ 22.2. Maddesi.

⁸¹ T.C. Resmi Gazete (2009) 27327 sayı, Kamu İhale Genel Tebliğ 22.3. Maddesi.

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

Bu kapsamda yapılacak alımlarda, rekabet, saydamlık, ihtiyaçların uygun şartlarda ve zamanında karşılanması ve kaynakların verimli kullanılması ilkeleri ile daha önce sözleşmeye bağlanmış asıl işin kapsam ve miktarının idarenin ihtiyacını karşılayacak şekilde tespit edilmesi; toplam süreleri üç seneyi geçmemek üzere asıl sözleşmeye dayalı olarak yapılacak alımların ise, ihtiyaca ilişkin asıl sözleşmeye bağlanan mal ve hizmet alımıyla ilgili olarak önceden öngörülmemekle birlikte ihtiyacın gereği olarak ortaya çıkması ve tamamlayıcı nitelikte bir alım olmamasına dikkat edilmesi gerekmektedir. Temine konu olacak mal ve hizmet alımları arasında kabul edilebilir doğal bir bağlantı bulunmalıdır.⁸²

İdareler ihtiyaçlarının temin edilmesinde rekabet, saydamlık, ihtiyaçların uygun şartlarda ve zamanında karşılanması ve kaynakların verimli kullanılması ilkeleri ile Kanunun temel alım usullerinin gereği olarak; daha önce sözleşmeye bağlanmış asıl işin kapsam ve miktarının idarenin ihtiyacını karşılayacak şekilde tespit edilmesi toplam süresi 3 yılı geçmeyen asıl sözleşmeye dayalı olarak yapılacak alımlar ise ihtiyaca ilişkin asıl sözleşmeye bağlanan mal ve hizmet alımı ile ilgili olarak önceden öngörülmemekle birlikte ihtiyacın gereği olarak ortaya çıkmasına ve tamamlayıcı nitelikte bir adım olmasına dikkat edilmesi gerekmektedir. Temine konu olacak mal ve hizmet alımları arasında kabul edilebilir doğal bir bağlantı bulunmalıdır.⁸³

⁸² T.C. Resmi Gazete (2009) 27327 sayı, Kamu İhale Genel Tebliğ 22.4.1.1. Maddesi.

⁸³ T.C. Resmi Gazete (2009) 27327 sayı, Kamu İhale Genel Tebliğ 22.4.1.2. Maddesi.

d) Büyükşehir belediyesi sınırları dahilinde bulunan idarelerin on beş milyar, diğer idarelerin beş milyar Türk Lirasını aşmayan ihtiyaçları ile temsil ağırlama faaliyetleri kapsamında yapılacak konaklama, seyahat ve iaşeye ilişkin alımlar.

Kurum tarafından güncellenen tutarı aşmayan mal ve hizmet alımları ve yapım işleri ile temsil ağırlama faaliyetleri kapsamında yapılacak konaklama, seyahat ve iaşe ilişkin mal ve hizmetlerin idarece temin edilmesi mümkün bulunmaktadır. İşin niteliğine göre idareler, yapacakları günlük ve küçük ölçekli alımlar için genel bir onay belgesi düzenleyebilecekleri gibi, her bir alım içinde onay belgesi düzenleyebilirler. Ayrıca ilgili mevzuat çerçevesinde düzenlenmesi gereken harcama belgeleri onay belgesine eklenir. Ancak bu şekilde gerçekleştirilecek yapım işlerinde fiyat araştırmasının, Yapım İşleri Uygulama Yönetmeliğinde belirlenen yaklaşık maliyetin hesaplanmasına ilişkin esas ve usullere göre yapılması zorunludur. Belirlenen parasal limitlere bağlı olarak yapılacak ihtiyaç teminlerinde, piyasada yapılan fiyat araştırması sonucunda öngörülen parasal limitin aşılabacağına tespit edilmesi halinde, ihtiyacın ihale yoluyla temin edilmesi gerekmektedir.⁸⁴

Daha öncede ifade edildiği gibi idarelerce işletilen eğitim ve dinlenme tesisi, orduevi, askeri gazino, misafirhane, çocuk bakımevi, kreş, spor tesisi, kantin ve benzeri sosyal tesisler tarafından, bu tesislerden yararlananların tercihlerine göre satılmak üzere gerçekleştirilecek mamul ve mal alımlarında, marka belirtmeden yararlananların tercihinin karşılanamayacağı hallerde marka belirtmek suretiyle alım yapılmasının gerekli olduğu hallerde 4734 sayılı Kanunun 22/d Maddesine göre de alım yapılabilir.

Kamu İhale Genel Tebliğinin 20. Maddesinde belirtilen “4734 sayılı Kanunun 62. Maddesinin (b) bendinde ertesi mali yılda gerçekleştirilecek süreklilik arz eden mal ve hizmet alımları için bir önceki mali yıl sona ermeden ihaleye çıkılabileceği düzenlenmiştir. Böylece ihale ile ilgili ilan süresi ve ihale sürecinin belirli bir zaman

⁸⁴ T.C. Resmi Gazete (2009) 27327 sayı, Kamu İhale Genel Tebliğ 22.5.1. Maddesi.

alacağı da dikkate alınarak ertesi yılda gerçekleştirilecek bu tür mal ve hizmet alımı ihalelerine mali yıl sona ermeden çıkılabilesine imkan tanınmıştır. Ancak yılın sonunda ya da ertesi yılın başında çıkılan ihalelerde önceden öngörülemeyen nedenlerle ihale sürecinin uzadığı durumlarda süreklilik arz eden bu alımların kesintiye uğratılmamasını teminen, ihale sonuçlandırılmaya kadar geçecek süre içindeki ihtiyaçların 4734 sayılı kanunun 21. Maddesinin (b) bendindeki “idare tarafından önceden öngörülmeleyen olaylar” kapsamında değerlendirilerek, anılan madde hükmü ve 62. Maddenin (ı) bendinde yer alan esaslar da dikkate alınarak aynı Kanunun 21. Maddesinin (f) bendi yada 22. Maddesinin (d) bendinde belirtilen tutarlara kadar olanların bu maddelere göre temin edilebilmesi idarenin yetki ve sorumluluklarındadır.” hükmüne göre, Kamu İhale Kanununun 62. Maddesinde belirtilen alımlarda 22. Maddenin (d) bendinde belirtilen tutarlarda olması halinde doğrudan temin suretiyle alım yapılabilecektir.⁸⁵

e) İdarelerin ihtiyacına uygun taşınmaz mal alımı veya kiralanması.

Genel bütçeye dahil idareler ile özel bütçeli idarelerin taşınmaz mal kiralamasında kira artış oranlarını belirleme yetki ve görevi Maliye Bakanlığınca belirlenecek esaslar dahilinde yapılacaktır.

Taşınmaz mal alımı ve kiralanmasında; alım veya kiralamaya ihtiyaç duyulmasına ilişkin gerekçenin belirtilmesi, alınması veya kiralanması düşünülen taşınmazın yeri ve sahip olması gereken özelliklerin belirlenmesi, alım veya kiralanmaya ilişkin rayiçlerin tespit edilmesi, bu konudaki bilgilerin alımı veya kiralamaya ilişkin onay belgesine eklenmesi, ayrıca tabi olunan mevzuatın öngördüğü diğer zorunlulukların da yerine getirilmesi gerekmektedir. Bunun yanında düzenlenecek sözleşmelerde kira bedelinde artış yapılmasının öngörülmesi halinde; genel bütçeye dahil idareler ile özel bütçeli idarelerce artış oranının Maliye Bakanlığının her yıl yayımladığı kira artış oranlarını geçmeyeceği yönünde hüküm

⁸⁵ Yaşın, a.g.e., s16.

konulması, diğer idarelerce ise genel uygulamalar dikkate alınmak suretiyle belirlenecek oranlarda artış yapılacağı yönünde hüküm konulması zorunludur.⁸⁶

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

Maddeye göre kullanılma zorunluluğundan dolayı stoklanması ekonomik olmayan veya acil durumlarda kullanılma durumu şartlarından birinin gerçekleşmesi halinde bu yolla doğrudan temin yapılmasına izin verilmiştir. Burada amaç, hastalara zamanında müdahalenin yapılmasında kullanılacak olan ilaç, aşı, serum, anti-serum, kan ve kan ürünleri ile ortez, protez gibi malzemelere acil ihtiyaç duyulmasıdır.

g) Milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülen uyuşmazlıklarla ilgili davalarda, Kanun kapsamındaki idareleri temsil ve savunmak üzere Türk veya yabancı uyruklu avukatlardan ya da avukatlık ortaklıklarından yapılacak hizmet alımları.

Bu kapsamda yapılacak hizmet alımları milletlerarası tahkim yoluyla çözülecek anlaşmazlıklara münhasır olduğundan, anlaşmazlıkların milletlerarası tahkim dışındaki çözümü yollarında idarelerin kanunun genel hükümlerine göre hareket etmeleri gerekmektedir.⁸⁷

h) 8/1/1943 tarihli ve 4353 sayılı Kanununun 22 ve 36. Maddeleri uyarınca Türk veya yabancı uyruklu avukatlardan hizmet alımları ile fikri ve sınai mülkiyet haklarının

⁸⁶ T.C. Resmi Gazete (2009) 27327 sayı, Kamu İhale Genel Tebliğ 22.6. Maddesi.

⁸⁷ T.C. Resmi Gazete (2009) 27327 sayı, Kamu İhale Genel Tebliğ 22.8. Maddesi.

ulusal ve uluslararası kuruluşlar nezdinde tescilini sağlamak için gerçekleştirilen hizmet alımları.

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

i) Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi, Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların halkoyuna sunulması, milletvekili genel ve ara seçimleri, mahalli idareler ile mahalle muhtarlıkları ve ihtiyar heyetleri genel ve ara seçimi dönemlerinde Yüksek Seçim Kurulunun ihtiyacı için yapılacak filigranlı oy pusulası kâğıdı ile filigranlı oy zarfı kâğıdı alımı, oy pusulası basımı, oy zarfı yapımı hizmetleri ile bu seçimlere yönelik her türlü seçim malzemelerinin alımı ile yurt dışı seçim harcamaları, il seçim kurulu başkanlıkları tarafından alınacak oy pusulası basım hizmeti alımı.

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

Yukarıda sayılan hallerde doğrudan temin yapılabileceği sınırlı olarak sayılmış olup, bu haller kıyas suretiyle genişletilemez.

Görüleceği üzere, doğrudan teminin konusunu oluşturan ihtiyaçlardan sadece 22. Maddenin (d) bendi uygulaması parasal limite tabi olup, diğer bentler için parasal bir limit öngörülmemiştir. Söz konusu bentlere ilişkin uygulamada, ihtiyacın niteliği

ve mahiyeti doğrudan temin konusunu oluşturuyorsa parasal tutarı gözetilmeksizin bu yöntemle alım yapılabilecektir.⁸⁸

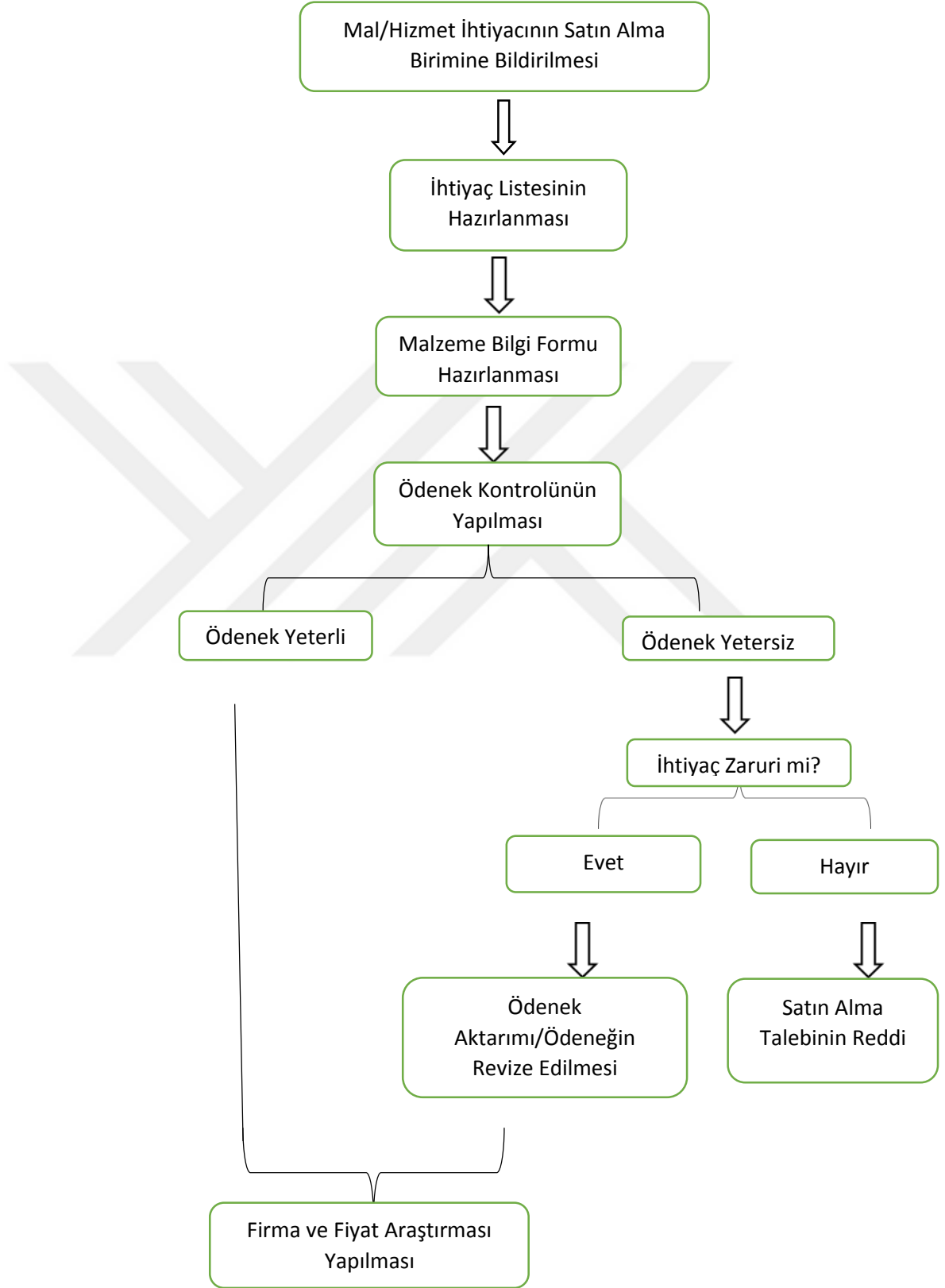
1.4. Doğrudan Temin İşlem Süreci

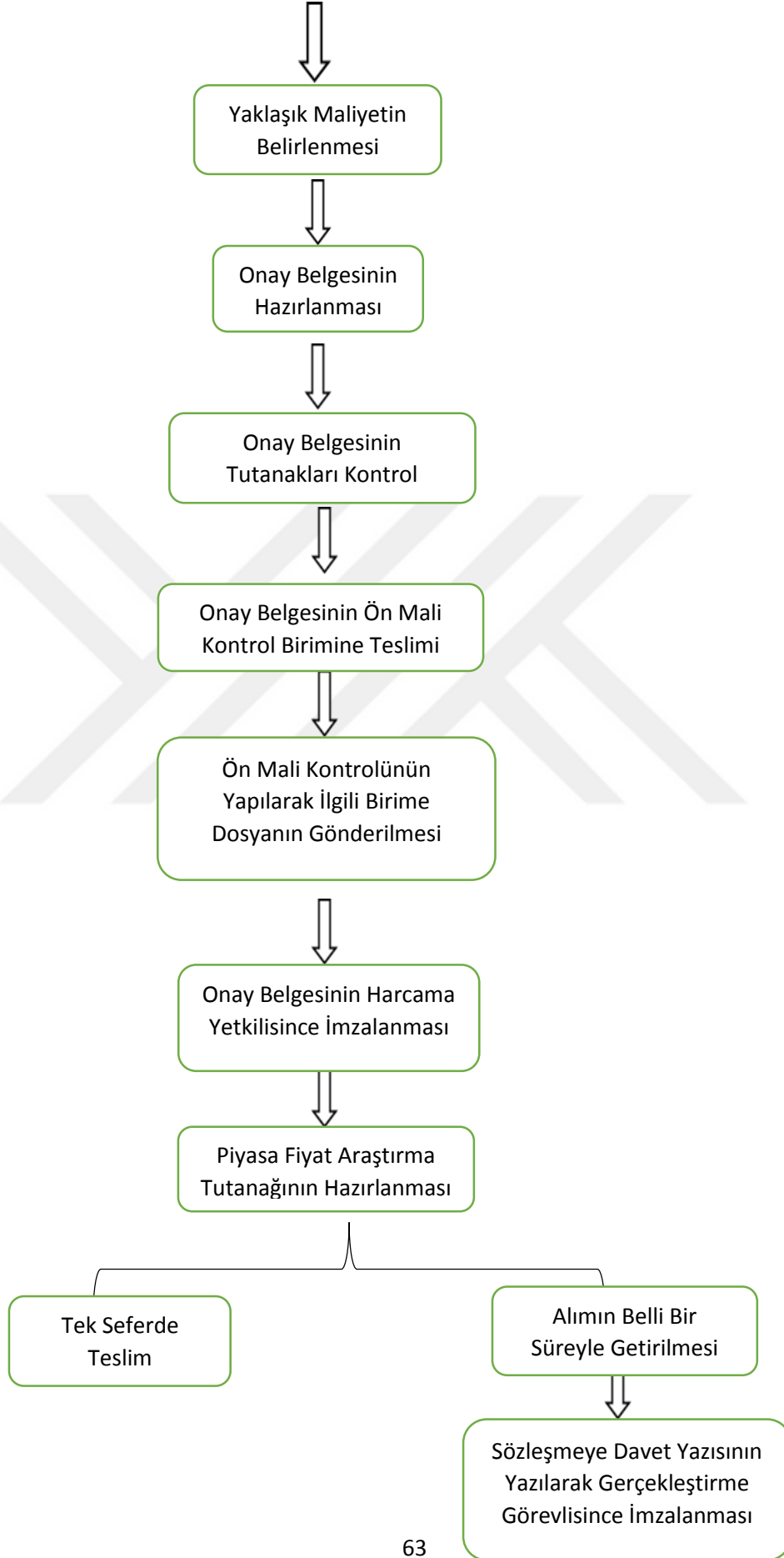
Doğrudan temin alım sürecinde ne şekilde alım yapılacağı mevzuatta düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre doğrudan teminle alım süreci şu şekilde belirtilebilir;

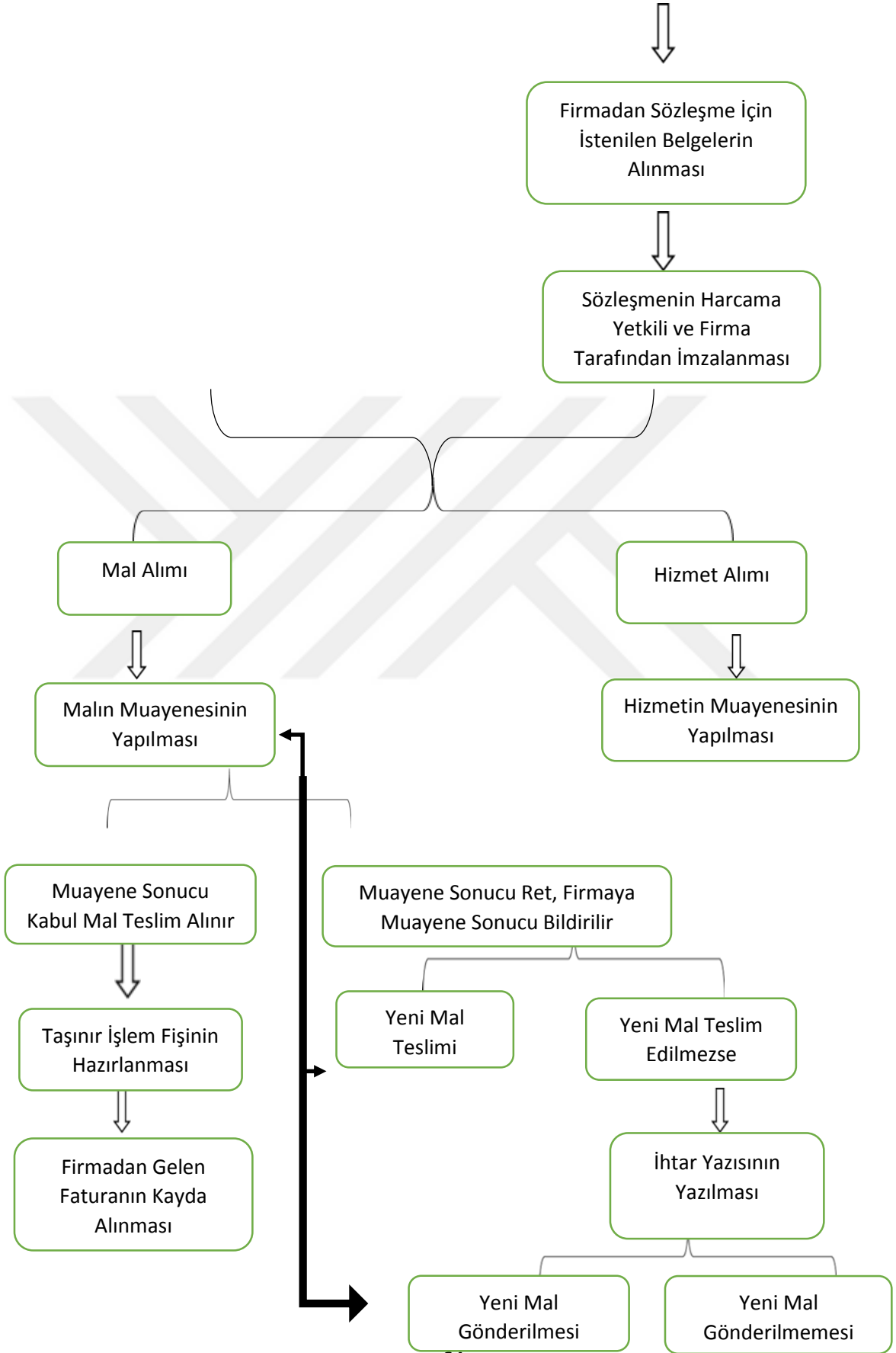
- idarelerce ihtiyaç duyulan şeyin tespiti
- doğrudan temin alımı için onay belgesinin düzenlenmesi
- ihtiyacı duyulan şeyin piyasa araştırması için görevlendirme yapılması
- piyasa fiyat araştırmasının yapılması
- piyasa araştırmasının ihale yetkilisinin onayına sunulması
- ihtiyacı duyulan şeyin alımın gerçekleştirilerek doğrudan temin sürecinin bitirilmesi

⁸⁸Gök, a.g.m. (Çevirimiçi) www.kimakademi.com.tr10 Ekim 2017, s.4.

DOĞRUDAN TEMİN İLE ALIM SÜRECİ ŞEMASI









1.4.1. Onay Belgesi Hazırlanması

Doğrudan temin yöntemiyle onay belgesinin ne olduğu Mahalli İdareler Harcama Belgeleri Yönetmeliği ve Merkezi Yönetim Harcama Belgeleri Yönetmeliğinde tanımlanmıştır. Anılan yönetmelikte onay belgesi; “Doğrudan temin suretiyle veya kamu ihale mevzuatında belirtilen istisnai alımlarda alım konusu işin nev’i, niteliği, varsa proje numarası, miktarı, gereken hallerde yaklaşık maliyeti, kullanılabilir ödeneği ve tertibi, alımında uygulanacak usulü, avans ve fiyat farkı verilecekse şatlarını gösteren ve harcama yetkilisinin imzasını taşıyan belge” olarak tanımlanmıştır.⁸⁹

Doğrudan teminle alım usulünde onay belgesinin şekline ilişkin düzenleme ne Kamu İhale Kanunu’nda ne de Kamu İhale Genel Tebliği’nde yapılmıştır. Kamu İhale Genel Tebliğinde onay belgesinin ne olduğuna ilişkin düzenleme tebliğin 22. Maddesinde yapılmış olup buna göre; ihtiyaçların karşılanmasında onay belgesi düzenlenebileceği, onayı takiben ihale yetkilisince görevlendirilecek kişiler tarafından piyasa fiyat araştırması yapılacağı ve buna ilişkin belgelerin dayanakları ile birlikte

⁸⁹ Salim Demirel/ Murat Arapgirli/ Hüseyin Altındaş, *Sorularla Doğrudan Temin*, Ankara, Ankara Yayınevi, 2014,s.25.

onay belgesine eklenmesi gerektiği, ayrıca; 22. Madde kapsamında idarelerin günlük ve kk ölçekli alımlar için genel bir onay belgesi düzenleyebileceği, harcama belgelerinin onay belgesine eklenmesinin zorunlu olduğu da düzenlenmiş bulunmaktadırdır.

Doğrudan teminlerle yapılan alımlarda onay belgesi düzenlenmesi gerekliliğine rağmen, doğrudan teminle yapılan alımlar için düzenlenmiş standart bir onay belgesi olmaması karşısında İhale Uygulama Yönetmelikleri ekinde yer alan standart ihale onay belgeleri doğrudan temin için uygulanarak kullanılmaktadır. rnek bir doğrudan temin onay belgesi aşağıdaki gibi olabilir.⁹⁰

⁹⁰ Demirel/ Arapgirli/ Altındaş, a.g.e.,s.26.

DOĞRUDAN TEMİN ONAY BELGESİ

Alımı Yapan İdarenin Adı	
Belge Tarih ve Sayısı	
DOĞRUDAN TEMİNE İLİŞKİN BİLGİLER	
İşin Tanımı	
İşin Niteliği	Mal Alımı
İşin MiktarıAdet
İşin Tutarı-TL
Proje Numarası (varsa)	
Bütçe Tertibi (varsa)	
Temin Şekli	Doğrudan Temin
Şartname Düzenlenip Düzenlenmeyeceği	
Sözleşme Düzenlenip Düzenlenmeyeceği	
ALIMLA İLGİLİ DİĞER AÇIKLAMALAR	
ONAY	
Yukarıda Belirtilen Malın Alınması Hususunu Onaylamanızı Arz Ederim. (tarih) Ad-Soyad İmza	UYGUNDUR (tarih) Ad-Soyad İmza

Demirel, Salim/ Arapgirli, Murat/ Altındaş, Hüseyin, Sorularla Doğrudan Temin, Ankara Yayınevi, Ankara 2014,s.27.(İhalelerde Kullanılan Standart Formdan Uyarlanmıştır)

ONAY BELGESİ	
ALIMI YAPAN İDARENİN ADI	
BELGENİN TARİH VE SAYISI	
DOĞRUDAN TEMİN ALIMI İLE İLGİLİ BİLGİLER	
İşin Tanımı, Niteliği ve Miktarı	
Yaklaşık Maliyet	
Kullanılabilir Ödenek Miktarı	
Yatırım Proje Numarası (varsa)	
Bütçe Tertibi (varsa)	
Avans Verilecekse Şartları	
İhale Usulü	
İlanın Şekli Adedi	
Ön yeterlilik / İhale Dokümanı Satış Bedeli	
Fiyat Farkı Ödenecekse Dayanağı Bakanlar Kurulu Kararı	
ALIM İLE İLGİLİ DİĞER AÇIKLAMALAR	
1- 2- <u>EKLER</u> EK-A (1 Takım Sözleşme ve Ekleri) EK-B (1 Adet Yaklaşık Maliyet Hesap Cetveli)	
ONAY	
Yukarıda belirtilen malın doğrudan temin usulü ile tedarikinin yapılması hususunu onaylarınıza arz ederim. (Tarih) Ad-Soyad : Unvan : İmza :	Uygundur Harcama Yetkilisi (Tarih) Ad-Soyad : Unvan : İmza :

(Alım Sonuçlanıncaya kadar onay belgesinin gizliliği korunacaktır.)

(Bu belge askeriyede kullanılan onay belgesinden alıntıdır.)

1.4.2. Teknik Şartnamenin Hazırlanması

İhtiyaç duyulan şeyin temini için yapılacak olan alımlarda öncelikle ihtiyacın niteliği açıkça yazılmalıdır. Teknik şartnamede yer alacak hükümler ve talep edilecek her husus tereddüde, yanlış anlamaya imkan bırakmayacak şekilde açık ve kesin olarak ifadeler kullanılmalıdır.

Teknik şartname ve projeler yaklaşık maliyet tespit edilmeden önce hazırlanır. Çünkü bu doküman yaklaşık maliyetin tespitine esas teşkil etmektedir. Yaklaşık maliyet belirlendikten sonra idari şartname ve sözleşme tasarısı ile diğer ihale dokümanı oluşturulur. Teknik şartnamenin doğru bir şekilde hazırlanması yaklaşık maliyetin gerçeğe uygun olarak tespit edilmesi, ihaleye katılmayı düşünen kişilerin kararlarını etkilemesi ve sözleşmenin uygulanması aşamasında sözleşme konusu edimin sözleşmeye uygun bir şekilde ifa edilip edilmediğinin kontrolü bakımından büyük önem taşımaktadır.⁹¹

Teknik şartnamenin ne şekilde düzenleneceğine ilişkin düzenleme 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 12. Maddesinde yapılmıştır. Bu maddeye göre;“ İhale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin her türlü özelliğini belirten idari ve teknik şartnamelerin 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 hazırlattırılabilir.

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

⁹¹ Demirel/ Arapgirli/ Altındaş, a.g.e.,s.28.

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

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

Kamu İhale Kanunda bahsi geçen madde ihalelere yönelik olup, doğrudan teminlerde uygulama olanağı tam anlamıyla bulamamaktadır. Bunun nedenlerine baktığımızda ilgili maddede teknik şartnamelerde; belli bir marka, model, patent, menşei ve kaynak belirtilemeyeceği, marka ve modele ilişkin özellik ve tanımlara yer verilemeyeceği belirtilmiştir. Ancak doğrudan temin alımlarımda belli marka, model, patent, menşei ve kaynak belirtilebilmektedir. Durumu bir örnekle açıklamak gerekirse; bir devlet binasının badana ve boya işlemi için gerçekleştirilen açık ihale usulüyle boya alım işinde, binanın %80’lik oranı açık ihale usulüyle alınan boya ile boyanmıştır. Bu alımda%20 iş artışı yapılmış ve toplamda %96 oranda iş gerçekleşmiştir. Geri kalan %4’lük kısım için yeniden açık ihale usulüyle mal alımı yapılamayacağından veya gerçekleştirilen açık ihale %20’den daha fazla artırılamayacağından, hem işin aciliyeti hem de maliyetinin doğrudan temin sınırları içerisinde kalması nedeniyle söz konusu olan doğrudan temin ile gerçekleştirilmektedir. Bu durumda binada gerçekleştirilen boyanın farklı olmaması adına açık ihale ile yapılan alımda kullanılan teknik şartnamenin doğrudan teminde kullanılması mümkün olabileceği gibi, açık ihale usulü neticesinde sözleşmeye bağlanan boyanın markası, modeli, menşei doğrudan teminde belirtmek suretiyle alınabilmektedir.

Ayrıca Kamu İhale Genel Tebliğinin 22.5.1.4. Maddesine gereği, idarelerce işletilen eğitim, dinlenme tesis, ordu evi, askeri gazino, misafirhane, çocuk bakımevi,

kreş, spor tesisi, kantin ve benzeri sosyal tesisler tarafından, bu tesislerden yararlananların tercihine göre satılmak üzere, 4734 sayılı Kanunun 22. Maddesinin (d) bendi kapsamında yapılacak mamul mal alımlarında marka belirtilmeden yararlananların tercihinin karşılanamayacağı hallerde marka belirtilmek suretiyle alım yapılabilmesi mümkündür.⁹²

Teknik şartnamenin yapılması doğrudan temine uyduğu ölçüde uygulanabilir. Bir teknik şartname hazırlanırken bazı kurallara dikkat edilerek hazırlanmalıdır. Bunda göre;

- Teknik şartnameler Türkçe hazırlanması zorunludur, ancak ihalelere yabancı isteklilere katılacaksa Türkçenin yanı sıra yabancı dilde de şartname hazırlanabilir.
- İhale konusu mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinin kriterlerine teknik şartnamede yer verilmelidir.
- Teknik şartnamelerde rekabeti engelleyici hususlar yer verilmemelidir.
- Teknik şartnamelerde teknik özelliklere ve tanımlara yer verilmelidir.
- Teknik şartnamelerin idarelerce hazırlanması esastır. Ancak mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinin özelliği nedeniyle idarelerce hazırlanmasının mümkün olmayacağı ihale yetkilisi tarafından onaylanması kaydıyla, ihale mevzuatına uygun olarak danışmanlık hizmet sunucularına hazırlatılabilir.
- Teknik şartnamelerde yeterlilik kriterleri de istenebilecektir.
- Teknik şartnameler mevzuata uygun olarak hazırlanacaktır.

⁹² Demire/ Arapgirli/ Altındaş a.g.e., s.30.

Doğrudan temin uygulamasında şartname ve sözleşme düzenlenmesi idarenin takdirinde bir husus olmakla birlikte özellikle süreli alımlarda, bir başka ifadeyle işin gerçekleştirilmesinin belli bir süreyle bağlı olduğu mal, hizmet veya yapım işlerinde sözleşme düzenlenmesi gerekmektedir. Bu husus Kamu İhale Genel Tebliğinde; “Söz konusu hükümler uyarınca anılan maddede belirtilen nitelikteki ihtiyaçların karşılanmasında kolaylık sağlanması amaçlanmış olmakla birlikte, ihtiyaçların niteliğine göre, ilan yapılması, teminat alınması, ihale komisyonu kurulması, isteklilerde belirli yeterlilik kriterinin aranması ile şartname ve sözleşme düzenlenmesi gibi hususlar idarenin takdirindedir. Bu madde kapsamında alımı yapılacak olan malın teslimi veya hizmetin ya da yapım işinin belli bir süreyi gerektirmesi durumunda, alımın bir sözleşmeye bağlanması zorunlu olup, bir defada yapılacak alımlarda sözleşme yapılması idarenin takdirindedir. Buna karşılık, 22. Maddenin (c) bendi kapsamında yapılan alımlarda ise madde metninde belirtildiği üzere sözleşme yapılması zorunludur.” Şeklinde düzenleme altına alınmıştır. Yine bu tür alımlarda idare sadece sözleşme düzenleyebileceği gibi idari ve teknik şartnameler de hazırlayabilecek ve bunları sözleşmenin bir parçası olarak kullanabilecektir.⁹³

1.4.3. Yaklaşık Maliyetin Belirlenmesi

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 9. Maddesinde düzenlenen yaklaşık maliyetin tespit edilmesi, ihale usulleri kullanılarak yapılan alımlar için zorunlu bir işlemdir. Doğrudan teminin bir ihale usulü olmadığı dikkate alındığında bu yöntemle yapılan alımlarda yaklaşık maliyetin tespitinin zorunlu olmadığı söylenebilir. Merkezi Yönetim Harcama Belgeleri Yönetmeliğinin 4. Maddesinde tanımlanan onay belgesinde bulunması istenilen hususlara ilişkin olarak “gereken hallerde yaklaşık maliyeti” denilmek suretiyle de idarelerce gerek görülen durumlarda yaklaşık maliyetin hazırlanabileceği hususu belirtilmiştir.⁹⁴

⁹³ Ramazan Şener, “Kamu İdarelerinde Doğrudan Temin Yöntemi”, (Çevirimiçi) www.muhasabenet.net/makale-ramazan 10 Ekim 2017

⁹⁴ Demirel/ Arapgirli/ Altındaş , a.g.e.,s.38-39.

22. Maddeye göre ihtiyaçların karşılanmasında onay belgesi düzenlenmesi, onayı takiben ihale yetkilisince görevlendirilen kişi veya kişiler tarafından piyasa fiyat araştırması yapılması ve buna ilişkin belgelerin dayanakları ile birlikte onay belgesine eklenmesi zorunludur. İdarelerce gerekli görülmesi halinde, fiyat araştırmaları, ilgili ihale uygulama yönetmeliklerinde yaklaşık maliyetin belirlenmesine ilişkin esas ve usuller çerçevesinde yapılabilir. Ancak doğrudan temin kapsamında yapılan alımlarda fiyat farkı hesaplanmasının öngörülmesi halinde, piyasa fiyat araştırması yapılması aşamasında bu hususun belirtilerek fiyat tekliflerinin alınması gerekmektedir. Piyasa fiyat araştırmasının internet üzerinden firma ve ürün fiyatları kullanılmak suretiyle yapılması mümkündür. Örneğin idaremiz 22/d Madde kapsamında bir yazıcı alacak olsun. Söz konusu alımı www.cimri.com. sitesindeki yazıcı fiyatlarını ve satıcılarını kıyaslamak suretiyle yapması mümkündür. Ancak yaklaşık maliyetin oluşturulması kapsamında yapılacak piyasa fiyat araştırmasında özel sektörün internet sayfasındaki fiyatların kullanılması mümkün değildir. Bunun için teknik şartnamede verilmek suretiyle yazılı teklif alınması gerekir.⁹⁵

Uygulamada 22/d. Maddesi dışındaki alımlarda genel olarak piyasa fiyat araştırması yapılmadığı bilinmektedir. Oysa piyasa fiyat araştırması yapılması sadece 22/d alımlarında değil, tüm doğrudan temin alımlarında zorunludur. Zira fiyat araştırması yapma zorunluluğu 22. Maddenin son fıkrasıyla sadece 22/d alımları için değil tüm doğrudan temin alımları için getirilmiştir. Kanunun 22/a,b,c alımları için düzenlenmesi gereken formda piyasa fiyat araştırmasının ne surette yapılacağına ilişkin ipuçları verilmiştir. Buna göre piyasa fiyat araştırması aşağıdaki şekilde yapılabilir:

- Aynı malın, ilgili tek kaynaktan alan diğer kamu/özel tüzel kişilerine veya gerçek kişilere satış fiyatı,
- Aynı mal daha önce ilgili tek kaynaktan alındıysa, daha önceki alım bedelinin tedavlndeki Türk parası cinsinden ise FE kullanılarak

⁹⁵ Doğanyığit, a.g.e., s.580.

güncellenmesi, döviz cinsinden ise tespit tarihinde geçerli TCMB Döviz Alış Kuru üzerinden güncellenmesi,

- İlgili tek kaynaktan istenen proforma fatura,
- Ticaret Odası, Sanayi Odası veya Meslek Odasından ve varsa üretim ve/veya satış yapan kurum ve kuruluşlardan alınan fiyatlar,
- Diğer (Örneğin tek kaynağın resmi satış listesi)⁹⁶



⁹⁶ Doğanığit, a.g.e., s.581.

PİYASA FİYAT ARAŞTIRMA TUTANAĞI

İdarenin Adı : Hava Kuvvetleri Komutanlığı

Yapılan İş/Mal, Hizmetin Adı, Niteliği : 3 Kalem Madeni Yağ Alımı
Alım ve Yetkilendirilen Görevlilere İlişkin

Onay Belgesi/ Görevlendirme Onayı Tarih ve No'su : 25 Mayıs 2017 tarihli LOJ:4490-5784327-17/Ted.Ş.Tük.Mlz.Ks.A. Onayı

Mal/ Hizmet/ Yapım İşi	Kişi/ Firmalar ve Fiyat Teklifleri			
	1'inci.....	2'inci.....	3'üncü.....	4'üncü.....
1 (Birinci Kalem Mal/ Hizmet/ Yapım İşi)	Ayaz Oto.-17.546,00 TL	Fatih Oto.(teklif vermedi)	Aslanlar Petrol-12.546,00TL	Tasem Grup-16.736,00TL
2 (İkinci Kalem Mal/ Hizmet/ Yapım İşi)	Ayaz Oto.(teklif vermedi)	Fatih Oto-21.647,00TL	Aslanlar Petrol-23.645,00TL	Tasem Grup-22.735,00TL
3 (Üçüncü Kalem Mal/ Hizmet/ Yapım İşi)	Ayaz Oto.-15.324,00 TL	Fatih Oto.-14.746,00TL	Aslanlar Petrol-13.534,00TL	Tasem Grup(teklif vermedi)
4 (Dördüncü Kalem Mal/ Hizmet/ Yapım İşi)	-	-	-	-

Mal/ Hizmet/ Yapım İşi	Uygun Görülen Kişi/Firma/Firmalar		
	Adı	Adresi	Teklif Ettiği Fiyat
1 (Birinci Kalem Mal/ Hizmet/ Yapım İşi)	Aslanlar Petrol	Başkent Sanayi Sitesi 1453. Sokak No.12	12.546,00TL
2 (İkinci Kalem Mal/ Hizmet/ Yapım İşi)	Fatih Oto	Bahçekapı Mah.Saray Cad.No:12/9	21.647,00TL
3 (Üçüncü Kalem Mal/ Hizmet/ Yapım İşi)	Aslanlar Petrol	Başkent Sanayi Sitesi 1453. Sokak No.12	13.534,00TL
4 (Dördüncü Kalem Mal/ Hizmet/ Yapım İşi)	-	-	-

4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun 22.Maddesi uyarınca doğrudan temin suretiyle yapılacak olan alımlara ilişkin yapılan piyasa araştırmasında firmalarca / kişilerce teklif edilen fiyatlar tarafımızca/ tarafımızca değerlendirilerek yukarıda adı ve adresleri belirtilen kişi/firma/firmalardan alım yapılması uygun görülmüştür.26/05/2017

Piyasa Fiyat Araştırma Görevlisi / Görevlileri

Adı Soyadı :

Unvanı :

İmzası :

*Piyasa fiyat araştırması yapılacak kişi/firma, yer sayısına ihale yetkilisi karar verebilecektir.

*Piyasa fiyat araştırması için görevlendirilecek personelin sayısına ihale yetkilisi karar verebilecektir.

**22'NCİ MADDENİN (A) / (B) / (C) BENTLERİ KAPSAMINDA TEK KAYNAKTAN TEMİN EDİLEN
MALLARA İLİŞKİN FORM**

İDARE:	ALIMI YAPAN BİRİM
ALIM YAPILACAK OLAN GERÇEK VEYA TÜZEL KİŞİYE İLİŞKİN BİLGİLER: Adı Soyadı/Ticaret unvanı, uyuğu: Açık Tebligat Adresi: Bağlı olduğu vergi dairesi ve Vergi kimlik Numarası: Telefon ve Faks numarası: E-posta adresi:	ÖNGÖRÜLEN TESLİM ZAMANI:
	YAKLAŞIK BEDEL:

İHTİYAÇ KONUSU MALIN NİTELİĞİ

GERÇEK VEYA TÜZEL KİŞİDEN ALIMIN HANGİ KAPSAMDA YAPILDIĞI: (ilgili maddeyi işaretleyiniz)
<input type="checkbox"/> İhtiyacın sadece gerçek veya tüzel kişi tarafından karşılanabileceğinin tespit edilmesi
<input type="checkbox"/> Sadece gerçek veya tüzel tek kişinin ihtiyacı ile ilgili özel bir hakka sahip olması
<input type="checkbox"/> Mevcut mal, ekipman ve hizmetlerle uyumun ve standardizasyonun sağlanması için zorunlu olan malın, asıl sözleşmeye dayalı olarak düzenlenecek ve toplam süreleri üç yılı geçmeyecek sözleşmelerle ilk alımı yapılan gerçek veya tüzel kişinin alınması

BU ALIMIN GERÇEK VEYA TÜZEL KİŞİDEN YAPILMA SEBEPLERİ: (Yukarıda belirtilen hükümlerin uygulanabilir olmasını sağlayan sebepler detaylı olarak yazılacak, bunlara ilişkin kanıtlayıcı belgelerde forma eklenecektir. İstenirse ek bir sayfada devam edilebilir.)

FİYAT ARAŞTIRMASI 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "Doğrudan Temin" Başlıklı 22'nci maddesinin ikinci fıkrasına göre bu maddeye göre yapılacak alımlarda ihale yetkilisince görevlendirilecek kişi veya kişiler tarafından piyasa fiyat araştırması yapılarak ihtiyaç temin edilebilecektir. Yaklaşık Bedel aşağıda yer alan metotlar kullanılarak gerçekçi bir şekilde tespit edilmiştir. (ilgili belgeler eklenecektir): <ul style="list-style-type: none">• Aynı malın, malı ilgili tek kaynaktan alan diğer kamu/özel tüzel kişiliklerine veya gerçek kişilere satış fiyatı• Aynı mal daha önce ilgili tek kaynaktan alındıysa, daha önceki alım bedelinin tedavülündeki Türk parası cinsinden ise ÜFE kullanılarak güncellenmesi, döviz cinsinden ise tespit tarihinde geçerli TCMB Döviz Alış Kuru üzerinden güncellenmesi• İlgili tek kaynaktan istenen proforma fatura• Ticaret Odası, Sanayi Odası veya Meslek Odasından ve varsa üretim ve/veya satış yapan kurum ve kuruluşlardan alınan fiyatlar• Diğer(açıklanacaklar)

Yukarıda belirtilmiş sebeplerden dolayı alım konusu mala ilişkin bedelle ilgili piyasada her türlü fiyat araştırması yapılarak Kanun'un "Doğrudan Temin" başlıklı 22'nci maddesinin (a) / (b) / (c) bendi kapsamında gerçek veya tüzel tek kişiden alım yapılması uygun görülmüştür.

İHALE YETKİLİSİ

Adı Soyadı

Görevi

İmza

Bu form 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında bulunan idarelerin Kanunun "Doğrudan Temin" başlıklı 22.maddesinin (a), (b) ve (c) bentleri kapsamında gerçek veya tüzel tek kişiden yapacakları mal alımlarına ilişkin olarak kullanılacaktır.

İhtiyacın niteliği, ihtiyacın konusu malın ayrıntılı teknik özellikleri ve ne amaçla kullanılacağı, anılan amacı en az aynı verimlilik, etkinlik ve fonksiyonellikte karşılanabileceği diğer ürünlerin-modellerin-markaların vb. bulunup bulunmadığının tespitinin yapıp yapılmadığı ve bulunmuyorsa nedenleri, ihtiyaç konusu mal satan başka firmaların olup olmadığı gibi hususlara yer verilir.

(Bu form, Saadetin Doğanyigit, *Açıklamalı- İctihatl- Soru Çözümlü Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu*, Ankara, Seçkin Hukuk, 2010, s.583' den alıntıdır.)

Doğrudan temin yoluyla yapılan alımlarda piyasa fiyat araştırmasının sağlıklı olarak yapılmaması veya piyasa fiyat araştırması yapılması gerekirken hiç yapılmamış olması hallerinde Sayıştay tarafından yapılan denetimlerde sorunlara sebep olmaktadır. Bu durumun yapılan denetlemelerde ortaya çıkması halinde ilgili personel hakkında kamu zararına sebebiyet verdiği gerekçesiyle sorgu işlemi uygulanmaktadır. Sayıştay 3. Dairesinin 17.5.2007 tarihli ve 88 Numaralı Tutanağı incelendiğinde “4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 22/d Maddesine göre doğrudan temin yoluyla Türkiye Deprem Yüksek Mühendisleri Konseyinden satın alınan aynı cinsten dört adet kitabın alım işinde piyasa fiyat araştırmasının sağlıklı yapılmadığı ve bu nedenle kitapların alış fiyatı ile piyasa rayiç fiyatı arasında fahiş bir fark bulunduğu ve bu yolla kamu zararına sebep olduğu gerekçesiyle fazla ödeneme tutarının sorumlulara ödettirilmesine karar verilmiştir.”

1.4.4. İlgili İşlemlerin Yapılması

Doğrudan temin usulü idarelerin ivedi ve zorunlu ihtiyaçlarını en hızlı yoldan karşılanmasını sağlamak amacıyla belli şartların sağlanması halinde kullanılabilir olan bir alım usulü olduğu için, ihalelerde aranacak olan şartların birçoğunun yapılma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bununla birlikte idareler şeffaflığı artırmak amacıyla birtakım şartları da gerçekleştirebilmektedir. Bunlardan ilki doğrudan temin usulüyle yapılan alımlarda sözleşme yapma zorunluluğunun bulunup bulunmadığına ilişkindir.

Doğrudan temin ile yapılan alımlarda sözleşme yapma zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak iki halde sözleşme yapma zorunluluğu bulunmaktadır. Bu haller;

- a) 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun Doğrudan temini düzenleyen 22. Maddesinin (c) bendine göre yapılan alımlarda her hâlükârda sözleşme imzalanması zorunludur.
- b) Alımı yapılacak olan malın teslimi veya hizmetin veyahut yapım işinin belli bir süreyi gerektirmesi durumunda alımın yazılı bir sözleşmeye bağlanması zorunludur.

Bu iki durum dışında doğrudan temin ile yapılacak alımlarda yazılı sözleşme yapılıp yapılmayacağı idarenin takdirindedir.⁹⁷

Her ne kadar mevzuat bu şekilde belirtilse de idareler uygulamada hem yaptırımları uygularken sorun yaşamamak hem de yapılan bütün işlemlerde denetimin sağlanmasını kolaylaştırmak açısından doğrudan temin alımlarının çoğunu yazılı sözleşme yapma şeklinde gerçekleştirmektedir.

Doğrudan teminle yapılacak alımlarda yapılması gereken işlemlerden bir tanesi de tip sözleşmenin kullanılmasının zorunlu olup olmadığı sorunsalıdır. Bu hususta Kamu İhale Kurumunca hazırlanan tip sözleşmenin kullanılmasında herhangi bir zorunluluk bulunmamaktadır.

Doğrudan temin yöntemi ile yapılan alımlarda düzenlenecek sözleşme emredici hukuk kurallarına, genel ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı ve konusunun objektif olarak imkansız olmaması şartıyla idare tarafından istenildiği şekilde yapılabilir.

Doğrudan teminlere ilişkin bir diğer husus ise; doğrudan teminlerde ihale kayıt numarasının alınma zorunluluğunun bulunup bulunmadığına ilişkindir. Doğrudan teminle yapılan alımlar için Kamu İhale Kurumundan ihale kayıt numarası alınmaz. Doğrudan teminle yapılan alımlar için Doğrudan Temin Kayıt Formu doldurulur ve internet üzerinden Kamu İhale Kurumuna gönderilir. Söz konusu bu husus 7 Haziran 2014 tarihli ve 29023 sayılı Resmi Gazetede yapılan düzenleme ile yürürlüğe giren Kamu İhale Genel Tebliği'nin 30.9.2. Maddesinde, "Doğrudan teminle yapılan alımlar için "Doğrudan Temin Kayıt Formu" temin tarihini takip eden ayın onuncu gününe kadar usulüne uygun olarak ilgili kısımlar doldurulduktan sonra Kuruma internet üzerinden gönderilecektir. Bilgilerini tam ve düzenli olarak göndermeyen idarelerin

⁹⁷Demirel/ Arapgirli/ Altındaş a.g.e., s.41.

4734 sayılı Kanunun 62. Maddesinin (ı) bendi çerçevesinde yapacakları başvuruların değerlendirilmesi sırasında bu husus dikkate alınacaktır” şeklinde ifade edilmiştir.⁹⁸

Bir diğer husus ise idarelerce gerçekleştirilen doğrudan temin alımlarının ilan edilip edilmeyeceğine ilişkin olanıdır. İdarelerden birçoğu uygulamada rekabet unsurlarını artırmak, şeffaflığı sağlamak, daha uygun fiyatla alımı sağlamak amacıyla kendi internet sayfalarına doğrudan temin alımlarını ilan etmektedir. Ayrıca Kamu İhale Kurulunun son yıllarda yapmış olduğu değişiklikle doğrudan temin alımları EKAP sistemi üzerinden de ilan edilebilecektir.

1.4.5. İstekliler İçin Yeterlilik Kriteri Aranması

4734 sayılı Kanunun 10. Maddesinde yapılacak ihalelerde isteklinin ekonomik ve mali yeterliliği ile mesleki ve teknik yeterliliğin belirlenmesi için istenilecek belgeler sayma suretiyle belirlenmiş olup, konuya ilişkin usul ve esaslar Uygulama Yönetmelikleri ile Kamu İhale Genel Tebliğinde belirlenmiştir. Doğrudan temin alım usulü bir ihale usulü olmadığından, kamu satın alımlarında bu usulün tercih edilmesi halinde, Kamu İhale Kanunu'nun 18. Maddesinde sayılan ihale usulleri için zorunlu olan aynı Kanunun 10. Maddesinde sayılan yeterlilik kurallarını arama zorunluluğu bulunmamaktadır. Doğrudan Temin Usulüyle Kamu İhale Kanunu'nun 22. Maddesinde belirtilen nitelikteki ihtiyaçların karşılanmasında kolaylık sağlanması amaçlanmış olmakla birlikte, ihtiyacın niteliğine göre, idarelerin isteklilerde belirli yeterlilik kriterlerini araması mümkündür.⁹⁹

1.4.6. İdari Şartnamenin Hazırlanması

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na göre gerçekleştirilen ihalelerde idareler ihtiyaç duydukları mal/hizmet/yapım işerinin idari şartnamelerini hazırlayarak sözleşme dosyalarına ekleme zorunluluğu bulunmaktadır. İdari şartnamelerde bulunması gereken

⁹⁸Salim Demirel/ Murat Arapgirli, “Türkiye Belediyeler Birliği Doğrudan Temin El Kitabı”, Ankara 2012, s. 34, (Çevirimiçi) http://www.tbb.gov.tr/online/yayinlar/dogrudan_temin_el_kitabi/ 10 Ekim 2017.

⁹⁹ Yaşin, a.g.e., s.28-29.

hususlar Kamu İhale Kurumu tarafından oluşturulan tip idari şartnamede taşınması gereken özelliklere haiz olması gerekmektedir.

Doğrudan temin suretiyle yapılan alımlarda ise, alımı yapılacak olan şeyde sözleşme hazırlama zorunluluğu olmadığı gibi, alıma ilişkin olarak alımı yapılacak olan şeyin idari şartnamesinin hazırlanması zorunluluğu da bulunmamaktadır. İdareler mevzuata aykırı olmamak suretiyle alımını yapmak istedikleri doğrudan teminlerde diledikleri şekilde idari şartname düzenleyebilmektedirler.

Örneğin A idaresi açık ihale ile gerçekleştirmiş olduğu boya alım işinde, çıkılan ihalede yanlış hesaplama sonucu eksik boya alınması nedeniyle alınan boya ile binanın %60 boyanabilmiştir. Yasal mevzuatın ve sözleşmenin izin verdiği ölçüde iş artışı yapılmış, ancak buna rağmen yapılması gereken işin %94'ü tamamlanabilmiştir. Geri kalan boya işi doğrudan temin limitleri içerisinde kaldığından, alınacak olan boyanın görüntü ve kalite farkına sebebiyet verilmemesi mahiyetiyle açık ihale usulünde kullanılan idari şartname, doğrudan temin alım usulünde de kullanılabilir. ¹⁰⁰

1.4.7. Alım Komisyonunun Kurulması

Kamu İhale Kanunu'na göre gerçekleştirilecek ihalelerde, ihale yetkilisi tarafından ne şekilde ihale komisyonu teşkil edileceği 6. Maddede açıklanmıştır. Buna göre ihale yetkilisi en az 5 personel olmak üzere tek kişiden oluşturulacak şekilde ihale alım komisyonu görevlendirecektir. Ancak doğrudan temin bir ihale usulü olmadığı için, doğrudan teminle yapılan alımlarda ihale komisyonu kurulması zorunluluğu bulunmamaktadır.

22 Ağustos 2009 tarihli ve 27527 sayılı Resmi Gazete ile yürürlüğe giren Kamu İhale Tebliğinin 22.1.2. Maddesine göre doğrudan teminlerde; “Söz konusu hükümler uyarınca anılan maddede belirtilen nitelikteki ihtiyaçların karşılanmasında kolaylık sağlanması amaçlanmış olmakla birlikte, ihtiyacın niteliğine göre, ilan yapılması, teminat alınması, ihale komisyonu kurulması, isteklilerde belirli yeterlik kriterlerinin

¹⁰⁰ Detaylı bilgi için bkz. Ramazan Şener, a.g.m., s.4, (Çevirimiçi) 10 Ekim 2017

aranması ile şartname ve sözleşme düzenlenmesi gibi hususlar idarelerin takdirindedir.” şeklinde düzenleme yapılarak ihale komisyonlarının kurulması idarenin takdirinde bırakılmıştır.

Doğrudan Temin alımı için idareler tarafından oluşturulacak olan ihale komisyonları 4734 sayılı kanunun 6. Maddesinde yer alan komisyonlar şeklinde olmak zorunda değildir. Ancak komisyon teşkilinde dikkat edilmesi gereken husus, komisyonda görevlendirilecek üyelerin gerekli olan teknik bilgi ve mesleki tecrübeye sahip olması gerekmektedir.

1.4.8. Yasaklılık Teyidinin Alınması

Doğrudan Temin Alım Usulü 4964 sayılı Kanunla 18. Maddede yapılan değişiklik neticesinde ihale usulü olmaktan çıkarılmıştır. Bu kapsamda Kamu İhale Kanunu'nun 22. Maddesinde belirtilen hallerde ihtiyaçların, Kanunun 18. Maddesinde belirtilen ihale usulleri için tespit edilen kurallara uyulmaksızın, ilan yapılmadan ve teminat alınmadan, ihale komisyonu kurma ve aynı Kanunun 10. Maddesinde sayılan yeterlilik kriterlerini arama zorunluluğu bulunmadan, ihale yetkilisince görevlendirilecek kişi veya kişiler tarafından piyasada fiyat araştırması yapılarak temin edilmesi mümkün bulunmaktadır. Doğrudan temin ile yapılan alımlarda alımı yapılacak kişinin ihalelerden yasaklılık teyidinin yapılması zorunlu değildir. Bu nedenle doğrudan temin alım usulüyle yapılan alımlarda Kamu İhale Kanununun 18. Maddesinde belirtilen ihale usulleri için tespit edilen kurallara uyulması da zorunluluk olmaktan çıkmıştır. Kamu İhale Kanununun 22. Maddesi uyarınca Doğrudan Temin süratiyle alım yapılması halinde alım yapılacak kişi ya da firmanın ihalelere katılmaktan yasaklı olup olmadığının teyit ettirilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır.¹⁰¹

Teyit zorunluluğu olmayacağına ilişkin diğer bir yasal düzenleme ise Kamu İhale Genel Tebliğinin “Teyit İşlemleri” başlıklı 30. Maddesidir. Söz konusu maddeye göre; 4734 sayılı Kanunun 22. Maddesi uyarınca doğrudan temin yoluyla alım yapılması

¹⁰¹ Yaşın, a.g.e.,s.85.

halinde alım yapılacak kişi ya da firmanın ihalelere katılmaktan yasaklı olup olmadığı teyit ettirilmeyecektir. Ancak, anılan Kanunun 22. Maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde belirtilen parasal limit dahilinde yapılan alımlarda, alım yapılacak gerçek veya tüzel kişinin Kurumun internet sayfasındaki yasaklılar listesinde bulunup bulunmadığının kontrol edilmesi ve yasaklı olduğunun belirlenmesi durumunda, söz konusu kişiden alım yapılmaması gerekmektedir.” açıklaması yer almaktadır. Söz konusu açıklama uyarınca doğrudan teminin sadece (d) bendine göre belirlenen limit dahilinde yapılan alımlarda, alımı yapılacak kişinin ihalelere katılmaktan yasaklı olup olmadığı teyit edilmesi zorunludur. Bahsi geçen kişinin yasaklı olduğunun anlaşılması halinde bu kişiden alım yapılmamalıdır.¹⁰²

1.4.9. Vergi İşlemlerinin Gerçekleştirilmesi

488 Sayılı Damga Vergisi Kanununa ekli 1 Sayılı Tablonun I-A Akitlerle İlgili Kağıtlar bölümünün I-a bendi belli parayı ihtiva eden sözleşmelerden ihale bedeli üzerinden binde 9,48 oranında sözleşme damga vergisi kesilmesini öngörmektedir. Doğrudan temin yöntemiyle gerçekleştirilen alımlarda yazılı sözleşme düzenlendiği durumlarda sözleşme bedeli üzerinden binde 9.48 oranında sözleşme damga vergisi tahsil edileceği düzenlenmiştir. Yazılı sözleşme düzenlenmemesi halinde ise sözleşme damga vergisi tahsil edilmesine gerek yoktur.¹⁰³

Doğrudan teminlerde ilişkin Sayıştay 4. Dairesinin 11 Şubat 2008 tarihli ve 30561 sayılı kararında “4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 22. Maddesi hükümlerine göre satın alınan yolcu uçağı için düzenlenen “piyasa araştırma tutanağı” bir ihale kararı olmadığı gerekçesiyle damga vergisine tabi tutulmamıştır. Aynı Kanunun “Tanımlar” başlıklı 4. Maddesinde “İhale: Bu kanunda yazılı usul ve şartlarla mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinin istekliler arasında seçilecek birisi üzerinde bırakıldığını gösteren ve ihale yetkilisinin onayını müteakip sözleşmenin imzalanması ile tamamlanan işlemleri ifade eder.” şeklinde tanımlanmıştır. Her ne kadar ihale usullerinin sayıldığı 18. Maddeden doğrudan temin çıkarılmış ise de 22. Madde hükümleri aynen muhafaza

¹⁰² Demirel/ Arapgirli / Altındaş, a.g.e., s.48-49.

¹⁰³ Demirel/ Arapgirli/ Altındaş, a.g.e.,s.67-68.

edilmiştir. Ayrıca düzenlenen “piyasa fiyat araştırma tutanağı” bir ihale kararının tüm niteliklerini taşıması nedeniyle ihale kararı gibi damga vergisine tabi olması gerekmektedir.” şeklinde olduğundan doğrudan temin suretiyle alımlarda damga vergisi ödenmesi gerektiğine karar verilmiştir.

Doğrudan teminde alım komisyonu kurulduğunda, sözleşme imzalanıp imzalanmadığına bakılmaksızın alım bedelinin binde 5.69 oranında sözleşme karar vergisinin (karar pulu) ödenmesi gerekir.¹⁰⁴

Doğrudan teminlerde ilişkin Sayıştay 5. Dairesinin 30 Ekim 2008 tarihli ve 11544 sayılı kararında ise; “...4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 22/d Maddesine göre doğrudan temin usulüyle yaptırılan işlerde sözleşme yapılması ve ihale kararı alınması gerekmediğinden, çeşitli firmalardan doğrudan temin usulüyle yapılan mal ve hizmet alımlarına ilişkin olarak yapılan sözleşmelerden sözleşme damga vergisi ve düzenlenen ihale komisyon kararlarından karar pulu kesilmemiş olmasında mevzuata aykırı bir husus bulunmadığına” karar verilmiş olup bu nedenle de karar vergisi ödenmesi gerektiği belirtilmiştir.

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 9. Maddesi de, “Mükellefin Türkiye içinde ikametgahının, işyerinin, kanuni merkezi ve iş merkezinin bulunmaması hallerinde ve gerekli görülen diğer hallerde Maliye Bakanlığı, vergi alacağının emniyet altına alınması amacıyla, vergiye tabi işlemlere taraf olanları vergilenin ödenmesinden sorumlu tutabilir.” Hükmü yer almaktadır. Bu çerçevede vergi alacağını güvence altına almak amacıyla düzenlenen bu madde sadece ikametgahı, işyeri, kanuni merkezi ve iş merkezi Türkiye’de bulunmayanlar için öngörülmüş değildir. Maliye Bakanlığı, bunların dışında gerekli gördüğü diğer hallerde de verginin ödenmesinden işleme taraf olanları sorumlu tutabilecektir. Maddede belirtilen işlemlere taraf olanlar kendine mal teslim edilen veya hizmet ifa edilen kişi veya kurumlardır. Bunlar verginin tam olarak kesilip ödenmesinden ve bununla ilgili diğer ödevleri yerine getirmekten sorumlu olacaklardır. KDV tevkifatı uygulaması kapsamına alınan işlemlerde alıcılar tarafından tevkifatın yapılması zorunludur. Tevkifat uygulaması açısından doğrudan teminle

¹⁰⁴ Demirel/ Arapgirli/ Altındaş, a.g.e., s.47.

yapılan alımlar için bir istisna getirilmiş değildir. Bu itibarla tevkifat kapsamına alınan işler doğrudan teminle yaptırılsa da tevkifat uygulaması gerekir.¹⁰⁵

Doğrudan teminle yapılan alımda Katma Değer Vergisi tevkifatı yapılmasına ilişkin Sayıştay Temyiz Kurulunun 24 Nisan 2012 tarih ve 34866 sayılı kararında da “...Büyükşehir Belediyesine bağlı olarak faaliyet gösteren bazı dairelerin ihtiyaçlarının karşılanması amacı ile doğrudan temin yöntemi ile yaptırılan bakım onarım işlerinde, ödemelerin bir kısmından, 28.02.2004 tarih ve 25387 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Katma Değer Vergisi Genel Tebliği’ndeki (Seri No:91) düzenlemelere aykırı olarak Katma Değer Vergisi Tevkifatı yapılmaması nedeniyle 2.993,25 YTL’ye tazmin hükmü verilmiştir.”¹⁰⁶

1.4.10. Muayene ve Kabul İşlemleri

Doğrudan teminle alımı yapılan şeyin muayenesinin ne şekilde yapılacağına ilişkin yasal düzenleme mevcut değildir. İdarelerce ihale yapmak suretiyle gerçekleştirilecek alım ve yapım işlemlerinde ne şekilde muayene yapılacağı 4735 sayılı kanunun 11. Maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme, “Teslim edilen mal, hizmet, yapım veya yapılan işin muayene ve kabul işlemleri, idarelerce kurulacak en az 3 kişilik muayene ve kabul komisyonları tarafından yapılır. Mal veya yapılan iş yüklenici tarafından idareye teslim edilmedikçe muayene ve kabul işlemleri yapılamaz. Ancak sözleşmesinde hüküm bulunması halinde; imalat veya üretim süreci gerektiren işler, muayene ve kabul komisyonlarının yetki ve sorumluluğunun kaldırılması şartıyla, ihale dokümanında belirtilen kalite ve özelliklere göre yapılıp yapılmadığı hususunda, ilgili idare tarafından belirli aşamalarda ve aralıklarla denetlenebilir. Taahhüdün tamamlanan ve müstakil kullanıma elverişli bölümleri için kısmi kabul yapılabilir.” şeklindedir. Bu düzenlemeye göre sözleşmeye bağlanan mal ve hizmetlerin alımları ile yapım işlerinin kabulü bu madde çerçevesinde yapılmaktadır.

¹⁰⁵ Demirel/ Arapgirli/ Altındaş, a.g.e., s.71-72.

¹⁰⁶ (Çevirimiçi) <https://www.sayistay.gov.tr/tr/kararlar/tkk/?krr=4449> 15 Aralık 2017

4735 sayılı Kanunda düzenlenen kabul işlemlerine ilişkin 11. Maddeye dayanılarak mal ve hizmet alımları için muayene kabul yönetmelikleri çıkarılmıştır. İhale usulüne göre yapılan alımlarda, ihaleler sonucu düzenlenen sözleşmelere atıf yapılmıştır. Ancak mevcut bu düzenlemelerin tamamı ihale usullerine ilişkin olmasına karşın doğrudan teminler suretiyle gerçekleştirilecek alımlarda Muayene ve Kabul Yönetmelikleri uygulama zorunluluğu bulunmamaktadır.

Doğrudan temin suretiyle yapılan alımlar ve yapım işlerinin de muayene ve kabul işlemleri idarelerce görevlendirilecek personellerce yapılması gerekmektedir.

Örneğin Ankara İl Jandarma Komutanlığı'nın kullanmakta olduğu hizmet araçları için doğrudan teminle alınması gereken madeni yağ ve adblue alımı 1497658 İhale Numarası ile 7 Aralık 2017 tarihinde ilana çıkmış ve 8 Aralık 2017 tarihinde saat 15:05' te ihalesi gerçekleşmiştir. İdarece içerisinde teknik üyenin de bulunduğu 5 üye görevlendirilmiş ve teslim edilen malın muayene işlemlerin geçilmiştir. Yapılan muayenede, doğrudan temin sözleşme dosyasında belirtilen teslim ve muayene koşullarına dikkat edilmiştir. Malın üretim tarihine, malın ambalajının sözleşmede belirtilen şekilde olup olmadığına, ambalaj üzerinde yer alması gereken bilgilerin bulunup bulunmadığına, malzemenin miktarına ve kalitesine bakılarak muayene işlemi gerçekleştirilmiştir. Yapılan muayene sonucunda malın doğrudan temin alım sözleşme dosyasında belirtildiği şekilde teslim edilmesi üzerine mal kabul edilmiştir.¹⁰⁷

1.4.11. Ödeme Yapılması

Doğrudan temin suretiyle yapılan alımlarda son işlem alınan mal, hizmet ve yaptırılan yapının ödemelerinin yapılmasıdır. İdareye doğrudan temin suretiyle yapılan alımın teslim edilmesinden sonra muayene aşamasında da herhangi bir sorunla karşılaşmazsa idare tarafından ödemeye geçilecektir. Kanunun 22. Maddesinin (d) bendine göre yapılacak alımlarda bedelin ödenmesi için aranan belgeler Merkezi

¹⁰⁷ (Çevirimçi) <http://ekap.com/ihale-ilanlari/dogrudan+temin> 15 Aralık 2017

Yönetim Harcama Belgeleri Yönetmeliğinin 63. Maddesine göre hazırlanmalıdır. Buna göre ödeme yapmak için aranacak olan belgeler şunlardır;

-Onay Belgesi

-Piyasa Fiyatı Araştırma Tutanağı

-Düzenlenmesi Gerekli Görülmüş ise Sözleşme

-Fatura

-Muayene ve Kabul Komisyonu Tutanağı, Kabul İşleminin İdarece Yapılması Halinde ise İdarece Düzenlenmiş Belge,

-Mal ve Malzeme Alımlarında, Taşınır İşlem Fişi

Ödeme belgesine bağlanır.

Hizmet işlerine ilişkin alımlarda ise hakkediş raporları ödeme evraklarına eklenir.

1.5. Doğrudan Temin Alım Usulü Süreci İle İhale Süreci Farkları

Doğrudan temin alım usulü bir ihale usulü olmadığı için ihale işlemlerine ilişkin süreçte de birçok konuda fark görülmektedir. Bir kısım hususlar doğrudan temin usulünde bulunmazken, bir kısım hususlar ise idarenin takdir yetkisi dahilinde gerçekleşmekte, bir kısım işlemler ise benzer şekilde ancak farklı isimlerle gerçekleşmektedir.

Öncelikli olarak ihtiyacın belirlenmesi aşaması hem ihale usullerinde hem de doğrudan temin alım usulünde gerçekleşmektedir. İdareler ihtiyaçlarının ne olduğunu tespit ettikten sonra ihtiyacın ivediliğine bakacak ona göre ihale usulleri ile doğrudan temin alım usulü ile karşılanıp karşılanmadığının takdirini yapacaktır.

Şartnamelere ilişkin düzenlemelere bakıldığında; idareler tespit ettikleri ihtiyaca ilişkin ihale usullerini kullanmaya karar verirse şartname hazırlama zorunlulukları bulunmaktadır, ancak bu zorunluluk doğrudan temin alım usulünde kendisini takdiri yetkiye bırakır. İdareler doğrudan temin alım usulünde isterlerse şartname hazırlayacaklardır.

Yaklaşık maliyetin belirlenmesi hususu ihale sürecinde gerçekleşen bir aşama olmakla birlikte bu işlem doğrudan temin alım usulünde piyasa fiyat araştırması şeklinde gerçekleşmektedir. İdareler yaklaşık maliyeti belirlerken, alım özelliğine göre kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarından fiyat isteyerek, piyasada alım konusu malı üreten veya pazarlayan gerçek veya tüzel kişilerden fiyat bildirimini veya proforma fatura isteyerek, her yıl düzenli olarak yayımlanan Merkezi Yönetim Bütçe Uygulama Tebliği ile Sağlık Uygulama Tebliğinde yer alan fiyatları kullanarak, alım konusu mal ile ilgili daha önceki dönemlerde alım yapmış ise bu alımların fiyatlarından yararlanmak suretiyle yaklaşık maliyeti belirlemektedir. Piyasadan alınacak olan mala ilişkin fiyat istenmesi yaklaşık maliyet hesabında kullanılan kalemlerden bir tanesi olmakla birlikte doğrudan temin alım usulünde kullanılan, piyasa araştırması ihtiyacın ivediliği ve alınacak olan ihtiyacın maliyetinin rakamsal anlamda küçük ölçekli olması nedeniyle daha dar kapsamda gerçekleştirilmektedir. Doğrudan temin alım usulünde piyasa fiyat araştırması yaparken en az üç kişiden teklif alınmakla birlikte başkaca bir işlem yapılmasına gerek yokken, yaklaşık maliyet hesaplarında daha çok ve daha çeşitli fiyat araştırması göz önünde bulundurulmaktadır.

Doküman hazırlanması aşamasına bakıldığında idareler gerçekleştirecek oldukları alıma ilişkin sözleşme dosyası ve eklerinin yer aldığı ihale dokümanlarını oluşturmadan ihaleye çıkmaları mümkün değilken, doğrudan temine ilişkin birkaç belge¹⁰⁸ dışında doküman hazırlama zorunluluğu bulunmamaktadır.

¹⁰⁸ Doğrudan temin alımlarında hazırlanması zorunlu olan belgeler; alıma ilişkin onay belgesi, piyasa fiyat araştırma tutanağı ve ödemeye ilişkin belgeler.

İlana ilişkin hususlarda, ihaleler ilan edilmeden alıma çıkışı mümkün değilken doğrudan teminlerin ilan edilme zorunluluğu bulunmamaktadır. İdareler istedikleri takdirde doğrudan temin alımında ilana çıkarken, ilan aşamasının uzun sürmesi nedeniyle ivedi alımların idarelerce yapılamaması nedeniyle ilan usulünü tercih etmemektedir.

İhale komisyonunun kurulması hususu ihalelerde zorunlu unsurlar arasında yer almakla birlikte doğrudan temin alım usulünde idareler istedikleri takdirde bir alım heyeti oluşturabilecekleri gibi, alımı tek bir kişi görevlendirmek suretiyle de gerçekleştirebilmektedir.

Muayene ve kabul aşamasında doğrudan temin alımlarında komisyon kurulması zorunluluğu yoktur. Muayene ve kabul işlemleri idareler tarafından görevlendirilen bir kişi tarafından yapılabilmektedir.

Doğrudan teminlerde son olarak yasaklama işlemleri açısından da ihale usullerinden farkı bulunmaktadır. Yasaklama işlemi ihalelerde belli şartların gerçekleşmesi halinde uygulanmakla birlikte doğrudan temin alım usulünde yasaklama işlemi uygulanmamaktadır.

1.6. Doğrudan Temin Alım Usulünün Diğer İhale Usullerine Göre Denetim Farkı

Doğrudan temin alım usulü bir ihale usulü olmaması nedeniyle denetim aşaması ihale usullerinden farklı olarak gerçekleşmektedir. Kamu alımlarına ilişkin denetim yapan iki ayrı kurumu ele alarak incelemek gerekir. Bu kurumlardan biri Kamu İhale Kurumu diğeri ise Sayıştay'dır.

Kamu İhale Kurumunun görevleri 4734 sayılı Kanunun 53. Maddesinde düzenlenmiş bulunmaktadır. Sayma suretiyle belirtilen bu görevler arasında ihalelere yönelik olarak ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içinde idarece yapılan işlemlerde Kamu İhale Kanunu ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olmadığına ilişkin şikayetleri inceleyerek sonuçlandırmak, standart ihale

dokümanları ile tip sözleşmeleri hazırlamak, uygulamayı yönlendirmek, ihale mevzuatına ilişkin eğitim vermek, hakkında yasaklık kararı verilenlere ilişkin sicilleri tutmak, ihale ilanları ile ilgili esas ve usulleri düzenlemek, yerli isteklilerin, yabancı ülkelerde açılan ihalelere katılmalarına engel olunduğunun tespit edilmesi halinde, bu uygulamanın yapıldığı ülkenin isteklilerinin de Kamu İhale Kanunu kapsamında yapılan ihalelere katılmalarının önlenmesine yönelik tedbirlerin alınmasını ve gerekli düzenlemelerin yapılmasını sağlamak üzere Bakanla Kuruluna teklifte bulunmak görevleri bulunmakta olup, bu görevlerin dışında doğrudan temin alım usulüne ilişkin idari işlem ve eylemleri denetleme yetkisi bulunmamaktadır. Ancak kurum yapılan alıma ilişkin ön inceleme neticesinde doğrudan temin alım usulü ile yapılmaması gereken bir alımın bu usulle yapılmış olduğunu gördüğü takdirde bu hususu inceleme yetkisini kullanmaktadır.

Kamu idarelerinin gelir, gider ve malları ile bunlara ilişkin hesap ve işlemlerin kanunlara ve diğer hukuki düzenlemelere uygun olup olmadığının tespiti, mali yönetim ve iç kontrol sistemlerinin değerlendirilmesi, kamu idarelerinin performans değerlendirmesini yapmakla görevli olan Sayıştay, doğrudan temin alımlarına ilişkin denetim açısından ihale işlemleriyle yine aynı şekilde denetim yetkisini kullanmakla birlikte idarelerin uyması gereken kurallar herhangi bir mevzuatta düzenlenmediği için daha yüzeysel denetim yapılmaktadır. Sayıştay yapılmış olan doğrudan temin alımına ilişkin; ihtiyacın başka suretle karşılanıp karşılanamayacağı, söz konusu alımın 4734 sayılı Kanununun 22. Maddesinde sayılan işlerden olup olmadığı, alımın ihale usulleri kullanarak yapılıp yapılamayacağı, söz konusu alıma ilişkin piyasa fiyat araştırması yapılıp yapılmadığı, alıma ilişkin en uygun teklifi veren kişiden alımın yapılıp yapılmadığı, kamu kaynağının verimli, ekonomik ve etkin kullanıp kullanılmadığı, alımların 4734 sayılı Kanununun 21 ve 22. Maddelerinde belirtilen parasal limitlere uyularak yapılıp yapılmadığı, sözleşme sonrasında bedeli ödenen harcamaya ilişkin mal/hizmet/yapım işi tesliminin gerçekleşip gerçekleşmediği, sözleşme sonrasında yapılan alıma ilişkin yersiz ödeme yapılıp yapılmadığı, sözleşme sonrasında bir zarar ortaya çıktıysa bunun ilgililerce giderilip giderilmediği vb. hususları inceler.

Doğrudan temine ilişkin Kamu İhale Kurumunun denetim yetkisi bulunmaması, Sayıştay denetimlerinin ise sıkıntılı geçmeyerek yüzeysel yapılması ve en önemlisi

idarelerin takdir yetkilerini daha rahat kullanarak herhangi bir prosedür işlemine takılmaması nedeniyle bu alım usulü uygulamada daha sık başvurulanan bir yöntem olmaktadır. Bu nedenle doğrudan temin alım usulüne idareler daha sık başvurmakta, uygulama alına gittikçe yayılmaktadır.

2. Doğrudan Teminlerde Yargısal İşlemler

Anayasa'nın 125. Maddesinin 1.fıkrasına göre, idarenin her tülü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu belirtilmiş, son fıkrasında ise, idarenin, kendi eylem ve işlemlerinden dolayı doğan zararını ödemekle yükümlü olduğuna dair hükme yer verilmiştir.

İdareler ihtiyaç duydukları mal ve hizmetleri satın alırken veya ihtiyaç duydukları yapıları yaptırırken başkalarına verdikleri zararlardan sorumlu oldukları gibi bu ihtiyaçlarını gidermek amacıyla yapmış oldukları işlemlerle de hakları ihlal edilenler veya idare tarafından yapılan bu işlemlerden hukuka aykırı olanlar hakkında yargı makamlarında dava açılabilir. Doğrudan temin usulüyle alımlar, bir ihale usulü olmadığı için bu konu hakkında çok fazla dava çeşidi bulunmamakla birlikte, dava safhasına ilişkin mevzuatta yasal bir düzenlemede görülmemektedir.

2.1. Doğrudan Teminde İdari Yargıda Dava Açılması

Hukuk devletinin en temel özelliklerinden biri olan idarenin hukuka bağılılığı ilkesi gereği, idareler tarafından yapılan bütün işlem ve eylemlerin hukuka uygun olarak yapıldığı kabul edilir. İdarenin her ne kadar bazı işlem ve eylemlerinin yargı denetimine tabi olmaması hukuk devleti ile bağdaşmayan bir durum olsa da, idarenin yapmış olduğu bütün eylem ve işlemleri yargı denetimine tabi olması esastır. Söz konusu husus Anayasanın 125. Maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Bu kapsamda idare tarafından yapılan işlem veya eylem hukuka aykırılık teşkil ediyorsa dava açılabilir.

İdari yargıda bir işlemin dava konusu yapılabilmesi için yetki, şekil, sebep, konu ve amaç bakımından, bir veya birkaç unsurun hukuka aykırılık teşkil etmesi gerekmektedir. İdari davalarda sıklıkla karşılaşılan sorun idarenin takdir yetkisine ilişkindir. Genel anlamda takdir yetkisi serbestçe karar almayı ifade etse de idare ne yazık ki özel hukuk kişileri kadar geniş biçimde takdir yetkisini kullanamamaktadır. İdarenin takdir yetkisinin sınırını kamu yararı, kamu hizmetlerinin gerekliliği çerçevesinde kullanılmaktadır. İdare yapmış olduğu işlemlerde <takdir yetkisini kullanırken keyfi kararlar almadığını gerekçe göstererek ortaya koyması gerekmektedir. Zira Danıştay kararlarında takdir yetkisinin keyfiyetten uzak bir irade ile yapıldığı sıklıkla vurgulanmıştır.¹⁰⁹ Yargı denetimi yapılırken yargı organları sadece hukuka uygunluk denetimi yapabilmekte, idarenin yerine geçerek karar verme yetkisini kullanamamaktadır.

Doğrudan temin ile ilgili mevzuattaki düzenlemelere baktığımızda idareye geniş takdir yetkisi verildiği görülmektedir. Zira kanunun 22. Maddesinin a bendinde ihtiyacın sadece gerçek veya tüzel kişiden karşılanacağına tespiti ile aynı maddenin (e) bendinde yer alan ihtiyaca uygun taşınmazların yorumu idare tarafından takdir edilecektir. Keza aynı şekilde aynı maddenin (d) bendinde yer alan limitler içerisinde kalmak amacıyla idare ihtiyaçlarını kısımlara bölme konusunda takdir yetkisi kullanacaktır. Bu durum her ne kadar kamu kaynaklarının etkin ve verimli kullanılmasını önlese de, yapılan işlemin şikayet hakkının kullanılmasını kısıtlayacaktır. İdarenin bu kapsamda gerçekleştirdikleri işlemler teoride Kamu İhale Kurumu tarafından denetime tabi olduğu mümkün gibi görünse de, uygulamada denetimi ne yazık ki mümkün olamamaktadır.

Bununla birlikte doğrudan teminde ihtiyacın karşılanmasında kolaylık sağlamak amacıyla mevzuatta düzenleme altına alınan ilan yapılması, ihale komisyonu teşkil edilmesi, teminat alınması, isteklilerde yeterlilik kriteri aranması, şartname düzenlenmesi gibi hususlarda, idare takdir yetkisini kullanmaktadır.

¹⁰⁹ Danıştay 8. Dairesinin 27.01.2010 tarih ve 2010/2304 Esas sayılı kararı

Doğrudan temin suretiyle yapılan alımlarda idari dava türlerine bakılacak olursa, doğrudan temin alım usulünün 4734 sayılı Kanuna tabi olan ihale usullerinden olmaması ve idarenin takdir yetkisinin ağırlıkta olarak kullanılması nedeniyle, bu alım usulünde en sık karşılaşılan idari dava konusu, idarede görev yapan personelin görevini kötüye kullanması nedeniyle “Soruşturma İznine” ilişkin olduğu görülmektedir. Soruşturma iznine ilişkin Danıştay verdiği kararda; “Pamukova Belediyesinin 2009 yılında su pompalarındaki elektrik sarfiyatını azaltıcı proje kapsamında malzeme alımı, doğrudan teminle çıkmış, ancak yaşanan aksaklıklar nedeniyle alım gerçekleşmemiştir. Bu hususa ilişkin yapılan inceleme neticesinde, işlemi yapan ilgililer hakkında İçişleri Bakanlığından soruşturma izni istenmiş, soruşturma izni verilmemesi nedeniyle de Danıştay’da dava konusu yapılmıştır. Danıştay tarafından yapılan inceleme neticesinde, alımın ihale usulüyle yapılması gerekirken doğrudan temin ile gerçekleştirilmesinde kanuna aykırılık bulunduğu ve yarım bırakılan proje için yapılan harcamalar nedeniyle zarara sebebiyet veren kişiler hakkından soruşturma izni verilmesi gerektiği...”¹¹⁰ belirtilmiştir. Bu konuya ilişkin işlemlerin incelemesi, 4483 sayılı 4.12.1999 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun kapsamında yapılacaktır.

Doğrudan temine ilişkin sıklıkla karşılaşılan bir başka dava konusu ise iptal davasına ilişkindir. Bu konu hakkında Danıştay tarafından; “Tapu Kadastro Genel Müdürlüğünün Veri İletişim Hat Hizmetleri ve Unsurlarının Teminine ilişkin olarak daha önce ihale usulüyle Türk Telekom A.Ş.’den açık ihale usulüyle aldığı hizmetin süresi dolması nedeniyle yeniden ihaleye çıkılması ve ihalenin gerçekleşmemesi nedeniyle tekrar ihaleye çıkılacağı süre içinde doğrudan teminle başka firmalardan da alınabilecekken söz konusu hizmetin sadece Türk Telekom A.Ş.’den sağlanabileceği düşüncesiyle yüksek maliyetle alımı mevzuata aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline...”¹¹¹ karar verilmiştir. Bu konuya ilişkin işlemlerin incelemesi, 2577 sayılı 21.01.1982 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren İdari Yargılama Usulü Kanunu kapsamında yapılacaktır.

¹¹⁰ Danıştay 1.Dairesinin Esas No: 2010/1684, Karar No: 2010/1874 sayılı ve 1.12.2010 tarihli kararı

¹¹¹ Danıştay 13.dairesi Esas No:2017/221, Kaar No:2017/910 sayılı 05.04.2017 tarihli kararı

Görüleceği üzere doğrudan temin alımı ile ilgili idari yargıda açılan davalar belli başlı niteliklere ilişkin olup, ayrı bir yargılama usulüne tabi olmadığı görülmektedir.

2.2. Doğrudan Teminde Adli Yargıda Dava Açılması

İhalelerde sözleşme imzalanmasına kadar geçen idari işlemlerde idari yargı görevli iken, sözleşme imzalanmasından sonra gerçekleşen diğer işlemlerde ise adli yargı görevlidir. Doğrudan teminlere ilişkin genel olarak adli dava konularına baktığımızda ise; mal teslim edilmemesinden doğan zarar, mal teslim edildiği halde bedel ödenmemesinden doğan zarar, ihaleye fesat karıştırma kapsamında gerçekleşen suçları şeklinde dava konularını içerdiği görülmektedir.

Zira Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin “İzmir Tersane Komutanlığının doğrudan temin suretiyle almış olduğu malzemenin zamanında teslim edilmemesi nedeniyle haksız ve yersiz ödenen paranın iadesine...”¹¹² karar verdiği mal teslim edilmemesinden doğan zarar davasına örnek teşkil ettiği; Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin mal teslim edildiği halde bedel ödenmemesinden doğan zarara ilişkin kararında “Antalya Devlet Hastanesinin doğrudan temin suretiyle...firmasından tıbbi malzeme satın aldığı, malların teslim edilmesine rağmen firmaya herhangi bir bedel ödememesi nedeniyle dava açıldığı ve bedel ödenmesine...”¹¹³ karar verildiği; yine aynı şekilde, Yargıtay 5. Ceza Dairesinin “Yalıkavak Belediyesinde harcama yetkilisi olarak görev yapan ilgililerin, kuruma önceden alınan yol projesi ve kübaj hizmetleri yapılması işi için sonradan doğrudan temin yöntemiyle alıma çıkıldığına ilişkin evrak düzenleyerek durumu hukukileştirmeye çalışmaları nedeniyle yükleniciye yarar sağlamak suretiyle görevi kötüye kullandıkları...”¹¹⁴ şeklinde verdiği kararda görevi kötüye kullanma suçuna ilişkin örnek teşkil ettiği görülmektedir.

¹¹²Yargıtay 19.Hukuk Dairesinin Esas No:2016/5931, Karar No:2017/1677 sayılı ve 02.03.20017 tarihli kararı.

¹¹³Yargıtay 13.Hukuk Dairesinin Esas No:2016/10722, Karar No:2016/18330 sayılı ve 12.10.20016 tarihli kararı.

¹¹⁴ Yargıtay 5.Ceza Dairesinin Esas No:2014/1486, Karar No: 2016/3148 sayılı ve 29.03.2016 tarihli kararı

Bu konuya ilişkin davaların incelemesi, özel bir idari yargı kuralına tabi olmayıp 6100 sayılı 12.01.2011 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Hukuk Muhakemeleri Kanunu kapsamında yapılacaktır.

3. Doğrudan Temine İlişkin Sayıştay İncelemeleri

24 Kasım 1923 tarih ve 374 sayılı Divan-ı Muhasebatın Sureti İntibakına Dair Kanun ile kurulan Sayıştay ilk olarak 1924 Anayasamızın 100. Maddesinde TBMM'ye bağlı ve devletin gelir giderlerini denetlemekle görevli bir kuruluş olarak yerini almıştır. 1961 Anayasasınının 127. Maddesinde genel ve katma bütçeli dairelerin bütün gelir ve gideri ile mallarını TBMM adına denetleme ve sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlamak ve kanunlarca verilen inceleme, denetleme ve hükme bağlama işerini yapmakla görevli kılınarak yetkisi açıklık kazanmıştır.

Sayıştay'ın denetim alanına bakılacak olursa, genel ve katma bütçeli daireler, bu daireler tarafından sermayenin yarısından fazlasını katılmak suretiyle sabit veya döner sermayeli veya fon şeklinde kurulan kurum ve teşebbüsler, belediyeler ve özel idareleri kapsadığı görülmektedir.

4734 sayılı Kanun kapsamına baktığımızda Sayıştay'ın hem ihalelere ilişkin alımları hem de doğrudan temine ilişkin alımları incelediği bilinmektedir. TBMM adına devlet bütçesinin nereye ve ne şekilde harcandığının denetimini gerçekleştiren Sayıştay'ın idareler tarafından yapılan doğrudan temin alımlarına ilişkin olarak denetleme yaptığı kararlarına baktığımızda, sorgu çıkan konular genellikle doğrudan teminle alımı mümkün olmayan konuda idarelerin doğrudan temin alımına gitmesine ilişkindi.

Bu konuya Sayıştay Temyiz Kurulunun 2011 yılında vermiş olduğu “Belediye personelinin çocukları için doğrudan temin yoluyla alınan çocuk bakım ve kreş hizmetlerinin mahalli ortak nitelikteki sosyal hizmet ya da yardım olarak kabul edilerek

belediye bütçesinden karşılanmasının mümkün olmadığı...”¹¹⁵ karar örnek olarak gösterilebilir.

Sayıştay Daireleri tarafından verilen kararların geneline baktığımızda Sayıştay’ın da doğrudan temin alım usulünü bir ihale usulü olarak göremediği, sözleşme hükümleri kapsamında şartlara uyulması gerektiğini belirten kararları olduğu görülmektedir. Zira Sayıştay 2. Dairesinin vermiş olduğu kararda, “Yüzüncü Yıl Üniversitesi Araştırma Ve Uygulama Hastanesi tarafından doğrudan temin yöntemiyle tıbbi sarf malzemesi alım işine ilişkin olan kararda, doğrudan temin yöntemi bir ihale usulü olmayıp, idarelerin ihtiyaçlarının acil olduğu dönemlerde kullanılabilen, istisnai bir yöntem olduğu ve bu alımlarda idarelerin geniş bir takdir yetkisine sahip olan idarelerin sözleşme yapma zorunluluğu olmadığı, doğrudan temin yönteminde taraflar sözleşme imzaladıkları takdirde sözleşme hükümlerinin tarafları bağlayacağı da unutulmaması gereken bir durum olduğu, İhale olmaması nedeniyle 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile 4735 sayılı Kamu İhaleleri Sözleşmeleri Kanununa tabi olmayan doğrudan temin alımlarında, taraflar arasında gerçekleştirilen yazılı anlaşma hakkında anlaşmazlık çıktığı takdirde öncelikle sözleşme hükümleri uygulama alanı bulacağı, sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde ise taraflar arasında bir satım sözleşmesi olduğundan Borçlar Kanunu uygulama alanı bulacağı, bu kapsamda tarafların sözleşme hükümlerine riayet ederek gecikme cezası uygulamaları gerekirken uygulamamaları kamu zararını oluşturduğu”.¹¹⁶ görülmektedir.

4. Doğrudan Temine İlişkin Kamu İhale Kurulu İncelemeleri

Doğrudan temin alım usulünde Kamu İhale Kurulunun yetkilerine bakacak olursak; doğrudan temin alım usulü bir ihale usulü olmadığı için idarelerin doğrudan temin ile ilgili işlemlerinde Kamu İhale Kurumunun inceleme yetkisi bulunmamaktadır. Bununla birlikte bu alım usulü ile alınmaması gereken bir alım, bu yöntemle alınmış ise

¹¹⁵Sayıştay Temyiz Kurulunun 20.09.2011 Tarihli ve 2011/33650 Karar Numaralı kararı (Çevirimiçi) <https://www.sayistay.gov.tr/tr/kararlar/tkk/?krr=3946> 16 Ekim 2017

¹¹⁶Sayıştay 2. Dairesinin 03.03.2009 Tarihli ve 30678 Karar Numaralı kararı (Çevirimiçi) <https://www.sayistay.gov.tr/tr/kararlar/tkk/?krr=2119> 16 Ekim 2017

Kamu İhale Kurumu kendini bu alanda yetkili görmüş ve idare tarafından gerçekleştirilen alımı inceleme yetkisini kullanmıştır.

4734 sayılı Kanununun 52. Maddesinde Kamu İhale Kurumunun görevleri düzenlenmiş olup, bu görevlerin arasında anılan Kanuna göre ihalelere ilişkin olarak sözleşmenin imzalanması aşamasına kadar olan itiraz/şikayet başvurularını inceleyerek sonuçlandırmak görevi bulunmaktadır. Bunun dışında yer alan hususlarda kurumun inceleme ve araştırma yetkisi bulunmadığından aynı kanununun 54/11. Maddesi gereği başvuruların reddine karar vermektedir. Bu kapsamda Denizli Çardak Belediye Başkanlığı tarafından ilçenin piknik alanları ile park ve bahçelerinde kullanılmak üzere 60 adet piknik masası alımı 4734 sayılı Kanun'un 22/d Maddesi kapsamında doğrudan temin usulü ile gerçekleştirilmiş olup bu alımın belediye başkanının oğlu tarafından gerçekleştirilerek fahiş fiyatta alım yapıldığı belirtilerek Kamu İhale Kurumuna şikayet başvurusunda bulunulmuştur. Söz konusu isnada ilişkin Kamu İhale Kurumu tarafından verilen kararda kurumun bu konuya ilişkin inceleme ve araştırma yetkisi ile alıma ilişkin yerindelik denetimi yapma yetkisi bulunmadığından talebin reddine karar verilmiştir.¹¹⁷

Yine aynı mahiyetle, Tekirdağ'da bulunan gümrük lojmanlarının bakım ve onarımı için 50.000 TL ödenek ayrıldığı , ancak bakım ve onarım işi için açık ihale usulü ile ihaleye çıkılması gerekirken doğrudan temin yöntemiyle alım yoluna gidildiği, aynı nitelikteki işin iki parçaya bölünerek iki ayrı doğrudan temin alımı gerçekleştirildiği, bu durumun 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 5. Maddesinde yer alan eşik değerinin altında kalmak amacıyla mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinin kısımlara bölünemeyeceği şeklindeki temel ilkeye aykırılık teşkil ettiği, her iki doğrudan temin alımının da aynı şahıs üzerinde kaldığı, aynı şahsın daha önce engelliler için yaptırılan yol ihalesini de aldığı, bu şahsın idare bünyesinde idare işlerine bakan bir personelin ev sahibi olup olmadığının da araştırılması gerektiği iddialarına yer verilerek Kamu İhale Kurumuna şikayet başvurusunda bulunulmuş olup, Kamu İhale Kurumu tarafından verilen kararda, başvuru sahibinin doğrudan temin alımına yönelik iddiasına konu hususların 4734 sayılı Kanun'un "Doğrudan Temin" başlıklı 22. Maddesi kapsamında gerçekleştirildiğinin anlaşıldığı, bir ihale usulü olmayan doğrudan temin ile yapılan alımlarla ilgili olarak Kamu İhale Kurumu'nun inceleme görev ve yetkisi bulunmadığı, ancak temel ilkelere

¹¹⁷ Kamu İhale Kurumunun 06.05.2015 tarih ve 2015/UM.IV-1321 sayılı kararı (Çevirimiçi) http://www.kikiritazlari.net/kamu_ihale_kurulu_uyusmazlik_karari_48296/ 17 Ekim 2017

göre eşik değerlerin altında kalmak amacıyla mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinin kısımlara bölünerek doğrudan temin alım yoluna gidilmesinin ilgili kanunun 5. Maddesinde anılan temel ilkelere aykırılık teşkil ettiğine bu nedenle de alıma ilişkin işlemin yeniden görüşülmek üzere Gümrük ve Ticaret Bakanlığına bildirilmesine karar vermiştir.¹¹⁸ Bu karardan anlaşılacağı üzere kurum kendi görevine girmeyen işlemler için talebin reddine karar vermekle birlikte, Kamu İhale Kanununun temel ilkelerine aykırı gelen hususlar için de alım husus yapılan konunun yeniden görüşülmek üzere ilgili bakanlığı bildirilmesinde kayıtsız kalmamıştır.

5. Doğrudan Temin Yöntemi İle İhaleye Fesat Karıştırma Suçu

Fesat sözcüğü sözlükte hile, bozukluk, kargaşalık anlamında kullanılmaktadır.¹¹⁹ Doktrinde fesat karıştırma eylemi failin kendisine veya başkasına haksız menfaat sağlamak amacıyla ihale sürecinde başvurduğu her türlü desise ile kullandığı cebir, şiddet ve tehdidin anlaşacağı ifade edilir.¹²⁰

İhaleye fesat karıştırma suçu, tarihimizde ilk olarak 1840 tarihli Kanun-i Ceza ve 1851 tarihli Kanun-i Cedit'te düzenlendiği görülmüştür. 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayun'da ihaleye fesat karıştırma bir suç olarak kabul edilmiş olup, bu suç neticesinde hapis cezası yaptırımı uygulanmıştır. Cumhuriyet tarihimizdeki ilk düzenleme ise 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda hileli davranışlarla rekabeti engelleyerek ihaleye fesat karıştıranlara üç aydan bir seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılmasına ilişkin düzenlemedir. 765 sayılı yasada ihaleye fesat karıştırma dağınık olarak birçok maddede düzenlenmiştir. 765 sayılı Ceza Kanunu yeniden kaleme alınmış ve yeni kanun 1 Haziran 2005 tarihinde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 235. Maddesinde düzenlenmiştir.

¹¹⁸ Kamu İhale Kurumunun 22.10.2012 tarih ve 2012/UY.I-4061 sayılı kararı (Çevirimiçi) http://arsiv.kikkararlari.com/index.php?option=com_content&task=view&id=35106&Itemid=64, 17 Ekim 2017

¹¹⁹ www.tdk.gov.tr, (Çevirimiçi) 18 Ekim 2017

¹²⁰ Mehmet Emin Artuk / Ahmet Gökçen / Ahmet Caner Yenidünya, *TCK Şerhi Özel Hükümler*, Ankara, Turhan Kitapevi, 2009, Cilt V, s.4572

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 235. Maddesi şu şekildedir;

“Kamu kurum ve kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihaleler ile yapım ihalelerine fesat karıştıran kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Aşağıdaki hallerde ihaleye fesat karıştırılmış sayılır.

a) Hileli davranışlarla;

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

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

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

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

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

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

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

(3) İhaleye fesat karıştırma suçunun;

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

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

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

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

Maddenin incelenmesinde anlaşılacağı üzere ilk fıkrada suçun konusunu oluşturan ihaleler ile ihaleye fesat karışırmalar hakkında uygulanacak yaptırım gösterilmiştir. İhaleyi fesat karıştırmayı oluşturan fiiller ise ikinci fıkrada dört bent halinde sayılmıştır. Maddenin üçüncü fıkrasında ise ihaleye fesat karıştırma suçunun uygulama alanını genişleten bir düzenleme yer almaktadır.

5.1. İhaleye Fesat Karıştırma Suçunun Maddi Unsurları

İhaleye fesat karıştırma suçu TCK 235. Madde de düzenlenmiş olup, bu suçun maddi konusunu, TCK' nın 235. Maddesinde belirtilen kurum ve kuruluşlar adına yapılan mal veya hizmet alımı veya satımı, kiralanması ile yapım ihalelerine fesat karıştırma ifadelerinde belirtilmektedir.

Suçun maddi unsurunu “İhaleye Fesat Karıştırma” fiili oluşturmaktadır. TCK' da yer alan bu suçun oluşması için suçun maddi unsurunun gerçekleşmesi

gerekmektedir. Suçun işlenmiş sayılması için ise mutlaka kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan bir ihale olması gerekmektedir.

Bu suç seçimlik hareketli bir suç olup, suçun oluşması için bir neticenin gerçekleşmesi gerekmez. Başka bir ifadeyle bir zararın meydana gelmesine gerek yoktur.

5.2. Korunan Değer

Kamu kurum ve kuruluşları adına gerçekleştirilen mal ve hizmet alımı ile yapım işleri ihaleleri 4734 sayılı Kanun'un 5. Maddesinde sayılan temel ilkelere uygun gerçekleştirilmelidir. Dolayısıyla ihaleye fesat karıştırma suçu ile korunak istenen hukuki değer, 4734 sayılı Kanun'daki temel ilkeler ile ihalelerin bu ilkelere uygun yapılacağına dair kamu görevlilerine duyulan güven olduğu söylenebilir.¹²¹

Madde gerekçesinde korunmak istenen hukuki değer kamusal faaliyetlerin dürüstlük ilkesine uygun olarak yürütüldüğüne dair ve özellikle, kamu adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımı gibi ihale işlemlerinin yapılmasıyla ilgili olarak, kamu görevlilerine duyulan güven olarak açıklanmıştır.

Doktrinde ise suçun failinin kamu görevlisi sıfatı taşıyan kişiler de olabileceği düşüncesi ile korunmak istenen hukuki değer yalnızca kamu görevlilerine duyulan güven olmadığı, aynı zamanda devletin ekonomik çıkarlarının korunmak istendiği haklı olarak savunulmuştur.¹²²

5.3. Suçun Faili

Kanunda suç olarak öngörülen bir fiili işleyen kimse fail olarak tanımlanmıştır. TCK 235. Maddeye bakıldığında suçun faili olabilmek için herhangi bir özel şart

¹²¹ Demirel/ Arapgirli/ Altındaş, a.g.e., s.63.

¹²² Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, a.g.e., s.4569.

aranmamaktadır. Bu kapsamda suçun faili sadece ihaleye katılan aday ve istekliler, ihale komisyonu başkanı ve ihale komisyon üyeleri ile ihale yetkilisi olacaktır şeklinde bir değerlendirme yapmak mümkün değildir. Keza 4734 sayılı Kanun'un 59, 60, 61. Maddeleri kapsamında ihale sürecinin her aşamasında yer alan ilgililer ile ihaleye katılmış olup olmadığına bakılmaksızın suç konusu eyleme katılan tüm kişiler bu kapsamda fail olarak değerlendirilebilir.

5.4. Suçun Manevi Unsuru

İhaleye fesat karıştırma suçunun manevi unsuruna baktığımızda, bu suç kasten işlenebilen bir suçtur. Bu suçun failleri ihaleye fesat karıştırma konusunda bilerek ve isteyerek hareket etmelidir. Yani bu suçtan sanık kişi/kişiler hakkında cezaya hükmedebilmek için bu kişilerin TCK' nın 235. Maddesinde sayılan seçimlik hareketleri, bilerek ve isteyerek gerçekleştirdiklerinin ispat edilmiş olması gerekmektedir. Kast, TCK' nın 21/1. Maddesinde "Suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve isteyerek gerçekleşmesi" şeklinde tanımlanmıştır. İhaleye fesat karıştırma suçunun taksirle işlenmesi mümkün değildir. Failin kanunda belirtilen seçimlik hareketleri bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesi yeterlidir.¹²³

5.5.İhaleye Fesat Karıştırma Suçunun Doğrudan Temine Uygulanıp Uygulanmayacağı

İhaleye fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için kamu kurum ve kuruluşları tarafından yapılan bir ihale olması gerekmektedir. Oysaki 15 Ağustos 2003 tarih ve 25.200 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 4964 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 12. Maddesi doğrudan temini, ihale usulü olmaktan çıkarmıştır. Doğrudan teminin ihale usulü olmaktan çıkarılması nedeniyle, ihaleye fesat karıştırma suçunun doğrudan temin usulüyle işlenmesi mümkün değildir. Konuya ilişkin Yargıtay 5. Dairesince verilen karara bakıldığında; "...Dairemizin istikrar kazanmış uygulamalarına göre ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için

¹²³ (Çevirimiçi) www.kiliçhukuk.org/kamuihale16.htm 20 Ekim 2017

kanunlarda öngörölmüş ihale usullerinden biri olması, doğrudan temin yönteminin 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 18/y Maddesinin (d) bendinde bir ihale usulü öngörölmüş iken 15.08.2003 gün ve 25200 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 4964 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 12. Maddesi ile ‘4734 sayılı Kanunun 18. Maddesinin (d) bendi madde metninden çıkarıldığı’ anılan Kanunun 15. Maddesi ile de 4734 sayılı Kanunun 22. Maddesi değiştirilerek doğrudan temin usulünün düzenlendiği 4964 sayılı Kanunun 12 ve 15. Maddelerinin gerekçelerinden de “Esasen bir ihale usulü olmayan” doğrudan teminin ihale usulleri arasından çıkarıldığı ve buna ilişkin esas ve usullerin Kanunun 22. Maddesinde düzenlendiği” ifade edilmiş olup değişiklik gerekçesi ile birlikte söz konusu madde metni incelendiğinde doğrudan teminin bir ihale usulü olmadığı, sadece madde metninde belirtilen durumlarda idarelerce kullanılabilecek bir satın alma yöntemi olduğu anlaşılmalı; sanıklara atılı ihaleye fesat karıştırma suçunun unsurları itibariyle oluşmayacağı...”¹²⁴ belirtilmiştir.

Yargıtay tarafından verilen diğer emsal kararlarda da yine aynı hususa değinilmiş olup, doğrudan temin usulünün bir ihale usulü olmaması nedeniyle ihaleye fesat karıştırma suçunun işlenmesi de mümkün olmadığı belirtilmiştir.

6. Doğrudan Teminlerde Kamu Zararı

Kamu görevlilerinin kast, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında eksilişe neden olunması olarak adlandırılan kamu zararı, tarih boyunca çeşitli mevzuatlarda düzenleme altına alınmıştır.

1927 yılında çıkarılan ve “mali anayasa” olarak da adlandırılan 1050 sayılı Genel Muhasebe Kanunu uzun süre uygulanmış ve yürürlükte kaldığı sürede kamu mali yönetim sistemini düzenleyen temel kanun olma özelliği kazanmıştır. 24.12.2003 tarih

¹²⁴ Yargıtay 5.Dairesinin 28.02.2013 tarih ve 2012/3588 Esas, 2013/1487 Karar sayılı ilamı.

ve 25.326 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 5018 sayılı Kamu Mali Yönetim ve Kontrol Kanunu (KMYKK) ile mali sistemimiz kökten değişmiştir. Bu değişiklikle mali sistemimiz, her örgütün kendi sorumluluğunu kendisinin taşıdığı ve genelde Avrupa'nın kuzeyindeki eyalet sistemiyle yönetilen ülkelerde görülen “Yönetim Sorumluluğu” modeli olarak adlandırılan yapıya doğru yönelmiştir. “Yönetim Sorumluluğu” modeliyle getirilen yeni kavramlardan birisi de “kamu zararı”dır. Yeni kamu mali yönetim sistemimizde “kamu zararı” kavramının dayanakları, KMYKK'nın 71. Maddesi ve bu madde ile verilen yetkiye dayanılarak düzenlenen Kamu Zararının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik olmuştur. Diğer yandan 18.1.2010 tarih ve 27.790 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6085 sayılı Sayıştay Kanununda da kamu zararının uygulanmasına ilişkin çeşitli hükümler getirilmiştir.¹²⁵

6.1. Kamu Zararının Tanımı

Kamu zararı 5018 sayılı yasanın 71. Maddesinde tanımlanmış olup, bu maddeye göre; “Kamu zararı, kamu görevlilerinin kast, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır.”

Aynı maddenin devamında; kamu zararının belirlenmesinde;

- a) İş, mal veya hizmet karşılığı olarak belirtilen tutardan fazla ödeme yapılması,
- b) Mal alınmadan, iş veya hizmet yaptırılmadan ödeme yapılması,
- c) Transfer niteliğinde giderlerde, fazla veya yersiz ödeme yapılması,

¹²⁵ Kadir Timurturkan, “Kamu Mali Yönetim Sisteminde Kamu Zararı, Uygulamadan Doğan Sorunlar ve Sayıştay Denetimi Çerçevesinde Bir Değerlendirme” **Güncel Mevzuat Dergisi**, sayı:70, Ekim 2001, S.58-65 (Çevirimiçi) <http://www.sozdenetim.com.tr/kamu-mali-yonetim-sistemimizde-kamu-zarari-uygulamadan-dogan-sorunlar-ve-sayistay-denetimi-cercevesinde-bir-degerlendirme/> 21 Ekim 2017

- d) İş, mal veya hizmetin rayiç bedelinden daha yüksek fiyatla alınması veya yaptırılması
 - e) İdare gelirlerinin tarh, tahakkuk veya tahsil işlemlerinin mevzuata uygun bir şekilde yapılmaması,
 - f) (Mülga: 22/12/2005-5436/10 md.)
 - g) Mevzuatında öngörülmediği halde ödeme yapılması,
- gibi hususlarının esas alınacağı belirtilmiştir.

Kontrol, denetim, inceleme, kesin hükme bağlama veya yargılama sonucunda tespit edilen kamu zararı, zararın oluştuğu tarihten itibaren ilgili mevzuata göre karşılanacak faiziyle birlikte ilgililerden tahsil edilir.

Alınmamış para, mal ve değerleri alınmış; sağlanmamış hizmetleri sağlanmış, yapılmamış inşaat, onarım ve üretimi yapılmış veya bitmiş gibi gösteren gerçek dışı belge düzenlemek suretiyle kamu kaynağında bir artışa engel veya bir eksilmeye neden olanlar ile bu gibi kanıtlayıcı belgeleri bilerek düzenlemiş, imzalamış veya onaylamış bulunanlar hakkında Türk Ceza Kanunu veya diğer kanunları bu fiillere ilişkin hükümleri uygulanır. Ayrıca, bu fiilleri işleyenlere her türlü aylık, ödenek, zam, tazminat dahil yapılan bir aylık net ödemelerin iki katı tutarında para cezası verilir.

Kamu zararının, bu zarara neden olan kamu görevlisinden veya diğer gerçek ve tüzel kişilerden tahsiline ilişkin usul ve esaslar, Maliye Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan yönetmelikle düzenlenir.

Kamu zararının oluşmasında kast kusura ilişkin açık bir hükmün bulunmaması nedeniyle genel hükümlere paralel olarak kusur esaslı bir sorumluluk tanımının getirilmesi ve kamu görevlisi olmayan üçüncü kişiler tarafından yapılacak işlemlerin açıklığa kavuşturulması amacıyla 5628 sayılı Kanun'la kamu zararı tanımında değişikliğe gidilmiştir. Söz konusu düzenlemeyle kamu zararı, "kamu görevlilerinin kast, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri

sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunması” şeklinde değişmiştir. Bu çerçevede kamu zararının varlığından veya mali sorumluluktan bahsedilebilmesi için kamu zararına sebebiyet veren olayda;

-Kamu görevlilerinin kast, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemin bulunması,

-Mevzuata aykırı karar, işlem veya eylem sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunması,

-Kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunması durumu ile mevzuata aykırı karar, işlem veya eylem arasında bir illiyet bağının olması,

Şartları birlikte aranacaktır.¹²⁶

6.2. Kamu Zararının Oluşma Unsurları

5018 sayılı Kamu Mali Yönetim Kontrol Kanununun 71. Maddesi kapsamında kamu zararını oluşturan unsurlar tespit edilebilmektedir. Bu kapsamda kamu zararını oluşturan unsurlar; zarara sebebiyet veren kamu görevlisi, bu görevlinin eylemi sonucu oluşan bir zarar, kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilen mevzuata aykırı işlem veya bir fiil, söz konusu suçun işlenmesi için kamu görevlisinin kast, kusur veya ihmali, bu fiil/işlem ile oluşan zarar arasında bir illiyet bağı bulunması gerekmektedir. Çalışmamızda söz konusu kamu zararının unsurlarına tek tek bakılacak ve konunun daha iyi anlaşılması açısından unsurların sonunda örnek olarak bir Sayıştay kararına göz atılacaktır.

¹²⁶ Demirel / Arapgirli / Altındaş, a.g.e., s.55 vd.

6.2.1. Kamu Görevlisi

5018 sayılı Kanuna göre kamu zararına sebep olan kişi kamu görevlisidir. Bu kamu görevlisinin kim olduğu çeşitli yasalarda şu şekilde tanımlanmıştır. Anayasaya göre kamu görevlisi; “Devletin kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütülmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür” şeklinde belirtmesine rağmen kamu görevlisinin kim olduğu tam olarak tanımlanmamıştır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’na göre kamu görevlisi; “kamusal faaliyetlerin yürütülmesinde sürekli, süreli veya geçici atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir suretle sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi” olarak tanımlanmıştır. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nda ise kamu görevlisinin net bir tanımı yapılmamakla birlikte 4. Maddede sayılan istihdam şekillerinden daha kapsayıcı şekilde bahsetmiştir.

5018 sayılı kanun kapsamında kamu görevlisini 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu kapsamında değerlendirmek gerekir.

6.2.2. Zarar

Kamu zararı, mevzuata aykırı karar, işlem, eylem veya ihmal sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıyla oluşan zarardır. Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte, 5018 sayılı yasada kamu zararının belirlenmesinde esas alınacak hususlar genişletilerek şu şekilde sınırlandırılmıştır;

1. Yapılan iş, alınan mal veya hizmet karşılığı olarak ilgili mevzuatında belirtilen ya da mevzuatında öngörülen karar, onay, sözleşme ve benzeri belgelerde belirlenen tutardan fazla ödeme yapılması,

2. İlgili mevzuatında öngörülen haller dışında, iş yaptırılmadan, mal veya hizmet alınmadan önce ödeme yapılması,
3. Transfer niteliğindeki giderlerde, fazla veya yersiz ödemede bulunulması,
4. İlgili mevzuatı gereğince görevlendirilen komisyon veya kişilerce rayiç bedelinden daha yüksek fiyatla iş yaptırılması, mal veya hizmet alınması,
5. Kamu idarelerine ait malların kiraya verilmesi, tahsisi, yönetimi, kullanımını ve elden çıkarılması işlemlerinin mevzuata uygun bir şekilde yapılmaması,
6. Görevlilere teslim edilen taşınırın zarara uğraması,
7. İdare gelirlerinin tarh, tahakkuk veya tahsil işlemlerinin mevzuata uygun bir şekilde yapılmaması,
8. Kamu idaresinin yükümlülüklerinin mevzuatına uygun bir şekilde yerine getirilmemesi nedeniyle kamu idaresine faiz, tazminat, gecikme zammı, para cezası gibi ek mali külfet getirilmesi,
9. Mevzuatında öngörülmediği halde ödeme yapılması.¹²⁷

6.2.3. Kusur, Kast, İhmal

5018 sayılı Kanun, mali sorumluluk açısından kusursuz sorumluluğu reddederek kamu zararının varlığı için kast, kusur veya ihmalin varlığını şart koşmuştur. Kast, kusur ve ihmalin olmaması halinde ise, kamu zararı oluşmayacağından kamu zararının sonuçlarını düzenleyen hukuki sonuçlar da kamu görevlilerine uygulanmayacaktır.¹²⁸

5018 sayılı yasada kast, kusur ve ihmal kavramları tanımlanmamıştır. Bunun için Borçlar Kanunu'na baktığımızda kusur, bir kimsenin hukuk düzeni tarafından tasvip

¹²⁷ Demirel / Arapgirli / Altındaş, a.g.e., s.59-60.

¹²⁸ Hacı Bayram Çolak, *Konu Anlatımlı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu*, Ankara 2008, s.343.

edilmeyen ve uygun bulunmayan davranış biçimi olarak tanılanır.¹²⁹ Kast ve ihmal kusurun derecesini oluşturur. Kast, mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemin zararlı sonuçlarını bilerek ve isteyerek hareket edilmesi halidir. 5018 sayılı Kanun'un getirmiş olduğu kusur sorumluluğu prensibi gereği, kasten kamu zararına neden olan kamu görevlilerinin mali sorumluluğa muhatap olmaları konusunda herhangi bir tereddüt yoktur.¹³⁰

İhmal, kamu görevlilerinin sorumlu oldukları işlere gerekli özeni göstermemeleri veya isteme unsurları yoktur. Burada kamu görevlisinin kusurlu sayılmasının ve dolayısıyla mali sorumluluğa muhatap olmasının sebebi, bu sonucun doğmaması için dikkatsiz, tedbirsiz, özensiz davranması, mesleğinin gerektirdiği özeni ortaya koymamasıdır.¹³¹

5018 sayılı yasada objektif kusur sorumluluğu getirilmesinin yanı sıra kişinin mali sorumluluğunun muhatap kılınabilmesi için mevzuata aykırılık tek başına yeterli olmamakla birlikte mutlaka ihmalin varlığı da gerekmektedir. 5018 sayılı Kamu Mali Yönetim ve Kontrol Kanununda yer alan kamu zararı tarifine atıf yapılarak "Sorumlular ve sorumluluk halleri" başlıklı 7. Maddede kast, kusur veya ihmallerden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem ve eylemle kamu zararı arasında illiyet bağı kurulmak suretiyle sorumlular hakkında tazmin kararı verilmesi gerektiği ayrıca vurgulanmıştır. Değininilmesi gererken bir başka husus da suç teşkil eden bir eylemle kamu zararına sebebiyet verilmesi durumudur. Bu husus, 5018 sayılı yasanın 71/4 Maddesinde düzenlenmiş olup, söz konusu eylemin nitelikleri icabı kasıtlı işlenebilen bir eylem olduğu, burada mali sorumluluğun tek başına yeterli olmadığı, bir takım ek yaptırımlarda olabileceği, buna göre alınmamış para, mal ve değerleri alınmış; sağlanmamış hizmetleri sağlanmış; yapılmamış inşaat, onarım ve üretimi yapılmış veya bitmiş gibi gösteren gerçek dışı belge düzenlemek suretiyle kamu kaynağında bir artışa engel veya bir eksilişe neden olanlar ile bu gibi kanıtlayıcı belgeleri bilerek düzenlemiş, imzalamış veya onaylamış bulunanlar hakkında Türk Ceza Kanunu veya diğer kanunların bu fiillere ilişkin hükümleri uygulanacaktır. Ayrıca bu fiilleri işleyenlere her

¹²⁹ Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt I, Ankara, Turhan Kitapevi, 2001, s.183.

¹³⁰ Demirel/ Arapgirli/ Altındaş, a.g.e., s.57.

¹³¹ Kılıçoğlu, a.g.e., s.185.

türlü aylık, ödenek, zam ve tazminat dahil yapılan bir aylık net ödemelerin iki katı tutarına kadar para cezası verilir.¹³²

6.2.4. Mevzuata Aykırı İşlem / Eylem

Kamu zararının bir diğler unsuru ise mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemde bulunmaktır. Türk Dil Kurumu (TDK) sözlüğüne göre mevzuat; bir ülkede yürürlükte olan yasa, tüzük, yönetmelik vb.' nin bütünüdür. Bu anlamda, genel olarak yürürlükte bulunan yasal düzenlemelere aykırı her türlü karar işlem ve eylemler dolayısıyla kamu zararının oluşması gerekmektedir.¹³³

5018 sayılı yasanın 71/3. Maddesinde mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemin kontrol, denetim, inceleme, kesin hükme bağlama veya yargılama sonucuna göre tespit edileceği düzenlenmiştir.

6.2.5. İlliyet Bağı

İlliyet bağı, sebep sonuç bağı demektir. Buna göre, zarar denilen sonuç buna sebep olan fiilden kaynaklanır.¹³⁴ Burada açıklanmaya çalışılan kamu zararı ise kamu görevlilerinin kast, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemlerinden kaynaklanır. Bu yüzdendir ki illiyet bağının kurulmadığı durumlarda bir zarar olsa da mali sorumluluk doğmaz.¹³⁵

¹³² Demirel/ Arapgirli/ Altındaş, a.g.e., s.58.

¹³³ Timurturkan, a.g.e., s.58-65

¹³⁴ Kılıçoğlu, a.g.e., s.178.

¹³⁵ Demirel/ Arapgirli/ Altındaş, a.g.e., s.60.

Kamu zararına ilişkin Sayıştay 3. Dairesinin vermiş olduğu karara baktığımızda; “Destek Hizmetleri Şube Müdürlüğünün çeşitli birimlerinde kullanılmak üzere piyasadan 150 adet muhtelif yangın tüpü alımında, söz konusu tüplerin ortalama piyasa fiyatlarından çok daha fahiş fiyatla tedarik edildiği, yeni fiyatlarla fatura edilen fiyatlar karşılaştırıldığında her iki fiyat arasında bariz fark ortaya çıktığı, 5018 sayılı Kamu Yönetimi ve Kontrol Kanununun 8. Maddesine göre her türlü kamu kaynağının etkili, ekonomik, verimli ve hukuka uygun olarak elde edilmesinden, kullanılmasından, raporlanmasından, kötüye kullanılmasından yetkili kişilerin sorumlu olacağı ve yetkili kişilerin hesap verme zorunluluğu olduğu, aynı kanunun 71. Maddesi ile Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 5 ve 6. Maddeleri kapsamında kamu zararının tespit edilmesi nedeniyle piyasa fiyatlarından çok daha fahiş fiyatta tedarik edilen 150 adet muhtelif yangın tüpü alımını gerçekleştiren ilgililer hakkında zararın sorumlulardan ortaklaşa ve zincirleme olarak tahsil edilmesine...¹³⁶ doğrudan temin suretiyle alımı yapılan 150 adet yangın tüpünün piyasa fiyatlarından yüksek olması nedeniyle kamu zararı tespit edilmiş ve söz konusu zarar ilgililerine rücu edilmiştir.

7. Doğrudan Teminlerde Uygulamada Yaşanan Sorunlar ve Çözüm Önerileri

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun ilk çıktığı dönemlerde ihale usulü olarak düzenlenmesine karşın bu usulden çıkarılarak alım usulü olarak düzenlenen doğrudan temin yönteminde birçok sorun yaşanmaktadır. Doğrudan temin yöntemiyle alımın idareler tarafından tercih edilmesinin nedeni, ihale süreçlerinde ilan, şikayet, itirazın şikayet, ihale doküman işlemlerinin hazırlanması gibi işlemlerde zamana ihtiyaç duyulması ve bu nedenle idarenin acil ihtiyacını karşılamasında yaşanan sorunlardır. Bu alım usulünde idarelerin acil ihtiyaçlarının karşılanması daha rahat olurken, ihale usullerinde aranması gereken şartların aranmaması idarenin elini rahatlatmaktadır. Bu rahatlamadan yanı sıra sözleşme sırasında veya sonrasında alım yapılan firma hakkında herhangi bir yaptırım uygulanamaması (yasaklama işleminin yapılamaması gibi) nedeniyle çeşitli sıkıntılar yaşanmaktadır. Doğrudan temin alım usullerinde karşılaşılan diğer sorunlar ise; idarelerin doğrudan temin yöntemiyle yapmış olduğu alımlarda iş

¹³⁶ Sayıştay 3. Dairesinin 17 Şubat 2011 tarihli kararı (Çevirimiçi) <http://ihalekararisor.com/yazi.php?id=2052>, 24 Ekim 2017

artışı yapıp yapılmayacağı, yapılmış olan alıma ilişkin fiyat farkı verilip verilmeyeceği, doğrudan temin gerçekleştikten sonra alınan veya yaptırılan şeyin bozulması/yıkılması durumunda garanti kapsamında yeniden yaptırılması/değiştirilmesi/onarılması/yenisıyla değiştirilmesi gibi işlemlerin söz konusu olup olmayacağı ile doğrudan teminlerin SGK' ya bildirim yapıp yapılmayacağıdır.

7.1. Dorudan Teminlere Yasaklama İşlemleri Uygulanıp Uygulanmayacağı Sorunsalı

İhale hukukundaki en temel amaç, kamu ihalelerinin kanuna ve hukuka uygun olarak gerçekleştirilmesi ve dolayısıyla kamu düzeninin sağlanmasıdır. Yasaklama ile ulaşılmak istenen amaçlar; ihalelere hakim olan ilkelere uyulmasının sağlanması, idarelerin zarara uğramasının engellenmesi ve işlerin düzgün, zamanında yapılmasıdır.¹³⁷

4734 sayılı Kanununun 58. Maddesi gereği, 17. Maddede belirtilen fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar, üzerine ihale yapıldığı halde mücbir sebep halleri dışında usulüne göre sözleşme yapmayanlar hakkında ise altı aydan az olmamak üzere bir yıla kadar, 2 ve 3. Maddeler ile istisna edilenler dahil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Ancak gerek 4734 sayılı Kamu İhale Kanunda gerekse 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda sayılan yasak fiil ve davranışlarda bulunma sonucu yasaklama işlemi, ihalelerde öngörülen bir yaptırım usulü olup; doğrudan teminin bir ihale usulü olmaması nedeniyle bu alım usulünde yasaklama yapılması engel teşkil etmektedir. Yasa ile düzenlenmeyen bir yaptırım ilgililer aleyhine kıyas suretiyle genişletilmesi de mümkün değildir.

¹³⁷ Doğanığit, a.g.e., s.859.

Bununla birlikte, doğrudan temin yöntemiyle yapılan alımlarda ortaya çıkan 4734 sayılı Kanun'un 17. Maddesi ve 4735 sayılı Kanun'un 25. Maddesinde belirtilen yasak fiil ve davranışların 5237 sayılı Türk Ceza Kanun'una göre suç teşkil etmesi, bu fiil ve davranışlar için ceza sorumluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanmasına engel teşkil etmez.¹³⁸

Danıştay 1.Dairesinin 21 Ekim 2009 tarih ve 2009/1123 Esas, 2009/1440 Karar sayılı ilamında "... 2006 yılında... Büyükşehir Belediyesinin reklam ihtiyaçlarından bir kısmının karşılanması amacıyla 4734 sayılı Kanunun 22. Maddesi uyarınca görevlendirilen satın alma görevlileri tarafından yapılan piyasa araştırması sonrasında en uygun teklif veren... Elektronik Limitet Şirketi'ne işlerin yaptırıldığı, bu dönemde anılan şirketin ortaklarından birisinin... Büyükşehir Belediye Başkanı...'nın damadı olmasına karşın doğrudan temin usulünün bir ihale usulü olmaması nedeniyle, işin yapılması için teklif verenlerin Kanunun 11. Maddesinde düzenlenen yasaklılar kapsamında girip girmediğine ilişkin bir inceleme yapılmasına hukuken olanak bulunmadığı, bu durumun Kamu İhale Genel Tebliğinde de düzenlendiği, ilgili dönemlerde gerçekleştirilen alımların cüzi bir kısmını alan...Elektronik Limitet Şirketinin rayiç bedelin üstünde bir bedelle işleri yaptığı ya da üstlendiği işin yapılmasında kusurlu davrandığına ilişkin dosyada bilgi ve belge bulunmadığı, yine...Ofset Limitet Şirketi tarafından doğrudan temin usulüyle üstlenilen işlerin ...Elektrik Limitet Şirketine yaptırılmasına ilişkin iddianın ise bilgi ve belgeyle desteklenmediği ve muhbir iddiasından öteye geçemediği, bu nedenle rayiç bedel üzerinden hukuka uygun olarak doğrudan temin usulüyle yapılan alımlar nedeniyle ilgililere isnat edilen eylemin, haklarında soruşturma yapılmasını gerektirecek nitelikte bulunmadığı anlaşıldığından itirazların kabulüne oybirliği ile karar verilmiştir.” Danıştay 1. Dairesinin kararında da belirtildiği üzere doğrudan temin alım usulü, bir ihale usulü olmaması nedeniyle ilgililer hakkında yasaklama kararı uygulanamayacaktır.

7.2. Doğrudan Teminlerde İş Artışı Yapılıp Yapılamayacağı Sorunsalı

¹³⁸ Demirel/ Arapgirli/ Altındaş, a.g.e., s.48.

İdarelerin ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla yapmış oldukları ihaleler ve alımlarda kimi zaman öngörölmeyen hususların ortaya çıkması, kimi zaman ihale veya alım tarihinden sonra ihtiyacın artması, kimi durumlarda ise ihtiyaçların yanlış hesaplanması sonucunda ihtiyaç duyulan malzeme miktarında değişiklik yapılabilmekte, iş artışı veya eksilişi gerçekleştirilebilmektedir. Söz konusu artış ve eksilişler sözleşme hükümleri kapsamında aynı yükleniciye yaptırılmakta ve ödemelerde bu yönde gerçekleştirilmektedir.

“Mal ve hizmet alımlarıyla yapım sözleşmelerinde, öngörölmeyen durumlar nedeniyle bir iş artışının zorunlu olması halinde, artışa konu olan iş;

- a) Sözleşmeye esas proje içinde kalması,
- b) İdareyi külfete sokmaksızın asıl işten ayrılmasının teknik veya ekonomik olarak mümkün olmaması,

Şartlarıyla, anahtar teslim götürü bedel ihale edilen yapım işlerinde sözleşme bedelinin %10’una birim fiyat teklif almak suretiyle ihale edilen mal ve hizmet alımlarıyla yapım işleri sözleşmelerinde ise %20’sine kadar oran dahilinde, süre hariç sözleşme ve ihale dokümanındaki hükümler çerçevesinde aynı yükleniciye yaptırılabilir.”

Söz konusu hüküm gereğince iş artışı yapılabilmesi için 4735 sayılı Kanuna göre kurulmuş bir sözleşmenin olması gerekir. Doğrudan temin yöntemi bir ihale usulü olmadığı için söz konusu maddeye dayanılarak doğrudan iş artışı yapılması mümkün değildir. Ancak burada şu husus da belirtilmek istenir ki, doğrudan teminle yapılan alımlarda iş artışı yapılmasını engelleyen bir hüküm de mevcut değildir. Bu itibarla, doğrudan teminle yapılan alımlarda sözleşme düzenlendiği durumlarda, sözleşmeyle iş artışının yapılabileceğine dair hüküm konulması düşünölebilir. 4734 sayılı Kanunun

22/d bendinde belirtilen parasal limit dahilinde yapılan alımlarda iş artış suretiyle limitin aşılması mümkün değildir.¹³⁹

Doğrudan teminlerde iş artışı uygulanması gerektiğini belirtilen bir başka hususta, doğrudan teminlerde sözleşme yapılmışsa, 4735 sayılı Kanununun 36. Maddesine göre “Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır.” hükmü gereğince sözleşmelerde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacağı belirtildiğinden, doğrudan temin sözleşmelerinde iş artışı uygulanması mümkün olabilecektir.

7.3. Doğrudan Teminlerde Fiyat Farkı Verilip Verilemeyeceği Sorunsalı

Fiyat farkı sözlük anlamı olarak, bir malın ya da menkul kıymetin cari fiyatla gelecek fiyatı arasındaki fark olarak tanımlanmaktadır. İhaleye konusu işte kullanılan maliyetler zaman içinde artış veya azalış gösterebilir. Bu artış ve azalışlar sözleşme imzalanmadan öngörülmüş olsa da kimi zaman tam anlamıyla tespiti mümkün olamayabilir. Bu durum hem ihaleye teklif veren isteklileri hem de idareyi ilgilendirmektedir. 4734 sayılı kanunun 5. Maddesinde kamu kaynağının etkin bir şekilde kullanılması belirtilmesine karşın idareler yüklenicilerin zararına da iş yapmayacaktır.

İhalesi gerçekleştirilmiş alımlarda yüklenicilere fiyat farkının verilmesinin 2 önemli nedeni bulunmaktadır. Bunlardan ilki girdi maliyetlerinde ihale gününden sonra meydana gelebilecek artış veya azalıştan idarenin olumsuz yönde etkilenecek aşırı yüksek maliyette alım yapması, ikinci durum ise yine aynı şekilde girdi maliyetlerinde ihale gününden sonra meydana gelebilecek artış veya azalış nedeniyle yüklenicilerin taahhüt altına girdikleri işte aşırı zarar eder bir durumun ortaya çıkması durumlarıdır.

¹³⁹ Demirel/ Arapgirli/ Altındaş, a.g.e., s.162.

İhalelerde fiyat farkı verilmesine ilişkin düzenleme 31 Aralık 2012 tarih ve 24.980 sayılı Resmi Gazetenin parçası olan 3.Mükerrer sayılı Gazetede yayımlanan Bakanlar Kurulu Kararında ilan edilmiştir. Daha sonra ise Mal Alımı Fiyat Farkı Hesabında Uygulanacak Esaslar, Hizmet Alımında Uygulanacak Fiyat Farkı Esasları, Yapım İşlerine Uygulanacak Fiyat Farkı Esasları 31 Ağustos 2013 tarihli ve 28.751 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Yürürlükteki fiyat farkı kararnamelerinin dayanağını 4735 sayılı Kanunun 8. Maddesi oluşturmaktadır. 4735 sayılı Kanun ve buna dayanılarak yürürlüğe giren Fiyat Farkı Kararnameleri ihale usulü ile yapılan alımları kapsadığından, doğrudan teminle yapılan alımlarda bunlara dayanılarak fiyat farkı hesaplanması mümkün değildir. Ancak burada şu hususu da belirtmek isteriz ki, doğrudan teminle yapılan alımlarda fiyat farkı hesaplamasını engelleyen bir hüküm de mevcut değildir. Bu itibarla, doğrudan teminle yapılan alımlarda sözleşme düzenlendiği durumlarda sözleşmede Fiyat Farkı kararnamelerine atıf yapılması veya Kararname hükümlerinin sözleşme hükmü haline getirilmesi durumunda fiyat farkı hesaplanabileceği düşünülmektedir. Ayrıca eski fiyat farkı esasları döneminde doğrudan teminle yapılan alımlarda fiyat farkı ödenmesi konusunda verilmiş Sayıştay kararları da bulunmaktadır. Buna göre; Sayıştay 3. Dairesinin vermiş olduğu kararda “Tavşanlı Belediyesinde doğrudan temin yoluyla “Armutlar İnşaat ve Petrol Ürünleri San. Ve Tic. Ltd. Şti.” den tüp dolumu işinin yapıldığı, söz konusu tüp dolum işi hakkında idari şartnamenin bulunmaması, sözleşme imzalanmaması ve doğrudan temin alım usulünün bir ihale usulü olmamasına rağmen yükleniciye fiyat farkı ödenmesi nedeniyle kamu zararına sebebiyet verildiği, ilgili mevzuat hükümlerine göre fiyat farkı verilebilmesi için alımın bir ihaleyle yapılması, bu ihalenin sözleşmeye bağlanması ve bu sözleşmede de fiyat farkı verileceğine ilişkin hüküm bulunması gerektiği belirtilerek kamu zararına sebebiyet veren sorumlular hakkında ortaklaşa ve zincirleme sorumluluk çıkarılmasına...”¹⁴⁰ karar verilmiştir.

¹⁴⁰ Sayıştay 3. Dairesinin 04.12.2009 tarih ve 58 sayılı Kararı

7.4. Doğrudan Teminlerde SGK' ya Bildirim Yükümlülüğü Olup Olmayacağı Sorunsalı

5510 sayılı Sosyal Güvenlik Kanununa göre ihale neticesinde sözleşmenin imzalanması aşamasında, sözleşmenin imzalanmasından itibaren 15 gün içerisinde Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirim yapılması gerekmektedir. 5510 sayılı kanunun 90. Maddesine göre sözleşme imzalanan firmanın adres ve diğer bilgileri 15 gün içerisinde Sosyal Güvenlik kurumuna bildirilmediği takdirde, sözleşme imzalayan idareler idari para cezası ile karşı karşıya kalabilmektedirler.

İdareler, yaptığı ihaleler sonucunda işverene ödeyeceği her hakkediş ödemesinden önce işverenin ve varsa alt işverenin SGK' ya idari para cezası, prim ve prime ilişkin gecikme cezası, gecikme zammı ve diğer ferilerinden oluşan borçlarının bulunup bulunmadığı hususunda sorgulama yapabilmek için SGK' ya yetki başvurusunda bulunabilir. SGK tarafından bu başvurunun uygun görülmesi halinde idarece, işverene yapılacak her hak ediş ödemesinden önce elektronik ortamda işverenin ve varsa alt işverenin SGK' ya idari para cezası, gecikme zammı ve diğer ferilerinden oluşan muaccel borçlarının bulunup bulunmadığı hususunda sorgulama yapılır. İşveren ve varsa alt işverenin SGK' ya borcu yoksa, ayrıca SGK' ya yazı ile sormaksızın hak ediş ödemesi yapılır. İşveren ve varsa alt işverenler tarafından çalıştırılan sigortalılara ilişkin aylık prim ve hizmet belgeleri SGK' ya verilmemiş veya işyerinde sigortalı çalıştırılmadığı takdirde bu husus bir dilekçe ile SGK' ya bildirilmemiş ise bu durum SGK tarafından idareye bildirilir. İdare bu bildiri üzerine ihale konusu işten dolayı tahakkuku olması idari para cezası, prim ve prime ilişkin gecikme cezası, gecikme zammı ve diğer ferilerinden oluşan borçlarına mahsup edilmek üzere yapılan kesinti tutarı, ödeme belgesinde gösterilir. Bu kesinti, ödeme makamınca muhasebe kayıtlarına intikal tarihinden itibaren 15 gün içinde SGK' ya ve SGK' nın önceden bildirilen banka hesabına yatırılır. Hak ediş miktarları, işverenin ve varsa alt işverenlerinin SGK' ya idari para cezası, prim ve prime ilişkin gecikme cezası, gecikme zammı ve diğer ferilerinden oluşan borcunu karşılamazsa bakiye borcu daha sonra ödenecek hak edişlerden aynı yöntemle kesilerek SGK' ya ödenir. İşverenin ve varsa alt işverenlerinin, prime ilişkin gecikme cezası, gecikme zammı ve diğer ferilerinden dolayı SGK' ya olan sorumluluğu, idari para cezası, prim ve prime ilişkin gecikme cezası, gecikme zammı ve diğer ferilerinden oluşan borçlarının tamamının hakkedişten mahsup edildiği tarihe

kadar devam eder. İşverenlerin yasal ödeme süresi geçmiş borçlarının bulunup bulunmadığına ilişkin sorgulama işleminin her hakkediş ödemesinden önce yapılması gerekmektedir.¹⁴¹ Yukarıda izah edilen işlemlerin tamamı 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na tabi ihale usulleri için geçerli olmaktadır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na göre yapılacak olan ihale usulleri açıklanmış olup, doğrudan temin yöntemi 2003 yılında aynı kanunun 18. Maddesinde sayılan ihale usullerinden çıkarılmıştır. Bu nedenle doğrudan temin uygulamalarında SGK'ya bildirim yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak idareler yönetmelikler ya da düzenleyici sözleşmeler ile sözleşme serbestisi sınırları içerisinde bu yönde bir düzenleme yapabilmesine engel yoktur.

Sonuç olarak Sosyal Güvenlik Kurumu Prim ve İdari Para Cezası Borçlarının Hak edişlerden Mahsubu, Ödenmesi ve İlişiksizlik Belgesinin Aranması Hakkında Yönetmeliğin 2. Maddesine göre sadece ihaleli işlerde SGK ilişiksizlik belgesinin aranacağı net olarak hüküm altına alınmıştır. Bu bağlamda, ihaleli alımlarda SGK ilişiksiz belgesi arama zorunluluğu bulunmaktadır. Ancak, doğrudan temin yöntemiyle yapılan alımlarda SGK ilişiksiz belgesi arama zorunluluğu, Sosyal Güvenlik Kurumu Prim ve İdari Para Cezası Borçlarının Hak edişlerden Mahsubu, Ödenmesi ve İlişiksiz Belgesinin Aranması Hakkında Yönetmeliğin 2. Maddesi ile Sosyal Güvenlik Kanununun 2013/41 sayılı genelgesine göre yoktur.¹⁴²

¹⁴¹(Çevirimiçi) http://www.ekap.com/ihale_islerinin_SGK'ya_bildirilmesi/ 25 Ekim 2017

¹⁴² Ali Kemal Terzi, "Doğrudan Teminde SGK'ya Bildirim Yükümlülüğü Var mı?", **Kategori: 13-41 Makaleler**,(Çevirimiçi) <http://www.alomaliye.com/2016/10/30/dogrudan-teminde-sgkya-bildirim/> 28 Ekim 2017.

SONUÇ

İhale ve alım usullerini kullanmak suretiyle ihtiyaçlarını gideren idareler, yapmış oldukları bütün işlemlerde kanun veya kanunun vermiş olduğu yetkiye dayanan mevzuatlara uygun şekilde alımlarını gerçekleştirirler. İhtiyaçların karşılanmasında asıl amaç; ihtiyaçların en iyi şekilde, uygun şartlarda ve zamanda, en ekonomik şekilde karşılanmasıdır. 2002 tarihinde yürürlüğe giren Kamu İhale Kanunu'nda düzenlenen ihaleler arasında sayılan doğrudan temin alım usulü, 2003 yılında gerçekleşen mevzuat değişikliği sayesinde bambaşka bir boyut almış ve alımlara yeni bir soluk kazandırmıştır. Doğrudan temin alım usulüne ilişkin yapmış olduğumuz çalışmada birtakım sonuçlar ortaya çıkmaktadır.

İdarelerin sıklıkla başvurduğu bu alım usulü Kamu İhale Kurumunun denetimi kapsamına girmemesi ve Sayıştay tarafından ise sadece belli kriterlere bakılarak denetlenmesi nedeniyle denetim potansiyelleri ne yazık ki azalmaktadır. Diğer taraftan, bu alım usulünde herhangi bir formalite işlemine gerek olmaması, idarelerin ihtiyaçlarını daha hızlı sonuca kavuşmaktadır. Denetim yetkisinin az olması ve ihtiyaçların daha hızlı karşılanması nedenleriyle de doğrudan temin alım usulünde idareler takdir yetkilerini daha rahat kullanmakta ve bu alım usulüne daha sık başvurulmaktadır.

4734 ve 4735 sayılı Kanunlarda ihale usulleri detaylı olarak düzenlenmiştir. İhalelerin tabi olduğu ilkeler, hangi aşamalardan geçerek yapılacağı, ihale için gerekli olan işlem ve eylemlerin ne olacağı, bu konuda görev alan memurların durumu ve yapacakları işlemler, ihale sonucu sözleşme imzalanması aşaması, sözleşme uygulanma sırasında ve sözleşmenin sonuç kısmında hangi işlemlerin yapılacağı gibi hususlar detaylı olarak bu kanunlarda düzenlenmiştir. Oysaki doğrudan temin alım usulü hakkında mevzuatta detaylı bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durum idarelerin söz konusu alımlarda ihtiyacın şekline ve niteliğine göre formüller üretmesine neden

olmakla birlikte idarelerce yapılmış olan işlemlerde yeknesaklığın sağlanmasına engel oluşturduğu gibi denetim imkanını da zorlaştırmaktadır.

Kanun koyucunun doğrudan temin konusunda kasıtlı olarak susması ya da bu alanda 2003 yılından bu yana kadar detaylı bir düzenleme yapılmaması, doğrudan temin alım usulü hakkında idarelerin takdir haklarının kullanılmasını kolaylaştırmak amacıyla yapıldığı izlenimini de oluşturduğu düşünülmektedir. Diğer taraftan ihale usulü ile alınabilecek alımların doğrudan temin ile alınmaması ya da belli bir parasal limitin altında kalan alımların doğrudan temin ile alınabilmesi gibi şartların getirilmiş olması bu takdir hakkının sınırsız kullanılmasının önlenmesi amacıyla konulduğu kabul edilebilir.

İhale usullerinde olup, doğrudan teminde bulunmayan aşamalardan daha öncede bahsedilmiş olup, bu işlemlerin idareye nasıl zarar verdiği de değinilmiştir. Söz konusu aşamalardan bir tanesi yasaklama işleminin doğrudan temin alımlarında uygulanmaması işlemidir. Bu durum idarelerin yapmış olduğu doğrudan temin alımlarına zarar görmesine neden olabilecek bir nitelik sayılmaktadır. Nitekim alım şartlarını yerine getirmeyen yükleniciler hakkında idareler, sadece ticaret odalarına durumu bildirmekte, ticaret odaları ise ilgili yükleniciye sadece işlemlerinde daha dikkatli olmasını sağlayacak nitelikte bir uyarıda bulunmaktadır. Yapılmış olan bu işlem yükleniciler açısından herhangi bir bağlayıcılık taşımamakla birlikte, yüklenicilerin yapmış oldukları hatalı işlemlerde caydırıcılık potansiyeli de taşımamaktadır. Yasaklama yaptırımının uygulanmaması ise idarelerin zarara uğramasına neden olabilmektedir.

Doğrudan teminlerde teminat alınma zorunluluğunun bulunmaması ise yine aynı şekilde idarelerin zarara uğramasına sebebiyet veren bir diğer unsurdur. Söz konusu alımlarda teminat alınma zorunluluğunun olmaması, alım neticesinde belirtilen şartlara uymayan yüklenicilerin idare tarafından uğranılan zararını karşılamasında sorunlara sebebiyet verebilmektedir. Alım sonrasında adreslerini değiştiren veya herhangi bir mal varlığı bulunmayan firmalara kimi zaman ulaşılamamakta, kimi zamansa ulaşılsa bile zararı karşılayacak nitelikte mal varlığı bulunmamaktadır. Oysa ki doğrudan temin alımlarında teminat alındığı takdirde, azda olsa idarenin oluşan zararı

karşılanabilmektedir. Teminat olarak banka teminat mektubunun verilmesi halinde ise alım niteliğine uyulmadığı takdirde idarece teminata el konulması durumu olduğundan bu durum yüklenicinin ticari itibarının zedelenmesine sebep olacağından, yükleniciler, alımın şartlarına uyma konusunda daha dikkatli davranmaktadır. Bu sayede yine idarelerin uğramış oldukları zararlar azalmış olacaktır. Doğrudan temin alım usulünde teminat alma zorunluluğu olmamasına ilişkin mevzuattaki düzenleme, uygulamada sorunlar yaşanmasına sebep olmaktadır. Bu nedenle söz konusu sorunların giderilmesi amacıyla kanun koyucu tarafından doğrudan teminlerde teminat alınmasına ilişkin bir düzenleme yapılması gerekmektedir.

Doğrudan temin alımlarında yaşanan bir diğer sorun ise, doğrudan temin alımlarının sözleşmeye bağlanma ve şartname hazırlanma zorunluluğu olmamasıdır. Bu durum kimi zaman idarelerin elini rahatlatmakta, kimi zamansa idareleri sıkıntıya sokabilmektedir. Şöyle ki; idareler doğrudan temin alım usulünde sözleşme yapma ve şartname hazırlama zorunluluğu olmadığı için ihtiyaçlarını daha hızlı karşılayabilmekte, bu sayede yapması gereken birçok formalite işlemi yapmaktan kurtulabilmektedir. Ayrıca sözleşme yapılmaması ve şartname hazırlanmaması idarelerin takdir yetkisini kullanırken daha rahat davranmasını da sağlayabilmektedir. Diğer taraftan bu unsurların yanı sıra sözleşme ve şartnamelerin yapılmaması, ihtiyaç duyulan alıma ilişkin ispat fonksiyonu kaldırması nedeniyle açılan davalarda idareyi sıkıntıya düşürmekle birlikte bu alımların idarenin ihtiyacını karşılayıp karşılamadığını kontrol edecek olan denetim makamının sorgulama imkanını da azalmaktadır.

Sonuç olarak yapmış olduğumuz çalışmamızda ihale usulü olmaktan çıkarılan doğrudan temin alım usulü hakkında detaylı bilgi verilmekte, uygulamada yaşanan sorunlar ve bunların çözüm önerileri belirtilmektedir. Buna göre bu alım usulünün en önemli sorunları; yazılı olma zorunluluğunun olmaması, sözleşme ve şartnameye bağlanma zorunluluğunun bulunmaması, yasaklama işleminin uygulanmaması, teminat alma zorunluluğunun bulunmaması, Kamu İhale Kurumunun denetim yetkisinin bulunmaması, Sayıştay'ın denetim yetkisinin sınırlı olması, ihalelerde uyulması gereken ilkelere uyulma zorunluluğu olmaması gibi unsurlardır. Bu unsurların sebebiyet verdiği sakıncalar ise; ispat fonksiyonunun zor olması, denetim fonksiyonunun zor olması, idarenin kullanmış olduğu takdir yetkisinin kötüye kullanılabilmesi, yükleniciler

açısından bağlayıcı veya caydırıcı bir yaptırımın uygulanamaması ve bütün bu işlemler sonucunda idarelerin zarara uğramasıdır.

Çözüm önerilerine bakıldığında, bu alım usulünde de diğer ihalelerde olduğu gibi teminat alınma zorunluluğunun getirilmesi, yasaklama ya da buna benzer bir caydırıcılık şartının uygulanması, idarenin takdir hakkını sınırsız kullanamayacağı şartlar getirilmesi, denetim ve ispat fonksiyonunun sağlanabilmesi ve ivedi ihtiyaçların rahat karşılanmasını ortadan kaldırmayacak ölçüde yazılılık konusunda belli kriterler getirilmesi, uygulamada benzer nitelikte alımların benzer işlemlerle gerçekleştirilebilmesi adına doğrudan temin alımı konusunda kanun ve ilgili mevzuatta yapılan düzenlemelerin daha detaylı olacak şekilde yeniden düzenlenmesi, Kamu İhale Kurumu'na ve Sayıştay'a doğrudan temin alımları konusunda daha detaylı denetleme yetkisi verilmesi gerektiği, Kamu İhale Kanununda düzenlenen ilkelerin mevzuat düzenlemesi yapılarak doğrudan temin yönteminde de uygulanmasına ortam hazırlanması gerektiği düşünülmektedir. Bu sayede idarelerce kullanılan takdir yetkisinin kötüye kullanılması veya sınırsız kullanması yetkisi ortadan kalmış olacak ve yapılan düzenlemeler neticesinde idarelerin uğramış oldukları zararlar bir nebze de olsa giderilebilecektir.

KAYNAKÇA

Kitaplar

Aksoy, M. /Şimşek, M.,(2010) *En Son Değişikliklerle Kamu Alımları İhale Süreci*, Ankara, T.C. Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayın No:2010/402.

Arapgirli, M.,(2016) *Açıklamalı Devlet İhale Kanunu*, Ankara, İksan Matbaası.

Artuk, M.E./ Gökçen A. / Yenidünya A. C.,(2009) *TCK Şerhi Özel Hükümler*, Cilt V, Ankara, Turhan Kitapevi.

Av.Dedeoğaç, E.,(2011) *6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Görev ve Yetki*, Ankara ,Ankara Barosu Yayınları.

Çolak, H. B., (2008) *Konu Anlatımlı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu*, Ankara, Seçkin Kitapevi.

Demirel, S./ Arapgirli, M./ Altındaş, H., (2014) *Sorularla Doğrudan Temin*, Ankara, Ankara Yayınevi.

Doğanyigit, S.,(2008) *Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu*, 6.Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Doğanyigit, S.,(2010) *Açıklamalı- İctihatlı- Soru Çözümlü Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu*, Ankara, Seçkin Hukuk.

Erol, K., (2006) *Kamu Alımlarının Sosyal Etkileri, II. Uluslararası Kamu Alımları Sempozyumu*, İstanbul, Kamu İhale Kurumu Yayınları.

Giritli, İ./ Bilgin, P. / Akgüner, T., (2008) *İdare Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul, Der Yayınları.

Gönen, D. / Işık, H., (1997) *Açıklamalı Devlet İhale Kanunu ve Yapım Sözleşmelerinin Uygulanması*, 10. Baskı, Ankara, Yetkin Basımevi.

Gözler, K., (2007) *İdare Hukuku Dersleri*, 6. Baskı, Ankara, Ekin Kitapevi Yayınları.

Günday, M., (1999) *İdare Hukuku*, Ankara, İmaj Yayınları.

DR.İşıklar, C., (2011) *İdari Yargıda İlk İncelemenin Sıra, Düzen ve Usulü*, TAAD, Cilt:1, Yılı:2, Sayı:6.

İnan, A., (2011) *İhale Hukuku Ders Notları*, Ankara, Sistem Ofset Matbaa.

Kılıçoğlu, A. M., (2001) *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt I, Ankara, Turhan Kitapevi.

KUTLU, M., (1997) *İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci*, İzmir, Adalet Matbaacılık.

Taşdelen, A., (2004) *Kamu Harcamaları Hukukunda İhale Süreci*, Ankara, Turhan Kitapevi.

Ünal, N. /Erol, M., (2013) *Gelir Getirici İşlemlerde İhale Usulü Devlet İhale Kanunu*, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Yaşın, M., (2014) *Kamu Alımlarında Doğrudan Temin Usulü*, Antalya, BEKAD Yayınları.

Makaleler

Akman, C., (2003) “Kamu İhalelerinde Güvenilirlik ve Gizlilik”, **İhale İmar Dergisi**, S.4., Haziran, s.20-24.

ALTUNDIŞ, M., (2006), “Bağımsız İdari Otoritelerin Türk Hukukunda Ortaya Çıkardığı Sorunlar ve Türk Hukukuna Etkileri”, **Danıştay Dergisi**, s.1–9.

Ateş, Y.,(2010) “Kamu İhale Kanununun Kapsamı, İstisnaları İle Kanun’da Yapılan Değişiklikler ve Yeni Kanun Taslağının Getirdikleri”, **Sayıştay Denetçileri Derneği Dış Denetim Dergisi**, S:2, Ekim-Kasım-Aralık, s.119-124.

Çalışkan, H., (2003) “Kamu İhalelerinde Saydamlık”, **İhale-İmar Çalışmaları**, S.2, s.17-22.

Gök, Y., (2010) “Kamu İhale Hukukuna Hakim Olan İlkeler”, **Sayıştay Denetçileri Derneği Dış Denetim Dergisi**, S:2, Ekim-Kasım-Aralık, s.12-23.

Gül, H., (2010) “Türk Kamu Alımları Sisteminde Kamu İhale Kurumunun Yeri ve Artan Önemi” **Sayıştay Denetçileri Derneği Dış Denetim Dergisi**, S.2, Ekim-Kasım-Aralık, s.4-9.

Kaplan, S., (2012) “İdeal Bir Kamu İhale Kanunu ve İdeal Bir Kamu İhale Kurumu ve Kurulu Nasıl Olmalıdır? Fonksiyonel Bir Model Çalışması”, **Maliye Dergisi**, Sayı:162, Ocak -Haziran, (Çevirimiçi) <http://dergiler.sgb.gov.tr> , 25 Eylül 2017, s.18-50.

Karataş, M.,(2008) “Devletin Düzenleyici Rolü ve Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler” **Maliye Dergisi**, Sayı 154, Ocak-Haziran, (Çevirimiçi) <http://dergiler.sgb.tr.>, 25 Eylül 2017, s.99-120.

KESTANE, D., KOÇ, M. (2002), “Yapısal ve İşlevsel Özellikleriyle Türkiye’de Üst Kurullar ve Kamu İhale Kurumu-2”, **Belediye Dünyası Dergisi**, Cilt:3, Sayı:12, s.15-20.

Sayer, A. / Barutçu, A., (2010) “Kamu İhaleleri Ve Etik Dışı Uygulamalar”, **Sayıştay Denetçileri Derneği Dış Denetim Dergisi**, S:2, Ekim-Kasım-Aralık, s.76-83.

Serdar, A.,(2010) “Kamu İhale Mevzuatı Hakkında Genel Değerlendirme”, **Sayıştay Denetçileri Derneği Dış Denetim Dergisi**, S.2, Ekim-Kasım-Aralık, s.34-43.

Terzi, A. K., “Doğrudan Teminde SGK’ ya Bildirim Yükümlülüğü Var mı?”, **Kategori: 13:41 Makaleler**, (Çevirimiçi) <http://www.alomaliye.com/2016/10/30/dogrudan-teminde-sgkya-bildirim/> 28 Ekim 2017.

Uz, A., “İhale Konusu hukuki İşlemler Bakımından 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu’nun Kapsam ve Gelir/Hasılat Paylaşımı Uygulaması: “İddia” Örneği”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:57, Sayı:1,2008, s.183-223.

Mevzuat

T.C. Resmi Gazete (2002) 24648 sayı, 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu.

T.C. Resmi Gazete (1983) 18161 sayı, 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu.

T.C. Resmi Gazete (2002) 24648 sayı, 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu.

T.C. Resmi Gazete (2003) 25326 sayı, 5018 Sayılı Kamu Mali Yönetim ve Kontrol Kanunu.

T.C. Resmi Gazete (2011) 27836 sayı, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu

T.C. Resmi Gazete (1983) 17580 sayı, 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu

T.C. Resmi Gazete (2017) 30109 sayı, Mal Alımı Uygulama Yönetmeliği.

T.C. Resmi Gazete (2017) 30109 sayı, Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği.

T.C. Resmi Gazete (2017) 30109 sayı, Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği.

T.C. Resmi Gazete (2017) 29997 sayı, Elektronik İhale Uygulama Yönetmeliği.

T.C. Resmi Gazete (2017) 29959 sayı, İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik.

T.C. Resmi Gazete (2009) 27327 sayı, Kamu İhale Genel Tebliğ.

Elektronik Kaynaklar

Çelik, H., (2014) “4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu’nun Yapım İşleri Uygulama Yönetmeliğinin, İhale Sürecinde Meydana Gelen Sorunların İncelenmesi” (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi), Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, s.8. (Çevirimiçi) <http://tez.yok.gov.tr>. 23 Eylül 2017

Demirel, S. / Arapgirli, M., (2012) “Türkiye Belediyeler Birliği Doğrudan Temin El Kitabı”, Ankara, s.34, (Çevirimiçi)

http://www.tbb.gov.tr/online/yayinlar/dogrudan_temin_el_kitabi/ 10 Ekim 2017

Gök, Y. (Sayıştay Denetçisi KİK E. Daire Başkanı) Doğrudan Temin Uygulaması (Seminer Ders Notu) (Çevirimiçi) <http://www.kimakademi.com.tr/dosyalar/dogrudan-temin.pdf> 30 Eylül 2017

Günel, C., (2011) “İdarenin Mal ve Hizmet Edinme Yollarından Biri Olarak Kamu İhaleleri” (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, (Çevirimiçi) <http://tez.yok.gov.tr>. 2 Ekim 2017.

İhale İstatistikleri (Çevirimiçi) <http://www.ihale.gov.tr>.5 Ekim 2017

İsbir, B.,(2009) “Kamu İhalelerine Katılma Yasağı” (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, (Çevirimiçi) <http://tez.yok.gov.tr>. 30 Eylül 2017.

Kamu İhale Kurumu Nedir? Kamu İhale Kurumunun Yeri ve Önemi Nedir?” (Çevirimiçi) <http://www.kamufinans.com/kamu-ihale-kurumu-nedir-kamu-ihale-kurumunun-yeri-ve-onemi-nedir/> 24 Eylül 2017

Kamu İhale Kurumunun 06.05.2015 tarih ve 2015/UM.IV-1321 sayılı kararı (Çevirimiçi)

http://www.kikitirazlari.net/kamu_ihale_kurulu_uyusmazlik_karari_48296/ 17 Ekim 2017

Kamu İhale Kurumunun 22.10.2012 tarih ve 2012/UY.I-4061 sayılı kararı (Çevirimiçi) http://arsiv.kikkararlari.com/index.php?option=com_content&task=view&id=35106&Itemid=64, 17 Ekim 2017

Kayabaşı, H., (2015) “Kamu İhale Kanunu ve İstön Örneği” (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi), Karabük Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Karabük, (Çevirimiçi) <http://tez.yok.gov.tr>. 30 Eylül 2017.

Köksal, T., “Avrupa Birliğine Tam Üyelik Sürecinde Devlet İhalelerinde Rekabetin Sağlanması”, (Çevirimiçi) www.ankarabarusu.org.tr. 23 Eylül 2017

Şener, R., “Kamu İdarelerinde Doğrudan Temin Yöntemi”, (Çevirimiçi) www.muhasebenet.net/makale-ramazan 10 Ekim 2017

Güncel Türkçe Sözlük (Çevirimiçi) <http://www.tdk.gov.tr>. 21 Eylül 2017

Timurturkan, K., (2001) “Kamu Mali Yönetim Sisteminde Kamu Zararı, Uygulamadan Doğan Sorunlar ve Sayıştay Denetimi Çerçevesinde Bir Değerlendirme” Güncel Mevzuat Dergisi, sayı:70, S.58-65, (Çevirimiçi) <http://www.sozdenetim.com.tr/kamu-mali-yonetim-sistemimizde-kamu-zarari-uygulamadan-dogan-sorunlar-ve-sayistay-denetimi-cercevesinde-bir-degerlendirme/> 21 Ekim 2017

“Türkiye’nin Avrupa Birliğine Katılım Sürecine İlişkin 2003 Yılı İlerleme Raporu” (Çevirimiçi) <http://www.ab.gov.tr> 29 Eylül 2017

Av. Özlem Toğuz, “4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu İle 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu Arasındaki Farklar Bu Farkların İhale Hukuku Yönünden Getirdiği Yenilikler”, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2002-3/9.pdf>

(Çevirimiçi) [www.kikitirazlari.net/ kamu_ihale_kurulu_uyusmalik_karari_57076/](http://www.kikitirazlari.net/kamu_ihale_kurulu_uyusmalik_karari_57076/) 4 Ekim 2017

(Çevirimiçi) <http://ekap.com/ihale-ilanlari/dogrudan+temin> 25 Ekim 2017

(Çevirimiçi) http://www.ekap.com/ihale_islerinin_SGK'ya_bildirilmesi/ 25 Ekim 2017

Çevirimiçi) <https://www.sayistay.gov.tr/tr/kararlar/tkk/?krr=4449> 15 Aralık 2017

Sayıştay 2. Dairesinin 03.03.2009 Tarihli ve 30678 Karar Numaralı kararı (Çevirimiçi) <https://www.sayistay.gov.tr/tr/kararlar/tkk/?krr=2119> 16 Ekim 2017

Sayıştay Temyiz Kurulunun 20.09.2011 Tarihli ve 2011/33650 Karar Numaralı kararı (Çevirimiçi) <https://www.sayistay.gov.tr/tr/kararlar/tkk/?krr=3946> 16 Ekim 2017

Sayıştay 3. Dairesinin 17 Şubat 2011 tarihli kararı (Çevirimiçi) <http://ihalekararisor.com/yazi.php?id=2052>, 24 Ekim 2017

(Çevirimiçi) <http://arşiv.kikkarları.com> 17 Ekim 2017

(Çevirimiçi) <http://www.ekap.com> 25 Ekim 2017

(Çevirimiçi) <http://ihalekararisor.com> 24 Ekim 2017

(Çevirimiçi) www.corpus.com.tr. 3 Ekim 2017

(Çevirimiçi) www.kilichukuk.org/kamuihale16.htm 20 Ekim 2017

ÖZ GEÇMİŞ

KİŞİSEL BİLGİLER

Soyisim, İsim : GÜNEŞ SÖZEN, Seda

Uyruğu : T.C.

Doğum Tarihi ve Yeri : 18/10/1981 Ankara

Medeni Hali : Evli

Telefon Numarası : 505 605 7760

E-posta : sedaguneslim@hotmail.com

EĞİTİM

DERECE	KURUM	MEZUNİYET YILI
İlkokul	Çizmeci İlkokulu	1992
Ortaokul	Namık Kemal Ortaokulu	1995
Lise	Anıttepe Lisesi	1998
Lisans	Başkent Üniversitesi	2008

İŞ DENEYİMİ

POZİSYON	YER	YIL
Avukatlık Stajı	Ankara Barosu	2009
Avukat	Avukatlık Bürosu	2010
Hukuk Uzmanı - Danışman	Samsun İl Jandarma Komutanlığı	2011
Mevzuat ve Hukuki İşler Uzmanı - Danışman	Ankara Jandarma Tedarik Merkez Komutanlığı	2013-Halen

Yabancı Dil Orta Seviye İngilizce

Tez Başlığı : 4374 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nda Doğrudan Temin Alım Usulü
Tezi Hazırlayan : Seda GÜNEŞ SÖZEN

Sosyal Bilimler Enstitüsü Onayı

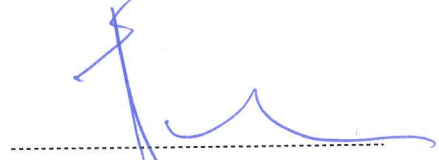
Prof. Dr. Mehmet YAZICI
Enstitü Müdürü

Bu tezin yüksek lisans derecesi elde etme için gerekli koşulları sağladığını onaylarım.



Prof. Dr. Feriha Bilge TANRIBİLİR
Kamu Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

Bu tez, tarafımdan incelenmiş olup, yüksek lisans tezi olarak uygun bulunmuştur.



Dr. Öğr. Üyesi İlker KILIÇ
Tez Danışmanı

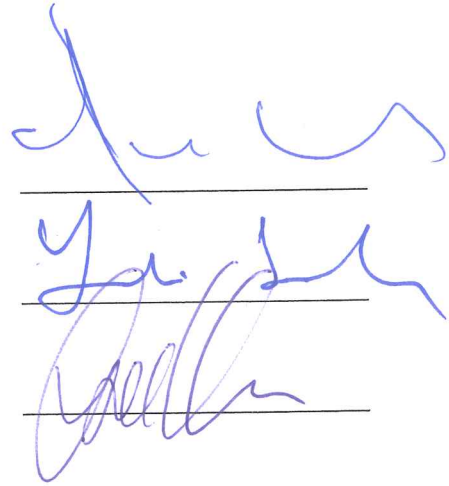
Tez Jüri Tarihi : 06.04.2018

Tez Jüri Üyeleri :

Dr. Öğr. Üyesi İlker KILIÇ (Çankaya Üniv.)

Dr. Öğr. Üyesi Yeliz ŞANLI ATAY (TODAİE)

Dr. Öğr. Üyesi Eser US (Çankaya Üniv.)



ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

Bu belge ile, bu tezdeki bilgilerin akedemik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, tez çalışmamda bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları bilimsel etik kurallar gözeterek ifade ettiğimi ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.

Seda GÜNEŞ SÖZEN



06.04.2018

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



YÜKSEK LİSANS TEZİ

4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNU'NDA
DOĞRUDAN TEMİN ALIM USULÜ

Seda GÜNEŞ SÖZEN

NİSAN 2018

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

YÜKSEK LİSANS TEZİ

4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNU'NDA
DOĞRUDAN TEMİN ALIM USULÜ

Seda GÜNEŞ SÖZEN

NİSAN 2018