

T.C.
KIRIKKALE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANA BİLİM DALI

Bekir Mustafa YILMAZ

KAMU ALIMLARINDA İDARİ DENETİM

Yüksek Lisans Tezi

TEZ YÖNETİCİSİ
Doç. Dr. Ali AKYILDIZ

KIRIKKALE - 2006

ÖZET

Kamu alımlarında sözleşmenin karşı tarafının belirlenmesine ilişkin usul ve esaslar; konunun karmaşıklığı ve beşeri faktörlerden kaynaklanan sıkıntılar sebebiyle öteden beri önemli bir iç hukuk meselesi olarak kabul edilmekteyken, dünya ticaretinin küreselleşmesi sonrasında uluslararası düzenlemelere de konu olmaya başlamıştır.

Son yıllarda Türkiye’de özellikle kamu alımlarında görülen yolsuzlukların önüne geçilebilmesi amacıyla uluslararası düzenlemeler paralelinde kamu mali yönetiminde yapılan yeniliklerden ilki, hiç kuşkusuz beraberinde bir çok yeniliği getiren Kamu İhale Kanunu olmuştur. Bu sebeple çalışmanın ilk bölümü, ulusal ve uluslararası düzenlemeler ekseninde kamu alımlarının gelişim seyrine ve Kamu İhale Kanunuyla benimsenen kamu alım rejimine ayrılmıştır.

Kamu İhale Kanunuyla, tüm kamu kurumları tarafından yapılan kamu alımlarına ilişkin usul ve esaslar tek bir çerçeveye bağlanmış, bunun yanında sözleşme öncesi dönemdeki idari işlemlerin hukuka uygunluğunun sağlanması için de iki aşamalı bir denetim mekanizması kurulmuştur.

Çalışmanın son bölümünde, Türk mevzuat tekniğine yabancı sayılabilecek bir anlayışla hazırlanan Kamu İhale Kanununda düzenleme konusu yapılan denetim mekanizmasının hukuki niteliği; kapsamı ve sınırları yanında uygulamaya ve yargıya yansıyan boyutuyla birlikte değerlendirildikten sonra Danıştay’ın konu ile ilgili tutumu da yargı kararları incelenerek tespit edilmeye çalışılmıştır. Diğer taraftan henüz çok yeni bir disiplin olması sebebiyle denetim mekanizmasının uygulamasında yaşanan bazı sıkıntılara da, karşılaştırmalı idare hukuku bağlamında yapılan değerlendirmeler neticesinde bir takım çözüm önerileri getirilmeye çalışılmıştır.

ABSTRACT

The principles and procedures concerning to determination of other party of the contract in public procurements; that had been accepted as an important domestic law issue for a long time due to difficulties aroused from human factors and complexity of the subject, have also started to become a topic in international regulations after globalization of the world trade.

Public Procurement Law that brought lots of changes along with have definitely been the first of the changes of executed public fiscal administration with parallel to international regulations in order to be able to prevent corruptions especially in public procurements in Turkey in recent years. For this reason, first part of this study has been opened up the development of public procurements within the framework of national and international regulations and public procurement regime adopted by Public Procurement Law.

With Public Procurement Law; the principles and procedures regarding to public procurements are made by all public institutions connected to one framework, besides, two-tier administrative supervision mechanism has been set up in order to provide conformity with the law of those administrative operations before the period of contract.

In last part of the study, legal characteristic of supervision mechanism that performed arrangement matter in Public Procurement Law which prepared unfamiliar understanding of Turkish legislation technics; has tried to ascertain with analysing verdict decision of Council of State's way of behaving regarding issue after together evaluation of reflection to the verdict of jury and implementation alongside scope and borders. On the other hand, as a result of assesments performed in context of comparative administrative law, certain solution suggestions have been able to be tried to bring to some difficulties which are occurred at the implementation of supervision mechanism due to its being very new discipline.

ÖZET

Kamu alımlarında sözleşmenin karşı tarafının belirlenmesine ilişkin usul ve esaslar; konunun karmaşıklığı ve beşeri faktörlerden kaynaklanan sıkıntılar sebebiyle öteden beri önemli bir iç hukuk meselesi olarak kabul edilmekteyken, dünya ticaretinin küreselleşmesi sonrasında uluslararası düzenlemelere de konu olmaya başlamıştır.

Son yıllarda Türkiye’de özellikle kamu alımlarında görülen yolsuzlukların önüne geçilebilmesi amacıyla uluslararası düzenlemeler paralelinde kamu mali yönetiminde yapılan yeniliklerden ilki, hiç kuşkusuz beraberinde bir çok yeniliği getiren Kamu İhale Kanunu olmuştur. Bu sebeple çalışmanın ilk bölümü, ulusal ve uluslararası düzenlemeler ekseninde kamu alımlarının gelişim seyrine ve Kamu İhale Kanunuyla benimsenen kamu alım rejimine ayrılmıştır.

Kamu İhale Kanunuyla, tüm kamu kurumları tarafından yapılan kamu alımlarına ilişkin usul ve esaslar tek bir çerçeveye bağlanmış, bunun yanında sözleşme öncesi dönemdeki idari işlemlerin hukuka uygunluğunun sağlanması için de iki aşamalı bir denetim mekanizması kurulmuştur.

Çalışmanın son bölümünde, Türk mevzuat tekniğine yabancı sayılabilecek bir anlayışla hazırlanan Kamu İhale Kanununda düzenleme konusu yapılan denetim mekanizmasının hukuki niteliği; kapsamı ve sınırları yanında uygulamaya ve yargıya yansıyan boyutuyla birlikte değerlendirildikten sonra Danıştay’ın konu ile ilgili tutumu da yargı kararları incelenerek tespit edilmeye çalışılmıştır. Diğer taraftan henüz çok yeni bir disiplin olması sebebiyle denetim mekanizmasının uygulamasında yaşanan bazı sıkıntılara da, karşılaştırmalı idare hukuku bağlamında yapılan değerlendirmeler neticesinde bir takım çözüm önerileri getirilmeye çalışılmıştır.

ABSTRACT

The principles and procedures concerning to determination of other party of the contract in public procurements; that had been accepted as an important domestic law issue for a long time due to difficulties aroused from human factors and complexity of the subject, have also started to become a topic in international regulations after globalization of the world trade.

Public Procurement Law that brought lots of changes along with have definitely been the first of the changes of executed public fiscal administration with parallel to international regulations in order to be able to prevent corruptions especially in public procurements in Turkey in recent years. For this reason, first part of this study has been opened up the development of public procurements within the framework of national and international regulations and public procurement regime adopted by Public Procurement Law.

With Public Procurement Law; the principles and procedures regarding to public procurements are made by all public institutions connected to one framework, besides, two-tier administrative supervision mechanism has been set up in order to provide conformity with the law of those administrative operations before the period of contract.

In last part of the study, legal characteristic of supervision mechanism that performed arrangement matter in Public Procurement Law which prepared unfamiliar understanding of Turkish legislation technics; has tried to ascertain with analysing verdict decision of Council of State's way of behaving regarding issue after together evaluation of reflection to the verdict of jury and implementation alongside scope and borders. On the other hand, as a result of assesments performed in context of comparative administrative law, certain solution suggestions have been able to be tried to bring to some difficulties which are occurred at the implementation of supervision mechanism due to its being very new discipline.

AÇIKLAMA

Yüksek Lisans Tezi olarak hazırladığım, “Kamu Alımlarında İdari Denetim” adlı çalışmamı, ilmi ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazdığımı ve faydalandığım eserlerin bibliyografyada gösterdiklerimden ibaret olduğunu, bunlara atıf yaparak yararlanmış olduğumu belirtir ve bunu şeref ve haysiyetimle doğrularım.

Bekir Mustafa YILMAZ

ÖNSÖZ

Kamu alım rejimimizin top yekun yeniden yapılandırılması anlamına gelen Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhaleleri Sözleşmeleri Kanununun, 2003 yılı itibarıyla yürürlüğe girmesiyle birlikte uygulamada bir takım sıkıntılarla karşılaşılması kaçınılmaz olmuştur.

Kamu alımları niteliği itibarıyla bir çok disiplini ilgilendirdiğinden, konunun tüm boyutları itibarıyla incelenmesi iddiasında olunmamış dolayısıyla da iktisat ve maliye teorisine bakan yüzünden ziyade içerdiği hükümler bakımından kamu alımları için idari usul kanunu niteliğinde olan Kamu İhale Kanunuyla getirilen idari denetim mekanizması kapsamındaki başvuru yollarının özellikle idare hukukunun temel ilkeleri çerçevesinde incelenmesi, bu çalışmanın temel amacını oluşturmuştur.

Kamu alımlarının neredeyse toplumun her kesimini ilgilendirmesi ve yazarlar tarafından da konunun sıklıkla incelenmesi sebebiyle doktrinsel anlamda çalışmaya esas olmak üzere kaynak temininde güçlük yaşanmamıştır. Ancak idari denetim mekanizmasının henüz yeni bir disiplin olması sebebiyle yargıya yansıyan boyutuyla birlikte Danıştay'ın, bir kaç münferit olay dışında, içtihadının tam anlamıyla ortaya çıkarılması mümkün olmadığından konuya daha çok karşılaştırmalı idare hukuku bağlamında yaklaşmıştır.

Şahsım adına yarım bıraktığım bir işin tamamlanması anlamına gelen bu çalışmanın ortaya çıkmasında en başından itibaren gösterdiği teveccühüyle ve yapıcı eleştirileriyle yoluma ışık tutan, kendisiyle çalışmaktan gurur duyduğum ve bundan sonraki akademik serüvenimde de desteğine ihtiyaç hissettiğim saygıya değer hocam ve tez danışmanım Doç. Dr. Ali AKYILDIZ'a en içten dileklerle teşekkür ederim.

Gösterdikleri iyi niyetli ve yapıcı eleştirisiyle, çalışmanın son halini almasında sergiledikleri katkılarında ötürü, yüksek lisans tez jürimin diğer saygıdeğer üyeleri Doç. Dr. Mehmet Emin BİLGİÇ ve Yrd.Doç.Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN'a da teşekkür ederim.

Yüksek lisans çalışması süresince iyi niyetlerini ve desteklerini hiç esirgemeyen Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü Doç.Dr. Kürşat Nuri TURANBOY başta olmak üzere diğer tüm Enstitü çalışanlarına teşekkürlerimi sunarım.

Çalışmanın redaksiyonu sırasında onca işinin arasında zaman ayırarak değerli katkılarını sunan mesai arkadaşım Nesrin EROĞLU'na da teşekkürü unutmamak lazım.

Nihayet mesleki ve akademik çalışma hayatımda karşılaştığım her türlü sıkıntıda desteğini ve fedakarlığını göstermekten çekinmeyen gurur kaynağım sevgili eşim Nurdan'a ne kadar teşekkür etsem azdır.

Ankara, 13/12/2006

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	I
ABSTRACT.....	II
AÇIKLAMA	III
ÖNSÖZ	IV
İÇİNDEKİLER	VI
KISALTMALAR.....	X
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

KAMU ALIM : KAVRAM, ULUSLARARASI VE ULUSAL DÜZEN

I. KAVRAMSAL YAKLAŞIM.....	6
II. KAMU ALIMLARININ HUKUKSAL DURUMU	8
1. GENEL OLARAK.....	8
2. KAMU ALIMLARININ HUKUKİ REJİMİ	14
III. ULUSLARARASI DÜZENDE KAMU ALIMLARI.....	20
1. DÜNYA TİCARET ÖRGÜTÜ KAMU ALIMLARI ANLAŞMASI.....	21
A. Anlaşmanın Esası	22
B. Kapsam	23
a. Kamu Kuruluşları Bakımından	23
b. Alımlar Bakımından.....	24
c. İstisnalar	24
C. Alım Usulü	25
D. Anlaşmazlıkların Çözümü ve İdari Denetim Sistemi.....	26
E. GPA'ya Yöneltilen Eleştiriler.....	26
2. UNCITRAL KAMU ALIMLARI MODEL KANUNU	27
A. Model Kanununun Esası	28

B. Kapsam	28
a. Süreç Bakımından	28
b. Alımlar Bakımından.....	28
C. Alım Usulü	29
3. AVRUPA BİRLİĞİNDE KAMU ALIMLARI.....	30
A. AB Kamu Alım Direktifleri	31
B. AB Kamu Alım Sistemi	33
a. Temel İlkeler ve Amaçlar.....	33
b. Kapsam.....	34
aa. Kamu Kuruluşları Bakımından.....	34
bb. Alımlar Bakımından.....	36
aaa. Konuları İtibarıyla.....	36
bbb. Parasal Limitler İtibarıyla	37
c. Alım Usulü	38
4. DİĞER BÖLGESEL BELGELERDE KAMU ALIMLARI	39
IV. ULUSAL DÜZENDE KAMU ALIMLARI.....	39
1. TÜRK İDARE HUKUKUNDA KAMU ALIMLARININ GELİŞİM SÜRECİ	39
A. İlk Düzenlemeler ile Artırma, Eksiltme ve İhale Kanunu.....	39
B. Devlet İhale Kanunu.....	40
a. Kapsamı.....	40
b. Düzenlediği Hususlar	41
2. TÜRK KAMU ALIM SİSTEMİ.....	42
A. Genel Bakış	42
B. Kapsam	43
a. Alım Yapacak Kurumlar Bakımından.....	43
aa. Bütçe Yapısı Bakımından Kapsamdaki Kurumlar	46
bb. Yerinden Yönetim Kuruluşları.....	47
cc. İdarenin Sermayesinin Yarısından Fazlasına Sahip Bulduğu Kuruluş, Müessese, Birlik, İşletme ve Şirketler Yanında Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu ve Kamu Bankaları.....	50
b. Alıma Konu İşler Bakımından	52
c. İstisnalar	58
aa. Kurumsal Bazda İstisnalar	58

bb. Faaliyet Türü Bazında İstisnalar	59
C. Kamu Alımlarına Hakim Olan İlkeler.....	62
a. Saydamlık İlkesi	63
b. Rekabet İlkesi.....	66
c. Eşit Muamele İlkesi.....	72
d. Diğer İlkeler	73
aa. Güvenirlilik İlkesi	73
bb. Gizlilik İlkesi.....	74
cc. Kamuoyu Denetimi İlkesi.....	74
dd. İhtiyaçların Uygun Şartlarda ve Zamanında Karşılanması ile Kaynakların Verimli Kullanılması İlkeleri	75
D. Kamu Alım Usulleri	75
a. Temel Alım Usulleri.....	77
aa. Açık İhale Usulü	77
bb. Belli İstekliler Arasında İhale Usulü.....	78
b. İstisnai Alım Usulleri	80
aa. Pazarlık Usulü.....	80
bb. Doğrudan Temin Usulü.....	84
c. Ayrık Durum: Tasarım Yarışmaları	86

İKİNCİ BÖLÜM

İDARİ DENETİM MEKANİZMASI

I. GENEL BAKIŞ	87
II. MAKANİZMANIN ORGANİK BOYUTU	90
1. GENELİ İTİBARIYLA BAĞIMSIZ İDARİ OTORİTELER	90
A. BİO'lerin Anayasal Konumu	92
B. BİO'lerin Temel Özellikleri	93
2. KAMU İHALE KURUMUNUN YAPISI	98
A. Organik Yapısı	98
B. Görev Yapısı.....	99
III. MEKANİZMANIN FONKSİYONEL BOYUTU	101
1. İKİ AŞAMALI DENETİM MEKANİZMASI.....	101

2. MEKANİZMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	103
A. İdare Hukukunda “İdari Başvuru”.....	103
B. İdare Hukuku Bağlamında Kamu Alımlarında İdari Denetimin Niteliği.....	107
IV. MEKANİZMADAKİ BAŞVURU YOLLARI.....	116
1. ŞİKAYET (İDAREDE İNCELEME).....	117
A. Genel İlkeler.....	117
B. Şikayete Konu İşlem.....	118
C. Şikayet Nedenleri.....	121
D. Şikayetin Sonuçları.....	121
a. İdarenin Alım Onayı Verememesi ve Sözleşme İmzalamaması.....	121
b. İvedilik ve Kamu Yararı Gereği Sözleşme İmzalanması.....	124
c. Şikayetin Nihai Karara Bağlanması.....	131
2. İTİRAZEN ŞİKAYET (KAMU İHALE KURUMUNDA İNCELEME).....	134
A. Genel İlkeler.....	134
B. İtirazen Şikayete Konu İşlem.....	135
C. İtirazen Şikayet Nedenleri.....	146
D. İtirazen Şikayetin Sonuçları.....	148
a. İhale (Alım) Sürecinin Durdurulması.....	151
b. Düzeltici İşlem Belirleme.....	157
c. İptal.....	163
d. Başvurunun Uygun Bulunmaması.....	171
3. İDDİALARIN İNCELENMESİ.....	173
V. MEKANİZMANIN GENEL ESASLARI.....	181
1. EHLİYET.....	181
2. BAŞVURU SÜRELERİ.....	187
3. BAŞVURUNUN ŞEKLİ VE YAPILACAĞI YERLER.....	189
SONUÇ.....	191
BİBLİYOGRAFYA.....	205
ÖZGEÇMİŞ.....	216

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AET	: Avrupa Ekonomik Topluluğu
Akt.	: Aktaran
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BİO	: Bağımsız İdari Otorite
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
ÇED	: Çevresel Etki Değerlendirme
D	: Daire
Da	: Danıştay
DDDK	: Danıştay Dava Daireleri Kurulu
Der.	: Derleyen
DİBGK	: Danıştay İctihadı Birleştirme Genel Kurulu
DİDDGK	: Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu
E.	: Esas sayısı
GATT	: General Agreement on Tariffs and Trade Ticaret ve Gümrük Tarifeleri Genel Anlaşması
GPA	: Government Procurement Agreement Kamu Alımları Anlaşması
GPC	: Government Procurement Code Kamu Alımları Kodu
HD	: Hukuk Dairesi
IMF	: International Monetary Found Uluslararası Para Fonu
İYUK	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
K.	: Karar sayısı
KDV	: Katma Değer Vergisi

m.	: Madde
Mük.	: Mükerrer
NAFTA	: North Americas Free Trade Agreement Kuzey Amerika Ülkeleri Serbest Ticaret Anlaşması
OECD	: Organisation for Economic Co-operation and Development İktisadi İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
Sa	: Sayıştay
UNCITRAL	: United Nations Commission on International Trade Law Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu
UYM	: Uyuşmazlık Mahkemesi
Y.	: Yıl
Ya	: Yargıtay
y.	: Yayın
TODAİE	: Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü
TÜSİAD	: Türkiye Sanayicileri ve İşadamları Derneği
WTO	: World Trade Organisation Dünya Ticaret Örgütü
vd.	: ve devamı
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBGK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu

GİRİŞ

Liberal dönemde idarenin faaliyet alanı, milli savunma ve kolluk faaliyetleriyle birlikte sadece bireylerin ve toplulukların güçlerinin yetmediği ya da bir çıkar görmedikleri için yürütmedikleri veya yürütemedikleri faaliyetlerle sınırlı iken liberal anlayışın terk edilip sosyal devlet anlayışının benimsenmesiyle idare, ekonomik ve sosyal yaşama olabildiğince müdahale etmeye başladı.

Öteden beri özel kişilerce yürütülen faaliyetleri üstlenmesi ile idarenin faaliyet alanı alabildiğine genişledi ve bunun doğal sonucu olarak da liberal dönemde benimsenen ölçütlerle kamu hizmetini tanımlamak mümkün olamaz hale geldi. Bu dönemde, bir faaliyetin kamu hizmeti sayılabilmesi için onun mutlaka klasik anlamda idarece yürütülmesi şartı aranmamaya başlandı. Ayrıca günümüzde sadece niteliği gereği kamu hizmeti sayılan bir faaliyet yoktur. Dolayısıyla her insani faaliyet, niteliği ne olursa olsun kamu hizmeti olmaya elverişlidir; yeter ki siyasal organlar o faaliyeti kamu hizmeti olarak kabul etsinler.

Özetle, bugün için geçerli olabilecek bir kamu hizmeti tanımı vermek gerekirse; siyasal organlar tarafından kamuya yararlı olarak kabul edilip, bir kamu kuruluşunun ya kendisi ya da yakın denetimi ve gözetimi altında özel kesim tarafından yürütülen faaliyetlerdir¹.

İdare Hukukunun temel kavramlarından birisi olan kamu hizmeti kavramında son yıllarda artış istikametinde yaşanan bu değişim sonucu, kamu ihtiyaçlarında ve tabii ki kamu harcamalarında çeşitlilik ve rakamsal anlamda artış meydana gelmesi kaçınılmaz olmuştur. Nitekim dünya ekonomisini besleyen temel alıcılara bakıldığında kamunun, kapsam ve konu itibarıyla oldukça geniş bir perspektifte en büyük mal ve hizmet satın alıcısı konumunda olduğu rahatlıkla ifade edilebilir². Öyle ki global ölçekte yaklaşık 7 trilyon ABD Doları gibi bir rakamsal büyüklüğe sahip bu piyasanın iç ve dış ticaret açısından önemi her geçen gün daha da artmaktadır³.

¹ GÜNDAY, Metin, *İdare Hukuku*, İmaj Yayıncılık, Ankara 1999, s. 224.

² GÜVENDİ, İrfan, "Kamu İhalelerinde Açıklık ve Rekabet İlkesi", *Belediye Dünyası*, C. 2, S. 11, Kasım 2001, s. 57.

³ UZ, Abdullah, *Kamu İhale Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 2005, s. 1-5.

Yaşanan ekonomik büyüme sonucu kamu alımları bakımından dünya genelinde ciddi artışlar görülmesi ve sermayenin de uluslararası alanda serbestçe dolaşımının sağlanmasıyla hukuk kurallarında da bu çerçevede değişiklikler yapılmasına gerek duyulmuştur⁴. Her ne kadar kamu harcamalarının içeriği ve bütçedeki tutarlarının belirlenmesi, maliye biliminin alt dalı olan maliye politikasının konusu olsa da kamu harcamalarının gerçekleştirilmesi usulü her zaman hukuki bir konu olarak karşımıza çıkmıştır. Çünkü kamu harcaması, kanuni hükümlere göre belirlenen harcama makamının⁵ onayı üzerine yine bu kanuni hükümler kapsamında gerekli şartların oluşması üzerine ödemenin yapılması ile gerçekleştirilmektedir. Her ne kadar idarenin, piyasadan temin edeceği mal ve hizmet alımları ile yapım işleri için yapacağı sözleşmelerin, hukuk sistemimizde özel hukuk hükümlerine tabi olduğu genel kabul görse de idarenin özel hukuk hükümlerine göre sözleşme yapma serbestisi kısıtlanmış ve belli usullere yani idare hukuku rejimine tabi kılınmıştır. Bunun nedeni ise özel hukuk ilişkisi olsa bile sonuçta harcanan paranın ya da kaynağın kamu parası/kaynağı ve güdülen amacın da kamu yararı olmasıdır⁶. Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesinin bir kararında da zikredildiği üzere “*İdare, gerek yapısı gerekse idarede kanunilik ilkesi gereğince, hangi türde olursa olsun sözleşme yapmadan önce çeşitli usul kurallarına uymak zorunda*”dır⁷. Bu bağlamda çalışmanın birinci bölümünde genel olarak kamu alımlarının tabi olduğu hukuki rejim ile ülkemiz açısından geline son nokta öncesine kadar yaşanan gelişmeler ele alınmıştır.

Son yıllarda uyum yasaları olarak da kabul edilen ve Türk hukuk sisteminde neredeyse topyekun bir yeniden yapılanma anlamına gelen hukuk ve ceza uyum yasalarının yanı sıra yaşanan ekonomik kriz, devletin harcama ve mali yasalarının da değişimini zorunlu kılmıştır. Genel bütçeye dahil idarelerle, katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işleri; 1 Ocak 1984 tarihinden beri uygulanmakta olan 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerine göre yürütülmekteyken, zaman içinde ihale ve

⁴ **TAŞDELEN**, Aziz, *Kamu Harcamaları Hukukunda İhale Süreci*, (Kamu Harcamaları) Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s. 1.

⁵ 1050 sayılı Muhasebe-i Umumiye Kanunu döneminde kullanılan “ita amiri” yerine “harcama yetkilisi” tanımı, hukuk terminolojimize ilk defa 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu ile girmiştir.

⁶ **GÜNDAY**, *İdare Hukuku*, s. 146.

⁷ **UYM**'nin (Hukuk Bölümü) 21.6.1999 tarihli ve E.1998/8, K.1999/17 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 21.9.1999, S. 23823, s. 17 vd.

sözleşme işlem sürecinde görülen aksaklıklar ve mevzuattan kaynaklanan boşlukların⁸ yarattığı olumsuzluklar⁹, kanun koyucuyu Avrupa Birliği uyum yasalarına zorlamış ve nihayetinde kamu alımları ile ilgili olarak geniş kapsamlı hükümler ihtiva eden 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhaleleri Sözleşmeleri Kanunu, 1 Ocak 2003 tarihi itibarıyla yürürlüğe konulmuştur¹⁰.

Avrupa Birliğine uyum kapsamında olsa da, söz konusu Kanunlarla benimsenen rejim dikkatle incelendiğinde; Avrupa Birliği yanında özellikle Dünya Ticaret Örgütü Kamu Alımları Anlaşması ve Birleşmiş Milletler UNCITRAL Model Kanununda yer alan hükümlerden de istifade edildiği gözlemlenmektedir. Bu sebeple, kamu alımları için 1 Ocak 2003 itibarıyla getirilen rejimin esin kaynağı olan uluslararası normlar ile Avrupa Birliği direktifleri, ayrıntısına inilmeksizin genel çerçevesiyle çalışmanın birinci bölümünde incelenmiştir.

Son yıllarda “devletin küçülmesi”, “harcama politikasındaki etkinlik”, “saydamlık”, “hesap verebilirlik” gibi kavramların sık sık gündeme gelmesiyle birlikte özellikle kamu mali yapısını ilgilendiren kanuni düzenlemelerde kapsamın olabildiğince geniş tutulabilmesi için “Devlet” kavramından “kamu” kavramına doğru bir geçiş olmuştur. Bu çalışmanın konusu olan alanda yapılan düzenlemeyle de en başta “Devlet İhale Kanunu”nun, “Kamu İhale Kanunu” olarak zikredilmesiyle kapsam genişletilmiş¹¹ ve bu suretle Kamu İktisadi Kuruluşları, İktisadi Devlet Teşekkülleri, Sosyal Güvenlik Kuruluşları, Fonlar gibi özerk bütçeli fakat kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşları da kapsama alınmıştır.

Kamu İhale Kanunuyla; kamu alımlarında saydamlığın, rekabetin, eşit muamelenin, güvenilirliğin, gizliliğin, kamuoyu denetiminin, ihtiyaçlara uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasının ve kaynakların verimli kullanılmasının en geniş şekilde sağlanması, kamu kurum ve kuruluşlarının kullanımlarında bulunan her türlü kaynaktan

⁸ BAŞSOY, Ahmet, “Devlet İhale Kanunu ve Rekabet”, *Mali Hukuk*, S. 93, Mayıs-Haziran 2001, s. 4-14.

⁹ SEZER, Yasin, “Kamu İhale Kanunu: Şeffaflık ve Rekabet”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 35, S. 4, Aralık 2002, s. 58.

¹⁰ 4 Ocak 2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile 5 Ocak 2002 tarihli ve 4735 sayılı “Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, *Resmî Gazete*, 22.1.2002, S. 24648.

¹¹ Bu genişleme, 2886 sayılı Kanunun kapsamına göre bir genişlemedir. Esasen kapsam, uygulanacak kurumlar bakımından genişlemiş ama işlem türleri yönünden ise –bir bakıma- daralmıştır.

yapacakları ihalelerde tek bir yasal düzenlemeye tabi olmaları, tahmini bedel¹² baz alınarak indirim yapılmak suretiyle ihaleye çıkılması yerine, işlerin istekliler tarafından piyasa rayıçlerine uygun fiyatlara göre tespit ve teklif edilen gerçekçi bedeller üzerinden ihale edilmesi sağlanmaya çalışılmıştır. Bu nedenle çalışmanın birinci bölümünde, 4734 sayılı Kanunla getirilen kamu alım sistemi ile bu sisteme hakim temel ilkeler ayrıca incelenmiştir.

Diğer taraftan, daha önce kamu alımlarında olmayan bir sistem hayata geçirilmiş ve alım sürecinin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içinde yapılan işlemlerde mevzuata aykırılık bulunduğuna ilişkin şikayetleri inceleyerek sonuçlandırmak üzere Kamu İhale Kurulu ile birlikte Başkanlık ve hizmet birimlerinden oluşan Kamu İhale Kurumu kurulmuştur. Bunun yanında ilk defa kamu alımlarıyla ilgili şikayetlerin incelenmesi süreci, uluslararası uygulamalar çerçevesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu bağlamda çalışmanın ikinci bölümünde, çalışmamızın asıl konusunu oluşturan ve Kamu İhale Kanunuyla getirilen idari denetim sistemi ayrıntılı olarak ele alınmış ve idare hukukunun genel prensipleri dairesinde değerlendirmelerde bulunulmuştur.

Kamu alımları ile ilgili olarak yapılan bu kanuni düzenlemelerle yetinilmemiş, akabinde bu defa da yaklaşık üç çeyrek yüzyılı aşkın süredir uygulanan ve kamu mali yönetiminin Anayasası olarak da kabul gören 26 Mayıs 1927 tarihli ve 1050 sayılı Muhasebe-i Umumiye Kanunu, kurumlar ve işlemler bakımından kapsayıcı olmaması, hesap verme ve sorumluluklar bakımından yetersiz kalması, harcama sürecinde aşırı merkeziyetçiliğinden ötürü ve diğer gerekçelerle ciddi eleştirilerle¹³ karşılaşılması üzerine yürürlükten kaldırılmış ve yerine geçmek üzere 24 Aralık 2003 tarihli ve 5018 sayılı “*Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu*” kabul edilmiş ve tüm hükümleriyle birlikte 1 Ocak 2006 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir¹⁴.

5018 sayılı Kanunla bütçe kapsamı genişletilerek Meclisin bütçe üzerindeki denetim yetkisinin artırılması, mali yönetimde saydamlığın yanı sıra stratejik planlama ve performans esaslı bütçelemeye birlikte orta vadeli harcama sistemine geçilmiş, bu suretle planlı bir bütçe yapısı hedeflenmiş, etkin bir iç denetim sistemiyle beraber

¹² “*Tahmini Bedel*” ya da daha eski tabiriyle “*Muhammen Bedel*”, yeni sistemde bir anlamda “*Yaklaşık Maliyet*” olarak devam edegelmektedir. Ancak bu kurum, işlevsel açıdan “*Tahmini Bedel*”den tamamen farklıdır.

¹³ **KIZILKAYA**, Eyüp, “Kamu Mali Yönetimi ve Mali Kontrol Kanun Tasarısı Üzerine Görüş ve Öneriler”, *Mali Kılavuz Dergisi*, S. 18, <http://www.mukder.org.tr/18ek.htm>, 27.3.2006.

¹⁴ *Resmi Gazete*, 24.12.2003, S. 25326.

denetimin performans esaslı olması amaçlanmış ve böylece kamu harcamalarında idarelerin sorumluluk esasına göre inisiyatif kullanmaları amaçlanmıştır¹⁵. Kamu İhale Kanunu ile ciddi oranda etkileşim içinde olsa da, çalışmanın kamu alımlarında idari denetimle sınırlı tutulması ve kamu mali yönetiminin tek başına oldukça kapsamlı bir alanı ilgilendirmesi sebepleriyle, 5018 sayılı Kanunla yapılan düzenleme sonrası getirilen rejimin incelenmesi, çalışmamızın sınırlarını aşacağından, mümkün olamamıştır.

Bu şekilde iki bölümden oluşan işbu çalışmada, idare hukukunun temel uğraş alanlarından birisi olan kamu alımları, karşılaştırmalı idare hukuku yaklaşımıyla ele alınmaya çalışılmış olup, yapılan çalışmanın niteliği itibarıyla bir çok disiplini ilgilendirdiği de göz önünde bulundurulduğunda, kamu alımlarıyla ilgili bütün hususların incelenmesi iddiası güdülmektedir. Özellikle iktisat ve maliye teorisine bakan yüzünden ziyade, esasen kamu alımlarıyla ilgili bir idari usul kanunundan ibaret bulunan 4734 sayılı Kanun kapsamında geliştirilen idari denetim mekanizmalarının, idari işlem boyutu temel alınarak, idare hukuku perspektifinde incelenmesi amaçlanmıştır.

¹⁵ *Ulusal ve Uluslararası Çalışmalar Işığında Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu*, Maliye Bakanlığı Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğü, S. 2004/1, Şubat 2004, Ankara, s. V.

BİRİNCİ BÖLÜM

KAMU ALIMI : KAVRAM, ULUSLARARASI VE ULUSAL DÜZEN

I. KAVRAMSAL YAKLAŞIM

Devlet; üstlendiği kamu hizmetini yürütebilmek, varlığını idame ettirebilmek, sahip olduğu yetkileri en iyi şekilde kullanabilmek için oluşturduğu finansman yollarıyla yatırımlarda bulunmak ya da bir takım harcamalar yapmak zorundadır¹.

Nitekim Anayasanın bazı maddelerinde Devlet ve bağlı kuruluşlarından oluşan kamunun, harcama yapmasını gerekli kılan bazı görev ve yükümlülükler düzenlenmiştir. Örneğin 1982 Anayasasının 166, 167, 128, 42, 130, 168 ve 170 inci maddelerinde değişik alanlarda olsa da maddi imkanlardan yoksun başarılı öğrencilere, öğrenimlerini sürdürebilmeleri amacı ile burslar ve başka yollarla gerekli yardımların yapılması; memurlar ve diğer kamu görevlerinin aylık ve ödeneklerinin karşılanması; yüksek öğretim için harcama yapılması; ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmanın, sanayinin ve tarımın yurt düzeyinde dengeli ve uyumlu biçimde hızlı gelişiminin, ülke kaynaklarının döküm ve değerlendirmesinin yapılarak verimli şekilde kullanılmasının planlanması, bu amaçla gerekli teşkilatın kurulması; para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirlerin alınması; tabii servetler ve kaynakların aranması ve işletilmesi ile ormanların gözetilmesi ve işletilmesi gibi konularda Devlete harcama yapılmasını gerekli kılan bazı yükümlülükler verilmiştir.

Sağlık, güvenlik, adalet, ulaştırma, altyapı, eğitim, kolluk, emniyet gibi kolektif ihtiyaçların karşılanması dışında devletin kamu yararı gereği üstlendiği diğer faaliyetler için de önemli tutarlarda harcama yapması yani mal ve hizmet alması ya da yapım işi yaptırması da gerekmektedir².

¹ GÜVENDİ, İrfan, “Kamu İhalelerinde Açıklık ve Rekabet İlkesi”, *Belediye Dünyası*, C. 2, S. 11, Kasım 2001, s. 57.

² ULUATAM, Özhan, *Kamu Maliyesi*, İmaj Yayıncılık, 8. Baskı, Ankara 2003, s. 123.

Toplam sabit sermaye yatırımlarının büyük bir kısmını üstlenmiş olan kamunun, bu yatırımların gerçekleştirilmesi aşamasında yüklenicisini seçme yöntemi ise çoğunlukla “*ihale*” olarak karşımıza çıkmaktadır.

Arapçadan dilimize ithal edilen “*ihale*”, “*havale*” sözcüğünden türetilmiş olup “*bir işi, birinin üzerine bırakma*” anlamına gelmektedir³. Diğer taraftan ihale, alıma konu olan mal veya hizmetlerin kimden ve hangi koşullarda alınmasının belirlenmesinde, alıcılar veya satıcılar arasındaki fiyat rekabetinin esas alındığı sistemi ifade etmektedir. Bu anlamda ihaleler, en önemli fiyatlama modeli ve dağıtım mekanizmalarından biri olarak kabul edilmektedir. İşte bu sebeplerden ötürü kamu kaynaklarının şeffaf ve rekabetçi ortamda etkin ve verimli bir şekilde kullanılmasını temin etmek amacıyla kamu alımları gerçekleştirilirken hemen hemen her ülkede ihale yöntemi tercih edilmektedir⁴.

Genel durum yukarıda izah edildiği şekilde olsa da aslında, kamu alımları yapılırken “*ihale*” yöntemi her zaman kullanılmamaktadır. Nitekim çalışmanın ilerleyen bölümlerinde yeri geldiğinde açıklanacağı üzere gerekli şartların oluşması halinde “*pazarlık*” ya da “*doğrudan temin*” yöntemlerinin kullanılması suretiyle de kamu alımlarının yapılması pek ala mümkündür.

Dolayısıyla kamu alımları, birden fazla ve birbirinden farklı usullerle yapılabildiğine göre bu bağlamda konuya yaklaşırken “*kamu ihalesi*” yerine “*kamu alımı*” ifadesinin kullanılması, hem terminolojik hem de kapsayıcılık bakımından daha doğru bir ifade şekli olacaktır⁵. Zira “*ihale*”, alımın yapılması için yani tedarikçi ya da yüklenicinin belirlenmesi için kullanılan bir metot, usul ya da yöntemlerden sadece birisidir, alımın kendisi değildir.

Diğer taraftan “*ihale*” yöntemini sadece alımlara özgülemek dahi mümkün değildir. Bilindiği üzere ihale, kamu alımları yanında imtiyaz devri, satış, kiralama, özelleştirme gibi kamuya gelir getirici nitelikteki işlerde de akitin karşı tarafının belirlenmesi yöntemi olarak kullanılmaktadır.

³ ODER, Burak, “Kamu İhale Hukuku”, *Günışığında Yönetim* içinde, (Der.) İl Han ÖZAY, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004, s. 549.

⁴ BİLİR, Hakan, *İhale Piyasalarında Rekabet Politikaları, Rekabetin Sağlanması ve Korunması*, Rekabet Kurumu Yayını, No: 0142, Ankara 2004, s. 9; ERDEM, Hayrettin, “Yeni Kamu İhale Sistemi ve Kamu İhale Kurumu”, *Yaklaşım*, Y. 11, S. 122, Şubat 2003, s. 183; GÜRHAN, Hüseyin, “Devlet İhale Yasası Taslağı ve Kamu Yatırımları”, *Dünya Gazetesi*, 14 Temmuz 2000.

⁵ UZ, Abdullah, *Kamu İhale Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 2005, s. 461.

Çalışmanın konusu, imtiyaz devri niteliğinde olmayan, kamu harcaması yapılmak suretiyle, idarelerin mal ve hizmet alımları ile yapım işleri için piyasadan yapacağı alımlarla sınırlı tutulduğundan, başlığımız “*Kamu İhalelerinde İdari Denetim*” yerine “*Kamu Alımlarında İdari Denetim*” olarak belirlenmiştir.

II. KAMU ALIMLARININ HUKUKSAL DURUMU

1. GENEL OLARAK

İdare hukuku rejimini benimsemiş hukuk sistemlerinde idarenin en temel özelliği, faaliyetlerini genellikle tek taraflı işlemler vasıtasıyla yerine getirmesidir⁶. Zira kamu hukukunun bir alt dalı olan idare hukukunda, egemenlik yetkisinin kullanımı, iradelerin uyuşmasından daha ziyade öneme sahiptir⁷. Ancak bu durumun, sosyal devlet anlayışının benimsendiği günümüz koşullarında pek de geçerli olduğunu söylemek mümkün değildir.

Liberal anlayışın terk edilip sosyal devlet anlayışının benimsenmesi ile idarenin faaliyet sahasının alabildiğince genişlemesiyle devlet, ekonomik ve sosyal yaşama alabildiğine müdahale eder hale geldi. Devletin faaliyet sahasında görülen bu artış, haliyle idarenin tesis ettiği işlemlerde de kendisini gösterdi. Artık idare kendi uzmanlığındaki ve mali kaynaklarındaki yetersizlikler sebebiyle, tek taraflı işlem tesis etmek suretiyle, çoğu kamu hizmetini tesis edemez hale geldi⁸. İşte bu noktada idare, bazı etkinliklerini yürütmek ya da bir takım ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla özel hukuk kişileriyle karşılıklı irade beyanı açıklamak suretiyle oluşturduğu sözleşmelerden istifade etmeye başladı^{9 10}.

⁶ **Da10D**'nin 17/10/1990 tarihli ve E.1989/492, K.1990/2224 sayılı kararı.; “*İdari işlemler, kamu kurum ve kuruluşları tarafından, kamu hukuku kuralları uyarınca tesis edilen, tek taraflı, doğrudan uygulanabilir nitelikte hukuki tasarruflardır*”. Benzer mahiyetteki diğer bir karar için bkz. **Da10D**'nin 16/2/1995 tarihli ve E.1994/3564, K.1995/664 sayılı kararı.

⁷ **KUTLU**, Meltem, *İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 75, İzmir 1997, s. 11.

⁸ **GÜNDAY**, Metin, *İdare Hukuku*, İmaj Yayıncılık, Ankara 1999, s. 140; **KUTLU**, s. 2.

⁹ **ODYAKMAZ**, Zehra, “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. II, S. 1-2, Haziran-Aralık 1998, s. 141-195.

¹⁰ İdarenin sözleşmelerini, özel hukuk kişileriyle yapılan sözleşmelerle sınırlamak mümkün değildir. Öyle ki idare, bazı durumlarda başka bir idareyle sözleşme yapma cihetine de gidebilmektedir.

Bu kapsamda idarenin taraf olduğu sözleşmeleri, konuları bakımından iki gruba ayırmak mümkündür. Bunlardan ilki, halkın kamu hizmetlerinden yararlanmasını temin etmek amacıyla yapılan sözleşmeler olup ikinci grup ise idarenin faaliyetlerini yürütürken ihtiyaç duyduğu mal ve hizmet alımları ile yapım işlerini temin etmek için yaptığı sözleşmelerdir¹¹.

İdarenin, halkın kamu hizmetlerinden yararlanmasını temin etmek amacıyla yaptığı sözleşmeler, idare hukuku literatüründe genel kabul gördüğü üzere¹², *idari sözleşmeler* olarak adlandırılmaktadırlar¹³. Doktrin ve içtihatlarla gelişim seyrini sürdüren idari sözleşmenin ölçütlerini; akit taraflardan birisinin idare olması, sözleşmenin konusunun bir kamu hizmetinin yürütülmesi olması, sözleşmenin amacının kamu yararı olması ve sözleşmeyle idareye, diğer akite nazaran ayrıcalıklı ve üstün haklar tanınması olarak sıralamak mümkündür¹⁴.

İdari sözleşme türleri ise kısaca; müşterek emanet sözleşmesi¹⁵, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi¹⁶, mali iltizam sözleşmesi¹⁷, kamu istikraz sözleşmesi¹⁸, idari hizmet

GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref/**TAN**, Turgut, *İdare Hukuku-Genel Esaslar*, C. I., (İdare Hukuku) 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s. 512.

¹¹ **GÜNDAY**, *İdare Hukuku*, s. 140.

¹² İdari sözleşme kavramını reddeden Duguit'e göre, özel kişiler arasında yapılmış olan sözleşmeden farklı bir idari sözleşme kategorisi yoktur. Ayrıntılı bilgi için bkz. **ROUVIERE**, Jean, "İdari Sözleşmeler", (Çev. Vecihi **TÖNÜK**), *İdare Dergisi*, Y. 21, S. 205, Temmuz-Ağustos 1950, s. 104-108.

¹³ **ONAR**, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. III, İstanbul 1966, s. 1590; **GİRİTLİ**, İsmet/**AKGÜNER**, Tayfun, *İdare Hukuku Dersleri II*, İstanbul, 1987, s. 172; **ÖZAY**, İl Han, *Günüşiğinde Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004, s. 510; **GÖZÜBÜYÜK/TAN**, *İdare Hukuku*, s. 522.

¹⁴ **BİLGİN**, Pertev, *Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay İçtihatlarına Göre İdarî Sözleşmelerin Kriterleri*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 1970, s. 115; **BALTA**, Tahsin Bekir, *İdare Hukukuna Giriş*, Ankara 1970, s. 186 vd.; **ODYAKMAZ**, s. 143; **AZRAK**, A. Ülkü, "İdari Mukavele Kavramının Teori ve Tatbikattaki Gelişimine Dair Mukayeseli Bir İnceleme", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. XXIX, S. 3, 1963, s. 521; **GÖZÜBÜYÜK**, A.Şeref, *Türkiye'nin İdari Yapısı*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1972, s. 52.

¹⁵ **ONAR**, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. I, İstanbul 1966, s. 540.

¹⁶ **BALTA**, Tahsin Bekir, *İdare Hukuku-Genel Konular*, C. I, Ankara 1972, s. 474-475.

¹⁷ Bir hizmetin idare tarafından bir bedel karşılığında bir kişiye gördürülmesi veya belli bir şeyin teslimi konusunda yapılan sözleşmeye mali iltizam sözleşmesi denilmektedir. Bu tür sözleşmeler genellikle Osmanlı Devleti döneminde devlet adına halktan tarım vergisi toplanması için yapılırdı. **TAN**, Turgut, "Osmanlı İmparatorluğunda Yabancılara Verilmiş Kamu Hizmeti İmtiyazları", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. XXII, Mart 1967, S. 2, s. 285-326.; Halen bu sözleşmeler, göl ve nehirlerle deniz kıyılarındaki hazineye ait dalyanlar ve volilerden yararlanmak, askeri birliklerin, okulların beslenme ve giyimle ilgili ihtiyaçlarının belli bir süre içerisinde düzenli bir şekilde sağlanması ve teslimi için yapılmaktadır. Devletin tekelinde bulunan mükerrer sigorta hakkının işletilmesinde de mali iltizam sözleşmesine başvurulmaktadır. Son yıllarda emlak vergisi geliri belediyelere terk edilmiştir. Bazı belediyeler bu verginin tahakkukundan tahsiline kadar her türlü hizmetin yapılmasını özel kişilere devretmektedirler. Devir için yapılan bu sözleşmeler, mali iltizam sözleşmesi niteliğindedir. **ODYAKMAZ**, s. 142; **ÖNEN**, Turgut, *İdari Faaliyetler, İdari Sözleşmeler, Kolluk Kuvvetleri*, 1975-1976 Yılı Ders Notları, Ankara 1976, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi, s. 8.

¹⁸ **ODYAKMAZ**, s. 144.

sözleşmesi¹⁹, maden işletme imtiyazı sözleşmesi²⁰, orman işletme sözleşmesi²¹ ve yap-ışlet-devret sözleşmesi²² olarak sayılabilir.

Yukarıda sayılanlardan maden işletme imtiyazı sözleşmeleri ile orman işletme sözleşmelerinin üzerinde kısaca durulmasında fayda vardır.

Maden işletme imtiyazı, 3.3.1954 tarihli ve 6309 sayılı Maden Kanununa göre idare ile işletmeci arasında yapılan ve idari sayılan bir sözleşme ile verilmekteydi. Buna göre, madenin aranmasına ve işletilmesine ilişkin bu imtiyaz sözleşmeleri, zikredilen Kanun gereği idari sözleşme niteliğinde kabul edilmekteydi²³. Ancak 6309 sayılı Kanunu yürürlükten kaldıran 4.6.1985 tarihli ve 3213 sayılı Kanunla artık idare, madenlerin işletmesini, işleticiye bir imtiyaz sözleşmesiyle değil “*ruhsat*” usulüyle vermektedir²⁴. Bu arada 3213 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte bu kapsamda imtiyaz sözleşmesi yapılması mümkün değilse de daha önceden yapılmış olan maden işletme imtiyazlarının devam edeceği yönünde geçici bir düzenlemeye gidilmiştir²⁵.

Diğer taraftan, 1982 Anayasasının kabulünden önce idare ile özel hukuk kişisi arasında, ormanların bakım ve onarımıyla yükümlü olmak üzere işletilmesi için orman işletme sözleşmeleri yapılmaktaydı. Nitekim bu sözleşmeler, Uyuşmalık Mahkemesi²⁶ ve Danıştay²⁷ tarafından da idari sözleşme niteliğinde kabul edilmekteydi. Ancak 1982 Anayasasının 169 uncu maddesindeki devlet ormanları, devletçe yönetilir ve işletilir hükmü gereğince orman işletme sözleşmelerinin yapılması imkanı ortadan kalkmıştır²⁸. Buna göre Devlet, ormanları bizzat yönetecek ve işletecektir. Ancak önceden yapılmış olan orman işletme sözleşmeleri geçerlidir ve halen de yürürlüktedir²⁹.

İdari sözleşmeler dışında idare, kamu hizmetlerinin tesis edilmesi için gereksinim duyduğu mal ve hizmet alımı ya da yapım işlerini kendi içyapısı içinde

¹⁹ **SERİM**, Bülent, “Sözleşmeli Personelin Hukuki Statüsü”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 21, S. 1, Mart 1988, s. 135-154.

²⁰ **AZRAK**, A. Ülkü, “Devletçe İşletilecek Madenler Hakkındaki Kanuna İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerine Düşünceler”, *Yargı*, Mart 1980, S. 47, s. 10-14.

²¹ **ONAR**, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. II, İstanbul 1966, s. 1366.

²² **TAN**, Turgut, “Kamu Hizmeti İmtiyazından Yap-İşlet-Devret Modeline”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 47, S.3-4, s. 307-324; **ULUATAM**, Özhan, “Yap-İşlet-Devret Modeli Üzerine Düşünceler”, *İşveren Dergisi*, C. XXVIII, S. 5, Şubat 1989, s. 27-29.

²³ **AZRAK**, A. Ülkü, “Türkiye’de Madenlerin Hukuki Rejimi Üzerine Düşünceler”, *İdare Hukuku ve İlimler Dergisi*, Yıl 1, S. 2, Ağustos 1980, s. 5.

²⁴ **GÖZÜBÜYÜK/TAN**, *İdare Hukuku*, s. 533.

²⁵ **ODYAKMAZ**, s. 147.

²⁶ **UYM**’nin (Hukuk Bölümü) 24.1.1946 tarihli ve E. 1946/7/2, K. 1946/2 sayılı kararı.

²⁷ **Da5D**’nin 22.4.1944 tarihli ve E. 1944/1522, K. 1944/831 sayılı kararı, *Danıştay Dergisi*, S. 26, s.53.

²⁸ **GÖZÜBÜYÜK/TAN**, *İdare Hukuku*, s. 534.

²⁹ **ODYAKMAZ**, s. 144.

karşılayamaması durumunda, bu ihtiyaçları karşılamak için özel hukuk kişileriyle sözleşme yapma yoluna da sıklıkla başvurmaktadır. Bu alımlar, kamu harcamalarında önemli büyüklük teşkil eder vaziyettedir ki buna ilişkin olarak rakamsal bir büyüklük vermek gerekirse, 2006 yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanununda sadece mal ve hizmet alımı için ayrılan ödenek tutarı 17.720.624.215,00.-YTL olarak belirlenmiştir^{30 31}. Bunun dışında bütçede önemli bir yer tutan yapım işleri için ödenek tutarının ise belirtilen rakamın oldukça üstünde bir meblağı teşkil ettiğini belirtmekte ayrıca fayda vardır.

İdarenin taraf olduğu sözleşmeler, konuları bakımından çok farklılık arz etse de tabi olduğu hukuki rejim bakımından iki gruba ayrılmaktadır. Bunlar, idare hukukuna tabi sözleşmeler ve özel hukuka tabi sözleşmelerdir³². Bu konuda kanun koyucunun iradesi, yargının yaklaşımı ile tarafların iradesi sözleşmenin tabi olacağı hukuki rejimin tespitine esas faktörlerdir. Ancak şunu da hemen belirtmekte fayda vardır ki; bugün için doktrinde ve yüksek yargı içtihatlarında benimsendiği üzere idare, yaptığı sözleşmenin tabi olacağı hukuki rejimi belirleme hakkına sahip değildir^{33 34}. Hatta idarenin yaptığı sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların tabi olacağı hukuki rejimin kanuni düzenleme ile belirlenmesi bile sözleşmenin niteliğinin belirlenmesinde bağlayıcı niteliğe sahip değildir³⁵.

Konuyu yap-işlet-devret sözleşmelerinin tabi olduğu hukuki rejimin belirlenmesine dönük olarak yapılan kanuni düzenlemeler hakkında Anayasa Mahkemesince verilen kararlar ışığında değerlendirmekte fayda vardır.

³⁰ 27/12/2005 tarihli ve 5437 sayılı “2006 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu”, *Resmi Gazete*, 31.12.2005, S. 26040 - 1. Mük., s. 28.

³¹ Kamu harcamaları ekonomik yönden “*cari harcamalar*”, “*yatırım harcamaları*” ve “*transfer harcamaları*”ndan oluşmaktadır. Cari harcamalar, kamu hizmetlerinin yürütülebilmesi için zorunlu olan ve yıl içinde yapılan kısa vadeli kırtasiye, ısınma, haberleşme, personel giderleri, bakım ve onarım gibi harcamalardır. Yatırım harcamaları ise ekonomik anlamda üretimi artırıcı ve faydası gelecek yılları da kapsayıcı nitelikteki karayolu, baraj, büyük onarım ve hastane yaptırılmasına ilişkin harcamalardır. Transfer harcamaları ise üretime yönelik olmayan ve karşılığı da bulunmayan daha çok yardım amacıyla devlet tarafından yapılan harcamalardır. Bunlara örnek olarak yoksullara yapılan yardımlar ile teşvik ve destek kapsamında yapılan harcamalar verilebilir. Konumuzu oluşturan mal ve hizmet alımları ile yapım işleri, yani kamu alımları hem cari harcamalar hem de yatırım harcamaları içerisinde değerlendirilebilecek faaliyetlerdir. **TAŞDELEN**, Aziz, *Kamu Harcamaları Hukukunda İhale Süreci*, (Kamu Harcamaları) Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s. 6; **AKDOĞAN**, Abdurrahman, *Kamu Maliyesi*, Gazi Kitabevi, 9. Baskı, Ankara 2003, s. 84; **ÖNCEL**, Mualla/ÇAĞAN, Nami, *Bankacılar İçin Mali Hukuk Bilgisi*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 2003, s. 126.

³² **ODYAKMAZ**, s. 141-195; **KUTLU**, s. 12.

³³ **DURAN**, Lütfi, *İdare Hukuku*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1982, s.435.

³⁴ Aksi yöndeki görüş için bkz. **AZRAK**, “İdari Mukavele”, s. 521.

³⁵ **BALTA**, *İdare Hukukuna Giriş*, s. 190; **KUTLU**, s. 17.

Bilindiği üzere, 4.12.1984 tarihli ve 3096 sayılı “Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun”, hukukumuzda Yap-İşlet-devret modeline zemin hazırlayan ilk düzenlemedir³⁶. Bu Kanuna göre idarenin bir şirketle yaptığı sözleşmeyi Danıştay’ın imtiyaz niteliğinde görerek iptal etmesi üzerine³⁷, bu tür sözleşmelerin “*imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte bir sözleşme*” olduğu ve “*bu sözleşme -nin- özel hukuk hükümlerine tâbi*” bulunduğu hükümlerini içeren 8.6.1994 tarihli ve 3996 sayılı “Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun”³⁸ kabul edilerek yürürlüğe konulmuştur³⁹.

Bu defa da Anayasa Mahkemesi, anılan Kanun hakkında verdiği meşhur kararıyla⁴⁰, “*Yap-İşlet-Devret yönteminin kamu hizmeti imtiyazı, -kanunun- 2 nci maddesinde öngörülen yatırım ve hizmetlerin yaptırılmasına, işletilmesine ve devredilmesine ilişkin sözleşmelerin de kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden başka bir şey olmadığı*” gerekçesiyle kanunun 5 inci maddesinin birinci cümlesindeki “... *imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte...*” kelimeleri ile “*bu sözleşme özel hukuk hükümlerine tâbidir*” cümlesini Anayasanın 155 inci maddesine aykırı bularak iptal etmiştir. Bu iptale bağlı olarak Danıştay ödenetiminden sonra imtiyazın Bakanlar Kurulu kararıyla verilmesine ilişkin 10.6.1326 (1910) tarihli “Menafii Umumiyyeye Müteallik İmtiyazat Kanunu”⁴¹ ile bazı imtiyazların verilmesi hakkındaki Bakanlar Kurulu kararlarının TBMM tarafından onanmasına ilişkin 25.6.1932 gün ve 2025 sayılı Kanunun bu sözleşmelerde uygulanmayacağına dair 14 üncü maddesinin 2 nci cümlesini de iptal

³⁶ *Resmi Gazete*, 19.12.1994, S. 186101.

³⁷ **Da10D**’nin 29.4.1993 tarihli ve E. 1991/1, K. 1993/1752 sayılı kararı, *Danıştay Dergisi*, S. 88, s. 463-466.

³⁸ *Resmi Gazete*, 13.6.1994, S. 21959.

³⁹ 3996 sayılı Kanuna göre Yap-İşlet-Devret Sözleşmeleri; köprü, tünel, baraj, sulama, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, haberleşme, enerji üretimi, iletimi, dağıtımı, maden ve işletmeleri, fabrika ve benzeri tesisler, çevre kirliliğini önleyici yatırımlar, otoyol, demiryolu, yeraltı ve yerüstü otoparkı ve sivil kullanıma yönelik deniz ve hava limanları ve benzeri yatırım ve hizmetlerin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi konularında idare ile sermaye şirketleri veya yabancı şirketler arasında yapılır Sermaye şirketleri yerli anonim şirketlerdir. Gerektiğinde kamu kurulu ve kuruluşları da (kamu iktisadî teşebbüsleri dahil) bu anonim şirkete ortak olabilirler. Bu tür sözleşmelerin süresi 49 yıldan fazla olamaz. Yap-İşlet-Devret sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte, yapılan yatırım ve hizmetler, her türlü borç ve taahhütlerden arı, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda bedelsiz olarak kendiliğinden idareye geçer.

⁴⁰ **AYM**’nin 28/6/1995 tarihli ve E.1994/71, K.1995/23 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 20.3.1996, S. 22586.

⁴¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Takvimi Vekayi, 24.6.1326-576; Türkiye Cumhuriyeti Mer’i Kanunları C. 5-A, s. 686.

etmiştir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi, Yap-işlet-devret sözleşmelerini “*niteliği bakımından imtiyaz sözleşmesi*” olarak kabul etmiştir.

Nitekim Danıştay da, Ulaştırma Bakanlığı Demiryolları, Limanlar ve Hava Meydanları İnşaatı Genel Müdürlüğü ile Voyager Mediterranean Turizm Endüstrisi ve Ticaret A.Ş. ile Doğu İnşaat ve Ticaret A.Ş. Ortak Girişim Grubu arasında hazırlanan İmtiyaz Sözleşmesi Taslağı hakkındaki kararında, 3996 sayılı Kanun çerçevesinde kamu kurum ve kuruluşlarıyla özel hukuk kişileri arasında yapılacak olan sözleşmelerin bu kanuna tâbi kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olduğunu belirtmektedir⁴².

Ayrıca Danıştay’ın Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile Birecik Barajı ve Hidroelektrik Santrali Tesis ve İşletme A.Ş. arasında 19.3.1993 gününde imzalanmış bulunan Birecik HES sözleşmesine ilişkin kararında şu hükümlere yer verilmektedir; “...idareye özel hukuk yetkilerini aşan, ona üstünlük tanıyan hükümler içermektedir. Gerçekten, Kanunun yapılacak sözleşmelerin 99 yıla kadar olmak üzere uzun süreli olarak düzenleneceğine ilişkin 7nci, hizmetin düzenli ve istikrarlı biçimde yürütülmesini sağlamak için idareye gözetim, denetim yetkileri tanıyan ve süre sonunda tüm tesisleri ile malların borçtan arınmış olarak idareye geçeceğini öngören 8 inci ve idareye enerji tarifelerini belirleme yetkisi veren 9 uncu maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, bu Kanuna göre (3096) yapılacak görevlendirme ve işletme hakkı devri sözleşmelerinin, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin tüm öğelerini taşıdığı görülmektedir...”⁴³.

Nitekim doktrinde de Anayasa Mahkemesinin iptal kararından önce Yap-işlet-devret sözleşmelerinin genellikle kamu imtiyazı sözleşmesi niteliğinde olduğu fikri ileri sürülmüştür⁴⁴. Anayasa Mahkemesinin yukarıda zikredilen kararından sonra gelinen son aşamada bundan böyle bu sözleşmeler, Danıştay ön denetiminden geçtiği gibi imtiyaz Bakanlar Kurulu kararıyla veya aynı zamanda Meclisin onayı ile verilebilecek ve

⁴² **Da1D**’nin 20.3.1997 tarihli ve E. 1996/84, K.1997/30 sayılı kararı.

⁴³ **Da1D**’nin 26.4.1995 tarihli ve E. 1995/49, K. 1995/93 sayılı kararı. Diğer kararlar için bkz. **Da1D**’nin 24.9.1992 tarihli ve E. 1992/232, K. 1992/294 sayılı kararı; **Da1D**’nin 5.2.1998 tarihli ve E. 1997/94, K. 1998/14 sayılı Aralık Hidroelektrik Santrali’nin Kurulması, İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketine Satışına İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi Tasarısı hakkındaki kararı.

⁴⁴ **BİLGİN**, Pertev, “Yap-İşlet-Devret Sözleşmeleri Hakkında”, *Kamu Hukuku Bülteni*, S. 3, Mart 1990, s.1-6; **BİLGİN**, Pertev, “Yap-İşlet-Devret Sözleşmeleri, Devlet Denetleme Kurulu ve Yürütmenin Durdurulması Hakkında”, *I. Uluslararası İdare Hukuku Kongresi, İkinci Kitap, Kamu Yönetimi*, Ankara 1-4 Mayıs 1990, s. 799-804; **DURAN**, Lütfi, “Yap-İşlet-Devret”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. XLVI, Ocak-Haziran 1991, No: 1-2, s. 147-170.

çıkacak uyuşmazlıklardan doğacak davaların çözüm yeri de adli yargı değil idari yargı olacaktır^{45 46}.

Özetlemek gerekirse; Yap-işlet-devret sözleşmelerinin tabi olduğu hukuki rejimin belirlenmesi ile ilgili olarak kanun koyucu ve yargı yerleri arasında yaşanan bu meşhur örnekten hareketle, idarenin taraf olduğu sözleşmelerin tabi olduğu hukuki rejim, başta konusu olmak üzere içerdiği hükümlere göre yapılacak değerlendirme sonrasında tespit edilecektir.

2. KAMU ALIMLARININ HUKUKİ REJİMİ

Borçlar Kanununun 1 inci maddesinde yer alan “iki taraf karşılıklı ve birbirine uygun surette rızalarını beyan ettikleri takdirde, akit tamam olur” hükmü gereğince sözleşme, iki tarafın birbirine uygun irade beyan etmek suretiyle karşılıklı hak ve borç doğuran bir hukuki işlem olduğuna göre, özel kişiler gibi idarelerin de yapacağı alımlarda başvuracağı temel yöntem sözleşme şeklinde tezahür edecektir.

Özel hukukta tarafların serbest iradeleri ve farklı çıkarlarının uyuştugu noktada sözleşme ortaya çıkmaktadır. Ancak idare, alım yapacağı zaman taraf olduğu sözleşmelerde özel hukuktaki kişiler gibi özgürlüğe ya da tam bir serbestiye sahip değildir⁴⁷. Çünkü idare, yaptığı alımlar -sözleşmeler- çerçevesinde nihayetinde kamu yararı amacını gütmektedir⁴⁸. İdare yaptığı alımlarda, kamu yararı amacını güderken aynı zamanda kamu kaynaklarını da ekonomik ve verimli kullanmak zorundadır. Hatta öyle alımlar vardır ki, bunların idare üzerinde oluşturduğu ağır mali yükten kaynaklanan

⁴⁵ **ODYAKMAZ**, s. 141-195.

⁴⁶ Ancak şu da bir gerçektir ki bugün hukukumuzda artık “Yap-İşlet” modeline doğru bir gelişme olmaktadır. **ODYAKMAZ**, s. 141-195; Son gelişmeler için bkz., 24.11.1994 tarihli ve 4047 sayılı “Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapılması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”, *Resmi Gazete*, 3.12.1994, S. 22130; 16.7.1997 tarihli ve 4283 sayılı “Yap-İşlet Modeli İle Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun”, *Resmi Gazete*, 19.7.1997, S. 23054.; Diğer taraftan Anayasa Mahkemesine 4.12.1984 tarihli ve 3096 sayılı “Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtım ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun”un 3 üncü maddesi için yapılan itiraz, “...bakılmakta olan davada uygulanacak kural olmadığından... Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle...” oyçokluğuyla reddedilmiştir. **AYM**’nin 20.7.1998 tarihli ve E. 1998/36, K.1998/49 sayılı kararı.

⁴⁷ **AZRAK**, “İdari Mukavele”, s. 524; **DURAN**, Lütfi, “Türk Hukukunda İdari Mukaveleler”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. XXX, 1964, S. 1-2, s. 418-435.

⁴⁸ Ayrıca idarenin yaptığı alımlar, ekonomik, sosyal ve çevre gibi politikaların tesis edilmesinde araç olarak da kullanılmaktadırlar.

baskı, sözleşmenin yapılmasında idarenin risk altına girmemesi için gerekli önlemlerin alınmasını zorunlu kılar⁴⁹.

Bu zorunluluklar sebebiyle idarenin sözleşme yapma yetkisi ile akidini belirleme yönetimindeki keyfiliği sınırlandırılmıştır⁵⁰. İşte bu keyfiliğin sınırlandırılması gereği ve güdülen kamusal menfaatlerin tesis edilmesi için kamu alımlarında, idarenin akidini belirleme yöntemi birtakım kurallara daha doğru bir ifadeyle sürece bağlanmıştır. İdare ile sözleşme ilişkisine giren özel kişilerin iradelerini açıklamaları özel hukuk hükümleriyle büyük ölçüde benzerlik gösterse de idarenin, irade beyanını açıklaması bir dizi işlemin tamamlanması ile mümkün olabilmektedir⁵¹. Ancak bu durumda da idarece yapılan işlemlerin belli bir süreç niteliğinde olması ve karmaşık bir yapıya sahip olması da beraberinde bir takım sorunları getirmektedir.

Bir sözleşmenin ortaya çıkabilmesi için belli aşamalardan geçilmesi gerekmektedir. Hazırlık aşaması da diyebileceğimiz bu safhada taraflar, karşılıklı irade beyanları çerçevesinde sözleşmenin unsurlarına ilişkin müzakere yürütürler ve sonucunda buldukları asgari müşterekler çerçevesinde sözleşmeyi ortaya çıkarırlar. İşte idarenin de yapacağı alımlarda sözleşme öncesi hazırlık safhasında izleyeceği usul ve esaslar, Kanun ya da türevi niteliğindeki düzenlemelerle belirlenmiştir. İdare, çerçevesi çizilen bu esaslar dahilinde alım sürecini tamamlayıp akidini seçtikten sonra ancak sözleşme imzalayabilecektir.

“*Kamu alımı*” olarak da adlandırılabilir bu tür işlemlerin iki unsurundan bahsetmek mümkündür. Bunlardan birincisi özel bir kişinin idareye mal satması yada hizmet yapması, ikincisi ise idare tarafından karşı tarafa bir bedelin ödenmesidir.

İdare hukukumuzun esin kaynağı olan Fransa hukukunda, kamu alımlarının tabii olduğu hukuki rejim hususunda iki farklı yaklaşım vardır. Kamu hukuku yaklaşımına göre, yasada öngörülmüş koşullar altında, bir bedel karşılığında devletin, kamu kuruluşlarının ve yerel yönetimlerin görevlerine ilişkin çeşitli konulardaki

⁴⁹ KUTLU, s. 46.

⁵⁰ Anayasanın 168 inci maddesinde yer alan “*Tabii servetler ve kaynaklar Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Bunların aranması ve işletilmesi hakkı Devlete aittir. Devlet bu hakkını belli bir süre için, gerçek ve tüzelkişilere devredebilir. Hangi tabii servet ve kaynağın arama ve işletmesinin, Devletin gerçek ve tüzelkişilerle ortak olarak veya doğrudan gerçek ve tüzelkişiler eliyle yapılması, kanunun açık iznine bağlıdır. Bu durumda gerçek ve tüzelkişilerin uyması gereken şartlar ve Devletçe yapılacak gözetim, denetim usul ve esasları ve müeyyideler kanunda gösterilir.*” hükmü gereğince tabii servet ve kaynakların işletilmesi için yapılacak sözleşmeler için Kanunla açık düzenleme yani izin esası benimsenmiştir.

⁵¹ KUTLU, s. 42.

gereksinimlerini sağlamak üzere yaptığı sözleşmelerdir. Özel hukuk yaklaşımına göre ise, genel olarak idare ile özel kişi arasında yapılan ve akidin idareye bedel karşılığında belli bir faaliyette bulunmayı taahhüt ettiği sözleşmelerdir⁵². Yaklaşımlar farklı olsa da Fransa’da kamu alımlarının bir sözleşme olduğu yönünde görüş birliği mevcuttur.

İdare hukukumuzda ise kamu alımlarının niteliği ve hukuki rejimi hakkında Fransa’dakine nazaran farklı bir yaklaşım vardır. Nitekim 2002 yılına gelinceye kadar hukuki düzenlemelerde doğrudan “*kamu alım sözleşmesi*” kavramına yer verilmemiştir. Hatta 2886 sayılı “*Devlet İhale Kanunu*”nda da doğrudan bu yönde bir tanım yapma çabası içinde olunmadığı görülmektedir. Kanunun 4 üncü maddesinde ihalenin “*bu Kanunda yazılı usul ve şartlarla, işin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve yetkili mercilerin onayı ile tamamlanan sözleşmeden önceki işlemleri*” ifade ettiği tanımı yapılırken sözleşmenin, açıkça alım sürecinin tamamlanması üzerine ortaya çıktığı belirtilmiş ancak bu sözleşmenin niteliğinin ve hukuki rejiminin ne olduğu hususunda açık bir düzenleme yapılmamıştır. 5 Ocak 2002 tarihinde kabul edilen ve kamu alımları için yapılacak sözleşmeler hakkında münferiden bir düzenleme yapan 4735 sayılı “*Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu*”nun 1 inci maddesinde yer alan “*Bu Kanun’un amacı, Kamu İhale Kanununa göre yapılan ihalelere ilişkin sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanması ile ilgili esas ve usulleri belirlemektir.*”, 4 üncü maddesinde yer alan “*Bu Kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklerle sahiptir. İhale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemez. Kanunun yorum ve uygulanmasında bu prensip göz önünde bulundurulur.*” ve 36 ncı maddesinde yer alan “*Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır.*” hükümleri ile kamu alım sözleşmelerinin tanımı ve tabii olduğu hukuki rejim hakkında açıkça düzenlemeler yapılması yoluna gidilmiştir.

2886 sayılı Kanundan farklı olarak, 4735 sayılı Kanunda sözleşmenin tanımı ve hukuki rejimine ilişkin düzenlemeler yapılmışsa da, dikkat edileceği üzere her iki kanunun ortak olduğu husus, kamu alım sözleşmelerinin alım sürecinden ayrıldığı ve bu sürecin tamamlanması ile ortaya çıktığıdır.

⁵² *İbid.*, s. 68.

Olaya sözleşme hukuku nazariyesinden bakıldığında farklı bir durum dikkati çekmektedir. Borçlar Hukukuna göre sözleşmenin kurucu unsurlarının, iki irade beyanının karşılıklı olarak uyuşması olduğunu belirtmiştik. Kamu alımlarında ister ihale suretiyle olsun isterse diğer usullerle olsun, idarenin ilana çıkması ya da davet mektubu göndermesi, Borçlar Hukuku anlamında “*icaba davet*”tir. İdarenin ilanı veya daveti üzerine teklif veren isteklinin bu davranışı ise “*icap*” niteliğindedir. Yapılan teklifler yani icaplar üzerine idarenin yaptığı değerlendirme sonucu en uygun teklifin belirlenip bunun karara bağlanması ve ilgiliye bildirilmesi ise “*kabul*” anlamındadır. Bu durumda Borçlar Kanunu hükümlerine göre kabulün yapılmasıyla sözleşmenin ortaya çıktığının düşünülmesi gerekse de, ne 2886 sayılı Kanun ne de 4735 sayılı Kanun, sözleşmenin hükümlerini doğrularabilmesi için idarenin kabul beyanını istekliye bildirmesini yeterli görmemiştir. Bu durumun, Borçlar Kanunu 22 nci maddesinde⁵³ lafzını bulan “*ön akıt*”e uygun düştüğü yönünde görüşler ileri sürülebilirse de bu görüş, idare hukuku doktrininde genel kabul görmemektedir⁵⁴.

Doktrin⁵⁵ ve Danıştay⁵⁶ tarafından genel kabul gördüğü üzere, sözleşmenin imzalanması aşaması öncesinde yapılan işlemlerin tümü, “*ayrılabilir işlem teorisi*”ne

⁵³ Borçlar Kanunu m. 22’ye göre “*Bir akdin ilerde inşa edilmesine dair yapılan mukavele muteberdir. Kanun iki tarafın menfaatleri için bu akdin sıhhatini bir nevi şekle riayet etmeğe tabi kıldığı takdirde, bu şekil o akdin yapılması taahhüdüne de tatbik olunur*”.

⁵⁴ **KUTLU**, s. 99.

⁵⁵ İdare, taraf olduğu sözleşmelerin oluşum aşamasında çoğu zaman tek taraflı işlemler tesis etmektedir. Bu işlemler de genellikle bir süreç niteliğinde karşımıza çıkmaktadır. İdarenin taraf olduğu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüm yeri, sözleşmenin tabi olduğu hukuki rejime göre belirlenmekteyken idare tarafından sözleşmenin hazırlık aşamasında yapılan tek taraflı işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar, idari yargının görev alanına girmektedir. Bu tek taraflı işlemler, içinde buldukları süreçten bağımsız olarak bir takım hukuki sonuç doğurdıkları ölçüde de idari yargının denetimine konu olabilmektedirler. Bu husus, “*ayrılabilir işlem teorisi*” ile açıklanmaktadır. Bu teoriye göre, süreç niteliğinde bir dizi işlemlerin aşamalı olarak yapılması ile ortaya çıkan idari işlem ya da karar alma sürecinde, idarece tesis edilen işlemlerden biri eğer içinde bulunduğu süreçten ayrılabilir ve tek başına icrailik niteliğini kazanarak belli hukuki durumlarda değişikliklere yol açıp uyuşmazlık konusu olabiliyorsa bu işlem tek başına idari yargı önünde dava konusu edilebilir. **ERKUT**, Celal, *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği*, (İdari İşlemin Kimliği) Danıştay Başkanlığı Yayınları, Ankara 1990, s. 207; **ERKUT**, Celal, “İdari Yargıya Konu Olabilecek Kesin ve Yürütülebilir İşlem Kavramı”, *1.Ulusal İdare Hukuku Kongresi-İdari Yargı*, Danıştay Yayınları, Ankara 1990, s. 113; **ÖZAY**, s. 541.

⁵⁶ Danıştay, Türkiye Petrol Rafinerileri A.Ş.’deki (TÜPRAŞ) %65.76 oranındaki kamu payının blok olarak satışına ilişkin ihale komisyonu kararının iptali istemiyle açılan dava hakkında verdiği **Da10D**’nin 22.6.2004 tarihli ve E. 2004/8257, K. 2004/7618 sayılı kararında ayrılabilir işlem teorisine göre birden çok işlemden oluşan bir süreçte, işlemlerden her birinin nihai işlemden ayrı, ondan bağımsız bir kimliği veya etkisi var ise, iptal davasının konusunu oluşturmak bakımından, içinde bulunduğu idari süreçten ayrılarak iptal davasına konu olabilecekleri kabul edilebileceklerinden bahisle ihale komisyonu kararının, kesin, yürütülmesi zorunlu bir işlem olup, tek başına idari davaya konu edilebileceğine hükmetmiştir. Söze konu kararda şu ifadeler yer verilmiştir; “*2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2.maddesiyle tanımlanan iptal davasına, idarenin tek taraflı irade beyanıyla, kişilerin hukuksal durumlarında değişiklik meydana getiren ve yürütülmesi zorunlu işlemin konu edilebileceği*

göre sözleşmeden ayrı işlemler olarak kabul edilmekte ve alım onayıyla sözleşmenin başlamadığı savunulmaktadır⁵⁷. Alımın onaya bağlanmasıyla taraflar arasında karşılıklı borçlar doğduğu kabul edilmekle birlikte sözleşmenin henüz oluşmadığı ancak idarenin sözleşme imzalamak için zorunluluk altına girdiği kabul edilmektedir⁵⁸.

Sonuç olarak hukukumuzda “*kamu alımı süreci*” kavramını, “*idarenin görev alanına giren hizmetlerin yürütülmesi amacıyla karşılığı idare tarafından ödenmek üzere gerekli mal ve hizmetlerin veya işin yasada öngörülen usul kurallarına uyulmak suretiyle oluşturulan rekabet ortamı içerisinde katılan adaylardan en uygun teklifi sunan özel bir kişiye yaptırılmasına yönelik olarak imzalanacak sözleşmelerin oluşum sürecini ifade eden bir dizi idari işlem*” olarak tanımlamak mümkündür⁵⁹.

Kamu alımının yapılabilmesi yani sözleşmenin imzalanabilmesi için idarenin yapacağı işlemler bütünü⁶⁰ olarak da kısaca açıklanabilecek alım sürecinde idare ile özel kişi arasında çıkan uyuşmazlıkların, idari yargının görev alanında olduğu doktrin⁶¹ ve içtihatla genel olarak kabul görmektedir⁶².

tartışmasıdır. 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun" Özelleştirme Yöntemleri, Değer Tespiti, İhale Yöntemleri" başlıklı 18. maddesinin (c) bendinde ihale işlemlerinin bu Kanuna göre oluşturulan ihale komisyonlarınca yürütüleceği; son fıkrasında ise; İhale işlemleri sonucunda ihale komisyonunca verilen kararların idare tarafından Kurulun onayına sunulacağı (Danışman seçimine ilişkin ihale sonuçları hariç) ve sonuçların Kurulun onayını müteakip kamuoyuna duyurulacağı hükme bağlanmıştır. Özelleştirmenin, Kuruluşun blok satışı yoluyla gerçekleştirilmesi halinde, ihale süreci; ihale komisyonunun oluşumu, ihaleye çıkarma ve ihale ilanının yayınlanması, ihale komisyonunca ihalede uygulanan yöntemle ihalenin karara bağlanması ve nihayet Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun ihale komisyonu kararını onaylanması ile tamamlanmaktadır. Bu durumda, özelleştirme konusunda ilgili şirketle sözleşme sonucunu doğuracak işlemler zincirini oluşturan her işlemin nihai işlemde ayrı, ondan bağımsız bir hüviyeti ve etkisi olması durumunda, sonuç işlemde ayrı ayrı dava konusu edilebilmeleri mümkün bulunduğundan, satış işleminin bir aşamasını oluşturan dava konusu ihale komisyonu kararı tek başına iptal davasına konu edilebilecek kesin, yürütülmesi zorunlu ve dava konusu edilebilir bir işlem olduğundan, davalı idarenin usule yönelik iddiası yerinde görülmemiştir".

⁵⁷ GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref, *Yönetim Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 1999, s. 270.

⁵⁸ ONAR, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. III, s. 1623; GİRİTLİ/AKGÜNER, s. 188; ÖZAY, s. 508.

⁵⁹ KUTLU, s. 76.

⁶⁰ ÖZAY, s. 508.

⁶¹ GÖZÜBÜYÜK, *Yönetim Hukuku*, s. 270; GÖZÜBÜYÜK/TAN, *İdare Hukuku*, s. 576; ÖZAY, s. 509.

⁶² “Uygulamada ve Uyuşmazlık Mahkemesinin yerleşik görüş niteliği kazanmış kararlarında, ihale kararının kesinleşmesine kadar olan dönem içinde doğacak uyuşmazlıkların idari yargıda, daha sonraki sözleşme aşamasında meydana gelen uyuşmazlıkların ise, adli yargı yerinde çözümleneceği kabul edilmiştir”, UYM'nin (Hukuk Bölümü) 3.2.1997 tarihli ve E.1997/5, K.1997/4 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 4.3.1997, S. 22923.; “Esasen, idarenin yürüttüğü kamu hizmetiyle ilgili olarak, idari usul ve esaslara uygun şekilde yaptığı bir ihalede, sözleşme aşamasına kadar tesis ettiği işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüm yerinin idari yargı olduğu, kökleşmiş yargı kararlarında da kabul edilmiştir”, YHGK'nun 21.3.2001 tarihli ve E.2001/19-257, K.2001/285 sayılı kararı.; “Uyuşmazlık Mahkemesi kararları ve Danıştay'ın süregelen içtihatlarına göre 2886 sayılı Kanunun kapsamına giren işlerin görülmesi için yapılan ihalelerde ihale kararının kesinleşmesine kadar olan dönem içinde idarelerce tesis

Kamu alım süreci tüketildikten sonra belirlenen yükleniciyle imzalanan sözleşmelerin yani kamu alım sözleşmelerinin tabi olduğu hukuki rejim konusunda hukuk sistemimizde 2002 yılına kadar açık bir düzenleme yoktu. Bu tarihe kadar bu sorun, içtihatlarla ve doktrindeki tartışmalarda yerini bulmaktaydı. Ortak görüş, bu sözleşmelerin özel hukuk rejimine tabi olduğu ve çıkan uyuşmazlıkların da adli yargının görev alanına girdiği yönünde idi ki bu ortak görüş hala devam etmektedir⁶³.

4735 sayılı Kanunla ilk defa konuya ilişkin olarak bir hukuksal düzenleme getirilmiş oldu. Kanunla sözleşmenin düzenlenmesi ve uygulanmasına ilişkin olarak birtakım hükümler getirilmiş ve açık hüküm bulunmayan hususlarda Borçlar Kanununa atıf yapılmıştır. Özellikle Kanunun 4 üncü maddesinde yer alan “*Bu Kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklerle sahiptir. İhale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemez. Kanunun yorum ve uygulanmasında bu prensip göz önünde bulundurulur.*” hükmü ve Borçlar Kanununa yapılan atıf birlikte değerlendirildiğinde Kanunla sözleşmenin tabi olduğu rejimin “*özel hukuk*” olarak belirlenmesinin amaçlandığı da rahatlıkla söylenebilir. Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesi söz konusu Kanun kapsamındaki bir sözleşme dolayısıyla ortaya çıkan uyuşmazlıkla ilgili olarak verdiği kararında, herhangi bir ayırım yapmaksızın tüm kamu alım sözleşmelerinin özel hukuk hükümlerine tabi olduğuna karar vermiştir⁶⁴. Bu konuda farklı görüşe sahip olan GÜNDAY, idarenin 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 1 inci maddesinde sayılı işler için yapacağı sözleşmelerin tamamen özel hukuka tabi

olunacak işlemler 2886 sayılı Yasa ile düzenlenmiş olması nedeniyle idari yargının denetimine tabi olup, ihale kararının kesinleşmesinden sonra müteahhit ile idare arasında aktedilen sözleşme ve bu sözleşme hükümlerinin uygulanması ile ilgili işlemler ise, anılan Yasa ile düzenlenmeyip, özel hukuk alanını ilgilendirmesi nedeniyle adli yargının denetimine tabidir”, DİDDGK’nun 7.3.2003 tarihli ve E.2002/725, K.2003/88 sayılı kararı.

⁶³ **GÖZÜBÜYÜK**, *Yönetim Hukuku*, s. 270.

⁶⁴ “4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nun 2. maddesinde, bu Kanun’un, Kamu İhale Kanunu’na tabi kurum ve kuruluşlar tarafından söz konusu Kanun hükümlerine göre yapılan ihaleler sonucunda düzenlenen sözleşmeleri kapsadığına işaret edilmiş; 4. maddesinin üçüncü fıkrasında, bu Kanun kapsamında yapılan sözleşmelerin taraflarının, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklerle sahip oldukları; ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemeyeceği ve Kanunun yorum ve uygulanmasında da bu prensibin göz önünde bulundurulacağı hükmü bağlanmış, aynı Kanun’un 36. maddesinde de, bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüştür. Anılan Yasa hükümlerine göre, tarafların eşitliği esas alınarak düzenlenen sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi olacağı açıktır.”, UYM’nin (Hukuk Bölümü) 16.5.2005 tarihli ve E. 2005/16, K. 2005/36 sayılı kararı.

olmadıklarını, bazı öğeleri yönünden kamu hukuku kayıt ve şartlarına tabi olduğunu ileri sürmektedir⁶⁵.

Hukuk sistemimizde kamu alım sözleşmeleri, özel hukuk hükümleri kapsamında değerlendirilip, bu kapsamda çıkan uyuşmazlıklar adli yargının görev alanında kabul edilmişse de çoğu ülkede -hatta özel hukuk rejimini benimseyen ülkelerde dahi- bu tür sözleşmeler, özel iki kişi arasında imzalanan sözleşmelerden farklı değerlendirilmektedir. Zira ortada bir kamu yararı vardır ve taraflardan birisi devlettir. Örneğin Fransa ve İspanya'da bayındırlık işleri için yapılan sözleşmelerin idari sözleşme niteliğinde oldukları kabul edilmekte ve bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar da idari yargıda görülmektedir. Bunun dışında doğrudan bir kanun hükmü olmaması halinde idari sözleşme-özel hukuk sözleşmesi ayrımını kolaylaştıran bir takım ölçütlere göre uyuşmazlığın görüleceği yargı yolu belirlenmektedir. Buna karşın Almanya, Hollanda, Danimarka ve İngiltere'de ise Türk hukuk sisteminde olduğu gibi bu tür sözleşmelerin tümü doğrudan özel hukuk hükümleri kapsamında değerlendirilmektedir⁶⁶.

III. ULUSLARARASI DÜZENDE KAMU ALIMLARI

Küresel ticarete bakıldığında kamunun artık en büyük alıcı vaziyetinde olduğu bir gerçek olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunun yanında ticaretin ülke sınırlarını aşarak uluslararası bir nitelik almasıyla kamu kesimi de, alım yaparken ülke sınırları dışında satıcı aramaya başlar olmuştur. Dünyanın siyasi olarak son dönemde geldiği yakınlaşma çabalarının temelinde açıkçası ekonomik kaygıların olduğu da bir gerçektir. Artık bir çok uluslararası ve bölgesel belgelerde, diğer ülke tedarikçilerinin de yerli tedarikçilerle aynı koşullarda yapılan kamu alımlarına katılabilesine imkan tanınmasına yönelik düzenlemelere gidilmektedir. Nitekim bu kapsamda en çok bilinen örneklerden; Avrupa Birliği ve NAFTA gibi bölgesel belgelerde bağlayıcı nitelikte hükümlere yer verilirken APEC'te ise daha çok tavsiye niteliğinde hükümlere yer verilmektedir⁶⁷.

⁶⁵ GÜNDAY, Metin, *İdare Hukuku Dersleri*, Ankara 1996, s. 207-209.

⁶⁶ KUTLU, s. 103.

⁶⁷ *İbid.*, s. 63.

1. DÜNYA TİCARET ÖRGÜTÜ KAMU ALIMLARI ANLAŞMASI

Tarifeler ve Ticaret Üzerine Genel Anlaşmanın (General Agreement on Tariffs and Trade-GATT) ilk olarak tartışmaya açıldığı 1947 yılında, özellikle mal ve hizmet konulu kamu alımları, açıkça milli muamele ilkesinin dışında tutulmuş, akabinde Uruguay Raundunda, ayrımcı kamu alımları politikalarının uluslararası ticareti sınırlayıcı etkilerinin ortadan kaldırılması için kamu alımlarının uluslararası kabul görmüş ticari kurallara göre yönetilmesi gerekliliği gündeme gelmiştir. Bu kapsamda GATT bünyesinde ilk defa Kamu Alımları Kodu (Government Procurement Code-GPC), 1979 yılında imzalanmış ve 1981 yılında yürürlüğe girmiştir. Ancak GPC'nin kapsamı bakımından yeterli olmaması ve istenen amaca hizmet etmemesi üzerine, kapsamı hakkında yapılan müzakereler üzerine yeni bir Anlaşma hazırlanması yoluna gidilmiştir⁶⁸.

Bu çerçevede, 15 Aralık 1995 tarihinde Dünya Ticaret Örgütünü (DTÖ) (World Trade Organization-WTO)⁶⁹ kuran anlaşma ile aynı zamanda kabul edilerek 1 Ocak 1996 tarihinde yürürlüğe giren Dünya Ticaret Örgütü Kamu Alımları Anlaşması (Government Procurement Agreement-GPA), kamu alımlarıyla ilgili olarak getirdiği hükümler bakımından tarafı olan devletleri bağlayıcı nitelikte olup DTÖ'ne taraf olan diğer devletleri bağlamamaktadır⁷⁰.

Anlaşmaya taraf devletler⁷¹ yanında iki tür kategori daha vardır. Bunlar, taraf olma müzakereleri devam edenler⁷² ve gözlemci statüsünde⁷³ yer alanlardır. Türkiye,

⁶⁸ EMEK, Uğur, *Kamu Alımlarında Etkin İhale Tasarımı*, TÜSİAD Yayınları, İstanbul 2001, s. 8.

⁶⁹ DTÖ (Dünya Ticaret Örgütü), GATT'ın 15 Aralık 1993 tarihinde sona eren Uruguay Round müzakereleri sonrasında 1995 yılında kurulan ve halihazırda GATT'a taraf olan tüm ülkelerin üye olduğu bir kurumdur. Sekreteryası Cenevre'de bulunan DTÖ'nün temel görevleri, üyeleri arasında ticari ilişkilerin geliştirilmesi ve gelecekte gerçekleştirilecek çok taraflı ticaret müzakereleri için bir platform oluşturulmasıdır. Yalnızca malların ticaretini konu alan ve sağlam bir yasal temeli olmayan GATT'ın aksine DTÖ, hizmetler, yatırım, fikri ve sınai mülkiyet gibi farklı alanları da kapsar. DTÖ'nün kurulmasından sonra GATT, DTÖ kapsamında yer alan birçok anlaşmadan biri halini almıştır., <http://www.ikv.org.tr/sozluk2.php?ID=1051>, 27.4.2006.

⁷⁰ UZ, s. 66.

⁷¹ Anlaşmaya taraf ülkeler; Almanya, Amerika Birleşik Devletleri, Aruba, Avrupa Topluluğu, Avusturya, Belçika, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Estonya, Finlandiya, Fransa, Güney Kıbrıs Hollanda, Hong Kong, İngiltere, İtalya, İrlanda, İspanya, İsrail, İsveç, İsviçre, İzlanda, Japonya, Kanada, Kore, Latviya, Liechtenstein, Litvanya, Lüksemburg, Macaristan, Malta Norveç, Polonya, Portekiz, Singapur, Slovakya, Slovenya ve Yunanistan'dır.

⁷² Müzakereleri devam eden ülkeler; Bulgaristan, Kırgızistan, Ürdün, Tayvan ve Panama'dır.

Anlaşma kapsamında yürütülen komite toplantılarına gözlemci statüsünde katılmakta olup GPA'ya taraf olmak üzere görüşmelere başlama niyetini 6 Mart 1995 tarihli Ortaklık Konseyi Kararında ortaya koymuştur.

A. Anlaşmanın Esası

Kamu Alımları Anlaşması, kamu alımları alanında üye devletlerin ulusal mevzuatları, usulleri ve uygulamaları ile ilgili olarak hak ve yükümlülüklerini düzenleyen bir çerçeve niteliğini taşımaktadır. Üye devletler öncelikle, Anlaşmada belirtilen esaslarla kendi ulusal mevzuatlarını uyumlaştırmak yükümlülüğü altındadırlar⁷⁴.

Anlaşma ile kamu alımlarında açık, adil ve rekabetçi bir uygulama yapılmak suretiyle taraf ülkeler arasındaki ticaretin artırılması, ticari uyumsuzlukların azaltılması, kamu bütçelerinde tasarruf sağlanması ve daha kaliteli alım yapılması hedefinden hareketle iki temel ilke benimsenmiştir.

Bunlar, farklı taraf ülkelerden gelen istekliler arasında ayrımcılık yapılmasını yasaklayan “*en çok gözetilen ulus muamelesi*” (*Most Favoured Nation Treatment-MFN*) ve kapsam dahilindeki kuruluşların yerli istekliler lehine fiyat ya da başka bir avantaj getirmesini yasaklayan “*ulusal muamele*” (*National Treatment-NT*) ilkeleridir. Bu ilkelerin aynı zamanda kamu alımlarının yabancı isteklilere açılmasına azami derecede hizmet etmesi amaçlanmıştır.

Belirlenen ilkeler yanında kamu alımlarında saydamlığın da en iyi şekilde uygulanmasını sağlamak üzere oluşturulan Çalışma Grubu, halihazırda “*Kamu Alımlarında Saydamlık Anlaşması*” üzerinde çalışmalarını yürütmektedir⁷⁵.

Anlaşmada MFN ve NT temel ilkeleriyle yetinilmemiş bunun yanında mal ve hizmetlerin alınırken yerli katkı payı ya da istihdam yaratmaya yönelik şartların aranması da yasaklanmıştır. Buna kısaca off-set yasağı demek de mümkün olup bu tür

⁷³ Gözlemci statüsündeki ülkeler; Arjantin, Avusturya, Bulgaristan, Çin, Ermenistan, Hırvatistan, Kamerun, Kırgızistan, Kolombiya, Moldova, Mongolya, Şili, Umman, Ürdün, Panama ve Türkiye'dir. Ayrıca IMF, OECD ve Dünya Ticaret Merkezi de gözlemci statüsündeki uluslararası kuruluşlardır.

⁷⁴ DEMİR, Fikret, “Dünya Ticaret Örgütünün Devlet İhaleleri Anlaşması”, *Maliye Dergisi*, S. 121, Ocak-Nisan 1996, s. 10-21.

⁷⁵ <http://www.cid.harvard.edu/cidtrade/issues/govpro.htm> , 18/4/2006.

şartların, yüklenicinin belirlenmesinde değil sadece yeterlik değerlendirmesinde kullanılmasına imkan tanınmıştır⁷⁶.

B. Kapsam

a. Kamu Kuruluşları Bakımından

GPA, kapsamındaki kamu kuruluşları; merkezi kurumlar, yarı-kamusal kurumlar ve yerel kamu kurumları olarak belirlenmiştir. Gerçekten de merkezi yönetim dışındaki kamu kurumlarının alımlarının GPA kapsamına alınması ile Anlaşmanın uygulama alanı oldukça genişlemiştir. Zira İktisadi İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı'nın (*Organisation for Economic Co-operation and Development-OECD*) verilerine göre dünya genelinde kamu alımlarının, %65'i gibi çok yüksek bir meblağı teşkil eden kısmı merkezi yönetim dışındaki kamu kurumları tarafından yapılmaktadır. Bu açıdan bakıldığında GPA'nın kapsamının genişletilmesi, oldukça önemli bir adım niteliğindedir⁷⁷.

Anlaşmada kapsama dahil kurumlar açısından soyut tanımlar yapılmakla yetinilmemiş ayrıca kapsama dahil kuruluşların isimlerinin her bir üye devlet tarafından Anlaşmanın 1 nolu ekinde yer alan I, II ve III sayılı ayrıntılı listelerle bildirilmesi zorunluluğu da getirilmiştir. Bu sayede soyut nitelikteki hükümlerin yorumlanmasında, ülkeden ülkeye değişebilecek farklılıklardan kaynaklanması muhtemel sorunların ya da aynı sebebe sığınarak Anlaşmaya karşı olası aykırı davranışların önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Ayrıca Anlaşmanın 24 üncü maddesinde yer alan, “*değişiklik yapılması*” hükmüne istinaden bu alanda sürekli olarak kapsamın genişletilmesi yönünde değişikliklere gidildiği de gözlemlenmektedir⁷⁸.

⁷⁶ UZ, s. 75.

⁷⁷ Kapsamdaki bu genişleme sonrasında GPA'ya tabi alımların toplam miktarı on kat artarak 300 Milyar \$'a çıkmıştır. Grier, Jean Heilman, Government Procurement, <http://www.doc.gov/ogc/occic/gpa.htm>, 18/4/2006.

⁷⁸ UZ, s. 71.

b. Alımlar Bakımından

Anlaşmaya tabi alımları, konuları ve tutarları bakımından ikiye ayırarak incelemek, GPA ile benimsenen alım rejimine daha uygun olacaktır. Buna göre mal ve hizmet alımı ayırımına gidilmiştir.

Kapsamdaki mal alımlarının tespitinde negatif listeleme metodu kullanılmış ve listede yer almayan alımların kapsamda olması benimsenmiştir. Ancak devletlerin kendi iç güvenlik sorunları ve bu alandaki farklı ihtiyaçları da gözetilerek, savunma konularındaki mal alımları için, kapsam içi alımların doğrudan sayılması yani pozitif listeleme yoluna gidilmiştir.

Kapsamdaki hizmet alımlarının tespitinde ise her ülke bakımından pozitif listeleme yoluna gidilmiştir. Bununla birlikte taraf ülkelerin Anlaşma kapsamında mütakabiliyet esasına göre bazı hizmet alımlarını kapsamdan istisna tutma hakları da bulunmaktadır⁷⁹. Bu hususlar Anlaşmanın 1 nolu ekinde yer alan (IV) sayılı listede düzenlenmiştir.

Diğer taraftan Anlaşmanın 1 nolu ekinde yer alan (V) sayılı listede kapsam içi alımların belirlenmesinde “*eşik değer*” esası da benimsenmiştir. Buna göre kapsamdaki kamu kuruluşları tarafından yapılacak alımların, Anlaşmada belirlenen ve periyodik olarak güncellenen değerleri aşmaması halinde yabancı isteklilere açılması zorunluluğu bulunmamaktadır⁸⁰.

c. İstisnalar

Anlaşmanın 18 inci bölümünde yer alan hükümlere göre;

- Kamu ahlakı, kamu düzeni ve kamu güvenliğini korumak,
- İnsan, hayvan ve bitki sağlığını ve yaşamını korumak,
- Fikri mülkiyet haklarını korumak için alınacak önlemler ile ulusal güvenlik ve savunma alanındaki kuruluşların savunmayla ilgili alımları da istisna tutulmuştur.

⁷⁹ *İbid.*, s. 72.

⁸⁰ DEMİR, “Dünya Ticaret Örgütünün Devlet İhaleleri Anlaşması”, s. 10-21.

C. Alım Usulü

Anlaşmada, kamu alımlarında saydamlığın ve rekabetin tesis edilmesi amacıyla ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. Öncelikle alıma ilişkin ayrıntılı bilgiler içerecek şekilde ilan yapılması zorunluluğu getirilmiştir.

Alım usullerinde belirlenen rejim büyük ölçüde Avrupa Birliğinin kamu alım rejimine benzemekte⁸¹ olup alım usulü olarak dört yöntem öngörülmüştür. Bütün isteklilerin katılabileceği “açık ihale usulü”, kuruluşlar tarafından davet edilenlerin teklif verebildiği “belli istekliler arasında ihale usulü”, “pazarlık usulü” ve doğrudan temin de diyebileceğimiz “sınırlı ihale usulü”dür.

Anlaşma ile “açık ihale” ve “belli istekliler arasında ihale” usulleri esas alım usulleri olarak belirlenmiş olup açıkça sayılan şartların oluşması halinde ise ancak “pazarlık usulü” veya “sınırlı ihale usulü”ne imkan tanınmıştır.

Alım usulleriyle ilgili olarak yapılan düzenlemeler dışında hedeflenen temel ilkelere ulaşılabilmesi amacıyla Anlaşmada ayrıca; şartnameler, yeterlik değerlendirmeleri, ilan esasları ve süreleri, isteklilerin sözleşme öncesi ve sonrasında bilgilendirilmesi yanında sözleşmenin imzalanmasına ilişkin hususlar ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir⁸².

Bunların yanında yerli sanayileşmeyi teşvik etmek veya ödemeler dengesini sağlamak amacıyla yerli girdi kullanımının şart koşulması, yatırım şartı, belirli teknolojilerin kullanımı, karşı ticaret veya benzeri off-set uygulamaları açıkça yasaklanmıştır. Off-set uygulamalarının koşulları, üyelik müzakerelerine konu olabilese de bunların sadece yeterlik değerlendirmesinde kullanılmasına müsaade edilmekte olup off-setin, en uygun teklifin belirlenmesinde ölçüt olarak kullanılması yasaklanmaktadır⁸³.

⁸¹ *İbid.*

⁸² *İbid.*

⁸³ EMEK, *Kamu Alımlarında Etkin İhale Tasarımı*, s. 41.

D. Anlaşmazlıkların Çözümü ve İdari Denetim Sistemi

GPA kapsamında yapılan uygulamalarda hakkının ihlal edildiğine inanan taraf devlete, bizzat buna sebebiyet veren devlete başvurma imkanı verildiği gibi DTÖ kapsamında bu amaçla kurulmuş bir organ olan *Dispute Settlement Body*'e de başvurma imkanı verilmiştir.

Ayrıca taraf devletlerden, kendi dahilinde yapılan kamu alımlarında yaşanan anlaşmazlıkların halli için idarelerce yapılacak alımlar hakkında “*ulusal itiraz sistemi*” kurulması da istenmektedir. İtirazların, mahkemeler veya idareden bağımsız olarak kurulan bu organ tarafından incelenmesi, karara bağlanması ve gerektiğinde iptal edilebilmesi öngörülmektedir.

Anlaşmada, bu şekilde ayrıntılı düzenleme yapılmakla yetinilmemiş bunun yanında uygulamanın usulüne uygun bir şekilde yürütülmesini sağlamak ve DTÖ'nün yönetim organı olan Genel Konsey'e bilgi sunulması gibi amaçlarla taraf ülkelerin üyelerinin katılımıyla Kamu Alımları Komitesi kurmuştur.

E. GPA'ya Yöneltilen Eleştiriler

Tarafı olan ülkelere bakıldığında anlaşmanın, bir kaç ülke dışında genelde ekonomik anlamda gelişmiş ülkeler tarafından imzalanmış olduğu hemen ilk bakışta dikkati çekmektedir. Bunun nedeni olarak da benimsenen MFN ve NT ilkelerinin, gelişmekte olan ülkelerin kamu alımlarında yerli istekliler lehine avantajlar uygulanması suretiyle yerli sanayi ve üretimin desteklenmesi eksenindeki ekonomik ve siyasi politikaları ile uyumlaşmaması gösterilmektedir. Ayrıca kamu alımlarından, gerek siyasilere gerek bürokratların ve gerekse de iş dünyasındakilerin yolsuzluk üzerine kurulu menfaatlerinin de, GPA'nın taraf ülke sayısının artması yönünde menfi tesirinin olduğu da iddia edilmiştir⁸⁴.

Taraftar sayısının fazlalığı ile dikkati çeken diğer bir görüşe göre de; insan haklarına aykırı görülen DTÖ ve GPA'nın amacının; aslında gelişmiş devletlerin

⁸⁴ **HOEKMAN**, Bernard, “Using International Institutions to Improve Public Procurements”, *The World Bank Research Observer*, S. 13, C. 2, 1998, s. 249-269 (Akt.: Abdullah **UZ**, *Kamu İhale Hukuku*, s. 67.)

küresel ticaretten alabilecekleri payın artırılmasının yanında gelişmekte olan ülke piyasalarına yabancı firmaların girmesinin kolaylaştırılmasının olduğu ileri sürülmektedir. Bununla birlikte kamu alımlarında yerli istekli lehine ayrımcı uygulamaların aslında maliyeti artırıcı bir unsur olmadığı yönünde ciddi iddialar da bulunmaktadır⁸⁵.

Saydamlık, rekabet, eşit muamele, kamu kaynaklarında tasarruf ve ihtiyaçların uygun şartlarda karşılanması gibi temel amaçlardan yola çıkan DTÖ-GPA'nın gelişmekte olan ülkeler bakımından menfi yönde etkilerinin olacağı bir gerçektir. Zira gelişmekte olan ülkelerde kamu alımlarının çoğu zaman temel amacı, iç piyasa hareketlerini düzenleyerek yerli sanayi ve üretimin desteklenmesidir. Halbuki bu durum, kamu alım piyasalarına gelişmişlik bakımından daha avantajlı olan yabancı firmaların da aynı şartlarda kamu alımlarına talip olması yukarıda zikredilen temel amacın tesisi yönünde ciddi tehditler oluşturmaktadır.

2. UNCITRAL KAMU ALIMLARI MODEL KANUNU

Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun hükümetler arası teknik organı olan (United Nations Commission on International Law-UNCITRAL), uluslararası ticaret hukukunun koordinasyonu ve geliştirilmesi amacıyla değişik ülkelerin katılımıyla uluslararası konvansiyonlar, model kanunlar ve ticaret hukuku alanında hukuk rehberleri hazırlamaktadır⁸⁶. Bu kapsamda, kamu alım sisteminin yasal bir çerçeveye oturtulması ve denetiminin sağlanması gereklerinden hareketle ihtiyaç gören ülkelere örnek olmak üzere Kamu Alımları Model Kanunu hazırlamıştır.

5-23 Temmuz 1993 tarihleri arasında Viyana'da yapılan UNCITRAL toplantısında, Mal ve Yapım İşleri Alımı Üzerine UNCITRAL Model Kanunu (The UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods and Construction) kabul edilmiştir⁸⁷.

Kabul edilmesinden itibaren model kanun, birçok ülke tarafından özellikle serbest piyasa ekonomisine geçiş yapan ülkeler tarafından mevzuatın modernizasyonunda kaynak olarak kullanılmıştır⁸⁸.

⁸⁵ **HABBARD**, Anne Christine/**GUIRAUD**, Marie, "The World Trade Organization and Human Rights", *Position Paper*, November 1999, (Akt.: Abdullah **UZ**, *Kamu İhale Hukuku*, s. 67.)

⁸⁶ <http://www.uncitral.org>, 19.4.2006.

⁸⁷ http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/procurement_infrastructure/1993Model.html, 19.4.2006.

A. Model Kanunun Esası

Toplam 57 maddeden ibaret olan Model Kanun, altı bölüm halinde kaleme alınmıştır. Bölümler sırasıyla “*Genel Hükümler*”, “*İhale Usulleri ve Kullanım Şartları*”, “*Alım Süreci*”, “*Tekliflerin Sunulması*”, “*Tekliflerin Değerlendirilmesi*”, “*Hizmet Alımları Usulü*”, “*İhale Dışındaki Alım Usulleri*” ve “*Gözden Geçirme*” dir.

Model Kanun, geneli itibarıyla değerlendirildiğinde; tasarruf ve etkinlik, isteklilerin katılımı, rekabet, tarafsızlık, kamuoyunun güveni, saydamlık ve hesap verilebilirlik temel ilkelerine yer verildiği; tekliflerin değerlendirilmesi, şartnameler, inceleme süreçleri, ilan ve bilgilendirme hususlarında ise ayrıntılı düzenlemelere gidildiği ve gelişen teknolojinin ürünü olan haberleşme imkanlarının da kullanılmasının özendirildiği dikkati çekmektedir⁸⁹.

B. Kapsam

a. Süreç Bakımından

Model kanun, sadece sözleşme öncesi aşamayı yani alım yapılacak isteklinin belirlenmesi sürecindeki idari işlemleri düzenlemiştir. Sözleşmenin imzalanması, uygulanması ve feshi ya da tasfiyesi gibi hususlara yer verilmemiştir. Gerçekten de kamu alımlarında yüklenicinin tespiti için tüketilen süreç, çoğu ülkenin hukuk sisteminde benzerlik gösterse de kamu alım sözleşmelerinin tabi olduğu hukuki rejim ülkeden ülkeye farklılık arz ettiğinden, sözleşmeye ilişkin esasların düzenleme konusu yapılmaması doğru ve tutarlı bir yaklaşım olmuştur.

b. Alımlar Bakımından

İstisnalar, mümkün olduğu derecede azaltılarak mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinin tanımı ve kapsamı son derece geniş tutulmaya çalışılmıştır. Ancak savunma ve

⁸⁸ <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N94/057/18/PDF/N9405718.pdf?OpenElement>, 19.4.2006; **UZ**, s. 80.

⁸⁹ http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/procurement_infrastructure/1993Model.html, 19.4.2006.

güvenlik konularında yapılacak alımlarla birlikte, açıkça belirtilmiş olması kaydıyla, ulusal öncelik görülen sektörlerden yapılacak alımların da istisna tutulabileceği hüküm altına alınmıştır. Bunun dışında uluslararası yükümlülükler ve ikili ya da çok taraflı anlaşmalar kapsamında belirlenen farklı alım usullerinin, Model Kanuna nazaran öncelikli olacağı da ayrıca hüküm altına alınmıştır⁹⁰.

C. Alım Usulü

Model Kanunda, kapsamındaki alımların genişliği ve çeşitliliği yanında her bir alımın kendisine has özellikleri de dikkate alınarak, birbirinden farklı alım usulleri belirlenmiştir. Bu alım usulleri seçilirken ve uygulanırken; alımlarda katılımın sınırlandırılmaması, isteklilerin eşit şartlarda teklif verebilmeleri için şartların açıkça belirlenmesi, tekliflerin değerlendirme esaslarının ve kriterlerinin önceden belli olması, teklifleri hakkında taraflar arasında müzakerenin yasaklanması ve tekliflerin her isteyenin görebileceği bir ortamda açılması temel ilkeleri öngörülmüştür⁹¹. Model Kanunda alım süreçlerine ilişkin bütün ilke ve süreçler konusunda ayrıntılı düzenlemelere gidilmiş olmakla birlikte yine de bu ilke ve süreçlerin uygulamasına ilişkin hususlar ikincil mevzuata bırakılmıştır.

Bu temel ilkeler ışığında temel alım usulü olarak “*açık ihale usulü*” benimsemiş olup diğer alım usulleri için belirlenen şartların oluşmaması halinde bu usulün uygulanması zorunlu kılınmıştır. “*Açık ihale usulü*”nün temel özellikleri, katılımın sınırlandırılmaması, tekliflerin kamuoyu önünde açılması, teklif değerlendirme kriterlerinin önceden belli edilmesi ve teklifler üzerinde pazarlık yapılmamasıdır.

Temel alım usulü olan “*açık ihale usulü*” dışında üç farklı alım usulü daha bulunmaktadır. Bunlar; “*belli istekliler arasında ihale usulü*”, “*pazarlık usulü*” ve “*doğrudan temin usulü*”dür. Bu usuller için belirlenen şartlar ve alım süreçleri, referansı olduğu 4734 sayılı Kamu İhale Kanununda belirlenen alım sistemi ile uyumakta olup, bu usullere ilişkin incelemeye çalışmanın ilgili bölümünde yer verilmiştir.

Model kanunda, hizmet alımları ayrı bir bölüm halinde incelenerek, diğer tür alımlardan (mal alımları ve yapım işleri) özellikle tekliflerin değerlendirilmesi

⁹⁰ UZ, s. 82.

⁹¹ EMEK, *Kamu Alımlarında Etkin İhale Tasarımı*, s. 60.

sürecinde farklılaştırılmıştır. Ancak bu farklılaşma temel ilkelerden sapma anlamında değil bilakis bu ilkeler ışığında hizmet alımlarının kendisine has özellikleri de dikkate alınarak pazarlık usulü esasına dayalı bir farklılaşma olarak düzenlenmiştir⁹².

Yukarıda izah edilen temel ilkeler ve alım usulleri yanında uluslararası kamu alımları piyasasının serbestleştirilmesini hedefleyen GPA gibi UNCITRAL Model Kanunu da uyrukluğa dayalı ayrımcılığı, mevzuatta belirlenen istisnalar dışında, yasaklamaktadır.

Söz konusu istisnaların başında, ihaleyi yapan kuruluşun tercih etmesi halinde, rekabetin artırılması ile Devlet çıkarları arasındaki dengenin sağlanması nispetinde, yerli istekli lehine fiyat avantajı uygulaması gelmektedir. Bu uygulamanın esası, yerli isteklinin teklifine yabancı isteklilerin teklifi karşısında belli oranlarda öncelik tanınmasıdır. Genellikle bu uygulamada, şartnamede belirtilen oran kadar yabancı isteklilerin teklif fiyatları artırılmak suretiyle bulunan yeni rakamlar üzerinden değerlendirme yapılmaktadır. Ayrıca belirlenen eşik değerlerin altında kalması halinde idarelerin takdir etmeleri halinde yapacakları alımı yabancılara kapatmasına da imkan tanınmaktadır⁹³.

3. AVRUPA BİRLİĞİNDE KAMU ALIMLARI

İkinci Dünya Savaşının akabinde Avrupa Devletleri arasında başlayan ekonomik yakınlaşma hareketleri ilk semeresini 25 Mart 1957 tarihinde imzalanan⁹⁴ Roma Anlaşmasıyla diğer bilinen adıyla Avrupa Ekonomik Topluluğu Anlaşmasıyla vermiştir. 1 Ocak 1958 tarihinde yürürlüğe girmesinin ardından 1985 yılında Tek Avrupa Senedinin ve 1992 yılında da Maastricht Anlaşmasının⁹⁵ kabul edilmesiyle değişikliklere uğrayan Roma Anlaşması, doğrudan kamu alımlarıyla ilgili hükümler içermese de, Avrupa Birliği-AB kamu alımları ile ilgili mevzuatının temel kaynağının bu Anlaşmada belirlenen kriterler⁹⁶ olduğu genel kabul görmektedir⁹⁷.

⁹² *ibid.*, s. 59.

⁹³ http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/procurement_infrastructure/1993Model.html, 19.4.2006

⁹⁴ Avrupa Ekonomik Topluluğunun-AET'nin altı kurucu taraf ülkesi bulunmaktadır. Bunlar; Fransa, Almanya, İtalya, Hollanda, Belçika ve Lüksemburg'dur.

⁹⁵ Maastricht Anlaşması'yla birliğin ekonomik ve parasal anlamda da bütünleşmesi öngörülmüştür.

⁹⁶ Bu kriterler kısaca; Ayrımcılık uygulamasının yasaklanması, malların serbest dolaşımını sınırlandıran önlemlerin yasaklanması, bir ülkede kurulu olan bir şirketin diğer bir üye ülkede de faaliyet yapmasına

Avrupa Birliğinde “Anlaşmalar”, Birliğin ortak politikalarını belirleyen genel düzenlemeler olup uygulamaya ilişkin ayrıntılı düzenlemeler ikincil mevzuat vasıtasıyla yapılmaktadır. Bu kapsamda yürürlüğe konulan Direktiflerle (Directives), değeri belli limitleri aşan kamu alımlarında uyulması gereken ortak usullerin belirlenmesi suretiyle Anlaşmada belirlenen temel ilkelerin tesisi amaçlanmıştır. Belirlenen eşik değerin altında kalan alımlarda ise şeffaflığın sağlanmasına dönük önlemler alınması hususu, üye devletlerin takdirine bırakılmışsa da yine de bu takdir yetkisi, belirlenen temel ilke ve usullere aykırı bir düzenleme ya da uygulama yapılmasına imkan tanıyacak şekilde kullanılamayacaktır. Nitekim Avrupa Adalet Divanı, direktiflerin uygulanmadığı durumlarda bile Anlaşmanın temel ilkelerine göre alım yapılması gerektiğine karar vermiştir⁹⁸.

A. AB Kamu Alım Direktifleri

AB bünyesinde kamu alımları, 70’li yıllara kadar münferiden düzenleme konusu olmamışken ilk defa “*tek pazar olma fikri*”nden hareketle kamu alımlarının Birlik ekonomisi üzerindeki etkisinin büyüklüğü de dikkate alınarak bu konuda çalışmalara başlanmıştır. Bu kapsamda ilk olarak 26 Temmuz 1971 tarihinde Yapım İşleri Direktifi ikinci olarak da 21 Aralık 1976 tarihinde ise Mal Alımları Direktifi kabul edilmiştir. Her iki Direktifle, kamu alımlarında saydamlığın sağlanması ve ayrımcılığın kaldırılması amaçlanmış olup bu sayede Birlik bünyesinde bir kamu alım piyasasının oluşturulması hedeflenmiştir.

Bahsi geçen Direktiflerin, getirdikleri düzenlemeler bakımından hedeflenen amacın tesisinde yetersiz kalması ve üye devletlerin uygulama aşamasındaki isteksizlerinin de su yüzüne çıkması sonrasında, 1992 yılına kadar yürürlüğe girecek şekilde AB kamu alımları rejiminde esaslı değişikliklere gidilmesine karar verilmiştir.

imkan tanınması, üye devletler arasında hizmetlerin serbest dolaşımının sağlanması, sınırlayıcı ticari uygulamaların yasaklanması, hakim durumun kötüye kullanımının yasaklanması ve üye devletlere kamu alımlarında sorumluluk yükleyen 90 ıncı madde olarak sayılabilir.

⁹⁷ Üye ülkelerdeki kamu alımlarının Birlik düzeyinde yapılmasına hukuki dayanak olarak kabul edilen Roma Anlaşmasının, Maastricht Anlaşmasının 21 inci maddesiyle değişik 100 üncü maddesine göre “*Konsey, Komisyonun önerisi üzerine ve Avrupa Parlamentosu ile Ekonomik ve Sosyal Komite’ye danıştıktan sonra, oybirliği esası ile ortak pazarın kurulması ve işleyişinde doğrudan etkisi olan üye devletlerin hukuki, düzenleyici ve idari hükümlerini yakınlaştırmak için direktifler yapar*”, KUTLU, s. 112.

⁹⁸ EMEK, *Kamu Alımlarında Etkin İhale Tasarımı*, s. 45.

Bu bağlamda kamu alımları konusunda yapılacak detaylı ve esaslı düzenlemelere esas olmak üzere hazırlanan “*Beyaz Kitap*” (White Paper) ve “*Tek Avrupa Senedi*” (Single European Act) çerçevesinde 1987 ila 1993 yılları arasında AB içerisinde kamu alımlarının hukuki alt yapısı oluşturulmuştur⁹⁹.

Bu kapsamda ilk olarak 1988 yılında Mal Alım Direktifi, ikinci olarak 1989 yılında Yapım İşleri Direktifi revize edilmiş ve sonrasında da 1992 yılında ilk defa Hizmet Alım Direktifi kabul edilmiştir.

Bunlardan ayrı olarak mevcut direktiflerin kapsamı dışında kalan su, enerji, telekomünikasyon ve taşımacılık alanında faaliyet gösteren kamu kurumlarının alımları ile ilgili olarak “*Teşebbüsler Direktifi*” (Utilities Directive) kabul edilmiş ve bu sayede tüm sektörler itibarıyla kamu alımlarına ilişkin hukuki alt yapı ortaya çıkmıştır. Ancak, yapılanlar bunlarla sınırlı kalmamış yine aynı dönemde kamu alımlarının idari denetimi hususlarıyla ilgili olarak iki ayrı direktif daha kabul edilmiştir. Bunlardan ilki, klasik sektör alımlarının denetimini düzenleyen “*Compliance Directive*” olup ikincisi ise teşebbüs alımlarının denetimini düzenleyen “*Remedies Directive*”dir.

AB’nin kamu alım rejimindeki mevzuatının gelişimi, yukarıda kısaca izah edilen süreçle sınırlı kalmamış ve özellikle 1996 yılında daha da ivme kazanmıştır. Komisyonun 27 Kasım 1996 tarihinde kabul ettiği “*Yeşil Kitap - Avrupa Birliğinde Kamu Alımları: Önümüzdeki Yolun Keşfi*”¹⁰⁰ başlıklı belgeyle, özellikle teknolojik gelişmelere ve DTÖ-GPA ya uyum sağlayacak şekilde mevzuatta revizyon hazırlıklarına yeniden başlanmıştır.

Bu çerçevede hazırlanan 2004/17/EC sayılı “*Teşebbüs Direktifi*”¹⁰¹ ile 2004/18/EC sayılı “*Klasik Sektör Direktifi*”¹⁰², 31 Nisan 2004 tarihli ve L104 30-APR-04 114 240 sayılı AB Resmi Gazetesinde yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu direktiflerde yer alan hususların iç hukuka uyarlanması için ise üye devletlere 21 aylık

⁹⁹ UZ, s. 93.

¹⁰⁰ “Green Paper – Public Government in the European Union: Exploring the Way Forward”

¹⁰¹ Türkçe tercümesi için bkz., “Su, Enerji, Ulaştırma ve Posta Hizmet Sektörlerinde Faaliyet Gösteren İdarelerin İhale Usullerinin Koordine Edilmesine İlişkin 31 Mart 2004 tarih, 2004/17/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Birliği Konseyi Direktifi”,

http://www.ihale.gov.tr/duyurular/direktif_turkce/UTILITIESKONSOLIDE.doc, 20.04.2006

¹⁰² Türkçe tercümesi için bkz., “Kamu Yapım İşleri, Malım Alım ve Hizmet İhalelerinin Sonuçlandırılması Usullerinin Koordine Edilmesine İlişkin 31 Mart 2004 tarih ve 2004/18/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Birliği Konseyi Direktifi”,

http://www.ihale.gov.tr/duyurular/direktif_turkce/KLASIKKONSOLIDE.doc, 20.04.2006

bir geçiş süreci verilmiş olup, 31 Ocak 2006 tarihi itibarıyla bu süre de sona ermiş bulunmaktadır.

Yapılan düzenlemede ilk bakışta dikkati çeken, eskiden ayrı ayrı direktiflerde düzen altına alınan mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinin, bundan böyle tek bir Direktif altında toplanmış olmasıdır¹⁰³.

B. AB Kamu Alım Sistemi

a. Temel İlkeler ve Amaçlar

Kamu Alımlarına ilişkin olarak üye devletler bakımından bağlayıcı hükümler getiren Direktiflerin temel hedefi; “*Tek Pazar*” fikrinin daha güçlü ve etkin bir hale getirilebilmesi için değeri belli eşik değeri aşan kamu alımlarının politik ya da ekonomik korumacılık olmaksızın rekabetçi, saydam ve ayrımcılık yapılmayan usuller dahilinde yapılması suretiyle AB bünyesine bir kamu alımları piyasasının oluşturulmasıdır.

Bu temel hedef çerçevesinde Direktiflerde yapılan düzenlemelerde; alımların formalizasyonu, subjektif karar almanın mümkün olduğu derecede önüne geçilmesi, alımlarda etkinliğin artırılması, uyrukluğa dayalı ayrımcılığın önlenmesi, kamu alımları piyasasının rekabete açılması, alım usullerinde saydamlığın sağlanması, malların ve hizmetlerin serbest dolaşımının önündeki engellerin kaldırılması ve bu alanda etkin bir denetim mekanizmalarının kurulması amaçlanmıştır¹⁰⁴.

¹⁰³ **UZ**, s. 100.

¹⁰⁴ Bahsedilen temel amaçlara ayrıntılı bir şekilde her iki Direktifin de başlangıç bölümlerinde yer verilmiştir. Klasik Sektör Direktifi için bkz.

http://www.ihale.gov.tr/duyurular/direktif_turkce/KLASIKKONSOLIDE.doc, 20.4.2006,

Teşebbüs Direktifi için bkz.

http://www.ihale.gov.tr/duyurular/direktif_turkce/UTILITIESKONSOLIDE.doc, 20.4.2006.; **UZ**, s.108.

b. Kapsam

aa. Kamu Kuruluşları Bakımından

Direktiflerde kapsama dahil kuruluşlar oldukça geniş bir perspektifte ele alınmıştır. Nitekim Avrupa Adalet Divanının “*devlet*” kavramına fonksiyonel açıdan yaklaşımının, bu tür düzenleme yapılması üzerindeki etkisi büyüktür. Zira Adalet Divanı; “*devlet*” kavramını sadece idare mekanizması ile sınırlı kabul etmemiş ayrıca klasik kuruluşlar arasında olmayan, tüzel kişiliğe sahip olmayan hatta idarenin üstlendiği görevleri dahi üstlenmeyen diğer kuruluşların da “*devlet*” kapsamında olduğunu kabul etmiştir. Adalet Divanına göre Kanun ya da ikincil seviyede bir idari düzenlemeyle kurulmuş olmak kapsam dahilinde olabilmek için yeterlidir¹⁰⁵.

Adalet Divanının yaklaşımı da dikkate alınarak Klasik Sektör Direktifine göre kapsamdaki kuruluşlar şu şekilde tarif edilebilir;

- Herhangi bir ticari ya da sınai amaç taşımayıp sadece kamu yararını tesis etmek için kurulmuş olan,
- Tüzel kişiliği haiz olan kuruluşlar doğrudan kapsam dahilinde olmakla birlikte bunların yanında ayrıca;
- Yukarıda tarifi yapılan kuruluşlar tarafından finanse edilen veya,
- Yönetimi ya da denetimi yukarıdaki kuruluşlar tarafından yapılan veya,
- Yönetim ya da denetim kurulları üyelerinin yarısından fazlası yukarıdaki kuruluşlarca belirlenen veya,
- Sermayesinin %50'sinden fazlası yukarıdaki kuruluşlara ait olan kuruluşlar da kapsamdadır.

Yukarıdaki şartlardan herhangi birini taşıyan kuruluşların alımları, Direktif kapsamında belirlenen esaslara göre yapılmak zorundadır.

Sadece ticari ve sınai amaçla kurulmuş olanlar ise kapsam dışında tutulmuşlardır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, bu kuruluşların tamamen ekonomik amaçla kurulmuş olmaları gerekmektedir. Bu bağlamda her ne kadar ticari ve

¹⁰⁵ UZ, s. 108.

sınai faaliyet yürütmekteyse de amacı sosyal bir kamu yararını karşılamak olan kuruluşlar yine bu Direktif kapsamında değerlendirilmek zorundadır.

Kapsam bakımından yapılan bu tarifi, her bir somut olaya ve kuruluşa uygulanması sırasında yaşanması muhtemel sıkıntıların önüne geçilmesi için bu tanımlarla yetinilmemiş ayrıca her bir üye devlete kapsamdaki kuruluşlarının listesini Komisyona vermesi ve bu listeleri de belli sürelerle güncelleştirilmesi hususlarında zorunluluklar getirmiştir.

Teşebbüs Direktifi; gaz, ısıtma, elektrik, su, taşımacılık ve posta hizmetleri alanında faaliyet gösteren kuruluşların kamu alımlarını düzenlemektedir¹⁰⁶. Sayılan faaliyetleri yürüten bir kuruluşun kapsam dahilinde olabilmesi için aşağıdaki şartlardan birini taşıması yeterlidir. Buna göre;

- Kamu makamları, teşebbüsün kayıtlı sermayesinin yarısından fazlasına sahipse,
- Kamu makamları, teşebbüsün sermaye payına bağlı oy hakkının yarısından fazlasına sahipse,
- Teşebbüsün yönetim veya denetim organlarındaki üyelerin yarısından fazlası, kamu makamları tarafından tayin veya tespit olunuyorsa.

Bu şartlardan herhangi birini taşıması halinde yukarıda belirtilen faaliyetleri yürüten her teşebbüsün alımları, bu Direktif kapsamında yapılmak zorundadır.

Bunların dışında Direktifin 7 nci maddesine göre, doğal kaynak arama ve çıkarma faaliyetlerini yürüten teşebbüsler ile hava, deniz ve iç liman işletmeciliği faaliyeti yürüten teşebbüsler de sayılan kriterleri haiz olmaları halinde Teşebbüs Direktifi kapsamında telakki edilmektedirler.

Klasik Sektör Direktifinde olduğu gibi Teşebbüs Direktifinde de üye devletlerin kapsamındaki kuruluşlarının listesini ve değişikliklerini Komisyona bildirme yükümlülükleri vardır.

Direktiflerle kapsamdaki kuruluşlar bakımından yapılan bu ayırımın asıl sebebi, kamu kuruluşlarının faaliyet alanlarındaki farklılaşmadır. Bu bağlamda Teşebbüs Direktifine tabi olan bir kurumun alımı, eğer ana faaliyetiyle yani yürüttüğü ticari ya da sınai faaliyetle doğrudan ilgili değilse o zaman alım, Klasik Sektör Direktifi

¹⁰⁶ http://www.ihale.gov.tr/duyurular/direktif_turkce/UTILITIESKONSOLIDE.doc, 20.04.2006, Direktifin 3 ila 6 ncı maddeleri.

hükümlerine göre yapılmak zorundadır. Nitekim bu husus Teşebbüs Direktifinin 9 uncu maddesinde ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir¹⁰⁷.

Buna göre, Teşebbüs tarafından yapılacak alımlarda tabi olduğu Direktifin belirlenmesinde öncelikle alımın hedeflediği amaca bakılacak eğer alımın konusu doğrudan teşebbüsün ana faaliyetiyle ilgili değilse Klasik Sektör Direktifine göre alım yapılacaktır. Ayrıca, Teşebbüs tarafından birden çok kalemi barındıran alımların hangi faaliyet için yapıldığı objektif olarak belirlenemiyorsa ancak kalemlerden birisi Klasik Sektör Direktifine tabiyse alım, bu Direktife göre yapılacaktır. Bunun dışında, Teşebbüsün yaptığı alımın konusunun tam anlamıyla iki Direktife de girmediğinin anlaşılması halinde Teşebbüs Yönergesi hükümlerine göre alım yapılacaktır.

Diğer taraftan, Direktifin 9 uncu maddesine göre yapılacak alımın Klasik Sektör ya da Teşebbüs Direktifine göre yapılmasında tereddüte düşülmesi halinde alım, Teşebbüs Yönergesine göre yapılacaktır.

bb. Alımlar Bakımından

aaa. Konuları İtibarıyla

Klasik Sektör Direktifinin ve Teşebbüs Direktifinin 1 inci maddelerinde aynı yönde düzenlemeye gidilerek yapım işleri ile mal ve hizmet alımları oldukça geniş bir yaklaşım çerçevesinde kendi içinde aşamalı bir sistematiğe göre belirlenmiş olup bu kapsamda Direktiflere ekli cetvellerde¹⁰⁸ ayrıntılı olarak bizzat ismen sayılmak suretiyle belirlenmiştir.

¹⁰⁷ Teşebbüs Yönergesinin 9 uncu maddesi;

“1. Çeşitli faaliyetleri kapsayan bir ihale, esas faaliyet alanına uygulanan kurallara tabi olacaktır. Ancak, tek bir ihale ile çok sayıda ayrı ihalenin verilmesi arasında yapılacak seçim, bu direktiften ve uygun hallerde 2004/18/EC sayılı direktiften harici tutma amacıyla yapılmayabilir.

2. İhalenin hedeflediği faaliyetlerden biri bu Direktife ve diğeri de yukarıda bahsedilen 2004/18/EC sayılı direktife tabiyse, ve ihalenin esasen hangi faaliyeti hedeflediğini belirlemek objektif olarak mümkün değilse, ihale yukarıda bahsedilen 2004/18/EC sayılı direktife göre verilecektir.

3. İhalenin hedeflediği faaliyetlerden biri bu Direktife tabiyse ve diğeri de ne yukarıda bahsedilen 2004/18/EC sayılı direktife ne de bu direktife tabiyse, ve ihalenin esasen hangi faaliyeti hedeflediğini belirlemek objektif olarak mümkün değilse, ihale bu direktife göre verilecektir.”

¹⁰⁸ Klasik Sektör Yönergesinin EK I ve EK II sayılı cetvelleri ile Teşebbüs Direktifinin EK XII ve EK XVII sayılı cetvelleri.

Konuları itibarıyla alımlar bu denli geniş kapsamlı olarak belirlenmiş olmasına rağmen yine de istisnalar mevcuttur ve her iki Direktifte ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Geneli itibarıyla değerlendirildiğinde;

- Silah, cephane ve savaş malzemelerinin üretimine ve bunların ticaretine ilişkin yapılan alımlar,

- Hakkında gizlilik kararı verilen ya da yürütülmesi özel güvenliği gerektiren kamusal işler yanında devletin iç güvenliğiyle ilgili temel menfaatlerin korunmasının gerektirdiği alımlar,

- Uluslararası anlaşmalara dayalı olarak diğer devletlere ortaklaşa gerçekleştirilen alımlar,

- Askeri birliklerin konuşlandırılmasına ilişkin uluslararası bir anlaşmaya dayalı olarak yaptırılan alımlar,

- Uluslararası örgütlerin özel usullerine dayanılarak yapılan alımlar,

- Anlaşmaya uygun bir yasal düzenleme uyarınca münhasıran tanınmış bir hak uyarınca yapılan alımlar, istisna niteliğindeki alımlar olarak kabul edilmiştir¹⁰⁹.

bbb. Parasal Limitler İtibarıyla

AB kamu alım sisteminde bir alımın yukarıda sayılan kurumlar tarafından yapılması ve konu itibarıyla kapsamda olması tek başına Direktiflere göre alım yapılması sonucunu doğurmamaktadır. Bunun için ayrıca alımın parasal değerinin, Direktiflerde belirlenen eşik değerler üzerinde olması da gerekmektedir. KDV hariç yaklaşık maliyeti, Direktiflerin yayımlandığı tarihten itibaren her iki yılda bir güncellenen eşik değerleri aşan kamu alımları, Direktifler hükümlerine göre yapılmak zorundadır¹¹⁰.

¹⁰⁹ İstisna alımlar hususunda Teşebbüs Direktifinde oldukça geniş bir düzenleme alanı bulan hükümler mevcut olup bunlar 21 ila 30 uncu maddelerde yer almaktadır. Geniş bilgi için bkz., http://www.ihale.gov.tr/duyurular/direktif_turkce/UTILITIESKONSOLIDE.doc, 20.4.2006.

¹¹⁰ Yayımlandığı tarih itibarıyla **Klasik Sektör Direktifindeki eşik değerler;**

- Merkezi idarelerin mal ve hizmet alımları ile savunma alanında faaliyet gösteren idarelerin Direktife ekli V sayılı cetvelde sayılan mal alımlarında 162.000 Euro,

- Merkezi idare dışında kalan idarelerin mal ve hizmet alımları ile savunma alanında faaliyet gösteren idarelerin Direktife ekli V sayılı cetvelde sayılmayan mal alımları ve kapsamdaki her türlü kuruluşun Direktife ekli EK II-A sayılı cetvelde sayılan hizmet alımlarında 249.000 Euro,

- Kapsamdaki tüm idarelerin yapım işlerinde 6.242.000.000 Euro.

Teşebbüs Direktifindeki eşik değerler;

c. Alım Usulü

Kapsamdaki kuruluşlar, alımlarını yaparken; rekabet, eşit muamele, ayrımcılık yasağı ve saydamlıktan oluşan temel ilkeler ekseninde hareket etme yükümlülüğü altında olup alım sürecinde isteklilerin teknik ve ticari sırlarını saklamak zorundadırlar.

Alım usulleri olarak Direktiflerde; “açık ihale usulü”, “belli istekliler arasında ihale usulü”, “pazarlık usulü” ve “rekabetçi diyalog” olmak üzere dört tür usul belirlenmiştir. Bu usullerden “açık ihale usulü”, temel alım usulü olarak belirlenmiş olup diğer usullerin uygulanabilmesi için belirtilen şartların gerçekleşmesinin gerektiği belirtilmiştir.

Alım sürecinde rekabetin tesis edilmesi için şartnamelere ayrıca önem verilmiştir. Buna göre şartnameler, herkesin eşit şartlar altında teklif verebilmesini temin edecek şekilde hazırlanacak olup bu kapsamda belli bir marka ya da model belirtilmeyecektir. Ancak istenen özelliklerin yeteri derecede anlaşılmasının mümkün olmaması halinde “ve benzeri” ifadesine yer verilebilecektir.

Alımlara çıkılması ve alımın gerçekleştirilmesi aşamalarında olmak üzere üç farklı ilan esasları benimsenmiştir. İdarelerin yıllık toplamı 750.000 Euro’yu geçen mal ve hizmet alımları ile 6.242.000 Euro’yu geçen yapım işleri için AB Resmi Gazetesinde “ön ilan” a çıkılması, daha sonra alımın tüm özellikleri içeren “ayrıntılı alım ilanı” na ve sözleşmeye bağlandıktan sonra da güvenilirliğin tesisi için alım sürecinde yapılan teklifler ve sözleşmeyle ilgili diğer bilgileri içeren “duyuru” nun yapılması zorunludur.

Tekliflerin seçiminde alıma çıkılırken belirtilmesi kaydıyla, iki esasa göre karar verilmesi mümkündür. Bunlar, en düşük fiyat veya ekonomik olarak en avantajlı fiyattır. Yine bu kapsamda, aşırı düşük tekliflerin sorgulanması ve gerektiğinde teklif edilen fiyatla işin yaptırılmayacağını anlaşılması halinde teklifin değerlendirme dışı bırakılması hususunda idarelere yetki verilmektedir.

-
- Mal ve hizmet alımlarında 499.000 Euro,
 - Yapım işlerinde 6.242.000.000 Euro.

4. DİĞER BÖLGESEL BELGELERDE KAMU ALIMLARI

Yukarıda sayılan DTÖ, UNCITRAL Model Kanunu ve AB uygulamaları dışındaki bölgesel belgelerde de kamu alımlarıyla ilgili olarak bir takım hükümlere yer verilmektedir. OECD üyesi yedi Avrupa devleti tarafından kurulan Avrupa Serbest Ticaret Birliği-EFTA, Asya-Pasifik bölgesinde 21 üyeden oluşan APEC ile ABD, Kanada ve Meksika arasında imzalanan serbest ticaret anlaşması niteliğindeki NAFTA’da da kamu alımlarıyla ilgili olarak bağlayıcılık niteliği değişik seviyelerde olabilen düzenlemelere gidilmiştir. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu özellikle DTÖ, AB Direktifleri ve UNCITRAL Model Kanunu örnek alınmak suretiyle kaleme alındığından diğer bölgesel nitelikteki kamu alımlarıyla ilgili düzenlemelere burada sadece değinilmekle yetinilmiştir.

IV. ULUSAL DÜZENDE KAMU ALIMLARI

1. TÜRK İDARE HUKUKUNDA KAMU ALIMLARININ GELİŞİM SÜRECİ

A. İlk Düzenlemeler ile Artırma, Eksiltme ve İhale Kanunu

Cumhuriyetin ilanı öncesinde Nizamname seviyesinde ve dağınık bir düzenleme tarzı çerçevesinde hüküm altına alınan kamu alımlarının, ilk defa esaslı bir surette kanuni düzenleme konusu yapılması 1925 yılına rastlamaktadır. 22.4.1925 tarihli ve 661 sayılı “*Müzayede, Münakaşa ve İhale Kanunu*”yla idarelerce yapılacak her türlü alım, satım, kiraya verme, yapım, onarım, keşif, taşıma ve benzeri işlerin yapılma usul ve esasları hükme bağlanmıştır. Yürürlükte kaldığı süre içerisinde karşılaşılan ihtiyaçlar çerçevesinde Kanunda birtakım değişikliklere gidilmiş ancak idari yapının gelişen fonksiyonları karşısında yetersiz kaldığından¹¹¹ 1934 yılında yerini “*Artırma, Eksiltme ve İhale Kanunu*”na bırakmıştır.

¹¹¹ UZ, s. 128.

2.6.1934 tarihli ve 2490 sayılı “*Artırma, Eksiltme ve İhale Kanunu*”¹¹², idari fonksiyonlarda yaşanan gelişmelere cevap vermek üzere hazırlanmış ise de içerdiği aşırı prosedürel nitelikli düzenlemeler sebebiyle ihtiyaçların zamanında ve etkin bir şekilde temin edilmesine engel olduğu için özellikle yapım işleri, daha sonradan yapılan değişikliklerle kapsam dışına taşınmıştır¹¹³.

B. Devlet İhale Kanunu

Uygulanma süresi bakımından oldukça başarılı kabul edilebilecek bir Kanun olan “*Artırma, Eksiltme ve İhale Kanunu*”, yürürlüğe girdikten yaklaşık yarım asır sonra yerini 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı “*Devlet İhale Kanunu*”na¹¹⁴ bırakmıştır.

a. Kapsamı

2886 sayılı Kanunun kapsam başlıklı 1 inci maddesi gereğince; genel bütçe ve katma bütçe dahilindeki idareler ile özel idare ve belediyeler kapsam dahilinde tutulmuşlardır¹¹⁵. Ancak aynı maddenin ikinci fıkrasında yapılan düzenleme ile kapsam bakımından bir takım istisnalar getirilmiş ve buna göre döner sermayeli kuruluşlar ile fonlar kapsam dışına taşınmıştır.

Türk idari teşkilat yapısının merkezi idare ile birlikte özel idare ve belediyeler ile sınırlı tutulamayacak ölçüde genişlediği hususu göz ardı edilerek hazırlanan Devlet İhale Kanunu, daha yürürlüğe girmeden kendisinden beklenen amacın gerçekleştirilmesi yönünde kapsamındaki idareler bakımından ciddi eksikliklerle karşılaşmışken ayrıca döner sermayeli kuruluşların ve fonların da kapsam dışında tutulması Kanunun başarısızlığına yol açan etkenlerin en başında karşımıza çıkmaktadır.

Amacı, kamu kaynağının harcanmasıyla ilgili genel nitelikli usul ve esasların belirlenmesi olan bir Kanundan, önemli ölçüde kamu kaynağı kullanan çoğu kamu

¹¹² *Resmi Gazete*, 10.12.1934, S. 2723.

¹¹³ BAŞSOY, Ahmet, “Devlet İhale Kanunu ve Rekabet”, *Mali Hukuk*, S. 93, Mayıs-Haziran 2001, s. 4-14.

¹¹⁴ *Resmi Gazete*, 10.9.1983, S. 18161.

¹¹⁵ 2886 sayılı Kanunda bütçe türüne göre yapılan genel-katma bütçe ayrımı, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun yürürlüğe girmesi sonrasında ortadan kalkmış olup idarelerin bütçe bakımından sınıflandırılması esasları farklılaştırılmış olup buna ilişkin hususlara çalışmanın ilerleyen kısımlarında gerektiği ölçüde yer verilecektir.

kurumunun muaf tutulması, kamu kaynaklarının verimli ve etkin bir şekilde kullanılmasında tekdüzenin sağlanamamasına neden olmuştur¹¹⁶. Zira Kanunun 1 inci maddesi yanında diğer bazı maddeleri ve başka Kanunlarla getirilen istisnalarla kamu alımları konusundaki genel kurallar manzumesinin kapsamı oldukça daraltılmıştır. Nitekim 2886 sayılı Kanunun 73 üncü maddesinde yeralan;

“Tarihi ve bedii değeri olan taşınmaz mallar Kültür ve Turizm Bakanlığının görüşü alınarak, Maliye Bakanlığınca çıkarılacak bir yönetmelikte tespit olunacak esas ve şartlara göre, Maliye Bakanlığınca kiraya verilebilir.

Vakıflara ait özel hükümler saklıdır.” hükmü ile bu nitelikteki vakıf malları da kapsam dışında tutulmuştur.

Özel Kanunlarla yapılan düzenlemelerle, 2886 sayılı Kanuna getirilen istisnaların sayısı oldukça fazla olmakla birlikte verilebilecek örneklerden birisi olan 3096 sayılı *“Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti İle Görevlendirilmesi Hakkındaki Kanun”*un ek 3 üncü maddesine göre 2886 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmiştir. Diğer taraftan 1980’li yıllardan sonra yaşanan ekonomik gelişmeler de kamu alım sistemini etkilemiş ve kamu kaynaklarının harcanmasındaki karar alma süreci büyük ölçüde bütçe dışında şekillenmeye başlamış, bu çerçevede bütçenin kapsamı daralmıştır. Bu surette bütçe dışına taşınan kamu harcamaları, 2886 sayılı Kanunun kapsamı dışına çıkarılan kamu kurumları eliyle yapılar hale gelmiştir¹¹⁷. 2886 sayılı Kanuna bu şekilde getirilen aşırı istisnalar, uygulamada tabiatıyla kendisini, kanunun uygulanması açısından yetersizlik ve karmaşıklık¹¹⁸, kamu kaynaklarında da aşırı israf ve düzensizlik olarak göstermiştir.

b. Düzenlediği Hususlar

Kanunla kapsam dahilindeki idarelerin yapacağı alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin, gayri ayni hak tesisi ve taşıma işlerinin Kanunda belirtilen usul ve esaslara göre yapılması hüküm altına alınmıştır. Bu çerçevede kamu alımları dışında

¹¹⁶ DEMİR, Fikret, “Yeni İhale Kanunu ile Neler Getirildi; Hangi Değişiklikler Tartışılmaktadır?-I”, *Yaklaşım*, Y. 11, S. 124, Nisan 2003, s. 68.

¹¹⁷ ERDEM, s. 184; UZUN, Mükremin, “4734 sayılı Kamu İhale Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, *Belediye Dünyası*, C. 4, S. 3, Mart 2003, s. 22.

¹¹⁸ KUTLU, s. 70.

satım, kiraya verme, trampa ve mülkiyet üzerine gayri ayni hak tesisine ilişkin devlete gelir getirici nitelikteki işler de Kanun kapsamında düzenlenmiştir¹¹⁹.

Bu dönemde kamu alımlarında yaşanan sıkıntıların başlıca sebebi olarak 2886 sayılı Kanunun; dağınık düzenlemeleri yanında ekonomik ve teknolojik alanda yaşanan gelişmeler karşısında ihtiyaçları karşılamada yetersiz kaldığı¹²⁰ hususları ileri sürülmüşse de asıl sorunun insan kaynaklı olduğu yönünde görüşler¹²¹ de bulunmaktadır. Kanuna yöneltilen diğer bir eleştiri ise alımların diğer tarafı olan özel hukuk kişilerinden gelmiştir. Bu kesim tarafından yapılan eleştiriler, 2886 sayılı Kanunla ortaya koyulan ihale sisteminin maliyetleri yükselterek yüklenicinin kar marjını azalttığı ve kayırmacılık nedeniyle de haksız rekabete yol açtığı düzleminde yoğunlaşmıştır¹²².

2. TÜRK KAMU ALIM SİSTEMİ

A. Genel Bakış

Gelişmiş ülkeler de dahil olmak üzere yolsuzluk, çoğunlukla kamu sektöründe rüşvet, zorla para alma, hile gibi değişik şekillerde ortaya çıkan özellikle para ve parayla ifade edilebilen işlerde kendisini gösteren evrensel bir problem olarak kabul edilmektedir¹²³. Yolsuzluklara sebep olarak birbirini etkileyen ve tetikleyen bir çok faktörden bahsedilmektedir. Bunlara örnek olarak sos yo-ekonomik nedenler, örgütsel yapıdan kaynaklanan nedenler, sos yo-kültürel nedenler, kişisel nedenler ve yasal düzenlemelerdeki yetersizlikler gibi nedenler verilebilir¹²⁴. Kamu sektöründe yaşanan

¹¹⁹ Farklı nitelikteki işlerin aynı kanun kapsamında düzenlenmesinin uygulamada sıkıntılara yol açtığına dair görüşler için bkz. **ACAR**, Abdurrahman, “Kamu İhale Kanunu Neden Belli Bir Süre Ertelenmeli?”, *Belediye Dünyası*, C. 3, S. 12, Aralık 2002, s. 10; **UZUN**, Mükremin, “4734 sayılı Kamu İhale Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, s. 21-22.

¹²⁰ **YÜCEL**, Ali Rıza, “Yeni Devlet İhale Yasası Tasarısı Üzerine Düşünceler”, *Türkiye Mühendislik Haberleri*, S. 411, 2001/1, s. 17-21; **UZUN**, “4734 sayılı Kamu İhale Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, s. 21.

¹²¹ **SORGUÇ**, Doğan, “İhale, İnsan, Yeniden Yapılanma, Sistem Konusudur”, *Türkiye Mühendislik Haberleri*, S. 411, 2001/1, s. 10-11; **ÇORBACIOĞLU**, Şevket, “Beşinci (12.11.2001) Kamu İhale Kanunu Tasarısı'nın Değerlendirilmesi”, *Türkiye Mühendislik Haberleri*, S. 414, 2001/4, s. 27-29.

¹²² **UZ**, s. 130.

¹²³ **AKÇAY**, Selçuk, “Corruption, Democracy and Bureaucracy: Empirical Evidence from Developing Countries”, *Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 1, Bahar 2002, s. 205-208.

¹²⁴ **ÇINAR**, Kerim, “2000’li Yıllara Doğru Türkiye’nin Önde Gelen Sorunları”, *Kamu Yönetiminde Yozlaşma*, TUGİAD Yayını, İstanbul, s. 24-29.

yolsuzluklar genellikle kamu kaynağının kullanıldığı alan olan piyasadan yapılan alımlarda kendisini göstermektedir. İşte bu kapsamda ülkemizde kamu sektöründe özellikle kamu alımları alanında yaşanan yolsuzluk ve şaibelerin kaynağı olarak insani faktörlerin yanında mevzuattaki eksiklikler de sıklıkla dile getirilmiştir¹²⁵.

Mevzuatımızda kamu alımlarıyla birlikte satım, trampa, mülkiyetin gayri aynî hak tesisi ile ilgili hususlarda temel düzenleme niteliğindeki 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun, özellikle kamu alımlarını ilgilendiren hükümlerinin günün değişen ve gelişen ihtiyaçları karşısında yetersiz kalması, ortaya çıkan aksaklıkları gidermedeki başarısızlığı, kamu tarafından yapılan tüm alımları kapsamadığı, konuyla ilgili uluslararası düzenlemelerle uyuşmadığı gibi gerekçelerle¹²⁶; kamu alım sisteminin iyileştirilerek şeffaf ve rekabetçi bir mevzuatın oluşturulabilmesini teminen¹²⁷ 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve onun tamamlayıcısı niteliğinde olan 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, 4 Ocak 2001 tarihinde kabul edilmiş ve 1 Ocak 2003 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir^{128 129}.

B. Kapsam

a. Alım Yapacak Kurumlar Bakımından

4734 sayılı Kanunla getirilen en esaslı değişikliklerden birisi, kapsamdaki kamu kurumları bakımından olmuştur. Gerçekten de Kanunun 1 inci maddesinde yer alan “*Bu Kanunun amacı, kamu hukukuna tabi olan veya kamunun denetimi altında bulunan*

¹²⁵ Kamu yönetimindeki yolsuzlukların ortaya çıkmasında yasal düzenleme yetersizlikleri başlıca nedenlerden birisi olarak gösterilse de, bu durumu tek başına yolsuzlukların nedeni olarak gösterilmesi doğru bir yaklaşım değildir. **SEZER**, Yasin, “Kamu İhale Kanunu: Şeffaflık ve Rekabet”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 35, S. 4, Aralık 2002, s. 58.

¹²⁶ Hükümet Tasarısının genel gerekçesinin ilk paragrafı.; **UZUN**, Mükremin, “4734 sayılı Kamu İhale Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, s. 21-34; **KARAARSLAN**, Erkan, “4964 sayılı Kanundan Sonra Kamu İhale Mevzuatında Gelinecek Nokta”, *Yerel Yönetim ve Denetim*, C. 8, S. 11, Kasım 2003, s. 3-10; **MAT**, Hidayet, “Kamu İhale Kanununa Göre Gerçekleştirilen İhalelere Karşı Yapılabilecek İdari Başvurular”, *Yaklaşım*, Yıl 12, S. 140, Ağustos 2004, s. 143-147; **GÜVENDİ**, s. 57-64; **ACAR**, “Kamu İhale Kanunu Neden Belli Bir Süre Ertelenmeli?”, s. 10-14.

¹²⁷ **SEZER**, “Kamu İhale Kanunu: Şeffaflık ve Rekabet”, s. 59.

¹²⁸ *Resmî Gazete*, 22.1.2001, S. 24648.

¹²⁹ 1999 yılında Helsinki’de yapılan Avrupa Konseyi Zirve Toplantısında Türkiye’ye adaylık statüsünün verilmesi ile AB mevzuatına ve bu kapsamda kamu alımları mevzuatına da uyum çalışmaları hızlanmıştır. Nitekim “Avrupa Birliği Müktesabatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı” ile “Avrupa Birliği Müktesabatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programının Uygulanması, Koordinasyonu ve İzlenmesine Dair Karar”ında kamu alımları konusundaki mevzuatın orta vadede tamamlanması öngörülmüştür. *Resmî Gazete*, 24.3.2001, S.24352-1. Mük.

veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygulanacak esas ve usulleri belirlemektir.” hükmü ile kapsam olabildiğince geniş tutulmuş ve devletin tüm yapısıyla birlikte kavranması amaçlanmıştır. Bu bağlamda;

- kamu hukukuna tabi olmak,
- kamunun denetimi altında bulunmak,
- kamu kaynağı kullanmak,

şartlarından herhangi birisini, bünyesinde bulunduran bir kamu kuruluşu, 4734 sayılı Kanuna tabi olacaktır¹³⁰. Ancak bu denli geniş bir yaklaşımı olan kapsamın, anlaşılıp uygulanmasında olası tereddütlerin izalesini teminen bununla yetinilmemiş ve ayrıca Kanunun 2 nci maddesinde bu defa, daha somut tanımlar yapılmıştır. Nitekim 2 nci maddeye göre;

- Genel bütçeye dahil dairelerin, katma bütçeli idarelerin, özel idarelerin ve belediyeler ile bunlara bağlı; döner sermayeli kuruluşların, birliklerin, tüzel kişilerin¹³¹,

- Kamu iktisadi kuruluşları ile iktisadi devlet teşekküllerinden oluşan kamu iktisadi teşebbüslerinin¹³²,

- Sosyal güvenlik kuruluşlarının, fonların, özel kanunlarla kurulmuş ve kendilerine kamu görevi verilmiş tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar (mesleki kuruluşlar ve vakıf yüksek öğretim kurumları hariç) ile bağımsız bütçeli kuruluşların¹³³,

- (a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilenlerin doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip buldukları her çeşit kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketler¹³⁴’ın,

kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işleri,

¹³⁰ UZUN, Mükremin, “4734 sayılı Kamu İhale Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, s. 24; Kanunun birinci maddesinde yapılan düzenlemenin aslında haşiv yani gereksiz olduğu zira 2 nci madde de yapılan düzenlemenin amaca yeteri derecede hizmet ettiği yönündeki görüşleri için bkz. ÖZER, Hüseyin, “Vakıf Üniversiteleri Kamu İhale Kanunu Kapsamında mıdır?”, *Mali Hukuk*, Yıl 18, S. 103, s. 91-95.

¹³¹ Kanun, mahalli idareleri sadece özel idare ve belediyelerle sınırlı tutmuş, mahalli idare olmasına rağmen köy tüzel kişiliklerini kapsama almamıştır. UZ, s. 146.

¹³² 30.7.2003 tarihli ve 4964 sayılı Kanunla yapılan değişik hali olup değişiklikten önceki hali; “Enerji, su, ulaştırma ve telekomünikasyon sektörlerinde faaliyet gösterenler dahil, kamu iktisadi kuruluşları ile iktisadi devlet teşekküllerinden oluşan kamu iktisadi teşebbüsleri.”

¹³³ 30.7.2003 tarihli ve 4964 sayılı Kanunla yapılan değişik hali olup değişiklikten önceki hali; “Sosyal güvenlik kuruluşları, fonlar, özel kanunlarla kurulmuş ve kendilerine kamu görevi verilmiş tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar [mesleki kuruluşlar hariç] ile bağımsız bütçeli kuruluşlar.”

¹³⁴ 12.6.2002 tarihli ve 4761 sayılı Kanunla yapılan değişik hali olup değişiklikten önceki hali; “(a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilenlerin ortak oldukları her çeşit kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketler.”

- 4603 sayılı Kanun¹³⁵ kapsamındaki bankaların yapım ihaleleri mezkur Kanun hükümlerine göre yürütülecektir.

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, kamu alımları ile ilgili olarak genel bir kanun olarak kabul görse de çoğu kurum ve kuruluşun özel kanunlarında yer alan istisna hükümleri dolayısıyla genelliğini kaybetmiş ve bu durum uygulamada karmaşaya yol açmıştır¹³⁶. İşte bu karmaşıklığın önlenmesi, Devlet örgütünün sadece merkezi idare ile sınırlı kalmadığı gerçeğinden hareketle ve bu konudaki uluslararası belgelerde yer alan düzenlemeler paralelinde kapsam, Devlet örgütünün tümüne denk gelecek şekilde olabildiğince geniş tutulmaya çalışılmıştır. Gerçekten de devlet, sadece merkezi idare ile sınırlı değildir. Nitekim Anayasanın 123 üncü maddesine göre idarenin kuruluş ve görevlerinde “*merkezden yönetim ve yerinden yönetim*” ilkeleri uygulanacaktır. Ülkemiz açısından bakıldığında idarenin bütünlüğü ilkesi¹³⁷ çerçevesinde merkezi yönetim yanında yerinden yönetim kuruluşları da idare çatısı altında yerlerini almaktadırlar¹³⁸.

DURAN’ın ileri sürdüğü “*idarenin tabi olduğu kuralların ve usullerin, hiç değilse genel esasları ve çizgileri aynı nitelik ve yönde bulunması gerektiği*”¹³⁹ fikrinden hareketle idareyi oluşturan merkezi yönetim ve yerinden yönetim kuruluşlarının kamu alımlarıyla ilgili ortak usul ve esasların belirlenmesi, kamu kaynaklarının harcanmasında etkinliği ve tasarrufu da beraberinde getirecektir.

Kapsamın bu denli geniş bir ölçekte belirlenmesi kendisini, Kanunun adında da göstermiştir. Nitekim 4734 sayılı Kanunun adı “*Kamu İhale Kanunu*” olarak belirlenmek suretiyle “*Devlet*”ten “*kamu*”ya geçiş açık bir şekilde ortaya çıkmıştır¹⁴⁰. Gerçekten de kamu kaynağı kullandığı halde devlet tüzel kişiliği içinde yer almayan ve bu surette de 2886 sayılı Kanun kapsamı dışına taşınan tüm kamu kurumları da kapsama alınmıştır. Bu bağlamda, 4734 sayılı Kanunun amacına uygun olarak herhangi bir kamu kurum ya da kuruluşunun kapsamda olup olmadığına karar verirken, Kanunun 1 ve 2

¹³⁵ 15 Kasım 2000 tarihli ve 4603 sayılı “*Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası, Türkiye Halk Bankası Anonim Şirketi ve Türkiye Emlak Bankası Anonim Şirketi ve Hakkında Kanun*”, *Resmi Gazete*, 25.11.2000, S. 24241.

¹³⁶ KUTLU, s. 170.

¹³⁷ DURAN, *İdare Hukuku*, s. 5.

¹³⁸ GÖZÜBÜYÜK/TAN, *İdare Hukuku*, s. 163.

¹³⁹ DURAN, *İdare Hukuku*, s. 5.

¹⁴⁰ Son dönemde yürürlüğe giren genel nitelikli Kanunların bir çoğunda özellikle “kamu” ibaresine yer verilmektedir. Örneğin “Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu”, “Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun”, “Kamu Görevlileri Sendikaları Hakkında Kanun”, “Kamu Yönetimi Temel Kanunu Tasarısı”, “Kamu Personel Kanunu Tasarısı Taslağı” gibi.

nci maddelerinin birlikte değerlendirilmesi sonra da o kuruluşun Anayasadan başlayarak tüm mevzuatının incelenmesi gerekmektedir¹⁴¹.

2 nci maddede kapsamın tespitinde kurum ve kuruluşlara farklı açılardan yaklaşım suretiyle tanım yapılması yoluna gidilmiştir. İlk nazariyede bütçe yapıları itibarıyla bir yaklaşım sergilense de devam eden bentlerde bütçe yapısı dışında farklı kriterlere göre de tespitler yapılmış, adeta iç içe geçen ve bazen de tekrar niteliğinde olan tanımlara yer verilmiştir. Açıkçası kanun koyucuyu bu yönde bir düzenlemeye iten sebebin, idari teşkilatımızın içinde bulunduğu karmaşık ve içinden çıkılmaz yapısının etkili olduğunu söylemek rahatlıkla mümkündür.

aa. Bütçe Yapısı Bakımından Kapsamdaki Kurumlar

Bütçe yapısı bakımından genel bütçeli, katma bütçeli ve bağımsız bütçeli kurumlar¹⁴² yanında döner sermayeli kuruluşlar ve fonlar da kapsamda sayılmıştır. Bu tanım oldukça geniş ve amaca hizmet etme bakımından doğru bir ifade tarzıdır. Zira 4734 sayılı Kanun, kamu kaynaklarından yapılan alımları düzen altına almaktadır ve sayılan kurumlar da kamu kaynağı kullanmaktadırlar.

Bütçe yapısı bakımından yapılan bu tasnif aslında Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte uygulamada olan 26.5.1927 tarihli ve 1050 sayılı “*Muhasebe-i Umumiye Kanunu*”nun¹⁴³ genel sistematığına uygun bir düzenlemedir. Nitekim 1050 sayılı Kanuna göre bütçe türleri; genel bütçe, katma bütçe, özel bütçe ve bunlara bağlı döner sermaye işletmeleri şeklinde tasnif edilmiştir. Diğer taraftan 2886 sayılı Kanunda olmamasına rağmen, fonlar da 4734 sayılı Kanun kapsamına alınmıştır.

Ancak 1050 sayılı Kanunu yürürlükten kaldırarak yerine geçmek üzere tüm hükümleriyle birlikte 1 Ocak 2006 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren 5018 sayılı “*Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu*”¹⁴⁴ gereğince bütçe türlerinin tasnifi bakımından farklı bir esas benimsenmiştir. Zira 5018 sayılı Kanunun 12 nci maddesine göre bütçe türleri; merkezî yönetim bütçesi, sosyal güvenlik kurumları bütçeleri ve mahallî idareler bütçeleri olarak üç gruba ayrılmıştır. Merkezi Yönetim Bütçesinin ise Kanuna

¹⁴¹ ÖZER, s. 91-95.

¹⁴² Bağımsız bütçeli kurumlara örnek olarak 91 sayılı KHK'nin verdiği yetkiye dayanılarak kurulan kamu tüzel kişiliğini haiz ve kamu görevi yürüten İstanbul Menkul Kıymetler Borsası yanında yine aynı şartları haiz İstanbul Altın Borsası da 4734 sayılı Kanun kapsamındadırlar.

¹⁴³ *Resmi Gazete*, 9.6.1927, S. 606.

¹⁴⁴ *Resmi Gazete*, 24.12.2003, S. 25326.

ekli I, II ve III sayılı cetvelde sayılan “Genel Bütçe”li, “Özel Bütçe”li ve “Düzenleyici ve Denetleyici Kurum Bütçe”lerinden teşekkül ettiği hüküm altına alınmıştır. Bu kapsamda “katma bütçeler” kaldırılmış, “döner sermaye işletme ve fon bütçeleri” de ilgili idare bütçelerinin içine alınmış olmakla birlikte döner sermaye işletmelerinin 31 Aralık 2007 tarihine kadar yeniden yapılandırılması düzenlenmiştir¹⁴⁵. Bu bakımdan 4734 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin 5018 sayılı Kanuna göre yeniden kaleme alınması suretiyle terim birliğine gidilmesinin yerinde olacağı düşünülmekle birlikte halihazırdaki durumun uygulama için herhangi bir soruna neden olması beklenmemektedir.

bb. Yerinden Yönetim Kuruluşları

Yerinden yönetim kuruluşları¹⁴⁶ olarak Kanunda doğrudan bir tanımlama olmasa da bu kapsamda;

¹⁴⁵ Kanunun geçici 11 maddesine göre;

“Genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerine bağlı olarak kurulan döner sermaye işletmeleri ve fonların bütçeleri, ilgili idarelerin bütçeleri içinde yer alır.

Bu Kanun kapsamında kamu idarelerinde kurulmuş döner sermaye işletmeleri 31.12.2007 tarihine kadar yeniden yapılandırılır”.

Maddenin değişik ikinci fıkrasının ilk halinde “Bu Kanun kapsamındaki kamu idarelerinde kurulmuş döner sermaye işletmeleri ile fonlar, 31.12.2007 tarihine kadar tasfiye edilir.” hükmü vardı. Ancak 22.12.2005 tarihli ve 5436 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonrasında “tasfiye” yerine “yeniden yapılandırılma” hükmü getirilmiştir.

¹⁴⁶ Merkezi idare, hizmet türlerine göre bakanlıklar şeklinde bir bölünme olsa da bunların ayrı birer tüzel kişiliği olmayıp Devlet tüzel kişiliğini temsil ederler ve onun adına yetki kullanırlar. Merkezi idare, başkent dışında örgütlenme yoluna giderek taşra kuruluşlarını ortaya çıkarmıştır. Bu kavram bir coğrafi alanı esas alan idare türünü anlatmakla birlikte esasında hizmeti veya belirli bir faaliyeti esas alan uygulamaları da kapsamaktadır. Bu sebeple doktrinde bu iki tür yönetim biçimini ayırmak için “yer olarak yerinden yönetim” deyimini ile “hizmet yerinden yönetim” deyimleri yapılmak suretiyle ayrıma gidilmektedir. GÖZÜBÜYÜK/TAN, *İdare Hukuku*, s. 161; Bu arada yerinden yönetim kavramının sadece yerel idareleri anlatmak için kullanılıp ikincisi için “özerk yönetim” gibi ayrı bir kavram bulunması gereğini vurgulayanlar da vardır. DURAN, *İdare Hukuku*, s. 54; Hizmet yerinden yönetim kuruluşları, teknik bilgi ve uzmanlık isteyen belli bir hizmetin devlet tüzel kişiliği ve merkezi idare teşkilatı dışında örgütlenmesi ve tüzel kişiliğe kavuşturulması sonucu ortaya çıkan kuruluşlardır. Bu kuruluşların en belirgin özelliği, belli bir hizmeti yürütmek üzere kurulmuş olmaları noktasında toplanmaktadır ki buna ihtisas kuralı denilmektedir. GÜNDAY, *İdare Hukuku*, s. 353; GÖZÜBÜYÜK/TAN, *İdare Hukuku*, s. 305; Kamu kurumu tanımı, hukuki statüleri bakımından birbirinden çok farklı kuruluşları kapsayan genel bir tanım olduğundan, tanımlanmasında çoğu zaman sıkıntılarla karşılaşmaktadır. Bu nedenle doktrinde bazı yazarlar, negatif tanım yoluna gitmek suretiyle devlet ve yerel yönetimler dışında kalan kamu tüzel kişilerinin, “hizmet yerinden yönetim kuruluşları” olduğu tanımını da yapmaktadırlar. DURAN, *İdare Hukuku*, s. 189; Hizmet yerinden yönetim kuruluşları içinde, belli bir hizmeti tüm ülke düzeyinde yürüten kuruluşlar olduğu gibi, hizmeti belli bir yerde yürüten kuruluşlar da vardır. Hizmet yerinden yönetim kuruluşlarının görev ve yetkilerinin özel ve sınırlı olması, bunların belli bir hizmet ile sınırlı olması anlamına gelir. Aksine bu kuruluşların yürüttükleri hizmetlerin belli bir yer ile sınırlı olması anlamına gelmez. DURAN, *İdare Hukuku*, s. 192; Nitekim mahalli idareler belli bir yerde hizmet görmelerine rağmen o yerdeki tüm gereksinimleri karşılayacak nitelikte hizmetler

- özel idareler ve belediyeler,
- kamu iktisadi kuruluşları ile iktisadi devlet teşekküllerinden oluşan kamu iktisadi teşebbüsleri¹⁴⁷,
- özel kanunlarla kurulmuş ve kendilerine kamu görevi verilmiş tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar (mesleki kuruluşlar ve vakıf yüksek öğretim kurumları hariç),
- sosyal güvenlik kuruluşları,
- diğer kamu tüzel kişilikleri¹⁴⁸, kapsamdaki kurumlar olarak sayılmıştır.

Bu tarz bir tanımlama aslında bazı sıkıntıları da beraberinde getirmiştir. Nitekim mahalli idare olan köy tüzel kişiliği, kapsamda sayılmadığı halde köy tüzel kişiliklerinin belediyeler ve/veya il özel idarelerinin katılımı ile oluşturdukları mahalli idare birlikleri Kanun kapsamındadır¹⁴⁹.

Yerel yönetimler ve kamu iktisadi teşebbüsleri dışında kalan hizmet yerinden yönetim kuruluşları da kapsam dahilinde sayılmıştır. Bunlara örnek olarak Türk Patent Enstitüsü, İhracatı Geliştirme Etüd Merkezi, Milli Prodüktivite Merkezi, Türkiye Akreditasyon Kurumu gibi kurumlar gösterilebilir. Gerçekten de 2886 sayılı Kanun döneminde yukarıdaki gibi bir çok kamu kurumunun kuruluş kanunlarında yer alan muafiyet hükümleri dolayısıyla alım usulleri birbirinden farklı ve karmaşık bir yapı görünümünde idi. Yapılan bu düzenleme ile kamu alımlarının kurumlar bazındaki

gördüklerinden görev ve yetkileri genel mahiyettedir. Bu itibarla merkezi idare ve yerel yönetimler ile hizmet yerinden yönetim kuruluşları arasında görev ve yetkilerin genelliği bakımından mevcut bulunan bu fark dolayısıyla; görev ve yetkileri genel nitelikte olan merkezi idare ve yerel yönetimler “*kamu idareleri*”, görev ve yetkileri belli bir hizmet ile sınırlı olan hizmet yerinden yönetim kuruluşları ise “*kamu kurumları*” olarak da adlandırılmaktadırlar. **GÜNDAY**, *İdare Hukuku*, s. 354; 19 uncu yüzyılın ortalarından itibaren devletin üstlendiği hizmetlerin büyük oranda artış göstermesi ve bu hizmetlerin büyük oranda teknik bilgi ve uzmanlık gerektirmesi sebepleriyle hizmet yerinden yönetim kuruluşları ortaya çıkmıştır. Ülkemizde ise Cumhuriyetin ilanından sonra Osmanlı döneminde imtiyaz yoluyla özel kişilere gördürülen hizmetlerin millileştirilmesi sonrasında ortaya çıkmışlardır. **ONAR**, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. II, s. 865.

¹⁴⁷ *Resmî Gazete*, 18.6.1984, S. 18435-1.Mük., 233 sayılı Kamu İktisadi Devlet Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye göre; Kamu iktisadi teşebbüsü, iktisadi devlet teşekkülü ile kamu İktisadi kuruluşunun ortak adı olup İktisadi Devlet Teşekkülü, sermayesinin tamamı devlete ait, iktisadi alanda ticari esaslara göre faaliyet göstermek üzere kurulan, kamu iktisadi teşebbüslerini, Kamu İktisadi Kuruluşu ise sermayesinin tamamı Devlete ait olup, tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri kamu yararı gözeterek üretmek ve pazarlamak üzere kurulan ve gördüğü bu kamu hizmeti dolayısıyla ürettiği mal ve hizmetler imtiyaz sayılan kamu iktisadi teşebbüslerini ifade etmektedir.

¹⁴⁸ 1163 sayılı Kooperatifler Kanununa göre kurulan Organize Sanayi Bölgeleri ile Küçük Sanayi Siteleri ile uluslararası anlaşma ile kurulan ve 4734 sayılı Kanununun 2 nci maddesinde belirtilen idareler niteliğinde hukuki statüye sahip olmayan Türk Kültür ve Sanatları Ortak Yönetimi (TÜRKSOY)'un, organı konumunda bulunan ve Daimi Konseyin aldığı kararlar doğrultusunda Sekreteryaya görevini yürüten TÜRKSOY Genel Müdürlüğü, 4734 sayılı Kanun kapsamında bulunmamaktadır. Kamu İhale Genel Tebliği, m. II/B, *Resmî Gazete*, 25.7.2005, S. 25886.

¹⁴⁹ **UZ**, s. 146-147.

farklılıkları ortadan kaldırılmış ve uygulamada birlik sağlanması yönünde önemli bir adım atılmıştır.

Bu kapsamda dikkati çeken diğer bir husus ise mesleki kuruluşlar ve vakıf yüksek öğrenim kurumlarının kapsam dışında tutulmasıdır. Hizmet yerinden yönetim kuruluşlarının bir kümesi olarak da nitelendirilip¹⁵⁰ Anayasanın 135 inci maddesinde ayrıntılı bir şekilde düzenlenen kamu meslek kuruluşları¹⁵¹, meslek mensuplarının oluşturduğu, kamu tüzel kişiliğini haiz, bir kısım kamu görevlerini yerine getiren, üyeleri üzerinde kamu hukukundan kaynaklanan yetkiler kullanan kişi topluluklarıdır ve bunlar gerek yapıları gerekse de görevleri yönünden diğer kamu kurumlarından ayrı bir yere sahiptirler¹⁵². Mesleki kuruluşların 4734 sayılı Kanunda belirlenen kriterleri taşıyıp-taşımadığı değerlendirildiğinde, öncelikle iki hususu karşıladığı rahatlıkla ifade edilebilir. Bu kuruluşlar, Anayasa gereği kamu tüzel kişisi sayılmakla kamu hukukuna tabidirler¹⁵³. Ayrıca yine Anayasa gereği bu kuruluşların idari ve mali denetimi kanunla belirlenmekte ve bunun hukuki rejimi de muhtelif kanunlarda ekseriyetle kamu hukuku olarak belirlenmektedir¹⁵⁴. Ayrıca meslek kuruluşlarının gelirlerinin, kamu kaynaklı olmadığı iddia edilse bile ilk iki kriteri taşıdığı halde 4734 sayılı Kanun kapsamı dışına taşınması, kamu alımları ile ilgili olarak benimsenen genel sistematiğe aykırı bir düzenleme olmuştur.

Diğer taraftan Anayasanın 130 uncu maddesinde yapılan düzenlemeyle vakıf yüksek öğrenim kurumlarının¹⁵⁵ idari ve mali açıdan özerkliğinin ya da bağımsızlığının sağlanması amaçlandığından, 4734 sayılı Kanunda da bu doğrultuda düzenleme yapılmıştır. Gerçekten de Kanunun kabul edilen ilk halindeki 2/c maddesinde, vakıf yüksek öğrenim kurumları kapsama dahil kurumlar arasında yer almaktayken daha Kanun yürürlüğe girmeden önce yapılan değişiklikle kapsam dışına taşınmışlardır¹⁵⁶.

¹⁵⁰ DURAN, *İdare Hukuku*, s. 224.

¹⁵¹ ONAR, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. II, s. 898.

¹⁵² GÖZBÜYÜK/TAN, *İdare Hukuku*, s. 344.

¹⁵³ Bu kuruluşların kamusal yetkiler kullanarak yaptığı işlemler, idari işlem sayılmakta ve bunlar üzerine açılacak davaların da idari yargının görev alanına girdiği kabul edilmektedir. **Y4HD.**, 13.3.1980, E.1980/573, K.1980/3263; GÖZBÜYÜK/TAN, *İdare Hukuku*, s. 347.

¹⁵⁴ Örneğin 18.5.2004 tarihli ve 5174 sayılı “Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu”nun 100 üncü maddesi gereğince odaların, borsaların, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliğinin ve bunların bağlı ve ilgili kuruluşlarının, denetimi Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından yapılmaktadır., *Resmî Gazete*, 1.6.2004, S. 25497.

¹⁵⁵ AKYILDIZ, Ali, “Vakıf Üniversiteleri”, *Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan*, Beta Yayınları, İstanbul 2003, C. 3, s. 459-500.

¹⁵⁶ Kamunun denetiminde oldukları, özel kanunla kuruldukları, kamu tüzel kişisi oldukları, kamu kaynağı kullanabilecekleri ve kendilerine kamu görevi verildiği gerekçelerinden hareketle, vakıf yüksek

cc. İdarenin Sermayesinin Yarısından Fazlasına Sahip Bulunduğu Kuruluş, Müessese, Birlik, İşletme ve Şirketler Yanında Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu ve Kamu Bankaları

Kanunun 2 nci maddesinin (d) bendi, yürürlüğe girdiği ilk halinde “(a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilenlerin ortak oldukları her çeşit kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketler”¹⁵⁷ şeklinde düzenlenmiş iken Kanunun genel amacının dışına çıkılarak kamu hukukuna tabi olmayan ve kamu denetiminde olmayan kuruluşların da kapsama alınmış olduğu, dolayısıyla mezkur maddenin genel amaç çerçevesinde yeniden düzenlenmesi gereğinden hareketle 4761 sayılı Kanunla¹⁵⁸ “doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip buldukları” şeklinde değiştirilmiştir. Böylece esasen özel hukuk hükümlerine tabi olup kamu kaynağı kullanmayan ve kamu denetimine de tabi olmayan kuruluşların kapsamda yer almasından kaynaklı sorunların önüne geçilmesinin amaçlandığı belirtilmiştir¹⁵⁹. Bu sayede kamu iktisadi teşebbüslerinin sermayesinin yarısından azına sahip oldukları anonim şirketler yani “kamu iştirakleri” kapsam dışında tutulmuştur¹⁶⁰.

Ancak Kanunda sayılan şartları taşıyan yani yarıdan fazla sermaye unsurunu karşılayan kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketlerin¹⁶¹ yanı sıra Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu ve kamu bankalarının durumu ise karışık bir düzenleme konusu yapılmıştır. Konuyla ilgili hükümlerde bu sefer de 4964 ve 5436 sayılı Kanunlarla¹⁶² yapılan değişikliklerle bu bahisteki kuruluşların Kanuna olan tabiiyetleri açısından konu oldukça farklı ve karmaşık bir boyut almıştır.

öğrenim kurumlarının her türlü mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinin 4734 sayılı Kanun kapsamında olması gerektiği yönündeki görüşü için bkz. **ÖZER**, s. 91-95.

¹⁵⁷ Madde metninde “müessese” ibaresi yerine “bağlı ortaklık” ibaresi kullanılmasının uygun olacağı yönündeki görüşü için bkz. **UZ**, s. 150.

¹⁵⁸ 12.6.2002 tarihli ve 4761 sayılı “Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”, *Resmî Gazete*, 22.2.2002, S. 24793.

¹⁵⁹ Kanunun genel ve madde gerekçesi için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/d21/1/1-0990.pdf>, 26.4.2006.

¹⁶⁰ **UZ**, s. 150.

¹⁶¹ Bu kapsamda ayrıca Kanunun 2 nci maddesinin (a) bendi kapsamında yer alan belediyelere bağlı ticari ve sınıai kuruluşların mal ve hizmet alımları ile yapım işleri de kapsamdadır. **ACAR**, Abdurrahman. “Belediyelere Bağlı Ticari ve Sınıai Kuruluşların Kamu İhale Kanununa Tabi Olan ve Olmayan İşleri”, *Mali Hukuk*, Y. 18, S. 108, Kasım-Aralık 2003, s. 4-17.

¹⁶² 30.7.2003 tarihli ve 4964 sayılı “Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”, *Resmî Gazete*, 15.8.2003, S. 25200.; 22 Aralık 2005 tarihli ve 5436 sayılı “Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”, *Resmî Gazete*, 24.12.2005, S. 26033.

Öncelikle belirtmek gerekir ki; 4964 sayılı Kanunla 4734 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin 2 nci fıkrasında yapılan değişiklik sonrasında Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu ve hissesine tamamen ya da kısmen sahip olduğu bankalar doğrudan kapsam dışında tutulmuştur. Bunun yanında, 4603 sayılı Kanun kapsamındaki kamu bankalarının mal ve hizmet alımları kapsam dışında tutulmuş ancak bu bankaların yapım işleri ise Kanunda yer alan hükümlere göre yapılmak zorundadır.

İkinci olarak; sermaye unsuru bakımından *doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip bulunma* şartını taşıyıp enerji, su, ulaştırma ve telekomünikasyon sektörlerinde faaliyet **göstermeyen** kamu iktisadi teşebbüsleri ile diğer teşebbüs, işletme ve şirketlerin ticari ve sınai faaliyetleri çerçevesinde; doğrudan mal ve hizmet üretimine veya ana faaliyetlerine yönelik ihtiyaçlarının temini için yapacakları, hazine garantisi veya doğrudan bütçenin transfer tertibinden aktarma yapmak suretiyle finanse edilenler dışındaki yaklaşık maliyeti ve sözleşme bedeli Kanunun 3/g maddesinde belirlenen parasal limiti¹⁶³ **aşan** mal ve hizmet alımları ile parasal limit olmaksızın her türlü yapım işleri Kanun kapsamında yapılacaktır¹⁶⁴. Bunun dışında, yukarıda sayılan kuruluşların ana faaliyetlerine yönelik olmayan ihtiyaçlarının temini için yapacakları mal ve hizmet alımları ile yapım işleri ise herhangi bir parasal limit olmaksızın doğrudan Kanun kapsamında yapılmak zorunda olacaktır.

Üçüncü olarak; AB Direktifleri paralelinde ayrı bir kanuni düzenleme konusu yapılmak üzere, enerji, su, ulaştırma ve telekomünikasyon sektörlerinde faaliyet **gösteren** teşebbüs, işletme ve şirketler; 4964 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonrasında özel bir kanuni düzenleme konusu yapılmak üzere **doğrudan kapsam dışına taşınmıştır**. Ancak, bu özel kanun yürürlüğe girinceye kadar¹⁶⁵ 4734 sayılı Kanunun geçici 4 üncü maddesine 4964 sayılı Kanunla eklenen 5 inci fıkra gereğince diğer sektörlerde faaliyet gösteren teşebbüs, işletme ve şirketlerle aynı alım rejimine tabi kılınmışlardır. Ancak, bu defa da geçici 4 üncü maddenin yukarıda bahsedilen fıkrasına 5436 sayılı Kanunla yapılan ilaveyle Türkiye Petrolleri Anonim Ortaklığının, Türkiye

¹⁶³ 4734 sayılı Kanunun yürürlük tarihi itibarıyla parasal limit 2.900.000.000.000 TL olarak belirlenmiş olmakla birlikte aynı Kanunun 67 nci maddesine istinaden son olarak 2006/1 sayılı Kamu İhale Genel Tebliği uyarınca 3.968.935,00.- YTL olarak güncellenmiştir. *Resmi Gazete*, 27.1.2006, S. 26062.

¹⁶⁴ Belirlenen limit altında kalan mal ve hizmet alımlarına ilişkin usul ve esasların sayısı hayli kabarık olup bu düzenlemelere toplu bir şekilde ulaşabilmek için bkz. <http://www.kik.gov.tr/index2.htm>, 24.4.2006.

¹⁶⁵ Bu çalışmanın kaleme alındığı tarih itibarıyla yukarıda bahsi geçen özel kanun hazırlanmış ve yürürlüğe konulmuş değildir.

karasuları ile uluslararası sular dahilinde petrol ve doğalgaz arama, sondaj, üretim ve taşıma faaliyetleri ile ilgili olarak yapılacak her türlü mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinde 3/g maddesinde belirtilen parasal limitin uygulanmayacağı hükmü getirilmiştir.

b. Alıma Konu İşler Bakımından

4734 sayılı Kanunun 2886 sayılı Kanundan önemli ölçüde farklılığı, kapsamındaki işler bakımından ortaya çıkmaktadır. Gerçekten de 2886 sayılı Kanun sadece kamu alımlarını değil aksine bununla birlikte satım, trampa, kira, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi gibi kamuya gelir getirici nitelikteki işleri de kapsamına almaktayken 4734 sayılı Kanun, sadece harcama yapılmasını gerektiren mal ve hizmet alımları ile yapım işlerini düzenlemiştir. Nitekim bu hususla ilgili olarak 4734 sayılı Kanunun genel gerekçesinde de belirtildiği üzere;

“2886 sayılı Devlet İhale Kanunu alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işlerini kapsamaktadır. Ancak alım, hizmet, yapım, kiralama ve taşıma işleri kamu harcaması yapılmasına; satım, kiraya verme, trampa ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi işleri kamuya gelir sağlanmasına yönelik olduğundan, farklı nitelikteki bu işlerin aynı kanunda düzenlenmesi uygulamada pek çok sorunun ortaya çıkmasına neden olmaktadır.

Diğer taraftan, kamu harcaması gerektiren işlere özgü ihalelerde yeni uygulamaların hayata geçirilebilmesi ve harcama yapılması ile gelir elde edilmesine yönelik ihalelerin kendine özgü niteliklerine uygun olarak ihtiyaçlara cevap verecek şekilde ayrı kanunlarla düzenlenmesi gerekmektedir. Devletin bu işlere ilişkin ihale mevzuatının Avrupa Birliği ve Dünya Ticaret Örgütü gibi uluslararası kuruluşların ihale mevzuatına paralel hale getirilebilmesi için, kamu harcaması yapılması gerektiren mal ve hizmet alımları ile yapım işleri bu Kanun kapsamına alınmıştır. Ayrıca aynı amaçla kamu ihaleleri sonucunda düzenlenen sözleşmeler ile ilgili hususlar bu Kanun kapsamında düzenlenmeyerek, bu konuda ayrı bir kanun hazırlanmıştır.”

Nitekim bu yönde bir anlayışın ürünü olan Kanun, 2886 sayılı Kanunu yürürlükten kaldırmamıştır. 4734 sayılı Kanunun 68/a maddesinde yer alan *“Bu Kanun kapsamında yer alan işlerin ihalelerinde 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale*

Kanunu hükümleri uygulanmaz.” hükmüyle kamuya gelir getirici nitelikteki işler için 2886 sayılı Kanun hükümleri yürürlükte bırakılmıştır.

Bu bağlamda, Kanunun kapsamında yer alan işlerin tanımı yapılırsa, 4 üncü maddeye göre;

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

Hizmet: Bakım ve onarım, taşıma, haberleşme, sigorta, araştırma ve geliştirme, muhasebe, piyasa araştırması ve anket, danışmanlık, mimarlık ve mühendislik, etüt ve proje, harita ve kadastro, imar uygulama, her ölçekte imar planı, tanıtım, basım ve yayım, temizlik, yemek hazırlama ve dağıtım, toplantı, organizasyon, sergileme, koruma ve güvenlik, mesleki eğitim, fotoğraf, film, fikri ve güzel sanat, bilgisayar sistemlerine yönelik hizmetler ile yazılım hizmetlerini, taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanmasını ve benzeri diğer hizmetleri,

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

Kanunun genel gerekçesinde trampa, gelir getirici nitelikte bir iş kabul edilerek 2886 sayılı Kanun kapsamında telakki edilmiştir. Bilindiği üzere, trampada¹⁶⁶ taraflar karşılıklı olarak bir malla başka bir malı ya da hakları değiştirerek mülkiyetini karşı tarafa geçirmeyi üstlenmektedir¹⁶⁷. Yani taraflardan birinin vermeyi üstlendiği bir mala

¹⁶⁶ Trampanın kelime anlamı; bir hak veya malın başka bir mal veya hakla değiştirilmesidir. Bu akidin satıştan farkı, satışa mukabil ivaz para olduğu halde trampa da ivaz, mal veya haktur, **TÜRK HUKUK LÜGATI**, Başbakanlık Basımevi, 4. Baskı, Ankara 1998, s. 340.

¹⁶⁷ Trampa satış sözleşmesi de mülkiyetin devri gayesini güden bir sözleşmedir. Ancak, satım bir malın para ile mübadele edilmesi (değiştirilmesi) olduğu halde, trampa bir malın başka bir mal ile değiştirilmesidir. Diğer bir deyimle, satımda taraflardan birinin "edim"inin konusu daima para olduğu halde, trampada her iki edimin konusu da, bir şey teşkil eder. Trampayı satımdan ayıran budur. Trampaya konu olan şeylerin az çok eşit değerde olması gerekir. Eğer, mübadele edilen şeyler arasında değer farkı mevcut ise, fazla değerde olanı alan taraf diğer tarafa bir miktar para ödeme zorunda kalır ki, böyle bir durumda yapılan hukuki muamele "trampa" değil, fakat "bileşik sözleşme" niteliğini gösterir. Satış sözleşmesine ilişkin hükümler trampaya da uygulanır. Bu hukuki işlemde, taraflardan her biri, vermeyi taahhüt ettiği şey bakımından satıcı, kendisine verilmesi taahhüt olunan şey bakımından da alıcı sayılır (BK, 232). Trampada "semen" olmadığından, satış sözleşmesinin semenle ilgili hükümlerinin uygulanması söz konusu olmaz., **ONURSAL**, Erkut, "Satış Sözleşmesi Kuralları", <http://www.atonet.org.tr/turkce/distic/sozlesmeler.htm>, 25.4.2006.

ya da hakka karşılık, öteki taraf da başka bir mal ya da hak vermeyi üstlenmektedir. Tarafların edimi karşılıklı olarak değiştirildiğinden, burada “*tam iki tarafa da borç yükleyen sözleşme*” çeşitlerinden biri vardır¹⁶⁸.

Trampa sözleşmesine taraf olması durumunda idarenin para harcaması söz konusu olmasa da dikkat edileceği üzere bir malın ya da hakkın yani kamu kaynağının el değiştirmesi söz konusudur. İlk bakışta gelir getirici nitelikte bir işlem olarak düşünülse de aslında trampayı, iki tarafa borç yükleyen sözleşme olarak değerlendirmek konuya bakış açısından önem arz etmektedir.

Dikkat edileceği üzere idare, trampayla kamu kaynağı niteliğinde olan bir mal veya hakkını vermek suretiyle başka bir mal veya hakkı almaktadır. Ortada para yerine mal veya hakların el değiştirmesi durumu vardır. Nitekim 4734 sayılı Kanununun 2 nci maddesinde yer alan “*idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan*” hükmü de dikkate alındığında kapsamın belirlenmesinde idarece yapılacak alımlarda sadece “*para*”nın kamu kaynağı olarak düşünülmesi uygun düşmeyecektir. Nitekim 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 3/g maddesinde kamu kaynağı, “*borçlanma suretiyle elde edilen imkânlar dahil kamuya ait gelirler, taşınır ve taşınmazlar, hesaplarda bulunan para, alacak ve haklar ile her türlü değer*” şeklinde para ve parayla ifade edilebilecek her türlü değer olarak geniş bir perspektifte tanımlanmıştır.

Bu açıdan bakıldığında, eğer idarece 4734 sayılı Kanun kapsamında sayılı mal ve hizmet alımı ile yapım işlerinin karşılığının ödenmesinde bir araç olarak¹⁶⁹ kullanılacaksa trampayı, 4734 sayılı Kanun kapsamında kabul etmek gerekir¹⁷⁰. Ancak, Kamu İhale Kurulu, önüne gelen bir uyuşmazlık hakkında verdiği kararında; 4734 sayılı Kanunun genel gerekçesinden hareketle trampanın, bir ihale usulü olarak Kanununun 18 maddesinde sayılı usullerden birisi olmadığı gerekçesine dayanarak trampa usulü ile

¹⁶⁸ ZEVKLİLER, Aydın/AYDOĞDU, Murat/PETEK, Hasan, *Özel Borç İlişkileri*, Seçkin Yayınevi, 6. Baskı, Ankara 1998, s. 127-130; TANDOĞAN, Haluk, *Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri*, C. I/1, 6. Baskı, İstanbul 1990, s. 336; FEYZİOĞLU, Necmettin Feyzi, *Borçlar Hukuku- Akdin Muhtelif Nevileri*, 4. Baskı, C. I, İstanbul 1980, s. 306.; BİLGE, Necip, *Borçlar Hukuku-Özel Borç Münasebetleri*, Ankara 1971, s. 119; OLGAC, Senai, *Satış-Trampa-Bağışlama*, Ankara 1977, s. 405-406.

¹⁶⁹ YİBGK'nun 19.2.1947 tarihli ve E. 1946/15,1947/1, K. 1947/7 sayılı kararı. Kararda İcra ve İflas Dairesi Başkanı Abdullah AYTEMİZ'in mütalaasında da belirttiği üzere; “*Kıyemi olunca altın mukabilinde satış bey'i mukayaza yani trampa olur. Trampalarda ise semenin yeri yoktur. İki tarafı da mebidir amma aslındaki nakitcilik bakımından nakit gibi zimmete terettübünü kabul etmek zaruridir. Şu halde altın ile muamelede altın bir cihetten mebi diğer cihetten semendir*”.

¹⁷⁰ Bu yöndeki benzer görüş için bkz. UZ, s. 135.

alım yapılmasını Kanuna uygun bulmamıştır¹⁷¹. Alım usulü olarak kabul edilmemesi bakımından Kurul, yerinde bir karar vermişse de trampa, para yerine geçen farklı bir ödeme aracı olarak kabul edilmesi halinde Kanunda yer alan alım usulleri dahilinde kullanılması mümkün olup olmadığı hususunu tartışmaya değer bulmamıştır¹⁷².

Bu kapsamda düşünülebilecek diğer bir sorun ise “kat karşılığı yapım işleri”nde ortaya çıkmaktadır. Özellikle belediyeler tarafından kullanılan bu tür yapım işlerinin 2886 sayılı Kanuna mı yoksa 4734 sayılı Kanuna mı tabi olduğu meselesi de Kamu İhale Kurulunun gündemini meşgul etmiştir.

Konuyu ikiye ayırarak incelemek mümkündür. Bir kere “kat karşılığı yapım işi”, adından da açıkça anlaşılacağı üzere yapım işidir ve 4734 sayılı Kanun kapsamındadır. Ancak sorunun asıl kaynağı, yapılacak işin karşılığında idarenin ediminin “para” yerine “kat” olmasında yatmaktadır. Öncelikle şunu açıklığa kavuşturmak gerekir ki, idare tarafından yükleniciye para yerine “kat” -taşınmaz-bağımsız bölüm- verilmesi, trampada olduğu gibi farklı bir ödeme aracının kullanılması durumudur. İdare aldığı hizmet karşılığında edindiği gayrimenkullere karşılık arazisi üzerindeki bir kısım mülkiyeti, işin bedeli olarak yükleniciye vermektedir. Ortada kamu kaynağından karşılanan bir yapım işinin varlığının kabulü ile bu işin 4734 sayılı Kanunun 2 ve 4 üncü maddeleri gereğince kapsamda sayılması gerekse de Kamu İhale Kurulu konuya ilişkin olarak verdiği muhtelif kararlarında¹⁷³ kat karşılığı yapım işinin,

¹⁷¹ “İhalenin TKİ tarafından üretilen, trampa yoluyla alınan, ithal edilen veya satın alınan kömürlerin, belirlenen şartlarda ve belirlenen illerde bayilik sistemi ile satışı içeren, gelir getirici bir ihale olduğu ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa tabi olmadığı tespit edilmiştir.”, **Kamu İhale Kurulu**’nun 23.9.2004 tarihli ve 2004/UM.Z-1251 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 10.11.2004, S. 25639; Konuyla ilgili diğer bir karar için bkz., **Kamu İhale Kurulu**’nun 22.12.2003 tarihli ve 2003/UK.Z-873 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 22.2.2004, S. 25381.

¹⁷² Ancak burada dikkat edilmesi gereken bir husus daha vardır ki idareler trampayı genellikle ihtiyacı olan mal ve hizmetin alımı ile yapım işlerinde kullanmamaktadırlar. Zaten idarenin yapacağı bu tür alımlar için yeteri derecede parasal kaynağının olduğunun kabulü gerekir. İdareler trampa yöntemine genellikle başka sebeplerle başvurumaktadırlar. Örneğin kamulaştırma öncesi idarenin satın alma ya da trampa yoluna başvurusu örneğinde de görüleceği üzere doğrudan kamu hizmetini ilgilendiren durumlarda olduğu gibi. **YHGK**’nın 13.7.2005 tarihli ve E. 2005/12-466, K. 2005/458 sayılı kararı.

¹⁷³ 2003/5 sayılı Kamu İhale Genel Tebliğinin 9 uncu maddesi;

“Hazineye Ait Taşınmaz Malların Kat veya Arsa Karşılığı İnşaat Yapım İşleri

152 sayılı Milli Emlak Genel Tebliği uyarınca, Hazineye ait taşınmaz malların pazarlık usulüylekat veya arsa karşılığı inşaat yapılarak değerlendirilmesi esası getirilmiş ve anılan Tebliğ uyarınca bugüne kadar işlemler kat ve/veya arsa karşılığı inşaat yaptırılması şeklinde yürütülmüştür.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 2 nci maddesiyle belirlenen kapsamda yer alan idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin ihalelerin bu Kanun hükümlerine göre yürütüleceği belirtilmiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 2 nci maddesinde belirtilen "her türlü kaynak" ibaresi, Kanun kapsamında bulunan kurum ve kuruluşların tasarrufunda bulunan ve kamu harcaması yapılmasını gerektiren kaynakları ifade etmektedir. Ayrıca Kanununun 5 inci maddesine göre, ihalesi yapılacak her işin

kamu harcaması yapılmasını ve bütçeden ödenek kullanımını gerektirmeyen işler kapsamında değerlendirerek Kanun kapsamında olmadığına karar vermiştir.

Yukarıda sayılan iki örnekte de, Kanunun genel sistematığının 2 nci maddesiyle olan uyumsuzluğundan kaynaklanan bir takım sorunlar bulunmaktadır. İlk bakışta Kanunun 2 nci maddesinin yukarıda zikredilen hükmünden hareketle; trampada, karşı tarafa yapılan mal veya hak devri; kat karşılığı yapım işinde, müteahhide devredilen arsa payının ödeme aracı olarak kabul görmesi mümkünken, diğer maddelerinde yer alan hükümlerden de açıkça anlaşılacağı üzere, alımda izlenecek usullerin belirlenmesi, eşik değerler, parasal limitler, teminatlar, teklifler ve değerlendirme kistasları gibi hususlar dikkate alındığında, Kanunun fiyat yani para temelinde bir yaklaşım sergilediğini söylemek lazım gelir.

Bu bağlamda trampa ve kat karşılığı yapım işi, kanun kapsamında olsa da uygulamaya ilişkin olarak belirlenen usuller dairesinde uygulama imkanı bulamamaktadır. Kanımızca; 4734 sayılı Kanunun, geneli itibarıyla alım yapılırken idarenin edimini para temeline dayandırdığı hususu dikkate alındığında, uygulamada yaşanması muhtemel sıkıntıların önüne geçilmesini teminen, Kanunun 2 nci maddesinin yeniden kaleme alınması yerinde olacaktır.

Kanunun kapsamına dahil hizmet alımlarının tespiti de gerçekten büyük önem arz eder niteliktedir. Kanunun 2 nci maddesinde tanımı yapılan "hizmet" alımının imtiyaz devri niteliğinde yani kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesi şeklinde

ödeneğinin bulunması zorunludur. Böyle olmakla birlikte; kat karşılığı inşaat işi için kamu harcaması yapılmasını gerektirmemekte ve dolayısıyla ödenek kullanımı söz konusu olmamaktadır.

Ayrıca 4734 sayılı Kanunun;

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

- 5 inci maddesinde "ödeneği bulunmayan hiçbir iş için ihaleye çıkılamaz" hükmü yer aldığından,

- 9 uncu maddesinde yaklaşık maliyetin parasal ölçüye bağlı olarak tespit edileceği belirtildiğinden,

- 8 ve 13 üncü maddelerinde, eşik değerler ve ilan kuralları parasal tutarlara bağlandığından,

- 33 ve 43 üncü maddelerinde geçici ve kesin teminat tutarlarının fiyat teklifine ve sözleşme bedeline oranlandığından,

- 40 ıncı maddesinde ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesinde fiyat tekliflerinin değerlendirileceği belirtildiğinden, bütçe gideri oluşturan ve harcama gerektiren iş ve işlemlerin Kamu İhale Kanununun konusunu oluşturduğu açıktır.

*Bu durum karşısında; Hazineye ait taşınmaz malların kamu harcaması yapılmasını gerektirmeyen ve bütçeden ödenek kullanımı söz konusu olmayan kat ve/veya arsa karşılığı inşaat yapım işleri 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında yer almamaktadır. **Kamu İhale Kurulu**'nun 10.4.2003 tarihli ve 2003/DK.D-115 sayılı kararı, Resmi Gazete, 22.4.2003, S. 25087; "Kamuya ait taşınmaz malların kamu harcaması yapılmasını gerektirmeyen ve bütçeden ödenek kullanımı söz konusu olmayan kat ve/veya arsa karşılığı inşaat yapım işleri 4734 sayılı Kanun kapsamında yer almamaktadır.", 2004 Yılı Kamu İhale Genel Tebliği, birinci bölüm I/E/1 maddesi, Resmi Gazete, 8.6.2004, S. 25486; Aynı yöndeki hükümler için bkz., Kamu İhale Genel Tebliği, Resmi Gazete, 25.7.2005, S. 25886.*

kullanılması mümkün değildir. Nitekim itirazın şikayet başvurusu üzerine önüne gelen Nizip Devlet Hastanesi tarafından yapılan “*Laboratuvar Tahlil Hizmet Alımı*” ihalesi hakkında verdiği kararında¹⁷⁴ Kamu İhale Kurulu; Kanununun 2 nci maddesinde tanımlanan “*hizmet alımı*” kavramını dikkate almaksızın ve bu kapsamda alınmasının mümkün olup-olmadığını tartışmadan, ihalenin esası hakkında karar vermiştir.

Kurulun kararından anlaşıldığı kadarıyla, ihaleye konu hizmet, “*Hastane binası içinde laboratuvar hizmeti satın alınacaktır. İdarenin talep etmiş olduğu tetkikler için kan veya örnek alınması, tetkikin yapılması, sonucun laboratuvar uzmanı tarafından değerlendirilmesi ve onaylanması, sonuçların polikliniklere ve servislere dağıtılması, idarenin istediği zamanda yapılmış olan tetkiklerin sonuçlarının diskette yazdırılmış olarak verilmesidir*”.

İhaleyi yapan devlet hastanesinin, kamu hizmeti yürüttüğünde kuşku bulunmamakla birlikte yürütülen bu sağlık hizmeti sırasında hastanesinin bir yıl boyunca ihtiyaç duyacağı tetkik ve tahlillerin cihaz, ekipman, uzman personel ve teknisyen ile diğer işçilerin hizmet sunan firmaya karşılanmak suretiyle yapılması ve raporlanması tamamen yürütülen kamu hizmetinin bir kısmının özel girişimcilere gördürülmesidir.

Yüksek yargı ve doktrin tarafından kabul edildiği üzere, konusu kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesi bir özel kişiye devretmek olan sözleşmeler, “*kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri*” olarak tanımlanmakta¹⁷⁵ olup kamu hizmeti bir özel hukuk kişisi tarafından ancak “*ruhsat*”, “*imtiyaz*”, “*iltizam*” ve “*müşterek emanet*” usullerinden biriyle görülebilir¹⁷⁶. Bu usullerden biriyle kamu hizmetinin gördürülmesi yoluna gidildiğinde bu kişinin seçimine ilişkin yöntem kendi özel mevzuatına tabi olacak ve yapılacak sözleşme de “*idari sözleşme*” niteliğinde olacaktır. Halbuki inceleme konusu olayda; bu yöntemlerden herhangi birini seçmek yerine olağan bir hizmet alımı yöntemi için 4734 sayılı Kanunda öngörülen usule başvurulmuştur. Kamu İhale Kanununa göre yapılan bir ihale sonucunda imzalanacak sözleşme de niteliği gereği “*özel hukuk sözleşmesi*” olacağına göre, açık yasal dayanağı olmaksızın kamu hizmetinin özel hukuk kişilerine özel hukuk sözleşmeleriyle gördürülmesi gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple, Kamu İhale Kurulu bahse konu ihalenin, başka gerekçelerle iptaline karar vermişse de, öncelikle ihale konusu

¹⁷⁴ **Kamu İhale Kurulu**’nun 8.2.2005 tarihli ve 2005/UH.Z-239 sayılı kararı, *Resmî Gazete*, 24.3.2005, S. 25765.

¹⁷⁵ **AYM**’nin 28.6.1995 tarihli ve E.1994/71, K.1995/23 sayılı kararı, *Resmî Gazete*, 20.3.1996, S.22586.

¹⁷⁶ **ODYAKMAZ**, s. 141-195; **ÖZAY**, s. 245.

yapılan hizmetin 4734 sayılı Kanun kapsamında olup-olmadığını incelemesi, daha doğrusu 4734 sayılı Kanundaki yöntemlerin bir kamu hizmeti imtiyazı verilmesi için de kullanılıp-kullanılmayacağına karar vermesi gerekirdi.

c. İstisnalar

aa. Kurumsal Bazda İstisnalar

Kamu İhale Kanununun kapsamı, kurumsal anlamda olabildiğince geniş tutulmaya çalışılmış olmakla birlikte yine de bazı istisnai hükümlere yer verilmiştir. Kanunun 3 üncü maddesinde düzenlenen istisnalar, dikkat edileceği üzere alım bazında belirlenmiş olup kurumsal bazda istisnadan bahsedilmemiştir.

Bununla birlikte kurumsal anlamda istisnaya gösterilebilecek tek örnek, kapsam başlıklı 2 nci maddenin 4964 sayılı Kanunla değişik 2 nci fıkrasında düzenlenmiştir. Yukarıda da zikredildiği üzere Tasarruf Mevduatı ve Sigorta Fonu ve bu Fonun hisselerine kısmen ya da tamamen sahip olduğu bankalar, kurumsal bazda istisna niteliğinde olmak üzere kapsam dışına taşınmışlardır.

Diğer taraftan, Kamu İhale Kanunu dışında bir takım Kanuni düzenlemelerde bazı idarelerin, kurumsal bazda genel alım rejiminden istisna tutulmasını öngören hükümlere de yer verildiği görülmektedir.

Halbuki Kanun koyucu, 4734 sayılı Kanunu yürürlüğe koyarken kamu alımları rejiminin tek bir çerçeveye bağlanması gibi bir amaçla yola çıkmış ve bu doğrultuda kapsamındaki idarelere oldukça geniş bir perspektiften yaklaşmıştır. Hatta bununla da yetinmemiş, Kanunun 66 ncı maddesinde yaptığı düzenlemeyle; 4734 sayılı Kanunun hükümlerine ilişkin değişikliklerin, ancak bu Kanuna hüküm eklenmek veya bu Kanunda değişiklik yapılmak suretiyle düzenlenmesi gerektiğini de hüküm altına almıştır. Yapılan bu düzenlemenin bir Anayasa hükmü olmaması sebebiyle -adeta temenni mahiyetinde bir irade beyanı olan bu hükmün- daha sonradan yapılacak düzenlemelerde kanun koyucuyu bağlaması beklenemez.

Kanun koyucunun, konuyla ilgili olarak ileride yapacağı düzenlemeler hususunda ortaya koyduğu temenniden ileri geçemeyen bu hükme uymayarak daha sonradan yaptığı bazı kanuni düzenlemelerle, Devlet İhale Kanunu döneminde ciddi bir

şekilde eleştirilere maruz kalan hareket tarzını yeniden benimseme yoluna gittiği gözlemlenmektedir.

Bu kapsamda özellikle Kamu İhale Kanununun yürürlüğe girmesi sonrasında yapılan düzenlemelere bakıldığında dikkati çeken iki idare bulunmaktadır.

İlk olarak, 25.1.2006 tarihli ve 5449 sayılı Kanunun¹⁷⁷ 27 nci maddesinde yapılan düzenlemeyle Kalkınma Ajansları, ikincisi olarak ise 21.6.2006 tarihli ve 5523 sayılı Kanunun¹⁷⁸ 14 üncü maddesinde yapılan düzenlemeyle, Türkiye Yatırım Destek ve Tanıtım Ajansı, kurumsal bazda Kamu İhale Kanununun kapsamı dışına taşınmışlardır.

bb. Faaliyet Türü Bazında İstisnalar

Yukarıdaki bölümlerde de izah edildiği üzere kural olarak kapsamdaki bazı idarelerin ceza ve yasaklamaya ilişkin hükümler hariç olmak üzere belli mal ve hizmet alımları ile yapım işleri, Kanunda yer alan genel esaslardan istisna tutulmuştur.

Buna göre aşağıda sayılan alımlar, Kanundan istisna olup bunlara ilişkin esas ve usullerin, 4734 sayılı Kanunun geçici 4 üncü maddesi gereğince ilgili kurumlar tarafından Kamu İhale Kurulu yanında diğer ilgili kurum ve kuruluşların görüşleri de alınmak suretiyle yürürlüğe konulması hükme bağlanmıştır. Bunlar;

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

- Savunma, güvenlik ve istihbaratla ilgili mevzuat uyarınca gizlilik içinde yürütülmesi gerektiği, her bir ihale için ihale yetkilisince onaylanan; uçak, helikopter, gemi, denizaltı, tank, panzer, roket, füze gibi araç, silah, silah malzeme ve teçhizatı ve sistemleri ve harp malzemeleri ile bunların araştırma-geliştirme, eğitim, üretim, modernizasyon, yazılım ve mühimmat ihaleleri ile bunlarla ilgili sefer stokları, bakım,

¹⁷⁷ “Kalkınma Ajanslarının Kuruluşu, Koordinasyonu ve Görevleri Hakkında Kanun”, *Resmi Gazete*, 8.2.2006, S. 26074.

¹⁷⁸ “Türkiye Yatırım Destek ve Tanıtım Ajansının Kurulması Hakkında Kanun”, *Resmi Gazete*, 4.7.2006, S. 26218.

işletme ve idameye yönelik mal ve hizmetler, Devlet güvenliği ve istihbaratı kapsamındaki hizmet, malzeme, teçhizat ve sistem alımları,

- Uluslararası anlaşmalar gereğince sağlanan dış finansman ile yaptırılacak olan ve finansman anlaşmasında farklı ihale usul ve esaslarının uygulanacağı belirtilen mal veya hizmet alımları ile yapım işleri; uluslararası sermaye piyasalarından yapılacak borçlanmalara ilişkin her türlü danışmanlık ve kredi derecelendirme hizmetleri; Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasının banknot ve kıymetli evrak üretim ve basımı ile ilgili mal veya hizmet alımları, “özelleştirme uygulamaları için 24.11.1994 tarihli ve 4046 sayılı Kanun çerçevesinde yapılacak her türlü danışmanlık hizmet alımları; hava taşımacılığı yapan teşebbüs, işletme ve şirketlerin ticari faaliyetlerine ilişkin mal ve hizmet alımları,”

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

- Bu Kanun kapsamına giren kuruluşların; Adalet Bakanlığına bağlı ceza infaz kurumları, tutukevleri iş yurtları kurumları, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumuna bağlı huzurevleri ve yetiştirme yurtları, Milli Eğitim Bakanlığına bağlı üretim yapan okullar ve merkezler, Tarım ve Köyişleri Bakanlığına bağlı enstitü ve üretim istasyonları ile Başbakanlık Basımevi İşletmesi tarafından bizzat üretilen mal ve hizmetler için anılan kuruluşlardan, Devlet Malzeme Ofisi Ana Statüsünde yer alan mal ve malzemeler için Devlet Malzeme Ofisi Genel Müdürlüğünden, yük, yolcu veya liman hizmetleri için Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğünden, akaryakıt ve taşıt için Tasfiye İşleri Döner Sermaye İşletmeleri Genel Müdürlüğünden yapacakları alımlar,

- Ulusal araştırma-geliştirme kurumlarının yürüttüğü ve desteklediği araştırma-geliştirme projeleri için gerekli olan mal ve hizmet alımları,

- 2 nci maddenin birinci fıkrasının (b) ve (d) bentlerinde sayılan kuruluşların, ticari ve sınai faaliyetleri çerçevesinde; doğrudan mal ve hizmet üretimine veya ana faaliyetlerine yönelik ihtiyaçlarının temini için yapacakları, Hazine garantisi veya doğrudan bütçenin transfer tertibinden aktarma yapmak suretiyle finanse edilenler dışındaki yaklaşık maliyeti ve sözleşme bedeli 3.968.935,00.- YTL nı aşmayan mal veya hizmet alımları,

- Bu Kanun kapsamındaki idarelerin kendi özel mevzuatı uyarınca hak sahiplerine sağlayacakları teşhis ve tedaviye yönelik hizmet alımları ile tedavisi kurumlarınca üstlenilen kişilerin ayakta tedavisi sırasında reçeteye bağlanan ilaç ve tıbbi malzemelerin kişilerce alımları,

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

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

İstisna işler arasında sayılan ulusal araştırma ve geliştirme kurumlarının yürüttüğü veya desteklediği işler için yapılacak mal ve hizmet alımları, Kamu İhale Kurulunun konuya yaklaşımındaki tutarsızlığı sebebiyle üzerinde durulması gereken bir husus haline gelmiştir. Şöyle ki, Kanununun 3/f maddesinde geçen ulusal araştırma ve geliştirme kurumlarından anlaşılması gerekenin ne olduğu yönünde, açık ve net bir tanım olmadığından konuya ilişkin olarak Kamu İhale Kurulu, ulusal araştırma ve geliştirme kurumlarından anlaşılması gerekenin;

- Ulusal alanda ve münhasıran araştırma geliştirme faaliyetleri yürütmek amacı ile kanunla kurulan kurumlar veya,

- Bilimsel özerkliğe ve kamu tüzel kişiliğine sahip yüksek düzeyde eğitim-öğretim, bilimsel araştırma, yayın ve danışmanlık yapan yükseköğretim kurumları olması gerektiğini ileri sürmüştür¹⁷⁹.

Kanunda yer almasa da Kamu İhale Kurulu tarafından maddenin uygulamasına açıklık getirilmesi için koyulan bu kriterlerle her türlü araştırma ve geliştirme faaliyeti değil sadece bilimsel nitelikli araştırma ve geliştirme faaliyetleri bu kapsamda değerlendirilecektir. Diğer taraftan, araştırma ve geliştirme faaliyetinin bilimsel olması tek başına yeter değildir bunun yanında bu faaliyeti yürüten kurum da *münhasıran* bu bilimsel amaç için kurulmuş olmalıdır.

¹⁷⁹ Kamu İhale Genel Tebliği, m. III/6, *Resmî Gazete*, 25.7.2005, S. 25886.

Bu kapsamda akla gelebilecek bir kaç kurum yanında Kurul ayrıca Türkiye Atom Enerjisi Kurumunun, Küçük ve Orta Sanayi Geliştirme Başkanlığının, Maden Tetkik ve Arama Genel Müdürlüğünün ve Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğünün yürüttüğü ve desteklediği araştırma geliştirme projeleri için gerekli olan mal ve hizmet alımlarını da 4734 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin (f) bendi gereği istisna kapsamında kabul etmiştir. Halbuki yukarıdaki kurumlar **münhasıran araştırma geliştirme faaliyetleri yürütmek üzere kurulmamışlardır**. Örneğin Küçük ve Orta Sanayi Geliştirme Başkanlığının kuruluş hükümlerini düzenleyen 3624 sayılı Kanun¹⁸⁰ incelendiğinde açıkça görüleceği üzere KOSGEB'in görevlerini düzenleyen 4 üncü maddede araştırma geliştirme dışında görevleri de bulunmaktadır¹⁸¹. Aynı şekilde, Türkiye Atom Enerjisi Kurumu-TAEK için de benzer bir durum geçerlidir; TAEK da münhasıran araştırma geliştirme faaliyetleri yürütmek üzere kurulmamıştır. Adı geçen kurumun kuruluş ve görev hükümlerini düzenleyen 2690 sayılı Kanun¹⁸²un 4 üncü maddesindeki görev yapısı; araştırma geliştirme yanında konuyla ilgili izin, ruhsat, lisans verme gibi idari görevleri de içine alacak şekilde geniş bir çerçevededir.

Kanunda münhasıran araştırma geliştirme işlerini yürütmek üzere kurulmak şartı olmadığı halde konuya daraltıcı bir şekilde yaklaşan Kamu İhale Kurulu, bu görüşünün devamında bu defa da kendisiyle çelişkiye düşerek yukarıda zikredilen kurumların, münhasıran araştırma geliştirme işleri yürütmedikleri halde, yürüttüğü ya da desteklediği araştırma geliştirme faaliyetleri için yapılacak mal veya hizmet alımlarını istisna kapsamında değerlendirmiştir.

C. Kamu Alımlarına Hakim Olan İlkeler

Kamu alımlarına hakim olması gereken temel ilkeler, 4734 sayılı Kanunun 5 inci maddesinde düzenlenmiştir. Bunlar; saydamlık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik, gizlilik, kamuoyu denetimi, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve kaynakların verimli kullanılmasıdır. Alım sürecinin tüm aşamalarında dikkate alınması

¹⁸⁰ 12.4.1990 tarihli ve 3624 sayılı Küçük ve Orta Ölçekli Sanayi Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı Kurulması Hakkında Kanun, *Resmi Gazete*, 20.4.1990, S. 20498.

¹⁸¹ 4 üncü maddenin son bendi; İşletmelerin pazarlama sorunlarına çözümler aramak; işletmelerin yurtiçi ve yurtdışı pazarlarda rekabet edebilir düzeye gelmelerini teminen gerekli çalışmaları yürütmek ve konuya ilişkin danışmanlık hizmetlerini en verimli bir biçimde organize etmek.

¹⁸² 9 Temmuz 1982 tarihli ve 2690 sayılı Türkiye Atom Enerjisi Kurumu Kanunu, *Resmi Gazete*, 13.7.1982, S. 17753.

zorunlu ve uygulanması hususunda emredici nitelikte olan bu ilkeler, Kanunun uygulamasında ve yorumlanmasında esas alınacaktır. Başta DTÖ-GPA ve AB Direktiflerinde ortak kabul görmüş bu ilkeler, ülkeden ülkeye değişik anlam yüklenemeyecek ölçüde açık ve net bir şekilde evrensel niteliğe bürünmüşlerdir^{183 184}.

Her ne kadar idarenin kendi ihtiyaçları için piyasadan yapacağı alımlara ilişkin sözleşmeler, hukuk sistemimizde özel hukuka tabi kabul edilse de, kamu kaynağının etkin ve verimli bir şekilde harcanmasının gerekliliği yanında alım sonunda doğrudan ya da dolaylı olarak kamu yararı amacının güdülmesi yukarıda belirtilen evrensel nitelikteki ilkelerin uygulanmasını zorunlu kılmaktadır. Nitekim Kamu İhale Kanunu da bahsedilen temel ilkeler üzerine inşa edilmiştir. Öyle ki Kamu İhale Kanunuyla benimsenen alım rejiminin her bir aşamasında bu ilkelere rastlamak mümkündür.

Kamu İhale Kanunuyla benimsenen alım rejiminin birbirine bağlı ve birbiriyle etkileşim içinde olan bir çok ilkesini saymak mümkünse de aslında en temel ilkelerin saydamlık, rekabet ve eşit muamele ilkeleri olduğunu söylemek lazım gelir. Bu ilkelerin gerçek anlamda uygulanmasıyla aslında diğer ilkeler de kendiliğinden gerçekleşmiş olacaktır. Nitekim tam bir saydamlık sonrasında güvenilirlik ve kamuoyu denetimi; tam bir rekabet sonrasında ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve kaynakların verimli kullanılması; tam bir eşit muamele sonrasında ise hem güvenilirlik hem de rekabet sağlanmış olacaktır. Bu sebeple aslında Kamu İhale Kanununun temelinde yatan ana ilkeleri üç başlık altında incelemek diğer ilkeleri ise tek başlık altında incelemek daha uygun olacaktır.

a. Saydamlık İlkesi

İdare hukukunda, idarenin işlemlerinde kural olarak uygulanması gerekli olan saydamlık (açıklık-şeffaflık) ilkesinin¹⁸⁵, kamu alım sürecindeki işlemler açısından daha

¹⁸³ **UZ**, s. 157.

¹⁸⁴ Kamu İhale Kanununun temel ilkeler konusunda başarılı bir düzenleme olmadığı zira değişik maddelerinde bu ilkeleri ihlal edici nitelikte düzenlemeler bulunduğu yönündeki görüşü için bkz. **SEZER**, “Kamu İhale Kanunu: Şeffaflık ve Rekabet”, s. 59-82.

¹⁸⁵ **ÖZAY**, s. 1-6, Yazara göre “Şeffaflık ya da şeffaf yönetim, aslında “demokratik yönetim” ve “yönetimde demokrasi” kavram ve ilkeleri ile doğrudan ilişkili, bir ölçüde onun Amerikanca anlatımından başka bir şey değildir. İdarenin karar alma ve yapacaklarının önceden yasalarla belirlenmesi ile elinde bulundurduğu ve gizliliği olmayan bilgi ve belgelere ulaşmayı mümkün kılan bir düzenin sayısız yararları vardır. Her şeyden önce hukuk devletinin temeli olan yasallık ilkesi gerçekleşmekte, böylece bireysel çıkarlar korunarak kamu yararı amacına daha kolay ulaşılabilmektedir.

da fazla bir şekilde özel önemi bulunmaktadır¹⁸⁶. Gerçekten de yolsuzluklar, daha çok gizliliğin ve karanlığın olduğu noktalarda özellikle kamu alımlarında görülmektedir¹⁸⁷. Bu noktada kamu yönetiminde ve özellikle de görülen yozlaşmanın önlenmesinde şeffaflık, önemli bir unsur niteliğindedir¹⁸⁸.

Kamu kaynağının harcanmasını konu alan sözleşmelerin oluşum sürecinde saydamlık ilkesine uyulması, bu alanda gerek idare içinde gerekse istekliler arasında gerekse de idareyle istekliler arasında gizli kalan, açığa çıkarılması güç olan anlaşmaları ortaya çıkaracaktır¹⁸⁹. Kamu alımlarında saydamlık, tüm alım sürecinde istekliler açısından alıma ilişkin her türlü bilgiye ulaşabilmeyi, öğrenebilmeyi ve görebilmeyi ifade etmektedir¹⁹⁰.

Kamu alım süreci, niteliği gereği bünyesinde birden çok tek taraflı idari işlemi barındırmaktadır. Bu süreçte tesis edilen işlemlerin hukuka uygun olması Anayasal bir zorunluluktur. Aksi taktirde sözleşme imzalanmış olsa bile yine de bu işlemlerin hukuka aykırı olmaları halinde denetlenip iptal edilmeleri üzerine ortaya çıkan durum, sözleşmenin geçerliliğini de etkileyebilecek bir nitelik arz edebilir. Ancak saydamlık ilkesine uyulmak suretiyle bu süreç içinde tesis edilen işlemlerin hukuka uygunluğu büyük ölçüde sağlanacak ve sonuçta açılacak iptal davaları da bir ölçüde azaltılabilecektir. Bu nedenle, idare hukukunda “*yönetimde saydamlık ilkesi*”ne

Tarafların dinlenmesi, çoğulu ilgilendiren işlemlerde özel bir yöntem uygulanırsa bile yine de katılımın sağlanması böyle bir düzeni çağdaş-çoğulcu-demokratik hukuk devletinin vazgeçilmez bir aracı haline getirmektedir. Böylece örgütlenmemiş birey de kurumsal yaşama katılabilmekte, marjinal yani kıyıda köşede kalanın merkezileşmesi ile gerçek sivil toplum düzenine ulaşılmaktadır. Sonuç olarak idarenin karar alma sürecinin gözlem ve katılıma açık olduğu, kamu yönetiminin elindeki bütün bilgi ve belgelere ulaşma olanağının bulunduğu ve en önemlisi, ilgililer ya da kendisini ilgili görenlerin karar alma sürecine yetki ile donatılmış bir biçimde katılmaları bir yana o mekanizmanın ilk adımından son aşamasına kadar izleyeceği yol ve yöntemin önceden yasalarla belirlenmiş bulunduğu bir düzen Günışığında Yönetim değildir de nedir?”

¹⁸⁶ VIII. Beş Yıllık Kalkınma Planında “ulaşılmak istenen amaçlar, bu amaçlara ulaşılabilmesi için yapılması gerekli yasal ve kurumsal düzenlemeler ve uygulanacak politikalar” başlığı altında kamu ihalelerinde şeffaflık ve rekabeti temin etmek için gerekli yasal ve kurumsal düzenlemeler olarak bir çok şeyden bahsedilmiş ve özellikle şeffaflığın artırılarak gizli anlaşmaların cezalandırılması gerekliliği vurgulanmıştır. Şeffaflığın artırılmasında şartlar, ilan süresi ve sonuçlar hakkında kamuoyunun yeteri kadar bilgilendirilmesi öngörüldürken, ihalelere danışıklı teklif verenlerin ise kazandıkları ihalenin çok üzerinde bir ceza verilmesi gerekliliği vurgulanmıştır. **VIII. Beş Yıllık Kalkınma Planı, Rekabet Hukuku ve Politikaları Özel İhtisas Komisyonu Raporu**, Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı, Ankara 2000, s. 54.

¹⁸⁷ AKÇAY, s. 205-208.

¹⁸⁸ SEZER, Yasin/KARGIN, Naci, “Kamu Yönetiminin Modernleşmesinde Şeffaflaşma Sorunu”, *Türk İdare Dergisi*, S. 436, Eylül 2002, <http://www.icisleri.gov.tr>, 1.9.2006.

¹⁸⁹ GÖZLER, Kemal, *İdare Hukuku*, C. II, Ekin Kitapevi Yayınları, Bursa 2003, s. 100; YILDIZ, Hasan, “Avrupa Birliğinin Kamu İhaleleri Konusundaki Düzenlemeleri ve Bu Konuda Ülkemizde Yaşanan Gelişmeler”, *Türk İdare Dergisi*, Yıl 75, S. 439, Haziran 2003, s. 39-71; KUTLU, s. 187.

¹⁹⁰ ÇALIŞKAN, Hafize, “Kamu İhalelerinde Saydamlık”, *İhale&İmar*, S. 2, Nisan 2003, s. 18.

uyulmasının ne kadar önemli olduğu, alım sürecindeki tek taraflı işlemlerde daha açık bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Zira tek taraflı karar alma sürecindeki kapalılık, idari yetkilerin kullanımında hukuki sınırlar dışına çıkma eğilimini artırmaktadır. İşte saydamlık ilkesi sayesinde bu eğilimi azaltmak mümkün olmakta ve idarenin işlemlerinin iptal edilme olasılığı da asgari seviyeye indirilebilmektedir¹⁹¹.

Kamu alım sürecinde özellikle isteklilerin değerlendirmesine ilişkin kriterlerin ve alım yönteminin önceden idarece açıklanması ve karar alma aşamasında saydamlık ilkesine uyulması idare hukukunun kendine özgü kurallarından kaynaklanan kuşkuları da ortadan kaldıracaktır. Hatta bu sayede hukuki denetimin yapılmasında sürat¹⁹² ve usul ekonomisi¹⁹³ de sağlanmış olacaktır.

Kamu alım sürecinin her aşamasında sağlanmak istenen saydamlık, aslında rekabet ve eşit muamele ilkelerinin de tamamlayıcısı niteliğindedir. Zira saydamlık, alımlarda rekabetin sağlanmasının yanında isteklilere karşı eşit mesafede durulmasını ve aralarında ayırım yapılmamasını sağlar. Bu durum haliyle alımlar üzerindeki şüphe ve tereddütleri ortadan kaldırarak, idareye olan güvenirliliği, inanırlılığı, işlemlerde objektifliği ve dürüstlüğü tesis eder¹⁹⁴.

Kısaca “*kapalılıktan açıklığa geçiş, yönetime güvenirliliği, inanırlılığı, işlemlerinde ve işleyişinde objektifliği, dürüstlüğü ve adilliği, isabeti, kararlılığı, ekonomiyi ve etkinliği sağlayacaktır*”¹⁹⁵ fikrinden hareketle kamu alımlarında saydamlık büyük önem arz etmektedir.

Saydamlık, başta DTÖ-GPA, AB Direktifleri ve UNCITRAL olmak üzere pek çok düzenlemeye esas teşkil etmektedir. Hatta DTÖ’nün kamu alımları konusunda son yıllarda gündemini en fazla meşgul eden mesele saydamlıktır. Aralık 1996’da kamu alımlarında saydamlık üzerine çalışmalar yapmak amacıyla oluşturulan Kamu Alımlarında Saydamlık Çalışma Grubu, halen konuyla ilgili Anlaşma taslağı üzerinde çalışmalarını yürütmektedir^{196 197}. Nitekim bu bağlamda Kamu İhale Kanununda

¹⁹¹ GÜRAN, Sait, “Yönetimde Açıklık”, *İdare Hukuku ve İlimler Dergisi*, S. 1-3, 1982, s. 103.

¹⁹² KUTLU, s. 187.

¹⁹³ AKYILMAZ, Bahtiyar, *İdari İşlemin Yapılış Usulü*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000, s. 128.

¹⁹⁴ SEZER, Yasin, “İyi İdare İçin Yönetimde ve Kamu İhalelerinde Açıklık (Şeffaflık)”, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, S. 26, Mart 2002, <http://iibf.erciyes.edu.tr>, 1.9.2006.

¹⁹⁵ GÜRAN, s. 105.

¹⁹⁶ UZ, s. 30.

¹⁹⁷ “AB, 1960 Tokyo ve 1994 Uruguay Raundundan bu yana kamu alımı konusunda çok taraflı kurallar seti için mücadele vermekte olup saydamlık konusunda sürekli mevzuat çalışmaları yürütmektedir.” VONDEREN, Paul, I. Uluslararası Kamu Alımlarında Saydamlık ve Verimlilik Sempozyumu Açılış

saydamlığın tesisi için geliştirilen somut kurallar; ilan, bilgilendirme ve duyurular ekseninde geliştirilmiştir.

Bunların başlıcaları; ihalenin ilanı (m.13, 24), tebliğ işlemleri, teklif zarflarının istekliler önünde açık oturumda açılması¹⁹⁸ ile teklif fiyatların açıklanması (m. 36) ve diğer duyurular¹⁹⁹ yanında alıma ilişkin şartların ve yeterlik kriterlerinin de önceden belli olmasıdır²⁰⁰.

b. Rekabet İlkesi

Kamu alımlarıyla ilgili olarak hem mevzuatta hem de uygulamada klasik bir ilke olarak kabul edilen²⁰¹ rekabet²⁰², istekliler arasında gerçekleşen bir yarış olup amacı en uygun ve en kaliteli seçimin yapılmasıdır²⁰³.

Kamu alımlarında rekabetin tam anlamıyla sağlanması ve yararlı olabilmesi için öncelikle alıma konu ihtiyacın tam ve nesnel bir şekilde belirlenmesi, isteklilerde aranacak yeterlik kriterlerinin²⁰⁴ alım konusu işle orantılı olması ve alım koşullarının

Konuşması, Kamu İhale Kurumu Yayınları, 27-28 Mayıs 2004, s. 27; **ALYANAK**, Servet, “Şikayet ve İnceleme Süreci”, *Kamu Alımlarında AB ve İngiltere’deki Düzenleme ve Uygulamalar*, Kamu İhale Kurumu Yayınları, Nisan 2005, s. 231-274.

¹⁹⁸ “4734 sayılı Kanunun 36 ncı maddesi uyarınca, ilk oturumda değerlendirmeye alınan teklif zarflarının hazır bulunanlar önünde açılarak, teklif mektubu ve geçici teminat mektuplarının usulüne uygun olup olmadığının incelenmesi ve teklif fiyatlarının açıklanarak tutanak düzenlenmesi gerekmektedir. İlk oturumda herhangi bir teklif zarfının Kanuna aykırı olarak değerlendirmeye alınmadığının sonradan anlaşılması durumunda, teklif zarfı iade edilmemiş olsa dahi sonradan teklifin değerlendirmeye alınması suretiyle ilk oturumda yapılması gereken işlemlerin ihya edilmesi mümkün değildir. Kanunun 5 inci maddesinde belirtilen saydamlık ve güvenilirlik ilkelerinin gereği olarak istekliler huzurunda yapılması gereken işlemin yapılmaması sebebiyle Kanuna aykırı işlem tesis edildiği anlaşıldığından ve bu mevzuata aykırılığın düzeltici işlem tesisi ile giderilemeyecek nitelikte olduğu değerlendirildiğinden ihalenin iptal edilmesi gerekmektedir.”, **Kamu İhale Kurulu**’nun 13.2.2006 tarihli ve 2006/UY.Z-434 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 1.4.2006, S. 26126.

¹⁹⁹ Diğer taraftan kamu alım usulleri arasında sayılan pazarlığın saydamlık ilkesinin uygulanması açısından önleyici bir nitelikte olduğu hatta doğrudan temin yönteminin ise saydamlığa tamamiyle ters bir usul olduğu da kabul görmektedir, **YILDIZ, H.**, s. 55; **TAŞDELEN**, s. 55.

²⁰⁰ Kamu İhale Kurulu; idare tarafından yeterlik kriteri olarak, işin yürütülmesi sırasında ihtiyaç duyulduğu takdirde gerekli olacak ilave ekip ve donanım taahhütnamesi istenilmesini saydamlığın ihlali niteliğinde olmak üzere mevzuata aykırı görmektedir. **Kamu İhale Kurulu**’nun 13.2.2006 tarihli ve 2006/UH.Z-366 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 5.4.2006, S. 26130.

²⁰¹ **KUTLU**, s. 192.

²⁰² Kelime anlamıyla rekabet, aynı amacı güden kişiler arasındaki çekişme veya yarışmayı ifade etmektedir.

²⁰³ Günümüzde kamu alımlarında rekabet, gerek adayların rekabet ortamını bozan tutum ve davranışları ve gerekse rüşvet ve seçim kampanyaları gibi gizli saklı bir takım faaliyetleri perde arkasında bırakan yani onları maskeleyen sonucunu doğuran iki yüzlülüğü ifade eder hale gelmiştir. **KUTLU**, s. 192-199.

²⁰⁴ Alım konusu ihtiyacın teknik şartlarının çok ayrıntılı bir şekilde belirlenmesi bile bazı durumlarda rekabeti engelleyebilir. Örneğin bir çöp toplama hizmeti alımında “en az yedi yıl süre ile nüfusu 30.000’den fazla iki ilçe veya ilde en az 10 milyar lira bedelli çöp toplama” işi yapmış olma koşulunun öngörülmüş olması sonucunda Sayıştay, rekabet ilkesinin ihlal edildiği gerekçesiyle sözleşmeyi tescil

kamuya açık bir şekilde duyurusunun sağlanması suretiyle katılımın en üst seviyede tutulması gerekmektedir²⁰⁵. Uluslararası düzenlemelerle gelinen son aşamada kamu alım sisteminde rekabetin varlığı ancak, sınırlandırılmamış ve uluslararası katılıma izin veren bir sistem dahilinde kabul edilmektedir²⁰⁶.

Rekabet, aynı zamanda istekliler arasında eşit muamele yapılmasını da zorunlu kılar. Rekabet sayesinde kamu alımlarında en uygun fiyat ve en kaliteli seçim yapılmış olacak bunun yanında kamu kaynaklarının etkin ve verimli kullanılması sağlanacak diğer taraftan da israfın önüne geçilecektir²⁰⁷. Bu kapsamda, ayrıca aşırı düşük teklif sorgulaması yapılmak suretiyle “yıkıcı rekabet”e de izin verilmeyecektir²⁰⁸. Gerçekten de kamu alımlarında rekabetin artırılması ve etkinleştirilmesi kapsamında atılacak her türlü adım, ülkede yolsuzluk eğiliminin azaltılması için önemlidir²⁰⁹.

Bu bağlamda Kamu İhale Kanununda rekabetin tesisi için geliştirilen somut kurallara örnek olarak; alım sürecinde görev alan personel ve yakınları ile alım konusu işin danışmanlık hizmetlerini yürütenlerin alıma aday veya istekli olarak katılımlarının yasaklanması (m.11) rekabeti bozan eylemlerin yasaklanması (m. 17) örnek olarak gösterilebilir.

Diğer taraftan, kamu alımlarında rekabetin tesis edilmesiyle ilgili olarak Kamu İhale Kurulunun ve Rekabet Kurulunun yaşanan bazı somut olaylar çerçevesinde konuya menfi yönde yaklaşımları sonucu, söz konusu ilkenin uygulamasında ciddi sıkıntıların ortaya çıktığını söylemek mümkündür.

4734 sayılı Kanunun 5 inci maddesi yanında değişik bölümlerinde de rekabetin tesisi için hükümler ihdas edildiğini yukarıda açıklamıştık. Bunun yanında 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun²¹⁰un 2 nci maddesine göre “*Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün aralarında yaptığı rekabeti engelliyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararlar ile piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu*

etmemiştir. **SaİD'nin**, 6.10.1994 tarihli ve K.94-31/8483 sayılı kararı. Bkz. **GÖNEN**, Dinçer/**İŞİK**, Hikmet, *Açıklamalı Devlet İhale Kanunu ve Yapım Sözleşmelerinin Uygulanması*, Yetkin Yayınları, Ankara 1995, s. 117.

²⁰⁵ **ÇALIŞKAN**, Hafize, “Kamu Alımlarında Rekabet ve Yeni İhale Mevzuatı”, *İhale&İmar*, S. 1, Mart 2003, s. 13.

²⁰⁶ **UZ**, s. 33.

²⁰⁷ **TAŞDELEN**, s. 56.

²⁰⁸ **ÇALIŞKAN**, “Kamu Alımlarında Rekabet ve Yeni İhale Mevzuatı”, s. 15.

²⁰⁹ **UZ**, s. 33.

²¹⁰ *Resmi Gazete*, 13.12.1994, S. 22140.

hâkimiyetlerini kötüye kullanmaları ve rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralma niteliğindeki her türlü hukukî işlem ve davranışlar” suç kabul edilerek, mezkur Kanunun muhtelif maddelerinde rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit, düzenleme ve denetlemeye ilişkin işlemleri yapma hususlarında Rekabet Kuruluna bir takım yetkiler ve görevler verilmektedir. Bağımsız idari otoriteler, sadece sorumlu oldukları sektörleri regüle ettikleri halde Rekabet Kurulunun regülasyon fonksiyonu, görev yapısı itibarıyla tüm sektörleri içine alacak şekilde geniş bir perspektifte ele alınmaktadır. Öyle ki düzgün bir rekabet ortamının işleyebilmesi için tüm sektörler, Rekabet Kurulunun görev alanına girmektedir. Hatta bu yönde bazı ülkelerde (İsviçre ve Avusturya) rekabet otoritelerini yanında diğer sektörler için ayrıca regülasyon yapmak üzere idari otorite kurmaya gerek duyulmamıştır. Hatta AB Komisyonu, telekomünikasyon sektöründeki regülasyon faaliyetlerinde rekabet otoritelerinin daha etkin olmalarına sıcak bakmaktadır. Bazı ülkelerde ise (Finlandiya, Portekiz, Hollanda, Yunanistan) diğer sektörlerde faaliyet gösteren bağımsız idari otoriteler, sektörlerindeki rekabet ihlallerinin denetiminde kendilerini yetkili görmemektedirler²¹¹.

Öteden beri söylediğimiz gibi, kamu alımları da bir sektör olduğuna göre pek tabii ki, bu kapsamda ortaya çıkan rekabet ihlalleri de Rekabet Kurulunun denetimine konu olabilirler. 4734 sayılı Kanunun 53 ve 56 ncı maddelerinde açıkça düzenlendiği üzere Kamu İhale Kurulu, kamu alımlarıyla ilgili olarak tedbir, tespit, düzenleme ve denetleme yetkisine sahiptir. Bu yetkiye pek tabii ki Kanunun 5 nci maddesinde sayılan rekabet ilkesi de dahildir. Yani Kamu İhale Kurulu, kamu alımlarının rekabet ortamı içinde yapılması hususunda yukarıda belirtilen yetkilere sahiptir ve bu yetkisinin kısıtlanması anlamında herhangi bir hüküm de bulunmamaktadır. Bu durumda kamu alım sektöründeki rekabet ihlallerinin, aynı anda iki bağımsız idari otoritenin görev ve yetki alanına girdiğini söylemek mümkündür.

Mevzuatta yaşanan bu mükerrerlik durumu, kendisini haliyle uygulamada istikrarlı olmayan bir gelişim süreciyle göstermektedir. Nitekim, kamu alım piyasasıyla ilgili olarak yapılan çok sayıda başvuru, Rekabet Kurulunca 4054 sayılı Kanun kapsamında telakki edilmeyerek soruşturmaya konu edilmemiştir²¹². Ancak şunu da belirtmekte fayda vardır ki, Rekabet Kurulunun konuya menfi yöndeki yaklaşımı, 4734 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 2003 yılından önceye dayanmaktadır. Öyle ki, daha

²¹¹ ULUSOY, Ali, *Bağımsız İdari Otoriteler*, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s. 101-107.

²¹² UZ, s. 50.

kamu alımları ile ilgili olarak ülkemizde bir bağımsız idari otorite olmadığı 1997 senesinde, yani 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu döneminde bile Rekabet Kurulu, kamu kurumlarının 4054 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinde tarifi yapılan teşebbüs olmadıklarından bahisle, kamu alımlarındaki rekabet ihlalleri konusunda kendisini yetkili görmemiştir²¹³. Kamu alımları piyasası ile ilgili olarak verdiği bu ilk kararında dayandığı gerekçe, Kurulun daha sonra önüne gelen benzer içerikli rekabetin ihlali uyuşmazlıkları hakkında verdiği kararlarda da süreklilik kazanmıştır.

TAN'a göre, söze konu kararında Kurulun; kamu alımlarında “*rekabetin sağlanması*”nın, 2886 sayılı Kanunun hükümleri çerçevesinde ele alınıp değerlendirilmesi gereken bir husus olduğunu ileri sürmüşse de rekabet ihlalinin denetiminin/değerlendirmesinin yargı makamı tarafından mı yapılacağı yoksa bahsi geçen Kanunun kamusal bir düzenleme olmakla 4054 sayılı Kanunun kapsamında olmadığını mı anlatmak istediği açık değildir²¹⁴. TAN, konu hakkında verdiği nihai görüşünde; 4054 sayılı Kanunda yer alan “*teşebbüs*” kavramının kamu kurumlarını dışarıda bırakacak şekilde dar yorumlanmasından kaçınılmalıdır²¹⁵.

EMEK'e göre ise alımla ilgili şartnameleri hazırlamak, alım usulünü tasarlamak yani alımla ilgili her türlü idari esasları oluşturmak, 2886 sayılı Kanun gereğince idarenin yetkisi dahilinde olduğundan alım sürecinde rekabetin ihlali 4054 sayılı Kanun kapsamında değildir. Kamu alımlarının rekabet açısından iki yönü vardır. Kurul, kamu alımlarında rekabetin ihlaline sadece idari işlemleri yapan idare yönünden yaklaşmıştır.

²¹³ “4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un kamu alımlarını kapsamadığı belirtilmelidir. Dolayısıyla, kamu kuruluşlarının ihalelerinde ortaya çıkabilecek rekabet ihlallerine yönelik olarak dayanağını 4054 sayılı kanundan alan herhangi bir işlem yapma imkanı bulunmamaktadır. Bilindiği gibi, 08.09.1993 tarihinde kabul edilen 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nun kapsama ilişkin 1’inci maddesi uyarınca genel bütçeye dahil dairelerin, katma bütçeli idarelerin, özel idarelerin ve belediyelerin her türlü alım, satım, hizmet, yapım vb. işleri bu kanun hükümlerine göre yürütülecektir. Kanunun genel ilkeleri arasında sayılan uygunluk, açıklık ve özellikle “rekabetin sağlanması” da, bu kanunun kendi hükümleri çerçevesinde ele alınıp değerlendirilmesi gereken bir husustur. Haklarında şikayette bulunulan kuruluşların 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun karşısındaki konumlarına gelince: Kanun’un “kapsam” başlıklı 2’nci maddesinde “Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün aralarında yaptığı rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı... bu Kanun kapsamına girer.” denilmektedir. Yine aynı kanunun 3 üncü maddesinde de “Teşebbüs” tanımı yapılmaktadır. Buna göre, “piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birim” olarak tarif edilen teşebbüs tanımına, dilekçede sayılan kamu kuruluşları girmemektedir.”, **Rekabet Kurulu**’nun 3.12.1997 tarihli ve 41/269-19 sayılı kararı, www.rekabet.gov.tr, 2.9.2006.

²¹⁴ **TAN**, Turgut, “Rekabet Hukukunun Uygulama Alanı Açısından Kamu Kuruluşlarının Faaliyeti (Türkiye, Fransa ve İtalya örnekleri)”, *Rekabet Dergisi*, S. 4, s. 3-44.

²¹⁵ *İbid.*

Halbuki rekabet açısından kamu alımlarının diğer yönü, tedarikçiler arasında danışıklı teklif verme suretiyle kartel oluşturmadır²¹⁶.

EMEK ile aynı görüşü paylaşan UZ'a göre, Kurulun yukarıda bahsedilen karardaki gerekçesi, daraltıcı bir yorum ifadesi olup rekabet ihlallerinin hangi sektörde olursa olsun mümkün olduğunca engellenebilmesi için genişletici bir yoruma tabi tutulması gerekmektedir. Dolayısıyla yasada bu konuda açıklık olmasa da, kamu alımları sürecindeki rekabet ihlalleri de 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir²¹⁷.

Rekabet Kurulunun kamu alımlarında rekabet ihlallerinin denetimi hususunda yukarıda bahsedilen menfi yöndeki genel temayülünün aksi yönünde kararlarına da rastlanmaktadır²¹⁸. İçten yanmalı motorların yenilenmesi sektöründe faaliyet gösteren tedarikçilerin aralarında anlaşmak suretiyle 4054 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin ihlal edildiği gerekçesiyle Altındağ Belediyesi tarafından konunun önüne getirilmesi üzerine Rekabet Kurulu; firmalar arasında yapılan anlaşmayı 4054 sayılı Kanunun ihlali olduğuna karar vermiş ve söz konusu anlaşmanın bu piyasadan alım yapacak kurum ve kuruluşların ihtiyaçlarını rasyonel bir şekilde karşılamalarına engel olacak nitelikte bir teşebbüs birliği kararı olduğu sonucuna varmıştır²¹⁹. Rekabet Kurulu, kamu alımlarında rekabet ihlali için verdiği münferit bu kararının dışında diğer kararlarında genellikle kendisini yetkisiz görme ve soruşturma açmama eğilimindedir.

Kamu İhale Kurulu ise önüne gelen uyuşmazlıklar hakkında 4734 sayılı Kanunun 5 inci maddesi uyarınca kamu alımlarında rekabet ihlallerini incelemekte ve gerektiğinde ihale işlemlerinin durdurulmasına ya da iptale karar vermektedir. Ancak şunu hemen belirtmekte fayda vardır ki, 4734 sayılı Kanun geneli itibarıyla rekabet üzerine kurulu bir rejim benimse de bunun uygulanması safhasında Kanunda bazı boşluklar mevcuttur²²⁰. Özellikle kapsam dışı ve istisna alımlar bakımından rekabet ihlallerinin denetlenememesi ciddi bir handicap olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin Kamu İhale Kurulu, Dünya Bankası kredisi ile yapılan bir alım hakkında, 4734 sayılı Kanunun 3/c maddesi uyarınca istisna kapsamında olduğundan, inceleme ve karar

²¹⁶ EMEK, Uğur, *Kamu İhalelerinde Rekabetin Sağlanması ve Korunması*, Devlet Planlama Teşkilatı Yayınları, No: 2657, Kasım 2002, s. 49-51.

²¹⁷ UZ, s. 52.

²¹⁸ *İbid.*

²¹⁹ Rekabet Kurulu'nun 27.2.2001 tarihli ve 01-10/100-24 sayılı kararı, www.rekabet.gov.tr, 2.9.2006.

²²⁰ SEZER, "Kamu İhale Kanunu: Şeffaflık ve Rekabet", s. 60; UZ, s. 56.

verme yetkisi olmadığına karar vermiştir²²¹. Diğer taraftan Dünya Bankası kredisi ile yapılan “Ön İhbarlı Elektronik Sabit Aks Kantarları Alımı ve İstasyonlarının Kurulması” ihalesinde hakkındaki rekabetin ihlali iddiaları için ise bu defa Rekabet Kurulu, 4054 sayılı Kanun kapsamında olmadığından soruşturma açılmasına yer olmadığına karar vermiştir²²². Görüleceği üzere 4734 sayılı Kanunundan istisna kamu alımları konusunda iki Kurulun da kendisini yetkisiz görmesi²²³ sonrasında bu tür alımlarda rekabet ihlallerinin idari denetimsiz kalması gibi istenmeyen bir durum ortaya çıkmıştır.

Bunun yanında, 4734 sayılı Kanunun 53/b/1 maddesinde²²⁴ düzenlenen Kamu İhale Kurulunun inceleme yetkisi, sadece alım onayını müteakip sözleşme imzalanması aşamasına kadar yani alım sürecinde tesis edilen idari işlemlerle sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla alım süreci öncesinde istekliler arası yatay anlaşmalar ve hakim durumun kötüye kullanılması ve sözleşmenin imzalanması sonrasında ortaya çıkacak rekabet ihlalleri de denetim konusu yapılamayacaktır²²⁵.

4734 sayılı Kanunun yukarıda zikredilen maddesinde görüleceği üzere Kamu İhale Kurulunun inceleme yetkisi daha çok alım sürecinde tesis edilen idari işlemlerin denetlenmesi odaklıdır. Bu yetkinin bu şekilde dar yorumlanması halinde alım sürecinde idareden kaynaklı rekabet ihlali olmadığı halde istekliler arasında yapılan kartel anlaşmaları sonucu danışıklı teklif verme durumunda ortaya çıkan rekabet ihlalleri de denetimsiz kalacaktır²²⁶.

Sonuç olarak her iki Kurulun da olaya menfi yöndeki yaklaşımları sonucu kamu alımlarında rekabetin etkin bir şekilde denetlenebildiğini söylemek oldukça zordur. İdareden kaynaklı rekabet ihlalleri hususunda Kamu İhale Kurulunun denetimi vaki olsa da isteklilerden kaynaklı diğer rekabet ihlallerinin de denetlenmesi hem 4734 sayılı

²²¹ “Milli Eğitim Bakanlığı Projeler Koordinasyon Merkezi Başkanlığı’na yapılan 6255 adet projeksiyon cihazı alımı ihalesinin Dünya Bankası Kredili olduğu ve Dünya Bankası satın alma esas ve usulleri doğrultusunda, ikraz anlaşmasında yer alan Cetvel 4, Bölüm 1, Kısım B’ye göre uluslararası rekabetçi ihaleye çıktığı (ICB), söz konusu alımın 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 3 üncü maddesinin (c) bendi uyarınca istisna kapsamında bulunduğu anlaşıldığından şikayet başvurusu hakkında karar verilmesine yer olmadığına oybirliğiyle karar verildi.”, **Kamu İhale Kurulu**’nun 5.9.2003 tarihli ve 2003/UK.Z-391 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 19.9.2003, S.25234.

²²² **Rekabet Kurulu**’nun 12.2.2002 tarihli ve 2-08/82-37 sayılı kararı, www.rekabet.gov.tr, 2.9.2006.

²²³ **UZ**, s. 56.

²²⁴ 4734 sayılı Kanunun 53/b/1 maddesi; “ İhalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde idarece yapılan işlemlerde bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olmadığına ilişkin şikayetleri inceleyerek sonuçlandırmak.”

²²⁵ **UZ**, s. 57.

²²⁶ *İbid.*

Kanun hem de 4054 sayılı Kanunların ortak gerekleridir. Bu kapsamda kanımızca özellikle Rekabet Kurulunun isteklilerden kaynaklı rekabet ihlalleri hususunda yetkisini geniş yönde yorumlayıp denetim yapması, kamu alımlarında rekabetin tesisi açısından büyük önem arz etmektedir²²⁷.

c. Eşit Muamele İlkesi

Anayasanın 10 uncu maddesinde yer alan “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir” ve “Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar” hükümlerinden dayanak alan²²⁸ eşit muamele ilkesi, kamu alım sürecine hakim olan temel ilkeler arasında sayılmaktadır. Buna göre, alım sürecinde aday veya istekliler aynı koşullarda teklif verebilmekte²²⁹ ve idare de her birine eşit mesafede yaklaşmakta, davranmaktadır²³⁰.

Rekabet ilkesi kamu alım sürecine has bir ilke iken eşit muamele ilkesi, hukukun genel bir ilkesidir. Zira idari işlemlerde eşit muamele ilkesinin tesisi ile ilgililerin keyfi uygulamalara katlanması önlenmekte ve bu sayede hukukun herkese aynı şekilde tatbiki sağlanmaktadır²³¹.

Ancak eşit muamele ilkesinin uygulanmasında bazen sorunlarla karşılaşılması muhtemeldir. Kamu yararının gerekli kıldığı durumlarda, bu ilkenin uygulanmasının sınırlanabileceği de kabul görmektedir. Nitekim Anayasanın 16 ncı maddesini buna örnek olarak verebiliriz. Anayasanın 16 ncı maddesine göre; “Temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir”. Bu kuralın

²²⁷ Nitekim Kamu İhale Kurulu önüne gelen bir uyuşmazlık hakkında verdiği kararında, istekliler arasında rekabeti engelleyici nitelikteki anlaşmalar olduğuna ilişkin başvuruların Rekabet Kuruluna yapılması gerektiği yönünde görüş sergilemiştir. Kararda yer alan ifadeler şu şekildedir; “...başvuru dilekçesinde, idarece ihale sürecinde yapılan işlemlere ilişkin iddialar haricinde, ...A.Ş.’nin, ...Ltd. Şti. firması ile işbirliği yaparak, ortak hareket ettiği veya benzer işbirliğinin ... Ltd. Şti., ... ve ...A.Ş. arasında da yaptığı, bu üç firmanın, tekel oluşturma gayreti içerisinde olduğu hususuna da yer verilmiş ise de, Kamu İhale Kurumunun görev alanında bulunmadığından, bu hususa ilişkin olarak, başvuru sahibince, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun kapsamında Rekabet Kurumuna başvuruda bulunulabileceği açıktır.”, **Kamu İhale Kurulu**’nun 14.11.2005 tarihli ve 2005/UM.Z-2112 sayılı kararı, *Resmî Gazete*, 8.1.2006, S. 26047.

²²⁸ **KUTLU**, s. 178.

²²⁹ **GÖZLER**, *İdare Hukuku*, s. 101.

²³⁰ **AKMAN**, Canan, “Kamu İhalelerinde Eşit Muamele”, *İhale&İmar*, S. 5, Temmuz 2003, s. 52.

²³¹ **AKYILMAZ**, *İdari İşlemin Yapılış Usulü*, s. 79.

kamu alımları için de geçerli olacağını kabul edebiliriz²³². Bu bağlamda, Kamu İhale Kanununda belirlenen eşik değerlerin altında kalan alımların yabancı isteklilere kapatılması ve eşik değer üzerindeki alımlarda ise şartnamede belirtilmesi halinde, yabancı isteklilere nazaran yerli istekliler lehine fiyat avantajı sağlanması da bu kapsamda düşünülebilir²³³. Bu kural esasen eşit muamele ilkesine aykırı olarak görülse de, hukuksal dayanağını Anayasanın yukarıda zikredilen hükmünden almaktadır.

Kamu alımlarında yerli isteklilerin kayırılmasına ilişkin bir düzenlemenin, ekonomik adaletten egemenlik kavramına kadar bir çok başka hukuksal dayanağı da bulunabilir. Nitekim kamu alımlarını düzenleyen uluslararası anlaşmaların, gelişmiş ülke ekonomileri lehine işleyeceği ve çekincesiz uygulanması durumunda sonuçta geri kalmış ülkelerin sömürülmesi aracı haline gelebileceği de bir gerçektir. Ayrıca bu tür yaklaşımlar, ülke ekonomisinin geliştirilmesi ve ülke dışına kaynak aktarılmasının önlenmesi için de araç olarak kullanılmakta ve bir çok ülkede de uygulanmaktadır²³⁴.

d. Diğer İlkeler

aa. Güvenirlilik İlkesi

Güvenirlilik ilkesi, İdarenin alım sürecindeki işlemleri hukuka uygun tesis edeceğine aday ve isteklilerin kuşku duymadan inanmaları ve güvenmeleri anlamına gelmektedir²³⁵. Alım işlemlerine başlayan idareye, aday ve isteklilerin bu süreçte tesis edilecek işlemlerin hukuka uygunluğu bakımında güvenmelerinin sağlanması zorunludur. Zira aday ve istekliler, ancak bu sayede ticari kararlarını ortaya koyabileceklerdir. Örneğin yaklaşık maliyetin açıklanmaması, tüm istekliler açısından önem taşır. İdarenin, yaklaşık maliyeti açıklamadığı hususunda isteklilerin idareye karşı olan güveninin tesis edilmesi gerekir. İlan sürelerine uyulması, ihalenin belirtilen saatte

²³² KUTLU, s. 179.

²³³ Kamu İhale Kanunu 63 üncü maddesine göre; “Yaklaşık maliyeti eşik değerlerin altında kalan ihalelere sadece yerli isteklilerin katılması, yaklaşık maliyeti eşik değerlerin üzerindeki ihalelerde; hizmet alımları ve yapım işlerinde bütün yerli istekliler lehine, mal alımlarında ise Sanayi ve Ticaret Bakanlığı ile diğer ilgili kurum ve kuruluşların görüşleri alınarak Kurum tarafından yerli malı olarak belirlenen malları teklif eden yerli istekliler lehine, %15 oranına kadar fiyat avantajı sağlanması hususlarında idarelerce ihale dokümanına hükümler konulabilir. Ancak, yabancı istekliler ile ortak girişim yapmak suretiyle ihalelere katılan yerli istekliler bu hükümden yararlanamaz.”

²³⁴ AKMAN, “Kamu İhalelerinde Eşit Muamele”, s. 57.

²³⁵ AKMAN, “Kamu İhalelerinde Güvenirlilik ve Gizlilik”, *İhale&İmar*, S. 4, Haziran 2003, s. 21.

ve yerde yapılması, ihale dokümanında açıklama yapılmasını isteyene gerek ve yeter ölçüde açıklama yapılması güvenilirlik ilkesinin tezahürü mahiyetinde Kanunda yer alan hükümlerdir²³⁶.

Ayrıca ihalelere katılmaları yasak olanlar ile katılma engelleri bulunanların da ihaleye katılımlarının önlenmesi de güvenilirlik ilkesi kapsamında değerlendirilmektedir²³⁷. Bunlarla birlikte, alım sürecindeki hukuka aykırı işlemler için idari denetim yollarının öngörülmesi ve suç kabul edilen fiillerin cezalandırılmasına ilişkin hükümler de güvenirliliğin sağlanmasına dönük somut kurallar olarak kabul edilmektedir²³⁸.

bb. Gizlilik İlkesi

Gizlilik ilkesi, ilk bakışta şeffaflık ilkesi ile çeliştiği izlenimini verse de aslında alım sürecinde etkin bir rekabet ortamının tesisi için öngörülmektedir²³⁹. Gizlilik diğer ilkeler gibi alım sürecinin geneline yaygın bir ilke değil sadece belli konularla sınırlı olan bir ilkedir.

Buna ilişkin olarak ilk dikkati çeken husus, Kanunun 9 uncu maddesindeki yaklaşık maliyettir. Yaklaşık maliyet, yapılacak alımın hazırlık aşamasında fiyat araştırmasına göre tespit edilmesi zorunludur. Yaklaşık maliyete ilanlarda yer verilmediği gibi isteklilere veya alım süreci ile resmi ilişkisi olmayan diğer kişilere açıklanmaz aksi taktirde Kanunun 61 inci maddesi gereği ceza sorumluluğunu gerektirir. Yaklaşık maliyetin gizli tutulması sayesinde aday veya istekliler, tamamen ticari esaslara göre teklif verecekler ve rekabet ortamı içinde idare en uygun şartlarda ve fiyatlarla alım yapacaktır.

cc. Kamuoyu Denetimi İlkesi

İdare tarafından gazete ve diğer yayın organlarında hatta elektronik ortamda ilan yapılmasıyla bu ilkenin tesis edilmesi amaçlanmıştır. Bu sayede hem rekabet hem de

²³⁶ TAŞDELEN, s. 58.

²³⁷ BULUTOĞLU, Kenan/KURTULUŞ, Erciş, *Bütçe ve Kamu Harcamaları*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1988, s. 347.

²³⁸ AKMAN, “Kamu İhalelerinde Güvenilirlik ve Gizlilik”, s. 23.

²³⁹ *İbid.*, s. 27.

kamuoyu denetimi sağlanmış olacaktır. Bu şekilde sadece aday veya istekli olabilecekler değil ileride bu sıfatları haiz olabilecek bütün bireyler de idarece yapılacak alımlardan haberdar olabileceklerdir²⁴⁰.

Yapılan alımlar, her ne kadar sadece idarenin kendi ihtiyaçları için yapılıyor olsa da kullanılan kaynağın kamu kaynağı olması sebebiyle elbette ki kamunun da bundan haberdar olması gerekir. Bu ilan ve duyuruların kapsamı, gizlilik ilkesinin kapsamındaki bilgilerle sınırlıdır²⁴¹. Bunun dışında kamu alımlarının idari denetimi kapsamında geliştirilen iddiaların incelenmesi mekanizması da, kamuoyu denetimi ilkesine hizmet etmektedir²⁴².

dd. İhtiyaçların Uygun Şartlarda ve Zamanında Karşlanması ile Kaynakların Verimli Kullanılması İlkeleri

Bu ilkeler, ihtiyaçların en kaliteli ve en uygun fiyatla karşılanması ölçütleri ile açıklanmaktadır. İhtiyaçların en uygun şartlarda karşılanması, en kaliteli ürün ve en pahalı fiyat yerine, ihtiyacı karşılayacak en kaliteli ürünün daha ucuza alınarak karşılanması anlamında kabul edilmektedir²⁴³.

Verimlilik ilkesi olarak nitelenebilecek bu ilkeye göre alım için yapılacak harcama ile bu harcamanın karşılığında elde edilecek faydanın en üst seviyede tutulması amaçlanmaktadır²⁴⁴.

D. Kamu Alım Usulleri

Öteden beri izah edildiği üzere kamu alımları, iki aşamadan oluşmaktadır. İlk aşama, idarece yapılacak mal veya hizmet alımı ya da yapım işinin sözleşmeye bağlanması öncesinde akidin karşı tarafının belirlenmesi için tüketilecek süreçtir ki buna alım süreci denilmektedir. İkinci aşama ise alım sürecinin tüketilmesi sonucunda belirlenen yükleniciyle yapılan sözleşme aşamasıdır.

²⁴⁰ TAŞDELEN, s. 60.

²⁴¹ GÖZLER, *İdare Hukuku*, s. 103.

²⁴² TAŞDELEN, s. 60.

²⁴³ BULUTOĞLU/KURTULUŞ, s. 335.

²⁴⁴ YOLCU, Selda, "Kamu İhaleleri ve Kamuda Kaynak Kullanımı", *İhale&İmar*, S.6, Ağustos 2003, s. 9.

Alım sürecinde idarece tesis edilen işlemler, idare hukuku rejimine tabi olup buna ilişkin kurallar bütünü, önceden Devlet İhale Kanunu ile düzenlenmişken 2003 sonrasında Kamu İhale Kanunu ile düzenlenmiş ancak bu defa da alım süreci sonunda yapılacak sözleşmelere ilişkin hususlar, ayrı bir Kanunla -4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu- düzenlenmiştir²⁴⁵.

4734 sayılı Kanunla idarenin, mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinde izleyeceği yöntemler bakımından takdir yetkisi oldukça kısıtlanmış olup buna ilişkin usul ve esaslar, mezkur Kanunla ve buna dayalı çıkarılan ikincil mevzuatla ayrıntılı bir şekilde düzen altına alınmıştır. Nitekim Kanunda öngörülen ve ilgilileri için güvence niteliğinde olan bu şekil ve usul kurallarının ihlali, işlemin hukuki bakımdan sakatlığına yol açmaktadır²⁴⁶.

4734 sayılı Kanununun 18 inci maddesinde uluslararası düzenlemelere paralel olarak alım usulleri; açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü, pazarlık usulü ve doğrudan temin yöntemi olmak üzere dört grupta belirlenmiştir. Böylece 2886 sayılı Kanunda bir çok eleştiriye maruz kalan kapalı teklif usulünden vazgeçilmiştir²⁴⁷.

Bu usullerden doğrudan temin, Kanunun ilk yürürlüğe girdiği tarihte ihale usulü olarak sayıldığı halde daha sonra 4964 sayılı Kanunla yapılan düzenlemeyle ihale usulü olmaktan çıkarılmıştır. Aslında kelime anlamıyla bakılacak olursa, doğrudan temin zaten bir ihale usulü değildir. Sorunun asıl kaynağı, 4734 sayılı Kanunun içinde bulunduğu kavramsal karmaşadır. 4734 sayılı Kanun, adından başlamak üzere ihaleyi, kamu alımının bizatihi kendisi olarak kabul etmiştir. Halbuki Kanunun hazırlanmasında örnek alınan tüm uluslararası düzenlemelerde dikkat edileceği üzere, özellikle kamu alımı tanımı yapılmış, ihale ise alım yöntemlerinden sadece birisi olarak kabul edilmiştir. Bu çerçevede olması gereken; “*Kamu İhale Kanunu*” yerine “*Kamu Alım Kanunu*”, “*İhale Süreci*” yerine “*Alım Süreci*”, “*İhale Usulleri*” yerine “*Alım Usulleri*”dir. Bu şekilde yapılacak düzenleme sonrasında gerek kavramsal gerekse de usulü açıdan doğru bir alım rejiminin ortaya çıkması sağlanabilecektir.

²⁴⁵ KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan/AKİPEK, Şebnem, “Kamu İhale Sözleşmeleri”, *Mali Hukuk*, Yıl 18, S. 103, Ocak-Şubat 2003, s. 39-50.

²⁴⁶ GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref/TAN, Turgut, *İdare Hukuku-İdari Yargılama Hukuku*, C. II., (İdari Yargılama) Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s. 410.

²⁴⁷ UZ, s. 191.

Bu kapsamda dikkati çeken diğerk bir husus ise “pazarlık usulü”nde ortaya çıkmaktadır. Zira pazarlık da tıpkı doğrudan temin gibi ihale yöntemi değil aksine ihale yöntemi dışında diğerk alım usullerinden sadece birisidir.

Kamu İhale Kanununun 5 inci maddesinde yer alan “*Bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulü temel usullerdir. Diğerk ihale usulleri Kanunda belirtilen özel hallerde kullanılabilir*” hükmü gereğince bütün isteklilerin katılabileceğı açık ihale usulü ve yapılacak ön yeterlik değerlendirmesi sonucu idarece davet edilecek isteklilerin teklif verebileceğı belli istekliler arasında ihale usulü temel alım usulleri olarak belirlenmiş olup diğerk alım usulleri ise Kanunda açıkça belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde kullanılacak istisnai alım usulleridir. Bu kapsamda, alıma konu işin niteliğı veya yaklaşık maliyete göre tespit edilen özel durumların gerçekleşmesi halinde pazarlık usulü veya doğrudan temin usulünün kullanılabilecek olması bakımından idareler, bağılı yetki ile donatılmışlardır²⁴⁸.

a. Temel Alım Usulleri

aa. Açık İhale Usulü

Kanunun 19 uncu maddesinde düzenlenen ve temel alım usulleri arasında başı çeken açık ihale usulü, bütün isteklilerin teklif verebildiğı ve Kanunda belirtilen özel şartların gerçekleşmesi hali dışında bütün idarelerce uygulanması zorunlu bir alım usulüdür. Bütün isteklilerin teklif verebilmesinden kasıt, ihalenin yerli veya yabancı dahil isteyen herkesin katılımına açık olması değildir. Aksine kanunda belirtilen emredici hükümlere aykırı olmamak üzere belirlenen şartlara sahip olan herkesin teklif verebilmesi olarak da tarif edilebilir.

Açık ihale usulü, 4734 sayılı Kanunun temel ilkelerine en iyi derecede hizmet eden bir alım usulüdür. Zira yeterlik kriterlerini taşıyan herkesin teklif verebildiğı bu usulde rekabet ve saydamlık, en üst seviyede gerçekleşmektedir. Bunun dışındaki alım

²⁴⁸ *İbid.*, s. 192.

usullerinde ise rekabetin ve saydamlığın istenen seviyede gerçekleşmesini beklemek zordur²⁴⁹.

bb. Belli İstekliler Arasında İhale Usulü

Kanununun 20 nci maddesinde düzenlenen belli istekliler arasında ihale usulü, yapılacak ön yeterlik değerlendirmesi sonucunda idarece davet edilen isteklilerin teklif verebildiği usuldür. İşin özelliğinin uzmanlık ve/veya yüksek teknoloji gerektirmesi nedeniyle açık ihale usulünün uygulanamadığı mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalesi bu usule göre yaptırılabilir. Görüleceği üzere idarenin pazarlık ve doğrudan temin usullerinin kullanması için sahip olduğu bağlı yetkiden, bu alım usulünde de bahsetmek mümkündür. Zira idare doğrudan bu usulü kullanma hususunda tam bir serbestiye sahip değildir. İdarenin alımını bu usulle yapabilmesi “*işin özelliğinin uzmanlık ve/veya yüksek teknoloji gerektirmesi nedeniyle açık ihale usulünün uygulanamaması*” şartının gerçekleşmesi şartına bağlıdır. Ancak belirtilen şartın gerçekleşmesi halinde de idare, mutlaka bu usulü kullanmak zorunda değildir. Bu durumda idarenin seçimlik hakkı doğmaktadır²⁵⁰. Bu usulde idarenin bağlı yetkisinin olması, ilk bakışta temel alım usulü olmadığı yönünde bir fikir oluştursa da yeterlik kriterlerini taşıyan herkesin ihaleye katılabilmesi, bu usulü temel alım usulleri arasında sayılmasını gerektirmektedir. Zira idare ihaleyi, yine herkesin bilgisine sunulacak şekilde ilan etmektedir. Bu sayede kamu alımlarına hakim olan saydamlık ve rekabet ilkeleri de bu usulde tesis edilmiş olmaktadır²⁵¹.

Bu usulün, açık ihale usulünden farkı ise Kanununun 10 uncu maddeye uygun olarak belirlenen ve ön yeterlik dokümanı ile ön yeterlik ilanında belirtilen değerlendirme kriterlerine uyan isteklilerden fiyat teklifleri alınmasıdır. Bu çerçevede belli istekliler arasında ihale usulünü, “*ön yeterlik*” ve “*ön yeterliği olanlar arasında değerlendirme*” olmak üzere iki aşamalı bir alım usulü olarak da nitelemek mümkündür²⁵².

Bu usulde ön yeterlik değerlendirmesinde belirlenen asgari kriterleri karşılayanlarla, işin niteliğine göre rekabeti engellemeyecek şekilde tekliflerinin

²⁴⁹ TAŞDELEN, s. 77.

²⁵⁰ SEZER, “Kamu İhale Kanunu: Şeffaflık ve Rekabet”, s. 68.

²⁵¹ TAŞDELEN, s. 78.

²⁵² YILDIZ, H., s. 54.

değerlendirilmesi üzerine ihale sonuçlandırılacaktır. Ancak ön yeterlik değerlendirmesinden geçenlerin sayısının beşten az olması ve/veya fiyat teklifi verenlerin sayısının ise üçten az olması halinde ihalenin iptali gerekecektir. Bu şekilde bir düzenleme yapılmasındaki amacın, rekabet ortamının tesis edilmesi olduğu söylenebilir. Zira istekli sayısının az olması kazanma şansını artırdığından isteklilerin ihaleye ciddi manada hazırlanmaları ve bu şekilde oluşacak rekabet sonucu kamu yararının sağlanması mümkün olabilecektir²⁵³.

Diğer taraftan, Kanunun 48 ila 52 nci maddeleri arasında özel düzenleme konusu yapılan “*Danışmanlık Hizmet Alımları*” da, esas itibarıyla belli istekliler arasında ihale usulüne göre alınması hükmüne bağlanmıştır. Danışmanlık hizmet alımlarının, diğer tür alımlardan ayrı bir düzenleme konusu yapılması, niteliği itibarıyla kapsamlı ve karmaşık olması ile özel uzmanlık ve deneyim gerektirmesinden kaynaklanmaktadır²⁵⁴. Zaten belli istekliler arasında ihale usulünün dayandığı temel, alım konusu için özel uzmanlık gerektirecek olmasıdır²⁵⁵. Kanunun 48 inci maddesine göre ÇED raporu hazırlanması, yazılım geliştirme, plan, tasarım, teknik şartname hazırlanması ve denetim gibi teknik, mali, hukuki veya benzeri alanlarda niteliği itibarıyla kapsamlı ve karmaşık olduğu, özel uzmanlık ve deneyim gerektirdiği idarece tespit edilen hizmetler, danışmanlık hizmet sunucularından alınabilir. Burada dikkat edilmesi gereken bir husus vardır ki; sayılan hizmetlerin her halükarda danışmanlık hizmet alımı olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Söz konusu hizmetlerin, belirtilen özel usulle alınabilmesi için, kapsamlı ve karmaşık olması, bunun yanında özel uzmanlık ve deneyim gerektirmesi zorunludur. Aksi takdirde belirtilen şartları taşımayan bu tür alımların hizmet alımları kapsamında genel esaslara göre temin edilmesi gerekecektir²⁵⁶.

Danışmanlık hizmet alımları için belirlenen usulün genel usulden farkı, ön yeterlik değerlendirmesinden geçen en az üç en fazla on adayın listelenmesi ve isteklilerin bunlardan oluşmasıdır. Halbuki genel usulde, yeterli olan isteklilerin çağırılmasında herhangi bir sayı sınırlaması bulunmamaktadır²⁵⁷.

²⁵³ **BULUTOĞLU/KURTULUŞ**, s. 359.

²⁵⁴ **EMEK**, Uğur, “Danışmanlık Hizmeti İhalelerinde (Kapsamlı ve Karmaşık Bir) Alım Süreci”, *Mali Hukuk*, Yıl 18, S. 103, s. 51-68.

²⁵⁵ **TAŞDELEN**, s. 79.

²⁵⁶ **UZ**, s. 210.

²⁵⁷ **EMEK**, “Danışmanlık Hizmeti İhalelerinde (Kapsamlı ve Karmaşık Bir) Alım Süreci”, s. 51-68.

b. İstisnai Alım Usulleri

aa. Pazarlık Usulü

Pazarlık, temel alım usullerinden farklı olarak açıkça kanunda belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde idarelerce kullanılacak istisnai bir alım usulüdür²⁵⁸. Nitekim Kanunun 21 inci maddesine göre;

- Açık ihale usulü veya belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan ihale sonucunda teklif çıkmaması,

- Doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması,

- Savunma ve güvenlikle ilgili özel durumların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması,

- İhalenin, araştırma ve geliştirme sürecine ihtiyaç gösteren ve seri üretime konu olmayan nitelikte olması,

- İhale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin özgün nitelikte ve karmaşık olması nedeniyle teknik ve mali özelliklerinin gerekli olan nitelikte belirlenememesi,

- İdarelerin yaklaşık maliyeti 86.278,00.- YTL na kadar olan mamul mal, malzeme veya hizmet alımları,

durumları söz konusu olduğunda pazarlık yöntemine başvurabilecektir.

İdarenin yukarıda belirtilen şartlardan herhangi birisinin yapacağı alımda gerçekleşmesi halinde pazarlık usulüne başvurması mümkündür. İdarenin bu şartları tespit ederken takdir yetkisi bulursa da, bu takdir yetkisinin mutlak ve sınırsız olduğunu düşünmek imkansızdır. İdare, bu konudaki takdir yetkisini kullanırken elbette objektif olmak ve hizmet gereklerine göre hareket etmek zorundadır. Aksi takdirde gerekli şartlar oluşmadığı halde bu usulün kullanılması, yapılan alımın hukuken sakat olmasına yol açacaktır²⁵⁹.

²⁵⁸ YILDIZ, H., s. 55.

²⁵⁹ GÖZÜBÜYÜK, /TAN, *İdari Yargılama*, s. 410.

Pazarlık usulü, ihtiyaçların karşılanmasında uyulması zorunlu usul kurallarının bulunmadığı ve hızlı şekilde sonuçlandırılabilen bir alım yöntemi olarak tanımlansa da²⁶⁰ bazı durumlarda ilan yapılması zorunluluğu getirildiğinden bu genellemeyi yapmak kapsayıcı bir tanım yapmak için uygun olmayacaktır. Bu sebeple, pazarlık usulünü, kanunda belirlenen durumlarda ilan edilerek, diğer durumlarda ise ilana gerek kalmaksızın yeterliliği bulunanlarla yapılan görüşmeler üzerine sonuçlandırılan alım usulü olarak tanımlamak daha kapsayıcı olacaktır²⁶¹.

Açık ihale usulü veya belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan ihale sonucunda teklif çıkmaması veya alımın araştırma ve geliştirme sürecine ihtiyaç gösteren ve seri üretime konu olmayan nitelikte olması veyahut alımın konusunun özgün nitelikte ve karmaşık olması nedeniyle teknik ve mali özelliklerinin gerekli olan nitelikte belirlenememesi hallerinde pazarlık usulüne başvurulması halinde ilan yapılması zorunlu olup diğer sebeplerle pazarlık usulüne başvurulması halinde idarenin ilan yapılması hususunda seçimlik hakkı olup en az üç istekliyi çağırmak şartıyla ilan yapılması zorunluluğu yoktur.

İlan yapılması halinde, alım konusu alanda faaliyet gösteren ve idarece yeterliği tespit edilen adaylar ile görüşme yapılacağı belirtilir. İlan yapılsın veya yapılsın, idare tarafından Kanuna uygun surette belirlenen ve ihale dokümanında belirtilen değerlendirme kriterlerine göre yeterliği tespit edilenlerle teknik ve fiyat görüşmeleri yapılarak süreç tamamlanır.

Teknik ve fiyat görüşmeleri aşamasıyla ilgili olarak açık ihale usulü veya belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan ihale sonucunda teklif çıkmaması veya alımın araştırma ve geliştirme sürecine ihtiyaç gösteren ve seri üretime konu olmayan nitelikte olması veyahut alım konusu mal veya hizmet ile yapım işlerinin özgün nitelikte ve karmaşık olması nedeniyle teknik ve mali özelliklerinin gerekli olan nitelikte belirlenememesi durumları için ayrı bir usul belirlenmiştir. Buna göre istekliler, öncelikle ihale konusu işin teknik detayları ve gerçekleştirme yöntemleri gibi hususlarda fiyatı içermeyen ilk tekliflerini sunar. İdarenin ihtiyaçlarını en uygun şekilde karşılayacak yöntem ve çözümler üzerine ihale komisyonu her bir istekli ile görüşür. Teknik görüşmeler sonucunda şartların netleşmesi üzerine bu şartları karşılayabilecek isteklilerden, gözden geçirilerek şartları netleştirilmiş teknik şartnameye dayalı olarak

²⁶⁰ BULUTOĞLU/KURTULUŞ, s. 362.

²⁶¹ TAŞDELEN, s. 80.

fiyat tekliflerini de içerecek şekilde son tekliflerini vermeleri istenir. Fiyat görüşmelerine geçebilmek için teklif sayısının teknik yeterlilik almış istekli sayısının üçten fazla olması zorunlu olup aksi taktirde sürecin iptali gerekir.

Pazarlık usulüne başvurulabilmesi için belirlenen ilk kriter, temel ihale usulleriyle ihale yapıldığı halde teklif çıkmamasıdır. Burada dikkat edilmesi gereken, idareye hiç teklif verilmemiş olmasıdır. Yoksa teklif verildiği halde bu tekliflerin geçersiz olması yukarıda belirtilen şartın gerçekleştiği anlamına gelmeyecektir. Aksi yöndeki düşünce, pazarlık usulünün istisna olmaktan çıkarılması anlamına gelecektir²⁶².

Burada ayrıca dikkate değer diğer bir husus ise belli istekliler arasındaki ihale usulünde teklif olduğu halde sayısının üçten az olması durumunda ne yapılacağı sorunudur. Kanunun 20 inci maddesinin son fıkrasında belirtildiği üzere *“teklif veren istekli sayısının üçten az olması nedeniyle ihalenin iptal edilmesi durumunda, ihale dokümanı gözden geçirilerek varsa hatalar ve eksiklikler giderilmek suretiyle, ön yeterliği tespit edilen bütün istekliler tekrar davet edilerek ihale sonuçlandırılabilir”*. Ancak idarece bu yönde işlem tesis edildiği halde onun dışında gelişen sebeplerle teklif sayısı hiçbir zaman üçe ulaşamayabilir. Bu şekilde kendini tekrar eden bu süreç, kısır döngü halini alacak ve idarenin ihtiyaçlarının karşılanamaması durumu ortaya çıkacaktır. Bu durumda idarenin doğrudan pazarlık usulüne başvurması, Kanunun açık hükmü karşısında hukuka aykırı olacaktır. Bir an sorunun çözümü için Kanunun 21/a maddesinin yeniden kaleme alınması gerektiği düşünülse de bu defa yapılacak değişiklikle temel alım usullerinden birisi olan belli istekliler arasındaki ihale usulünün uygulanabilirliğinin azalması sonucu ortaya çıkacaktır. Sonuç olarak, idarenin yapacağı alıma teklif verebilecek üçten fazla sayıda istekli olması serbest piyasa koşullarında son derece mümkün bir durumdur. Zaten aksi duruma ilişkin olarak da Kanunun müteakip maddelerinde yapılan düzenlemeyle ihtiyacın sadece gerçek veya tüzel tek kişi tarafından karşılanabileceğinin tespit edilmesi ya da sadece gerçek veya tüzel tek kişinin ihtiyaç ile ilgili özel bir hakka sahip olması durumlarında doğrudan temin yönteminin kullanılmasına imkan tanınmıştır²⁶³.

Pazarlık usulüyle alım yapılmasına imkan tanıyan sebeplerden birisi olan *“doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin*

²⁶² SEZER, “Kamu İhale Kanunu: Şeffaflık ve Rekabet”, s. 70.

²⁶³ UZ, s. 194-195.

ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması”, üzerinde önemle durulması gereken bir husustur. Zira uygulamada idarelerin çoğunun bu hükümden hareketle süreklilik arz eden ihtiyaçlarını dahi pazarlık usulüyle temin etme yoluna gittikleri Kamu İhale Kurulu kararlarına yansıyan uyuşmazlıklarda rahatça görülmektedir²⁶⁴. Kamu İhale Kuruluna göre 4734 sayılı Kanunun 21/b maddesi kapsamında pazarlık usulüyle alım yapılabilmesi için, iki şartın bir arada ve birbirine bağlı olarak gerçekleşmesi zorunludur. Birinci şart, doğal afet, salgın hastalık, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması; ikinci şart ise bu nedenlerle ihalenin ivedi olarak yapılması zorunluluğunun doğmasıdır²⁶⁵.

Kamu İhale Kurulunun bu kapsamda yapılan alımlarla ilgili olarak en çok üzerinde durduğu “öngörülemeyen olay” kavramı, açıklığa kavuşturulması gereken bir konudur. Kurula göre bir durumun Kamu İhale Mevzuatı ve 4734 sayılı kanunun 21 maddesinin (b) bendi açısından “idarece öngörülmemeyen olay” olarak değerlendirilebilmesi için, ortaya çıkan olayın ihale yapılmasını gerektiren durumdan önce idare tarafından “öngörülemez” nitelikte olması, öngörülemez halinin de objektif kriterlere göre haklı bulunması ve idarenin iradesinden bağımsız olması gerekmektedir²⁶⁶.

²⁶⁴ *Ibid.*, s. 197.

²⁶⁵ “Bir durumun Kamu İhale Mevzuatı ve 4734 sayılı kanunun 21 maddesinin (b) bendi açısından “idarece öngörülmemeyen olay” olarak değerlendirilebilmesi için, Ortaya çıkan olay, ihale yapılmasını gerektiren durumdan önce idare tarafından “öngörülemez” nitelikte olmalı, öngörülemez halinin de objektif kriterlere göre haklı bulunması ve idarenin iradesinden bağımsız olmalıdır.”, **Kamu İhale Kurulu**’nun 4.1.2005 tarihli ve 2005/UM.Z-01 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 1.3.2005, S. 25742.

²⁶⁶ “4734 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin (b) bendinde “doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması” hükmü yer almaktadır. Bu hükme dayanılarak pazarlık usulü ile ihale yapılması yoluna gidilebilmesi için anılan bentte yer alan koşulların gerçekleşmesi zorunludur. Zira 4734 sayılı Kanun temel ihale usulünün “açık ihale ve belli istekliler arasında ihale usulü” olduğunu 5 inci maddesinde hükme bağlamış, diğer usullerin ise Kanunda belirtilen hallerde uygulanabileceğini düzenlemiştir. Başvuruya konu ihale “doğal afet, salgın hastalık, can veya mal kaybı tehlikelerine” dayanmadığından ve “idare tarafından önceden öngörülmemeyen olay” olarak nitelendirilerek 21 inci maddenin (b) bendine göre ihale yapılması yoluna gidildiğinden, bu açıdan Kanuna uygunluğunun incelenmesi gerekmektedir. Kamu İhale mevzuatı ve 4734 sayılı Kanunun 21/b maddesi açısından “idarece öngörülmemeyen olay” içerisinde, bir durumun girebilmesi için; Ortaya çıkan olayın, ihale yapılmasını gerektiren durumdan önce idare tarafından “öngörülemez” nitelikte ve idarenin iradesinden bağımsız olmalıdır. Söz konusu ihalenin yapılmasına mesnet teşkil eden Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü’nün 09.11.2004 tarihli genelgesinde, mevcut yeşil kart bürolarının bilgisayar, telefon hattı ve internet vb. imkanlara kavuşturulması istenmektedir. Ayrıca, yeşil kartlı kişi kayıtlarının 15.12.2004 tarihine kadar tamamlanması gerektiği ve uygulamanın 01.01.2005 tarihi itibarıyla ülke genelinde uygulanacağı belirtilmektedir. İhalenin yapılmasında 4734 sayılı Kanunda öngörülen “Açık İhale Usulü” uygulanmak yerine, işin aciliyeti nedeniyle “ idarece öngörülmemeyen olay” kapsamında değerlendirilerek Pazarlık

Diğer taraftan bu kapsamda Kurul, Kamu İhale Genel Tebliğinde; süreklilik arz eden mal ve hizmet alımlarının kesintiye uğratılmamasını teminen, temel ihale usulleri sonuçlandırılıncaya kadar geçecek süre içindeki ihtiyaçların 4734 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin (b) bendindeki “*idare tarafından önceden öngörülemeyen olaylar*” kapsamında değerlendirilerek, Kanunun 21 inci maddesinin (f) bendi ya da 22 nci maddesinin (d) bendinde belirtilen tutarlara kadar olanların bu maddelere göre temin edilebileceğini hükme bağlamıştır²⁶⁷.

Dikkat edileceği üzere, Kurul ciddi manada hem kendisiyle hem de Kanunla çalışmaktadır. Kurul, öngörülemez olayın gerçekleşmesi için idarenin iradesinden bağımsız gelişmesini şartını aramıştır. Gerçekten de olağan hayatın akışında da öngörülemezlikten anlaşılan budur. Ancak Tebliğde belirtildiği şekliyle süreklilik arz eden nitelikteki mal veya hizmetler bakımından başlatılan esas ihale usulleri ile alım sürecinin tamamlanmasına kadar geçecek süre için öngörülemezlik şartının gerçekleştiğini söylemek mümkün değildir. Zira bir ihalenin ne zaman yapılacağı zaten belli olmakla birlikte alımın sözleşmeye bağlanması için -olası şikayetler ve itirazın şikayetler de dahil olmak üzere- geçmesi muhtemel sürelerin idarece hesaplanması mümkün ve malum olan hususlardır. Bu bakımdan idarenin sürekli ihtiyaç duyduğu ve önceden programlanabilecek ihtiyaçlarının bu şekilde pazarlık usulüne konu edilmesi Kanunun lafzı, sistematığı ve amacına ters düşmektedir. Diğer taraftan, Kanunda da Kurulun bu yönde bir düzenleme yapmasına imkan tanıyan bir hüküm yoktur²⁶⁸.

bb. Doğrudan Temin Usulü

4734 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinde “*Kanunda belirtilen hallerde ihtiyaçların, idare tarafından davet edilen isteklilerle teknik şartların ve fiyatın görüşülerek doğrudan temin edilebildiği usul*” olarak tanımlanan doğrudan temin, pazarlık usulü gibi idarelerin belli şartların oluşması halinde ihtiyaçlarını karşılamak için kullanabilecekleri istisnai bir alım usulüdür.

Usulüyle İhale yapılması yoluna gidildiği anlaşılmıştır. Yukarıda belirtilen ölçütler göz önüne alınarak, başvuru konusu ihalenin “idarece öngörülemeyen olay” kavramı içinde değerlendirilmesi mümkün değildir. Zira, ortada idarenin iradesinden bağımsız, ihale yapılmasını gerektiren olaydan önce ortaya çıkmış öngörülemez bir durum olmadığından, ihalenin 4734 sayılı Kanunun 21/b maddesine göre yapılmasında mevzuata uygunluk bulunmamaktadır.”, **Kamu İhale Kurulu**’nun 15.2.2005 tarihli ve 2005/UM.Z-335 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 26.3.2005, S. 25767.

²⁶⁷ Kamu İhale Genel Tebliği, *Resmi Gazete*, 25.7.2005, S.25886.

²⁶⁸ **UZ**, s. 207.

4734 sayılı Kanununun 22 nci maddesine göre aşağıda belirtilen hallerde; ilan yapılmaksızın, teminat alınmaksızın, ihale komisyonu kurma ve yeterlik kurallarını arama zorunluluğu bulunmaksızın, ihale yetkilisince görevlendirilecek kişi veya kişiler tarafından piyasada fiyat araştırması yapılarak doğrudan temini usulüne başvurulabilir. Bunlar;

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

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

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

- Büyükşehir belediyesi sınırları dahilinde bulunan idarelerin 25.883,00.- YTL, diğer idarelerin 8.626,00.- YTL nı aşmayan ihtiyaçları ile temsil ağırlama faaliyetleri kapsamında yapılacak konaklama, seyahat ve iiaşeye ilişkin alımlar,

- İdarelerin ihtiyacına uygun taşınmaz mal alımı veya kiralanması,

- Özelliğinden dolayı stoklama imkanı bulunmayan ve acil durumlarda kullanılacak olan ilaç, tıbbi sarf malzemeleri ile test ve tetkik sarf malzemesi alımları,

- 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,

- Türk veya yabancı uyruklu avukatlardan hizmet alımları.

Doğrudan temini diğer alım usullerinden ayıran en önemli özellik, ilan yapma ve isteklilerde yeterlik kriteri arama zorunluluklarının olmamasıdır²⁶⁹. Bu usulde, ihale yetkilisinin görevlendireceği kişi veya kişiler tarafından piyasa araştırması yapılmak suretiyle alım yapılmaktadır. Bu surette ihale yapılmaksızın saydamlık ve rekabet en alt düzeyde gerçekleştirerek kamu alımı yapılmaktadır²⁷⁰.

²⁶⁹ TAŞDELEN, s. 86.

²⁷⁰ SEZER, “Kamu İhale Kanunu: Şeffaflık ve Rekabet”, s. 64.

c. Ayrık Durum: Tasarım Yarışmaları

Kanunun 19 uncu maddesinde alım usulleri arasında sayılmadığı halde 23 üncü maddesinde düzenlenen “*tasarım yarışmaları*” da diğer bir alım usulü olarak kabul edilebilir. Buna göre; “*idareler gerekli gördükleri mimarlık, peyzaj mimarlığı, mühendislik, kentsel tasarım projeleri, şehir ve bölge planlama ve güzel sanat eserleri ile ilgili bir plan veya tasarım projesi elde edilmesine yönelik olarak, ilgili mevzuatında belirlenecek usul ve esaslara göre rekabeti sağlayacak şekilde ilan yapılmak suretiyle, jüri tarafından değerlendirme yapılmak üzere ödüllü veya ödüksüz yarışma yaptırabilir*”.

Kanunda tasarım yarışmalarına ilişkin süreç, Kanuni düzenleme konusu yapılmamış, doğrudan bu konuyla ilgili özel mevzuata atıf yapılmıştır. Ancak bu konuyla ilgili olarak dikkate değer husus, tasarım yarışmasına konu edilecek işin öncelikle niteliği gereği bu tanıma uyup-uyumadığının daha sonra da diğer yöntemlerle temin edilmesi imkanının bulunup-bulunmadığının idarelerce yeteri derecede araştırılması gerekmektedir.

Tasarım yarışmasına konu işin temin edilmesinde, rekabeti sağlayacak şekilde ilan yapılmak suretiyle yapılması şartları öngörülmüşse de daha kolay bir yöntem olması ya da diğer gerekçelerle bu usule başvurulması Kanunun temel ilkeleri olan saydamlık, rekabet, eşit muamele ve kaynakların verimli kullanılması ilkelerine aykırı olabilir. Bu yüzden idarelerin öncelikle bu işi, Kanunda belirtilen temel usuller kapsamında yapmasında herhangi bir engel yoksa, bu usullere göre yapması yukarıda belirtilen temel ilkelerin gereğidir²⁷¹.

²⁷¹ UZ, s. 225.

İKİNCİ BÖLÜM

İDARİ DENETİM MEKANİZMASI

I. GENEL BAKIŞ

İdarenin işlem ve eylemlerinin hukuka uygunluğunun sağlanması için çeşitli denetim yollarına başvurulmaktadır. Bilindiği üzere idari işlemlerin hukuka uygunlukları, yargısal denetim yanında idari denetim, siyasal denetim ve kamuoyu denetimi vasıtasıyla sağlanmaktadır. Demokratik toplumlarda idarenin kendisini hukuka bağlı sayması, bu kuralların dışına çıktığında karşısında bir yaptırım bulması, hukuk devleti ilkesinin vazgeçilmez ve doğal bir gereğidir¹.

İdarenin işlem ve eylemlerinin sadece hukuka uygun olması yetmez ayrıca bunların yerinde olması yani kamu hizmetlerinin iyi bir biçimde, kamuya yararlı ve verimli bir şekilde yürütülmesi de gerekir. Bu sebeple idare üzerindeki denetimleri, hukuka uygunluk ve yerindelik olmak üzere iki başlıkta incelemek de mümkündür. Kural olarak yargı yerleri hukuka uygunluk denetimi yaparken diğerleri hem hukuka uygunluk hem de yerindelik denetimi yaparlar.

Yargı yerleri dışında yapılan denetim olarak da kısaca tarif edilebilecek idari denetimin işlevi değişik şekillerde ortaya çıkmaktadır. İdari denetimin bizzat idare tarafından yapılması mümkün olduğu gibi başka bir idare tarafından da yapılması olanak dahilindedir. Bunu kendi içinde iç denetim ve dış denetim olarak da ayırmak mümkündür. Özellikle dış denetim, iki türlü karşımıza çıkmaktadır. Vesayet denetimi yanında özel denetim kuruluşlarınca yapılan diğer denetimleri bu başlık altında toplamak mümkündür. Sayıştay, Yüksek Denetleme Kurulu ve Devlet Denetleme Kurulu gibi kurumlar tarafından yapılan denetimler dış denetim kapsamında

¹ Hukuk devleti deyimi, kişilere hukuk güvenliği sağlayan devlet düzenini anlatır. Hukuk devletini, polis devlet düzeninden ayıran başlıca özellik, devletin etkinliklerini belli düzen içinde yürütmesidir. Hukuk devletinde, devlet yalnız hukuk kuralları koyan bir varlık değil, koyduğu hukuk kurallarına uyan, onlarla kendini bağlı sayan bir varlıktır. **GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref/TAN, Turgut, *İdare Hukuku-İdari Yargılama Hukuku*, C.II., (İdari Yargılama) Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s. 3.**

değerlendirilebilir². Nitekim 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun dış denetim başlıklı 68 inci maddesinde yapılan düzenlemeyle; genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin hesap verme sorumluluğu çerçevesinde, yönetimin malî faaliyet, karar ve işlemlerinin kanunlara, kurumsal amaç, hedef ve planlara uygunluk yönünden incelenmesi ve sonuçlarının Türkiye Büyük Millet Meclisine raporlanması görevi Sayıştay'a verilmiştir.

Diğer idari işlemlerde olduğu gibi hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak kamu alımlarında da sözleşme aşamasına kadar tesis edilen işlemler, idare hukuku rejimine tabi olduklarından hukuka uygunluklarının sağlanması zorunluluğu bulunmakla³ birlikte ekonomik gelişmeler paralelinde dünyanın geldiği son aşamada klasik idari denetimin ötesine geçecek şekilde kamu alımları için daha mekanik ve fonksiyonel denetim sistemlerinin geliştirilmesi gereği öne çıkmaktadır. Nitekim ilk bölümde de kısaca açıklandığı üzere birçok uluslararası, bölgesel ve ülkesel düzenlemelerde yargısal denetim öncesinde kamu alımlarında idari denetim mekanizmalarının oluşturulması yoluna gidilmiştir. Yargısal denetimle sağlanan hukuksal koruma kadar olmasa da, bu tür idari denetim mekanizmaları sayesinde kamu alımlarında, saydamlık, rekabet ve eşit muamelenin yanında sistemin güvenli bir şekilde işlemesi ve kurallara bağlılığın tesis edilmesi amaçlanmaktadır.

Birçok düzenlemede “şikayet”, “inceleme” veya “gözden geçirme” gibi farklı terimler kullanılmak suretiyle ele alınsa da, kamu alımları için öngörülen idari denetim mekanizmalarının ortak amacı, zarar gören ya da zarar görme ihtimali olan ya da diğer menfaati olan kişilerin kamu alım sürecinde hukuka aykırı işlemler karşısında haklarının korunması temeline dayanmaktadır⁴.

Bazı hukuk sistemlerinde idarenin işlem ve eylemlerinin idari denetimi, bir üst merci tarafından gözden geçirme suretiyle yapılmaktadır. Bu kapsamda, kamu alımlarının idari denetimi de, diğer idari işlemlerin tabi olduğu genel idari denetim rejimine tabi kılınmıştır. Bunun yanında diğer bazı hukuk sistemlerinde ise, kamu alımlarının idari denetimi diğer idari işlemlerden farklı olarak özel bir denetim rejimine konu olmuşlardır.

² **GÖZÜBÜYÜK**, A. Şeref, *Yönetim Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 1999 s. 305.

³ **TAŞDELEN**, Aziz, *Kamu Harcamaları Hukukunda İhale Süreci*, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s. 125.

⁴ **UZ**, Abdullah, *Kamu İhale Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 2005, s. 321.

Kamu alımları için çoğu ülkede benimsenen ve uygulanan özel denetim rejimlerinde genellikle yargı benzeri -yarı yargısal nitelikte- kararlar verebilen bağımsız idari otoriteler karşımıza çıkmaktadır. Bağımsız İdari Otoriteler-BİO olarak da kısaca tarif edebileceğimiz bu tür kurumlar ya da oluşumlar, her ne kadar yarı yargısal nitelikte kararlar verseler de genellikle çoğu ülkede yargı sistemi içerisinde bir mahkeme olarak kabul görmemektedirler⁵. Nitekim bu şekilde oluşturulan idari denetim mekanizmaları için belirlenen kurallar ve yöntemler, dar anlamda yargılama faaliyeti niteliğinde olmadığından, kamu alım sürecinde yer alan “*idari usul*” kuralları içerisinde yer almaktadırlar⁶. Kısaca değinmek gerekirse “*idari usul*”, bir idari faaliyetin hangi idari makam tarafından hangi biçime uyularak yapılacağını gösteren kurallar ve yöntemler silsilesidir⁷.

Yukarıda belirtilen şekilde kamu alımları üzerinde idari denetim mekanizmalarının oluşturulması, DTÖ-GPA ve UNCITRAL Model Kanunu gibi uluslararası, AB ve NAFTA gibi bölgesel düzenlemelere konu olmuş ve bu mekanizmaların kurulması için tarafı olan ülkelere bir takım sorumluluklar yüklenmiştir⁸.

Ülkemizde ise 4734 sayılı Kanunla kamu alımlarına ilişkin usul ve esaslar tek bir çerçeveye bağlanmış olmakla birlikte getirilen en büyük yenilik, uluslararası düzenlemeler paralelinde, idari denetim mekanizmasının kurulmuş olmasıdır⁹.

2886 sayılı Kanunun tüm hükümleriyle yürürlükte olduğu dönemde dahi kamu alımı sonucu yapılan sözleşme öncesi tesis edilen işlemler, idari nitelikte kabul edilerek idari yargıda dava konusu edildikleri halde sözleşme sonrası ortaya çıkan uyuşmazlıklar, adli yargının görev sahasında kabul edilmiştir. Ancak kamu alımlarıyla ilgili olarak sadece yargısal denetim imkanının bulunması ve bu denetimin de uzun bir

⁵ *İbid.*, s. 322.

⁶ **AKYILMAZ**, Bahtiyar, *İdari İşlemin Yapılış Usulü*, Yetkin Yayınları, Ankara 2000, s. 63.

⁷ *İbid.*, s. 68.

⁸ **UZ**, s. 322.

⁹ Kanunun 54 üncü maddesiyle bir yandan idarelere ve ihale komisyonlarına kamu alımlarının mezkur kanunda belirtilen esas ve usullere uygun olarak yapılması zorunluluğu ve hukuki sorumluluk yüklenirken diğer yandan da idarelerin ve ihale komisyonlarının kanuna aykırı davranışlarından dolayı bir hak kaybına veya zarara uğrayan ya da zarara uğrama ihtimali bulunanların şikayet haklarını düzenlenmiştir. Kanunun devam eden 55 ve 56 ncı maddeleri ise bir yandan şikayet hakkını koruyucu ve teminat altına alan düzenlemeler yaparken bir yandan da bu hakkın nasıl kullanılacağını hüküm altına almaktadır. **KARACA**, Bilal, “Sözleşme Bağıtlanmasında Şikayet ve Bekleme Süreleri”, *Yeni Şafak*, 22 Mart 2005; **BAŞSOY**, Ahmet, “Kamu İhalelerine Yapılacak Şikayet ve İdari İtirazlar”, *Yerel Yönetim ve Denetim*, C. 8, S. 6, Haziran 2003, s. 3; **ŞİMŞEK**, V.Arif, 734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve Bilişim Sektörü-I”, *Bilişim*, S. 87, Eylül 2003, http://dergi.tbd.org.tr/yazarlar/20102003/arif_simsek.htm, 16.5.2006.

süreyi gerektirmesi sebepleriyle hem hukuka aykırı işlemlerden zarar görenlerin haklarının telafi edilmesinde hem de harcanan kamu kaynağının etkinliğinin ve verimliliğinin sağlanmasında yetersiz kalınmaktaydı¹⁰. İşte bu sebeple daha hızlı ve ihtisaslaşmış bir idari denetimin sağlanabilmesi için, sözleşme öncesi dönemdeki idari işlemlerin öncelikle alımı yapan idare sonrasında ise Kamu İhale Kurumu tarafından yeniden gözden geçirilmesi ve hukuka aykırılıkların tespiti halinde gereken düzeltmelerin yapılabilmesine imkan tanıyan “*itirazen şikayet*” olarak da adlandırılan bir idari başvuru yöntemi geliştirilmiştir¹¹.

Nitekim bu kapsamda mezkur Kanunla bahsi geçen idari denetimin yapılmasını temin etmek maksadıyla ayrıca Kamu İhale Kurulu oluşturulmuştur. 4734 sayılı Kanunun 54, 55 ve 56 ncı maddelerinde düzenlenen “*şikayetlerin incelenmesi*” prosedürüne göre kamu alımları için öngörülen idari denetimi, alımı yapan idare tarafından yapılan inceleme ve Kamu İhale Kurulu tarafından inceleme olmak üzere iki aşamaya ayırmak mümkündür.

Kamu İhale Kanunuyla kamu alımları için ilk defa geliştirilen iki aşamalı denetim mekanizmasının fonksiyonel yapısına geçmeden önce organik boyutunun yani Kamu İhale Kurumunun ve Kurulunun incelenmesinde fayda vardır.

II. MAKANİZMANIN ORGANİK BOYUTU

1. GENELİ İTİBARIYLA BAĞIMSIZ İDARİ OTORİTELER

Var oluş sebepleri “*kanun koyucunun kendini, yurttaşlara tarafsızlık garantileri vermek veya haklarının özel bir korunmasını sağlamak zorunda saydığı, sosyal hayatın bazı duyarlı alanlarında karar yetkisini siyasi otoritenin elinden almak*” olarak gösterilen¹² ve ilk olarak Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde ortaya çıkıp 1970’li

¹⁰ KUTLU, Meltem, *İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, No: 75, İzmir 1997, s. 171.

¹¹ ERBAŞ, Abdullah, “İhalelere Karşı Yapılan İdari Başvurular”, *Belediye Dünyası*, C. 4, S.10, Ekim 2003, s. 37.

¹² THERY, Jean Francis, “Bağımsız İdari Otoritelerin Yargısal Denetimi”, (Çev.) Cevdet ATAY, *Bağımsız İdari Otoriteler* içinde, (Der.) İbrahim KABOĞLU, Alkim Yayınları, İstanbul 1998, s. 163.

yıllardan itibaren Kara Avrupası ülkelerinde de görülmeye başlayan BİO'lerin en önemli iki özelliği, bağımsızlıkları ve regülasyon işlevleridir¹³.

ABD'de bilinen ilk BİO, 1889 tarihinde kurulan “*Eyaletlerarası Ticaret Komisyonu*” olup¹⁴ 20 nci yüzyılın başında bunların sayıları oldukça artmıştır. Aynı yüzyılın ikinci yarısında İngiltere’de kurulmaya başlanan ve *Quasi Autonomous Non Governmental Organisations-QUANGOS* olarak adlandırılan kuruluşların ise Avrupa’da ortaya çıkan ilk BİO’ler olduğu söylenebilir¹⁵. Daha sonra 1970’li yıllardan itibaren başta Fransa olmak üzere, BİO’ler Kara Avrupası hukuk sistemlerinde de yaygın bir şekilde görülmeye başlanmıştır^{16 17}.

Ülkemizde BİO niteliğindeki en eski kuruluşun, 21.12.1959 tarihli ve 7397 sayılı Sigorta Murakabe Kanunu¹⁸yla kurulan Sigorta Murakabe Kurulu olduğu yönünde görüşler¹⁹ olsa da, bugün için BİO’nin temel ölçütlerini karşılayacak nitelikteki kuruluşların; Sermaye Piyasası Kurumu, Radyo Televizyon Üst Kurumu, Rekabet Kurumu, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu, Telekomünikasyon Kurumu, Kamu İhale Kurumu, Şeker Piyasası Kurumu ile Tütün Kurumu olduğu söylenebilir.

¹³ GÖNEN, Eren, “Bağımsız İdari Otorite Olarak Rekabet Kurumu”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VII, S. 1-2, Haziran-Aralık 2003, s. 191-240.

¹⁴ ABD’de *Independent Regulatory Agencies* olarak adlandırılan bu kurumların, Amerikan federal sisteminde hizmet yönünden federalizmi temsil ettiği ve esas itibarıyla Kongrenin Başkana olan güvensizliği nedeniyle ortaya çıktığı iddia edilmiştir. ULUSOY, Ali, *Bağımsız İdari Otoriteler*, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s. 5; Bazı yazarlar tarafından Devletlerarası Ticaret Komisyonu olarak adlandırılmış olmakla birlikte, orijinal adı *Interstate Commerce Commission* olan bu Kurum’un adında geçen “*interstate commerce*” ifadesi ile, esasen, ABD bünyesindeki eyaletler arasındaki ticaret işaret edilmektedir. GÖNEN, s. 191-240; Aksi görüş için bkz. AZRAK, A. Ülkü, “Dünyada ve Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler ve İdarenin Yeniden Yapılanması Bağlamında Bunlara İlişkin Bazı Sorunlar”, *Bağımsız İdari Otoriteler* içinde, Rekabet Kurumu yayını, Ankara 5 Kasım 2001, s. 19.

¹⁵ ATAY, E. Ethem, “Fransız İdare Hukukunda Bağımsız İdari Otoriteler (BİO’ler): Rekabet Konseyi”, *Perşembe Konferansları*, S. 6, Ankara Mart 2000, s. 55; AZRAK, “Dünyada ve Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler ve İdarenin Yeniden Yapılanması Bağlamında Bunlara İlişkin Bazı Sorunlar”, s. 20; PAULIAT, Helene, “Karşılaştırmalı Hukukta Bağımsız İdari Otoriteler”, (Çev.) Mahmut GÖÇER, *Bağımsız İdari Otoriteler* içinde, (Der.) İbrahim KABOĞLU, Alkım Yayınları, İstanbul 1998, s. 8-9.

¹⁶ AZRAK, “Dünyada ve Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler ve İdarenin Yeniden Yapılanması Bağlamında Bunlara İlişkin Bazı Sorunlar”, s. 19 vd.; ALAN, Nuri. *Regülasyon ve Rekabet-Panel*, Rekabet Kurumu yayını, Ankara 15-16 Mart 2001, s. 131.

¹⁷ İngiltere’de tam özerk olmayan hükümet dışı organizasyonlar olarak karşımıza çıkmakla birlikte yapıları itibarıyla türdeş olmadıklarından sayıları üzerinde tam bir görüş birliği yoktur. Buna karşın Fransa’da ise kuruluş amacı bakımından idari otorite ayrımına gidilmektedir yani türdeşlik mevcuttur. KESTANE, Doğan/ KOÇ, Mustafa, “Yapısal ve İşlevsel Özellikleri Türkiye’de Üst Kurullar ve Kamu İhale Kurumu”, *Belediye Dünyası*, C. 3, S. 12, Aralık 2002, s. 15-24.

¹⁸ *Resmî Gazete*, 30.12.1959, S. 10394.

¹⁹ AZRAK, “Dünyada ve Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler ve İdarenin Yeniden Yapılanması Bağlamında Bunlara İlişkin Bazı Sorunlar”, s. 22.

A. BİO'lerin Anayasal Konumu

Teknolojinin de yardımıyla çok hızlı gelişen, gittikçe karmaşıklaşan ve özel uzmanlık gerektiren iletişim, enerji, bankacılık ve finans sektörleri gibi alanların siyasi iktidarların ve ekonomik güç odaklarının baskı ve etkilerinden uzak, bağımsız olarak ve güvence altında işleyişlerini sağlamak ihtiyacından doğan²⁰ BİO'lerin Anayasal konumu ve dayanağı doktrinde tartışma konusu olmuştur.

Yukarıda zikredildiği üzere, Anglo-Amerikan kaynaklı olan ve federal devlet yapısının bir gereği olarak ortaya çıkan BİO'lerin bir tür “*hizmet yönünden federalizm*” işlevi gördükleri söylenebilir²¹. Federal sistemin kendi özelliklerinden ve ihtiyaçlarından doğmuş olan bu yapının, pek tabii ki üniter sistem yapısını benimseyen hukuk rejimlerinde aynen benimsenmesi mümkün olamamıştır. Nitekim, Fransa’da bu tür kurumlar, üniter yapıya ve idari rejim sistemine adapte edilirken yürütme erkine dahil, tüzel kişilikleri olmayan²², bağımsız, özerk, kendine özgü kuruluşlar olarak devlet teşkilatı içinde yerlerini almışlardır²³. Buna karşın ülkemizde ise, BİO'lerin idari ve mali özerkliğe sahip kamu tüzel kişileri olarak kurulması yoluna gidilmiştir.

İdare hukukunun genel ilkeleri karşısında Türk idari yapısında BİO'lerden söz etmeyi “*fantezist*” bir girişim olarak nitelendiren²⁴ DURAN, Anayasa’nın 123 üncü maddesi uyarınca, idarenin merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayandığını ve kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kamu tüzel kişiliği kurulabileceğini belirterek, Türkiye’de, devlet idaresi, mahalli idareler ve kamu kurumları olmak üzere üç tür teşkilat olabileceğini; Anayasa’nın, Türkiye idaresinde bu üç tür teşkilattan başka bir örgüt biçimine olanak vermediğini ifade etmiş ve BİO'lerin, merkezi idare dışında kalan ve özerk ya da bağımsız kuruluş niteliği taşıyan kamu kurumları olarak kabul edilmeleri gerektiğini ileri sürmüştür²⁵.

²⁰ ALAN, s. 131.

²¹ ULUSOY, s. 130.

²² ATAY, “Fransız İdare Hukukunda Bağımsız İdari Otoriteler (BİO'ler): Rekabet Konseyi”, s. 59; MORANGE, Jean, “Fransa’da Bağımsız İdari Otoriteler”, (Çev.) Cevdet ATAY, *Bağımsız İdari Otoriteler* içinde, (Der.) İbrahim KABOĞLU, Alkım Yayınları, İstanbul 1998, s. 18 vd.

²³ GÖNEN, s. 191-240.

²⁴ DURAN, Lütfi, “Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler”, (BİO-I) *Amme İdaresi Dergisi*, TODAİE Yayınları, C. 30, S. 1, Ankara 1997, s. 3-10.

²⁵ DURAN, Lütfi, “Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler”, (BİO-II) *Bağımsız İdari Otoriteler* içinde, (Der.) İbrahim KABOĞLU, Alkım Yayınları, İstanbul 1998, s. 28; Aynı yöndeki görüşü için bkz.

GÜNDAY ise tamamen farklı bir yaklaşımla, BİO kavramının Anayasal bir dayanağı bulunmadığını ve BİO'lerin aslında bir tür hizmet yerinden yönetim kuruluşundan başka bir şey olmadığını belirtmiştir²⁶. Aynı doğrultuda, Anayasada açık bir hüküm bulunmamasına karşın, bu tür kuruluşların, hizmet bakımından yerinden yönetim idaresi olarak kabul edilmelerini zorlaştıran bir hukuki sebebin de bulunmadığı ileri sürülmüştür²⁷.

ULUSOY da GÜNDAY'la benzer şekilde BİO'lerin, yerinden yönetim kuruluşları arasında üçüncü ve ayrı bir kategori olarak sınıflandırılmaları gerektiğini ileri sürmüştür^{28 29}.

TAN ise aksine, BİO'lerin işlevleri ve yasadaki düzenlemeleri göz önüne alındığında, bunların belirli bir kamu hizmetini görmek üzere kurulmadıklarını ve bu nedenle hizmet bakımından yerinden yönetim idaresi olarak kabul edilemeyeceklerini belirterek, Anayasamız uyarınca idarenin, merkezi idare, mahalli idareler ve kamu kurumları olmak üzere üç koldan örgütlendiğini; bu bağlamda, BİO'lerin kamu kurumları olduklarını ve dayanaklarını Anayasa 123/III maddesinde bulduklarını ifade etmiştir³⁰.

Bunların yanında doktrinde, hukuk sistemimizde BİO'lerin Anayasal dayanaklarının olmadığı, bunların gerçek manada hukuki bir temele oturtulabilmesi için Anayasal değişiklik yapılmasının zorunlu olduğu da iddia edilmiştir³¹.

B. BİO'lerin Temel Özellikleri

İlk olarak ABD'de ortaya çıkan BİO'lerin, İngiltere'ye adaptasyonu sırasında, gerek yapısal anlamda, gerekse çalışma usulleri bakımından ABD'deki benzerlerinden

AZRAK, "Dünyada ve Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler ve İdarenin Yeniden Yapılanması Bağlamında Bunlara İlişkin Bazı Sorunlar", s. 23.

²⁶ **GÜNDAY**, Metin, *Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu*, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 5 Mart 1999, s. 61.

²⁷ **YILDIRIM**, Turan, "Bağımsız İdari Otoritelerin Yargısal Denetimi", *2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu*, Danıştay yayını, Ankara 2000, s. 205.

²⁸ **ULUSOY**, s. 139.

²⁹ Aynı yöndeki görüş için bkz. **GÖNEN**, s. 191-240.

³⁰ **TAN**, Turgut, "Bağımsız İdari Otoriteler", *Perşembe Konferansları*, S. 4, Ankara Ocak 2000, s. 14.

³¹ **ÖZTÜRK**, Ebru, *Türk İdare Sisteminde Rekabet Kurumu'nun Yeri ve Diğer Bağımsız İdari Otoritelerle Karşılaştırılması*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara 2003, s. 18.; Aynı doğrultuda bkz. **ASLAN**, Zehreddin/**BERK**, Kahraman, *Rekabet Kurumu'nun Oluşumu, Görev ve Yetkileri ile Yargısal Denetimi*, İstanbul 2000, s. 69-70; **ATAY**, E. Ethem, *Fransız Hukukunda Bağımsız İdari Otoriteler ve Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu*, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, Ankara 2000, s. 448; **ERKUT**, Celal, *Bağımsız İdari Otoriteler*, Rekabet Kurumu yayını, Ankara 5 Kasım 2001, s. 83.

oldukça farklı şekillerde oluşturulduğu bilinmektedir. Esasen, İngiltere’de BİO’lerin belirli bir veya birkaç tipe indirgenmesinin dahi mümkün olmadığı, bunların birbirlerinden belirgin biçimde ayrıldıkları da ifade edilmiştir³². Görüldüğü gibi, tek bir BİO modelinden söz etmek mümkün değildir. BİO’lerin yapısal özellikleri, çalışma usulleri ve bunlara ilişkin diğer hususlar, ortaya çıktıkları ülkenin siyasi, ekonomik ve sosyal sistemine göre şekillenmekte ve BİO’ler hemen her ülkede farklı biçimler almaktadırlar³³. Bununla birlikte, BİO’lere ilişkin bazı temel ve ortak özelliklerin varlığından da söz etmek mümkündür.

Ülkemizde ortaya çıktıkları günden itibaren BİO’ler çeşitli açılardan incelemelere konu olup özellikle Anayasal konumları hakkında doktrinde yaşanan tartışmaya rağmen temel özellikleri bakımından genellikle birbirine benzer görüşler ortaya konulmuştur. Bunların, esas itibarıyla, düzenleyici, denetleyici ve yol gösterici işlevlerinin bulunduğu, denetim faaliyeti neticesinde yaptırım uygulama yetkilerine sahip oldukları, idari ve işlevsel açıdan bağımsız ve tarafsız oldukları belirtilmiş³⁴ ve hatta bu niteliklerinden ötürü “*hizmet kolluğu ya da özel idari kolluk*” oldukları³⁵ ya da bir çeşit “*ekonomi kolluğu*” işlevi gördükleri³⁶ dahi ileri sürülmüştür.

BİO’lerle ilgili tüm bu değerlendirmelerin birleştiği noktada, bunların düzenleme, denetleme ve yönlendirme işlevlerini işaret etmek üzere “*regülasyon*” kavramı ortaya çıkmakta; ayrıca, hem işlevsel hem de organik anlamda bağımsız olma nitelikleri vurgulanmaktadır. Bu nedenle, BİO’lerin temel özelliklerinin, bağımsız olmaları ve regülasyon işlevi görmeleri olduğu söylenebilir. Başka bir deyişle, BİO’lerin *bağımsız olma* ve *regülasyon işlevi görme* özelliklerinin her ikisini birden taşımaları gerekmektedir³⁷.

İlk olarak ABD’de 80’li yılların başından itibaren ortaya atılmış olan “*regülasyon*” kavramı, ülkemizde bazı yazarlar tarafından “*düzenleme*” faaliyeti olarak

³² AZRAK, A. Ülkü, “Dünyada ve Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler ve İdarenin Yeniden Yapılanması Bağlamında Bunlara İlişkin Bazı Sorunlar”, s. 20.

³³ PAULIAT, “Karşılaştırmalı Hukukta Bağımsız İdari Otoriteler”, s. 9.

³⁴ AZRAK, “Dünyada ve Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler ve İdarenin Yeniden Yapılanması Bağlamında Bunlara İlişkin Bazı Sorunlar”, s. 22; DURAN, *BİO-II*, s. 25; ERKUT, *Bağımsız İdari Otoriteler*, s. 84.

³⁵ GÜNDAY, *Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu*, s. 61.

³⁶ AZRAK, “Dünyada ve Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler ve İdarenin Yeniden Yapılanması Bağlamında Bunlara İlişkin Bazı Sorunlar”, s. 26.

³⁷ ULUSOY, s. 15.

tek bir boyutuyla³⁸, bazıları tarafından da “düzenleme ve denetleme” faaliyeti olarak kapsadığı iki boyutuyla³⁹ algılanmıştır. Oysa, günümüz uygulamasında genellikle Devletten bağımsız kamusal kurumlarca yürütülen regülasyon işlevinin *düzenleme, denetleme ve yönlendirme* olmak üzere üç boyutu bulunmaktadır. Başka bir deyişle, “regülasyon” kavramı, düzenleme, denetleme ve yönlendirme faaliyetlerini kapsayan bir anlam taşımaktadır⁴⁰.

Belirli bir faaliyete ilişkin olarak kuralların saptanması, o faaliyet alanındaki aktörlerin belirlenen kurallara uymalarının sağlanması ve o faaliyet alanına ilişkin olarak kamu ve özel sektöre ait tüm unsurları bilgilendirmek ve yönlendirmek suretiyle rekabetçi bir ortamın yaratılması amacıyla yol gösterilmesi faaliyetlerinin bütünü kapsayan regülasyon işlevinin, içerdiği bu üç boyutlu faaliyet nedeniyle klasik idari yapılanma çerçevesinde yürütülmesinin güç olduğu düşüncesi, regüle edilmesi ihtiyacı duyulan alanlarda bu klasik yapılanmanın dışında, BİO adı verilen kamu kurumlarının oluşturulmasını gerektirmiştir. Bu itibarla, bağımsız idari otoritelerin ayırt edici özelliğinin ve asıl misyonunun regülasyon işlevi görmek olduğu söylenebilir⁴¹.

Bağımsızlık ise esasında, regülasyon işlevinin gerektiği gibi yerine getirilmesini sağlayan tamamlayıcı unsur olarak belirginleşmektedir⁴². Regülasyon işlevinin “düzenleme” boyutu, yukarıda da belirtildiği gibi, faaliyet alanına ilişkin kuralları belirleme yetki ve görevini kapsamaktadır. Hiç kuşkusuz, burada sözü edilen “kural koyma” yetkisi, tali nitelikte bir yetki olup yasama organınca çerçevesi çizilen alan dahilinde kullanılabilir. Ancak, BİO’ler bakımından bu alanın sınırlarının mümkün olduğunca geniş tutulduğunu belirtmek gerekir. Öyle ki, bazı yazarlar tarafından BİO’lerin adeta genel ve asli bir düzenleme yetkilerinin bulunduğu ileri sürülmüş⁴³ ve

³⁸ EMEK, Uğur, *Regülasyon ve Rekabet*-Panel, Rekabet Kurumu yayını, Ankara 15-16 Mart 2001, s.51.

³⁹ ALAN, s. 131-132.

⁴⁰ ULUSOY, s. 21.

⁴¹ *İbid.*, s. 22.

⁴² Normatif düzenlemenin bir kuruluşa bağımsızlık statüsü tanınması o kuruluşun bağımsız olduğu sonucunu çıkarmaz çünkü asolan uygulamadır. Kurumsallaşmış siyasal güçler ve ekonomik çıkar çevrelerine karşı ne denli dirençli davranılırsa, o kadar bağımsızlıktan söz edilebilir. Bu da bireylerin hukuk devletine olan saygı ve inançlarının sonucunda mümkündür. Bağımsız idari otoriteler, kararlarında her türlü dışsal etkiye karşı tarafsız kalabildiği, baskılara göğüs gerdiği oranda bağımsız bir kuruluş olarak sistem içinde yerini alacaktır. Dolayısıyla cılız, dış etkilere açık, kamu yararına tam olarak hizmet edemeyen bir örgütün ne bağımsızlığından ne de otorite niteliğinden söz edilebilir. KESTANE/KOÇ, s. 15-24.

⁴³ ERKUT, *Bağımsız İdari Otoriteler*, s. 84.

hatta, bu yetkilerin Anayasa'nın kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olduğu dahi iddia edilmiştir⁴⁴.

“*Oyunun kurallarının belirlenmesi*”⁴⁵, bu kurallara riayet edilmesinin sağlanmasını gerektirmekte ve böylelikle regülasyon işlevinin “*denetim*” boyutu ortaya çıkmaktadır. BİO'lerin denetim yetkileri, bilgi isteme, yerinde inceleme yapabilme, araştırma ve soruşturma, ilgililerin ifadelerini alabilme ve gerektiğinde yaptırım uygulayabilme imkanı veren oldukça geniş kapsamlı bir yetkidir. Böylesine geniş yetkilerin kullanımı da, muhatapların haklarına azami özen göstermeyi sağlayan bir dizi kuralların ve dolayısıyla çağdaş bir idari usul sisteminin kabulünü zorunlu kılmaktadır.

Regülasyon işlevinin üçüncü boyutu ise, düzenleme ve denetleme faaliyetinin doğal bir uzantısı olarak, regüle edilen alanda faaliyet gösteren aktörlere ve özellikle kamu gücünü kullanarak bu alana müdahale edebilme ihtimali bulunan Devlet'e danışmanlık yapma, yol gösterme ve yönlendirme noktasında ortaya çıkmaktadır⁴⁶. Bu çerçevede, regülasyon kavramı, “*hizmet sunan Devlet*” anlayışından “*hizmet sunulmasını sağlayan Devlet*” anlayışına geçişin bir sonucu olarak ortaya çıkmış ve hâlâ bir çok ekonomik faaliyeti bizzat yürütmekte olan Devlet olgusu karşısında, regülasyon işlevinin, Devlet'ten bağımsız ve özerk kamusal organlar teşkil edilmek suretiyle yerine getirilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır⁴⁷.

Diğer taraftan; BİO'lerin bağımsızlığı, fonksiyonel ve organik bağımsızlık olarak da ikiye ayrılabilir. Fonksiyonel bağımsızlıktan ziyade organik bağımsızlığın, bir BİO'nin bağımsızlığında en önemli belirleyici faktör olduğu şüphesizdir. Zira organik bağımsızlığın sağlanmasında en önemli araçlar; karar organı olan kurul üyelerinin belirli bir süre için seçilmesi, bu süre içerisinde üyelerin görevden alınamaması ve nihayet tek dönem için seçilme kurallarıdır. Bu bağlamda özellikle kurul üyeliklerine birden fazla dönem için seçilebilme imkanı bulunan BİO'lerin, hızla siyasal iktidarın güdümüne gireceği gerçeğinden hareketle, organik anlamda ve devamında buna bağlı olarak fonksiyonel anlamda BİO'nin bağımsızlığından bahsetmek oldukça güçtür.

Buna rağmen ülkemizdeki BİO'leri kuruluş Kanunları incelendiğinde, çoğu kurul üyeliklerine birden fazla dönem için atama yapılmasına imkan tanıyan hükümlere

⁴⁴ **DOMANIÇ**, Hayri, “Avrupa Topluluğu Rekabet Politikaları Hukuk Düzeni ve Türk Rekabet Kanun Tasarısı”, Uluslararası Sempozyum, İstanbul 1993, s. 76.

⁴⁵ **ULUSOY**, s. 21.

⁴⁶ **TÜRKAN**, Erdal. *Rekabet Teorisi ve Endüstri İktisadi*, Turhan Kitabevi, Ankara 2001, s. 2.

⁴⁷ **ULUSOY**, s. 25.

yer verildiği görülmektedir. Sermaye Piyasası Kurulu⁴⁸, Rekabet Kurulu⁴⁹, Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu⁵⁰, Telekomünikasyon Kurulu⁵¹ ve Tütün Kurulu⁵² üyeliklerine birden fazla dönem için seçilebilmek mümkündür.

Bunlardan ayrı olarak Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu⁵³na birden fazla dönem için üye olarak seçilmek mümkün değilse de, yapılan ayrık düzenlemeyle boşalan üyeliğe kalan süreyi tamamlamak üzere atananların daha sonra bir dönem için tekrar atanmasına imkan tanınmıştır. Bunun dışında Radyo ve Televizyon Üst Kurulu⁵⁴ ile Şeker Kurulu⁵⁵ üyeliklerine ise “yeniden atanabileceklerine” dair açık bir hüküm olmasa da aksine bir düzenlemenin yapılmadığı da dikkate alındığında bu Kurulların üyeliklerine yeniden atanabileceği sonucu çıkarmak pek ala mümkündür.

Bütün bunlardan ayrı olarak çalışmamızda inceleme konusu yaptığımız Kamu İhale Kurulu⁵⁶nda ise, her hangi bir istisnai düzenleme olmaksızın yapılan düzenlemeyle, birden fazla dönem için üyeliğe seçilme imkanının önü, kesin bir şekilde kapatılmıştır. Dolayısıyla diyebiliriz ki, ülkemizde tam anlamıyla organik olarak bağımsızlığından bahsedilebilecek tek BİO, Kamu İhale Kuruludur.

⁴⁸ 28.7.1981 tarihli ve 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 15.12.1999 tarihli ve 4487 sayılı Kanunla 19 uncu maddesi: “Kurul Başkan ve üyelerinin görev süresi altı yıldır. Süreleri bitenler yeniden seçilebilirler.”, *Resmi Gazete*, 30.7.1981, S. 17416.

⁴⁹ 7.12.1994 tarihli ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 24 üncü maddesi “Kurul Başkanı, İkinci Başkanı ve üyelerinin görev süreleri altı yıldır. Süresi biten üye yeniden seçilebilir.”, *Resmi Gazete*, 13.12.1994, S. 22140.

⁵⁰ 20.2.2001 tarihli ve 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanununun 5 inci maddesi: “Kurul başkan ve üyelerinin görev süresi altı yıldır. Görev süresi sona eren üyeler tekrar seçilebilir.”, *Resmi Gazete*, 3.3.2001, S. 24335, 1. Mük.

⁵¹ 5.4.1983 tarihli ve 2813 sayılı Telsiz Kanununun, 27.1.2000 tarihli ve 4502 sayılı Kanunla değişik 8 inci maddesi: “Kurul başkanı ve üyeler, Bakanlar Kurulu tarafından beş yıllık süre için atanır. Görevi biten Kurul başkanı ve üyelerin yeniden aynı göreve atanmaları mümkündür.”, *Resmi Gazete*, 7.4.1983, S. 18011.

⁵² 3.1.2002 tarihli ve 4733 sayılı Tütün, Tütün Mamulleri, Tuz ve Alkol İşletmeleri Genel Müdürlüğünün Yeniden Yapılandırılması ile Tütün ve Tütün Mamullerinin Üretimine, İç ve Dış Alım ve Satımına, 4046 sayılı Kanunda ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 2 nci maddesi: “Kurul üyelerinin görev süresi beş yıldır. Görev süresi biten üye yeniden seçilebilir.”, *Resmi Gazete*, 9.1.2002, S. 24635.

⁵³ 19.10.2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 85 inci maddesi: “Kurul Başkan ve üyelerinin görev süresi altı yıldır. Süreleri biten başkan ve üyeler yeniden atanamazlar. Başkanlığın ve üyeliğin herhangi bir sebeple boşalması halinde, boşalan yere 84 üncü maddede belirtilen esaslar dahilinde bir ay içinde atama yapılır. Bu şekilde atananlar, bir defalığına tekrar atanabilir.”, *Resmi Gazete*, 1.11.2005, S. 25983, 1. Mük.

⁵⁴ 13.4.1994 tarihli ve 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanunun, 24.6.2005 tarihli ve 5373 sayılı Kanunun 1 inci maddesiyle değişik 6 ncı maddesinde yeniden seçilmeyi engelleyen her hangi bir hüküm bulunmamaktadır, *Resmi Gazete*, 20.4.1994, S. 21911.

⁵⁵ 4.4.2001 tarihli ve 4634 sayılı Şeker Kanununun 8 inci maddesinde yeniden seçilmeyi engelleyen her hangi bir hüküm bulunmamaktadır, *Resmi Gazete*, 19.4.2001, S. 24378.

⁵⁶ 4.1.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 53 üncü maddesi: “Kurul üyelerinin görev süresi beş yıldır. Bir üye bir defadan fazla seçilemez.”, *Resmi Gazete*, 22.1.2002, S. 24648.

2. KAMU İHALE KURUMUNUN YAPISI

4734 sayılı Kanunla kamu alım rejimine getirilen en büyük yenilik olan “*idari denetim*” mekanizmasının en önemli unsuru hiç şüphesiz Kamu İhale Kurumudur. Kamu alımlarıyla ilgili uluslararası ve bölgesel düzenlemelerde, kamu alımlarıyla ilgili denetim mekanizmalarının oluşturulması öngörülmüşse de bu mekanizmaların işleteceği organik yapılanma, ülkelerin kendi seçimine bırakılmıştır. Bu kapsamda bazı ülkelerde mevcut sistemde revizyon yapılmış bazılarında ise revizyondan öte yeni organik yapılanmalara gidilmiştir. Nitekim Avrupa Birliğinde eski üyeler, sistemi işletebilmek için mevcut sistemde revizyon yapmakla yetinmişken özellikle Birliğe yeni katılan üye devletlerde ise yeni organik yapılanmalara gidilerek Kamu İhale Kurumu benzeri kurumlar oluşturulmuştur⁵⁷.

Ülkemiz açısından ise 21 Aralık 1989 tarihli Avrupa Birliği Bakanlar Konseyi kararındaki kamu alımlarıyla ilgili idari başvuru hakkının sağlanması temel amacını sağlamak üzere üye devletlerin bağımsız denetim ve tasdik organları kurması tavsiyesi, Dünya Bankasının 2001 yılındaki “*Ülke İhale Değerlendirme Raporu*” ile Avrupa Komisyonu Türkiye Temsilciliği tarafından hazırlanan “*AB’de Kamu İhaleleri Raporu*”nda yer alan öneriler çerçevesinde, bir şikayet mekanizması ve bu alanda yetkili ve görevli olmak üzere Kamu İhale Kurumu adı altında yeni bir organik yapı geliştirilmiştir⁵⁸.

A. Organik Yapısı

Kamu İhale Kurumunun organik yapısı, 4734 sayılı Kanununun 53 üncü maddesinde yer alan hükümler çerçevesinde düzen altına alınmıştır. Buna göre Kurum, mezkur Kanunda belirtilen esas, usul ve işlemlerin doğru olarak uygulanması konusunda görevli ve yetkili olmak üzere kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip olarak teşkilatlandırılmıştır. Kamu İhale Kurumu, Başkanlık ve hizmet

⁵⁷ UZ, s. 382.

⁵⁸ Kamu Alımları Konusunda Dünya ve Türkiye Mevzuatı-Uygulamaları-Kamu İhale Kurumu 2002 Yılı Faaliyet Raporu ve 2003 Yılı Çalışma Programı, Kamu İhale Kurumu Yayınları, Ankara 2003, s. 28; ADAK, Agah, “Kamu İhale Kurumu ve Şikayet Mekanizması”, *Mali Hukuk*, Yıl 17, S. 99, Mayıs-Haziran 2002, s. 18; SEZER, Yasin, “Kamu İhale Kanunu: Şeffaflık ve Rekabet”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 35, S. 4, Aralık 2004, s. 71.

birimlerinden teşekkül edip merkezi Ankara'dadır ve Maliye Bakanlığıyla ilişkilidir. Bu ilişki sadece organik anlamda olup Kurum görevini yerine getirirken bağımsızdır öyle ki hiçbir organ, makam, merci ve kişi Kurumun kararlarını etkilemek amacıyla emir ve talimat veremez.

Kurumun karar organı; biri başkan, biri ikinci başkan olmak üzere toplam on üyeden oluşan Kamu İhale Kuruludur. Kamu İhale Kurulu üyeleri; Maliye Bakanlığınca önerilecek iki kişi, Bayındırlık ve İskan Bakanlığınca önerilecek üç kişi, Hazine Müsteşarlığının bağlı olduğu Bakanlık ile Danıştay ve Sayıştay Başkanlıklarınca önerilecek birer kişi, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu tarafından kamu alımları ile ilgili meslek gruplarından önerilecek birer kişi olmak üzere Bakanlar Kurulunca atanır. Bakanlar Kurulu, atanan üyelerden birini Başkan olarak görevlendirir. Kurul Başkanı, Kurumun da başkanıdır. Üyelerden biri Kurul tarafından ikinci başkan olarak seçilir.

B. Görev Yapısı

Kurumun görevleri de 4734 sayılı Kanunun yukarıda zikredilen 53 üncü maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre;

- İhalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde idarece yapılan işlemlerde 4734 sayılı Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olmadığına ilişkin şikayetleri inceleyerek sonuçlandırmak,

- 4734 sayılı Kanuna ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa ilişkin bütün mevzuatı, standart ihale dokümanlarını ve tip sözleşmeleri hazırlamak, geliştirmek ve uygulamayı yönlendirmek,

- İhale mevzuatı ile ilgili eğitim vermek, ulusal ve uluslararası koordinasyonu sağlamak,

- Yapılan ihaleler ve sözleşmelerle ilgili Kurum tarafından belirlenen şekilde bilgi toplamak, adet, tutar ve diğer konular itibarıyla istatistikler oluşturmak ve yayımlamak,

- Haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilenlerin sicillerini tutmak,

- Araştırma ve geliştirme faaliyetlerinde bulunmak,

- İhale ilanları ile ilgili esas ve usulleri düzenlemek, basılı veya elektronik ortamda Kamu İhale Bülteni yayımlamak,

- Yerli isteklilerin, yabancı ülkelerde açılan ihalelere katılmalarına engel olduğunun tespit edilmesi halinde, bu uygulamanın yapıldığı ülkenin isteklilerinin de, bu Kanun kapsamında yapılan ihalelere katılmalarının önlenmesine yönelik tedbirlerin alınmasını ve gerekli düzenlemelerin yapılmasını sağlamak üzere Bakanlar Kuruluna teklifte bulunmak,

- Kurumun yıllık bütçesi ile kesin hesabını ve yıllık çalışma raporlarını hazırlamak, Kurum bütçesinin uygulanmasını, gelirlerin toplanmasını ve giderlerin yapılmasını sağlamaktır.

Kurum gerekli gördüğü takdirde, kamu alımları hakkında mezkur Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine aykırılık bulunduğu ilişkin iddiaları da inceleme ve sonuçlandırma yetkisine sahiptir. Kurum, görevlerinin yerine getirilmesinde resmi ve özel bütün kurum, kuruluş ve kişilerden belge, bilgi ve görüş isteyebilir. Belge, bilgi ve görüşlerin istenilen süre içinde verilmesi zorunludur. Kurum, Kurul kararıyla Kamu İhale Kanununun ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun uygulanmasına ilişkin standart ihale dokümanı, tip sözleşme, yönetmelik ve tebliğler çıkarmaya yetkilidir. Kurul ve Kurum yetkilerini, düzenleyici işlemler tesis ederek ve özel nitelikli kararlar olarak kullanır. Standart ihale dokümanları, tip sözleşmeler, yönetmelik ve tebliğler Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe konulur.

Kamu İhale Kurumu, bağımsızlığı ve yürüttüğü regülasyon işlevi bakımından yukarıda genel çerçevesi çizilen BİÖ'lerin temel özelliklerini uhdesinde barındırmaktadır zira yetkileri denetim işlevi yönünde ağırlıklı olsa da Kurumun, geniş anlamda regülasyon olarak nitelenebilecek faaliyetleri de söz konusudur⁵⁹. Bu bakımdan Kamu İhale Kurumunun, tipik bir BİÖ olduğunu söylemek rahatlıkla mümkündür⁶⁰.

⁵⁹ ULUSOY, s. 61.

⁶⁰ TAŞDELEN, s. 68-69.

III. MEKANİZMANIN FONKSİYONEL BOYUTU

1. İKİ AŞAMALI DENETİM MEKANİZMASI

Kamu İhale Kanununda idari denetim mekanizmasına ilişkin hükümler, inceleme talebinde bulunulması ve şikayetlerin incelenmesi bölümü başlığı altında 54 ila 56 ncı maddeler arasında düzenlenmiştir. Bunun yanında Kamu İhale Kurumunca yürürlüğe konulan “*İhalelere Karşı Yapılacak İdari Başvurulara Ait Yönetmelik*”⁶¹ ile de idari başvurularla ilgili usul ve esaslar da ayrıca belirlenmiştir. (Bundan sonra *Yönetmelik* olarak zikredilecektir.)

Kanunla benimsenen iki aşamalı idari denetim sistemiyle; şikayet başvurusunun, öncelikle alımı yapan idareye, gerektiğinde ve akabinde Kamu İhale Kurumuna yapılması ve bu sayede idarenin daha sözleşmeyi imzalamadan önce kendi hatasını düzeltmesine imkan sağlanması amaçlanmaktadır⁶².

İdare hukukunda, idarenin alıma çıkması icaba davet, alıma teklif verenlerin teklif sunması teklif ve verilen teklifler üzerine yapılan değerlendirme neticesinde en uygun teklife karar kılınması ise kabul olarak değerlendirilmektedir⁶³. Maddi niteliği yönüyle genel işlem olarak kabul gören alım ilanı, ilk bakışta icaba davet olarak nitelendirilse de aslında idarenin imzalayacağı sözleşme öncesinde tüketmesi gereken aşamalardan sadece birisidir. Dolayısıyla kamu alımı, kendi içinde birçok işlemi barındıran ve süreç niteliğinde sonuca ulaşan “*zincir işlem*” niteliğinde bir idari işlemdir⁶⁴.

Genel kural olarak kamu alımlarında sözleşme öncesi dönemde idarece tesis edilen işlemler, idari yargı denetimine tabi olmakla birlikte yargı denetimi sonucunda uyuşmazlığın çözümü, çoğu zaman amaca hizmet etmekten uzak kalmaktadır. Yükleniciyle eşit hak ve yükümlülükler altına girmek suretiyle yapılan sözleşmenin özel

⁶¹ *Resmi Gazete*, 24.5.2004, S. 25471; Kamu alımlarıyla ilgili idari denetim hakkındaki usul ve esaslar ilk defa 17 Ocak 2003 tarihli ve 24996 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Yönetmelikle düzenlenmişken daha sonra yukarıda zikredilen Resmi Gazetede yayımlanan Yönetmelikle yeniden kaleme alınmıştır.

⁶² **SEZER**, “Kamu İhale Kanunu: Şeffaflık ve Rekabet”, s. 74.

⁶³ **UZ**, s. 388.

⁶⁴ **ÖZAY**, İl Han, *Günişliğinde Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004, s. 514; **ERKUT**, Celal, *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği*, (İdari İşlemin Kimliği), Danıştay Başkanlığı Yayınları, Ankara 1990, s. 121.

hukuk hükümlerine tabi olması, alım sürecinde tesis edilen hukuka aykırı işlemler hakkında verilen mahkeme kararlarının yerine getirilmesinde en büyük handikap olarak karşımıza çıkmaktadır. Öyle ki, çoğu zaman idari yargı yerlerince alım sürecinde tesis edilen hukuka aykırı idari işlemler hakkında verilen yürütmeyi durdurma ya da iptal kararlarının, verildiği tarih itibarıyla özel hukuk hükümlerine tabi sözleşmenin imzalanması karşısında uygulanabilirliği, çoğu zaman hukukçuların cevabını bulmakta güçlük çektikleri bir sorun olarak kalmıştır. Bu sebeple de hem hukuka aykırı işlemde zarar görenlerin haklarının telafisinde beklentilere cevap verilememekte hem de idarenin harcamalarında etkinliğin ve tasarrufun sağlanmasında yetersizlikler ortaya çıkmaktadır⁶⁵. Dolayısıyla kamu alımları üzerinde yargı denetiminin etkinliği⁶⁶ istenen seviyede olamamaktadır. İşte bu çekincelere binaen 4734 sayılı Kanunla oluşturulan idari denetim mekanizmasıyla alım sürecindeki işlemlerin öncelikle idarede daha sonrasında ise Kamu İhale Kurumunda incelenerek tekrar gözden geçirilmesine ve bu surette hukuka aykırılıkların idari safhada düzeltilmesine imkan tanınması amaçlanmıştır⁶⁷.

İlk nazariyede idari denetim mekanizması ile ilgili olarak Kanunun kullandığı terimlerin ve kavramların, idari usul ve idari yargılama usulü kavramları ile çeliştiği dikkati çekmektedir⁶⁸. Şöyle ki, Kanunun yürürlüğe girdiği ilk halinde “şikayet”, hem idareye hem de Kamu İhale Kurumuna yapılan başvuruyu ifade edecek şekilde kullanılmıştı. Halbuki ilgili hükümlerin düzenlendiği bölüm başlığının “*İnceleme Talebinde Bulunulması ve Şikayetlerin İncelenmesi*” olduğu dikkate alındığında denetim mekanizmasının aslında iki aşamalı bir prosedürü ifade ettiği açıktır⁶⁹. Kaldı ki Kanunun 55 ve 56 ncı maddelerinde yapılan düzenlemelerde açıkça bu hususa işaret etmekteydi. Haklı eleştiriler çerçevesinde ilgili hükümlerde 4964 sayılı Kanunla yapılan düzenleme sonrasında Kamu İhale Kurumuna yapılan başvurulara “*itirazın şikayet başvurusu*” tanımı getirilmek suretiyle idareye yapılan şikayet başvurularından açıkça ayrılmıştır.

⁶⁵ KUTLU, s. 171.

⁶⁶ ÜNLÜÇAY, Mehmet, “İdarenin Yargısal Denetimi ve Hukukun Üstünlüğü”, Türk Hukukunda 80 Yıllık Gelişme Sempozyumu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 30-31 Ekim 2003, <http://www.danistay.gov.tr/1-idarenin-yargisal-denetimi-ve-hukukun-ustunlugu.htm>, 16.5.2006.

⁶⁷ YILMAZ, Rıza, 4734 sayılı Kanuna Göre Yapılan İhalelere Karşı Yapılacak İdari Başvurular; İtirazlar ve İzlenmesi Gereken Yasal Prosedür-I”, *Yerel Yönetim ve Denetim*, C. 9, S. 6, Haziran 2004, s. 4; ERBAŞ, s. 38.

⁶⁸ UZ, s. 389.

⁶⁹ ADAK, s. 10.

Bu konuyla ilgili olarak Kanuna yöneltilebilecek diğer bir eleştiri ise idareye yapılan başvuruya “şikayet” adının verilmesinde yatmaktadır. Gerçekten de “şikayet”, kelime anlamından da rahatlıkla anlaşılacağı üzere, uyuşmazlık konusu işlemi gerçekleştiren idareden ayrı bir idareye yapılan başvuruyu ifade etmektedir. Dolayısıyla bir idareye kendi yaptığı işlem hakkında başvuru yapılacaksa buna “itiraz” demek daha doğru bir ifade tarzı olacaktır. Dolayısıyla 4964 sayılı Kanunda iki aşamalı denetim mekanizmasındaki başvuruların birbirinden kavramsal manada ayrılması amacıyla yapılan değişiklik yerinde olmuşsa da idareye yapılan başvurulara “itiraz” yerine “şikayet” adının verilmesi kanımızca hukuk terminolojisine uygun bir düzenleme olmamıştır.

2. MEKANİZMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Kamu İhale Kanununda öngörülen denetim mekanizmasının hukuki niteliğinin tespit edilebilmesi için öncelikle idare hukukunun genel prensipleri çerçevesinde “idari başvuru”ya değinilmesi yerinde olacaktır.

A. İdare Hukukunda “İdari Başvuru”

Hukuk devleti ilkesi gereğince, idarenin işlem ve eylemlerinin hukuka uygunluğunun sağlanması bakımından yargısal denetimin yanında idari denetim de önemli bir işleve sahiptir. Yargı denetimi, idarenin hukuk dışı işlem ve eylemleri karşısından yönetilenlerin korunmasında en önemli⁷⁰ ve son aşamadır. Ancak idari işlem ve eylemlerden dolayı hak ihlali olanların her halükarda doğrudan yargı yoluna itilmemeleri, imkanlar dairesinde uyuşmazlıkların idari aşamada da çözümlenebilmesi gerekir⁷¹. Gerçekten de yargı denetiminin yanında idari denetimin de etkinliği, aslında ülkelerin uygarlık ve hukukilik düzeyiyle yakından ilişkilidir⁷².

Bu bağlamda yargı öncesinde, idareyi işlem ve eylemleri konusunda bir kez daha değerlendirmeye sevk eden idari başvuru ve sonucundaki idari denetimin, özellikle

⁷⁰ DÖNMEZ, Mustafa, “İdari Yargıda Dava Açılması”, *Belediye Dünyası*, C. 4, S. 3, Mart 2003, s. 35.

⁷¹ AKILLIOĞLU, Tekin, “Yönetmelik Yargı ve Denetimin Etkinliği”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 23, S. 1, 1990, s. 5.

⁷² ULER, Yıldırım, “Yönetmelik Yargıda Dava Süresi”, *I.Ulusal İdare Hukuku Kongresi-İdari Yargı*, Ankara 1-4 Mayıs 1990, s. 227.

uyuşmazlıkların yargısal denetime gerek kalmaksızın idari safhada çözümlenmesi gibi önemli bir işlevi bulunmaktadır. Bu sayede yönetilenler, yargı yolunu işletmeden önce, idari işlem ve eylemlerin kendi yararına düzeltilmesini isteyebilmektedirler⁷³.

Yukarıda sözü edilen idari denetimin sağlanmasını mümkün kılan idari başvuru, İdari Yargılama Usulü Kanununun 10 ve 11 inci maddelerinde düzenlenen idari başvurunun ta kendisidir⁷⁴.

İYUK 10 uncu maddede, ortada herhangi bir idari işlem yokken, idari davaya konu olabilecek bir işlem tesis edilmesine yönelik idari başvuru türü düzenlenmişken; 11 inci maddede ilgililer tarafından mevcut bir idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması istemine ilişkin idari başvuru türü düzenlenmiştir. Kısaca 10 uncu maddede “ilk başvuru” düzenlenmiş olup 11 inci maddede “itiraz” düzenlenmiştir⁷⁵. İlgililer, yaptıkları itiraz başvurusuyla uyuşmazlığın yargı önüne gitmeden idari safhada çözümlenmesi amacını gütmektedirler. Dolayısıyla bu kapsamda yapılan itiraz başvuruları, ihtiyari olup yargı yoluna başvurulabilmesi için ön koşul değildir⁷⁶. Zira hukukumuzda ilgilinin idari işlemlere karşı öncelikle idari başvuru yaparak çözüm yoluna gitmesi zorunluluğu olmayıp doğrudan yargı yoluna gitme imkanı vardır⁷⁷.

⁷³ UZ, s. 390.

⁷⁴ ZABUNOĞLU, Yahya, “İdari Yargıda Dava Açma Süresi (2577 Sayılı İYUK’nun 10 ve 11 inci Maddeleri Açısından Bir İnceleme)”, *1.Ulusal İdare Hukuku Kongresi-İdari Yargı*, Ankara 1-4 Mayıs 1990, s. 193.

⁷⁵ BALTA, Tahsin Bekir, *İdare Hukukuna Giriş*, Ankara 1970, s. 218.

⁷⁶ ULER, s. 228

⁷⁷ Ancak İYUK 13 üncü maddede düzenlenen doğrudan doğruya tam yargı davası açılması ile ilgili hususu, doğrudan iptal davası açma ile karıştırmamak gerekir. Zira 13 üncü maddede açıkça düzenlendiği üzere; idari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gereklidir. Bu isteklerin kısmen veya tamamen reddi halinde, bu konudaki işlemin tebliğini izleyen günden itibaren veya istek hakkında altmış gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren, dava süresi içinde dava açılabilir. Bu konuyla ilgili olarak Danıştay 11 ve 12 Dairelerinin kararları arasındaki aykırılığın giderilmesi talebiyle önüne gelen konu hakkında Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulunca verilen kararda; idari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve herhalde beş yıl içinde, ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeden doğrudan doğruya dava açmaları halinde, bu hususun idari merci tecavüzü sayılarak, davanın her safhasında dava dilekçesinin ilgili idari mercie tevdiine karar verilmesi gerekeceğine hükmetmiştir. **DİBGK**’nun 15.3.1979 tarihli ve E.1971/9, K. 1979/5 sayılı kararı; Ancak burada dikkat edilmesi gereken diğer bir husus ise temelinde bir idari karar veya işlem olmayan, ancak bütünüyle idari eylem olarak ortada olan bir idari faaliyetten zarar doğması halinde ön başvuru şartının yerine getirilmesi gerektiğidir. Zira idarenin uyuşmazlığa konu eylemi eğer bir idari işlem ya da karar sonucu ortaya çıkmışsa ve bu sebeple ortada bir zarar varsa, işlemin iptali ile birlikte tam yargı kapsamındaki talepler de ön başvuru olmaksızın dava konusu edilebilecektir. **DİBGK**’nun 14.4.1973 tarihli ve E.1972/2, K.1973/10 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 12.7.1973, S. 14592; **GÖZÜBÜYÜK/TAN**, *İdari Yargılama*, s. 892.

Ancak bazı durumlarda Kanunlarda açıkça düzenlendiği hallerde, idari işlemler hakkında dava açılması öncesinde idari başvuru yolunun tüketilmesi zorunlu kılınmış ve çoğu kez de bu başvurular için belli süreler öngörülmüştür. Bu gibi durumlarda uyuşmazlığın yargı önüne taşınabilmesi için öncelikle idari başvuru yolunun tüketilerek idari işlemin kesinleştirilmesi gerekmektedir⁷⁸. Bir bakıma dava açılabilmesi için “ön şart” niteliğindeki bu tür idari başvurunun yapılmayarak doğrudan dava açılması halinde yargı yerleri “*idari merci tecavüzü*”, nedeniyle “*dava dilekçesinin görevli merciye tevdiine*” karar vererek⁷⁹ dilekçeyi ilgili idareye göndermektedirler⁸⁰.

Nitekim İYUK'nun 14/3 maddesinde, yargı yerleri önlerine gelen dava dilekçeleri üzerinde yapacakları incelemede; görev ve yetki, ehliyet, idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı, süre aşımı, husumet ve diğer şekil unsurları yanında idari merci tecavüzü yönünden de inceleneceği kurala bağlanmıştır. Arkasından 15 inci madde de ise idari merci tecavüzünün tespit edilmesi halinde dava dilekçesinin görevli idare merciine tevdiine karar verilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır.

Özel mevzuatı uyarınca ön şart niteliğinde bir idari başvuru öngörülmesi durumlarında bu idari başvuruya ait süre içinde doğrudan dava açılması hallerinde yargı yerlerince idari merci tecavüzünden bahisle dosyanın ilgili idareye gönderilmesine karar verilmesi durumlarında hak arama özgürlüğünün kısıtlanmaması sebebiyle hukuken sorun olmamakla birlikte burada dikkati çeken esas sorun; (*genel dava açma süresi içinde*) idari başvuru süresi geçtikten sonra idareye yapılan başvuruların süre sebebiyle idarece reddedilmesi üzerine açılan davalar yanında idari başvuru yapılmaksızın doğrudan yargı yerlerine açılan davalar da görülmektedir. Bu soruna sebebiyet veren gelişme, Danıştay'ın konuyla ilgili olarak verdiği kararlarında ortaya çıkmıştır.

Danıştay bir kararında⁸¹, Kanunlarda öngörülen idari başvuru sürelerini hak düşürücü süre olarak kabul etmiş ve bu kapsamda idari başvuru süresi geçtikten sonra

⁷⁸ “*Tapu idaresinin, tescil isteklerinin reddine ilişkin işlemlerine karşı tapu komisyonuna itiraz etmek gerektiğinden doğrudan doğruya Danıştay’da açılan davaya ait dilekçenin komisyona tevdiine karar verildi.*” **Da6D**’nin 21.2.1977 tarihli ve E.1976/2630, K.1977/821 sayılı kararı.

⁷⁹ **BALTA**, *İdare Hukukuna Giriş*, s. 212.

⁸⁰ **GÖZÜBÜYÜK/TAN**, *İdari Yargılama*, s. 1005; **ULER**, s. 234; **DEMİRKOL**, Selami/**BEREKET BAŞ**, Zuhâl, *Teori ve Pratikte İdari Yargıda Dava Açma ve Davaların Takip Usulü*, Şafak Matbaacılık, Ankara 1998, s. 109.

⁸¹ “*5434 sayılı Kanunun 9 uncu maddesinde, Yönetim Kurulunun çeşitli ödemelere ilişkin kararları aleyhine, ilgililerin tebliğ tarihinden itibaren 30 gün içinde Maliye Bakanlığına yazıyla itirazda bulunabilecekleri, Bakanlıkça aynı müddet içinde karar alınarak Sandığa (T.C. Emekli Sandığı) ve genel*

açılan davayı, dava dilekçesini yetkili idareye gönderilmesine gerek olmaksızın hak düşürücü sürenin geçirilmesi nedeniyle reddine karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Yine benzer bir konuyla ilgili olarak verdiği kararında⁸²; mevzuatın idari işlemlere karşı herhangi bir itiraz yeri ve süresi göstermesi durumunda dava açılabilmesi için önce süresi içinde bu itiraz yerine başvurulması ve anılacak yanıtı göre dava açılması gerektiğine, süresinde itiraz edilmeyen bu kararlara karşı dava açılmayacağına hükmetmiştir. Diğer taraftan Danıştay'ın bu konudaki yaklaşımı, içtihadı birleştirme kararına da konu olmuş olup söz konusu kararda⁸³; “*Malül aylığı talebi T.C. Emekli Sandığı Yönetim Kurulu tarafından reddedilmesi üzerine, red kararının ilgiliye tebliği tarihinden itibaren ... tahsise müteallik olumsuz karara karşı ... 30 günlük süre içinde Maliye Bakanlığına itirazda bulunmaksızın Danıştay'da açılan davanın reddi*” gerekeceği doğrultusunda içtihadın birleştirilmesine hükmedilmiştir.

Danıştay'ın yukarıda belirtilen kararları çerçevesinde oluşturduğu içtihadı ve GÖZÜBÜYÜK tarafından benimsenen görüşe⁸⁴ göre; idari başvuru süresi, “*hak düşürücü süre*” olarak kabul edilmekte olup buna göre idari başvuru süresi geçtikten sonra;

- idareye başvurulması üzerine başvurunun süre aşımından reddedilmesi üzerine dava açılması durumunda idari başvuru yolu tüketilmediğinden davanın reddi gerekmekte olup,

hükümlere göre ilgililere tebliğ olunacağı, Bakanlıkça ilgililerin itirazı yerinde görülür ve Yönetim Kurulunca da bu karara uyulursa bu muamelenin ona göre düzeltileceği, itirazları reddedilir veya Yönetim Kurulunca Bakanlığın kararına uyulmazsa ilgililerin Danıştay Kanunu hükümleri dairesinde dava açabilecekleri hükmüne bağlanmıştır. Maddeden anlaşılacağı üzere kanun koyucu, Yönetim Kurulunun ödemeye ilişkin kararları aleyhine Danıştay'da dava açabilmesini, bu kararlara karşı 30 gün içinde Maliye Bakanlığına itiraz etmek ön şartına bağlanmıştır. Bu bakımdan kanunla belli bu itiraz süresi dava açma yönünden hak düşürücü bir müddettir.”, DDDK'nun 30.4.1971 tarihli ve E.1969/2260, K.1971/475 sayılı kararı, Amme İdaresi Dergisi, C.4, S.3, s. 187.

⁸² “3489 sayılı Pazarlıksız Satış Mecburiyetine Dair Yasanın 9. maddesinin üçüncü fıkrasında; dükkan, mağaza ve ticarethanenin kapatılmasına ilişkin kararlara karşı kararın bildiriminden başlayarak üç gün içinde yerel en büyük idari birime itiraz olunabileceği kurala bağlanmıştır. Belediye Encümeni kararının İdari yargı yerinde incelenebilmesi anılan karara karşı yasaca belirli üç günlük süre içerisinde Valiliğe itiraz edilmesine bağlıdır. Yasanın idari işlemlere karşı herhangi bir itiraz yeri ve süresi göstermesi durumunda dava açılabilmesi için önce süresi içinde bu itiraz yerine başvurulması ve anılacak yanıtı göre dava açılması gerekir. Süresinde itiraz edilmeyen bu kararlara karşı dava açılmaz. Bu durumda yasada açık olarak belirtilen bu süre geçirildikten sonra yapılan itiraza Valilikçe verilen yanıt üzerine açılan davada artık Belediye Encümeni kararının incelenme olanağı yoktur.”, Da8D'nin 22.3.1988 tarihli ve E.1986/732, K.1988/213 sayılı kararı, Danıştay Dergisi, S. 72-73, 1989, s. 447.

⁸³ DİBGK'nun 21.11.1970 tarihli ve E.1969, K. 1970/30 sayılı kararı, Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararları II, 1967-1972, s. 107.

⁸⁴ GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref, *Yönetmelik Yargı*, 12. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 1998, s. 179-182; GÖZÜBÜYÜK/TAN, *İdari Yargılama*, s. 329-336.

- idari başvuru yolu tüketilmeksizin doğrudan dava açılması durumunda ise dosyanın ilgili idareye gönderilmesine gerek kalmaksızın davanın reddine karar verilmesi gerekmektedir.

Bu yaklaşıma göre ilgili, idari başvuru süresi geçtikten sonra dava açarsa, mahkeme davayı reddedecektir.

Halbuki idarenin yaptığı işlemlerin yeniden incelenmesi ve gerektiğinde düzeltilmesi amacıyla oluşturulan idari başvurunun, dava hakkına tesir edecek şekilde yorumlanarak “*hak düşürücü süre*” olarak kabul edilmesi, hak arama özgürlüğünün temelinde ters bir yaklaşımdır. Kaldı ki, yukarıda zikredilen Danıştay kararları incelendiğinde, dava konusu olaylardaki mevzuatta “*başvurulabilir*”, “*itiraz edilebilir*”, “*müracaat edilebilir*” gibi ifadeler kullanıldığı dikkate alındığında ilgiliye idari başvuru yapma ya da doğrudan dava açma noktasında seçimlik hak verildiği açıkça ortadadır⁸⁵.

Ortaya çıkış amacı, idarenin tesis ettiği işlemlerin yeniden gözden geçirilmesini sağlayarak yargı yoluna gidilmesine gerek kalmaksızın uyuşmazlıkların idari safhada çözümlenmesi olan idari başvurunun, dava hakkına etki edecek şekilde “*hak düşürücü süre*” olarak değerlendirilmesi hukuka uygun değildir⁸⁶. Dava hakkının bu şekilde kısıtlanması, hak arama özgürlüğüne ve hukuk devleti ilkesine açıkça aykırıdır.

Bu sebeple ilgililerin süresi içinde idari başvuru yoluna başvurmaksızın dava açma süresi içinde doğrudan yargı yoluna başvurmaları halinde hak düşürücü sürenin geçirildiğinden bahisle dava haklarının elinden alınmaması gerekir.

B. İdare Hukuku Bağlamında Kamu Alımlarında İdari Denetimin Niteliği

Kanununun 54 ila 56 ncı maddelerinde öngörüldüğü üzere, idari denetim mekanizması, aşamalı bir süreç olarak düzenlenmiştir. İdari başvuruda bulunacak olanlar ancak bu süreci takip etmek suretiyle inceleme talebinde bulunabilme imkanına sahiptirler. Mekanizmanın harekete geçirilebilmesi için önce alımı yapan idareye başvurulması zorunluluğu getirilmiştir. Bu başvuru yolunun, usulü dairesinde

⁸⁵ YILDIRIM, Turan, “İdari Usul Yasası Kapsamında İdareye Başvuru”, *İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu*, Ankara 17-18 Ocak 1998, s. 252-253.

⁸⁶ ÇAĞLAYAN, Ramazan. “İdari Yargıda Kesin Hüküm”, <http://www.jura.uni-sb.de/turkish/RCaglayan.html#fna>, 24.5.2006.

tüketilmesi halinde ilgililer, Kamu İhale Kurumuna itirazın şikayet başvurusunda bulunma hakkına sahip olabilmektedirler.

Ancak burada öncelikle Kanunun 54 ila 56 ncı maddeleri arasında düzenlenen kamu alımları hakkında işletilecek idari başvurunun niteliğinin, zorunlu olup-olmama noktasında birbiriyle çelişen hükümler ihtiva ettiğini söylemek gerekir. Zira 54 üncü maddede yer alan “*bir hak kaybına veya zarara uğradığına veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden yapım müteahhidi, tedarikçi veya hizmet sunucusu aşağıda belirtilen aşamaları takip ederek yazılı şikayet suretiyle inceleme talebinde bulunabilir*” hükmü ile başvurunun ihtiyari nitelikte olduğu düzenlenmişken, 56 ncı maddenin 6 ncı fıkrasında ise itirazın şikayetin dava açılması öncesinde kullanılması zorunlu bir başvuru yolu olduğu belirtilmiştir.

Konunun açıklığa kavuşturulabilmesi için idare hukukunun genel esasları dairesinde ve yukarıdaki bölümde yapılan açıklamalar çerçevesinde değerlendirme yapılması gerekmektedir.

Kamu alımlarıyla ilgili olarak getirilen denetim sistemine ait genel esasları düzenleyen 54 üncü maddede, ilgililerin gözden geçirilmesini istedikleri hususlarda inceleme talebinde bulunabileceklerinin belirtilmesi suretiyle bu yola gidilmesinin isteğe bağlı -seçimlik- bir hak olduğu sonucunu çıkarmak pek tabii ki mümkündür. Bu madde çerçevesinde değerlendirildiğinde, alım sürecinde tesis edilen işlemler hakkında ilgililere alımı yapan idareye şikayet başvurusu yapma ya da doğrudan dava açma yönünde seçimlik hak tanındığını söylemek lazım gelir.

Diğer taraftan ilgililerin, denetim mekanizmasının ikinci aşaması olan itirazın şikayet kapsamında Kamu İhale Kurumuna doğrudan başvurma imkanı yoktur. Zira Kanunun 55 inci maddesinin değişik 6 ncı fıkrası gereğince de idareye yapılan şikayet hakkında süresinde karar alınmaması veya süresinde alınan kararın uygun bulunmaması durumunda aday veya isteklinin, karar verme süresinin bitimini veya karar tarihini izleyen on beş gün içinde Kamu İhale Kurumuna itirazın şikayet başvurusunda bulunabileceği belirtilmektedir. Yine aynı doğrultuda maddenin değişik son fıkrasında da ihale işlemlerine devam edilerek sözleşme imzalanabileceğinin bildirilmesi durumunda ise, şikayette bulunan aday veya isteklinin, kendisine bildirim yapıldığı tarihi izleyen üç gün içinde Kamu İhale Kurumuna itirazın şikayet başvurusunda bulunabileceği de ayrıca hüküm altına alınmıştır. Kanunun 54 ve 55 inci maddeleri

birlikte değerlendirildiğinde öngörülen başvuru yollarının ihtiyari olduğu ancak itirazın şikayet yoluna başvurulması için öncelikle şikayet yolunun tüketilmesi gerektiği⁸⁷ sonucu açıkça ortaya çıkmaktadır.

Bu kapsamda ilgililerin idari denetim sistemini harekete geçirebilmek noktasında seçimlik hakka sahip olduğu, bu seçimlik hakkı kullanmadıkları takdirde doğrudan dava yoluna gidebilecekleri söylenebilir. Ancak şikayet başvurusu yapılmadan doğrudan dava açılması halinde eğer idari başvuru süresi içinde açılmış ise mahkemenin idari merci tecavüzünden bahisle dosyayı ilgili idareye göndermesi gerekecektir. Konuya ilişkin olarak Kamu İhale Kurulunun bir kararından⁸⁸ anlaşıldığı kadarıyla, ilgili tarafından şikayet başvurusu yapılmadan doğrudan idari yargıda dava açılması üzerine mahkeme, idari başvuru yolları tüketilmediğinden dosyanın ilgili idareye gönderilmesine karar vermiştir.

Diğer taraftan idareye şikayet başvurusu yapıldıktan sonra alınan sonuca göre itirazın şikayet başvurusu yapılmadan doğrudan dava açılması halinde, bu başvuruya ilişkin olarak belirlenen süre içinde dava açılmış ise mahkemenin dosyayı idari merci tecavüzünden bahisle Kamu İhale Kurumuna göndermesi gerekecektir.

Ancak, Kanunda durum yukarıda açıklandığı gibi net değil aksine tereddütlere mahal bırakacak şekilde karmaşık ifadeler barındırmaktadır. Nitekim, itirazın şikayet başvurusunu düzenleyen 56 ncı madde, 54 ve 55 inci madde hükümleriyle çelişen ifadeler içermektedir. Zira 54 ve 55 inci maddelerde yapılan düzenlemelerle şikayet ve itirazın şikayetin ihtiyari nitelikte bir başvuru olduğu düzenlenmişken, 56 ncı maddenin değişik 6 ncı fıkrasındaki “*İtirazın şikayet, dava açılması öncesinde kullanılması zorunlu bir başvuru yoludur*” hükmüyle itirazın şikayetin zorunlu bir başvuru yolu olduğunun hüküm altına alınması, Kanunun idari denetim sistemiyle ilgili olarak benimsediği genel sisteme aykırı düşmektedir. Bir an için bu aykırılığın madde metninde sonradan yapılan değişikliğe bağlanması düşünülse de mezkur fıkranın 4964 sayılı Kanundan önceki düzenlemesi de benzer yöndedir⁸⁹. Kaldı ki, 54 ila 56 ncı

⁸⁷ KARACA, “Sözleşme Bağıtlanmasında Şikayet ve Bekleme Süreleri”, 22 Mart 2005.

⁸⁸ “... idarenin 30.05.2003 tarih 548/609 sayılı yazısı ile ihale onayının kaldırılarak ihalenin iptal edildiğinin bildirilmesi üzerine, Ankara 2. İdare Mahkemesine başvuruda bulunarak dava açtığımı, idare mahkemesinin idari başvuru yolları tüketilmeden dava açıldığından dava dilekçesinin idareye gönderilmesine karar verdiği...”, **Kamu İhale Kurulu**’nun 13.11.2003 tarihli ve 2003/UK.Z-725 sayılı kararı, *Resmî Gazete*, 11.12.2003, S. 25313.

⁸⁹ Fıkranın değişiklikten önceki hali; “*Şikayet, dava açılması öncesi kullanılması zorunlu bir başvuru yoludur. Kurum, yapılan şikayetler üzerine en geç altmış gün içerisinde karar verir. Bu kararın ihale*

maddelerin madde gerekçelerinde de bu hususa yani itirazın şikayetin zorunlu başvuru yolu olduğu hususuna açıkça değinilmemiştir. Aksine 54 üncü maddenin gerekçesinin yazım tarzından da açıkça anlaşılacağı üzere, şikayet başvurusuyla ilgililere alım sürecinde tesis edilen işlemlerin yeniden incelenmesini noktasında imkan sağlandığı yani bu başvurunun ihtiyari olduğu hususuna yer verilmiştir⁹⁰.

4734 sayılı Kanunla getirilen idari denetim mekanizması kapsamındaki şikayet ve itirazın şikayetin ayırım yapılmaksızın Kanunun sadece 56/6 maddesi hükmüne dayalı olarak, dava açılması öncesinde tüketilmesi zorunlu idari başvuru yolları olduğu yönünde görüşler⁹¹ bulunsa da kanımızca 54 ila 56 ncı maddeler arasında yer alan hükümler birlikte değerlendirildiğinde aslında bu başvuruların toptan ön şart niteliğinde başvurular olmadığı açıkça görülmektedir⁹².

Konuyu özetlemek gerekirse; şikayet başvurusu, ihtiyari nitelikte bir başvuru olup ilgililer dilerse bu yolu tüketmeye gerek kalmaksızın doğrudan genel dava açma süresi içinde doğrudan ilgili idare aleyhine dava açabilmelidirler. Nitekim benzer bir konuyla ilgili olarak verdiği bir kararında Danıştay, daha önceki kararlarının aksine özel mevzuat uyarınca ilgililere idari başvuru yoluna gidebilmelerine imkan sağlanması halinde bu idari başvuru yolunun mutlaka tüketilmesinin gerekmediği, dilerse doğrudan dava yoluna başvurulabilmesine imkan olduğuna hükmetmiştir⁹³. Yine benzer

sürecinin durdurulması yönünde olması halinde, Kurum, durdurma kararından itibaren en geç altmış gün içerisinde nihai kararını verir.”

⁹⁰ 54 üncü maddenin gerekçesi; “Bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun ihale yapılmaması nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya uğrayacağını iddia eden bütün isteklilerin yazılı şikayet suretiyle “İnceleme Talebinde Bulunması ve Şikayetlerin İncelenmesi” bölümünde belirtilen hükümler çerçevesinde **inceleme talebinde bulunmasına imkan tanınması amaçlanmıştır.**”

⁹¹ **UZUN**, Mükremin, “İhale Sürecinde İhale İşlemlerine Karşı İtiraz ve Şikayet Yolu-II”, *Belediye Dünyası*, C. 5, S. 8, Ağustos 2004, s. 42; **UZ**, s. 392.

⁹² Kanunda öngörülen denetim mekanizmasına ilişkin başvuruların, ihale işlemlerinin sözleşme öncesi aşamasına ilişkin olarak sadece taraflarca işletilebilmesi nedeniyle Anayasanın 74 üncü maddesinde yer alan ve Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun ile düzenlenmiş olan “dilekçe hakkı”nın özel bir türü olduğu hakkındaki görüşü için bkz. **ADAK**, s. 19.

⁹³ “1580 sayılı *Belediye Kanununun 73. maddesinde, "belediye meclisleri tarafından itihaz edilen mukarrerattan 71, 72. maddelerde yazılı olan hususattan gayri mevadda mütaallik meclis mukarreratı katidir. Ancak bu kabil mukarrerata usulen ilan tarihinden itibaren on gün zarfında vilayet merkezi olmayan beldelerde belediye reisi veya alakadarlar tarafından vilayete, vilayet merkezi olan beldelerde belediye reisi veya alakadarlar tarafından Dahiliye Vekaletine müracaatla itiraz olunabilir. Vilayete işar olunan itirazlar kaymakamın mütalaası alındıktan sonra vilayet idare heyetince nihayet on beş gün zarfında; vilayet merkezi olan beldelerde vekaletle yapılan itirazlar valinin mütalaası alındıktan sonra nihayet bir ay zarfında Şürayı Devletçe tetkik ve bir karara raptolunur. Yapılan itiraz ve müracaatların yukarıda yazılı alakadar makamlarca tetkiki neticesine kadar vali meclis kararlarının tatbik ve icrasını tehir ettirebilir" kuralı yer almış bulunmaktadır. Öte yandan 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 14. maddesinin (d) bendinde ise; kesin ve Yürütülmesi zorunlu işlemlerin idari davaya konu olabilecek işlemler olduğu belirtilmiştir. Yukarıda yer alan yasa kurallarına göre belediye meclisinin 1580 sayılı Yasanın 71. ve 72. maddelerinde belirtilen kararları dışında almış olduğu diğer kararların*

bir konuyla ilgili olarak verdiği kararında Danıştay; ihtiyari nitelikte olmak üzere ilgililere sağlanan idari başvuru yoluna başvurulmaması sebebiyle dava hakkının olmadığı yönündeki bir yaklaşımı, Anayasa ile kişilere tanınan dava hakkını ortadan kaldırdığından bahisle hukuka aykırı bulmuştur⁹⁴.

Diğer taraftan şikayet başvurusu yapılması halinde ise alınan cevap hakkında ilgililerin seçimlik hakkı olup buna göre Kamu İhale Kurumuna itirazın şikayet başvurusunda bulunulabileceği gibi doğrudan dava açma cihetine gidilmesi imkanı da vardır. Ancak her halükarda denetim mekanizmasının ikinci aşaması olan itirazın şikayet vasıtasıyla Kamu İhale Kurumunun harekete geçirilebilmesi ancak idareye şikayet aşamasının tüketilmesiyle mümkün olacaktır. İşte sadece burada bir zorunluluktan ya da ön şarttan bahsetmek mümkün olup buna göre itirazın şikayet yapılabilmek için şikayet sürecinin tüketilmesi zorunluluğu vardır⁹⁵.

*kesin olduğu, ancak bu kararlara karşı belediye başkanının ve ilgililerin istekleri halinde 10 gün içerisinde valiliğe veya İçişleri Bakanlığı'na itiraz edebilecekleri, bu itirazların İl İdare Kurulunca ya da Danıştay'ca karara bağlanacağı belirtilmiş olup, bu maddenin içeriğinden valiliğe veya Bakanlığa başvuru için bir zorunluluk bulunmadığı, belediye meclisi kararlarının kesin olduğu ve ilgililerin bu kesin karara karşı doğrudan yargı yoluna başvurabilecekleri gibi dilerlerse itiraz yolunu kullanabilecekleri açıktır. Bu durumda, doğrudan yargı yoluna başvurulmuş olması karşısında dava konusu işlemin esasının incelenmesi suretiyle hukuka uygunluğunun denetlenmesi gerekirken, mahkemece mercii tecavüzü olduğu nedeniyle dosyanın ... Valiliği'ne gönderilmesine karar verilmesinde hukuki isabet görülmemiştir.”, **Da6D**'nin 14.11.1994 tarihli ve E. 1994/2182, K. 1994/4194 sayılı kararı.*

⁹⁴ “5590 sayılı Yasanın 19-a, 17-j ve 25. maddelerinin birlikte değerlendirilmesi sonucunda oda yönetim kurullarının odalara yazılma zorunluluğu ile ilgili olarak yaptıkları işlemlerin kesin ve yürütülmesi gerekli işlemler olduğu anlaşılmaktadır. Anılan yasanın 25. maddesinin 4. fıkrasında “derecelerini durumlarına uygun bulmayanlar, yönetmelikte gösterildiği şekilde ve 10 gün içinde oda meclislerine itiraz edebilirler” kuralı yer almıştır. Bu kural ilgililere, yönetim kurulunca bu konuda verilecek kararlara karşı istekleri halinde bir başka organa itiraz edebilme olanağı yaratmak için konulmuştur. Tümçenin sonundaki, itiraz edenler yerine “itiraz edebilirler” ifadesinin kullanılması bu görüşü doğrulamaktadır. Amacı bu olan başvuru yolunu Anayasa ile kişilere tanınan dava hakkını ortadan kaldırır biçimde yorumlamak ve başvuru yoluna gidilmemesi durumunda dava açılmayacağını düşünmek hukuka aykırı olacaktır.”, **Da8D**'nin 29.4.1991 tarihli ve E. 1990/1493, K. 1991/787 sayılı kararı; Konuyla ilgili benzer yönde hükümler içeren diğer bir kararında Danıştay, “Anılan 25 inci maddenin 4 üncü fıkrası “Derecelerini durumlarına uygun bulmayanlar, yönetmelikte gösterilecek usullere göre ve 10 gün içinde oda meclislerine itiraz edebilirler” hükmünü taşımaktadır. Bu hüküm ilgililere, yönetim kurulunca bu konuda verilecek kararlara karşı istekleri halinde bir başka organa itiraz edebilme olanağı yaratmak için konulmuştur. Tümçenin sonundaki, itiraz edenler ifadesi yerine “itiraz edebilirler” ifadesinin kullanılması da bu görüşü doğrulamaktadır. Amacı bu olan başvuru yolunu Anayasa ile kişilere tanınan dava hakkını ortadan kaldırır bir biçimde yorumlamak ve başvuru yoluna gidilmemesi halinde dava açılmayacağını düşünmek hukuka aykırı düşecektir.”, **DİDDGK**'nin 17.11.1989 tarihli ve E. 1989/245, K. 1989/162 sayılı kararı.

⁹⁵ “Başvuru sahibi tarafından idareye 15 günlük süresi içinde şikayet başvurusu yolu tüketilmeden, doğrudan Kuruma başvuruda bulunulduğu anlaşılmıştır. 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 55 inci maddesi ve İhalelere Karşı Yapılacak İdari Başvurulara Ait Yönetmeliğin 16 ncı maddesinde, ihalelere ilişkin olarak başvuru sahibi tarafından öncelikle idareye şikâyetle bulunulması, idarenin şikâyetin verilmesini izleyen otuz gün içinde gerekçeli bir karar alması, belirtilen süre içinde bir karar alınmaması veya süresinde alınan kararın istekli tarafından uygun bulunmaması durumunda karar verme süresinin bitimini veya karar tarihini izleyen onbeş gün içinde Kuruma inceleme talebinde bulunulması gerektiği düzenlenmiştir. Açıklanan nedenlerle, 1- Başvuru sahibi tarafından, idareye 15 günlük süresi içinde

Yapılan açıklamalar çerçevesinde, kamu alımlarındaki idari denetim sistemi ve bu kapsamdaki idari başvuruların ihtiyari nitelikte olduğu düzenlenmişken Kanunun 56 ncı maddenin 6 fıkrasında yer alan “*İtirazen şikayet, dava açılması öncesinde kullanılması zorunlu bir başvuru yoludur.*” hükmünün diğer maddelerle uyuşmadığını söylemek lazım gelir.

Konu hakkında Kanunda yer alan hükümlerin salt lafzi yorumu üzerine çıkarılan görüş yukarıdaki gibi olmakla birlikte özellikle alım sürecine olan tesiri yönünden incelendiğinde şikayet başvurusu hakkında daha farklı bir yaklaşım içinde olmak da mümkündür. Zira süresi içinde yapılan şikayet başvurusu, Kanunun 55 inci maddesinin 7 nci fıkrası gereğince, idarenin sözleşme imzalamasına engel bir durumdur. İlgili hükme göre idarenin şikayet üzerine sözleşme imzalayabilmesi için ya başvuruyu sonuçlandırması ya inceleme süresinde hareketsiz kalarak başvuruyu zımnen reddetmesi ya da ivedilik ve kamu yararı gereği ihale işlemlerine devam ederek sözleşme imzalanmasına karar vermesi gerekmektedir. Bilindiği üzere idare hukukunun genel prensiplerine göre, bir idari işlemin iptal davasına konu edilebilmesi için, “*etkili olması*”⁹⁶, İYUK’nun deyimini ile “*yürütülmesi gereken bir işlem*”⁹⁷ olması gerekir (m. 14/3-d). Kararın etkili olması, ilgilinin hukuki durumunda değişiklik yapması, diğer bir ifadeyle ilgiliyi hukuk yönünden etkilemesidir⁹⁸. İşte bu güce sahip olmayan idari işlemler, iptal davasına ve tabiatıyla idari başvuruya konu olmazlar. Bu açıklama çerçevesinde şikayet başvurusu üzerine alım sürecinin aldığı halin incelenmesi gerekir. Aşağıdaki bölümlerde etraflıca açıklandığı üzere idareye şikayet başvurusu yapılması, alım sürecini durdurmamaktadır. Sadece idari işlem safhası sonrasında ortaya çıkacak olan sözleşmenin imzalamasına engel bir durumdur. İdare, alım sürecinde sözleşme imzalama dışında diğer işlemleri yapmaya devam edebilmektedir. Dolayısıyla ilgili tarafından şikayet konusu yapılan idari işlem, sözleşme imzalama dışında sonuçlarını sınırlı olsa da doğurmaktadır yani halen etkilidir. Dolayısıyla idarenin alım sürecinde tesis ettiği işlemlerin etkili olması hususu, şikayet başvurusundan henüz etkilenmiş

şikayet başvurusu yolu tüketilmeden doğrudan Kuruma yapılan itirazen şikayet başvurusunun reddine oybirliğiyle karar verildi.”, **Kamu İhale Kurulu**’nun 29.4.2004 tarihli ve 2004/UK.Z-537 sayılı kararı, *Resmî Gazete*, 7.6.2004, S. 25485.

⁹⁶ **ERKUT**, “İdari Davaya Konu Olabilecek Kesin ve Yürütülebilir İşlem Kavramı”, *I.Ulusal İdare Hukuku Kongresi-İdari Yargı*, Danıştay Yayınları, Ankara 1-4 Mayıs 1990, s. 109.

⁹⁷ “İdari işlemler, idari makamlar tarafından, bir kamu hizmetinin yürütülmesi amacıyla, kamu gücü kullanılarak ve tek taraflı iradeyle yapılan, ilgililer üzerinde hukuki sonuçlar doğuran, kesin ve yürütülmesi zorunlu işlemler olarak tanımlanmaktadır.”, **Da7D**’nin 21.11.1997 tarihli ve E. 1997/2994, K. 1997/4176 sayılı kararı.

⁹⁸ **GÖZÜBÜYÜK/TAN**, *İdari Yargılama*, s. 302.

değildir. Zira alım sürecinde tesis edilen işlemler, “zincir işlem”⁹⁹ olarak birden çok idari işlemin yapılmasıyla tekemmül etmektedir ve “ayrılabilir işlem teorisi”ne göre de bu işlemlerden bir kısmının tek başına ilgililer nezdinde etkili olması halinde idari başvuruya ve davaya konu olması pek tabii ki mümkündür¹⁰⁰. Dolayısıyla şikayet başvurusunun alım sürecinde tesis edilen işlemlerin kesinlik kazanmasına mani bir durum olduğunu söylemek güçtür. Nitekim Danıştay, Türkiye Petrol Rafinerileri A.Ş.’deki (TÜPRAŞ) %65.76 oranındaki kamu payının blok olarak satışına ilişkin ihale komisyonu kararının iptali istemiyle açılan dava hakkında verdiği kararında¹⁰¹; ayrılabilir işlem teorisine göre birden çok işlemde oluşan bir süreçte, işlemlerden her birinin nihai işlemde ayrı, ondan bağımsız bir kimliği veya etkisi var ise, iptal davasının konusunu oluşturmak bakımından, içinde bulunduğu idari süreçten ayrılarak iptal davasına konu olabilecekleri kabul edilebileceklerinden bahisle ihale komisyonu kararının, kesin, yürütülmesi zorunlu bir işlem olup, tek başına idari davaya konu edilebileceğine hükmetmiştir.

Bu bağlamda Kamu İhale Kanunu kapsamında yapılan alımlarda da alım sürecinde yukarıdaki örneğe benzer şekilde ihale komisyonunca yapılan işlemler; kesin, yürütülmesi zorunlu ve dava konusu edilebilir işlemlerdir. Alım sürecinde idareye şikayet başvuru yapılmış olsa bile sözleşme imzalamada dışında kalmakla ihale komisyonunun tesis ettiği işlemler sonuçlarını, ilgililer nezdinde etkili olmak üzere, doğurmaktadır.

⁹⁹ ERKUT, *İdari İşlemin Kimliği*, s. 121.

¹⁰⁰ ÖZAY, s. 514.

¹⁰¹ “2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2.maddesiyle tanımlanan iptal davasına, idarenin tek taraflı irade beyanıyla, kişilerin hukuksal durumlarında değişiklik meydana getiren ve yürütülmesi zorunlu işlemin konu edilebileceği tartışmasızdır. 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun” Özelleştirme Yöntemleri, Değer Tespiti, İhale Yöntemleri” başlıklı 18. maddesinin (c) bendinde ihale işlemlerinin bu Kanuna göre oluşturulan ihale komisyonlarınca yürütüleceği; son fıkrasında ise; İhale işlemleri sonucunda ihale komisyonunca verilen kararların idare tarafından Kurulun onayına sunulacağı (Danışman seçimine ilişkin ihale sonuçları hariç) ve sonuçların Kurulun onayını müteakip kamuoyuna duyurulacağı hükme bağlanmıştır. Özelleştirmenin, Kuruluşun blok satışı yoluyla gerçekleştirilmesi halinde, ihale süreci; ihale komisyonunun oluşumu, ihaleye çıkarma ve ihale ilanının yayınlanması, ihale komisyonunca ihalede uygulanan yöntemle ihalenin karara bağlanması ve nihayet Özelleştirme Yüksek Kurulu’nun ihale komisyonu kararını onaylanması ile tamamlanmaktadır. Bu durumda, özelleştirme konusunda ilgili şirketle sözleşme sonucunu doğuracak işlemler zincirini oluşturan her işlemin nihai işlemde ayrı, ondan bağımsız bir hüviyeti ve etkisi olması durumunda, sonuç işlemde ayrılarak ayrı ayrı dava konusu edilebilmeleri mümkün bulunduğundan, satış işleminin bir aşamasını oluşturan dava konusu ihale komisyonu kararı tek başına iptal davasına konu edilebilecek kesin, yürütülmesi zorunlu ve dava konusu edilebilir bir işlem olduğundan, davalı idarenin usule yönelik iddiası yerinde görülmemiştir.”, **Da10D**’nin 22.6.2004 tarihli ve E. 2004/8257, K. 2004/7618 sayılı kararı.

Örnek vermek gerekirse ihale komisyonu, alım sürecinde isteklilerden birisinin yasak fiili ve davranışlarda bulunduğunu tespit etmesi halinde ihalelerden yasaklama hükümleri kapsamında işlem tesis etmekte ve ilgilinin geçici teminatının irat kaydedilmesine karar vermektedir. Yani yaptığı işlemler, ilgililer hakkında açıkça etkili olmaktadır. Yani alım sürecinde idarece tesis edilen işlemler, yapıldıkları andan itibaren tüm sonuçlarını ilgililer nezdinde doğurmaya başlamaktadır.

Zaten Kanunun hiçbir yerinde şikayet başvurusunun neticelenmesi üzerine verilecek karar sonrasında ihale kapsamındaki işlemlerin kesinleşeceğine ya da yürütüleceğine dair bir hüküm yoktur. Eğer kanun koyucu aksi yönde bir anlayış içinde olsaydı, o zaman, Kamu İhale Kurulu tarafından verilebilecek kararları “vize”, “onay”, “tescil” ya da bu anlama gelecek diğer kavramlarla açıklardı. Gerçekten de, yapılan şikayet başvurusunun incelenmesi üzerine Kamu İhale Kurulu tarafından “düzeltici işlem belirleme” ya da “iptal” kararı verildiğine göre, yani bu işlemler var olan bir işlemin geri alınması ya da düzeltilmesi niteliğinde olduğuna göre, ortada kesin ve yürütülmesi gerekli bir işlem olduğu açıktır. Unutulmamalıdır ki, hukuka aykırı olsa bile sonuçta bir idari işlem, geri alınmadığı sürece ilgililer nezdinde sonuçlarını doğurmaya devam edecektir.

Aşağıdaki bölümlerde de açıklanacağı üzere, Kamu İhale Kurulu tarafından verilen “düzeltici işlem belirleme” ya da “iptal” kararları, doğurduğu sonuçlar bakımından, idare mahkemelerince verilen “iptal” kararlarıyla benzerlik göstermektedir. Bilindiği üzere, idarenin tesis ettiği işlemin ilgililer nezdinde sonuçlarını doğurabilmesi için her hangi bir surette bu işleme karşı açılan davanın sonucunun beklenmesine gerek bulunmamaktadır. İdare mahkemesince “yürütmeyi durdurma” ya da “iptal” kararı verilmediği sürece o işlem yürürlükte ve sonuçlarını doğurmaktadır. Bu durum, Kamu İhale Kurulu tarafından verilen “düzeltici işlem belirleme” ve “iptal” kararları için de aynen geçerlidir.

O halde kanımızca şikayet başvurusu; sözleşme öncesi dönemde alım sürecindeki işlemlerin yürütülmesini etkilemediği gerçeğinden hareketle, tüketilmesi zorunlu olan bir başvuru yolu olmayıp, ilgililer gerek duyarlarsa idari başvuru yolunu tüketmeksizin doğrudan dava açma yoluna gidebilmelidirler¹⁰².

¹⁰² Aksi yöndeki görüşü için bkz. UZ, s. 391-392.

Konuya farklı bir bakış açısıyla yaklaşıldığında 56/6 ncı madde hakkında şu da söylenebilir; “*Henüz sözleşme imzalamadan önce açılacak iptal davalarında, itirazın şikayet, dava açılması öncesinde kullanılması zorunlu bir başvuru yoludur*”.

Bu yaklaşıma göre, eğer sözleşme imzalanmış ise o taktirde itirazın şikayet başvurusu yapılmaksızın doğrudan dava açılması imkanı vardır. Ancak bu sefer de (sözleşme öncesi dönemde) Kanunda yapılan sınırlayıcı nitelikteki “*şikayet ehliyeti*” tanımı, bu yönde bir yaklaşıma müsaade etmemektedir.

İlerleyen bölümlerde ayrıntılı bir şekilde açıklandığı üzere, kamu alımları için öngörülen idari denetime başvuru hakkı -şikayet ehliyeti- belli kişilerle¹⁰³ sınırlandırılmıştır. Kanunda daha sonradan yapılan değişikliklerle ve İhalelere Karşı Yapılacak İdari Başvurulara Ait Yönetmelikteki bazı düzenlemelerle genişletilmeye çalışılmışsa da, “*şikayet ehliyeti*” açıkça “*dava ehliyeti*”ne nazaran daha dar bir kitleyi içine almaktadır.

Diğer taraftan, şikayet mekanizmasına başvurulabilmesi için ortada bir “*hak kaybı*” ya da “*zarar*” ya da “*zarar tehlikesi*” bulunması gerekmektedir. Halbuki idari yargı yerlerinde bir idari işleme karşı dava açabilmek için “*menfaat ihlali*” yeterlidir. Buna göre, bir idari işleme karşı dava ehliyetine sahip olabilmek için menfaatin ihlal edilmiş olması yeterli olup ayrıca “*hak kaybı*” ya da “*zarar*” ya da “*zarar tehlikesi*” bulunmasına yani “*kişisel hak ihlali*”ne gerek yoktur.

Bu açıdan değerlendirildiğinde; itirazın şikayet, henüz *sözleşme imzalamadan önce* dava açılması durumunda tüketilmesi zorunlu bir başvuru yolu olarak kabul edilirse, o taktirde alım sürecinde menfaati ihlal edilen bir kişi, şikayet ehliyeti

¹⁰³ Kanunun 54 üncü maddesine göre kamu alımları için belirlenen esas ve usullerin ihlali sonucu bir hak kaybına veya zarara uğradığına veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden yapım müteahhidi, tedarikçi veya hizmet sunucusu idari denetim sistemini harekete geçirebilmek üzere başvuru hakkına sahiptir. Kanuna göre her şeyden önce hak kaybına veya zarara uğrama veya zarara uğramanın muhtemel olması şikayet ehliyeti için yeterli değildir. Aynı zamanda şikayet başvurusunda bulunabilmek için yapım müteahhidi veya tedarikçi ya da hizmet sunucusu olmak da gerekmektedir. Bu haliyle şikayet başvurusu, sadece alıma teklif veren istekliler tarafından işletilebilecektir. Şikayet başvurusunun yapılması bakımından getirilen bu sınırlayıcı düzenlemenin doğru olmağınan bahisle Kanunun 55 inci maddesinde 4964 sayılı Kanunun 33 üncü maddesiyle yapılan değişiklik sonrasında Avrupa Birliği normlarına uyum sağlanması için “*istekli*” yerine “*aday veya istekli*” ibaresi kullanılmak suretiyle alıma teklif vermeseler bile ihale dokümanı satın alan ya da belli istekliler arasında ihale usulünde ön yeterlik için başvuran adayların da şikayet ehliyetine sahip olabilmeleri imkanı getirilmiştir. Bunun yanında ayrıca Yönetmeliğin 5 inci maddesinde yapılan düzenleme ile “*istekli olabilecekler*” için de, sadece ihale ilanında ve ihale ve ön yeterlik dokümanlarında yer alan hususlar ve bu hususlarla idari uygulamalar ve sözleşmeler arasındaki uyumsuzluklar hakkında şikayet yoluna başvurulabilme imkanı getirilmiştir.

olmaması sebebiyle bu başvuru yoluna gidemeyecek ve sonrasında da Kanunun 56/6 ncı maddesine göre dava açma hakkında sahip olamayacaktır.

Yargı yerlerince ve doktrin tarafından “*dava ehliyeti*”nin “*menfaat ihlali*” ekseninde geniş yorumlanmasına karşın, “*şikayet ehliyeti*”nin bu şekilde dar tutulması sebebiyle ortaya çıkan uyumsuzluk dolayısıyla kanımızca, Kanunun 56/6 ncı maddesindeki hükmün “*Henüz sözleşme imzalamadan önce açılacak iptal davalarında, itirazın şikayet, dava açılması öncesinde kullanılması zorunlu bir başvuru yoludur*” şeklinde yorumlanması, idarenin hukuka uygunluğunun sağlanması önünde ciddi bir engel olduğu sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Bu sebeplerle kanımızca, “*şikayet ehliyeti*”ne ilişkin düzenlemeler bu şekilde kaldığı sürece, Kanunun 54 ila 56 ncı maddelerinde ortaya konulan şikayet ve itirazın şikayetin, isterse henüz sözleşme imzalanmamış olsun, dava açılması öncesinde kullanılması zorunlu bir başvuru yolu olduğunu söylemek mümkün değildir.

IV. MEKANİZMADAKİ BAŞVURU YOLLARI

Kamu İhale Kanununun 55 ila 56 ncı maddeleri yanında Yönetmeliğin 4 üncü maddesi birlikte değerlendirildiğinde kamu alım sürecindeki işlemlere karşı yapılabilecek başvuruları üçe ayırmak mümkündür. Bunlar;

- Alım sürecindeki işlem ve eylemler hakkında aday, istekli veya istekli olabilecekler tarafından idareye yapılan **şikayet** başvurusu,

- Alım sürecinde idareye yapılan şikayet başvurusu üzerine süresi içinde karar alınmaması halinde bunun üzerine veya karar alınmış olması halinde bu karar üzerine Kamu İhale Kuruluna yapılan **itirazın şikayet** başvurusu,

- Alım sürecinde idareye şikayet başvurusunda bulunamayacaklar tarafından, alım sürecine yönelik iddialarla Kamu İhale Kurumuna yapılan **iddiaların incelenmesi** başvurusudur¹⁰⁴.

¹⁰⁴ YILDIZ, Nihat, “İhalelere Karşı Yapılacak İdari Başvurular”, *Yerel Yönetim ve Denetim*, C. 8, S. 10, Ekim 2003, s. 28.

1. ŞİKAYET (İDAREDE İNCELEME)

A. Genel İlkeler

Kanunun 55 inci maddesinde düzenlendiği üzere,

“İhalelere ilişkin olarak yapım müteahhidi, tedarikçi veya hizmet sunucusu tarafından öncelikle idareye şikayette bulunulur.

Bu şikayetler;

a) Sözleşme imzalanmamışsa,

b) Yapım müteahhidi, tedarikçi veya hizmet sunucusunun şikayete yol açan durumların farkına vardığı veya farkına varmış olması gerektiği tarihi izleyen on beş gün içinde yapılmışsa,

idarece dikkate alınır”.

Bu hüküm çerçevesinde kamu alımlarıyla ilgili olarak öngörülen iki aşamalı denetim mekanizmasının harekete geçirebilmesi için hak kaybına veya zarara uğradığını ya da zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia edenlerden Kanunda belirtilen başvuru ehliyetine sahip olanların öncelikle idareye şikayet başvurusunda bulunmaları gerekmektedir¹⁰⁵.

55 inci maddenin 4964 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılan 3 ve 4 üncü fıkralarında, ihale sürecinin herhangi bir aşamasında idareye bir şikayetin ulaşması halinde, idarece ihaleye katılan bütün isteklilere aynı konuda bir şikayetleri varsa belirlenen süre içinde vermeleri gerektiğinin yazılı olarak bildirileceği, bu aşamada şikayetlerini iletmeyenlerin aynı konuda daha sonra başka şikayetlerde bulunamayacağı ve verilecek karardan zarar gördüğünü iddia edemeyeceği¹⁰⁶, tarafların şikayet konusu anlaşmazlığı öncelikle bu Kanun hükümlerine göre sulhen çözmeye çalışacağı¹⁰⁷ hükmü yer almaktaydı¹⁰⁸. Ancak şikayetin yazılı olarak diğer bütün isteklilere yazılı olarak bildirilmesinin ihale ve yazışma süresini uzatacağı, işlem maliyetlerini artıracığı,

¹⁰⁵ YILMAZ, s. 6.

¹⁰⁶ SEZER, “Kamu İhale Kanunu: Şeffaflık ve Rekabet”, s. 75.

¹⁰⁷ BAŞSOY, “Kamu İhalelerine Yapılacak Şikayet ve İdari İtirazlar”, *Yerel Yönetim ve Denetim*, C. 8, S. 6, Haziran 2003, s. 4.

¹⁰⁸ 4734 sayılı Kanunun ilk yürürlüğe girdiği tarihteki 55/3-4 maddesi. *Resmi Gazete*, 22.1.2002, S. 24648.

özellikle çok sayıda isteklilerin katıldığı ihalelerde şikayet mekanizmasını işlemez hale getireceği, sulhen çözümün ise idare ile vatandaşlar arasındaki anlaşmazlıkların çözümünde yerleşik bir yöntem olmadığı¹⁰⁹ gerekçesiyle bu düzenleme, 4964 sayılı Kanunla madde metninden çıkarılmış ve devamında yapılan değişikliklerle idarece alınan kararın bütün aday ve isteklilere karar tarihini izleyen yedi gün içinde bildirilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Yapılan değişiklikte hak arama hürriyetinin özüne dokunacak şekilde ve onu kullanılmaz hale getirici nitelikteki şikayet başvuru hakkını kısıtlayan hükümlerin yürürlükten kaldırılması yerinde olmuştur¹¹⁰. Gerçekten de şikayet başvurusu, ihtiyari nitelikte bir idari başvuru yolu olduğuna göre ilgililerin bu haklarını kullanmaksızın doğrudan dava yoluna gitmelerinin de engellenmesi anlamına gelen bu hüküm hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmamaktaydı.

B. Şikayete Konu İşlem

4734 sayılı Kanunun 54 üncü maddesinde düzenlendiği üzere; idareler ve ihale komisyonları, *ihalelerin* mezkur Kanunda belirtilen esas ve usullere uygun olarak yapılması hususunda yapım müteahhidi, tedarikçi veya hizmet sunucusuna karşı sorumludur. Bu sorumlulukların ihlali sonucu bir hak kaybına veya zarara uğradığına veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden yapım müteahhidi, tedarikçi veya hizmet sunucusu, Kanunda belirtilen aşamaları takip ederek yazılı şikayet suretiyle inceleme talebinde bulunabilir.

Dikkat edileceği üzere, şikayete konu işlemler, alım kapsamındaki işlem ve eylemlerle sınırlandırılmıştır. Kanunun 18 inci maddesine göre ihale usulleri, açık ihale, belli istekliler arasında ihale ve pazarlık usullerinden ibaret olduğu düzenlenmiş olup doğrudan temin, 4964 sayılı Kanunla yapılan düzenleme sonrasında ihale usulü olmaktan çıkarılmıştır. Kanunun lafzi olarak yorumlanması halinde ihale usulü olmayan

¹⁰⁹ İdarenin sulhen yani dostane çözüme olan uzaklığı konusunda **ÖZAY** tarafından Bruno FLAPPART'tan yapılan alıntıyı burada zikretmekte fayda vardır. Yazara göre, “*İdare hasta ruhlu ve insanlıktan uzak bir varlıktır. Dostluk yoluyla varılabilecek çözümleri reddeder. Didişme konusunda o denli aç gözlüdür ki, idare mahkemeleri işten başlarını alamazlar. Yargı yerleri kendilerini haksız çıkardığında da, genellikle bu kararları uygulamaktan kaçır. İdari uyuşmazlıkların o kadar eski bir tarihi vardır ki, bundan bir zevk mi alıyor diye sorulabilir. Müsaadeye dayanan gücü sanki en görkemli noktasına kendisinden isteneni geri çevirdiği zaman ulaşıyor sanılır. Biraz daha cana yakın olamaz mı diye düşünmez bile, böyle bir olasılık onu kahreder.*”, **FLAPPART**, Bruno, *Le Monde*, 9 Mayıs 1979, s. 16 (Akt.) **ÖZAY**, s. XX.

¹¹⁰ **UZ**, s. 404.

doğrudan temin yöntemiyle yapılan alımlara karşı şikayet ve devamındaki itirazın şikayet yolunun kapalı olduğu sonucunu çıkartmak gerekecektir. Bu durum, idarelerin genellikle günlük ihtiyaçları için sıklıkla başvurdukları, bütçesel olmasa da sayısal olarak oldukça fazla olan doğrudan temin yöntemi ile yapılan alımların denetimsiz kalması ve sonucunda istismara açık bir alanın ortaya çıkması anlamlarına gelecektir.

Ashında bu Kanuni boşluğun sebebi, Kanunun içine düştüğü kavramsal karmaşa olmakla birlikte 4964 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle konu adeta içinden çıkılmaz bir hal almıştır. Zira Kanunun ilk yürürlüğe girdiği halinde doğrudan temin, ihale usulleri arasında sayılmakla, kamu alımı için seçilen her türlü yöntem ihale olarak kabul edilmişti. Kanunun bu mantığı içinde doğrudan temin, bir ihale usulü olmakla idari denetime konu edilebilmekteydi. 4964 sayılı Kanunun 12 nci maddesi ile Kamu İhale Kanununun 18 inci maddesinde doğrudan temini, ihale usulleri arasında gösteren hüküm yürürlükten kaldırılmış ancak bu kapsamda diğer maddelerde yapılması gerekli değişiklikler yapılmamıştır. Zaten kanun yazma tekniği açısından oldukça zayıf olan 4734 sayılı Kanun, bu değişiklik sonrasında, ortaya koyulma sebebinden iyice uzaklaşmıştır. Zira Kanunun 54, 55 ve 56 ncı maddelerinde denetim sisteminin ihale kapsamında tesis edilen işlemler hakkında olacağı hükümlerinin, en azından yapılacak alımın doğrudan temin yönetimine konu edilmesinde gerekli şartların oluşup-oluşmadığı bağlamında yeniden kaleme alınması gerekirdi.

Özellikle 22 nci maddede düzenlenen doğrudan temin usulü ile temin edilecek ihtiyaçların kapsamının, 4964 sayılı Kanunla oldukça genişletildiği ve yapılacak alımların sadece günlük ihtiyaçlarla sınırlı tutulmadığı hususları dikkate alındığında idari denetimden yoksun kalmış ve kamu harcamaları bakımından bazen oldukça büyük meblağlar tutabilen bu tür alımların, Kanunun rekabet, saydamlık, eşit muamele, güvenilirlik gibi temel ilkeleri dikkate alınmaksızın yapılmasının önü açılmıştır.

Kamu İhale Kurumu ise aynı kapsamda doğrudan temin yöntemiyle yapılan alımlar üzerindeki idari denetim mekanizmasının işletilmesi noktasında alım kapsamında yapılan işlemler bakımından kendisini görevli görmemekle birlikte Kanunun ilgili hükümlerini geniş yorumlayarak oluşturduğu yerleşik görüşüne göre; bu usulde yapılan alımlara ilişkin şikayetleri, sadece 22 nci maddedeki koşullar

oluşmadığından bu yöntemle alım yapılamayacağına ilişkin olması halinde incelemektedir¹¹¹.

Diğer taraftan doğrudan teminin, ihale usulü olmaktan çıkarılmasıyla şikayet başvurusuna konu edilememesi, bu kapsamda tesis edilen idari işlem ve eylemlerin hepten denetimsiz kalması anlamında yorumlanması da beklenemez. Zira bu kapsamda idari işlem ve eylemler de pek tabii ki, idare hukukunun genel prensipleri çerçevesinde yargı denetimine tabidir.

Bu bağlamda doğrudan temin dışındaki alım usullerine göre yapılan alımlarda, sürecin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar geçen süreçteki tüm işlem ve eylemlerin, doğrudan temin yönteminin ise bu usule ilişkin şartların oluşup-oluşmadığı konusunda sınırlı kalmak üzere şikayet başvurusuna konu edilmesi mümkündür.

Şikayete konu işlemin tespiti yapılırken sürecin yani ihalenin başlangıcının hangi işlemle olduğunun tespiti, şikayete konu olacak işlemlerin tespiti açısından da önem taşımaktadır.

Kamu İhale Kanunu kapsamında idarenin, mal ve hizmet ya da yapım işi ihtiyacının ortaya çıkması üzerine piyasadaki alım yapılmasına karar verilmesi ile alım süreci başlamış olacaktır. Alım sürecini başlatan bu işlem üzerine tespit edilen yaklaşık maliyete göre alım usulü belirlenecek ve bu kapsamda idari şartname ortaya konulacaktır. Bunun üzerine belirlenen alım usulüne göre ilan yapılması gereken hallerde ilan yapılmasıyla idare dışındaki alıma teklif verecekler açısından ihale başlamış olacaktır. İlan öncesi dönemde idarece tesis edilen işlemler, hizmete özel nitelikte işlemler olduğundan ve tespit edilen yaklaşık maliyet de gizli olduğundan bu süreçte tesis edilen işlemlerin idare dışındaki kişilerce bilinmesine imkan yoktur. O halde şikayet başvurusuna konu edilebilecek hususları (şikayet başvurularının temel alım usulleri ile sınırlı olduğu gerçeğinden hareketle), ihale ilanından başlamak üzere

¹¹¹ “Doğrudan temin usulü, 4734 sayılı Kanununun 18 inci maddesinde sayılan ihale usullerinden biri olmayıp, Kanununun 22 nci maddesinde öngörülen koşullarda uygulanan alım yöntemidir. Bu usulde yapılan alımlara ilişkin şikayetler, anılan maddedeki koşullar oluşmadığından bu yöntemle alım yapılamayacağına ilişkin olması halinde Kurum tarafından incelenebilir, bunun dışında yapılan işlemlere karşı Kuruma itirazın şikayet başvurusunda bulunulamaz. 4734 sayılı Kanununun 53 üncü maddesinde Kamu İhale Kurumu’nun görevleri arasında “ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde yapılan işlemlerde bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olmadığına ilişkin şikayetleri inceleyerek sonuçlandırmak” belirtilmiştir. Doğrudan temin usulü bir ihale usulü olmadığından ve şikayet başvurusu alım konusu ürüne yönelik olduğundan, başvurunun Kurumun görev alanında bulunmadığı tespit edilmiştir. Açıklanan nedenlerle; Başvurunun görev yönünden reddine, oybirliği ile karar verildi.”, **Kamu İhale Kurulu**’nun 3.3.2005 tarihli ve 2005/UM.Z-440 sayılı kararı, *Resmî Gazete*, 3.4.2005, S. 25775.

sözleşme imzalanması aşamasına kadar ihale ilanı ile ihale ve ön yeterlik dokümanlarında yer alan hususlar yanında bu hususlarla idari uygulamalar arasındaki uyumsuzluklar da dahil olmak üzere ihale sürecindeki bütün eylem ve işlemler olarak tanımlamak mümkündür¹¹².

C. Şikayet Nedenleri

Alım sürecinin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar geçen süreçteki işlem ve eylemlerin¹¹³, hukuka ve Kanunda belirtilen esaslara aykırılığından bahisle şikayete konu edilmesi mümkündür. Ancak şikayete konu edilebilecek hususlar, alım süreciyle doğrudan ilgili olmalıdır. Alım süreciyle doğrudan ilgisi bulunmayan, idare ve ihale komisyonunun dışında kalan, örneğin Maliye Bakanlığının vize işlemi veya sözleşmelerin Sayıştay’ca tescili gibi işlemlerin şikayet nedeni yapılması mümkün değildir¹¹⁴.

Şikayet nedeni olarak ileri sürülebilecek hususlar, şikayet ehliyetine sahip olan kişinin alım sürecindeki sıfatına göre değişiklik göstermektedir. Aday veya istekli sıfatını haiz olanlar, alım sürecindeki tüm işlem ve eylemleri şikayet sebebi olarak ileri sürebilecekleri halde, istekli olabilecek durumunda olanlar ise sadece ihale ilanı ve ön yeterlilik dokümanında yer alan hususlar ile bu hususlarla uygulama arasındaki uyumsuzlukları şikayet nedeni olarak gösterebilmektedirler. Yani istekli olabilecekler, alıma teklif vermediklerinden bu aşamadan itibaren şikayet hakkına sahip değildirler¹¹⁵.

D. Şikayetin Sonuçları

a. İdarenin Alım Onayı Verememesi ve Sözleşme İmzalayamaması

4734 sayılı Kanunun idareye şikayeti düzenleyen 55 inci maddesi gereğince tek başına şikayet başvurusunun yapılması, sözleşme yapılması noktasında idareyi kısıtlayan bir durumdur. Her ne kadar mezkur maddede bu yönde açık bir düzenleme

¹¹² UZUN, Mükremin, “İhale Sürecinde İhale İşlemlerine Karşı İtiraz ve Şikayet Yolu-I”, *Belediye Dünyası*, C. 5, S. 7, Temmuz 2004, s. 19.

¹¹³ ERBAŞ, s. 37.

¹¹⁴ ALTUN, Muhsin, *En Son Değişiklikler İle Kamu İhale Düzeni Uygulama Esaslarının Açıklanması*, Yaklaşım Yayınları, Ankara 2004, s. 480.

¹¹⁵ TAŞDELEN, s. 129.

olmasa da, 7 nci fıkrada yer alan “*Şikayet sunulduktan sonra, ihale yetkilisince ivedilik ve kamu yararı bulunması nedeniyle ihale işlemlerine devam edilmesi gerektiği onaylanmadıkça idare sözleşme imzalamaz*” hükmünden hareketle şikayetin, sözleşme yapılmasına engel bir durum olduğu ortadadır¹¹⁶. Bu sebeple, şikayet başvurusu nihai kararlar sonuçlandırılmadıkça veya ivedilik veya kamu yararı gereği ihale işlemlerine devam edilmesi onaylanmadıkça sözleşme imzalanması mümkün değildir¹¹⁷. Açık hükme rağmen imzalanmış ise bu defa da sözleşmenin hükümsüzlüğünden bahsetmek gerekecektir. Zira Kanunun yukarıda zikredilen maddesinin 7 nci fıkrasının devamında yer alan açık hüküm gereğince “*İhale işlemlerine devam edilmesi konusunda gerekçeli olarak alınan bu onay, sözleşme imzalanmadan en az yedi gün önce şikayette bulunan aday veya istekliye tebliğ edilmiş olmasını sağlamak üzere gerekli süre dikkate alınarak bildirilir. İdarece usulüne uygun bildirim yapılmadan sözleşme imzalanmışsa, ihale kararı ve sözleşme hükümsüz*” olacaktır.

Ancak şikayetin alım sürecine tesirinin, tam olarak ne olduğu daha doğrusu hangi işlemlere etkili olduğu, üzerinde durulması gereken bir husustur. Kanunda, şikayetin hangi sonuçlara yol açtığı açıkça düzenlenmemiştir. Şikayetin, sözleşmenin imzalanmasına engel olduğu hususu ise 55 inci maddenin 7 nci fıkrasının ilk cümlesinde yer alan hükmün karşıt anlamından çıkarılmaktadır. Öte yandan, 7 nci fıkranın ilk cümlesinin devamında yer alan diğer hükümler ise birbiriyle uyumsuzluk içindedir. Zira fıkranın sonunda yer alan hüküm gereğince, gerekli usulü kurallara uyulmaması halinde sözleşmenin yanında ihale kararının da hükümsüz olacağından bahsedilmektedir. Ancak alım sürecinde ihale kararı dışında tesis edilen diğer idari işlemlerin, örneğin ihale komisyonu kararı gibi, akıbetlerinin ne olacağı hususu açıklığa kavuşturulmamıştır.

Bu kapsamda yazarlar arasında tam bir görüş birliği olduğunu söylemek güçtür. UZ’a göre şikayet başvurusunun yapılmasıyla alım süreci kendiliğinden durmuş olacağından idarenin herhangi bir idari işlem yapması ya da sözleşme imzalaması mümkün bulunmamaktadır¹¹⁸. TAŞDELEN’e göre ise, şikayet başvurusu; idareyi

¹¹⁶ *İbid.*, s. 132.

¹¹⁷ **UZ**, s. 405.

¹¹⁸ *İbid*; Aynı yöndeki görüş için bkz. **BAL**, Ergun, “İhalelere Karşı İdari Başvuru Yolları”, *Mali Hukuk*, Yıl 18, S. 104, Mart-Nisan 2003, s. 104.

sadece sözleşme imzalanma noktasında sınırlamakta olup alım sürecinde tesis edilecek diğer işlemlerin yapılması hususunda ise sınırlamamaktadır¹¹⁹.

Dikkat edileceği üzere, Kanunda şikayetin, sözleşme dışında kalmak üzere alım sürecindeki diğer işlemlerin yapılmasını durduracağı yönünde açık bir düzenleme yoktur. Sadece “*İhale işlemlerine devam edilmesi konusunda gerekçeli olarak alınan bu onay, sözleşme imzalanmadan en az yedi gün önce şikayette bulunan aday veya istekliye tebliğ edilmiş olmasını sağlamak üzere gerekli süre dikkate alınarak bildirilir. İdarece usulüne uygun bildirim yapılmadan sözleşme imzalanmışsa, ihale kararı ve sözleşme hükümsüz sayılır*” hükmünde açıklandığı üzere ihale işlemlerine devam edilmesi kararı alınmadıkça sözleşme imzalanması halinde hem sözleşmenin hem de ihale kararının hükümsüz olacağı belirtilmiştir. İhale kararı dışında alım sürecinde tesis edilen diğer idari işlemlerin, örneğin ihale komisyonu kararlarının, akıbetlerinin ne olacağı ise düzenlenmemiştir. Bu çerçevede durum değerlendirildiğinde şikayet başvurusu olması halinde idarenin, alım sürecini sona erdirici, yani iradesini açıklayıcı, bir bakıma ön kabul niteliğinde idari işlem tesis etmesi ve sözleşme imzalaması mümkün olmamakla birlikte diğer işlemleri yapmasına imkan bulunmaktadır. Zira bu kapsamda tesis edilen işlemlerin, şikayet başvurusunun incelenmesi üzerine hukuka aykırı olduklarının tespit edilmesi halinde düzeltilmesi, geri alınması ya da kaldırılması mümkün olabilecektir.

Diğer taraftan, “*İhalelere Karşı Yapılacak İdari Başvurulara Ait Yönetmelik*”te, Kanunda yer alan kapalı düzenlemeye nazaran daha açık bir hüküm ortaya konulmuştur. Yönetmeliğin “*İhale Sürecinin Devamı*” başlıklı 13 üncü maddesinde yer alan “*İdareye yapılan şikayet başvurusu sonuçlandırılmadıkça veya ivedilik ve kamu yararı bulunması nedeniyle ihale işlemlerine devam edilmesi İhale Yetkilisince onaylanmadıkça, sözleşme imzalanamaz. Şikayet sunulduktan sonra, şikayet sonuçlandırılmadan ihale yetkilisince gerekçeli olarak ihale sürecine devam edilmesi ve sözleşmenin imzalanmasına karar verilebilir.*” hükmüyle alım süreci kapsamında tüm işlemlerin yapılamayacağı hüküm altına alınmıştır.

Anayasanın 124 üncü maddesi gereğince; yönetmelikler, kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla çıkarabilmektedir. Bu nedenle, yönetmeliklerle normlar hiyerarşisi¹²⁰ ne göre kanunda

¹¹⁹ TAŞDELEN, s. 133.

¹²⁰ Bir hukuk düzeninde mevcut olan, anayasa, kanun, tüzük, yönetmelik gibi normlar, dağınık hâlde ve rasgele değil, alt-alta, üst-üste bulunur. Bu normların arasında altlık-üstlük ilişkisi vardır. Buna “normlar

yer alan kuraldan daha geniş anlam taşıyacak bir kural konulması mümkün olmadığına göre Kamu İhale Kurumunca çıkarılan mezkur Yönetmeliğin ilgili hükmünün, dayandığı Kanun maddesinden daha geniş hükümler ihtiva etmekle hukuka aykırı olduğu açıkça ortadadır¹²¹.

b. İvedilik ve Kamu Yararı Gereği Sözleşme İmzalanması

Alım sürecinde idareye yapılan şikayetin, idarenin sözleşme imzalaması önünde bir engel olduğunu yukarıda açıklamıştık. İdare, kendisine yapılan bu başvuru hakkında yapacağı inceleme üzerine vereceği nihai kararıyla düzeltici işlem belirlemek veya başvuruyu reddetmek suretiyle sürece devam etmeye karar verebileceği gibi düzeltici işlemle dahi düzeltilmesi mümkün olmayan hukuka aykırılık durumlarında ise alım sürecindeki işlemler iptal ederek süreci sona erdirme yetkisine sahiptir. Ancak yapılan başvuruya rağmen sözleşme imzalanması hususunda ivedilik ve kamu yararı varsa bu sebebe dayanarak idare, sözleşme imzalama yoluna gitme yetkisine de sahiptir.

Burada öncelikle üzerinde durulması gereken husus, idarenin yapacağı alımla kamu yararı arasındaki ilişkinin varlığı ya da yoğunluğudur. Zira kamu hizmetinin görülmesiyle doğrudan ilişkisi olmasa da yapılan alımla sonuçta idareye verilen bir kamu hizmetinin görülmesi ve sonuçta kamu yararı amaçlandığı şeklinde genel bir tanım yapılması mümkün görünse de maddi olaylarda her zaman bu durumun gerçekleşmesi mümkün olmayabilir. Yani bazı durumlarda idarenin yapacağı alımın kamu hizmeti ve onun ayrılmaz parçası olan kamu yararı ile olan ilişkisinin varlığı ya da derecesi tartışılabilir. Aslında buna sebep, çoğu yasal düzenlemede doğrudan kamu yararı tanımının yapılmamış olmasıdır. Nitekim Kamu İhale Kanununda da kamu yararından anlaşılması gerekenin ne olması gerektiği yönünde açık bir tarife de rastlanmamaktadır. Hatta yargı yerleri dahi, kamu yararı için bağlayıcı ve genel geçerli

hiyerarşisi" veya "hukuk düzeni piramidi" denir . Bu hiyerarşi de alt basamakta yer alan norm geçerliliğini üst basamakta yer alan normdan alır ve dolayısıyla ona uygun olmak zorundadır. **GÖZLER**, Kemal, *Anayasa Hukukuna Giriş*, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2004, s. 14; Anayasa Mahkemesi de nitekim Maden Kanunuyla ilgili olarak verdiği kararındaki "*Bilindiği gibi Anayasa'nın 124 üncü maddesi "Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilir" hükmünü getirmiştir. Buna göre yönetmelik çıkarmak suretiyle bir düzenleme yapıldığı zaman, bu düzenlemenin, dayandığı kanun veya tüzüğe aykırı olmaması gerekir.*" hükmüyle konuya açıklık getirmektedir. **AYM**'nin 24.12.1986 tarihli ve E. 1985/20, K.1986/30 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 15.4.1987, S. 19401; **TEZİÇ**, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 1991, s. 58.

¹²¹ **TAŞDELEN**, s. 133.

bir tanımını bilinçli olarak yapmamaktadırlar. Ancak her olayın şartları dikkate alınarak gerekli görülüyor ise kamu yararı kavramı ile bağlantı kurulabilmektedir¹²².

Bu bağlamda, kamu alımlarıyla ilgili olarak kamu yararından bahsedilirken her bir somut olaya göre değerlendirme yapılması gerekmekte olup ortaya çıkan durumda kamu yararının varlığı ya da yoğunluğu nispetinde şikayet başvurusu sebebiyle duran alım sürecine devam edilmesine karar verilmesi gerekecektir.

Kanunun 55 inci maddesi ve Yönetmeliğin 13 üncü maddesinde hükmünü bulan “*ivedilik ve kamu yararı gereği ihale işlemlerine devam edilmesi*” kararı, şikayet başvurusunu sonuçlandıran nihai nitelikte bir işlem olmayıp, şikayet başvurusu idare tarafından sonuçlandırılmaya kadar geçecek sürede uygulanacak geçici tedbir niteliğinde bir karardır¹²³.

İhaleyi yapan idare tarafından ivedilik ve kamu yararı gereği¹²⁴ ihale işlemlerine devam edilmesi yönünde verilecek kararın, gerekçeli olması gerekmektedir. Zira

¹²² GÜLAN, Aydın, “Conseil d’Etat’nın Kamu Yararı Kavramına Yaklaşımı”, 2000 Yılı İdari Yargı Sempozyumu, www.danistay.gov.tr, 31.5.2006, Yazara göre; “İdare Hukukunun, hatta devletin temelinde yer aldığı belirtilen kamu yararı kavramı; doğumuna yol açtığı tüm idare hukuku müesseselerini, bu arada öncelikle kamu hizmeti kavramını, şimdi işlev değiştirmiş bir biçimde bertaraf etmek, idare hukuku direncini kırmak ve onu adlileştirmek amacıyla öne çıkarılan bir manevla kavram olarak da kullanılmaya çalışılmaktadır. Ortaya çıktığı ve idare hukukuna yön verdiği dönemlerinde, idarenin üstün yetkilerinin ve kamu hizmeti, kamu malı, tek yanlı işlem gibi özelliklerinin gerekçesi olan kamu yararı kavramı, şimdi özellikle kamu hizmetinin özel kişilerce görülme usulleri kapsamında oluşmuş kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi gibi usullerin, yargı kararları ile ortaya çıkmış “kamu hukuku ağırlıklı” hukuki yapısının bertaraf edilebilmesi için kullanılabilir. Belki de bu sebeple artık kamu hizmeti terimi yerine, adeta kamu hizmeti terimini ve onun beraberinde getirdiği hukuki yapıyı gündemden çıkarmak ve unutturmak için kamu yararı kavramı da kullanılmaya başlanmıştır. Kamu yararı gibi kavramların içi boş ve ideolojik direnç noktaları olarak değerlendirilmesine engel olabilmek, olayın verilerinden kaynaklanan, teknik, hukuki gerekçelerin kullanılan idare hukuku metodu sayesinde ulaştığı sonuç olarak ortaya konulacak kamu yararı formülü, ikna edici, makul kurgusu ile idare hukuku içindeki gerçek yerini koruyabilecek, görevini yerine getirebilecektir.”

¹²³ UZ, s. 406.

¹²⁴ Şikayet başvurusu üzerine idarenin alım sürecine devam edebilmesine imkan tanıyan ve Kanunda “ivedilik ve kamu yararı” olarak açıklanan bu koşula, 24.5.2004 tarihli ve 25471 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe konulan “İhalelere Karşı Yapılacak İdari Başvurulara Ait Yönetmelik” öncesindeki, düzenlemede ikinci bir koşul daha eklenmiş ve bu iki koşulun bir arada gerçekleşmesinin gerektiği belirtilmişti. Eski düzenlemenin 17 nci maddesine göre idarenin sözleşme imzalayabilmesi için; şikayet başvurusundaki iddiaların somut ve ciddi nitelikte bulunması veya iddiaların ilgili mevzuat hükümlerine açıkça aykırı olması ve ihale konusu işin ivedi nitelikte olması ve şikayetin idarece karara bağlanması için zorunlu olarak geçecek sürede sözleşmenin imzalanmaması halinde telafisi zor veya imkansız zararların doğacak olması koşullarının birlikte mevcut olması gerekmektedir. Görüldüğü gibi Kanunda, ivedilik ve kamu yararı bulunması, idarenin bu kararı alabilmesi için yeterli görülmeyle, eski Yönetmelikte bu koşula, şikayet başvurusundaki iddiaların somut ve ciddi nitelikte bulunmaması veya iddiaların ilgili mevzuat hükümlerine açıkça aykırı olması koşulu eklenmiştir. Yani, Kanuna göre ivedilik ve kamu yararı gereği alım sürecini devam ettirebilecek olan ihale yetkilisi, Eski Yönetmelik düzenlemesi gereği, eğer yapılan başvurudaki iddialar somut ve ciddi nitelik taşıyorsa veya iddialar ilgili mevzuat hükümlerine açıkça aykırı değilse alım sürecine devam edilmesine ve sözleşmenin imzalanmasına karar veremeyecekti. Böylece idareye yapılan yersiz şikayet başvurularıyla ihale sürecinin durması karşısında idarenin alım sürecinin devamına karar verebilmesi, eski Yönetmelik düzenlemesi ile

Kanunun 55 inci maddesinde yer alan “İhale işlemlerine devam edilmesi konusunda gerekçeli olarak alınan bu onay...” hükmünden de açıkça anlaşıldığı üzere, idare kendisine bu yönde verilen takdir yetkisini sınırsız bir şekilde kullanma hakkına sahip değildir. İdare, bu yönde kullanacağı takdir yetkisini gerekçelendirmek zorundadır. Yani idare, kendisini bu tür bir karar almaya zorlayan kamu yararının varlığını ortaya koymak yükümlülüğü altındadır.

Hukuk devleti ilkesinin tezahürü mahiyetinde olan idari işlemlerde gerekçe ilkesi, idari usul kanuna sahip ülkelerin hukuk sistemlerinde ayrıntılı düzenlemelere konu olmuştur. Ülkemizde ise idarenin yaptığı işlemlerde gerekçe göstermeye zorlayacak genel kural olmamakla birlikte¹²⁵ mevzuatta yer alan bazı özel düzenlemelerde gerekçe gösterme yükümlülüğü düzenlenmiştir. Ayrıca Danıştay’ın bir kararında da belirttiği üzere “*idare hukuku esaslarına göre idare, işlemine dayanak olarak gösterdiği sebebin varlığını inandırıcı bir biçimde ortaya koymak zorundadır. Bu sebebin varlığının ortaya konulmaması halinde işlem sebep unsuru bakımından sakat olur*”¹²⁶.

Nitekim Kamu İhale Kanununun 55 inci maddesiyle getirilen ivedilik ve kamu yararı gereği ihale işlemlerine devam edilmesi kararının gerekçeli alınması zorunluluğu da bu kapsamdaki özel düzenlemelerden birisidir¹²⁷. Buna göre idarenin bu yönde vereceği kararın gerekçesinde maddi ve hukuki nedenler açıklanmak zorundadır¹²⁸.

getirilen ikinci koşul nedeniyle zorlaştırılmıştı. Kanun ve eski Yönetmelik düzenlemesi arasındaki açık çelişkiye işaret eden bu durum, söz konusu Yönetmelik hükmünün iptalini gerektirebilecek nitelikteydi. Aslında kötü niyetli başvurular nedeniyle alım sürecinin otomatik olarak durması ihtimali karşısında, şikayet başvurusundaki iddiaların somut ve ciddi nitelikte bulunmaması veya iddiaların ilgili mevzuat hükümlerine açıkça aykırı olması halinde, alım sürecinin devamına karar verilebilmesi için yeterli olduğu da düşünülebilir. Tabi bu düşünce tarzı, Kanunun açık düzenlemesi karşısında geçerli olamayacağı gibi, gerçekten haklı nedenlerle yapılan şikayet başvurularını, alım sürecine devam edilerek sözleşme imzalanması söz konusu olduğunda anlamsız hale getirecektir. Kamu İhale Kurumu, yukarıda belirtilen sakıncaları göreve başladıktan bir buçuk yıl sonra fark etmiş olacak ki, 24.5.2005 tarihli ve 25471 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe konulan Yönetmelikle, söz konusu düzenlemede değişikliğe gitmiştir. Buna göre; idareye yapılan şikayet başvurusu sonuçlandırılmadıkça veya ivedilik ve kamu yararı gereği ihale işlemlerine devam edilmesi ihale yetkilisince onaylanmadıkça, sözleşme imzalanamayacaktır. **UZ**, s. 405-406.

¹²⁵ Mevcut yasal düzenlemeye rağmen, gerekçe ilkesinin herhangi bir düzenleme ile hüküm altına alınması bile bir genel hukuk ilkesi olarak Anayasanın 2 nci maddesinde yer alan “hukuk devleti” ilkesinin genel bir sonucu olduğunu söylemek mümkündür. **AKYILMAZ**, *İdari İşlemin Yapılış Usulü*, s. 201.

¹²⁶ **Da12D**’nin 6.6.1979 tarihli ve E.197/2838, K.1979/2443 sayılı kararı, *Danıştay Dergisi*, S.36-37, s. 591.

¹²⁷ Bu kapsamda verilebilecek diğer bir örnek ise 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanununun 13 üncü maddesinde yer almaktadır. 13 üncü maddeye göre, “Genel Müdürün görev süresi dört yıldır. Süre sonunda yeniden atanabilir. Genel Müdür, milli güvenliğin ve kamu düzeninin gerekli kıldığı, Devlet memuru olma niteliğini yitirdiği, ağır hizmet kusuru işlediği veya tarafsızlığın ihlal edildiği

Kurul, uyuşmazlık üzerine önüne gelen olaylarla ilgili olarak verdiği istikrar kazanmış kararlarında ivedilik ve kamu yararı gereği ihale işlemlerine devam edilmesi kararlarının özellikle gerekçesi üzerinde durmaktadır. Kurul, Amasya Sabuncuoğlu Şerefeddin Devlet Hastanesi tarafından açık ihale usulüyle yapılan alım hakkında vermiş olduğu kararında yer alan; “...Anılan maddelerde amaçlanan, şikayet başvurusu yapıldığı ancak ivedi olarak ihalenin sonuçlandırılması gereken durumlarda, ihale yetkilisince ivedilik ve kamu yararı bulunması nedeniyle ihale işlemlerine devam edilmesine imkan sağlanarak, şikayet nedeniyle uzayan ihale sürecinden idarenin olası zararlarını engellemektir. Şikayet sunulduktan sonra, ihale konusu için ivedi nitelikte olması ve şikayetin idarece karara bağlanması için zorunlu olarak geçecek sürede sözleşmenin imzalanmaması halinde telafisi zor veya imkansız zararların doğacak olmasının maddi olayda nasıl gerçekleştiğinin gerekçeleriyle belirtilmesi suretiyle, ihale yetkilisince ihale işlemlerine devam edilerek sözleşme imzalanmasına karar verilebilir. Yukarıda anılan hükümlere göre, ihale yetkilisine tanınan bu hak mutlak ve sınırsız olmayıp, kamu yararı ve hizmet gerekleri ile sınırlıdır.”¹²⁹ hükmüne dayanarak idarece alım süreci kapsamında verilen ivedilik ve kamu yararı gereği ihale işlemlerine devam kararının yukarıda izah ettiğimiz şartları taşımaması sebebiyle iptaline karar vermiştir¹³⁰.

Kamu İhale Kurulu kararlarında belirtildiği üzere, idarenin kamu yararı ve hizmet gerekleriyle sınırlı olarak gerekçe göstermek suretiyle alım sürecine devam edebilmesine imkan tanıyan bu hüküm, doktrinde “idarenin karar alırken sahip olduğu serbestlik”¹³¹ ya da “idarenin bir yetkiyi kullanıp kullanmamakta veya kullanımın bazı gereklerini tayin etmekte serbest bırakılması”¹³² olarak açıklanan takdir yetkisi ile doğrudan ilişkilidir.

hallerde, bu hallerin gerekçeli olarak belirtilmesi suretiyle ve Radyo ve Televizyon Yüksek Kurulunun teklifi ve Bakanlar Kurulu kararı ile görevden alınır.”

¹²⁸ AKYILMAZ, *İdari İşlemin Yapılış Usulü*, s. 208.

¹²⁹ **Kamu İhale Kurulu**'nun 19.12.2005 tarihli ve 2005/UH.Z-2360 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 21.2.2006, S. 26087.

¹³⁰ Benzer yöndeki kararlar için bkz. **Kamu İhale Kurulu**'nun 12.12.2005 tarihli ve 2005/UY.Z-2336 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 5.2.2006, S. 26071; **Kamu İhale Kurulu**'nun 12.12.2005 tarihli ve 2005/UM.Z-2308 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 5.2.2006, S. 26071; **Kamu İhale Kurulu**'nun 12.4.2005 tarihli ve 2005/UH.Z-719 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 5.6.2005, S. 25836; **Kamu İhale Kurulu**'nun 6.1.2005 tarihli ve 2005/UM.Z-32 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 9.3.2005, S. 25750; **Kamu İhale Kurulu**'nun 1.2.2005 tarihli ve 2005/UH.Z-211 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 24.3.2005, S. 25765.

¹³¹ AZRAK, A.Ülkü, “İdari Yargıda Anayasaya Uygunluk Sorunu”, *Anayasa Yargısı*, S. 9, Ankara 1993, s. 330.

¹³² ÖZYÖRÜK, Mukbil, *İdare Hukuku Dersleri*, Ankara 1972, s. 430.

İdare, alım sürecinin devamına karar verirken gerekçesini göstermek suretiyle takdir yetkisi kullanmaktadır. Danıştay'ın bir çok kararına¹³³ yansıdığı üzere idareye tanınan takdir yetkisi sınırsız olmayıp, bu yetkinin kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olarak kullanılması gerekmektedir¹³⁴.

Kanunun 55 inci maddesiyle idare, kendisine verilen bu yetkinin kullanılması esnasında özellikle gerekçenin belirlenmesi noktasında takdir yetkisi kullansa da, aslında ivedilik ve kamu yararı gereği ihale işlemlerine devam edilmesi yönünde idareye tanınan bu yetki, mümkün olduğunca sınırları somutlaştırılarak adeta “bağlı yetki” e yaklaştırılmıştır.

ONAR'a göre, idarenin görev ve yetkilerini düzenleyen mevzuatın idari faaliyetleri ayrıntılı bir şekilde düzenlememesi halinde tam bir takdir yetkisinden bahsetmek mümkün iken ilgili mevzuatın idari faaliyetle ilgili tüm ayrıntıları düzenlemesi halinde bağlı yetkiden bahsedilmektedir¹³⁵. İşte Kanunun 55 inci maddesiyle idareye tanınan bu yetkinin de bağlı yetkiye yaklaştırıldığı görülmektedir. Zira idarenin bu yetkiyi kullanmasına ilişkin esaslar ayrıntılı olarak düzenlenmiş olup bu yetkinin ancak şikayet başvurusu üzerine kullanılabilceği hüküm altına alınmıştır.

Bu duruma idare yapacağı işlemde sebep unsuru bakımından¹³⁶ takdir yetkisine sahip olmaktadır¹³⁷. Nitekim Kamu İhale Kurulu önüne gelen uyuşmazlıklar hakkında verdiği kararlarında, ortada henüz şikayet başvurusu olmadığı halde idarece ivedilik ve kamu yararı gereği ihale işlemlerine devam edilmesi kararlarını hukuka aykırı

¹³³ “...takdir yetkisinin kullanılmasının söz konusu olduğu işlemlere karşı da yargı yoluna gidilebileceği ve yargı yerince bu yetkinin yargı denetimine tabi tutulacağı, gerek öğretilerde, gerekse uygulamada kabul gören bir husustur. Kaldı ki Anayasanın 125 inci maddesi, hiçbir ayırım yapmadan idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunu açık tutmuş, takdir yetkisinin kullanıldığı işlemleri öteki işlemlerden ayrılmamıştır.”, **Da10D**'nin 23.10.1990 tarihli ve E. 1988/2710, K. 1990/2301 sayılı kararı; “2886 sayılı Yasanın 31. maddesinde ihaleyi onaylayıp onaylamama konusunda ita amirine takdir yetkisi tanınmış ise de bu yetkinin kullanılması mutlak ve sınırsız olmayıp kamu yararı ve hizmet gerekleri doğrultusunda yargı denetimine tabi olduğu kuşkusuzdur.”, **Da10D**'nin 18.10.2004 tarihli ve E. 2002/4939, K. 2004/6709 sayılı kararı.

¹³⁴ “İdareye tanınan takdir yetkisinin sınırsız olmadığı bu yetkinin kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olarak kullanılması gerektiği idare hukukunun bilinen ilkelerindedir.”, **Da10D**'nin 23.12.1991 tarihli ve E. 1989/1067, K. 1991/3890 sayılı kararı.

¹³⁵ İdari faaliyetin yerine getirilmesi konusunda mevzuatta ayrıntıların yer alıp almamasına ve bu konuda idareye belirli bir hareket serbestisi sağlanıp sağlanmamasına göre idari yetkiler, bağlı yetki ve takdir yetkisi diye ikiye ayrılır. **ONAR**, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. I, İstanbul 1966, s. 419; **BALTA**, *İdare Hukukuna Giriş*, s. 84; **BONNARD**, Roger, “İdarenin Takdir Selahiyeti”, *İdare Dergisi*, S. 171, Yıl 1944, s. 105; **KIRATLI**, Metin, “Danıştayın İdarenin Takdir Yetkisini Denetlemesi ve Bağlaması”, *Mülkiyeliler Birliği Dergisi*, S. 6, Yıl 1967, s. 31.

¹³⁶ Zaten idarenin takdir yetkisi, bazen sebep unsurunda bazen de şekil unsurunda ortaya çıkmaktadır.

¹³⁷ **KARATEPE**, Şükrü, “İdarenin Takdir Yetkisi”, *Türk İdare Dergisi*, S. 393, Yıl 63, 1991, s. 99.

olduklarından bahisle iptal etmiştir¹³⁸. Gerçekten de kendisine şikayet başvurusu yapılmadığı sürece, idarenin kendiliğinden ihale işlemlerine devam edilmesi yönünde karar alması halinde bu işlem, sebep unsuru yönünden hukuka aykırı bulunmaktadır¹³⁹.

İdare kendisine yapılan şikayet başvurusuna rağmen sözleşme imzalamaya karar verirse tek başına bu husus, onun sözleşme imzalamasına imkan vermemektedir. Zira Kanunun 55 inci maddesine göre bu kararın sözleşme imzalanmadan en az yedi gün önce şikayette bulunan aday veya istekliye tebliğ edilmiş olmasını sağlamak üzere gerekli süre dikkate alınarak bildirilmesi gerekmektedir. Aksi taktirde idarece usulüne uygun bildirim yapılmadan sözleşme imzalanmışsa, ihale kararı ve sözleşme hükümsüz sayılacaktır.

Ancak burada üzerinde durulması gereken diğer bir husus ise, yukarıda zikredildiği üzere alım sürecine devam edilmesi hakkında idarece verilen kararın gerekçesinin, şikayette bulunana gönderilmesinin gerekip gerekmediğidir. Zira Kanunun 55 inci maddesinde bu konuda bir açıklık yoktur. Mezkur hükümde sadece alınan onayın ilgiliye sözleşme imzalanmadan 7 gün önce tebliğ edilmiş olmasından bahsedilmekte ancak gerekçesiyle birlikte gönderilip gönderilmeyeceği hususunda açık bir düzenlemeye yer verilmemektedir. Kurul konuyla ilgili olarak önüne gelen bir uyuşmazlık hakkında verdiği kararında¹⁴⁰ ivedilik ve kamu yararı kararının, gerekçenin

¹³⁸ "...açıklama talebi üzerine idarece ivedilik ve kamu yararı bulunması nedeniyle ihale işlemlerine devam edilmesi yönünde karar alınması mümkün değildir. Henüz idareye şikayet başvurusu yapılmadan alınan şikayete konu bu kararın Kanunda açıklanan koşulları taşımadığı ve usulüne uygun bir ihale işlemlerine devam kararı olmadığı anlaşılmıştır. Açıklanan nedenlerle, İdareye şikayet başvurusu yapılmadan, ivedilik ve kamu yararı bulunduğu gerekçesi ile ihale işlemlerine devam yönünde alınan karar geçersiz olduğundan...", **Kamu İhale Kurulu**'nun 1.8.2005 tarihli ve 2005/UY.Z-1484 sayılı kararı, *Resmî Gazete*, 11.10.2005, S. 25963; Benzer yöndeki diğer bir karar için bkz. **Kamu İhale Kurulu**'nun 4.1.2005 tarihli ve 2005/UH.Z-19 sayılı kararı, *Resmî Gazete*, 9.3.2005, S. 25750.

¹³⁹ **TAŞDELEN**, s. 133.

¹⁴⁰ "4734 sayılı kanunun 55 inci maddesinin 5 inci fıkrasında; "Şikâyet sunulduktan sonra, ihale yetkilisince ivedilik ve kamu yararı bulunması nedeniyle ihale işlemlerine devam edilmesi gerektiği onaylanmadıkça idare sözleşme imzalayamaz. İhale işlemlerine devam edilmesi konusunda gerekçeli olarak alınan bu onay, sözleşme imzalanmadan en az yedi gün önce şikâyette bulunan aday veya istekliye tebliğ edilmiş olmasını sağlamak üzere gerekli süre dikkate alınarak bildirilir. İdarece usulüne uygun bildirim yapılmadan sözleşme imzalanmışsa, ihale kararı ve sözleşme hükümsüz sayılır." hükmü yer almıştır. Anılan maddede geçen "usulüne uygun bildirim yapılması" koşulu, şikâyetçiye bu karara karşı şikâyet hakkını kullanabilmesi için en az 7 gün önceden kendisine bildirim yapılmasına yönelik sözleşme yapabileme şartıdır. İdarece gerekçeli olarak alınan onayın bildirimini usule uygun yapılmış ve şikâyetçi de Kurumumuza başvurarak başvuru hakkını kullanmıştır. Nitekim idarenin almış olduğu ivedilik ve kamu yararı kararı, gerekçenin şikâyetçiye bildirilmemesi nedeniyle Kurul kararıyla iptal edilmiştir." **Kamu İhale Kurulu**'nun 31.3.2005 tarihli ve 2005/UM.Z-652 sayılı kararı, *Resmî Gazete*, 30.5.2005, S. 25830; Halbuki bahsedilen iptal işleminin tesis edildiği **Kamu İhale Kurulu**'nun 1.2.2005 tarihli ve 2005/UM.Z-209 sayılı kararında, iptale gerekçe olarak ivedilik ve kamu yararı gereği ihale işlemlerine devam edilmesi yönünde alınan kararın 55 inci maddede belirtilen şartları taşınamaması gösterilmiştir. Yani gerekçenin ilgiliye gönderilmemesi iptale gerekçe olarak gösterilmemiştir. Aynı alımla ilgili olarak

şikayetçiye bildirilmemesini iptal nedeni saymıştır. Konuyla ilgili olarak idare hukukunun genel prensipleri çerçevesinde değerlendirme yapılması gerekmektedir.

İdari işlemin sebep unsuru, yapılan işlemin doğru ya da yanlış, hukuka uygun ya da aykırı, savunabilir ya da savunulamaz olmasına bakılmaksızın idari işleme mesnet olan mülhaza ve düşünceleri ifade etmekteyken; gerekçe, işlem metninin bir parçasıdır yani unsuru değildir. Bu sebeple, gerekçesiz işlem olabildiği halde sebepsiz işlem olmayacağı açıktır. Gerekçeyle idare, idari işlemin sebeplerini ortaya koyarak neden başka bir içerikte işlem yapmadığını ortaya koymaktadır. Kısacası gerekçe, işlemin yöneldiği kişinin, idarece doğru karar verildiği yönünde ikna olmasına yardımcı olan ve işlem metninde yer alan bilgileri ifade etmektedir. Bu bakımdan gerekçe ile sebep farklı işlemlere sahiptir. Sebep unsuru yargıca, gerekçe ise daha çok ilgiliye yöneliktir¹⁴¹.

Danıştay, “İdarenin İşlemleri Karşısında Bireyin Korunması Hakkındaki Avrupa Bakanlar Komitesinin 77-31 sayılı Kararı”na¹⁴² ¹⁴³ atıf yaparak verdiği bir kararında¹⁴⁴ “ilgilinin hak ve özgürlüklerine veya çıkarlarına değinen bir idari işlem söz konusu olursa, olabilecek itiraza olanak vermek için gerekçeli olması öngörülmüştür. İdari işlemin gerekçeli olması ilkesi, işlemi yapan idareyi yönetsel işlemin dayandığı maddi ve hukuksal nedenleri açıklamaya, uyguladığı yasayı kavramaya, doğru ve anlamlı olgular ortaya koymaya ve denetim yapmaya zorlar. Gösterilen gerekçe, işlemin yasaya uygunluğunu değerlendirme, itiraz edip etmeme ve yargı yoluna gidip gitmeme

verilen iki ayrı kararda birbiriyle çelişen hususlara yer verilmekle Kurulun söz konusu kararlarının hukuka aykırı olduğu düşünülmektedir. Karar metni için bkz. *Resmi Gazete*, 24.3.2005, S. 25765.

¹⁴¹ **AKYILMAZ**, *İdari İşlemin Yapılış Usulü*, s. 200.

¹⁴² Kararın çevirisi için bkz. **KUNTBAY**, İhsan, “İdari İşlemler Karşısında Bireylerin Korunması Hakkında (77) 31 sayılı Bakanlar Komitesi Kararı”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 11, S. 4, 1978; Kararın IV. İlkesinde şu ifadeler yer verilmektedir; “ilgilinin haklarına, özgürlüklerine veya çıkarlarına değinen bir idari işlem söz konusu olunca, bunun bir gerekçeye dayandırılması-özellikle muhtemel bir itiraza olanak vermek için- temel öğedir. Aksi halde, ilgili söz konusu işleme itirazın uygun olup olmayacağına karar verecek durumda olamaz. O halde ilke bu durumla (itiraz durumu) sınırlandırılmıştır.”, **KULAK**, Sercan Coşkun, “İdari İşlemlerde Gerekçe”, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_246.htm, 26.5.2006.

¹⁴³ **AKILLIOĞLU**, Tekin, *Yönetim Önünde Savunma Hakları*, TODAİE Yayınları, Ankara 1983, s. 191 vd.; Komite bu kararla dinlenme hakkı, belgelere erişim hakkı, idari usulde temsil ve danışmanlık hakkı, idari işlemlerde gerekçe yükümlülüğü ve hukuki başvuru yollarının gösterilmesi şeklindeki beş ilke tespit ederek, üye devletlerin milli idari usul hukukları açısından bunların dikkate alınmasını talep etmiştir, **AKYILMAZ**, Bahtiyar, “İyi Yönetim ve Avrupa İyi Yönetim Yasası”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VII, S. 1-2, Haziran-Aralık 2003, s. 157.

¹⁴⁴ **Da10D**'nin 10.11.1994 tarihli ve E.1993/1403, K.1994/5633 sayılı kararı; Diğer taraftan AET Anlaşmasının 190 ıncı maddesi Konsey veya Komisyon tarafından yapılan her türlü işlemin gerekçeli olması gerektiğini öngörmektedir. Anlaşmanın 173 üncü maddesine göre ise bu hükme uyulmaması esasa ilişkin bir şekil ihlalidir. Adalet Divanı, 1987 yılında verdiği bir kararında gerekçe gösterme mecburiyeti öngören bir kural olmasa da, üye ülkeler için, idari işlemlerde gerekçe zorunluluğunu getirmektedir. **KABOĞLU**, İbrahim, “Avrupa Topluluğu Adalet Divanı Jürisprüdansı ve İdari Kararların Gerekçeli Olma Zorunluluğu”, *I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi*, Danıştay Yayınları, Ankara 1-4 Mayıs 1990, s. 309-310.

konusunda işlemin ilgisine yardımcı olur” demek suretiyle işlemin gerekçesinin ilgisinin bilgisine sunulması gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Diğer taraftan 11 Mart 1980 tarihinde kabul edilen “*İdari Takdir Yetkisinin Kullanılmasına İlişkin R(80) 2 sayılı Avrupa Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı*”na¹⁴⁵ göre; bir idari makam takdir yetkisini kullanırken, kişilerin haklarına, özgürlüklerine veya menfaatlerine zarar verecek şekilde bir genel idari ilkedden ayrılırsa, ilgili kararın gerekçesinden haberdar edilmesi gerekmektedir¹⁴⁶.

Zikredilen Danıştay kararı çerçevesinde Kanunun 55 inci maddesi değerlendirildiğinde ivedilik ve kamu yararı bulunması nedeniyle ihale işlemlerine devam edilmesi konusunda idarece alınan kararın, gerekçesiyle birlikte şikayette bulunana gönderilmesi gerektiği Kanunla amaçlanan denetim mekanizmasının bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira ilgili, kendisine yapılan tebligat üzerine yapılan işlemin dayandığı gerekçeyi de göz önüne alarak itirazın şikayet başvurusu yoluna gidip-gitmeme noktasında seçimlik hakkını kullanacak ve ayrıca başvuru gerekçelerini de ortaya koyabilecektir.

Şikayet başvurusu üzerine idarece ivedilik ve kamu yararı gereği ihale işlemlerine devam edilerek sözleşme imzalanmasına karar verilmesi halinde, bu konuda kendisine tebligat yapılan şikayet sahibine Kanunla genel usulden farklı bir şekilde Kamu İhale Kuruluna üç gün içinde itirazın şikayet başvurusunda bulunma imkanı getirilmiştir.

c. Şikayetin Nihai Karara Bağlanması

Kanunun 55 inci maddesine göre şikayet başvurusu, sözleşme imzalanmadan önce ve belirtilen süre içerisinde ilgili idareye yöneltilirse dikkate alınmak zorunda olup başvurunun idarece mutlaka nihai bir karara bağlanması gerekmektedir. Zira kamu yararı ve ivedilik kararı, şikayeti sonuçlandıran nihai bir işlem olmayıp tedbir niteliğinde adeta bir ara karardır. Bu sebeple bu türlü bir karar alınsa bile şikayet hakkında inceleme yapılarak nihai karar verilmesi gerekir.

¹⁴⁵ Kararın Türkçe tercümesi için bkz. **KARAHANOGULLARI**, Onur, “İdari Takdir Yetkisinin Kullanılmasına İlişkin R(80) 2 sayılı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 45, S. 1-4, 1996, s. 323-341.

¹⁴⁶ **ERDEM KARAHANOGULLARI**, Özlem, “Avrupa Konseyi ve İdare Hukuku”, http://www.danistay.gov.tr/5-AK_ve_idare_Hukuku.htm, 26.5.2006.

55 inci maddenin değişik 5 inci fıkrasında belirtildiği üzere; idare, Şikayetin verilmesini izleyen otuz gün içinde gerekçeli bir karar alır. Bu kararda, Şikayet tamamen veya kısmen haklı bulunmuŐsa alınması gereken düzeltici önlemler de belirtilir. Şikayetin esasının incelenmesi neticesinde idarece verilecek karar türleri Yönetmeliğin 15 inci maddesinde sayılmıştır. Buna göre;

- Düzeltme yapılması yoluyla giderilebilecek ve ihale sürecinin kesintiye uğratılmasına gerek bulunmayan durumlarda, düzeltici işlemin belirlenmesi,

- İhale sürecinin devam etmesine engel oluşturacak ve düzeltici işlemlerle giderilemeyecek bu Kanuna ve ilgili mevzuatına aykırı bir durumun tespit edilmesi halinde, ihale işlemlerinin iptali,

- Şikayet başvurusunun uygun bulunmadığı, kararlarından biri verilebilir.

Bu surette alınan karar, Kanunun yukarıda zikredilen hükmü ve Yönetmeliğin 34 üncü maddesi gereğince bütün aday veya isteklilere karar tarihini izleyen yedi gün içinde bildirilmek zorundadır.

İdarenin Şikayet başvurusunu sonuçlandırdıktan sonra sözleşme imzalama aşamasına geçmesi ile ilgili olarak, Kanun ve Yönetmelik arasında uyumsuzluk daha doğrusu bir çeliŐki olduğunu söylemek zorunluluğu vardır. Zira Kanunda hiçbir surette sözleşme imzalanması için beklenmesi zorunlu bir süreden bahsedilmediği halde Yönetmeliğin 34/1 maddesine göre, nihai karar gereklerinin yerine getirilebilmesi için yani sonucunda sözleşme imzalanabilmesi için bütün aday ve isteklilere yapılan bildirimden itibaren 15 günlük itirazın Şikayet başvuru süresinin de beklenmesi gerekmektedir. Görüleceği üzere, Yönetmelikte yapılan düzenlemeyle Kanun hükümlerini aşan nitelikte düzenlemeye gidilmiştir.

Aslında Yönetmelikte yapılan düzenlemenin haklı gerekçeleri olduğunu da söylemek mümkündür. Zira idarelerin bu Şekilde bir bekleme süresiyle sınırlandırılmamaları durumunda Kanunda ngrlen denetim mekanizmasının ikinci aşaması olan itirazın Şikayet denetiminin işlemez hale gelmesi kaçınılmaz olacaktır. Örneğin idare, Şikayet başvurusunu nihai olarak karara bağladıktan sonra bu kararını ilgililere tebliğ ederken aynı zamanda da ihale üzerine kalan istekli ile sözleşme imzalayabilir. Bu durumda sözleşme imzalanıp özel hukuk hükümlerine bir ilişki ortaya çıktıktan sonra idari işlem safhası sona ermekte ve Kanunun 55 inci maddesine göre idari denetim imkanı ortadan kalkmaktadır.

Bu bağlamda, Yönetmeliğin 34 üncü maddesinde yapılan düzenleme, Kanunla güdülen temel amaca hizmet etse de Kanuni hükümleri aşacak şekilde türev bir düzenleme yapılması hukuka uygun düşmemektedir. Kanımızca Kanunun 55 inci maddesinin, idarenin şikayet başvurusunu nihai kararlarla sonuçlandırması üzerine sözleşme imzalayabilmek için en azından 15 gün beklemesini zorunlu kılacak şekilde yeniden düzenlenmesi gerekliliği bulunmaktadır.

Kanunun 55 inci maddesinde idarenin şikayet başvuruları hakkında nihai karar vermesi gerektiği yönünde hükümler içerse de bunun dışında nihai karar yerine geçebilecek diğer bir olasılık daha düzenlenmiş bulunmaktadır. 55 inci maddenin değişik 6 ncı fıkrasından anlaşıldığı üzere, idarenin 30 gün içinde karar almaması halinde bu durum zımni red olarak kabul edilmiş ve bunun üzerine Kamu İhale Kurumuna itirazın şikayet başvurusu yapılabileceği hususu hüküm altına alınmıştır.

Esasen idarenin kendisine yapılan başvuruya karşı susması, idarenin seçebileceği durumlardan birisi olmamalıdır. İdarenin, kendisine yapılan başvuruya karşı kabul ya da red şeklinde doğrudan işlem tesis etmesi gerekir. Susma ya da zımni red, ancak çok ayrıksı durumlarda ortaya çıkmalıdır dolayısıyla bu yolun başvuruya karşı idarenin takınacağı üçüncü tür bir tutum olarak genel kabul görmemesi gerekir¹⁴⁷.

Ancak bu genel ilkeye karşın Türkiye idaresi için bu durumun giderek artan bir oranda geçerlilik kazanan bir vakıa olduğunu söylemek gerekir. Öyle ki son yıllarda açılan iptal davalarının büyük bir kısmının idarelerinin başvuruları zımnen red etmesi üzerine yargı yerlerinin önüne geldiği de bir gerçektir¹⁴⁸. Nitekim bu kapsamda İYUK m. 10'da idarelerin başvurulara karşı susmalarına ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Bu bağlamda Kamu İhale Kanununda yapılan düzenlemede de bu tür bir yaklaşım görülmektedir. Yukarıda da zikredildiği üzere, şikayet başvurusu üzerine idarenin 30 gün içinde cevap vermemesi durumu zımnen red olarak düzenlenmiştir.

Konuyla ilgili olarak üzerinde durulması gereken diğer bir husus ise 3.10.2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanunla, Anayasanın 74 üncü maddesinde yapılan değişiklik

¹⁴⁷ “Haklarında tesis edilmiş bir idari işlemin düzeltilmesi, kaldırılması veya haklarında bir işlem tesisi istemiyle idareye bir dilekçe ile başvurmak ilgililer bakımından “hak” olmakla birlikte; idarelerin bu başvurulara cevap vermemesi veya böyle bir dilekçe yokmuş gibi davranması hak veya yetki olarak değerlendirilemez. İdare her başvuruyu değerlendirmek ve istem hakkında işlem tesis etmek zorundadır. İdari Yargılama Usulü Yasasında sözü edilen “zımni ret” işlemi, idarelerin, başvurular karşısında hareketsiz kalma hakkının varlığını değil, ilgililerin konuyu bir an önce yargı yerine götürülebilmelerini sağlamak amacıyla getirilmiştir.”, **DİDDGK**'nın 9.2.2001 tarihli ve E. 2000/988, K. 2001/143 sayılı kararı.

¹⁴⁸ **ZABUNOĞLU**, s. 195.

sonrasında dilekçe hakkı kapsamında yapılan başvurulara karşı idarelere yazılı olarak cevap verme yükümlülüğünün yüklenmiş olmasıdır. Bu bağlamda dilekçe hakkının etkin bir şekilde kullanılabilmesini teminen tüm idari makamlarca uygulanmak üzere Başbakanlık tarafından çıkarılan 2004/12 sayılı “*Dilekçe ve Bilgi Edinme Hakkının Kullanılmasına İlişkin Genelge*”¹⁴⁹ ile İYUK kapsamında yapılan idari başvurulara süresi içinde mutlaka yazılı cevap verilmesi ilkesi benimsenmiştir. Dolayısıyla Kamu İhale Kanunu kapsamında şikayet başvurusu üzerine idarelerce 30 günlük süre içinde sonuç red olsa dahi mutlaka ilgisine yazılı olarak cevap verilmesi gerekmektedir.

2. İTİRAZEN ŞİKAYET (KAMU İHALE KURUMUNDA İNCELEME)

A. Genel İlkeler

Alım sürecinde yapılan şikayet başvuruları üzerine idarelerce tesis edilen işlemin türüne göre iki türlü halde Kamu İhale Kurumuna itirazın şikayette bulunma imkanı vardır.

Şikayet başvurusu üzerine idarece;

- ivedilik ve kamu yararı gereği ihale işlemlerine devam edilerek sözleşme imzalanmasına karar verilmesi halinde 3 gün içinde veya,

- otuz gün içinde herhangi bir karar alınmaması veya bu süre içinde nihai kararın başvurunun sonuçlandırılması halinde 15 gün içinde,

her halükarda sözleşme imzalanıncaya kadar Kamu İhale Kurumuna itirazın şikayette bulunulabilir¹⁵⁰.

Kanunda öngörülen iki aşamalı denetim mekanizmasının ikinci kısmı olan itirazın şikayet başvurusuyla alım sürecinde idarece tesis edilen işlemlerin Kamu İhale Kanununa ve ilgili mevzuata aykırılıklarının Kamu İhale Kurumu tarafından yapılacak inceleme sayesinde giderilmesi amaçlanmaktadır¹⁵¹.

¹⁴⁹ *Resmi Gazete*, 24.1.2004, S. 25356.

¹⁵⁰ **SEZER**, “Kamu İhale Kanunu: Şeffaflık ve Rekabet”, s. 75; **ERBAŞ**, s. 41; **UZUN**, “İhale Sürecinde İhale İşlemlerine Karşı İtiraz ve Şikayet Yolu –II”, s. 38.; **YILDIZ, N.**, “İhalelere Karşı Yapılacak İdari Başvurular”, s. 30; **UZ**, s. 407; **TAŞDELEN**, s. 135.

¹⁵¹ **BAŞSOY**, “Kamu İhalelerine Yapılacak Şikayet ve İdari İtirazlar”, s. 3; **YILMAZ**, s. 3.

B. İtirazen Şikayete Konu İşlem

İtirazen şikayet başvurusuna konu edilebilecek işlemler, aynı zamanda Kamu İhale Kurumunun denetim fonksiyonunun kapsam ve sınırlarını da belirlemektedir¹⁵². Dolayısıyla Kurumun önüne itirazen şikayet suretiyle getirilebilecek işlemlerin nelerden ibaret olduğunu Kurumun görev ve yetkileri çerçevesinde incelemek daha yerinde olacaktır.

Öncelikle şikayet başvurusunda olduğu gibi, başvuruya konu edilebilme bakımından, 4964 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonrasında doğrudan temin usulü kapsamındaki işlemler, itirazen şikayet suretiyle incelemeye konu edilememektedirler. Ancak Kurul bu noktada genişletici bir yorum kullanarak doğrudan temine konu edilen alımları, Kanunun 22 nci maddesindeki şartların oluşup-oluşmaması haliyle sınırlı olmak üzere, inceleme konusu yapmaktadır. Bu kapsamda bir ihale olmadığı halde doğrudan temin usulüyle yapılan alımların, bu yöntemle alım yapılmasına imkan tanıyan hükümlerin maddi olayda gerçekleşip-gerçekleşmediği hususuyla sınırlı olarak itirazen şikayete konu edilmesinin mümkün olduğunu yukarıdaki bölümlerde izah etmiştik.

İhaleler kapsamında itirazen şikayete konu edilebilecek işlemlerin tespit edilebilmesi için Kanunun 53/b/1 maddesinde Kurulun görevleri arasında zikredilen *“İhalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde idarece yapılan işlemlerde bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olmadığına ilişkin şikayetleri inceleyerek sonuçlandırmak”* hükmünden hareketle sonuç çıkarılması mümkündür.

Öncelikle ihalenin başlangıcı olarak kastedilen işlemin ne olduğunun tespiti gerekmektedir. Yönetmeliğin 3 üncü maddesinde yapılan tarif gereğince *“ihale süreci”*; ihale yetkilisince ihale onayı verildiği tarihten itibaren başlayıp sözleşmenin ihale yetkilisi ve yüklenici taraflarca imzalanması aşamasına kadar geçen süreci ifade etmektedir. O halde Kuruma yapılacak itirazen şikayet başvurularına, ihale onayından başlamak üzere alım sürecinde tesis edilen işlemlerin tümünün konu edilmesi mümkündür. Bu kapsamda ihale onayı, yaklaşık maliyet tespiti, ihale komisyonunun

¹⁵² UZ, s. 420.

kurulması, ihale komisyonun yaptığı işlemler ve kararları yanında ihalenin karara bağlanması işlemlerinin itirazen şikayete konu edilebilir.

Ancak alım sürecinde idarece tesis edilen işlemler, yukarıda sayılanlarla sınırlı değildir. Bu bağlamda üzerinde özellikle durulması gereken, alım sürecini sözleşme imzalanması dışındaki durumlarda sona erdirici nitelikteki “*iptal*” işlemlerinin de itirazen şikayete konu edilip edilemeyeceği hususudur.

Kanununun 11, 16, 20, 21, 39, 40 ve 44 üncü maddelerinde sayılan değişik durumlar için alım sürecini sona erdirici mahiyette iptal işleminden bahsedilmektedir. Kanununun 11 inci maddesinde, sayılan yasaklara rağmen ihaleye katılımın sonradan tespit edilmesi ve ihalelere katılmaktan yasaklı olanlardan birisinin üzerine ihale edildiğinin anlaşılması halinde ihalenin iptal edileceği; 16 ncı maddesinde, idarenin gerekli gördüğü veya ihale dokümanında yer alan belgelerde ihalenin yapılmasına engel olan ve düzeltilmesi mümkün bulunmayan hususların bulunduğu tespit edildiği hallerde ihale saatinden önce ihalenin iptal edilebileceği; 20 nci maddesinde, belli istekliler arasında yapılan ihalelere davet edilebilecek aday sayısının beşten az olması veya teklif veren istekli sayısının üçten az olması halinde ihale iptal edileceği; 21 inci maddesinde, pazarlık suretiyle yapılan alımlarda ilan yapılan hallerde teklif veren istekli sayısının üçten az olması halinde ihale iptal edileceği; 39 uncu maddesinde, tekliflerin alınması sonrasında değerlendirme sürecinde ihale komisyonu kararı üzerine idarenin verilmiş olan bütün teklifleri reddederek ihaleyi iptal etmekte serbest olduğu; 40 ıncı maddesinde ihale komisyonunun kararı üzerine ihale yetkilisinin ihaleyi onaylamakta veya iptal etmekte serbest olduğu; 44 üncü maddesinde ihale üzerine kalan isteklinin yanında ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibinin de sözleşmeyi imzalamaması durumunda ihalenin iptal edileceği hükme bağlanmıştır.

Kanunda sayılan ve yukarıda zikredilen durumlardan bazılarında dikkat edileceği üzere idareye iptal yetkisini kullanma bakımından takdir yetkisi verilmiştir. Özellikle 16, 39 ve 40 ıncı maddelerde sayılan durumlarda idarenin iptal yetkisini kullanma açısından takdir yetkisine sahip olduğunu söylemek mümkündür. Diğer durumlarda ise açıkça belirlenen şartların gerçekleşmesi halinde herhangi bir takdir yetkisinin kullanılmasına gerek olmaksızın idarece ihalenin doğrudan iptal edilmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Bu bahisteki iptal durumlarında idarenin bağlı yetkisi bulunmaktadır. Dolayısıyla ihale işlemlerinin iptalindeki bağlı yetkinin kullanılması durumlarında Kuruma, bu yetkinin kullanılmasına imkan sağlayan şartların oluşup-

oluşmadığı bakımından itirazın şikayet başvurusu yapılması mümkündür. Buna göre, 11 inci madde gereğince ihalelere katılmaktan yasaklı olanların ihaleye katılması ve değerlendirme aşamasında tespit edilemeyerek ihalenin bunlardan birisinin üzerine bırakıldığı sonradan anlaşılması hallerinde verilen iptal kararlarının, ihale üzerine bırakılan isteklinin aslında yasaklı olmaması sebebine dayalı olarak itirazın şikayete konu edilmesi mümkündür. Yine 20 ve 21 inci maddeler gereğince teklif sayısının 5 veya 3'ten az olması durumlarında verilen iptal kararlarının da, teklif sayısının belirlenen rakamın üzerinde olması sebebine dayalı olarak itirazın şikayete konu edilmesi mümkündür. Yine aynı kapsamda 44 üncü madde gereğince ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibinin de sözleşmeyi imzalamaması durumunda ihalenin iptal edilmesi kararlarının da maddede belirtilen şartların gerçekleşmemesi sebebiyle şikayete konu edilmesi mümkündür.

İdarenin bağlı yetki kullanmak suretiyle verdiği iptal kararları dışında takdir yetkisini kullanmak suretiyle tesis ettiği iptal kararlarının özellikle gerekçesi bakımından itirazın şikayete konu edilmesi mümkündür. Dikkat edileceği üzere ihale saatinden önce ihalenin iptal edilmesini düzenleyen 16 ncı maddede “*İdarenin gerekli gördüğü veya ihale dokümanında yer alan belgelerde ihalenin yapılmasına engel olan ve düzeltilmesi mümkün bulunmayan hususların bulunduğu tespit edildiği hallerde...*” denilmek suretiyle iptal yetkisinin kullanılması hususunda idareye geniş bir takdir yetkisi verilmiştir. Aynı şekilde 39 uncu maddede yer alan “*İhale komisyonu kararı üzerine idare, verilmiş olan bütün teklifleri reddederek ihaleyi iptal etmekte serbesttir*” ve 40 inci maddede yer alan “*İhale yetkilisi, karar tarihini izleyen en geç beş iş günü içinde ihale kararını onaylar veya gerekçesini açıkça belirtmek suretiyle iptal eder*”¹⁵³ hükümleriyle idareye iptal yetkisinin kullanılması hususunda geniş ölçüde takdir yetkisi verilmiştir.

¹⁵³ Kamu İhale Kanununun 40 ncı maddesiyle ihale yetkilisine verilen iptal yetkisi gibi bir düzenleme, 2886 sayılı Kanunun 31 inci maddesinde de vardır. Söz konusu maddeye göre “İhale komisyonları tarafından alınan ihale kararları, ita amirlerince karar tarihinden itibaren en geç 15 işgünü içinde onaylanır veya iptal edilir”. Bu hüküm uyarınca ortaya çıkan yargısal uyuşmazlıklar hakkında verdiği kararlarında Danıştay, iptal hususunda yetkili mercinin takdir yetkisi olsa da bu yetkinin keyfi ve mutlak olmayıp sebep ve amaç yönlerinden yargı denetimine tabi olduğuna hükmetmektedir. Bu kapsamda Kamu İhale Kanununun ilgili hükmü değerlendirildiğinde aynı sonuca çıkmak pek tabii ki mümkündür. O halde yargı denetimine tabi olduğu halde ihale iptal işlemlerinin idari başvuruya konu edilememesi düşünülemez. Söz konusu kararlarda yer alan hükümler aynen şu şekildedir; “2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 31. maddesi ile ita amirine ihale komisyonu kararlarını onaylama veya onaylamama konusunda tanınan takdir yetkisinin; dava konusu olayda ihalenin konusunu oluşturan işin niteliği, benzer işlerde daha yüksek indirim teklifi yapıldığı hususu göz önüne alınarak kamu yararı ve hazine menfaatini korumak

Yukarıda yapılan açıklamalar dahilinde ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar geçen süreçteki işlemler, itirazın şikayet başvurusuna konu edilebildiğine göre ve iptal kararları da bu kapsamdaki işlemlerden olduğu halde Kamu İhale Kurulu, özellikle idarelerce verilen iptal kararları hususunda daraltıcı bir yaklaşımla kendisini yetkisiz görmüştür¹⁵⁴.

Halbuki idare hukukunun genel kabul görmüş prensiplerine göre, idarenin takdir yetkisini kullanması bakımından getirilen genel sınırlar, Kamu İhale Kanunu kapsamında idarelerce takdir yetkisi kullanılmak suretiyle yapılan iptal işlemleri için de geçerli olmak durumundadır.

Doktrinde, “*idarenin karar alırken sahip olduğu serbestlik*”¹⁵⁵ ya da “*idarenin bir yetkiyi kullanıp kullanmamakta veya kullanışın bazı gereklerini tayin etmekte serbest bırakılması*”¹⁵⁶ olarak açıklanan takdir yetkisinin kullanılmasında bile hukuka uygunluk ve kamu yararına göre hareket edilmesi gerekliliği bulunmaktadır. Hukuk devletinin bir gereği olan idari davranışların öngörülebilir olması kuralından hareketle idare edilenlerin, hangi şartların gerçekleşmesi halinde idarenin ne yönde davranışta bulunacağına önceden bilmeleri gerekir¹⁵⁷.

Takdir yetkisinin kullanılması esnasında mevzuatla idareye bu konuda açıkça bir sınır çizilmemiş olsa bile bu yetki, dayandığı yasa kuralının amacıyla ve kamu yararıyla sınırlı olmak durumundadır. Dolayısıyla aksi ispatlanıncaya kadar idarenin yaptığı işlem ve eylemlerin kamu yararı amacına yönelik olduğu karinesi söz konusudur. Bu kapsamda idari işlemin kamu yararına olmadığı, birisini kayırmak, kişisel çıkar sağlamak, birisine karşı kin ve garezle karar vermek ya da politik üstünlük sağlamak

amacı doğrultusunda kullanıldığı kanaatine varıldığından, dava konusu işlemin iptali yolundaki idare mahkemesi ısrar kararında hukuki isabet görülmemiştir.”, **DİDDGK**'nin 17.12.1999 tarihli ve E. 1998/579, K. 1999/1247 sayılı kararı.; “2886 sayılı Yasanın 3. maddesinde, “*Bu kanunda yazılı işleri yaptırmaya ve ihaleye idarelerin ita amirlerinin yetkili olduğu, 31. maddesinde de ihale komisyonları tarafından alınan ihale kararlarının ita amirlerince karar tarihinden itibaren en geç 15 işgünü içinde onaylanacağı veya iptal edileceği, ita amirince kararın iptal edilmesi halinde ihalenin hükümsüz kalacağı*” hükmü getirilmiştir. Anılan yasal düzenleme uyarınca ita amirlerinin ihale kararlarını onaylamak ya da onaylamayarak ihaleyi iptal etmek konusunda takdir yetkisinin bulunduğu açık ise de; bu yetkinin kullanımı keyfi ve mutlak olmayıp sebep ve amaç yönlerinden yargı denetimine tabidir. Yargısal denetim ise anılan unsurlar çerçevesinde takdir hakkının kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun kullanıp kullanılmadığını saptamaya yönelik olacaktır.”, **Da6D**'nin 21.6.2000 tarihli ve E. 1999/5729, K. 2000/4168 sayılı kararı.

¹⁵⁴ **UZ**, s. 421.

¹⁵⁵ **AZRAK**, “İdari Yargıda Anayasaya Uygunluk Sorunu”, s. 330.

¹⁵⁶ **ÖZYÖRÜK**, s. 430.

¹⁵⁷ **GÜNDAY**, Metin, “1982 Anayasasına Göre İdari Yargı Denetiminin Kapsam ve Sınırları”, *I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi-İdari Yargı*, Ankara 1-4 Mayıs 1990, s. 146-147.

gibi nedenlere dayandığı yani amaç yönünden sakat olduğu iddiası, iddia sahibi tarafından ispatlanması gerekecek olup bu durumun yargı mercii tarafından dosya kapsamında sunulan bilgi ve belgelerden tespit edilmesi halinde ise ancak işlemin iptali mümkün olabilecektir¹⁵⁸. Bu bağlamda idarenin işlem tesis ederken sahip olduğu takdir yetkisi, dayandığı Kanunun amacıyla ve kamu yararı ile sınırlı olup bu kapsamda yetkinin kullanılması ile ilgili olarak yapılacak denetim yerindelik değil aksine hukukilik denetimi olacaktır¹⁵⁹.

Dolayısıyla Kamu İhale Kanunu kapsamında idarenin takdir yetkisini kullanarak yukarıda belirtilen durumlardan birisine dayanarak ihalenin iptaline karar vermesi işleminin yargısal denetime konu olması mümkünken, idari denetime yani itirazın şikayete konu edilememesi düşünülemez.

Diğer taraftan ihalenin iptal edilmesi işlemi, idare hukuku bağlamında “kaldırma” değil “geri alma”dır. Geri almada, yapıldığı andan itibaren tüm sonuçlarıyla birlikte işlemin hiç yapılmamış olması şeklinde ortaya çıkan bir durum¹⁶⁰ olmasına karşın kaldırmada ise işlemin etkisi ileriye dönük olmak üzere ortaya çıkmaktadır¹⁶¹. Bu bakımdan ihale iptali işlemi, aynı yargı kararı ile verilen iptal hükmü gibi, geri alma niteliğinde bir işlem olup, onun tabi olduğu hukuki rejime tabidir¹⁶². Hukuka uygun işlemler hiçbir surette geri alınmazken ancak hukuka aykırı işlemlerin geri alınması mümkündür¹⁶³. Bu çerçevede, ihalenin iptal edilmesi noktasında kullanılan takdir yetkisinin dayandığı gerekçenin yanında idarece ihalenin iptal edilmesinde aslında işlemin iptal edilemeyeceğine ilişkin hususların da itirazın şikayete konu edilebilmesi gerekir.

Ancak Kurulun bu konuda önüne gelen uyuşmazlıklar hakkında verdiği kararlarında tutarlılık olduğundan bahsetmek oldukça güçtür. Kurul göreve başladıktan

¹⁵⁸ “İdareye tanınmış olan takdir yetkisini ancak kamu yararı ve hizmet gerekleri göz ardı edilerek kullanıldığının kanıtlanması yada idari yargı merciiince saptanması halinde, dava konusu idari işlemin sebep ve maksat yönlerinden hukuka aykırılığı nedeniyle iptalini gerektireceği yerleşmiş yargısal içtihatlarla kabul edilmiş bulunmaktadır.”, **Da5D**’nin 19.9.1996 tarihli ve E. 1994/5629, K. 1996/2758 sayılı kararı; Aynı yöndeki diğer bir karar için bkz. **Da5D**’nin 2.2.2000 tarihli ve E. 1997/2257, K. 2000/363 sayılı kararı.

¹⁵⁹ “Takdir yetkisi mutlak olmayıp, kamu yararı ve hizmet gerekleri ile sınırlı bulunduğu ve bu açıdan yargı denetiminin kapsamı içinde yer aldığı kuşkusuzdur.”, **Da8D**’nin 31.5.1995 tarihli ve E. 1994/5965, K. 1995/1797 sayılı kararı; **UZ**, *Kamu İhale Hukuku*, s. 422.

¹⁶⁰ **GÜNDAY**, Metin, *İdare Hukuku*, İmaj Yayıncılık, Ankara 1999, s. 134.

¹⁶¹ **GÖZÜBÜYÜK**, A.Şeref/**TAN**, Turgut, *İdare Hukuku-Genel Esaslar, C. I.*, (İdare Hukuku) 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s. 489.

¹⁶² **UZ**, s. 422.

¹⁶³ **GÜNDAY**, *İdare Hukuku*, s. 135.

itibaren özellikle 14.9.2004 tarihine kadar¹⁶⁴ ihale sürecini sona erdiren ve bu süreçte tesis edilmiş idari işlemleri de tesis tarihi itibarıyla ve tüm sonuçlarıyla birlikte ortadan kaldıran bir işlem niteliğinde olmakla ihalenin iptali işlemlerinin konu edildiği itirazın şikayet başvuruları hakkında karar verilmesine yer olmadığından bahisle sürekli olarak kendisini yetkisiz görmüştür¹⁶⁵. Yani Kurul verdiği bu yöndeki kararlarıyla, ihalenin iptaline dönük kararların itirazın şikayete konu edilemeyeceği yönünde bir görüş geliştirmiştir. Kurulun konuya ilişkin görüşüne gerekçe olarak ileri sürdüğü hususları, On Dokuz Mayıs Üniversitesi Rektörlüğünce yapılan bir ihalenin idarece iptal edilmesi işleminin itirazın şikayet başvurusuna konu edilerek önüne gelmesi üzerine verdiği kararında görmek mümkündür.

Söz konusu kararda¹⁶⁶; “4734 sayılı Kamu İhale Kanununun, Kamu İhale Kurumu başlıklı 53 üncü maddesinin Kurumun görev ve yetkisini düzenleyen (b/1) bendinde, Kurumun ihalelerle ilgili görevinin, ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde idarece yapılan işlemlerde bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olmadığına ilişkin şikayetleri inceleyerek sonuçlandırmak olduğu hükme bağlanmıştır. Bu hükme göre Kamu İhale Kurumunun ihalelerle ilgili olarak yapılacak şikayetleri inceleyebilmesi için ortada bir ihale olması gerekmektedir. Bu itibarla, bir ihalenin iptal edilmesi durumunun hukuki sonuçlarının ortaya konulması olayın çözümü açısından zorunlu bulunmaktadır. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’na göre yapılan ihalelerin bir idari işlem olduğu konusunda tartışma bulunmamaktadır. İdari işlemler, idare tarafından veya yargısal denetim yollarıyla başlangıcından beri hüküm ifade etmemek üzere geçmişe etkili olarak iptal edilebilir. İhale işlemlerinin iptali durumunda, bu işlem hiç yapılmamış, hukuk alanında doğmamış gibi sonuç doğurur. İdari işlemin dolayısıyla ihale işlemlerinin idarece iptali, eğer bu işleme karşı yargısal yollara başvurulmamışsa yararlandığı hukukilik karinesi

¹⁶⁴ UZ, s. 424.

¹⁶⁵ **Kamu İhale Kurulu**’nun 18.9.2003 tarihli ve 2003/UK.Z-447 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 20.10.2003, S. 25265; Kamu İhale Kurulu’ nun, 1.9.2004 tarihli ve 2004/UK.Z-1112 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 19.10.2004, S. 25618; Konuya ilişkin diğer bir uyuşmazlık hakkında Kurul şu kararı vermiştir, “Başvuruya konu ihale, 28.10.2003 tarihinde ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibince sözleşme imzalanmadığından dolayı 4734 sayılı Kanunun 44 üncü maddesine göre iptal edildiğinden, ihalenin iptalinin, ihale sürecini sona erdiren ve bu süreçte tesis edilmiş idari işlemleri tesis tarihi itibarıyla ve tüm sonuçlarıyla birlikte ortadan kaldıran bir işlem niteliğinde olduğundan, dolayısıyla bu aşamada bir ihaleden ve bu ihaleye ilişkin bir süreçten bahsedilemeyecektir.”, **Kamu İhale Kurulu**’nun 20.11.2003 tarihli ve 2003/UK.Z-781 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 19.12.2003, S. 25321.

¹⁶⁶ **Kamu İhale Kurulu**’nun 19.11.2003 tarihli ve 2003/UK.Z-773 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 19.12.2003, S. 25321.

nedeniyle iptal işleminin hukuki sonuçlarını doğurur. 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 11, 39 ve 40 ıncı maddelerinde ihale işlemlerinin iptali ile ilgili özel düzenlemeler bulunmaktadır. Anılan Kanunun 39 uncu maddesinde ihale komisyonunun kararı üzerine idarenin bütün teklifleri reddederek ihaleyi iptal edebileceği, 40 ıncı maddesinde ihale yetkilisinin sonuçlanmış ihaleyi onaylamayarak iptal edebileceği düzenlenmiş ve bunların yanında 11 inci maddesinin son fıkrasında ise 11 inci maddede belirtilen yasaklara rağmen ihaleye katılım olduğu teklif değerlendirme aşamasında tespit edilemeyip ihalenin onaylanmasından sonra tespit edilmesi halinde de ihalenin iptal edilebileceği düzenlenmiştir. Bütün bu ihale iptali durumlarında geçmişe yönelik olarak ihale işlemleri geçersiz sayılmış olmakta ve artık ortada bir ihaleden ve ihaleye ilişkin bir süreçten bahsetme olanağı kalmadığından Kamu İhale Kurumuna da bir şikayet başvurusunda bulunma olanağından söz edilemez. Bu işlemlerin ancak idari yargıda idari işlemin unsurları -yetki, şekil, sebep, konu, maksat- açısından hukuka aykırı olduğu savıyla dava konusu edilmesi mümkün bulunmaktadır. Belirten bu durum nedeniyle; ihalenin idarece iptaline yönelik şikayet başvurusunun esasını inceleme konusunda Kamu İhale Kurumunun yetki ve görevi bulunmamaktadır.” gerekçesine dayanarak Kurul, iptal işlemlerinin itirazın şikayete konu edilemeyeceğini ileri sürmüştür.

Kurul yukarıdaki kararında ihalenin iptali üzerine sonuçları geçmişe etkili olmakla ortada incelenecek herhangi bir ihale kalmadığından hareket ederek bu tür işlemlerin itirazın şikayete konu olamayacağı görüşünü belirtmektedir. Halbuki nasıl ki, ihale işlemlerini sona erdiren işlem olan ihale kararı, alım süreci kapsamında idari denetim kapsamındaysa aynı şekilde ihale işlemlerini farklı bir şekilde de olsa ama neticede sonuçlandıran iptal işlemleri de alım süreci kapsamında idari denetime ve dolayısıyla da itirazın şikayete konu edilebilmelidirler. Diğer taraftan yukarıdaki kararında Kurul, adeta var olma sebebini unutarak, ihalenin iptali işlemlerinin ancak idari yargıda dava konusu edilebileceği gibi enteresan bir tez daha ileri sürmüştür.

4734 sayılı Kanunun, Kamu İhale Kurulunun görevlerini sayıldığı 53/b/1 maddesinde açıkça “İhalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde idarece yapılan işlemlerde bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olmadığına ilişkin şikayetleri inceleyerek sonuçlandırmak” belirtilmiştir. Burada dikkat edileceği üzere alım süreci kapsamındaki işlemler için herhangi bir tarif ya da kısıtlama yapılmamıştır. Denetim ve inceleme konusu edilebilmesi için işlemin, ihale

onayından başlamak üzere sözleşme imzalanması aşaması arasında tesis edilmesi yeterlidir. Dolayısıyla Kamu İhale Kurulu, kamu alımları kapsamında tesis edilen idari işlemlerin yargısal denetimi öncesinde tekrar gözden geçirilerek hukuki açıdan bir kez daha incelenebilmesine imkan tanınması amacıyla oluşturulan bir organizma olduğu halde yukarıda belirtilen ve hukukilikten oldukça uzak gerekçelerle adeta var olma gereklerine aykırı davranmıştır¹⁶⁷.

Nitekim konuyla ilgili olarak içine düştüğü tereddütten olsa gerek Kurul, istişari görüş alınmasını teminen konuyu Danıştay'ın önüne de getirmiştir. Danıştay konuya ilişkin olarak verdiği kararında¹⁶⁸, ihalelerin iptaline ilişkin işlemlerinin de ihale süreci içerisinde yapılan idari bir işlem olması nedeniyle Kamu İhale Kurumunun bu işlemlere karşı yapılacak şikayetleri incelemeye yetkili olduğu sonucuna varmıştır.

Kurul, Danıştay'dan alınan ve son derece de açık hükümler içeren bu istişari görüşe rağmen yukarıda bahsedilen görüşünde uzun bir süre daha ısrarcı olmuş ve konu hakkındaki görüşünü ancak 14.9.2004 tarihinde vermiş olduğu bir kararında¹⁶⁹

¹⁶⁷ Benzer yöndeki diğer kararlar için bkz. **Kamu İhale Kurulu**'nun 07.10.2003 tarihli ve 2003/UK.Z-493 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 6.11.2003, S. 25281; **Kamu İhale Kurulu**'nun 24.6.2003 tarihli ve 2003/UK.Z-166 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 11.7.2003, S. 25165.

¹⁶⁸ “İdarelerce ihalelerin iptal edilmesi durumunda bu iptal işlemlerine karşı yapılan itirazın şikayet başvurularını Kamu İhale Kurumunun incelemeye yetkili olup olmadığı hususunda düşülen duraksamanın giderilmesi istenilmektedir. 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 11 inci maddesine göre ihalelere katılmaları yasak olanlardan ihaleye katılanların ihale dışı bırakılarak geçici teminatlarının gelir kaydedileceği, ayrıca bu durumun tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında tespit edilememesi nedeniyle bunlardan biri üzerine ihale yapılmışsa teminatı gelir kaydedilerek ihalenin iptal edileceği, 16 ncı maddesinde, idarenin gerekli gördüğü veya ihale dokümanında yer alan belgelerde ihalenin yapılmasına engel olan ve düzeltilmesi mümkün bulunmayan hususların bulunduğu tespit edildiği hallerde ihale saatinden önce ihalenin iptal edilebileceği, 39 uncu maddesinde, ihale komisyonu kararı üzerine idarenin, verilmiş olan bütün teklifleri reddederek ihaleyi iptal etmekte serbest olduğu, 40 ıncı maddesinde, ihale yetkilisinin karar tarihini izleyen en geç beş işgünü içinde ihale kararını onaylayacağı veya gerekçesini açıkça belirtmek suretiyle iptal edeceği, 53 üncü maddesinde, Kamu İhale Kurumunun, bu Kanunda belirtilen esas, usul ve işlemlerin doğru olarak uygulanması konusunda görevli ve yetkili olduğu, ihalelerin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde idarece yapılan işlemlerde bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olmadığına ilişkin şikayetleri inceleyerek sonuçlandırmanın Kurumunun görev ve yetkileri arasında bulunduğu, 56 ncı maddesinde de, ihalelere ilişkin olarak yapım müteahhidi, tedarikçi ya da hizmet sunucusu tarafından, sözleşme imzalanmadan önce Kuruma bu Kanun hükümlerine uygun olmadığı, iddia edilen ve düzeltilmesi istenilen durumların bildirilmesi kaydıyla itirazın şikayet başvurusunda bulunulabileceği hükümlerine yer verilmiştir. Yukarıda açıklanan hükümlerden, Kurumunun, ihalelerin başlangıcından ihale sözleşmesinin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde, idarece yapılan işlemlerin mevzuata aykırı olduğuna ilişkin şikayetleri inceleyerek bu şikayetler, sonuçlandırmakla görevli ve yetkili olduğu açıktır. Bu durumda, ihalelerin iptaline ilişkin işlemlerinin de ihale süreci içerisinde yapılan idari bir işlem olması nedeniyle Kamu İhale Kurumunun bu işlemlere karşı yapılacak şikayetleri incelemeye yetkili olduğu sonucuna varılarak dosyanın Danıştay Başkanlığına sunulmasına 13.4.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.”, **Da1D**'nin 13.4.2004 tarihli ve E. 2004/36, K. 2004/42 sayılı kararı.

¹⁶⁹ “4734 sayılı Kanunla verilen takdir yetkisi kullanılarak ihalelerin idarelerce iptali halinde; ihale işlemleri tesis tarihi itibarıyla ve tüm sonuçlarıyla birlikte ortadan kalkmış olacağı düşünülebileceğinden bahisle 4734 sayılı Kanunda öngörülen şikayet ve itirazın şikayet yoluyla yapılacak idari başvurulara

değiştirmişse de daha sonra benzer olaylarla ilgili verdiği kararlarında¹⁷⁰ istikrarsızlık içinde olmaya da devam etmiştir¹⁷¹.

Hatta bu kapsamda dikkati çeken diğer bir husus ise, Kurul tarafından karara bağlanarak Resmi Gazete’de yayımlanan İhalelere Karşı Yapılacak İdari Başvurulara Ait Yönetmeliğin 21/e maddesindeki düzenlemedir. Söz konusu madde hükmüne göre; ihalenin idare tarafından iptal edilmesi halinde karar verilmesine yer olmadığına karar verilir. Nitekim bu hükme göre Kurulun önüne gelen uyuşmazlıklar hakkında işin esasına girmeksizin ön inceleme aşamasında başvuruları reddettiği görülmektedir¹⁷².

*iptal işleminin de konu edilip edilemeyeceği hususunda duraksamaya düşülmüş ve Danıştay’dan görüş sorulmuştur. Danıştay Birinci Dairesinden alınan 13.04.2004 tarih ve E:2004/36, K:2004/42 sayılı kararda; Kamu İhale Kurumunun ihalelerin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde, idarece yapılan işlemlerin mevzuata aykırı olduğuna ilişkin şikayetleri inceleyerek sonuçlandırmakla görevli ve yetkili olduğu, ihalelerin iptaline ilişkin idarenin işlemlerinin de ihale süreci içerisinde yapılan idari bir işlem olması nedeniyle Kamu İhale Kurumunun bu işlemlere karşı yapılacak şikayetleri incelemeye yetkili olduğu bildirilmiştir. İhalenin iptaline ilişkin işlemin 4734 sayılı Kanunda öngörülen şikayet ve itirazın şikayet yoluyla mevzuata uygunluğunun denetiminin idari işlemin unsurları bakımından ve idarece iptal nedeni olarak gösterilen gerekçelerle sınırlı yapılması gerekmektedir. 4734 sayılı Kanunun “Bütün Tekliflerin Reddedilmesi ve İhalenin İptali” başlıklı 39 uncu maddesinde; “İhale komisyonu kararı üzerine idare, verilmiş olan bütün teklifleri reddederek ihaleyi iptal etmekte serbesttir. İhalenin iptal edilmesi halinde bu durum bütün isteklilere derhal bildirilir. İdare bütün tekliflerin reddedilmesi nedeniyle herhangi bir yükümlülük altına girmez. Ancak, idare isteklilerin talepte bulunması halinde, ihalenin iptal edilme gerekçelerini talep eden isteklilere bildirir.” hükmü yer almaktadır. Anılan hüküm uyarınca ihalenin iptali konusunda idarelerin takdir yetkisi bulunmakta ise de bu yetki mutlak ve sınırsız olmayıp, kamu yararı ve hizmet gerekleri ile sınırlıdır Şartname hükümlerindeki farklılığın firmalar arasında eşitsizliğe yol açtığı şeklindeki gerekçeye dayanan iptal işlemi neden unsuru bakımından mevzuata uygun bulunmamaktadır. İhalenin iptaline yönelik idarenin 25.06.2004 onay tarihli işleminin Kurulun yukarıda ifade edilen gerekçesi ile iptal edilmesi üzerine ihalenin idarece iptali öncesindeki işlemlere kaldığı yerden mevzuata uygun şekilde devam edilmesi gerekmektedir.”, **Kamu İhale Kurulu**’nun 14.9.2004 tarihli ve 2004/UH.Z-1179 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 27.10.2004, S. 25626.*

¹⁷⁰ “4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 40 ıncı maddesinde; “... İhale yetkilisi, karar tarihini izleyen en geç beş iş günü içinde ihale kararını onaylar veya gerekçesini açıkça belirtmek suretiyle iptal eder. İhale; kararın onaylanması halinde geçerli, iptal edilmesi halinde ise hükümsüz sayılır” hükmü bulunmaktadır. Bu hüküm çerçevesinde ihalenin iptali, ihale sürecini sona erdiren ve bu süreçte tesis edilmiş idari işlemleri tesis tarihi itibarıyla ortadan kaldıran bir işlem niteliğinde bulunmaktadır. Başvuruya konu ihalenin, 4734 sayılı Kanunun 40 ıncı maddesi uyarınca ihale yetkilisi tarafından 15.09.2004 tarihinde iptal edildiği anlaşıldığından, bu aşamada, bir ihale ve bu ihaleye ilişkin bir süreç kalmadığından, iptal edilen ihaleye ilişkin başvuru hakkında karar verilmesine yer olmadığına...”, **Kamu İhale Kurulu**’nun 7.10.2004 tarihli ve 2004/UH.Z-1302 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 22.11.2004, S. 25648; Benzer yöndeki diğer kararlar için bkz., **Kamu İhale Kurulu**’nun 7.12.2004 tarihli ve 2004/UY.Z-1754 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 29.01.2005, S. 25711; **Kamu İhale Kurulu**’nun 22.10.2004 tarihli ve 2004/UH.Z-1428 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 13.12.2004, S. 25669.

¹⁷¹ Kurulun bu istikrarsızlığı olaylara göre farklılık arz etmektedir. Öyle ki bazı olaylarda kendisini yetkisiz görmekteyken bazı olaylarda ise ihalenin iptalinin itirazın şikayete konu edilmesini doğal bulmuş ve kendisini yetkili görerek uyuşmazlık hakkında esastan karar vermiştir. Buna ilişkin olarak örnek bir karar için bkz. **Kamu İhale Kurulu**’nun 20.2.2006 tarihli ve 2006/UH.Z-499 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 12.4.2006, S. 26137.

¹⁷² “4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 39 uncu maddesinde; “İhale komisyonu kararı üzerine idare, verilmiş olan bütün teklifleri reddederek ihaleyi iptal etmekte serbesttir” hükmü bulunmaktadır. Bu hüküm çerçevesinde ihalenin iptali, ihale sürecini sona erdiren bir işlem niteliğinde bulunmaktadır. İhalelere Karşı Yapılacak İdari Başvurulara Ait Yönetmeliğin 21 inci maddesinin (e) bendinde, “İhalenin

Sözü edilen Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihin, Danıştay'ın zikredilen kararından sonraki döneme rastladığı da dikkate alındığında, Kurul'un ihale işlemlerinin iptalinin itirazen şikayete konu edilebilmesi bakımından ileri sürdüğü görüşünde hala ısrarcı olma eğiliminde olduğunu hatta bunu genel nitelikteki düzenleyici işlemlerine de konu ettiği görülmektedir. 4734 sayılı Kanununun 53/a maddesinde yer alan “*Kurum görevini yerine getirirken bağımsızdır. Hiçbir organ, makam, merci ve kişi Kurumun kararlarını etkilemek amacıyla emir ve talimat veremez*” hükmü gereğince Kurulun görevini yaparken sahip olduğu bağımsızlığı, her halde yargı kararlarına rağmen hukuka aykırı kararlar almak ya da işlemler tesis etmek olarak düşünmek olanaksızdır¹⁷³.

Sonuçta, kendisi de bir kamu idaresi olan ve kamu alımları gibi hassas bir konuda hukuka uygunluğun idari safhada sağlanması gibi önemli bir görevi ifa etmek amacıyla oluşturulan Kurumun, hukuk devleti ve idarenin hukuka uygunluğu ilkelerine aykırı şekilde işlemler tesis etmesinin herhalde geçerli bir izahı olmasa gerek. Bu sebeplerle, Kurumun ihalelerin iptalinin itirazen şikayet başvurusuna konu edilebilmesi bakımından içinde olduğu tutarsızlığı terk ederek konuya ilişkin olarak idari işlemlerde istikrar prensibine göre hareket etmesi ve bahsi geçen Yönetmeliğin hak arama özgürlüğünü kısıtlayıcı nitelikteki hükümlerini Danıştay kararı çerçevesinde Anayasa ve hukuka uygun olarak yeniden düzenlemesi gerekmektedir¹⁷⁴.

İtirazen şikayete konu edilebilecek işlemler bakımından üzerinde durulması gereken diğer bir husus ise idarelerce 4734 sayılı Kanun kapsamında verilen ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarıdır. Kurul konuyla ilgili olarak verdiği bir kararında¹⁷⁵;

*idare tarafından iptal edilmesi veya başvuru konusu ihale işleminin daha önce Kurul tarafından iptal edilmiş olması halinde karar verilmesine yer olmadığına,...karar verilir.” hükmü yer almıştır. Açıklanan nedenlerle; İhalelere Karşı Yapılacak İdari Başvurulara Ait Yönetmeliğin 21 inci maddesinin (e) bendi uyarınca iptal edilen ihaleye ilişkin başvuru hakkında karar verilmesine yer olmadığına oybirliği ile karar verildi.”, **Kamu İhale Kurulu**'nun 18.11.2004 tarihli ve 2004/UM.Z-1603 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 26.12.2004, S. 25682.*

¹⁷³ Danıştay'ın danışma işlevinin, giderek önemsenmez hale düşürülmesinin ve hatta yok sayılma noktasına getirilmesinin, hem idarenin hem de idarenin eylem ve işlemlerine muhatap olan vatandaşların yararına bir sonuç doğurmayacağı açıktır. **ÇİMEN**, Yılmaz, “Danıştay'ın Danışma İşlevi”, *2004 Yılı İdari Yargı Sempozyumu*, <http://www.danistay.gov.tr/>, 30.5.2006.

¹⁷⁴ Konuya ilişkin olarak gösterdiği istikrarsız yaklaşımlar ve aldığı tutarsız kararlar sebebiyle Kurulun, sorumluluğunu gerektirecek ihmalinin olduğu yönündeki görüşü için bkz. *UZ*, s. 425-426.

¹⁷⁵ **Kamu İhale Kurulu**'nun 21.10.2003 tarihli ve 2003/UK.Z-571 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 22.11.2003, S. 25297; Benzer yöndeki diğer kararlar için bkz., **Kamu İhale Kurulu**'nun 17.7.2003 tarihli ve 2003/UK.Z-255 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 1.6.2004, S. 25191; **Kamu İhale Kurulu**'nun 19.2.2004 tarihli ve 2004/UK.Z-196 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 24.3.2004, S. 25412; **Kamu İhale Kurulu**'nun 25.3.2004 tarihli ve 2004/UK.Z-385 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 4.5.2004, S. 25452; **Kamu İhale Kurulu**'nun 11.11.2004 tarihli ve 2004/UM.Z-1587 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 26.12.2004, S. 25682; **Kamu İhale Kurulu**'nun 28.12.2004 tarihli ve 2004/UH.Z-1857 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 15.2.2005, S. 25728.

4734 sayılı Kanununun 4 üncü maddesinde ihalenin bu Kanunda yazılı usul ve şartlarla mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve ihale yetkilisinin onayını müteakip sözleşmenin imzalanması ile tamamlanan işlemler şeklinde tanımlandığı, Kanununun 53/b-1 inci maddesi ile Kurula verilen görev ve yetkinin, ihale süreci içerisinde ve bu süreçte sonuç doğuran işlem ve eylemler olarak belirlendiği, ihalelerden yasaklama kararlarına karşı Kamu İhale Kurumuna başvuruda bulunulacağına ve bu kararlardan doğan zararların giderilmesi yolunda hüküm verileceğine dair yetki ve görevin Kamu İhale Kurumuna verilmediğinden ihalelerden yasaklama kararının, yukarıda anılan Kanun maddesinde tanımlanan ihale içerisinde değerlendirmek mümkün görülmemeyerek ihalelerden yasaklama kararlarına karşı idari yargıda dava açılması gerektiğinden bahisle Milli Savunma Bakanlığınca alınan yasaklama kararı ile ilgili başvuru hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermiştir.

Halbuki ihalelere katılmaktan yasaklama kararları da ihale onayıyla başlayıp sözleşme imzalanması aşamasına kadar alım sürecinde tesis edilen işlemlerden birisidir. Yasaklama kararlarının alım sürecinden ayrılması da mümkün değildir, zira buna ilişkin esaslar ve yöntemler de Kanununun 58 inci maddesinde düzenlenmiştir. Yani yasaklamaya ilişkin esaslar başka bir Kanuni düzenleme konusu değildir bilakis doğrudan alım süreciyle ilişkili hatta alım sürecinin sonucuna tesir edecek nitelikte işlemlerdir. Kaldı ki yasaklamaya sebep olacak işlemlerin tespit edilmesi ancak alım sürecinde olabilmektedir yoksa idareler ortada bir alım olmadığı halde herhangi bir özel ya da tüzel kişi hakkında yasaklama hükümlerini uygulayamamaktadır. Nitekim Kanununun 58 inci maddesinde düzenlendiği üzere, açılmış olan bir ihale kapsamında Kanununun 17 nci maddesine göre yasak fiil veya davranışın tespit edilmesi halinde yasaklama hükümlerinin uygulanması söz konusudur.

Hatta yukarıda da değinildiği üzere bazı durumlarda verilen yasaklama kararları, alım sürecine dahi tesir eder niteliktedir. Örneğin, en avantajlı teklifi verdiği halde hukuka aykırı bir şekilde hakkında yasaklama hükümlerinin uygulanarak teklifi değerlendirme dışı bırakılan bir istekli, kendisine şikayet ve devamında itirazın şikayet hakkı verilmemesi sebebiyle doğrudan idari yargıya gitmek zorunda kalacaktır. Bu durumda idari yargıdan karar alınmasına kadar geçecek sürede belki de sözleşme imzalanacak ve özel hukuk hükümlerine göre borç ilişkisi kurulacak ve hatta taraflar karşılıklı edimlerini yerine getirecekler ve sonuçta sözleşme de sona erecektir. Bu

durumda yargılama sonucunda verilen karar iptal bile olsa uygulanabilmesine imkan kalmayacağından yargısal denetimin tazminat sorumluluğu dışında anlamsız kalması gibi istenmeyen bir durum ortaya çıkacaktır¹⁷⁶. Halbuki yasaklanan isteklinin, yasaklanmasına yol açan işlem, bızatihi alım sürecinde yapılan teklif değęerlendirmesiyle iç içe bir durumdur yani sebep sonuç ilişkisi içindedir. Yasaklama, tekliflerin değęerlendirilmesi aşamasında tespit edilmekte gerektiğinde ihale komisyonu yasaklama işlemlerinin başlatılması için karar dahi alabilmektedir. Kanımızca ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarının, alım süreci kapsamındaki işlemlerden olduğundan şikayet ve devamında itirazın şikayete konu edilebilmeleri gerekir.

Kurum sürekli olarak bu konuda kendisini yetkisiz görmekle birlikte enteresan bir uygulama ve anlayış içindedir. Lakin Kurum, yasaklama hükümlerinin uygulanmasına ilişkin usul ve esasları genel düzenleyici işlem niteliğindeki Kamu İhale Tebliğinde düzenlemektedir. Söz konusu tebliğde yasaklama kararları verilmesi sırasında idarelerce uyulması gerekli hususlar ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Kurum, eğer yasaklama kararlarının idari denetimi konusunda kendisini yetkisiz görüyorsa neden buna ilişkin hususları düzenleme ihtiyacını hissetmektedir ya da genel düzenleme konusu yaptığı hususların uygulanması için koyduğu genel esaslara uyulup-uyulmadığının denetleme ihtiyacını neden hissetmemektedir?

C. İtirazen Şikayet Nedenleri

Kanunun 54 ila 56 ncı maddelerinde yer alan hükümler gereğince itirazın şikayete başvurulması ancak idareye yapılan şikayetin süresi içinde cevaplanmaması, ya da idarece yapılan inceleme sonucu verilen kararın uygun bulunmaması durumunda olabilmektedir. Dolayısıyla alım süreci kapsamında yapılan bir işlem sebebiyle bir hak kaybına veya zarara uğradığına veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden ilgili, bu duruma neden olan hususu öncelikle şikayet yoluyla idareye yöneltmelidir. Şikayet üzerine idarece yapılan inceleme sonucu verilen kararın uygun olmadığını düşünüyorsa ya da cevap verilmeyerek şikayet başvurusu zımnen reddedilmişse bu hususları itirazın şikayet başvurusuna konu etmelidir.

¹⁷⁶ UZ, s. 431.

Ancak burada cevaplanması gereken esas soru; şikayete neden olarak gösterilmeyen hususların itirazın şikayete ileri sürülüp-sürüleceğidir. Gerçekten de konuya ilişkin olarak yapılan kanuni düzenleme incelendiğinde, itirazın şikayete konu edilebilecek ve incelemeye neden olarak gösterilebilecek hususların, şikayet başvurusunda ileri sürülenlerle sınırlı olduğu açıktır. Zira itirazın şikayet başvurusunun amacı, şikayet üzerine idarelerin verdiği kararların yeniden incelenmesinin sağlanmasıdır.

Örneğin, idareye yapılan şikayet başvurusunda yeniden inceleme talebine dayanak gösterilen hususların idarece incelenmesi neticesinde bir karar alınması üzerine bu defa da farklı gerekçelere dayanılarak Kuruma itirazın şikayet başvurusu yapılması durumunda adeta iki aşamalı olan denetim sisteminin ilk ayağı olan idareye şikayet başvurusunun usulüne göre tüketilmemesi sonucu ortaya çıkacaktır ki bu durum Kanunun idari denetim için belirlediği temel usule aykırılık teşkil edecektir.

Konuyla ilgili olarak üzerinde durulması gereken diğer bir husus ise, itirazın şikayet nedeni olarak ileri sürülebilecek hususların nelerden ibaret olduğudur. Yani ilgililer, alım sürecinde yapılan işlemler hakkında inceleme talebinde bulunurken hangi hukuki normlara olan aykırılıkları başvurularına neden olarak ileri sürebileceklerdir? Bu sorunun cevabını Kanunun 54 üncü maddesinde bulmak mümkündür. İlgili hükme göre, *“idareler ve ihale komisyonları, ihalelerin bu Kanunda belirtilen esas ve usullere uygun olarak yapılması hususunda yapım müteahhidi, tedarikçi veya hizmet sunucusuna karşı da sorumludur. Bu sorumlulukların ihlali sonucu bir hak kaybına veya zarara uğradığına veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden yapım müteahhidi, tedarikçi veya hizmet sunucusu belirtilen aşamaları takip ederek yazılı şikayet suretiyle inceleme talebinde bulunabilir”* yani şikayet başvurusunda olduğu gibi itirazın şikayete de konu edilecek hususlar, Kamu İhale Kanuna olan aykırılıklar nedenine dayalı olmak durumundadır. Ancak Kurum konuyla ilgili olarak genişletici bir yaklaşım sergilemektedir. Gerek İhalelere Karşı Yapılacak İdari Başvurulara Ait Yönetmelikte gerekse de uyuşmazlık üzerine önüne gelen olaylar hakkında verdiği kararlarında diğer mevzuata olan aykırılıkları da inceleme eğilimine gitmektedir. Bu surette adeta bir mahkeme gibi davranarak alım sürecinde tesis edilen işlemleri, Kamu İhale Kanunu yanında diğer mevzuat yönünden de incelemektedir. Kanunun 54 üncü maddesinde yer alan sınırlayıcı hükme rağmen, bahsi geçen Yönetmeliğin 17 nci maddesindeki *“İtirazın şikayet başvurularında şikayete konu aşama veya aşamaların ve bu aşamayla*

bağlantılı işlemlerin kamu ihale mevzuatına uygunluğu yönünden incelemesi yapılır” hükmü ile başvuruya neden olarak gösterilecek aykırılıkların genişletildiği görülmektedir. Bu kapsamda Kurulun önüne gelen bir uyuşmazlıkla ilgili olarak verdiği kararında¹⁷⁷ görüldüğü üzere; *“ihale kapsamında temin edilen dış kredinin devlet garantisini altında olmaması”* gibi doğrudan Kamu İhale Kanunuyla ilgili olmayan ve hatta başka mevzuat yani 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun kapsamında yapılan işlemlerin dahi ilgili mevzuata olan aykırılık iddialarını dikkate almış, inceleme konusu yapmış ve hatta diğer mevzuata olan aykırılığı varsayarak bunu iptal kararına dayanak göstermiştir.

Neticede, kendisi de bir idare olan Kurulun, itirazın şikayet üzerine yapacağı incelemelere neden olarak sadece Kamu İhale Kanununa olan aykırılıkları dikkate alması gerekmekte olup bunu aşar nitelikte adeta mahkemeymişçesine genel nitelikte bir hukukilik denetimi yapmasına kanımızca imkan bulunmamaktadır.

D. İtirazen Şikayetin Sonuçları

İtirazen şikayetin alım süreci üzerinde doğurduğu sonuçlar, idareye yapılan şikayet başvurusuna göre bir takım farklılıklar göstermektedir. Öncelikle şikayet başvurusunun yapılması bile tek başına idarenin sözleşme imzalamasına engel bir durum iken itirazın şikayet başvurusunun yapılmış olması böyle bir sonuca yol açmamaktadır.

Nitekim, Kanunun şikayeti düzenleyen 55 inci maddesinde yer alan *“şikayet sunulduktan sonra, ihale yetkilisince ivedilik ve kamu yararı bulunması nedeniyle ihale işlemlerine devam edilmesi gerektiği onaylanmadıkça idare sözleşme imzalayamaz”* şeklinde açık hükme dikkat edileceği üzere itirazın şikayeti düzenleyen 56 ncı maddede herhangi bir surette yer verilmemiştir. Aksine 56 ncı maddede yer alan *“İtirazen şikayet konusunun açıkça bu Kanuna ve ilgili mevzuatına aykırı olması veya ihale sürecinin devam etmesi ile yapım müteahhidi, tedarikçi, hizmet sunucusu, kamu, idare veya diğer isteklilerin telafisi güç ya da imkansız zararlarının doğma olasılığının bulunması durumlarında, kesin karar verilinceye kadar ihale sürecini durdurur.”* hükmüyle Kurulun önüne gelen başvuru üzerine gerekli şartların oluşması halinde belirtilen süreler

¹⁷⁷ **Kamu İhale Kurulu**'nun 31.3.2005 tarihli ve 2005/UM.Z-652 sayılı kararı, *Resmî Gazete*, 30.5.2005, S. 25830.

içinde ihale -alım- sürecinin durdurulmasına karar verebileceği hüküm altına alınmıştır. Bunun dışında, Kanunun ne 56 ncı maddesinde ne de diğer maddelerinde itirazın şikayet başvurusunun tek başına idarenin sözleşme imzalamasına engel bir durum olduğuna dair açık bir hüküm yoktur.

Hal böyle iken Yönetmeliğin 34 üncü maddesinde yapılan düzenleme dikkati çeker mahiyettedir. Zira bahsi geçen maddede yer alan; “*İdare, şikayet üzerine verdiği nihai kararları en geç 7 gün içinde bütün adaylar ve isteklilere bildirir. Son bildirim tarihini izleyen günden itibaren 15 gün içinde Kuruma itiraz edilmemişse, kararının gerektirdiği eylem ve işlemleri yerine getirir.*” hükmü ile idarenin, kendisine yapılan şikayet başvurusunu sonuçlandırsa bile sözleşme imzalayabilmesi için en azından 22 günlük bir süre daha beklemesi gerektiği belirtilmiştir. Aslında bu hükmün ortaya koyuluşu, haklı gerekçelere dayalı olabilir. Zira idarelerin bu tür bir bekleme yükümlülüğü altında olmamaları halinde derhal sözleşmenin imzalanması sebebiyle Kurula başvuru yapılmasına imkan kalmayacak ve bu surette denetim mekanizmasının belki de işlevsel açıdan en önemli aşaması olan itirazın şikayetin uygulanmasına imkan kalmayacaktır.

Önüne gelen bir uyuşmazlık hakkında verdiği kararında¹⁷⁸ Kurul, konuyla ilgili olarak idarenin, itirazın şikayet başvurusu sürecinde sözleşme imzalayamamasını başvuru hakkının doğal bir sonucu olarak görmektedir. Ancak haklı gerekçelere rağmen bu hususun Kanunla düzenlenmesi gerekirken Yönetmelikle düzenlenmiş olması normlar hiyerarşisine uygun düşmemektedir.

İtirazın şikayetin alım sürecine tesir eder mahiyette sonuçlar doğurabilmesi, Kurul tarafından Kanunda belirtilen çerçevede işlem yapılması daha doğrusu karar alınması ile mümkün olabilmektedir. Ancak burada üzerinde durulması gereken diğer önemli bir husus ise, Kurulun verdiği kararların alım sürecine etkisinin hangi aşamada ortaya çıktığıdır.

Öncelikle şunu belirtelim ki; Kurul, önüne gelen itirazın şikayet başvuruları üzerine verdiği kararları, asıl alımı yapan idarenin yerine geçerek vermemektedir.

¹⁷⁸ “*Şikayet ve inceleme süreci; ihaleyi yapan idareler ve Kurum için ayrı ayrı ancak ihale süreci içerisinde bir bütün olarak düzenlenmiştir. İdarenin şikayet üzerine verdiği kararın uygun bulunmaması veya 30 gün içinde karar verilmemesi halinde 15 gün içinde Kuruma başvuru hakkının varlığının doğal sonucu olarak, Kuruma yapılacak başvuru için öngörülen süreler içinde idarelerce sözleşme imzalanamayacaktır.*”, **Kamu İhale Kurulu**’nun 5.12.2005 tarihli ve 2005/UH.Z-2280 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 4.2.2006, S. 26070.

Kurulun verdiği ihale sürecinin durdurulması, düzeltici işlem belirleme ya da iptal kararlarının gereklerinin ilgili idarelerce yerine getirilmesi gerekmektedir. Ancak bu hususta Kanunda özel bir düzenlemeye gidildiğini söylemek güç olmakla birlikte sadece 56 ncı maddenin son fıkrasındaki “*Kurul tarafından verilen bütün kararlar, taraflara karar tarihini izleyen beş gün içinde tebliğ edilir.*” hükmü ile yetinilmiştir. Halbuki kanımızca İYUK m. 28 deki gibi bir düzenleme yapılması suretiyle Kurulun verdiği kararların gereklerinin yerine getirilmesi ile ilgili olarak; azami sürenin belirlenmesi, idarelerin buna ilişkin zorunlulukları ve aksine hallerde yani karar gereklerini yerine getirilmemesi durumlarında ilgililerin sorumluluklarının da düzenleme konusu yapılması gerekirdi.

Bu meseleyle ilgili olarak ortada olan kanuni boşluğun farkında olsa gerek ki Kurum, İYUK da yer alan hükme benzer bir şekilde Yönetmeliğin 35 inci maddesinde yaptığı düzenlemede bu hususu hüküm altına almıştır. Mezkur maddede yer alan “*İdare, hukuki durumda değişiklik yaratan Kurul kararlarının gerektirdiği işlem ve eylemleri ivedilikle yerine getirmek zorundadır.*” hükmüyle idareler, Kurul kararlarının yerine getirilmesi noktasında zorunluluk altına sokulmuştur¹⁷⁹. Bunun dışında aksine uygulamalar sebebiyle ilgililerin hukuki ve cezai sorumlulukları düzenlenmemiş olup buna ilişkin hususların genel esaslar çerçevesinde olması gerektiği de açıktır. Ancak, Yönetmelikte bu konuyla ilgili olarak yapılan düzenlemeler bundan ibaret olmayıp ayrıca, hukuki durumda değişiklik yaratan Kurul kararlarının eksik veya yanlış uygulandığı iddialarıyla Kuruma itirazın şikayet başvurusunda bulunulmasına da ayrıca imkan tanınmıştır¹⁸⁰.

¹⁷⁹ Yönetmeliğin bu hükmü 4.8.2005 tarihli ve 25896 sayılı Resmi Gazete yayımlanan Yönetmeliğin 2 nci maddesiyle değiştirilmiş olup değişiklikten önceki halinde karar gereklerinin idareler tarafından 7 gün içinde yerine getirilmesi ve yapılan uygulama hakkında da 5 gün içinde Kurula bildirim yapılması yükümlülüğü verilmişti. Söz konusu düzenleme şöyleydi; “*İdare, hukuki durumda değişiklik yaratan Kurul kararlarının gerektirdiği işlem ve eylemlerini, en geç kararın kendisine bildirildiği tarihi izleyen gündenden itibaren 7 gün içinde yerine getirmek zorundadır. Kararın uygulama tarihinden itibaren 5 gün içinde uygulamalar Kuruma bildirilir*”. Madde de yer alan ve kanımızca uygulamada oto-kontrolün sağlanmasına daha çok hizmet eden bu hüküm yerine “ivedilikle yerine getirme” şekilde bir hüküm getirilmesi ve idarelere uygulamalar hakkında Kurula karşı bildirim yapma zorunluluğunun kaldırılmasının nedeni anlaşılamamıştır.

¹⁸⁰ Yönetmeliğin 35 inci maddesinin son fıkrası şu şekildedir; “*İlgililer, hukuki durumda değişiklik yaratan Kurul kararlarının eksik veya yanlış uygulandığı iddialarıyla Kuruma itirazın şikayet başvurusunda bulunabilir*”.

a. İhale (Alım) Sürecinin Durdurulması

İdareye yapılan şikayetten farklı olarak Kuruma itirazın şikayet başvurusu yapılması ve bu başvurunun incelemeye alınması, alım sürecinin devam ettirilerek akabinde sözleşme imzalanmasına engel olacak nitelikte bir etki doğurmamaktadır. Bu sebeple Kanunda yapılan düzenlemeyle Kurula, nihai kararını verinceye kadar tedbir niteliğinde olmak üzere alım sürecini durdurma yetkisi verilmiştir.

İdari yargılama usulündeki yürütmeyi durdurma kararı ile benzerlik gösterse¹⁸¹ de ihale -alım- sürecinin durdurulması kararının, şartları ve sonuçları bakımından farklı bir görüntüsü bulunmaktadır.

İdari yargılama usulünde uygulanmakta olan yürütmenin durdurulması kararı, İYUK m. 27’de düzenlenmiş olup amacı ileride verilebilecek iptal kararının etkisini yitirmesini ya da tamamen etkisiz hale gelmesini önlemekten ibarettir¹⁸². İhale -alım- sürecinin durdurulması kararının ise amacı, aynı yürütmenin durdurulmasında olduğu gibi Kurulun itirazın şikayet hakkında vereceği nihai kararının etkisini yitirmemesinin ya da tamamen etkisiz kalmasının önlenmesidir. Zira başvuruya konu alımda gerçekten de mevzuata aykırılıklarının tespit edilip buna ilişkin nihai kararın verildiği tarihte idare, çoktan sözleşmeyi imzalamış hatta karşılıklı edimleri bile gerçekleştirmiş olabilir. Bu durumda Kurulun verdiği kararın alıma etki etmesi imkansız olacaktır çünkü ortada hakkında karar tesis edilecek bir alım kalmamıştır zira sözleşmenin imzalanmasıyla özel hukuk hükümlerine tabi bir borç ilişkisi meydana gelmiştir.

İhale -alım- sürecinin durdurulması kararının, yürütmenin durdurulmasından olan ilk farkı, şartları açısından ortaya çıkmaktadır. İYUK’nun 27 nci maddesi gereğince, yürütmenin durdurulmasına karar verilebilmesi için işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararların doğması ve işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının *birlikte* gerçekleşmesi gerekmektedir¹⁸³. Halbuki 4734 sayılı Kanununun 56/3 maddesinde gösterilen iki şarttan birinin maddi olayda gerçekleşmiş olması, ihale -alım- sürecinin durdurulmasına karar verilebilmesi için yeterlidir.

¹⁸¹ ADAK, s. 23.

¹⁸² GÜNDAY, Metin. “Yürütmenin Durdurulması Kararı ve Uygulamada Karşılaşılan Bazı Sorunlar”, 2000 Yılı İdari Yargı Sempozyumu, www.danistay.gov.tr, 2.6.2006.

¹⁸³ GÖZÜBÜYÜK/TAN, İdari Yargılama, s. 968.

Buna göre;

- itirazın şikayete konu edilen işlem ya da eylemin açıkça Kanuna ve ilgili mevzuatına aykırı olması **veya**,

- ihale sürecinin devam etmesi ile yapım müteahhidi, tedarikçi, hizmet sunucusu, kamu, idare veya diğer isteklilerin telafisi güç ya da imkansız zararlarının doğma olasılığının bulunması şartlarından birisinin varlığı halinde Kurul, ihale sürecinin durdurulmasına karar verecektir. Yani Kurul, önüne gelen uyuşmazlık konusu alımda açıkça Kanuna ve ilgili mevzuatına aykırılık olmasa bile alım sürecinin devam etmesi ile yapım müteahhidi, tedarikçi, hizmet sunucusu, kamu, idare veya diğer isteklilerin telafisi güç ya da imkansız zararlarının doğma olasılığının bulunması halinde ihale - alım- sürecinin durdurulmasına karar verebilecektir. Ancak uygulamada Kurulun önüne gelen uyuşmazlıklarda geneli itibarıyla ihale sürecinin durdurulmasına karar verirken daha çok ilk şarta yani açıkça Kanuna ve ilgili mevzuatına aykırılık sebebine dayandığı görülmektedir¹⁸⁴.

Bu noktada dikkati çeken diğer bir husus ise, Kanunun ihale -alım- sürecinin durdurulmasını düzenleyen 56/3 maddesi ile Yönetmeliğin aynı konunun uygulanmasını gösteren 22 nci maddesi arasındaki açık çelişkidir¹⁸⁵. Kanunun ilgili hükmünde, Kanuna ve ilgili mevzuata aykırılıktan bahsedildiği halde Yönetmelikte hukuka aykırılıktan bahsedilmektedir. Halbuki hukuki terminoloji açısından bu iki kavramın aynı şeyi ifade etmediği açıktır¹⁸⁶. Hukuka aykırılık, “*idari işlem ve kararların başta Anayasa olmak üzere Kanunlara, kanunla eşit hukuk kaynaklarına ve düzenleyici idari işlemlere aykırılığı ifade eder. Ayrıca hukuka aykırılık, hem idari kararların alınmasında uyulması gereken hukuk kurallarına hem de alınan idari kararın içeriğini düzenleyen hukuk kurallarına aykırılığı*”¹⁸⁷ ifade eder. Dolayısıyla Kanun, ihale -alım- sürecinin durdurulabilmesi için kendi hükümlerine ve ilgili mevzuatına olan aykırılık şartını aramakla dar bir yaklaşım getirdiği halde Yönetmelik, hukuka aykırılık şeklinde yaptığı geniş nitelikli düzenlemeyle dayandığı Kanunu aşar nitelikte hükümler ihtiva

¹⁸⁴ **Kamu İhale Kurulu**'nun 21.11.2005 tarihli ve 2005/UY.Z-2159 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 17.1.2006, S. 26052.

¹⁸⁵ Yönetmeliğin 22 nci maddesi, “*Başvuruya konu ihalenin incelenen kısmının açıkça hukuka aykırı olması veya ihale sürecinin devam etmesi ile yapım müteahhidi, tedarikçi, hizmet sunucusu, kamu, idare veya diğer isteklilerin telafisi güç ya da imkansız zararlarının doğma olasılığının bulunması durumlarında, nihai kararın verilmesine kadar ihale sürecinin durdurulmasına Kurulca karar verilir*”.

¹⁸⁶ **UZ**, s. 412.

¹⁸⁷ **GÜNDAY**, *İdare Hukuku*, s. 118.

etmektedir¹⁸⁸. Bu durum ise açıkça normlar hiyerarşisine aykırıdır. Bunun doğal sonucu olarak Kurul, önüne gelen uyuşmazlık konusu alım, 4734 sayılı Kanuna ve ilgili mevzuatına uygun olsa bile diğer kanunlara veya mevzuata olan aykırılığa dayanarak dahi ihale -alım- sürecinin durdurulmasına karar verebilecektir ki bu durum Kanunun 56 ncı maddesine açıkça aykırıdır.

İhale -alım- sürecinin durdurulması kararının, yürütmenin durdurulması kararından şartları bakımından ikinci farkı ise şu noktada ortaya çıkmaktadır. İdari yargılama usulünde yürütmenin durdurulması ancak talep halinde karara bağlanırken¹⁸⁹ yani idari yargı yerleri kendiliğinden yürütmenin durdurulmasına karar veremezlerken¹⁹⁰ 4734 sayılı Kanun gereğince ise Kurulun ihale sürecinin durdurulmasına karar verebilmesi için kendisine yöneltilmiş bu yönde bir talebe gerek yoktur. Gerçekten de Kanunun 56 ncı maddesi incelendiğinde Kurulun önüne gelen uyuşmazlık hakkında ihale -alım- sürecinin durdurulmasına karar verebilmesi için bu yönde kendisine yöneltilmiş bir talep olması gerektiği yönünde açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu bağlamda Kurul kendisine yapılan itirazın şikayet başvurusu üzerine gerekli şartların oluşması halinde açıkça bu yönde bir talep olmasa bile kendiliğinden ihale -alım- sürecinin durdurulmasına karar verebilecektir¹⁹¹.

İhale -alım- sürecinin durdurulması kararının, yürütmenin durdurulmasından olan üçüncü farkı ise, sonuçları açısından ortaya çıkmaktadır. Zira idari yargılama usulünde yürütmenin durdurulmasıyla dava konusu işlemin uygulaması askıya alınmakta ve geriye yürüyecek şekilde bu işlemin tesisinden önceki hukuki durum geri gelmektedir¹⁹². Halbuki ihale -alım- sürecinin durdurulmasında ise böyle bir durumdan bahsetmek biraz güçtür. Zira Kanunun 56 ncı maddesinde yer alan hükümden de

¹⁸⁸ UZ, s. 412.

¹⁸⁹ GÜNDAĞ, Metin. "İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması Kararı ve Uygulamada Karşılaşılan Bazı Sorunlar", 2000 Yılı İdari Yargı Sempozyumu, www.danistay.gov.tr, 4.9.2006.

¹⁹⁰ GÖZÜBÜYÜK/TAN, *İdari Yargılama*, s. 968.

¹⁹¹ Kamu İhale Kurulunca bu yönde karar alabilmesini, ceza muhakemesindeki mahkemenin aktifliği prensibine de benzetmek mümkündür. Gerçekten de hukuk usulü muhakemesinde ihtilaf konusu, tarafların kişisel menfaatleri olduğu halde ceza yargılamasında kamu menfaati her zaman öne çıkan bir olgudur. Bu sebeple bazı istisnaları olmakla birlikte hukuk usulü muhakemesinde genellikle mahkemenin pasifliği ilkesi benimsenmişken ceza muhakemesinde her zaman mahkemenin aktifliği prensibi geçerlidir. ÜSTÜNDAĞ, Saim, *Medeni Yargılama Hukuku*, C.I-II, 6.B., İstanbul 1997, s. 238; Kamu alımlarında da tesis edilen işlemler, idari nitelikte işlemler olduğundan ve yapılan alımlarda her zaman dolaylı bile olsa kamu menfaati olduğuna göre Kamu İhale Kurulunun yapacağı incelemelerde aktifliğinden bahsetmek pek tabii ki mümkündür. Bu sebeple de Kurulun kendisine bu yönde bir talep yöneltilmemiş olsa bile gerekli şartların oluşması halinde kendiliğinden ihale (alım) sürecinin durdurulmasına karar verebilmesi gerekir.

¹⁹² GÖZÜBÜYÜK/TAN, *İdari Yargılama*, s. 977.

anlaşıldığı üzere, itirazın şikayete konu işlemin yürütmesinin durdurulmasından ziyade sürecin durdurulmasından bahsedilmektedir. Buna göre, şikayete konu işlemin yürütülmesi durdurulmayıp onu da içine alacak şekilde komple alım süreci durdurulmaktadır. Yani başvuruya konu işlemin tesisinden önceki hukuki durumun geri gelmesi söz konusu değildir. Kurul tarafından bu yönde bir karar verilmesi halinde idarece her hangi bir işlem yapılması gerekmeyip hareketsiz kalınması şeklinde ortaya çıkan bir durum söz konusu olmaktadır. Bu bağlamda ihale -alım- sürecinin durdurulması kararı, Kurulun nihai kararı üzerine vereceği kararlarla aynı hukuki etkiye sahip değildir. Halbuki idari yargılama usulünde yürütmenin durdurulması kararının, aynı iptal kararında olduğu gibi doğurduğu etki bakımından aynı kuvvette kabul edilmekte ve söz konusu işlemin tesisinden önceki hukuki durumun geri gelmesini sağlayan geçici nitelikte kararlar olduğu kabul edilmektedir¹⁹³. Bu kapsamda yürütmenin durdurulması kararı üzerine idare, İYUK'nun 28 inci maddesi gereğince 30 gün içinde aynı iptal de olduğu gibi kararın gereklerini yerine getirmek için işlem tesis etmek yükümlülüğü altındadır. İhale -alım- sürecinin durdurulmasında ise idarenin her hangi bir işlem tesis etme yükümlülüğü olmayıp sadece alım sürecine devam etmemesi yani hareketsiz kalması gerekmektedir.

Kurulun bu yönde verdiği kararlarla, ihale -alım- işlemlerine devam edilememesi şeklinde ortaya çıkan hareketsiz kalma durumu idareyi, yapacağı her türlü işlem bakımından sınırlandırmaktadır. Öyle ki, sürecin durdurulması sonrasında idarenin alımı iptal etme yetkisi dahi yoktur. Zira önceki bölümlerde de açıklandığı üzere ihalenin iptali işlemi de alım süreci içindeki işlemlerden birisi olarak kabul edilmiştir. Konuyla ilgili olarak Kurulun bu olasılığa tam anlamıyla uyan bir kararı tespit edilememekle birlikte, kanımızca idarenin ihale -alım- sürecinin durdurulması sonrasında nasıl ki

¹⁹³ "...idare hukuk ilkesine göre, iptal kararları, iptali istenen idari tasarrufu ve ona bağlı işlemler itihaz edildiği tarihten itibaren ortadan kaldırarak o tasarrufun itihazından önceki hukuki durumu ortaya koyar. Bir iptal davasında verilmiş bulunan yürütmenin durdurulması kararı da aynı niteliktedir. Yani ortada henüz bir iptal kararı bulunmadığı halde, iptali istenen idari tasarrufu ve onun sonucu olan işlemleri durdurur ve bu tasarruf ve işlemlerin itihaz ve icrasından önceki hukuki durumun yürürlüğünü sağlar..." DDDK'nun 4.2.1966 tarihli ve E. 1966/473 sayılı kararı, **KIRATLI**, Metin, "Yürütmenin Durdurulması", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C.XXI, S. 4, Yıl 1966, s. 193; "Danıştay'ın otuz seneyi aşan istikrar kazanmış içtihatlarına göre yürütmenin durdurulması kararları dava konusu idari işlemin uygulanmasını durduran, başka bir deyimle onun icrailik niteliğini askıya alan ve söz konusu işlemin tesisinden önceki hukuki durumun geri gelmesini sağlayan geçici nitelikte kararlardır. Eğer bireysel bir idari işlemin yürütülmesi durdurulmuş ise, idare bireyin eski hukuki durumunu kazanması için gereken işlemleri yapmakla yükümlüdür.", **Da5D**'nin 11.3.1997 tarihli ve E. 1996/2957, K. 1997/546 sayılı kararı.; **Da5D**'nin 24.5.1999 tarihli ve E. 1998/4622, K. 1999/1685 sayılı kararı; **Da1D**'nin 18.6.1983 tarihli ve E. 1983/124, K. 1983/153 sayılı kararı, *Danıştay Dergisi*, S. 52-53, s. 37.

sözleşme imzalaması mümkün değilse aynı şekilde de alımı iptal etme yetkisi de yoktur. Gerçekten de sürecin durdurulmasına karar verilmiş olsa bile esas inceleme sonucunda aslında işlemin hukuka uygun olduğu ya da düzeltici işlem belirlenmesine karar verilmesi de imkan dahilindedir. Yani süreç durdurulsa bile ortada iptali gerektirecek bir aykırılık olmayabilir. Hukuka aykırı olmayan bir idari işlemin de geri alınması yani idarece iptal edilmesi mümkün olmayacağına göre inceleme süreci devam ederken idare tarafından, inceleme sürecinin uzunluğu ve süre zarfında daha fazla beklenilmeyerek yeni bir alıma çıkılması gibi amaçlarla ihalenin iptal edilmesi hukuka aykırı olacaktır.

İhale -alım- sürecinin durdurulmasından sonra ihale kararının alınması ve buna dayalı olarak idarenin sözleşme imzalaması halinde yapılan işlemler açıkça hukuka aykırı olmakla birlikte imzalanan sözleşmenin hukuki akıbetinin ne olduğu hususu ise Kanuni düzenleme bazında açıklığa kavuşturulmuş değildir. Kurul, bu konuyla ilgili olarak önüne gelen uyuşmazlıklar hakkında verdiği kararlarında; ihale -alım- sürecinin durdurulmasından sonra tesis edilen işlemleri, Kanuna aykırı bularak iptal etmişse de¹⁹⁴ imzalanan sözleşmenin akıbeti hususunda açık hükümlere yer vermemiştir. Kanımızca bu gibi durumlarda Kanunun 55/7 maddesi hükmünde olduğu gibi ihale kararının ve sözleşmenin hükümsüzlüğü durumu ortaya çıkacaktır.

Ayrıca ihale -alım- sürecinin durdurulması kararı üzerine idarenin, Kanunun 55/7 maddesi hükmüne dayalı olarak bu aşamada ivedilik ve kamu yararı gereği ihale işlemlerine devam edilerek sözleşme imzalaması yönünde karar almasına da imkan yoktur. Zira Kanunun zikredilen hükmüyle idareye verilen bu yetki, şikayet aşamasında ivedilik ve kamu yararı olması halinde idarenin sözleşme imzalamasına imkan tanınmasını amaçlamakta olup şikayet süreci sona erdikten sonra idarenin, itirazın şikayet aşamasında Kurulun yapacağı incelemeyi etkisizleştirecek şekilde bu yönde bir karar almaları mümkün değildir.

Kurul tarafından yapılan inceleme neticesinde ihale -alım- sürecinin durdurulmasına karar verilmemesi halinde idarenin sözleşme imzalayabilmesi hususu ise üzerinde durulması gereken diğer bir konudur. Zira Kanunda bu yönde bir hüküm

¹⁹⁴ “...süreci durdurulan bir ihaleyle ilgili olarak sürecin durdurulmasına karar verildiği tarihten itibaren idarece bütün ihale işlemleri durdurularak herhangi bir karar alınmaması gerekirken ihale işlemlerine devam edilerek karara bağlanması hukuka aykırıdır. Açıklanan nedenlerle; İhale sürecinde yapılan ve yukarıda mevzuata aykırılıkları tespit edilen işlemlerin düzeltici işlemle giderilemeyecek nitelikte işlemler olduğu saptandığından, 4734 sayılı Kanunun 56 ncı maddesi (b) bendi gereğince, ihale işlemlerinin ve ihale kararının iptaline oyçokluğu ile karar verildi.”, **Kamu İhale Kurulu**’nun 19.12.2005 tarihli ve 2005/UH.Z-2367 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 23.2.2006, S. 26089.

olmadığı halde açıkça Kanuna aykırı bir şekilde Yönetmeliğin 34 üncü maddesinde yapılan düzenlemeyle ihale -alım- sürecinin durdurulmasına karar verilmeyen durumlarda, nihai karar kendilerine bildirilinceye kadar, idarelerin sözleşme imzalanması dışındaki alım işlemlerinin gereğini yerine getireceği ancak sözleşme imzalamayacakları hüküm altına alınmıştır. Kanunda böyle bir sınırlama olmadığı halde Yönetmelikle yapılan bu düzenleme açıkça hukuka aykırıdır. Sözü edilen hüküm, Yönetmeliğin ilk yürürlüğe girdiği halinde “*Kurumca ihale sürecinin durdurulmasına gerek görülmemesi halinde idare sözleşmeyi de imzalayarak ihale sürecini esas kararı beklemezsizin sonuçlandırabilir.*” şeklinde Kanuna uygun olarak düzenlenmiş iken daha sonradan Kanuna aykırı şekilde yapılan bu değişikliğin sebebini anlamak mümkün olamamıştır.

Konuyla ilgili olarak önüne gelen bir uyuşmazlık hakkında verdiği kararında¹⁹⁵ Kurul, oldukça ilginç ifadelerle yer vermiştir. Söz konusu kararda; idare tarafından şikayetçiye 27.2.2006 tarihinde şikayet başvurusunun reddedildiğinin bildirilmesi üzerine Kamu İhale Kurumuna 1.3.2006 tarihinde yapılan itirazın şikayet başvurusu üzerine herhangi bir surette ihale -alım- sürecinin durdurulmasına karar verilmemiş, bunun üzerine de idare 8.3.2006 tarihinde de ihale üzerine kalan istekle sözleşme imzalama cihetine gitmiştir. Ancak Kurul, itirazın şikayet üzerine ihale -alım- sürecinin durdurulmasına karar verilmemiş olsa bile yukarıdaki Yönetmelik hükmüne dayalı olarak idarenin sözleşme imzalamayacağından hareketle imzalanan sözleşmeyi mevzuata aykırı bulmuş ve bu sebeple de ihale işlemlerinin ve ihale kararının iptaline karar vermiştir. Verilen karar, bahsedilen Yönetmeliğe uygun gözükmese de süreci durdurulmayan bir ihalede, idarenin sözleşme imzalamasının önünde hiçbir kanuni engel olmadığından Kurul tarafından verilen bu kararın ve dayandığı Yönetmelik hükmünün 4734 sayılı Kanuna aykırı olduğu açıktır. Kurul bu yönde karar vermesine dayanak olarak gösterdiği Kanunun 55/7 maddesindeki “*Şikayet sunulduktan sonra, ihale yetkilisince ivedilik ve kamu yararı bulunması nedeniyle ihale işlemlerine devam edilmesi gerektiği onaylanmadıkça idare sözleşme imzalamaz.*” hükmü sadece idareye yapılan şikayet aşaması için geçerli olan bir durum olup sözleşme imzalamama şeklinde cereyan eden bu askıda durumun itirazın şikayet sürecine de etki edecek şekilde yorumlanmasına imkan yoktur. Eğer böyle bir etkinin varlığından

¹⁹⁵ **Kamu İhale Kurulu**'nun 3.4.2006 tarihli ve 2006/UH.Z-886 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 24.5.2006, S. 26177.

kabul edilirse o zaman şu soruyu sormak lazım gelir. Zaten şikayetin yapılmasıyla durmuş olan ihale süreci için ayrıca Kurula neden bir daha ihale sürecinin durdurulması yetkisi verilmiştir? Kanımızca Kanun gereğince itirazen şikayet, alım sürecini durdurmamakla birlikte idarenin sözleşme imzalamasına da engel bir durum olmayıp bu aşamada idarenin alım sürecine devam ederek sözleşme imzalayabilmesinin önündeki tek engel ise, Kurulca alınacak ihale sürecinin durdurulması kararıdır. Eğer Kurul, sürecin durdurulmasına karar vermez ise idarenin sözleşme imzalaması pek tabii ki mümkündür.

İhale -alım- sürecinin durdurulması kararı, tedbir niteliğinde bir karar olmakla itirazen şikayetin esası hakkında nihai kararın verilmesiyle doğurduğu sonuçlar kendiliğinden ortadan kalkmaktadır. Dolayısıyla bu kararın kaldırılması için ayrıca Kurul tarafından ayrıca ve münferiden başkaca bir işlem tesis edilmesine ya da karar alınmasına ihtiyaç yoktur.

b. Düzeltici İşlem Belirleme

Kanunun 56 ncı maddesinde Kurulun esas inceleme neticesinde tesis edebileceği karar türlerinden ilki olarak sayılan “*düzeltici işlem belirleme*” kararının verilebilmesi için alım sürecinde tesis edilerek incelemeye konu edilen işlemin, idare tarafından düzeltme yapılması yoluyla giderilebilecek nitelikte olması ve bu surette alım sürecinin kesintiye uğratılmasına gerek bulunmaması şartlarının maddi olayda birlikte gerçekleşmesi gerekir. Bahsedilen iki şartın maddi olayda bir arada gerçekleşmesi halinde ancak bu yönde karar alınmasına imkan olup alım sürecindeki hukuka aykırılıklar eğer alımın esasına tesir ediyorsa o takdirde sadece iptal kararı verilmesi gerekmektedir. Nitekim Kurul, önüne gelen uyuşmazlıklar hakkında öncelikle düzeltici işlem belirleme çarelerini araştırmakta ancak tespit edilen mevzuata aykırılıklar düzeltici işlemle dahi giderilemeyecek nitelikteyse o zaman iptale karar vermektedir¹⁹⁶.

¹⁹⁶ “*idarenin rekabeti kısıtlar nitelikteki benzer işe ilişkin düzenlemesi 4734 sayılı Kanunun 5 inci maddesine aykırıdır. Açıklanan nedenlerle; İhale sürecinde yapılan ve yukarıda mevzuata aykırılıkları tespit edilen işlemler 4734 sayılı Kanunun 56 ncı maddesi ikinci fıkrasının (b) bendi uyarınca düzeltici işlemle giderilemeyecek nitelikte işlemler niteliğinde olduğundan, ihale kararının ve belirtilen ihale işlemlerinin iptaline...*”, **Kamu İhale Kurulu**’nun 10.4.2006 tarihli ve 2006/UH.Z-914 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 2.6.2006, S. 26186; Aynı yöndeki diğer kararlar için bkz. **Kamu İhale Kurulu**’nun 10.4.2006 tarihli ve 2006/UH.Z-931 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 4.6.2006, S. 26188; **Kamu İhale Kurulu**’nun 10.4.2006 tarihli ve 2006/UH.Z-930 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 4.6.2006, S. 26188.

Kanunun 56 ncı maddesinin gerekçesinde¹⁹⁷ yeteri derecede açıklama olmadığından, iptalden ayırık bir karar türü olarak ortaya konulan “*düzeltilici işlem belirlenmesi kararı*”nın hukuki niteliğinin tam olarak anlaşılabilmesi, öncelikle konunun idare hukukunun genel esasları bağlamında değerlendirilmesine bağlıdır.

İdare hukuku teorisinde genel kabul gördüğü üzere, yargı organlarınca hukuka aykırı bulunarak verilen iptal kararları neticesinde idari işlemler, yapıldığı tarihten geçerli olmak üzere bütün sonuçlarıyla birlikte ortadan kaldırılarak sona erdirilmekteyken aynı şekilde hukuka aykırı işlemin idare tarafından kendiliğinden geri alınması da bir sona erdirmeye biçimindedir¹⁹⁸. Hatta bu husus bir çok Danıştay kararına konu olmuştur. Danıştay daireleri arasında özellikle personel hakları bakımından ortaya çıkan içtihat farklılığının giderilmesi amacıyla İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun meşhur bir kararıyla¹⁹⁹ bu konuda içtihadın birleştirilmesi yoluna gidilerek idarenin açık hataya düşerek tesis ettiği hukuka aykırı işlemleri her zaman geri almasının mümkün olduğu sonucuna varılmıştır. Söz konusu karar, doğrudan personel haklarıyla ilgili olsa da diğer idari yargı uyuşmazlıkları hakkında verilen kararlara da mesnet olmuştur. Nitekim Danıştay kamu alımlarıyla ilgili diğer bir kararında²⁰⁰, geçersiz ilana dayanılarak ihale işlemi yapılmasının açık hata halini oluşturduğundan, idarenin belirtilen açık hata hali nedeniyle ihale işlemlerini her zaman geri alabilmesinin idare hukuku ilkeleri gereği mümkün olduğuna karar vermiş ve buna dayanak olarak da yukarıda zikredilen içtihadı birleştirme kararını göstermiştir.

İdari işlemin geri alınmasından farklı olarak düzeltme ise, işlemi oluşturan iradenin metne yanlış olarak geçmesi üzerine yapılmaktadır. Düzeltme, yeni bir öge içermediğinden işlemin yapılış tarihi itibarıyla ya da geriye yürüyecek şekilde yapılması

¹⁹⁷ 56 ncı maddenin hükümet gerekçesi şu şekildedir; Uluslararası mevzuat hükümlerine paralel olarak, 55 inci maddede belirtilen süre ve hallerde Kuruma başvuruda bulunabilme usulleri, inceleme süreci ve Kurul tarafından alınabilecek kararlar hükmüne bağlanmıştır.

¹⁹⁸ **GÖZÜBÜYÜK/TAN**, *İdare Hukuku*, s. 488; **GÜNDAY**, *İdare Hukuku*, s. 134.

¹⁹⁹ **DİBGK**'nin 22.12.1973 tarihli ve E.1968/8, K.1973/14 sayılı kararı.

²⁰⁰ “...ilanların geçersizliğinin saptanması halinde, ihalenin ve yapılmışsa sözleşmenin de feshi öngörülmüştür. Esasen, geçersiz ilana dayanılarak ihale işlemi yapılması, açık hata halini oluşturduğundan idarenin belirtilen açık hata hali nedeniyle ihale işlemlerini her zaman geri alabileceği idare hukuku ilkeleri gereğidir. Nitekim, Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 22.12.1973 tarihli ve E.1968/8, K.1973/14 sayılı kararında, idarenin, açık hataya düşerek tesis ettiği idari işlemleri her zaman geri alabileceği belirtilmiştir.”, **Da10D**'nin 13.3.1991 tarihli ve E. 1988/2571, K. 1991/922 sayılı kararı.

mümkündür²⁰¹. Bu bakımdan düzeltmenin; geçmişe yönelik ise geri almayla, geleceğe yönelik ise kaldırmayla²⁰² eş değer nitelikte sonuçlar doğurduğu kabul edilmektedir²⁰³.

Yukarıda kısaca yapılan genel değerlendirme çerçevesinde Kurul tarafından verilen iptal kararının idareler tarafından yerine getirilmesi geri alma niteliğinde bir işlem olmakla birlikte düzeltici işlem belirlenmesi kararının idare hukukundaki düzeltme işlemiyle tam manasıyla aynı şeyi ifade ettiğini söylemek güçtür. Zira Kurulun düzeltici işlem belirlenmesine karar vermesi halinde idareler bu kararın gereklerini yerine getirirken alım sürecinde tesis ettiği bazı işlemleri geri almaktadırlar. Bu surette idarenin yaptığı işlemde iradesinin metne yanlış işlemlerinden kaynaklanan bir hatanın düzeltilmesinden öteye geçen geri alma niteliğinde bir işlem vardır. Dolayısıyla her ne kadar adı düzeltici işlem belirlenme olsa da Kurulun bu yönde vereceği kararların aslında geri alma niteliğinde işlemler olduğunu kabul etmek gerekir.

Dolayısıyla adı iptal olmasa da doğurduğu hükümler bakımından iptal niteliğinde olan düzeltici işlem belirlenme kararının, aynı maddede diğer bir karar türü olarak sayılan “*iptal kararı*”ndan farkı, konusu bakımındadır. Bu bağlamda eğer mevzuata aykırı işlem, düzeltilse yani geri alınsa bile ihale sürecinin kanunda belirtilen temel ilke ve emredici mahiyetteki kurallara göre devam ettirilmesi mümkün değilse iptal kararı verilmesi gerekmektedir. Yani bu kapsamda verilecek karar üzerine idarece yapılan geri alma işlemi sonrasında ihale sürecinin devam ettirilebilmesinde Kanunun temel ilkeleri ve emredici hükümleri açısından bir sakınca olmamalıdır. İşte bu husus Kanunda “*ihale sürecinin kesintiye uğratılmasına gerek bulunmayacak durumlarda*” şeklinde ifade edilmiştir. Kurul ise önüne gelen uyuşmazlıklarda bu durumu ihalenin esası²⁰⁴ olarak değerlendirmiş ve tespit edilen mevzuata aykırılığın esasa müessir olmaması halinde düzeltici işlem belirlenmesine karar vermiştir.

Konuyla ilgili olarak TAŞDELEN, düzeltici işlem belirlenmesi kararıyla alım sürecinde esasa tesir edecek mahiyette olmayan hukuka aykırılıkların giderilerek alım

²⁰¹ GÖZÜBÜYÜK/TAN, *İdare Hukuku*, s. 490.

²⁰² Kaldırma, idari işlem veya kararın ileriye dönük olarak sona erdirilmesidir. Kaldırma işlemine idarenin genel işlemlerinde olduğu kadar birel işlemlerinde de rastlanmakla birlikte idarenin bu kaldırma yetkisini daha çok genel düzenleyici işlemlerinde görmek mümkündür. GÖZÜBÜYÜK/TAN, *İdare Hukuku*, s. 492.

²⁰³ GÜNDAY, *İdare Hukuku*, s. 139.

²⁰⁴ Kurul, teslim sürelerinin yerli ve yabancı istekliler açısından farklı belirlenmesini mevzuata aykırı bulmakla birlikte esas etkili olmadığına karar vermiştir. **Kamu İhale Kurulu**'nun 27.1.2004 tarihli ve 2004/UK.Z-96 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 2.3.2004, S. 25396; Kurul diğer bir kararında da, işin süresi konusunda şartname ve diğer belgeler arasındaki çelişkiyi esasa etkili bulmamıştır. **Kamu İhale Kurulu**'nun 16.5.2005 tarihli ve 2005/UH.Z-958 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 1.7.2005, S. 25862.

sürecinin yeniden yapılandırılmasının öngörüldüğünü ileri sürmektedir²⁰⁵. ADAK ise, düzeltici işlem belirlenmesi kararına konu edilebilecek işlemlerin ihalenin sonucuna tesir edecek mahiyette olmayan daha çok usuldeki eksiklikler veya yanlışlıklardan ibaret olması gerektiğini ileri sürmektedir²⁰⁶. Diğer taraftan UZ ise, düzeltici işlem belirlenmesi kararının ancak iptali gerektirmeyecek nitelikteki ve ağırlıktaki mevzuata aykırılık nedeniyle ve ihaleye katılan veya katılması muhtemel tüm istekliler için aynı sonucu doğuracak durumlarda verilmesi gerektiğini, ihale işlemlerinde yapılan bir mevzuata aykırılık dolayısıyla Kurul tarafından verilen kararın sonucu olarak bazı isteklilerin ihale dışı bırakılması ya da ihale dışı bırakılan bir isteklinin teklifinin geçerli kabul edilmesi gerekecekse, bu durumlarda düzeltici işlem tesisi yerine mevzuata aykırılığı tespit edilen işlemin iptaline karar verilmesi gerektiğini ileri sürmektedir²⁰⁷.

Düzeltilici işlem belirlenmesiyle pek tabii ki, sonuca tesir edecek mahiyette işlem tesis edilmesi mümkündür. Düzeltilici işlem belirlenmesinin iptalden farkı, karara konu işlemin mevzuata aykırılığının Kanunda öngörülen temel ilkelere ve emredici mahiyetteki hükümlere olan aykırılığı noktasında yatmaktadır. Dolayısıyla kanımızca, düzeltme suretiyle yapılan geri alma işlemi sayesinde, yapılacak işlem alımın sonucuna tesir etse bile, Kanunda öngörülen alım sistemine uygun bir alım yapılması mümkün olabiliyorsa bu taktirde düzeltici işlem belirlenmesine karar verilmesi gerekir.

Örneğin tekliflerin alınmasından sonra değerlendirme dışı bırakılması gerektiği halde değerlendirme alınan bir isteklinin Kurul kararı üzerine yapılan düzeltici işlemlerle değerlendirme dışı bırakılması pek tabii ki mümkündür zira isteklinin teklifi Kanuna uygun olarak yapılsaydı zaten hiçbir zaman değerlendirmeye alınması mümkün değildi. Özetlemek gerekirse düzeltici işlem belirlenmesi kararıyla, Kanunun temel ilkelerine ve emredici hükümlerine aykırı olmayan nitelikteki mevzuata aykırılıkların giderilerek alımın Kanunda belirtilen usul ve esaslara uygunluğunun sağlanması amaçlanmaktadır.

Alım sürecinde tesis edilen mevzuata aykırı işlemlerden hangilerinin düzeltilebileceği, buna karşın hangi tür aykırılıkların ise düzeltilemeyeceği hususu her bir maddi olaya göre ayrı ayrı değerlendirilmeyi gerektirmektedir. Kurul önüne gelen uyuşmazlıklar hakkında genellikle tekliflerin alınması aşamasından sonra tekliflerin

²⁰⁵ TAŞDELEN, s. 141.

²⁰⁶ ADAK, s. 24.

²⁰⁷ UZ, s. 415.

değerlendirilmesi²⁰⁸ ve aşırı düşük teklif sorgulaması²⁰⁹ aşamalarında ortaya çıkan mevzuata aykırı işlemler için düzeltici işlem belirlenmesi kararı vermektedir²¹⁰. Örneğin Kurul, Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü tarafından yapılan bir inşaat ihalesi hakkında çıkan uyuşmazlığın itirazın şikayet konusu yapılması üzerine verdiği bir kararında²¹¹; teklif ekinde sunulması zorunlu belgeleri sunmayan veya sundukları belgeler uygun olmayan isteklilerin tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılması ve geçerli teklifler yeniden belirlendikten sonra aşırı düşük teklif sorgulamasının 4734 sayılı Kanunda belirtilen usule uygun olarak yapılmak suretiyle tekliflerin yeniden değerlendirilmesi hususlarının, düzeltici işlem olarak belirlenmesine karar vermiştir. Buna karşın Kurul, Kanunun emredici hükümlerine aykırı şekilde tesis edilen işlem olması halinde ise düzeltici işlem tesisini mümkün görmeyerek doğrudan ihale işlemlerinin ve ihale kararının iptaline karar vermiştir. Nitekim, Kurul uyuşmazlık üzerine önüne gelen bir olay hakkında verdiği kararında²¹² Kanunun 13 üncü maddesine uygun olarak ilan yapılmamasını düzeltici işlemle dahi giderilemeyecek nitelikte bir mevzuata aykırılık olduğuna karar vererek ihale işlemlerinin ve ihale kararının iptaline karar vermiştir.

Diğer taraftan, uygulamada Kurul önüne gelen uyuşmazlıklarda mevzuata aykırılık tespit ederse bu aykırılığın düzeltici işlemle giderilmesine imkan olması halinde önce mevzuata aykırılığını tespit ettiği işlemlerin iptaline sonrasında ise

²⁰⁸ **Kamu İhale Kurulu**'nun 27.3.2006 tarihli ve 2006/UH.Z-818 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 15.5.2006, S. 26169; **Kamu İhale Kurulu**'nun 27.3.2006 tarihli ve 2006/UH.Z-800 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 14.5.2006, S. 26168; **Kamu İhale Kurulu**'nun 2.2.2006 tarihli ve 2006/UM.Z-316 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 27.3.2006, S. 26121.

²⁰⁹ **Kamu İhale Kurulu**'nun 22.12.2003 tarihli ve 2003/UK.Z-870 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 25.2.2004, S. 25384; **Kamu İhale Kurulu**'nun 18.11.2004 tarihli ve 2004/UH.Z-1615 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 27.12.2004, S. 25683.

²¹⁰ Aslında Kurulun düzeltici işlem belirlemeye konu ettiği işlemlere olan yaklaşımı eleştirilebilir. Zira kamu alım süreci sebep sonuç ilişkisi çerçevesinde bir çok idari işlemin yapılması ile sonuca ulaşan zincir işlem niteliğinde idari işlemlerdendir. Ayrılabilir işlem teorisine göre her bir işlem tek başına doğurduğu hukuki etki nispetinde içinde bulunduğu zincirden koparılabilme imkanına da sahiptir. Bu noktadan hareketle alım sürecindeki işlemlerin bazılarının münferiden yargı denetimine tabi olabilecekleri gerek öğretide gerekse de içtihatla kabul görmektedir. Bu genel kabulden hareketle zaten Kanunda iptal dışında ayrıca düzeltici işlem belirleme kararı düzenlenmiş olup nitekim bu kapsamda Kurul da alım sürecindeki işlemleri ayrı ayrı idari denetime konu etmektedir. Buradan hareketle, tekliflerin alınmasından önceki aşamada da tesis edilen mevzuata aykırı işlemlerin de örneğin mevzuata aykırı şartname ve ilanların da düzeltici işlem belirleme kararına konu edilmesinin mümkün olması gerektiği düşünülebilir.

²¹¹ **Kamu İhale Kurulu**'nun 18.11.2004 tarihli ve 2004/UY.Z-1595 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 26.12.2004, S. 25682.

²¹² “Kanunun 13 üncü maddesinde belirtilen hükme uygun ilan yapılmadığından ihalenin, Kanunun anılan amir hükmünde belirtildiği üzere iptal edilmesi gerekmektedir. Açıklanan nedenlerle; İhale sürecinde yapılan ve yukarıda mevzuata aykırılıkları tespit edilen işlemlerin düzeltici işlemle giderilemeyecek nitelikte işlemler olduğu saptandığından, 4734 sayılı Kanunun 56 ncı maddesi (b) bendi gereğince, ihale işlemlerinin ve ihale kararının iptaline...”, **Kamu İhale Kurulu**'nun 10.4.2006 tarihli ve 2006/UH.Z-936 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 6.6.2006, S. 26190.

düzeltilici işlem belirlenmesine karar vermektedir²¹³. Ancak Kanunun 56 ncı maddesinde Kurulun önüne gelen uyuşmazlık üzerinde yaptığı esas inceleme neticesinde düzeltilici işlem belirleme, iptal yada şikayet başvurusunun uygun bulunmadığı işlemlerinden birisine karar vereceği hükmü yer almaktadır.

İlk bakışta bir uyuşmazlık hakkında Kurulun aynı anda iki karar birden vermesi Kanuna aykırı görünmektedir. Gerçekten de, bir uyuşmazlık hakkında hem şikayet başvurusunun uygun bulunmadığına hem de iptale karar verilmesi ne kadar mümkün değilse aynı düşüncenin ürünü olarak hem iptal hem de düzeltilici işlem belirleme kararının verilmesi de o derece mümkün değildir. Nitekim UZ, bu konuyla ilgili olarak bir uyuşmazlık hakkında aynı anda iki kararın birden verilmesini, 4734 sayılı Kanunun 56 ncı maddesine aykırı bulmaktadır. Yazar bu görüşüne dayanak olarak da, sözü geçen maddedeki Kurul tarafından yapılacak inceleme neticesinde uyuşmazlık hakkında düzeltilici işlem belirleme, iptal ya da red kararlarından birisinin verilmesi gerektiği yönündeki hükmü göstermektedir²¹⁴.

Yazarın bu görüşüne katılmak gerekse de aslında Kurulun böyle bir yaklaşım içinde olmak gibi bir niyetinin olmadığı, verdiği kararların incelenmesinden açıkça görülmektedir. Zira yukarıda etraflıca açıklandığı üzere aslında düzeltilici işlem belirleme kararı, idareye alım kapsamında tesis ettiği bazı işlemleri geri alma yükümlülüğünü getirmektedir. Kurulun kararlarında öncelikle iptale sonrasında da düzeltilici işlem tesisine karar vermesine iten sebep de bu temele dayanmaktadır. Kanımızca bu tür Kurulun kararlarında bahsettiği iptal, alımın tamamen iptali değil alım kapsamında düzeltilici işlem yapılabilmesi için hangi işlemlerin geri alınması gerektiğinin gösterilmesinden ibarettir. Ancak yine de mevzuata aykırı bir alım işlemi hakkında hem iptale hem de düzeltilici işlem belirlenmesine karar verilmesi usule aykırı görüldüğünden Kurulun bu yönde alacağı kararların hüküm fıkrasında özellikle “*iptal*” kelimesinden kaçınması daha yerinde olacaktır²¹⁵.

²¹³ “Tekliflerin alınmasından sonra yapılan ve yukarıda mevzuata aykırılığı tespit edilen ihale işlemlerinin ve ihale kararının iptaline, idarece 2. en avantajlı teklif sahibi firma olarak belirlenen isteklinin teklifinin değerlendirme dışı bırakılması gerektiği hususunun, düzeltilici işlem olarak belirlenmesine...”, **Kamu İhale Kurulu**’nun 10.4.2006 tarihli ve 2006/UH.Z-933 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 4.6.2006, S. 26188; **Kamu İhale Kurulu**’nun 20.2.2006 tarihli ve 2006/UH.Z-501 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 15.4.2006, S. 26140.

²¹⁴ UZ, s. 415.

²¹⁵ Örnek vererek açıklamak gerekirse Kurul eğer düzeltilici işlem belirlenmesine karar verirse hüküm fıkrasını şu şekilde kaleme alması daha yerinde olacaktır; “mevzuata aykırı olduğu tespit edilen tekliflerin alınmasından sonra yapılan ihale işlemleri geri alınmak suretiyle teklifleri değerlendirme dışı bırakılan

c. İptal

4734 sayılı Kanununun 56 ncı maddesinde Kurulun önüne gelen uyuşmazlık üzerinde yapacağı inceleme neticesinde verebileceği diğer bir karar türü olarak, “*ihale işlemlerinin iptali*” kararı sayılmıştır.

İhale -alım- işlemlerinin iptaline karar verilebilmesi için mevzuata aykırı olduğu tespit edilen işlemin iki şartı birden uhdesinde barındırması gerekmektedir. Buna göre mevzuata aykırılık, hem alım sürecinin devam etmesine engel teşkil etmelidir hem de düzeltici işlemle giderilemeyecek nitelikte olmalıdır. Yukarıdaki bölümde de bahsedildiği üzere uygulamada Kurul, önüne gelen uyuşmazlıklarda öncelikle düzeltici işlem belirleme çarelerini araştırmakta ancak bunun mümkün olmadığı durumlarda iptale karar vermektedir²¹⁶.

İdarelerce gereklerinin yerine getirilmesi bakımından yargı yerleri tarafından verilen iptal kararlarıyla eşdeğer nitelikte sonuçlar doğuran ihale -alım- işlemlerinin iptali kararı, sebep olduğu sonuçlar bakımından geriye yürür nitelikte hükümler doğurmakta olup uygulama safhasında alım sürecinin hiç başlatılmaması şeklinde tecelli etmektedir. Bu bakımdan düzeltici işlem belirleme kararında alım sürecinde tesis edilen bir kısım işlemler geri alınırken iptal kararında alım sürecinin tamamının geri alınması durumu ortaya çıkmaktadır.

Gerçekten de zincir işlem niteliğinde olan kamu alımları, belli aşamalardaki işlemlerin tesis edilmesiyle sonuca yani sözleşmeye ulaşan bir süreci ifade ettiğinden bu süreç içerisinde tesis edilen işlemlerin bazılarının geri alınarak düzeltilmesiyle bile hukuka uygun şekilde sonuçlandırılabilmeyletken bazı durumlarda yapılan hukuka aykırı işlemlerin düzeltilmesi yine de sürecin hukuka uygun bir şekilde tekemmül

isteklilerin tekliflerinin yeniden değerlendirmeye alınması hususunun düzeltici işlem olarak belirlenmesine...”

²¹⁶ “*isteklilerin belgelerinin eksik olup olmadığı ve teklif mektubu ile geçici teminatlarının usulüne uygun olup olmadığı kontrol edilip, belgeleri eksik veya teklif mektubu ile geçici teminatı usulüne uygun olmayan isteklilerin tutanakla tespit edileceği, isteklilerce teklif edilen fiyatların ilk oturumda hazır bulunanların huzurunda açıklanması ve bu işlemlere ilişkin tutanak düzenlenmesi gerektiğinden, ihale komisyonu tarafından yapılan bu aykırılığın ihalenin kamu ihale mevzuatının temel ilkelerine uygun ve sağlıklı bir şekilde neticelendirilmesi imkanı ortadan kaldıracığı, dolayısıyla, bu hususun düzeltici işlemle giderilemeyecek nitelikte bir aykırılık olduğundan ihalenin iptali gerekmektedir. Açıklanan nedenlerle; İhale sürecinde yapılan ve yukarıda mevzuata aykırılıkları belirtilen işlemlerin düzeltici işlemle giderilemeyecek nitelikte işlemler olduğu tespit edildiğinden, 4734 sayılı Kanununun 56 ncı maddesi (b) bendi gereğince, ihale işlemlerinin ve ihale kararının iptaline...*”, **Kamu İhale Kurulu**'nun 10.04.2006 tarihli ve 2006/UH.Z-931 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 4.6.2006, S. 26188.

ettirilebilmesine imkan vermeyebilir. Dolayısıyla düzeltici işlem belirlenmesi kararıyla hukuka uygun bir alım yapılmasına imkan varken bütün alım sürecinin iptaline karar vermek hukuka aykırı olacaktır. Bu sebeple de iptale konu edilebilecek mevzuata aykırılıkların maddi olayda değerlendirilerek neticesinde verilecek kararın renginin belirlenmesi, Kurul tarafından yapılacak denetimin hukuka uygunluğu açısından büyük bir önem taşımaktadır.

Kanunun “*ihale sürecinin devam etmesine engel oluşturacak nitelikte olması*” Kurulun ise “*ihalenin esası*” şeklinde tanımladığı iptali gerektirecek derecede mevzuata aykırılıktan anlaşılması gereken Kanunun temel ilkelerine²¹⁷ ve emredici nitelikteki hükümlerine²¹⁸ olan aykırılıktır. Zira bunun dışındaki her türlü mevzuata aykırı işlemin düzeltilerek alımın sonuçlandırılması pek tabii ki mümkündür.

Bu bağlamda, 4734 sayılı Kanuna göre temin edilmesi mümkün olmayan alımların daha doğrusu alıma konu edilemeyecek işlerin 4734 sayılı Kanun hükümlerine göre yaptırılması için yapılan bir ihalenin iptaline karar verilmesi gerektiği açıkça

²¹⁷ Kurul örnek bir kararında alım sürecinde tesis edilen işlemler mevzuata uygun olsalar bile yine de tekliflerin değerlendirilmesi sonrasında ortada tek geçerli teklif kalması ve bu teklifin de yaklaşık maliyete göre yüksek olması sebebiyle Kanunun 5 inci maddesinde sayılan temel ilkelerden olan ihtiyaçların uygun şartlarla karşılanması ile kaynakların verimli kullanılması ve rekabet ilkelerine olan aykırılığa dayanarak ihalenin iptaline karar vermiştir. Söz konusu kararda; “4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 5 inci maddesinde; “İdareler, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur.” hükmü yer almaktadır. Başvuru konusu ihalede, yukarıda yer alan tespitler çerçevesinde tek geçerli teklif kaldığı ve bu teklifin ihalede verilen diğer tekliflere ve yaklaşık maliyete göre yüksek olduğu, bu durumda ihalenin sonuçlandırılmasında, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 5 inci maddesinde yer alan ihtiyaçların uygun şartlarla karşılanması ile kaynakların verimli kullanılması ve rekabet ilkelerine uyarlık bulunmadığı, bu nedenle ihale kararı ve ihale işlemlerinin iptal edilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Açıklanan nedenlerle; İhale sürecinde yapılan ve yukarıda mevzuata aykırılıkları tespit edilen işlemler 4734 sayılı Kanunun 56 ncı maddesi ikinci fıkrasının (b) bendi uyarınca düzeltici işlemle giderilemeyecek işlemler niteliğinde olduğundan, ihale kararının ve ihale işlemlerinin iptaline...”, **Kamu İhale Kurulu**’nun 10.4.2006 tarihli ve 2006/UH.Z-930 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 4.6.2006, S. 26188.

²¹⁸ Örneğin Kurul, ihale komisyonunun eksik üyeye toplanmasını düzeltici işlemle dahi giderilemeyecek nitelikte bir mevzuata aykırı bulmuş ve ihalenin iptaline karar vermiştir. “4734 sayılı Kanunun “İhale Komisyonu” başlıklı 6 ncı maddesinde yer alan “İhale yetkilisi, biri başkan olmak üzere, ikisinin ihale konusu işin uzmanı olması şartıyla, ilgili idare personelinin en az dört kişinin, genel ve katma bütçeli kuruluşlarda maliye memurunun, diğerlerinde ise muhasebe veya malî işlerden sorumlu bir personelin katılımıyla kurulacak en az beş ve tek sayıda kişiden oluşan ihale komisyonunu, yedek üyeler de dahil olmak üzere görevlendirir.İhale komisyonu eksiksiz olarak toplanır. ...” hükmü ile ihale komisyonunda görevlendirilecek personelin isim olarak belirlenmesi, ihale komisyonunun asil üyelerinin bulunmaması halinde ise yedek üyelerle ve eksiksiz olarak toplanması öngörülmüş olmasına rağmen; ihale komisyonu 11 asil ve 7 yedek üyeden oluşturulduğu halde yukarıda belirtilen ihale komisyonu toplantılarına katılmayan asil üyelerin yerine yedek üyelerin katılımı gerekirken, Kanunun ilgili maddesine aykırı olarak ihale komisyonunun eksik sayıda toplandığı anlaşılmıştır. İdarece yapılan söz konusu aykırılığın düzeltici işlemle giderilemeyecek nitelikte olduğu anlaşıldığından, 4734 sayılı Kanunun 56 ncı maddesi (b) bendi gereğince ihale işlemlerinin ve ihale kararının iptalini gerektirmektedir.”, **Kamu İhale Kurulu**’nun 24.3.2005 tarihli ve 2005/UY.Z-598 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 26.5.2005, S. 25826.

ortadadır. Nitekim Kanunun 2 nci maddesinde açıkça belirtildiği üzere, idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ancak bu kapsamda değerlendirilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla konusu bakımından yapılan tanıma uymayan işlerin bu Kanuna göre alınması ya da gördürülmesi mümkün değildir. Özellikle hizmet alımları için yapılan ihalelerde karşılaşılan bu sorun, üzerinde durulması ve düşünülmesi gereken önemli bir konudur.

Yüksek yargı ve doktrin tarafından kabul edildiği üzere, konusu kamu hizmetinin kurulmasını ve/veya işletilmesini özel bir kişiye devretmek olan sözleşmeler, “*kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri*” olarak tanımlanmakta²¹⁹ olup kamu hizmeti bir özel hukuk kişisi tarafından ancak “*ruhsat*”, “*imtiyaz*”, “*iltizam*” ve “*müşterek emanet*” usullerinden biriyle görülebilir²²⁰. Bu usullerden biriyle kamu hizmetinin gördürülmesi yoluna gidildiğinde bu kişinin seçimi kendi özel mevzuatına tabi olacak ve yapılacak sözleşme de “*idari sözleşme*” niteliğinde olacaktır. Dolayısıyla Kamu İhale Kanunundaki hizmet ile kamu hizmeti aynı şeyi ifade etmediğine göre konusu kamu hizmetinin gördürülmesi niteliğinde olan işlerin Kamu İhale Kanununa ve sonucunda özel hukuk hükümlerine tabi bir sözleşmeye konu edilmesi düşünülemez.

Nitekim uyuşmazlık üzerine önüne gelen Kahramanmaraş Belediye Başkanlığı tarafından yapılan “*Zabıta Hizmetlerinin Yaptırılması Hizmet Alımı*” ihalesi hakkında verdiği kararında²²¹ Kurul; ihaleye konu edilen hizmet alımının, Zabıta Müdürlüğünün

²¹⁹ AYM'nin 28.6.1995 tarihli ve E.1994/71, K.1995/23 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 20.3.1996, S. 22586.

²²⁰ ÖZAY, s. 245; ODYAKMAZ, Zehra, “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. II, S. 1-2, Haziran-Aralık 1998, s. 141-195.

²²¹ “Anayasanın 128 inci maddesinde; “Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.” , 4734 sayılı Kanun’un 4 üncü maddesinde; “Hizmet: Bakım ve onarım, taşıma, haberleşme, sigorta, araştırma ve geliştirme, muhasebe, piyasa araştırması ve anket, danışmanlık, mimarlık ve mühendislik, etüt ve proje, harita ve kadastro, imar uygulama, her ölçekte imar planı, tanıtım, basım ve yayım, temizlik, yemek hazırlama ve dağıtım, toplantı, organizasyon, sergileme, koruma ve güvenlik, meslekî eğitim, fotoğraf, film, fikrî ve güzel sanat, bilgisayar sistemlerine yönelik hizmetler ile yazılım hizmetlerini, taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanmasını ve benzeri diğer hizmetleri, ... ifade eder.” , Aynı Kanunun 62 nci maddesinin (e) bendinde; “İdarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması halinde, ihale yetkilisinin onayı alınmak kaydıyla bu Kanunda belirtilen hizmetler için ihaleye çıkılabilir.” , 5393 Sayılı Belediye Kanunu’nun “Belediyenin görev ve sorumlulukları” başlıklı 14 üncü maddesinde; “Belediye, mahallî müşterek nitelikte olmak şartıyla; a) İmar, su ve kanalizasyon, ulaşım gibi kentsel alt yapı; coğrafi ve kent bilgi sistemleri; çevre ve çevre sağlığı, temizlik ve katı atık; zabıta, itfaiye, acil yardım, kurtarma ve ambulans; şehir içi trafik; defin ve mezarlıklar; ağaçlandırma, park ve yeşil alanlar; konut; kültür ve sanat, turizm ve tanıtım, gençlik ve spor; sosyal hizmet ve yardım, nikâh, meslek ve beceri kazandırma; ekonomi ve ticaretin geliştirilmesi hizmetlerini yapar veya yaptırır.” , Aynı Kanunun “Zabitanın görev ve yetkileri” başlıklı 51 inci maddesinde; “Belediye zabıtası, beldede esenlik, huzur, sağlık ve düzenin sağlanmasıyla görevli olup bu amaçla, belediye meclisi

görev alanına giren işlerin yürütülmesine ilişkin olduğunu halbuki Zabıta Müdürlükleri tarafından yerine getirilen kamu hizmetinin genel idare esaslarına göre Belediye tarafından yürütülmekle yükümlü olunan, asli ve sürekli nitelikte bir görev olduğundan bu görevi yerine getirecek personel kadro esasına göre istihdam edildiğini, bu görevin yerine getirilmesinde merkezi idare ile statüer ilişki içinde bulunulduğunu, kamu gücünün kullanıldığını, ayrıca kolluk faaliyetlerinin yerine getirilmesi sırasında meydana gelebilecek zararlardan idarenin doğrudan sorumlu tutulabileceği göz önüne alındığında, bu hizmetin 4734 sayılı Kanun ve ilgili mevzuatı uyarınca yapılacak bir ihaleye konu yapılamayacağı sonucuna ulaşarak söz konusu ihalenin iptaline karar vermiştir.

Aynı kapsamda değerlendirilebilecek diğer bir husus ise 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 36 ncı maddesine 10.7.2003 tarihli ve 4924 sayılı Kanunla²²² yapılan ilaveyle ortaya çıkan durumdur. Bahsi geçen Kanuni düzenlemeyle sağlık

*tarafından alınan ve belediye zabıtası tarafından yerine getirilmesi gereken emir ve yasaklarla bunlara uymayanlar hakkında mevzuatta öngörülen ceza ve diğer yaptırımları uygular. Görevini yaparken zabıtaya karşı gelenler, kolluk kuvvetlerine karşı gelenler gibi cezalandırılır. Belediye zabıta teşkilâtının çalışma usûl ve esasları, çalışanların görev ve yetkileri, memurluğa alınması için taşınmaları gereken nitelikler, alacakları meslek içi eğitim, görevde yükselme, meslekten çıkarılma, giyecekleri kıyafet ve savunma amaçlı olarak kullanacakları aletler ile zabıta teşkilâtında hizmet gereklerine göre oluşturulacak birimler, İçişleri Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir. Belediye, bu yönetmeliğe aykırı olmamak üzere ek düzenlemeler yapabilir. Zabıta hizmetleri kesintisiz olarak yürütülür. Zabıta personelinin çalışma süresi ve saatleri 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda belirtilen çalışma süre ve saatlerine bağlı olmaksızın, hizmetin aksatılmadan yürütülmesini sağlayacak şekilde düzenlenir. Belediye zabıta ve özel güvenlik hizmetlerinde fiilen çalışanlara, fazla mesai ücreti olarak yılı bütçe kanununda belirlenen üst sınırı aşmamak kaydıyla belediye meclisi kararı ile tespit edilen maktu tutar ödenir.” , Hükümleri bulunmaktadır. İhale konusu işe ait teknik şartnamede, işin konusunun Zabıta Müdürlüğü'nün görev alanına giren işlerin yürütülmesine ilişkin ihtiyacı karşılamak üzere yapılan hizmet alımı olduğunu belirtildiği, alınacak olan personelin zabıta yardımcı personeli ve teknik personel olarak iki kısma ayrıldığı anlaşılmıştır. Belediyelere bağlı Zabıta Müdürlükleri tarafından yerine getirilen kamu hizmeti; genel idare esaslarına göre Belediye tarafından yürütülmekle yükümlü olunan, asli ve sürekli nitelikte bir görev olup, bu görevi yerine getirecek personel kadro esasına göre istihdam edilmektedir. Bu görevin yerine getirilmesinde merkezi idare ile statüer ilişki içinde bulunulduğu, kamu gücünün kullanıldığı, ayrıca kolluk faaliyetlerinin yerine getirilmesi sırasında meydana gelebilecek zararlardan idarenin doğrudan sorumlu tutulabileceği göz önüne alındığında, bu hizmetin 4734 sayılı Kanun ve ilgili mevzuatı uyarınca yapılacak bir ihaleye konu yapılamayacağı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, zabıta hizmetlerinin yürütülmesi kapsamındaki işlerin memurlar veya kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerektiği ve bu işlerin hizmet alımı yoluyla ihale edilmesinin yasal olarak mümkün olmadığı belirlenmiştir. İdarenin söz konusu işi ihale yoluyla temin etmesi telifisi mümkün olmayan bir hukuka aykırılık hali teşkil etmektedir. Açıklanan bu mevzuata aykırılık durumu, geçerli teklif de kalmadığı anlaşılan ihale sürecindeki işlemlerin ve ihale kararının iptal edilmesini gerektirmektedir. Açıklanan nedenlerle; İhale sürecinde yapılan ve yukarıda mevzuata aykırılıkları belirtilen işlemlerin düzeltici işlemlerle giderilemeyecek nitelikte işlemler olduğu tespit edildiğinden, 4734 sayılı Kanununun 56 ncı maddesi (b) bendi gereğince, ihale işlemlerinin ve ihale kararının iptaline...” , **Kamu İhale Kurulu**'nun 10.4.2006 tarihli ve 2006/UH.Z-938 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 6.6.2006, S. 26190.*

²²² “Eleman Temininde Güçlük Çekilen Yerlerde Sözleşmeli Sağlık Personeli Çalıştırılması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”, *Resmi Gazete*, 24.7.2003, S. 25178.

hizmetleri ve yardımcı sağlık hizmetleri sınıfına dahil personel tarafından yerine getirilmesi gereken hizmetlerin, lüzumu halinde bedeli döner sermaye gelirlerinden ödenmek kaydıyla, Sağlık Bakanlığınca tespit edilecek esas ve usullere göre hizmet satın alınması yoluyla gördürülebileceği hüküm altına alınmıştır. Bunun üzerine Sağlık Bakanlığınca yürürlüğe konulan “Sağlık ve Yardımcı Sağlık Personeli Tarafından Yerine Getirilmesi Gereken Hizmetlerin Satın Alınması Yoluyla Gördürülmesine İlişkin Esas ve Usuller”²²³e göre Devlet Memurları Kanunu’nda tanımlanan sağlık ve yardımcı sağlık hizmetleri sınıfına dahil personel tarafından yerine getirilmesi gereken sağlık hizmetleri, kamu alımına konu edilmesinin mümkün olduğu belirtilerek 4734 sayılı Kanun çerçevesinde bir alım rejimi benimsenmiştir. Bahsedilen düzenleme Danıştay’da iptal davasına konu edilmiş olup Anayasanın 2 ve 128/1 maddelerine aykırılığı savı ciddi bulunarak iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmasına bunun yanında ayrıca Anayasa Mahkemesince verilecek karar üzerine yeniden bir karar verilmeye kadar bahsi geçen Yönetmeliğin yürütmesinin durdurulmasına karar verilmiştir²²⁴ ²²⁵. Gerçekten de Anayasanın 128 inci maddesi gereğince Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve

²²³ Resmi Gazete, 5.5.2004, S. 25453.

²²⁴ “Dava, 5.5.2004 günlü. 25453 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren “Sağlık ve Yardımcı Sağlık Personeli Tarafından Yerine Getirilmesi Gereken Hizmetlerin Satın Alma Yoluyla Gördürülmesine İlişkin Esas ve Usuller” isimli düzenleyici işlemin bu işleme dayalı olarak hazırlanan “2004 yılı (4 aylık) Psikiyatri Uzmanı, Onkoloji Uzmanı, Çocuk Psikiyatri Uzmanı, Alerji Hastalıkları Uzmanı Hizmetleri Satın Alma İşi Teknik Şartnamesi”nin ve bu şartname ile Denizli Devlet Hastanesi’nde 7 hekim ve 5 diğer sağlık personeli hizmetinin satın alma yolu ile gördürülmesine ilişkin olarak 4 Ağustos 2004 tarihinde yapılacak olan ihale işleminin iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılmıştır. 5.5.2004 günlü, 25453 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan, bakılmakta olan davaya konu Sağlık ve Yardımcı Sağlık Personeli Tarafından Yerine Getirilmesi Gereken Hizmetlerin Satın Alınması Yoluyla Gördürülmesine İlişkin Esas ve Usuller, 657 sayılı Yasanın 36. maddesinin “III- SAĞLIK HİZMETLERİ VE YARDIMCI HİZMETLER SINIFI” başlıklı bendine 24.7.2003 günlü, 25172 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 4924 sayılı Yasanın 11. maddesiyle eklenen hükme dayanılarak yürürlüğe konulmuş olup; Dairemizin 22.11.2004 günlü, 2004/4439 sayılı kararıyla anılan hükmün Anayasanın 2. ve 128/1. maddelerine aykırılığı savı ciddi bulunarak iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmasına karar verilmiştir.

Açıklanan nedenle Anayasa Mahkemesince verilecek karar üzerine yeniden bir karar verilmeye kadar yürütmenin durdurulması isteminin kabulüne, 22.11.2004 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.”, **Da5D**’nin 22.11.2004 tarihli ve E. 2004/4439 sayılı kararı.

²²⁵ “ Sağlık ve Yardımcı Sağlık Personeli Tarafından Yerine Getirilmesi Gereken Hizmetlerin Satın Alma Yoluyla Gördürülmesine İlişkin Esas ve Usuller, Danıştay Beşinci Dairesinin 22.11.2004 günlü ve Esas No: 2004/4439 sayılı Kararı ile yürütmenin durdurulmasına karar verilmiştir. Nitekim Sağlık Bakanlığınının 13.01.2005 tarih ve 424 sayılı Bakanlık Makamı Olur’u ile Danıştay Beşinci Dairesinin söz konusu Kararı doğrultusunda adı geçen esas ve usullerin yürütülmesinin durdurulmasına karar verilmiştir. Söz konusu esas ve usuller genel düzenleyici işlem niteliğinde olduğundan Danıştay Beşinci Dairesince verilen Karar ilgili idareleri bağlamaktadır.”, **Kamu İhale Kurulu**’nun 8.2.2005 tarihli ve K, 2005/UH.Z-231 sayılı kararı, Resmi Gazete, 24.3.2005, S. 25765.

diğer kamu görevlileri eliyle görülmesi gerekirken hangi sebeple olursa olsun buna aykırı şekilde bir kamu hizmetinin ve kamu görevlisinin özel hukuk hükümlerine tabi bir sözleşme kapsamında gördürülmesi için çıkılan ihalenin iptalinin gerektiği duraksamaya yer vermeyecek ölçüde açıktır.

Bunun dışında, Kanunun değişik bölümlerinde alıma çıkılması öncesinde ve alım sürecinde mutlaka idarelerce uyulması gereken emredici nitelikte bir takım kurallar belirlenmiştir. Kanunun temel ilkeler başlıklı 5 inci maddesinde belirtilen hükümlerin ihlali, iptali gerektirecek nitelikte hukuka aykırılıktır. Buna göre; aralarında kabul edilebilir doğal bir bağlantı olmayan mal alımı, hizmet alımı ve yapım işleri bir arada alınması²²⁶, eşik değerlerin altında kalmak amacıyla alımın kısımlara bölünmesi²²⁷, ödeneği bulunmayan bir iş için ihaleye çıkılması²²⁸, Çevresel Etki Değerlendirme

²²⁶ "...söz konusu ihalede 6 ayrı iş için teklif alındığı ve her bir iş ve araç için ayrı ayrı sözleşme imzalandığı dikkate alındığında tek bir İdari Şartname ile 6 ayrı işin bir arada ihale edilmesi işlemi usule aykırı bir işlem olmakla...", **Kamu İhale Kurulu**'nun 3.11.2003 tarihli ve 2003/UK.Z-627 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 8.12.2003, S. 25310; "İhale konusu işin TEİAŞ Adapazarı Tesisleri ile Çevrenin Temizliği ve Bahçe Bakımı Hizmetleri Alımı olduğu halde, İdari Şartnamede misafir evinde pideci çalıştırılması yolundaki düzenleme ile misafir evinde çalıştırılacak pidedinin de şikayete konu ihale kapsamına dahil edilmesinde anılan mevzuat hükümlerine uyarlık bulunmamaktadır.", **Kamu İhale Kurulu**'nun 15.5.2006 tarihli ve 2006/UH.Z-1197 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 19.7.2006, S. 26233.

²²⁷ "...ihaleye konu olan kimyasal maddeler dikkate alındığında alımın iki ayrı ihale ile değil, tek ihale ile yapılmasının 4734 sayılı Kanuna ve ilgili mevzuata uygun olduğu, bu durumda tespit edilecek yaklaşık maliyet yukarıda belirtilen 31.826.000.000 TL'yi aştığından ihale ilanının *Resmî Gazete*'de yayımlanması gerekmektedir. Bahsedilen durum, 4734 sayılı Kanunun 5 inci maddesinde, eşik değerlerin altında kalmak amacıyla mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin kısımlara bölünemeyeceği hükmüne aykırıdır.", **Kamu İhale Kurulu**'nun 22.10.2003 tarihli ve 2003/UK.Z-585 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 22.11.2003, S. 25297; "4734 sayılı Kanunun 13 üncü maddesinde; yaklaşık maliyeti 8 inci maddede belirtilen eşik değerlerin altında kalan ihalelerden, yaklaşık maliyeti otuzsekiz milyar yüzdoksanbir milyon Türk Lirasına kadar olan mal veya hizmet alımları ihalesinin, ihale tarihinden en az yedi gün önce ihalenin ve işin yapılacağı yerde çıkan gazetelerin en az ikisinde, yaklaşık maliyeti yetmişaltı milyar üçyüzsekseniki milyon Türk Lirasının üzerinde ve eşik değerinin altında olan mal veya hizmet alımları ihalesinin, ihale tarihinden en az yirmibir gün önce *Resmî Gazetede* ve işin yapılacağı yerde çıkan gazetelerin birinde, en az birer defa yayımlanmak suretiyle ilân edilerek duyurulacağı, ihalenin yapılacağı yerde gazete çıkmaması halinde ilânın, aynı süreler içinde ilgili idare ile hükümet ve belediye binalarının ilân tahtalarına asılacak yazılar ve belediye yayın araçları ile yapılacağı ve bu işlemlerin bir tutanakla belgeleneceği hükme bağlanmıştır. Anılan Kanunun 5 inci maddesinde de eşik değerlerin altında kalmak amacıyla mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin kısımlara bölünemeyeceği hükmü yer almaktadır. Söz konusu ihale tekbir ihale olduğu halde eşik değerlerin altında kalmak amacıyla üç gruba bölünerek her biri ayrı bir ihale olarak değerlendirilip, ihalenin yaklaşık maliyetine göre anılan Kanunun 13 üncü maddesi gereği, ihale tarihinden en az yirmibir gün önce *Resmî Gazetede* ve işin yapılacağı yerde çıkan gazetelerin birinde, en az birer defa yayımlanmak suretiyle ilân edilerek duyurulması gerekirken, kanunun amir hükmüne aykırı olarak ihalenin ve işin yapılacağı yer belediyesi yayın aracından ihale tarihinden beş gün öncesinden başlayarak ihale tarihine kadar aralıklı olarak dört defa ilan edilmiştir.", **Kamu İhale Kurulu**'nun 30.12.2003 tarihli ve 2003/UK.Z-894 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 25.2.2004, S. 25384.

²²⁸ "...ihale onay belgesinde yaklaşık maliyetin eşik değerinin üzerinde bir tutar olarak belirtildiği, ancak kullanılabilir ödenek tutarının belirtilmediği görülmüştür. 4734 sayılı Kanunun 5 inci maddesinin 5 inci fıkrası uyarınca ödeneği bulunmayan hiçbir iş için ihaleye çıkılması mümkün değildir. Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin 1 nolu ekindeki ihale onay belgesinde (Standart form KİK001/H) kullanılabilir ödenek tutarının bulunması gerektiği belirtilmektedir. Bu bilginin ihale onay belgesinde

(ÇED) raporu gerekli olan işlerde ÇED olumlu belgesi alınmadan ihaleye çıkılması²²⁹
²³⁰ hallerinde iptal kararı verilmesi gerekmektedir.

Diğer taraftan, Kurulun sürekli bir şekilde idarelerce verilen ivedilik ve kamu yararı gereği ihale işlemlerine devam kararları hakkında kendisine yapılan itirazın şikayet başvuruları üzerine verdiği iptal kararları, Kanunda benimsenen idari denetim mekanizması bakımından değerlendirilmeye muhtaç bir konudur.

Kanunun 55 inci maddesinde düzenlendiği üzere, şikayet başvurusu sonrasında idare tarafından ivedilik ve kamu yararı gereği ihale işlemlerine devam edilerek sözleşme imzalanmasına karar verilmesi halinde olası bir mevzuata aykırı sözleşme imzalamasının önüne geçilebilmesi ve Kurulun denetim fonksiyonunun etkinliğinin ortadan kalkmaması için uyumsuzluğa konu alımlar hakkında genel başvuru süresinden daha kısa bir şekilde 3 günlük itirazın şikayet başvuru süresi öngörülmüştür.

Bu surette yapılan başvuru üzerine Kurulun nasıl bir yol izleyerek karar vereceği ise Kanunun 56 ncı maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre Kurul, gerekli görmesi halinde ihale sürecini durdurarak başvuruyu öncelikle inceleyecektir.

*belirtilmemiş olması, 4734 sayılı Kanunun şikayet konusu ihale için ödeneğin varlığını arayan 5 inci maddesine aykırıdır.”, **Kamu İhale Kurulu**’nun 15.07.2003 tarihli ve 2003/UK.Z-231 sayılı kararı, Resmi Gazete, 1.8.2003, S. 25186; “İnceleme konusu ihalede idare, bu makinelere ihtiyaç duyduğunu belirtmektedir. Bu makinelerin alınması bir yatırım niteliğinde olduğundan ve yatırım yapma prosedürünün farklı olması nedeniyle “makinelerin kiralınması suretiyle hizmet alımı” şeklinde bir nitelendirmeyle esasında bir mal alımı olarak yapılması gereken ihale hizmet alımı şekline getirilmiştir. Burada finansal kiralama (leasing) tipi bir yöntem uygulanmaya çalışılmış olmakla birlikte finansal kiralama süre sonunda malların mülkiyeti düşük bir bedelle alıcıya geçebilirken incelenen ihale dokümanlarında bu yönde bir hükme de yer verilmemiştir. Bu itibarla; yukarıda belirtildiği şekilde ihale usulünün “pazarlık usulü” olarak belirlenmesi hatalı olduğu gibi esasında bir mal alımı amaçlanırken ve mal alımının bir yatırım niteliği olmasından dolayı ayrı bir prosedür gerektirmesi nedeniyle bu prosedüre uyulmadan bir yatırım hizmet alımı biçimine dönüştürülmüştür. Bu şekilde bir uygulama yapılırken de “ödeneği olmayan işlerin ihalesinin yapılamayacağı” hükmüne de uyulmamıştır.”, **Kamu İhale Kurulu**’nun 24.3.2005 tarihli ve 2005/UH.Z-600 sayılı kararı, Resmi Gazete, 26.5.2005, S. 25826.*

²²⁹ “4734 sayılı Kanunun “temel ilkeler” başlıklı 5 inci maddesinin 6 ncı paragrafında ilgili mevzuatı gereğince Çevresel Etki Değerlendirme Raporu (ÇED) gerekli olan işlerde ihaleye çıkılabilmesi için ÇED olumlu belgesinin alınmış olmasının zorunlu olduğu, ancak doğal afetlere bağlı olarak acilen ihale edilecek yapım işlerinde ÇED raporu aranmayacağı hükme bağlanmıştır. Ancak İdari şartnamenin “Diğer hususlar” başlıklı 64 üncü maddesinde “64.2 ihale konusu tesislerin yapılacağı yere ait Çevresel Etki Değerlendirme Raporu (ÇED) gerekli kuruluşlardan onaylatılmış olarak işi üstlenen yüklenici tarafından yapılacaktır.” şeklindeki düzenleme dikkate alındığında bu iş için ÇED raporunun gerekli olduğu ve ihaleye çıkılmadan önce alınması zorunlu bir belgenin ihale sonuçlandırıldıktan sonra sözleşme imzalanan yüklenici tarafından hazırlanacağı anlaşılmaktadır. Yukarıda yapılan tespitler birlikte değerlendirildiğinde, gerek ihale öncesi aşamada gerekse tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında idarece tesis edilen işlemlerin mevzuata aykırı olarak gerçekleştirildiği anlaşılan bu ihalenin iptal edilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.”, **Kamu İhale Kurulu**’nun 3.4.2006 tarihli ve 2006/UY.Z-865 sayılı kararı, Resmi Gazete, 22.5.2006, S. 26175.

²³⁰ Ancak, ilgili hükümle getirilen istisna kapsamında doğal afetlere bağlı olarak acilen ihale edilecek yapım işlerinde ÇED raporu aranmayacaktır.

Halbuki uygulamada Kurul, bu kapsamda önüne gelen başvurular üzerine Kanunda belirtilen ve yukarıda izah edilen inceleme yöntemini dikkate almaksızın doğrudan iptale karar vermektedir. Öyle ki ilgili idareden bilgi ve belge talep etmeksizin şikayetçinin beyanları ve iddiaları çerçevesinde sadece bu işlemler hakkında iptal kararları vermektedir²³¹. Kurulun verdiği bu tür kararların iki açıdan hukuka aykırı olduğunu söylemek mümkündür.

Öncelikle iptal kararları, alım sürecinin tümüne tesir edecek şekilde sonuç doğuran kararlardır yani alım sürecinde tesis edilen işlemlerden sadece birisinin ya da bir kısmının iptale konu edilmesi mümkün olmayıp bu mevzuata aykırı işlemler eğer alımın esasına tesir etmiyorlarsa düzeltici işleme konu edilmeleri gerekir. Nitekim ivedilik ve kamu yararı gereği ihale işlemlerine devam kararı da alım süreci kapsamında tesis edilen bir çok işlemten sadece birisidir. Dolayısıyla sadece bu işlem mevzuata aykırı fakat diğer işlemler mevzuata uygun ise pek tabii ki düzeltici işleme konu edilebilir. O halde böyle bir Kanuni zorunluluk varken Kurulun bunu dikkate almaksızın iptale karar vermesi hukuka aykırıdır.

Diğer taraftan, Kurulun iptal kararı verebilmesi için mevzuata aykırılığın alım sürecinin devamına engel olması ve düzeltici işlemle giderilemeyecek olması şartlarının maddi olayda birlikte gerçekleşmesi gerekir. Halbuki Kurul, önüne gelen uyuşmazlıklarda ivedilik ve kamu yararı gereği ihale işlemlerine devam kararının hukuka aykırılığını tespit ettiği halde bu aykırılığın ihale sürecine olan tesirine ve düzeltici işleme konu edilip-edilemeyeceğine bakmadan sadece mevzuata aykırılığa dayanarak iptale karar vermektedir²³². Dolayısıyla Kurulun bu tür kararları, dayandığı gerekçe bakımında yani sebep unsuru bakımından hukuka aykırıdır.

Kanımızca Kurulun önüne gelen ivedilik ve kamu yararı gereği ihale işlemlerine devam edilmesi hakkında idarelerce alınan kararlar hakkında gerekli görüyorsa öncelikle ihale sürecinin durdurulmasına karar vermesi, sonrasında yapacağı esas inceleme neticesinde herhangi bir mevzuata aykırılık tespit etmişse bu aykırılığın alım

²³¹ **Kamu İhale Kurulu**'nun 19.12.2005 tarihli ve 2005/UH.Z-2407 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 26.2.2006, S. 26092; **Kamu İhale Kurulu**'nun 12.12.2005 tarihli ve K. 2005/UY.Z-2336 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 5.2.2006, S. 26071.

²³² “Şikayete konu idare kararında, her ne kadar ihale yetkilisince ivedilik ve kamu yararı bulunması nedeniyle ihale işlemlerine devam edilmesi yönünde karar alınmış ise de, alınan bu kararın yukarıda açıklanan koşulları taşımadığı ve hukuki duruma uymadığı anlaşılmıştır. Açıklanan nedenlerle, İhale yetkilisince ihale sürecinin devamına yönelik olarak alınan ivedilik ve kamu yararı kararının iptaline, oyçokluğu ile karar verildi.”, **Kamu İhale Kurulu**'nun 1.2.2005 tarihli ve 2005/UM.Z-209 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 24.3.2005, S. 25765.

sürecine olan tesirinin ağırlığına göre vereceği kararı belirlemesi Kanuna uygun olacaktır.

d. Başvurunun Uygun Bulunmaması

4734 sayılı Kanununun 56 ncı maddesinde Kurulun önüne gelen uyuşmazlık üzerinde yapacağı inceleme neticesinde verebileceği diğer bir karar türü olarak da “İtirazen şikayet başvurusunun uygun bulunmaması” kararı sayılmıştır.

Kanunda itirazen şikayet başvurusu üzerine verilecek diğer karar türleri olan düzeltici işlem belirleme ve iptal kararları için maddi olayda aranması gerekli şartlar açıkça sayıldığı halde başvuruların uygun bulunmaması kararı verilmesi için aranacak şartlar açıkça sayılmamış buna karşın sadece kararın adından bahsetmekle yetinilmiştir. Buradan hareketle yapılan kanuni düzenlemede; incelenecek maddi olayda, diğer iki kararın verilmesini icap ettiren şartların oluşmaması halinde Kurulca verilmesi gerekli olan kararın ne olacağına açıklanması amacının olduğu görülmektedir. Nitekim uygulamada Kurul, itirazen şikayet konusu yapılan işlemlerin yapılan değerlendirme neticesinde mevzuata uygun olduğunun anlaşılması hallerinde başvurunun uygun bulunmadığına karar vermektedir²³³.

Diğer taraftan, başvurunun uygun bulunmaması kararına sebep olan hususları sadece idarece yapılan işlemlerin mevzuata uygun olması ile sınırlandırmak mümkün değildir. Bunun dışında, 4734 sayılı Kanuna tabi olmayan işlemler dolayısıyla yapılan itirazen şikayet başvuruları hakkında da bu yönde karar verilmesi gerekecektir. Ancak Kurulun uygulamada, Kanunda yer almayan tarzda kararlar aldığı da bir gerçektir. Öncelikle şunu belirtmekte fayda vardır ki, Kanununun 56 ncı maddesinde Kurulun,

²³³ “...belirtilen hususların varlığına rağmen ihaleye çıkılmasının 4734 sayılı Kanununun 62 ncı maddesinin (c) bendine aykırı olduğu ve ihale yetkilisince ihalenin iptal edilmesinin mevzuata uygun olduğu açıktır. Açıklanan nedenlerle; 4734 sayılı Kanununun 56 ncı maddesinin (c) bendi uyarınca itirazen şikayet başvurusunun uygun bulunmadığına oyçokluğu ile karar verildi.”, **Kamu İhale Kurulu**’nun 20.2.2006 tarihli ve 2006/UY.Z-472 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 3.4.2006, S. 26128; Benzer yöndeki diğer kararlar için bkz. **Kamu İhale Kurulu**’nun 17.4.2006 tarihli ve 2006/UH.Z-981 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 11.6.2006, S. 26195; **Kamu İhale Kurulu**’nun 3.4.2006 tarihli ve 2006/UH.Z-889 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 24.5.2006, S. 26177; **Kamu İhale Kurulu**’nun 3.4.2006 tarihli ve 2006/UH.Z-890 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 24.5.2006, S. 26177; **Kamu İhale Kurulu**’nun 27.3.2006 tarihli ve 2006/UM.Z-826 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 10.5.2006, S. 26164.

itirazın şikâyet başvurusu üzerine vereceği kararlar sınırlandırılmak suretiyle sayılmış olup bunun dışında başka türlü bir karar alması mümkün değildir²³⁴.

Bir örnek vermek gerekirse Kurul, TEKEL ürünlerinin gezici toptan satıcılığı ihalesinin itirazın şikâyet başvurusuyla önüne gelmesi üzerine verdiği kararında, söz konusu ihalenin 4734 sayılı Kanun kapsamında olmadığından bahisle kendisini yetkisiz görerek başvurunun “görev yönünden reddi”ne karar vermiştir²³⁵. Halbuki Kanunda Kurulun “red” adı altında bir karar alabileceğine dair bir düzenleme yoktur. Kanımızca bu gibi durumda Kurul tarafından “başvurunun uygun bulunmadığına” karar verilmesi gerekmektedir.

Bunun dışında Kurulun, bazı kararlarında “karar verilmesine yer olmadığına” şeklinde bir ifade tarzını da kullandığı görülmektedir. Kurulun özellikle idarelerce verilen ihalenin iptali kararları üzerine ortaya çıkan durumlarda bu tür kararlar verdiği gözlemlenmektedir²³⁶. Kaldı ki, idarelerce verilen iptal kararları da alım sürecinde bir işlem olmakla itirazın şikâyetine konu edilmesi mümkün olduğu gibi bu işlemlerin

²³⁴ Ancak Kurulun sanki Kanunda belirtilen üç tür karar dışında başka ad altında kararlar alma yetkisi varmış gibi, İhalelere Karşı İdari Başvurulara Ait Yönetmeliğin normlar hiyerarşisine aykırı olan ön inceleme üzerine verilecek kararlar başlıklı 21 inci maddesinde “red” ve “karar verilmesine yer olmadığına” adı altında karar türleri de sayılmıştır. Kurulun bu yöndeki düzenlemeye gitmesi bakımından kendisine has gerekçeleri olsa da (ki bu gerekçenin usulden verilen kararlar ve esastan verilen kararlar şeklinde yapıldığı görülmektedir) bu durumun hukuka aykırı olduğu açıktır. Zira Kanun, Kurulun vereceği kararlar için böyle bir ayırım yapmadığı halde Yönetmelik düzeyinde böyle bir ayırma gidilmesi hukuka aykırıdır.

²³⁵ “Marmaris İlçesinde Tekel ürünlerinin satışı gezici toptan satıcılığı ihalesinin, Tekel Ürünleri Toptan Satıcılığı Hakkında Yönetmelik, Tekel Alım-Satım Yönetmeliği ve ilgili Tekel Yönetmelikleri uyarınca gerçekleştirildiği, ihale tarihinde yürürlükte bulunan Tekel Ürünleri Toptan Satıcılığı Hakkında Yönetmeliğinin 7. maddesinin son fıkrasında; “Tekelin Toptan satıcılıkla ilgili işlemleri, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa tabi olmadığından, ihaleyi yapıp yapmamakta veya dilediğine vermekte serbesttir” hükmünün bulunduğu, ihalenin 4734 sayılı Kanun hükümlerine tabi olmadığına ihale ilanında ve ihale şartnamesinde de belirtildiği anlaşılmıştır. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 2 nci maddesi; Kanun kapsamındaki idarelerin mal ve hizmet alımları ile yapım işleri ihalelerinin bu Kanun hükümlerine göre yürütüleceğini hüküm altına almıştır. Ayrıca, konu hakkında TEKEL Tütün, Tütün Mamulleri, Tuz ve Alkol İşletmeleri A.Ş. Genel Müdürlüğünden alınan 20.3.2006 tarih ve 2917 sayılı yazıda; Şirketin ürettiği mamulün satış ve dağıtımının 4734 sayılı yasa kapsamında olup olmadığına 31.3.2003 tarih ve 4996 sayılı yazı ile sorulduğu, Kurum’un 8.4.2003 tarih ve 1646 sayılı yazısında özetle; şirketin ürettiği mamulün satış faaliyetlerinin 4734 sayılı Kanun kapsamında olmadığına belirtildiği, bu nedenle, ihalelerin Şirketin Ana Sözleşmesi ve 4046 sayılı Kanununun 4/h maddesine istinaden çıkarılan Yönetmelik hükümlerine göre yapıldığı hususlarına yer verilmiştir. 4734 sayılı Kanununun 53 üncü maddesinde; Kamu İhale Kurumu’nun 4734 sayılı Kanuna göre yapılan ihalelere ilişkin itirazın şikâyet başvurularını inceleyerek sonuçlandırmak ile görevli olduğu hükme bağlanmıştır. Bu itibarla; 4734 sayılı Kanuna tabi olmayan ihale ile ilgili olarak Kamu İhale Kurumu’nun inceleme görev ve yetkisi bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle; Başvurunun görev yönünden reddine...”, **Kamu İhale Kurulu**’nun 27.3.2006 tarihli ve 2006/UM.Z-828 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 10.5.2006, S. 26164.

²³⁶ “Başvuruya konu ihalenin, 4734 sayılı Kanununun 39 uncu maddesi uyarınca ihale komisyonu kararı üzerine idarece 13.02.2006 tarihinde iptal edildiği anlaşılmıştır. İhalenin idarece iptali, ihale sürecini sona erdiren ve bu süreçte tesis edilmiş olan işlemleri ortadan kaldıran bir nitelik taşımaktadır. Açıklanan nedenlerle, karar verilmesine yer olmadığına...”, **Kamu İhale Kurulu**’nun 27.3.2006 tarihli ve 2006/UH.Z-817 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 15.5.2006, S. 26169.

mevzuata uygunluk bakımından incelenmesi gerektiği Danıştay 1 inci Dairesi tarafından²³⁷ karara bağlandığı halde bu karara aykırı şekilde Kurulun bazı ihaleler hakkında bu görüşünde ısrarcı olmasının altında yatan nedenlerin araştırılması gerektiği düşünülmektedir. Biran için Danıştay'ın görüşünün aksi yönde olduğu ve Kurulun bu ısrarcı hukuk tanımaz tavrının, hukuka uygun olduğu düşünülse bile bu tür durumlarda “başvurunun uygun bulunmadığına” verilmesi gerekecektir.

Özetlemek gerekirse, kanımızca; Kurulun önüne gelen itirazın şikayet başvurusu hakkında yapacağı inceleme neticesinde;

- başvurunun Kanunda belirtilen usul ve esaslara (süre, ehliyet vb.) uygun olarak yapılmaması,

- başvuru konusunun Kurumun görev alanı dışında olması,

- ya da başvuru konusu idari işlemin mevzuata uygun olduğunun anlaşılması,

hallerinde verilebilecek tek bir karar vardır ki o da “başvurunun uygun bulunmadığı” kararıdır.

3. İDDİALARIN İNCELENMESİ

4734 sayılı Kanunun 54 ila 56 ncı maddelerinde düzenleme konusu yapılan idari denetim mekanizmasının ikinci aşamasında Kamu İhale Kurulunun harekete geçerek idarelerin alım sürecinde tesis ettiği işlemleri inceleme konusu yapılabilmesi için bu konuda kendisine yapılacak bir başvuru gereklidir. Ancak bunun dışında Kanunun 53 üncü maddesinde yer alan hüküm gereğince, Kurum gerekli gördüğü takdirde, Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine aykırılık bulunduğu ilişkin iddiaları da incelemek ve sonuçlandırmak yetkisini haizdir²³⁸.

Hükmün düzenleniş tarzından da anlaşılacağı üzere, itirazın şikayetten farklı olarak Kurulun bu kapsamda inceleme yapabilmesi için kendisine yapılmış her hangi bir başvuruya gerek yoktur. İhalelere Karşı İdari Başvurulara Ait Yönetmelikte “İddiaların İncelenmesi” olarak adlandırılan bu tür denetimin iki ihtimal dahilinde yapılması mümkündür. Buna göre, Kanun kapsamındaki ihalelere ilişkin olarak kamuoyuna yansıyan ciddi ve somut nitelikteki ihale mevzuatına aykırılık iddialarından gerekli

²³⁷ **Da1D**'nin 13.4.2004 tarihli ve E. 2004/36, K. 2004/42 sayılı kararı.

²³⁸ **UZ**, s. 418.

görülenlerin incelenmesi Başkanlık istemi²³⁹ ya da bu amaçla yapılacak yazılı başvuru üzerine Kurul, ihaleyle ilgili iddiaların incelenmesine karar verebilir.

Kurulun, iddiaların incelenmesine karar verebilmesi için başvuruda; ihalenin ve ihaleyi yapan idarenin gösterilmesi, başvurudaki iddiaların somut ve ciddi nitelikte olması, aynı ihalede ve aynı konuda esas incelemesi sonucu verilen red kararıyla sonuçlanmış bir şikayet başvurusunun olmaması veya şikayet başvurusu üzerine alınan karara karşı Kuruma itiraz edilmemiş olması veya itirazın esasının incelenmemiş olması, ihale süreci tamamlanmış ve aynı konuda bir şikayet ve/veya itirazın şikayet başvurusu olmamışsa; iddiaların niteliği ve konusuna göre, yapılacak idari denetimden elde edilecek kamu yararının ihale edilen işin sürdürülüp tamamlanmasıyla sağlanacak yarardan daha yüksek olması şartları aranır.

Belirtilen şartları taşıması halinde yapılan inceleme neticesinde Kurulun; Yönetmelikte düzenlendiği üzere iddiaların yerinde bulunmadığına ya da inceleme sonucunda iddialar yerinde bulunmuş ise mevzuata aykırılığı tespit edilen ihale işlemlerinin ilgili idareye ve/veya Cumhuriyet Savcılığına bildirilmesine karar verme yetkisi bulunmaktadır.

Dikkat edileceği üzere Yönetmelikte yapılan düzenlemede Kurula iddiaların incelenmesi kapsamında “*düzeltilici işlem belirleme*” ya da “*iptal*” gibi karar verme yetkisi verilmemiştir. Nitekim Kurul uygulamada bu kapsamda yaptığı incelemelerde yukarıda belirtilen kararlardan birisini almak cihetine gitmiştir²⁴⁰.

Kurulun iddiaların incelenmesi kapsamında vermiş olduğu bir kararındaki²⁴¹ karşı oyunda Kurul üyelerinden Nejat ÜNLÜ’ye göre; İhalelere Karşı Yapılacak İdari Başvurulara Ait Yönetmelikte tarifli yapılan “*İddiaların incelenmesi*” usulünün, şikayetlerin incelenerek nihai kararın alınması yönünden “*İtirazen şikayet*” usulüyle

²³⁹ “Başkanlık istemi üzerine yaptığı iddiaların incelenmesi kapsamında Kurul, mevzuata aykırılığını tespit ettiği hususun değerlendirilmek üzere ilgili idareye bildirilmesine ve mevzuata aykırı şekilde düzenlenen ve ilgili idareye sunanlar hakkında da Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulmasına karar vermiştir.”, **Kamu İhale Kurulu**’nun 26.12.2005 tarihli ve 2005/UY.Z-2449 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 19.2.2006, S. 26085.

²⁴⁰ Kurul, sözleşme imzalandıktan sonra İdareye yapılan şikayet üzerine kendisine yapılan başvurunun reddine karar vermiş ancak iddiaların incelenmesi kapsamında ihale işlemleri ile ilgili olarak iptal kararı verilmesi veya düzeltilici işlem belirlenmesi mümkün olmadığından mevzuata aykırı olduğu tespit edilen ihale işlemlerinin değerlendirilmek, gerekiyorsa incelenmek ve/veya soruşturulmak üzere konunun, idarenin bağlı bulunduğu İçişleri Bakanlığına bildirilmesine karar vermiştir. **Kamu İhale Kurulu**’nun 19.12.2005 tarihli ve 2005/UY.Z-2405 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 19.2.2006, S. 26085.

²⁴¹ **Kamu İhale Kurulu**’nun 17.11.2003 tarihli ve 2003/UK.Z-756 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 16.12.2003, S. 25318.

farklılığının olmadığı nitekim anılan Yönetmeliğin ikinci bölümünün “İddiaların incelenmesi” olup bu bölümün 38 inci maddesinde; “Nihai karar şikayet incelemesi için bu yönetmelikle belirlenen usul ve esaslar uygulanmak suretiyle verilir” hükmü mevcut olup keza yine aynı madde de “Karar taraflara bildirilir ve bildirime çıkarıldığı gün ihale dosyasıyla birlikte Kuruma gönderilir. İddiaların incelenmesi talebinin gönderilmesi üzerine idarece alınan karar Kurum tarafından öncelikle ihale sürecinin durdurulması gerekip gerekmediği yönünden incelenir ve itirazın şikayet incelemesi için bu Yönetmelikle öngörülen ön inceleme dışındaki usul ve esaslar çerçevesinde nihai karar verilir” hükümleri de yer almaktadır. Bu hükümlerden anlaşıldığı üzere “İddiaların incelenmesi” usulünde takip edilecek yolun ve alınacak kararların, “İtirazen şikayet” usulünde alınacak kararlardan hiçbir farkı olmadığından bu sebeplerle “İddiaların incelenmesi” usulünde 4734 sayılı Kanunun 56 ncı maddesinde öngörülen iptal ya da düzeltici işlem belirleme kararlarından birisinin alınmasının mümkün olduğunu ileri sürmüştür²⁴².

Olayın yargıya yansıyan boyutunda iddiaların incelenmesi kapsamında Kamu İhale Kurulunun tesis edebileceği kararların ne olduğu hususu, Danıştay’ın konu hakkındaki görüşleri sonrasında oldukça dikkat çekici bir hal almıştır.

TEMSAN A.Ş. tarafından yapılması planlanan “TEİAŞ-TEMSAN arasında imzalanan İTM 23 sözleşmesi -İTM 23 Referanslı 380 ve 154 kV Trafo Merkezlerinin Tesis ve Tevzii- dahilindeki malzemelerin temini” ihalesi hakkında istekli bir firma tarafından yapılan itirazın şikayet başvurusu sonrasında Kamu İhale Kurulu tarafından; yapılan incelemede söze konu ihaledeki mevzuata aykırılıklar tespit edilmiş ve bu aykırılıkların düzeltici işlemle giderilemeyecek nitelikte olduğu ve ihalenin de sözleşmeye bağlanmış olması sebebiyle; ihale hakkında iptal kararı verilmesinin mümkün olmadığına, tespit edilen aykırılıklar nedeniyle konunun değerlendirilerek gerekiyorsa incelenmek ve/veya soruşturulmak üzere T.C. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı’na bildirilmesine ve 4734 sayılı Kanunun 60 ncı maddesi gereğince, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulmasına karar verilmesi²⁴³ üzerine söze konu karar, yargıya götürülmüştür.

²⁴² ADAK, s. 24.

²⁴³ Kamu İhale Kurulu’nun 30.10.2003 tarihli ve 2003/UK.Z-608 sayılı kararı, Resmi Gazete, 28.11.2003, S. 25298.

Kamu İhale Kurulunun bahsi geçen kararı, farklı gerekçelerle dava konusu edilmişse de Danıştay'ın uyuşmazlık hakkında verdiği kararının gerekçe kısmında yer verdiği bazı hususlar, “iddiaların incelenmesi” kapsamında Kamu İhale Kurulunun verebileceği kararların ne olması gerektiğinin belirtilmesi açısından önem taşımaktadır.

Danıştay, söze konu kararındaki²⁴⁴; “4734 sayılı Kanun hükümleri uyarınca, Kamu İhale Kurulunun “iddiaların incelenmesi” kapsamında incelediği ihale dosyalarında saptadığı mevzuata aykırı konuları “ilgili idaresi”ne bildirmeyip, Yasada belirtildiği şekilde sonuçlandırarak, Yasanın yukarıda sözü edilen 56 ncı maddesinin 2 nci fıkrasındaki kararlardan birini almak zorunda olduğu sonucuna varılmaktadır. Aksi takdirde, Yasada Kuruma verilen “uygulamayı yönlendirmek” görevinin, Kurum tarafından yerine getirildiğinden söz edilemez. Diğer taraftan, ihale işlemlerinde saptanan mevzuata aykırılıkların, ihaleyi yapan idareye bildirilmesi saydamlık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik, kamuoyu denetimi, ihtiyaçların uygun şartlarla karşılanması ve kaynakların verimli kullanılması şeklinde belirtilen 4734 sayılı Yasanın temel ilkelerine de aykırıdır.

Öte yandan, itirazın şikayet başvurusu sonunda verilen kararlarla, iddiaların incelenmesi sonunda verilen kararların, idarelerce uygulanması konusundaki düzenlemenin İhalelere Karşı Yapılacak İdari Başvurulara Ait Yönetmeliğin 41 inci maddesinde, “İtirazen Şikayet ve İddiaların İncelenmesi Süreci Sonunda Verilen Kararlar” başlığı altında toplanması da, Kurulun, kararlarının sonunda, Yasanın 56/2 maddesindeki kararlardan birini almak zorunda olduğunu göstermektedir.

Bu durumda, Kamu İhale Kurumunun 4734 sayılı Kanunda öngörülen görev ve yetkilerini kullanabilmesi ve Kuruma yüklenen görev ve fonksiyonların etkin ve verimli bir şekilde yürütülebilmesi, ancak, Kurul kararının sonuca etkili olabilmesiyle mümkündür. İhale işlemleriyle ilgili mevzuata aykırılıkların “ilgili idaresi”ne bildirilmesi şeklindeki kararlar, sonuca etkili kararlar değildir. Dava konusu Kamu İhale Kurulu kararı, bu nedenle de hukuka ve mevzuata uygun görülmemiştir.” şeklindeki hükmüyle Kamu İhale Kurulunun “iddiaların incelenmesi” kapsamında incelediği alım hakkında eğer mevzuata aykırılık görmüşse, 4734 sayılı Kanunun 56/2

²⁴⁴ **Da13D**'nin 30.11.2005 tarihli ve E. 2005/6163, K. 2005/5715 sayılı kararı.

maddesinde sayılan “düzeltici işlem belirleme” ya da “iptal” kararlarından birisini tesis etmek zorunda olduğu sonucuna ulaşmıştır²⁴⁵.

²⁴⁵ Konuyla ilgili diğer bir kararında Danıştay yine aynı gerekçeleri ileri sürmektedir. Danıştay’ın konu hakkındaki görüşünün net bir şekilde anlaşılabilmesi için karar metnine bu kısımda yer vermekte yarar vardır. “Dava; davacı ASKİ Genel Müdürlüğü tarafından 1.3.2004 tarihinde yapılan “Ön Ödemeli Elektronik Kartlı Su Sayacı Sistemi Alımı” ihalesinde mevzuata aykırılıklar bulunduğu iddiasıyla Kamu İhale Kurumuna yapılan itirazın şikayet başvurusu sonucu tesis edilen Kamu İhale Kurulunun 13.4.2004 tarih ve 2004/UK.Z-464 sayılı kararının iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesince; 4734 sayılı Yasanın 53. maddesiyle davalı idareye geniş bir hareket alanı sağlayan görev ve yetkilerin verildiği, idarenin özel ve resmi kurum ve kuruluşlardan gerekli gördüğü bilgi ve belgeleri isteyebileceğinin ve mevzuat hükümlerine aykırılık bulunduğuna ilişkin iddiaları inceleyip sonuçlandıracağına hükme bağlandığı; öte yandan, itirazın şikayet başvurularında davalı idarenin hareket tarzının nasıl olması gerektiğinin Yasanın 56. maddesinde hüküm altına alındığı; buna göre Kurulun ya düzeltici işlemi belirleyeceği, ya ihale işlemlerini iptal edeceği ya da şikayetin uygun bulunmadığını belirleyeceği yolundaki hükümle, Kurulun konuya ilişkin kesin yargılara vararak, tarafları bağlayan kesin nitelikte karar vermesinin öngörüldüğü; buna karşılık dava konusu edilen Kurul kararı ile, esasen Yasanın 53. maddesiyle Kurula verilen bu yetki ve görevin, “ilgili idare”ye aktarılması şeklindeki bir yaklaşımın, Yasa tarafından öngörülmediği açık olduğundan, yürütülmekte olan ihale sürecini kesintiye uğrattacak ve kamu yararına engel olacak biçimde tesis edilen işlemde hukuka ve mevzuata uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiş, bu karar davalı idare tarafından temyiz edilmiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 1. maddesinde, “Bu Kanunun amacı, kamu hukukuna tabi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygulanacak esas ve usulleri belirlemektir.” hükmü yer almış; 5. maddesinde “İdareler, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur.” hükmüne yer verilmiş; 53. maddesinin (a) fıkrasının 1. bendinde “Bu Kanun ile verilen görevleri yapmak üzere kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip Kamu İhale Kurumu kurulmuştur. Kamu İhale Kurumu, bu Kanunda belirtilen esas, usul ve işlemlerin doğru olarak uygulanması konusunda görevli ve yetkilidir.”, 3. bendinde “Kurum görevini yerine getirirken bağımsızdır. Hiçbir organ, makam, merci ve kişi Kurumun kararlarını etkilemek amacıyla emir ve talimat veremez.” hükümlerini; (b) fıkrasının 1. bendinin 1. ve 2. alt bentlerinde “İhalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde idarece yapılan işlemlerde bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olmadığına ilişkin şikayetleri inceleyerek sonuçlandırmak.”, “Bu Kanuna ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa ilişkin bütün mevzuatı, standart ihale dokümanlarını ve tip sözleşmeleri hazırlamak, geliştirmek ve uygulamayı yönlendirmek.” Kamu İhale Kurumunun görev ve yetkileri arasında sayılmış; fıkranın 2, 3 ve 4. bentlerinde ise; “Kurum gerekli gördüğü takdirde, bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine aykırılık bulunduğuna ilişkin iddiaları da inceler ve sonuçlandırır. Kurum, görevlerinin yerine getirilmesinde resmi ve özel bütün kurum, kuruluş ve kişilerden belge, bilgi ve görüş isteyebilir. Belge, bilgi ve görüşlerin istenilen süre içinde verilmesi zorunludur. Kurum, Kurul kararıyla bu Kanunun ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun uygulanmasına ilişkin standart ihale dokümanı, tip sözleşme, yönetmelik ve tebliğler çıkarmaya yetkilidir. Kurul ve Kurum yetkilerini, düzenleyici işlemler tesis ederek ve özel nitelikli kararlar alarak kullanır. Standart ihale dokümanları, tip sözleşmeler, yönetmelik ve tebliğler Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe konulur.” hükümlerine yer verilmiştir.

“4734 sayılı Kanunun Genel Gerekçesi”nde, bu Kanunda; ihalelerde saydamlığın, rekabetin, eşit muamelenin, güvenilirliğin, gizliliğin, kamuoyu denetiminin, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasının ve kaynakların verimli kullanılmasının en geniş şekilde sağlanması, kamu kurum ve kuruluşlarının kullandıkları bulunan her türlü kaynaktan yapacakları ihalelerde tek bir yasal düzenlemeye tabi olmalarının amaçlandığı; ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içinde idarece yapılan işlemlerde mevzuata aykırılık bulunduğuna ilişkin şikayetleri incelemek ve sonuçlandırmak, bütün ihale mevzuatını hazırlamak ve uygulamayı yönlendirmek üzere, Kamu İhale Kurulu, Başkanlık ve hizmet birimlerinden oluşan Kamu İhale Kurumunun kurulduğu; kamu kaynaklarının kullanımı konusunda kamuoyunun bilgilendirilmesi ve sadece ihale öncesi değil, ihale sonrası da saydamlığın sağlanması amacıyla, yapılan ihalelere ilişkin sonuçların ilan edilmesinin öngörüldüğü; kamu kaynaklarının verimli bir şekilde kullanılmasını sağlamak amacıyla, istekliler ve

idare görevlileri hakkında cezai yaptırımların etkinleştirildiği; 4734 sayılı Yasanın çeşitli maddelerinde değişiklik yapan 4761 sayılı Kanunun "Genel Gereğe"sinde ise, Kamu İhale Kurumunun 4734 sayılı Kanunda görev ve yetkilerini kullanabilmesi için kamu ihaleleri konusunda deneyimli olan ve başarılı kamu görevlilerinin kuruluş aşamasında Kurumda çalıştırılabilmeleri amacıyla düzenlemeler yapıldığı belirtilmiştir. Kanunun 53. maddesinin gerekçesinde de; uluslararası ihale mevzuatına uyum sağlamak üzere, kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip bir kurum kurulması gereğinin ortaya çıktığı, bu nedenle uluslararası örneklere paralel olarak; ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içinde idarece yapılan işlemlerde mevzuata aykırılık bulunduğu ilişkin şikayetleri incelemek ve sonuçlandırmak üzere Kamu İhale Kurulu, Başkanlık ve hizmet birimlerinden oluşan Kamu İhale Kurumunun kurulduğu belirtilmiştir. Yukarıda belirtilen Kanun hükümlerine ve gerekçelerine göre, ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanması aşamasına kadar olan süre içerisinde idarece yapılan işlemlerde, bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olmadığı/aykırılık bulunduğu ilişkin şikayetleri/iddiaları inceleyerek sonuçlandırmak Kurulun görevleri arasında bulunmaktadır. Kanunun 53. maddesinin iki ayrı bent hükmünde yer alan "... şikayetleri inceleyerek sonuçlandırmak." ve "... iddiaları da inceler ve sonuçlandırır." ibarelerinde yer alan "sonuçlandırma" ifadesinden, tek bir amacın ortaya konulduğu sonucuna varılmaktadır. Bu amaç ise, Kanunun 56. maddesinde ifadesini bulmuştur. Kanunun 56. maddesinde "İhalelere ilişkin olarak yapım müteahhidi, tedarikçi ya da hizmet sunucusu tarafından, Kurumun nihai kararları üzerine yargıya başvurma hakkının saklı olduğu da belirtilmek suretiyle bu Kanun hükümlerine uygun olmadığı iddia edilen ve düzeltilmesi istenilen durumların bildirilmesi kaydıyla, yukarıda belirtilen hallerde ve sürede Kuruma sözleşme imzalanmadan önce itirazın şikayet başvurusunda bulunulabilir." hükmüne yer verildikten sonra, Kurulun, Kuruma gelen itirazın şikayet başvurularıyla ilgili olarak gerekçesini belirtmek suretiyle; "a) İdare tarafından düzeltme yapılması yoluyla giderilebilecek ve ihale sürecinin kesintiye uğratılmasına gerek bulunmayacak durumlarda, düzeltici işlemi belirler.

b) İhale sürecinin devam etmesine engel oluşturacak ve düzeltici işlemle giderilemeyecek bu Kanuna ve ilgili mevzuatına aykırı bir durumun tespit edilmesi halinde, ihale işlemlerini iptal eder.

c) İtirazın şikayet başvurusunun uygun bulunmadığını belirler." hükmüne yer verilmiştir.

Diğer taraftan, 17.1.2003 tarih ve 24996 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan İhalelere Karşı Yapılacak İdari Başvurulara Ait Yönetmeliğin, 4.10.2003 tarih ve 25249 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Yönetmelikle değişik, "İtirazın Şikayet ve İddiaların İncelenmesi Süreci Sonunda Verilen Kararlar" başlıklı 41. maddesinde " Kurul tarafından ihale sürecine ilişkin olarak itirazın şikayet veya iddiaların incelenmesi süreci sonunda verilen nihai kararlar Resmi Gazete'de yayımlanır. Kararlar, karar tarihini izleyen günden itibaren 5 gün içinde taraflara tebligata çıkarılır. İdare, hukuki durumda değişiklik yaratan Kurul kararlarının gerektirdiği işlem ve eylemlerini, en geç kararın kendisine bildirildiği tarihi izleyen günden itibaren 7 gün içinde yapmak zorundadır. Kararın uygulama tarihinden itibaren 5 gün içinde, uygulamalar Kuruma bildirilir.

Hukuki durumda değişiklik yaratan Kurul kararlarının uygulanmadığı, eksik veya yanlış uygulandığı iddialarıyla ilgililer Kuruma itirazın şikayet başvurusunda bulunulabilir." hükmüne yer verilmiştir.

Anılan mevzuat hükümlerinden, Kanunun hazırlanma amacının gerçekleştirilebilmesi için, idarelerin ihalelerde saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumlu kılınmasının gerekli görüldüğü, Kanunda, idarelerin ihale sürecinde yapacağı iş ve işlemlerde anılan Kanun ve ilgili mevzuatla sorumlu kılınmasının yeterli görülmemiş, ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süreç içerisinde idarece yapılan işlemlerde mevzuata aykırılık bulunduğu ilişkin şikayetleri ve iddiaları incelemek suretiyle sonuçlandırarak, Yasanın 56/2. maddesinde belirtilen kararları almak ve bu kararlarda belirtilen mevzuata aykırılıkların düzeltilmesi hususunda yapılan uygulamaları takip etmek, bütün ihale mevzuatını hazırlamak ve uygulamayı yönlendirmek ve Kanunun 53. maddesinde belirtilen diğer görevleri yapmak üzere Kamu İhale Kurumunun kurulduğu anlaşılmıştır. Dosyanın incelenmesinden, davacı ASKİ Genel Müdürlüğü tarafından 1.3.2004 tarihinde "Ön Ödemeli Elektronik Kartlı Su Sayacı Sistemi Alımı" ihalesine ilişkin olarak Smartmeter Elektronik Sistemler Ar-Ge San. ve Tic. Ltd. Şti. tarafından, söz konusu ihalede mevzuata aykırılıklar bulunduğu öne sürülerek Kamu İhale Kurumuna yapılan itirazın şikayet başvurusu sonucunda; Kamu İhale Kurulu tarafından, başvuru sahibinin idareye süresinde şikayet başvurusunda bulunmadığından bahisle başvurunun reddine, İhalelere Karşı Yapılacak İdari Başvurulara Ait Yönetmeliğin 34. maddesi uyarınca koşulları oluşturduğundan, "iddiaların incelenmesi" kapsamında, başvuruda ileri sürülen iddialar üzerinde ve re'sen yapılan incelemede, ihale ile ilgili olarak tespit edilen aykırılıkların, 4734 sayılı Yasanın 56. maddesinin 2/b bendi gereğince düzeltici işlemle giderilemeyecek nitelikte olması nedeniyle, ihale işlemlerinin iptalini gerektirmesine karşın, "iddiaların incelenmesi" kapsamında incelenen ihale işlemleri ile ilgili

Danıştay; ileri sürdüğü bu görüşünün en önemli kanuni dayanağını, Kanunun 53 üncü maddesinde yer alan “*Kurum gerekli gördüğü takdirde, bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine aykırılık bulunduğu ilişkin iddiaları da inceler ve sonuçlandırır.*” hükmüyle Kamu İhale Kurumuna tanınan çok geniş kapsamlı görev ve yetki yapısını göstermektedir. Zaten İhalelere Karşı Yapılacak İdari Başvurulara Ait Yönetmelikte düzenlenen “*iddiaların incelenmesi*” prosedürü de bu hüküm dayanak alınarak geliştirilmiştir.

Gerçekten de Kanunun yukarıda zikredilen hükmü dikkate alındığında, mevzuata aykırı olduğu tespit edilen bir alım hakkında düzeltici işlem ya da iptal kararının tesis edilmeyerek sözleşmenin imzalanması ya da başvuru süresinin geçirilmesi ya da diğer nedenlerle iddiaların incelenmesi kapsamında sadece mevzuata aykırılıkların ilgili idareye bildirilmesine karar verilmesi, Danıştay’ın da belirttiği gibi Kamu İhale Kurumuna verilen “*inceleme ve sonuçlandırma*” ile “*uygulamayı yönlendirmek*” yetki ve görevlerinin aksine bir tutumdur. Bunun yanında alıma dair idari işlemlerde saptanan mevzuata aykırılıklar üzerine sadece ihaleyi yapan idareye bildirilmesi şeklinde alınan kararlar; Kanunun 5 inci maddesinde sayılan saydamlık,

olarak iptal kararı verilmesi veya düzeltici işlem tesisi mümkün bulunmadığından, mevzuata aykırılığı belirlenen ihale işlemleri hakkında, ihale sonucunda henüz sözleşme imzalanmadığından, gereğinin yapılması için ilgili idareye bildirilmesine ilişkin karar verdiği anlaşılmıştır.

Yukarıda belirtilen mevzuat hükümleri uyarınca, Kamu İhale Kurulunun “iddiaların incelenmesi” kapsamında incelediği ihale dosyalarında saptadığı mevzuata aykırı konuları “ilgili idaresi”ne bildirmeyip, Yasada belirtildiği şekilde sonuçlandırarak, Yasanın yukarıda sözü edilen 56. maddesinin 2. fıkrasındaki kararlardan birini almak zorunda olduğu sonucuna varılmaktadır. Aksi taktirde, Yasada Kuruma verilen “uygulamayı yönlendirmek” görevinin, Kurum tarafından yerine getirildiğinden söz edilemez. Diğer taraftan, ihale işlemlerinde saptanan mevzuata aykırılıkların, ihaleyi yapan idareye bildirilmesi saydamlık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik, kamuoyu denetimi, ihtiyaçların uygun şartlarla karşılanması ve kaynakların verimli kullanılması şeklinde belirtilen 4734 sayılı Yasanın temel ilkelerine de aykırıdır.

Öte yandan, itirazın şikayet başvurusu sonunda verilen kararlarla, iddiaların incelenmesi sonunda verilen kararların, idarelerce uygulanması konusundaki düzenlemenin anılan Yönetmeliğin 41. maddesinde, “İtirazen Şikayet ve İddiaların İncelenmesi Süreci Sonunda Verilen Kararlar” başlığı altında toplanması da, Kurulun, kararlarının sonunda, Yasanın 56/2. fıkrasındaki kararlardan birini almak zorunda olduğunu göstermektedir.

Bu durumda, Kamu İhale Kurumunun 4734 sayılı Kanunda öngörülen görev ve yetkilerini kullanabilmesi ve Kuruma yüklenen görev ve fonksiyonların etkin ve verimli bir şekilde yürütülebilmesi, ancak, Kurul kararının sonuca etkili olabilmesiyle mümkündür. İhale işlemleriyle ilgili mevzuata aykırılıkların “ilgili idaresi”ne bildirilmesi şeklindeki kararlar, sonuca etkili kararlar değildir. Dava konusu Kamu İhale Kurulu kararı, bu nedenle de hukuka ve mevzuata uygun görülmemiştir.

Dava konusu işlemin yukarıda özetlenen gerekçeyle iptali yolundaki temyize konu Ankara 8. İdare Mahkemesinin 31.1.2005 tarih ve E: 2004/2859, K: 2005/30 sayılı kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 1. fıkrasında sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, bozma istemi yerinde görülmemeyerek anılan mahkeme kararının yukarıda belirtilen gerekçenin eklenmesi suretiyle onanmasına, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine, 9.12.2005 tarihinde oybirliği ile karar verildi.”, Da13D’ nin 9.12.2005 tarihli ve E. 2005/6851, K. 2005/5819 sayılı kararı.

rekabet, eşit muamele, güvenilirlik, kamuoyu denetimi, ihtiyaçların uygun şartlarla karşılanması ve kaynakların verimli kullanılması ilkelerine aykırıdır.

Ayrıca Kanununun 56 ncı maddesinde dikkat edileceği üzere “*düzeltilici işlem belirleme*”, “*iptal*” ya da “*başvurunun uygun bulunmadığı*” kararlarının, itirazın şikayet başvuruları üzerine verilebilecek karar türleri olduğu belirtilmiştir. İlk bakışta ve Kamu İhale Kurulunun da benimsediği görüşe göre, bahsedilen kararların sadece itirazın şikayete özgülenmesi sebebiyle “*iddiaların incelenmesi*” kapsamında bu tür kararlar alınması mümkün gözükmemektedir. Ancak Kanununun 53 üncü maddesinde verilen Kuruma verilen “*inceleme ve sonuçlandırma*” yetkisi, geniş ölçekli bir şekilde yorumlandığında “*tespit edilen mevzuata aykırılıkların ilgili idareye bildirilmesi*” şeklinde alınan kararları “*sonuçlandırma*” olarak telakki etmek mümkün değildir. Dolayısıyla bu kapsamda yapılacak incelemenin sonuçlandırılabilmesi için 56 ncı maddede belirtilen kararlardan birini almak, Kanunla benimsenen idari denetim anlayışına en uygun hareket tarzı olacaktır.

Diğer taraftan konuyu idari yargılama yöntemiyle karşılaştırmalı olarak incelediğimizde şu hususa da işaret etmekte fayda vardır. Yargı yerleri, alım sürecindeki idari işlemlerin hukuka uygunluk denetimini yaparken sözleşmenin imzalanmış olmasını dikkate almamaktadırlar. Gerçekten de idari işlem safhası bittikten sonra özel hukuk hükümlerine göre bir borç ilişkisinin ortaya çıkması, bu süreçte tesis edilen sakat işlemlerin hukuka uygun hale gelmesi anlamına gelemez. Zira aksi yönde bir düşünce, idari işlemlerin yargı denetiminden yoksun bırakılması anlamına gelecektir ki, bu da hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır²⁴⁶. Bu bağlamda görevi, kamu alımlarıyla

²⁴⁶ Bu konuyla ilgili olarak somut bir örnek vermek gerekirse; Konya Numune Hastanesi Başhekimliği tarafından 10.11.2005 tarihinde açık ihale usulü ile yapılan bir hizmet alımı hakkında Kamu İhale Kurumuna yapılan itirazın şikayet başvurusu üzerine yapılan inceleme neticesinde verilen 19.12.2005 tarihli ve 2005/UH.Z-2366 sayılı Kamu İhale Kurulu kararıyla “Başvuru konusu ihale ile ilgili olarak daha önce yapılan başka bir itirazın şikayet başvurusu nedeniyle aynı iddia incelenerek karara bağlandığmdan (5.12.2005 tarihli ve 2005/UH.Z-2278 sayılı Kurul kararıyla itirazın şikayet başvurusunun uygun bulunmadığına karar verilmiştir.) aynı iddiaya yönelik başvuru hakkında karar verilmesine yer olmadığına” karar verilmiştir. Bunun akabinde de adı geçen idare tarafından usulüne göre sözleşme imzalanmak suretiyle 1.1.2006 tarihi itibarıyla hizmet alımına başlanmıştır. Bu arada yaptığı itirazın şikayet başvurusunun uygun bulunmaması üzerine söz konusu istekli tarafından Kamu İhale Kurulunun bahsi geçen kararına karşı açılan yürütmeyi durdurma ve iptal talepli dava kapsamında Ankara 8. İdare Mahkemesi, 25.5.2006 tarihinde E.2006/174 sayılı kararıyla yürütmenin durdurulmasına karar vermiştir. Bu karar üzerine İYUK m. 28 gereğince Kurul, karar gereklerinin yerine getirilmesi gereğinden hareketle tesis ettiği 17.7.2006 tarihli ve 2006/M.K-83 sayılı kararı ile konu hakkında daha önceden verdiği kararı geri alarak ilgili idarenin ihalesini iptal etmiştir. Söz konusu Mahkeme kararının tarihinin, idarenin sözleşmeyi imzaladığı tarihten sonraya denk düştüğü dikkate alındığında; sözleşmenin imzalanmış olması, onun dayanağı olan idari işlemlerin yargısal denetime tabi tutulmasının önünde bir engel olmadığı açıkça görülmektedir.

ilgili olarak mevzuata uygunluk denetimi yapmak olan Kamu İhale Kurumun, inceleme yaparken özellikle sözleşmenin imzalanması hususunu, konu hakkında sonuca tesir edecek nitelikte kararlar almasının önünde bir engel olarak görmemesi gerekir. Kanunun 56 ncı maddesi gereğince Kurulun, itirazın şikayet başvurusu hakkındaki incelemesini sözleşme imzalanıncaya kadar sonuçlandırma zorunluluğu bulursa da iddiaların incelenmesi kapsamında böyle bir zorunluluktan bahsedilemez. Zira Kanunun 53 üncü maddesiyle Kuruma verilen çok geniş ve kapsamlı “*inceleme ve sonuçlandırma*” yetkisi, her hangi bir zaman sınırına tabi tutulmamıştır.

Bu sebeplerle; Danıştay’ın zikredilen kararlarında²⁴⁷ ileri sürdüğü gibi kanımızca, Kanunun 53 üncü maddesiyle verilen geniş ölçekli ve zamandan bağışık “*inceleme ve sonuçlandırma*” yetkisine binaen, kamu alım sürecinde idarelerce tesis edilen hukuka aykırı işlemler hakkında, Kamu İhale Kurulu tarafından “*iddiaların incelenmesi*” kapsamında 56 ncı maddede düzenlenen “*düzeltilici işlem*” veya “*iptal*” kararlarından birisinin verilmesi gerekmektedir.

V. MEKANİZMANIN GENEL ESASLARI

1. EHLİYET

Kanunun 54 üncü maddesine göre kamu alımları için belirlenen esas ve usullerin ihlali sonucu bir hak kaybına veya zarara uğradığına veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden yapım müteahhidi, tedarikçi veya hizmet sunucusu idari denetim sistemini harekete geçirebilmek üzere başvuru hakkına sahiptir. Dikkat edileceği üzere kamu alımları için Kanunda öngörülen idari denetime başvuru hakkı belli kişilerle sınırlandırılmıştır.

Kanuna göre her şeyden önce hak kaybına veya zarara uğrama veya zarara uğramanın muhtemel olması şikayet ehliyeti için yeterli değildir. Aynı zamanda şikayet başvurusunda bulunabilmek için yapım müteahhidi veya tedarikçi ya da hizmet sunucusu olmak da gerekmektedir. Bu haliyle şikayet başvurusu, sadece alıma teklif

²⁴⁷ Benzer bir uyuşmazlık hakkında verdiği diğer bir kararından Danıştay aynı gerekçelere yer vermektedir. **Da13D**’nin 31.10.2005 tarihli ve E. 2005/5616, K. 2005/5334 sayılı kararı.

veren istekliler tarafından işletilebilecektir²⁴⁸. Şikayet başvurusunun yapılması bakımından getirilen bu sınırlayıcı düzenlemenin doğru olmağında bahisle Kanunun 55 inci maddesinde 4964 sayılı Kanunun 33 üncü maddesiyle yapılan değişiklik²⁴⁹ sonrasında Avrupa Birliği normlarına uyum sağlanması için “*istekli*” yerine “*aday veya istekli*” ibaresi kullanılmak suretiyle alıma teklif vermeseler bile ihale dokümanı satın alan ya da belli istekliler arasında ihale usulünde ön yeterlik için başvuran adayların da şikayet ehliyetine sahip olabilmeleri imkanı getirilmiştir²⁵⁰. Bunun yanında ayrıca Yönetmeliğin 5 inci maddesinde yapılan düzenleme ile “*istekli olabilecekler*” için de, sadece ihale ilanında ve ihale ve ön yeterlik dokümanlarında yer alan hususlar ve bu hususlarla idari uygulamalar ve sözleşmeler arasındaki uyumsuzluklar hakkında şikayet yoluna başvurabilme imkanı getirilmiştir²⁵¹. Ancak yine de kanımızca, Kanunda olmayan bir hükme rağmen Yönetmelikle yapılan düzenlemeyle şikayetçi ehliyetinin genişletilmesi yönündeki bu eğilim, kamu alımları üzerindeki denetimin etkinliği ve hak arama özgürlüğü açısından olumlu bir yaklaşım olsa da istekli olabilecekler tarafından şikayet konusu edilebilecek hususların alım sürecindeki belli işlemlerle sınırlandırılmaması gerekirdi.

Diğer taraftan, şikayet mekanizmasına başvurulabilmesi için ortada bir “*hak kaybı*” ya da “*zarar*” ya da “*zarar tehlikesi*” bulunması gerekmektedir. Şikayet, idare hukuku bağlamında bir idari başvuru olduğundan ve başvuru hakkında yapılacak işlem üzerine de iptal davası yoluna gidilmesi söz konusu olduğuna göre konunun idari yargılama usulündeki dava ehliyeti de dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

Genel olarak yargı yerlerinde dava açabilmek için bir hakkın ihlal edilmiş olması gerekmele birlikte bu genel kural iptal davaları için geçerli değildir²⁵². İdari Yargılama Usulü Kanununun 2 inci maddesinde 8.6.2000 tarihli ve 4577 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle idari dava türleri sayılırken iptal davaları için “*menfaat ihlali*” koşulu yeniden getirilmiştir. Bilindiği üzere bunun öncesinde söz konusu maddede

²⁴⁸ UZ, s. 394.

²⁴⁹ Maddenin gerekçesinde şu ifadeler yer verilmektedir; “*Şikayet hakkının yalnız isteklilerle sınırlı tutulması doğru bulunmadığından istekli yerine aday veya istekli ifadesi kullanılmak suretiyle ihale dokümanı satın alan ya da belli istekliler arasında ihale usulünde ön yeterlik için başvuran adayların da aynı hakka sahip olmaları sağlanarak bu alandaki Avrupa Birliği normlarına uyum sağlanmakta...*”

²⁵⁰ Ancak değişikliğin sadece 55 inci maddeyle sınırlı tutulması sebebiyle özellikle diğer maddelerdeki şikayetçi ehliyeti bakımından terim birliğinden uzaklaşıldığını söylemek gerekir.

²⁵¹ Kamu İhale Kanununda yer alamayan “istekli olabilecekler” tanımı, Yönetmeliğin 3 üncü maddesinde öngörülmüş olup buna göre ihalenin konusu faaliyet alanında bulunan ve ihale veya ön yeterlik dokümanlarını satın almış gerçek veya tüzel kişileri ifade etmektedir.

²⁵² GÖZÜBÜYÜK/TAN, *İdari Yargılama*, s. 338.

10.6.1994 tarihli ve 4001 sayılı Kanununun 1 inci maddesiyle yapılan “...*kişisel hakları ihlal edilenler...*” şeklindeki düzenlemenin; Anayasa’ya aykırılığundan bahisle iptali istemiyle açılan dava üzerine Anayasa Mahkemesince hak arama özgürlüğü, hukuk devleti ve idarenin her türlü işlem ve eylemlerine karşı yargı yolu açıktır ilkelerine aykırı olduğu gerekçeleriyle iptaline karar verilmiş²⁵³ ve bunun üzerine yapılan

²⁵³ “İtiraz başvurusunda, 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Yasası’nın 2. maddesinde 4001 sayılı Yasa’yla yapılan değişiklik sonucunda önceleri dava konusu yapılabilen birçok işleme karşı dava açılmayacağı için, idarî işlemlerden bir bölümünün yargı denetiminin dışında bırakılmasına neden olan bu kuralın Anayasa’nın 2. maddesinde tanımlanan “hukuk devleti” ilkesine, 36. maddesinde belirlenen “hak arama hürriyeti”ne ve 125. maddesinde öngörülen “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.” kuralına aykırı olduğu savıyla iptali istenilmiştir.

1- Anayasa’nın 2. ve 36. Maddeleri Yönünden İnceleme

Anayasa’nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyetinin, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devleti olduğu belirtilmiştir. Hukuk devleti, insan haklarına saygı gösteren, bu hakları koruyucu adaletli bir hukuk düzeni kurup sürdürmekle kendisini yükümlü sayan, bütün etkinliklerinde hukuka ve Anayasa’ya uyan, işlem ve eylemleri bağımsız yargı denetimine bağlı olan devlet demektir. Böyle bir düzenin kurulması, yasama, yürütme ve yargı alanına giren tüm işlem ve eylemlerin hukuk kuralları içinde kalması, temel hak ve özgürlüklerin, Anayasal güvenceye bağlanmasıyla olanaklıdır.

İptal davalarının koşullarını belirleme yetkisi, kuşkusuz ki Anayasa’da belirlenen kurallar içinde kalmak koşuluyla özellikle “Hukuk devleti” ilkesi ve hak arama özgürlüğüyle çelişmeden yasa koyucunun takdirindedir.

Ancak Devletin, hak arama özgürlüğünü daraltan bütün sınırlamaları kaldırması ve bu yolla yargı denetimini yaygınlaştırarak adaletin gerçekleştirilmesini sağlaması hukuk devleti ilkesine yer veren Anayasa’nın 2. maddesi gereğidir.

Anayasa’da, Türkiye Cumhuriyeti’nin demokratik hukuk devleti niteliği vurgulanırken, devletin tüm eylem ve işlemlerinin yargı denetimine bağlı olması amaçlanmıştır. Çünkü yargı denetimi, hukuk devletinin “olmazsa olmaz” koşuludur.

Anayasa’nın “Hak arama hürriyeti” başlıklı 36. maddesinde, herkesin gerekli araç ve yollardan yararlanarak yargı organları önünde davacı ya da davalı olarak sav ve savunma hakkı bulunduğu belirtilmektedir.

İtiraz konusu yasa kuralıyla, idarî işlemlere karşı iptal davası açabilmek için, idare hukukunun genel esaslarına aykırı biçimde idarî işlemin davacının “kişisel hakkını ihlâl” etmiş olması koşulu getirilerek hak arama özgürlüğü kısıtlanmış ve birçok işleme karşı dava yolu kapatılmıştır.

İdarî yargı denetimini sınırlayan itiraz konusu kuralın hukuk devleti ilkesi ile bağdaştığı söylenemez. Bu nedenle, Anayasa’nın 2. ve 36. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

2- Anayasa’nın 125. Maddesi Yönünden İnceleme

Anayasa’nın 125. maddesinin birinci fıkrasında, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu belirtilmiş, ikinci fıkrasında ise Cumhurbaşkanı’nın tek başına yapacağı işlemler ile Yüksek Askerî Şûranın kararları yargı denetiminin dışında tutulmuştur. Anayasa’nın 159. maddesinin dördüncü fıkrasıyla da Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararları, idarî işlem niteliğinde olmalarına karşın, yargı denetimi dışında bırakılmıştır.

Anayasa’nın sözü edilen maddeleri ile ayırık tutulanlar dışındaki tüm idarî işlemlerin yargı denetimine bağlı olması Anayasa buyruğudur. Anayasa’da sayılan ayırık durumlar dışında idarenin eylem ve işlemlerinden kimilerinin yargı denetimine bağlı olmaması sonucunu doğuracak nitelikteki bir yasal düzenleme, Anayasa’nın 125. maddesinin birinci fıkrasındaki buyruğa aykırı düşer. İtiraz konusu kuralla, idarî işlemlerin kimileri hakkında dâvacı olabilme “kişisel hak ihlâlî” koşuluna bağlanarak Anayasa’nın 125. maddesine aykırılık oluşmuştur.

1602 sayılı Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Yasası’nın 21. maddesine göre, iptal davası açabilmek için “menfaat ihlâlî” yeterli iken, 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Yasası’nın 2. maddesinin (1-a) bendinde yapılan değişiklik sonucu, bu Yasa’nın uygulanması bakımından, “kişisel hak ihlâlî”nin davacı olabilmenin koşulu olarak kabul edilmesi ile askeri ve sivil idarî yargı düzeni arasında açıklanabilmesi olanaksız farklılık yaratılmıştır.

düzenlemeyle idari işlemlere karşı açılacak iptal davaları için “*menfaat ihlali*” koşulu getirilmiştir²⁵⁴.

DURAN’a göre “*menfaat*” kavramından anlaşılması gereken “*yarar*” ya da “*çıkar*” değildir. Yazara göre iptal isteminde bulunabilmek için kişi veya toplulukların, idari işlemle doğrudan veya dolaylı, maddi veya manevi, uzak ya da yakın bir ilişkisinin varlığı yeterli görülmektedir²⁵⁵. Diğer taraftan ONAR’a göre ise, menfaat ihlali koşulu, davada ciddiyeti temin etmek, ilgisiz kimselerin gereksiz başvurularla idari yargı mercilerini işgal etmelerine engel olmak için konulmuş şekli bir koşuldur²⁵⁶. Danıştay ise kararlarında istikrarlı olmasa da²⁵⁷ “*menfaat*”i uzun yıllar boyunca “*ciddi ve makul bir ilgi*” olarak yorumlamak²⁵⁸ suretiyle ehliyete geniş bir yorum açısıyla

İdarî işlemlere karşı dava açılabilmesi için “kişisel hakkın ihlâl edilmesi” koşulunun getirilmesiyle soyut, genel ve gayrî şahsî olan “düzenleyici tasarruflar”a karşı yargı yolu daraltılmıştır. Böylece, idarenin düzenleyici işlemlerine karşı uygulanmalarını beklemeden dava açılması güçleştirilmekle, Anayasa’nın 125. maddesinin birinci fıkrasına aykırılık oluşturulmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, Anayasa’nın 125. maddesine aykırı olan itiraz konusu yasa kuralının iptali gerekir.”, AYM’nin 21.9.1995 tarihli ve E. 1995/27, K. 1995/47 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 10.4.1995, S. 22607.

²⁵⁴ Bu değişiklikle, İYUK’un 2. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde konuyla ilgili olarak yer alan “menfaat ihlali” koşulu kaldırılmış, yerine “kişisel hak ihlali” koşulu getirilmiştir. “Menfaat ihlali” koşulu, bu değişiklikten önce Danıştay kararlarında “ciddi ve makul ilgi” olarak yorumlanmakta, dolayısıyla idari yargıda iptal davası açabilme olanağı genişletilmekteydi. Danıştay’ın bu koşula ilişkin yorumu, bu anlamda, genişletici bir yorum olma özelliği taşımaktaysa da, bu yöndeki kararların tam bir istikrara kavuşmuş olduğunu söylemek mümkün olamamaktaydı. Danıştay’ın dava ehliyetine ilişkin konularda istikrarlı bir biçimde dava açma olanağını genişletici yönde karar vermesi, 1980’li yılların ortalarından itibaren, çevrenin korunmasına ve geliştirilmesine ilişkin iptal davalarının sayısının artmasıyla gözlemlenmeye başlanmıştır. ERHÜRMAN, Tufan, “İdari Yargıda Özel Yetenek Koşulu”, *2000 Yılı İdari Yargı Sempozyumu*, Ankara 11-12 Mayıs 2000, s. 37.

²⁵⁵ DURAN, Lütfi, “Hukuka Aykırılıkları Koruma Girişimi”, *Cumhuriyet Gazetesi*, 30 Ocak 1994.

²⁵⁶ ONAR, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. II, İstanbul 1966, s. 1388.

²⁵⁷ ERHÜRMAN, s. 31.

²⁵⁸ “İptal davalarında ortada ihlal edilmiş bir hakkın mevcudiyeti davanın ceryanı için lazımeden olmayıp, hadisede sadece bir alanın bulunması, alakadara dava açmak selahiyetini vermeğe kafidir.”, Bkz. Danıştay Daavi Dairesi Umumi Heyeti, 3.7.1936, E. 1936/9, K. 1936/157, *Devlet Şurası Kararlar Mecmuası*, S. 8, 1939-1940, s. 44.; “Gelişen içtihatlar ve doktrin, idarenin hukuka bağlı işleyişinde tüm vatandaşların menfaati olduğu görüşünden hareketle, iptali istenen idari işlemle davacı arasındaki menfaat ilişkisinin gittikçe daha geniş tutulması ve yalnızca davada ciddiyeti temin eden bir faktör olarak nazara alınması temayülündedir.”, DDDGK’nun 2.6.1972 tarihli ve E. 1968/293, K. 1972/623 sayılı kararı, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 5, S. 4, 1972, s. 164; Bu konuda daha yakın tarihli bir karar için bkz. DİDDGK’nun 2.2.1990 tarihli ve E. 1989/430, K. 1990/18 sayılı kararı, *Danıştay Dergisi*, Y. 21, S. 80, 1991, s. 112.

²⁵⁹ Ancak bunun yanında Danıştay’ın, “menfaat”i “çıkar” ya da “yarar” olarak yorumladığı kararları da vardır. Danıştay’ın “menfaat” sözcüğünü bir “yararın zedelenmesi” olarak yorumladığı bir karar için bkz. Da8D’nin 30.11.1992 tarihli ve E. 1992/1458, K. 1992/3101 sayılı kararı, *Danıştay Dergisi*, Y. 23, S. 87, 1993, s. 403; Danıştay’ın “...idari işlemler hakkında çıkarları zedelenenler tarafından iptal davası açılabileceği...” yolundaki bir idare mahkemesi kararının bozulması istemini reddettiği bir kararı için bkz. Da8D’nin 25.3.1992 tarihli ve E. 1991/2225, K. 1992/525 sayılı kararı, *Danıştay Dergisi*, Y. 23, S. 86, 1993, s. 457-458.

yaklaşmıştır²⁶⁰. Nitekim Danıştay'ın bir kararında belirtildiği üzere; iptal davaları ile idari işlemlerin hukuka uygun olup olmadığının tespiti, hukukun üstünlüğünün ve dolayısıyla idarenin hukuka bağlılığının sağlanması amaçlandığına göre, bu davalarda menfaat ilişkisinin dar yorumlanması gerekmektedir²⁶¹.

Buna göre, bir idari işleme karşı dava ehliyetine sahip olabilmek için menfaatin ihlal edilmiş olması yeterli olup ayrıca “hak kaybı” ya da “zarar” ya da “zarar tehlikesi” bulunmasına yani kişisel hak ihlaline gerek yoktur. Dolayısıyla dava açabilmek için sadece ve tek başına menfaat ihlalinin yeterli görülmesiyle iptal davasının alanı genişletildiği gibi idarenin hukuka uygunluğu amacı da sağlanmış olacaktır²⁶². Bu amacın tam olarak gerçekleşmesi için, menfaat ihlali koşulunun da aranmasına gerek olmadığı düşünülebilir. Gerçekten de Danıştay bir kararında vatandaş sıfatıyla herkesin, idari işlemlerden dolayı menfaatinin olduğundan bahisle dava ehliyetinin olduğunu ileri sürmüştür²⁶³. Ancak bu defa da idarenin işlemlerine karşı dava açma hakkının tüm bireylere yayılmasıyla idari işlemlerle ilgisi olmayan herkesin rastgele dava açması sonucu ortaya çıkar ki, bu durum idarenin işleyişini olumsuz yönde etkileyebileceği düşünülse bile unutulmamalıdır ki herkese iptal davası açma hakkı tanınmasının yaratacağı tüm sakıncalar, idarenin hukuka aykırı işlemlerinin denetlenmemesinin doğuracağı sakıncalardan daha az önemlidir²⁶⁴. Gerçekten de idarenin işleyişinden ziyade hukuka uygun davranması, hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti ilkelerinin temel gereğidir. Dolayısıyla iptal davası açan birey, sadece kendi

²⁶⁰ ERHÜRMAN, Danıştay'ın kararlarında ehliyet hususunda benimsediği “ciddi ve makul ilgi” koşulunun iptal davalarında özel yetenek koşulu konusundaki en uygun çözüm olduğu düşünülebileceğini ileri sürmekle birlikte Anayasa'nın 36 ncı ve 13 üncü maddeleri karşısında mevzuatta yer almayan böyle bir koşulun mahkemeler tarafından iptal davalarında özel yetenek koşulu olarak uygulanabileceğini savunmanın mümkün olmadığını belirterek “Ciddi ve makul ilgi” koşulunun, Danıştay içtihadının değil, olsa olsa yasa koyucuya yapılabilecek bir önerinin konusu olabileceğini belirtmektedir. ERHÜRMAN, s. 37.

²⁶¹ **Da6D**'nin 13.5.1991 tarihli ve E. 1989/2264, K. 1991/1101 sayılı kararı, *Danıştay Dergisi*, Y. 22, S. 84-85, 1992, s. 423.

²⁶² Bu amacın tam olarak gerçekleşmesi için, menfaat ihlali koşulunun da aranmasına gerek olmadığı düşünülebilir. Ancak bu defa da idarenin işlemlerine karşı dava açma hakkını tüm bireylere yayılmasıyla idari işlemlerle ilgisi olmayan herkesin rastgele dava açması sonucu ortaya çıkar ki, bu durum idarenin işleyişini olumsuz yönde etkiler. GÖZÜBÜYÜK/TAN, *İdari Yargılama*, s. 338.

²⁶³ “Hukuk devleti esasının tüm kurum ve kuralları ile yerleştirilmesinin, ülkede yaşayan herkesin menfaati gereği olduğundan, toplumun ve dolayısıyla bireyin menfaatini zedeleyen, hukuk devleti esaslarına aykırı uygulamalara ilişkin işlemlere karşı bireylerin dava açmakta menfaati bulunmadığını söylemek mümkün değildir.”, **Da10D**'nin 13.10.1992 tarihli ve E. 1990/4944, K. 1992/3569 sayılı kararı, *Danıştay Dergisi*, Y. 23, S. 87, 1993, s. 481.

²⁶⁴ ÖZDEK, Yasemin, “İptal Davasında Menfaat Koşulu”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 24, S. 1, 1991, s. 105.

hakkını aramakla kalmamakta bunun ötesinde belki de daha ulvi bir yaklaşımla vatandaşı olduğu idarenin denetimine aktif olarak katılan kişi olmaktadır²⁶⁵.

Kamu İhale Kanununun şikayet ehliyetine olan yaklaşımı ise kişisel hak ihlali ekseninde olup İYUK’nda yapılan düzenlemenin tersine daraltıcı bir durumu ifade etmektedir²⁶⁶. Buradan hareketle, menfaat ihlali çerçevesinde iptal davası açma ehliyetine sahip olabilen bir kişinin, bunun öncesinde şikayet ehliyetinin olmadığından bahisle idari başvuru hakkına sahip olmaması, hak arama özgürlüğü ve hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

Bu kapsamda KARACA tarafından, Kamu İhale Kurulunun uygulamada şikayet ehliyeti için bazen menfaat ihlalini bazen de kişisel hak ihlalini ölçü olarak kabul ettiği iddia edilse de²⁶⁷ Kurulun konuyla ilgili olarak verdiği kararlarının ekseriyetinde kişisel hak ihlalinin, ehliyet için esas kriter olarak kabul edildiği gözlemlenmektedir²⁶⁸. Diğer taraftan Kurul önüne gelen uyuşmazlıklar hakkında verdiği kararlarında maddi olaya yaklaşırken şikayet ehliyeti için hukuken korunması gereken bir hakkın veya menfaatin olması gerektiğini belirttiği halde tek başına menfaat ihlalini şikayet ehliyeti için yeterli görmemektedir²⁶⁹.

Sonuç olarak özetlemek gerekirse kanımızca, kamu kaynağı kullanılan ve sonucunda amacı kamu yararının tesis edilmesi olan kamu alımlarında hukuka uygunluğun layıkıyla sağlanabilmesi için alım sürecinde tesis edilen işlemlerin idari

²⁶⁵ EROĞUL, Cem, *Devlet Yönetimine Katılma Hakkı*, Imge Kitabevi Yayınları, Ankara 1991, s. 141.

²⁶⁶ UZ, s. 397.

²⁶⁷ KARACA, Bilal, “Hak Kaybı Ölçüsü Karşısında Şikayetçinin Subjektif Ehliyeti”, *Yeni Şafak*, 10 Mayıs 2005. Yazar, şikayetçinin subjektif ehliyeti için zikredilen Anayasa Mahkemesi kararı çerçevesinde değerlendirmelerde bulunduğu halde yine de isteklinin doğrudan kendisinin zararına yol açmayan veya dolaylı olarak menfaatini etkileyebilecek ihale işlemlerine karşı şikayet ehliyetinin olmadığı görüşündedir.

²⁶⁸ “...Sonuç itibariyle, yapım müteahhidi, tedarikçi veya hizmet sunucusunun, idareye şikayet, Kuruma itirazın şikayet başvurusunda bulunmasında, hukuken korunması gerekli bir hakkının veya menfaatinin olması gerektiği...”, **Kamu İhale Kurulu**’nun 12.12.2005 tarihli ve 2005/UY.Z-2338 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 6.2.2006, S. 26072; **Kamu İhale Kurulu**’nun 6.3.2006 tarihli ve 2006/UH.Z-645 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 28.4.2006, S. 26152; **Kamu İhale Kurulu**’nun 27.2.2006 tarihli ve 2006/UH.Z-569 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 25.4.2006, S. 26149.

²⁶⁹ “Sonuç itibariyle, yapım müteahhidi, tedarikçi veya hizmet sunucusunun, idareye şikayet, Kuruma itirazın şikayet başvurusunda bulunmasında, hukuken korunması gerekli bir hakkının veya menfaatinin olması gerektiği, ihale üzerinde kalan isteklilerin, teklifleri kapsamında sundukları belgelerle ilgili idari işlem veya eylemleri 4734 sayılı Kanunda öngörülen şikayet ve itirazın şikayet başvurularına konu edebilmeleri için hukuken korunması gerekli bir hakkının ihlal edilmesi gerekmektedir. Açıklanan nedenlerle; şikayetçinin, başvuru konusu ihalede, 4734 sayılı Kanunda öngörülen idari denetim için şikayet başvurusunda bulunabilmesi için zorunlu olan hukuken korunması gerekli bir hakkının ihlal edilmediği anlaşıldığından, İhalelere Karşı Yapılacak İdari Başvurulara Ait Yönetmeliğin 21 inci maddesinin (b) bendi uyarınca başvurunun ehliyet yönünden reddine...”, **Kamu İhale Kurulu**’nun 9.12.2004 tarihli ve 2004/UM.Z-1757 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 29.1.2005, S. 25711; **Kamu İhale Kurulu**’nun 25.11.2004 tarihli ve 2004/UM.Z-1656 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 3.1.2005, S. 25689.

denetime konu edilebilmesi bakımından şikayet ehliyetinin idari yargılama usulünde olduğu gibi menfaat ihlali ölçüsü ekseninde geniş bir perspektifte ele alınması gerekmektedir²⁷⁰. Zira iptal davalarında olduğu gibi²⁷¹ kamu alımlarındaki idari denetim sistemiyle asıl amaçlanan idarenin hukuka uygunluğunun sağlanması suretiyle kamu yararının tesis edilmesidir.

Ancak bu arada; iddiaların incelenmesi kapsamında bir alımda Kamu İhale Kurulu tarafından mevzuata aykırılıklar tespit edilmişse, sonuca tesir edecek şekilde “düzeltici işlem belirleme” ya da “iptal” kararlarından birisinin verilmesi gerektiği yönünde Danıştay tarafından verilen muhtelif kararlar bulunmaktadır. İddiaların incelenmesi kapsamında Kamu İhale Kurumuna başvuru yapılabilmesi için şikayet ehliyetine göre daha geniş kapsamlı bir ehliyet esası benimsendiği dikkate alındığında, Danıştay’ın bu yaklaşımından hareketle yukarıda izah edilen şikayet ehliyeti eksenli yakınmaların giderileceği düşünülebilir.

2. BAŞVURU SÜRELERİ

İdareye şikayet için başvuru süresi, Kanunun 55 inci maddesinde düzenlendiği üzere şikayete yol açan durumların farkına varıldığı veya farkına varılmış olması gerektiği tarihi izleyen 15 gündür.

Kamu İhale Kuruluna itirazın şikayet başvuru süresi ise, idareye yapılan şikayet hakkında 30 günlük süre içinde bir karar alınmaması veya süresinde alınan kararın uygun bulunmaması durumunda, karar verme süresinin bitimini veya karar tarihini izleyen 15 gündür. Bunun yanında ayrıca idareye şikayette bulunulması üzerine ivedilik ve kamu yararı gereği ihale işlemlerine devam edilmesine karar verilmesi halinde ise itirazın şikayet süresi bu kararın tebliğinden itibaren 3 gündür.

İhalelere Karşı Yapılacak İdari Başvurulara Ait Yönetmeliğin 7 nci maddesi gereğince yukarıda belirtilen süreler; tebliğ, ilan, bildirim veya şikayete yol açan durumların farkına varıldığı yahut farkına varılmış olması gerektiği tarihi izleyen

²⁷⁰ UZ, s. 397.

²⁷¹ “Yönetsel işlemlerin hukuka uygunluğunun denetiminde iptal davası yolu asıldır. İptal davaları, kişilerin kendi yararlarına sonuç almalarını amaçlamakla birlikte genelde hukuka uygunluğu sağlayarak kamu yararını gerçekleştirir.”, AYM’nin 1.10.1991 tarihli ve E. 1990/40, K. 1991/33 sayılı kararı, Resmi Gazete, 7.2.1992, S. 21135.

günden itibaren işlemeye başlar. Tatil günleri süreler dahil olup sürenin son günü tatil gününe rastlarsa, süre tatil gününü izleyen çalışma gününün bitimine kadar uzar.

Başvuru sürelerinin işlerlik kazanabilmesi için ayrıca başvurunun sözleşme imzalanmadan önce yapılması gerekmektedir. Dolayısıyla başvuru süresi geçmediği halde idarece sözleşme imzalanmışsa yapılan başvurunun incelemeye ve değerlendirmeye alınmasına imkan yoktur²⁷². Ancak burada hemen şunu da belirtmekte fayda vardır ki, özellikle ivedilik ve kamu yararı gereği ihale işlemlerine devam edilmesine karar verilmesi halinde idarece Kanunda belirtilen süreler uyulmaması veya usulüne göre bildirim yapılmaması halinde ihale kararı ve sözleşmenin hükümsüz olması durumu söz konusu olacaktır.

Yönetmeliğin 20 inci maddesinde, başvuru sürelerinin Kurul tarafından yapılacak incelemede re'sen göz önüne alınacağına dair açık hüküm bulunmakla birlikte idarelere yapılan şikayet başvurularında sürenin re'sen göz önüne alınması gerektiği yönünde doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak Yönetmeliğin 8 inci maddesinde başvuruların şekli unsurları belirlenirken dilekçelerde şikayet edilen veya incelenmesi istenilen durumun farkına varıldığı tarih veya tebliğ, ilan veya bildirim tarihinin de bulunması zorunluluğu getirilmekle idareler tarafından da, itirazın şikayete paralel olarak, başvuru sürelerinin re'sen dikkate alınması gerektiği sonucu çıkarılabilir. Ancak şu da bir gerçektir ki; başvuru süresinin geçirilmesiyle sakat işlemler hukuka uygun hale gelmez, yapılan yanlışlık hukuka uygun hale gelmediğine göre ve idarenin hukuka uygun davranma ödevi de son bulmadığına göre²⁷³, özellikle idareye yapılan

²⁷² İdare rejimini kabul eden tüm ülkelerde olduğu gibi bizde de, idari dava ve uyuşmazlıkların açılması belli sürelerle sınırlandırılmıştır. Süresinde idari yargı organı önüne götürülmeyen bir dava ve uyuşmazlığın esası hakkında karar verilemez. Süresi geçirilen dava hakkı, artık kullanılmaz hale gelmiş olur. İdari işlem ve eylemlerin sürekli dava tehdidi altında bulunmaları, idare ile yönetilenler arasındaki uyuşmazlıkların sonucunun alınmaması demektir. Bu durum toplum huzurunu bozduktan başka, idari faaliyetlerin kararlılık ve verimlilik içinde yürütülmesini de engeller, idari işlem ve eylemlerin kesinlik kazanmasını olanaksız kılar. İdari eylem ve işlemler belli bir sürenin sonunda artık dava konusu edilemez duruma geldiklerinde ve böylece bunların hukuki geçerlilikleri zamanla bir tür kesinlik kazandığında, idarede güven ve huzur kurulmuş, kamu hizmetlerinin kararlılık içinde yürütülmesi sağlanmış olur. **YENİCE**, Kazım/**ESİN**, Yüksel, *İdari Yargılama Usulü*, Ankara 1983, s. 164; Sürekli dava tehdidinin ülkede kararlılığı ve düzeni alt edecek bir tehlike olarak düşünülmemelidir. Örneğin bir bakıma, tüm Kanunlar sürekli dava tehdidi altındadır. Kanunlara karşı Anayasaya aykırılık itirazı süresizdir. Nitekim Anayasanın 152 nci maddesine göre Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddî olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır. **ULER**, s. 222.

²⁷³ **ULER**, s. 214.

şikayetlerde, başvuru süresi geçirilse bile incelemeye alınmasına engel bir durum olmadığı açıktır²⁷⁴.

3. BAŞVURUNUN ŞEKLİ VE YAPILACAĞI YERLER

Kanunda şikayet başvurusunun şekline ilişkin olarak herhangi bir düzenlemeye gidilmemiş sadece başvurunun yapılabileceği belirtilmekle yetinilmiştir. Bu konudaki ayrıntılı düzenlemelere ise Yönetmeliğin 8 inci maddesinde rastlanmaktadır. Buna göre imzalı bir şekilde yapılacak başvurularda; başvuru sahiplerinin, vekil veya temsilcilerinin adı, soyadı veya unvanı ve adresinin, başvuru konusu ihalenin, ihaleyi yapan idarenin ve adresinin, şikayet edilen veya incelenmesi istenilen durumlar ile sebeplerinin ve dayandığı delillerin, şikayet edilen veya incelenmesi istenilen durumun farkına varıldığı tarih veya tebliğ, ilan veya bildirim tarihinin yer alması gerekmektedir. Ayrıca ihale dokümanının satın alındığına veya teklif verildiğine ilişkin belgeler de dilekçelere eklenir. Kuruma yapılacak başvurularda ayrıca idareye yapılan şikayet tarihi ile bildirilmişse kararın bildirim tarihi de gösterilir ve kararın bir örneği başvuru dilekçesine eklenir. Bunların yanında Kanunun 53/j maddesinde gösterilen ve Kurumca güncellenen tutarda başvuru bedeli de Kurum hesaplarına yatırılarak buna ilişkin belgelerin de dilekçelere eklenmesi gerekmektedir.

Yönetmeliğin 9 uncu maddesine göre başvurulara ait dilekçelerin, idareye yapılacak şikayetlerde ihaleyi yapan idareye, Kuruma yapılacak itirazın şikayetlerde Kuruma verilmesi esas olmakla birlikte şikayetçinin ikametgahı yurt dışında ise, şikayet

²⁷⁴ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 28.9.1977 tarihli ve 77-31 sayılı kararında üye devletler için asgari düzeyde beş ilke kabul edilmiştir. Bu ilkeler;

- Dinlenilme hakkı,
- Bilgi kaynaklarına giriş,
- Hukuki yardım ve temsil,
- İdari işlemlerin gerekçeli olması,

- İşlemlere karşı başvuru yollarının belirtilmesidir. **AKILLIOĞLU**, Tekin, “Bireyin Yönetimsel İşlemler Karşısında Korunması ve Yönetim Hukukumuz”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 14, S. 3, Eylül 1981, s. 37; Toplum huzuru ve kamu düzeni açısından idare ile vatandaş arasında uyumsuzluk çıkmasını önlemek çok daha önemli bir konudur. **PAYASLIOĞLU**, Arif, “Yönetimde Davaları Azaltma Yolları”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 2, S. 3, Eylül 1963, s. 3; Nitekim çağdaş yönetimler, bu yolda ciddi çabalar içindedir. Dolayısıyla çağdaş bir yönetim yapısı için izlenmesi gereken yol, idarenin dava tehdidi altından kurtulması için adeta hukuka aykırı işlemi hukuka uygun hale getirecek şekilde hak düşürücü süreler öngörmek olmayıp daha ziyade idarenin mutlak surette kendiliğinden hukuka uygun davranması olmalıdır. Unutulmamalıdır ki dava süresi uzun olsa dahi, dava tehdidi altında olanlar sadece hukuka aykırı işlem ve eylemlerle sınırlıdır. Bunun dışında idare, eğer yaptığı işlem hukuka uygunsa hangi tehditten bahsedilebilir ki o tehdit idarenin işlemlerindeki kararlılığa ve kamu düzenine menfi yönde tesirde bulunsun? **ULER**, s. 216-222.

ve itirazen Şikayet dilekçelerinin Türk konsolosluklarına verilmesine de imkan²⁷⁵ bulunmaktadır.

²⁷⁵ Bu imkan, Anayasanın 123 üncü maddesinde yer alan “*idare kuruluş ve görevleriyle bir bütündür*” hükmünün yani “*idarenin bütünlüğü ilkesi*”nin bir gereğidir. **UZ**, s. 400.

SONUÇ

Liberal devlet anlayışının terk edilerek sosyal devlet anlayışına geçilmesiyle birlikte devletin ekonomik ve sosyal yaşama müdahale etmeye başlaması, kamu hizmetinin alanının genişlemesi ve tabii ki buna bağlı olarak da kamu ihtiyaçlarının artması olgusunu beraberinde getirmiştir.

İdarenin, yüklendiği kamu hizmetini tesis etmek için ihtiyaç duyduğu ve kendi iç yapısı dahilinde karşılayamadığı, kısaca kamu alımları olarak da tarif edebileceğimiz, mal ve hizmet alımı ya da yapım işleri için özel hukuk kişileriyle yaptığı sözleşmeler, gerek doktrinle gerekse de yargı yerlerince, idarenin özel hukuk sözleşmeleri olarak kabul edilmiştir.

Her ne kadar idarenin kamu alımı için yaptığı sözleşmeler, özel hukuk hükümlerine tabi olsa da, kullandığı kaynağın kamu kaynağı olması ve alım sonucunda amaçlananın dolaylı da olsa kamu yararı olması, sözleşmeye taraf olacak özel hukuk kişilerinin seçilmesi konusundaki keyfiliğin sınırlandırılması gerekliliğini ortaya çıkarmıştır. Hatta öyle kamu alımları vardır ki, bunların idare üzerinde oluşturduğu ağır mali yük, sözleşmenin yapılmasında idarenin risk altına girmemesi için gerekli önlemlerin alınmasını zorunlu kılar. Bu sebeplerle, sözleşmenin ortaya çıkabilmesi için Borçlar Hukukuna göre tarafların iradelerinin uyuşması yeterli kabul edilmekteyse de, idarenin taraf olduğu bu tür sözleşmelerde iradesinin ortaya çıkması, bir takım idare hukukuna tabi kurallara ve süreçlere bağlanmıştır. İşte idare, ancak bu kurallara uymak ve süreçleri tüketmek suretiyle kamu alımına ilişkin sözleşme yapabilmektedir.

2002 yılına kadar hukuk sistemimizde kamu alımlarının tabi olduğu hukuki rejimin ne olduğu hususunda açık bir kanuni düzenleme olmaması sebebiyle bu sorun doktrin ve içtihatları tartışmalara konu olmaktadır, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun yürürlüğe girmesiyle konu ilk defa kanuni bir düzenlemeyle açıklığa kavuşturulmuştur. Yapılan düzenlemeyle, idarenin akidini belirleme sürecindeki yani alım sürecindeki işlemlerinin idare hukuku rejimine tabi olduğu, bu süreç sonunda yapılan sözleşmenin ise özel hukuk rejimine tabi olduğu duraksamaya yer vermeyecek ölçüde açıklığa kavuşturulmuştur.

Bilindiği üzere, kamu sektöründe yaşanan yolsuzluklar, diğer ülkelerde olduğu gibi ülkemizde de genellikle kamu kaynağının kullanıldığı alan olan piyasadan yapılan alımlarda kendisini göstermektedir. Bu kapsamda ülkemizde yaşanan yolsuzluk ve şaibelere sebep olarak, beşeri faktörler yanında mevzuattaki eksiklikler de uzun yıllardan beri sıklıkla dile getirilir olmuştur.

Ülkemizde kamu alımları konusunda idarece izlenecek usul ve esasların kanuni düzenleme konusu yapılması, Cumhuriyet dönemi öncesine kadar dayanmakla birlikte günün gelişen ve değişen koşulları karşısında buna ilişkin kuralların tekrar tekrar gözden geçirilmesi ve yenilenmesi ihtiyacı her zaman hissedilmiştir. Nitekim 2002 öncesinde yürürlükte olan 8.9.1983 tarihli ve 2886 Devlet İhale Kanununun; dağınık ve karmaşık düzenlemeleri, gelişen ihtiyaçlar karşısındaki yetersizliği, istismara açık hükümleri ve rekabete kapalılığı gibi sebeplerle uluslararası gelişmeler paralelinde yeniden düzenlenmesi ihtiyacı ortaya çıkmıştır.

Küresel ticaretin geldiği son aşamada ulusal sınırları aşarak uluslararası bir vaziyet alması ve kamunun artık dünya üzerindeki en büyük alıcı haline gelmesiyle birlikte devletlerin ihtiyaçlarını karşılamada yerli tedarikçilerin yetersiz kalması sonucunda, kamu alımlarıyla ilgili olarak gerek uluslararası gerekse de bölgesel seviyede düzenlemelere gidilmesi eğilimi ortaya çıkmıştır. Nitekim Dünya Ticaret Örgütü Kamu Alımları Anlaşması, UNCITRAL Kamu Alımları Model Kanunu, Avrupa Birliği, NAFTA, OECD ve APEC gibi uluslararası ve bölgesel belgelerde, tarafı olan devletler bakımından içerdikleri hükümlerin bağlayıcılığı değişik şekillerde ortaya çıkan bir çok düzenlemelere gidilmiştir.

Devlet İhale Kanununun yetersizliklerinin ortadan kaldırılması ve özellikle Dünya Ticaret Örgütü Kamu Alımları Anlaşması, UNCITRAL Kamu Alımları Model Kanunu ve Avrupa Birliği Direktiflerinde yer alan düzenlemelere uyum sağlanması amacıyla başlatılan hazırlık çalışmaları, semeresini nihayet 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun kabul edilmesiyle vermiş ve söz konusu Kanunlar, 1.1.2003 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir.

Mevzuat tekniği ve dili açısından Türk Hukuk sistemine yabancı sayılabilecek bir anlayışla hazırlanan Kamu İhale Kanununu, sadece kamu alımlarına ilişkin hususları düzenlemek suretiyle daha önce bu konuda yapılan düzenlemelere göre bir çok yeniliği de beraberinde getirmiştir.

Kamu İhale Kanununun getirdiği ilk yenilik, kapsamına aldığı kurumlar bakımından kendisini göstermiştir. Kapsamındaki kurumların belirlenmesi için gösterilen kriterler, Kanunun 1 inci maddesinde düzenleme konusu yapılarak “*kamu hukukuna tabi olmak*” veya “*kamu denetimi altında bulunmak*” veya “*kamu kaynağı kullanmak*” şartlarından herhangi birisini sağlayan her kurumun Kanunda belirlenen alım rejimine göre alım yapması hükme bağlanmıştır. Kapsamdaki kurumlar bakımından çok geniş bir perspektiften yapılan bu tanımlamalarla yetinilmemiş bunun yanında ayrıca Kanunun 2 nci maddesinde bu defa da somut tanımlar yapılması yoluna gidilmiştir. Gerçekten de Devlet İhale Kanunu, kamu alımları ile ilgili olarak genel bir kanun olarak kabul görse de çoğu kurum ve kuruluşun özel kanunlarında yer alan istisna hükümleri dolayısıyla genelliğini kaybetmiş ve bu durum uygulamada karmaşaya yol açmıştı. İşte bu karmaşıklığın önlenmesini teminen, Devlet örgütünün sadece merkezi idare ile sınırlı kalmadığı gerçeğinden hareketle bu konudaki uluslararası belgelerde yer alan düzenlemeler paralelinde kapsam, Devlet örgütünün tümüne denk gelecek şekilde mahalli idareleri ve yerinden yönetim kuruluşlarını da içine alacak şekilde olabildiğince geniş tutulmaya çalışılmıştır. Yapılan düzenlemeyle kapsamın bu denli geniş tutularak Devlet örgütünü oluşturan tüm idareler açısından kamu alımlarıyla ilgili olarak ortak usul ve esasların belirlenmesinin, kamu kaynaklarının harcanmasında etkinliği ve tasarrufu getireceği kuşkusuzdur.

Kapsamdaki idareler bakımından durum bu şekilde olmakla birlikte, Avrupa Birliğinin kamu alımlarıyla ilgili direktifleri paralelinde ayrı bir kanuni düzenleme konusu yapılmak üzere; enerji, su, ulaştırma ve telekomünikasyon sektörlerinde faaliyet gösteren teşebbüs, işletme ve şirketler, 4964 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonrasında doğrudan kapsam dışına taşınmıştır. Geçiş dönemine mahsus olmak üzere sözü geçen kuruluşların Kanun kapsamında tutulması için gerekli bazı geçici düzenlemeler yapılmışsa da, tarifli yapılan kuruluşların yapacakları alımları düzenlemek üzere bahsi geçen özel Kanun, aradan geçen ve uzun da sayılabilecek süreye rağmen hazırlanmamış ve bu çalışmanın kaleme alındığı tarih itibarıyla da yürürlüğe konulmamıştır.

Kanunun getirdiği ikinci yenilik ise, düzenlediği işler bakımından kendisini göstermiştir. Önceki Kanuni düzenlemelerden farklı olarak sadece harcama yapılmasını gerektiren mal ve hizmet alımları ile yapım işleri kapsama alınmıştır. Gerçekten de Devlet İhale Kanununun, hem harcama yapılmasını gerektiren işleri hem de gelir

getirici nitelikteki işleri birlikte düzenleme konusu yapması uygulamada pek çok sorunun ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Nitekim ana gerekçeleri arasında yaşanan bu sorunların ortadan kaldırılması olan Kamu İhale Kanunuyla; satım, trampa, kira, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi gibi kamuya gelir getirici nitelikteki işler kapsam dışında tutularak bu tür kamuya gelir getirici nitelikteki işler için Devlet İhale Kanununun ilgili hükümleri yürürlükte bırakılmış ve bu sebeple de Devlet İhale Kanunu tam anlamıyla yürürlükten kaldırılmamıştır.

Kapsamdaki işler açısından sadece alım odaklı yapılan bu düzenlemenin uygulamaya yansıyan boyutunda özellikle trampa ve kat karşılığı inşaat işleri örneklerinde olduğu gibi idarenin edimi için para dışında diğer tür kamu kaynaklarının söz konusu olduğu sözleşmelerde, Kanunun genel sistematığının 2 nci maddesiyle olan uyumsuzluğundan kaynaklanan bir takım aşılması mümkün görünmeyen sorunların ortaya çıktığı görülmektedir.

İlk bakışta Kanunun 2 nci maddesindeki idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerine ait alım işlemlerinin, Kamu İhale Kanunu hükümlerine göre yapılmasını düzenleyen hükmünden hareketle; trampada, karşı tarafa yapılan mal veya hak devri; kat karşılığı yapım işinde, müteahhide devredilen arsa payının ödeme aracı yani kamu kaynağı olarak kabul görmesi mümkünken diğer maddelerinde yer alan hükümlerden de açıkça anlaşılacağı üzere, alımda izlenecek usullerin belirlenmesi, eşik değerler, parasal limitler, teminatlar, teklifler ve değerlendirme kıstasları gibi hususlar dikkate alındığında Kanunun kamu kaynağına, “fiyat” yani “para” temelinde bir yaklaşım sergilemesi sebebiyle bahsi geçen örneklerdeki işlerin, Kanun kapsamında olsa da uygulamaya ilişkin olarak belirlenen usuller dairesinde uygulanmasına imkan bulunmamaktadır. Bu sebeplerle de geneli itibarıyla sözleşmenin asli unsurları bakımından idarenin edimini para temeline dayandırdığı dikkate alındığında, uygulamada yaşanması muhtemel sıkıntıların önüne geçilmesini teminen, Kanunun 2 nci maddesindeki kamu kaynağı ibaresinin bu ekseninde yeniden kaleme alınması yerinde olacaktır.

Diğer taraftan Kamu İhale Kanunu kapsamında hizmet alımına konu edilebilecek işlerin belirlenmesi de uygulamaya yansıyan örneklerden görüldüğü üzere, üzerinde durulması gereken ciddi bir husustur. Zira bir kamu hizmetinin mezkur Kanun hükümlerine göre yapılacak bir hizmet alımına ve devamında özel hukuk sözleşmesine

konu edilmesi mümkün değildir. Devletin asli hizmetleri arasında sayılan ve kolluk hizmetinin bir türü olan zabıta hizmetlerinin yaptırılması için çıkılan bir hizmet alımı ihalesi örneğinde olduğu gibi, Kamu İhale Kanunundaki hizmet ile kamu hizmeti aynı şeyi ifade etmediğine göre, konusu kamu hizmetinin gördürülmesi niteliğinde olan bu tür işlerin Kamu İhale Kanununa ve sonucunda özel hukuk hükümlerine tabi bir sözleşmeye konu edilmesi mümkün değildir.

Yine bu kapsamda düşünülebilecek diğer bir örnek ise; Devlet Memurları Kanununda yapılan düzenlemeyle sağlık hizmetleri ve yardımcı sağlık hizmetleri sınıfına dahil personel tarafından yerine getirilmesi gereken hizmetlerin, lüzumu halinde bedeli döner sermaye gelirlerinden ödenmek kaydıyla, Sağlık Bakanlığınca tespit edilecek esas ve usullere göre hizmet satın alınması yoluyla gördürülebileceği hüküm altına alınması durumudur. Gerçekten de Anayasanın 128 inci maddesi gereğince Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülmesi gerekirken hangi sebeple olursa olsun buna aykırı şekilde bir kamu hizmetinin ve/veya kamu görevinin özel hukuk hükümlerine tabi bir sözleşme kapsamında gördürülmesi için çıkılan alımların hukuka aykırı olduğu duraksamaya yer vermeyecek ölçüde açıktır.

Kamu alımları konusunda, başta Dünya Ticaret Örgütü Kamu Alımları Anlaşması ile Avrupa Birliği Direktiflerinde ortak kabul görmüş ve ülkeden ülkeye değişik anlam yüklenemeyecek ölçüde açık ve net bir şekilde evrensel niteliğe bürünmüş olan saydamlık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik, gizlilik, kamuoyu denetimi, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve kaynakların verimli kullanılması ilkeleri, yapılan düzenlemeyle Kamu İhale Kanununun tamamına hakim olacak şekilde açıkça hüküm altına alınmıştır. Alım sürecinin tüm aşamalarında dikkate alınması zorunlu ve uygulanması hususunda emredici nitelikte olan bu ilkeler, Kanunun uygulanmasında ve yorumlanmasında esas alınacaktır. Öyle ki Kamu İhale Kanunuyla benimsenen alım rejiminin her bir aşamasında bu ilkelere rastlamak mümkündür.

Her ne kadar idarenin kendi ihtiyaçları için piyasadaki yapacağı alımlara ilişkin sözleşmeler, hukuk sistemimizde özel hukuka tabi kabul edilse de, kamu kaynağının etkin ve verimli bir şekilde harcanmasının gerekliliği yanında alım sonunda doğrudan ya da dolaylı olarak kamu yararı amacının güdülmesi yukarıda belirtilen evrensel nitelikteki ilkelerin uygulanmasını zorunlu kılmaktadır.

Kamu İhale Kanunuyla benimsenen alım rejiminin birbirine bağı ve birbiriyle etkileşim içinde olan bir çok ilkesini saymak mümkünse de aslında en temel ilkelerin; saydamlık, rekabet ve eşit muamele ilkeleri olduğunu söylemek lazım gelir. Bu ilkelerin gerçek anlamda uygulanmasıyla aslında diğer ilkeler de kendiliğinden gerçekleşmiş olacaktır. Nitekim, tam bir saydamlık sonrasında güvenilirlik ve kamuoyu denetimi; tam bir rekabet sonrasında ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve kaynakların verimli kullanılması; tam bir eşit muamele sonrasında ise hem güvenilirlik hem de rekabet sağlanmış olacaktır.

Kanunun en temel iki ilkesinden birisi olan rekabet ilkesinin uygulanması ve denetlenmesiyle ilgili olarak Rekabet Kurulu ile Kamu İhale Kurulunun, idare dışında gelişen ve bilhassa isteklilerden kaynaklı rekabet ihlallerinin denetlenmesi hususundaki menfi yaklaşımları, kamu alımlarının idari denetimden yoksun bırakılması anlamına gelmektedir. Özellikle Rekabet Kurulunun, isteklilerden kaynaklı rekabet ihlalleri hususundaki yetkisini geniş yönde yorumlayıp denetim yapması, rakamsal anlamda oldukça büyük bir sektör olduğu şüphe götürmeyecek derecede açık olan kamu alımları piyasasında rekabetin tesisi açısından büyük önem arz etmektedir.

Uluslararası düzenlemelere paralel olarak, Kamu İhale Kanununda da alım usulleri; açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü, pazarlık usulü ve doğrudan temin yöntemi olmak üzere dört grupta belirlenmiştir. Böylece 2886 sayılı Kanunda bir çok eleştiriye maruz kalan kapalı teklif usulünden vazgeçilmiştir.

Bütün isteklilerin katılabileceği açık ihale usulü ve yapılacak ön yeterlik değerlendirmesi sonucu idarece davet edilecek isteklilerin teklif verebileceği belli istekliler arasında ihale usulü, temel alım usulleri olarak belirlenmiş olup diğer alım usulleri ise Kanunda açıkça belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde kullanılabilir. Bu usullerden doğrudan temin, Kanunun ilk yürürlüğe girdiği tarihte ihale usulü olarak sayıldığı halde daha sonra 4964 sayılı Kanunla yapılan düzenlemeyle ihale usulü olmaktan çıkarılmıştır.

Aslında kelime anlamıyla bakılacak olursa, doğrudan temin zaten bir ihale usulü değildir. Sorunun asıl kaynağı, 4734 sayılı Kanunun içinde bulunduğu kavramsal karmaşadır. 4734 sayılı Kanun, adından başlamak üzere ihaleyi, kamu alımının bizzati kendisi olarak kabul etmiştir. Halbuki Kanunun hazırlanmasında örnek alınan tüm uluslararası düzenlemelerde dikkat edileceği üzere özellikle kamu alımı tanımı yapılmış,

ihale ise alım yöntemlerinden sadece birisi olarak kabul edilmiştir. Bu çerçevede olması gereken; “*Kamu İhale Kanunu*” yerine “*Kamu Alım Kanunu*” dur. Bu şekilde yapılacak düzenleme sonrasında, gerek kavramsal gerekse de usulü açıdan doğru bir alım rejiminin ortaya çıkması sağlanabilecektir. Bu kapsamda dikkati çeken diğer bir husus ise “*pazarlık usulü*”nde de ortaya çıkmaktadır. Zira pazarlık da tıpkı doğrudan temin gibi ihale yöntemi değil aksine ihale yöntemi dışında diğer alım usullerinden sadece birisidir.

Kamu İhale Kanunuyla kamu alımlarına ilişkin usul ve esaslar tek bir çerçeveye bağlanmış olmakla birlikte getirilen en büyük yenilik, hiç kuşkusuz iki aşamalı bir idari denetim mekanizmasının kurulmuş olmasıdır. Birçok uluslararası ve bölgesel düzenlemede “*şikayet*”, “*inceleme*” veya “*gözden geçirme*” gibi farklı terimler kullanılmak suretiyle ele alınsa da, kamu alımları için öngörülen idari denetim mekanizmalarının ortak amacı, zarar gören ya da zarar görme ihtimali olan ya da diğer menfaati olan kişilerin kamu alım sürecinde hukuka aykırı işlemler karşısında haklarının korunması temeline dayanmaktadır.

Kamu İhale Kanununda, Dünya Ticaret Örgütü ve Avrupa Birliği uygulamaları esas alınmak suretiyle düzenlenen “*şikayetlerin incelenmesi*” prosedürüne göre kamu alımları için öngörülen idari denetimi, alımı yapan idare tarafından yapılan inceleme (şikayet) ve Kamu İhale Kurumu tarafından inceleme (itirazın şikayet) olmak üzere iki aşamaya ayırmak mümkündür. Kamu alımları için ilk defa geliştirilen bu denetim mekanizmasının ikinci aşamasına işlerlik kazandırılabilmesini teminen bağımsızlığı ve yürüttüğü regülasyon işlevi bakımından tipik bir Bağımsız İdari Otorite niteliğinde olmak üzere Kamu İhale Kurumu oluşturulmuştur.

Kamu alımlarında sözleşme öncesi dönemde idarece tesis edilen işlemler, idari yargı denetimine tabi olmakla birlikte yargı denetimi sonucunda uyuşmazlığın çözümü, çoğu zaman amaca hizmet etmekten uzak kalmaktadır. Yükleniciyle eşit hak ve yükümlülükler altına girilmek suretiyle yapılan sözleşmenin özel hukuk hükümlerine tabi olması, alım sürecinde tesis edilen hukuka aykırı işlemler hakkında verilen mahkeme kararlarının gerektiği şekilde yerine getirilmesine imkan vermemektedir. Öyle ki, çoğu zaman alım sürecinde tesis edilen hukuka aykırı idari işlemler hakkında idari yargı yerlerince verilen yürütmeyi durdurma ya da iptal kararlarının, verildiği tarih itibarıyla özel hukuk hükümlerine tabi sözleşmenin imzalanması karşısında uygulanabilirliği meselesi, çoğu zaman hukukçuların dahi cevabını bulmakta güçlendiği

bir sorun olmuştur. Bu sebeple de hem hukuka aykırı işlemde zarar görenlerin haklarının telafisinde beklentilere cevap verilememekte hem de idarenin harcamalarında etkinliğin ve tasarrufun sağlanmasında yetersizlikler ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla kamu alımları üzerinde yargı denetiminin etkinliği istenen seviyede olamamaktadır. İşte bu çekincelere binaen Kamu İhale Kanununda oluşturulan idari denetim mekanizmasıyla alım sürecindeki işlemlerin, öncelikle idarede daha sonrasında ise Kamu İhale Kurumunda incelenerek tekrar gözden geçirilmesine ve bu surette hukuka aykırılıkların idari safhada düzeltilmesine imkan tanınması amaçlanmıştır.

İdari denetim mekanizması kapsamındaki şikayet ve itirazın şikayetin ayırım yapılmaksızın dava açılması öncesinde tüketilmesi zorunlu idari başvuru yolları yani ön şart niteliğinde olduğu yönünde görüşler bulunsa da Kanunun ilgili hükümleri değerlendirildiğinde aslında bu başvuruların toptan ön şart niteliğinde başvurular olmadığı açıkça görülmektedir.

Nitekim Danıştay, benzer bir konuyla ilgili olarak verdiği bir kararında; daha önceki kararlarının aksine özel mevzuatı uyarınca ilgililere idari başvuru yoluna gidebilmelerine imkan sağlanması halinde bu idari başvuru yolunun mutlaka tüketilmesinin gerekmediği, dilerlerse doğrudan dava yoluna başvurulabilmesine imkan olduğuna hükmetmiştir. Diğer bir kararında ise, ihtiyari nitelikte olmak üzere ilgililere sağlanan idari başvuru yoluna başvurulmaması sebebiyle dava hakkının olmadığı yönündeki bir yaklaşımı, Anayasa ile kişilere tanınan dava hakkını ortadan kaldırdığından bahisle hukuka aykırı bulmuştur.

Dolayısıyla kamu alımlarındaki idari denetim mekanizmasının harekete geçirilmesi noktasında ilgilinin seçimsel bir hakka sahip olduğu hususu düzenlenmişken ve idari başvurular hakkında Danıştay'ın takındığı tavır da ortadayken, Kanunun 56 ncı maddenin 6 fıkrasında yer alan “*İtirazen şikayet, dava açılması öncesinde kullanılması zorunlu bir başvuru yoludur.*” hükmünün Kanunun diğer maddeleriyle uyuşmadığını söylemek lazım gelir. Ayrıca, menfaat ihlalden hareketle dava açma ehliyetine sahip olan bir kişinin, şikayet ehliyetinin dar bir çerçevede tutulması dolayısıyla, şikayet başvurusu yapamaması sonrasında anılan hüküm gereğince dava açma hakkının elinden alınması durumu ortaya çıkacaktır ki, bu da açıkça kişilerin dava hakkının elinden alınması anlamına gelmektedir.

Şikayet ve itirazın şikayet başvurusuna konu edilebilecek hususları, ihale ilanından başlamak üzere sözleşme imzalanması aşamasına kadar ihale ilanı ile ihale ve ön yeterlik dokümanlarında yer alan hususlar yanında bu hususlarla idari uygulamalar arasındaki uyumsuzluklar da dahil olmak üzere alım sürecindeki bütün eylem ve işlemler olarak tanımlamak mümkündür.

Ancak burada dikkate değer husus; Kanunun 18 inci maddesinde 4964 sayılı Kanunla yapılan düzenleme sonrasında ortaya çıkan durumdur. Buna göre doğrudan temin, ihale usulü olmaktan çıkarılmış ve bu yöntemle yapılan alımlara karşı şikayet ve devamındaki itirazın şikayet yolunun kapanması durumu hasıl olmuştur. Diğer taraftan, doğrudan temin usulüyle temin edilecek ihtiyaçların kapsamının, 4964 sayılı Kanunla oldukça genişletildiği ve yapılacak alımların sadece günlük ihtiyaçlarla sınırlı tutulmadığı hususları dikkate alındığında idari denetimden yoksun kalmış ve kamu harcamaları bakımından bazen oldukça büyük meblağlar tutabilen bu tür alımların, Kanunun rekabet, saydamlık, eşit muamele, güvenilirlik gibi temel ilkeleri dikkate alınmaksızın yapılmasının önü açılmıştır. Uygulamada ise Kamu İhale Kurumu, doğrudan temin yöntemiyle yapılan alımların denetimi hususunda kendisini görevli görmemekle birlikte Kanunun ilgili hükümlerini geniş yorumlayarak oluşturduğu yerleşik görüşüne göre; bu usulde yapılan alımlara ilişkin şikayetleri, sadece 22 nci maddedeki koşullar oluşmadığından bu yöntemle alım yapılamayacağına ilişkin olması halinde incelemektedir.

İdari denetime konu edilebilecek işlemlerin nelerden ibaret olması gerektiğiyle ilgili olarak Kamu İhale Kurumunun ciddi eleştirilere maruz kalan menfi yöndeki uygulamaları sebebiyle sıklıkla karşılaşılan diğer bir durum ise idarelerin takdir yetkilerini kullanmak suretiyle tesis ettikleri ihalenin iptali işlemleridir. İhalenin iptali işlemi, aynı yargı organları tarafından verilen iptal kararları gibi, geri alma niteliğinde bir işlem olup, onun tabii olduğu hukuki rejime tabidir. Hukuka uygun işlemler hiçbir şekilde geri alınamazken ancak hukuka aykırı işlemlerin geri alınması mümkündür. Bu çerçevede, ihalenin iptal edilmesi noktasında kullanılan takdir yetkisinin dayandığı gerekçenin yanında idarece ihalenin iptal edilmesinde aslında işlemin iptal edilemeyeceğine ilişkin hususların da itirazın şikayete konu edilebilmesi gerekir. Dolayısıyla Kamu İhale Kanunu kapsamında idarenin takdir yetkisini kullanarak ihalenin iptaline karar vermesi işleminin yargısal denetime konu olması mümkünken, idari denetime yani itirazın şikayete konu edilememesi düşünülemez. Yine aynı

kapsamda ihalelere katılmaktan yasaklama kararları da ihale onayıyla başlayıp sözleşme imzalanması aşamasına kadar alım sürecinde tesis edilen işlemlerden birisi olduğuna göre bu işlemlerin de şikayet ve devamında itirazın şikayete konu edilebilmeleri gerekir.

Kamu alımlarında idari denetim mekanizmasının ilk aşaması olan idareye şikayet, Kanunun 55 inci maddesi gereğince idarenin sözleşme imzalanması önünde bir engeldir. İdare, şikayet başvurusu hakkında yapacağı inceleme üzerine vereceği nihai kararıyla düzeltici işlem belirlemek veya başvuruyu reddetmek suretiyle sürece devam etmeye karar verebileceği gibi düzeltici işlemle dahi düzeltilmesi mümkün olmayan hukuka aykırılık durumlarında ise alım sürecindeki işlemler iptal ederek süreci sona erdirme yetkisine sahiptir. Ancak yapılan başvuruya rağmen sözleşme imzalanması hususunda ivedilik ve kamu yararı varsa bu sebebe dayanarak idare, sözleşme imzalama yoluna gitme yetkisine de sahiptir.

İdarenin şikayet başvurusunu nihai olarak sonuçlandırdıktan sonra sözleşme imzalama aşamasına geçmesi ile ilgili olarak, Kanun ve İhalelere Karşı Yapılacak İdari Başvurulara Ait Yönetmelik arasındaki uyumsuzluktan daha doğrusu çelişkiden bahsetmek gerekirse, Kanunda hiçbir surette şikayet başvurusu sonuçlandırıldıktan sonra sözleşme imzalanması için beklenmesi zorunlu bir süreden bahsedilmediği halde Yönetmeliğin 34 üncü maddesinde yapılan düzenlemeyle, nihai karar gereklerinin yerine getirilerek sözleşme imzalanabilmesi için bütün aday ve isteklilere yapılan bildirimden itibaren 15 günlük itirazın şikayet başvuru süresinin de beklenmesi zorunluluğu getirilmiştir. Aslında Yönetmelikte yapılan düzenlemenin haklı gerekçeleri olduğunu da söylemek mümkündür. Zira idarelerin bu şekilde bir bekleme süresiyle sınırlandırılmamaları durumunda Kanunda öngörülen denetim mekanizmasının ikinci aşaması olan itirazın şikayet denetiminin işlemez hale gelmesi kaçınılmaz olacaktır. Haklı gerekçeler olsa da, normlar hiyerarşisine aykırı bir şekilde dayandığı Kanunu aşacak nitelikte hükümlere Yönetmelikte yer verilmemesi gerekirdi.

Denetim mekanizmasının ikinci aşaması olan itirazın şikayetin işletilebilmesi için öncelikle alımı yapan idareye yöneltilmiş bir şikayet başvurusunun olması ve bu başvuru hakkında idarece işlem tesis edilmesi gerekliliği bulunmaktadır. İdarece tesis edilecek işlemin türü, Kamu İhale Kurumuna yapılacak itirazın şikayet başvurusuna ait sürenin hesaplanmasında önem arz etmektedir. Şikayet hakkında idarece 30 gün içinde herhangi bir karar alınmaması ya da bu süre içinde bir nihai karar alınması halinde

itirazın şikayetin 15 gün içinde Kamu İhale Kurumuna yöneltilmesi gerekmektedir. Ancak idarece ivedilik ve kamu yararı gereği ihale işlemlerine devam edilerek sözleşme imzalanmasına karar verilmesi halinde ise itirazın şikayet başvuru süresi 3 günle sınırlandırılmıştır.

İdareye şikayet başvurusunun yapılması bile tek başına idarenin sözleşme imzalamasına engel bir durum iken “*itirazın şikayet başvurusu*” için böyle bir durum söz konusu değildir. Zira itirazın şikayetin alım sürecine tesir eder mahiyette sonuçlar doğurabilmesi, Kurul tarafından Kanunda belirtilen çerçevede işlem yapılması daha doğrusu karar alınması ile mümkün olabilmektedir. Bu sebeple Kanunda yapılan düzenlemeyle Kurula, nihai kararını verinceye kadar tedbir niteliğinde olmak üzere ihale -alım- sürecini durdurma yetkisi verilmiştir.

Kanunun 56 ncı maddesinde Kurulun esas inceleme neticesinde tesis edebileceği karar türlerinden ilki olarak sayılan “*düzeltilici işlem belirleme*” kararının verilebilmesi için, alım sürecinde tesis edilerek incelemeye konu edilen işlemin, idare tarafından düzeltme yapılması yoluyla giderilebilecek nitelikte olması ve bu surette alım sürecinin kesintiye uğratılmasına gerek bulunmaması şartlarının maddi olayda birlikte gerçekleşmesi gerekir. Bahsedilen iki şartın maddi olayda bir arada gerçekleşmesi halinde ancak bu yönde karar alınmasına imkan olup alım sürecindeki hukuka aykırılıklar eğer alımın esasına tesir ediyorsa, o takdirde sadece iptal kararı verilmesi gerekmektedir.

İdarelerce gereklerinin yerine getirilebilmesi için alım sürecindeki bir kısım işlemlerin geri alınması gerektiğine göre doğurduğu etki bakımından yargı yerlerince verilen iptal kararlarıyla eş değer nitelikte sonuçlar doğuran düzeltici işlemin belirlenmesi kararının, aynı maddede diğer bir karar türü olarak sayılan “*iptal kararı*”ndan farkı; konusu bakımındadır. Bu kapsamda eğer mevzuata aykırı işlem, düzeltilse yani geri alınsa dahi alım sürecinin Kanunda belirtilen temel ilke ve emredici mahiyetteki kurallara göre devam ettirilmesi mümkün değilse o takdirde iptal kararı verilmesi gerekmektedir. Yani bu kapsamda verilecek karar üzerine idarece yapılan geri alma işlemi sonrasında ihale sürecinin devam ettirilebilmesinde Kanunun temel ilkeleri ve emredici hükümleri açısından bir sakınca olmamalıdır.

İhale -alım- işlemlerinin iptaline karar verilebilmesi için mevzuata aykırı olduğu tespit edilen işlemin, iki şartı birden uhdesinde barındırması gerekmektedir. Buna göre

mevzuata aykırılık, hem alım sürecinin devam etmesine engel teşkil etmelidir hem de düzeltici işlemle giderilemeyecek nitelikte olmalıdır.

Diğer taraftan şikayet başvurusu üzerine idarece alınan ivedilik ve kamu yararı gereği ihale işlemlerine devam edilerek sözleşme imzalanması kararları hakkında Kamu İhale Kurumunca yapılan inceleme yöntemi ve sonucunda verilen iptal kararlarının, Kanunda benimsenen denetim sistemine uygun düşmemektedir. Kanunda, idarece bu yönde bir karar alınması halinde 15 günlük genel başvuru süresinden daha kısa bir şekilde belirlenen 3 günlük itirazın şikayet süresinin amacı, hukuka aykırı bir sözleşme imzalanması halinde idari denetimin etkinliğinin yitirmesinin önlenmesidir. Gerçekten de hukuka aykırı bir işlemde kamu yararı olmayacağına göre, ivedilik ve kamu yararı gereği sözleşme imzalamaya karar vermek suretiyle idare, zaten nihai olarak vereceği kararın da red olacağını açıkça ortaya koymaktadır. Dolayısıyla bu durum gözetilerek idare tarafından böyle bir karar alınması halinde genel başvuru süresine göre farklı bir başvuru süresinin belirlenmesini, aynı alımla ilgili olarak iki tane itirazın şikayet başvurusu hakkının olduğu şeklinde yorumlama imkanı bulunmamaktadır. Bu tür durumlarda ilgilinin tek bir başvuru hakkı vardır o da kararın kendisine tebliğinden itibaren 3 gün içinde yapılmalıdır. Nitekim bu kapsamda işin esasına girmeden evvel Kurulun gerek görmesi halinde öncelikle ihale -alım- sürecinin durdurulmasına karar verebileceği düzenlenmiştir.

Buna rağmen Kurul, Kanunda belirtilenin aksine bu kapsamda yapılan itirazın şikayet başvurularını sadece ivedilik ve kamu yararı gereği ihale işlemlerine devam edilerek sözleşme imzalanması kararlarına özgülemek suretiyle işin esasına girmeksizin sadece bu işlemlere has olmak üzere iptal kararları vermekte ve sonrasında da esasa girerek nihai kararını vermektedir. Halbuki Kanunda belirlenen esaslara göre olması gereken; Kurulun önüne gelen ivedilik ve kamu yararı gereği ihale işlemlerine devam edilerek sözleşme imzalanması hakkında idarelerce alınan kararlar hakkında gerekli görüyorsa öncelikle ihale sürecinin durdurulmasına karar vermesi, sonrasında yapacağı esas inceleme neticesinde herhangi bir mevzuata aykırılık tespit etmişse bu aykırılığın alım sürecine olan tesirinin ağırlığına göre vereceği kararını belirlemesidir.

Açık bir kanuni düzenleme konusu yapılmadığı halde Kanunun 53 üncü maddesinde yer alan “*Kurum gerekli gördüğü takdirde, bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine aykırılık bulunduğuna ilişkin iddiaları da inceler ve sonuçlandırır.*” hükmünden hareketle İhalelere Karşı Yapılacak İdari Başvurulara Ait Yönetmelikte

geliştirilen “*iddiaların incelenmesi*” kapsamında Kamu İhale Kurulunun, tespit ettiği mevzuata aykırı işlemleri ilgili idareye bildirmesi şeklindeki uygulamasının, yargıya yansıyan boyutunda Kanunun zikredilen maddesiyle Kurula verilen çok geniş kapsamlı ve zamandan bağışık “*inceleme ve sonuçlandırma*” ile “*uygulamayı yönlendirmek*” yetkilerinden hareketle Danıştay tarafından; bu kapsamda bile “*düzeltilici işlem belirleme*” ya da “*iptal*” şeklinde kararlar verilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır.

Gerçekten de hukuk devleti ilkesinin açık bir gereği olarak, idarenin alım sürecinde yaptığı işlemlerin mevzuata uygunluğunun sağlanması görevini gerektiği şekilde yerine getirebilmesi için Kamu İhale Kurulunun iddiaların incelenmesi kapsamında sonuca tesir edecek şekilde kararlar tesis etmesi zorunluluğu bulunmaktadır.

Kanuna göre, kamu alımları için belirlenen esas ve usullerin ihlali sonucu bir hak kaybına veya zarara uğradığına veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden yapım müteahhidi, tedarikçi veya hizmet sunucusu, idari denetim sistemini harekete geçirebilmek üzere başvuru hakkına sahiptir. Dikkat edileceği üzere kamu alımları için Kanunda öngörülen idari denetime başvuru hakkı belli kişilerle sınırlandırılmıştır. Buna göre her şeyden önce hak kaybına veya zarara uğrama veya zarara uğramanın muhtemel olması şikayet ehliyeti için yeterli değildir. Aynı zamanda şikayet başvurusunda bulunabilmek için yapım müteahhidi veya tedarikçi ya da hizmet sunucusu olmak da gerekmektedir. Bu haliyle şikayet başvurusu, sadece alıma teklif veren istekliler tarafından işletilebilecektir. 4964 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonrasında Avrupa Birliği normlarına uyum sağlanması için “*istekli*” yerine “*aday veya istekli*” ibaresi kullanılmak suretiyle alıma teklif vermeseler bile ihale dokümanı satın alan ya da belli istekliler arasında ihale usulünde ön yeterlik için başvuran adayların da şikayet ehliyetine sahip olabilmeleri imkanı getirilmiştir. Bunun yanında ayrıca İhalelere Karşı Yapılacak İdari Başvurulara Ait Yönetmeliğin 5 inci maddesinde yapılan düzenleme ile “*istekli olabilecekler*” için de, sadece ihale ilanında ve ihale ve ön yeterlik dokümanlarında yer alan hususlar ve bu hususlarla idari uygulamalar ve sözleşmeler arasındaki uyumsuzluklar hakkında şikayet yoluna başvurabilme imkanı getirilmiştir.

Bir idari işleme karşı dava ehliyetine sahip olabilmek için menfaatin ihlal edilmiş olması yeterli olup ayrıca “*hak kaybı*” ya da “*zarar*” ya da “*zarar tehlikesi*” bulunmasına yani kişisel hak ihlaline gerek yoktur. Dolayısıyla dava açabilmek için

sadece ve tek başına menfaat ihlalinin yeterli görülmesiyle iptal davasının alanı genişletildiği gibi idarenin hukuka uygunluğu amacı da sağlanmış olacaktır.

Şikayet ve itirazın şikayet, idare hukuku bağlamında bir idari başvuru olduğundan ve başvuru hakkında yapılacak işlem üzerine de iptal davası yoluna gidilmesi söz konusu olduğuna göre konunun idari yargılama usulündeki dava ehliyeti de dikkate alınarak değerlendirilmesinde şu husus dikkati çekmektedir.

Kamu İhale Kanununun şikayet ve itirazın şikayet ehliyetine olan “*hak kaybı*” ya da “*zarar*” ya da “*zarar tehlikesi*” bulunması şeklindeki yaklaşımı ise kişisel hak ihlali ekseninde olup İYUK’nda yapılan düzenlemenin tersine daraltıcı bir durumu ifade etmektedir. Buradan hareketle, menfaat ihlali çerçevesinde iptal davası açma ehliyetine sahip olabilen bir kişinin, bunun öncesinde şikayet ehliyetinin olmadığından bahisle idari başvuru hakkına sahip olmaması, hak arama özgürlüğü ve hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

Halbuki kamu kaynağı kullanılan ve sonucunda amacı kamu yararının tesis edilmesi olan kamu alımlarında hukuka uygunluğun layıkıyla sağlanabilmesi için alım sürecinde tesis edilen işlemlerin idari denetime konu edilebilmesi bakımından şikayet ve itirazın şikayet ehliyetinin idari yargılama usulünde olduğu gibi menfaat ihlali ölçüsü ekseninde geniş bir perspektifte ele alınması gerekmektedir. Zira iptal davalarında olduğu gibi kamu alımlarındaki idari denetim sistemiyle asıl amaçlanan idarenin hukuka uygunluğunun sağlanması suretiyle kamu yararının tesis edilmesidir.

Ancak bu arada; iddiaların incelenmesi kapsamında bir alımda, Kamu İhale Kurulu tarafından mevzuata aykırılıklar tespit edilmişse, sonuca tesir edecek şekilde “*düzeltilici işlem belirleme*” ya da “*iptal*” kararlarından birisinin verilmesi gerektiği yönünde Danıştay tarafından verilen muhtelif kararlar bulunmaktadır. İddiaların incelenmesi kapsamında Kamu İhale Kurumuna başvuru yapılabilmesi için şikayet ehliyetine göre daha geniş kapsamlı bir ehliyet esası benimsendiği dikkate alındığında, Danıştay’ın bu yaklaşımından hareketle yukarıda izah edilen şikayet ehliyeti eksikliğin yakınmaların giderileceği düşünülebilir.

BİBLİYOGRAFYA

- VIII. Beş Yıllık Kalkınma Planı, Rekabet Hukuku ve Politikaları Özel İhtisas Komisyonu Raporu**, Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı, Ankara 2000
- ACAR, Abdurrahman.** “Belediyelere Bağlı Ticari ve Sınai Kuruluşların Kamu İhale Kanununa Tabi Olan ve Olmayan İşleri”, *Mali Hukuk*, Yıl 18, S.108, Kasım-Aralık 2003
- ACAR, Abdurrahman.** “Kamu İhale Kanunu Neden Belli Bir Süre Ertelenmeli?”, *Belediye Dünyası*, C. 3, S.12, Aralık 2002
- ADAK, Agah.** “Kamu İhale Kurumu ve Şikayet Mekanizması”, *Mali Hukuk*, Yıl 17, S. 99, Mayıs-Haziran 2002
- AKÇAY, Selçuk.** “Corruption, Democracy and Bureaucracy: Empirical Evidence From Developing Countries”, Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 1, Bahar 2002
- AKDOĞAN, Abdurrahman.** *Kamu Maliyesi*, Gazi Kitabevi, 9. Baskı, Ankara 2003
- AKILLIOĞLU, Tekin.** “Bireyin Yönetimsel İşlemler Karşısında Korunması ve Yönetim Hukukumuz”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 14, S. 3, Eylül 1981
- AKILLIOĞLU, Tekin.** *Yönetim Önünde Savunma Hakları*, TODAİE Yayınları, Ankara 1983
- AKILLIOĞLU, Tekin,** “Yönetimsel Yargı ve Denetimin Etkinliği”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 23, S.1, 1990
- AKMAN, Canan.** “Kamu İhalelerinde Eşit Muamele”, *İhale&İmar*, S. 5, Temmuz 2003
- AKMAN, Canan.** “Kamu İhalelerinde Güvenilirlik ve Gizlilik”, *İhale&İmar*, S. 4, Haziran 2003
- AKYILDIZ, Ali.** “Vakıf Üniversiteleri”, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, Beta Yayınları, C. 3, İstanbul 2003
- AKYILMAZ, Bahtiyar.** *İdari İşlemin Yapılış Usulü*, Yetkin Yayınları, Ankara 2000

- AKYILMAZ, Bahtiyar.** “İyi Yönetim ve Avrupa İyi Yönetim Yasası”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VII, S.1-2, Haziran-Aralık 2003
- ALAN, Nuri.** *Regülasyon ve Rekabet-Panel*, Rekabet Kurumu yayını, Ankara 15-16 Mart 2001
- ALTUN, Muhsin.** *En Son Değişiklikler İle Kamu İhale Düzeni Uygulama Esaslarının Açıklanması*, Yaklaşım Yayınları, Ankara 2004
- ALYANAK, Servet.** “Şikayet ve İnceleme Süreci”, *Kamu Alımlarında AB ve İngiltere’deki Düzenleme ve Uygulamalar*, Kamu İhale Kurumu yayınları, Nisan 2005
- ASLAN, Zehredin/BERK, Kahraman.** *Rekabet Kurumu’nun Oluşumu, Görev ve Yetkileri ile Yargısal Denetimi*, İstanbul 2000
- ATAY, E.Ethem.** *Fransız Hukukunda Bağımsız İdari Otoriteler ve Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu*, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, Ankara 2000
- ATAY, E.Ethem.** “Fransız İdare Hukukunda Bağımsız İdari Otoriteler (BİO’ler): Rekabet Konseyi”, *Perşembe Konferansları*, S.6, Ankara Mart
- AZRAK, A. Ülkü.** “Dünyada ve Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler ve İdarenin Yeniden Yapılanması Bağlamında Bunlara İlişkin Bazı Sorunlar”, Bağımsız İdari Otoriteler içinde, Rekabet Kurumu yayını, Ankara 5 Kasım 2001
- AZRAK, A.Ülkü.** “İdari Mukavele Kavramının Teori ve Tatbikattaki Gelişimine Dair Mukayeseli Bir İnceleme”, (İdari Mukavele) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.XXIX, S. 3, 1963
- AZRAK, A.Ülkü.** “İdari Yargıda Anayasaya Uygunluk Sorunu”, *Anayasa Yargısı*, S.9, Ankara 1993
- AZRAK, A. Ülkü.** “Türkiye’de Madenlerin Hukuki Rejimi Üzerine Düşünceler”, *İdare Hukuku ve İlimler Dergisi*, Yıl 1, S. 2, Ağustos 1980
- AZRAK, A. Ülkü.** “Devletçe İşletilecek Madenler Hakkındaki Kanuna İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerine Düşünceler”, *Yargı*, Mart 1980, S. 47
- BAL, Ergun.** “İhalelere Karşı İdari Başvuru Yolları”, *Mali Hukuk*, Yıl 18, S.104, Mart-Nisan 2003
- BALTA, Tahsin Bekir.** *İdare Hukukuna Giriş*, Ankara 1970
- BALTA, Tahsin Bekir.** *İdare Hukuku-Genel Konular*, C. I, Ankara 1972

- BAŞSOY, Ahmet.** “Devlet İhale Kanunu ve Rekabet”, *Mali Hukuk*, S.93, Mayıs-Haziran 2001
- BAŞSOY, Ahmet.** “Kamu İhalelerine Yapılacak Şikayet ve İdari İtirazlar”, *Yerel Yönetim ve Denetim*, C.8, S.6, Haziran 2003
- BİLGE, Necip.** *Borçlar Hukuku-Özel Borç Münasebetleri*, Ankara 1971
- BİLGİN, Pertev.** *Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay İçtihatlarına Göre İdarî Sözleşmelerin Kriterleri*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 1970
- BİLGİN, Pertev.** “Yap-İşlet-Devret Sözleşmeleri Hakkında”, *Kamu Hukuku Bülteni*, S. 3, Mart 1990
- BİLGİN, Pertev.** “Yap-İşlet-Devret Sözleşmeleri, Devlet Denetleme Kurulu ve Yürütmenin Durdurulması Hakkında”, *I. Uluslararası İdare Hukuku Kongresi, İkinci Kitap, Kamu Yönetimi*, Ankara 1-4 Mayıs 1990
- BİLİR, Hakan.** *İhale Piyasalarında Rekabet Politikaları, Rekabetin Sağlanması ve Korunması*, Rekabet Kurumu Yayını, No:0142, Ankara 2004
- BONNARD, Roger.** “İdarenin Takdir Selahiyeti”, *İdare Dergisi*, s.171, Yıl 1944
- BULUTOĞLU, Kenan/KURTULUŞ, Erciş.** *Bütçe ve Kamu Harcamaları*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1988
- ÇAĞLAYAN, Ramazan.** “İdari Yargıda Kesin Hüküm”,
<http://www.jura.uni-sb.de/turkish/RCaglayan.html#fna>, 24.5.2006
- ÇALIŞKAN, Hafize.** “Kamu İhalelerinde Saydamlık”, *İhale&İmar*, S.2, Nisan 2003
- ÇALIŞKAN, Hafize.** “Kamu Alımlarında Rekabet ve Yeni İhale Mevzuatı”, *İhale&İmar*, S.1, Mart 2003
- ÇINAR, Kerim.** “2000’li Yıllara Doğru Türkiye’nin Önde Gelen Sorunları”, *Kamu Yönetiminde Yozlaşma*, TUGİAD Yayını, İstanbul
- ÇİMEN, Yılmaz.** “Danıştay’ın Danışma İşlevi”, *2004 Yılı İdari Yargı Sempozyumu*,
<http://www.danistay.gov.tr/>, 30.5.2006
- ÇORBACIOĞLU, Şevket.** “Beşinci (12.11.2001) Kamu İhale Kanunu Tasarısı’nın Değerlendirilmesi”, *Türkiye Mühendislik Haberleri*, S.414, 2001/4
- DEMİR, Fikret.** “Yeni İhale Kanunu ile Neler Getirildi; Hangi Değişiklikler Tartışılmaktadır?-I”, *Yaklaşım*, Yıl 11, S.124, Nisan 2003
- DEMİR, Fikret.** “Dünya Ticaret Örgütünün Devlet İhaleleri Anlaşması”, *Maliye Dergisi*, S.121, Ocak-Nisan 1996

- DEMİRKOL, Selami/BEREKET BAŞ, Zuhul.** *Teori ve Pratikte İdari Yargıda Dava Açma ve Davaların Takip Usulü*, Şafak Matbaacılık, Ankara 1998
- DOMANIÇ, Hayri.** “Avrupa Topluluğu Rekabet Politikaları Hukuk Düzeni ve Türk Rekabet Kanun Tasarısı”, Uluslararası Sempozyum, İstanbul 1993
- DÖNMEZ, Mustafa.** “İdari Yargıda Dava Açılması”, *Belediye Dünyası*, C.4, S.3, Mart 2003
- DURAN, Lütfi.** “Türk Hukukunda İdari Mukaveleler”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C.XXX, 1964, S.1-2
- DURAN, Lütfi.** “Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler”, (BİO-I) *Amme İdaresi Dergisi*, C.30, S.1, TODAİE Yayınları, Ankara 1997
- DURAN, Lütfi.** “Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler”, (BİO-II) *Bağımsız İdari Otoriteler içinde*, (Der.) İbrahim KABOĞLU, Alkım Yayınları, İstanbul 1998
- DURAN, Lütfi.** “Hukuka Aykırılıkları Koruma Girişimi”, *Cumhuriyet Gazetesi*, 30 Ocak 1994.
- DURAN, Lütfi.** *İdare Hukuku*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1982
- DURAN, Lütfi.** “Yap-İşlet-Devret”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. XLVI, No: 1-2, Ocak-Haziran 1991
- EMEK, Uğur.** *Kamu Alımlarında Etkin İhale Tasarımı*, TÜSİAD Yayınları, İstanbul 2001
- EMEK, Uğur.** *Regülasyon ve Rekabet-Panel*, Rekabet Kurumu yayını, Ankara 15-16 Mart 2001
- EMEK, Uğur.** *Kamu İhalelerinde Rekabetin Sağlanması ve Korunması*, Devlet Planlama Teşkilatı Yayınları, No: 2657, Kasım 2002
- EMEK, Uğur.** “Danışmanlık Hizmeti İhalelerinde (Kapsamlı ve Karmaşık Bir) Alım Süreci”, *Mali Hukuk*, Y. 18, S.103
- ERBAŞ, Abdullah.** “İhalelere Karşı Yapılan İdari Başvurular”, *Belediye Dünyası*, C.4, S.10, Ekim 2003
- ERDEM KARAHANOGULLARI, Özlem.** “Avrupa Konseyi ve İdare Hukuku”, http://www.danistay.gov.tr/5-AK_ve_idare_Hukuku.htm
- ERDEM, Hayrettin.** “Yeni Kamu İhale Sistemi ve Kamu İhale Kurumu”, *Yaklaşım*, Yıl 11, S.122, Şubat 2003

- ERHÜRMAN Tufan.** “İdari Yargıda Özel Yetenek Koşulu”, *2000 Yılı İdari Yargı Sempozyumu*, Ankara 11-12 Mayıs 2000
- ERKUT, Celal.** *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği*, (İdari İşlemin Kimliği) Danıştay Başkanlığı Yayınları, Ankara 1990
- ERKUT, Celal.** “İdari Yargıya Konu Olabilecek Kesin ve Yürütülebilir İşlem Kavramı”, *I.Ulusal İdare Hukuku Kongresi-İdari Yargı*, Danıştay Yayınları, Ankara 1-4 Mayıs 1990
- ERKUT, Celal.** *Bağımsız İdari Otoriteler*, Rekabet Kurumu yayını, Ankara 5 Kasım 2001
- EROĞUL, Cem.** *Devlet Yönetimine Katılma Hakkı*, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara 1991
- FEYZİOĞLU, Necmettin Feyzi.** *Borçlar Hukuku- Akdin Muhtelif Nevileri*, 4. Baskı, C. I, İstanbul 1980
- GİRİTLİ, İsmet/AKGÜNER, Tayfun.** *İdare Hukuku Dersleri II*, İstanbul 1987
- GÖNEN, Dinçer/IŞIK, Hikmet.** *Açıklamalı Devlet İhale Kanunu ve Yapım Sözleşmelerinin Uygulanması*, Yetkin Yayınları, Ankara 1995
- GÖNEN, Eren.** “Bağımsız İdari Otorite Olarak Rekabet Kurumu”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.VII, S.1-2, Haziran-Aralık 2003
- GÖZLER, Kemal.** *Anayasa Hukukuna Giriş*, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2004
- GÖZLER, Kemal.** *İdare Hukuku*, C.II, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2003
- GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref/TAN, Turgut.** *İdare Hukuku-Genel Esaslar*, C.I., (İdare Hukuku) 3.Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2004
- GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref/TAN, Turgut.** *İdare Hukuku-İdari Yargılama Hukuku*, C.II., (İdari Yargılama) Turhan Kitabevi, Ankara 2003
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref.** *Yönetim Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 1999
- GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref.** *Yönetsel Yargı*, 12.Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 1998
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref.** *Türkiye'nin İdari Yapısı*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1972
- GÜLAN, Aydın.** “Conseil d’Etat’nın Kamu Yararı Kavramına Yaklaşımı”, *2000 Yılı İdari Yargı Sempozyumu*, www.danistay.gov.tr
- GÜNDAY, Metin.** *İdare Hukuku*, İmaj Yayıncılık, Ankara 1999
- GÜNDAY, Metin.** *İdare Hukuku Dersleri*, Ankara 1996

- GÜNDAY, Metin.** “1982 Anayasasına Göre İdari Yargı Denetiminin Kapsam ve Sınırları”, *I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi-İdari Yargı*, Danıştay Yayınları, Ankara 1-4 Mayıs 1990
- GÜNDAY, Metin.** *Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu*, Rekabet Kurumu yayını, Ankara 5 Mart 1999
- GÜNDAY, Metin.** “Yürütmenin Durdurulması Kararı ve Uygulamada Karşılaşılan Bazı Sorunlar”, *2000 Yılı İdari Yargı Sempozyumu*, www.danistay.gov.tr, 2.6.2006.
- GÜRAN, Sait.** “Yönetimde Açıklık”, *İdare Hukuku ve İlimler Dergisi*, S.1-3, 1982
- GÜRHAN, Hüseyin.** “Devlet İhale Yasası Taslağı ve Kamu Yatırımları”, *Dünya Gazetesi*, 14 Temmuz 2000
- GÜVENDİ, İrfan.** “Kamu İhalelerinde Açıklık ve Rekabet İlkesi”, *Belediye Dünyası*, C. 2, S.11, Kasım 2001
- HABBARD, Anne Christine/GUIRAUD, Marie.** “The World Trade Organization and Human Rights”, *Position Paper*, November 1999
- HOEKMAN, Bernard.** “Using International Institutions to Improve Public Procurements”, *The World Bank Research Observer*, S.13, C. 2, 1998
- KABOĞLU, İbrahim.** “Avrupa Topluluğu Adalet Divanı Jürisprüdansı ve İdari Kararların Gerekçeli Olma Zorunluluğu”, *I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi*, Danıştay Yayınları, Ankara 1-4 Mayıs 1990
- Kamu Alımları Konusunda Dünya ve Türkiye Mevzuatı-Uygulamaları-Kamu İhale Kurumu 2002 Yılı Faaliyet Raporu ve 2003 Yılı Çalışma Programı***, Kamu İhale Kurumu yayını, Ankara 2003
- KARAARSLAN, Erkan.** “4964 sayılı Kanundan Sonra Kamu İhale Mevzuatında Gelinek Nokta”, *Yerel Yönetim ve Denetim*, C.8, S.11, Kasım 2003
- KARACA, Bilal.** “Sözleşme Bağıtlanmasında Şikayet ve Bekleme Süreleri”, *Yeni Şafak*, 22 Mart 2005
- KARACA, Bilal.** “Hak Kaybı Ölçüsü Karşısında Şikayetçinin Subjektif Ehliyeti”, *Yeni Şafak*, 10 Mayıs 2005
- KARAHANOGULLARI, Onur.** “İdari Takdir Yetkisinin Kullanılmasına İlişkin R(80) 2 sayılı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.45, S.1-4, 1996

- KARATEPE, Şükrü.** “İdarenin Takdir Yetkisi”, *Türk İdare Dergisi*, S. 393, Yıl 63, 1991
- KESTANE, Doğan/ KOÇ, Mustafa.** “Yapısal ve İşlevsel Özellikleriyle Türkiye’de Üst Kurullar ve Kamu İhale Kurumu”, *Belediye Dünyası*, C.3, S.12, Aralık 2002
- KIRATLI, Metin.** “Danıştayın İdarenin Takdir Yetkisini Denetlemesi ve Bağlaması”, *Mülkiyeliler Birliği Dergisi*, S.6, Yıl 1967
- KIRATLI, Metin.** “Yürütmenin Durdurulması”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C.XXI, S. 4, Yıl 1966
- KIZILKAYA, Eyüp.** “Kamu Mali Yönetimi ve Mali Kontrol Kanun Tasarısı Üzerine Görüş ve Öneriler”, *Mali Kılavuz Dergisi*, S.18, <http://www.mukder.org.tr/18ek.htm>, 27 Mart 2006.
- KULAK, Sercan Coşkun.** “İdari İşlemlerde Gerekçe”, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_246.htm
- KUTLU, Meltem.** *İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, No:75, İzmir 1997
- KUNTBAY, İhsan.** “İdari İşlemler Karşısında Bireylerin Korunması Hakkında (77) 31 sayılı Bakanlar Komitesi Kararı”, *Amme İdaresi Dergisi*, C.11, S.4, 1978.
- KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan/AKİPEK, Şebnem.** “Kamu İhale Sözleşmeleri”, *Mali Hukuk*, Y. 18, S.103, Ocak-Şubat 2003
- MAT, Hidayet.** “Kamu İhale Kanununa Göre Gerçekleştirilen İhalelere Karşı Yapılabilecek İdari Başvurular”, *Yaklaşım*, Yıl 12, S.140, Ağustos 2004
- MORANGE, Jean.** “Fransa’da Bağımsız İdari Otoriteler”, (Çev.) Cevdet Atay, *Bağımsız İdari Otoriteler* içinde, (Der.) İbrahim KABOĞLU, Alkım Yayınları, İstanbul 1998
- ODER, Burak.** “Kamu İhale Hukuku”, *Günüşiğinde Yönetim* içinde, (Der.) İl Han ÖZAY, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004
- ODYAKMAZ, Zehra.** “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.II, S.1-2, Haziran-Aralık 1998
- OLGAÇ, Senai.** *Satış-Trampa-Bağışlama*, Ankara 1977
- ONAR, Sıddık Sami.** *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C.I, İstanbul 1966
- ONAR, Sıddık Sami.** *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C.II, İstanbul 1966
- ONAR, Sıddık Sami.** *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C.III, İstanbul 1966

- ONURSAL, Erkut.** “Satış Sözleşmesi Kuralları”,
<http://www.atonet.org.tr/turkce/distic/sozlesmeler.htm>, 25.4.2006
- ÖNCEL, Mualla/ÇAĞAN, Nami.** *Bankacılar İçin Mali Hukuk Bilgisi*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 2003
- ÖNEN, Turgut.** *İdari Faaliyetler, İdari Sözleşmeler, Kolluk Kuvvetleri*, 1975-1976 Yılı Ders Notları, Ankara 1976, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayını.
- ÖZAY, İl Han.** *Günüşığında Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004
- ÖZDEK, Yasemin.** “İptal Davasında Menfaat Koşulu”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 24, S.1, 1991
- ÖZER, Hüseyin.** “Vakıf Üniversiteleri Kamu İhale Kanunu Kapsamında mıdır?”, *Mali Hukuk*, Yıl 18, S.103
- ÖZTÜRK, Ebru.** *Türk İdare Sisteminde Rekabet Kurumu'nun Yeri ve Diğer Bağımsız İdari Otoritelerle Karşılaştırılması*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara 2003
- ÖZYÖRÜK, Mukbil.** *İdare Hukuku Dersleri*, Ankara 1972
- PAULIAT, Helene.** “Karşılaştırmalı Hukukta Bağımsız İdari Otoriteler”, (Çev.) Mahmut Göçer, *Bağımsız İdari Otoriteler* içinde, (Der.) İbrahim KABOĞLU, Alkım Yayınları, İstanbul 1998
- PAYASLIOĞLU, Arif.** “Yönetimde Davaları Azalma Yolları”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 2, S. 3, Eylül 1963
- ROUVIERE, Jean.** “İdari Sözleşmeler”, (Çev.) Vecihi TÖNÜK, *İdare Dergisi*, Y.21, S. 205, Temmuz-Ağustos 1950
- SERİM, Bülent.** “Sözleşmeli Personelin Hukuki Statüsü”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 21, S. 1, Mart 1988
- SEZER, Yasin.** “Kamu İhale Kanunu: Şeffaflık ve Rekabet”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 35, S. 4, Aralık 2002
- SEZER, Yasin.** “İyi İdare İçin Yönetimde ve Kamu İhalelerinde Açıklık (Şeffaflık)”, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, S. 26, Mart 2002, <http://iibf.erciyes.edu.tr>, 1.9.2006
- SEZER, Yasin/KARGIN, Naci.** “Kamu Yönetiminin Modernleşmesinde Şeffaflaşma Sorunu”, *Türk İdare Dergisi*, S. 436, Eylül 2002, <http://www.icisleri.gov.tr>, 1.9.2006

- SORGUÇ, Doğan.** “İhale, İnsan, Yeniden Yapılanma, Sistem Konusudur”, *Türkiye Mühendislik Haberleri*, S.411, 2001/1
- ŞİMŞEK, V.Arif.** “4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve Bilişim Sektörü-I”, *Bilişim*, S. 87, Eylül 2003, http://dergi.tbd.org.tr/yazarlar/20102003/arif_simsek.htm, 16.5.2006
- TAN, Turgut.** “Bağımsız İdari Otoriteler”, *Perşembe Konferansları*, S.4, Ankara Ocak 2000
- TAN, Turgut.** “Rekabet Hukukunun Uygulama Alanı Açısından Kamu Kuruluşlarının Faaliyeti (Türkiye, Fransa ve İtalya Örnekleri)”, *Rekabet Dergisi*, S.4,
- TAN, Turgut.** “Osmanlı İmparatorluğunda Yabancılara Verilmiş Kamu Hizmeti İmtiyazları”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. XXII, S. 2, Mart 1967
- TAN, Turgut.** “Kamu Hizmeti İmtiyazından Yap-İşlet-Devret Modeline”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 47, S. 3-4
- TANDOĞAN, Haluk.** *Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri*, C.I/1, 6. Baskı, İstanbul 1990
- TAŞDELEN, Aziz.** *Kamu Harcamaları Hukukunda İhale Süreci*, Turhan Kitabevi, Ankara 2004
- TEZİÇ, Erdoğan.** *Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 1991
- THERY, Jean Francis.** “Bağımsız İdari Otoritelerin Yargısal Denetimi”, (Çev.) Cevdet ATAY, *Bağımsız İdari Otoriteler* içinde, (Der.) İbrahim KABOĞLU, Alkım Yayınları, İstanbul 1998
- Türk Hukuk Lügatı.** Başbakanlık Basımevi, 4. Baskı, Ankara 1998
- TÜRKAN, Erdal.** *Rekabet Teorisi ve Endüstri İktisadı*, Turhan Kitabevi, Ankara 2001
- ULER, Yıldırım.** “Yönetmelik Yargıda Dava Süresi”, *I.Ulusal İdare Hukuku Kongresi-İdari Yargı*, Danıştay Yayınları, Ankara 1-4 Mayıs 1990
- ULUATAM, Özhan.** *Kamu Maliyesi*, İmaj Yayıncılık, 8. Baskı, Ankara 2003
- ULUATAM, Özhan.** “Yap-İşlet-Devret Modeli Üzerine Düşünceler”, *İşveren Dergisi*, C. XXVIII, S. 5, Şubat 1989
- Ulusal ve Uluslararası Çalışmalar Işığında Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu**, Maliye Bakanlığı Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğü, S.2004/1, Ankara 2004
- ULUSOY, Ali.** *Bağımsız İdari Otoriteler*, Turhan Kitabevi, Ankara 2003

- UZ, Abdullah.** *Kamu İhale Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 2005
- UZUN, Mükremin.** “4734 sayılı Kamu İhale Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, *Belediye Dünyası*, C.4, S.3, Mart 2003
- UZUN, Mükremin.** “İhale Sürecinde İhale İşlemlerine Karşı İtiraz ve Şikayet Yolu-I”, *Belediye Dünyası*, C.5, S.7, Temmuz 2004
- UZUN, Mükremin.** “İhale Sürecinde İhale İşlemlerine Karşı İtiraz ve Şikayet Yolu-II”, *Belediye Dünyası*, C.5, S.8, Ağustos 2004
- ÜNLÜÇAY, Mehmet.** “İdarenin Yargısal Denetimi ve Hukukun Üstünlüğü”, Türk Hukukunda 80 Yıllık Gelişme Sempozyumu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 30-31 Ekim 2003, <http://www.danistay.gov.tr/1-idarenin-yargisal-denetimi-ve-hukukun-ustunlugu.htm>, 16.5.2006
- ÜSTÜNDAĞ, Saim.** *Medeni Yargılama Hukuku*, C.I-II, 6.B., İstanbul 1997
- VONDEREN, Paul.** I.Uluslararası Kamu Alımlarında Saydamlık ve Verimlilik Sempozyumu Açılış Konuşması, Kamu İhale Kurumu Yayınları, 27-28 Mayıs 2004
- YENİCE, Kazım/ESİN, Yüksel.** *İdari Yargılama Usulü*, Ankara 1983
- YENİCE, Kazım/ESİN, Yüksel.** *İdari Yargılama Usulü*, Ankara 1983
- YILDIRIM, Turan.** “Bağımsız İdari Otoritelerin Yargısal Denetimi”, *2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu*, Danıştay yayını, Ankara 2000
- YILDIRIM Turan.** “İdari Usul Yasası Kapsamında İdareye Başvuru”, *İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu*, Ankara 17-18 Ocak 1998
- YILDIZ, Hasan.** “Avrupa Birliğinin Kamu İhaleleri Konusundaki Düzenlemeleri ve Bu Konuda Ülkemizde Yaşanan Gelişmeler”, *Türk İdare Dergisi*, Yıl 75, S. 439, Haziran 2003
- YILDIZ, Nihat.** “İhalelere Karşı Yapılacak İdari Başvurular”, *Yerel Yönetim ve Denetim*, C.8, S.10, Ekim 2003
- YILMAZ, Rıza.** “4734 sayılı Kanuna Göre Yapılan İhalelere Karşı Yapılacak İdari Başvurular; İtirazlar ve İzlenmesi Gereken Yasal Prosedür-I”, *Yerel Yönetim ve Denetim*, C.9, S.6, Haziran 2004
- YOLCU, Selda.** “Kamu İhaleleri ve Kamuda Kaynak Kullanımı”, *İhale&İmar*, S.6, Ağustos 2003
- YÜCEL, Ali Rıza.** “Yeni Devlet İhale Yasası Tasarısı Üzerine Düşünceler”, *Türkiye Mühendislik Haberleri*, S.411, 2001/1

ZABUNOĞLU, Yahya. “İdari Yargıda Dava Açma Süresi (2577 Sayılı İYUK’nun 10 ve 11 inci Maddeleri Açısından Bir İnceleme”, *I.Ulusal İdare Hukuku Kongresi-İdari Yargı*, Danıştay Yayınları, Ankara 1-4 Mayıs 1990

ZEVKLİLER, Aydın/AYDOĞDU, Murat/PETEK, Hasan. *Özel Borç İlişkileri*, Seçkin Yayınevi, 6. Baskı, Ankara 1998

ÖZGEÇMİŞ

1975 doğumlu olan Bekir Mustafa YILMAZ, ilk ve orta öğrenimini Ankara’da tamamladıktan sonra 1994 yılında girdiği İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1998 yılında mezun olmuştur.

1998-1999 yılları arasında Ankara Barosunda Avukatlık staj eğitimini tamamlayarak Avukat unvanını aldıktan sonra, Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Anabilim Dalında Araştırma Görevlisi olarak göreve başlamış ve 2000 yılında da vatani hizmetini kısa dönem asker olarak tamamlamıştır.

2001 yılında Dış Ticaret Müsteşarlığına bağlı İhracatı Geliştirme Etüd Merkezine, “Avukat” olarak atandıktan sonra 2002 yılında “Hukuk Müşavirliği”ne terfi etmiş olup 2004 yılından itibaren de aynı Kurumun, Baş Hukuk Müşavirliğine daimi olarak vekalet etmektedir.

Evli ve bir çocuk babası olan Bekir Mustafa YILMAZ, Ankara’da ikamet etmekte ve İngilizce bilmektedir.