

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

**Kamu İhale Kanunundan ve Kamu İhale
Sözleşmeleri Kanunundan Kaynaklanan
Uyuşmazlıklar
ile Çözüm Yolları**

**Yaşar Alper DEMİR
2501170506
Tez Danışmanı
Doç. Dr. Erdem ATEŞAĞAOĞLU
Düzeltilmiş Tez
İstanbul – 2021**

Düzeltilme İle İlgili Açıklamalar

27.05.2021 tarihinde Sayın Tez Savunma Jüri Üyeleri olan hocalarımın düzeltme kararı verdiği tezimize ilgili yapılan eleştiriler doğrultusunda kapsamlı bir çalışma yürütülmeye çalışılmıştır. Tezimin başlığının “Kamu İhale Hukukundan Kaynaklı Uyuşmazlıkların Çözümü” olması, iki yönden eleştirilmiştir. Birincisi tezimin kapsamının 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıklar ile bu uyuşmazlıkların çözümündeki başvuru yolları olmasına rağmen kamu ihale hukuku terimiyle kamuya gelir getirici ve kamunun harcama yapmasına neden olan diğer ihale kanunlarının tezin kapsama alındığı yönünde izlenim vermesiydi. Ayrıca “hukukundan kaynaklanan” ibaresi de uyuşmazlıkların hukuk düzeninden değil de olsa olsa kanunun uygulanmasından ileri gelebileceğinden eleştirilmiştir. Eleştiri konusu yapılan ikinci yön ise “uyuşmazlıkların çözümü” ibaresinden dolayı sanki tezin ana bölümünün çözüm yollarının anlatıldığı son bölümden ibaretmiş gibi algılanmasıdır. Tezin başlığının “Kamu İhale Kanunundan ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunundan Kaynaklanan Uyuşmazlıklar ile Çözüm Yolları” olarak değiştirilmesi ile iki eleştiride dile getirilen hususlar aşılmıştır. Çalışma konumuz olan kanunların adı zikredilerek böylelikle tezimizin kapsamının sadece söz konusu kanunlardan ibaret olduğu belirtilmiştir. İkinci olarak uyuşmazlıklar ile çözüm yolları ayrı ayrı belirtilerek tezin ana bölümlerinin üçüncü ve dördüncü bölüm olduğu da başlıkta aktarılabilmektedir.

Tezin ana başlığındaki değişime paralel olarak da alt başlıklarda ve metin içerisinde terminoloji de başlıkla uyumlu hale gelecek şekilde yeniden düzenlenmiştir. Özellikle aynı kavramları karşılayan ifadelerin alt ve üst başlıklarda tekrarlanmamasına ve birinci ile ikinci bölümde yasaların kenar başlıklarının kopyalanarak alt başlık haline getirilmesinden kaçınılmaya özen gösterilmiştir.

Konuya ilişkin terimler, kanun metinlerinde yer alan ifadelerle uyumlu hale getirilmiştir.

Önsöz ve Öz bölümleri yeni baştan yazılarak akademik dile uygun hale getirilmiştir. Tezin başlığının değiştirilmesi ile beraber, tez metninin içerisindeki ifadelerde ve özellikle alt başlıklarda değişikliklere gidilerek tezin ana başlığı ile metninin birbiriyle uyumlu hale getirilmesine çalışılmıştır. Tezin başlığının değişmesiyle birlikte Giriş bölümündeki tezin kapsamının daraltılmasına ilişkin açıklamalara da gerek kalmadığı için söz konusu kısımlar çıkarılmıştır.

Öz bölümünün İngilizce metninde “walking scheme” gibi kelimesi kelimesine çeviriler kaldırılarak söz konusu bölüm İngilizce gramer ve dil bilgisine uygun bir şekilde yeniden kaleme alınmıştır.

Kısaltmalar listesinde tezin iç kapak sayfasındaki kısaltmalar kaldırılarak sadece tezin metin bölümündeki kısaltmalara yer verilmiştir. Ayrıca TDK ve TETAŞ örneğinde olduğu gibi alfabetik sıralamaya ilişkin yapılan sehven yanlışlıklar giderilmiştir.

Dipnotlardaki bütün referanslar tekrar gözden geçirilerek İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Hazırlama Yönergesine uygun hale getirilmeye özen gösterilmiştir.

Sürelili yayınlara ilişkin atıflarda yayının kendisi yerine makalelerin koyu yazılması hatası gidilerek kalın-normal karakter yazımında da yönergeye dikkat edilmiştir. Aynı zamanda yönergede yer almayan altı çizili ifadelerin alt çizgisi de çıkarılmıştır.

Savunma sırasında malumun ilanı olarak nitelendirilen ve açık kanun hükmünün tekrarından ibaret olan yahut da ortaya atılabilmesi için özgün bir nitelik taşımayan konularda yaptığım atıflar çıkarılmıştır. Böylelikle sırf atıf yapmak için yapılan atıflardan tezimiz arındırılmaya çalışılmıştır.

Metin içerisinde başlıklandırılmadan 1, 2 ve 3 gibi veyahut da daire ya da kare gibi geometrik şekillerle bölümlendirilen kısımlar çıkarılarak söz konusu bölümlendirmeler ya alt başlık haline getirilerek (Kamu Alımı İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümünde Egemen Olan Temel İlkeler başlığının alt başlıklarında

olduğu gibi) ya da metin içerisinde farklı kelimelerle yeniden ifade edilerek tezin yönergeye aykırılığı bu yönden de giderilmiştir.

Tez konumda çalışması bulunan her yazarın öğretinin bir parçası teşkil etmemesinden ötürü görüşleri aktarılırken tezin savunma öncesi halinde “ğreti” kelimesinin geçtiği yerlerde “literatür”, “konuyla ilgili çalışmalara göre”, “bu alanda çalışan yazarlara göre”, “bir görüşe göre”, “farklı bir görüş olarak” gibi bağlama uygun kelime ve kelime gruplarının kullanılmasına zen gösterilmiştir.

Türkçe dil bilgisi ve anlam kurallarına daha çok dikkat edilerek yanlış yazılan yahut anlamsal olarak doğru çıkarımlarda bulunulmayan tüm ifadeler değiştirilmiştir. Söz gelimi “pek çok mevzuat hükmü vardır” yerine “mevzuatımızda pek çok hüküm bulunmaktadır.” ifadesi kullanılmıştır.

Çevrimiçi kaynaklara tekrar erişim sağlanarak güncel olmayan bağlantılar güncel olanlarla değiştirilmiştir.

Tez içerisinde yapılan bazı atıfların ana kaynaklara yapılmadığı eleştirisini karşısında tezde kullanılan ana kaynaklara atıf sayısı çoğaltıldığı gibi tezimize yeni ana kaynak olarak Mualla ncel, Ahmet Kumrulu, Nami ağan, Cenker Göker`in “Vergi Hukuku” kitabı, Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya`nın “Türk İdari Yargılama Hukuku” kitabı, Ender Ethem Atay`ın “İdare Hukuku” kitabı, Yeliz Neslihan Akel`in “4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu`nda İdari Başvuru Yolları ve Başvuru Ehliyeti” kitabı ve Oğuz Sancakdar ve birçok yazarın kaleme aldığı “İdare Hukuku” kitabı eklenmiştir. Böylelikle idare hukukuna ilişkin kaynakların yeterli sayıda olmadığı eleştirisinin de önüne geçilmeye çalışılmıştır. Söz gelimi ortak girişim kavramının açıklanmasında Oğuz Sancakdar`ın yukarıda zikredilen kitabına atıfta bulunulmuştur.

Birinci ve ikinci bölümün çok uzun olduğu eleştirisini karşısında her iki bölüm ve özellikle birinci bölüm baştan aşağıya yeniden kaleme alınmıştır. Yapılan sadeleştirme işleminde yine yapılan eleştirilere bağlı kalınarak özellikle tezin ana bölümleri olan üçüncü ve dördüncü bölümü bilgi yönünden beslemeyen her ifadenin

çıkarılmasına özen gösterilmiştir. Her iki bölümün toplam sayfa sayısının tezin ¼'ünü geçmemesi sağlanmıştır.

Büyük ölçüde 4734 Sayılı Kanun`nun tanımlar başlıklı maddesinden alınan tez konumuza ilişkin kavramlar bölümü kaldırılarak söz konusu kavramların yeri geldiğinde dipnotlarda tanımlanması yoluna gidilmiştir. Böylelikle hem kanundan yapılan direk atıf eleştirisi hem de tezimizde anlatılmayan kavramların gereksiz yere açıklanması eleştirisi bertaraf edilmeye çalışılmıştır. Ayrıca yine savunma sırasında dile getirilen tez ile ilgili kavramların aynı sayfada tanımlanması, tezin bir el kitabı yahut broşür mantığıyla tekrar ilk sayfalara dönülüp bakılması şeklindeki zaruretini de gidermiş olmaktadır.

Tanımlara ilişkin kısım haricinde büyük ölçüde kanundan aktarılan kısımlar kaldırılarak tezin kanun metninin tekrarı olmasının önüne geçilmiştir. Ayrıca kanun metninin açıklandığı yerlerde kanunun madde numarasının ve dipnotta metninin olmasına özen gösterilmiştir. Ayrıca konuya ilişkin yapılan çalışmalara daha çok atıfta bulunulmuştur. Böylelikle tezde yer alan görüşlerin dayanakları da daha sağlam temellere oturtulmuş olmaktadır. 4734 Sayılı Kanun`dan istisna edilen ihalelerin ve idarelerin sayıldığı kanun maddesinde olduğu gibi tezimizde yer verildiğinde dipnottaki bölümün bir sayfanın tamamını dolduran kanun maddelerine (aynı zamanda metninin yer almamasının tezimizde bir eksiklik teşkil etmeyeceğine kanaat getirdiklerimizin) yer vermemeye çalışılmıştır. Birçok kanun maddesi ise fıkralarına bölünerek ilgili fıkranın anlatıldığı yerin dipnotunda kendisine yer verilmiştir. Bu sayede tezin metin kısmının fazla yekûn tutmasının önüne geçilmesi sağlanmıştır.

Kamu İhale Kurumu`nun teşkilat yapısının ve çalışma esaslarının çalışma konumuz itibarıyla incelenmesine gerek bulunmadığından söz konusu kısımlar çıkarılmış olup yerine kurumun idari teşkilatlanmadaki yeri olan bağımsız idari otorite oluşuna ve regülasyon faaliyetinde bulunduğu yapılan eleştiriler doğrultusunda daha çok yer verilmiştir.

661 Sayılı Müzayede, Münakasa ve İhale Kanunu`nun adındaki “Münakasa” teriminin “Münakaşa” şeklindeki yanlış yazımı düzeltilmiştir.

Türk Kamu İhale Mevzuatının Avrupa Birliği (AB) Müktesebatına Uyum Süreci başlığı altında AB raporlarının tekrar edilmesi yerine ihale mevzuatımızın ve uygulamamızın Birlik müktesebatına uyumu konusunda geldiği nokta aktarılmış ve güncel ilerleme raporları eklenmiştir.

Hukukumuzda eşik değerlere ilişkin yerli istekli-yabancı istekli ayırımında mehz alınan bir düzenleme olmasına rağmen UNCITRAL Model Kanunundan tezimizde yeterli ölçüde bahsedilmediğinden ve AB mevzuatına uyum sürecine ilişkin başlıkta değerlendirilmesi doğru olmadığından tezimizin ana bölümlerinden ve sonuç kısmından çıkarılmıştır. Böylelikle tezde yeterince yer verilmeyen hiç bir konunun sonuç bölümüne de aktarılmaması sağlanmaya çalışılmıştır.

Kamu ihalelerine egemen olan temel ilkeler, temel kavramların anlatıldığı birinci bölümden alınarak savunma sırasında jüri üyesi hocalarımın görmek istediği gibi uyuşmazlık konularının anlatıldığı üçüncü bölüme aktarıldı ve alt başlıklara ayrılarak incelendi.

Üçüncü ve dördüncü bölümde de sadeleştirmeye gidilerek uyuşmazlıkların çözümünde etkili olmayan isteklilerin idarelere ve Kamu İhale Kurumu'na olan başvurularının ve başvurulara cevapların tarihleri çıkarılmıştır. Aynı zamanda yapılan sadeleştirmede uyuşmazlığın çözümünde etkisi olmayan ihale konuları ve ihale sürecine ilişkin açıklamalara da yer verilmemiştir.

Tezde yer verilen kararlara yeni güncel kararlar eklenerek idari ve yargısal makamların konulara ilişkin en güncel yaklaşımları aktarılmaya çalışılmıştır.

İşletme esasına göre defter tutanların, bilanço esasına göre de defter tutabileceğine ilişkin mantık dışı olan ifade çıkarılarak ihaleye katılabilmeleri için gereken yeterli değerlendirmesine esas alınacak bir bilançoya sahip olamamaları nedeniyle ihalelere katılamayacağı sonucuna ulaşılmıştır.

2577 Sayılı Kanun'un 15. maddesindeki idari merci tecavüzü ile 4734 Sayılı Kanun'un zorunlu idari başvuru mercilerin yanlış belirlenmesi halinde yapılacakları

düzenleyen 54. maddesine ilişkin karşılaştırma, her iki maddenin de uygulama alanının farklı olması nedeniyle kaldırılmıştır.

İtirazen şikayet başvurusuna ilişkin olası durumların özetlendiği tablodaki istisna-2 durumuna başvuruda bulunacak ilgililerin kimler olduğu bilgisi de eklenerek eksiklik giderilmiştir.

4734 ve 4735 Sayılı Kanunlar ile ikincil mevzuatta yer alan parasal değerlerin her sene yeniden değerlendirilmesi sonucu tezin güncelliğini yitirmemesi adına uyuşmazlığın çözümünde esas alınmayan parasal değerlere ilişkin açıklamalar yapılan eleştiriler doğrultusunda çalışmadan çıkarılmıştır.

Kamu İhale Kurumu'nun aynı konuya ilişkin vermiş olduğu farklı kararlar karşısında hangisine öncelik tanınacağına ilişkin yaklaşımımız, öncelik-sonralık ilişkisi yerine somut kararlar doğrultusunda hakkaniyete uygun bir çözüm bulunmasının gerekli olduğu şeklinde değiştirilmiştir. Ayrıca tartışmaların önüne geçmek adına aynı ihaleye ilişkin başvuruların tıpkı yargı mercilerinin verdiği birleştirme kararı gibi bir kararla birleştirilerek incelemesinin temel ve köklü bir çözüm olacağı ifade edilmiştir.

Zorunlu idari başvuru yollarına ilişkin açıklamaların bulunduğu dördüncü bölümün ilk ayrımında söz konusu başvuru yollarının kullanılmadığı durumların sonuçları "Şikayet ve İtirazen Şikâyet Başvurusunda Bulunulmamasının Sonuçları" başlığı altında açıklanmaya çalışılmıştır.

Kamu ihale sözleşmelerinde tahkim yoluna ilişkin kısım kısa olduğundan Sözleşmenin Esasına Uygulanacak Hukuk bölümüne aktarılmış ve konuya ilişkin yeni bir kaynak daha eklenmiştir. Ayrıca yine aynı başlık altında genel işlem şartlarına ilişkin yeni açıklamalara yer verilerek söz konusu bölümün altı doldurulmaya çalışılmıştır.

Sonuç bölümünde tezin bölümlerinin özetinin verilmesi yerine varılan sonuçlara daha çok yer verilmiş ve çok uzun bulunduğu için sadeleştirme yapılarak 37 sayfa yerine 12 sayfayı geçmemesi yönündeki eleştiriye uyularak 11 sayfaya

indirilmiştir. Ayrıca bu bölümde tezin bölümlerinde zikredilen kararların tekrar ele alınmamasına özen gösterilmiştir.

Çevrimiçi kaynaklara kaynakçada yer verilmediği eleştirisi karşısında söz konusu kaynaklar da ayrı bir başlık altında kaynakça bölümüne eklenmiştir.

ÖZ

4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun uygulamasından kaynaklanan uyuşmazlıklar ile bu uyuşmazlıkların çözümündeki başvuru yollarının anlatıldığı bu çalışmanın ilk bölümünde söz konusu kanunların genel kapsamı ve kamu alımlarının ülkemizdeki tarihçesi açıklanmıştır. İkinci bölümde 4734 ve 4735 Sayılı Kanunlar çerçevesinde kamu alımı ihalelerinin yürüyüş şeması ortaya konmuştur. Üçüncü bölümde ise kamu alımı esnasında ihale ile sözleşme sürecinde yer alan aktörlerin süreç esnasında yaşadığı uyuşmazlıklar, her bir uyuşmazlık türü açısından konularına göre sınıflandırılarak incelenmiştir. Çalışmanın son bölümü olan dördüncü bölümde tüm bu uyuşmazlıkların Kamu İhale Kurumu (KİK) ve yargı mercileri nezdindeki çözüm yolları kaleme alınmıştır.

ABSTRACT

In the first part of this study, in which the disputes arising from the implementation of the Public Procurement Law No. 4734 and the Law on Public Procurement Contracts No. 4735 are explained, the general scope of the said laws and the brief history of public procurement in our country are explained. In the second part, the procedure of public procurement tenders within the framework of Laws No. 4734 and 4735 is presented. In the third part, the disputes experienced by the actors involved in the tender and contract process during the public procurement process are examined by classifying them according to their subjects in terms of each type of dispute. In the fourth chapter, which is the last part of the study, the resolutions of all these disputes before the Public Procurement Authority and judicial authorities are written.

ÖNSÖZ

Çalışmamızda 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ekseninde kamunun mal, hizmet ve yapım işi gereksinimini karşılaması sürecinde ihalenin gerçekleştirilmesi ve sözleşmenin yürütümü sırasında ortaya çıkan ihtilaflar ile bu ihtilafların çözümündeki başvuru yollarını değerlendirmeye çalıştık. Söz konusu ihtilaflara idari ve yargısal mercilerin esasa ve usule ilişkin ortaya koyduğu yaklaşımı aktardıktan sonra bu yaklaşımlardan benimsediklerimizi ve karşı çıkararak tam zıttı yahut daha farklı olan görüşlerin neler olabileceğini ifade ettik. Bu konudaki görüşlerimizi 4734 ve 4745 Sayılı Kanunların temel ilkelerinden ve felsefesinden hareket ederek temellendirmeye çalıştık.

Çalışmamızın Türk Kamu Alımı Hukuku alanında çalışan yazarlara bir nebze de olsa katkı sağlamasını ve naçizane olarak bu alandaki eserler arasında yer bulmasını temenni ederiz.

Bu süreç zarfında desteğini üzerimden hiç esirgemeyen kıymetli danışman hocam Doç. Dr. Erdem ATEŞAĞAOĞLU'na, tez savunma sınavında yaptığı eleştirilerden ötürü çalışmamızın bugünkü halini almasında yol gösterici olan kıymetli hocalarım Prof. Dr. Gülsen GÜNEŞ'e, Prof. Dr. Bekir Mahmut KAŞIKÇI'ya, Prof. Dr. Tahir İrfan BARLASS'a ve Dr. Öğretim Üyesi Zafer Ertunç ŞİRİN'e ve kaynak temini konusunda yardımseverliğinden ötürü İstanbul/Levent'de yer alan Gelir İdaresi Başkanlığı'na bağlı olan Vergi Kütüphanesi'nde görevli Mehmet ERDEMİR'e içten teşekkürlerimi sunuyorum.

İÇİNDEKİLER

Sayfa No:

Düzeltilme İle İlgili Açıklamalar.....	ii
ÖZ.....	ix
ÖNSÖZ.....	x
İÇİNDEKİLER.....	xi
ŞEKİLLER LİSTESİ.....	xx
KISALTMALAR LİSTESİ.....	xxi
GİRİŞ.....	1

I-) BÖLÜM: KAMU İHALE KANUNU'NUN VE KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ KANUNU'NUN GENEL KAPSAMI VE KAMU ALIMI İHALELERİNİN ÜLKEMİZDEKİ TARİHÇESİ

A-) KAMU İHALE KANUNU'NUN VE KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ KANUNU'NUN GENEL KAPSAMI

1-) Kamu Alımlarına İlişkin İlgili Mevzuat.....	5
2-) Kamu İhale Kurumu ve Kurumun Yapısı.....	6
3-) Kamu İhale Kanunu'nun Amacı ve Kapsamı.....	9
a-) Kamu İhale Kanunu'nun Amacı.....	9
b-) Kamu İhale Kanunu'nun Kapsamı.....	10

B-) TÜRKİYE'DEKİ KAMU ALIMI İHALELERİNİN TARİHÇESİ

1-) 04.01.2002 Tarihli ve 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu Yürürlüğe Girmeden Önceki Dönem.....	15
---	----

a-) 08.09.1983 Tarihli ve 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu	
Yürürlüğe Girmeden Önceki Dönem.....	15
b-) 08.09.1983 Tarihli ve 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu	
Yürürlüğe Girdikten Sonraki Dönem.....	16
2-) 04.01.2002 Tarihli ve 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu Yürürlüğe	
Girdikten Sonraki Dönem.....	18
a-) 04.01.2002 Tarihli ve 4734 Sayılı Kamu İhale	
Kanunu`yla Getirilen Önemli Yenilikler.....	18
b-) 04.01.2002 Tarihli ve 4735 Sayılı Kamu İhale	
Sözleşmeleri Kanunu`yla Getirilen Önemli Yenilikler.....	21
c-) Türk Kamu İhale Mevzuatının AB Müktesebatına Uyum	
Süreci.....	23

II-) BÖLÜM: KAMU İHALE KANUNU VE KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ KANUNU EKSENİNDE KAMU ALIMI İHALESİ SÜRECİ

A-) KAMU İHALE KANUNU EKSENİNDE KAMU ALIMI İHALESİ SÜRECİ	
1-) İdare Tarafından İhaleye Hazırlık Süreci.....	26
a-) Gereksinimin Saptanması ve Yaklaşık Maliyetin	
Belirlenmesi.....	26
b-) Ödeneğin Ayrılması.....	28
c-) İhale Yapılmasına Gerek Olmayan Hal: Doğrudan	
Temin Usulü.....	29
d-) İhale Usulünün Belirlenmesi.....	31

e-) Çevresel Etki Değerlendirmesi Raporu Alınması ve	
İhale Dokümanlarının Hazırlanması.....	35
(1) Çevresel Etki Değerlendirmesi Raporu.....	35
(2) İhale Dokümanlarının Hazırlanması.....	35
2-) İhalenin İlanı ve İhale Komisyonunun Oluşturulması.....	37
3-) Yeterlik Değerlendirmesi.....	38
4-) İhaleye Katılım Engelleri.....	40
a-) Genel Olarak.....	40
b-) Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklama Kararı.....	40
c-) İhaleye Katılamayacak Olanlar.....	48
d-) İhale Dışı Bırakılma.....	49
5-) İhaleye Katılım Süreci.....	50
a-) İhale Dokümanının Satın Alınması.....	50
b-) Zorunlu Belgelerin Temin Edilip Sunulması.....	52
c-) Geçici Teminatın Yatırılması.....	52
6-) İhale Aşaması.....	54
7-) İhalenin Karara Bağlanması ve Kararın Kesinleşmesi	56

B-) KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ KANUNU EKSENİNDE KAMU ALIMI İHALESİ SÜRECİ

1-) Sözleşmeye Davet Aşaması.....	58
2-) Kesin Teminatın Yatırılması.....	59
3-) İhalenin Sözleşmeye Bağlanması.....	60

4-) Sözleşmenin Uygulanması	61
a-) Fiyat Farkı Verilmesi.....	61
b-) İş ve İşyerinin Sigortalanması.....	62
c-) Mücbir Sebepler.....	63
d-) Sözleşme Kapsamında Yaptırılabilir İlave İşler, İş	
Eksilişi ve İşin Tasfiyesi.....	64
5-) Denetim, Kabul ve Muayene İşlemleri.....	65

III-) BÖLÜM: KAMU İHALE KANUNU'NDAN VE KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ KANUNU'NDAN KAYNAKLAN UYUŞMAZLIK KONULARI

A-) KAMU İHALE KANUNU'NDAN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIK KONULARI

1-) Kamu Alımı İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümünde Egemen Olan Temel İlkeler.....	67
a-) Saydamlık.....	67
b-) Rekabet.....	68
c-) Eşit Muamele.....	69
d-) Güvenirlilik.....	70
e-) Gizlilik.....	70
f-) Kamuoyu Denetimi.....	71
g-) İhtiyacın Uygun Şartlarla ve Zamanında Karşılanması.....	71
h-) Kaynakların Verimli Kullanılması.....	71
2-) İhaleye Uygulanacak Mevzuat Hükümlerinin Belirlenmesi	
/ İhalenin Hangi Kanuna Tabi Olduğunun Tespiti.....	72

3-) İhale Dokümanına İlişkin Uyuşmazlıklar.....	76
4-) Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklama Kararına İlişkin Uyuşmazlıklar.....	79
a-) Anayasa Mahkemesi`nin 14.01.2010 Tarihli 2007/68 Esas 2010/2 Karar Sayılı Kararı.....	79
b-) Yasaklamanın Sirayetine İlişkin Kararlar.....	82
c-) Yasaklamadan Doğan Tazminata İlişkin Karar.....	85
5-) Şikâyet ve İtirazen Şikâyet Başvurularına İlişkin Uyuşmazlıklar.....	88
a-) Ehliyete İlişkin Uyuşmazlıklar.....	88
b-) Süreye İlişkin Uyuşmazlıklar.....	89
c-) Şekle İlişkin Uyuşmazlıklar.....	91
6-) İhale Usulünün Belirlenmesinden Doğan Uyuşmazlıklar.....	95
7-) Tebligata İlişkin Uyuşmazlıklar.....	101
a-) Anayasa Mahkemesi`nin İptal Kararları.....	101
(1) Anayasa Mahkemesi`nin 27.09.2012 Tarihli ve 2012/20 Esas 2012/132 Karar Sayılı İptal Kararı.....	101
(2) Anayasa Mahkemesi`nin 22.11.2012 Tarihli ve 2012/132 Esas 2012/179 Karar Sayılı İptal Kararı.....	104
b-) Tebligata İlişkin Diğer Uyuşmazlıklar.....	105
8-) İhalenin İptaline İlişkin Uyuşmazlıklar.....	107

a-) İhale İptali Öncesi İmzalanan Sözleşmelerin Akıbetine İlişkin Uyuşmazlıklar.....	107
b-) İptal Gerekçesine İlişkin Uyuşmazlıklar.....	109
9-) İhale Aşamasına İlişkin Uyuşmazlıklar.....	115
a-) Tekliflerin Değerlendirilmesine İlişkin Uyuşmazlıklar.....	115
b-) Yeterlik Değerlendirmesine İlişkin Uyuşmazlıklar.....	117
10-) Teminata İlişkin Uyuşmazlıklar.....	122
a-) Geçici Teminatın Gelir Kaydedilecek Kısmına İlişkin Uyuşmazlık.....	122
b-) Kısmi Teklif Verilmesi Halinde Geçici Teminatın Gelir Kaydedilecek Kısmına İlişkin Uyuşmazlık.....	125
11-) İhale Dışı Bırakılmaya İlişkin Uyuşmazlıklar.....	127
B-) KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ KANUNU'DAN DOĞAN UYUŞMAZLIK KONULARI	
1-) Usulüne Uygun Bir Kamu İhalesinin Yapılmaması Halinde Kamu İhale Sözleşmesine İlişkin Uyuşmazlıklar.....	129
2-) Sözleşmenin Feshedilmesine İlişkin Uyuşmazlıklar.....	133
a-) Sözleşmenin Feshedilmesi Müessesesi.....	133
b-) Sözleşmenin Feshedilmesine İlişkin Yargı Kararları.....	134
3-) Cezalı Çalışma Dönemine İlişkin Uyuşmazlıklar.....	137
a-) Cezalı Çalışma Dönemi.....	137
b-) Cezalı Çalışma Dönemine İlişkin Yargı Kararları.....	139

4-) Süre Uzatımına İlişkin Uyuşmazlıklar.....	142
5-) İhzarat Uygulamalarına İlişkin Uyuşmazlıklar.....	144
6-) Fiyat Farkına İlişkin Uyuşmazlıklar.....	147
7-) Kazı ve Dolgu İşlerine İlişkin Uyuşmazlıklar.....	151
8-) Hakediş Ödemelerine İlişkin Uyuşmazlıklar.....	154

IV-) BÖLÜM: KAMU İHALE KANUNU'NDAN VE KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ KANUNU'NDAN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARA İLİŞKİN BAŞVURU YOLLARI

A-) KAMU İHALE KANUNU'NDAN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARA İLİŞKİN BAŞVURU YOLLARI

1-) Aday, İstekli ve İstekli Olabilecekler Açısından.....	157
a-) İhale Makamı Olan İdareye Yapılan Şikâyet Başvurusu.....	157
(1) Şikâyet Başvurusunun Tanımı ve Hukuki Vasfı.....	157
(2) Şikâyet Başvurusunun İhale Sürecine Olan Etkisi.....	160
(3) Şikâyet Başvurusunun Süresi.....	160
(4) Şikâyet Başvurusunun Şekli.....	163
(5) Şikâyet Başvurusunda Bulunabilecekler.....	165
(6) Şikâyet Başvurusunda İleri Sürülebilecek Nedenler ve İdarenin İncelemesi.....	166
b-) Kamu İhale Kurumuna Yapılan İtirazen Şikâyet Başvurusu.....	168
(1) İtirazen Şikâyet Başvurusunun Tanımı ve Hukuki Vasfı.....	168
(2) İtirazen Şikâyet Başvurusunun İhale Sürecine Olan Etkisi.....	173

(3) İtirazen Şikâyet Başvurusunun Süresi.....	174
(4) İtirazen Şikâyet Başvurusunun Şekli.....	174
(5) İtirazen Şikâyet Başvurusunda Bulunabilecekler.....	177
(6) İtirazen Şikâyet Başvurusunda İleri Sürülebilecek Nedenler ve İdarenin İncelemesi.....	177
(7) Şikâyet ve İtirazen Şikâyet Başvurusunda Bulunulmamasının Sonuçları.....	180
(8) Kamu İhale Kurumu'nun Aynı İhale Hakkında Verdiği Farklı Kararların Durumu.....	181
c-) Kamu İhale Kurumu'nun İtirazen Şikâyet Başvurusu Üzerine Verdiği Karara Karşı Yargı Yolu.....	184
(1) Görevli ve Yetkili Mahkeme.....	184
(2) Davaya Ehliyeti Olanlar.....	185
(3) Yargılama Usulü.....	186
(4) Mahkemede İleri Sürülebilecek Nedenler ve Mahkemenin İnceleme Alanı.....	187
2-) Aday, İstekli ve İstekli Olabilecekler Dışındaki Üçüncü Kişiler Açısından.....	188
3-) Hakkında Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklama Kararı Verilenler Açısından.....	189

**B-) KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ KANUNU'NDAN KAYNAKLANAN
UYUŞMAZLIKLARA İLİŞKİN BAŞVURU YOLLARI**

1-) Görevli ve Yetkili Mahkeme.....	191
a-) Kural Olarak Adli Yargının Görevli Olması.....	191
b-) İstisnai Olarak İdari Yargının Görevli Olması.....	193
c-) Yetkili Mahkeme.....	197
2-) Sözleşmenin Esasına Uygulanacak Hukuk Kuralları.....	200
SONUÇ.....	203
KAYNAKÇA.....	216
A-) BASILI KAYNAKLAR.....	216
B-) ÇEVİRİMİÇİ KAYNAKLAR.....	230

ŞEKİLLER LİSTESİ

Sayfa No:

Şekil 1: İtirazen Şikâyet Başvurusuna İlişkin Olası Durumlar171

KISALTMALAR LİSTESİ

- a. e.** : Aynı Eser
- a. g. e.** : Adı Geçen Eser
- AB** : Avrupa Birliği
- AR-GE** : Araştırma Geliştirme
- AYM** : Anayasa Mahkemesi
- bkz** : Bakınız
- ÇED** : Çevresel Etki Değerlendirmesi
- CMK** : 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
- EKAP** : Elektronik Kamu Alımları Platformu
- DSİ** : Devlet Su İşleri
- HMK** : 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
- İGDAŞ** : İstanbul Gaz Dağıtım Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi
- İKN** : İhale Kayıt Numarası
- İYUK** : 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu
- KHK** : Kanun Hükümünde Kararname
- KİK** : Kamu İhale Kurumu
- KOBİ** : Küçük ve Orta Büyüklükteki İşletmeler
- md** : Madde
- MİT** : Milli İstihbarat Teşkilatı
- No** : Numara

OECD : Organisation for Economic Co-operation and Development

s. : Sayfa

SGK : Sosyal Güvenlik Kurumu

T. C. : Türkiye Cumhuriyeti

TBK : 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu

TCK : 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu

TDK : Türk Dil Kurumu

TETAŞ : Tetaş İç ve Dış Ticaret Anonim Şirketi

TSK : Türk Silahlı Kuvvetleri

TTK : 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu

VUK : 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu

GİRİŞ

Gereksinim, eksikliği duyulan şey, ihtiyaç anlamına gelmektedir.¹ Hukukta kişi olarak yer alan her suje, ister gerçek kişi ister tüzel kişi; ister kamu isterse özel sektör olsun çeşitli gereksinimlere sahiptir. Bu gereksinimleri çeşitli açılardan sıralamak ve tasnif etmek mümkün olmakla birlikte kamu-özel ayrımı yapmadan tüm kurum ve kuruluşların, özellikle kamu kurumları nazarında büyük ölçekli özel sektör kuruluşlarının, birbirlerine benzer gereksinimleri olduğunu bilinmektedir. Burada kamu kurum ve kuruluşlarının yetkili organlarının, işbu gereksinimleri karşılamak için hareket ederken bir yandan kamu kaynağını yani bir bakıma kamunun diğer bir deyişle toplumun sahibi olduğu ve yine topluma hizmet için kamu kurum ve kuruluşlarına özgülediği ekonomik değerlerin harcanıyor olması²; öte yandan ise kamu harcamaları yoluyla devletin iktisadi kaynaklarının yeniden dağıtım politikasını da yerine getiriyor olması (her ne kadar bu dağıtım fonksiyonu yerine getirilirken gelir adaletsizliğini çözmeye saiki güdülmese de³) bu alanın devlet tarafından düzenlenmesi ihtiyacını doğurmuştur.⁴

Yukarıda bahsi geçen ihtiyaç, birinci bölümde ayrıntısıyla açıklanacağı üzere çeşitli hukuki düzenlemelerle sağlanmıştır. Bu hukuk normları açısından en önemlilerinden biri olarak 01.01.1983 tarihli ve 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu gösterilebilir. 1980`li yıllarda ülkemizde gerçekleştirilmeye çalışılan kalkınma hareketinin de etkisiyle birlikte ihtiyaçlara cevap verebilecek modern bir kanun olarak çıkarılmak istenen 2886 Sayılı Kanun, yaklaşık 20 yıla yakın bir süre zarfında devlet ihale hukukuna ilişkin tek kanun (istisnalar hariç) olarak yürürlükte kalmıştır. Öncelikle belirtmek isteriz ki 2886 Sayılı Kanun`un uygulama alanı çalışma

¹ TDK, **Türkçe Sözlük**, haz: Şükrü Haluk Akalın... [ve başk.] 11. Baskı, Ankara, 2011, s. 933.

² “Zira her bir kamu ihalesi, kamu bütçesinin aktif veya pasifinde bir etki oluşturmaktadır” Yeliz Neslihan Akel, **2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu`nda Yasaklama Kararları ve Kararlara Karşı Başvuru Yolları**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, Mayıs 2018, İstanbul, s. 1.

³ Gelir adaletsizliğinin önlenmesinde kamusal harcamalardan ziyade mali yükümlülükler yani vergilendirme öne çıkmaktadır. Sosyal devlet ilkesi gereği vergilendirme yoluyla gelir ve servetin yeniden dağıtılmasına ilişkin açıklamalar için bkz: Mualla Öncel, Ahmet Kumrulu, Nami Çağan, Cenker Göker, **Vergi Hukuku**, 29. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2020, s. 53-54.

⁴ Bu ihtiyacın karşılanmasının en etkili aracı olan ihale; hukuk, iktisat, işletme, siyaset bilimi başta olmak üzere pek çok farklı disiplin tarafından irdelenmiştir. Eren Toprak, **Kamu İhale Hukuku Türkiye`de Kamu İhalelerinin Genel Yapısı ve Hukuki Rejimi**, Ankara, Seçkin Yayınları, Ocak 2021, s. 19.

konumuzdan bir hayli geniştir. Kanunun 1. maddesinde zikredildiği gibi 2886 Sayılı Kanun; genel bütçeye dâhil dairelerle katma bütçeli idarelerin⁵, özel idare ve belediyelerin alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işlerinin yürütülmesinde uygulanacaktır. Sayılan bu işlerin bir kısmı kamuya gelir getirici nitelikte iken bir kısmı da kamunun gider yapacağı işlemlerden ibarettir. İhale Hukukunun genel prensipleri çerçevesinde 2886 Sayılı Kanun mucibinde yürütülecek olan ihalelere de değinmekle birlikte çalışma konumuzun esas olarak kamunun giderde bulunacağı yani kamu harcamalarını teşkil eden ihaleler olduğunu belirtmekte yarar vardır.

Zaman içerisinde kamu gereksinimlerinin değişmesi ve çeşitlenmesi ile günümüz ihtiyaçlarına cevap verebilmesi açısından elzem olan yeni ihale ve ihale sözleşmeleri kanunlarımız olan 04.01.2002 Tarihli ve 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu⁶ ile 05.01.2002 tarihli ve 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, 22.01.2002 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanmış ve 01.01.2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu kanunların yürürlüğe girmesi ile birlikte 4734 Sayılı Kanun'un 2. maddesinde belirtilen idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihaleleri, 4734 Sayılı Kanun'a tabi kılınmıştır. Aynı zamanda kanunun 68. maddesi ile de bu kanun kapsamında yer alan işlerin ihalelerinde 2886 Sayılı Kanun'un uygulanmayacağı açıkta belirtilerek, 2886 Sayılı Kanun'un kamu giderlerine neden olan ihalelere ilişkin hükümlerinin zımnen ilga olduğu vurgulanmıştır. Getirilen bir diğer yenilik ise kamu ihale sözleşmelerinin ihale sürecinden bağımsız olarak başlı başına taşıdığı öneme binaen müstakil bir kanun olan 4735 Sayılı Kanun ile düzenleme altına alınmasıdır.

⁵ Katma bütçeli idare terimi, mülga 1050 sayılı Muhasebe-i Umumiye Kanunu döneminin bütçe sınıflandırmasına ilişkin olup 10.12.2003 Tarihli ve 5018 Sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile kısmı genel bütçeli idarelere diğer kısmı ise özel bütçeli idarelere dönüştürülmüştür. 5018 Sayılı Kanun'un geçici 3. maddesi gereği katma bütçeli idarelere yapılan atıflar, özel bütçeli idarelere yapılan atıf olarak değerlendirilecektir. Yasin Öncü, "2015 Yılında Kamu İhalelerine İlişkin İşlemlerde Geçerli Olan Parasal Değerler ve Bu Değerlerin Alım Sürecine Etkisi", **Diyalog**, Nisan 2015, sayı 602, s. 168-169, Bilgehan Özkan, "İhalelere İlişkin İşlemlerde 2016 Yılında Geçerli Olan Güncel Değerler ve Bu Değerlerin Kamu İhale Sürecine Etkisi", **Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi**, Ağustos 2016, sayı 152, s. 266.

⁶ Söz konusu kanun, kanun kapsamındaki idarelerin yapacakları her türlü mal ve hizmet alımı ile yapım işleri ihalesine ilişkin prosedürü düzenlediğinden özel bir idari usul kanunudur. Aynı yöndeki görüş için bkz: Yeliz Neslihan Akel, **4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nda İdari Başvuru Yolları ve Başvuru Ehliyeti**, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, Eylül 2019, s. 1.

İhale Hukuku, geniş anlamıyla birlikte ihale edilmek istenen işlere ilişkin gereksinimin ortaya çıkmasından, ihale alıcısının söz konusu gereksinimi karşılamaına kadarki geçen süreci konu almaktadır. Aynı hareket noktasından hareket etmekte birlikte gerek 09.06.1932 Tarihli ve 2004 Sayılı İcra ve İflas Kanunu gerekse de 21.07.1953 Tarihli ve 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri çerçevesinde cebri icra işlemlerinden doğan taşınır ve taşınmaz mallarının ihale yoluyla satışının gerçekleştirilmesi pek tabi ki konumuz kapsamında değildir. Öte yandan kendi ihale kanunları olan özelleştirme ihaleleri 24.11.1994 Tarihli ve 4046 Sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun`u, yap-işlet-devret ihaleleri ise 08.06.1994 tarihli ve 3996 Sayılı Bazı Yatırım Ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanun`u hükümlerine tabi olup bu ihalelerle ilgili olarak da yukarıda 2886 Sayılı Kanun ile ilgili bahiste de geçtiği üzere söz konusu çalışmamızda kamu alımı ihaleleri ile ortak olan hususlara değinilmiştir.

Kamu İhale Hukuku, başta hukuk olmak üzere birçok sosyal bilimin ilgi alanına girmektedir. Bu açıdan konuya ilişkin müesseselerin açıklanmasında özellikle iktisat ve siyaset biliminin⁷ de verilerine ihtiyaç duyulacağı su götürmez bir keyfiyettir. Fakat çalışmamızın bir hukuk tezi olması hasebiyle olabildiğince pür hukuk anlayışına bağlı kalmaya çalıştık. Bir yandan çalışmanın hukuk alanına ilişkin olduğunu göz önüne alınırken bir yandan da diğer sosyal bilimlerin bakış açısından faydalanarak her iki durumu olabildiğince dengede tutmaya çalıştık.

Çalışmanın birinci bölümünde 4734 ve 4735 Sayılı Kanunların genel hatlarını ve Türkiye`deki kamu ihale alımlarının genel tarihçesini anlattık. Kamu alımlarına ilişkin yürürlükteki mevzuat hükümlerini, söz konusu kanunların amacını, kapsamını ve Kamu İhale Kurumu`nun (KİK) yapısını temel hatlarıyla açıklamış olduk.

İkinci bölümde kamu ihalesi ve akabinde imzalanan kamu ihale sözleşmesi sürecini detaylarıyla birlikte aktarmaya çalıştık. Sürece ilişkin genel resmi çizdiğimiz

⁷ Siyaset biliminin ilgi alanına giren konulara örnek olarak ülkelerin ihalelerinde yabancı isteklilere karşı katılım engelleri koyarak milliyetçi ve kalkınmacı bir tavır sergilemeleri ile ihaleden istisna edilen ihaleler ve farklı ihaleye katılım şartları sunarak toplumun belirli bir kesimine yahut güç odağına kaynak aktarmak şeklinde düzenleme ve uygulamalar verilebilir.

bu bölümde diğer bölümlerde hangi meseleler üzerinden tartışılacağına da ipucu verilmiş oldu.

Üçüncü bölümün ilk ayırımında kamu gereksinimin ortaya çıkmasından kamu ihale sözleşmesinin yapılmasına kadarki geçen süreçte meydana gelen uyuşmazlıklar ele alınmaya çalışıldı. Bu bölümde uyuşmazlık konularının esasına girilerek kamu ihale sürecinin basamaklarında sorun teşkil eden konular, mevcut yargı kararları ve KİK kararları ışığında mercek altına alınmıştır. İkinci ayırımın konusunu teşkil eden Kamu İhale Sözleşmesinin yapılmasıyla birlikte başlayan sözleşme yönetimi sürecinde bir yandan 4735 Sayılı Kanun hükümleri uygulama alanı bulurken diğer yandan da akdedilen sözleşmenin konusuna göre ilgili sözleşmeler hukuku normu da uygulanmaktadır. Mevcut yargı kararları ışığında mahkemeye intikal eden uyuşmazlık noktaları ve bu noktaların çözümünde sergilenen yaklaşım ifade edilmiştir. Yüksek Mahkemelerin kararları irdelenirken geçmişten günümüze kadarki yaklaşımları ve meydana gelen içtihat farklılıklarına yeri geldiğinde değinilmiştir.

Dördüncü ve son bölüm olan uyuşmazlıkların çözüm yollarında da aynı ikili ayırım benimsenmiştir. Birinci ayırmda kamu ihalesi sürecinde ihale makamı olan idare ile istekliler, istekli olabilecekler ve diğer üçüncü kişilerin yaşamış oldukları uyuşmazlıklarda hangi mercilere ne şekilde başvuru yapılabileceği, başvuruya ilişkin süre ve şekil gibi unsurların nelerden ibaret olduğu, başvuru makamlarının hangi sınırlamalar dâhilinde hangi yönden inceleme yapabileceği ve verilecek kararlara karşı başvurulabilecek hukuki çarelerin nelerden ibaret olduğu detayıyla açıklanmıştır. İkinci ayırmda ise sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda görevli ve yetkili yargı merciin neresi olduğu ve bu merciin söz konusu uyuşmazlıklarda hangi hukuk normlarına göre karar vermesi gerektiği açıklanmaya çalışılmıştır.

I-) BÖLÜM: KAMU İHALE KANUNU'NUN VE KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ KANUNU'NUN GENEL KAPSAMI VE KAMU ALIMI İHALELERİNİN ÜLKEMİZDEKİ TARİHÇESİ

A-) KAMU İHALE KANUNU'NUN VE KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ KANUNU'NUN GENEL KAPSAMI

1-) Kamu Alımlarına İlişkin İlgili Mevzuat

Çalışma konumuzu ve aynı zamanda başlığımızı da oluşturan 04.01.2002 Tarihli ve 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu ile 05.01.2002 Tarihli ve 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, 22.01.2002 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanmış ve 01.01.2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 4734 Sayılı Kanun'un "Tanımlar" başlıklı 4. maddesinde, kanunun uygulanmasında bahsi geçen kavramların neler olduğu ayrıntısıyla açıklanmıştır. Ayrıca 4735 Sayılı Kanun'un 3. maddesinde 4735 Sayılı Kanun'daki ifadeler için 4734 Sayılı Kanun'da yer alan tanımların geçerli olduğunu düzenlemiştir.

Kamu alımı sürecine ilişkin mevzuatımızda pek çok hüküm bulunmaktadır. Mevzuatın temelini oluşturan yukarıda zikredilen iki ana kanun dışında çok sayıda uygulama ile muayene ve kabul yönetmeliği bulunmaktadır.⁸

⁸ İlgili yönetmeliklerin listesi aşağıda yer aldığı gibidir;

- Elektronik İhale Uygulama Yönetmeliği, (25.02.2011 Tarihli ve 27857 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.)
- Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, (04.03.2009 Tarihli ve 27159 Mükerrer Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.)
- Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, (04.03.2009 Tarihli ve 27159 Mükerrer Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.)
- Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, (04.03.2009 Tarihli ve 27159 Mükerrer Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.)
- Danışmanlık Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, (04.03.2009 Tarihli ve 27159 Mükerrer Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.)
- Çerçeve Anlaşma İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, (04.03.2009 Tarihli ve 27159 Mükerrer Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.)
- Yapım İşleri Muayene ve Kabul Yönetmeliği, (04.03.2009 Tarihli ve 27159 Mükerrer Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.)
- Mal Alımları Denetim Muayene ve Kabul İşlemlerine Dair Yönetmelik, (19.12.2002 Tarihli ve 24968 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.)
- Hizmet Alımları Muayene ve Kabul Yönetmeliği, (19.12.2002 Tarihli ve 24968 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.)

Yönetmeliklerin yanı sıra KİK'in çıkarmış olduğu genel tebliğ ve çok sayıda sıra no'lu tebliğler de bu alandaki ikincil mevzuatlar arasındadır.⁹ Kamu alımı sürecine ilişkin oldukça önemli hükümleri barındıran yürürlükte olan genel tebliğ, 22.08.2009 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan Kamu İhale Genel Tebliği'dir.¹⁰

Kamu alımlarına ilişkin ikincil mevzuat da zaman içerisinde değişikliklere uğramıştır. Yürürlükteki kanunlar döneminde birçok uygulama ile muayene ve kabul yönetmeliği yürürlüğe girmiş ve yürürlükten kaldırılmıştır. Son olarak 04.03.2009 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanan yeni yönetmelikler ile mevcut ihale uygulama yönetmeliklerinin büyük çoğunluğu yürürlükten kaldırılarak yerlerine yeni ihale uygulama yönetmelikleri getirilmiştir.

4734 Sayılı Kanun'da bugüne kadar onlarca değişikliğin yapılmış olması, ihale mevzuatını uygulayıcılar açısından takibini ve düzenli bir kamu ihale sisteminin oturmasını bir hayli zorlaştırmıştır. Bu sebepten kamu ihale sistemine ilişkin düzenlemelerin günü kurtarmak yerine kalıcı çözümler getirecek şekilde oluşturulması sisteme ilişkin istikrarın sağlanması açısından son derece önemlidir.

2-) Kamu İhale Kurumu ve Kurumun Yapısı

4734 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi ile birlikte kamu alımı sürecinde önemli görevler üstlenen bir kuruluş olan KİK hukuk hayatımızda yer almaya başlamıştır. KİK'in temel görevi, kamu kaynaklarının etkin ve verimli bir şekilde kullanılmasını sağlamak olup sahip olduğu yetkilerini bu amacı gerçekleştirmek üzere kullanmaktadır.¹¹ 4734 Sayılı Kanun'un 53. maddesinde KİK'in yapısı ve

-Danışmanlık Hizmet Alımları Muayene ve Kabul Yönetmeliği, (19.12.2002 Tarihli ve 24968 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.)

-İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik, (03.01.2009 Tarihli ve 27099 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.)

-Mimarlık, Peyzaj Mimarlığı, Mühendislik, Kentsel Tasarım Projeleri, Şehir Ve Bölge Planlama Ve Güzel Sanat Eserleri Yarışmaları Yönetmeliği (24.12.2002 Tarihli ve 24973 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.)

⁹ Kamu alımlarına ilişkin ikincil mevzuat en geniş kapsamda yönetmelikler, standart ihale dokümanları (tip idari şartnameler, standart formlar, tip sözleşmeler, genel şartnameler), tebliğler ile düzenleyici kurul kararları olarak sayılabilir.

¹⁰ 22.08.2009 Tarihli ve 27327 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Söz konusu tebliğ yayımlandığı günden bu yana defalarca kez değişikliğe uğramıştır.

¹¹ İlker Sadi İşleyen, "Kamu İhale Kurumunca İhalelerin Res'en İncelenmesi ve İptali Mümkün Müdür?", **Lebib Yalın Mevzuat Dergisi**, Haziran 2011, sayı 90, s.145. Yazar aynı eserin bir başka

işlevi ayrıntılı bir şekilde açıklanmıştır.¹² KİK'in teşkilat yapısı ve yetkili organlarının kimlerden ibaret olduğu da aynı maddenin devamında yer almaktadır.¹³

yerinde de KİK'in temel amacının "kamu kaynağını kullanarak gerçekleştirilen ihalelerin hukuka uygun ve ihale sürecine katılanlara eşit muamele ilkesi gözetilerek sonuçlandırılmasını sağlamaktır" şeklinde belirtmektedir. İşleyen, a. e., s.146.

¹² *Kamu İhale Kurumu*

Madde 53- (...)

"1) İhalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde idarece yapılan işlemlerde bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olmadığına ilişkin şikayetleri inceleyerek sonuçlandırmak.

2) Bu Kanuna ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa ilişkin bütün mevzuatı, standart ihale dokümanlarını ve tip sözleşmeleri hazırlamak, geliştirmek ve uygulamayı yönlendirmek.

3) İhale mevzuatı ile ilgili eğitim vermek, ulusal ve uluslararası koordinasyonu sağlamak.

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

5) Haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilenlerin sicillerini tutmak.

6) Araştırma ve geliştirme faaliyetlerinde bulunmak.

7) İhale ilânları ile ilgili esas ve usulleri düzenlemek, basılı veya elektronik ortamda Kamu İhale Bültenini yayımlamak.

8) 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 Cumhurbaşkanına teklifte bulunmak.

9) Kurumun yıllık bütçesi ile kesin hesabını ve yıllık çalışma raporlarını hazırlamak, Kurum bütçesinin uygulanmasını, gelirlerin toplanmasını ve giderlerin yapılmasını sağlamak."

¹³ *Kamu İhale Kurumu*

Madde 53- (...)

Kamu İhale Kurumu; Kamu İhale Kurulu, Başkanlık ve hizmet birimlerinden oluşur.

(...)

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 Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe konulur.

c) (Değişik birinci paragraf: 2/7/2018-KHK-703/171 md.) Kurumun karar organı biri başkan, biri ikinci başkan olmak üzere en az dört yıllık öğrenim görenler arasından Cumhurbaşkanınca atanan dokuz üyeden oluşan Kamu İhale Kuruludur. Kurul Başkanı, Kurumun da başkanıdır.

(Değişik ikinci paragraf: 2/7/2018-KHK-703/171 md.) Üyelerin geçmişte ve halen bir siyasi parti ile aday gösterilme dâhil üyelik ve görev alma ilişkilerinin bulunmaması gerekir.

(Değişik: 12/6/2002-4761/15 md.) (Mülga birinci ve ikinci cümle: 2/7/2018-KHK-703/171 md.) (...) Kurul üyelerinin görev süresi dolmadan görevlerine son verilemez. Ancak üyeler, ciddi bir hastalık veya engellilik nedeniyle iş görememeleri veya atamaya ilişkin şartları kaybetmeleri halinde atandıkları usule göre süresi dolmadan görevden alınır. Üyeler görevi kötüye kullanmaktan veya yüz kızartıcı bir suçtan mahkûm olmaları halinde ise Cumhurbaşkanı onayıyla görevden alınır. Görevden alma nedeniyle veya süresi dolmadan herhangi bir sebeple boşalan Kurul üyeliklerine bir ay içerisinde yukarıda belirtilen esaslara göre yeniden atama yapılır. **(Mülga son cümle: 20/11/2008-5812/20 md.)**

Kurumun genel yönetim ve temsili ile Kurulca alınan kararların yürütülmesi başkana aittir. Başkanın izin, hastalık, yurt içi veya yurt dışı görevlendirme ve görevden alınma hallerinde ikinci başkan başkana vekalet eder.

KİK'in en önemli görevlerinden birisi de ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde idarece yapılan işlemlerin 4734 Sayılı Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olup olmadığına ilişkin itirazın şikâyetleri inceleyerek sonuçlandırmaktır.¹⁴ Bir diğeri de bu alana ilişkin ikincil mevzuatı oluşturan yönetmelikleri, tebliğleri, standart ihale dokümanlarını ve tip sözleşmeleri hazırlamak ve geliştirmektir.¹⁵ Söz konusu olan bu düzenlemeler Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe konulur.¹⁶ KİK'in hem düzenleyici işlemler tesis etmek hem de itirazın şikâyet başvurusu neticesinde özel nitelikli kararlar almak yetkisi bulunmaktadır. Böylelikle uygulamanın yönlendirilmesi de sağlanmaktadır.

KİK'in yapısına baktığımızda ise ilk olarak söylenmesi gereken kurumun idari ve mali yönden özerk olduğu ile inceleme görevini yerine getirirken hiçbir makam, merci ve kişiden emir ve talimat alamayacağıdır. Türk idari teşkilat yapısına bakıldığında Devlet tüzel kişiliğinden bağımsız ayrı bir kamu tüzel kişiliğine sahip olması ve gerek mahalli idarelerinin sınırlı sayıda sayılması¹⁷ gerekse de yetkilerini belirli bir coğrafya yerine bütün ülkede kullanması ve sadece kamu ihale sürecine ilişkin belirli bir alanda faaliyet göstermesi sebebiyle hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşudur.¹⁸

(Ek paragraf: 20/11/2008-5812/20 md.) Dava açma, icra takibi yapma ve mahkemelerce verilen kararlara karşı üst mercilere başvurmadan vazgeçme yetkisi ile üst dereceli mahkemelerce verilen kararlara karşı karar düzeltme yoluna gidilmesinden vazgeçme yetkisi Kurula aittir.

(...)

¹⁴ Söz konusu bu denetimin sözleşme yapılmadan gerçekleştirildiği için ex-ante bir denetim niteliği taşıdığı da ifade edilmiştir. Toprak, **a. g. e.**, s. 82.

¹⁵ KİK'in bu yetkisini demokrasiye uygun olarak katılımcı bir şekilde yerine getirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Sami Kaplan, "İdeal Bir Kamu İhale Kanunu ve İdeal Bir Kamu İhale Kurumu ve Kurulu Nasıl Olmalıdır? Fonksiyonel Bir Model Çalışması", **Maliye Dergisi**, Ocak-Haziran 2012, sayı 162, s. 33. Yazar bu durumu şu cümlelerle ifade etmiştir: "İhale mevzuatının oluşturulmasında Kurumun asli görevinin, ilgili kamu ve özel sektör temsilcilerinin bir araya gelmesini sağlamak, çalışmalara uzman bir birim olarak katkı ve destek vermek ve organizasyonu sağlamak olmalıdır. Zira, ihale mevzuatını uygulayacak olan Kurum değil, ihaleyi yapan kamu idareleri ile ihalelere katılacak özel sektör temsilcileridir." Biz de aynı gerekçelerle yazara katılıyoruz.

¹⁶ KİK'in hazırlamış olduğu en önemli ikincil düzenleme, 22.08.2009 tarihinde yayımlanan Kamu İhale Genel Tebliği'dir.

¹⁷ 1982 Tarihli Anayasamızın Mahalli İdareler başlıklı 127. maddesine göre bu idareler il, belediye ve köy olarak sayılmıştır.

¹⁸ Hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşlarına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz: Ender Ethem Atay, **İdare Hukuku**, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2019, s. 224-225, Kemal Gözler, Gürsel Kaplan, **İdare Hukuku Dersleri**, 15. Baskı, Bursa, Ekin Yayınları, Ağustos 2014, s. 221-260, Turgut Tan, **İdare Hukuku**, 2. Bası, y.y., Turhan Kitapevi, Eylül 2013, s. 178-187. Bazı yazarlar

KİK'in söz konusu bağımsızlığı ve özerkliği kurumun bir bağımsız idari otorite¹⁹ olduğunu göstermektedir. Yukarıda yer verdiğimiz faaliyetler ise regülatif faaliyetlerdir.²⁰

3-) Kamu İhale Kanunu'nun Amacı ve Kapsamı

a-) Kamu İhale Kanunu'nun Amacı

4734 Sayılı Kanun'un ilk maddesinde kanunun amacının kamu hukukuna tâbi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygulanacak esas ve usulleri belirlemek olduğu belirtilmiştir.²¹ Kamu alımı süreci, ülkemizde yer alan birçok farklı kamu kurum ve kuruluşu tarafından farklı zamanlarda farklı gereksinimleri karşılamak üzere yapılmaktadır. Tabiri caizse her canlının doğması, gelişmesi ve ölmesi gibi her kamu kurum ve kuruluşu mutlaka gereksinimlerini karşılamak üzere pek çok kez ihale sürecini yaşamak zorundadır. Bu kadar farklı idare tarafından gerçekleştirilen ihale sürecinin temel hatlarının tek bir kanunla düzenlenmesi fevkalade mühimdir. Tek bir kanunun farklı kamu alımlarını düzenlemede yaratacağı sorunu aşmak adına da Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği ve Yapım İşleri Uygulama Yönetmeliği başta olmak üzere pek çok ikincil düzenleme de yapılmıştır.

İhale süreci için yapılan bu yeknesaklık sözleşme sürecinde 4735 Sayılı Kanun ile sağlanmıştır. Kanunun ilk maddesinde kanunun amacı 4734 Sayılı

tarafından Devlet baş tüzel kişiliği ve mahalli idareler haricinde tüzel kişiliği bulunan kamu kurumlarının tamamı hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşu sayılmayıp bunlardan biri olan bağımsız idari otoriteler ayrı bir başlık altında sınıflandırılmıştır. Örnek olarak bkz: Oğuz Sancakdar vd., **İdare Hukuku**, 9. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2020, s. 114.

¹⁹ Aynı yöndeki görüş için bkz: Akel, **a. g. e.**, s. 11. Bağımsız idari otoriteler, kamusal yaşamın hassas alanlarında düzenleme ve denetleme görevi gibi regülatif görevleri yerine getiren bağımsız nitelikteki kamu tüzel kişileridir. Söz konusu kavram hakkında detaylı açıklamalar için bkz: Gözler, Kaplan, **a. g. e.**, s. 243-251, Tan, **a. g. e.**, s. 193-205, Sancakdar vd., **a. g. e.**, s. 281-298.

²⁰ Bağımsız idari otoritelerin faaliyetlerine ilişkin olarak “ (...) kamu hizmetlerinin yürütülmesine ve işletilmesine ilişkin değildir, yani mal ve hizmet üretmezler, tersine bu alanlardaki faaliyetler üzerinde ‘düzenleme’ (regulation) ve ‘denetleme’ (controle) niteliğinde faaliyette bulunurlar.” ifadesi kullanılmıştır. Gözler, Kaplan, **a. g. e.**, s. 245. Regülasyon faaliyetinin bağımsız idari otoriteler dışındaki kamu kurumları tarafından da gerçekleştirilebileceğine ilişkin açıklama için bkz: Sancakdar vd., **a. g. e.**, s. 281.

²¹ 2886 Sayılı Kanun'un 1. maddesinde ise her türlü kamu kaynağından ziyade sadece kamunun normal bütçe gelirleri kanun kapsamına alınmıştır.

Kanun`a göre yapılan ihalelere ilişkin sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanması ile ilgili esas ve usulleri belirlemek olarak ifade edilmiştir. Kamu ihale sözleşmelerinin yürütümü sırasında ayrıca sözleşmenin içeriğine de bağlı olarak özel borç ilişkilerine ilişkin hükümlerde uygulama alanı bulmaktadır. 4735 Sayılı Kanun`un içeriği ise sözleşmelere ilişkin genel hükümleri (kurulması, devri, feshi vs..) barındırdığından kamu ihale sözleşmeleri için bir nevi borçlar hukuku genel hükümler niteliği taşımaktadır. Fakat bu saptamanın yanında 11.01.2011 Tarihli ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu`nun Birinci Kısmı olan Genel Hükümlerin de kamu ihale sözleşmelerinde uygulanan hükümlerinin bulunduğu gözden ırak tutulmamalıdır.²²

b-) Kamu İhale Kanunu`nun Kapsamı

4734 Sayılı Kanun`nun 2. maddesinde²³ hangi idarelerin kanunun kapsamında yer aldığı²⁴ detaylı bir şekilde açıklanmıştır. 4734 Sayılı Kanun kapsamında olmayan idareler de aynı maddenin son fıkrasında²⁵ belirtilmiştir.²⁶

²² Abdullah Uz, **İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmeler Bakımından Kamu İhale Sözleşmeleri**, Ankara, Turhan Kitapevi, Nisan 2010, s. 65.

²³ *Kapsam*

Madde 2- *Aşağıda belirtilen idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihaleleri bu Kanun hükümlerine göre yürütülür:*

a) (Değişik: 1/6/2007-5680/1 md.) Genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ile özel bütçeli idareler, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı; döner sermayeli kuruluşlar, birlikler (meslekî kuruluş şeklinde faaliyet gösterenler ile bunların üst kuruluşları hariç), tüzel kişiler.

b) (Değişik: 30/7/2003-4964/1 md.) Kamu iktisadi kuruluşları ile iktisadi devlet teşekküllerinden oluşan kamu iktisadi teşebbüsleri.

c) (Değişik: 30/7/2003-4964/1 md.) Sosyal güvenlik kuruluşları, fonlar, özel kanunlarla veya Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle kurulmuş ve kendilerine kamu görevi verilmiş tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar (meslekî kuruluşlar ve vakıf yüksek öğretim kurumları hariç) ile bağımsız bütçeli kuruluşlar.

d) (Değişik: 12/6/2002-4761/10 md.) (a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilenlerin doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip oldukları her çeşit kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketler.

e) (Değişik: 13/2/2011-6111/176 md.) 4603 sayılı Kanun kapsamındaki bankalar ile bu bankaların doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip oldukları şirketlerin yapım ihaleleri.

(...)

²⁴ Söz konusu sınıflandırmanın 10.12.2003 Tarih ve 5018 Sayılı Kanun`da düzenlenen sınıflandırma ile ilişkisi için bkz: Dinçer Gönen, Hikmet Işık, **Açıklamalı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat**, Ankara, y.y., 2003, s. 62-71. 5018 Sayılı Kanun`da söz konusu idarelerin sayma yoluyla belirtilmiş olması, 4734 Sayılı Kanun kapsamındaki idarelerin tespiti konusunda tereddüt oluşumunun önüne geçmiştir. Toprak, **a. g. e.**, s. 72. 2886 Sayılı Kanun ile paralel olarak köy tüzel kişileri kanun kapsamının dışında tutulmuştur. Ali Özek, **Kamu İhale Rehberi: 4734 Sayılı Kamu**

4734 Sayılı Kanun, giriş bölümünde bahsettiğimiz üzere kamu kaynaklarının harcanmasını gerektiren ihalelerin düzenlendiği temel kanunumuzdur.²⁷ Söz konusu bu ihaleler kanunda açıkça kamu kaynaklarından karşılanan mal ve hizmet alımları ile yapım işleri olarak belirtilmiştir. Bu işlerin nelerden ibaret olduğu da tanımlar başlılığı altında açıklanmıştır.

Mal kavramı, satın alınan her türlü ihtiyaç maddeleri ile taşınır ve taşınmaz mal ve hakları²⁸ ifade etmektedir.²⁹ Hizmet kavramına nelerin dâhil olduğu 4734

İhale Kanunu ve 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Uygulamaları, Ankara, Seçkin Yayınları, Mayıs 2013, s. 39. Kamu iktisadi teşebbüslerinin 4734 Sayılı Kanun'a tabi olması konusundaki eleştiriler için bkz: Toprak, **a.g. e.**, s. 75.

²⁵ *Kapsam*

Madde 2- (...)

(Değişik ikinci fıkra: 13/2/2011-6111/176 md.) Ancak, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu ve bu Fonun hisselerine kısmen ya da tamamen sahip olduğu bankalar, 4603 sayılı Kanun kapsamındaki bankalar ve bu bankaların doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip buldukları şirketler ((e) bendinde belirtilen yapım ihaleleri hariç) 4603 sayılı Kanun kapsamındaki bankaların 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununa tabi gayrimenkul yatırım ortaklıkları ile enerji, su, ulaştırma ve telekomünikasyon sektörlerinde faaliyet gösteren teşebbüs, işletme ve şirketler bu Kanun kapsamı dışındadır.

²⁶ 4734 Sayılı Kanun'un geçici 4. maddesine eklenen fıkrayla enerji, su, ulaştırma ve telekomünikasyon sektörlerinde faaliyet gösteren teşebbüs, işletme ve şirketler, özel kanunları yürürlüğe girinceye kadar 4734 Sayılı Kanun'un 3.maddesinin (g) bendi hükmüne, bu bent kapsamında yer almayan mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinde ise kanunun diğer hükümlerine tâbi kılınmıştır. Tezin kaleme alındığı tarih itibarıyla de halen bu sektörlerle ilişkin kamu alımlarıyla ilgili özel düzenleme yapılmamıştır.

²⁷ Çalışma konumuzun dışında olan yap-işlet ve yap-işlet-devret modeliyle yapılan ihalelerinin 4734 Sayılı Kanun'daki ihalelerden en önemli farkı da esasında harcanan kaynağın bir kısmının da kamu dışı yani özel hukuk kişilerinden karşılanıyor olmasıdır. Bu alanda çalışan bir yazar tarafından kamu-özel işbirliği modeliyle kaynağı karşılanan bu ihalelerin kamu hizmeti kullanıcılarından ücret tahsil edilmesinden ötürü idarece aynı harcama olarak nitelendirilmiştir. Toprak, **a.e.**, s. 31.

²⁸ Fikri ve sinai hakların bir hak olduğu için mal kavramına dâhil edilebileceği ifade edilmiştir. Toprak, **a.e.**, s. 31.

²⁹ Söz konusu kavrama neyin dâhil olduğuna ilişkin bir örnek olarak KİK'in elektrik alımlarına ilişkin kararını verebiliriz. Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 17.06.2011. **Karar No:** 2011/DK.D-105. (Çevrimiçi) <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 09.06.2021. Söz konusu karara Bahadır Barçın, "Enerji Firmalarına Yeni Bir Pazar: Kamu İhaleleri", **Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi**, Mart 2013, sayı 111, s. 224-226 adlı eserde rastlanılmış olup daha sonra internet ortamında yapılan arama sonucu kararın aslına ulaşılmıştır. Söz konusu kararda KİK'ten elektrik piyasası ve ilgili mevzuatındaki değişiklikler ve gelişmeler sonrasında, 4734 Sayılı Kanun kapsamındaki idareler ve elektrik piyasasında faaliyet gösteren tedarikçiler tarafından idarelerin elektrik ihtiyaçlarını temin yöntemine ilişkin görüş talep edilmiştir. KİK ise vermiş olduğu görüş yazısında 4734 Sayılı Kanun'a tâbi idarelerin, elektrik ihtiyacını temini konusunun, kamu ihale mevzuatı ve elektrik piyasası mevzuatı birlikte ele alınarak değerlendirilmesi gerekmekte olduğunu ifade ederek her iki kanun açısından da durumu değerlendirmiştir. Buna göre idarelerin, elektrik enerjisi temin yönteminin, idarenin "serbest olmayan tüketici" ya da "serbest tüketici" olmasına göre belirlenmesi gerekmektedir. Elektrik piyasasında gerçek veya tüzel kişilerin serbest tüketici niteliği kazanmalarına ilişkin olarak yapılacak uygulamalara dair usul ve esaslar, Elektrik Piyasası Serbest Tüketici Yönetmeliğinde

Sayıli Kanun'un 2. maddesinde³⁰ ifade edilmiştir. İlgili kanun hükmüne baktığımızda hizmetin tanımı yerine örnekseme yoluyla sayıldığı görülmektedir.³¹ Fakat aynı zamanda kanun koyucu, "ve benzeri" ifadesiyle hizmet alımlarını sınırlı bir şekilde saymamıştır. Yapım işi için de aynı kanun maddesinde³² hizmetin tanımına ilişkin yapılan örnekseme kullanılmıştır.³³ Burada da ve benzeri ifadesiyle yapım işlerinin sınırlı sayıda olmadığı belirtilmiştir.³⁴

düzenlenmiştir. Söz konusu yönetmeliğin 4. maddesinde serbest tüketici, Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu tarafından belirlenen elektrik enerjisi miktarından daha fazla tüketimde bulunması veya iletim sistemine doğrudan bağlı olması nedeniyle tedarikçisini seçme serbestisine sahip gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmıştır. KİK de bu mevzuata göre serbest tüketici olan idarelerin elektrik ihtiyaçlarını 4734 Sayılı Kanun çerçevesinde mal alımı ihalesi olarak temin etmeleri gerektiği kanaatine varmıştır. Ayrıca Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği ile Mal Alımları Denetim Muayene ve Kabul İşlemlerine Dair Yönetmelikte elektrik alımlarına yönelik değişiklik çalışmasının başlatılmasına oybirliği ile karar vermiştir. Nitekim güncel tarihli kararlarda da elektrik enerjisi alımları, mal alımı kapsamında değerlendirilmiş olup bu kararlara şu örnekler verilebilir: Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 26.06.2019. **Karar No:** 2019/UM.II-721. (Çevrimiçi) <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 30.07.2021, Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 18.09.2015. **Karar No:** 2015/UM.I-2596. (Çevrimiçi) <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 30.07.2021.

³⁰ Tanımlar

Madde 4- Bu Kanunun uygulanmasında;

(...)

Hizmet: (Değişik: 30/7/2003-4964/3 md.) Bakım ve onarım, taşıma, haberleşme, sigorta, araştırma ve geliştirme, muhasebe, piyasa araştırması ve anket, danışmanlık, (...), tanıtım, basım ve yayım, temizlik, yemek hazırlama ve dağıtım, toplantı, organizasyon, sergileme, koruma ve güvenlik, meslekî eğitim, fotoğraf, film, fıkri ve güzel sanat, bilgisayar sistemlerine yönelik hizmetler ile yazılım hizmetlerini, taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanmasını ve benzeri diğer hizmetleri,

(...)

Öğretide taşınmaz mal kiralama işi hizmetten ayrı bir iş olarak zikredilmiştir. Gözler, Kaplan, **a. g. e.**, s. 473, Atay, **a. g. e.**, s. 224-225. Tanıma ilişkin maddede yer aldığı gibi biz bu işin hizmet kavramına dahil olduğunu düşünüyoruz.

³¹ Hizmet işine örnek olarak ağaçlandırma, erozyon kontrolü ve fidan dikim işi dahi verilebilir. Mehmet Aksoy, Kerem Eray Erbay, **Kamu Alımlarında İhale ve Sözleşme Süreci (Mal ve Hizmet Alımları ile Yapım İşleri)**, Ankara, Muhasebat Kontrölleri Derneği, Temmuz 2006, s. 6.

³² Tanımlar

Madde 4- Bu Kanunun uygulanmasında;

(...)

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,

(...)

³³ Yapım işi kavramı ilk etapta sadece inşaat faaliyetini çağrıştırmakta ise de kanunda inşaatın yanı sıra pek çok kavram bu tanımın içine alınmıştır. Örneğin bir yazar tarafından hem havalimanı inşaatı hem de havalimanının çevre düzenlemesinin yapım işi kavramına dâhil olduğu ifade edilmiştir. Yasin

Giriş bölümünde ifade edildiği üzere bazı kamu ihaleleri kendi özel kanunlarına tabidir. Bu ihalelerin en önemli örnekleri olarak 24.11.1994 Tarihli ve 4046 Sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun`una tabi olan özelleştirme ihaleleri ile 08.06.1994 Tarihli ve 3996 Sayılı Bazı Yatırım Ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun`una tabi olan yap-ışlet-devret ihalelerini verebiliriz. Söz konusu ihalelerin 4734 Sayılı Kanun`a tabi olmadığı ilgili kanunlarda açık bir şekilde ifade edilmiştir.³⁵

4734 Sayılı Kanun`un yürürlüğe girmesiyle birlikte kamunun harcama yapması gereken ihaleleri ile kamuya gelir getirici nitelikteki ihaleler farklı kanunlar tarafından düzenlenir olmuştur. İlgili başlıkta ifade edildiği gibi 2886 Sayılı Kanun, ihalelerinin kamunun harcama yapmasına neden olması ile kamuya gelir getirici nitelikte olması ayrımını yapmadan bütün kamu ihalelerine uygulanır niteliktedir.³⁶ 4734 Sayılı Kanun`un 2. maddesinde mal ve hizmet alımları ile yapım işleri ihalelerinin 4734 Sayılı Kanun`a tabi olacağı belirtilmesinin yanında 68. madde de açıkça 2886 Sayılı Kanun`un 4734 Sayılı Kanun`a uymayan hükümlerinin uygulama alanı bulamayacağı yazılmıştır. Böylelikle 2886 Sayılı Kanun`un hükümleri, mal ve hizmet alımları ile yapım işleri için ilga edilmiş durumdadır. O halde kamunun harcama yapmasına neden olan ihaleleri için 4734 Sayılı Kanun`un yürürlüğe girdiği andan itibaren yegâne olarak uygulanacağı açıktır. Bunun yanı sıra 2886 Sayılı Kanun`un halen yürürlükte bulunuyor olması kamuya gelir getirici ihaleler için de 2886 Sayılı Kanunun halen uygulanmaya devam ettiğini bizlere göstermektedir.³⁷

Sezer, Recep Emre Kalkan vd., **Kamu İhale Hukuku Dersleri**, Ankara, Adalet Yayınevi, Kasım 2017, s. 44.

³⁴ Bakım ve onarım işlerinin hizmet ve yapım işinden hangisine girdiği Kamu İhale Genel Tebliğ`in 63.1. maddesi açıklığa kavuşturmuştur. Buna göre büyük onarım yapım tanımı içinde, bakım ve onarım ise hizmet tanımı içinde sayılmıştır. Bu çerçevede, bütçe tertiplerine bakılmaksızın makine ve ekipmanın bakım ve onarımının hizmet alımı, küçük onarımlar da dahil olmak üzere yapıma ilişkin onarımların ise yapım işi olarak addedilmiştir.

³⁵ Çalışmamızın bütününde de esasında kamu ihaleleri kavramını bu tarz ihaleleri kapsamayacak şekilde kullanmaktayız.

³⁶ Her ne kadar 2886 Sayılı Kanun`un kapsamı daha geniş gözükse de gerek işbu kanunda gerekse de özel kanunlarla tanınan muafiyetler ile kanunun uygulandığı idare sayısına göre oldukça dar bir çerçevede kaldığı görülmektedir. Özek, **a. g. e.**, s. 35.

³⁷ Kamuya gelir getirici ihalelerin düzenlendiği diğer özel kanunların listesi için bkz: Toprak, **a. g. e.**, s. 26.

Böylelikle nitelikleri itibariyle farklılık gösteren her iki ihale türü için iki farklı düzenleme getirilmiş olmaktadır.

2886 ve 4734 Sayılı Kanunlar kapsamında sayılanlar haricinde işler için hangi kanun hükmünün uygulama alanı bulacağı tartışma konusu oluşturabilir. Birinci görüş olarak bu tarz işlerin hangi kanuna tabi olacağı meselesinde yapılan işte kamu geliri ve kamu harcaması olup olmadığının tespiti sonucuna göre hareket edilmesi gerektiği söylenebilir. Bu ayrıma göre kamuya gelir getirici işler 2886 Sayılı Kanun'a, kamunun harcama yapmasını gerektiren işler ise 4734 Sayılı Kanun'a tabi olması gerekecektir. İkinci bir görüş ise bu tarz işlerin her iki kanun kapsamına da girmeyeceği yönünde olabilir. Zira söz konusu ayırım, konuyla ilgili çalışmalarda ifade edilmekte olup kanuni dayanaktan yoksundur. Her ne kadar bu ayırım kriteri, büyük ölçüde doğru sonuca götürmekte ise de somut olay bakımından yetersiz kaldığı durumlar da bulunabilir. Söz konusu bu tartışma farazi nitelik taşımaktadır zira bu zamana kadar her iki kanun kapsamına da sınıflandırılmayan bir uyuşmazlık mevcut yargı kararları çerçevesinde tarafımızca rastlanılmamıştır.³⁸

4734 Sayılı Kanun'dan istisna edilen ihaleler, kanunun yürürlüğe girdiği tarihten bu yana sürekli artmıştır. 4734 Sayılı Kanun'un 3. maddesinde istisna kapsamında olduğu belirtilen ihaleler sayma yoluyla belirtilmiştir.

İstisnalar, sınırlı sayıda belirtilmiş olduğundan kıyas yoluyla çoğaltılması söz konusu değildir.³⁹ Kanunda istisna olarak sayılan ihaleler 4734 Sayılı Kanun'a kural olarak tabi olmamakla beraber söz konusu kanunun ceza ve ihalelerden yasaklama hükümlerine tabidirler. Ayrıca istisna kapsamında yer alan ihalelere ilişkin olarak da idarelerin 4734 Sayılı Kanun'da yer alan ihale usullerine ilişkin bir ya da birkaç unsurunu yahut bütün yöntemleri takdir ederse uygulayabilecek olması da göz ardı edilmemelidir.⁴⁰

³⁸ Her iki kanunun uygulama alanına yakın olan işler için idareler tarafından ihtiyari olarak söz konusu kanunların uygulanabileceği söylenebilir. Gözler, Kaplan, **a. g. e.**, s. 475.

³⁹ 4734 Sayılı Kanun haricinde diğer kanunlarda sayılan istisna hükümlerinin listesi için bkz: Toprak, **a. g. e.**, s. 95-103.

⁴⁰ 4734 Sayılı Kanun'da yer alan temel ilkelerin söz konusu kanundan istisna edilen ihalelere de uygulanması gerektiği yönündeki Danıştay kararı için bkz: Danıştay 13. Dairesi, 21.12.2017 Tarihli

B-) TÜRKİYE`DEKİ KAMU ALIMI İHALELERİNİN TARİHÇESİ

1-) 04.01.2002 Tarihli ve 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu Yürürlüğe Girmeden Önceki Dönem

a-) 08.09.1983 Tarihli ve 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu Yürürlüğe Girmeden Önceki Dönem

Kamu gereksinimleri devlet yapılanmasının ortaya çıktığı andan itibaren dünyanın hemen her yerinde olan bir olgu olmakla beraber ülkemizde bu gereksinimin belli bir kamu ihale sistemi ile karşılanması ilk olarak 22.04.1925 Tarihli ve 661 Sayılı Müzayede, Münakasa ve İhale Kanunu adıyla yayımlanan kanunla sağlanmıştır.⁴¹ 661 Sayılı Kanun, bu konudaki ilk kanun olma özelliğini taşımaktadır.⁴² 4734 Sayılı Kanun`da yer alan müesseselerin birçoğu da ilk defa bu kanunla hukuk hayatımıza girmiştir. Farklı isimler altında düzenlenmesine rağmen bu müesseselere örnek olarak ihale şartnameleri, ihale ilanı, teminat alınması, aşırı düşük teklif tespiti ve izlenebilecek yöntem ile ihaleye katılım yasakları⁴³ sayılabilir. Kamuya gelir getiren ve kamunun harcama yapmasını gerektiren ihalelerin bir arada düzenlenmesine karşın altyapı yapım işleri kanunun düzenleme alanı dışındadır. Kanunda yer alan ihale yöntemleri ise kapalı zarf usulü, pazarlık, arttırma/eksiltme ve emanet usulü olmak üzere 4 çeşit olarak sıralanmıştır.

661 Sayılı Kanun, 9 yılı aşkın bir süre içerisinde Cumhuriyet`in ilk yıllarında yürürlükte olsa da 10.12.1934 Tarihli ve 2490 Sayılı Arttırma Eksiltme ve İhale Kanunu`nun yürürlüğe girmesi ile mülga olmuştur. Böylelikle genel, katma ve özel bütçeli idarelerin kiraya verme, kiralama, yaptırma, keşfettirme, satın alma, satma ve benzeri işleri bu kanun hükmü kapsamında sayılmıştır. Söz konusu kanun adından da

2011/1039 Esas 2017/4119 Karar Sayılı Kararı, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 09.06.2021. Anayasa Mahkemesi de 13.01.2016 Tarihli 2015/60 Esas 2016/2 Karar Sayılı Kararında aynı yönde görüş belirtmiştir. Toprak, a. e., s. 79.

⁴¹ 1857 Tarihli Nizamname, 1914 Tarihli Nizamname ve 1921 Tarihli Kararname`nin de kamu ihale hukukuna ilişkin tarihimizdeki ilk kaynaklar olduğu ifade edilmiştir. Sezer, Kalkan vd., a. g. e., s. 5. Abdullah Uz, **Kamu İhale Hukuku**, Ankara, Turhan Kitapevi, Aralık 2005, s. 127, Duygu Kılıç, **Açıklama ve Emsal Kararlarla Kamu Alımları İhale ve Sözleşmeleri**, Ankara, Adalet Yayınevi, Ekim 2010, s. 2. Biz ise bu çalışmamızda tarihçeyi Cumhuriyet döneminden itibaren başlattık.

⁴² Söz konusu kanun, kapsamındaki ihale türleri olarak her çeşit satın almayı, satışı, kirayı, inşaatı, tamirati, keşfi, imalatı, işletmeyi, nakliyatı ve benzeri işleri saymıştır. Sezer, Kalkan vd., a. g. e., s. 6.

⁴³ Söz konusu kanundaki yasaklılık hali sadece geçici yasaklamayı kapsamaktaydı. Akel, a. g. e., s. 3.

anlaşılacağı üzere kavramların Türkçe isimlerle sadeleştirilmesiyle öne çıkmaktadır. Madde sayısının 661 Sayılı Kanuna nazaran daha fazla olduğu bu kanunda yeni hukuki müesseseler; yerli olmayan isteklilerin ihaleye katılma koşulları, şartname ve ilanın uyumlu olması, ihale komisyonunun kuruluşu ve yapısının teşekkülü, ihaleyle ilgili hukuka aykırı eylem ve işlemlerde bulunanlara getirilecek olan ceza düzenlemeleri olarak sayılabilir. İhale yöntemlerine dar alım yöntemi adı verilen bir ihale yöntemi daha ilave edilmiş olup aynı zamanda ilk istisna düzenlemeleri de bu kanunla getirilmiştir.

b-) 08.09.1983 Tarihli ve 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu Yürürlüğe Girdikten Sonraki Dönem

08.09.1983 Tarihli ve 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 10.09.1983 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanması ile birlikte yeni bir döneme başlanılmıştır.⁴⁴ Söz konusu kanunun en mühim özelliği, kamuya gelir getirici ihaleler olan satım, kira, trampa ile mülkiyetin gayri ayni hak tesisi gibi ihaleler ile kamunun harcama yapmasına neden olacak olan alım, hizmet, yapım ve hizmet bağlamında taşıma işleri ihalelerinin aynı kanunda düzenleniyor olmasıdır.⁴⁵

2886 Sayılı Kanun'un getirmiş olduğu düzenlemeler aynı zamanda eleştiri konusu yapılmıştır.⁴⁶ En fazla eleştirilmesi gereken müessese olarak tahmin edilen bedel üzerinden eksiltme yoluyla ihalenin gerçekleştirilmesi verilebilir. Söz konusu yöntemle göre ihale makamı olan idare tarafından tespit edilen tahmin edilen bedele göre istekliler tarafından eksiltme yapmak suretiyle teklifler verilmekte ve en yüksek eksiltmeyi yapan üzerine ihale kalmaktadır. Bu uygulama da fiyat dışı unsurların hiçbir suretle değerlendirilmeyerek kamuya en az maliyeti olan isteklinin teklifini kabul etme yükümlülüğü yüklemiş olmaktadır. Haliyle kamu gereksinimlerinin gereği gibi yerine göre getirilmesi de mümkün olamamaktaydı.

⁴⁴ Bu husus bu alanda çalışan bir yazar tarafından "Bir önceki dönemdeki memleket çocuklarına yönelik koruyuculuk bu dönemde uluslararası ticari ilişkilere uyum kaygısıyla yer değiştirmiştir." şeklinde ifade edilmiştir. Toprak, a.g.e., s. 48.

⁴⁵ Kaplan, a. g. e., s. 21, Akel, a. g. e., s. 19, Uz, a. g. e., s. 1.

⁴⁶ Uz, a. e., s. 130.

2886 Sayılı Kanun'un eleştirilmesi gereken bir diğer yönü ihalenin ilanının, ihaleden önce 10 gün gibi kısa bir sürede yapılmasıdır. Anılan bu süre isteklilerin tekliflerini gerçekçi bir şekilde hazırlamalarına fırsat vermemekte olup aynı zamanda ihaleye ilişkin ilkelerin gerçekleşmesine engel teşkil etmektedir.⁴⁷

2886 Sayılı Kanun'un bir diğer eleştirisi konusu yapılabilecek hükmü ise kanunun 44. maddesinde yer alan belli istekliler arasındaki ihale usulüne ilişkin düzenlemedir. İlgili düzenlemeye göre bazı ihaleler⁴⁸, diğer ihale usulleri yerine teknik yeterlilikleri ve güçleri idarece kabul edilmiş en az 3 istekli arasında kapalı teklif usulü ile yaptırılmaktadır. Aynı zamanda belli istekliler arasında ihale usulünde ihaleye katılacak isteklilerin isimleri dahi belirtilmek suretiyle bizzat ilgili veya bağlı bulunulan bakanın onayının alınması zorunluluk arz etmektedir. Kanunun en çok eleştirilen yönü de buraya ilişkindir. İhaleye katılacak olan isteklilerin bizzat ilgili veya bağlı bulunulan bakanlık yani siyasi otorite tarafından belirleniyor olması ihalede eşit muamele ve rekabet ilkesi başta olmak üzere birçok ilkenin ağır bir şekilde ihlali anlamına gelmektedir.⁴⁹

2886 Sayılı Kanun'un ihaleleri siyasi otoritenin kaderine bıraktığı bir diğer düzenleme "Özelliği Bulunan İşler" başlıklı 89. maddesidir. Söz konusu maddede sayılan ihalelerde⁵⁰ kanunun uygulanmamasına Cumhurbaşkanınca karar

⁴⁷ Kaplan, a. g. e., s. 21.

⁴⁸ *Belli istekliler arasında yapılacak ihaleler:*

Madde 44 – (Değişik : 2/3/1984-2990/7 md.)

Uçak, harp gemisi, harp mühimmatı, elektronik cihaz, askeri tesisat ve levazımat, silah ve malzeme sistemleri, savunma sanayi ile ilgili faaliyetler ve bunlara ait her türlü yedek parça alımı; barajlar, enerji santralleri, sulama tesisleri, limanlar, rıhtımlar, hava meydanları, demiryolları, lokomotifler, karayolları, tüneller, köprüler, akaryakıt tesisleri, özelliği bulunan yapım işleri, bedii ve teknik hususiyetleri taşıyan sanat işleri, kentlerin ulaşım sistemlerine ilişkin planlar, kentlerin harita, nazım ve imar planları, su, kanalizasyon ve enerji tesisleri ile bunların etüt ve proje işlerinin ihalesi, (...)

⁴⁹ Kaplan, a. e., s. 22.

⁵⁰ *Özelliği bulunan işler:*

Madde 89 – (Değişik : 2/3/1984 - 2990/10 md.)

Bu Kanun hükümlerinin uygulanmasının mümkün olamayacağı haller ile, Türk Silahlı Kuvvetlerinin ve Emniyet Genel Müdürlüğünün yeniden teşkilatlanması, silah, araç ve gereçlerinin modern teknik gelişmelere uygun şekilde yenileştirilmesi ve Türk Silahlı Kuvvetlerinin Stratejik Hedef Planının gerçekleşmesi için temin edilecek mal ve hizmetlerin ihalesinde; ilgili bakanlığın teklif edeceği ihaleler (...)

verilmektedir.⁵¹ Kanun kapsamı dışında kalan bu ihalelerde uygulanacak usul ve esaslar ise ilgili idarelerince hazırlanarak ilgili bakanın onayı ile belirlenmektedir. Böylelikle hangi ihalelerde 2886 Sayılı Kanun hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına dair karar, ihale makamı idare ile ilgili bakanlık ve Cumhurbaşkanının olduğu süreçte siyasi otoritenin takdirine bırakılmıştır.

2-) 04.01.2002 Tarihli ve 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu Yürürlüğe Girdikten Sonraki Dönem

a-) 04.01.2002 Tarihli ve 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu`yla Getirilen Önemli Yenilikler

Kamu ihale hukuku için bir devrim niteliğinde olan değişim 04.01.2002 Tarihli ve 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu ile 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 22.01.2002 tarihinde yürürlüğe girmesi ile yaşanmıştır.⁵² Söz konusu kanunların kamu ihale hukukumuzdaki getirdiği yeniliklerin temel kısımları bu başlık altında ilerleyen paragraflarda anlatıldığı gibi aynı zamanda çalışmanın genelinde de ilgili başlıklar altında detaylı bir şekilde açıklanmıştır. Çalışmamızda her iki kanun birlikte ele alınmakla beraber 4734 Sayılı Kanun`a ilişkin açıklamalar, 4735 Sayılı Kanun`u da kapsar biçimde yapılmış olup 4735 Sayılı Kanun`da ayrık bir düzenleme olduğunda ayrıca açıklanmaya çalışılmıştır.

⁵¹ 2886 sayılı kanunun kamu alımı ihalelerine uygulandığı dönemde bu şekilde olan kanun metnindeki "Bakanlar Kurulunca" ibaresi 02.07.2018 tarihli ve 700 sayılı KHK'nin 81'inci maddesiyle, "Cumhurbaşkanınca" şeklinde değiştirilmiştir.

⁵² Söz konusu kanunların çıkarılma gerekçesinin kamu alımlarını usulsüzlük ve yolsuzluk algısından kurtararak Avrupa Birliği (AB) normlarına uygun hale getirmek olduğu yönündeki görüş için bkz: Ertuğrul Karatoprak, "Kamu İhalelerinde ve Sözleşme Yönetimi Süreçlerinde Görevlendirilen Kamu Personelinin Sorumlulukları", **Maliye Dergisi**, Ocak-Haziran 2011, Sayı 160, s.411. Başka bir yazar tarafından yeni düzenlemenin yapılma gerekçesi şu şekilde ifade edilmiştir: "2886 sayılı Devlet İhale Kanununun ihtiyaçlara cevap vermekte yetersiz kalması, rekabeti, şeffaflığı, eşit muameleyi sağlamaya dair mekanizmalarının zayıf olması, siyasi otoritenin ihale sürecine dâhil olmasına izin vermesi, mal ve hizmet üreten kamu işletmelerinin kamu idarelerine ihalesiz mal veya hizmet satmasına izin vererek haksız rekabete yol açmak suretiyle bu alanda mal ve hizmet üreten özel sektör işletmelerinin gelişmesini engellemesi, dünya uygulamalarına paralellik göstermemesi ve benzeri nedenlerle kamu kaynaklarının en iyi şekilde kullanılmasını sağlayamaması ve kamu idarelerinin aynı kanun hükümlerine tabi olmasının uygulamada yol açtığı sıkıntılar nedeniyle yeni düzenleme yapılmasına gerek duyulmuştur." Kaplan, **a. g. e.**, s. 22. Ayrıca kanunun yürürlüğe girmesiyle kamu ihale hukukunda geleneksel dönemden işletimci döneme geçtiğimiz belirtmiştir. Toprak, **a. g. e.**, s. 46.

Öncelikle söz konusu kanunların adlarından da anlaşıldığı gibi kamu ihalesi süreci ile kamu ihale sözleşmesi süreci birbirinden ayrılmış olup her iki süreç de ayrı kanunlarla düzenleme altına alınmıştır. Her iki kanunun da aynı zaman diliminde çıkarılması içeriklerinin birbirine uygun olarak düzenlenmesini sağladığından oldukça önemlidir.

4734 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle birlikte kamunun harcama yapması gereken ihaleleri ile kamuya gelir getirici nitelikteki ihaleler farklı kanunlar tarafından düzenleniyor olmasını kanunun kapsamına ilişkin bölümde açıklamıştık. Bunun yanı sıra 2886 Sayılı Kanun'da da ifade edilen temel ilkeler, 4734 Sayılı Kanun ile daha da geliştirilmiş bir şekilde ve kanunun diğer maddelerinde vücut bulacak şekilde yeniden düzenlemiştir. 4734 Sayılı Kanun'un 5. maddesinde ihaleler için saydamlık, rekabet, güvenilirlik, kamuoyu denetimi ve kaynakların verimli kullanılmasının sağlanması temel ilkeler olarak kabul edilmiştir.⁵³

2886 Sayılı Kanun'a nazaran 4734 Sayılı Kanun'un 13. maddesiyle ihalelerin ilan süreleri uzatılarak ihaleye katılacak olan isteklilerin daha gerçekçi ve sorumluluk taşıyan teklifler hazırlayabilmeleri sağlanmıştır.⁵⁴ Ayrıca ihale usulleri, AB mevzuatı başta olmak üzere uluslararası düzenlemelere daha uyumlu hale getirilmiştir.⁵⁵

Yine ilana ilişkin olan 13. madde ile kamu ihale sürecindeki kamuoyu denetiminin sağlanması için sonuçlanan ihalelerin Kamu İhale Bülteninde yayımlanması usulü getirilmiştir.

Hizmet alımı ihalesinin bir türü olan danışmanlık hizmet alımı ihalesi, taşıdığı farklı özelliklere binaen kanunun 48-52. maddeleri arasında ayrı düzenlemelere tabi tutulmuştur.

⁵³ Söz konusu bu ilkelerin yanı sıra aynı kanun maddesinde aralarında kabul edilebilir doğal bir bağlantı olmadığı sürece mal alımı, hizmet alımı ve yapım işleri birarada ihale edilemez, ödeneği bulunmayan hiçbir iş için ihaleye çıkılamaz, eşik değerlerin altında kalmak amacıyla mal veya hizmet alımları ile yapım işleri kısımlara bölünemez gibi pek çok ilke isim olarak zikredilmiş ise de esasında bu sayılanların kanunun ilgili maddesinin ilk fıkrasında sayılan ilkelerin içerisinde olduğunu düşünüyoruz.

⁵⁴ Söz konusu sürelerin uzunluğu bir yazar tarafından şu şekilde ifade edilmiştir: *"Böylece isteklilere ihaleye iştiraklerini sağlayacak, projeyi enine boyuna inceleme fırsatı verecek, hatta o projede bulabildikleri eksiklikleri idareye bildirebilecek ve düzeltme isteyebilecek ölçüde zaman verilmiştir."* Uz, a. g. e., s. 133.

⁵⁵ Kaplan, a. g. e., s. 28, Özek, a. g. e., s. 35.

Kamu ihale sürecine ilişkin bir üst kurum olarak KİK, kanunun 53. maddesiyle ihdas edilmiş ve söz konusu kuruma ihalelere ilişkin şikâyetleri inceleyip anlaşmazlıkları çözme yetkisi tanınmıştır. KİK, sahip olduğu bu yetkiyle yarı-yargısal bir kurum olarak kurulmuş bulunmaktadır.

4734 Sayılı Kanun'un 62. maddesinin ilk fıkrasının a-) bendinde ifade edildiği gibi yatırım projelerinin plânlanan sürede tamamlanarak ekonomiye kazandırılabilmesi amacıyla, birden fazla yılı kapsayan işlerde ihaleye çıkılabilmesi için, işin süresine uygun olarak yıllar itibariyle ödeneğin bütçelerinde bulunmasını sağlamak üzere programlamanın yapılmış olması zorunluluğu getirilmiştir. Aynı madde hükmüne göre istisnalar hariç⁵⁶ ilk yıl için öngörülen ödenek, proje maliyetinin % 10'undan az olamayacağı gibi başlangıçta daha sonraki yıllar için programlanmış olan ödenek dilimleri sonraki yıllarda azaltılamayacaktır.

Her ne kadar AB müktesebatına uyum çalışmaları sonucu yerli ve yabancı istekli ayrımı azaltılmaya çalışılmışsa da 4734 Sayılı Kanun ile hem yerli isteklilere⁵⁷ hem de yerli malına⁵⁸ ilişkin % 15'e kadar fiyat avantajı sağlanması⁵⁹ öngörülmüştür.

⁵⁶ İstisnası ise yine aynı kanun maddesine göre ilgili yıl merkezî yönetim bütçe kanununda belirlenen stratejik öneme sahip yatırımlar ile projelerdir.

⁵⁷ 4734 Sayılı Kanun'un 4. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti (T. C.) vatandaşı gerçek kişiler ile Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişilikler olarak tanımlanmıştır. Yerli istekli olduğunun tevsiki için gerçek kişilerde T. C. Kimlik Numarası, tüzel kişilerde ise kuruluş belgesi işlev görmektedir. Hüseyin Gürhan vd., **Son Değişikliklerle Soru ve Cevaplı Kamu İhale Hukuku**, Ankara, Yazarlar Yayıncı, Kasım 2009, s. 23. KİK'in 04.02.2010 Tarihli ve 2010/UH.I-456 Sayılı kararı ile 18.02.2010 Tarihli ve 2010/UH.III-608 Sayılı kararlarında teklif mektubunda yerli istekli olduğunun belirtilmemesine rağmen teklifte yer alan belgelerden bu hususun anlaşılmasının yeterli olacağı öngörülmüştür. İrfan Yılmaz, **Kamu İhale Kurulu Kararlarında Uyarlanmış İhale Uygulayıcıları İçin Soru ve Cevaplarla İhale İşlemleri ve Yasaklılık**, Ankara, Adalet Yayınevi, Ocak 2011, s. 191-194. Yerli istekliklere yönelik fiyat avantajı sağlamanın idarenin takdirine bağlı olduğuna ilişkin karar örneği için bkz: Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 30.06.2021. **Karar No:** 2021/UY.I-1310. (Çevrimiçi) <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 30.07.2021.

⁵⁸ Mal alımı ihalelerinde yerli malı kavramının neleri kapsadığına ilişkin KİK'in 12.12.2002 Tarihli ve 2002/DK.D-8 Sayılı kararı mevcuttur. Yusuf Akça, **Kamu İhale Mevzuatı: Kanunlar, Yönetmelikler, Bakanlar Kurulu Kararları, Tebliğler, Düzenleyici Kurul Kararları**, İstanbul, Maliye Bakanlığı, 2013, s. 864-865. Yerli malı teklifi sunan isteklinin teklifinin yerli malı olduğunu kendisinin tevsik etmesi gerekeceğine ilişkin karar örneği için bkz: Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 08.07.2021. **Karar No:** 2021/UM.I-1336. (Çevrimiçi) <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 30.07.2021.

⁵⁹ Söz konusu bu avantajın sağlanması için ihale dokümanında mutlak olarak hüküm bulunmalıdır. Cumhuriyet Sezer, Bülent Büber, **Yerel Yönetimler İçin Hizmet Alımı İhaleleri Kılavuzu**, Ankara,

2886 Sayılı Kanun`da yer alan tahmini bedel kurumun getirdiği sakıncaları bertaraf etmek üzere 4734 Sayılı Kanun`un 9. maddesi ile yaklaşık maliyet kurumu ihdas edilmiştir. Böylelikle idarenin önceden fiyat açıklaması yapmadan isteklilerin serbest piyasa ekonomisi koşulları altında fiyat hazırlayarak teklif sunmasının yolu açılmıştır. Aynı zamanda idarenin etkili bir piyasa araştırması yaparak yaklaşık maliyeti belirlenmesi kanun koyucu tarafından istenmiş olmakla idarenin de piyasaya ilişkin tam bilgi sahibi olarak fiyatları değerlendirebilmesini temin edilmiştir. Bu değerlendirmede kullanılabilecek olan en önemli enstrüman da yine 4734 Sayılı Kanun`da düzenlenen aşırı düşük fiyat teklifine ilişkin müessesedir.

2886 Sayılı Kanun`un 25. maddesi ile isteklilerden alınacak geçici teminat miktarı, idarece tahmin edilen bedelin % 3`ü olarak belirlenmiştir. 4734 Sayılı Kanun ile yaklaşık maliyet düzenlemesi getirildiği için artık idarelerce işin tahmin edilen bedeli yayımlanmamaktadır. Bunun yerine kanun koyucu 33. madde ile alınacak olan geçici teminat miktarının isteklinin teklif ettiği bedelin % 3`ünden az olmama kuralını getirmiştir.

b-) 04.01.2002 Tarihli ve 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu`yla Getirilen Önemli Yenilikler

4735 Sayılı Kanun`nun 6. maddesi⁶⁰ ile kamu ihale sözleşmeleri; anahtar teslimi götürü bedel sözleşme, götürü bedel sözleşme ve birim fiyat sözleşme gibi çeşitli sözleşme türlerine ayrılmıştır.⁶¹

TODAİE Yayını, 2012, s. 258. Söz konusu bu fiyat avantajı, uygulama yönetmeliklerinde ihalede fiyat avantajı uygulanmayan tekliflerde fiyat avantajı yüzdesi kadar artırım yapılması şeklinde uygulanacağı düzenlenmiştir. Toprak, **a. g. e.**, 127.

⁶⁰ *Sözleşme türleri*

Madde 6- *Kamu İhale Kanununa göre yapılan ihaleler sonucunda;*

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

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

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

Anahtar teslimi götürü bedel sözleşme, yapım işlerinde isteklinin teklif ettiği toplam bedel üzerinden düzenlenen sözleşme olup mal ve hizmet işlerinde ise bu sözleşmenin adı götürü bedel sözleşme olmaktadır. Birim fiyat sözleşmede ise idarece hazırlanmış cetvelde yer alan her bir iş kalemine ilişkin olarak istekliler de ayrı fiyat teklifi vermekte olup sonuç olarak yine toplam bedel üzerinden sözleşme yapılmaktadır.⁶² Yapım işlerinde işin bir kısmına tek fiyat geri kalan kısımlarındaki iş kalemlerine ayrı fiyat verilebildiği hallerde yapılan sözleşme karma sözleşme adını almaktadır.

Uygulama birliğini sağlamak üzere idarelerin yapacağı kamu ihale sözleşmeleri yapılırken esas alınmak üzere mal ve hizmet alımı ile yapım işlerine ilişkin ayrı ayrı Tip Sözleşmelerin düzenlenmesi öngörülmüştür. 4735 Sayılı Kanun'un 5. maddesi gereği bu Tip Sözleşmeler Resmi Gazete'de yayımlanır.

Kamu ihale sözleşmelerinin ayrı bir kanunla düzenliyor olması, sözleşme sürecine ilişkin kurumların da ayrıntılı olarak düzenlenmesine olanak vermiştir. Söz gelimi fiyat farkı verilmesi, denetim, muayene ve kabul işlemleri, sözleşmede değişiklik yapılabilmesi, sözleşmenin devri ve feshi, yasak fiil ve davranışlar ile

d) (Ek: 1/6/2007-5680/3 md.; Değişik: 20/11/2008-5812/32 md.) Yapım işlerinde; niteliği itibarıyla iş kalemlerinin bir kısmı için anahtar teslimi götürü bedel, bir kısmı için birim fiyat teklifi alma yöntemleri birlikte uygulanmak suretiyle gerçekleştirilen ihaleler sonucunda karma sözleşme, e) (Ek: 20/11/2008-5812/32 md.) Çerçeve anlaşmaya dayalı olarak idare ile yüklenici arasında imzalanan münferit sözleşme, Düzenlenir.

⁶¹ 4735 Sayılı Kanun'un "Sözleşme türleri" başlığını taşıyan 6. maddesinde kamu ihale sözleşmeleri 5 tür olarak sayılmıştır. Çerçeve sözleşmeyi akabinde yapılacak münferit sözleşmeden ayrı olarak sayacak olursak 6 tür kamu ihale sözleşmesi bulunmaktadır.

⁶² Birim fiyat teklif cetvellerinin isteklilerce hazırlanırken nelere dikkat edilmesi gerekeceğine ilişkin bkz: Sezer, Büber, **a. g. e.**, s. 256-257. Burada dikkat edilecek husus, anahtar teslimi götürü bedel işlerde birim fiyat ve dolayısıyla birim fiyat cetveli bulunmadığından istekliler tarafından ihtiyaren sunulan hesap cetvellerine ilişkin aritmetik hata incelemesi yapılmayacaktır. KİK'in aynı paralel görüşte 11.01.2010 Tarih ve 2010/UY.I-91 Sayılı kararı bulunmaktadır. İrfan Yılmaz, **a. g. e.**, s.175-176. Kısmi teklife izin verilen ihalelerde kısmi olarak verilen tekliflerde aritmetik hata bulunması halinde teklifin bu kısmı değerlendirme dışı bırakılsa da geri kalan kısımlara ilişkin teklifler geçerliliğini koruyacaktır. Sezer, Büber, **a. g. e.**, s. 263. KİK'in 17.09.2009 Tarihli ve 2009/UM.I-2340 Sayılı Kararı da bu yöndedir. İrfan Yılmaz, **a. g. e.**, s.183-185. İdarelerce aritmetik hata olup olmadığının nasıl incelenmesi gerektiğine ilişkin güncel tarihli bir karar örneği için bkz: Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 08.01.2020. **Karar No:** 2020/UH.II-22. (Çevrimiçi) <http://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 30.07.2021.

yüklenicilerin ve ihale görevlilerin sorumlulukları kanunda detaylı olarak yer almıştır.

c-) Türk Kamu İhale Mevzuatının AB Müktesebatına Uyum Süreci

Türkiye Cumhuriyeti'nin AB üyelik sürecindeki uyum aşaması, başta kamu ihale mevzuatı olmak üzere birçok alanda reformlara neden olmuştur. Bu reformların ilklerinden biri de 4734 ve 4735 Sayılı Kanunların yürürlüğe girmesidir.⁶³ Böylece çağın ve ülkemizin ihtiyaçlarına uygun bir şekilde kamu ihale sistemi tasarlanmaya çalışılmıştır.

Hukukun her alanında olduğu gibi kamu ihale hukuku da günün ihtiyaçlarına göre gelişen ve değişen bir yapıya sahiptir. Bu konuda AB düzenlemelerine göz atmak, ülkemizdeki mevcut ihale sistemini ve eksikliklerini anlamamızı sağlamaktadır.⁶⁴ 4734 ve 4735 Sayılı Kanunların yürürlüğe girmesinin akabinde AB'de de mal ve hizmet alımları ile yapım işleri ihalelerine ilişkin kurallar tek bir direktif içinde düzenlemeye alınmıştır.⁶⁵ Her üç ihale türüne ilişkin düzenlemeleri barındıran bu direktif, 31.03.2004 Tarihli ve 2004/18/EC Sayılı Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Birliği Konseyi Direktifi'dir. Bu direktifin bilinen adı ise Klasik Sektörler Direktifi'dir.⁶⁶

AB, söz konusu 2004/18/EC Sayılı Direktif ile kamu mal ve hizmet alımı ile yapım işleri ihalelerine ilişkin kuralları güncelleyerek koordine hale getirmiştir. Fakat söz konusu Direktif, özellik arz eden bazı sektörleri kapsamına bilerek almamıştır. Su, enerji, ulaştırma ve posta hizmetleri gibi sektörlerdeki ihalelere ilişkin olarak AB tarafından 2004/17/EC Sayılı Direktif yayımlanmıştır. Söz konusu bu direktif Özel Sektörler Direktifi veya Kamu Hizmetleri Direktifi olarak adlandırılmaktadır.

⁶³ Kaplan, a. g. e., s. 28.

⁶⁴ Uz, a. g. e., s. 4.

⁶⁵ Söz konusu bu direktifler nihayetinde Avrupa Ortak Pazarını kurma düşüncesine dayanmaktadır. Toprak, a. g. e., s.62.

⁶⁶ Kaplan, a. g. e., s. 38, Toprak, a. g. e., s.62.

Türkiye, AB'nin kamu ihalesine ilişkin bu düzenlemeleri ve konumuzun dışındaki hukuk alanlarına ilişkin pek çok düzenlemeyi benimsemek adına Bakanlar Kurulu vasıtasıyla 2008/14481 Sayılı "Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı ile Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programının Uygulanması, Koordinasyonu ve İzlenmesine Dair Karar" (bundan böyle 2008 Yılı Ulusal Programı olarak anılacak) almıştır.⁶⁷

2008 Yılı Ulusal Programı'nın "Üyelik Yükümlülüklerini Üstenebilme Yeteneği" başlıklı 4. bölümünün "Kamu Alımları" başlıklı 5. faslında mevzuatımızın AB müktesebatına hangi açılardan uyumlu hale getireceği detaylı olarak açıklanmıştır.⁶⁸ Söz konusu başlıklara örnek olarak enerji, su, ulaştırma ve posta hizmetleri sektörlerinde faaliyet gösteren kuruluşların gerçekleştirdikleri alımların AB müktesebatıyla uyumlu hale getirilmek istenmesi verilebilir.⁶⁹

⁶⁷ 31.12.2008 Tarihli ve 27097 Sayılı 5. Mükerrer Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

⁶⁸ 2008 Yılı Ulusal Programı'nın "Üyelik Yükümlülüklerini Üstenebilme Yeteneği" Başlıklı 4. Bölümünün "Kamu Alımları" Başlıklı 5. Fası, (Çevrimiçi), https://www.ab.gov.tr/files/UlusalProgram/UlusalProgram_2008/Tr/pdf/iv_05_kamualimlari.pdf, 29.06.2021.

⁶⁹ KİK de 17.06.2011 Tarihli ve 2011/DK.D-105 Sayılı kararında bu hususun gerekliliğini şu şekilde ifade etmiştir:

"Elektrik, doğal gaz, telekomünikasyon sektörlerini düzenleyen özel mevzuatın bulunması; bu sektörlerdeki hizmetlerin niteliği ve kesintisiz olarak alınması ihtiyacı; sektör mevzuatındaki düzenlemeler çerçevesinde yüklenici dışında üçüncü kişilerin hak ve sorumlulukları; alım miktarının saptanmasındaki güçlükler; serbest olmayan tüketicilerin bu sektörlerdeki ihtiyaçlarını abonelik sözleşmesi kapsamında temin etmeleri; ihale üzerinde kalan istekli ile sözleşmenin feshi durumunda elektrik ihtiyacının dağıtım şirketinden kesintisiz olarak sağlanması gerekliliği; elektrik alımı ihalelerinde, istekliler tarafından teklif edilen fiyatın bölgesinde bulunduğu perakende satış lisansı sahibi dağıtım şirketi veya perakende satış şirketi fiyatından yüksek olması durumunda ihalenin iptal edilerek elektriğin dağıtım şirketinden alınabilmesi ve tekrar ihaleye çıkılacak sürenin belirlenmesi gibi hususlar dikkate alındığında; Kamu İhale Kurumuna elektrik, doğal gaz, telekomünikasyon hizmet alımlarının tedarik yöntemleri ile ihale usullerine ilişkin düzenleme yapma yetkisi veren ek bir maddenin 4734 sayılı Kanuna eklenmesinin gerekli olduğu sonucuna varılmıştır.

4735 sayılı Kanun, 4734 sayılı Kanun kapsamında yapılan ihalelere ilişkin sözleşmenin düzenlenmesi ve uygulanması ile ilgili esas ve usulleri düzenlemiştir. Kanundaki düzenlemeler daha ziyade idare tarafından ihale dokümanında yapılan düzenleme çerçevesinde yüklenicinin sorumluluğunu esas almaktadır. Elektrik, doğal gaz, telekomünikasyon sektörlerinde faaliyet gösteren işletmelerin sorumlulukları bu sektörlerle ilişkin mevzuatta ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Elektrik sektöründe sadece tedarikçinin değil diğer kuruluşların da hak ve sorumlulukları vardır. Ayrıca elektrik sektöründeki hizmetlerin niteliği; sayaç okuma, elektriğin tüketiciye sağlanması, elektrik kesintileri, elektrik fiyatında mevzuat çerçevesinde belirlenen unsurlar gibi sözleşmede yer alması gereken hususlar bulunmaktadır. Bu çerçevede uygulamada ortaya çıkabilecek sorunların azaltılması; elektrik piyasasına ilişkin düzenlemeler ile 4735 sayılı Kanundaki düzenlemeler arasında ortaya çıkabilecek uyumsuzlukların giderilmesi için 4735 sayılı Kanunun "Tip sözleşmeler" başlıklı 5 inci maddesinde de değişiklik yapılması ve maddeye "Kurum, elektrik, doğal gaz, telekomünikasyon hizmet alımlarında kullanılmak üzere ilgili kurum ve kuruluşların görüşünü alarak bu Kanunun Yasaklar ve

Çalışmamızın yazıldığı tarih itibariyle belirlenen hedeflerin büyük bir kısmının gerçekleşmediği görülmektedir. Bu görüşümüze paralel olan örnekler olarak AB `nin yayımlamış olduğu “Türkiye 2010 Yılı İlerleme Raporu”na ve “Türkiye 2015 Yılı İlerleme Raporu”na bakılabilir.⁷⁰ Türkiye 2010 ve 2015 Yılı İlerleme Raporları`nın “Üyelik Yükümlülüklerini Üstlenebilme Yeteneği” başlıklı 4. bölümlerinin “Kamu Alımları” başlıklı 5. fasıllarında Türkiye`nin kamu alımlarında gerçekleştirdiği hedeflerle ilgili kaydettiği aşamalara ilişkin önemli değerlendirmelerde bulunulmuştur. Söz konusu değerlendirmelere genel olarak bakıldığında kat edilmesi gereken uzun bir yol olduğu sonucunu çıkarmaktayız.

Sorumluluklar başlıklı Üçüncü Kısmı dışındaki hükümlere tabi olmadan tip sözleşmeler hazırlayabilir.” fıkrasının eklenmesi gerekli görülmektedir.”

Fakat KİK, söz konusu kararında yeni bir kanun düzenlemesi yerine tedarik yöntemleri ile ihale usullerine ilişkin düzenleme yapma yetkisi veren ek bir maddenin 4734 Sayılı Kanun`a eklenmesini yeterli görmüştür. Çalışmamızın kaleme alındığı tarih itibariyle halen böyle bir düzenleme yapılmamıştır.

⁷⁰ 09.10.2010 tarihli Türkiye 2010 Yılı İlerleme Raporu, (Çevrimiçi) https://www.ab.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/turkiye_ilerleme_rap_2010.pdf, 09.06.2021. 10.11.2015 tarihli Türkiye 2015 Yılı İlerleme Raporu, (Çevrimiçi) https://www.ab.gov.tr/files/000files/2015/11/2015_turkiye_raporu.pdf, 30.06.2021. Avrupa Komisyonu tarafından Türkiye ile ilgili hazırlanan tüm raporların listesi için bkz: (Çevrimiçi), https://www.ab.gov.tr/ilerleme-raporlari_46224.html, 30.06.2021.

II-) BÖLÜM: KAMU İHALE KANUNU VE KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ KANUNU EKSENİNDE KAMU ALIMI İHALESİ SÜRECİ

A-) KAMU İHALE KANUNU EKSENİNDE KAMU ALIMI İHALESİ SÜRECİ

1-) İdare Tarafından İhaleye Hazırlık Süreci

a-) Gereksinimin Saptanması ve Yaklaşık Maliyetin Belirlenmesi

Kamu ihalesi sürecinin yegâne gayesi, kamu gereksinimin en uygun şartlarda ve zamanda karşılanmasından başka bir şey değildir. Bu yüzden öncelikli olarak idare, gereksinimi tam ve kesin olarak saptamalı ve ihale sürecine ilişkin tüm iş ve işlemler buna göre şekillenmelidir.

4734 Sayılı Kanun ile 2886 Sayılı Kanun`da yer alan tahmini bedel uygulamasının sakıncalarını gidermek üzere yaklaşık maliyet uygulaması getirilmiştir.⁷¹ 4734 Sayılı Kanun`a tabi olan ihalelerde kanunun 9. maddesi gereği ihale yapılmadan önce idarece, her türlü fiyat araştırması yapılarak⁷² katma değer vergisi hariç olmak üzere yaklaşık maliyet belirlenir⁷³ ve dayanaklarıyla birlikte bir

⁷¹ 4734 Sayılı Kanun`un 9. maddesinin gerekçesinde bu husus şu şekilde ifade edilmiştir:

“Uluslararası uygulamalarla tutarsızlık arz eden ve kamu otoritelerince belirlenen birim fiyatlara dayanılarak hazırlanması nedeniyle piyasa fiyatlarını gerçekçi bir şekilde yansıtmadığı görülen tahmini bedel esasına dayalı ihale sisteminden vazgeçilerek, sadece idarelerce bilinecek olan yaklaşık maliyetin tespit edilmesi amaçlanmıştır. Bu suretle, kamu otoritelerince belirlenen birim fiyatlara dayalı olarak hazırlanan tahmini bedel üzerinden ihale yapılmasının sakıncalarını giderebilmek amacıyla, kamu otoritelerince belirlenen birim fiyatlara uyma zorunluluğu kaldırılmış, idarelerce yaklaşık maliyetin ayrıntılı fiyat araştırmaları yapılmak suretiyle gerçekçi olarak belirlenmesi öngörülmüştür.”

⁷² İdarece fiyat araştırması yapılırken o alanda faaliyet gösteren firmalardan fiyat teklifleri almaları da gerekecektir. İlk başta bu husus yaklaşık maliyetin ifşası olarak nitelendirilebilirse de yaklaşık maliyetin tespiti, sırf bu sebeple isteklilerce öğrenilmiş sayılamaz. KİK`in 09.11.2009 Tarihli ve 2009/UH.II-2741 Sayılı kararında bu husus, şu sözcüklerle çok güzel bir şekilde ifade edilmiştir:

“Yaklaşık maliyet hesabında kullanılmak üzere fiyat teklifi veren isteklilerin, verdikleri teklifle bağlı olduğuna dair herhangi bir mevzuat hükmü olmadığı gibi, idarece bu fiyatların kullanılmasını zorunlu kılacak bir hüküm bulunmadığı, piyasadaki alınan fiyat tekliflerinin yaklaşık maliyet hesabına katılıp katılmamasının da idarenin takdirinde olduğu anlaşılmıştır.” İrfan Yılmaz, **a. g. e.**, s. 224. KİK`in aynı minvalde olan başka bir kararı için bkz: Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 09.01.2012.

Karar No: 2012/UH.II-194. (Çevrimiçi)
<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 30.07.2021.

Yaklaşık maliyetin KDV hariç hesaplanması gerekeceğinden fiyat araştırmasında KDV`den ayrıştırılmış fiyat teklifleri alınmalıdır. Uz, **a. g. e.**, s. 17.

⁷³ Kanunda her ne kadar belirleneceği ibaresi yer alsaydı da bu belirlemenin ne şekilde yapılabileceği ilgili uygulama yönetmeliklerinde ayrıntısıyla belirlenmiştir. Örneğin yaklaşık maliyetin içerisinde yer

hesap cetvelinde gösterilir. Söz konusu hesap cetvelinin içinde bulunduğu ihale işlem dosyasının bir örneği, 4734 Sayılı Kanun'un 6. maddesi gereğince ilan veya daveti izleyen 3 gün içinde gerekli incelemelerin yapılması için⁷⁴ ihale komisyonu üyelerine verilir.

İhale işlem dosyasında bulunması gereken yaklaşık maliyet, gizli kalması gereken bilgilerin başında gelmektedir.⁷⁵ Yaklaşık maliyete ihale ve ön yeterlik ilânlarında yer verilmez, isteklilere⁷⁶ veya ihale süreci ile resmî ilişkisi olmayan diğer kişilere açıklanmaz. Böylelikle istekliler, 2886 Sayılı Kanun döneminde idarece duyurulan tahmini bedele bağlı kalmadan kendi teknik ve mali değerlendirmelerini yaparak tekliflerini oluşturacaklardır. Buradaki temel mantık, ihaleye konu olan işin gerçek maliyetinin ihaleyi gerçekleştirecek idareden ziyade o işi yapacak olan yüklenici tarafından daha doğru bir şekilde hesaplanabileceğidir.⁷⁷

Yaklaşık maliyetin her türlü fiyat araştırması yapılarak belirlenmesi düzenlemesiyle aynı zamanda idare tarafından da ihale konusu işin gerçek maliyetinin hesaplanması kanun koyucu tarafından istenmiş olmaktadır. Bu durumun iki nedeni olduğu söylenebilir. Bunlardan ilki ihalelerin idarenin harcama ve finansman programlarına uyumlu olarak yürütülmesi, ikincisi ise isteklilerin kendi aralarında anlaşarak ihale konusu işin gerçek maliyetinin çok üzerinde teklifler vererek yüksek fiyattan sözleşme yapılmasının önüne geçilmesidir.⁷⁸

İhale makamı olan idarenin gereksinim duyduğu ihtiyacın en uygun fiyatla tatmin edilmesi, tedarik edilecek olan şeyin bedelinin doğru tahmin edilmesindeki

alması gerekecek olan sözleşme ve genel giderler ile yüklenici karının nasıl hesaplanacağı ilgili maddelerde detaylarıyla yer almaktadır. Mal alımı ile ilgili yönetmelikte bu hususun düzenlenmemiş olması pek tabiki de hesaplanmayacağı anlamına gelmemektedir. Toprak, **a. g. e.**, s. 168.

⁷⁴ Gerekli incelemenin ne olabileceği hakkında eleştirel bir yazı için bkz: Tamer Budak, "Kamu İhale Sürecinde Gizlilik İlkesi: Yaklaşık Maliyet Bedeline Yönelik Uygulama(!)", **Vergi Dünyası**, Şubat 2011, Sayı 354, s. 143-147.

⁷⁵ Budak, **a. g. e.**, s. 144.

⁷⁶ 4734 Sayılı Kanun'un 4. maddesinde Mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalesine teklif veren tedarikçi, hizmet sunucusu veya yapım müteahhiti olarak tanımlanmıştır. Aday sıfatına sahip kişiler ön yeterlik değerlendirmesini geçtikten sonra istekli sıfatını almaktadırlar. Sezer, Kalkan vd., **a. g. e.**, s. 23.

⁷⁷ Kaplan, **a. g. e.**, s. 30.

⁷⁸ Kaplan, **a. e.**

isabet derecesine bağlıdır. Bu nedenle yaklaşık maliyetin tespiti, o alanda teknik bilgi sahibi olan uzman/uzmanlar tarafından yapılması gerekmektedir.

Yaklaşık maliyet üzerindeki gizliliği kaldırmak üzere uygulamada istekliler ilk oturumda yaklaşık maliyeti öğrendikten sonra ihalenin iptaline yönelik işlemler gerçekleştirerek yaklaşık maliyete ilişkin bilgiye sahip bir şekilde ikinci ihale ilanını beklerler.⁷⁹ Bu durumun tespiti halinde gizlilik ilkesinin ihlali anlamına geldiği gibi söz konusu davranış 4734 Sayılı Kanun'un 17. maddesinde yer alan yasak fiil ve davranışlar arasında değerlendirilmeli ve ihaleden yasaklamaya ilişkin prosedür izlenmelidir.

b-) Ödeneğin Ayrılması

4734 Sayılı Kanun'un temel ilkelerinden birisi de "Ödeneği bulunmayan hiçbir iş için ihaleye çıkılamaz." ilkesidir. Adından da anlaşılacağı üzere kamu gereksinimin tespitinin ardından ihale kararı alacak olan idarenin öncelikle kendilerine tahsis edilen bütçeden ihale bedelini karşılayacak kadar ödenek ayırması gerekecektir.⁸⁰ Böylelikle idarenin ödenek yoksunluğundan ötürü önemli yatırım projelerinin yükleniciye ödemede bulunulmaması sebebiyle uzun yıllar boyunca sürüncemede kalması önlenmiş olacaktır.⁸¹ Gereksinimin karşılanması için ayrılacak olan ödenğin miktarının tespitinde ise ihale konusu işin yaklaşık maliyetinin hesaplanması gerekmektedir.⁸² Böylelikle kamu ihalesine katılacak olan kişiler baştan güvence altına alınmış olmaktadır.

⁷⁹ Budak, **a. g. e.**, s. 147. Yazar söz konusu bu durumun rekabete zarar veremeyeceğini zira ikinci ihalede bütün isteklilerin aşırı düşük teklif ve yaklaşık maliyet arasında rekabet edeceğini söylemektedir.

⁸⁰ Yaklaşık maliyet hesabında her ne kadar katma değer vergisi hariç bir değer bulursa da idarenin yapacağı ödemede katma değer vergisi de yer alacağından bu değer ve hatta olası fiyat artışlarının da göz önünde bulundurularak idarece ihale için bütçe planlaması yapılmalıdır. Gürhan vd., **a. g. e.**, s. 26, Atay, **a. g. e.**, s. 296.

⁸¹ Gürhan vd., **a. g. e.**, s. 26. KİK'in 16.05.2011 Tarihli ve 2011/UM.III-1648 Sayılı kararında uyuşmazlık konusu ihaledeki sözleşme tasarında yer alan "nakit durumuna göre ödeme yapılacaktır" ibaresinin bu ilkeye aykırı olduğu ifade edilmiştir. İlyas Kılıç, Duygu Kılıç Çaylı, **Kamu İhale Kurulu Emsal Kararları**, Ankara, Adalet Yayınevi, Nisan 2012, s. 37-38.

⁸² Kenan Çoşkun, "4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu Yönünden Yapım İşleri İhale Sürecinin 5 (Beş) Kısmında Değerlendirilmesi", **Maliye ve Sigorta Yorumları**, Aralık 2012, sayı 574, s. 95.

Ödeneğin ilişkin bir düzenleme de 4734 Sayılı Kanun'un 62. maddesinde yer almaktadır. "İdarelerce uyulması gereken diğer kurallar" başlıklı maddenin ilk fıkrasının a-) bendinde göre yatırım projelerinin plânlanan sürede tamamlanarak ekonomiye kazandırılabilmesi amacıyla, birden fazla yılı kapsayan işlerde ihaleye çıkılabilmesi için, işin süresine uygun olarak yıllar itibariyle ödeneğin bütçelerinde bulunmasını sağlamak üzere programlamanın yapılmış olması zorunludur. İlk yıl için öngörülen ödenek, proje maliyetinin % 10'undan az olamaz ve başlangıçta daha sonraki yıllar için programlanmış olan ödenek dilimleri sonraki yıllarda azaltılamaz. Merkezî yönetim bütçe kanununda belirlenen stratejik öneme sahip yatırımlar veya projeler bu kuraldan hariç tutulmuştur.

c-) İhale Yapılmasına Gerek Olmayan Hal: Doğrudan Temin Usulü

4734 Sayılı Kanun'da bazı kamu ihtiyaçlarının karşılanması için ihale yapılmaksızın doğrudan temin yoluna başvurulması öngörülmüştür.⁸³ Doğrudan temin usulü, kanunun ilk metninde bir ihale usulü olarak düzenlemiş olup 30.07.2003 Tarihli ve 4964 Sayılı Kanun'un 12. maddesi ile bir ihale usulü olmaktan çıkarılmıştır. Doğrudan temin, tanımlara ilişkin bölümde de açıklandığı üzere 4734 Sayılı Kanun'da belirtilen bazı hallerde ihtiyaçların idare tarafından davet edilen isteklilerle teknik şartların ve fiyatın görüşülerek temin edilmesidir. Söz konusu düzenleme 4734 Sayılı Kanun'un 22. maddesinde⁸⁴ yer almaktadır.

⁸³ Doğrudan temin ile kamu gereksinimlerinin karşılanması, yadsınamayacak boyuttadır. Söz gelimi 2015 yılında ülkemizdeki mal, hizmet ve yapım işi ihtiyacının sayı olarak % 25'i, miktar olarak ise % 11'i doğrudan teminle sağlanmıştır. Nurettin Bilici, **Mali Hukuk**, 5. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, Şubat 2020, s. 99. Öğretide 4734 Sayılı Kanun'un 23. maddesinde yer alan tasarım yarışmaları için de ihale olmaksızın gereksinimin karşılanması yollarından bir başkası olarak zikredilmiştir. Bilici, **a. e.**, s. 100.

⁸⁴ Doğrudan temin

Madde 22- (Değişik: 30/7/2003-4964/15 md.)

Aşağıda belirtilen hallerde ihtiyaçların ilân yapılmaksızın ve teminat alınmaksızın doğrudan temini usulüne başvurulabilir:

- a) İhtiyacın sadece gerçek veya tüzel tek kişi tarafından karşılanabileceğinin tespit edilmesi.*
- b) Sadece gerçek veya tüzel tek kişinin ihtiyaç ile ilgili özel bir hakka sahip olması.*
- c) Mevcut mal, ekipman, teknoloji veya hizmetlerle uyumun ve standardizasyonun sağlanması için zorunlu olan mal ve hizmetlerin, asıl sözleşmeye dayalı olarak düzenlenecek ve toplam süreleri üç yılı geçmeyecek sözleşmelerle ilk alım yapılan gerçek veya tüzel kişiden alınması.*
- d) Büyükşehir belediyesi sınırları dahilinde bulunan idarelerin onbeş milyar, diğer idarelerin beş milyar Türk Lirasını aşmayan ihtiyaçları ile temsil ağırlama faaliyetleri kapsamında yapılacak konaklama, seyahat ve taşıma işleri için alımlar.*
- e) İdarelerin ihtiyacına uygun taşınmaz mal alımı veya kiralanması.*

Doğrudan temin usulüne giren durumları belirleme yetkisi kanun koyucuya aittir. Bu usule giren durumların artması, istisna durumunda olan doğrudan teminin kural haline getirilmesi demek olur ki bu takdirde ihale sisteminin uygulama alanları daralmaktadır. Bu sebepten kamu ihtiyaçlarının doğrudan teminle giderilmesi ancak ihale usullerinin uygulanmasını gerektirmeyecek hallerde başvurulması gereken bir yol olmalıdır. Doğrudan temin yöntemiyle ihtiyaçların giderilmesi, yalnızca kanun metninde sayılan haller ile mümkün olup kıyas yoluyla bu hallerin çoğaltılması söz konusu değildir.

Doğrudan temin yolu bir ihale usulü olmadığından ihale usulleri ile ilgili hükümlere tabi değildir. Bu durumun en belirgin örneği ihaleden yasaklı olmada kendini göstermektedir. İhaleden yasaklı olan kişilerle doğrudan temin yoluyla kamu ihtiyacının karşılanmasını engelleyen herhangi bir kanun hükmü yoktur.⁸⁵ Doğrudan teminin bir ihale türü olmamasının diğer belirgin sonucu ise idarenin eylem veya işlemlerine karşı şikâyet ve itirazın şikâyet başvurusunda bulunulamayacak

f) **(Değişik: 20/11/2008-5812/8 md.)** Özelliğinden ve belli süre içinde kullanılma zorunluluğundan dolayı stoklanması ekonomik olmayan veya acil durumlarda kullanılacak olan ilaç, aşı, serum, anti-serum, kan ve kan ürünleri ile ortez, protez gibi uygulama esnasında hastaya göre belirlenebilen ve hastaya özgü tıbbî sarf malzemeleri, test ve tetkik sarf malzemeleri alımları.

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

h) **(Ek: 12/12/2003-5020/28 md.; Değişik: 20/11/2008-5812/8 md.)** 8/1/1943 tarihli ve 4353 sayılı Kanunun 22 ve 36 ncı maddeleri uyarınca Türk veya yabancı uyruklu avukatlardan hizmet alımları ile fikri ve sımai mülkiyet haklarının ulusal ve uluslararası kuruluşlar nezdinde tescilini sağlamak için gerçekleştirilen hizmet alımları.

ı) **(Ek: 15/5/2008-5763/35 md.)** Türkiye İş Kurumunun, 25/6/2003 tarihli ve 4904 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin (b) ve (c) bentlerinde sayılan görevlerine ilişkin hizmet alımları ile 25/8/1999 tarihli ve 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununun 48 inci maddesinin yedinci fıkrasında sayılan görevlerine ilişkin hizmet alımları,

i) **(Ek: 20/11/2008-5812/8 md.; Değişik: 19/11/2013-6504/1 md.)** Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi, Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların halkoyuna sunulması, milletvekili genel ve ara seçimleri, mahalli idareler ile mahalle muhtarlıkları ve ihtiyar heyetleri genel ve ara seçimi dönemlerinde Yüksek Seçim Kurulunun ihtiyacı için yapılacak filigranlı oy pusulası kâğıdı ile filigranlı oy zarfı kâğıdı alımı, oy pusulası basımı, oy zarfı yapımı hizmetleri ile bu seçimlere yönelik her türlü seçim malzemelerinin alımı ile yurt dışı seçim harcamaları, il seçim kurulu başkanlıkları tarafından alınacak oy pusulası basım hizmeti alımı.

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

⁸⁵ KİK'in 16.03.2010 Tarihli ve 2010/UH.II-809 Sayılı kararında bu husus vurgulanmıştır. İrfan Yılmaz, a. g. e., s. 99-112.

olmasıdır.⁸⁶ Kanımızca bu tür kamu alımlarından doğan uyuşmazlıkların idarenin özel hukuk tüzel kişisi gibi hareket etmesinden dolayı adli yargıda görülmesi uygun olacaktır.⁸⁷ Doğrudan teminin en önemli özelliklerinden bir diğeri de geçici veya kesin teminat düzenlemelerinin ihale gerçekleşmediğinden uygulama alanı bulmayacak olmasıdır.⁸⁸ Fakat burada idarenin dilerse ihale usullerine ilişkin prosedürlerin bir veya birkaçını da uygulayabileceği göz ardı edilmemelidir. Diğer bir deyişle doğrudan temin yönetiminde de ilan, teminat alınması, ihale komisyonu oluşturma vb. kurumlar görülebilir.⁸⁹

4734 Sayılı Kanun'un 62. maddesinin son fıkrası gereğince doğrudan temin yolundaki parasal limitler dâhilinde yapılacak harcamaların yıllık toplamı, idarelerin bütçelerine bu amaçla konulacak ödeneklerin %10'unu Kamu İhale Kurulunun uygun görüşü olmadıkça aşamaz.

d-) İhale Usulünün Belirlenmesi

İhale, 4734 Sayılı Kanun'un Tanımlar başlıklı 4. maddesinde bu kanunda yazılı usul ve şartlarla mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve ihale yetkilisinin onayını müteakip sözleşmenin imzalanması ile tamamlanan işlemler olarak tanımlanmıştır. Kanun koyucu burada her ne kadar ihale kavramının başlangıcını ihale yetkilisinin

⁸⁶ Yasin Öncü, "İstekliler Boyutuyla Kamu İhalelerine Yönelik Şikayet Süreci ve 2012 Yılı İtirazen Şikayet Başvuru Bedelleri", **Maliye Postası**, Aralık 2012, sayı 774, s. 99. Şikayet başvurusunda bulunabileceklerin aday, istekli olabilecek ve istekli sıfatına sahip olması gerektiğinden ve doğrudan temin ile kamu alımı yapılan kişilerin bu sığata sahip olamayacaklarından biz de bu görüşü benimsiyoruz. Aynı yöndeki KİK kararları için bkz: Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 04.10.2018 **Karar No:** 2018/UH.IV-1786, (Çevrimiçi) <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 09.06.2021, Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 21.02.2018 **Karar No:** 2018/UM.IV-440, (Çevrimiçi) <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 30.07.2021.

⁸⁷ Biz bu görüşte olsak da Danıştay 13. Dairesi'nin 05.04.2017 Tarihli 2017/221 Esas 2017/910 Karar Sayılı Kararında doğrudan temin yöntemiyle gerçekleştirilen bir alım, idari yargıda iptal davasına konu edilmiş ve iptali yönünde karar verilmiştir. Karar için bkz: Seda Güneş Sözen, "4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nda Doğrudan Temin Alım Usulü", **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Ankara, 2018, s. 92. Danıştay'ın bu yönde vermiş olduğu başka bir karara tarafımızca rastlanılmamıştır.

⁸⁸ Murat Usta, "Kamu İhale Mevzuatına Göre Teminat Türleri, Uygulamada Geçici Teminat, Kesin Teminat ve Ek Kesin Teminat Açısından Özellik Arz Eden Durumlar", **Mali Kılavuz**, Temmuz-Eylül 2012, sayı 57 s. 84.

⁸⁹ Söz konusu bu husus, Kamu İhale Genel Tebliğ'inin **22.1.1.2.** ve **22.1.1.3.** maddelerinde dile getirilmiştir.

ihaleyi onaylaması anına kadar ileri götürse de çalışmanın bütününde biz gereksinimin ortaya çıkmasından itibaren başlayan sürece ihale adını vermekteyiz.⁹⁰

4734 Sayılı Kanun'un 18. maddesinde ihale usulleri; açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü ve pazarlık usulü olmak üzere üç tür olarak belirtilmiştir. 4734 Sayılı Kanun'un 5. maddesinin 4. fıkrasında temel ihale usullerinin açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulü olduğu belirtilmiştir. Biz de yapılan bu çalışmada ihale sürecine ilişkin olarak açık ihale usulünün sistematığına göre açıklamalarda bulunup diğer ihale usullerine ilişkin farklılıklarına yeri geldiğinde değindik.

Açık ihale usulünün ve dolayısıyla ihale usulünün ana gayesi, belirli bir kalitedeki mal veya hizmeti mümkün olduğunca kadar çok teklif arasından rekabeti artırarak en düşük maliyetle temin etmektir.⁹¹

Açık ihale usulü, 4734 Sayılı Kanun'un 19. maddesinde ifade edildiği gibi bütün isteklilerin teklif verebildiği usuldür. Mevzuattaki ve ihale şartnamesindeki şartları taşıyan herkes bu ihaleye katılabilecektir. Söz konusu teklifler kapalı zarf içinde hazırlanarak idareye verildiğinden idare ile istekli arasında fiyat, tedarik koşulları, taahhüdün nasıl gerçekleştirileceği vs. hiçbir konuda pazarlık yapılamamaktadır. İstekli ile gerçekleşen diyalog yalnızca teklifin esasını değiştirecek nitelikte olmaması kaydıyla, belgelerde bilgi eksikliği bulunması halinde idarece belirlenen sürede isteklilerden bu eksik bilgilerin tamamlanması yazılı olarak istenmesi ve aşırı düşük teklif veren isteklilerden teklifte önemli olduğu tespit edilen bileşenler ile ilgili ayrıntılı yazı istenilmesinden ibarettir.⁹² İhaleye başvuru niteliklerine sahip olan ve usulüne uygun olarak teklif veren isteklilerden yeterlik değerlendirme kriterlerine göre en avantajlı teklifi veren istekli üzerine ihale bırakılarak süreç tamamlanacaktır.

⁹⁰ Söz konusu bu yaklaşımımıza paralel olarak öğretide ihale kavramının tanımı için gereksinim kavramından hareket edilmektedir. Sezer, Kalkan vd., **a. g. e.**, s. 17. Kanunda yer alan tanımlamanın ihalenin idari bir usul olduğuna vurgu yaptığına ilişkin değerlendirme için bkz: Akel, **a. g. e.**, s. 14-15, Tan, **a. g. e.**, s. 320. İhalenin idare hukukundaki yerine ilişkin değerlendirme içinse bkz: Uz, **a. g. e.**, s. 10-11.

⁹¹ Timur Gökcan, "Kamu İhale Usullerinin Kaynakların Verimli Kullanımı, Rekabet ve Eşit Muamele Açısından Değerlendirilmesi", **Mali Kılavuz**, Temmuz-Eylül 2011, sayı 53, s. 155.

⁹² Gökcan, **a. e.**

4734 Sayılı Kanun'un 20. maddesinde⁹³ belli istekliler arasında ihale usulü, kanunda belirtilen bazı durumlarda uygulanabilen ve yapılacak ön yeterlik değerlendirmesi sonucunda idarece davet edilen isteklilerin teklif verebildiği usul olarak tanımlanmıştır.

Burada danışmanlık hizmet ihalelerine ilişkin olarak getirilen özel düzenlemeye de değinmek gereklidir. 4734 Sayılı Kanununun 48. maddesi⁹⁴ ile 52. maddesi arasında "Danışmanlık Hizmet Alımı İhaleleri İle İlgili Özel Hükümler" başlığıyla kanunun ikinci kısmının beşinci bölümünde bir takım düzenlemeler yer almaktadır.

⁹³ *Belli istekliler arasında ihale usulü*

Madde 20- *Belli istekliler arasında ihale usulü, yapılacak ön yeterlik değerlendirmesi sonucunda idarece davet edilen isteklilerin teklif verebildiği usuldür. (Değişik son cümle: 20/11/2008-5812/6 md.)* Yapım işleri, hizmet ve mal alım ihalelerinden işin özelliğinin uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektirmesi nedeniyle açık ihale usulünün uygulanmadığı işlerin ihalesi ile yaklaşık maliyeti eşik değerin yarısını aşan yapım işi ihaleleri bu usule göre yaptırılabilir.

(Mülga ikinci fıkra: 30/7/2003-4964/13 md.)

10 uncu maddeye uygun olarak belirlenen ve ön yeterlik dokümanı ile ön yeterlik ilânında belirtilen değerlendirme kriterlerine göre adayların ön yeterlik değerlendirmesi yapılır. Belirtilen asgari yeterlik koşullarını sağlayamayanlar yeterli kabul edilmez. (Mülga son cümle: 30/7/2003-4964/13 md.) (...) **(Ek cümle: 20/11/2008-5812/6 md.)** *Ön yeterlik ilanında ve dokümanında belirtilmek kaydıyla; yeterlikleri tespit edilenler arasından dokümanda belirtilen kriterlere göre sıralanarak listeye alınan belli sayıda istekli veya yeterli bulunan isteklilerin tamamı teklif vermeye davet edilebilir.*

(Değişik ilk cümle: 20/11/2008-5812/6 md.) *Teklif vermeye davet edilmeyenlere davet edilmeme gerekçeleri yazılı olarak bildirilir. İşin niteliğine göre rekabeti engellemeyecek şekilde 40 uncu maddeye uygun olarak belirlenen ve ihale dokümanı ile davet mektubunda belirtilen değerlendirme kriterlerine göre tekliflerin değerlendirmesi yapılarak ihale sonuçlandırılır. İhaleye davet edilebilecek aday sayısının beşten az olması veya teklif veren istekli sayısının üçten az olması halinde ihale iptal edilir.*

Teklif veren istekli sayısının üçten az olması nedeniyle ihalenin iptal edilmesi durumunda, ihale dokümanı gözden geçirilerek varsa hatalar ve eksiklikler giderilmek suretiyle, ön yeterliği tespit edilen bütün istekliler tekrar davet edilerek ihale sonuçlandırılabilir.

⁹⁴ *Danışmanlık hizmetleri*

Madde 48- (Değişik: 20/11/2008-5812/18 md.)

Mimarlık ve mühendislik, etüt ve proje, harita ve kadastro, her ölçekte imar planı, imar uygulama, ÇED raporu hazırlanması, plan, yazılım geliştirme, tasarım, teknik şartname hazırlanması, denetim ve kontrolörlük gibi teknik, mali, hukuki veya benzeri alanlardaki hizmetler, danışmanlık hizmet sunucularından alınır.

Danışmanlık hizmetleri, bu bölümde yer alan hükümlere uygun olarak sadece belli istekliler arasında ihale usulü ile ihale edilir. (Değişik son cümle: 31/3/2012-6288/6 md.) Ancak yaklaşık maliyeti 13 üncü maddenin (b) bendinin (2) numaralı alt bendinde hizmet alımları için öngörülen üst limit tutarının dört katının altında kalan danışmanlık hizmetleri, hizmet alımı ihalesiyle gerçekleştirilebilir.

4734 Sayılı Kanun`da düzenlenen bir diğ er ihale usulü ise pazarlık usulüdür. Pazarlık usulü, kanunun 21. maddesinde⁹⁵ belirtilen özel durumlardaki şartların oluşması halinde başvurulabilecek bir ihale usulüdür. Bu usulün uygulanıp uygulanmaması ihale makamı olan idarenin takdirindedir. Yani kanundaki özel durumların mevcut olması halinde idarelerin pazarlık usulüyle kamu alımı yapmasına ilişkin bir zorunluluk bulunmamaktadır.

⁹⁵ Pazarlık usulü

Madde 21- Aşağıda belirtilen hallerde pazarlık usulü ile ihale yapılabilir:

a) Açık ihale usulü veya belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan ihale sonucunda teklif çıkmaması.

b) Doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya yapım tekniğı açısından özellik arz eden veya yapı veya can ve mal güvenliğinin sağlanması açısından ivedilikle yapılması gerekliliğı idarece belirlenen hallerde veyahut idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması.(2)

c) Savunma ve güvenlikle ilgili özel durumların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması.

d) İhalenin, araştırma ve geliştirme sürecine ihtiyaç gösteren ve seri üretime konu olmayan nitelikte olması.

e) İhale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin özgün nitelikte ve karmaşık olması nedeniyle teknik ve malî özelliklerinin gerekli olan netlikte belirlenememesi.

f) **(Ek: 30/7/2003-4964/14 md.)** İdarelerin yaklaşık maliyeti ellimilyar Türk Lirasına kadar olan mamul mal, malzeme veya hizmet alımları.

(Değişik ikinci fıkra: 20/11/2008-5812/7 md.) (b), (c) ve (f) bentlerinde belirtilen hallerde ilan yapılması zorunlu değildir. İlan yapılmayan hallerde en az üç istekli davet edilerek, yeterlik belgelerini ve fiyat tekliflerini birlikte vermeleri istenir.

(Mülga üçüncü fıkra: 20/11/2008-5812/7 md.)

(Değişik dördüncü fıkra: 20/11/2008-5812/7 md.) (a), (d) ve (e) bentlerine göre yapılacak ihalelerde, ihale dokümanında belirtilen değerlendirme kriterlerine göre yeterliğı tespit edilen 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 üzerinde 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 fiyat tekliflerini de içerecek şekilde tekliflerini vermeleri istenir.

(Değişik beşinci fıkra: 20/11/2008-5812/7 md.) Bu madde kapsamında yapılacak ihalelerde, ilk fiyat tekliflerini aşmamak üzere isteklilerden ihale kararına esas olacak son yazılı fiyat teklifleri alınarak ihale sonuçlandırılır.

(Mülga altıncı fıkra: 20/11/2008-5812/7 md.)

(Ek fıkra: 30/7/2003-4964/14 md.; Değişik yedinci fıkra: 20/11/2008-5812/7 md.) (b), (c) ve (f) bendi kapsamında yapılan mal alımlarında, malın sözleşme yapma süresi içinde teslim edilmesi ve bunun idarece uygun bulunması halinde, sözleşme yapılması ve kesin teminat alınması zorunlu değildir.

e-) Çevresel Etki Değerlendirmesi Raporu Alınması ve İhale Dokümanlarının Hazırlanması

(1) Çevresel Etki Değerlendirmesi Raporu

4734 Sayılı Kanun'un 5. maddesinin son fıkrasında açıkça belirtildiği üzere ilgili mevzuatı gereğince Çevresel Etki Değerlendirme (ÇED) raporu gerekli olan işlerde ihaleye çıkılabilmesi için ÇED olumlu belgesinin alınmış olması zorunludur.⁹⁶ Ancak, doğal afetlere bağlı olarak acilen ihale edilecek yapım işlerinde ise ÇED raporu aranmayacaktır.

(2) İhale Dokümanlarının Hazırlanması

İhaleye ilişkin bütün dokümanlar esas itibariyle idare tarafından hazırlanmalıdır. 4734 Sayılı Kanun'un "Şartnameler" başlıklı 12. maddesinin ilk cümlesinde bu husus "*İhale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin her türlü özelliğini belirten idari ve teknik şartnamelerin idarelerce hazırlanması esastır.*" şeklinde ifade edilmiştir.

4734 Sayılı Kanun'un 27. maddesinde ifade edildiği üzere ihale dokümanında; isteklilere talimatları da içeren idari şartnameler ile yaptırılacak işin projesini de kapsayan teknik şartnameler, sözleşme tasarısı ve gerekli diğer belge ve bilgiler bulunur.⁹⁷ Ön yeterlik dokümanında ise adaylarda aranılan şartlara, ön yeterlik kriterlerine ve gerekli diğer belge ve bilgilere yer verilir.

İhale gerçekleştirilirkenki temel doküman, idari şartname⁹⁸ olup asgari olarak bulunması gereken hususlar, 4734 Sayılı Kanun'un 27. maddesinin 2. fıkrasında sayılmıştır.⁹⁹

⁹⁶ Söz konusu belge, 2872 Sayılı Çevre Kanunu'un 10. maddesinde yer almakta olup uygulama alanı sadece kamu ihalelerine ilişkin işlerle sınırlı değildir.

⁹⁷ İhale dokümanlarının; istekliler, yüklenici, kontrol ve denetim görevlileri ile yargı organları için temel unsur olduğu ifade edilmektedir. Toprak, **a. g. e.**, s. 41.

⁹⁸ Bülent Büber, "Kamu İhalelerine İlişkin İkincil Mevzuat", **Maliye Postası**, Kasım 2016, sayı 869, s. 90.

⁹⁹ Asgari unsurlara ilave edilebilecek unsura örnek olarak kanuni yükümlülük oranının üzerinde engelli işçi çalıştırılmasının zorunlu tutulması verilebilir. Cengiz Dişli, "4734 Sayılı Kamu İhale Kanununa Göre Engelli İşçi Çalıştırılması", **Maliye Postası**, Mart 2015, sayı 829, s. 128.

4734 Sayılı Kanun'un "Şartnameler" başlıklı 12. maddesinde teknik şartnameye ilişkin ayrıntılı hükümlere yer verilmiştir. Söz konusu maddenin ilk fıkrasında ihale konusu işle ilgili özellikleri belirten teknik şartnamenin idare tarafından hazırlanacağı kuralı yer almaktadır. Fakat ihale konusu işin özelliği nedeniyle idarece hazırlanmasının mümkün olmadığından ihale yetkilisi tarafından onaylanması halinde teknik şartname, danışmanlık hizmet alımı ihalesi ile de başka bir yükleniciye hazırlattırılabilir.

Teknik şartnamelerde ihale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin teknik kriterlerine yer verilir.¹⁰⁰ 4734 Sayılı Kanun'un 12. maddesinin 2. fıkrasında açıkça "*Belirlenecek teknik kriterler, verimliliği ve fonksiyonelliği sağlamaya yönelik olacak, rekabeti engelleyici hususlar içermeyecek ve bütün istekliler için fırsat eşitliği sağlayacaktır*" denilerek teknik kriterlerin ihale hukukuna ilişkin temel ilkelere uygun olması gerektiği vurgulanmıştır.¹⁰¹

İhale sürecine ilişkin başkaca dokümanlara örnek olarak sözleşme tasarısı verilebilir. Sözleşme tasarısı, KİK tarafından oluşturulan tip sözleşme tasarısına uygun olarak somut ihaledeki işin özelliğine ve sözleşmenin türüne göre ihale makamı idare tarafından hazırlanmaktadır. Bunun haricinde KİK tarafından ihale sürecindeki işlemlere ilişkin hazırlanan standart formlara örnek olarak şunlar sayılabilir: ihale onay belgesi, ihale ilan formları, ihale dokümanının satın alındığına ilişkin form, teklif zarfı alındı belgesi, sözleşmeye davet formu, teklif zarflarına ilişkin ihale komisyonu tutanağı, zarf açma ve belge kontrol tutanağı.¹⁰²

¹⁰⁰ Teknik şartnamelerin önemi öğretideki bir yazar tarafından şu şekilde ifade edilmiştir: "*İyi detaylandırılmış, piyasadaki ürün, hizmet niteliklerini ve fenni gerçekleri en iyi şekilde yansıtan bir teknik şartname/proje başarılı satın alma süreci için vazgeçilmezdir.*" Atay, **a. g. e.**, s. 296.

¹⁰¹ İhale dokümanlarında yeterli değerlendirmesinde kullanılacak kriterlerin, denetimi sağlayacak şekilde objektif kıstaslara uygun olması gerekmektedir. Bahadır Kadron, **Kamu İhale Kurul Kararları**, y.y., y.y., Kasım 2005, s. 3. İhale dokümanlarının aynı zamanda mevzuatımızda yer alan diğer hükümlere de aykırı olmamasına özen gösterilmelidir. Söz gelimi KİK'in 24.07.2006 Tarihli ve 2006/UY.Z-1768 Sayılı kararında teknik şartnameye yüklenicinin işe alacağı veya çıkaracağı kişileri 4857 Sayılı Kanun'un 2. maddesine aykırı olacak şekilde idarenin belirlemesine ilişkin bir hüküm konulamayacağı ifade edilmiştir. Kılıç, Çaylı, **a. g. e.**, s. 133-134. KİK'in 20.01.2011 Tarihli ve 2011/UH.II-348 Sayılı kararında da şartnamelerin 5188 Sayılı Kanun ve ilgili uygulama yönetmeliğine aykırı olamayacağı vurgulanmıştır. Kılıç, Çaylı, **a. e.**, s. 134-135.

¹⁰² Büber, **a. g. e.**, s. 90-91.

2-) İhale İlanı ve İhale Komisyonunun Oluşturulması

İhalenin ilanı, bütün isteklilere tekliflerini hazırlayabilmeleri için yeterli süre tanımak suretiyle 4734 Sayılı Kanun'un 13. maddesinde yaklaşık maliyetin eşik değere göre durumuna göre her bir ihale türü için ayrı ayrı belirtilmiştir. Söz konusu düzenleme süreler için asgari nitelikte olup daha uzun ilan sürelerinin idarece belirlenmesi pek ala mümkündür.¹⁰³ 4734 Sayılı Kanun'un 26. maddesinde gerek süreler gerekse ilanlarda bulunması gereken asgari unsurlara uyulmaması halinde ilanların geçersiz olacağını ve söz konusu hususlara uygun bir şekilde ilanların yenilenmediği takdirde ihale ve ön yeterlik yapılamayacağı belirtmiştir. Böylelikle idarelere düzeltme ilanı yapma fırsatı verilerek ihale iptal edilmeden hatalı hususların düzeltilmesi imkânı verilmiş olmaktadır.

İhale sürecinde tekliflerin açılması ve değerlendirilmesi sürecinde aktif rol oynayan ihale komisyonunun teşkili ve çalışma şekli, 4734 Sayılı Kanun'un 6. maddesinde¹⁰⁴ ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. İhale komisyonunu ihale yetkilisi¹⁰⁵ oluşturmaktadır.¹⁰⁶ Yasa hükmü gereği iki üyenin ihale konusu için uzman olması

¹⁰³ Mert Asker Yüksektepe, **İhale Hukuku**, İstanbul, Aristo Yayınları, Şubat 2018, s. 30.

¹⁰⁴ *İhale Komisyonu*

Madde 6- *İhale yetkilisi, biri başkan olmak üzere, ikisinin ihale konusu için uzman olması şartıyla, ilgili idare personelinden en az dört kişinin ve muhasebe veya malî işlerden sorumlu bir personelin katılımıyla kurulacak en az beş ve tek sayıda kişiden oluşan ihale komisyonunu, yedek üyeler de dahil olmak üzere görevlendirir.*

(Değişik ikinci fıkra: 30/7/2003-4964/5 md.) *İhaleyi yapan idarede yeterli sayı veya nitelikte personel bulunmaması halinde, bu Kanun kapsamındaki idarelerden komisyona üye alınabilir.*

Gerekli incelemeyi yapmalarını sağlamak amacıyla ihale işlem dosyasının birer örneği, ilân veya daveti izleyen üç gün içinde ihale komisyonu üyelerine verilir.

İhale komisyonu eksiksiz olarak toplanır. Komisyon kararları çoğunlukla alınır. Kararlarda çekimser kalinamaz. Komisyon başkanı ve üyeleri oy ve kararlarından sorumludur. Karşı oy kullanan komisyon üyeleri, gerekçesini komisyon kararına yazmak ve imzalamak zorundadır.

İhale komisyonunca alınan kararlar ve düzenlenen tutanaklar, komisyon başkan ve üyelerinin adları, soyadları ve görev unvanları belirtilerek imzalanır.

¹⁰⁵ 4734 Sayılı Kanun'un 4. maddesine göre idarenin, ihale ve harcama yapma yetki ve sorumluluğuna sahip kişi veya kurulları ile usulüne uygun olarak yetki devri yapılmış görevliler, ihale yetkilisidir. Bu kişilerin kimler olduğu ihale makamı olan idarelerin kendi idare hukuku kurallarına göre tespit edilecektir. Gürhan vd., **a. g. e.**, s. 22. İhale yetkilisinin ihale sürecinde pek çok görev ve yetkisi bulunmakta olup bunlara örnek olarak sözleşmenin devri halinde yazılı izin vermesi gösterilebilir. Mustafa Oğuz Tuna, **Kamu İhale Sözleşmelerinin Değiştirilmesi ve Devri**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, Nisan 2014, s. 91.

¹⁰⁶ Oluşan bu ihale komisyonu ilgili ihaleye özgü olup idarenin daimi bir teşkilatını oluşturmamaktadır. Toprak, **a. g. e.**, s. 187.

gerekmektedir.¹⁰⁷ İhale yetkilisi, görevlendirme yapacağı personellerin hiyerarşik astı olmasına dikkat etmelidir.¹⁰⁸ İhale yetkilisinin bizzat ihale komisyonuna üye olarak kendini atması imkân dâhilinde değildir. Üye sayısının tek olmasının kararların çoğunlukla alınabilmesini teminen getirildiği düşüncesindeyiz.

İhale komisyonu eksiksiz olarak toplanır.¹⁰⁹ İhale komisyonu haricinde başka her ne ad veya unvanında olursa olsun kurulan bir komisyonun ihale komisyonunun ilgili ihale için yetkisi dâhilindeki işlere müdahalesi söz konusu değildir.¹¹⁰

Gerekli incelemeyi yapmalarını sağlamak amacıyla ihale işlem dosyasının¹¹¹ birer örneği, ilân veya daveti izleyen 3 gün içinde ihale komisyonu üyelerine verilmelidir.¹¹² Bu da demek oluyor ki ihale komisyonu en geç ilân veya daveti izleyen 3 gün içinde teşekkül etmelidir.

3-) Yeterlik Değerlendirmesi

4734 Sayılı Kanun'un 10. maddesinde isteklileri yeterlik değerlendirmesine esas olacak olan ekonomik ve malî yeterlik ile mesleki ve teknik yeterliklerine ilişkin istenecek olan bilgi ve belgeler sayılmış olup bu belgelerin içeriğinde bulunması gerekenler ve sunuluş şekli ise Mal, Hizmet ve Yapım İşleri Uygulama

¹⁰⁷ KİK'in 06.04.2010 Tarihli ve 2010/UM.I-985 Sayılı kararında ihale konusu işte uzman olacak kişinin uzmanlık alanına ilişkin mesleki niteliğiyle ilgili itirazın şikayet incelemesinde KİK'e idare tarafından bir bilgi verilmemesi, usulüne uygun olarak ihale komisyonunun teşkil edilmemesi olarak nitelendirilmiştir. Kılıç, Çaylı, **a. g. e.**, s. 41-42.

¹⁰⁸ KİK'in 11.03.2010 Tarihli ve 2010/UH.III-767 Sayılı kararında usulüne uygun bir ihale komisyonu teşkilinde bu husus da incelenmiştir. İrfan Yılmaz, **a. g. e.**, s. 29-30. Ayrıca KİK tarafından ihale komisyonu üyeleri arasında herhangi bir astlık-üstlük ilişkisinin olmadığı da vurgulanmıştır. Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 05.11.2015 **Karar No:** 2015/UH.II-2929, (Çevrimiçi) <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 30.07.2021.

¹⁰⁹ KİK 26.10.2009 Tarihli ve 2009/UH.III-2610 Sayılı kararında ihale komisyonu başkanının ilk toplantıya geç katılmasını eksiksiz toplantıya aykırı görmemiştir. İrfan Yılmaz, **a. e.**, s. 31-33.

¹¹⁰ KİK'in 09.05.2011 Tarihli ve 2011/UM.II-1605 Sayılı kararında numune değerlendirmesinin ihale komisyonunun iştiraki olmadan başka kişilerce gerçekleştirilemeyeceği vurgulanmıştır. Kılıç, Çaylı, **a. g. e.**, s. 41-42. Aynı yöndeki güncel tarihli bir karar örneği için bkz: Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 09.06.2021 **Karar No:** 2021/UM.II-1161, (Çevrimiçi) <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 30.07.2021.

¹¹¹ 4734 Sayılı Kanun'un 7. maddesi gereğince ihalesi yapılacak her iş için bir işlem dosyası düzenlenmelidir. Söz konusu bu dosyada ihale yetkilisinden alınan onay belgesi ve eki, yaklaşık maliyete ilişkin hesap cetveli, ihale dokümanı, ilân metinleri, adaylar veya istekliler tarafından sunulan başvurular veya teklifler ve diğer belgeler, ihale komisyonu tutanak ve kararları gibi ihale süreci ile ilgili bütün belgeler bulunur.

¹¹² KİK'in 12.03.2007 Tarihli ve 2007/UH.Z-948 Sayılı kararında 3 günlük süreden sonra ihale işlem dosyasının ihale komisyonuna verilmesi, ihalenin iptali nedenlerinden sayılmıştır. Kılıç, Çaylı, **a. e.**

Yönetmeliklerinde ve Kamu İhale Genel Tebliğinde ayrıntısıyla düzenlenmiştir. İlgili yönetmeliklerin hepsinde ortak hüküm olarak “*Ekonomik ve malî yeterlik ile mesleki ve teknik yeterliğin saptanması amacıyla öngörülecek değerlendirme kriterleri ile istenecek belgeler, rekabeti engelleyemez*” hükmü yer almaktadır.

Yeterliğe yönelik istenecek belgeler genel olarak idarenin takdirine bırakılmıştır.¹¹³ Fakat bütün idareler tarafından aranan en öncelikli belgenin iş deneyim belgesi olduğunu ifade edebiliriz.¹¹⁴ İş deneyim belgesi; aday ve isteklilerin ihale konusu işe ilişkin deneyimini gösteren ve iş bitirme belgesi, iş durum belgesi, iş denetleme belgesi ve iş yönetme belgesi olmak üzere 4 çeşit belgenin genel adını ifade eden belgedir.¹¹⁵ Söz konusu bu belgeler, ilgilinin mesleki tecrübesini tevsik edici niteliktedir.¹¹⁶ İş deneyim belgesi düzenlemeye yetkili kurum ve kuruluşların kimlerden ibaret olduğu ilgili uygulama yönetmeliklerinde detaylı bir şekilde açıklanmıştır. İş bitirme, yönetim veya denetim suretiyle elde edilecek belgeler, belge sahibi kişi veya kuruluşların dışındaki istekliler tarafından kullanılamaz, belgeler devredilemez, kiraya verilemez ve satılamaz.¹¹⁷

İhale konusu işin niteliğine kanunda yer alan bilgi veya belgelerden hangilerinin yeterlik değerlendirmesinde kullanılacağı, ihale dokümanında ve ihale

¹¹³ Gökcan, **a. g. e.**, s. 156. Fakat bazı belgelerin istenilmesinin zorunlu olması, bizzat uygulama yönetmeliklerinden kaynaklanmaktadır. Örneğin Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde mesleki faaliyete ilişkin belgelerin işin yaklaşık maliyetine bakılmaksızın istenmesi gerektiği öngörülmüştür.

¹¹⁴ Sezer, Büber, **a. g. e.**, s. 187.

¹¹⁵ Erdoğan Dedeoğlu, “4734 Sayılı Kamu İhale Kanununda Düzenlenen İş Deneyim Belgeleri-1”, **Maliye ve Sigorta Yorumları**, Ekim 2014, sayı 596, s. 41. Yazar aynı eserde iş deneyim belgesinin çeşitlerini ilgili uygulama yönetmeliklerine uygun olarak aşağıda yer aldığı şekilde tanımlamıştır:

“-İş bitirme belgesi, yapılan inşaat çalışmalarından sonra alınması gereken bir belgedir.

-İş durum belgesi, belli bir aşamaya gelmiş ve halen devam eden işler için düzenlenen belgedir.

- İş yönetme belgesi, ihale konusu işi yönetici konumunda koordine eden görevliler için düzenlenen belgedir.

- İş denetleme belgesi, (...) ihale konusu işi teknik açıdan kontrol eden, hak edişlerin altına imza atmak suretiyle sorumluluk alan ve şantiyede bizzat işin başında bulunan” mühendis ve mimarlara verilen belgedir.”

¹¹⁶ İş deneyim belgelerindeki tutarların nasıl güncelleştirileceğine ilişkin bkz: Rasih Altinkülçe, **Kamu İhale Kanununa Göre İş Deneyim Belgeleri**, Ankara, Bilge Yayınları, Eylül 2011, s. 68.

¹¹⁷ Söz konusu bu husus iradi devirler için söz konusudur. TTK bağlamında şirketlerin birleşmesi, devri veya bölünmesi hususlarında külli halefiyet ilkesi gereği nasıl hareket edileceği ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Bahadır Barçın, “Kamu İhalelerine Katılım İçin Bir Ön Şart Olan İş Deneyim Belgesi Şirket Bölünmelerinde Nasıl Değerlendirilecektir?”, **Yaklaşım**, Temmuz 2014, sayı 259, s. 251-254, Erdem Bafra, “Kamu İhale Kanunu Açısından Şirket Birleşmelerinde İş Deneyim Belgelerinin Devri Sorunu”, **Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi**, Haziran 2015, sayı 138, s.257.

veya ön yeterliğe ilişkin ilân veya davet belgelerinde belirtilir. Yani yapılacak olan ihalede bütün bu belgelerin istenilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Söz konusu belgelerden hangilerinin zorunlu olarak istenebileceği, hangilerinin istenemeyeceği ya da bu konuda idareye takdir hakkı bırakılması ise ilgili uygulama yönetmeliklerde ihale konusu işin niteliğine, ihale türüne, ihale konusu işin yaklaşık maliyetine ve ihale usulüne göre belirtilmiştir.¹¹⁸

4-) İhaleye Katılım Engelleri

a-) Genel Olarak

Kamu ihalelerine katılım engelleri, 4734 Sayılı Kanun`da farklı isimler altında düzenlenmiş olup ilk bakışta kafa karıştıracak niteliktedir. Söz konusu müessese üç ayrı başlık altında yer almaktadır. Bunlar ihaleye katılamayacak olanlar, ihale dışında bırakılma ve ihaleden yasaklamadır. Geçici veya sürekli olarak idarelerce veya mahkeme kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olma hali, bir ihaleye katılamayacak olma hali olarak kanunda yer almaktadır. İhaleye katılamayacak olanların durumu da esasında bir ihale dışı bırakılma nedeni olarak kanunda düzenlenmiştir. O halde ihale dışı bırakılma halini üst başlık olarak değerlendirecek olursak bu hal ihaleye katılamayacak olanları kapsamakta olup ihaleye katılamayacak olanların alt başlığı olarak da kamu ihalelerinden yasaklama halini gösterebiliriz.

b-) Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklama Kararı

Kamu ihalelerinden yasaklama rejimi, ihale sürecine ilişkin hukuki sonuçları açısından en etkili yaptırımlardan biri olup istekliler hakkında olumsuz sonuçlar

¹¹⁸ Örneğin Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği`nin 37. maddesi gereğince iş deneyiminin belirlenmesi amacıyla ihalelerde teklif edilen bedelin % 10`undan az ve % 40`ından fazla olmamak üzere idarece belirlenecek bir oranda ihale konusu iş veya benzer işlere ait tek sözleşmeye ilişkin iş deneyimini gösteren belgeler ile teknolojik ürün deneyim belgesinin sunulması istenmelidir.

doğurabilmektedir.¹¹⁹ Söz konusu rejim, farklı kanunlarda ayrı ayrı olmak üzere düzenleme altına alınmıştır.

2886 Sayılı Kanun`da düzenlenen yasaklama rejimi, 4734 ve 4735 Sayılı Kanunlarda düzenlenen yasaklama rejimiyle büyük ölçüde benzerlik göstermektedir. Buradaki en önemli fark ise 2886 Sayılı Kanun`un 84. maddenin 4. fıkrasında yer alan belirli bir miktar tazminat karşılığında yasaklama kararı verilmemesi halidir. Kamu ihalelerinin ilgili bölümlerde belirtilen önemine rağmen bu denli bir istisnanın tanınıyor olmasının ihale hukukunun genel prensibiyle bağdaşmadığı düşüncesindeyiz.

Kamu ihalelerinden yasaklama kararı, kanunda sayılan idari merciler veya mahkeme tarafından verilebilir. Hem 4734 Sayılı hem de 4735 Sayılı Kanunlarda ayrı ayrı düzenlenmiş olan yasaklılık hallerinden 4734 Sayılı Kanun`da yer alan idari kararlar yasaklama hali 58. maddede¹²⁰ düzenlenmiştir.

¹¹⁹ Cevdet Bozkurt, “6359 Sayılı Yasa ile 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun 11. Maddesinde Yapılan Değişiklik ve İhale Başvuru Sürecine Etkisi”, **Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi**, Ekim 2014, s. 130, s 301.

¹²⁰ *İhalelere katılmaktan yasaklama*

Madde 58- (Değişik birinci fıkra: 30/7/2003-4964/ 35 md.) 17 nci maddede belirtilen fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar, üzerine ihale yapıldığı halde mücbir sebep halleri dışında usulüne göre sözleşme yapmayanlar hakkında ise altı aydan az olmamak üzere bir yıla kadar, 2 nci ve 3 üncü maddeler ile istisna edilenler dahil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilir. Katılma yasakları, ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunulan bakanlık, herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise İçişleri Bakanlığı tarafından verilir.

Haklarında yasaklama kararı verilen tüzel kişilerin şahıs şirketi olması halinde şirket ortaklarının tamamı hakkında, sermaye şirketi olması halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan gerçek veya tüzel kişi ortaklar hakkında birinci fıkra hükmüne göre yasaklama kararı verilir. Haklarında yasaklama kararı verilenlerin gerçek veya tüzel kişi olması durumuna göre; ayrıca bir şahıs şirketinde ortak olmaları halinde bu şahıs şirketi hakkında da, sermaye şirketinde ortak olmaları halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmaları kaydıyla bu sermaye şirketi hakkında da aynı şekilde yasaklama kararı verilir.

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

Yasaklama kararları, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen en geç kırkbeş gün içinde verilir. Verilen bu karar Resmi Gazetede yayımlanmak üzere en geç onbeş gün içinde gönderilir ve yayımı tarihinde yürürlüğe girer. Bu kararlar Kamu İhale Kurumunca izlenerek, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olanlara ilişkin siciller tutulur.

Kanun koyucu KİK'e herhangi bir yasaklama kararı verme hakkı tanımadığı gibi aynı zamanda itirazın şikâyet incelemesi sırasında da yasaklama kararını kaldırma yetkisi tanımamıştır. Burada KİK'e düşen rol kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olanlara ilişkin sicil tutmak olarak yüklenmiştir. Söz konusu sicil sayesinde ihale makamları, üzerine ihale kalan kişi hakkında yasaklılık sorgulaması yaparak sözleşme yapmadan önce böyle bir halin varlığını tespit edebilecektir.

4735 Sayılı Kanun'un 26. maddesinde¹²¹ yer alan idari kararlarla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama, 4734 Sayılı Kanun düzenlemesi ile paralel hükümler getirmiştir.

Yargı kararıyla yasaklama hali de tıpkı idari kararlarla yasaklamada olduğu gibi birbirine paralel olacak şekilde hem 4734 Sayılı Kanun'da hem de 4735 Sayılı Kanun'da ayrı ayrı düzenlenmiştir. 4734 Sayılı Kanun'un konuya ilişkin hükmü 59. maddede¹²² yer almaktadır.

İhaleyi yapan idareler, ihalelere katılmaktan yasaklamayı gerektiren bir durumla karşılaştıkları takdirde, gereğinin yapılması için bu durumu ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa bildirmekle yükümlüdür.

¹²¹ İhalelere katılmaktan yasaklama

Madde 26- (Değişik birinci fıkra: 30/7/2003-4964/47 md.) 25 inci maddede belirtilen fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar, 4734 sayılı Kanununun 2 nci ve 3 üncü maddeleri ile istisna edilenler dahil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilir. Katılma yasakları, sözleşmeyi uygulayan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunulan bakanlık, herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise İçişleri Bakanlığı tarafından verilir.

Haklarında yasaklama kararı verilen tüzel kişilerin şahıs şirketi olması halinde şirket ortaklarının tamamı hakkında, sermaye şirketi olması halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan gerçek veya tüzel kişi ortaklar hakkında birinci fıkra hükmüne göre yasaklama kararı verilir. Haklarında yasaklama kararı verilenlerin gerçek veya tüzel kişi olması durumuna göre; ayrıca bir şahıs şirketinde ortak olmaları halinde bu şahıs şirketi hakkında da, sermaye şirketinde ortak olmaları halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmaları kaydıyla bu sermaye şirketi hakkında da aynı şekilde yasaklama kararı verilir.

Bu fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenler, yasaklama kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar aynı idare tarafından yapılacak ihalelere de iştirak ettirilmezler.

Yasaklama kararları, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen en geç kırkbeş gün içinde verilir. Verilen bu karar Resmi Gazetede yayımlanmak üzere en geç onbeş gün içinde gönderilir ve yayımı tarihinde yürürlüğe girer. Bu kararlar Kamu İhale Kurumunca izlenerek, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olanlara ilişkin siciller tutulur.

İdareler, 25 inci maddede belirtilen yasaklamayı gerektiren bir durumla karşılaştıkları takdirde, gereğinin yapılması için bu durumu ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa bildirmekle yükümlüdür.

¹²² İsteklilerin ceza sorumluluğu

İhalelere katılmaktan yargı kararıyla yasaklama, geçici ve sürekli yasaklama olarak ikiye ayrılmaktadır. Kanunda yer alan belirli bir süre (1 yıldan 3 yıla kadar) boyunca yasaklama, yukarıda yer alan idari kararlar yasaklama ile aynı rejime tabidir. Buna göre ihalelere katılmaktan yasaklamayı gerektiren davranışlar kanunda 17. maddede¹²³ belirtilen fiil veya davranışlar olarak belirtilmiştir. Söz konusu fiil veya davranışlarda bulunan kişilerin ortak veya vekillerinin tespitinde söz konusu fiil veya davranışların gerçekleştiği tarih ele alınmalıdır.¹²⁴ Örneğin A kişisi X tarihinde B kişisi ile Y ihalesinde ortak olsun ve yine aynı tarihte tehdit etmek suretiyle Y ihalesine fesat karıştırmış olsun. İhaleye fesat karıştırmaya suçundan dolayı yargılama

Madde 59- Taahhüt tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra tespit edilmiş olsa dahi, 17 nci maddede belirtilen fiil veya davranışlardan Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunan gerçek veya tüzel kişiler ile o işteki ortak veya vekilleri hakkında Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre ceza kovuşturması yapılmak üzere yetkili Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulur. Hükmolunacak cezanın yanı sıra, idarece 58 inci maddeye göre verilen yasaklama kararının bitiş tarihini izleyen günden itibaren uygulanmak şartıyla bir yıldan az olmamak üzere üç yıla kadar bu Kanun kapsamında yer alan bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan mahkeme kararıyla 58 inci maddenin ikinci fıkrasında sayılanlarla birlikte yasaklanırlar. Bu Kanun kapsamında yapılan ihalelerden dolayı haklarında birinci fıkra gereğince ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler ve 58 inci maddenin ikinci fıkrasında sayılanlar yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamaz. Haklarında kamu davası açılmasına karar verilenler, Cumhuriyet Savcılıklarınca sicillerine işlenmek üzere Kamu İhale Kurumuna bildirilir.

Bu Kanunda belirtilen yasak fiil veya davranışları nedeniyle haklarında mükerrer ceza hükmolunanlar ile bu kişilerin sermayesinin yarısından fazlasına sahip olduğu sermaye şirketleri veya bu kişilerin ortağı olduğu şahıs şirketleri, mahkeme kararı ile sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanır.

Bu madde hükümlerine göre; mahkeme kararı ile yasaklananlar ve ceza hükmolunanlar, Cumhuriyet Savcılıklarınca sicillerine işlenmek üzere Kamu İhale Kurumuna, meslek sicillerine işlenmek üzere de ilgili meslek odalarına bildirilir.

Sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlara ilişkin mahkeme kararları, Kamu İhale Kurumunca, bildirim izleyen onbeş gün içinde Resmî Gazetede yayımlanmak suretiyle duyurulur.

¹²³ Yasak fiil veya davranışlar

Madde 17- İhalelerde aşağıda belirtilen fiil veya davranışlarda bulunmak yasaktır:

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

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

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

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

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

Bu yasak fiil veya davranışlarda bulunanlar hakkında bu Kanunun Dördüncü Kısmında belirtilen hükümler uygulanır.

¹²⁴ Söz konusu tarihin kamu davasının açıldığı tarihteki ana göre ortak veya vekillerin belirlenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bozkurt, a. e., s 306. Biz bu görüşe cezaların şahsiliği ilkesi gereği katılmıyoruz. Suç oluşturan fiilin gerçekleşmesinden sonra kurulan bir ortaklık veya vekâlet ilişkisi sonucu ceza alınmaması gerekmektedir.

devam ederken B kişinin A kişisiyle olan ortaklıktan ayrılması halinde B kişisi için kamu ihalesine katılmaktan yasaklılık kararı halen verilebilir. Burada asıl mesele ortak veya vekilin tüzel kişi olması ve bu tüzel kişiliğin suçun işleniş tarihinden sonra herhangi bir sebeple tür değiştirmesi/bölünmesi/birleşmesi halinde nasıl hareket edileceğidir. Kanaatimizce tüzel kişinin bölünmesi halinde ortaya çıkan tüm tüzel kişiler ve tür değiştirmesi halinde yine aynı tüzel kişi hakkında da ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilebilir. Fakat söz konusu tüzel kişinin başka bir tüzel kişiye dâhil olması halinde artık devralan tüzel kişi için böyle bir karar vermek hakkaniyete aykırılık teşkil edecektir.

Ortak ve vekil haricinde 58. maddede sayılan kişilerin ilişkili kişiler olması sebebiyle hüküm anına göre tespit edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Böylece kanun koyucunun yasayı dolanma amacının öne geçmesini sağlama amacı da hâsıl olmuş olmaktadır.

İhalden yasaklamayı gerektiren ve aynı zamanda suç teşkil eden fiil ve davranışların taahhüt tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra dahi tespiti halinde söz konusu yaptırımın uygulanacağı vurgulanmıştır. Burada önem arz eden husus her ne kadar üst süre öngörülmemişse de söz konusu kararı veren merciin ceza yargılaması yapan bir mahkeme olduğudur. Dolayısıyla 17. maddede belirtilen fiil veya davranışları aynı zamanda suç teşkil eden bireyin ceza zamanaşımı süresi ile bağlı olması gerekir. Eş deyişle ceza zamanaşımının dolması halinde cezaya hükmetmeyecek olan mahkemenin ek yaptırım niteliğindeki ihalden yasaklama kararını da veremeyeceği kanaatindeyiz. Kanunda yer alan “Hükmonulacak cezanın yanı sıra” ibaresi de bu görüşümüzü destekler niteliktedir.

Verilecek yasaklama kararının mahiyetinin ne olacağı da başka bir tartışma konusu oluşturabilir. Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 45. maddesi gereği cezalar adli para cezası ve hapis cezası olmak üzere ikiye ayrıldığı için bu yasaklama kararının ceza hukuku anlamında suçun karşılığı olan ceza olamayacağı aşikârdır. Güvenlik tedbirini ise en genel itibariyle suçun konusu ya da suçun işlenmesinde kullanılan araçla ilgili olarak failin kusurluluğunu dikkate almadan uygulanan koruyucu veya

iyileştirici ceza hukuku yaptırımını olarak tanımlayabiliriz.¹²⁵ Güvenlik tedbirleri, TCK 53. maddeden başlayarak 60. maddeye kadar düzenlenmiştir fakat özel kanunlar da sui generis olarak düzenlenen güvenlik tedbirleri bulunmaktadır. Tüm bu tedbirlerin ortak özelliğinin belirli bir hakkı kullanmaktan yoksun bırakma olduğu görülebilir. Kamu ihalelerine katılma hakkını kısıtlayan ve verilecek cezaya ek nitelikte olan bu yaptırımın da bir güvenlik tedbiri olduğu kanaatindeyiz.

Sürekli olarak ihalelere katılmaktan yasaklama hali¹²⁶ ise 59. maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenmiş bulunmaktadır.¹²⁷

4735 Sayılı Kanun'un 27. maddesinde¹²⁸ yer alan yargı kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama, 4734 Sayılı Kanun'daki düzenlemeye büyük ölçüde paralel hükümler getirmiştir.

Kamu ihalelerinden yargı kararıyla yasaklama halinin sonucusu ise 20.06.2012 Tarihli ve 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'na 04.04.2015 tarihinde 6645 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde

¹²⁵ İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 10. Bası, Ankara, Seçkin Yayınları, Eylül 2014, s. 761.

¹²⁶ Kamu ihalelerine sürekli olarak yasaklama müessesini hukuka uygun bulmuyoruz. 2005 yılı itibarıyla ülkemizde gerçekleşen Türk Ceza Hukuku Reformuyla beraber TCK'da artık sürekli hak yoksunlukları kaldırılmış olup hükmonulan ceza veya cezanın infazının ardından belirli bir süre boyunca hak yoksunluğu düzenlemeleri bulunmaktadır. Kamu ihalelerine katılmak gibi bir hakkı herhangi bir gerçek ve tüzel kişi için süresiz olarak yasaklamanın hukuk devleti ve kanun önünde eşitlik ilkesi ile çalışma ve sözleşme hürriyetine aykırı olduğu kanaatindeyiz.

¹²⁷ Kanunda yer alan ifade gereği mahkemelerin bu konuda bir takdir yetkileri bulunmamaktadır.

¹²⁸ *Yüklenicilerin ceza sorumluluğu*

Madde 27- İş tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra tespit edilmiş olsa dahi, 25inci maddede belirtilen fiil veya davranışlardan Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunan gerçek veya tüzel kişiler ile o işteki ortak veya vekilleri hakkında Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre ceza kovuşturması yapmak üzere yetkili Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulur. Hükmolunacak cezanın yanı sıra, idarece 26 ncı maddeye göre verilen yasaklama kararının bitiş tarihinden itibaren uygulanmak şartıyla bir yıldan az olmamak üzere üç yıla kadar bu Kanun kapsamında yer alan bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan mahkeme kararıyla 26 ncı maddenin ikinci fıkrasında sayılanlarla birlikte yasaklanırlar.

Bu Kanunda belirtilen yasak fiil veya davranışları nedeniyle haklarında mükerrer ceza hükmolunanlar ile bu kişilerin sermayesinin yarısından fazlasına sahip olduğu sermaye şirketleri veya bu kişilerin ortağı olduğu şahıs şirketleri, mahkeme kararı ile sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanır.

Bu madde hükümlerine göre; mahkeme kararı ile yasaklananlar ve ceza hükmolunanlar, Cumhuriyet Savcılıklarınca sicillerine işlenmek üzere Kamu İhale Kurumuna, meslek sicillerine işlenmek üzere de ilgili meslek odalarına bildirilir.

Sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlara ilişkin mahkeme kararları, Kamu İhale Kurumunca bildirim izleyen onbeş gün içinde Resmi Gazetede yayımlanmak suretiyle duyurulur.

Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile eklenen 25/A maddesinde¹²⁹ yer almaktadır. İhaleden yasaklama kararını verecek olan mahkeme ise 12.10.2017 Tarihli ve 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanun'unun yetkiye ilişkin hükmü olan 6. maddesine¹³⁰ göre yetkili olan iş mahkemeleridir.

Geçici olarak yasaklama halinin bir diğeri ise yargılama boyunca ihalelere katılmaktan yasaklamadır. 4734 Sayılı Kanun'un 59. maddesinin 2. fıkrasına göre ceza muhakemesinin kovuşturma evresine geçilmesiyle birlikte hakkında yargılama yapılanlar ile 58. maddenin 2. fıkrasında sayılanlar yani ezcümle yargılama sonunda ihaleden yasaklama kararı verilebilecek olan herkesin 4734 Sayılı Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamayacakları belirtilmektedir. 4734 Sayılı Kanun'un 58. maddesinin 2. fıkrasında “*sermayesinin yarısından fazlasına sahip olunan sermaye şirketi*” denildiğinden hakkında kamu davası açılan kişinin sermayesinin yarısından daha azına sahip olduğu sermaye şirketleri söz konusu yasaklamadan etkilenmeyecektir. Söz konusu maddede herhangi bir mahkeme veya hâkim kararı ibaresi yer almadığından kamu davasının açılmasıyla birlikte bu durum kendiliğinden oluşacaktır.

Herhangi bir kamu ihalesine katıldıktan sonra hakkında kanunda belirtilen nedenlerle kamu davası açıldığı zaman yargılama boyunca yasaklamanın

¹²⁹ *Ölümlü iş kazası sebebiyle kamu ihalesinden yasaklama*

Madde 25/A – (Ek: 4/4/2015-6645/3 md.)

Ölümlü iş kazası meydana gelen maden işyerlerinde kusuru yargı kararı ile tespit edilen işveren, mahkeme tarafından iki yıl süreyle kamu ihalelerine katılmaktan 5/1/2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 26 ncı maddesinin ikinci fıkrasında sayılanlarla birlikte yasaklanır. Kararın bir örneği işverenin siciline işlenmek üzere Kamu İhale Kurumuna gönderilir ve Kurumun internet sayfasında ilan edilir.

İşbu hükmün maden işyeri haricindeki tüm işyerleri için geçerli olacak şekilde düzenlenmesi gerekliliğine ilişkin görüş için bkz: Akın Şimşek, “Maden İşyerlerinde Ölümlü İş Kazası Sebebiyle Kamu İhalelerinden Yasaklama”, **Yaklaşım**, Mayıs 2016, sayı 281, s. 242. Biz de yazara katılıyoruz. Mahkemenin vereceği yasaklama kararı için kanunda herhangi bir alt ya da üst sınır belirtilmediğinden 2 yıl olarak verilebilecektir.

¹³⁰ *Yetki*

Madde 6- (1) İş mahkemelerinde açılacak davalarda yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesi ile işin veya işlemin yapıldığı yer mahkemesidir.

(2) Davalı birden fazla ise bunlardan birinin yerleşim yeri mahkemesi de yetkilidir.

(3) İş kazasından doğan tazminat davalarında, iş kazasının veya zararın meydana geldiği yer ile zarar gören işçinin yerleşim yeri mahkemesi de yetkilidir.

(4) İş mahkemelerinin yetkilerine ilişkin olarak diğer kanunlarda yer alan hükümler saklıdır.

(5) Bu madde hükümlerine aykırı yetki sözleşmeleri geçersizdir.

uygulanmasıyla birlikte söz konusu isteklinin ihale dışı bırakılacağı kanun hükmü gereği açıktır. Fakat bu durumda geçici teminatlar hakkında kanunda herhangi bir hüküm yer almadığından bu teminatların gelir olarak kaydedilmesi olanak dâhilinde değildir.¹³¹ Aynı zamanda söz konusu kişiler hakkında sırf kamu davası açıldığından bahisle idarece ihalelerden yasaklama kararı verilemeyeceği de gözden irak tutulmamalıdır.¹³²

4734 Sayılı Kanun`da yer alan kamu davası açılması halinde yargılama boyunca kamu ihalelerine katılmaktan geçici olarak yasaklama halinin muadili 4735 Sayılı Kanun`da yer almamaktadır. O halde 4735 Sayılı Kanun`un 25. maddesinde belirtilen fiil veya davranışların aynı zamanda TCK anlamında suç teşkil etmesinden dolayı yapılan ceza yargılaması boyunca yüklenici ile varsa ortak ve vekillerine karşı kamu ihalelerinden yasaklama kararı verilemez.

Kanun gereği kamu ihalelerinden yasaklama hali sadece 4734 Sayılı Kanun`da yer almamaktadır. Söz gelimi 02.10.1981 Tarihli ve 2531 Sayılı Kamu Görevlerinden Ayrılanların Yapamayacakları İşler Hakkında Kanun`nun 2. maddesinde¹³³ de ihalelere katılmaktan yasaklama, “taahhüde girememe” kavramı

¹³¹ Uygulamada bu konuya ilişkin tereddütlerin ortadan kaldırılması için ihaleye katılmayacak olanların geçici teminatlarının gelir kaydedileceğine ilişkin düzenlemenin olduğu 4734 Sayılı Kanun`un 11. maddesine 01.11.2012 tarihinde 6359 Sayılı Kanunla değişiklik yapılmıştır. Söz konusu değişiklikle ihaleye katılmadan yasaklama kararının ancak idari bir karar veya mahkeme kararı sonucu verilmesi halinde isteklinin katılacağı ihaledeki geçici teminatının gelir kaydedileceği kurala bağlanmıştır. Böylece kamu ihalelerinden geçici yasaklama müessesesinin ağır sonuçları hafifletilmiş olmaktadır. Konuya ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz: Vural Şahbenderoğlu, “Kamu İhale Kanununun 11. Maddesinde 6359 Sayılı Kanunla Yapılan Düzenleme”, **Mali Kılavuz**, Ocak-Mart 2013, sayı 59, s. 80-81.

¹³² Bozkurt, **a. g. e.**, s 303. Söz konusu durumu teyit eder şekilde Kamu İhale Genel Tebliğinin 30. 5. 2. maddesinin ç-) bendi aşağıda yer aldığı gibidir:

“ç) Hakkında kamu davası açılanlar 1/11/2012 tarihli ve 6359 sayılı Kamu İhale Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun gereğince 4734 sayılı Kanunun 11 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamından çıkarıldığından, yapılan teyit sonucunda hakkında kamu davası açılan aday veya istekli durumunda olanların, anılan Kanununun 59 uncu maddesinde belirtilen yasağa rağmen ihaleye katılmış olduklarının tespiti halinde değerlendirme dışı bırakılması, ancak geçici teminatlarının gelir kaydedilmemesi ve idarece haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmemesi gerekmektedir.”

¹³³ Yasak ve süresi:

Madde 2 – Birinci madde kapsamına giren yerlerdeki görevlerinden hangi sebeple olursa olsun ayrılanlar, ayrıldıkları tarihten önceki iki yıl içinde hizmetinde buldukları daire, idare, kurum ve kuruluşlara karşı ayrıldıkları tarihten başlayarak üç yıl süreyle, o daire, idare, kurum ve kuruluştaki görev ve ve faaliyet alanlarıyla ilgili konularda doğrudan doğruya veya dolaylı olarak görev ve iş alamazlar, taahhüde giremezler, komisyonculuk ve temsilcilik yapamazlar.

altında düzenlenmiştir. Aynı durum 31.10.1984 Tarihli ve 3069 Sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeliği ile Bağdaşmayan İşler Hakkında Kanun'un 2. maddesi¹³⁴ ve 2886 Sayılı Kanun'un ihalelerden yasaklılığa ilişkin hükümleri için de geçerlidir.

c-) İhaleye Katılamayacak Olanlar

Kanun koyucu, kamu ihale sürecine ilişkin temel ilkelerin korunması amacına yönelik olarak ihaleye katılamayacak olanları 4734 Sayılı Kanun'un 11. maddesinde numerus clausus ilkesi gereği sayma suretiyle ve açıkça düzenlemiştir.

4734 Sayılı Kanun'un 11. maddesinde yer alan unsurların dışında istekli olabilecek¹³⁵ sıfatının tanımlandığı kanunun 4. maddesinde de bir ihaleye katılım şartı öngörüldüğü KİK tarafından ifade edilmiştir.¹³⁶ Söz konusu kanun metninde istekli olabilecek kişi tanımlanırken “*ihale konusu alanda faaliyet gösteren*” ibaresi geçmektedir. İstekli olabilecek sıfatının kazanılması için dahi bu şart gerekli olduğuna göre istekli olabilecek kişilerin de evleviyetle bu şartı taşımaları gerekmektedir. Biz bu ifadenin genel nitelikte yazılmış olduğunu ve ihaleye katılacak

¹³⁴ **Madde 2** – Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Devlet ve diğer kamu tüzelkişilerinde ve bunlara bağlı kuruluşlarda; Devletin veya diğer kamu tüzelkişilerinin doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak katıldığı teşebbüs ve ortaklıklarda; özel gelir kaynakları ve özel imkanları kanunla sağlanmış kamu yararına çalışan derneklerin ve Devletten yardım sağlayan ve vergi muafiyeti olan vakıfların, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile sendikalar ve bunların üst kuruluşlarının ve katıldıkları teşebbüs veya ortaklıkların yönetim ve denetim kurullarında görev alamazlar, vekili olamazlar, herhangi bir taahhüt işini doğrudan veya dolaylı olarak kabul edemezler, temsilcilik ve hakemlik yapamazlar.

¹³⁵ 4734 Sayılı Kanun'un 4. maddesinde ihale konusu alanda faaliyet gösteren ve ihale veya ön yeterlik dokümanı satın almış gerçek veya tüzel kişi ya da bunların oluşturdukları ortak girişim olarak tanımlanmıştır.

¹³⁶ KİK bir kararında isteklilerden birinin ihale konusu alanda faaliyet göstermediği gerekçesiyle teklifinin değerlendirme dışı bırakılacağına hükmetmiştir. Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 04.01.2018. **Karar No:** 2018/UM.I 1812 (Çevrimiçi), <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 09.06.2021. Kararda ilginç olan bir diğer yan ise söz konusu isteklinin ihale konusu alanda faaliyette bulunup bulunmadığı hususunun ticaret sicil gazetesine bakılarak tespit edilmiş olmasıdır. 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) “ultra vires” ilkesini kural olarak kaldırması karşısında bu yorum kabul edilemez niteliktedir. Yapılması gereken inceleme söz konusu isteklinin gerçekten o alanda faaliyette bulunup bulunmadığının araştırılması olmalıydı. KİK ise yaptığı değerlendirmede 4734 Sayılı Kanun'un ilgili hükmünün TTK'ya nazaran özel norm niteliği taşıdığı iddiasıyla “ultra vires” ilkesinin kamu ihalelerine katılımda aranmayacağını ifade etmiştir. KİK'in bu yaklaşımı güncel kararlarda da devam etmekte olup örnek olarak şu karar verilebilir: Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 24.03.2021. **Karar No:** 2021/UM.II-668 (Çevrimiçi), <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 30.07.2021.

olan istekliler yönünden bir engel teşkil etmemesi gerektiği kanaatindeyiz. Ancak somut bir ihalede idari şartnamede iş deneyimi açısından belge talep edildiğinde pek tabi ki bu husus tekliflerin değerlendirilmesinde dikkate alınacaktır. Bu durumda teklifin değerlendirme dışı bırakılma nedeni ise kanunun ilgili hükmü değil ancak idari şartnamenin bizatihi kendisi olacaktır.

Kanunda ihaleye katılamayacak olanların ihaleye katılması halinde müeyyide olarak ihale dışı bırakılma ve geçici teminatlarının idareye gelir kaydedilmesi öngörülmüştür. Aynı zamanda bu durumun tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında tespit edilemeyip bu kişilerden biri üzerine ihalenin kalması halinde teminatı gelir kaydedilerek ihale iptal edilecektir.

d-) İhale Dışı Bırakılma

İhale dışı bırakılma hali, 4734 Sayılı Kanun'un 10. maddesinde¹³⁷ bentler halinde sıralanmıştır. İhale dışı bırakılma hallerin bulunmadığına ilişkin olarak ihaleye katılma safhasında isteklilerden taahhüt alınmaktadır. Söz konusu bu taahhüt

¹³⁷ İhaleye katılımda yeterlik kuralları

Madde 10- ...

Aşağıda belirtilen durumlardaki istekliler ihale dışı bırakılır:

- a) İflas eden, tasfiye halinde olan, işleri mahkeme tarafından yürütülen, konkordato ilân eden, işlerini askıya alan veya kendi ülkesindeki mevzuat hükümlerine göre benzer bir durumda olan.
- b) İflası ilân edilen, zorunlu tasfiye kararı verilen, alacaklılara karşı borçlarından dolayı mahkeme idaresi altında bulunan veya kendi ülkesindeki mevzuat hükümlerine göre benzer bir durumda olan.
- c) Türkiye'nin veya kendi ülkesinin mevzuat hükümleri uyarınca kesinleşmiş sosyal güvenlik prim borcu olan.
- d) Türkiye'nin veya kendi ülkesinin mevzuat hükümleri uyarınca kesinleşmiş vergi borcu olan.
- e) İhale tarihinden önceki beş yıl içinde, mesleki faaliyetlerinden dolayı yargı kararıyla hüküm giyen.
- f) İhale tarihinden önceki beş yıl içinde, ihaleyi yapan idareye yaptığı işler sırasında iş veya meslek ahlakına aykırı faaliyetlerde bulunduğu bu idare tarafından ispat edilen.
- g) İhale tarihi itibarıyla, mevzuatı gereği kayıtlı olduğu oda tarafından mesleki faaliyetten men edilmiş olan.
- h) Bu maddede belirtilen bilgi ve belgeleri vermeyen veya yanıltıcı bilgi ve/veya sahte belge verdiği tespit edilen.

i) 11 inci maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılan.

j) 17 nci maddede belirtilen yasak fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilen.

(Ek fıkra: 28/3/2007-5615/23 md.) Kurum, dördüncü fıkranın; (c) bendi ile ilgili olarak Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığının uygun görüşünü alarak sosyal güvenlik prim borcunun kapsamı ve tutarını; (d) bendi ile ilgili olarak, Gelir İdaresi Başkanlığının uygun görüşünü alarak vergi borcu kapsamına girecek vergileri; tür ve tutar itibarıyla belirlemeye yetkilidir.

(Ek fıkra: 28/3/2007-5615/23 md.) Bu madde kapsamında istenen belgelerden hangilerinin taahhütname olarak sunulabileceği Kurum tarafından belirlenir. Gerçeğe aykırı hususlar içeren taahhütname sunulması veya ihale üzerinde kalan istekli tarafından taahhüt altına alınan durumu tevsik eden belgelerin sözleşme imzalanmadan önce verilmemesi halinde bu durumda olanlar ihale dışı bırakılarak geçici teminatları gelir kaydedilir.

ise istekliler tarafından teklif mektubunda belirtilmektedir.¹³⁸ Daha sonra ihale üzerine kalan istekli, söz konusu hususların bulunmadığına ilişkin olarak tevsik edici belgeleri ihale makamı olan idareye sunmalıdır. O halde ihale üzerine kalan istekli ve bu isteklinin sözleşme imzalamaması halinde ekonomik açıdan en avantajlı teklif veren ikinci istekli hariç olmak üzere geriye kalan isteklilerin söz konu taahhütlerinin gerçeğe aykırı olması halinde herhangi bir yaptırıma tabi tutulmayacaklardır.¹³⁹

İhale dışı bırakılmayı gerektiren haller kanunda tartışmaya yer bırakmayacak şekilde belirlenmiştir. Söz konusu tevsik edici belgelere örnek olarak kesinleşmiş vergi borcu bulunmadığına dair isteklinin tabi olduğu vergi dairesinden alacağı yazı ve kesinleşmiş sosyal güvenlik prim borcu bulunmadığına dair işyerinin kayıtlı bulunduğu Sosyal Güvenlik İl Müdürlüğünden/Sosyal Güvenlik Merkezinden alacağı yazıyı gösterebiliriz. Gerçeğe aykırı hususlar içeren taahhütname sunulması ve taahhüt altına alınan durumu tevsik eden belgelerin sözleşme imzalanmadan önce verilmemesi durumlarının yaptırımı ise ihale dışı bırakılıp geçici teminatların gelir kaydedilmesidir.

5-) İhaleye Katılım Süreci

a-) İhale Dokümanının Satın Alınması

İhaleye katılarak istekli sıfatının kazanılması için öncelikle ihale veya ön yeterlik dokümanının satın alınarak ilgisine göre aday veya istekli olabilecek sıfatının kazanılması gerekecektir.¹⁴⁰ Söz konusu dokümanın satın alınması zorunluluğu 4734 Sayılı Kanun'un 28. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre ihale ve ön yeterlik dokümanı idarede bedelsiz olarak görülebilir. Ancak, ön yeterlik veya

¹³⁸ Bekir Şahin, "4734 Sayılı Kanun Kapsamında Yapılan İhalelerde Ekonomik ve Mali Yeterlik ile Mesleki ve Teknik Yeterliklerin Belirlenmesine İlişkin Belgeler ile Sözleşme İmzalanmadan Önce Verilmesi Gereken Belgeler ve Sorumlulukların Değerlendirilmesi", **Mali Kılavuz**, Ocak-Mart 2013, sayı 59, s. 25.

¹³⁹ Bekir Şahin, **a. e.**, s. 23.

¹⁴⁰ KİK, 02.03.2010 Tarihli ve 2010/UM.I-679 Sayılı kararında ihale dokümanının parasını yatırıp dokümanının teslim alınmamasını, dokümanı satın almama olarak nitelendirmiştir. İrfan Yılmaz, **a. g. e.**, s. 140-141. Kanaatimizce doküman bedelini ödeyen kişilerin istekli olabilecek sıfatını kazanabilmesi gerekecektir zira dokümanın elden teslim alınıp alınmaması bu sıfatın kazanılmasına engel teşkil etmemelidir.

ihaleye katılmak isteyen istekliler, bu dokümanı satın almak zorundadır.¹⁴¹ Doküman bedeli, basım maliyetini aşmayacak ve rekabeti engellemeyecek şekilde idarelerce tespit edilir. Kanunda belirtilen satın alma zorunluluğu mutlak olarak idareye para ödenerek doküman teminine ilişkin olmayıp aynı zamanda dokümanın Elektronik Kamu Alımları Platformu¹⁴² (EKAP) üzerinden e-imza ile ücretsiz indirilmesini de kapsamaktadır.¹⁴³ Ortak girişimdeki¹⁴⁴ ortaklardan pilot yahut koordinatör ortak olup olmadığına bakılmaksızın herhangi birinin indirmesi yeterlidir.¹⁴⁵ Ayrıca bütün istekliler için geçerli olacak şekilde 07.06.2014 tarihli yönetmelik değişiklikleri sonucu ihalelere katılmak için EKAP'a kayıt zorunluluğu getirildiği de göz ardı edilmemelidir. İlgili maddeye 04.07.2012 Tarihli ve 6353 Sayılı Kanun'un 28. maddesi ile eklenen ek cümleye göre ilan yapılmayan ihalelerde ise ihale dokümanı sadece idare tarafından davet edilenlere satılacaktır.

¹⁴¹ KİK, 26.02.2007 Tarihli ve 2007/UH.Z-747 Sayılı kararında isteklinin satın almış olduğu ihale dokümanlarının sayfalarında idarenin imzasının ve mührünün eksik olmasının doküman satın alma işlemine hanel getirmeyeceğine hükmetmiştir. Kılıç, Çaylı, **a. g. e.**, s. 63. İdarece yapılan bu eksikliğin istekli olabilecekler için hak kaybı yaratmamasına ilişkin bu gerekçeyi biz de aynen benimsiyoruz.

¹⁴² İdareler ile kamu alımları sürecine taraf olanların bu sürece ilişkin işlemleri internet üzerinden gerçekleştirebilecekleri ve KİK tarafından yönetilen elektronik ortamı ifade etmektedir. Söz konusu bu platform, bütün ihale işlemlerinin elektronik ortamda yapılması hedefiyle kurulmuş olup her geçen gün bu amacı gerçekleştirmek üzere işlevselliği artırılmaktadır. Gürhan vd., **a. g. e.**, s. 169.

¹⁴³ Yakup Uslu, "Kamu İhalelerine Yönelik Başvurularda Sık Yapılan Hatalar", **Maliye Postası**, Ocak 2016, sayı 848, s. 111, Sezer, Büber, **a. g. e.**, s. 259. Söz konusu zorunluluk ihale dokümanının satın alınmasına ilişkin olup dolaylı olarak ihaleye katılımı da etkilemektedir.

¹⁴⁴ 4734 Sayılı Kanun'un 4. maddesinde ihaleye katılmak üzere birden fazla gerçek veya tüzel kişinin aralarında yaptıkları anlaşma ile oluşturulan iş ortaklığı veya konsorsiyumları ifade etmek üzere tanımlanan bir kavramdır. İş ortaklığında bütün ortaklar sözleşmenin yerine getirilmesinde eşit olarak sorumluluğa sahip olmasına rağmen konsorsiyumlarda ise her bir ortağın kendi uzmanlık alanlarına göre yapılan işte sorumluluğu mevcuttur. Sancakdar vd., **a. g. e.**, s. 653. Ortak Girişimin üyelerinin gerçek veya tüzel mutlaka bir kişiliğinin bulunması gereklidir. Cevdet Bozkurt, "6102, 6098, ve 4734 Sayılı Kanunlar Işığında Kamu İhalelerini Gerçekleştirmek Amacıyla İş Ortaklığı Konsorsiyuma Ortak Olabilir Mi?", **Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi**, Mayıs 2018, sayı 173, s. 285. Buna göre tüzel kişiliğe haiz olmayan adi ortaklıkların (ve bir adi ortaklık olan konsorsiyum ve iş ortaklarının) Ortak Girişim üyesi olmaları mümkün görünmemektedir. Bozkurt, **a. e.** Özellikle yüksek risk taşıyan ileri teknoloji ve büyük oranda sermaye gerektiren yatırım projelerinin gerçekleştirilmesinde sıkça ortak girişim oluşturma yoluna başvurulmaktadır. İnan, Yazmacı, "Kamu İhale Hukukunda Ortak Girişimlerde Pilot Ortağın Temsil Yetkisi", **Maliye ve Sigorta Yorumları**, Nisan 2016, sayı 614, s. 57. Böylelikle ortak girişimi oluşturan tüm ortaklar, sahip oldukları maddi ve manevi kaynakları bir araya getirerek en verimli şekilde ve kar odaklı olarak ihale konusu işi birlikte ifa edebilmektedir. İnan, Yazmacı, **a. e.**

¹⁴⁵ Sezer, Büber, **a. g. e.**, s. 259-260.

b-) Zorunlu Belgelerin Temin Edilip Sunulması

İhaleye katılımda istenebilecek zorunlu belgelerin nelerden ibaret olduğu söz konusu ihalenin ilanında teklif mektubu ve geçici teminat da dâhil olmak üzere mevzuata uygun olarak belirlenir ve istekliler tarafından eksiksiz olarak hazır edilip ihale saatinden önce kapalı bir zarfın içine konularak idareye sunulur.

c-) Geçici Teminatın Yatırılması

4734 Sayılı Kanun'un 33. maddesinde kanun kapsamındaki ihaleler için ihale dokümanında belirtilen şekilde teklif edilen bedelin % 3'ünden az olmamak üzere, istekli tarafından verilecek olan tutarda geçici teminatın alınacağı düzenlenmiştir.¹⁴⁶ İhale dokümanında özel olarak belirtilmesi şartıyla, danışmanlık hizmeti ihalelerinde geçici teminat alınması zorunlu değildir.¹⁴⁷

Teminat olarak kabul edilecek değerler ise kanunun aynı başlığı taşıyan 34. maddesinde¹⁴⁸ tedavüldeki Türk Parası, teminat mektupları¹⁴⁹ ve Hazine

¹⁴⁶ Bazı yazarlar tarafından asgari olarak belirlenen % 3'lük tutarın üzerinde teminat verilmesinin isteklilerin takdirine bırakıldığı ifade edilmiştir. Usta, **a. g. e.**, s. 84, Özgül Söğütü, "4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun 33. Maddesi Gereğince Alınan Geçici Teminatın Gelir Kaydedilmesi", **Mali Kılavuz**, Ocak-Mart 2013, sayı 59, s. 59. Uygulamada da bu görüş esas alınmaktadır. Örnek için bkz: 26.07.2010 tarih ve 2010/DK.D-116 sayılı KİK kararı; "... verilecek olan geçici teminat için "en az oranı" belirleyerek bu oranın üzerinde geçici teminat verilmesini isteklilerin ihtiyarına bırakmıştır. ..." Aynı ifade KİK'in pek çok kararında geçmekte olup örnek olarak şu kararlar verilebilir: Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 08.07.2021. **Karar No:** 2021/UM.II-1388 (Çevrimiçi), <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 30.07.2021, Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 08.07.2021. **Karar No:** 2021/UH.II-1367 (Çevrimiçi), <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 30.07.2021. Biz ise bu görüşe katılmıyoruz. Kanun koyucunun getirmiş olduğu asgari sınırın üzerine ancak idare ihale dokümanında belirtmek şartıyla geçici teminat alınmasını öngörebilir.

¹⁴⁷ Fakat danışmanlık hizmeti ihalelerinde geçici teminatın arandığı hallerde ise 4734 Sayılı Kanun'un geçici teminatla ilgili hükümlerinin bütünüyle uygulama alanı bulacağı göz ardı edilmemelidir. Usta, **a. g. e.**, s. 84. Geçici teminatla ilgili önemli bir diğer husus, ihale yönetimi olmaması nedeniyle doğrudan temin yönteminde alınmasının zorunlu olmadığıdır. Usta, **a. e.**

¹⁴⁸ *Teminat olarak kabul edilecek değerler*

Madde 34- *Teminat olarak kabul edilecek değerler aşağıda gösterilmiştir:*

a) *Tedavüldeki Türk Parası.*

b) **(Değişik: 28/11/2017-7061/66 md.)** *Teminat mektupları.*

c) *Hazine Müsteşarlığınca ihraç edilen Devlet İç Borçlanma Senetleri ve bu senetler yerine düzenlenen belgeler.*

İlgili mevzuatına göre Türkiye'de faaliyette bulunmasına izin verilen yabancı bankaların düzenleyecekleri teminat mektupları ile Türkiye dışında faaliyette bulunan banka veya benzeri kredi kuruluşlarının kontrgarantisi üzerine Türkiye'de faaliyette bulunan bankaların veya özel finans kurumlarının düzenleyecekleri teminat mektupları da teminat olarak kabul edilir.(1)

Müştaşarlığınca ihraç edilen Devlet İç Borçlanma Senetleri ve bu senetler yerine düzenlenen belgeler olarak belirlenmiştir.¹⁵⁰

4734 Sayılı Kanun'un 35. maddesine göre ihale komisyonuna verilecek olan teminat mektuplarının kapsam ve şeklini tespিতে KİK yetkili kılınmıştır.¹⁵¹ Maddenin son fıkrasına göre de teminat mektupları hem ihale mevzuatına hem de teminata ilişkin kendi özel mevzuatına uygun olarak düzenlenmek zorundadır.

4734 Sayılı Kanun'da geçici teminat müessesesinin düzenlenmesinin iki nedeni bulunmaktadır. Bunlardan biri isteklilerin tekliflerinde veya taahhütlerinde ciddi ve gerçekçi olmalarıdır.¹⁵² Böylelikle ihaleye gerçekten kazanmak isteyen ve aynı zamanda söz konusu ihale bedelini ödeyebilecek güçte olanlar katılacaktır. Aksi takdirde ihale üzerlerine kaldığı zaman geçici teminatlarının gelir kaydedilmesine göz yummaları gerekecektir. İkinci neden ise ihale mevzuatında yer alan kural ve kaidelere uyulmasının sağlanmasıdır.¹⁵³ Kurallara uyulmasının sağlanması ise aykırı

(c) bendinde belirtilen senetler ve bu senetler yerine düzenlenen belgelerden nominal değere faiz dahil edilerek ihraç edilenler, anaparaya tekabül eden satış değeri üzerinden teminat olarak kabul edilir.

Teminat mektupları dışındaki teminatlar ihale komisyonlarınca teslim alınamaz. Bunların saymanlık ya da muhasebe müdürlüklerine yatırılması zorunludur.

İhale üzerinde kalan istekli ile ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekliye ait teminat mektupları ihaleden sonra saymanlık ya da muhasebe müdürlüklerine teslim edilir. Diğer isteklilere ait teminatlar ise hemen iade edilir. İhale üzerinde kalan istekli ile sözleşme imzalanması halinde, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibine ait teminat sözleşme imzalandıktan hemen sonra iade edilir.

Teminatlar, teminat olarak kabul edilen diğer değerlerle değiştirilebilir.

Her ne suretle olursa olsun, idarece alınan teminatlar haczedilemez ve üzerine ihtiyati tedbir konulamaz.

¹⁴⁹ 4734 Sayılı Kanun'un 4. maddesinde teminat mektubu, bankalar tarafından verilen teminat mektupları ile Türkiye'de yerleşik sigorta şirketleri tarafından kefalet sigortası kapsamında düzenlenen kefalet senetleri olarak tanımlanmıştır.

¹⁵⁰ Kanunda teminat olarak kabul edilecek değerler sınırlı sayıda sayılmış olduğundan başkaca değerlerin teminat olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Nitekim, KİK'in 19.06.2006 Tarih ve 2006/UM.Z-1425 Sayılı kararına konu olayda isteklinin idareden olan alacağına ilişkin mahsup işlemi sonucu düzenlenen belgenin geçici teminat olarak kabulü olanaklı görünmemiştir. İrfan Yılmaz, **a. g. e.**, s. 214-218.

¹⁵¹ KİK, ilgili mevzuat gereği "limit içi" ve "limit dışı" ibarelerini taşıyan teminat mektuplarının kabulünde bir mahsur görmemektedir. Aksoy, Erbay, **a. g. e.**, s. 21.

¹⁵² Usta, **a. g. e.**, s. 82.

¹⁵³ Usta, **a. e.**

hareket edildiğinde verilen geçici teminatların gelir kaydedilmesi müeyyidesinde yer almaktadır.¹⁵⁴

Geçici teminatın 4734 Sayılı Kanunun ilgili hükümlerine uyulmaması halinde gelir olarak kaydedileceği haller müstakil bir maddede sayılmamış olup çeşitli maddelerde yer almaktadır.¹⁵⁵

6-) İhale Aşaması

4734 Sayılı Kanun'un 30. maddesinde tekliflerin nasıl hazırlanıp sunulacağı ayrıntılı olarak belirlenmiştir.¹⁵⁶ Tekliflerin ihale makamı olan idareye verilmesinin ardından tekliflerin açılması ve akabindeki süreç 4734 Sayılı Kanun'un 36. maddesinde düzenlenmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, ihale komisyonunun gerçekleştirdiği her işleme ilişkin tutanak tutmak ve bu tutanağın bir örneğini talepleri halinde isteklilere vermek zorunda olduğudur.¹⁵⁷

Usulüne uygun olarak sunulan tekliflere ilişkin değerlendirmenin nasıl yapılacağı ise 4734 Sayılı Kanun'un 37. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Değerlendirme sırasında teklifin esasını değiştirecek nitelikte olmaması kaydıyla, belgelerde bilgi eksikliği¹⁵⁸ bulunması halinde idarece belirlenen sürede isteklilerden bu eksik bilgilerin tamamlanması yazılı olarak istenir.

¹⁵⁴ Usta, a. e..

¹⁵⁵ Bu maddeler 10, 11, 37, 42, 44, ve 52. maddelerdir. Geçici teminat düzenlemesinin bir amacının da mevzuatta yer alan zorunluluklara uyulması olduğunu belirtmiştik. Hal böyle iken tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında yazılı bilgi istenilmesine paralel olan aşırı düşük fiyat teklifinde açıklama isteme talebinin yerine getirilmemesi halinde geçici teminatın gelir kaydedilmemesinin önemli bir eksiklik olduğunu düşünüyoruz. Aynı yöndeki düşünce için bkz: Usta, a. e., s. 84.

¹⁵⁶ Bütün uygulama yönetmeliklerinde ortak hüküm olarak ifade edildiği üzere sunulacak belgelerin aslı veya aslına uygunluğu noterce onaylanmış örneklerini sunulmalıdır. Bu kapsamda sunulan fatura örnekleri de asıl olarak kabul edilir. Adaylar veya istekliler, istenen belgelerin aslı yerine ihale veya son başvuru tarihinden önce idare tarafından "aslı idarece görülmüştür" veya bu anlama gelecek şerh düşülen suretlerini başvuruları veya teklifleri kapsamında sunabilirler.

¹⁵⁷ KİK, 07.06.2010 Tarihli ve 2010/UM.I-1631 Sayılı kararında isteklilerin söz konusu belgeleri talep ettiklerini yazılı olarak ispatlamak zorunda olduklarına işaret etmiştir. Kılıç, Çaylı, a. g. e., s. 59-60.

¹⁵⁸ Söz konusu bilgi eksikliğine örnek olarak KİK'in bir kararında isteklinin mali yeterliğe ilişkin sunmuş olduğu serbest muhasebeci mali müşavirden onaylı bilanço ve gelir tablosunda serbest muhasebeci mali müşavirin kaşesinin eksik olması verilmiştir. Söz konusu bu eksiklik kanunda yer aldığı suretiyle giderilebilecektir. İlgili karar için bkz: Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 18.01.2010 **Karar No:** 2010/UH.III-199, (Çevrimiçi), http://arsiv.kikkararlari.com/index.php?option=com_content&task=view&id=21492&Itemid=60, 09.06.2021. Daha yakın tarihli başka bir kararda ise kısmi teklife açık olan ihalede imza ve kaşenin

İhale komisyonu verilen teklifleri değerlendirdikten sonra, 4734 Sayılı Kanun'un 38. maddesi¹⁵⁹ gereğince diğer tekliflere veya idarenin tespit ettiği yaklaşık maliyete göre teklif fiyatı aşırı düşük olanları tespit etmelidir.¹⁶⁰ Bu tespitten ardından yapılacak işlem için üç ihtimal bulunmaktadır. Bunlardan birincisi aşırı düşük fiyat tespiti yapılan teklif sahiplerinden tekliflerine ilişkin açıklama yapılmasının istenilmesidir. Diğer ikisi de aşırı düşük tekliflerin açıklama

bulunmadığı sayfaların bulunması, isteklinin o kısma ilişkin teklif vermediği şeklinde yorumlanarak o kısımlar için teklifi değerlendirme dışı bırakılmıştır. Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 06.03.2019 **Karar No:** 2019/UM.II-332, (Çevrimiçi), <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 30.07.2021.

¹⁵⁹ Aşırı düşük teklifler

Madde 38- İhale komisyonu verilen teklifleri (...) değerlendirdikten sonra, diğer tekliflere veya idarenin tespit ettiği yaklaşık maliyete göre teklif fiyatı aşırı düşük olanları tespit eder. Bu teklifleri reddetmeden önce, belirlediği süre içinde teklif sahiplerinden teklifte önemli olduğunu tespit ettiği bileşenler ile ilgili ayrıntıları yazılı olarak ister.

İhale komisyonu;

- a) İmalat sürecinin, verilen hizmetin ve yapım yönteminin ekonomik olması,*
 - b) Seçilen teknik çözümler ve teklif sahibinin mal ve hizmetlerin temini veya yapım işinin yerine getirilmesinde kullanacağı avantajlı koşullar,*
 - c) Teklif edilen mal, hizmet veya yapım işinin özgünlüğü,*
- gibi hususlarda yapılan yazılı açıklamaları dikkate alarak, aşırı düşük teklifleri değerlendirir. Bu değerlendirme sonucunda, açıklamaları yeterli görülmeyen veya yazılı açıklamada bulunmayan isteklilerin teklifleri reddedilir.*

(Ek fıkra: 20/11/2008-5812/12 md.; Değişik üçüncü fıkra: 6/2/2014-6518/47 md.) Kurum, ihale konusu işin türü, niteliği ve yaklaşık maliyeti ile ihale edilme usulüne göre aşırı düşük tekliflerin tespiti, değerlendirilmesi ve ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesi amacıyla sınır değerler ve sorgulama kriterleri belirlemeye, ihalenin bu maddede öngörülen açıklama istenilmeksizin sonuçlandırılabilmesine, ayrıca yaklaşık maliyeti 8 inci maddede öngörülen eşik değerlerin yarısına kadar olan hizmet alımları ile yapım işleri ihalelerinde sınır değerinin altında olan tekliflerin bu maddede öngörülen açıklama istenilmeksizin reddedilmesine ilişkin düzenlemeler yapmaya yetkilidir. İhale komisyonu bu maddenin uygulanmasında Kurum tarafından yapılan düzenlemeleri esas alır.

¹⁶⁰ Aşırı düşük teklif, fiyat unsuru açısından en avantajlı telif olmakla birlikte fiyat dışı unsurlar açısından muhtemelen avantajlı olmayan bir tekliftir. Zira çok düşük maliyetle kalite ve teknolojik üstünlük gibi unsurları yakalamak çok zordur. İşte bu yüzden söz konusu teklifleri reddetmeden önce, belirlediği süre içinde teklif sahiplerinden teklifte önemli olduğunu tespit ettiği bileşenler ile ilgili ayrıntıları yazılı olarak ister. İstekliler idareye vereceği cevapta tekliflerinin fiyat dışı unsurlar açısından da avantajlı olduğunu açıklamaya çalışırlar. Yapılan açıklamaların belli evraklarla tevsik edilmesi gerekeceği de göz önünde tutulmalıdır. Örneğin bir perakende satış mağazasının yayımladığı fiyat katalogu, tevsik edici belge olarak kabul edilebilir. KİK bir kararında EPDK tarafından resmi sitesinde günlük olarak il bazında yayımlanan akaryakıt bayi satış günlük bülteninin aşırı düşük fiyat teklifi açıklamasında dayanak olarak kullanılabilmesine işaret etmiştir. İlgili karar için bkz: Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 11.10.2013 **Karar No:** 2013/UH.I-3977, (Çevrimiçi), http://arsiv.kikkararlari.com/index.php?option=com_content&task=view&id=40699&Itemid=67, 09.06.2021. Daha yakın tarihli bir başka kararda üçüncü kişilerden alınan fiyat tekliflerinin de aynı yönde kullanılabilmesine değinilmiştir. Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** Yazmıyor **Karar No:** 2020/MK-162, (Çevrimiçi), <https://www.tarikdemirel.av.tr/asiri-dusuk-teklif-aciklamasi-kapsaminda-sunulacak-analizlere-dayanak-teskil-eden-belgeler-arasinda-ucuncu-kisilerden-alinan-fiyat-tekliflerinin-de-bulundugu/>, 30.07.2021.

yapılmaksızın reddedilmesi¹⁶¹ ve yine açıklama istenilmeden söz konusu tekliflerin ekonomik açıdan en avantajlı teklif olarak kabulüdür.¹⁶²

7-) İhalenin Karara Bağlanması ve Kararın Kesinleşmesi

4734 Sayılı Kanun'un 40. maddesine¹⁶³ göre ihale komisyonunun yapacağı değerlendirme sonucunda ihale, ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren isteklinin üzerinde bırakılır. Burada ekonomik açıdan en avantajlı teklifin nasıl belirleneceği önem arz etmektedir. Kural olarak en düşük fiyat, ekonomik açıdan da en avantajlı fiyat olarak kabul edilir. Böylelikle kamusal kaynakların tasarrufu da sağlanmış olmaktadır. Fakat avantajın belirlenmesinde fiyatın yanı sıra işletme ve bakım maliyeti, maliyet etkinliği, verimlilik, kalite ve teknik değer gibi fiyat dışındaki unsurlar da göz önünde bulundurulmalıdır. Fiyat dışı unsurların değerlendirildiği hallerde bu unsurların parasal değerleri veya nispi ağırlıkları da belirlenerek nasıl bir sonuca gidildiği ihale dokümanında belirtilmelidir.

¹⁶¹ Söz konusu düzenleme uygun olmayan maliyetlerle ihalenin yüklenmesini sonucunu doğuracağından bahisle eleştirilmiştir. Ömer Köse, "Haklarında Kamu Davası Açılanlar Kamu İhalelerine Katılabilirler Mi?", **Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi**, Ekim 2016, sayı 154, s. 177.

¹⁶² Son iki ihtimalin gerçekleşmesi için ise ihale dokümanlarında bunlara ilişkin özel hüküm bulunmalıdır.

¹⁶³ *İhalenin karara bağlanması ve onaylanması*

Madde 40- 37 ve 38 inci maddelere göre yapılan değerlendirme sonucunda ihale, ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren isteklinin üzerinde bırakılır.

(Değişik ikinci fıkra: 20/11/2008-5812/13 md.) Ekonomik açıdan en avantajlı teklif, sadece fiyat esasına göre veya fiyat ile birlikte işletme ve bakım maliyeti, maliyet etkinliği, verimlilik, kalite ve teknik değer gibi fiyat dışındaki unsurlar da dikkate alınarak belirlenir. Ekonomik açıdan en avantajlı teklifin fiyat dışındaki unsurlar da dikkate alınarak belirleneceği ihalelerde, ihale dokümanında bu unsurların parasal değerleri veya nispi ağırlıkları belirlenir.

Bu Kanununun 63 üncü maddesine göre ihale dokümanında yerli istekliler lehine fiyat avantajı sağlanacağı belirtilen ihalelerde, bu fiyat avantajı da uygulanmak suretiyle ekonomik açıdan en avantajlı teklif belirlenerek ihale sonuçlandırılır.

En düşük fiyatın ekonomik açıdan en avantajlı teklif olarak değerlendirildiği ihalelerde, birden fazla istekli tarafından aynı fiyatın teklif edildiği ve bunların da ekonomik açıdan en avantajlı teklif olduğu anlaşıldığı takdirde, ikinci fıkrada belirtilen fiyat dışındaki unsurlar dikkate alınmak suretiyle ekonomik açıdan en avantajlı teklif belirlenerek ihale sonuçlandırılır.

İhale komisyonu gerekçeli kararını belirleyerek, ihale yetkilisinin onayına sunar. Kararlarda isteklilerin adları veya ticaret unvanları, teklif edilen bedeller, ihalenin tarihi ve hangi istekli üzerine hangi gerekçelerle yapıldığı, ihale yapılmamış ise nedenleri belirtilir.

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.

(Değişik son fıkra: 20/11/2008-5812/13 md.) İhale kararları ihale yetkilisince onaylanmadan önce idareler, ihale üzerinde kalan istekli ile varsa ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi isteklinin ihalelere katılmaktan yasaklı olup olmadığını teyit ettirerek buna ilişkin belgeyi ihale kararına eklemek zorundadır. İki isteklinin de yasaklı çıkması durumunda ihale iptal edilir.

Burada dikkat edilmesi gereken nokta söz konusu kanun hükmüne göre ihaleye katılan isteklilerden sadece ekonomik açıdan en avantajlı teklifi ve ikinci en avantajlı teklifi veren istekliler için yasaklama sorgulaması yapılacağı ifade edilmesidir. Kanunun salt bu maddesine göre yine aynı Kanunun 11. maddesinde yer alan ve ilgili başlık altında incelediğimiz ihaleye katılmayacak olanların ihaleye katılmaları halinde uygulanacak yaptırımlardan ihaleye katılan diğer isteklilerin kurtulacağı anlamı çıkabilir.¹⁶⁴ Bu durumun sakıncalarını ortadan kaldırmak için Kamu İhale Genel Tebliğinin “Teyit İşlemleri” başlıklı 30.5. maddesinde ihale tarihi itibarıyla ihaleye katılan tüm istekliler ile isteklilerin şahıs şirketi olmaları halinde tüm ortakları, sermaye şirketi olmaları halinde sermayesinin yarısından fazlasına sahip ortakları ve hisseleri toplamı şirket sermayesinin yarısından fazlasını teşkil eden ortakları ile ihaleye katılan vekil ve temsilcilerinin ihalelere katılmaktan yasaklı olup olmadığının sorgulanması ve teyit edilmesinin zorunlu olduğu belirtilmiştir. Buna göre başvuru veya ihale tarihi itibarıyla tüm aday ve istekliler için de ihalelere katılmaktan yasaklı olup olmadığı sorgulanacak ve KİK’ten teyit ettirilecektir.¹⁶⁵

4734 Sayılı Kanun’un 40. maddesine göre ihale yetkilisi onayına sunulan ihale hakkında en geç karar tarihini izleyen 5 gün içinde iki türlü karar verebilir. Bunlardan birincisi gerekçesini açıkça belirtmek suretiyle ihalenin iptal edilmesi kararıdır. Bu takdirde gerçekleştirilen ihale hükümsüz sayılmaktadır. Diğerisi ise ihale kararının onaylanmasıdır. Böylelikle ihale kararı kesinleşmiş olmaktadır.

4734 Sayılı Kanun’un 41. maddesi gereğince ihale sonucu, ihale kararının ihale yetkilisi tarafından onaylandığı günü izleyen en geç 3 gün içinde, ihale üzerinde bırakılan dâhil olmak üzere, tekliflerin değerlendirmeye alınmama veya uygun bulunmama gerekçelerine de yer verilmek suretiyle ihaleye teklif veren bütün

¹⁶⁴ Oktay Çamdelen, “Kamu İhale Kanununun 3. Maddesi Uyarınca İstisna Kapsamında Yapılan İhalelerde, İhaleye Katılan Tüm İstekliler İçin Yasaklılık Sorgulaması Yapılmalı Mıdır?”, **Mali Kılavuz**, Ocak-Mart 2014, sayı 63, s. 69.

¹⁶⁵ Kamu İhale Genel Tebliğinde açıkça ifade edilmese de 4734 Sayılı Kanun’un 3. maddesi uyarınca kanundan istisna edilen ancak yasaklama hükümlerine tabi bulunan ihalelerde de ihaleye katılan tüm istekliler için yasaklılık sorgulaması yapılmasının gerekli olduğu ifade edilmiştir. Çamdelen, **a. e.**, s. 70. Yazar aynı zamanda yaşanabilecek tereddütlerin ortadan kaldırılması için tebliğde buna ilişkin bir hüküm bulunmasının yararlı olacağını da belirtmektedir. Çamdelen, **a. e.**

isteklilere bildirilir. Aynı şekilde ihale kararının ihale yetkilisi tarafından iptal edilmesi durumunda da isteklilere gerekçeleri belirtilmek suretiyle bildirim yapılır.

B-) KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ KANUNU EKSENİNDE KAMU ALIMI İHALESİ SÜRECİ

1-) Sözleşmeye Davet Aşaması

4734 Sayılı Kanun'un 41. maddesinin son fıkrasına göre ihale sonucunun bütün isteklilere bildiriminden itibaren; Kanununun 21. maddesinin (b) ve (c) bentlerine göre yapılan ihalelerde 5 gün, diğer hallerde ise 10 gün geçmedikçe sözleşme imzalanamayacağı hüküm altına alınmıştır. Yine 4734 Sayılı Kanun'un 55. maddenin son fıkrasında idareye şikâyet başvurusunda bulunulması halinde, başvuru üzerine alınan kararın son bildirim tarihini, süresi içerisinde bir karar alınmaması halinde ise bu sürenin bitimini izleyen tarihten itibaren 10 gün geçmeden ve itirazın şikâyet başvurusunda bulunulmadığı hususuna ilişkin sorgulama yapılmadan veya itirazın şikâyet başvurusunda bulunulması halinde ise KİK tarafından nihai karar verilmeden sözleşme imzalanamayacağı düzenlenmiştir. Tüm bu maddelerden anlaşılması gereken, kamu ihale sözleşmesinin yapılabilmesi için şikâyet ve itirazın şikâyet başvuru yollarına başvurulmamış, başvurulsa dahi başvuranın lehine bir sonuç alınmamış ve böylece ihale kararının kesinleşmiş olması gerekecektir.

4734 Sayılı Kanun'un 42. maddesinde¹⁶⁶ "Sözleşmeye Davet" başlığı altında kesinleşen ihale kararını alan isteklinin sözleşmeye davet aşaması ayrıntısıyla incelenmiştir. Böylelikle istekliden kesin teminatın yatırılarak sözleşmeyi imzalaması istenmektedir.

¹⁶⁶ Sözleşmeye davet

Madde 42- (Değişik birinci fıkra: 20/11/2008-5812/15 md.) 41 inci maddede belirtilen sürelerin bitimini, ön mali kontrol yapılması gereken hallerde ise bu kontrolün tamamlandığı tarihi izleyen günden itibaren üç gün içinde ihale üzerinde bırakılan istekliye, tebliğ tarihini izleyen on gün içinde kesin teminatı vermek suretiyle sözleşmeyi imzalaması hususu bildirilir. Yabancı istekliler için bu süreye oniki gün ilave edilir. Sözleşmenin imzalanacağı tarihte, ihale sonuç bilgileri Kuruma gönderilmek suretiyle ihale üzerinde kalan isteklinin ihalelere katılmaktan yasaklı olup olmadığının teyit edilmesi zorunludur.

43 üncü madde hükmü gereğince sözleşmeden önce kesin teminat alınmayan danışmanlık hizmet ihalelerinde sözleşmeye davet ise, kesin teminat istenilmeksizin birinci fıkra hükümlerine göre yapılır.

2-) Kesin Teminatın Yatırılması

4734 Sayılı Kanun'un 43. maddesinde¹⁶⁷ ihale üzerine kalan isteklinin yatırması gereken kesin teminat düzenlenmiştir. Burada kanun koyucu geçici teminattan farklı olarak herhangi bir alt limit koymamış olup direk alınacak olan teminat miktarını ihale bedelinin belirli bir yüzdesiyle sabitlemiştir. Geçici teminat bahsinde geçen teminatın özelliklerine ilişkin diğer bütün açıklamalar kesin teminat için de geçerlidir.

İhale Usulleri başlığı altında ifade edildiği üzere 4734 Sayılı Kanun'un 21. maddesinin (b), (c) ve (f) bentleri kapsamında yapılan mal alımlarında, malın sözleşme yapma süresi içinde teslim edilmesi ve bunun idarece uygun bulunması halinde sözleşme yapılması zorunlu olmadığından kesin teminat alınması da zorunluluk arz etmemektedir.

İstekliler tarafından yatırılan kesin teminatın kamu ihale mevzuatına aykırılık nedeniyle gelir kaydedildiği haller 4735 Sayılı Kanun'un farklı maddelerinde düzenlenmiştir.¹⁶⁸

¹⁶⁷ Kesin teminat

Madde 43- Taahhüdün sözleşme ve ihale dokümanı hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak amacıyla, sözleşmenin yapılmasından önce ihale üzerinde kalan istekliden ihale bedeli üzerinden hesaplanmak suretiyle % 6 oranında kesin teminat alınır.

(Ek fıkra: 20/11/2008-5812/16 md.; Mülga ikinci fıkra: 6/2/2014-6518/48 md.)

Ancak, danışmanlık hizmet ihalelerinde ihale dokümanında belirtilmesi kaydıyla, kesin teminat sözleşme yapılmadan önce alınmayabilir. Bu durumda, düzenlenecek her hakedişten % 6 oranında yapılacak kesintiler teminat olarak alıkonulur.

(Ek fıkra: 6/2/2014-6518/48 md.) Kurum, ihale üzerinde kalan isteklinin teklifinin sınır değerinin altında olması hâlinde, bu istekliden yaklaşık maliyetin % 6'sından az ve % 15'inden fazla olmamak üzere alınacak kesin teminat oranına ilişkin düzenlemeler yapabilir.

¹⁶⁸ Bu maddeler sırasıyla 13. 14. 19. 20. ve 21. maddelerdir. 4734 Sayılı Kanun'un 11. maddesinde yer alan ihaleye katılmayacak olanların ihaleye katılması ve tekliflerin değerlendirmesi aşamasında tespit edilememesi nedeniyle bunlardan biri üzerine ihale yapılması halinde teminatın gelir kaydedileceği hükmündeki teminatın türü bir görüşe göre 4734 Sayılı Kanun'un ihale sürecine ilişkin aşamayı düzenliyor olmasından ötürü geçici teminattır. Usta, **a. g. e.**, s. 88. Biz ise söz konusu hükmün ihalenin gerçekleştirilmesi aşamasından sonrasına yani sözleşme aşamasına ilişkin olduğundan burada kastedilen kesin teminat olduğunu düşünüyoruz. Ayrıca söz konu maddenin ilgili fıkrasının ilk cümlesinde geçici teminat ifadesinin yer alıp incelediğimiz cümlede sadece teminat ifadesinin yer alması da görüşümüzü destekler niteliktedir.

3-) İhalelerin Sözleşmeye Bağlanması

4734 Sayılı Kanun'un 44. ve 46. maddelerinde¹⁶⁹ ihalelerin sözleşmeye bağlanmasına ilişkin ayrıntılı hükümlere yer verilmiştir. Daha önce de ifade edildiği üzere ihale üzerinde kalan istekli, kesin teminatı yatırarak sözleşmeyi imzalamak zorundadır. Fakat bu zorunluluğun teklifin geçerlilik süresi ile sınırlı olduğu ve dolayısıyla bu sürenin dolması ve sözleşmenin imzalanmaması halinde ilgili yaptırımların uygulanmayacağı gözden ırak tutulmamalıdır. Sözleşme imzalandıktan hemen sonra yüklenici sıfatını alan istekliye ihaleye katılım aşamasında yatırmış olduğu geçici teminat iade edilir.

4734 Sayılı Kanun'un 44. maddesiyle ihaleyi kazanan istekliyle sözleşme imzalanamaz ise aynı esas ve usullere göre ikinci ekonomik açıdan avantajlı teklif sahibiyle sözleşme imzalanması düzenlemesi getirilerek yeniden ihaleye çıkılmadan idarelerin ihtiyacı gidermesi sağlanmaktadır.¹⁷⁰

¹⁶⁹ Sözleşme yapılmasında isteklinin görev ve sorumluluğu

Madde 44- İhale üzerinde kalan istekli 42 ve 43 üncü maddelere göre kesin teminatı vererek sözleşmeyi imzalamak zorundadır. Sözleşme imzalandıktan hemen sonra geçici teminat iade edilir.

Bu zorunluluklara uyulmadığı takdirde, protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın ihale üzerinde kalan isteklinin geçici teminatı gelir kaydedilir. Bu durumda idare, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif fiyatının ihale yetkilisince uygun görülmesi kaydıyla, bu teklif sahibi istekli ile de Kanunda belirtilen esas ve usullere göre sözleşme imzalayabilir. Ancak ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekli ile sözleşme imzalanabilmesi için, 42 nci maddede belirtilen on günlük sürenin bitimini izleyen üç gün içinde ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekliye 42 nci maddede belirtilen şekilde tebligat yapılır.

Ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibinin de sözleşmeyi imzalamaması durumunda ise, bu teklif sahibinin de geçici teminatı gelir kaydedilerek ihale iptal edilir.

İhalelerin sözleşmeye bağlanması

Madde 46- (Değişik birinci fıkrası: 30/7/2003-4964/28 md.) Yapılan bütün ihaleler bir sözleşmeye bağlanır. Sözleşmeler idarece hazırlanır ve ihale yetkilisi ile yüklenici tarafından imzalanır. Yüklenicinin ortak girişim olması halinde, sözleşmeler ortak girişimin bütün ortakları tarafından imzalanır. İhale dokümanında aksi belirtilmedikçe sözleşmelerin notere tescili ve onaylattırılması zorunlu değildir.

İhale dokümanında belirtilen şartlara aykırı sözleşme düzenlenemez.

¹⁷⁰ Rıza Cem Ertaş, "Kamu Kaynaklarının Etkin Kullanımı Açısından Kamu İhale Kanununda Öngörülen İhale Usullerinin İncelenmesi ve Değerlendirilmesi", **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Ankara, 2010, s.90-91.

4-) Sözleşmenin Uygulanması

a-) Fiyat Farkı Verilmesi

Kamu ihale sözleşmesinde idarenin asıl borcu, yükleniciye yaptığı işin karşılığı hak etmiş olduğu ihale bedelini yani hak edişi ödemektir. Söz konusu ihale bedelinin yanı sıra sözleşme akdedilirken sözleşmenin içeriğine uygulama yılı fiyat farkı veya malzeme fiyat farkı ödenebileceğine dair bir hüküm de konulabilmektedir.¹⁷¹ Sözleşmede bu tarz bir fiyat farkı ödemesi kararlaştırılmışsa şartların sağlanması halinde idarenin ihale bedeline ilave olarak bu fiyat farkını da ödemesi gerekecektir.¹⁷² Fiyat farkının idare aleyhine negatif olması durumunda ise sözleşme bedelinden bir azalış meydana gelmeyecektir.¹⁷³

Fiyat farkının verilebilmesi için öncelikle idari şartnamede bir düzenleme gereklidir.¹⁷⁴ 4734 Sayılı Kanun'un 27. maddesinin 2. fıkrasının s-) bendi gereği sözleşme konusu işler için eğer ödenecekse fiyat farkının ne şekilde ödeneceğinin yer alması gerektiği belirtilmiştir. 4735 Sayılı Kanun'un 7. maddesinin g-) bendinde yukarıda bahsettiğimiz gibi düzenlenecek olan sözleşmede sözleşme konusu işler için ödenecekse fiyat farkının ne şekilde ödeneceğinin yer almasının zorunlu olduğu belirtilmiştir. O halde fiyat farkının ödenmesi için idari şartnameye paralel olarak kamu ihale sözleşmesinde de bir düzenleme bulunmak zorundadır.

4735 Sayılı Kanun'un 8. maddesinde¹⁷⁵ fiyat farkına ilişkin ayrıntılı açıklamalara yer verilmiştir. Bu konuya ilişkin bir diğer düzenleme de 4735 Sayılı

¹⁷¹ Böylelikle yükleniciler enflasyona karşı da korunmuş olmaktadır. Toprak, **a. g. e.**, s. 54. Asgari ücretin arttığı durumlarda fiyat farkının hesabının nasıl yapılacağına ilişkin açıklamalar için ise bkz: Sezer, Büber, **a. g. e.**, s. 261.

¹⁷² Uğur Uğurlu, "Kamu İhalelerinde Ödenen Fiyat Farklarının Damga Vergisi Karşısındaki Durumu", **Maliye Postası**, Mayıs 2012, sayı 761, s. 113.

¹⁷³ Usta, **a. g. e.**, s. 91. Fakat bu durumda 4734 Sayılı Kanun'un 24. maddesinin son fıkrasında yer alan iş eksilişi hükümleri saklıdır.

¹⁷⁴ Egemen Ünal, "Kamu İhale Kanunu Kapsamındaki Yapım İşlerinde Hakediş Uygulamaları ve Denetimi", **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul, 2010, s. 33.

¹⁷⁵ *Fiyat farkı verilebilmesi*

Madde 8- *Sözleşme türlerine göre fiyat farkı verilebilmesine ilişkin esas ve usulleri tespit etme ve Kamusal İhale Kurumunun teklifi üzerine Cumhurbaşkanını yetkilidir.*

Sözleşmelerde yer alan fiyat farkına ilişkin esas ve usullerde sözleşme imzalandıktan sonra değişiklik yapılamaz.

Kanunun geçici 2. maddesinde “yapım işlerinde fiyat farkı” başlığını taşıyan maddedir.

b-) İş ve İşyerinin Sigortalanması

İdarelerin ihale konusu olan mal, hizmet veya yapım işini yükleniciye sigorta ettirmesi olağan bir uygulamadır.¹⁷⁶ Söz konusu bu sigortaların bir kısmı ihtiyaren idarenin şartname ve sözleşmeye hüküm koyması yoluyla sağlanabilecek iken bazı durumlarda da kanunen sigortalanması gereken hususlara ilişkin emredici hüküm gereği fakat yine şartname ve sözleşmeye hüküm koymak yoluyla sağlanabilecektir. Aynı zamanda ihale konusu işin mal ve hizmet alımı yahut yapım işi olması niteliğine göre ilgili uygulama yönetmeliklerinin ekindeki tip dokümanlarda sigortaya ilişkin değişik hükümler de yer almaktadır.

4735 Sayılı Kanun'un “İş ve İşyerinin Sigortalanması” başlıklı 9. maddesi ile yapım işlerinde yükleniciye, işyerlerindeki her türlü araç, malzeme, ihzarat, iş ve hizmet makineleri, taşıtlar, tesisler ile sözleşme konusu iş için sigorta yaptırma yükümlülüğü getirilmiştir. Kanun koyucu buradaki sigorta yükümlülüğünü iki ayrı

(Ek fıkra: 10/9/2014-6552/13 md.) 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca ihale edilen işlerde, 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 2 nci maddesinde tanımlanan asıl işveren-alt işveren ilişkisi çerçevesinde alt işveren tarafından münhasıran bu Kanun kapsamına giren kamu kurum ve kuruluşlarına ait işyerlerinde çalıştırılan işçileri kapsayacak olan toplu iş sözleşmeleri; alt işverenin yetkilendirmesi kaydıyla merkezi yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin üyesi bulunduğu kamu işveren sendikalarından birisi tarafından 18/10/2012 tarihli ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu hükümlerine göre yürütülür ve sonuçlandırılır. Toplu iş sözleşmesinin kamu işveren sendikası tarafından bu fıkraya göre sonuçlandırılması hâlinde, belirlenen ücret ve sosyal haklardan kaynaklanan bedel artışı kadar idarece fiyat farkı ödenir. Kamu işveren sendikası tarafından yürütülmeyen ve sonuçlandırılmayan toplu iş sözleşmeleri için fiyat farkı ödenemez, 4857 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin yedinci fıkrası esas alınarak asıl işveren sıfatından dolayı ücret farkına hükmedilemez ve asıl işveren sıfatıyla sorumluluk yüklenemez. Bu fıkranın uygulanmasına ilişkin esas ve usuller, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının görüşü alınmak suretiyle Maliye Bakanlığınca belirlenir.

(Ek fıkra: 10/9/2014-6552/13 md.) 22/9/2012 tarihinden önce 4734 sayılı Kanuna göre ihalesi yapılan ve ihale dokümanında fiyat farkı hesaplanabilmesine ilişkin hüküm bulunan yapım işleri ihalelerinde, yaklaşık maliyetin yarısından fazlasını akaryakıt giderinin oluşturduğu ve bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla fesih veya tasfiye edilmeksizin geçici kabulü yapılmış işler ile devam eden işlerin, 22/9/2012 tarihinden sonra gerçekleştirilen kısımlarında kullanılan akaryakıtla ilişkin olarak özel tüketim vergisinde gerçekleşen artış nedeniyle fiyat farkı hesaplanmasında 31/8/2013 tarihli ve 28751 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 2013/5217 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı hükümleri uygulanır.

¹⁷⁶ Yasin Öncü, “Alım Türleri İtibarıyla Kamu İhale Mevzuatı Açısından Sigorta Uygulaması”, **Diyalog**, Haziran 2017, sayı 350, s. 155.

döneme göre düzenlemiştir. Buna göre ilk dönem olan işe başlama tarihinden geçici kabul tarihine kadar geçen süre içinde oluşabilecek deprem, su baskını, toprak kayması, fırtına, yangın gibi doğal afetler ile hırsızlık, sabotaj gibi risklere karşı¹⁷⁷ işin özellik ve niteliğine göre ihale dokümanında belirtilen şekilde sigorta yapılması gerekmektedir. İkinci dönem olan geçici kabul tarihinden kesin kabul tarihine kadar geçecek süreye ilişkin ise kapsamı ihale dokümanında belirtilen genişletilmiş bakım devresi teminatını içeren sigorta yaptırma zorunluluğu getirilmiştir. İş artışı nedeniyle fiyat farkının oluşması sonucu ödenecek hak ediş tutarının artması halinde zeyilnameyle¹⁷⁸ sigorta bedelinin de orantılı olarak artırılması gereklidir. Aynı zamanda süre uzatımı verilmesi yahut süre uzatımı verilmeksizin cezalı çalışma dönemine girilmesi nedeniyle başlangıçta poliçede belirlenen sigorta bitiş tarihinin düzenlenecek zeyilname ile uzatılmasının elzem olduğu da göz önüne alınmalıdır.¹⁷⁹

c-) Mücbir Sebepler

Mücbir sebep, meydana gelen zarar ile yüklenicinin davranışı arasındaki illiyet bağımlı kesen ve yükleniciyi sorumluluktan kurtaran hallere verilen genel addır.¹⁸⁰ Kamu ihale sözleşmesinin yürütümü sırasında ortaya çıkan mücbir sebepler, sözleşmenin süresinin uzatımından sözleşmenin feshine kadar her konuda göz önüne alınmaktadır. 4735 Sayılı Kanun'un aynı başlığı taşıyan 10. maddesinde mücbir sebepler; doğal afetler, kanuni grev, genel salgın hastalık,¹⁸¹ kısmî veya genel seferberlik ilânı ile gerektiğinde KİK tarafından belirlenecek benzeri diğer haller

¹⁷⁷ Söz konusu bütün riskleri içine alacak şekilde "all risk" tabiri de kullanılmaktadır. Öncü, a. e., s. 161.

¹⁷⁸ Zeyilname, ihale dokümanlarında idarece yapılan değişikliklere verilen ad olup 4734 Sayılı Kanun'un 29. maddesinde düzenlenmiştir. Emrah Kadri Erdem, Bülent Büber, **Yerel Yönetimler İçin Danışmanlık Hizmet Alımı İhaleleri Kılavuzu**, Ankara, TODAİE Yayınevi, 2012, s. 24. İhale dokümanındaki maddi veya teknik hataların düzeltilmesine imkan tanıyan bu kuruma, kanunla ihaleye son teklif verme gününden en az 10 gün önce işletilebilmesi kuralı getirilerek isteklilerin tekliflerini gerçekçi bir şekilde hazırlayabilmelerine olanak sağlanmak istenmiştir. Toprak, a. g. e., s. 158.

¹⁷⁹ Öncü, a. g. e., s. 161-162.

¹⁸⁰ Erkan Özdemir, "Kamu İhale Sözleşmelerinin İfasında Cezalı Çalışma Dönemi İçerisinde Meydana Gelen Mücbir Sebeplerin Yüklenicinin Taahhüdüne Etkisi", **Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi**, Şubat 2016, sayı 146, s. 257. Söz konusu bu haller, sözleşmenin taraflarının iradesi dışında cereyan eden ve önceden öngörülüp önüne geçilmesi olanaksız olan dışsal etkilerdir. Tan, a. g. e., s. 334.

¹⁸¹ Genel sağlıkla ilgili verilebilecek en güncel örnek, bu çalışmanın yapıldığı sırada Covid-19 virüsüne ilişkin pandemi süreci verilebilir. Nitekim 02.04.2020 Tarihli COVID-19 Salgınının Kamu İhale Sözleşmelerine Etkisi ile İlgili 2020/5 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi'nde söz konusu salgının mücbir sebep olarak idarelerce değerlendirilebileceği belirtilmiştir.

olarak sıralanmıştır. Kanunda yer alan KİK tarafından belirlenecek benzeri diğer haller ifadesi, mücbir sebeplerin sınırlı sayıda sayılmadığını göstermektedir. Yine aynı maddenin ikinci fıkrasında söz konusu olguların ortaya çıkması halinde bu olguların mücbir sebep olarak kabul edilebilmesi için bir takım şartlar ortaya koyulmuştur.¹⁸²

Mücbir sebebin oluşmasına müteakip idareye yapılan başvuruda süre uzatımı veya sözleşmenin 4735 Sayılı Kanun'un 19. maddesi gereği feshi talep edilebilmektedir. Fakat mücbir sebebin varlığı kabul edilmediği takdirde fesih, 4735 Sayılı Kanun'un 20. maddesi gereği idarenin haklı nedenle feshi olacaktır.

d-) Sözleşme Kapsamında Yaptırılabilir İlave İşler, İş Eksilişi ve İşin Tasfiyesi

Kamu ihale sözleşmesinde de her sözleşmede olduğu gibi öngörülme- yen durumlar ortaya çıkabilir. Söz konusu bu öngörülme- yen durumlar, mücbir sebeplerden farklı olarak işin yapılmasına engel olmayıp aksine işin kapsamının genişlemesine neden olmaktadır.¹⁸³ Öngörülme- yen bu durumlar nedeniyle oluşan iş artışı için kanun koyucu, 4735 Sayılı Kanun'un 24. maddesini¹⁸⁴ getirmiştir. Söz

¹⁸² Mücbir sebepler

Madde 10- (...)

Süre uzatımı verilmesi, sözleşmenin feshi gibi durumlar da dahil olmak üzere, idare tarafından yukarıda belirtilen hallerin mücbir sebep olarak kabul edilebilmesi için; yükleniciden kaynaklanan bir kusurdan ileri gelmemiş olması, taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olması, yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemiş bulunması, mücbir sebebin meydana geldiği tarihi izleyen yirmi gün içinde yüklenicinin idareye yazılı olarak bildirimde bulunması ve yetkili merciler tarafından belgelendirilmesi zorunludur.

¹⁸³ Mehmet Aksoy, "Kamu İhalelerinde İş Artışı ve Fiyat Farkından Doğan Ödemelerde Damga Vergisi", **Yaklaşım**, Ekim 2016, sayı 286, s.51.

¹⁸⁴ *Sözleşme kapsamında yaptırılabilir ilave işler, iş eksilişi ve işin tasfiyesi*

Madde 24- (Değişik: 30/7/2003-4964/46 md.)

Mal ve hizmet alımlarıyla yapım sözleşmelerinde, öngörüle- meyen durumlar nedeniyle bir iş artışının zorunlu olması halinde, artışa konu olan iş;

a) Sözleşmeye esas proje içinde kalması,

b) İdareyi külfete sokmaksızın asıl işten ayrılmasının teknik veya ekonomik olarak mümkün olmaması, Şartlarıyla, anahtar teslimi götürü bedel ihale edilen yapım işlerinde sözleşme bedelinin % 10'una, birim fiyat teklif almak suretiyle ihale edilen mal ve hizmet alımlarıyla yapım işleri sözleşmelerinde ise % 20 'sine kadar oran dahilinde, süre hariç sözleşme ve ihale dokümanındaki hükümler çerçevesinde aynı yükleniciye yaptırılabilir.

Birim fiyat sözleşme ile yürütülen yapım işlerinde, Cumhurbaşkanı bu oranı sözleşme bazında % 40 'a kadar artırmaya yetkilidir.

konusu maddeye göre kamu ihale sözleşmelerinde öngörülemeyen durumlar nedeniyle bir iş artışının zorunlu olması halinde ilave iş, kanunda yazılı şartların gerçekleşmesiyle belirli oranlar dâhilinde süre hariç olmak üzere sözleşme ve ihale dokümanındaki hükümler çerçevesinde aynı yükleniciye yaptırılabilir.

4735 Sayılı Kanun'un 24. maddesinin 3. fıkrasına göre işin bu şartlar dâhilinde tamamlanamayacağına anlaşılması durumunda ise artış yapılmaksızın hesap genel hükümlere göre tasfiye edilir.¹⁸⁵

4735 Sayılı Kanun'un 24. maddesinin son fıkrasına göre yüklenici, sözleşme bedelinin % 80'inden daha düşük bedelle tamamlanacağı anlaşılan işlerde işi bitirmek zorundadır. Bu durumda yükleniciye, yapmış olduğu gerçek giderlere ve yüklenici kârına karşılık olarak, sözleşme bedelinin % 80'i ile sözleşme fiyatlarıyla yaptığı işin tutarı arasındaki bedel farkının % 5'i geçici kabul tarihindeki fiyatlar üzerinden ödenir.

5-) Denetim, Kabul ve Muayene İşlemleri

Yüklenici taahhüdünü yerine getirdikten sonra artık idarenin söz konusu işi muayene ederek kabul etmesi gerekecektir.¹⁸⁶ Bu işlemleri 4735 Sayılı Kanun'un 11. maddesinde düzenlenen denetim, kabul ve muayene komisyonu yerine getirecektir. Böylelikle kamu ihale sözleşmesi süreci tamamlanmış olmaktadır.¹⁸⁷

Kural olarak mal veya yapılan iş yüklenici tarafından idareye teslim edilmedikçe muayene ve kabul işlemleri yapılamaması olsa da kanunun 11. maddesi

İşin bu şartlar dahilinde tamamlanamayacağına anlaşılması durumunda ise artış yapılmaksızın hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir. Ancak bu durumda, işin tamamının ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesi zorunludur.

Sözleşme bedelinin % 80'inden daha düşük bedelle tamamlanacağı anlaşılan işlerde, yüklenici işi bitirmek zorundadır. Bu durumda yükleniciye, yapmış olduğu gerçek giderleri ve yüklenici kârına karşılık olarak, sözleşme bedelinin % 80'i ile sözleşme fiyatlarıyla yaptığı işin tutarı arasındaki bedel farkının % 5'i geçici kabul tarihindeki fiyatlar üzerinden ödenir.

¹⁸⁵ Tasfiye sırasında duruma göre kesin ve ek kesin teminatların iadesi de gündeme gelecektir. Aksoy, Erbay, a. g. e., s. 22-23.

¹⁸⁶ İdarenin bu faaliyeti, aynı zamanda idare olması hasebiyle kendisine verilen bir yükümlülüktür. Toprak, a. g. e., s. 44.

¹⁸⁷ Her ne kadar muayene ve kabul işlemleri tamamlansa da ilgili mevzuatta yer alan sorumluluklar ve bizzat kamu ihale sözleşmesinde yer alan garanti hükümleri nedeniyle sözleşme hükümlerinin müstakbelde yürütülmesi de söz konusu olabilecektir. Toprak, a. e..

gereği ilgili idare tarafından belirli aşamalarda ve aralıklarla denetim yapılabilecektir. Bu sayede kamu kaynaklarının etkili ve verimli bir şekilde kullanılmasına yönelik tedbir işlemi denetim yoluyla yerine getirilmiş olmaktadır.¹⁸⁸

Yüklenicinin sözleşme hükümleri doğrultusunda taahhüdünü yerine getirip işbu taahhüdünün idare tarafından kabul edilmesiyle birlikte (bedelin avans olarak veya doğrudan önceden ödeneceğinin sözleşmeyle öngörülmesi durumları hariç) yükleniciye hakediş bedeli ödenecektir.¹⁸⁹ Söz konusu hakediş bedelinden ilgili mevzuat gereği gelir/kurumlar vergisi, damga vergisi, KDV ve gecikme cezası kesintisi yapılabilmektedir.¹⁹⁰ Aynı zamanda gerekli kesintilerden arda kalan kesin teminatların da yükleniciye teslimi gerekmektedir.¹⁹¹

¹⁸⁸ Ünal, **a. g. e.**, s. 10. Yazar aynı zamanda ihale konusu işin sözleşmeye uygun olarak gerçekleştirilmesini de denetimin işlevselliğine bağlamaktadır.

¹⁸⁹ Bahadır Barçın, “Kamu İhalelerindeki Damga Vergisinin Son 5 Yıllık Analizi”, **Maliye Postası**, Kasım 2013, sayı 796, s. 73, Uz, **İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmeler Bakımından Kamu İhale Sözleşmeleri**, s. 67.

¹⁹⁰ Ünal, **a. g. e.**, s. 15-16.

¹⁹¹ Yüksektepe, **a. g. e.**, s. 130, Uz, **a. g. e.**, s. 67, Aksoy, Erbay, **a. g. e.**, s. 22. 4735 Sayılı Kanun'un 13. maddesinde yer alan süreler geçtikten sonra kesin teminatın iadesi yüklenici tarafından talep edilmezse Hazineye gelir kaydedilecektir.

**III-) BÖLÜM: KAMU İHALE KANUNU'NDAN VE KAMU İHALE
SÖZLEŞMELERİ KANUNU'NDAN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIK
KONULARI**

**A-) KAMU İHALE KANUNU'NDAN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIK
KONULARI**

**1-) Kamu Alımı İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümünde Egemen Olan
Temel İlkeler**

a-) Saydamlık

Kamu alımı ihalelerine egemen olan temel ilkeler, 4734 Sayılı Kanun'un 5. maddesinde düzenlendiği gibi aynı zamanda kanunun genel yapısı incelendiğinde de birçok maddede yer aldığı görülmektedir.¹⁹² Bunlardan ilk sırada saydamlık ilkesi incelenebilir.

Saydamlık ilkesi, ihalenin ihale makamı idare ve istekliler dışında herkese açık bir şekilde objektif olarak gerçekleştirilmesidir. Aleniyetlik boyutu kamuoyu denetimi ilkesi ile sıkı bir ilişki içerisinde. Söz konusu ilkenin uygulama alanları; ihalenin hazır bulunan herkes huzurunda cereyan etmesi, teklif zarflarının alınış sırasına göre hazır bulunanlarının huzurunda açılması ve ihale dışı kalan yahut teklifi uygun görülmeyen isteklilerin talep etmesi halinde söz konusu duruma düşmelerinin gerekçelerinin yazılı şekilde bildirilmesi olarak sayılabilir.¹⁹³ Söz konusu ilke gereği yolsuzluk uygulamalarının da önüne geçilebilmektedir.¹⁹⁴

Kamu alımı ihalelerine egemen olan ilkelerin birbiriyle çatışması her zaman söz konusu olabilir. Bunlardan biri de saydamlık ile ihtiyacın uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ilkesinin çatıştığı pazarlık usulü ile ihale ve doğrudan temin

¹⁹² 4734 Sayılı Kanun'da sayılanların dışında idare hukukuna hakim olan ilkeler de esasında ihale hukukunda uygulanmaktadır. Bunlara örnek olarak idarenin yasallığı, idari istikrar, gerekçeli işlem ilkesi vb. ilkeler sayılabilir. Sancakdar vd., **a. g. e.**, s. 618.

¹⁹³ Budak, **a. g. e.**, s. 144. Öğretideki bir yazara göre 4734 Sayılı Kanun'un getirdiği sistemde ihale makamı olan idarelerin artık her işlemde gerekçe gösterme zorunluluğunun olduğunu ve bu zorunluluğun saydamlık ilkesinin doğal bir sonucu olduğu ifade edilmiştir. Tan, **a. g. e.**, s. 323.

¹⁹⁴ Gözler, Kaplan, **a. g. e.**, s. 476.

yöntemidir.¹⁹⁵ Her iki alım yönteminde ihtiyaçların ivedilikle karşılanması öne çıktığından her isteklinin ihaleye katılması mümkün olmadığı gibi doğrudan temin yönteminde ve pazarlık usulünün uygulandığı bazı hallerde bir ilan söz konusu olmadığından ihaleden dahi haberdar olunabilmek çoğu zaman güçtür.

b-) Rekabet

Rekabet ilkesi, kamu ihtiyacının temininin serbest piyasa koşullarına göre ihale süreciyle temin edilmesini ifade etmektedir.¹⁹⁶ İhale makamı idarenin bu ilke bağlamında biri pozitif diğeri ise negatif olmak üzere iki yükümlüğü bulunmaktadır. Pozitif yükümlülük rekabetin gerçekleşmesine yönelik gerekli ortamın sağlanması iken negatif yükümlülük ise fiyatın oluşmasına karışmamak gibi rekabeti engelleyici davranışlardan kaçınmaktır.¹⁹⁷ Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD)'nin yayımlanmış olduğu “Kamu Alımları İhalelerinde Danışıklı Hareketlerle Mücadele Kılavuzu”nda¹⁹⁸ *“İhale Sürecini Gerçek Anlamda Rekabetçi Teklif Sahiplerinin Potansiyel Katılımını Maksimize Etmek Üzere Tasarlayın İhale çağrısına, ihaleye katılma konusunda istekli olan yeterli sayıda güvenilir teklif sahibinin cevap vermesi halinde, daha etkili bir rekabet sağlanabilir. Örneğin, satın alma yetkilileri teklif verme maliyetlerini düşürdükleri, gerekmedikçe rekabeti sınırlandırmayan katılım koşulları getirdikleri, diğer bölgelerden ve ülkelerden gelen firmaların katılımına izin verdikleri¹⁹⁹ ya da küçük firmaları ihalenin tamamı için teklif sunamayacak olsalar dahi katılmaya teşvik ettikleri takdirde ihaleye katılım kolaylaştırılabilir. Teklif sunmaya hak kazananların sayısını azaltabilecek gereksiz kısıtlamalardan kaçının. Alım ihalesinin boyutu ve içeriği ile*

¹⁹⁵ Gözler, Kaplan, a. e., Sancakdar vd., a. g. e., s. 619.

¹⁹⁶ İhale kavramının çağrıştırdığı ilk olgunun rekabet ilkesi olduğunu öğretide bir yazar tarafından ifade edilmiştir. Akel, a. g. e., s. 1. Gerçekten de rekabet ilkesinin diğer tüm ilkeleri kapsayacak bir genişlikte olduğunu dile getirebiliriz. Zira rekabet ilkesinin doğal bir sonucu olarak idareler tarafından en uygun fiyat ve şartlarda ihtiyaçlar tatmin edilmekte olup bu da kamu ihalelerinin yapılış gayesine bizleri götürmektedir. Söz konusu ilkenin yeterince uygulanmaması karşısında piyasadaki kartelleşmeye-tröstleşmeye yol açacağı hakkındaki değerlendirme için bkz: Sancakdar vd., a. g. e., s. 619.

¹⁹⁷ Budak, a. g. e., s. 144. Yazar söz konusu yükümlülükleri sadece sayarak belirtmiş olup pozitif negatif ayrımı tarafımıza aittir.

¹⁹⁸ Kamu Alımları İhalelerinde Danışıklı Hareketlerle Mücadele Kılavuzu, (Çevrimiçi) <https://www.oecd.org/daf/competition/cartels/42701345.pdf>, 09.06.2021.

¹⁹⁹ Söz konusu bu izin verme salt ihaleye katılmakla sınırlı kalmayıp yerli isteklilerle eşit muamele görülmesini sağlamayı gerektirmektedir.

orantılı olan asgari koşullar belirleyin. Örneğin teklif sunabilecek firmaların büyüklüğü, yapısı ya da niteliğine yönelik kısıtlamalar gibi, katılıma engel teşkil eden asgari koşullar belirlemeyin.” ifadelerine yer verilmiştir.

İhalelerin sadece yerli isteklilere açık olması veya onlar lehine fiyat avantajı uygulanması, rekabet ilkesini zedeleyen bir örnek teşkil edecektir.²⁰⁰ İhaleye katılım engellerinin öngörülmesi ve yeterlik değerlendirmesi için bazı tevsik edici belgeler istenmesi de bu ilkenin başka istisnalarını teşkil etmektedir.²⁰¹ Rekabet ilkesinin ihtiyacın uygun şartlarda ve zamanında karşılanması ilkesini bertaraf etmesinin önüne geçmek üzere aşırı düşük tekliflerin değerlendirilmesi için 4734 Sayılı Kanun`da özel hükümler öngörülmüştür.²⁰²

c-) Eşit Muamele

Eşit muamele ilkesi, adından da anlaşılacağı üzere ihalenin her aşamasında idarece adaylara, istekli olabileceklere ve isteklilere eşit davranılmasıdır.²⁰³ Bu ilkenin bir diğer boyutu ise kanundaki bir takım ayrıksı düzenlemeler hariç olmak üzere yerli ve yabancı isteklilere ihale makamı idare tarafından eşit yaklaşılmasıdır. Yaklaşık maliyeti eşik değerin altında olan ihalelere yalnızca yerli isteklilerin katılabilmesi, yaklaşık maliyeti eşik değerin üzerinde olan ihalelerde ise yerli istekliler ve yerli malı teklif veren istekliler lehine fiyat avantajı uygulanması, bu ilkenin en önemli istisnalarını oluşturmaktadır.²⁰⁴

1982 Tarihli Anayasa`nın “Kanun Önünde Eşitlik” başlıklı 10. maddesi²⁰⁵, bu ilkenin Anayasal dayanağını teşkil etmektedir.

²⁰⁰ Gözler, Kaplan, **a. g. e.**, s. 476.

²⁰¹ Sancakdar vd., **a. g. e.**, s. 620.

²⁰² Atay, **a. g. e.**, s. 293.

²⁰³ Eşit muamele ilkesi, bir başka yazar tarafından da şu şekilde tarif edilmiştir: “İhale konusu mal veya hizmeti sunabilecek veya işi yapabilecek şartları taşıyan her isteklinin, teklifin objektif kriterlere göre değerlendirileceğinden şüphe duymaması, bir ihale sisteminin temel gayesi ve varlık sebebi olmalıdır.” Kaplan, **a. g. e.**, s. 34.

²⁰⁴ Sancakdar vd., **a. g. e.**, s. 621.

²⁰⁵ X. Kanun önünde eşitlik

Madde 10 – Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

d-) Güvenirlik

Güvenirlik, ihalenin tutarlı bir şekilde baştan kurallarının ve sonucun belirlenmesi olarak ifade edilebilir. İhaleye ilişkin ilan yapıldıktan sonra ihaleye katılım kuralları, ihale usulü, tekliflerin türü, tekliflerin değerlendirilmesi ve benzeri hususlarda değişiklik yapılmaması gerekmektedir. Böylelikle isteklilerin ihaleye olan katılım iradeleri daha da güçlenmektedir. Bu ilke aynı zamanda idare bakımından da bir güvence fonksiyonu taşımaktadır zira aynı şekilde istekliler de kural olarak tekliflerinde sonradan değişiklik yapamamaktadırlar.²⁰⁶

e-) Gizlilik

Gizlilik ilkesi, gizli kalınması gereken bilgilerin açıklanmaması gerekliliğinden doğmuştur. Saydamlık ilkesi ile çatışmamakta olup uygulama alanları farklı olduğu için birbirlerini tamamlar niteliktedir. Söz konusu bilgilerin gizli tutulması sayesinde ihale sürecinde istekliler arasında rekabetin sağlanması, ihale sürecinin sağlıklı işlemesi ve ihaleden beklenen faydaların temin edilmesi amaçlarına ulaşılmış olmaktadır. Bu bilgilerden bir kısmı, isteklilerin iş ve iş kalemleri ile teknik ve mali yapılarına ilişkin bilgilerdir. İhaleye katılan pek çok şirket veya gerçek kişi tacir mahremiyet kapsamında özel bilgilerini ihale başvurusunda aktarmaktadır. Söz konusu bu bilgilerin ifşası ticari itibarlarına zarar verebileceğinden gizli tutulmalıdır. Diğer gizli kalması gereken bilgi ise yaklaşık maliyettir. Yaklaşık maliyet, ihale süreci ile resmi ilişkisi olmayan kişilerden ihale neticeleninceye kadar, istekliler için de zarfların açılıp tekliflerin öğrenilmesine kadar gizli kalmalıdır. Söz konusu bu yasağa uyulmamamın müeyyideleri hem 4734 Sayılı Kanun`da hem de 4735 Sayılı Kanun`da ayrı ayrı belirtilmiştir.²⁰⁷

(Ek fıkra: 7/5/2004-5170/1 md.) Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. (Ek cümle: 7/5/2010-5982/1 md.) Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.

(Ek fıkra: 7/5/2010-5982/1 md.) Çocuklar, yaşlılar, özürllüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde (...) kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.

²⁰⁶ Budak, a. g. e., s. 144.

²⁰⁷ **04.01.2002 tarih ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu**

Bilgi ve belgeleri açıklama yasağı

f-) Kamuoyu Denetimi

Kamuoyu denetimi, kamuoyunun ihale öncesinde, ihale esnasında ve ihale sonrasında bilgi sahibi olmasını ve ihale sürecinde yer alan aktörlerin kamuoyu önünde hesap verebilmesini ifade etmektedir.²⁰⁸ Saydamlık ilkesi ile en bağlantılı ilke olduğu söylenebilir. Çağdaş demokrasinin de bir gereği olan bu ilke sayesinde ihalelerde yapılabilecek olan yolsuzlukların büyük oranda engellenebileceği düşüncesindeyiz.

g-) İhtiyacın Uygun Şartlarla ve Zamanında Karşlanması

Kamunun ihtiyaçlarının uygun şartlarda ve zamanında karşılanması için öncelikle ihtiyaç tespitinin doğru yapılması gerekmektedir. İhtiyacın doğru tespitinin ardından ihtiyacın giderilmesi ekonomik açıdan en avantajlı şekilde sağlanmalıdır.²⁰⁹ Bunun yolu ise ihalenin uygun zaman diliminde ve şartlar dâhilinde gerçekleştirilmesinden geçmektedir.²¹⁰

h-) Kaynakların Verimli Kullanılması

Kamunun elinde bulunan sınırlı kaynaklar, iktisat biliminin verileri doğrultusunda verimli kullanılmalıdır. Böylelikle en uygun kalite ve fiyata sahip olan mal, hizmet veya yapım işine yönelik kamunun kaynak aktarımı söz konusu olacaktır. Bu ilkenin gerçekleşmesi için de ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında

Madde 61- (Değişik: 30/7/2003-4964/37 md.)

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

05.01.2002 tarih ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu

Bilgi ve belgeleri açıklama yasağı

Madde 29- *Bu Kanunun uygulanmasında görevliler ile danışmanlık hizmeti sunanlar; yüklenicilerin iş ve işlemlerine, teknik ve mali yapılarına ilişkin olarak gizli kalması gereken bilgi ve belgeleri ifşa edemezler, kendilerinin veya üçüncü şahısların yararına kullanamazlar. Aksine hareket edenler hakkında ilgisine göre 26 veya 28 inci maddede belirtilen müeyyideler uygulanır.*

²⁰⁸ Budak, a. e., Atay, a. g. e., s. 294.

²⁰⁹ Budak, a. g. e., s. 144.

²¹⁰ Bu duruma örnek olarak inşaat işlerinin başlangıcının inşaat sezonuna denk getirilmesi verilmektedir. Sözen, a. g. e., s. 30. Bir başka yazar ise sağlık harcamalarında söz konusu ilkenin hayati önem taşıdığını vurgulamaktadır. Yusuf Ziya Kurtuluş, “Kamu Sağlık Kuruluşlarında Satın Alma Uygulamaları (4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu Çerçevesinde)”, **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Sivas, 2018, s. 6.

karşlanması ehemmiyet arz etmektedir.²¹¹ Bu ilkenin en çok rekabet ilkesi ile ilişkili olduğu söylenebilir.

Söz konusu bu ilkeler birbirlerinden kesin çizgilerle ayrılmış değildir.²¹² 4734 Sayılı Kanun'un 5. maddesinde ifade edilen "aralarında kabul edilebilir doğal bir bağlantı olmadığı sürece²¹³ mal alımı, hizmet alımı ve yapım işleri bir arada ihale edilemez"²¹⁴ ve "eşik değerlerin altında kalmak amacıyla mal veya hizmet alımları ile yapım işleri kısımlara bölünemez" kuralları aynı anda rekabet, eşit muamele, ihtiyacın uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve kaynakların verimli kullanılması ilkelerinin bir tezahürüdür.

2-) İhaleye Uygulanacak Mevzuat Hükümlerinin Belirlenmesi / İhalenin Hangi Kanuna Tabi Olduğunun Tespiti

Kamu ihalelerinin en genel ayrımıyla gelir getirici ihaleler ve harcama yapılması gereken ihaleler olarak ikiye ayrıldığını ve bu ayrımın sonucu olarak da ihalelerin 2886 Sayılı Kanuna mı yoksa 4734 Sayılı Kanuna mı tabi olacağını belirlendiğini çalışmanın başında ve muhtelif yerlerinde ifade etmiştik. Söz konusu

²¹¹ Hüseyin Kayabaşı, "Kamu İhale Kanunu ve İSTON Örneği", **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Karabük, 2015, s. 25. Öğretide bu kavramın İngilizce'deki "Value For Money" kavramının karşılığı olduğu ifade edilmiştir. Toprak, **a. g. e.**, s. 49.

²¹² Uz, **a. g. e.**, s. 26. Saydamlık ve kamuoyu denetimi ile gizlilik ilkesinin birlikte uygulanması bağlamında bilgi edinme hakkının kamu ihalelerindeki uygulama alanı için bkz: Ahmet Arslan, "Kamu İhaleleriyle İlgili Hangi Bilgi Edinme Hakkı Kapsamındadır?", **Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi**, Ağustos 2015, sayı 140, s. 246-255. Yazar tarafından kamu idarelerinin bilgi edinme taleplerini şeffaflık ve hesap verebilirlik ilkeleri yönünden değerlendirmesinin ve karşılanmasının önem arz etmekte olduğu belirtilmiştir. Arslan, **a. e.**, s. 255.

²¹³ Doğal bağlantı olmayan işlere örnek olarak yapım işi ile temizlik işi, güvenlik hizmeti ile makine alım işi gibi örnekler verilmektedir. Doğal bağlantı olan işlere ise malzemeli yemek pişirilmesi ve dağıtılması verilebilmektedir. Gürhan vd., **a. g. e.**, s. 23. Bir başka yazar tarafından da işlerin birbirinden hukuki veya fiili imkânsızlık nedeniyle ayrı ayrı ihale edilemeyeceği durumlarda kabul edilebilir doğal bir bağlantının bulunduğu ifade edilmiştir. Toprak, **a. g. e.**, s. 144. Biz ise imkansızlık derecesine varmayan durumlarda da bu hükmün uygulanabileceği kanaatindeyiz.

²¹⁴ Mal ve hizmet alımı ile yapım işine ilişkin olarak aralarında doğal bir bağlantı olması sebebiyle bir arada ihale edildiği vakit KİK'in 27.10.2008 Tarihli ve 2008/UM.I-4419 Sayılı kararında "ihale konusu için yaklaşık maliyeti içerisindeki bedel yönünden büyük paya sahip olup işin esasını teşkil eden kısmı hangi yöntemle ihale edilecekse aralarında doğal bağlantı olan işin diğer kısımlarının da bir arada bu yöntemle ihale edilmeli" görüşüne göre ihale türlerinden hangi ihale türüne göre ihale gerçekleştirilecekse o türün uygulama yönetmeliği geçerli olacaktır. Erdem, Büber, **a. g. e.**, s. 10. İhale türü ise işin yaklaşık maliyetinde yer alan ağırlık oranına göre karar verilebilecek bir husustur. Toprak, **a. g. e.**, s. 144.

ayrım her zaman için kolay olmadığından bu konuya ilişkin pek çok uyuşmazlık KİK önüne taşınmıştır.

KİK ise yapmış olduğu değerlendirmelerde örneğin taksi durağı, hastane kantin işletmeciliği, şehir içi toplu taşımacılıkta kullanılan otobüslere ilan alma, kömür satışı için bayilik verilmesi işi gibi ihalelerinin kamuya gelir getirici nitelikte yani 2886 Sayılı Kanun hükümlerine göre ihale edilmesi gereken işlerden olduğuna karar vermiştir.²¹⁵ Yine Kamu İhale Genel Tebliğ'inin 3.1. maddesi olan "İdarelerin kamu kaynağı kullanımını gerektirmeyen işleri" başlıklı maddesinde kat ve/veya arsa karşılığı yapım işleri, kamu kaynağı kullanılmayan bedeli okul idaresi tarafından ödenmeyen ve sadece talep edenlerin faydalandığı öğrenci taşıma hizmeti ve yemek hizmeti alımları ile şartlı bağışlarda, bağış şartlarının 4734 Sayılı Kanun'un uygulanmasını olanaksız hale getirmesi halinde söz konusu bağış miktarı ile sınırlı olarak yapılacak alımların 4734 Sayılı Kanun'a tabi işlerden olmadığı belirtilmiştir.

KİK'in vermiş olduğu kararlardan belki de en önemlisi 22.12.2003 tarihli ve 2003/UK.Z-873 sayılı karardır.²¹⁶ Söz konusu kararda kamunun mülkünde hem artışa hem de eksilişe yol açan bir işlem olan malın mal ile değiş-tokuşu yani "trampa" tartışılmıştır.

Karara konu olayda İGDAŞ (İstanbul Gaz Dağıtım San. ve Tic. A.Ş.) tarafından 16.10.2003 tarihinde trampa usulüyle "Doğalgaz Karşılığı Sayaç Okuma El Terminali Malzemeleri Alımı İhalesi" yapılmıştır ve isteklilerden (X) Ltd. Şti.'in²¹⁷ yaptığı şikayet başvurusunun İGDAŞ'ın 28.10.2003 tarih ve 4592-11030 sayılı yazısıyla reddi üzerine 11.11.2003 tarihinde KİK'e itirazın şikayet başvurusunda bulunulmuştur.

²¹⁵ Cem Şahin, "4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu Kapsamındaki İhalelerde Tekliflerin Hazırlanması Ve Sunulması Usulü", **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Ankara, 2008, s. 6.

²¹⁶ Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 22.12.2003
Karar No:2003/UK.Z-873, (Çevrimiçi),
http://arsiv.kikkararlari.com/index.php?option=com_content&task=view&id=514&Itemid=31,
09.06.2021. Söz konusu karara ilk olarak Ertaş, a. g. e., s.72'den ulaşılmıştır.

²¹⁷ Bundan böyle kararlardaki gerçek veya özel hukuk tüzelkişileri çalışmamızda (X), (Y) ve (Z) gibi kod niteliğindeki harfler ile sansürlenecektir.

KİK, trampa usulünün 4734 Sayılı Kanun`da yer alan ihale usullerinden biri olmadığını ve bu yüzden söz konusu ihalenin ihale mevzuatına aykırı olduğunu belirtmiştir.²¹⁸ Enteresan olarak 4734 Sayılı Kanun`a göre yapılmayan ihale hakkında iptal kararı verilemeyeceğine, konunun değerlendirilip incelenmesi için İçişleri Bakanlığına bildirilmesine ve İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulmasına oy çokluğu ile hükmetmiştir. Karşı oy görüşünde ise söz konusu aykırılıkların ihale makamı olan idareye bildirilmesinin yeterli olacağına yer verilmiştir.

KİK`in vermiş olduğu karar oldukça tartışmaya açıktır. Eğer bir ihalenin karşılığı olarak kamunun para kaynağı yerine bir başka ekonomik değer olan malvarlığının belirlenmesi, 4734 Sayılı Kanun`a tabi değil ise 2886 Sayılı Kanun`a tabi olacaktır.²¹⁹ Diğer bir deyişle bu durumda söz konusu ihale, kamunun harcama yapmasına neden olan değil kamuya gelir getirici nitelikte bir ihaledir. O halde söz konusu ihalenin 2886 Sayılı Kanun ve ilgili mevzuat çerçevesinde gerçekleştirilmesi gerekmektedir ki bu takdirde söz konusu ihaleye ilişkin olarak KİK`in de ihaledeki hukuka aykırılıkları inceleme yetkisi bulunmamaktadır. KİK`in vermiş olduğu 4734 Sayılı Kanun hükümlerine göre yapılmayan ihalenin iptal edilemeyeceği görüşü bu minvalde değerlendirilse de neden bu ihale Savcılığa ve İçişleri Bakanlığına ihbar edilmektedir? Bu sorunun cevabı olarak da KİK`in 4734 Sayılı Kanun`un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren idarelerin trampa yoluyla alım yapmasının mümkün olmadığı yönünde bir görüşe sahip olduğu fikrine bizleri götürmektedir.²²⁰ Biz ise bu görüşü benimsemiyor ve 2886 Sayılı Kanun kapsamında trampa usulü ile idarelerin alım

²¹⁸ Öğretide bir yazar tarafından 4734 Sayılı Kanun`un doğrudan temin alımının düzenlendiği 22. maddesinde geçen “taşınmaz mal alımı ve kiralama” işinin trampa ile karşılanabileceği ifade edilmiş olmakla beraber söz konusu kararın bu düşüncüyü desteklemediği de dile getirilmiştir. Uz, **a. g. e.**, s. 135.

²¹⁹ 4734 Sayılı Kanun`un ilk maddesinde “kamu kaynağı” kullanılan her türlü alımların bu kanuna tabi olacağı belirtildiği için söz konusu yaklaşıma getirilen eleştiri için bkz: Ertaş, **a. g. e.**, s.108. Yazar çözüm olarak bu konuda kanuni bir düzenleme yapılması gerektiğini ifade etmiştir. Ertaş, **a. e.**, s.153.

²²⁰ KİK`in 01.03.2011 Tarihli ve 2011/UM.II-1064 Sayılı kararında ise ilanda “trampa” terimi kullanılmadan “takas” kelimesi kullanılarak yapılan ihalenin 2886 Sayılı Kanun`a tabi bir alım olduğu ifade edilmiştir. Kılıç, Çaylı, **a. g. e.**, s. 7-8. Oysaki takas terimi bir borcu sona erdirmeye yöntemi olup malın mal ile değişimi şeklindeki trampa ise bizzat hukuki ilişkinin adıdır. Söz konusu karardaki usul de ilanda adı geçmese de trampadır.

Bu sebepten her iki kararda bariz bir farklılık mevcut olup konunun düzenleyici bir işleme açıklanması gerekecektir.

yapmasının halen geçerliliğini koruduğunu düşünüyoruz.²²¹ Üçüncü bir görüş olarak ise trampanın ne gelir getirici ne de harcama yapılmasına neden olan bir ihale konusu olması nedeniyle 2886 Sayılı ve 4734 Sayılı Kanunlardan hiçbirine tabi olmaması verilebilir. Bu durumda kanunda yer alan boşluk sebebiyle idarelerin söz konusu alımları hiçbir yasal prosedüre tabi olmaksızın gerçekleştirilmesi gibi oldukça vahim neticeleri olan bir sonuca ulaşılmış olmaktadır.

Enerji kaynaklarına ilişkin gereksinimlerin karşılanması noktasında mevzuatımızdaki çeşitli hükümlerin düzenlemesiyle özel hukuk kişilerine tekel niteliğinde hak sağlandığından bu alanlar da 4734 Sayılı Kanun'un kapsamı dışındadır.²²² Bu görüşümüze paralel olarak KİK'in 15.02.2003 Tarihli ve 2003/4 No'lu Kamu İhale Tebliği'nin ilgili bölümünde düzenleme yer almaktadır.²²³

4734 Sayılı Kanun kapsamında olan ihalenin tespitinin yanı sıra alımı yapacak olan kurumun da kanun kapsamında olup olmadığının ayrıca irdelenmesi gerekmektedir. Örneğin kanunun kapsamındaki idareleri belirleyen 2. maddesinin d-) bendinde önceki bentlerde sayılanların doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip buldukları her çeşit kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketler yani kontrolü altında bulunan kuruluşlar da kanun kapsamında sayılmıştır. O halde Türk Hava Kurumu'nun 4734 Sayılı Kanun kapsamındaki idarelerin kontrolü altındaki kuruluşlardan olmaması hasebiyle ortada her ne kadar harcama yapılması gereken bir işe ilişkin ihale olsa da 4734 Sayılı Kanun uygulama alanı bulamayacaktır.²²⁴

²²¹ Aynı yöndeki görüş için bkz: Özek, **a. g. e.**, s. 41. Danıştay 13. Dairesi'nin 13.09.2011 Tarihli 2008/678 Esas 2011/3674 Karar Sayılı Kararı da bu görüşe paraleldir.

²²² Gönen, Işık, **a. g. e.**, s. 61, Özek, **a. g. e.**, s. 43.

²²³ *II. Elektrik, Su, Doğalgaz Gibi Mevzuatın Verdiği Yetki Çerçevesinde Sunulan ve Tekel Niteliği Bulunan Mal Ve Hizmetlerin Temini:*

...

"Mevzuatın verdiği yetki çerçevesinde kamu kurum ve kuruluşlarınca veya kamu kurum ve kuruluşlarının denetim ve gözetimi altında bir imtiyaz hakkı dahilinde özel hukuk tüzel kişilerince sunulan ve tekel niteliği bulunan elektrik, şebeke suyu, doğalgaz, telefon hattı, resmi posta, resmi gazete gibi mal ve hizmetlerin 4734 sayılı Kanun hükümleri karşısındaki durumu incelendiğinde, bu tür mal ve hizmetlerin mahiyetleri gereği anılan Kanun hükümleri kapsamında temininin mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır."

²²⁴ Gönen, Işık, **a. g. e.**, s. 72-73, Aksoy, Erbay, **a. g. e.**, s. 3. Fakat KİK'in 18.02.2003 Tarihli ve 2003/DK.D-26 Sayılı Kararına göre Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Fonları, kamu kaynağı

3-) İhale Dokümanına İlişkin Uyuşmazlıklar

İhale dokümanları, ihaleye ilişkin idari ve teknik tüm detayların yer aldığı ve ihale için en az ihale ilanı kadar önemli olan belgeleri teşkil etmektedir.²²⁵ Söz konusu dokümanların ihale ilanına yahut diğer veya aynı dokümanın farklı maddelerine aykırı olması ihale işlemini doğrudan sakat hale getirebilecek niteliktedir. Konuya ilişkin emsal olarak KİK`in 05.01.2004 Tarihli ve 2004/UK.Z-07 Sayılı kararını²²⁶ verebiliriz. Söz konusu karar, yapım işlerine yönelik teknik bilgiyi içerdiğinden dikkatlice incelenmesi gereken bir karardır.

Karara konu uyuşmazlıkta Kilis Valiliği İl Milli Eğitim Müdürlüğü tarafından “Kilis Musabeyli İlçesi Delifakıkaradut Köyü 10 Derslikli İlköğretim Okulu Yapımı İşİ” ihalesi açık ihale usulü ile 09.10.2003 tarihinde gerçekleştirilmiş ve ihale katılan isteklilerden (X) Ltd. Şti`nin teklif zarfının üzerinde idarenin açık adresinin yazılmadığı gerekçesi ile değerlendirme dışı bırakıldığı bırakılmıştır. Bunun üzerine şikâyetçi tarafından 13.10.2003 tarihinde idareye şikâyet başvurusunda bulunulmuş ve başvurunun 05.11.2003 Tarihli ve 12270 Sayılı işlem ile reddi üzerine KİK`e 10.11.2003 tarihinde itirazın şikâyet başvurusunda bulunulmuştur. KİK`in yaptığı incelemede teklifi değerlendirme dışı bırakılan isteklinin teklif zarfının üzerinde idarenin açık adresinin yazılı olduğu görülmüştür. Fakat bu uyuşmazlığın yanı sıra kararda ihale dokümanına ilişkin pek çok husus da değerlendirmeye alınmıştır.

İhale dokümanına ilişkin hususlardan ilkinde göre; isteklilere ihale konusu yapım işine ilişkin zemin kat, 1.kat ve 2.kata ait 1/50 ölçekli mimari projeler verilmiş fakat ıslak hacim, izolasyon gibi detayların gösterildiği daha büyük ölçekli noktasal mimari detayların, çatı detay projelerinin, kalorifer tesisatı projelerinin, sıhhi tesisat

kullandığından, kamu denetimine tabi ve kendisine kamu görevi verilmiş tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar olduğundan bahisle 4734 Sayılı Kanun kapsamında olduğu ifade edilmiştir. Gönen, Işık, **a. g. e.**, s. 79-80. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu`nun 06.05.2010 Tarihli 2006/2958 Esas 2010/910 Karar Sayılı kararında kamu tüzel kişiliğine yaklaşan bir kuruluş olan Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfının da 4734 Sayılı Kanun kapsamındaki idarelerden olduğu belirtilmiştir. Toprak, **a. g. e.**, s. 80.

²²⁵ İhalelere katılacak olan kişilerin ihaleye katılıp katılmama yahut katılacaksa da doğru bir şekilde fiyat teklifi hazırlamasının yolu ihale dokümanının incelenmesinden geçmektedir. Bu hal da ihale dokümanlarının belirsizliğe ve tereddütte mahal bırakmayacak şekilde hazırlanmasını zorunlu kılmaktadır. Yüksektepe, **a. g. e.**, s. 40.

²²⁶ Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 05.01.2004,
Karar No:2004/UK.Z-07, (Çevrimiçi),
<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 09.06.2021.

projelerinin, elektrik tesisat projelerinin, vaziyet planında gösterilen çevre tanzimi ile ilgili ihata duvarı projesi ve detayları ile merasim alanı kesit detay kaplamalarla ilgili projelerin ihale dokümanında yer almadığı tespit edilmiştir. İhale dokümanında yer alan vaziyet planı, metraj listeleri ve pursantaj tablosundan okulun kısmi bodrum, zemin kat ve 1.kat olarak inşa edileceği anlaşılmasına rağmen bodrum kata ait mimari projeler, revize projeler ile isteklilere verilen mimari projelerin kesit projelerinde binaya kısmi bodrum yapılacağı anlaşılammamaktadır. Söz konusu kesit projede bodrum katın yerine 2. katın mimari projesi yer almıştır. KİK'e göre bu durum isteklilerin doğru teklif hazırlamalarına engel oluşturabilecek ve yanlış yönlendirilebilecek niteliktedir.

İhale konusuna ilişkin betonarme proje paftalarının üzerinden 21 pafta olarak hazırlandığı anlaşılan kolon aplikasyon planlarından sadece 3 tanesinin ihale dosyasında yer almış ve diğerlerinin bir kısmı ise diskete kayıtlı olarak isteklilere verildiği tespit edilmiştir. KİK bu durumun eksik projelerle ihaleye çıkılması olduğunu ve ihale dokümanında eksik olarak verilen betonarme projelerinin disket ortamında isteklilere verilmesi işleminin mevzuata aykırı olduğunu belirtmiştir.

İhaleye katılan istekliler ihale dokümanını teslim alırken dokümana ilişkin belgelerin yazılı olduğu dizi pusulasını istemelerine rağmen idare dizi pusulasını vermemiştir. KİK bu durumun ilgili mevzuata²²⁷ aykırı bir uygulama olduğunu belirtmiştir.

Somut ihaleye ilişkin idari şartnamenin 45.5. maddesinde bu işin ödeneğinin tamamının 2003 yılında ayrıldığı belirtilmesine karşılık, işin süresinin idari şartnamenin 48.2. maddesinde yer tesliminin yapıldığı tarihten itibaren 180 takvim günü olarak belirlenmiştir. İdari şartnamede düzenlenen işin teslimi için öngörülen süre ile ödeneğin belirtildiği maddeler birbiri ile çelişkili olarak düzenlendiğine değinen KİK, ihalenin yapıldığı tarih olan 09.10.2003 tarihinden itibaren işin teslimi

²²⁷**Açık İhale Usulü ile İhale Edilen Yapım İşlerinde Uygulanacak Tip İdari Şartname**

4.2 İhale dokümanı, içeriğindeki belgeleri gösteren bir dizi pusulası ile birlikte verilir. İstekli, ihale dokümanını oluşturan belgelerin aslına uygunluğunu ve belgelerin tamam olup olmadığını kontrol eder. İdare bu incelemeyi yaptıktan sonra isteklinin, ihale dokümanını oluşturan belgelerin tamamını aslına uygun olarak teslim alındığına dair, dizi pusulası üzerine yazılarak imzalamış beyanını alır.

için öngörülen sürenin her halükarda 2004 yılına sarkacağını belirterek idari şartname hükümlerinin çelişkisi bu yönden de ortaya koymuştur.

İhale dokümanının hukuka aykırılığın bir diğer yönü ise yaklaşık maliyetin ifşasına neden olacak şekilde metraj listelerinin ihale dokümanının ekinde verilmesidir. İdare ihale dokümanının ekinde isteklilere; inşaat imalatları, sıhhi tesisat, kalorifer tesisatı, brülör tesisatı, müşterek tesisat, elektrik tesisatı imalatlarına ait bütün metrajları Bayındırlık Bakanlığının imalat poz numaraları belirtilerek vermiştir. KİK, ihale sonucu imzalanacak sözleşmenin türünün anahtar teslimi götürü bedel olduğundan iş kalemi bazı yerine iş grubu bazında toplam bir bedel üzerinden teklif verecekleri için yaklaşık maliyetin belli edilir şekilde idarece metraj listelerinin ihale dokümanının ekinde verilmesi mevzuata uygun bulmamıştır.

İhale konusu işin anahtar teslimi götürü bedel şeklinde bir sözleşmeye bağlanacak olmasına rağmen ihalenin genel teknik şartnamesinde bu sözleşme türüyle çelişkili ifadeler yer verilmiştir. Genel teknik şartnamenin 1. maddesinde paçal fiyat tespit edileceği, “Taşıma Genel Teknik Şartnamesi” başlığı altındaki 2. maddesinde “özel teknik şartnamede aksine bir kayıt bulunmadıkça taşıma bedeli, motorlu taşıt formülüne göre ödenir “ ibareleri yer almaktadır. KİK bu tarz ibarelerin birim fiyat sözleşmesine ilişkin ihale dokümanlarında yer alması gerektiğini belirterek isteklileri tekliflerini hazırlarken çelişkiye düşürebileceğini belirtmiştir.²²⁸

Somut ihaleye ilişkin idari şartnamenin 7.3.1.maddesinde benzer iş²²⁹ “*bu işte tüm bina (İmar Kanunundaki bina tanımına uygun) işler benzer iş olarak kabul*

²²⁸ KİK'in kararında de ifade ettiği üzere her ne kadar tip sözleşmenin 7. maddesinde “*KDV hariç her türlü gider sözleşme bedeline dâhildir.*” ibaresi bulunsa da yine de genel teknik şartname yüzünden isteklilerin tereddütte düşebileceğini ifade edilmiştir.

²²⁹ 4734 Sayılı Kanun'un yeterlik kurallarına ilişkin düzenlemesi olan 10. maddesinde de geçen benzer iş kavramı, uygulama yönetmeliklerinde açıklığa kavuşturulmuştur. İlgili yönetmeliklere göre benzer işten kasıt ihale konusu işe nitelik, büyüklük ve yapı tekniği gibi hususlarda benzerlik gösteren işlerdir. Yapım İşlerinde Benzer İş Grupları Tebliği de bu alanda önemli düzenlemeler içermektedir. KİK'in 05.01.2009 Tarihli ve 2009/UH.III-11 Sayılı kararında yapım işine ilişkin iş deneyim belgesinin pek tabi ki hizmet alımı işindeki iş tanımına benzer iş kapsamında değerlendiremeyeceğine hükmetmiştir. İrfan Yılmaz, **a. g. e.**, s. 143-144. KİK'in 28.03.2011 Tarihli ve 2011/UH.II-1144 Sayılı kararında sterilizasyon hizmeti için benzer iş tanımında “*her türlü tıbbi cihaz hizmet satışının*” ibaresinin ihale konusu iş dışında oldukça geniş bir alanı ifade etmesini mevzuata aykırı bulmuştur. Kılıç, Çaylı, **a. g. e.**, s. 17. Güncel tarihli bir KİK kararında ise orman yollarında ve tamir bakım işlerinde çalıştırılmak üzere 1 adet (yakıt dahil şoförüyle birlikte) greyder kiralama hizmet alımı işi

edilecektir.” şeklinde tanımlanır iken ihale ilanında ise “*her türlü inşaat, sondaj, tesisat, onarım, yıkma, değiştirme, iyileştirme, yerleştirme ve montaj işleri*” olarak tanımlanmıştır. KİK burada da bu sefer benzer iş tanımının ilan ile ihale dokümanında farklı belirlemeler yapılmasını hukuka aykırı olarak addetmiştir.

İhale dokümanında yer alan porsantaj listesinde, vaziyet planında ve metraj listelerinde kısmi bodrum yapılacağı belirtilmiş iken, mahal listesinde bodrum kat ile ilgili hiçbir bilginin yer almamaktadır. Bu yüzden KİK ihale dokümanında yer alan ve isteklilerin tekliflerini hazırlamalarında temel nitelik taşıyan ve ihale dokümanının bir parçası olan mahal listesinin; porsantaj tablosundan ve vaziyet planından farklı olmasını asli bir hata ve aykırılık olarak nitelendirmiştir. Sonuç olarak tüm bu sebeplerin ışığında KİK ihale işlemlerinin ve ihale kararının iptal edilmesine hükmetmiştir. Biz de KİK'in bu kararına aynı gerekçelerle katılıyoruz. Böylelikle ihale dokümanları ve ihale ilanının titizlikle hazırlanmasının ne kadar önem atfettiği ortaya konulmuş olmaktadır.²³⁰

4-) Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklama Kararına İlişkin Uyuşmazlıklar

a-) Anayasa Mahkemesi'nin 14.01.2010 Tarihli 2007/68 Esas 2010/2 Karar Sayılı Kararı

Kamu ihalelerine katılmaktan yasaklamaya ilişkin çok sayıda emsal denilebilecek önemli mahkeme kararları bulunmaktadır. Bunlardan ilk sırada bahsedilmesi gereken karar, Anayasa Mahkemesi'nin (AYM) 2007/68 Esas ve 2010/2 Karar sayılı ret ile sonuçlanan iptal davasıdır.²³¹ İlk derece mahkemesine konu olan olay şu şekilde gelişmiştir; bir istekli yapım işi ihalesine katılmış ve ihale üzerine kalarak yüklenici konumuna geçmiştir. İhale makamı olan idareyle kamu ihalesi sözleşmesi yapıldıktan sonra yüklenicinin ihaleye katıldığı tarihte hakkında

için “Orman yollarında, üretim yollarının ve yangın emniyet yollarının tamir bakım işleri”nin benzer iş sayılması, mevzuata uygun addedilmiştir. Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 08.07.2021, **Karar No:**2021/UH.II-1386, (Çevrimiçi), <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 30.07.2021.

²³⁰ Danıştay 13. Dairesi'nin 28.06.2012 Tarihli 2009/774 Esas 2012/1947 Karar Sayılı Kararında ihale dokümanlarındaki düzenlemelerin açık, net ve herkes tarafından anlaşılabilir olarak hazırlanması gerektiği ifade edilmiştir. Toprak, **a. g. e.**, 107.

²³¹ Anayasa Mahkemesi, 14.01.2010 Tarihli 2007/68 Esas 2010/2 Karar Sayılı Kararı.

ihaleye fesat karıştırmak suçundan açılan bir davanın bulunduğu tespit edilmiş ve sözleşme feshedilerek verilen kesin teminat irat kaydedilmiştir. Yüklenici de sözleşmenin feshi ve teminatın irat kaydedilmesi işleminin iptalini sağlamak üzere Trabzon Asliye Ticaret Mahkemesine dava açmıştır.

İlk derece mahkemesinde görülen yargılama sırasında yüklenici taraf, hakkında herhangi bir hüküm tesis edilmeden sırf kamu davası açılmasına bağlanarak ihaleden yasaklama kararı verilmesine dayanak kanun maddeleri olan 4734 Sayılı Kanun'un 58. ve 59. maddelerinin ikinci fıkralarıyla 4735 Sayılı Kanun'un 21. maddesinin Anayasa'nın 2. 10. 38. ve 48. maddelerine aykırılık teşkil ettiği iddiasıyla AYM'e iptal davası açılması gerektiğini ileri sürmüştür. İlk derece mahkemesi de söz konusu iddiayı benimseyerek söz konusu maddelerin iptalini sağlamak üzere AYM'ye başvurmuş ve davayı beklemeye almıştır.

AYM öncelikli olarak sadece somut uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek kanun maddeleri için başvuru yapılabileceği kuralından hareket ederek²³² 4734 Sayılı Kanun'un 59. maddesinin 2. fıkrasında yer alan *"Bu Kanun kapsamında yapılan ihalelerden dolayı haklarında birinci fıkra gereğince ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler..."* kısmı ve 21. maddenin 1. fıkrası hariç geri kalan kanun maddeleri için herhangi bir incelemede bulunmadan usulden ret kararı vermiştir. Biz de bu kararı uygun buluyoruz.

AYM esasa ilişkin incelemeye geçtiğinde 59. maddenin söz konusu kısmı için kamu ihalelerinde Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunduğu iddiasıyla haklarında ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenlerin yargılama süresince kamu ihalelerine katılmalarının önlenmesi, bu kişilerin bir hukuk kuralını ihlal ettikleri gerekçesiyle cezalandırılması amacını gütmemekte ve bir yaptırım niteliği de taşımadığını, bu nedenle, itiraz

²³² Söz konusu kuralın dayanağını Anayasanın aşağıdaki maddesi teşkil etmektedir.

7. Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi

Madde 152 – *Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır.*

...

konusu kural ile suçluluğu hükmen sabit olmayan bir kişiye yaptırım uygulandığından ve bunun suçsuzluk karinesine aykırılık oluşturduğundan söz edilemeyeceğini ileri sürmüştür.

AYM'e göre söz konusu yasaklılık kararı bir idari yaptırım niteliğindedir. AYM bu tespitin ardından yargılama boyunca ihalelere katılmaktan yasaklama kararı için ölçülülük incelemesine geçmiştir. Ölçülülük değerlendirmesi sırasında da *“bu kişilere isnat olunan eylemlerin niteliği ve bu eylemlerin sübut bulma olasılığı gözetildiğinde, bu kişilerin katılımı ile gerçekleştirilecek kamu ihalelerinin, ihaleyi yapan idareler bakımından olduğu kadar kamu yararı bakımından da telafisi güç ya da imkânsız sonuçlar doğurabileceği”* gerekçesiyle söz konusu düzenlemeyi ölçülü bulmuştur. Eşitlik ilkesine ilişkin değerlendirmesinde de eşitlik ilkesinin aynı hukuksal durumdakiler açısından aynı, farklı hukuksal durumdakiler açısından farklı olduğunu vurgulayan AYM *“Katıldıkları bir kamu ihalesinde, Türk Ceza Kanunu bakımından suç oluşturan bir fiil veya davranışta bulunduğu iddiasıyla haklarında Cumhuriyet savcılarınca kamu davası açılanlar ile bu durumda bulunmayanlar, aynı konumda olmadıklarından farklı kurallara tabi tutulmaları Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz.”* demek suretiyle anılan düzenlemenin oy çokluğu ile anayasaya uygun olduğuna kanaat getirerek ret kararı verilmiştir.

AYM esasa ilişkin olarak ayrıca 21. maddenin 1. fıkrasında yer alan Kamu İhale Kanununa göre yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilmesi halinde, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların gelir kaydedileceğini ve sözleşmenin feshedilerek hesabın genel hükümlere göre tasfiye edileceği hükmünü incelemiştir. AYM ilk olarak ihalenin Kamu İhale Kanunu'nda yasaklanan söz konusu yasak fiil veya davranışlarda bulunan kişi üzerine kalmasının ihale işlemini hukuken sakat bir idari işlem vasfına soktuğunu belirtmiştir. İhale işleminin sakat olması dolayısıyla (bu durum sonradan tespit edilmiş olsa dahi) kamu ihale sözleşmesinin de hukuka aykırı hale geldiğini ifade etmiştir. Hukuka aykırı hale gelen bir sözleşmeyle de herhangi bir kazanılmış hak iddiasında bulunulamayacağı gerekçesine dayanarak idarece sözleşmenin feshedilmesini, uğrayacağı zararı karşılamak üzere kesin teminatın gelir

kaydedilmesini ve hesabın genel hükümlere göre tasfiye edilmesini doğru karşılamıştır. Bu sonuca giderken teminat ve ek kesin teminatın da idare bakımından bir güvence fonksiyonu teşkil ettiği de vurgulanmıştır. AYM'nin bu kararı bir üyenin gerekçede karşı oyu hariç olmak üzere oy çokluğu ile varılmıştır.

Azlık görüşünde bulunan AYM üyelerinden Mehmet Erten, söz konusu ihaleden yasaklama kararının hukuki niteliğinin hak yoksunluğuna neden olan bir yaptırım yani ceza olduğunu ve Anayasa'nın 38. maddesinde "Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, hiç kimse suçlu sayılamaz" şeklindeki masumiyet karinesine aykırılık teşkil ettiğini belirtmiştir.

Azlık görüşünde bulunan diğer AYM üyesi Osman Alifeyyaz Paksüt de farklı gerekçelerle yargılama boyunca yasaklama kararının Anayasa'ya aykırı olduğunu dile getirmiştir. Bir gerekçede söz konusu yasaklılık kararının aslında bir mahkeme kararına dayanmayıp doğrudan kanun hükmünün uygulanması olduğunu ve bu durumun yargı denetimi dışında kaldığı için hukuk devleti ilkesine aykırı olduğunu ifade etmiştir. Diğer gerekçe ise çalışma ve sözleşme özgürlüğüne yapılan müdahalenin ölçsüzlüğü üzerinedir. Hakkında kamu davası açılan bireylerin yargılamanın beraatla sonuçlanana kadar tekrar kamu ihalelerine girmelerinin mümkün olmadığı ve ülkemizde ceza davalarının kesin hükümlerle sonuçlanmasının on yıllarca süren bir süreç olduğunu vurgulamıştır. Buradan yola çıkarak kanunla yapılan müdahalenin ölçsüz olduğuna ve Anayasa'ya aykırılık teşkil ettiği sonucuna varmıştır. Biz de her iki üyenin azlık görüşündeki gerekçelere katılarak 4734 Sayılı Kanun'un 59. maddesinin 2. fıkrasındaki ibarenin Anayasa'ya aykırı olduğu görüşünü aynen benimsiyoruz.

b-) Yasaklamanın Sirayetine İlişkin Kararlar

Kamu İhale Genel Tebliğinin 28.1.9.2. maddesiyle getirilen yasaklama haline²³³ ilişkin KİK'in pek çok kararı bulunmaktadır. Bu kararlara örnek olarak

²³³ Olay tarihindeki yürürlükteki şekliyle;

"28.1.9.2 Bununla birlikte aynı Kanunun 11 inci maddesine göre 4734 sayılı Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanların doğrudan veya dolaylı ya da alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihaleye katılmaları mümkün bulunmayıp, bu yasağa rağmen ihaleye katılan

KİK'in 2011/UH.III-2720 Sayılı kararını²³⁴ da verebiliriz. Karara konu olayda Boru Hatları İle Petrol Taşıma A.Ş (BOTAŞ) Mühendislik ve Sözleşmeler Daire Başkanlığı'nca 16.06.2011 tarihinde "Mardin Doğal Gaz Boru Hattı ÇED Raporu Hazırlanması İşi" ihalesi açık ihale usulü yapılmıştır. İhaleye katılan istekli (X) Ltd. Şti'nin teklif mektubu, mektubu vekâleten imzalayan (Y)'ye temsil yetkisi veren şirket müdürü ve ortağı (Z) hakkında kamu davası açılmış olmasından hareketle yasaklı olan kişinin dolaylı olarak ihaleye teklif sunduğu gerekçesiyle değerlendirme dışı bırakılıp tüm kamu kurum ve kuruluşların ihalelerine katılmaktan yasaklanması ve geçici teminatın gelir kaydedilmesi yönünde işlem tesis edilmiştir.

KİK olayın çözümünde daha önce vermiş olduğu 24.03.2011 Tarihli ve 2011/DK.D-43 Sayılı tavsiye görüşünü²³⁵ esas almıştır. Bu görüşe paralel olarak KİK, (Y)'nin götürü bedel teklif mektubunu imzaladığı, buradan hareketle yasaklı

isteklilerin ihale dışı bırakılarak geçici teminatlarının gelir kaydedilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda anılan Kanununun 17 nci maddesinde belirtilen ve Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunmaları nedeniyle haklarında kamu davası açılanların da bu dava nedeniyle ihalelere katılmaktan geçici olarak yasaklanmış oldukları dikkate alındığında; haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı bulunanlar ile kamu davası açılmış olanların bir tüzel kişi veya başka bir gerçek kişi adına teklif vererek ihaleye katılmaları halinde aday veya istekli durumunda olanların, maddede belirtilen yasağa rağmen ihaleye katılmış olması nedeniyle ihale dışı bırakılarak geçici teminatının gelir kaydedilmesi gerekmektedir."

²³⁴ Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 15.08.2011
Karar No:2011/UY.III-2720, (Çevrimiçi),
<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 09.06.2021.

²³⁵ "... Kamu İhale Genel Tebliğinde bu konu ile ilgili olarak; haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı bulunanlar ile kamu davası açılmış olanların bir tüzel kişi veya başka bir gerçek kişi adına teklif vererek ihaleye katılmaları halinde aday veya istekli durumunda olanların, maddede belirtilen yasağa rağmen ihaleye katılmış sayılacağı ve ihale dışı bırakılarak geçici teminatının gelir kaydedilmesi gerektiği yönünde açıklama yapılmıştır.

İhalelere katılmayacak olanlar, haklarında kamu davası açılan kişilerin kendileri olmakla birlikte, kamu ihalelerine katılmaktan geçici veya sürekli yasaklı olmayan şirketler, ihaleye katılmayacak olan kişiler vasıtasıyla ihalelere katılmışlarsa, söz konusu şirketlerin 4734 sayılı Kanununun 11 inci maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

... temsile yetkili müdürü yasaklı olan bir şirketin yasaklı bir gerçek kişinin yönetiminde ihalelere teklif vermesinin hukuken mümkün bulunmadığı, bu şekilde ihaleye teklif veren şirketin değerlendirme dışı bırakılarak geçici teminatının gelir kaydedilmesi ve şirket hakkında yasaklama kararı verilmesi gerektiği değerlendirilmektedir. Zira, şirketi temsile yetkili olan kişinin şirkette hakim etkisi olmakta, bu nedenle katılım yasağının ortaklık oranına bakılmaksızın bu kişileri de kapsamaması gerekmektedir. Aksi durumda, Kanunun amacı ihaleye katılan tüzel kişilerden sermaye şirketlerinde hisse olarak çoğunluğa sahip olmalarından dolayı şirketin idaresinde hakim etki sahibi olacak yasaklı konumundaki kişilerden dolayı bu durumdaki şirketlerin ihaleye katılımını engellemek olduğundan Kanunun bu amacına aykırı bir sonuç doğacağı değerlendirilmektedir.

... İşin özüne bakıldığında da ihale sürecinin sonucunda sözleşmeyi bir tüzel kişiliğe vekâleten imzalayacak kişinin de bu maddede sayılan kişiler arasında olmaması gerektiği değerlendirilmektedir."

(Z)'nin dolaylı olarak ihaleye teklif sunduğu anlaşıldığından, idarece geçici teminatının gelir kaydedilmesinin, (X) Ltd. Şti.'nin ve (Z)'nin yasaklanmalarına ilişkin gerçekleştirilen işlemin mevzuata uygun olduğuna oybirliği ile karar vermiştir.

KİK'in vermiş olduğu kararın iptali istemiyle açılan davada Ankara 4. İdare Mahkemesinin 18.10.2011 Tarihli ve 2011/1819 Sayılı yürütmenin durdurulması kararında; ihalelere katılamayacağına ilişkin yaptırımların kapsamının Kamu İhale Genel Tebliği ile genişletilemeyeceğinden bahisle davacı şirketin % 50 ortağı ve temsile yetkili müdürünün yani şirketinin sermayesinin yarısından fazla hissesine sahip olmayan ortak hakkındaki yasaklılık kararının ortağı olduğu şirkete sirayet edemeyeceğini ifade ederek yürütmeyi durdurmuştur. Mahkemenin verdiği karara uyan KİK, 2011/MK-250 Sayılı kararıyla²³⁶ daha önce verdiği başvurunun reddi kararını kaldırarak düzeltici işlem belirlenmesine karar vermiştir.

KİK, kanun gereği mahkeme kararına uyduktan sonra karara itiraz etmiş ve Ankara Bölge İdare Mahkemesi'nin 24.11.2014 Tarihli ve 2011/5258 Y.D. İtiraz Sayılı kararıyla yürütmenin durdurulması kararı kaldırılmıştır. İtiraz mahkemesi gerekçesinde temsile yetkili müdürü yasaklı olan şirketin ihalelerde teklif vermesinin hukuka aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Kararın gerekçesi 4734 Sayılı Kanun'a tamamen aykırıdır. Zira yasaklılık gerçek kişi olan müdürün şahsına yönelik olup kanundaki şartlar oluşmadığından ortağı olduğu istekliye sirayeti söz konusu değildir. KİK, söz konusu kararın tebliğiyle birlikte yine mahkeme kararına uyarak 2012/MK-49 Sayılı karar²³⁷ ile önceki vermiş olduğu düzeltici işlem kararını kaldırarak yeniden başvurunun reddi kararı tesis etmiştir.

Ankara 4. İdare Mahkemesi ise yapılan yargılama neticesinde daha önce vermiş olduğu yürütmenin durdurulması kararındaki gerekçeden dolayı 29.03.2012

²³⁶ Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 21.11.2011
Karar No:2011/MK-250, (Çevrimiçi), <http://www.metinozderin.av.tr/sermaye-sirketinin-50-ortagi-ve-temsile-yetkili-mudurunun-yasakli-olmasi-kik-ihale-avukati-ankara-ihale-yasaklilik-karari-avukat-kik-avukati-ihale-avukat-kamu-ihale-hukuku-avukat-avukat-ankara/>, 09.06.2021.

²³⁷ Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 27.02.2012
Karar No:2011/MK-49, (Çevrimiçi), <http://www.metinozderin.av.tr/sermaye-sirketinin-50-ortagi-ve-temsile-yetkili-mudurunun-yasakli-olmasi-kik-ihale-avukati-ankara-ihale-yasaklilik-karari-avukat-kik-avukati-ihale-avukat-kamu-ihale-hukuku-avukat-avukat-ankara/>, 09.06.2021.

Tarihli ve 2011/1819 Esas 2012/468 Karar sayılı kararıyla²³⁸ söz konusu KİK kararını iptal etmiştir. Bunun üzerine KİK, 2012/MK-194 Sayılı kararıyla²³⁹ daha önce vermiş olduğu başvurunun reddi kararını kaldırarak tekrardan düzeltici işlem tesis edilmesi yönünde karar vermiştir. Biz de kanuna aykırı tebliğ ile yasaklama kararının genişletilemeyeceğinden ötürü mahkemenin kararına katılıyoruz. KİK'in söz konusu tutumu başka kararlarında da yer almaktadır.²⁴⁰

c-) Yasaklamadan Doğan Tazminata İlişkin Karar

Kamu ihalelerinden yasaklama kararının hukuka aykırılığı saptandıktan sonra verilen bu karar nedeniyle istekli veya üçüncü kişilerin uğramış oldukları zararın tazmini gündeme gelmektedir. Kamu ihalelerinden yasaklama kararı, bir idari tasarruf niteliğinde olduğundan konunun çözümü idarenin sorumluluğu bahsiyle yakından alakadardır. İdarenin sorumluluğu bahsi çalışma konumuz dışında olmakla beraber temel olarak bilinmesi gereken idarenin meydana gelen zarardan sorumlu tutulduğu hallerde zararın türüne göre maddi veya manevi yahut her iki yönden tazmin etme yükümlülüğünün doğacağıdır. Danıştay 13. Hukuk Dairesi'nin 2005/1819 Esas 2005/4728 Karar Sayılı kararında²⁴¹ hukuka aykırı olarak verilen yasaklama kararından dolayı idarenin tazmin yükümlülüğüne ilişkin açıklamalara yer

²³⁸ Ankara 14. İdare Mahkemesi, 29.03.2012 Tarihli 2011/1819 Esas 2012/468 Karar Sayılı Kararı, (Çevrimiçi), <http://www.hukukmedeniyeti.org/karar/4546/gecici-teminat-in-irat-kaydedilmesi-en-avantajli-ik/>, 09.06.2021.

²³⁹ Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 20.06.2012
Karar No:2011/MK-194, (Çevrimiçi) <http://www.metinozderin.av.tr/sermaye-sirketinin-50-ortagi-ve-temsile-yetkili-mudurunun-yasakli-olmasi-kik-ihale-avukati-ankara-ihale-yasaklilik-karari-avukat-kik-avukati-ihale-avukat-kamu-ihale-hukuku-avukat-avukat-ankara/>, 09.06.2021.

²⁴⁰ Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 04.10.2018
Karar No: 2018/UY.II-1802, (Çevrimiçi),
<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 09.06.2021. Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 03.02.2021

Karar No: 2021/UH.II-295, (Çevrimiçi),
<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 30.07.2021. Söz konusu kararlarda bu sefer şirket müdürü hakkında ihalelerden yasaklama kararı verilmiştir. Yasaklı olmayan isteklinin, yetkili satıcı ya da üretici firmanın kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı bulunması halinde ise ihaleye teklif vermesinde yasal bir engel olmadığına karar için bkz: Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 16.12.2020
Karar No: 2020/UH.II-2090, (Çevrimiçi),
<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 30.07.2021.

²⁴¹ Danıştay 13. Dairesi, 26.09.2005 Tarihli 2005/1819 Esas 2005/4728 Karar Sayılı Kararı. (Çevrimiçi), <http://www.turkhukuksitesi.com/serh.php?did=11847>, 09.06.2021.

verilmiştir.²⁴² Karara konu olayda 13.03.2003 tarihinde (X) Üniversitesi Araştırma ve Uygulama Hastanesi'nin 4 kalem yemek alım ihalesine katılan davacı firmanın teklif mektubunun içinde bir adet şikâyet dilekçesi ve 56 adet boş A4 kağıdı bulunması üzerine ihale dışı bırakılmış ve bu eyleminin 4734 Sayılı Kanun'un 17. maddesinin a-) bendi kapsamında "*yasak fiil ve davranış*" niteliğinde olduğu gerekçesiyle 1 yıl süreyle bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına karar verilmiştir. Bunun üzerine davacı, ihalelerden yasaklama kararının iptali ile 150.000.000.000.-TL maddi ve 200.000.000.000.-TL manevi tazminatın yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle dava açmıştır.

Uyuşmazlık önüne gelen Ankara 6. İdare Mahkemesi, 10.03.2004 Tarihli ve 2003/1457 Esas 2004/295 Karar Sayılı kararında öncelikle yasaklama işlemini sebep unsuru yönünden incelemiştir. Davacının teklif mektubunun usulüne uygun olmamasının, 4734 Sayılı Kanun'un 17. maddesinin a-) bendi kapsamında "*hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya teşebbüs etmek*" niteliğinde olmadığına kanaat getirilerek davalı idarenin işleminin iptaline karar vermiştir. Tazminat taleplerinden maddi tazminata ilişkin olarak ise ihalelerden yasaklama nedeniyle "*davacının uğradığı maddi zarara ilişkin somut hiçbir verinin sunulmaması karşısında, maddi tazminat isteminin kabulüne olanak bulunmadığı*" gerekçesiyle maddi tazminatın reddine karar verilmiştir. Gerek ihalelerden yasaklama kararının iptali gerekse maddi tazminat talebinin reddi kararlarına karşı temyiz yoluna başvurulmuşsa da Danıştay 13. Dairesi, Ankara 6. İdare Mahkemesi'nin kararını doğru bularak kararın bu kısımlarını onamıştır.

Mahkemenin vermiş olduğu iptal kararını yerinde bulsak da maddi tazminata ilişkin kararının üzerinde durulması gerekmektedir. Somut olaydaki ihalede teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasına ilişkin inceleme mahkemece yapılmamıştır zira idarenin bu tasarrufuna karşı başvurulması gereken yol şikâyet yoludur. Mahkeme

²⁴² Yasaklama kararını veren kurumların idare olması karşısında tazminat taleplerinin idari yargıda çözümlenmesi gerekeceğine ilişkin Uyuşmazlık Mahkemesi kararı için bkz: Uyuşmazlık Mahkemesi, 30.11.2015 Tarihli ve 2015/814 Esas 2015/827 Karar Sayılı Kararı, (Çevrimiçi), <https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/Karar/Content/b99ac89c-7a63-4d96-a8ac-45b94537b5fa?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, 30.07.2021.

kararından bu yola başvurulduğuna ilişkin bir bilgi bulunmamakla beraber olayın özetinden anlaşıldığı üzere teklif mektubu geçersizdir. O halde teklifin değerlendirme dışı bırakılmasıyla söz konusu ihalede davacının maddi açıdan bir zararı bulunmamaktadır. Fakat ihaleye katılmaktan yasaklama kararı, sadece söz konusu karar için değil kanun kapsamında olan ve istisna edilenler de dâhil olmak üzere bir yıl süreyle bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklamaya ilişkindir. Davacı, yasaklama kararının verilmesinden mahkemece bu kararın iptal edildiği tarihe kadar ihalelere katılamamıştır. O halde mahkemece bu süre zarfında gerçekleştirilen ihalelere katılmadığı için oluşabilecek maddi zarar nasıl belirlenecektir? Kanaatimizce bu belirlemenin yapılması mümkün değildir. Bir kere davacının ülke çapında gerçekleştirilen bütün ihalelere katılacağı varsayımında bulunmak hayatın olağan akışına aykırıdır. Davacının faaliyet alanına ve faaliyet türüne ilişkin bir sınırlama yapılarak bir an için makul sayıda ihalenin değerlendirmeye alınması çözüm olarak görüldüğünü ve davacının söz konusu sayıdaki ihaleye teklif vereceği kabul edilsin. Lakin bu durumda davacının verebilecek olduğu teklif farazi olarak nasıl belirlenecektir? Mahkemenin bu türde bir belirleme yapması görüldüğü üzere mümkün değildir. İlk derece mahkemesinin gerekçede belirttiği üzere oluşan maddi zararın ispat yükü davacı tarafa düşmektedir. Davacı tarafın ise yasaklamadan dolayı katılamadığı ihalelere ilişkin zararını nasıl ispat edeceği cevaplanması gereken oldukça zor bir sorudur. Tüm bu hususlar ihaleden yasaklama kararı verecek mercilerin olası hak kayıplarını önlemek için titizlikle değerlendirme yapma gerekliliğini ortaya koymaktadır.

Manevi tazminata ilişkin olarak da Ankara 6. İdare Mahkemesi'nin görüşü, *“dava konusu işlemin niteliği itibariyle, davalı idareyi manevi tazminatla yükümlü tutabilecek nitelikte ağır hizmet kusuru bulunmadığı gibi, olayda manevi zararın oluştuğundan da söz edilemeyeceği gerekçesiyle”* manevi tazminatın reddi yolunda olmuştur. Danıştay 13. Dairesi, ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu kararların aleyhe olan taraflarını karşılıklı olarak temyiz edilmesine rağmen sadece manevi tazminatın reddine ilişkin kararı ayrıntılı olarak incelemeye almıştır. Manevi

tazminata ilişkin genel açıklamaların ardından²⁴³ teklif mektubunun usulüne uygun olmadığı gibi ihalelerden yasaklamayı gerektirmeyecek bir davranıştan dolayı ihalelerden yasaklama kararının verilmesiyle davacı şirketin ticari itibarını zedelenip güvenilirliği azalacağından manevi zarara karşılık makul bir tazminata hükmedilmesi gerektiğini ifade etmiştir.²⁴⁴ Biz de Danıştay`ın bu görüşüne katılıyoruz.

5-) Şikâyet ve İtirazen Şikâyet Başvurularına İlişkin Uyuşmazlıklar

a-) Ehliyete İlişkin Uyuşmazlıklar

4734 Sayılı Kanun`da belirtilen idari başvuru yollarından şikâyet ve itirazen şikâyet başvurusunda bulunabileceklerin kimler olduğunu ilgili bölümde açıklanacaktır. Buna göre idarenin hukuka aykırı eylem veya işleminden dolayı bir hak kaybına veya zarara ya da zarara uğramasının muhtemel olduğuna ilişkin iddiasında bulunan her aday, istekli olabilecek ve istekli, söz konusu idari başvurularda bulunabilir. Burada özellik arz eden husus ihale üzerine kalan isteklinin söz konusu başvuru yollarını kullanıp kullanmayacağıdır. Söz konusu duruma ilişkin iki adet KİK kararı emsal niteliktedir.²⁴⁵

Birinci emsal kararda ihaleyi kazanan istekli, idari şartnamede bulunan bir hükmün uygulanması ve idarenin yaptıkları şikâyete cevap vermeden ve ihaleye itiraz süresi dolmadan taraflara sözleşmeye davet yazısı tebliğ edildiği iddialarıyla itirazen şikâyet başvurusunda bulunmuştur. KİK ilk gerekçeye ilişkin olarak söz

²⁴³ Söz konusu açıklamalar için bkz:

“Manevi tazminat, patrimuanda meydana gelen bir eksilmeyi karşılamaya yönelik bir tazmin aracı olmayıp, manevi tatmin aracıdır.

Manevi tazminata hükmedilmesi için kişinin fizik yapısını zedeleyen, yaşama ve kazanma gücünün azalması sonucu doğuran olayların meydana gelmesi ve idarenin hukuka aykırı bir işlem veya eylemi sonucunda ağır bir elem ve üzüntünün duyulmuş olması veya şeref ve haysiyetinin rencide edilmiş bulunması gerekir.

Manevi tazminata hükmedilirken ilgililerin sosyal ve ekonomik durumu dikkate alınarak olay nedeniyle duyduğu elem ve ızdırabın kısmen giderilmesini ifade edecek, idarenin hukuka aykırılığını ortaya koyacak ve hukuka aykırılığı özendirilmeyecek bir miktarın belirlenmesi gerekmektedir.”

²⁴⁴ Her ne kadar bu kararda manevi tazminata hükmedilmemiş ise de hükmedilen karar örneği için bkz: Danıştay 13. Dairesi, 26.12.2008 Tarihli 2007/10326 Esas 2008/8324 Karar Sayılı Kararı. (Çevrimiçi), <https://www.dunya.com/gundem/tbmm-yonetmeliginde-degisiklik-haberi-278301,30.07.2021>.

²⁴⁵ Ömer Köse, “İhaleyi Kazanan Firma Kamu İhale Kurumu’na İtirazen Şikâyet Başvurusunda Bulunabilir Mi?”, **Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi**, Eylül 2011, Sayı 93, s. 167. Söz konusu kararlara anılan kaynaktan ulaşılmış olup yazar tarafından kararlara ilişkin başvuru numarası ve benzeri herhangi bir bilgi verilmediğinden kararların aslına ulaşılamamıştır.

konusu idari şartnamenin ilgili hükmünün uygulanmasının sözleşmenin yürütümü alanına girmesi nedeniyle görev bakımından yetkisine girmediğini ve ayrıca ihale dokümanında yer alan hususa ilişkin ihaleden 3 iş günü öncesine kadar başvuruda bulunulması kuralına uyulmadığını tespit etmiştir. İkinci gerekçeye ilişkin olarak ise itirazın şikâyet başvurusunda ehliyetine ilişkin şartları belirledikten sonra ihale üzerine bırakılan isteklinin hukuken korunması gereken bir hakkının veya menfaatinin bulunmadığı gerekçesiyle başvuru ehliyetine haiz olunmadığını belirtmiş ve başvurunun reddi kararı vermiştir.

İkinci emsal kararda kısmi teklife açık kuru gıda alımı ihalesinin 10 kalemine ilişkin olarak ihale üzerinde kalan istekli, ihalenin iptal edilmesi için KİK'e başvuruda bulunmuştur. Başvuru gerekçesi olarak da ihalenin 36. kalemini oluşturan peynir alım ihalesinin ihale talep listesi ve evsaf şartnamesinde iki ayrı gıda malzemesinin tarif edilmesi nedeniyle firmalarının çelişkiye düştüğünü ve bu çelişki dolayısıyla sehven bahse konu aşırı düşük teklifin verildiğini öne sürmüştür. KİK, söz konusu ihalede ihale üzerine bırakılan isteklinin hukuken korunması gereken bir hakkının veya menfaatinin bulunmadığı gerekçesiyle başvuru ehliyetine haiz olunmadığını belirtmiş ve başvurunun reddi kararını oyçokluğu ile vermiştir. Söz konusu kararlara göre ihale üzerinde kalan istekli, şikâyet ve itirazın şikâyet başvurusunda bulunmaya ehil değildir. Kanaatimizce bu tür durumlarda ihale üzerine kalan isteklinin genel hükümler çerçevesinde doğrudan idari yargıda dava açması mümkündür. Aksi düşünce ihaleyi kazanan isteklilere yargı yolunu kapatmak olur ki bu görüşü benimsemek mümkün değildir.

b-) Süreye İlişkin Uyuşmazlıklar

Şikâyet ve itirazın şikâyet başvuru yolları, 4734 Sayılı Kanun'da ayrıntılı olarak düzenleme altına alınmıştır. Söz konusu düzenlemelerde ilgili başvuru yollarının hangi durumlarda hangi sürede yapılacağı da açıklanmıştır. KİK'in 2013/UH.II-1024 sayılı kararında²⁴⁶ başvuru süresinin kaçırılması durumunda dahi "açıkça kanuna aykırılık" durumunda şikâyet ve itirazın şikâyet başvurularının

²⁴⁶ Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 18.02.2013
Karar No: 2013/UH.II-1024, (Çevrimiçi),
<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 10.06.2021.

incelenebileceği ifade edilmiştir. Karara konu olayda Bakırköy Belediyesi Sağlık İşleri Müdürlüğü tarafından 21.12.2012 tarihinde açık ihale usulü ile “Ayakta 1. ve 2. Basamak Sağlık, Ağız-Diş Sağlığı ve Huzurevi Sağlık Hizmet Alım İşi” yapılmıştır. İhalede istekli (X) Ltd. Şti.`nin vermiş olduğu teklif ihaleye ait Teknik Şartnamenin 7. maddesinin (o) bendinde yer alan düzenleme²⁴⁷ gerekçe gösterilerek değerlendirme dışı bırakılmıştır.

Başvurucunun somut olaydaki iddialarından birisi de teknik şartnamede idari şartnameye aykırı hüküm konulamayacağıdır. Dolayısıyla ihaleye ait Teknik Şartnamenin 7. maddesinin (o) bendi gereğince teklifin değerlendirme dışı bırakılmasının hukuka aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Başvurucu, ihale dokümanını 17.12.2012 tarihinde satın almış olup şikâyet başvurusunu kesinleşen ihale kararının tebliğinden sonra 07.01.2013 tarihinde yapmıştır. Oysaki ihale dokümanına ilişkin şikâyetler 4734 Sayılı Kanun`un 55. maddesi gereği en geç ihale tarihinden 3 iş günü öncesine kadar yapılabilmektedir. Sürenin aşılmış olduğunu tespit eden KİK, kararda “*Dolayısıyla, ihale dokümanına başvuru yolunun tükenmiş olması sebebiyle dokümanda birbiri ile çelişen düzenlemelerin var olduğuna ilişkin başvuru konusu kapsamında, ihale dokümanında yer alan söz konusu düzenlemelerin açıkça Kanuna aykırı olup olmadığı ve bu düzenlemeler ile ihale işlemlerinin sonuçlandırılıp sonuçlandırılmayacağı irdelenmelidir.*” şeklinde bir değerlendirmede bulunmuştur.

KİK yaptığı inceleme Teknik Şartnamenin söz konusu hükmünün açıkça kanuna aykırı olduğu yönünde bir yorum getirmemiştir. Bu nedenle incelemeye konu ihalede başvurucunun söz konusu iddiasına yönelik olarak ihale dokümanının mevcut haliyle kesinleştiği ve ihale dokümanında yer alan bu düzenlemeye ilişkin herhangi bir şikâyet başvurusunda bulunulmadığı anlaşıldığından, Teknik Şartnamede yapılan mevcut düzenleme çerçevesinde tekliflerin değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Süreye ilişkin kanunun açık hükmü karşısında sürenin geçirilmesine rağmen KİK`in başvuruyu esastan incelemesini doğru bulmamaktayız.²⁴⁸

²⁴⁷ Söz konusu bent hükmünde isteklilerin ticari faaliyet alanının insan sağlığı olması şartı getirilmektedir.

²⁴⁸ Nitekim KİK`in bu yaklaşımına paralel olan bir kararına tarafımızca rastlanılmamıştır.

c-) Şekle İlişkin Uyuşmazlıklar

4734 Sayılı Kanun'un 54. maddesinde ve İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin 8. maddesinde şikâyet ve itirazın şikâyet başvuru dilekçelerinin şekline ilişkin ayrıntılı açıklamaya yer verilmiştir. KİK'in 2011/UH.III-1247 Sayılı kararında²⁴⁹ şikâyet dilekçesinin şekil şartına ilişkin bir husus tartışılmıştır. Söz konusu karara konu olayda Tekirdağ Ağız ve Diş Sağlığı Merkezi Baştabipliği tarafından 14.02.2011 tarihinde açık ihale usulü ile "2011-2013 Yılları Arası HBYS (Yazılım, Donanım ve Bakım) Hizmet Alımı" ihalesi yapılmıştır. İhaleye katılan istekli (X) Tic. Ltd. Şti.'nin teklifinin değerlendirme dışı bırakılması üzerine 14.03.2011 tarihinde şikâyet başvurusunda bulunmuştur. Yapılan başvuru idare tarafından 16.03.2011 tarihli cevap yazısında, dilekçe ekinde İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Tebliğ'in 4 numaralı eki olan "Şikâyet Dilekçesi ve Eklerine İlişkin Dizi Pusulası"nın sunulmamasına dayanılarak reddedilmiştir. Bunun üzerine başvuru tarafından 28.03.2011 tarihinde itirazın şikâyet başvurusunda bulunulmuştur.

KİK'in önüne gelen uyuşmazlıkta pek çok iddia yer almakta olup konumuz açısından yalnızca ilk iddia önem taşımaktadır. Başvurucunun hukuka ayrılığa ilişkin ilk iddiası temsile yetkili olduğuna dair belgelerin teklif dosyalarında bulunduğu, bu nedenle dilekçe ekinde ayrıca bu belgelerin tekrardan sunulmadığı ve dizi pusulasının hazırlanmadığı, dolayısıyla, gerekli şekil şartlarını taşıyan dilekçesinin reddedilmesinin yerinde olmadığıdır.

KİK öncelikle konuya ilişkin kanun hükmü olan 4734 Sayılı Kanun'un 54. maddesinin 5. fıkrasını²⁵⁰ ele almıştır. İlgili tebliğin ekinde yer alan ve başvuruların eksiksiz yapılması amacıyla oluşturulan örnek dilekçelerden idarelere yapılacak başvurulara ilişkin 1 numaralı ekte, dilekçelerde yer alacak bilgi ve belgeler arasında,

²⁴⁹ Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 11.04.2011
Karar No:2011/UH.III-1247, (Çevrimiçi),
<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 10.06.2021.

²⁵⁰ Söz konusu kanun hükmünde "Şikâyet dilekçelerine, başvuruda bulunmaya yetkili olduğuna dair belgeler ile imza sirkülerinin aslı veya yetkili mercilerce onaylı örneğinin eklenmesi zorunludur. Aday veya isteklinin başvuru belgeleri veya teklif zarfı içerisinde bu belgelerin bulunması durumunda, dilekçe ekinde söz konusu belgeler aranmaz" kuralı yer almaktadır.

temsile yetkili olunduğuna dair belgeler ve varsa Şikâyet konusu ile ilgili diğer belgeler sayılmıştır.

KİK, somut başvuruya ilişkin yaptığı değerlendirmede ise Şikâyet dilekçesinde yer alan imzanın, teklif mektubunda yer alan imzayla aynı olduğu (yani baŐvurucun temsile yetkili kişi olduğunu saptamıŐtır) ile Şikâyet dilekçesinde herhangi bir ekin sayılmadığını tespit etmiş ve Şikâyet başvurularının taşıması gereken Şekil unsurlarının 4734 Sayılı Kanun'un 54. maddesi ile İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin 8. maddesinde sayılanlardan ibaret olduğunu ifade etmiştir. Şikâyet dilekçesinin ekine ilişkin dizi pusulasının ise söz konusu Şekil unsurları arasında yer almayıp yalnızca olası ihtilafların önlenmesi amacını taşıdığını belirtmiştir. Nihayetinde belirtilen hususlar neticesinde isteklinin Şikâyet dilekçesinin Şekil eksikliği taşıdığı gerekçesiyle reddedilmesine yönelik idare işleminin yerinde olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.²⁵¹

Şikâyet ve itirazın Şikâyet başvurularına ilişkin en önemli Şekil Őartlarından birisinin 4734 Sayılı Kanun'un 54. maddesinin d-) bendinde yer alan "başvurunun konusu, sebepleri ve dayandığı deliller" olduğunu ilgili bölümde belirttik. Şikâyete konu işlem veya eylemde iddia edilen hukuka aykırılığın hangi mevzuat hükmüne hangi nedenlerle aykırı olduğunun delillerle ilişkilendirilerek ortaya konulmasına

²⁵¹ KİK'in söz konusu yaklaşımı güncel kararlarında da devam etmekte olup bu kararlara Şu örnekler verilebilir: Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 08.07.2021
Karar No:2021/UY.II-1378, (Çevrimiçi),
<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 31.07.2021, Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 18.11.2020
Karar No:2020/UY.II-1887, (Çevrimiçi),
<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 31.07.2021, Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 18.11.2020
Karar No:2020/UY.II-1888, (Çevrimiçi),
<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 31.07.2021, Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 18.11.2020
Karar No:2020/UY.II-1889, (Çevrimiçi),
<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 31.07.2021.
Yukarıda yer verilen kararın aksine KİK'in Şekil unsuru konusunda daha sert tutumları söz konusu olabilmektedir. Örneğin bir kararda isteklilerce açıklama kapsamında sunulan fiyat tekliflerine dayanak maliyet/satış tutarı tespit tutanaklarının ilgili tutanakları düzenleyen serbest muhasebeci mali müşavir meslek mensuplarınca eksik ve hatalı olarak gönderilmesi, mevzuata aykırı addedilerek teklifin değerlendirme dışı kalmasına neden olmuştur. Söz konusu karar için bkz: Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 08.07.2021
Karar No:2021/UY.II-1379, (Çevrimiçi),
<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 31.07.2021.

ilişkin olan bu hususun tartışıldığı KİK'in ilgili kararını²⁵² incelemekte fayda vardır. Söz konusu kararda Makina ve Kimya Endüstrisi Kurumu Genel Müdürlüğü (MKE) Destek Tesisleri İşletme Müdürlüğü Ticaret Müdürlüğü tarafından 17.10.2012 tarihinde “Malzemeli Yemek Yapım ve Dağıtım Hizmetleri” açık ihale usulü ile yapılmış ve ihale katılan isteklilerden birinin üzerine kalmıştır.

İlgili ihaleye katılan isteklilerden biri olan (X) Ltd. Şti'nin ihale komisyonunun ihaleyi kazanan isteklinin teklifini kabul etmesine ilişkin işlemine karşı KİK'e yaptığı itirazın şikayet başvuru dilekçesinden anlaşıldığı şekliyle ihaleyi kazanan isteklinin teklifi, ilk olarak teklif fiyatının asgari işin yapılabilirlik seviyesinin altında kalmasından dolayı aşırı düşük teklif olarak nitelendirilmiş ve açıklama istenilmiştir. İstekli ihale komisyonuna 30.10.2012 tarihinde aşırı düşük teklif açıklaması sunduktan sonra ihale komisyonu ilgili açıklamayı incelemeyen fikrini değiştirerek söz konusu teklifin aşırı düşük teklif olmadığı kanaatine ulaşmıştır. İhale komisyonu, bu kararına karşı yapılan itirazlar neticesinde tekrar fikrini değiştirerek söz konusu teklifi aşırı düşük teklif kapsamına almış ve daha önce sunulan aşırı düşük teklif açıklamasını incelemiştir. Yapılan inceleme sonucu aşırı düşük teklif açıklamasını işin yapılabilirliği açısından uygun gören ihale komisyonu söz konusu teklifi veren istekliye ihaleyi bırakmıştır.

Başvurucu ise tüm bu süreçte idarenin tutarsız kararlar almasının nedeninin ilgili aşırı düşük teklif açıklamasının kanun hükümlerine ve yeterli belgelere dayalı olmadığı kanaatini uyandırdığı ve bu gerekçesiz ve tutarsız kararlar hak kaybına uğradığını ileri sürmüştür. Dilekçenin netice kısmında ise ihale üzerinde bırakılan isteklinin aşırı düşük teklif açıklamasının KİK tarafından sorgulanmasını, bu belgeler arasında uyumsuzluk olduğunun tespiti halinde ilgili vergi dairesine ve ilgili Cumhuriyet Savcılığına bildirim yapılmasını, ilgilinin ihaleye katılabilmek için gerekli belgelerinin mevzuata uygun olarak düzenlenmediği için bunların da KİK tarafından tekrar incelenmesini ve ezcümle ihalede yapılan eylemler ile alınan kararların tamamının KİK tarafından incelenmesini talep etmiştir.

²⁵² Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 12.12.2012
Karar No:2012/UH.IV-4788, (Çevrimiçi),
<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 10.06.2021.

KİK, yaptığı incelemede ilgili mevzuat hükümleri ve emsal kararlar uyarınca, başvuru sahibinin diğer bir isteklinin sunduğu aşırı düşük teklif açıklamalarının mevzuata aykırılığı iddialarını somut delillere dayandırması gerektiği ve söz konusu başvuru dilekçesinin bu şekilde düzenlenmediğini tespit etmiştir. Söz konusu eksikliğin başvuru sahibi tarafından giderilebilmesi için eksik olan husus www.ihale.gov.tr adresinde ilan edilmiş ve başvuru sahibi tarafından 03.12.2012 tarihinde dilekçe ile eksikliğin tamamlanması için başvuruda bulunulmuştur. Fakat sunulan ek dilekçede de bu eksiklik giderilmediğinden başvurunun şekil unsuru eksikliğinden reddine oy çokluğu ile karar verilmiştir.²⁵³

Karara ilişkin azlık görüşünde ise başvuru sahibi tarafından, ihale üzerinde bırakılan isteklinin, aşırı düşük teklif açıklamasına yönelik yapmış olduğu açıklamaların içeriği bilinemeyeceğinden detaylı verilere itiraz etmesine zaten normal koşullarda olanak bulunmadığı ifade edilmiştir. Sonuç olarak başvuru sahibinin itirazın şikâyet başvurusunda belirttiği iddialarının mevzuatın öngördüğü şekil şartlarını taşıdığı değerlendirilmiş ve başvuru sahibinin iddialarının somut olarak ele alınarak belirtilen iddiaların esastan incelenmesi gerektiği yönündeki düşünce belirtilmiştir. Azlık görüşündeki bu düşünce kişilerin hak arama hürriyeti açısından daha uygun ve idarelerin hesap verebilirliğini sağlamaya daha elverişli olduğundan tarafımızca da benimsenmektedir. Zira aksi takdirde ihaleye katılan istekliler, diğer isteklilerin ihaleye sunmuş olduğu ve içeriği vakıf olunmayacak olan aşırı düşük teklif açıklamalarına ilişkin hukuka aykırılıkları hiçbir şekilde idari ve adli mercilerde dile getiremeyecektir.

²⁵³ KİK'in başvuruların somut bilgi ve belgeye dayanması gerekliliğine ilişkin tutumu, güncel kararlarında da sürdürülmektedir. Söz konusu kararlara şu örnekler verilebilir: Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 20.05.2021
Karar No:2021/UY.II-1049, (Çevrimiçi),
<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 31.07.2021, Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 07.05.2021
Karar No:2021/UH.I-936, (Çevrimiçi),
<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 31.07.2021, Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 21.04.2021
Karar No:2021/UY.I-848, (Çevrimiçi),
<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 31.07.2021, Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 31.03.2021
Karar No:2021/UH.II-695, (Çevrimiçi),
<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 31.07.2021.

6-) İhale Usulünün Belirlenmesinden Doğan Uyuşmazlıklar

4734 Sayılı Kanun`da ihale usulleri; açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü ve pazarlık usulü olmak üzere belirlendiğini belirtmiştik. Kural olarak olağan ihale usulü olan açık ihale usulünün kamu ihalelerinde uygulanması gereklidir. Bu kuralın istisnaları ise diğer ihale usullerinin uygulanmasını gerektiren durumların ortaya çıkması halinde söz konusu olacaktır. Gerek şikâyet ve itirazın şikâyet başvurusunda gerekse yargı aşamasında incelenecek olan husus, belli istekliler arasında ihale usulü ve pazarlık usulünün uygulandığı durumlarda bu ihale usullerinin uygulanmasına ilişkin kanuni şartların oluşup oluşmadığıdır.

Belli istekliler arasında ihale usulünün uygulanabilmesi için ya işin özelliğinin uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektiren işlerden olması²⁵⁴ ya da yaklaşık maliyeti eşik değerinin yarısını aşan yapım işi olması²⁵⁵ gerekmektedir. KİK`in 2008/UY.Z-2282 Sayılı kararında²⁵⁶ Gazi Üniversitesi Rektörlüğü Yapı İşleri Dairesi tarafından “Açık Spor Tesisleri İnşaatı” işi, inceleme heyeti tarafından düzenlenen teknik raporda uzmanlık ve teknoloji gerektirdiğine ilişkin kanaat üzerine belli istekliler arasında ihale usulüyle yaptırılmak istenmiştir. Bunun üzerine şikâyetçi, söz konusu yapım işinin ihale adı altında davet edilen önceden belirli firmaların çağırıldığını, kısaca yolsuzluk²⁵⁷ yapıldığını ileri sürerek ihalenin iptalini istemiştir. KİK ise söz konusu yapım işinin uzmanlık ve/veya yüksek teknoloji gerektirmediği ve dolayısıyla ihalenin belli istekliler arasında ihale usulüyle yapılmasının mevzuata

²⁵⁴ Belli istekliler arasında ihale usulü, 4734 Sayılı Kanun`un ilk düzenlemesinde ancak işin özelliğinin uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektiren işler için getirilen bir ihale usulüydü. Söz konusu bu durumlarda yüklenicinin iş yapısı önem arz ettiğinden rekabet ilkesinden ödün verilerek idare tarafından sözleşme tarafını seçme serbestisi genişletilmiş olmaktadır zira hangi işlerin uzmanlık ve ileri teknoloji gerektirip gerektirmediğine ilişkin mevzuatta bir tanımlama yer almamaktadır. İhale makamı olan idareler bu takdir yetkisini kamu yararına uygun olarak kullanmak durumundadır. İdarelerin bu nitelendirmesi de idari ve yargısal başvuru yollarında mutlaka denetlenecektir. Bu konudaki keyfi uygulamaları önlemek için ihale mevzuatında uzmanlık ve ileri teknoloji gerektiren işler ayrıntılı olarak belirtilmesinin yahut idarelerin bu konuda faaliyet gösteren çeşitli kurum ve kuruluşlardan görüş almasının gerektiği ifade edilmiştir. Gökcan, a. g. e., s. 160-161.

²⁵⁵ Yapılan bu değişikliğin ileri teknoloji ve uzmanlık gerektirmeyen rutin işlerde belli istekliler arasında ihale usulünün uygulanmasına yol açmasının rekabet ve eşit muamele ilkelerine aykırılık teşkil ettiği yönündeki eleştiri için bkz: Gökcan, a. e., s. 155.

²⁵⁶ Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 03.06.2008
Karar No: 2008/UY.Z-2282, (Çevrimiçi),
<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 10.06.2021.

²⁵⁷ Bu nitelendirme tarafımıza aittir.

aykırı olduğu kanaatine oy çokluğu ile varmıştır. Böylelikle ihale usulünün belirlenmesinde idarelerin sınırsız takdir marjının olmadığı ortaya konmuştur.

Pazarlık usulüyle ihale yapılabilmesi için de kanunun ilgili maddesinde sırlanan bentlerden birine ilişkin bir durumun bulunması gerekmektedir. 4734 Sayılı Kanun'un 21. maddesinin b-) bendinde²⁵⁸ yer alan idarece öngörülemez olayın ne demek olduğuna ilişkin somut bir düzenleme olamaması eksikliklerdir. Bu yüzden söz konusu kavramın idari ve yargısal merciler tarafından doldurulma zorunluluğu doğmaktadır.

KİK'in 2008/UY.Z-99 sayılı kararı,²⁵⁹ bu işlemin yerine getirilmesinde önemli rol oynayan bir örnektir. Söz konusu karara konu ihalede İstanbul Büyükşehir Belediyesi Fen İşleri Daire Başkanlığına bağlı Altyapı Hizmetler Şube Müdürlüğüne, şerit düzenleme ve yan yol tamamlama çalışmaları yapılması gereken Topkapı-Çobançeşme Arası D-100 Karayolu Şerit Düzenlemesi ve Yan Yol Tamamlama İnşaatı İşinin 4734 Sayılı Kanun'un 21. maddesinin b-) bendine istinaden pazarlık usulü ile yaptırılmasına karar verilmiştir. Anılan ihale kararına

²⁵⁸ Pazarlık usulü

Madde 21- Aşağıda belirtilen hallerde pazarlık usulü ile ihale yapılabilir:

(...)

b) Doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya yapım tekniği açısından özellik arz eden veya yapı veya can ve mal güvenliğinin sağlanması açısından ivedilikle yapılması gerekliliği idarece belirlenen hallerde veyahut idare tarafından önceden öngörülemez olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması.

Haklı bir gerekçe olarak bu kadar acil ve önemli bir durumda kanun gereği en az 3 isteklinin davet edilmesinin alım sürecinin ivediliğine aykırı olduğu dile getirilmiştir. Ertaş, **a. g. e.**, s.149. Söz konusu kanun metninde idare tarafından önceden öngörülemez olayın ne olduğu tam olarak açık değildir. Konuya ilişkin olarak Kamu İhale Genel Tebliğ'in "Süreklilik arz eden mal ve hizmet alımlarının kesintiye uğratılmadan temini" başlıklı 20. maddesinde yılın sonunda ya da ertesi yılın başında çıkılan ihalelerde önceden öngörülemez nedenlerle ihale sürecinin uzadığı durumlarda süreklilik arz eden alımların kesintiye uğratılmamasını teminen, ihale sonuçlandırılmaya kadar geçecek süre içindeki ihtiyaçların 4734 Sayılı Kanun'un 21. maddesinin (b) bendindeki "idare tarafından önceden öngörülemez olaylar" kapsamında değerlendirilerek, anılan madde hükmü ve 62. maddenin (1) bendinde yer alan esaslar da dikkate alınarak aynı kanunun 21. maddesinin (f) bendi ya da 22. maddesinin (d) bendinde belirtilen tutarlara kadar olanların bu maddelere göre temin edilebilmesi idarenin yetki ve sorumluluğundadır ibaresi yer almaktadır. Fakat söz konusu hükümde de öngörülemez olay kavramının bir tanımı yapılmamıştır. Öngörülemez olay kavramına açıklık getirilmesi için mevzuatta kapsamlı bir açıklama yapılması gerekmektedir. Gökcan, **a. g. e.**, s. 163. Ayrıca davet edilecek istekli sayısına ilişkin azami sınır belirtilmediğinden idarenin katılımı mümkün oldukça geniş tutması ve böylece rekabet ortamını sağlaması mutlak gereklidir. Gökcan, **a. e.**, s. 167.

²⁵⁹ Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 07.01.2008
Karar No: 2008/UY.Z-99, (Çevrimiçi),
<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 10.06.2021.

karşı itirazın şikâyet dilekçesinde İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı'na yapılan köprü, kavşak, yol inşaatı ihalelerinin 4734 Sayılı Kanun'un 21. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde öngörülen pazarlık usulü ile ihale edilmesinin şartları oluşmadığı halde ihalelerin pazarlık usulü ile yapıldığı iddia edilmiştir. İdare ise savunmasında İstanbul Valiliğinin idareye yazdığı 04.07.2005 Tarihli ve 8062 Sayılı yazısı ile pazarlık usulüne çıkılmasındaki gerekçeye ilişkin raporu sunmuştur.²⁶⁰

KİK, olaya ilişkin değerlendirmesinde ilgili kanun maddesinde ani ve beklenmeyen veya idarece önceden öngörülemeyen olayların “ortaya çıkması” halinde pazarlık usulünün kullanılabilmesi hükmü dikkate alındığında; incelemeye konu ihalenin bu nitelikte bir olay olmadığı, ihalenin açık ihale usulü ile yapılabileceği, ayrıca idarenin pazarlık ihale usulünü seçmesinin gerekçesi olarak gösterilen ağır trafik yükü ve bu yükün azaltılması ile trafik akışının sağlanması hususunun “ani ve öngörülmemen” bir olay olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığını belirtmiştir. Aynı zamanda anılan Valilik yazısı ve İdare Olurunda belirtilen gerekçeler dikkate alındığında ve bu gerekçelerin 4734 Sayılı Kanun'un 21. maddesindeki şartlara uygun olduğunun kabulü halinde, İstanbul ilindeki tüm ihalelerin anılan kanun maddesindeki pazarlık usulü ile yapılabileceği sonucuna ulaşılmakta olduğu oysa anılan kanunun 5. ve 21. maddesindeki hükümlerin

²⁶⁰ İlgili yazıda “İstanbul'un jeopolitik konumu, 15 milyona yaklaşan nüfusu, tarihi, ticari, kültürel değerleriyle Türkiye'de ve dünya coğrafyası içinde önemli yeri olduğu, bunun da İstanbul'un her açıdan yaşanabilir dünya şehri standartlarına ulaşmayı zorunlu kıldığı, ayrıca bölgenin deprem coğrafyası içinde yer alması nedeniyle olası bir depreme karşı yol, köprü, kavşak ve viyadüklerin açık tutulması, alternatif yol güzergâhlarının sağlanması, diğer taraftan şehrin nüfusunun hızla artması, turizm hareketleri, önemli ulusal ve uluslararası spor müsabakaları, organizasyonlar ve kongrelerin düzenlenmesi nedeniyle altyapı hizmetlerinin ve idarenin yol, köprü ve kavşak düzenlemelerinin ivedilikle ihale edilmesinin zorunlu olduğu belirtilmiştir. İdarenin gerekçe raporunda ise “D-100 karayolu (E-5) İstanbul trafiğinde önemli merkezlere ulaşımı sağlayan alternatif olmayan bir güzergâhtır. Ayrıca yol havaalanı ile önemli kongre merkezleri, taksim, olimpiyat merkezi, İstanbul otogarı ile bağlantısını sağlamaktadır. Mevcut durumu ile yolda çok ağır bir trafik yükü bulunmakta ve günün her saati trafik akışı yavaş işlemektedir. Bu da hem ekonomik kayıplara neden olmakta hem de acil afet durumlarında ulaşım güçlüğünü doğurmaktadır. Ayrıca karayolun çeşitli bölümleri altyapı sorunları nedeniyle aşırı yağışlarda sel baskınlarına maruz kalmakta buda ulaşımı aksatmaktadır. Bu ihale ile Çobançeşme-Topkapı arası D-100 karayolunda yan yollar oluşturularak toplu taşıma araçları yan yollara alınıp yolda kesintisiz, hızlı ulaşım sağlanacaktır. Otobüs durakları yeniden düzenlenerek rahat toplu ulaşım hizmeti sağlanacaktır. Ayrıca yolun altyapı sorunları çözülerek sel baskınlarından kurtulması sağlanacaktır. Bu nedenlerle ihalesi 02.09.2005 tarihinde yapılan ve güzergâha METROBUS hattının eklenmesi sebebiyle proje revizesine gidilmesi sonucu ödeneği dolmakta olan “Topkapı-Çobançeşme Arası D-100 Karayolu Şerit Düzenlemesi Ve Yan Yol İnşaatı” işinin 2006 yılı içerisinde tamamlanarak trafiğe açılması planlanmış ve tamamlanma ihalesin ivedilikle bitirilmesi kararı alınmıştır.” ifadelerine yer verilmiştir.

amacının bu olmadığına açıkça ortada olduğunu vurgulamıştır. KİK bu kararında aynı zamanda işin süresinin 90 gün olarak belirlenmesinin ivedililik unsurunu da karşılamadığını söylemektedir. Süreye ilişkin bir diğer gerekçesinde de anılan kararda işin ivedi olarak yapılması gerektiğinin belirtildiği, buna karşın anılan işin Valilik yazısından 21 ay sonra pazarlık usulü ile ihaleye çıkıldığı, geçen bu sürede ihale konusu işin açık ihale usulü ile pekâlâ ihale edilmesi mümkün olduğu halde, anılan işin pazarlık usulü ile ihale edilmesinin mevzuata uygun olmadığı sonucuna varmıştır.

KİK'in söz konusu karardaki diğer bir gerekçesi de konunun aydınlık taşıması bakımından önemlidir. KİK, 4734 Sayılı Kanun'un 21. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde ani ve beklenmeyen olayların "ortaya çıkma ihtimalini" değil "ortaya çıkması" durumunu pazarlık usulünün kullanılabilmesinin gerekçesi olarak kabul ettiği dikkate alındığında Valilik tarafından yazılan yazının da hukuken "ihalenin usulünü tespit etmekte dayanak olarak kullanılamayacağı" söylemektedir. Yani ortada soyut bir ivedilik ihtimali yerine somut bir ivedilik hali mevcut olmalıdır.²⁶¹

4734 Sayılı Kanun'un 21. maddesinin f-) bendinde "İdarelerin yaklaşık maliyeti ellimilyar Türk Lirasına²⁶² kadar olan mamul mal²⁶³, malzeme veya hizmet alımları"nın²⁶⁴ pazarlık usulü ile yapılabileceği belirtilmiştir. İdare, söz konusu gereksinimi karşılamak için kanunda yer alan şartı da sağlayarak pazarlık usulü ile ihaleye çıktığı takdirde f-) bendinde yer alan üst sınırı aşan tekliflere karşı ne yönde

²⁶¹ KİK, bu hale örnek olarak okul sütü programı kapsamında uht içme sütü ihalesinin açık ihale usulü ile yapılırken iptal edilmesi üzerine eğitim-öğretim yılı planlamasının da zaman açısından ihalenin ivedi olarak gerçekleştirilmesini zorunlu hale getirmesi karşısında ihalenin iptalinin önceden bilinmeyen ve bu nedenle de öngörülemeyen olay niteliğinde olduğuna ve pazarlık usulü ile ihaleye çıkılması için yeterli bir gerekçe olduğuna hükmetmiştir. Söz konusu karar için bkz: Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 09.08.2017
Karar No: 2017/UM.II-2162, (Çevrimiçi)
<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 31.07.2021.

²⁶² Söz konusu tutarların güncel hali 26.01.2021 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanan 2021/1 Tebliğ Nolu Kamu İhale Tebliğinin 3. maddesinin ç-) bendine göre şu şekilde belirlenmiştir; ç) 21 inci maddesinin birinci fıkrasının (f) bendinde belirtilen 323.398,-TL (Üçyüzyirmüçbinüçyüz doksanssekiz Türk Lirası) 404.732,-TL (Dörtüzdörtbinyediyüzotuziki Türk Lirası).

²⁶³ Kanunda yer alan mamul mal kavramının özel imalat süreci gerektiren mal alımlarını dışladığı bir yazar tarafından ifade edilmiştir. Toprak, a. g. e., s. 185.

²⁶⁴ İdarelerin açık ihale usulü yerine ihtiyaçlarını kısımlara bölerek pazarlık usulü ile ihaleye çıkmalarını kanunun temel ilkelerine aykırılık teşkil edecektir. Toprak, a.e., s. 114.

karar vereceği tartışma konusu yaratabilir. KİK'in 2008/UH.II-4334 Sayılı kararına²⁶⁵ konu olayda idare bu tarz bir teklifle karşılaşmış ve teklife karşı değerlendirme dışı bırakma kararı almıştır. KİK'e karşı yapılan itiraz başvurusunda da "4734 sayılı Kanun'un 21 inci maddesi f-) bendinde öngörülen alım bedeli üst limitinin üzerinde teklif verdiği anlaşılan ...teklifinin idarece değerlendirme dışı bırakılmasında mevzuata aykırılık bulunmadığı" yönünde görüş belirterek idarenin tutumunu onaylamıştır. Biz bu kararı yerinde bulmuyoruz. Kanun metninde sadece ihalenin yaklaşık maliyetine yönelik olarak belirlenmiş bir azami tutar bulunmaktadır. Dolayısıyla bu şartı sağlayan bir ihalede isteklilerin vereceği teklif bedeline bir sınırlama getirmenin doğru olamayacağı kanaatindeyiz. KİK'in kararına konu olan olayda değerlendirme dışı bırakılan teklifin ekonomik açıdan en avantajlı teklif olduğu varsayımında idarenin bu teklifi kabul etmesi gerekirdi. Böyle bir varsayımın gerçekleşmesi halinde yaklaşık maliyetin idarece yanlış hesaplandığı da göz önüne alınabilir.

İhale usullerine ilişkin şartlar, kanunun ilgili maddelerinde ayrıntılı olarak belirtilse de idarelerin ihale sürecini yerine getirirken mutlaka kanunda belirtilen temel ilkelere uyması gereklidir. Bu konuya ilişkin KİK'in 2009/UM.III-2836 Sayılı kararı tartışılmaya değerdir. Uyuşmazlık konusu olayda şikâyetçi, 2009/153417 ihale kayıt numarası ile 26.10.2009 tarihinde 4734 Sayılı Kanun'un 21. maddesinin b-) bendi gereğince pazarlık usulü ile ihale yapıldığı ve kendilerinin davet edilerek ihaleye teklif verdiklerini belirtmiştir. Söz konusu ihale 03.11.2009 tarihinde iptal edilmiştir. Şikâyetçi, alımı yapılacak cihazların ihale makamı olan Hudut ve Sahiller Sağlık Müdürlüğü tarafından 05.11.2009 tarihinde yapılacak ihale ile alınacağını öğrenir öğrenmez ihaleyi yapacak olan idareye önce sözlü olarak daha sonra yazılı olarak 04.11.2009 tarihinde davet edilmek ve doküman satın alabilmek için başvurmuştur. İhale doküman bedelini bankaya yatırarak makbuzu idareye vermiş olmalarına rağmen idare ihale dokümanını vermemiş ve kendilerini davet etmemiştir. Bu durum üzerine şikâyetçi söz konusu ihalede katılımın ve rekabetin oluşmadığı, bu nedenle söz konusu ihalenin iptal edilerek, daha geniş katılımlı ve şeffaf olarak

²⁶⁵ Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 27.10.2008
Karar No: 2008/UH.II-4334, (Çevrimiçi)
<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 10.06.2021.

yeniden yapılmasının gerektiğini ileri sürerek şikâyet ve itirazın şikâyet başvuru yollarına başvurmuştur.

KİK yaptığı incelemede öncelikle ülkemizde ve dünyada birçok insanın ölümüne sebep olan H1N1 Pandemisi dolayısıyla tıbbi cihaz alımını ihalesinin 4734 Sayılı Kanunun 21. maddesinin b-) bendine göre pazarlık usulüyle yapılmasında bir sakınca görmemiştir. Akabinde ilgili madde uyarınca idare tarafından en az 3 isteklinin davet edilmesi gerektiğinin belirtildiği, ancak ihalede rekabetin oluşması, idareye güvenirliliğin sağlanması ve ihtiyaçların uygun şartlarla karşılanabilmesi için, davet edilmese dahi pazarlık usulü ile yapılan bir ihalede doküman satın almak üzere idareye başvuruda bulunanlara idarenin doküman satmasının, ihaleye katılımın sağlanması açısından kanunun amacına daha uygun olacağı ve ihalenin pazarlık usulü ile yapılmasındaki amacın ihaleye az sayıda katılımın sağlanması değil ihale sürecini kısaltarak ihtiyacın kısa sürede giderilmesi olduğu dikkate alındığında, en az 3 isteklinin davet edilmesi gerektiği yönündeki kanun hükmü daha fazla isteklinin davet edilemeyeceği veya davet edilmeyen firmaların ihaleye katılamayacakları anlamına gelmediğini dile getirmiştir. Böylece davet edilmeyen başvuru sahibine ihale dokümanı satılmamasının ve ihaleye katılmasına engel olunmasının 4734 Sayılı Kanun'un 5. maddesinin ilk fıkrasına aykırı bir uygulama olduğu, başvuru sahibine ihale dokümanı satılmayarak ihaleye katılmasına engel olunmasının eşit muamele ve rekabet ilkesini ihlal ettiği ve başvuru konusu ihaleye ait ihale dokümanının başvuru sahibine satılması suretiyle başvuru sahibinin söz konusu ihaleye katılımının sağlanarak ihale işlemlerinin tekrar ihya edilmesi olanağı kalmadığından ihale işlemlerinin ve ihale kararının iptal edilmesi gerektiği sonucuna oy çokluğu ile varılmıştır.²⁶⁶

Karara ilişkin karşı oy yazısında ise ilgili kanun maddesinde belirtilen haller için ilan yapıp yapılmayacağı hususu idarenin takdirine bırakıldığı, ilan yapılmayan hallerde idareye en az üç isteklinin davet etme zorunluluğu getirildiği ve başka bir yükümlülük öngörülmediği belirtilmiştir. Aynı zamanda KİK tarafından düzenlenen

²⁶⁶ Söz konusu kararı destekleyen görüş için bkz: Gökcan, a. g. e., s. 168. KİK'in 23.11.2009 Tarih ve 2009/UY.I-2821 Sayılı kararında da oy çokluğu ile aynı görüş benimsenmiştir. İrfan Yılmaz, a. g. e., s.11.

ikincil mevzuatta da talep eden her istekliye ihale dokümanının satılmasını zorunlu kılan herhangi bir düzenleme olmadığı aksine bir düşüncenin pazarlık usulü ile ihale yapılması kuralına uygun olmadığı da ifade edilmiştir. Somut olay bakımından ise inceleme konusu ihalede idarenin ihale konusu alanda faaliyet gösterdiği ve yetkinliği açık olan firmalardan 7'sine davet yazısı gönderdiği, bunlardan 5'inin doküman satın aldığı, 3'nün ise ihaleye geçerli teklif sunduğu, ihalede saydamlık, rekabet, güvenilirlik ilkelerinin çiğnendiğine dair kuvvetli bir kanıt bulunmadığı, aksine ihtiyaçların uygun şartlarla zamanında karşılanmasının ve kaynakların verimli kullanılmasının amaçlandığı dikkate alındığında ihalenin iptaline gerek olmadığı kanaatine varmışlardır. Biz de bu gerekçeleri destekler şekilde kanunda yer alan temel ilkelerin ancak mevzuat açısından yorumlanması gerektiği ve söz konusu ilkelerin mevzuata aykırı bir şekilde yorumlanamayacağı gerekçesiyle karşı oya katılmaktayız.

Kanun koyucu tarafından söz konusu kararın karşı oyunu destekler şekilde 4734 Sayılı Kanun'un 28. maddesine 04.07.2012 Tarihli ve 6353 Sayılı Kanun'un 28. maddesi ile "*İlan yapılmayan ihalelerde, ihale dokümanı sadece idare tarafından davet edilenlere satılır.*" hükmü getirilmiştir. Bu düzenlemeyle birlikte artık KİK'in bu kararının ilerideki ihaleler için emsal olma özelliği kalkmış bulunmaktadır.

7-) Tebligata İlişkin Uyuşmazlıklar

a-) Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararları

(1) Anayasa Mahkemesi'nin 27.09.2012 Tarihli ve 2012/20 Esas 2012/132 Karar Sayılı İptal Kararı

4734 Sayılı Kanun uygulamasındaki en çok problem teşkil eden hususlardan biride kanunun 65. maddesine 5812 Sayılı Kanun'un 25. maddesi değişikliğiyle getirilen hükmün tebliğ tarihi sayılma haliydi.²⁶⁷ Söz konusu kanun maddesinin '*İadeli taahhütlü mektupla yapılan tebligatlarda mektubun postaya verilmesini takip eden yedinci gün, ' kararın istekliye tebliğ tarihi sayılır.*' hükmünün Anayasa'nın 10.,

²⁶⁷ "*İadeli taahhütlü mektupla yapılan tebligatlarda mektubun postaya verilmesini takip eden yedinci gün, yabancı isteklilerde ise ondokuzuncu gün kararın istekliye tebliğ tarihi sayılır. Tebligatın bu tarihten önce muhataba ulaşması halinde ise fiili tebliğ tarihi esas alınır.*"

13., 36. ve 125. maddelerine aykırı olduğu iddiasıyla Ankara 6. İdare Mahkemesi tarafından Anayasa Mahkemesi'ne iptal başvurusunda bulunulmuştur.²⁶⁸ Başvuruya konu olayda davacı tarafından 20 Kalem Tıbbi Sarf Malzeme Alımı ihalesini yapan (X) Eğitim ve Araştırma Hastanesi Baştabipliğine 22.08.2011 tarihinde şikâyet başvurusunda bulunulmuştur. Başvuru üzerine idarece alınan karar 26.08.2011 tarihinde postaya verilmiş, yukarıda yer verilen kanun hükmü uyarınca, şikâyete cevabın, postaya verildiği tarihi takip eden yedinci gün olan 02.09.2011 tarihinde şikâyetçiye bildirilmiş sayıldığı, bu nedenle KİK'e de bu tarihi takip eden 10 gün içinde 12.09.2011 tarihi mesai bitimine kadar itirazın şikâyet başvurusunda bulunulması gerekirken 13.09.2011 tarihinde itirazın şikâyet başvurusunda bulunulduğundan bahisle başvurunun süre yönünden reddine karar verilmiştir. Davacı tarafından ihaleyi düzenleyen idareye yapılan itirazın sonucuna ilişkin iadeli taahhütlü yazının kendisine 05.09.2011 tarihinde ulaştığından KİK'e yapılan itirazın şikâyet başvuru süresinin bu tarihten itibaren başlaması gerektiği belirtilerek başvurunun süreaşımı nedeniyle reddine ilişkin anılan işlemin iptali istemiyle Ankara 6. İdare Mahkemesi'ne dava açmıştır.

Ankara 6. İdare Mahkemesi, anılan kanun hükmünün sonucu 12.09.2011 tarihinin kararın istekliye tebliğ tarihi sayılması nedeniyle, ortada, idari işlem tesis ederken sahip olduğu kamu gücü dolayısıyla, aldığı bu kararlara muhatap olan ilgililerine oranla daha güçlü konumda olan idareler lehine eşitliğe aykırı bir düzenleme bulunduğu kanaati ile birlikte AYM'e iptal başvurusunda bulunmuştur.²⁶⁹ İlk derece mahkemesince ileri sürülen eşitlik ilkesine ilişkin bir diğer itiraz da Kamu İhale Genel Tebliğinde yer alan “*posta yoluyla yapılan başvurularda, postada geçen süreler dikkate alınmaz.*” ibaresinin söz konusu kanun maddesi ile çelişmesidir.²⁷⁰

²⁶⁸ Anayasa Mahkemesi İptal Kararı, Esas No: 2012/20, Karar No: 2012/132, Karar Günü: 27.9.2012, (Çevrimiçi), <https://www.alomaliye.com/2013/07/26/anayasa-mahkemesinin-e-201220-k-2012132-sayili-karari/>, 10.06.2021.

²⁶⁹ Her ne kadar eşitlik ilkesini ön plana çıkarsa da ilk derece mahkemesinin aykırılık savı Anayasa'nın 10., 13., 36. ve 125. maddelerine dayanmaktadır.

²⁷⁰ AYM kararında bu hususu şu şekilde ifade etmiştir:

“İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin 9/5. maddesi uyarınca; başvuruların idare veya Kurum dışındaki idari mercilere ya da yargı mercilerine yapılması ve başvuru dilekçelerinin bu merciler tarafından ilgisine göre ihaleyi yapan idareye veya Kamu İhale Kurumuna gönderilmesi halinde, bu dilekçelerin ihaleyi yapan idare veya Kamu İhale Kurumu kayıtlarına girdiği tarih,

AYM, yaptığı incelemede öncelikle tebligat hukukuna ilişkin genel açıklamalarda bulunmuştur. Tebligatı yetkili makamlarca birtakım hukuki işlemlerin, bu işlemin hukuki sonuçlarından etkilenmeleri amaçlanan kişilere kanuna uygun şekilde bildirim ve bu bildirim usulüne uygun olarak yapıldığının belgelendirilmesi işlemi olarak gören AYM, usulüne uygun işlemlerin kendilerine bağlanan hukuki sonuçları doğurabilmesi için muhatabına bildirilmesi aramıştır. Yine AYM'ye göre usulüne uygun olarak yapılan tebligat, Anayasa'da güvence altına alınmış olan iddia ve savunma hakkının tam olarak kullanılabilmenin ve bireylere tanınan hak arama hürriyetinin önemli güvencelerinden biridir.

AYM yukarıdaki genel ilkeler ışığında somut olaya ilişkin değerlendirmelerde bulunmuş²⁷¹ ve söz konusu kanun hükmünü oy çokluğu ile iptal etmiştir. Biz de tebligatın henüz yapılmadan kanunen hükmen yapılmış sayılmasının tebligat hukuku başta olmak üzere hukuk düzeni ile ilgili akla mantığa yatan bir düzenleme olmaması nedeniyle iptal kararını oldukça yerinde buluyoruz.

başvuru tarihi olarak kabul edilmesi ve aynı maddenin yedinci fıkrası uyarınca posta yoluyla yapıları başvurularda, postadaki gecikmeler dikkate alınmamasına karşın, idareler ve Kamu İhale Kurumu tarafından alınan kararlara ilişkin tebligatın, iadeli taahhütlü mektupla yapılması halinde mektubun postaya verilmesini takip eden yedinci gün, kararın istekliye tebliğ tarihi sayılması nedeniyle, ortada, idari işlem tesis ederken sahip olduğu kamu gücü dolayısıyla, aldığı bu kararlara muhatap olan ilgililerine oranla daha güçlü konumda olan idareler lehine eşitliğe aykırı bir düzenleme bulunduğu kanaatine varılmıştır.”

²⁷¹ “Kendilerinden kaynaklanmayan ve kendilerine kusur izafe edilmesi mümkün olmayan sebeplerle posta hizmetlerinde yaşanan bir gecikme sonucunda, kendilerine fiilen herhangi bir bildirim ve tebligat yapılmaksızın, haklarında alınan kararların tebliğ edilmiş sayılmasının, ilgililerin kazandıkları ihaleye ilişkin sözleşme yapmaları, Kanun'un 56. maddesi uyarınca ihaleye karşı itiraz/enkayette bulunabilmeleri veya ihaleye karşı adli ya da idari makamlar nezdinde dava açabilmeleri gibi bazı hakların kullanılmamasına neden olacağı açıktır. Bir başka ifadeyle, ulaşmayan bir tebligat nedeniyle muhatabının Kamu İhale Kurumuna süresinde başvuru yapamaması, başvuru yapmış olsa dahi bu başvurunun süresinde yapılmadığı gerekçesiyle reddedilecek olması ve bu konuda açılacak bir davanın da yargı mercileri tarafından reddedilecek olması sonucunu doğuracaktır. Bu durum tebligatın muhatabının, kendisine izafe edilemeyen nedenlerle posta hizmetlerinde yaşanan gecikme sonucunda, tebligatın içeriğini ilgilendiren konuların esasına ilişkin iddialarını adli veya idari makamlar önünde hiçbir şekilde ortaya koyamamasına neden olacaktır. Dolayısıyla, itiraz konusu kural, kendilerinden kaynaklanmayan gecikmelere karşı kişilere yeterince koruma sağlamadığı için hukuki güvenlik ilkesine aykırılık oluşturduğu gibi kişilerin hak arama özgürlüğünün özünü de zedelemektedir.”

(2) Anayasa Mahkemesi'nin 22.11.2012 Tarihli ve 2012/132 Esas 2012/179

Karar Sayılı İptal Kararı

AYM'in tebligata ilişkin yukarıdaki içtihadına paralel olan bir başka kararı da 22.11.2012 Tarihli ve 2012/132 Esas 2012/179 Karar sayılı iptal kararıdır.²⁷² Söz konusu karara konu kanun hükmü olan 4734 Sayılı Kanun'un 'Sözleşmeye Davet' başlıklı 42. maddesinin ilk fıkrasıdır.²⁷³ Söz konusu kanun maddesinin "*Mektubun postaya verilmesini takip eden yedinci gün kararın istekliye tebliğ tarihi sayılır*" hükmünün Anayasa'nın 10., 13., 36. ve 125. maddelerine aykırı olduğu iddiasıyla Ankara 6. İdare Mahkemesi tarafından Anayasa Mahkemesine iptal başvurusunda bulunulmuştur. Başvuruya konu olayda Sağlık Bakanlığı İzmir Eğitim Araştırma Hastanesi Baştabipliği tarafından 14.03.2008 tarihinde "27 Kalem İlaç ve Serum Alımı" ihalesi yapılmış olup ihale davacı (X) A. Ş'e kalmıştır. Daha sonra idare tarafından davacı şirkete sözleşme imzalaması için 07.04.2008 Tarihli ve 005366 Sayılı sözleşmeye davet mektubu hazırlanmış ve aynı gün postaya verilmiştir. Akabinde idare 4734 Sayılı Kanun'un ilgili hükmü gereği 07.04.2008 tarihini takip eden 7. gün olan 14.04.2008 tarihini tebliğ tarihi saymış ve bu tarih üzerinden geçen 10 gün içinde yani 24.04.2008 tarihine kadar sözleşme imzalanmadığı gerekçesiyle davacı şirket hakkında 6 ay süreyle ihaleden yasaklama kararı tesis edilmiştir. Davacı şirkete sözleşmeye davet mektubu ise yasaklama kararından dahi sonra 26.04.2008 tarihinde tebliğ edilmiştir. Bunun üzerine davacı şirket, ihaleden yasaklama kararının iptali istemiyle Ankara 6. İdare Mahkemesi'nde iptal davası açmıştır.

Ankara 6. İdare Mahkemesi ise davacı şirkete henüz tebligat gelmeden kanun hükmü gereği 14.04.2008 tarihinin tebligat tarihi sayılmasını, daha önce AYM'in

²⁷² Anayasa Mahkemesi İptal Kararı, Esas No: 2012/132, Karar No: 2012/179, Karar Günü: 22.11.2012, (Çevrimiçi), <https://www.alomaliye.com/2013/07/26/anayasa-mahkemesinin-e-2012132-k-2012179-sayili-karari/>, 10.06.2021.

²⁷³ "41 inci maddenin ikinci fıkrasında belirtilen sürelerin bitimini veya Maliye Bakanlığının vizesi gereken hallerde bu vizenin yapıldığının bildirilmesini izleyen günden itibaren üç gün içinde ihale üzerinde kalan istekliye, tebliğ tarihini izleyen on gün içinde kesin teminatı vermek suretiyle sözleşmeyi imzalaması hususu imza karşılığı tebliğ edilir veya iadeli taahhütlü mektup ile tebligat adresine postalanmak suretiyle bildirilir. **Mektubun postaya verilmesini takip eden yedinci gün kararın istekliye tebliğ tarihi sayılır.** (...)" İptale konu olan cümle tarafımızca koyu renkle gösterilmiştir.

yukarıda bahsedilen kararında (27.09.2012 Tarihli ve 2012/20 Esas 2012/132 Karar Sayılı Kararı) ileri sürdüğü nedenlerle AYM'e iptal başvurusunda bulunmuştur.

Uyuşmazlık önüne gelen AYM, yukarıda zikredilen kararında yer alan aynı gerekçeleri kopyalayıp yapıştırarak söz konusu hükmün iptaline oy çokluğu ile karar vermiştir. Biz de ilgili kararı incelerken belirttiğimiz üzere AYM'in bu kararını oldukça yerinde buluyoruz.

b-) Tebligata İlişkin Diğer Uyuşmazlıklar

Kamu ihale mevzuatındaki bildirim tarihinin nasıl belirleneceğine ilişkin olarak KİK'in 2011/UH.III-1247 Sayılı kararı irdelenebilir.²⁷⁴ Başvurucunun konumuza ilişkin olarak dayandığı hukuka aykırılık iddiası ilgili mevzuat gereği ihale kararının ihale yetkilisi tarafından onaylandığı günü izleyen en geç 3 gün içinde isteklilere bildirilmesi gerekirken, 24.02.2011 tarihinde onaylanan ihale kararının 04.03.2011 tarihinde taraflarına bildirilmesidir.

KİK, 4734 Sayılı Kanun'un 41. maddesi gereği ihale kararının ihale yetkilisi tarafından onaylandığı günü izleyen en geç 3 gün içinde isteklilere bildirilmesinin zorunlu olduğunu ancak 3 gün içinde bildirim yapılmasının kesinleşen ihale kararının bu süre içinde muhatabına ulaştırılmasına yönelik olmadığı, bildirimle ilişkin işlemlerin yapılmış olması gerekliliğini işaret ettiğini ifade etmiştir. Somut olaya ilişkin ihalede, 24.02.2011 tarihinde onaylanan komisyon kararının, hafta tatilini izleyen 28.02.2011 Pazartesi günü iadeli taahhütlü posta ile gönderildiği anlaşıldığından, kesinleşen ihale kararının isteklilere bildirilmesine ilişkin yükümlülük idare tarafından yerine getirilmiştir.

Şikâyet ve itirazın şikâyete ilişkin bölümde dilekçelerdeki eksikliğin başvuru süresi içerisinde başvuru tarafından giderilebileceğini ve idarelerin bu konuda bildirim yapma yükümlülüğünün bulunmadığını belirtilmiştir. Aynı zamanda KİK'in ilgili tebliğ hükmü gereği başvuruda bulunan eksikliği resmi internet sitesinde ilan ettiğini de ifade etmiştik. Bu hükümler doğrultusunda KİK, 2013/UM.IV-2500 Sayılı

²⁷⁴ Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 11.04.2011
Karar No:2011/UH.III-1247, (Çevrimiçi),
<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 10.06.2021.

kararında²⁷⁵ başvuru ortak girişimin ortaklarının avukatının ayrı ayrı vekaletname sunduğu ancak baro pulunu eklemediği²⁷⁶ ve söz konusu eksikliğin www.ihale.gov.tr adresinde ilan edildiği ancak kanunda belirtilen sürede giderilmediği gerekçesiyle başvurunun reddi kararı vermiştir. Bunun üzerine başvuru KİK'in kararına karşı Ankara İdare Mahkemesi'nde dava açmıştır. Ankara 11. İdare Mahkemesi'nce verilen 13.12.2013 Tarihli ve 2013/1446 Esas sayılı kararda²⁷⁷ ise söz konusu baro pulu eksikliğinin 4734 Sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde tebliğ edilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Bunun üzerine KİK, mahkeme kararına uyarak 03.02.2014 Tarihli ve 2014/MK-49 Sayılı kararıyla önceki kararını iptal etmiş ve 4734 Sayılı Kanun'un 65. maddesi hükmüne göre eksikliğin giderilmesi hususuna ilişkin tebligat yapılmasına karar vermiştir.²⁷⁸ Yapılan tebligat üzerine baro pulu eksikliği başvuru avukatı tarafından giderilmiş ve KİK tarafından esasa ilişkin incelemeye geçilmiştir. 4734 Sayılı Kanun'un açık hükmü karşısında KİK'in tebligat yapma zorunluluğu bulunmadığı halde tebligat yapmaya zorlayan mahkeme kararını isabetli bulmuyoruz.

²⁷⁵ Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 12.06.2013
Karar No:2011/UM.IV-2500, (Çevrimiçi),
<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 10.06.2021.

²⁷⁶ Avukatlık Kanunu'nun 27'nci maddesinin üçüncü fıkrasında "Avukatlarca vekaletname sunulan merciler, pul yapıştırılmamış veya pulu noksan olan vekaletname ve örneklerini kabul edemez. Gerekliğinde ilgiliye on günlük süre verilerek bu süre içinde pul tamamlanmadıkça vekaletname işleme konulamaz." hükmü yer almaktadır. Bu hükmü paralel düzenleme İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Tebliğ'in 11. maddesinde de yer almaktadır. Ayrıca anılan Tebliğ'in 2 numaralı ekinde yer alan "Kamu İhale Kurumuna Yapılacak İtirazen Şikâyet Başvuru Dilekçesi Örneği" başlıklı standart formda, avukat aracılığı ile yapılan başvurularda, dilekçelere, başvuruda bulunmaya yetkili olduğunu gösteren baro pulu yapıştırılmış vekâletnamenin aslı veya avukat ya da noter tarafından onaylı suretinin ekleneceği belirtilmiştir.

²⁷⁷ Ankara 11. İdare Mahkemesi, 13.12.2013 Tarihli, 2013/1446 Esas Sayılı Kararı, (Çevrimiçi), <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 10.06.2021. Kararın karar numarası verilmemiş olup tarafımızca da ulaşılamamıştır.

²⁷⁸ Baro pulu için yapılan tebligat uygulamasının idareler tarafından yaygın olarak kullanıldığını KİK'in yakın tarihli karar içeriklerinden öğrenmekteyiz. Söz konusu kararlar için bkz: Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 20.03.2019
Karar No:2019/MK-103, (Çevrimiçi),
<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 31.07.2021, Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 18.04.2019
Karar No:2019/UH.IV-478, (Çevrimiçi),
<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 31.07.2021. Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 17.03.2021
Karar No:2021/UM.II-602, (Çevrimiçi),
<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 31.07.2021.

8-) İhale İptaline İlişkin Uyuşmazlıklar

a-) İhale İptali Öncesi İmzalanmış Sözleşmelerin Akıbetine İlişkin Uyuşmazlıklar

İhale iptali, şikâyet ve itirazın şikâyet başvuruları sonucu verilebilecek bir karar olmakla beraber aynı zamanda idari mahkemeler tarafından da verilebilen yargısal bir karardır. İdari mahkeme tarafından verilen ihale iptali kararının idareye tebliğinden itibaren gecikmeksizin 30 gün içinde kararı uygulamasının yasal zorunluluk olduğunu ilgili başlık altında belirtilmiştir. O halde kararı tebliğ alan KİK'in mahkemenin verdiği iptal kararını tevsik edici nitelikte Kurul vasıtasıyla bir karar alması gerekmektedir.²⁷⁹

İhale iptali yahut yürütmenin durdurulması kararının sözleşme imzalanmadan önce verilmesi halinde ihale üzerine kalan istekli ile sözleşme imzalanmayacağı aşikârdır. Fakat ihale üzerine kalan istekli ile sözleşme imzalandıktan sonra ihale iptali halinde sözleşmenin ve ihale konusu işin akıbetinin ne olacağı cevaplanması gereken bir konudur.

Konuya ilişkin olarak Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'nın Yüksek Fen Kurulu'nun (bundan böyle Yüksek Fen Kurulu olarak anılacak) vermiş olduğu emsal nitelikte bir karar bulunmaktadır.²⁸⁰ Karara konu olayda (X) Rektörlüğü Yapı İşleri ve Teknik Daire Başkanlığı, 1.000 Seyircili Kapalı Spor Salonu Yapım İşine ilişkin 4734 Sayılı Kanun'a göre ihale gerçekleştirmiş ve ihale (Y) Ltd. Şti'ne kalmıştır. Daha sonra ihaleye katılan diğer (Z) Ltd. Şti, şikâyet ve akabinde itirazın şikâyet başvurusunda bulunmuştur. İtirazın şikâyet başvurusu sonucu KİK, düzeltici işlem kararı vererek ihale iptali (Z) Ltd. Şti'nin üzerine kalmasını sağlamıştır. Bunun üzerine (X) Rektörlüğü Yapı İşleri ve Teknik Daire Başkanlığı ile (Z) Ltd. Şti arasında 4735 Sayılı Kanun'a uygun olarak anahtar teslimi götürü bedel üzerinden sözleşme

²⁷⁹ Rasih Altinkülçe, "İdare Mahkemeleri Tarafından Kamu İhale Kurulu Kararlarının İptal Edilmesinin Hukuki Sonuçları", **Yaklaşım**, Şubat 2012, sayı 230, s.300. KİK'in bu yönde bir karar alması gerektiği yazarın görüşü olmakla beraber alınacak olan bu kararın tevsik edici nitelikte olduğu görüşü tarafımıza aittir. Zira ihale iptali kararını veren bizzat mahkemedir.

²⁸⁰ Yüksek Fen Kurulu, 30.09.2010 Tarihli ve 2010/79 Sayılı kararı, (Çevrimiçi), http://webdosya.csb.gov.tr/turkce/dosya/yfk/2010_079.pdf, 10.06.2021.

imzalanmıştır. Sözleşme kurulup işe başlandıktan sonra (Y) Ltd. Şti'nin KİK'in verdiği düzeltici karara karşı açmış olduğu iptal davasında yürütmenin durdurulması kararı verilmiştir. Söz konusu kararı tebliğ alan KİK de daha önce vermiş olduğu düzeltici işlem kararının iptaline ve bu yöndeki başvurunun reddine karar vermiştir. KİK'in vermiş olduğu bu kararı tebliğ alan (X) Rektörlüğü Yapı İşleri ve Teknik Daire Başkanlığı da mevcut durumda nasıl hareket edileceğine ilişkin Yüksek Fen Kurulu'ndan görüş talep etmiştir.

Yüksek Fen Kurulu, öncelikle Kamu İhale Genel Tebliğ'nin "İhalenin Kurul kararı ile iptalinin hukuki sonuçları" başlıklı 25.2. maddesini²⁸¹ ele almıştır. Yüksek Fen Kurulu bu maddeye dayanarak yüklenici ile imzalanan sözleşmenin tasfiye edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Yüksek Fen Kurulu kararında açıkça belirtmese de aslında Kurul tarafından verilen iptal kararına ilişkin hükmü kıyasen mahkeme tarafından verilen iptal kararına (somut olayda yürütmenin durdurulması) da uygulamış olmaktadır. Nitekim KİK tarafından 29.06.2017 tarihinde Kamu İhale Genel Tebliği'ne eklenen bir maddeyle²⁸² bu meselenin çözümü tamamen açıklığa kavuşturulmuş olmaktadır.

İkinci mesele ise ihale üzerine kalan yeni yüklenici (Z) Ltd. Şti ile hangi bedel üzerinden sözleşme yapılacağıdır. Yüksek Fen Kurulu doğal olarak (Z) Ltd. Şti'nin teklif ettiği bedel üzerinden sözleşme yapılması gerektiğini belirttikten sonra eski

²⁸¹ Söz konusu maddede "4734 sayılı Kanununun 55 inci maddesinde belirtilen hallerde ve sürede Kuruma yapılan itiraz/enkayyet başvuruları üzerine yapılan inceleme sonucunda; anılan Kanununun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (a) bendi gereğince ihale işlemleri Kurul tarafından iptal edilen ihalelerde, iptal kararı öncesi imzalanan sözleşmelerin 4735 sayılı Kanun ve genel hükümlere göre tasfiye edilmesi gerekmektedir." ifadesi yer almaktadır.

²⁸² **25.4. (Ek:RG-29/6/2017- 30109) Sözleşmenin uygulanması aşamasındaki idari yargı kararları**
Kamu İhale Kurulu kararlarına ilişkin idari yargı mercilerince verilen yürütmenin durdurulması veya iptal kararlarının yerine getirilmesi sonucunda idare tarafından belirlenen ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibinin yükleniciden farklı olması halinde; İhale Uygulama Yönetmeliklerinde yer alan sözleşmenin imzalanması ile ilgili hükümlere göre ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibi istekli idarece sözleşmeye davet edilir. Bu isteklinin sözleşme yapılmasına ilişkin üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirerek idareye yazılı olarak başvurusu durumunda, mevcut sözleşme feshedilerek tasfiye sürecinin tamamlanmasını müteakip bu istekli ile sözleşme imzalanır. (Değişik cümle:RG-6/2/2018-30324) Söz konusu istekli tarafından sözleşmenin imzalanmayacağı yönünde cevap verilmesi, süresi içinde sözleşme imzalamaya gelinmemesi veya İhale Uygulama Yönetmeliklerinde yer alan sözleşmenin imzalanması ile ilgili hükümlere uygun olarak belgelerin sunulmaması hallerinde, mevcut yüklenicinin teklifinin ihale dokümanına göre geçerliğini koruması ve ihalelere katılmaktan yasaklı olmaması şartıyla imzalanmış sözleşme idarece feshedilmeksizin uygulanmaya devam edilebilir. Bu hususa ilişkin belgeler ihale işlem dosyasında muhafaza edilir.

yüklenicinin ihale konusu işin tamamladığı kısma karşılık gelen bedelin de teklif edilen bedelden düşülmesi gerektiğini ifade etmiştir. Eski sözleşmenin tasfiyesi sırasında tamamlanan işin bedeli eski yükleniciye ödeneceği için idarenin mükerrer ödeme yapmaması gerektiğine ilişkin bu görüş oldukça yerindedir.

b-) İptal Gerekçesine İlişkin Uyuşmazlıklar

İdari işlemlerin gerekçeli olması zorunluluğu karşısında ihalenin iptali işlemi için de idare tarafından bir gerekçenin ortaya konması gereklidir. Bu konuya ilişkin Van 3. İdare Mahkemesi'nin 2013/1626 Esas 2014/1359 Karar Sayılı kararına²⁸³ konu olan ihalenin iptali gerekçesi örnek olarak verilebilir. Karara konu olayda söz konusu ihalede ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi olan (X) Ltd. Şti. – (Y) Ltd. Şti. Ortak Girişimi'nin itirazın şikâyet başvurusu üzere KİK tarafından ihaleyi kazanan isteklinin teklifinin değerlendirme dışı bırakılması şeklinde düzeltici işlem tesis edilmiştir.

KİK'in vermiş olduğu düzeltici işlem kararının akabinde idarenin ihale komisyonu tarafından ihale konusunda proje değişikliğine gidildiğinden bahisle ihalenin iptaline 01.10.2013 tarihinde karar verilmiştir. Kararı tebliğ alan başvuru ortak girişim de doğrudan 05.11.2013 tarihinde Van 3. İdare Mahkemesi'nde iptal davası açmıştır. Mahkeme ise yaptığı incelemede *“kamu ihalelerine hakim olan rekabet ve kamu kaynaklarının verimli kullanılması ilkeleri dikkate alındığında ihalenin iptaline ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı”* kanaatine varılmıştır. Böylelikle ilk derece mahkemesince *“proje değişikliği”*nin ihalenin iptali için geçerli bir mazeret olduğu anlaşılmaktadır. Somut olaydan bağımsız olarak biz de bu gerekçenin makul olduğu kanaatindeyiz. Özellikle somut olaydaki gibi büyük yatırım projelerinin önemine binaen en doğru proje ile işin yapılması oldukça önemlidir. Fakat somut olaya ilişkin mahkeme kararın katılmamaktayız. Söz konusu proje değişikliğinin KİK'in vermiş olduğu düzeltici

²⁸³ Van 3. İdare Mahkemesi, 30.12.2014 Tarihli 2013/1626 Esas 2014/1359 Karar Sayılı Kararı. Söz konusu karara Atilla İnan, “Mahkeme Kararıyla Kamu İhale Kuruluna Tevdi Edilen Bir Dosyada İtirazın Şikâyet Başvuru Bedeli Ödenir Mi?”, **Maliye ve Sigorta Yorumları**, Haziran 2016, Sayı 616, s. 75-77 adlı eserdeki Danıştay 13. Dairesi'nin 27.05.2015 Tarihli 2015/2394 Esas, 2015/1997 Karar Sayılı Kararındaki içerikten ulaşılmıştır.

işlem kararının üzerine yapılması, idarenin asıl niyetinin KİK kararını yerine getirmeyerek ihaleyi istediği yükleniciye bırakmak istediği kanaatini bizde uyandırmaktadır. Eğer KİK tarafından düzeltici işlem kararı verilmeseydi belki de bu yönde bir proje değişikliği söz konusu olmayacaktı.

Konuya ilişkin olarak Danıştay`ın görüşünü bilememekteyiz zira ilk derece mahkemesinin kararını temyizen inceleyen Danıştay 13. Dairesi, 27.05.2015 Tarihli ve 2015/2493 Esas 2015/1997 Karar Sayılı kararında usul yönünden bozma kararı vermiştir. İlgili bölümde açıkladığımız üzere itirazen şikayet başvurusu sonucu düzeltici işlem kararı verildikten sonra ihalenin idarece iptali halinde itirazen şikayet başvurusunda bulunulmalıdır. Olayımızda istekli bu yola başvurmadan doğrudan dava açtığı için Danıştay tarafından idari merci tecavüzü kararı verilerek dosya KİK`e gönderilmiştir. Dosyanın KİK`e havalesinden sonra başvuru tarafından başvuru bedeli yatırılmadığından ve başvuru süresi dolduktan sonra dava açıldığından bahisle şekil yönünden ret kararı verilmiştir. Böylece konuya ilişkin KİK`in görüşünü de maalesef bu karar açısından öğrenememiş olmaktadır.

İhalenin iptali sebebi olarak proje değişikliğine ilişkin bir başka uyuşmazlık KİK`in 2005/UY.Z-2140 Sayılı kararında²⁸⁴ da yer almaktadır. Söz konusu karara konu olan ihalede ihale yetkilisi tarafından 10.08.2005 tarihinde 4734 Sayılı Kanun`un 39. maddesi²⁸⁵ uyarınca tüm teklifler reddedilerek ihale iptal edilmiştir. KİK`e sunulan itirazen şikâyet dilekçesinden anlaşıldığı üzere idarenin iptal gerekçeleri ihale fiyatlarının yüksek olması ve ihale indiriminin yetersiz olması nedeniyle ihalenin temel ilkelere aykırı olması ile ekonomik gerekçelerle proje değişikliğidir. Başvurucu ise bu gerekçelerle ihalenin iptal edilmesinin hukuka aykırı olduğunu ileri sürmektedir. KİK tarafından yapılan incelemede idareye bütün teklifleri reddetme imkânı veren 4734 Sayılı Kanun`un 39. maddesinin gerekçesinde

²⁸⁴ Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 14.11.2005
Karar No:2005/UY.Z-2140, (Çevrimiçi),
<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 10.06.2021.

²⁸⁵ *Bütün tekliflerin reddedilmesi ve ihalenin iptali*

Madde 39- (...) 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. (**Değişik son cümle: 30/7/2003-4964/24 md.**) Ancak, idare isteklilerin talepte bulunması halinde, ihalenin iptal edilme gerekçelerini talep eden isteklilere bildirir.

tekliflerin yaklaşık maliyete kıyasla çok yüksek olması veya yaklaşık maliyete göre çok yüksek olmamakla birlikte mevcut ödeneğin verilen teklifleri karşılayamaması, 4734 Sayılı Kanun'un temel ilkelerine uygun olmayan durumların tespiti gibi nedenlerin yer aldığını belirtmiştir. Buna göre idarenin ihaleyi iptal yetkisindeki takdir hakkı mutlak ve sınırsız olmayıp kamu yararı ve hizmet gerekleri ile sınırlı olduğu ifade edilmiştir.

Konuya ilişkin genel değerlendirmelerin ardından KİK, ilk iptal nedenine ilişkin olarak söz konusu ihalede 7 isteklinin teklif verdiği, tekliflerin tamamının geçerli bulunduğu, bu tekliflerden 5'inin yaklaşık maliyetin altında olduğu anlaşıldığından, ihale fiyatlarının yüksek olması ve ihale indiriminin yetersiz olması nedeninin iptal için geçerli bir gerekçe olmadığını oyçokluğuyla karar vermiştir. 2. iptal nedeni olan ekonomik gerekçeyle proje değişikliğinde yapılacak değişikliklerin ne gibi değişiklikler olacağı ve işin yaklaşık maliyetine nasıl etki edebileceğinin somut olarak ortaya koyulmadığından bu gerekçenin de uygun olmadığına oyçokluğu ile kanaat getirilmiştir.²⁸⁶ Sonuç olarak ihalenin iptaline oyçokluğu ile karar verilmiştir. Bu karardan çıkarılacak en önemli sonucun ihalenin iptal kararı verirken sağlam ve tutarlı gerekçelerle hareket etmesi gerektiği olduğunu düşünüyoruz.²⁸⁷

²⁸⁶ KİK'in idarelerin proje değişikliklerin hangi unsurları içerdiğine ve yaklaşık maliyete etkisine ilişkin somut gerekçelerle hareket etmesi gerektiği yönündeki görüşü güncel kararlarında da devam etmektedir. Söz konusu kararların örnekleri için bkz: Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 10.06.2020 **Karar No:**2020/UY.II-1035, (Çevrimiçi), <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 31.07.2021, Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 20.01.2021 (Çevrimiçi), **Karar No:**2021/UY.II-153, <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 31.07.2021. Somut gerekçelerle takdir hakkı çerçevesinde verilen ihalenin iptali kararını doğru bulan KİK kararı için bkz: Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 22.05.2020 **Karar No:**2020/UY.I-942, (Çevrimiçi), <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 31.07.2021.

²⁸⁷ Söz konusu bu karara istinaden idarenin 4734 Sayılı Kanun'un 39. maddesine göre ihalenin iptali kararını ancak tekliflerin yaklaşık maliyetten çok yüksek olması, 4734 Sayılı Kanun'un temel ilkelerine uygun olmayan durumların tespit edilmesi ve ödeneğin teklifi karşılayamaması hallerinde verebileceği ifade edilmiştir. Cem Şahin, **a. g. e.**, s. 32. Aynı yöndeki görüş için bkz: Emel Özcan, "Mahalli İdarelerde 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu ve Yerinden Yönetim", **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul, 2017, s. 51. Güncel tarihli bir KİK kararında yaklaşık maliyetin düzeltilerek yeniden hesaplanması halinde sınır değerinin altındaki ve üstündeki değerlerin değişmemesi karşısında ihalenin iptal edilmesi mevzuata aykırı bulunmuştur. Söz konusu karar için bkz: Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 15.08.2018 **Karar No:**2018/UY.I-981, (Çevrimiçi), <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 31.07.2021.

İhale kararının onaylanmasına müteakip yüklenicinin sözleşmeye davet edilmesinden önce ön mali kontrolün²⁸⁸ yapılacağını ilgili bölümde belirtmiştik.²⁸⁹ İhale kararının onaylanmasına rağmen ön mali kontrol sonucu ihalenin iptal edilip edilemeyeceğine ilişkin KİK'in 25.10.2010 Tarihli ve 2010/DK.D-162 Sayılı düzenleyici kararı²⁹⁰ mevcuttur.

²⁸⁸ Ön mali kontrol müessesesi, 5078 Sayılı Kanun'un 58. maddesinde aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

Ön malî kontrol

Madde 58- (Değişik: 22/12/2005-5436/6 md.)

Ön malî kontrol, harcama birimlerinde işlemlerin gerçekleştirilmesi aşamasında yapılan kontroller ile malî hizmetler birimi tarafından yapılan kontrolleri kapsar.

Ön malî kontrol süreci, malî karar ve işlemlerin hazırlanması, yüklenmeye girişilmesi, iş ve işlemlerin gerçekleştirilmesi ve belgelendirilmesinden oluşur.

Kamu idarelerinde ön malî kontrol görevi, yönetim sorumluluğu çerçevesinde yürütülür.

Harcama birimlerinde işlemlerin gerçekleştirilmesi aşamasında yapılacak asgarî kontroller, malî hizmetler birimi tarafından ön malî kontrole tâbi tutulacak malî karar ve işlemlerin usûl ve esasları ile ön malî kontrole ilişkin standart ve yöntemler Hazine ve Maliye Bakanlığınca belirlenir. Kamu idareleri, bu standart ve yöntemlere aykırı olmamak şartıyla bu konuda düzenleme yapabilir.

Kanundaki düzenlemeden anlaşıldığı üzere ön mali kontrol, idarenin harcama faaliyetlerini kendi içerisinde bulunan mali hizmetler birimince kontrolü olarak tanımlanabilir. Mustafa Çolak, "Uygulamada Kamu İhalelerinde Ön Mali Kontrolün Etkisi ve Sonuçları", **Maliye Postası**, Ocak 2017, sayı 873, s.86.

²⁸⁹ KİK tarafından ön mali kontrol yapılmadan sözleşmeye davet yazısı gönderilemeyeceği güncel tarihli bir kararında kesin bir dille ifade edilmiştir. Söz konusu karar için bkz: Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 01.04.2020 **Karar No:**2020/UM.I-655, (Çevrimiçi), <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 31.07.2021.

²⁹⁰ Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 25.10.2010 **Karar No:**2010/DK.D-162, (Çevrimiçi), http://arsiv.kikkararlari.com/index.php?option=com_content&task=view&id=31023&Itemid=9, 10.06.2021.

KİK söz konusu kararında şu sonuçlara ulaşmıştır:

"Sonuç olarak;

1) İhale kararının onaylanmasından sonra, ön mali kontrol sonucunda uygun görüş verilmediği durumlarda, ihale yetkilisinin görüşe katılmaması halinde ihale üzerinde bırakılan istekli ile sözleşme imzalanabileceğine;

2) İhale kararının onaylanmasından sonra, ön mali kontrol aşamasında uygun görüş verilmediği ve ihale yetkilisinin bu görüşe katıldığı veya ihale sürecindeki hukuka aykırılıkların ihale yetkilisince res'en tespit edildiği ve bu aşamada tespit edilen hukuka aykırılıkların iptal kararı verilmesini gerektirdiği durumlarda; ihale yetkilisince yetki ve usulde paralellik ilkesi gereği onaylama kararı iptal edilerek ihalenin iptaline karar verilebileceğine;

3) İhale kararının onaylanmasından sonra, ön mali kontrol aşamasında uygun görüş verilmediği ve ihale yetkilisinin bu görüşe katıldığı veya ihale sürecindeki hukuka aykırılıkların ihale yetkilisince res'en tespit edildiği ve bu aşamada tespit edilen hukuka aykırılıkların düzeltici işlem tesis edilmesini gerektirdiği durumlarda yetki ve usulde paralellik ilkesi gereği ihale yetkilisinin onaylama kararını iptal etmesinin ardından ihale komisyonunun tekrar toplanarak, daha önce aldığı kararı değiştirebileceğine veya kararında ısrar edebileceğine;

Oyçokluğu ile karar verildi."

Karara ilişkin karşı oyda ise ön mali kontrolün tavsiye niteliğinde olması hasebiyle kesinleşen ihale kararının bu aşamadan sonra iptal edilmesinin veya düzeltici işlem kararı verilmesinin mümkün olmadığı ifade edilmiştir. Söz konusu karşı oy, çoğunluk görüşüne uygun verilen KİK kararlarında da karara muhalif kalan üyeler tarafından gerekçe gösterilmektedir. Gerekçenin en önemli bölümü için

KİK'in bu düzenleyici kararının ardından yerleşik içtihat olarak pek çok emsal karar verilmiştir.²⁹¹ Fakat ön mali kontrol birimince verilen ve ihale yetkilisince de benimsenen her görüşün ihalenin iptali veya düzeltici işlem belirlenmesi kararının verilmesi için yeterli olmadığını ve idare ile KİK ve mahkeme tarafından incelenebileceği göz ardı edilmemelidir. Nitekim KİK'in 16.01.2012 Tarihli 2012/UH.III-293 Sayılı kararı²⁹² bu duruma güzel bir örnek teşkil eder. Karara konu ihalenin gerçekleştiği son oturumda başvuru (X) Ltd. Şti'nin teklifi ekonomik açıdan en avantajlı teklif olarak belirlenmiş ve 07.12.2011 tarihinde 1 No'lu kesinleşen ihale kararı faksla başvurucuya tebliğ edilmiştir. Daha sonra 12.12.2011 tarihli 2 No'lu kesinleşen ihale kararına ait yazıda ise, "ihalenin ön mali kontrolün uygunluk vermemesi sebebiyle firmanızın birim fiyat teklif mektubunun tekrar incelenmesi sonucunda birim fiyat teklif mektubunun fotokopi olduğu görülmüş ve teklifinizin değerlendirme dışı bırakılmasına karar verilmiştir." şeklinde bildirim yapılmıştır.

Teklifi değerlendirme dışı bırakılan başvuru sahibinin şikayet ve itirazın şikayet dilekçelerinde belgelerin uygunluğunun ihale tarih ve saatinde tüm isteklilerin huzurunda doğru olarak tespit edilmesinin ihale komisyonunun sorumluluğunda

bkz: "Ön mali kontrol sonucunda uygun görüş verilir verilmemesi, danışma ve önleyici niteliğe haiz olup, mali karar ve işlemlerin harcama yetkilisi tarafından uygulanmasında bağlayıcı olmadığı gibi, ön malî kontrol sonucunda verilen görüşe istinaden ihale komisyonunca tekliflerin yeniden değerlendirilebileceğine dair 4734 sayılı Kanunda açık bir düzenlemeye bulunmadığından ihale sonucunu değiştirecek şekilde düzeltici işlem belirlenmesi sonucunu doğuracak şekilde ihale komisyonunun daha önce aldığı kararı değiştirebilmesi ve tekrar ihale yetkilisinin onayına sunabilmesi anılan Kanununun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (b) bendine göre de mümkün değildir."

²⁹¹ Söz konusu bu kararlara örnek olarak aşağıdakiler verilebilir: Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar**

Tarihi: 26.08.2015

Karar No:2015/UH.I-2339, (Çevrimiçi),

<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 10.06.2021, Kamu İhale Kurulu

Kararı, **Karar** **Tarihi:** 27.10.2015

Karar No:2015/UY.II-2834, (Çevrimiçi),

<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 10.06.2021, Kamu İhale Kurulu

Kararı, **Karar** **Tarihi:** 20.05.2021

Karar No:2021/UH.II-1016, (Çevrimiçi),

<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 31.07.2021, Kamu İhale Kurulu

Kararı, **Karar** **Tarihi:** 07.05.2021

Karar No:2021/UY.I-953,

(Çevrimiçi), <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 31.07.2021.

²⁹² Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar** **Tarihi:** 16.01.2012

Karar No:2012/UH.III-293, (Çevrimiçi),

<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 10.06.2021.

olduğu aksi takdirde ispatı her iki taraf için de mümkün olmayacağını belirtilmiştir. Dilekçelerinin ekinde sunduğu 07.12.2011 tarihli kesinleşen ihale kararına ait yazı ve ihale komisyonu kararında, isteklilerin geçici teminatları ve teklif mektuplarının uygunluğunun kontrol edildiği, teklif fiyatların okunarak dosyaların ayrıntılı değerlendirilmesi için birinci oturumun kapatıldığının ve firmalarının teklif dosyasının ayrıntılı incelenmesi sonucunda, dosyadaki evrakların şartnameye göre tam ve uygun olduğu anlaşılmıştır açıklaması yer almaktadır. Bu durumun ardından teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasının idarenin saydamlığı ve güvenilirliği konusunda tereddütlerin oluşacağı, 5 kişiden oluşan ihale komisyonununun 02.12.2011 ve 07.12.2011 tarihli iki ayrı oturumda bu uygunsuzluğu tespit edememiş olmasının hayatın olağan akışına aykırı olduğunu belirtmiştir. Söz konusu aykırılığın dosya ön mali kontrole gönderilirken asıl teklif mektubu yerine fotokopisinin konulmuş olabileceği ya da ön mali kontrolün hata yapmış olabileceğinden kaynaklandığını ileri sürmüştür.

KİK yaptığı incelemede 25.10.2010 Tarihli ve 2010/DK.D-162 Sayılı düzenleyici kararı tekrar ettikten sonra somut olayı incelemiştir. Her ne kadar ihale komisyonu söz konusu belgeyi sehven uygun olarak değerlendirdiğini kabul etse de, ihale sürecinde mevcut tutanakların varlığı ve başvuru sahibi isteklinin belgenin aslını sunduğuna ilişkin iddiası birlikte değerlendirildiğinde, bu aşamada dosya üzerinden tespit yapmanın mümkün bulunmadığı ifade etmiştir. Ayrıca başvurucunun iddiasına paralel olarak ilk oturumda diğer isteklilere de ilan edilmiş bir aşamaya ilişkin durumun sonradan değiştirilmesinin saydamlık, eşit muamele ve güvenilirlik ilkelerine aykırı olduğuna sonucuna vararak ihalenin iptaline oyçokluğu ile hükmetmiştir.²⁹³

²⁹³ KİK'in bu konuda idarelerin takdir hakkını denetlemeye devam ettiği kararlara örnek için bkz: Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 08.08.2019
Karar No:2019/UH.II-917, (Çevrimiçi),
<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 10.06.2021.

9-) İhale Aşamasına İlişkin Uyuşmazlıklar

a-) Tekliflerin Değerlendirilmesine İlişkin Uyuşmazlıklar

4734 Sayılı Kanun`da istekliler tarafından verilen tekliflerin nasıl değerlendirmeye alınacağı tartışmaya mahal bırakmayacak şekilde 36. madde ve devamında açıklanmıştır. İdareler, gerçekleştirecekleri ihalelerde bu prosedüre uymak zorundadır. KİK`in 2011/UH.III-1247 Sayılı kararı²⁹⁴, kanunda yer alan düzenlemeye idarelerin ne denli uyması gerekip gerekmediğini göstermesi bakımından önemlidir. Karara konu olan ihaleye katılan istekli (X) Ltd. Şti.`nin teklifi, sunmuş olduğu geçici teminat mektubunun başka bir isteklinin dosyasından çıktığı, söz konusu isteklinin geçici teminat mektubunun ise kendi teklif dosyalarından çıktığı gerekçesiyle değerlendirme dışı bırakılmıştır. Bunun üzerine (X) Ltd. Şti.`nin yaptığı itirazın şikayet başvurusu sonucu KİK tarafından karara konu ihale incelendiğinde; ihale tarihinde düzenlenen zarf açma ve belge kontrol tutanağında, isteklilerin birim fiyat teklif mektuplarının ve geçici teminatlarının uygun olduğunun işaretlendiği, 18.02.2011 tarihinde düzenlenen tutanakta ise, (Y) Ltd. Şti. adına düzenlenen geçici teminat mektubunun (X) Ltd. Şti.`nin teklif dosyasında yer aldığı, (X) Ltd. Şti. adına düzenlenen geçici teminat mektubunun da, (Y) Ltd. Şti.`nin teklif dosyasında yer aldığı tespit edildiği, ayrıca, teklif dosyalarında yer alan belgelerin delgeç ile delinmiş olup olmadığı dikkate alındığında, herhangi bir karışıklığın meydana gelmiş olmasının mümkün olmadığı ifadelerine yer verildiği görülmüştür.

KİK tarafından konuya ilişkin çoğunluk görüşü her ne kadar, idarece ihalenin ilk oturumunda isteklilerin geçici teminat mektuplarının uygun olduğu belirtilmişse de, bu aşamadaki değerlendirmelerin daha çok geçici teminat değerlerinin miktar ve süre yönünden uygunluğu üzerinden yapıldığı, ihaleye katılan 5 istekli dışında başka bir kişi adına düzenlenmiş geçici teminat mektubunun bulunmadığı dikkate alındığında, ilk anda açıkça fark edilemeyecek konuda, idare değerlendirmelerinin ihalenin esasına etki etmediği ve tekliflerin ayrıntılı olarak incelendiği aşamada

²⁹⁴ Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 11.04.2011
Karar No:2011/UH.III-1247, (Çevrimiçi),
<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 10.06.2021.

belirtilen gerekçelerle tesis edilen idari işlemde mevzuata aykırılık bulunmadığı yönündedir.

Karara ilişkin azlık görüşünde ise; incelenen ihalede, hazır bulunanlar önünde gerçekleştirilen ilk oturumda, bir isteklinin teklif dosyasından çıkan geçici teminat mektubunun, bu istekli adına düzenlenmediği, dolayısıyla, geçici teminatın usulüne uygun olmadığı sonucuna varılarak, ilgili tutanağın da buna göre oluşturulması gerekirken, ihale komisyonunun, daha sonraki aşamada bu işlemleri gerçekleştirdiği anlaşılmıştır. 4734 Sayılı Kanun'un 36. maddesi uyarınca²⁹⁵ isteklilerin huzurunda ilk oturumda yapılması zorunlu olan işlemlerin eksik yapılmasından sonra, 37. ve izleyen maddelere göre değerlendirme yapılması durumunda eksik yapılan işlemlerin tekemmülü yoluyla ilk oturumun ihya edilmesi mümkün olmadığı ifade edilmiştir. Biz de azlık görüşüne iki ayrı nedenle katılıyoruz. Birinci gerekçemiz ihale hukukuna ilişkin şeffaflık ilkesi ve kanunun amir hükmü gereği tekliflerin bütün isteklilerin önünde açıldığı aşamada belgelerin kontrol edilmesi gerekliliği ve dolayısıyla kapalı kapılar ardında tekliflere ilişkin belgelerin incelenmesinin mümkün olmadığı gerekçesidir. İkinci olarak da idarenin yaptığı bir eksik inceleme yüzünden isteklilerin mağdur edilmemesi gerekliliğidir. Söz konusu bu durum idari istikrar ilkesinin de bir sonucudur. Aynı zamanda karara ilişkin satır aralarından söz konusu geçici teminat mektupların idare tarafından karıştırıldığı da anlaşılmaktadır.

4734 Sayılı Kanun'da idarelere tanınan asgari koşullara uyulmasının tek başına yeterli olmadığı ve 5. maddede yer alan ilkelerin göz önünde bulundurulması gerektiğine ilişkin olarak KİK'in 2005/UM.Z-335 Sayılı kararı bulunmaktadır.²⁹⁶ Söz konusu kararda pazarlık usulünün uygulandığı ihalede kanuna uygun olarak 3 istekli teklif vermeye davet edilmiş ve 1 istekli geçerli teklifte bulunmuştur. Fakat KİK,

²⁹⁵ Azlık görüşü tarafından ayrıca söz konusu kanun hükmünün aşağıda yer alan gerekçesi de dayanak gösterilmiştir:

"Şeffaflığı sağlamak üzere, ihale saatinde isteklilerin tekliflerini içeren zarfların hazır bulunanlar önünde açılarak, içindeki belgelerin tam olarak verilir verilmemesi ile teklif mektubu ve geçici teminatların usulüne uygun olup olmadığının kontrol edilmesinin düzenlendiği, daha sonra yapılacak değerlendirmeler sırasında herhangi bir itiraz ile karşılaşılması için, isteklilerin teklif fiyatlarının açıklanması ve bütün bu işlemlerin tutanakla belgelenmesinin öngörülmüştür"

²⁹⁶ Söz konusu kararın ilgili kısmına Ertaş, **a.g. e.**, s.134'den ulaşılmıştır. Danıştay'ın da konuya yaklaşımı aynı olup örnek olarak şu karar verilebilir: Danıştay 13. Dairesi, 10.07.2014 Tarihli 2014/1598 Esas 2014/2770 Karar Sayılı Kararı, (Çevrimiçi), www.kazanci.com.tr, 31.07.2021.

ihalenin gerçekleştirildiği ilde daha fazla teklif verebilecek firmanın bulunduğu için bu derece az katılımlı bir ihalenin gerçekleştirilmesinin rekabet, ihtiyaçların uygun şartlarda ve zamanında karşılanması ile kaynakların verimli kullanılması ilkelerine aykırı olduğuna kanaat getirmiştir.

b-) Yeterlik Değerlendirmesine İlişkin Uyuşmazlıklar

4734 Sayılı Kanun'un 10. maddesinde ihalelere katılacak isteklilerden istenebilecek yeterlik kriterleri bentler halinde sayılmış olup konuya ilişkin ikincil mevzuatta pek çok düzenleme yer almaktadır. Söz konusu kanun maddesinin ilk fıkrasının a-) bendinin 2. alt fıkrasında yer alan "*İsteklinin, ilgili mevzuatı uyarınca yayınlanması zorunlu olan bilançosu²⁹⁷ veya bilançosunun gerekli görülen bölümleri, yoksa bunlara eşdeğer belgeleri²⁹⁸,*" hükmünden ve ikincil mevzuatta da sadece bilanço ve bilançoya eşdeğer belgeye ilişkin açıklamaların yer alması, işletme esasına göre defter tutan isteklilere ilişkin yeterlik değerlendirmesinde sorun teşkil etmiştir.²⁹⁹

KİK'in 24.01.2011 Tarihli ve 2011/UH.III-369 Sayılı kararında³⁰⁰ bu husus tartışılmıştır. Karara konu ihalede sözleşmeye davet aşamasında ihaleyi kazanan istekli ortak girişim tarafından teklif dosyası kapsamında 01.01.2010-30.09.2010 dönemine ait işletme hesabı özetini sunulmuştur. Konumuzla alakası olmayan başka gerekçelerle birlikte isteklinin mali yeterliliğine ilişkin bilanço veya eş değer belgeyi sunmadığı iddiası ile istekli değerlendirme dışı bırakılmıştır.

²⁹⁷ Buradaki bilançodan kasıt, isteklinin ihalenin yapıldığı yıldan önceki yıla ait yılsonu bilançosudur. İlgili uygulama yönetmeliklerinde belirtilen rasyo oranlarına ilişkin kriterlerin söz konusu yıla ait bilançoda tutturulamaması halinde mal ve hizmet alımlarında son 2 yıla ait, yapım işi ihalesinde ise son 3 yıla ait yılsonu bilançolarının sunulması da olanak dâhilindedir.

²⁹⁸ Bilançoya eş değer belge, ilgili uygulama yönetmeliklerine göre Bilanço Bilgileri Tablosu Standart Formu'na uygun olarak yeminli mali müşavir yahut serbest muhasebeci mali müşavir tarafından düzenlenen Bilanço Bilgileri Tablosudur. Bilançoya ilişkin yukarıdaki dipnotta açıklanan durumlar, Bilanço Bilgileri Tablosu için de aynen geçerlidir.

²⁹⁹ Ümit Erkan, "İşletme Esasına Göre Defter Tutan Mükellefler Açısından Kamu İhalelerinde Mali Yeterlik Uygulamasına İlişkin Eleştiriler ile Çözüm Olarak Sunulan Öneriler", **Diyalog**, Eylül 2017, sayı 353, s. 66.

³⁰⁰ Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 24.01.2011
Karar No: 2011/UH.III-369, (Çevrimiçi),
<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 24.07.2021.

Uyuşmazlık önüne gelen KİK'in ilk tespiti, 4734 Sayılı Kanun ve ikincil mevzuatta işletme hesabına göre defter tutan ve bilanço düzenlemeyen şirketlerin ihalelere katılıp katılamayacaklarının belirsiz ve bu hususun ayrıca değerlendirilmesi gerekmekte olduğudur. Konuya ilişkin mevzuat hükümlerini aktaran KİK, ardından tartışmaya girmeyerek Ortak Girişimin üyesi olan (X)'in 07.05.2010 tarihinde kurulmuş olması nedeniyle 2009 yılına ilişkin bilanço ve gelir tablosunu sunma olanağı bulunmadığını, ihalenin yapıldığı yıldan önceki yıla ait bilanço ve gelir tablolarının sunulması gerekirken, ihalenin yapıldığı 2010 yılına ait işletme hesabı özetini ve gelir tablosunu sunduğunu ve bu yüzden teklifinin idarece değerlendirme dışı bırakılmasının doğru olduğunu belirtmiştir.

KİK'in bu karardaki gerekçesi aslında isteklinin idari şartnamede istenen bilançosunu kurulduğu yıl itibariyle düzenlemesinin mümkün olmadığı ve bu yüzden ihaleye katılamayacağına ilişkindir. Her ne kadar işletme esasına göre defter tutanların ihaleye katılamayacağı açıkça belirtilmese de bilanço düzenlenmesinin zorunluluğunu vurgulandığından bu alanda çalışan bir yazar tarafından karardan böyle bir yorum çıkarılmıştır.³⁰¹ KİK'in 15.08.2012 Tarihli ve 2012/UY.I-3285 Sayılı kararında³⁰² ise sadece bilanço esasına göre defter tutanların ihalelerde teklif verebileceği net bir şekilde ifade edilmiştir.

Mali yeterliğin sağlanması için şirket birleşmeleri ve devralma yoluna ticari hayatta sıklıkla özellikle Küçük ve Orta Büyüklükteki İşletmeler (KOBİ) tarafından başvurulmaktadır.³⁰³ Fakat bu durum TTK bağlamında geçerli bir hukuki işlem olarak kabul edilse de kamu ihale hukuku açısından başta iş deneyim belgelerinin akıbeti olmak üzere çeşitli tartışmalara yol açmıştır. Söz konusu bütün tartışmalı

³⁰¹ Erkan, a. g. e., s. 67.

³⁰² Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 15.08.2012
Karar No:2012/UY.I-3285, (Çevrimiçi),

<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 31.07.2021.

³⁰³ Ümit Erkan, "Kamu İhalelerinde Mali Yeterlik Sunulması ve Şirket Birleşmelerinin Mali Yeterlik Üzerindeki Etkisinin Örnek Uygulamayla Açıklanması", **Mali Çözüm**, Eylül-Ekim 2017, sayı 143, s.184.

hususlar, KİK'in 19.10.2009 Tarihli ve 2009/DK.D-143 Sayılı düzenleyici kararıyla³⁰⁴ çözüme kavuşturulmuştur.

KİK konuya şirketler hukukunun temel ilkelerinden biri olan işletmeleri malvarlığı değerlerince korumak ve işletmelerin devamlılığını sağlamak ilkesinden yaklaşmıştır. Şirketlerin daha güçlü bir sermaye yapısına kavuşma amacına yönelik olarak birleştiklerini, sona eren şirketlerin ortakları ile ortaklık sermayesi arasındaki hukukî ilişkiyi sona erdirmekten ziyade devralan veya yeni kurulan şirket aracılığıyla sürdürülmek istediklerini belirtmiştir. Buna göre birleşme işlemleri sonucunda birleşen şirketlere ait bütün maddi ve manevi unsurlar külli halefiyet ilkesi gereği eş zamanlı ve kendiliğinden devralan veya yeni kurulan şirkete geçeceği ifade edilmiştir. Şirketlere hukukuna ilişkin sonuçlara da değinen KİK, devrolunan şirketlerin tasfiye olmadan sona ereceğini, sona eren şirketin ya da şirketlerin pay sahiplerinin birleşme sözleşmesinde öngörülen oranlarda devralan ya da yeni kurulan şirketin pay sahibi olacağını belirtmiştir.

KİK, 11.01.2011 Tarihli ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) işletme devri ve birleşmelerine ilişkin maddeleri açısından da aynı sonuca ulaşmaktadır. Buna göre bir işletmenin bir ticaret şirketine devri veya işletmelerin birleştirilmesiyle yeni bir ticaret şirketi kurulmasıyla işletmenin aktif ve pasif unsurları birlikte külli halefiyet ilkesi uyarınca kendiliğinden devralan ya da yeni kurulan şirkete geçecektir.

İncelenmesi gereken bir diğer husus da şirket birleşmesi ve devralınması yoluyla ihalelerden yasaklama kararının etkisinin ortadan kalkıp kalkmayacağı idi. Burada da KİK, ortaklar ile şirket veya işletme sahibi ile malvarlığı arasındaki

³⁰⁴ Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 19.10.2009
Karar No:2009/DK.D-143, (Çevrimiçi),
<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 10.06.2021.

Söz konusu kararda tam olarak “*şirket birleşmeleri ve işletme devir ve birleşmelerinde, tasfiyesiz sona eren şirket ya da şirketler ile devrolunan işletmelere ait bilanço, ciro, iş deneyim belgeleri ile anahtar teknik personelin devralan ya da yeni kurulan şirkete geçip geçmeyeceği hususu ile tasfiyesiz sona eren şirketler ile bu şirketlerin pay sahiplerinin ve işletme sahiplerinin yasaklılık durumunun devralan ya da yeni kurulan şirkete etkisi*” tartışılmıştır.

KİK'in aynı tarihte vermiş olduğu 2009/UH.I.2561 sayılı kararı da aynı minvaldedir. Söz konusu karara Altinkülçe, a. g. e., s. 146-149'dan ulaşılmıştır.

hukuki ilişkinin gerçekte sona ermediğinden bahisle yasaklılık hükümlerinin devralan ya da yeni kurulan şirket aracılığıyla devam edeceğini belirtmiştir.³⁰⁵

KİK tarafından varılan bu sonuçların, TTK bağlamındaki şirket devir ve birleşme müessesesi ile TBK bağlamındaki işletme devir ve birleşmesi müessesesine uygun olduğu gerekçesiyle katılıyoruz. Söz konusu bu işlemlerin tersi niteliğinde olan tam veya kısmi şirket bölünmelerinde de nasıl hareket edileceği aynı minvalde olmak üzere KİK'in 12.11.2010 Tarihli ve 2010/DK.D-181 Sayılı düzenleyici kararıyla³⁰⁶ belirlenmişti. 6102 Sayılı yeni TTK'nın yürürlüğe girmesine müteakip söz konusu kararın güncellenmesi ihtiyacı ortaya çıkınca KİK tarafından 28.01.2016

³⁰⁵ Sonuç olarak KİK tarafından aşağı hususlara oybirliği ile varılmıştır:

1-Devralma ya da yeni şirket kurma yoluyla birleşme durumunda tasfiyesiz sona eren şirket/şirketlere ait iş deneyim belgelerinin, bilanço ve ciro değerlerinin devralan ya da yeni kurulan şirkete geçeceğine,

2-Bilanço ve ciro değerlerine ilişkin olarak, ihalenin yapıldığı yıldan önceki yıla ait bilanço değerleri ve gelir tablosunun yeterli şartını sağlamaması halinde, bu yıldan daha önceki yıllara ait bilanço ve gelir tablolarının sunulmasında, tasfiyesiz sona eren şirket/şirketler ve işletmelere ait bu önceki yıllara ait bilanço ve ciro değerlerinin de mevcut şirketin söz konusu yıllara ait bilanço ve ciro değerleriyle toplanarak dikkate alınabileceğine,

3-Anahtar teknik personele ilişkin olarak, söz konusu personelin tasfiyesiz sona eren şirket/şirketler veya işletmelerin bünyesinde (merkezinde) geçen sürenin devralan ya da yeni kurulan şirkette geçmiş sayılacağına,

4-Türk Ticaret Kanununa göre gerçekleştirilen şirket birleşmelerinde, tasfiyesiz sona eren şirketin/şirketlerin kendisinin yasaklı olması durumunda bu şirketin/şirketlerin yasaklılık süresi boyunca, Borçlar Kanununa göre gerçekleştirilen işletme devir ve birleşmelerinde ise yasaklı olan işletme sahibinin aynı zamanda işletmeyi devralan şirkette herhangi bir oranda pay sahibi olması durumunda bu kişinin yasaklılık süresi boyunca, devralan ya da yeni kurulan şirketin ihalelere katılamayacağına,

5-Türk Ticaret Kanununa göre gerçekleşen şirket birleşmelerinde, tasfiyesiz sona eren şirketin ortağı ya da ortaklarının yasaklanmış olması durumunda ise birleşme sözleşmesi sonucunda oluşan pay sahipliğine göre, devralan ya da yeni kurulan şirketin şahıs şirketi olması durumunda yasaklı kişinin/kişilerin bu şirketin ortağı olması, devralan ya da yeni kurulan şirketin sermaye şirketi olması durumunda ise yasaklı kişi/kişilerin bu şirkette toplam pay sahipliği oranının yarıdan fazla olması durumu söz konusu ise devralan ya da yeni kurulan şirketin bu kişilerin yasaklılık süresi boyunca ihalelere katılmasının mümkün bulunmadığına,

6-Birleşme işlemlerine taraf şirketlerin bu işlemlerle ilgili belge ve bilgilerini ihalelere katılımı teklifleri kapsamında sunması; idarelerce bu şirketlerin sunduğu belgelerdeki bilgilerin değerlendirilmesi ve yasaklılık teyidinin de birleşen şirketler ve ihaleye katılan aday/ istekli ile bu isteklinin sermaye şirketi olması durumunda yarıdan fazla hissesine sahip kişiler dikkate alınarak yapılması gerektiğine,

7-Kararda yer alan hususlara ilişkin olarak Kamu İhale Genel Tebliğinde düzenleme yapılmasına,(...)"

³⁰⁶ Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 12.11.2010

Karar No:2010/DK.D-181, (Çevrimiçi),

<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 10.06.2021.

tarihinde 2016/DK.D-10 Sayılı düzenleyici kararı³⁰⁷ ile konu yeniden ele alınmıştır. Söz konusu kararda tek tek şirket bölünmelerinin; bölünen şirketlerin iş deneyim belgeleri, ciro değerleri, bilançoları, haklarındaki yasaklama kararları ile bu şirketlerce verilmiş olan teklifler ve imzalanan kamu ihale sözleşmelerine etkisi ele alınmıştır. Öncelikle KİK 6102 Sayılı TTK bağlamında şirket bölünmesi müessesini detaylı olarak açıklamıştır.³⁰⁸ Ardından TTK'nın 179. maddesi uyarınca bölünme kararının ticaret siciline tescil edilmesi ile tescil anında envanterde yer alan bütün aktif ve pasiflerin devralan şirketlere geçeceğini ve bu aktif ile pasifler için külli halefiyet ilkesi geçerli olacağını belirtmiştir.³⁰⁹

³⁰⁷ Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 28.01.2016
Karar No:2016/DK.D-10, (Çevrimiçi),
<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 10.06.2021

³⁰⁸ KİK'in söz konusu açıklamaları aşağıda yer aldığı şekildedir:

“6102 sayılı Kanun'un 159'uncu maddesi uyarınca şirket bölünmesi “tam bölünme” veya “kısmi bölünme” şeklinde gerçekleşebilir. Tam bölünmede, şirketin tüm malvarlığı bölümlere ayrılarak diğer şirketlere devrolurken; kısmi bölünmede, bir şirketin malvarlığının bir veya birden fazla bölümü diğer şirketlere devrolur ancak bölünen şirket mevcudiyetini devam ettirir. Devrolunan şirketler yeni şirketler olabileceği gibi mevcut şirketler de olabilirler.

Şirket bölünmelerinde; bölünen şirketin ortakları, devrolunan veya yeni kurulan şirketlerde simetrik olarak, bazı bölünme hallerinde ise asimetric olarak pay sahibi olmaktadır.”

³⁰⁹ Söz konusu bu ilke kapsamında aşağıda yer alan hususlara KİK oybirliği ile varmıştır:

“1) Bölünen şirketin ifisah etmeyerek mevcudiyetini devam ettirdiği hallerde, bölünen şirket namına düzenlenen iş deneyim belgelerinin sadece bu şirket tarafından kullanılabilmesine; bölünen şirketin ifisah ettiği ve faaliyet alanını esas alan bölünmenin söz konusu olduğu durumlarda iş deneyim belgelerinin sadece ilgili olduğu faaliyetin devrolunduğu şirket tarafından kullanılabilmesine, faaliyet alanını esas almayan bölünmenin söz konusu olduğu durumlarda ise bölünen şirkete ait iş deneyim belgelerinin kullanımının sona ereceğine,

2) Bölünen şirketin ifisah etmeyerek mevcudiyetini devam ettirdiği hallerde, bölünen şirkete ait cironun sadece bölünen şirket tarafından kullanılabilmesine; buna karşın bölünen şirketin ifisah ettiği hallerde bölünen şirkete ait cironun, faaliyet alanını esas alan bir bölünme söz konusu ise faaliyet alanına göre ayrıştırılarak, faaliyet alanına göre bir bölünme söz konusu değil ise bölünen malvarlığı değerlerinin büyüklükleri oranında bölünmek suretiyle, bölünme sonucu yeni kurulan veya bölünme ile malvarlığı devrolunan mevcut şirketlerce kullanılabilmesine,

3) Bölünen şirketin ifisah etmeyerek mevcudiyetini devam ettirdiği hallerde, bilançoların sadece namına düzenlendiği şirket tarafından kullanılabilmesine; buna karşın bölünen şirketin ifisah ettiği hallerde bölünen şirkete ait bilançoların bölünme sonucu yeni kurulan veya bölünme ile malvarlığı devrolunan mevcut şirketlerce bilançolarının olmadığı yıllar için kullanılabilmesine,

4) Bölünerek ifisah etmeyen şirket hakkında yasaklama kararı bulunması halinde, mevcudiyetini devam ettiren şirket hakkındaki yasaklama kararının geçerliğini devam ettireceğine ve ifisah etsin veya etmesin bölünen şirketin yasaklılık süresi boyunca bölünme sonucu yeni kurulan veya bölünme ile malvarlığı devrolunan mevcut şirketlerin ihalelere katılamayacağına,

5) Şirket bölünmelerinde ihale yetkilisinin izni ve ilk ihaledeki şartların aranarak sözleşmelerin kamu ihale mevzuatı çerçevesinde devrinin mümkün olacağına,

6) Hizmet alımı ihalelerinde eşit tekliflerin değerlendirmesinde şirket bölünmesinin etkisine ilişkin olarak;

a) Sözleşme tutarına yönelik değerlendirmede, ilan veya davet tarihinden geriye doğru son iki yıl içinde, bölünen şirket tarafından bölünme işleminden önce imzalanan sözleşmelerin ve bölünme

KİK'in şirket devralma ve birleşmeye ilişkin düzenleyici kararında olduğu gibi bu kararda da şirket bölünmesine ilişkin ticaret hukuku kurallarına uygun yaklaşım sergilendiğinden kararı oldukça yerinde buluyoruz.

Yeterlik değerlendirmesine ilişkin olarak başka bir kararda da numune konusu tartışılmıştır. 4734 Sayılı Kanun'un 10. maddesinin 9-) bendinde³¹⁰ her ne kadar idarece numune istenebileceği öngörülmüşse de bu numunelerin idarece ne şekilde değerlendirilebileceğine ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. O halde ihale hukukuna ilişkin temel ilkelere uygun düşecek ölçüde numunelerin nasıl değerlendirileceğinin ihale doküman ve ilanlarında açıkça yer alması gerekecektir. KİK'in 14.09.2009 Tarihli ve 2009/UM.III-2336 Sayılı kararında numunelerin nasıl değerlendirileceğine ilişkin ihale dokümanında belirlemenin bulunmaması, ihale iptali nedeni sayılmıştır.³¹¹

10-) Teminata İlişkin Uyuşmazlıklar

a-) Geçici Teminatın Gelir Kaydedilecek Kısımına İlişkin Uyuşmazlık

Kamu alımı ihalesi sürecinde alınması gereken teminat türleri ve bu teminatların ne zaman cezai işlem mahiyetinde idarece gelir kaydedileceğinin mevzuatta ayrıntılı olarak düzenlendiğini belirtmiştik. Kesin teminatın kanunda sözleşme bedelinin % 6'sı olarak kesin bir ifadeyle belirlenmesi uygulamada

sonucu yeni kurulan veya bölünme ile malvarlığı devrolunan isteklinin imzaladığı sözleşmelerin toplam tutarının dikkate alınması gerektiğine,

b) İsteklinin ticari merkezine ilişkin değerlendirmede, bölünen ve bölünme sonucu yeni kurulan veya bölünme ile malvarlığı devrolunan isteklinin ilan veya davet tarihinden geriye doğru en az bir yıldır ihaleyi yapan idarenin bulunduğu ilin mülki idari sınırları içindeki ticaret ve/veya sanayi odasına kayıtlı bulunması durumunda, isteklinin bu değerlendirmeden puan alması gerektiğine,

c) İşçi ücretlerinin ödenmesine ilişkin değerlendirmede; bölünen veya bölünme sonucu yeni kurulan veya bölünme ile malvarlığı devrolunan isteklinin herhangi birisi hakkında ilan veya davet tarihinden geriye doğru son iki yıl içinde ihaleyi yapan idareye karşı yüklenimde bulunduğu hizmet alımı işlerinde, işçilerin ücretlerinin tam ve zamanında ödenmediğine ilişkin idarece tespit yapılmaması durumunda; isteklinin bu değerlendirmeden puan alması gerektiğine,

7) Kurulun 12.11.2010 tarih ve 2010/DK.D-181 sayılı kararının iptaline,"

³¹⁰ *İhaleye katılmada yeterlik kuralları*

Madde 10- *İhaleye katılacak isteklilerden, ekonomik ve malî yeterlik ile mesleki ve teknik yeterliklerinin belirlenmesine ilişkin olarak aşağıda belirtilen bilgi ve belgeler istenebilir:*

(...)

9) İdarenin talebi halinde doğruluğu teyit edilmek üzere, tedarik edilecek malların numuneleri, katalogları ve/veya fotoğrafları.

(...)

³¹¹ İrfan Yılmaz, **a. g. e.**, s. 221-223.

tereddütlerin önüne geçmektedir. Fakat geçici teminata ilişkin düzenlemede isteklice teklif edilen bedelin “% 3`ünden az olmamak üzere” ibaresinin yer alması uygulamada pek çok probleme yol açmaktadır.

İstekliler tarafından teklif bedelinin % 3`ün üzerinde geçici teminat yatırıldığında ve işbu teminatın idarece gelir kaydedilmesi söz konusu olduğunda yatırılan tutarın tamamının mı yoksa sadece asgari sınır olan % 3`lük kısmının mı gelir kaydedileceği uyuşmazlık konusu olmuştur.³¹² KİK`in 26.07.2010 Tarihli ve 2010/DK.D-116 Sayılı düzenleyici kurul kararında “... %3`ün üzerinde teminat verilmiş olsa bile bu artık geçici teminat teriminin karşılığını oluşturmakta ve 4734 sayılı kanun açısından geçici teminata ilişkin düzenlemelere de herhangi bir oran kısıtlaması olmaksızın tabi hale gelmektedir...” denilerek istekli tarafından verilen geçici teminatın tamamının gelir kaydedileceği ifade edilmiş olmaktadır.

KİK`in uyuşmazlık kararlarında da bir süre için aynı görüşü benimsediği görülmektedir. Bu duruma örnek olarak KİK`in 2010/UY.II-2661 Sayılı verilebilir.³¹³ Başvuruya konu olayda ihaleyi kazanan istekli (X)`in 4734 Sayılı Kanun`un 10. maddesine istinaden teklif mektubunda taahhüt ettiği hususlara ilişkin evrakları idareye sunmuş olup idare tarafından sunulan evraklara göre başvurunun kesinleşmiş SGK prim borcu olduğu iddiasıyla 29.06.2010 tarihinde teklifi değerlendirme dışı bırakılıp verdiği geçici teminatın tamamı irat kaydedilmiştir. Başvurucunun olaya ilişkin kesinleşmiş SGK prim borcu olmadığına ilişkin iddiasını bir kenara bırakacak olursak itirazın şikayet dilekçesinde teklif ettiği bedelin %3`ünden daha fazla yatırmış olduğu geçici teminatın tamamının gelir kaydedilmiş olmasını hukuka aykırı bir işlem olarak addetmiştir.

KİK, başvuruya ilişkin olarak mevzuata ilişkin düzenlemede herhangi bir üst sınıra yer verilmediği ve isteklinin sözleşmenin imzalanması aşamasında yükümlü tutulduğu sorumlulukları yerine getirmemesi durumunda bu isteklinin sunmuş

³¹² Söğütü, a. g. e., s. 63.

³¹³ Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 31.08.2010
Karar No:2010/UY.II-2661, (Çevrimiçi),
[http://arsiv.kikkararlari.com/index.php?option=com_content&task=view&id=23947&Itemid=57,](http://arsiv.kikkararlari.com/index.php?option=com_content&task=view&id=23947&Itemid=57)
10.06.2021.

olduğu geçici teminat mektubunun yalnızca %3'lük bir kısmının gelir kaydedileceğine ilişkin bir düzenlemenin yer almadığı, isteklinin sunmuş olduğu geçici teminat mektubunun, teklif cetvelinde yer alan hususlar için verilmiş bir teminat hükmünde olduğu sonucuna ulaşmış ve başvuruyu esastan reddetmiştir.

Başvurucu, söz konusu kararı dava konusu etmiş olup Ankara 7. İdare Mahkemesi ise 24.03.2011 Tarihli ve 2010/2516 Esas 2011/580 Karar Sayılı kararıyla KİK kararını iptal etmiştir.³¹⁴ Mahkeme gerekçesinde kanun koyucunun geçici teminatın alt sınırını % 3 olarak belirtip üst sınır getirmemesi veya % 3 gibi sabit bir değeri esas almamasındaki amacının isteklilerin vermiş olduğu tekliflerin sunmuş oldukları geçici teminat miktarı esas alınmak suretiyle hesaplamasına engel olmak olduğunu belirtmiştir.³¹⁵ Akabinde geçici teminatın % 3'lük kısmının gelir kaydedilip fazla olan kısmın istekliye iade edilmesi gerektiğini ifade etmiştir.

İlk derece mahkemesinin iptal kararı üzerine KİK, 2011/MK-94 Sayılı Karar³¹⁶ ile mahkeme kararına uymuş ve geçici teminatın teklif edilen bedelin % 3'ünü aşan kısmının iadesinin yapılması yönünde düzeltici işlem kararı vermiştir. Fakat KİK'in tutumu bundan sonraki kararlarda da belirli bir müddet değışiklik göstermemiştir. Aşağıda başka bir husus için incelemede bulunduğumuz 2012/UY.III-2864 Sayılı kararda da geçici teminatın teklif bedelinin % 3'ünü aşan kısmının gelir kaydedilmesi gerektiği görüşünü yinelemiştir. İdareler de KİK'in bu yaklaşımıyla paralel olarak yasal bir sorumluluk altında girmeme kaygısıyla geçici teminatların

³¹⁴ Aynı yöndeki Danıştay kararlarına örnek olarak bkz: Danıştay 13. Dairesi, 13.11.2013 Tarihli 2013/1642 Esas 2013/2994 Karar Sayılı Kararı, Danıştay 13. Dairesi, 12.12.2013 Tarihli 2011/4467 Esas 2013/3636 Karar Sayılı Kararı. Söz konusu kararlara Sancakdar vd., **a. g. e.**, s. 644 adlı eserden ulaşılmıştır.

³¹⁵ KİK'e göre şayet %3 gibi sabit bir miktar belirtilseydi örneğin (X) istekli (Y) miktarda geçici teminat yatırdığından basit bir hesaplamayla teklifin tamamının ne kadar olduğu hesaplanabilecekti. Biz bu görüşün makul olmadığını düşünüyoruz. Zira verilen teklifler, ihale komisyonu tarafından ilk oturumda zarftan çıkarılana kadar gizli kalmaktadır. Bu gizliliğinin temini için de kanunda sır saklama yükümlülüğüne ilişkin düzenlemeler de yer almaktadır. Hal böyleyken bütün teklifler verildikten sonra asıl teklif miktarının tekliflerin değerdendirme aşamasında öğrenilmesi halinde ne gibi sakınca doğabilecektir? Tekliflerin değerdendirilmesi oturumları peş peşe gerçekleşmekte olup isteklilerin tekliflerini geri çekmesi gibi bir düzenlemede kanunumuzda yer almamaktadır. O halde ihaleye fesat karıştırmaları ihtimali de bulunmamaktadır. Bu yüzden geçici teminatın isteklilerin takdirine bırakılmadan sabit bir oranda belirtilmesinin bir mahsuru olmadığı kanaatindeyiz.

³¹⁶ Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 02.05.2011 **Karar No:**2011/MK-94, (Çevrimiçi), <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 10.06.2021.

tamamını gelir kaydetmeye devam etmiştir.³¹⁷ Fakat sırf bu tutum yüzünden mahkemeler tarafından KİK'in kararları bozularak dönmekte ve yargılama giderleri, kanuni faiz ve vekâlet ücreti kamunun sırtına daha ağır bir yük olarak binmektedir.³¹⁸ Çalışmanın kaleme alındığı tarih itibariyle artık KİK'in yaklaşımı yargı mercileriyle aynı konumuna gelmiştir.³¹⁹ Geçici teminatın gelir kaydedilecek kısmının verilen teklifin % 3'ü ile sınırlı olduğu fikri, idari ve yargısal makamlar tarafından günümüzde benimsenmektedir.

b-) Kısmi Teklif Verilmesi Halinde Geçici Teminatın Gelir Kaydedilecek Kısmına İlişkin Uyuşmazlık

Kısmi teklif verilebilen ihalelerde sunulan geçici teminatın kısım olarak birden fazla teklife mi yoksa kısımlara bölünerek her bir teklife mi ait olduğu ve buna bağlı olarak nasıl gelir kaydedileceği de düşünülmesi gereken bir husustur. Konuya ilişkin KİK'in 2010/UM.II-313 Sayılı kararı emsal teşkil edecek niteliktedir.³²⁰ Başvurucu (X) A.Ş, karara konu olan kısmi teklife açık olan ihalenin her iki kısmına da teklif sunduğunu, ihale dosyasında yer alan geçici teminat mektubunun her iki kısım için sunulan toplam teklif tutarını karşılayacak şekilde düzenlendiğini, ihalenin birinci kısmında ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekli olarak belirlendiklerini, ikinci kısmının ise üzerlerinde bırakıldığını ifade etmiştir. Daha sonra idare birinci kısım için ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibi istekli ile sözleşme imzalamış fakat başvurusunun geçici teminatın iadesine karar vermemiştir. İhalenin ikinci kısmını kazanan başvurucuya 23.11.2009 tarihinde tebliğden itibaren 10 gün içinde taahhüt ettiği belgeleri sunması ve sözleşmeyi imzalaması hususuna ilişkin davetiye gönderilmiştir. Tebliğ tarihinden itibaren 10 gün içerisinde daha önce

³¹⁷ Söğütlü, **a. g. e.**, s. 66.

³¹⁸ Söğütlü, **a. e.** KİK ve mahkemeler arasındaki bu içtihat uyumsuzluğu pek çok konuda söz konusu olup şikayet ve itirazın şikayet başvuruları özelinde yaşanan problemlerin eleştirisi için bkz: Akel, **a. g. e.**, s. 5.

³¹⁹ Söz konusu kararlara örnek olarak şunlar verilebilir: Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 08.07.2021. **Karar No:** 2021/UM.II-1388 (Çevrimiçi), <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 30.07.2021, Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 08.07.2021. **Karar No:** 2021/UH.II-1367 (Çevrimiçi), <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 30.07.2021.

³²⁰ Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 26.01.2010 **Karar No:** 2010/UM.II-313, (Çevrimiçi), <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 10.06.2021.

taahhüt etmiş olduğu kesinleşmiş vergi borcunun olmadığına ilişkin belge getiremeyen başvuruçunun teklifi değerlendirme dışı bırakılmış ve ihaleye sunmuş olduğu geçici teminatın tamamı gelir kaydedilmiştir.

Başvuruçunun üzerine ihalenin birinci kısmında ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibi istekli ile sözleşme imzaladığını için kendisinin sunmuş olduğu geçici teminatın birinci kısma ilişkin tutarının iade edilmesi gerektiği iddiasında bulunmuştur.

KİK tarafından yapılan incelemede başvuruçunun sunmuş olduğu teklif dosyasında yer alan birim fiyat teklif cetvelinde 1. kısım için 712.080,00 TL ve 2. kısım için 362.900,00 TL olmak üzere toplam olarak 1.074.980,00 TL bedel öngörüldüğü ve teklif dosyasının içeriğinde (Y) Bankası A.Ş.'nin Mecidiyeköy şubesinden alınmış 30.04.2010 tarihine kadar geçerliliği bulunan 37.500,00 TL bedelli geçici teminat mektubunun yer aldığı saptanmıştır.

Somut olayın esasına ilişkin olarak KİK öncelikle başvuruçunun kısmi teklife konu 2 kısım mal alımı için tek teklif cetveli ve ihalenin her iki kısmı için toplam teklif bedeli karşılayacak şekilde düzenlenmiş geçici teminat mektubu sunduğu, mevzuat hükümleri ve ihale dokümanı düzenlemelerinde isteklilerin ihaleye sunacakları geçici teminat tutarının sadece teklif ettikleri bedelin %3'ünden daha düşük olmaması şeklinde bir alt sınır belirlendiği ifade etmiştir. Ardından geçici teminatın teklif bedelinin %3'ünü aşması halinde tamamının gelir kaydedileceğine ilişkin görüşüyle beraber başvuruçunun sunmuş olduğu geçici teminat mektubunun, teklif cetvelinde yer alan kalemlerin her biri için verilmiş bir teminat hükmünde olduğu sonucuna ulaşarak idarenin geçici teminat mektubunun tamamını gelir kaydetmesinin mevzuata aykırı olmadığı kanısıyla başvuru sahibinin iddiası yerinde bulunmamıştır.

KİK'in vermiş olduğu kararı dava konusu eden başvuruçunun, Ankara 14. İdare Mahkemesi'nin 09.09.2011 Tarihli ve 2010/2295 Esas 2011/1118 Karar Sayılı

kararıyla işlemin iptalini sağlamıştır.³²¹ İlk derece mahkemesi kararının gerekçesinde davacının sunmuş olduğu geçici teminat mektubunun, iki kalem için teklif ettiği toplam miktarın tamamı için verildiğinden, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif olarak belirlendiği ihalenin 1. kısmına tekabül eden miktarın, ihalesi üzerinde kalan isteklinin idare ile sözleşme imzalaması sonrasında davacıya iade edilmesi gerektiği belirtilmiştir. KİK de mahkemenin vermiş olduğu karara uyarak 2011/MK-228 Sayılı kararıyla³²² teminatın tamamının gelir kaydedilmesi işleminin iptaline ve 1. kısmına tekabül eden miktarın başvurusuca verilmesi yolunda düzeltici işlem belirlenmesi yoluna gitmiştir.

Mahkemenin vermiş olduğu karar, her iki tarafça da temyiz edilmiştir. KİK kararın tamamen yanlış olduğunu ileri sürmekteyken davacı taraf da teminatın 1. kısmına tekabül eden miktarına faiz işletilmeden iadesinin hukuka aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Danıştay ise yaptığı temyiz incelemesinde iddiaları değerlendirmeden kararın onanmasına hükmetmiştir.³²³ Bizce davacı tarafa iade edilecek olan teminatına haksız olarak el konulduğu tarihten itibaren yasal faiz işletilmesi gerektiği için Danıştay'ın vermiş olduğu karar, mülkiyet hakkının ihlali niteliğini taşımakta olup hukuka aykırıdır.

11-) İhale Dışı Bırakılmaya İlişkin Uyuşmazlıklar

İhale dışı bırakılma nedenleri, 4734 Sayılı Kanun'un 10. maddesinde bentler halinde sıralanmıştır. Söz konusu bu bentlerin içinde uygulamada en çok özellik arz edenin kesinleşmiş vergi borcunun bulunması olduğunu daha önce belirtmiştik. İhaleyi kazanan isteklinin ortak girişim olması halinde ortak girişime dâhil tüm ortakların her biri için 4734 Sayılı Kanun'un 10. maddesinde sayılan ihale dışı bırakılma nedenlerinin olup olmadığının aranıp aranmayacağına ilişkin kesinleşmiş

³²¹ Ankara 14. İdare Mahkemesi, 09.09.2011 Tarihli 2010/2295 Esas 2011/1118 Karar Sayılı Kararı, (Çevrimiçi), <http://www.hukukmedeniyeti.org/karar/4546/gecici-teminat-in-irat-kaydedilmesi-en-avantajli-ik/>, 10.06.2021.

³²² Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 31.10.2011
Karar No:2011/MK-228, (Çevrimiçi), <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 10.06.2021.

³²³ Danıştay 13. Dairesi, 12.12.2013 Tarihli 2011/4467 Esas 2013/3636 Karar Sayılı Kararı, (Çevrimiçi), <http://www.hukukmedeniyeti.org/karar/4546/gecici-teminat-in-irat-kaydedilmesi-en-avantajli-ik/>, 10.06.2021.

vergi borcu özelinde KİK'in 2014/UM.II-2317 Sayılı kararı³²⁴ emsal niteliktedir. İhale makamı olan idare tarafından 26.04.2013 tarihinde EKAP üzerinden yapılan sorgulamada ihaleyi kazanan (X) – (Y) Ltd. Şti. Ortak Girişimi ortaklarından (Y) Ltd. Şti'nin ihale tarihinde "39.157,00 TL" kesinleşmiş vergi borcu olduğu tespit edildiğinden anılan İş Ortaklığı ihale dışı bırakılarak geçici teminatı gelir kaydedilmiştir.

Ortak girişim, ortaklarının vergi borcunun sözleşme tarihi itibarıyla mevcut olmadığı ve ayrıca geçici teminatın pilot ortak olan (X) tarafından sunulduğu, diğer ortağa ilişkin vergi borcundan doğan idari yaptırımın pilot ortağa sirayet etmesinin hukuka aykırı olduğu iddiasında bulunmuştur. KİK ise yaptığı incelemede ilk olarak 4734 Sayılı Kanun'un "Ortak girişimler" başlıklı 14. maddesinde, iş ortaklığı üyelerinin hak ve sorumluluklarıyla işin tümünü birlikte yapmak üzere ortaklık yaptıkları ve iş ortaklığı anlaşma ve sözleşmesinde, iş ortaklığını oluşturan gerçek veya tüzel kişilerin taahhüdün yerine getirilmesinde müştereken ve müteselsilen sorumlu olduklarının belirtileceği hüküm altına alındığı belirtmiştir. Dolayısıyla ortak girişimin ortaklarından birinin kanunda belirtilen taahhüdü yerine getirmemesi halinde tekliflerinin reddedilerek ihale dışı bırakılmasını ve diğer ortağın yatırdığı geçici teminatın gelir kaydedilmesini mevzuata uygun bulmuştur. İş ortaklığının tanımına uygun olan bu yaklaşımı biz de uygun buluyoruz.

İsteklinin ortak girişim olması halinde kesinleşmiş vergi borcunun ortak girişimin tamamı için mi yoksa ortak girişime dâhil olan her bir ortak için ayrı ayrı mı hesaplanacağına ilişkin KİK'in emsal nitelikli kararı bulunmaktadır.³²⁵ Söz konusu karara konu olayda ihaleyi kazanan (X) – (Y) Ltd. Şti. Ortak Girişimi'nin sunmuş olduğu taahhüde ilişkin belgelerin incelemesiyle, ortak girişim ortaklarından (X)'in ihale tarihi olan 02.04.2013 tarihinde vadesi geçmiş 4.518,23 TL'lik borcunun bulunduğu ve diğer ortak olan (Y) Ltd. Şti'nin vadesi geçmiş 3.554,90 TL'lik

³²⁴ Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 11.06.2014
Karar No:2014/UM.II-2317, (Çevrimiçi),
<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 10.06.2021.

³²⁵ Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 19.06.2013
Karar No:2013/UH.I-2548, (Çevrimiçi),
<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 10.06.2021.

borcunun bulunduğu tespit edilmiştir. Bunun üzerine idare tarafından ortak girişimin toplam vergi borcunun 8.073,13 TL olduğu yani ilgili başlıkta açıkladığımız mevzuat hükmü gereği kesinleşmiş vergi borcu sayılan 5.000 TL'yi aştığı için ihale dışı bırakılması gerektiğinden sözleşme imzalanmamıştır.

İtirazen şikâyet dilekçesindeki iddia, ortak girişimi oluşturan ortakların vergi borçlarının toplanarak birlikte değerlendirilmesinin uygun olmadığı zira ayrı ayrı kesinleşmiş vergi borçlarının yasal limitin altında olması sebebiyle ihale dışı bırakılmaları gerektiğidir. KİK ise söz konusu kararda *“vergi mükellefiyetinin ancak gerçek veya tüzel kişiye ait olabileceğinden hareketle ve İş Ortaklığı'nın gerçek ve tüzel kişiliğe haiz olmadığı dikkate alındığında mevcut durumda her bir ortağın vergi borcunun ayrı ayrı değerlendirilmesinin gerektiği (...) dolayısıyla her iki firmanın ayrı ayrı 5.000 TL'nin altındaki vergi borcunun ihaleye girmeye ve sözleşmenin imzalanmasına engel teşkil etmeyeceği”* yönünde görüş belirterek itirazen şikâyet başvurusunu oy birliği ile kabul etmiştir. Böylelikle düzeltici işlem kararı verilerek ihaleyi kazanan ortak girişimle idarenin sözleşme yapması gerektiği belirtilmiş olmaktadır. Sonuç olarak kesinleşmiş vergi borcunun ortak girişime üye her bir ortak açısından ayrı ayrı mükellefiyetin bulunması dolayısıyla ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

B-) KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ KANUNU'DAN DOĞAN UYUŞMAZLIK KONULARI

1-) Usulüne Uygun Bir Kamu İhalesinin Yapılmaması Halinde Kamu İhale Sözleşmesine İlişkin Uyuşmazlıklar

4734 Sayılı Kanun hükümlerine göre yapılan bir ihalede hukuka aykırı işlem nedeniyle ihalenin kazanması gerekenden başka bir istekli tarafından kazanılması halinde ihalenin ve akabinde imzalanan sözleşmenin akıbetini ilgili bölümde belirtmiştik. Burada incelenmesi gereken nokta ise ihalede gerçekleştirilen hukuka aykırı işlemde ziyade bizatihi ihalenin yapılmasının veya ihalede uygulanacak prosedürün yanlış olması halidir. O halde bu tarz bir ihale sonucu imzalanan

sözleşmenin başka bir istekleyle imzalanma ihtimali olmayacak ve imzalanan sözleşmenin akıbeti ise tartışmalı hale gelecektir.

Konuya ilişkin Andırın Sulh Hukuk Mahkemesi'nin yaklaşımını, Uyuşmazlık Mahkemesi önüne taşınan bir uyuşmazlıktan³²⁶ özet halinde görebiliyoruz. Olayımızda Andırın ilçesinde; demir, çimento, inşaat malzemeleri satışı yapan ticarethane sahibi olan (X), Andırın Belediyesi'ne 22.12.2003-22.3.2004 tarihleri arasındaki 21 adet sipariş fişi ile toplam 2.919.00 YTL tutarında elektrik, kanalizasyon, su arızası ve temizlik vs. işlerine ilişkin çeşitli malzemeleri ilgili belediye personeline teslim etmiş ve malzemelerin bedelini söz konusu belediyeden alamamıştır. Malzemelerin parasının ödenmesi için Belediye'ye başvurduğunda Belediye tarafından herhangi bir cevap verilmediğinden 10.01.2005 tarihinde Andırın Sulh Hukuk Mahkemesi'ne malzeme bedelinin teslim tarihinden itibaren faizi ile birlikte tahsili için dava açmıştır.

Söz konusu mal tesliminin gerçekleştiği tarihlerde 4734 Sayılı Kanun yürürlüğe girmiş olup Andırın Belediyesi ve yapılan malzeme alımı, kanun kapsamına dâhil idare ve mal alımına girmektedir. İlgili yıllara ilişkin kanunun doğrudan temin alımına cevaz verdiği limitler dâhilinde³²⁷ söz konusu davacıdan alım yapılmış olsa da (ki bu tespit bize aittir) ilk derece mahkemesi tarafından bu husus göz ardı edilerek söz konusu alımın ihale yöntemiyle alınması gerektiği ifade edilmiştir. Karardan anlaşıldığı üzere Belediye mal ihtiyacını doğrudan temin yöntemiyle yani ihalesiz olarak gerçekleştirmiştir.

Davalı Belediye'nin savunmasında ayrıca söz konusu alımlara ilişkin sipariş fişlerinde dönemin belediye başkanının imzası bulunduğu ve bu alımların belediyeyi bağlayamayacağı öne sürülmüştür. Mahkeme tarafından bu savunmaya itibar edilmiş ve doğrudan temin yöntemiyle alınan malzemelerin dönemin belediye başkanı tarafından alındığı kabul edilerek husumetin o kişiye yöneltilmesi gerektiği ifade

³²⁶ Uyuşmazlık Mahkemesi, 07.04.2008 Tarihli ve 2007/249 Esas 2008/90 Karar Sayılı Kararı. Karara Gedikbaş, **a. g. e.**, s. 12-15'ten ulaşılmıştır.

³²⁷ 2003 ve 2004 yıllarına ilişkin 4734 Sayılı Kanun'un 22. maddesinin d-) bendi kapsamında yapılacak doğrudan temine alımlarına ilişkin limitler için bkz: http://www2.ihale.gov.tr/mevzuat/teb%5C03_1.htm, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2005/01/20050102-8.htm>.

edilmiştir. Mahkemenin bu yaklaşımı oldukça yersizdir. Bizim irdelediğimiz doğrudan temin usulüyle alımın yapılıp yapılamadığı incelenmediği gibi aynı zamanda alım, dönemin belediye başkanının kişisel alımı olarak nitelendirilmiştir. Kararın içeriğinden söz konusu kişinin ilgili alımı belediye adına yaptığı açık olup sipariş fişlerini de belediye başkanı sıfatıyla imzalamıştır.

Andırın Sulh Hukuk Mahkemesi bu tespitlerin ardından davacının belediyeye yaptığı ödeme talebine ilişkin başvurusunu, idareden 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) 10. maddesinin ilk fıkrasında yer alan³²⁸ idari davaya konu olabilecek işlem tesis etmeye ilişkin başvuru olarak nitelendirmiş ve görevli yargı yolunun idari yargı olduğunu ifade etmiştir. Bu yaklaşımı da uygun bulmak pek mümkün gözükmemektedir. Zira taraflar arasındaki ilişki satış sözleşmesi niteliğinde olup yapılan başvuru borçlu Belediye'nin satış bedelini ödemesine ilişkindir. Dolayısıyla görevli mahkeme adli yargı yolundaki mahkeme olmalıdır. Mahkemenin bu kararını temyiz etmeyen davacı akabinde Gaziantep 2. İdare Mahkemesi'nde aynı davayı açmış ve ilgili mahkeme de bizim görüşümüz doğrultusunda adli yargının görevli olduğuna kanaat getirmiştir. Böylelikle ortaya “olumsuz görev uyuşmazlığı”³²⁹ çıktığı için uyuşmazlık Uyuşmazlık Mahkemesi'nin önüne taşınmıştır. Uyuşmazlık Mahkemesi de bizim de kabul ettiğimiz haklı görüşe uyarak ihtilaf konusunda görevli ve yetkili mahkemenin Andırın Sulh Hukuk Mahkemesi olduğuna hükmetmiştir. Uyuşmazlık her ne kadar tekrar yargılamanın yapıldığı ilk mahkemeye gelse de ne yönde bir karar verildiği tarafımızca bilinmemektedir.

Andırın Sulh Hukuk Mahkemesi'nin ilk yargılamada görevsizlik kararı vermesi, kendisinin tabiriyle 4734 Sayılı Kanun'a uygun olarak ihalesi yapılmayan alımların akıbetinin mahkemelerce nasıl çözümleneceğine ilişkin soruyu cevapsız bıraktırıştır. Alımın bir sözleşmeye bağlanmadan yapılması da (bize göre doğrudan teminle yapıldığı için kanunen bir sakınca bulunmasa da) olaya ilişkin mahkemenin

³²⁸ *İdari makamların sükutu:*

Madde 10 – 1. İlgililer, haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için idari makamlara başvurabilirler.

(...)

³²⁹ Olumsuz görev uyuşmazlığına ilişkin detaylı bilgi için bkz: Ramazan Çağlayan, **İdari Yargılama Hukuku**, 7. Baskı, Seçkin Yayınları, Ağustos 2015, s.163-170.

yaklaşımın ne olacağına ilişkin merakı da tırmandırmış olmaktadır. Fakat bu merakın giderilmesi ilk derece mahkemesinin tekrardan ne yönde bir karar verdiğinin bilinmemesi yüzünden giderilememiştir.

Her ne kadar yargı yerlerinin bu konuya ilişkin yaklaşımı bilinmese de bize göre öncelikle yapılan sözleşmenin geçerliliği tartışılmalıdır. TBK`ın ilk maddesine göre sözleşme tarafların karşılıklı ve birbirilerine uygun irade beyanları sonucunda kurulduğuna göre her ne kadar 4734 Sayılı Kanun`a uygun bir ihale yapılmasa dahi yapılan sözleşmenin geçerli olduğu hususunda bir şüphe bulunmamalıdır. Burada sözleşmeden kastımız yazılı olmayan ve taraflar arasında kurulan sözleşme ilişkisidir. Fakat yine taraflar arasında yazılı bir sözleşme bulursa dahi yapılan yorumda bir değişiklik olmayacaktır. Görüşümüze karşıt olarak tarafların kanunun emredici hükümlerine uymadan hareket etmesinin yani kanunu dolanarak sözleşme ilişkisi kurulmasının müeyyidesi olarak kurulan sözleşmenin geçersiz olduğu ileri sürülebilir. Bu halde dahi taraflar arasındaki edimler, vekâletsiz iş görmeye³³⁰ dayalı olarak ifa edilmelidir.

Sözleşmenin geçerli olmasına ilişkin tespitimizin ardından bir diğer mesele yapılan sözleşmenin niteliğidir. 4734 ve 4735 Sayılı Kanun hükümlerine uygun olarak akdedilmeyen işbu sözleşmelerin kamu ihale sözleşmesi olarak nitelendirilmesi pek mümkün görünmemektedir. Fakat ilgili mevzuata göre akdedilen kamu ihale sözleşmelerinin bir tür özel hukuk sözleşmesi olduğunu yukarıda belirtmiştik. O halde evleviyetle idare ile akdedilen söz konusu sözleşmelerin de birer özel hukuk sözleşmesi olduğunu ifade edebiliriz. Dolayısıyla doğacak ihtilaflarda 4735 Sayılı Kanun yerine özel hukuka ilişkin diğer hükümlerin uygulanması gerekecektir.

³³⁰ Vekaletsiz İş Görmeye ilişkin detaylı açıklama için bkz: Cevdet Yavuz, **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, 13. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, Aralık 2014, s. 750-758.

2-) Sözleşmenin Feshedilmesine İlişkin Uyuşmazlıklar

a-) Sözleşmenin Feshedilmesi Müessesesi

Sözleşmenin feshedilmesi, haklı ve haksız nedenlerle her iki taraf bakımından da her zaman için yapılabilecek bir olgudur. Burada önem arz eden husus hangi durumlarda feshin haklı nedene dayanacağı ve feshin sonuçlarının ne olacağıdır.

Yüklenici tarafından haklı nedenle fesih ancak mücbir sebep halinde söz konusu olabilir. Konuya ilişkin düzenleme 4735 Sayılı Kanun'un 23. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre mücbir sebeplerin varlığını ispat etmek koşuluyla yüklenici tarafından sözleşme feshedilebilir.

İdarenin haklı nedenlerle sözleşmeyi feshetme yetkisi, 4735 Sayılı Kanun'un 20. ve 21. maddelerinde düzenlenmiştir. İdarece haklı fesih hallerinden ilki yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi halidir.

İdarece haklı fesih hallerinden ikincisi ise sözleşmenin uygulanması sırasında yüklenicinin 4735 Sayılı Kanun'un 25. maddesinde sayılan yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu tespit edilmesi halidir. Söz konusu fiil ve davranışlar aynı zamanda ihaleden yasaklılık kararı verilmesi gereken durumlar arasındadır.

İdarece haklı fesih hallerinden sonuncusu ise yüklenicinin, ihale sürecinde 4734 Sayılı Kanun'a göre yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilmesi halidir. Ancak bu kuralın aynı kanun maddesinde yer alan bir istisnası bulunmaktadır.

4735 Sayılı Kanun'un 17. ve 18. maddelerinde ise her iki tarafa da kusur atfedilemeyecek şekilde sözleşmenin feshine ilişkin düzenlemeler de bulunmaktadır. Yüklenicinin ortak girişim olması halinde kanun koyucu ayrıksı bir düzenleme getirmiştir. Buna göre pilot veya koordinatör ortak dışındaki ortaklardan birinin ölümü, iflası, ağır hastalığı, tutukluluğu, özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkûm olması veya dağılması halinde, diğer ortaklar teminat dâhil işin o ortağa yüklediği

sorumlulukları da üstlenerek taahhüdü yerine getirirler.³³¹ Ayrıca pilot veya koordinatör ortak için önceki cümlede sayılan durumlardan biri vuku bulursa bu durumların oluşunu izleyen 30 gün içinde diğer ortakların teklifi ve idarenin uygun görmesi halinde de, teminat dâhil o iş için pilot veya koordinatör ortağın yüklenmiş olduğu sorumlulukların üstlenilmesi kaydıyla sözleşmenin yenilenerek işe devam edilebilme imkânını da getirilmiştir.³³²

Yüklenici her ne kadar taahhüdünü yerine getirmekle yükümlü olsa da işler her zaman umulduğu gibi gitmeyebilir. Kanun koyucu bu ihtimalde yüklenicinin gecikme cezası ödememesi için sözleşmeyi feshetme imkânını 4735 Sayılı Kanun'un 19. maddesinde getirmiştir. Böylelikle yüklenici tarafından gecikme cezası³³³ ödemediği sözleşmenin feshini sağlamış olmaktadır.³³⁴

Farklı bir görüş olarak idare ile yüklenicinin karşılıklı anlaşma yoluyla da sözleşmeyi sona erdirebileceğini ifade edilmiştir.³³⁵ Biz de sözleşme özgürlüğü prensibi çerçevesinde bu görüşe katılıyoruz.

b-) Sözleşmenin Feshedilmesine İlişkin Yargı Kararları

Kamu ihale sözleşmesinin feshedilmesine ilişkin Danıştay 13. Dairesi'nin 24.10.2017 Tarihli 2014/4570 Esas 2017/2654 Karar Sayılı kararı³³⁶, incelemeye değerdir. Karara konu olayda idare ile yüklenici arasında usulüne uygun akdedilen sözleşme ilişkisi devam ederken ihaleye giren isteklilerden biri tarafından (başvuru tarihini karardan anlayamadığımız bir zamanda) şikâyet ve itirazın şikâyet yoluna başvurulmuş ve KİK'in 18.05.2010 Tarihli ve 2010/UH.III-1399 Sayılı kararı ile söz

³³¹ Burada her ne kadar klasik anlamda sözleşme devri yoksa da diğer ortaklar sorumluluğu üstlendikleri için sözleşme devri benzeri bir durum görülmektedir. Tuna, **a. g. e.**, s. 84.

³³² Bu ihtimalde sözleşmeye devam eden ortaklar, kendi iç ilişkilerine göre rücu haklarını kullanabileceklerdir. Tuna, **a. e.**, s. 122.

³³³ Gecikme cezasının ödenmesi için mutlaka ihale dokümanında ve yapılan sözleşmede buna ilişkin bir hükmün bulunması gerektiği de göz ardı edilmemelidir. Özdemir, **a. g. e.**, s. 261.

³³⁴ Bu görüşümüzü destekler nitelikte bir yazar tarafından "*teminatın gelir kaydı dışında ayrıca bir ceza uygulamasına yer bulunmadığı*" ifade edilmiştir. Toprak, **a. g. e.**, s. 462.

³³⁵ Özdemir, **a. g. e.**, s. 260. Yazar bu görüşe gerek 4735 Sayılı Kanun'un 4. maddesi gereği tarafların eşit hak ve yükümlülükler sahip olmasından gerekse de 36. maddesi gereği kanunda hüküm bulunmayan hallerde TBK'nın uygulama alanı bulmasından yola çıkarak ulaşmıştır.

³³⁶ Danıştay 13. Dairesi, 24.10.2017 Tarihli ve 2014/4570 Esas 2017/2654 Karar Sayılı Kararı, (Çevrimiçi), www.kazanci.com.tr, 10.06.2021.

konusu ihale iptal edilmiştir. Bunun üzerine idare tarafından 09.07.2010 Tarihli ve 16868 Sayılı yazıyla yüklenici firmaya mevcut sözleşmenin 12.07.2010 tarihi itibarıyla geçerli olmadığı bildirilmiştir. Yüklenici firma ise 11.08.2010 tarihli cevap yazısında akdedilen sözleşmeye ait İdari Şartname'nin 50.3. maddesindeki hüküm uyarınca, feshedilen sözleşme sebebiyle uğradığı 46.770-TL zarar ile işin gerçekleşmeyen dönemine ait damga vergisi ve sözleşme pulu bedelleri olarak 17.550,00-TL'nin toplamı olan 64.320,00-TL zararın ödenmesini talep etmiştir. Yüklenicinin bu talebi idare tarafından 03.09.2010 tarihinde reddedilince 03.11.2010 tarihinde Bursa 2. İdare Mahkemesi`nde tam yargı davası açılmıştır.

Tam yargı davasına giden bu süreç yaşanırken bir yandan da yüklenici tarafından KİK'in iptal kararına karşı Ankara 14. İdare Mahkemesi'nde iptal davası açılmış olup mahkemenin 03.11.2010 Tarihli 2010/791 Esas 2010/1499 Karar Sayılı kararı ile söz konusu ihalenin iptali kararı iptal edilmiştir. Kararın KİK tarafından temyizi üzerine Danıştay 13. Dairesi`nin 20.01.2015 Tarihli 2011/16 Esas 2015/54 Karar Sayılı kararı ile ilk derece mahkemesinin kararı onanmıştır. Fakat mevcut sözleşme daha önceden feshedildiği için taraflar arasında tekrardan sözleşme ilişkisine dönülememiştir. Karardan tam olarak anlaşılammakla beraber yeniden ihale yapıldıysa dahi bu ihalenin kazananın da davacı şirket olmadığı tarafımızca düşünülmektedir.

İlgili bölümde ve bu çalışmanın pek çok yerinde kamu ihale sözleşmesi aşamasına ilişkin uyuşmazlıkların adli yargıda çözümlenmesi gerektiğini belirtmiştik. Bursa 2. İdare Mahkemesi`ne açılan tam yargı davasının yanlış yargı yoluna başvurulması sebebiyle görev yönünden reddi kararı verilmesi gerekirken mahkeme esasa geçerek hüküm kurmuştur. Mahkeme söz konusu zarar ile ilgili olarak idarenin hizmet kusuru olup olmadığı yönünden bir değerlendirmede bulunmuş ve davayı kabul etmiştir. Uyuşmazlığın özel hukuka ilişkin olarak adli yargıda çözümlenmesi yerine idari yargıda idarenin sorumluluğuna ilişkin olarak çözümlenmesi kabul edilebilir değildir. Üstelik burada davalı konumunda olan ihaleyi iptal eden KİK'in yerine KİK'in kararını uygulayan idare olduğunu düşündüğümüzde kararın ne denli hatalı olduğu ortaya çıkmaktadır.

Bursa 2. İdare Mahkemesi'nin 22.05.2014 Tarihli ve 2013/804 Esas 2014/641 Karar Sayılı kararının davalı idare tarafından temyizi üzerine uyuşmazlık Danıştay önüne taşınmıştır. Danıştay da yukarıdaki paragrafta tartıştığımız göreve ilişkin tartışmayı yapmadan idarenin hizmet kusuruna ilişkin açıklamalarda bulunmuştur. İlk derece mahkemesinin yapmış olduğu hatalı yaklaşımdan dolayı yapılan eleştiri, Danıştay açısından da geçerlidir.

Danıştay, öncelikle davacı tarafın zarar taleplerini menfi zarar ve müspet zarar olarak ikiye ayırarak iki farklı değerlendirmede bulunmuştur. Davacı tarafın sözleşmenin haksız feshi sebebiyle sözleşmenin ifa olunacağına güvenerek yaptığı masrafları menfi zarar, yoksun kaldığı kâr kaybını ise müspet zarar olarak ele almıştır. Somut uyuşmazlıkta menfi zarar³³⁷, sözleşmenin feshedildiği için ifa edilemeyen iş dönemine ait damga vergisi ve sözleşme pulu bedeli toplamı olan 17.550 TL'dir. Danıştay tarafından bu olaydan bağımsız olarak bir kamu ihale sözleşmesinin feshinde meydana çıkacak menfi zarar kalemlerini; sözleşme noter masrafı, sözleşme pulu, karar pulu, teminat mektubu ve teminat mektubu için yapılan masraflar, KİK payı, banka referans mektubu masrafları, şartname dosya bedeli, itirazın şikâyet bedeli olarak değerlendirmiştir.³³⁸ Dava konusu olayda da meydana gelen menfi zararın idarece tazmini haklı bulunduğu ilk derece mahkemesinin kararını bu kısmıyla onamıştır.

Somut olayda ortaya çıkan müspet zarar³³⁹ ise işin gerçekleştirilmemesi nedeniyle davacı tarafın yoksun kalınan kazancı olan 46.770 TL'dir. Danıştay ilk olarak davaya 4735 Sayılı Kanun'un 24. maddesinde düzenlenen sözleşmenin iş

³³⁷ Danıştay tarafından menfi zararın tanımı kararda şu şekilde ifade edilmiştir:

“Sözleşmeden kaynaklanan taahhüt ilişkilerinde ortaya çıkan zararın iki türünden biri olan menfi zarar, uyulacağı ve yerine getirileceğine inanılan bir sözleşmenin hüküm ifade etmemesi ve yerine getirilmemesi yüzünden güvenin boşa çıkması dolayısıyla uğranılan zarardır.”

³³⁸ Danıştay'ın menfi zarar kalemlerine ilişkin yaklaşımı güncel kararlarında da devam etmektedir. Örnek olarak bkz: Danıştay 13. Dairesi, 02.03.2021 Tarihli ve 2021/383 Esas 2021/735 Karar Sayılı Kararı, (Çevrimiçi), <https://karararama.danistay.gov.tr>, 31.07.2021.

³³⁹ Danıştay tarafından müspet zararın tanımı kararda şu şekilde ifade edilmiştir:

“Diğer bir anlatımla müspet zarar, sözleşmenin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesinden doğan zarardır. Kuşkusuz kâr mahrumiyetini de içine alır. Kârdan yoksun kalan, kusurlu fesih yüzünden mal varlığında ileride meydana gelecek çoğalmadan yoksun kalmaktadır. Müspet zarar kapsamında değerlendirilen kâr kaybı, kusursuz olan tarafın, sözleşmeden haksız olarak dönen taraftan isteyebileceği tazminatın konusu olan zarardır.”

eksilişi nedeniyle feshi kurumunun uygulanmayacağına kanaat getirmiştir. Zira sözleşme, işin daha az maliyetle tamamlanması durumu söz konusu olmadan KİK'in vermiş olduğu karar doğrultusunda feshedilmiştir. Danıştay'a göre meydana gelen müspet zararın niteliğinde ve miktarında bir uyuşmazlık bulunmayıp asıl sorun bu zararın idare tarafından giderilmesinin gerekip gerekmediğidir.³⁴⁰ Danıştay ihale makamı olan idarelerin, KİK tarafından hukuki durumda değişiklik yaratan kararları derhal uygulaması gerektiğine ilişkin bağlı yetki içinde bulunduğunu ve kanunun idarelere seçimlik bir hak vermediğini ifade etmiştir. Sonuç olarak davalı idare açısından edimini yerine getirme imkânının bulunmadığı ve bu sebeple davalı idareye kusur atfedilmesinin mümkün olmadığı için ilk derece mahkemesinin kararını müspet zararın tazmini yönünden bozmuştur. Bu karardan anladığımız kadarıyla davacı şirketin müspet zararın tazmini yönünden ihaleyi yapan idare yerine KİK'i hasım göstererek dava açması halinde bu zararı da tazmin edebilecekti. Eş deyişle bu zarar KİK'in ihaleyi iptal etmesinden yani KİK'in kusurunun bulunmasından meydana gelmiştir. Fakat Danıştay kararında idarenin her hukuka aykırı işlemi nedeniyle idarenin tazmin yükümlülüğünün doğmayacağına ilişkin genel idare hukuku ilkesini de yazdığını belirtmekte fayda görülmelidir.

3-) Cezalı Çalışma Dönemine İlişkin Uyuşmazlıklar

a-) Cezalı Çalışma Dönemi

Cezalı dönem³⁴¹ olarak adlandırılan evre, sözleşmenin yüklenici tarafından sözleşmeyle kararlaştırılan tarihte tam ve kusuruz olarak diğer bir deyişle gereği gibi ifa etmeyerek gecikme cezasının uygulandığı fakat sözleşmenin henüz feshedilmediği zaman dilimidir. Yüklenicinin belirlenen sürede işi tamamlayamamasının iki nedeni söz konusu olabilir. Bunlardan birincisi isteyerek veya istemeyerek de olsa planlanan sürede işin kusurlu olarak yerine

³⁴⁰ Yukarıda bahsedilen Danıştay 13. Dairesi'nin 2021/383 Esas Sayılı kararında ise “ (...) maddi tazminatın olası koşullara bağlı olarak kazanılması muhtemel bir kazanç kaybına dayandırıldığı, bu haliyle kesin ve gerçek bir zararın bulunmadığı (...) ” şeklinde maddi zararın istenmesinin mümkün olmadığına hükmedilmiştir. Bu yaklaşımı doğru bulmamız mümkün değildir.

³⁴¹ Söz konusu adlandırma Özdemir, a. e., s. 262'den alınmıştır.

getirilmemesidir. Burada yüklenicinin basiretli bir iş adamı³⁴² gibi hareket etmemesi söz konusudur. Bu durumun müeyyidelerini idarece haklı nedenle feshine ilişkin bölümünde detayıyla açıklamıştık. Söz konusu müeyyidelerden biri de gecikme cezasının uygulanmasıdır ki bu dönemin adı da söz konusu cezadan gelmektedir.

Yüklenicinin sözleşmeyle belirlenen sürede işi tamamlayamamasının diğer nedeni ise mücbir sebebin vuku bulması halidir. Mücbir sebebin varlığı halinde yapılacak işlemler ilgili bölümde açıklanmış olup konumuz açısından özellik arz eden husus bu sebeple işin belirlenen sürede tamamlanamaması halinde gecikme cezasının uygulanmayacak olmasıdır.

Cezalı çalışma dönemi içerisinde meydana gelen mücbir sebep hallerine ilişkin olarak 4735 Sayılı Kanun'un mücbir sebeplerin düzenlendiği maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışma konusu olmaktadır. Konu ile ilgili olarak bir yazar, mevzuatta açık bir düzenleme olmadığından 4735 Sayılı Kanun'un 36. maddesinin³⁴³ yaptığı atıf nedeniyle TBK'nın uygulanması gerektiğinden hareket etmiştir.³⁴⁴ Konuya ilişkin hüküm TBK'nın temerrüt halinde beklenmeyen halden sorumluluğu düzenleyen 119. madde³⁴⁵ olarak ele alınmıştır. Söz konusu kanun hükmüne göre olayımızdaki gibi belirlenen sürede borcun yerine getirilememesi halinde yani hukuki tabirle temerrüde düşüldüğünde beklenmeyen halden dolayı sorumluluğun borçluya ait olduğunu ifade edilmektedir. O halde konumuz açısından taahhüt ettiği sürede ihale konusu işi tamamlayamayan yüklenicinin mücbir sebepten sorumlu olacağı ve dolayısıyla süre uzatımı veya sözleşmenin feshi talebinde bulunamayacağı düşünülebilir. Fakat yazarın isabetle belirttiği üzere "mücbir sebep" ve "beklenmeyen hal" kavramları birbirinden farklı olup söz konusu hüküm sadece

³⁴² Söz konusu bu terim, TTK'nun tacir olmanın genel hükümlerinin düzenlendiği 18. maddesinin 2. fıkrasında "(2) Her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir." şeklinde yer almakta olup tacirlerin hukuki işlemlerdeki sorumluluğunu tayin etmektedir.

³⁴³ *Hüküm bulunmayan haller*

Madde 36- Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır.

³⁴⁴ Özdemir, a. e., s. 262.

³⁴⁵ b. *Beklenmedik halden sorumluluk*

Madde 119- Temerrüde düşen borçlu, beklenmedik hâl sebebiyle doğacak zarardan sorumludur. Borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını veya borcunu zamanında ifa etmiş olsaydı bile beklenmedik hâlin ifa konusu şeye zarar vereceğini ispat ederek bu sorumluluktan kurtulabilir.

beklenmeyen hale ilişkindir. TBK`da temerrüt halinde mücbir sebepten sorumluluğa ilişkin bir hüküm yer almadığından konuya ilişkin eserler ve yargı kararları incelendiğinde mücbir sebepten dolayı borçlunun sorumlu tutulamayacağı kuralı yer almaktadır.³⁴⁶

4735 Sayılı Kanun`un mücbir sebebe ilişkin düzenlemelerinin cezalı çalışma dönemi içerisinde de uygulanabileceğini kabul edildiğinde cezalı çalışma dönemi içerisinde meydana gelen mücbir sebep nedeniyle de yüklenicinin süre uzatımı veya sözleşmenin feshi talebinde bulunabileceği kabul edilmektedir.³⁴⁷ Biz de yazarın bu isabetli görüşüne katılıyoruz.

b-) Cezalı Çalışma Dönemine İlişkin Yargı Kararları

Kamu ihale sözleşmelerinde uygulanan gecikme cezasının ne zaman başlayıp hangi zaman dilimi içerisine kadarki dönemi kapsadığı tartışmalı bir husustur. Gecikme cezasının niteliği ve istenebileceği sürenin tartışıldığı Yargıtay`ın 16.10.2006 Tarihli ve 2006/8713 Esas 2006/13605 Karar Sayılı kararı³⁴⁸ emsal niteliktedir. Karara konu olan ihalenin şartnamesinde ve sözleşmesinde yüklenicinin malı sözleşmeye uygun olarak teslim etmediği her gün için sözleşme bedelinin % 5 oranında gecikme cezası alacağı kararlaştırılmıştır. Malın teslim edilmesi gereken 11.04.2004 tarihinde teslimat gerçekleşmemiş ve idare bunun üzerine yasaya uygun olarak 20 gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtar çekmiştir. Çekilen ihtar üzerine 20 gün geçtikten ve malın teslim edilmemesi durumu devam ettiği için idarece 01.06.2004 tarihinde sözleşme 4735 Sayılı Kanun`un 22. maddesine uygun olarak feshedilmiştir.

Sözleşmenin feshi akıbetinde idare yükleniciye açtığı alacak davasında malların teslim edilmesi gereken tarih olan 11.04.2004 tarihi ile sözleşmenin feshedildiği 01.06.2004 tarihi arasındaki 51 günlük süre üzerinden 17.464.596.000

³⁴⁶ Özdemir, a. e..

³⁴⁷ Özdemir, a. e.. Bu görüşe paralel olarak KİK`in 16.09.2015 Tarihli ve 2015/DK.D-208 sayılı düzenleyici kararı bulunduğu yazar tarafından iddia edilmişse de KİK`in resmi internet sitesinde söz konusu tarih ve karar numaralı bir karara tarafımızca ulaşılammıştır.

³⁴⁸ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 16.10.2006 Tarihli ve 2006/8713 Esas 2006/13605 Karar Sayılı Kararı, (Çevrimiçi), www.kazanci.com.tr, 10.06.2021.

TL gecikme cezasının 01.06.2004 tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte ödenmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Yüklenici ise yapmış olduğu savunmada öncelikle talep edilen gecikme cezasının ihtar süresi olan 20 günlük süre için talep edilebileceğini ardından ise söz konusu gecikme cezasının TBK gereği ifayla birlikte istenebilecek cezai şart olduğunu ifade etmiştir.

İlk derece mahkemesi yapmış olduğu incelemede tarafların arasında kararlaştırılan cezanın 4735 Sayılı Kanun'un amacına uygun olduğunu ve TBK'nın cezai şart ve ifaya eklenen ceza hükümlerinin uygulanmasına yer olmadığını belirlemiştir. Talep edilen gecikme cezasına ilişkin istenilen tarih aralığını da uygun bulan ilk derece mahkemesi miktarda farklı hesaplama yaparak 15.521,78 YTL'nin 01.06.2004 tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte davalıdan alınıp davacıya verilmesine hükmetmiştir.

Mahkemenin vermiş olduğu hüküm davalı tarafça temyiz edilmiş ve uyuşmazlık Yargıtay önüne taşınmıştır. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, kamu ihale sözleşmelerinde TBK'nın cezai şart ve ifaya eklenen ceza hükümlerinin uygulanmasına yer olmadığı görüşünü benimsediğini ifade etmiştir. Gecikme cezasının istenebileceği tarihin ise malın teslim tarihinden itibaren değil sözleşmenin feshi tarihinden itibaren işletileceğini belirtmiştir. Bunun üzerine hükmedilen gecikme cezası hükmünü bozarak ihtarın yapıldığı tarihten sözleşmenin feshedildiği tarihe kadarki olan 20 günle sınırlı olmak üzere kabulüne karar verilmesi gerektiğini ifade etmiştir.³⁴⁹ Burada dikkat edilmesi gereken husus 4735 Sayılı Kanun'da yer alan "20 günden az olmamak üzere" ibaresidir. Somut olayımızda çekilen ihtarda 20 günlük süre verildiğinden ve 20 günün sonunda sözleşme feshedildiğinden hükmedilen gecikme cezasının miktarı da 20 günle sınırlandırılmıştır. Başka bir olayda daha uzun bir süreli ihtarın çekilmesi halinde o süreyle sınırlı olarak gecikme cezasının istenebileceği anlaşılmaktadır. Nitekim aynı yöndeki Yargıtay Hukuk

³⁴⁹ Söz konusu karara paralel olan Yargıtay kararlarına örnek olarak şunlar verilebilir: Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 22.02.2000 Tarihli 2000/983 Esas 2000/1442 Karar Sayılı Kararı, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 28.03.2001 Tarihli 2001/13-289 Esas 2001/299 Karar Sayılı Kararı, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 15.12.2015 Tarihli 2015/33181 Esas 2015/36796 Karar Sayılı, Kararı.

Genel Kurulu'nun 28.3.2001 Tarihli ve 2001/13-289 Esas 2001/299 Karar Sayılı kararında³⁵⁰ bu süre 30 gün olarak gerçekleşmiştir.

Yargıtay'ın görüşü bu yönde olmamakla beraber Sayıştay Temyiz Kurulu'nun 03.03.2009 Tarihli ve 30678 Tutanak No'lu kararında³⁵¹ çekilen ihtarın sadece sözleşmenin feshi ile alakalı olduğundan bahisle gecikme cezasının sözleşmeyle işin yapılmasının kararlaştırıldığı tarihten itibaren istenebileceğini ileri sürülmüştür. Konumuzun haricinde bu kararda sözleşme yapma zorunluluğunun olmadığı doğrudan temin yöntemiyle yapılan alımlarda sözleşmenin yapıp da gecikme cezasının kararlaştırıldığı vakit gecikme cezasının istenebileceğinin de ifade edildiğini belirtmekte yarar vardır.

Gecikme cezasının nasıl hesaplanacağı da üzerinde durulması gereken bir başka konudur. Sayıştay 1. Dairesi'nin 03.08.2016 Tarihli ve 10588 Tutanak No'lu kararına³⁵² konu olayda gerçekleşen ihalede geçici kabul teklifine istinaden düzenlenen geçici kabul tutanağında yapının kamu ihale sözleşmesi ve eklerine uygun olduğu ile geçici kabule engel olabilecek eksik, kusur ve arızaların bulunmadığı tespit edilmiştir. Fakat 9 adet madde halinde sıralanan eksiklik ve kusurların tebliğ tarihinden itibaren 45 gün süre içinde tamamlanması şartıyla geçici kabulünün uygun olduğuna karar verilmiştir. Sayıştay'ın da yaptığı değerlendirmede bu süre, geçici kabul esnasında kabul komisyonunca tespit edilen işlerin, yapım ve teknik nitelikleri göz önünde bulundurularak tamamlanması için yeterli kabul edilmiştir.

İdare, Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin ilgili hükmü³⁵³ doğrultusunda yetkisinde bulunan günlük gecikme cezası oranını ½ olarak belirleyip bu hususu

³⁵⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 28.03.2001 Tarihli 2001/13-289 Esas 2001/299 Karar Sayılı Kararı, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 10.06.2021.

³⁵¹ Sayıştay Temyiz Kurulu, 03.03.2009 Tarihli 30678 Tutanak Nolu Kararı, (Çevrimiçi) <http://www.ihalekararisor.com/yazi.php?id=82&Dogrudan-temin-yontemiyle-gerceklestirilen-alimlarda-sozlesme-yapildigi-takdirde-sozlesmede-yer-olan-hukumler-araflari-baglar-mi-Sayistay>, 10.06.2021

³⁵² Sayıştay 1. Dairesi, 03.08.2016 Tarihli 10588 Tutanak No'lu Kararı, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 10.06.2021.

³⁵³ **Yapım İşleri Genel Şartnamesi**

Geçici Kabul

Madde 41- (...)

yükleniciye tebliğ etmiştir. Her ne kadar uyuşmazlık Sayıştay Temyiz Kurulu önüne geldiğinde uygulanan oranın tespitine ilişkin şartnamede veya sözleşmede açık bir hüküm bulunup bulunmadığı anlaşılammakta olduğu ifade edilse de Sayıştay 1. Dairesi ilgili hükümde idareye yetki verildiğini ileri sürmüştür. Biz de şartnamenin açık hükmü karşısında bu görüşe katılıyoruz. Fakat Sayıştay 1. Dairesi, hesaplanan ceza miktarı tespit edilirken eksik kalan işlerin bedeli yerine toplam sözleşme bedelinin esas alınması gerektiğine hükmetmiştir.³⁵⁴ Böylece yanlış miktar üzerinden ceza bedeli tespit edildiğinden kamu zararının oluştuğunu kabul etmiştir.

4-) Süre Uzatımına İlişkin Uyuşmazlıklar

Süre uzatımı verilebilecek hallerin neleri kapsadığının³⁵⁵ yanı sıra bu hallerin ispatı da bir o kadar önem taşımaktadır. Konuya ilişkin Sayıştay'ın bir kararında³⁵⁶ bu husus vurgulanmıştır. Karara konu uyuşmazlıkta yüklenici, (X) Üniversitesi'nin Kapalı Olimpik Yüzme Havuzu inşaatı işini anormal hava şartları yüzünden zamanında bitirememiş ve ilgili idare tarafından 300 günlük süre uzatımı kararı verilmiştir. Daha sonra gerçekleşen denetim esnasında süre uzatımı için gösterilen anormal hava şartlarının ihale dokümanında ve sözleşmede yer almadığı ve bu yüzden yükleniciye gecikme cezası kesilmesi gerekirken kesilmediği gerekçesiyle kamu zararı olduğuna hükmedilmiştir. Uyuşmazlık önüne gelen Sayıştay yapmış

b) Kabul komisyonunun tespit ettiği eksiklikler, belirlenen sürede yüklenici tarafından giderilmezse bu sürenin bitiminden sonra eksikliklerin giderilmesine kadar geçecek her gün için, giderilecek eksikliklerin durumuna göre sözleşmesinde günlük gecikme cezası olarak yazılan miktarın belli bir oranında günlük ceza uygulanır ve geçici kabul tarihi kusur ve eksikliklerin giderilmesi tarihine ertelenir. Ancak bu gecikme otuz günü geçtiği takdirde idare, yüklenici hesabına eksiklerin giderilmesini kendisi yaptırabilir. Bu takdirde de eksikler tamamlanuncaya kadar ceza uygulaması devam eder ve kabul tarihi ertelenir.

(...)

³⁵⁴ KİK de aynı görüşü vermiş olduğu düzenleyici kararda yinelemektedir: Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 13.04.2016
Karar No:2016/DK.D-59, (Çevrimiçi),
<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 31.07.2021. Fakat Yargıtay'ın yakın tarihte vermiş olduğu karar ise bunun tersi istikamettedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 18.02.2021 Tarihli 2017/655 Esas 2021/101 Karar Sayılı, Kararı, (Çevrimiçi), http://intesisveren.intes.org.tr/uploads/20_yargitay_hgk_karar_metni.pdf, 31.07.2021.

³⁵⁵ Yargıtay'a göre bu hallerin neleri kapsadığı ve somut olayda süre uzatımı verilip verilemeyeceğiyle ilgili bilirkişi incelemesi yapılması gerekmektedir. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 04.03.2019 Tarihli 2018/4103 Esas 2019/913 Karar Sayılı, Kararı, (Çevrimiçi), <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, 31.07.2021.

³⁵⁶ Sayıştay 1. Dairesi, 13.04.1993 Tarihli 22991 Tutanak No'lu Kararı. Karara Ünal, a. g. e., s. 65-67 adlı eserde ulaşılmıştır.

olduğu incelemede söz konusu ihalenin sözleşmesinin ilgili maddesinde “*olağanüstü tabiat hadiselerinden veya hasar neticesinde işte bir gerileme veya gecikme olması*” halinde süre uzatımı verilebileceği ifadesinden yola çıkarak anormal hava şartlarının da bu kapsamda değerlendirilebileceğine işaret etmiştir. Fakat yine sözleşmenin ilgili maddesinde yer alan “*mücbir sebebin vukuundan itibaren 10 gün içinde müteahhidin idareye yazılı olarak haber vermek suretiyle yetkili makamlar tarafından usulüne göre tanzim edilmiş belgelerle mücbir sebebin vukuunu ispat etmesi lazımdır.*” hükmünden yola çıkarak meydana gelen mücbir sebebe ilişkin açıklayıcı ve ispat edici belgenin sunulamamış olmasını değerlendirmiştir. Söz konusu duruma ilişkin bu nitelikte bir belge ibraz edilmediğinden uzatılan süre boyunca gecikme cezasının uygulanmamasının kamu zararına neden olduğuna kanaat getirmiştir.

Süre uzatımıyla ilgili bir diğer önemli konu ise yapım işlerinde inşaaata devam etmenin mümkün olmadığı zamanların dikkate alınarak uygun bir sürenin verilmesidir. Konuya ilişkin Sayıştay`ın bir kararına³⁵⁷ konu olayda yükleniciye Akyazı Osmanbey Sağlık Lojmanı İnşaatı ile ilgili olarak keşif artışı nedeniyle süre uzatımı verilmiştir. Verilen süre uzatım kararında söz konusu alandaki inşaat yapılamayacak/devam edilemeyecek süreler göz önünde tutulsa da yapılan denetimde bu süreler hiçe sayılarak fazladan cezalı çalışma süresinin oluştuğu ve bu cezanın ödenmemesi nedeniyle kamu zararının meydana geldiği tespit edilmiştir. Uyuşmazlık önüne gelen Sayıştay ise söz konusu ihale zarfında yürürlükte bulunan Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi`nin 27. maddesinde “*Ancak süre uzatımlarında çalışılmayacak günler de dikkate alınarak verilecek sürenin belirlenmesi gerekir*” ifadesini dikkate alarak idarenin vermiş olduğu süre uzatım kararını yerinde bulmuştur. Biz de keşif artışı nedeniyle verilen süre uzatımının hesabında çalışılmayan inşaat döneminin de dâhil edilerek süre uzatımı verilebileceği kanaatindeyiz.³⁵⁸

³⁵⁷ Sayıştay 1. Dairesi, 17.01.1995 Tarihli 5857 Tutanak No`lu Kararı, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 24.07.2021.

³⁵⁸ Yapım işlerinde çalışılmayacak olan günlerin hesaba katılarak gecikme cezasının hesaplanması gerektiğine ilişkin güncel karar örnekleri için bkz: Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 04.05.2020 Tarihli 2017/8025 Esas 2020/3670 Karar Sayılı, Kararı, (Çevrimiçi), <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, 03.08.2021, Yargıtay 15. Hukuk

İdarece verilecek olan süre uzatım kararında belirlenecek olan sürenin ne kadar olacağı/olması gerektiği de uyuşmazlık konusu olabilmektedir. Sayıştay Temyiz Kurulu'nun 21.06.2016 Tarihli ve 42114 Tutanak No'lu kararında³⁵⁹ bu husus detaylı bir şekilde ele alınmıştır. Karara konu olayda süre uzatım kararı alan idarece sürenin yanlış eklenmesinden kaynaklı maddi hata yapılmış ve ödeneği bulunduğu halde yersiz olarak süre uzatımı verilmiştir. Aynı zamanda Sayıştay 1. Dairesi'nce verilen kararda da son yılın ortalama ödenek rakamının esas alınması suretiyle iş artışına ilişkin süre uzatımı yanlış hesaplanmış ve fiyat farklarına ilişkin süre uzatımlar göz ardı edilmiştir. Sayıştay Temyiz Kurulu da gerek Sayıştay 1. Dairesi'nin kararındaki hatalar gerekse süre uzatım kararını alan idarece yapılan hatalar dikkate alınmaksızın tazmin hükmü kurulmasını hukuka aykırı bulmuştur. Sayıştay, idareden kaynaklanan sebeplerle işin süresinin uzatılmasında hukuka aykırılık görmediğinden yani ortada yetkili kişilerce alınmış geçerli bir süre uzatım kararı mevcutken ve idare bu karara binaen işin süresini yaptığı hesaplamalar doğrultusunda uzatma yönünde bir irade beyanında bulunmuşken bu kararın usulüne uygun olmadığı ve bu yüzden işin bitirilmesi gerektiği iddia edilen tarihten itibaren gecikme cezası hesaplanmasına gerek olmadığına hükmetmiştir.

5-) İhzarat Uygulamalarına İlişkin Uyuşmazlıklar

İhzarat, yapım işlerinde yapının yapılacağı yere yüklenici tarafından getirilen malzeme ve ekipmanlara ilişkin idarenin ödediği geçici meblağı ifade etmektedir.³⁶⁰ İhzarat ödemelerine ilişkin Sayıştay'ın pek çok kararı bulunmaktadır. Bu kararlardan Sayıştay 6. Dairesi'nin 06.02.1996 Tarihli ve 8953 Tutanak No'lu kararında³⁶¹

Dairesi, 29.11.2018 Tarihli 2018/3060 Esas 2018/4773 Karar Sayılı, Kararı, (Çevrimiçi), <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, 03.08.2021.

³⁵⁹ Sayıştay Temyiz Kurulu, 03.03.2009 Tarihli 30678 Tutanak No'lu Kararı. (Çevrimiçi), www.kazanci.com.tr, 10.06.2021.

³⁶⁰ İhzarat ödemesi için gereken koşullar Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin ilgili maddesinde şöyle yer almaktadır:

Geçici hakediş raporları

Madde 40- (...)

İhzaratın hakediş raporlarına geçirilebilmesi için, bunların işin bünyesine girecek veya yardımcı olarak kullanılacak malzemedan olması ve fiyatlarının İhale dokümanında gösterilmiş bulunması gereklidir.

(...)

³⁶¹ Sayıştay 6. Dairesi, 06.02.1996 Tarihli 8953 Tutanak No'lu Kararı. Karara Ünal, a. e., s. 41-42 adlı eserde ulaşılmıştır.

ihzarat ödemelerinin ne şekilde yapılabileceği açıkça ortaya konulmaktadır. Kararda yüklenici (X) ve ortağı (Y) Koll. Şti yükleniminde bulunan 4.000.000.000 TL bedelli (Z) Devlet Hastanesi İnşaatı işine ilişkin hakediş raporu incelemeye alınmıştır. Sayıştay konuya ilişkin 88/13181 Sayılı Kararname hükmünü³⁶² dikkate almış ve ihzarat kesintisinin ihzarat tesbit yılı hakedişlerine hangi fiyatla girilmiş ise bu fiyat ile ertesi yıl fiyatı arasındaki fark olarak yapılacağını ifade etmiştir. İncelenen hakediş raporuna göre ihzarat malzemeleri 1992 tespit yılı hakedişlerine 1990 sözleşme yılı ihzarat fiyatları ile girdiği halde 1992 uygulama yılından 1993 uygulama yılına devreden ihzarat malzemeleri için ihzarat kesintisi, 1992 tesbit yılı ihzarat fiyatları ile 1993 yılı ihzarat fiyatları arasındaki fark olarak yapılmıştır. Oysaki yapılması gereken ihzarat tespit yılı hakedişine 1990 uygulama yılı fiyatları girişi yapıldığından işbu giriş yapılan fiyat ile ertesi yıl fiyatı arasındaki fark kadar ihzarat kesintisi yapılmalıydı. Söz konusu bu yanlışlık, 1990-1992 yılları arasındaki ihzarat birim fiyat farkı için mükerrer ödeme yapılmasına neden olmuştur. Sayıştay her ne kadar bu yanlışlığın ilgili hakediş raporunda varsa ihzarata ödenecek fiyat farkları hariç olmak üzere bulunacak ödenmesi gereken imalat birim fiyat farkları icmalinden ihzarat ödenmiş birim fiyat farkları toplamının çıkartılması ile düzeltilebilmesinin mümkün olduğunu belirtse de bu hususun gözden kaçmasının ihtimal dâhilinde olduğunu ilave etmiştir. Sonuç olarak bu yanlışlığın kesin hakedişte düzeltilebilecek olmasının mükerrer ödemeyi ortadan kaldırmayacağını da Sayıştay tarafından dile getirilmiştir.³⁶³

Mükerrer ödemeye neden olan bir diğer hal de düzenlenen hakediş raporundaki hakediş bedelinden bir önceki hakediş raporunda yer alan ihzarat

³⁶² **88/13181 Sayılı Kararname**

“İhzarat Tesbiti ve Kesinti İşlemleri”

Madde 7- *“Her yılın sonu itibarıyla yapılmış ihzarat durumunu belirten bir tesbit tutanağı düzenlenecektir. Yapılan bu tesbitteki ihzarat miktarının tesbit yılı ihzarat fiyatlarıyla (İhzaratın tesbit yılı hakedişlerine giriş fiyatları) bedelleri tutarı ile aynı ihzarat miktarlarının ertesi yılın ihzarat fiyatlarıyla bedelleri tutarı arasındaki fark, varsa ihale indirimi veya zammı uygulanmak suretiyle müteahhidin ilk hakedişinden kesilir.*

Sonraki hakedişlere ihzarat uygulama yılı ihzarat fiyatları ile dahil edilir”

³⁶³ Sayıştay'ın aynı yöndeki başka kararı için bkz: Sayıştay 1. Dairesi, 28.09.1996 Tarihli 5936 Tutanak No'lu Kararı, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 24.07.2021. Kesin hakediş raporu düzenlenirken gerekli düzenleme yapılması karşısında artık kamu zararının oluşmasının mümkün olmadığına ilişkin güncel tarihli karar örneği olarak bkz: Sayıştay 8. Dairesi, 23.02.2021 Tarihli 200 Karar No'lu Kararı, (Çevrimiçi), <https://kararlar.sayistay.gov.tr/dk/?krr=32714>, 04.08.2021.

kesintisinin indirilmemiş olmasıdır. Konuya ilişkin Sayıştay 1. Dairesi'nin 10.06.1996 Tarihli ve 605423 Tutanak No'lu kararı³⁶⁴ verebiliriz. Karara konu incelemede (X) yüklenicisinin taahhüdünde bulunan 1.850.000.000 TL bedelli “Tunalı Polis Karakolu ve Lojman İnşaatı Yapım İşi”ne ait 3-8 numaralı hakediş raporları ve ekleri incelenmiştir. Söz konusu 3 ve devamı numaralı hakediş raporlarında 2 numaralı hakediş raporundaki 1991 yılı ihzarat kesintisi olan 57.510.000 TL'nin tenzil edilmediği görülmüştür. Sayıştay da haklı olarak bir sonraki hakedişte ihzarat kesintisine yer verilmemesinin bir önceki hakedişte kesilen ihzarat kesintisinin yükleniciye iadesine neden olduğunu belirtmiştir.³⁶⁵

İhzarat kesintisinin hesaplanan hakediş tutarına KDV eklenmeden önce yapılması gerektiğine ilişkin Sayıştay 2. Dairesi'nin 05.11.1991 Tarihli ve 3030126 Tutanak No'lu kararı bulunmaktadır.³⁶⁶ Kararda “Akhisar Selçuklu Sağlık Ocağı İnşaatı Yapım İşi”ne ilişkin hakedişlerin incelenmesinde ihzarat fiyat farkı kesintisinin hakediş tutarına KDV eklendikten sonra yapıldığı ve bu yüzden KDV hesabında ihzarat fiyat farkı kesintisi yapılmadan önceki tutarın esas alındığı görülmüştür. Konuya ilişkin Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi'nin ilgili hükmünü³⁶⁷ dikkate alan Sayıştay, KDV'nin ihzarat kesintisi de dahil olmak üzere türlü kesintiler yapıldıktan sonra bulunan miktar üzerinden hesaplanması gerektiğini ifade etmiştir.

³⁶⁴ Sayıştay 1. Dairesi, 10.06.1996 Tarihli ve 605423 Tutanak No'lu Kararı, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 24.07.2021.

³⁶⁵ Sayıştay'ın aynı yöndeki kararları için bkz: Sayıştay 1. Dairesi, 30.11.1995 Tarihli 5969 Tutanak No'lu Kararı, Sayıştay 1. Dairesi, 13.02.1996 Tarihli 5987 Tutanak No'lu Kararı. Kararlara Ünal, **a. e.**, s. 44-46 adlı eserde ulaşılmıştır.

³⁶⁶ Sayıştay 2. Dairesi, 05.11.1991 Tarihli 3030126 Tutanak No'lu kararı. Karara Ünal, **a. e.**, s. 46 adlı eserde ulaşılmıştır.

³⁶⁷ **Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi**

Madde 39 - (a) “(...)

Her hakediş tutarından bundan önceki hakediş tutarı çıkarıldıktan sonra kalan miktardan müteahhidin varsa yaptığı ihale indirimi düşülerek bulunan tutara, sözleşmesine göre ihale indirimi uygulanmaksızın ödenecek miktarlar eklenir. Böylece bulunan miktardan sözleşmede yazılı kesintiler, varsa müteahhidin idareye olan borçları ve cezaları ile kamunen alınması gereken vergiler kesilir. Bu miktara, idarece ilgili mevzuatına göre hesaplanacak katma değer vergisi eklenir”

Yüklenici tarafından verilen taahhüdün yerine getirilememesi halinde ihzaratın akıbeti ise Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinin 48. maddesinde³⁶⁸ yer almaktadır.

Sayıştay 6. Dairesi'nin 16.07.1991 Tarihli ve 8087/15 Tutanak No'lu kararına³⁶⁹ konu işte yüklenici tarafından işin zemin kat duvarları yapılmış, betonarme tabliye betonu ve merdiveni dökülmüş fakat kalıpları sökülmemiştir. Sözleşmenin sona ermesinin ardından (ne şekilde feshedildiği karardan anlaşılammaktadır) kalıp idarece söktürülmüş ve söküm bedeli yüklenicinin alacağından düşülmüş, kalıptan çıkan kereste ise yıpranma payı düşülerek, rayiç fiyat + %25 karla değerlendirilmiş ve yüklenicinin alacağına yazılmıştır. Sayıştay da Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinin ilgili hükmü gereği ihzarat malzemesinin ihzarat fiyatı üzerinden eksiltme indirimi düşülmeden ve %25 genel gider ve kar payı eklenmeden değerlendirilmesi gerekeceği kanaatine varmıştır.

İhzarat kesintileri ile ilgili son örnek olarak Sayıştay 1. Dairesi'nin 09.04.1996 Tarihli ve 603928 Tutanak No'lu kararını³⁷⁰ verebiliriz. Karara konu olayda farklı noktalara temas edilmekle birlikte Sayıştay'ın ilke olarak koyduğu kuralın, ihzarat tutanağı ile belirlenen malzemelere ödenek yetersizliği nedeniyle malzeme fiyat farkının eksik ödenmesinin ihzarat miktarında sonradan azaltmayı gerektirmeyeceği olduğunu söyleyebiliriz.

6-) Fiyat Farkına İlişkin Uyuşmazlıklar

Kamu ihale sözleşmelerinin yürütümü sırasında özellikle ülkemizde yaşanan ekonomik krizler göz önüne alındığında en problemlı sahalardan birinin de fiyat farkı

³⁶⁸ **Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi**

Madde 48 - Sözleşmenin bozulması halinde müteahhit, idarenin iznini almaksızın işyerindeki tesislerin ve bunlarla ilgili tesisatın hiçbirini bozup yerinden kaldırmak ve işyerinde bulunan ihzarat ve diğer malzeme, araç ve makinalarından herhangi birini başka yere götürmek veya herhangi bir şekilde başkasına devretmek veyahut işyerinde değişiklik yapmak hakkına sahip değildir. İdare bu tesisleri, tesisatı, ihzaratı (...) isterse satın alabilir.

a) Satın alınması uygun görülen ihzarat, sözleşmesinde fiyat farkı ödenmesi kabul edilmiş olanlar dahil, hakedişe girdiği tarihteki ihzarat fiyatları üzerinden eksiltme indirimi düşülmeksizin alınır. (...)

³⁶⁹ Sayıştay 2. Dairesi, 16.07.1991 Tarihli ve 8087/15 Tutanak No'lu Kararı, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 24.07.2021.

³⁷⁰ Sayıştay 1. Dairesi, 09.04.1996 Tarihli 603928 Tutanak No'lu Kararı. Karara Ünal, a. e., s. 48-49 adlı eserde ulaşılmıştır.

ödemesi olduğunu görmekteyiz.³⁷¹ İlgili bölümde açıkladığımız üzere bir kamu ihale sözleşmesine ilişkin fiyat farkı verilebilmesi, ancak sözleşmede buna ilişkin bir hükmün bulunması halinde mümkündür.³⁷² Söz konusu sözleşmede verilecek fiyat farkının, yapılan işin ne kadarına ilişkin olduğu ve neleri kapsayacağı da ayrıntılı bir şekilde belirlenmelidir. Sayıştay 1. Dairesi'nin 04.04.1996 Tarihli ve 6037/36 Tutanak No'lu Kararı bu konuda incelemeye değerdir. Karara konu olan sözleşmenin ilgili maddesi gereği³⁷³ fiyat farkı ödemesi ancak patlayıcı madde ve teferruatı, akaryakıt, çimento ve demir için söz konusudur. Sayıştay idare tarafından yükleniciye bu maddelerin harici olarak kereste fiyat farkı ödenmesini sözleşmeye aykırı bularak kamu zararının bulunduğuna hükmetmiştir. Biz de yukarıda ifade edilen görüşe paralel olarak kararı yerinde buluyoruz.

Fiyat farkının hangi malzemeye ilişkin verilebileceğinin yanında ihalenin uygulandığı döneme ilişkin yürürlükte bulunan fiyat farkı kararnamelerinin uygulanması gerekliliği de Sayıştay'ın başka bir kararında³⁷⁴ ifade edilmiştir. Karara konu olaydaki ihale, 2886 Sayılı Kanun çerçevesinde gerçekleştirilmiştir. 10.01.2002 tarihinde ihaleyi kazanan yükleniciye emanet komisyonununun 14.03.2002 Tarihli ve 03 Sayılı kararı ve 086663 No'lu fatura ile 35.984.704.350- TL imalat bedeli ve 17.507.728.867-TL 2001/2862 Sayılı Kararnameye göre fiyat farkı olmak üzere toplam 51.513.275.477- TL (KDV hariç) işin bedeli ödenmiştir. Yapılan denetim sırasında kanalizasyon şebekesi inşaatı işinin 10.01.2002 tarihinde ihale edilmesine

³⁷¹ Fiyat farkının hesaplanması sırasında oluşabilecek hatalardan dolayı Sayıştay'ın kamu zararına hükmettiği pek çok kararı bulunmakta olup güncel olanlara şu örnekleri verebiliriz: Sayıştay 3. Dairesi, 02.03.2021 Tarihli 376 Karar No'lu Kararı, (Çevrimiçi), <https://kararlar.sayistay.gov.tr/dk/?krr=33418>, 04.08.2021, Sayıştay 8. Dairesi, 16.03.2021 Tarihli 208 Karar No'lu Kararı, (Çevrimiçi), <https://kararlar.sayistay.gov.tr/dk/?krr=33377>, 04.08.2021, Sayıştay 8. Dairesi, 09.03.2021 Tarihli 207 Karar No'lu Kararı, (Çevrimiçi), <https://kararlar.sayistay.gov.tr/dk/?krr=33021>, 04.08.2021.

³⁷² Sayıştay 1. Dairesi'nin 04.04.1996 Tarihli ve 6037/36 Tutanak No'lu kararında "sözleşmenin hangi malzemelere fiyat farkı verileceğini belirlediği durumlarda, sözleşmede sayılanlar dışındaki malzemelere fiyat farkı ödenemez." şeklinde dile getirdiğimiz husus ifade edilmiştir.

³⁷³ "Taşeron sözleşme tarihinden işin bitim tarihine kadar geçen müddet içerisinde vergilerin artırılması, yeni vergi ve resimlerin konması, fiyatların yükselmesi, nakliye ve işçi ücretlerinin artması gibi sebeplere dayanarak fiyat farkı verilmesini veya müddetin uzatılmasını isteyemez. Ancak, sözleşmenin imzalanmasından sonra resmi makamlarca patlayıcı madde ve teferruatı, akaryakıt, çimento ve demir fiyatlarında bir fark husule gelirse, bu fark eksiltme tenzilatına tabi tutulmaksızın fiyat farkı olarak hakedişte ödenir."

³⁷⁴ Sayıştay 1. Dairesi, 28.02.2006 Tarihli 28385 Tutanak No'lu Kararı. Karara Ünal, a. e., s. 61-63 adlı eserden ulaşılmıştır.

karşın 2001/2862 Sayılı Fiyat Farkı Kararnamesinin uygulanmasının mevzuata aykırı olduğu ve dolasıyla kamunun zarara uğratıldığı tespit edilmiştir.

İhaleyi kazanan yüklenici ise 2002 yılı birim fiyat listeleri yayınlanmadığı için işin 2001 yılı fiyatları ile 35.984.151.080-TL keşif bedeli üzerinden yaptırıldığını, işin zaten 2002 yılında başlayıp 2002 yılında bittiğini, 2002 yılı birim fiyatları ile tutarının 58.327.076.000- TL olduğu dikkate alındığında idarenin eksik ödeme bile yaptığını belirterek tazmin hükmünün kaldırılmasını istemiştir.

Sayıştay, önüne gelen uyuşmazlıktaki ihale dokümanlarını incelediğinde idare ile yüklenici arasında imzalanan 25.01.2002 tarihli “İdari Şartname ve Sözleşme’ye göre malzeme fiyat farkı ödenmesi hususunda hüküm konulduğunu tespit etmiştir. Somut olayda ihale dokümanlarına göre yapılan işin bedelinin 2001 yılı birim fiyat listelerinin esas alınarak ve malzeme fiyat farkı eklenmek suretiyle ödenmesi gerekirken hakkında dokümanlarda hüküm bulunmayan aynı yıla ait bir fiyat kararnamesine göre birim fiyat farkı ödenmesi, hukuka aykırı bulunmuştur.³⁷⁵ Bu karar da ihale dokümanlarında yer alan fiyat farkına ilişkin maddedeki ibarelerin ne kadar önemli olduğunu ortaya koymaktadır.

İlave iş artışı ve buna bağlı olarak fiyat farkı ödenmesi, 4735 Sayılı Kanun’un ilgili hükümlerine göre gerçekleştirileceğini ilgili bölümde ifade etmiştik. Kanunun amir hükümlerine aykırılığın kamunun her zaman zararına neden olmayacağına ilişkin verilen Sayıştay Temyiz Kurulu’nun 21.06.2016 Tarihli ve 42095 Tutanak No’lu kararını³⁷⁶ incelemekte fayda bulunmaktadır.³⁷⁷ Karara konu olayda (X) Caddesi Çok Katlı Yer Altı Otopark İnşaatı işine ilişkin olarak yapılan ödemelere ilişkin denetimde “a-) Söz konusu yapım işinin proje değişikliği nedeniyle meydana

³⁷⁵ İlgili yıla ilişkin fiyat farkı kararnamesine uygun olarak ödemenin yapılması gerektiğine ilişkin güncel Sayıştay kararı örnekleri için bkz: Sayıştay 3. Dairesi, 02.03.2021 Tarihli 376 Karar No’lu Kararı, (Çevrimiçi), <https://kararlar.sayistay.gov.tr/dk/?krr=33420>, 04.08.2021, Sayıştay 1. Dairesi, 10.03.2021 Tarihli 10782 Karar No’lu Kararı, (Çevrimiçi), <https://kararlar.sayistay.gov.tr/dk/?krr=33420>, 04.08.2021.

³⁷⁶ Sayıştay Temyiz Kurulu’nun 21.06.2016 Tarihli 42095 Sayılı Tutanak No’lu Kararı, (Çevrimiçi), www.kazanci.com.tr, 10.06.2021.

³⁷⁷ Mevzuata aykırı her halin ihalelerde kamu zararına yol açmadığına ilişkin güncel karar örnekleri için bkz: Sayıştay 6. Dairesi, 12.11.2020 Tarihli 768 Karar No’lu Kararı, (Çevrimiçi), <https://kararlar.sayistay.gov.tr/dk/?krr=32556>, 04.08.2021, Sayıştay 5. Dairesi, 27.08.2020 Tarihli 432 Karar No’lu Kararı, (Çevrimiçi), <https://kararlar.sayistay.gov.tr/dk/?krr=32192>, 04.08.2021.

gelen iş artışı sebebiyle mevcut sözleşme kapsamında yapılamayacağı anlaşılmasına ve bu nedenle tasfiye edilmesi gerekmesine rağmen iş artışı yapılarak artış bedelinin ödendiği b-) söz konusu iş artışına isabet eden fiyat farkının ayrıca ödendiği” tespit edilmiştir. Bu sebeple ilgili görevlilerden zararın tazminine Sayıştay'ın ilgili dairesi (karardan neresi olduğu anlaşılammaktadır) tarafından karar verilmiştir. Bunun üzerine karar temyiz edilmiş ve uyuşmazlık Sayıştay Temyiz Kurulu'nun önüne taşınmıştır.

Sayıştay somut olaya uygulanacak ihale mevzuatını incelediğinde olaydaki gibi anahtar teslimi götürü bedel ihalelerin gerekli arazi ve zemin etütlerine dayalı olarak hazırlanan uygulama projeleri ve bunlara ilişkin hazırlanan mahal listelerine göre yapılması gerektiği, sözleşmelerdeki iş artışlarının 4735 Sayılı Kanun ve Yapım İşleri Genel Şartnamesi'ne göre zorunlu durumlar nedeniyle ancak sözleşme bedelinin % 10'una kadar olan miktarlarının aynı sözleşme dokümanındaki hükümler çerçevesinde aynı yükleniciye yaptırılabilceği ifade etmiştir. İlgili hükümlerin devamında işin bu şartlar dâhilinde tamamlanamayacağı anlaşılması durumunda ise iş artışı yapılmaksızın hesabı genel hükümlere göre tasfiye edileceği ifadesine göre işlem yapılmasının gerekeceğini ve bu hükümlerin ihale yöntemi ile ilgili vazgeçilmez olduğunu vurgulamıştır.

Temyizde bulunanlar ise savunmalarında kanun hükmünden hareketle kontrol heyeti ve harcama yetkilisince işin tasfiyesi yapılmayarak iş artışına gidilmesinin kamu ihale mevzuatına aykırılık teşkil etmekte olduğunu kabul etmişlerdir. Fakat can ve mal emniyetini ortadan kaldıracak nitelikteki şantiye sahasında gelişen durum sonucunda insanların kalabalık olarak yaşadığı en işlek caddede doğal afet vb. olayların meydana gelmesine sebep olmamak adına mevzuata aykırılık hususunun en başından beri biliniyor olmasına rağmen asıl işten ayrılması mümkün olmayan iş artışının yapılmak zorunda kalındığı şeklinde kendilerini müdafaa etmişlerdir. Buradan çıkan sonuç da işin projesinin en baştan işe uygun olmadığı ve dolayısıyla bu şartlar dâhilinde işin tamamlanmasının zaten mümkün olmadığıdır.

Sayıştay, zorunlu iş artışına konu ödemenin birinci sözleşmedeki fiyat şartları (ihale tenzilatı) dâhilinde fiilen yapılan çeşitli imalatlar karşılığı olduğu ve işin ancak

ikmal inşaatı ile tamamlanabildiği hususları birlikte ele alındığında söz konusu mevzuata aykırılığın kamu zararına sebebiyet vermediğine hükmetmiştir. Biz bu karara kesinlikle katılmıyoruz. Kararda bahsedilen durum, 4734 Sayılı Kanun`da düzenlenen pazarlık usulü ile ihaleye çıkılmasını gerektiren sebeplerden “*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*” halini³⁷⁸ teşkil etmektedir. O halde somut olayda yapılan ikmal inşaatı pek ala pazarlık usulü ile ihale edilebilirdi. Hal böyle iken söz konusu ikmal inşaatın ihalesiz aynı yükleniciye yaptırılması ve sözleşme kapsamında yapılamayacağı anlaşılan ve bu nedenle tasfiye edilmesi gereken bir işte iş artışı yapılarak iş artışı bedelinin fiyat farkı dâhil ödenmesi kamunun zararına neden olmaktadır.

7-) Kazı ve Dolgu İşlerine İlişkin Uyuşmazlıklar

4735 Sayılı Kanun hükümlerine göre gerçekleştirilen yapım işlerinde yapının yapılacağı zeminin kazılarak düzleştirilmesi ve uygun malzemelerle doldurulması, yüklenici tarafından oldukça önemli bir maliyet kalemi tutmaktadır. Bu durum da yükleniciye yapılan hakediş ödemeleri sırasında idare ile aralarında problemlere sebebiyet verebilmektedir. Bazı durumlarda ise kazı sırasında yapılan yükleme-boşaltma işlemlerine ilişkin olarak yükleniciye yapılan ödemelerle ilgili yapılan denetimlerde de ihtilaflar olabilmektedir. Konuya ilişkin örnek bir Sayıştay kararında³⁷⁹ Malatya-Darende-Gökpınar Sulaması İnşaatı işine ilişkin yapılan kazıda taşınan kum-çakıl malzemeleri için iki defa ödemedede bulunduğu gerekçesiyle kamu zararının oluştuğuna hükmedilmiştir.

Sayıştay, söz konusu yapım işine ilişkin dokümanlarda yer alan birim fiyat tarifesini incelediğinde “*a) ocaktan çıkarılan taşın konkasöre verilecek boyutta*

³⁷⁸ 4734 Sayılı Kanun`un 21. maddesinin ilk fıkrasının b-) bendi yukarıdaki olay tarihinde bu şekilde olup 16.05.2018 Tarihli ve 7144 Sayılı Kanun`un 11. maddesiyle bu bentte yer alan “*beklenmeyen veya*” ibaresinden sonra gelmek üzere “*yapım tekniği açısından özellik arz eden veya yapı veya can ve mal güvenliğinin sağlanması açısından ivedilikle yapılması gerekliliği idarece belirlenen hallerde veyahut*” ibaresi eklenmiştir. Söz konusu bu ibareyle de artık somut olaydaki durumlarda pazarlık usulünün uygulanması gerekliliğine ilişkin düşüncemiz perçinleşmiştir.

³⁷⁹ Sayıştay 1. Dairesi, 10.04.2006 Tarihli 2858330 Tutanak No`lu Kararı, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 24.07.2021.

kırıldıktan sonra araçlara yüklenmesi ve konkasör yanında boşaltılması, b) Kırılan ve elenen agreganın konkasör altından boşaltılması nedeniyle konkasör yakınında depolanan malzemenin yükleniciyle vasıtalara yüklenerek imalatla kullanılacak yerde figüresi ya da depoya boşaltılması” şeklinde olmak üzere iki ayrı yükleme-boşaltma işleminden bahsedilerek bu işlemlerin birim fiyata dâhil olduğu belirtmiştir. Yüklenici ise agrega malzemesinin kanallarda filtre malzemesi, ulaşım yollarında stabilize malzeme ve beton agregası olarak kullanılmakta olduğu, konkasörde agrega üretimi ile bu malzemenin kullanılacağı imalatların değişik nedenlerle eş zamanlı olarak yapılamadığı, bu nedenle depolanan malzemenin ikinci bir defa yükleme-boşaltma yapılarak imalat mahalline taşındığını dile getirmiştir.

Sayıştay’ın söz konusu iş sırasında mer’i olan mevzuat hükümlerini değerlendirmesi sonucu imalat birim fiyatlarına malzemenin yükleme-boşaltma ve istif bedeli dâhil olduğu için, ilgili imalatlarda kullanılan agrega malzemesi için ayrıca yükleme-boşaltma bedeli ödenebilmesinin ancak yüklenicinin kusurundan kaynaklanmaması halinde olabileceği yönündedir. Yüklenicinin ifade ettiği “*değişik nedenler*”in içerisinde kusurundan kaynaklanmadan bir nedenle ikinci defa yükleme-boşaltma işlemi gerçekleştiği ispat edilemediğinden ödemenin yersiz olduğuna kanaat getirmiştir. Böylelikle yükleniciye yapılan her hakediş ödemesinin sağlam gerekçelerle temellendirilmesi gerekeceği anlaşılmaktadır.³⁸⁰

Kazı ve dolgu işlerine ilişkin bir başka Sayıştay kararında³⁸¹ ise inşaatın temelinde konulan malzeme için yapılan işlemlere dair ödemeler uyumsuzluk konusu olmuştur. Karara konu olayda inşaat kazısından çıkan toprak ve balçığın hepsi dışarıya nakledilerek dökülmüş ve akabinde nasıl olduysa kazıdaki malzemeler elle tokmak vurularak sıkıştırılmıştır. Sayıştay mantiken inşaat alanından çıkan kazı malzemesinin tamamı dışarıya nakledildiğine göre sıkıştırma bedeli ödenecek

³⁸⁰ İdarelerce yüklenicilere yapılan hakediş ödemelerinde tevsik edici belge bulundurma zorunluluğuna ilişkin güncel karar örnekleri için bkz: Sayıştay 1. Dairesi, 03.12.2020 Tarihli 10801 Karar No’lu Kararı, (Çevrimiçi), <https://kararlar.sayistay.gov.tr/dk/?kr=32773>, 04.08.2021, Sayıştay 4. Dairesi, 10.11.2020 Tarihli 242 Karar No’lu Kararı, (Çevrimiçi), <https://kararlar.sayistay.gov.tr/dk/?kr=32313>, 04.08.2021, Sayıştay 1. Dairesi, 05.11.2020 Tarihli 169 Karar No’lu Kararı, (Çevrimiçi), <https://kararlar.sayistay.gov.tr/dk/?kr=32813>, 04.08.2021.

³⁸¹ Sayıştay 1. Dairesi, 05.11.1996 Tarihli 609531 Tutanak No’lu Kararı. Karara Ünal, a. e., s. 52-53 adlı eserden ulaşılmıştır.

toprağın mevcut olmaması gerekeceğine işaret etmiştir. Bu mantık hatası bir kenara bırakılacak olursa yükleniciye inşaat temeline serilen kum-çakıl için ve toprağın sıkıştırılması için ayrı ayrı hakediş bedelleri ödenmiştir. Birinci işleme ilişkin 15.140/2 Poz.lu imalât, inşaatın temel tabanına kum-çakıl serilmesi ve tokmaklanarak sıkıştırılması işlemini; ikinci işleme ilişkin 14.018 poz.lu imalat ise inşaat boşluklarının dolgusunun elle tokmak vurularak sıkıştırılmasını kapsamaktadır. Sayıştay bu tanımlamalar karşısında birinci işlemin ikinci işlemi kapsadığı gerekçesiyle yapılan ikinci ödemenin yersiz olduğuna kanaat getirmiştir. Kararın satır aralarından anlaşıldığı üzere ikinci iş hiç yapılmadığı halde Sayıştay tarafından bu iş yapılsaydı dahi sonucun değişmeyeceğinden ötürü işlemin yapılmadığına vurgu yapılmamaktadır. Karar bu yönüyle de ehemmiyet göstermektedir.

Birim fiyat tarifelerine göre mükerrer ödeme yapılmasının yanı sıra bazı ihalelerde de yanlış birim fiyat pozunun uygulandığı da görülmektedir. Sayıştay'ın bir kararından³⁸² öğrenildiği üzere Obruk Barajı ve HES İnşaatı işinde bayındırlık pozlarından, 15.313 poz no'lu barajlarda kaya kazılması ve yolda dolguya konulması imalatının patlayıcı madde kullanılmadan yapılması halinde, bu pozun fiyatına B-15.310 poz no'lu birim fiyatın %80'i ilave edilmesi gerekirken, 15.313 pozunu birim fiyatına %80 zam yapılarak ödenmiştir. Sayıştay'ın tespit ettiği üzere farklı poza ilişkin yapılan ödeme, doğru poza ilişkin ödemeye göre fazlalık teşkil ettiğinden kamu zararına neden olmuştur.

Yukarıdaki duruma benzer şekilde Sayıştay'ın bir başka kararına³⁸³ konu olayda yüklenicinin gerçekleştirdiği Aksaray Emlak Kredi İlköğretim Okul İnşaatı işine ait 6 numaralı hakediş raporu ile ekleri incelenmiştir. İlgili rapora konu işlemler, inşaat alanında yapılan kazıdan çıkan 4873,045 m³ malzemenin tamamının dışarıya nakledilmesi ve dışarıdan 2516.588 m³ dolgu malzemesi getirilerek inşaatın temel tabanına serilmesidir. Bu işlemlerden birincisine ilişkin olarak 15.006/1 poz no'lu stabilize temin bedeli ve ikincisine ilişkin de 15.140/2 poz no'lu temel tabanına

³⁸² Sayıştay Temyiz Kurulu, 07.04.2006 Tarihli 28573/32 Tutanak No'lu Kararı, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 24.07.2021.

³⁸³ Sayıştay 1. Dairesi, 05.11.1996 Tarihli 28573/609533 Tutanak No'lu Kararı. Karara Ünal, a. e., s. 54-56 adlı eserden ulaşılmıştır.

el ile tuvenan kum-çakıl serilmesi bedeli ödenmiştir. Fakat Sayıştay'ın incelediği ilgili birim fiyat tarifelerine göre 15.140/2 poz.unun tarifinde yer alan “Tuvenan kum ve çakılın temel tabanına dökülmesi” işlemi zaten 15.006/1 poz.unda da yer almaktadır. İkinci poz numaralı işleme ilişkin ödeme yerine 14.018 poz no`lu sıkıştırma bedeli ödenmesi yeterli olacağından Sayıştay tarafından kamu zararına sebebiyet verildiğine hükmedilmiştir.

8-) Hakediş Ödemelerine İlişkin Uyuşmazlıklar

Hakedişlerin denetimi esas itibariyle inceleme konularımız arasında olmamakla beraber ilgili Sayıştay kararlarını konu ile bağlantısından ötürü irdelemekte fayda olduğunu düşünüyoruz.³⁸⁴

Hakediş ödemeleri sırasında yüklenicilere birden fazla konuda vergi yükümlülüğü doğmaktadır. Usulüne uygun olarak ihale edilen bir işte planlanan takvimden farklı zamanlarda işin bitirilmesi söz konusu olabilmektedir. Vergi hukukunun temel prensiplerinden olan “işin gerçek mahiyetine göre vergilendirme ilkesi” gereği, kamu ihale sözleşmelerinde ihale doküman ve sözleşmelerinde yer alan hususlardan ziyade gerçek hayatta var olan yani fiili duruma göre hareket edilmelidir. Bu konuya ilişkin Sayıştay`ın bir kararı örnek verilebilir.³⁸⁵ İlgili kararda yüklenici (X), bir bölgedeki drenaj projesi işinin ihalesini kazanmıştır. Yapılan sözleşme gereği proje 1983 yılında başlayıp 1984 yılında sona erecektir. Fakat yüklenici 1984 yılına gelinmeden söz konusu projeyi tamamlamıştır. 1983 yılında beş adet hakediş ödemesi yükleniciye yapılmış ve her iki tarafın da birbirine borcu kalmamıştır. Fakat daha sonra yapılan denetimde ilgili mevzuat gereği birden fazla takvim yılına sirayet eden inşaat işine ilişkin hakediş bedellerinden %5 oranında gelir vergisi tevkifatının yapılmadığı gerekçesi ile tazmin hükmü verilmiştir. Uyuşmazlık önüne gelen Sayıştay ise fiilen yıllara sari hale gelmeyen işe ait kazançtan gelir

³⁸⁴ İhale yetkililerinin denetlenmesiyle dolaylı olarak ihalelerin de denetlenmesinde Sayıştay`ın oynadığı büyük rol için bkz: Özcan, a. g. e., s. 61.

³⁸⁵ Sayıştay 1. Dairesi, 27.10.1989 Tarihli 2200444 Tutanak No`lu Kararı. , (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 24.07.2021.

vergisi tevkifatı yapılmasına gerek olmadığına hükmetmiştir. Bu karar da göstermektedir ki vergiyi doğuran olayda işin gerçek mahiyeti esas alınmalıdır.³⁸⁶

İhale dokümanında kullanılan ifadeler de bazı durumlarda mükerrer ödemelere yol açabilmektedir. Özellikle birim fiyat sözleşmelerinde tanımlanan birim fiyata dâhil işlerin aynı kavramı ifade etmesi, tek bir işin yapılması ile birden fazla iş yapılmış gibi ödemenin gerçekleştirilmesine neden olabilmektedir. Konuya ilişkin Sayıştay'ın emsal nitelikli bir kararı bulunmaktadır.³⁸⁷ Karara ilişkin olayda bir yüklenicinin yapmış olduğu 96 dairesel öğretmen lojmanı ve 225 kişilik sağlık meslek lisesi inşaatına ilişkin 6 no'lu hakediş ödemesi incelenmiştir. Söz konusu ödemede yer alan birim fiyat tarifesine ilişkin 191.101 no'lu pozun³⁸⁸ ve 27.507 no'lu pozun³⁸⁹ ikisinin de sıva ve sıvaya dayalı tecrit işlemi olduğu görülmüştür. Yani aynı yer için önce 3,5 santim kalınlığında 400 kilogram dozlu sıva yapılmış; tekrar bunun üzerine 500 kilogram dozlu sıva yapılmıştır. Bu işlemlerden yalnızca birinin yapılması gerektiğinden aynı mahiyetteki iki pozun birlikte kullanıldığı için 183.434.200 TL'lik mükerrer ödeme söz konusu olmuştur.³⁹⁰ Bu karar da bizlere

³⁸⁶ Sayıştay'ın güncel tarihli kararlarında bu durumun tam tersi olarak başlangıçta birden fazla yılda yapılması öngörülmeden yapılmış işlerinin süre uzatım kararıyla fiilen yıllara yaygın hale gelmesiyle ilgili mevzuat gereği vergi tevkifatı yapılması gerektiğine hükmedilmiştir. Sayıştay 8. Dairesi, 16.02.2021 Tarihli 198 Karar No'lu Kararı, (Çevrimiçi), <https://kararlar.sayistay.gov.tr/dk/?kr=32849>, 04.08.2021, Sayıştay 7. Dairesi, 10.01.2019 Tarihli 319 Karar No'lu Kararı, (Çevrimiçi), <https://kararlar.sayistay.gov.tr/dk/?kr=28867>, 04.08.2021.

³⁸⁷ Sayıştay 3. Dairesi, 28.09.1995 Tarihli 111/43 Tutanak No'lu Kararı. Karara Ünal, a. g. e., s. 70-71 adlı eserde ulaşılmıştır.

³⁸⁸ *Tecrit yapılacak sathın temizlenmesi, derzlerin ayıklanıp yıkanması, 1.000 metre küp kum, 400 kilogram çimento ve 12 kilogram idarece kabul edilecek bir maddeden müteşekkil harçla ortalama 3,5 santim kalınlıkta ve iki tabakada olmak üzere kendi şartnamelerinde gösterildiği şekilde tecritli şap yapılması ve sulanması, bütün malzeme, zayıf işçilik, iş yerinde yükleme, yatay ve düşey taşıma, boşaltma, müteahhit karı ve genel giderler dahil 1 m2 fiyatı.*

Ölçü: Tecrit yapılan bütün sathlar projesinden ölçülür.

Not: 1) İdarenin yazılı izni ile uygulanır.

2) Kullanılacak gereçlerin orijinal ambalajlı olması, laboratuvar raporu bulunması şarttır. Bu tecrit fazla su tazyiki olmayan mahallerde tatbik edilir

³⁸⁹ *1 m3 dişli kuma 500 kg. çimento katılmasıyla hazırlanan harçla beton ya da betonarme yüzeyler üzerine önce bir tabaka serpmeye atılması ve üzerine aynı harçla bir defada ortalama 1.2 cm. kalınlığında sıva yapılması, lüzumlu zamanlarda sulanması, duvar yüzeyinin temizlenmesi, her türlü malzeme ve zayıf, işçilik, çalışma sehpaları, inşaat yerindeki yükleme, yatay ve düşey taşıma, boşaltma, müteahhit karı ve genel giderler dahil 1 m2 fiyatı. Ölçü: Projedeki ölçülere göre sıvanan bütün yüzeyler hesaplanır.*

³⁹⁰ Sayıştay'ın bu kararda olduğu gibi aynı mahiyetteki pozların kullanılmasıyla kamu zararına neden olduğuna ilişkin güncel karar örneği için bkz: Sayıştay 8. Dairesi, 16.05.2019 Tarihli 158 Karar No'lu Kararı, (Çevrimiçi), <https://kararlar.sayistay.gov.tr/dk/?kr=30103>, 04.08.2021.

göstermektedir ki ihale dokümanının düzgün bir şekilde hazırlanmaması, yükleniciye fazla yahut eksik ödemede bulunulmasına da neden olabilmektedir.

Hakediş ödemelerinden yapılacak bir diğer kesinti de yüklenicinin SGK`ya olan prim borçlarıdır. Sayıştay Temyiz Kurulu`nun 21.06.2016 Tarihli ve 42104 Tutanak No`lu kararına³⁹¹ konu olayda (X) Üniversite Rektörlüğü ve Bağlı Birimlerinin Temizlik Hizmeti İşinin 211 İşçi İle Sağlanması şeklindeki işte yüklenici tarafından emekli personel çalıştırıldığı halde emekli personel ile diğer personel maliyeti arasında sigorta priminden doğan fark düşülmeden ödeme yapıldığı (yüklenici tarafından yasal hükümler çerçevesinde SGK`ya % 5,5 oranında eksik yatırılan prim farklarının yükleniciden tahsil edilmediği) gerekçesiyle tazmin hükmü verilmiştir. Kararın tazmin yükümlüleri tarafından temyiz edilmesi üzerine uyuşmazlık Sayıştay Temyiz Kurulu`nun önüne taşınmıştır.

Sayıştay tarafından ilgili sosyal güvenlik mevzuatı incelendiğinde yüklenicinin normal işçiler için % 35, emekli işçiler için % 30 oranında prim ödemesi gerçekleştirildiği ve ödenen bu primler için idare tarafından işçinin çalışan-emeklilik durumlarına göre ayırım gözetilmeden sanki % 35 oranında ödenmiş gibi muamele yapıldığı tespit edilmiştir. Burada muameleden kastedilen % 5,5 oranında eksik yatırılan prim farklarının yükleniciden fiyat farkı kesintisi yapılmamasıdır. Sayıştay Temyiz Kurulu da ilgili mevzuat çerçevesinde indirilmesi gereken fiyat farkının indirilmeden yükleniciye ödemede bulunulmasında kamu zararının bulunduğuna ilişkin hükmü onamıştır.

³⁹¹ Sayıştay Temyiz Kurulu, 21.06.2016 Tarihli 42104 Tutanak No`lu Kararı, (Çevrimiçi), www.kazanci.com.tr, 10.06.2021.

**IV-) BÖLÜM: KAMU İHALE KANUNU'NDAN VE KAMU İHALE
SÖZLEŞMELERİ KANUNU'NDAN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARA
İLİŞKİN BAŞVURU YOLLARI**

**A-) KAMU İHALE KANUNU'NDAN KAYNAKLANAN
UYUŞMAZLIKLARA İLİŞKİN BAŞVURU YOLLARI**

1-) Aday, İstekli ve İstekli Olabilecekler Açısından

a-) İhale Makamı Olan İdareye Yapılan Şikâyet Başvurusu

(1) Şikâyet Başvurusunun Tanımı ve Hukuki Vasfı

4734 Sayılı Kanun`da düzenlenen ihale sürecinde ihale makamı olan idare tarafından ihalenin birçok paydaşını ilgilendiren bir dizi idari işlem ve eylemlerde bulunmaktadır. Kanun koyucu, söz konusu işlem ve eylemlerden dolayı hak ve menfaati tehlikeye girenleri korumak amacıyla “şikâyet”³⁹² ve “itirazın şikâyet” adı verilen iki farklı idari başvuru yolu öngörmüştür.³⁹³ 20.11.2008 Tarihli ve 5812 Sayılı Kanun ile 4734 Sayılı Kanun`un şikâyet ve itirazın şikâyetle ilgili düzenlemelerinde önemli değişiklikler yapılmıştır.³⁹⁴ 4734 Sayılı Kanun`un 54. maddesinde söz konusu iki başvuruya ilişkin ortak hükümlere yer verilmiş olup 55. maddesinde de müstakil olarak şikâyet başvurusu düzenlenmiştir.

4734 Sayılı Kanun`un 54. maddesi, idari yargıdaki sübjektif dava ehliyetine paralel bir düzenleme getirmiştir. İdari dava türlerinden olan tam yargı davasında

³⁹² Şikâyet terimi daha çok suçlamayı çağrıştırması ve yapılacak merci yönünden işlemi yapan merciin üstünü çağrıştırması sebebiyle yerinde olmadığı, bunun yerine itiraz teriminin daha doğru bir ifade olacağı bir yazar tarafından belirtilmiştir. Melih Akkurt, **Kamu İhaleleri Şikâyet ve İtirazen Şikâyet Hukuku**, Ankara, Adalet Yayınevi, Şubat 2010, s. 8. Biz de bu görüşü aynen benimsiyoruz. Nitekim idari başvurular için “müracaat” ve “itiraz” kelimelerinin daha yaygın kullanıldığı ifade edilmiştir. Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, **Türk İdari Yargılama Hukuku**, Ankara, Savaş Yayınevi, 2018, s. 251.

³⁹³ Söz konusu zorunlu idari başvuruların getirilmesindeki temel neden, ihale hakkında bilgi sahibi olan idarenin ve KİK`in yargı mercilerine göre daha hızlı bir şekilde uyuşmazlıkları sona erdireceği inancında yatmaktadır. Akkurt, **a. g. e.**, s. 6-7. Aynı zamanda ihale işlemlerinin ekonomik boyutu nedeniyle hıza ihtiyaç duyulduğundan da bahsedilmektedir. Akel, **a. g. e.**, s. 15. 4734 Sayılı Kanun`la getirilen bu zorunlu idari başvuru yolları düzenlemesi mevcut değilken yargının ağır işlemesinden dolayı hem istekliler hem de idareler için uyuşmazlık çözümünde büyük sıkıntılar oluştuğu ifade edilmiştir. Tan, **a. g. e.**, s. 326.

³⁹⁴ İşleyen, **a. g. e.**, s.141.

idari işlem ve eylemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan etkilenenler, iptal davasında ise kişisel, güncel ve meşru bir menfaati ihlal edilenler sübjektif dava açma ehliyetine sahiptirler.³⁹⁵ 4734 Sayılı Kanun'un 54. maddesinin birinci fıkrasında³⁹⁶ da hukuka aykırı eylemlerden hak kaybına veya zarara, hukuka aykırı işlemlerden ise zarara uğramasının muhtemel olduğu durumlarda ihale makamı olan idareye yönelik şikâyet başvurusunda bulunulabileceği ifade edilmiştir.³⁹⁷ Örneğin çerçeve anlaşma³⁹⁸ imzalanan istekli hakkında on iki ayda bir yapılacak yeterlik değerlendirmesine ilişkin idari işlem ve eylemlere karşı ihale makamı olan idareye şikâyet başvurusunda bulunulabilecektir.

Şikâyet başvurusu, ihale makamı olan idareye yapıldığından bir idari başvurudur. İdari başvuru, ihtiyari idari başvuru ve zorunlu idari başvuru olarak ikiye ayrılmaktadır. İhtiyari idari başvuru, en genel itibariyle İYUK'un 11. maddesinde düzenlenmiştir.³⁹⁹ Eğer kanunlarda zorunlu idari başvuru yolu öngörülmemişse

³⁹⁵ Söz konusu kuralın yasal dayanağını 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesi oluşturmaktadır;

İdari dava türleri ve idari yargı yetkisinin sınırı:

Madde 2 – 1. (Değişik: 10/6/1994-4001/1 md.) İdari dava türleri şunlardır:

a) **(İptal: Anayasa Mahkemesinin 21/9/1995 tarihli ve E:1995/27, K:1995/47 sayılı kararı ile; Yeniden Düzenleme: 8/6/2000-4577/5 md.)** İdarî işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan iptal davaları,

b) İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları,

(...)

³⁹⁶ *İhalelere yönelik başvurular*

Madde 54- (Değişik: 20/11/2008-5812/21 md.)

İhale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday veya istekli ile istekli olabilecekler, bu Kanunda belirtilen şekil ve usul kurallarına uygun olmak şartıyla şikâyet ve itirazın şikâyet başvurusunda bulunabilirler.

³⁹⁷ 4734 Sayılı Kanun'da düzenlenen zorunlu idari başvuru yollarındaki ehliyet şartının, idari yargıdaki menfaat ihlali şeklindeki iptal davalarına ilişkin olan sübjektif dava ehliyetine benzetilmesinin haklılığı bu alanda çalışan bir yazar tarafından da ifade edilmiştir. Akel, **4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nda İdari Başvuru Yolları ve Başvuru Ehliyeti**, s. 8. Yazar ayrıca KİK tarafından bu görüşün bağlayıcı kılınabilmesi için yasal bir düzenlemenin şart olduğunu da belirtmiştir. Akel, **a. e.**

³⁹⁸ 4734 Sayılı Kanun'un 4. maddesinde çerçeve anlaşma, bir veya birden fazla idare ile bir veya birden fazla istekli arasında, belirli bir zaman aralığında gerçekleştirilecek alımların özellikle fiyat ve mümkün olan hallerde öngörülen miktarlarının tespitine ilişkin şartları belirleyen anlaşma olarak ifade edilmiştir. 4735 Sayılı Kanun'un 6. maddesinin son fıkrasında da çerçeve anlaşma ve münferit sözleşmede belirtilmesi zorunlu olan hususları belirlemeye KİK yetkili kılınmıştır.

³⁹⁹ *Üst makamlara başvurma:*

İlgililer dava açmadan önce dava açma süresi içerisinde idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması için üst makamdan, üst makam yok ise işlemi yapmış olan makamdan talepte bulunabilirler. Zorunlu idari başvuru ise idari dava açılmadan önce kanunda başvurulması zorunlu olduğu belirtilen ve idareye yapılan başvuruya verilen addır. Zorunlu idari başvurunun en bilindik örneğini İYUK 13. madde⁴⁰⁰ oluşturmaktadır. Söz konusu madde hükmüne göre tam yargı davası açılmadan önce idari eylemin öğrenildiği tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde zarar verici eylemde bulunan idareye başvurmak gerekmektedir.⁴⁰¹

4734 Sayılı Kanun'un 54. maddesinin 2. fıkrasında⁴⁰² şikâyet başvurusunun açıkça tüketilmesi zorunlu idari başvuru yolu olduğu belirtilmiştir.⁴⁰³

Madde 11 – 1. İlgililer tarafından idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde istenebilir. Bu başvurma, işlemeye başlamış olan idari dava açma süresini durdurur.

2. Altmış gün içinde bir cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır.

3. İsteğin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması halinde dava açma süresi yeniden işlemeye başlar ve başvurma tarihine kadar geçmiş süre de hesaba katılır.

4. (Mülga : 10/6/1994-4001/6 md.)

⁴⁰⁰ Doğrudan doğruya tam yargı davası açılması:

Madde 13 – 1. İdari 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 otuz gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren, dava süresi içinde dava açılabilir.

2. Görevli olmayan adli (...) yargı mercilerine açılan tam yargı davasının görev yönünden reddi halinde sonradan idari yargı mercilerine açılacak davalarda, birinci fıkrada öngörülen idareye başvurma şartı aranmaz.

⁴⁰¹ 4734 Sayılı Kanun kapsamında ihale sürecindeki idari eylemlere karşı da şikâyet ve itirazın şikâyet başvurusu yapılması gerekeceğinden bu başvurular sonucu verilen kararlar da İYUK'un 13. maddesindeki yapılan başvuru sonucu alınan ön karara benzetilmiştir. Akel, a. e., s. 27.

⁴⁰² İhalelere yönelik başvurular

Madde 54- (Değişik: 20/11/2008-5812/21 md.)

Şikâyet ve itirazın şikâyet başvuruları, dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu idari başvuru yollarıdır.

⁴⁰³ 4734 Sayılı Kanun'a 5812 Sayılı Kanun'la eklenen bu hüküm ile bu konudaki tartışmaların önü kapatılmıştır. Aslında bu düzenlemeden önce kanunda zaten itirazın şikâyet başvurusu için zorunlu idari başvuru yolu denildiği ve bu yola başvurmak için de şikâyet yoluna başvurulacağından yapılan tartışmalar da anlamsızdı. Akkurt, a. g. e., s. 9.

(2) Şikâyet Başvurusunun İhale Sürecine Olan Etkisi

Şikâyet başvurusunda bulunulması ile birlikte ihalenin durumunun ne olacağına ilişkin kanunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Hal böyle olmakla beraber şikâyet merci ile söz konusu ihaleyi gerçekleştiren idarenin aynı olması ve idarenin 10 gün içerisinde karar verme mecburiyetinin olması, söz konusu şikâyet başvurusu incelenip karar verilmeden idare tarafından yeni bir ihale işlemi yapılmamasını gerektirdiği kanaatindeyiz.⁴⁰⁴ Öte yandan 4734 Sayılı Kanun'un 55. maddesinin son fıkrası⁴⁰⁵ gereğince idareye şikâyet başvurusunda bulunulması halinde, başvuru üzerine alınan kararın son bildirim tarihini, süresi içerisinde bir karar alınmaması halinde ise bu sürenin bitimini izleyen tarihten itibaren 10 gün geçmeden ve itirazın şikâyet başvurusunda bulunulmadığı hususuna ilişkin sorgulama yapılmadan veya itirazın şikâyet başvurusunda bulunulması halinde ise KİK tarafından nihai karar verilmeden sözleşme imzalanamayacaktır.

(3) Şikâyet Başvurusunun Süresi

Şikâyet başvurusu sürenin başlangıcı, hukuka aykırı olan eylem veya işlemin⁴⁰⁶ ittila olduğu veya ittila olunması gereken tarihi izleyen günden itibaren başlar.

⁴⁰⁴ Konuya ilişkin olarak İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Tebliğ'in 6. maddesinin son fıkrası ise aşağıdaki gibidir;

“(9) Kanunun 55 inci maddesinde 20/11/2008 tarihli ve 5812 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile, şikâyet sunulduktan sonra ihale yetkilisince ivedilik ve kamu yararı bulunması nedeniyle ihale işlemlerine devam edilmesi yönünde karar alınmasına ve bu karar üzerine sözleşmenin imzalanmasına imkan veren hüküm yürürlükten kaldırıldığından, idarelerce ivedilik ve kamu yararı bulunması nedeniyle ihale işlemlerine devam edilmesi yönünde karar alınarak sözleşmenin imzalanması mümkün bulunmamaktadır.”

Tebliğ'in hükmünde yer alan *“ihale işlemlerine devam edilmesi yönünde karar alınarak sözleşmenin imzalanması”* ibaresinden ise bizim görüşümüzün tam tersi olarak ihale işlemlerinin devam edeceği anlaşılmaktadır. Söz konusu düzenleme bu açıdan eleştiriye açıktır. İhale işlemlerinin devam edeceğine yönelik görüş için bkz: Akel, **a. g. e.**, s. 29.

⁴⁰⁵ *İdareye şikâyet başvurusu*

Madde 55- (Değişik: 20/11/2008-5812/22 md.)

İdareye şikâyet başvurusunda bulunulması halinde, başvuru üzerine alınan kararın son bildirim tarihini, süresi içerisinde bir karar alınmaması halinde ise bu sürenin bitimini izleyen tarihten itibaren on gün geçmeden ve itirazın şikâyet başvurusunda bulunulmadığı hususuna ilişkin sorgulama yapılmadan veya itirazın şikâyet başvurusunda bulunulması halinde ise Kurum tarafından nihai karar verilmeden sözleşme imzalanamaz.

⁴⁰⁶ Söz konusu bu eylem ve işlemlerin, ihalenin tanımının yapıldığı 4734 Sayılı Kanun'un 4. maddesinde ifade edildiği gibi, ihale kararının ihale yetkilisince onaylandığı andan sözleşme imzalanana kadarki olan sürede gerçekleştirilmesi gerekecektir. Akel, **a. g. e.**, s. 58. Bu süre zarfı

4734 Sayılı Kanun'un ilk fıkrasına göre⁴⁰⁷ ilanda yer alan hususlara yönelik başvuruların süresi ilk ilan tarihinden, ön yeterlik veya ihale dokümanının ilana yansımayan diğer hükümlerine yönelik başvuruların süresi ise dokümanın satın alındığı tarihten itibaren başlar. Yani bu tarihler ıttıla olunması gereken tarihler olarak kabul edilmektedir.

Sürenin başlangıcından itibaren 4734 Sayılı Kanun'un 21. maddenin b-) ve c-) bentlerine göre yapılan ihalelerde 5 gün, diğer hallerde ise 10 gün içinde ve sözleşmenin imzalanmasından önce şikâyet başvurusu yapılmalıdır. Kanunun 5 günle sınırlı tutuğu pazarlık usulü ile ihalenin gerçekleştirildiği söz konusu durumlardaki aciliyet gereği kanun koyucu şikâyet başvurusunun süresini kısa tutarak bir an önce ihalenin gerçekleşmesini aramaktadır.

4734 Sayılı Kanun'un 55. maddesinin 2. fıkrası⁴⁰⁸ gereğince ilan, ön yeterlik veya ihale dokümanına ilişkin şikâyetler yukarıdaki paragrafta belirtilen süreleri aşmamak üzere kural olarak en geç ihale veya son başvuru tarihinden 3 iş günü öncesine kadar yapılabilir.⁴⁰⁹ Söz konusu düzenleme dikkatle incelenirse ihale veya son başvuru tarihinden geriye doğru 3 iş günü + 1 gün gidilmesi sonucu başvurunun

dışında ihale makamı olan idarece gerçekleştirilen işlemlere karşı genel idari yargı yolu çerçevesinde dava açma hakkı pek tabi ki mahfuzdur.

⁴⁰⁷ İdareye şikâyet başvurusu

Madde 55- (Değişik: 20/11/2008-5812/22 md.)

Şikâyet başvurusu, ihale sürecindeki işlem veya eylemlerin hukuka aykırılığı iddiasıyla bu işlem veya eylemlerin farkına varıldığı veya farkına varılmış olması gereken tarihi izleyen günden itibaren 21 inci maddenin (b) ve (c) bentlerine göre yapılan ihalelerde beş gün, diğer hallerde ise on gün içinde ve sözleşmenin imzalanmasından önce, ihaleyi yapan idareye yapılır. İlanda yer alan hususlara yönelik başvuruların süresi ilk ilan tarihinden, ön yeterlik veya ihale dokümanının ilana yansımayan diğer hükümlerine yönelik başvuruların süresi ise dokümanın satın alındığı tarihte başlar.

⁴⁰⁸ İdareye şikâyet başvurusu

Madde 55- (Değişik: 20/11/2008-5812/22 md.)

İlan, ön yeterlik veya ihale dokümanına ilişkin şikâyetler birinci fıkradaki süreleri aşmamak üzere en geç ihale veya son başvuru tarihinden üç iş günü öncesine kadar yapılabilir. Bu yöndeki başvuruların idarelerce ihale veya son başvuru tarihinden önce sonuçlandırılması esastır. Şikâyet üzerine yapılan incelemede tekliflerin hazırlanmasını veya işin gerçekleştirilmesini etkileyebilecek maddi veya teknik hataların veya eksikliklerin bulunması ve idarece ihale dokümanında düzeltme yapılmasına karar verilmesi halinde, gerekli düzeltme yapılarak 29 uncu maddede belirtilen usule göre son başvuru veya ihale tarihi bir defaya mahsus olmak üzere ertelenir. Ancak belirlenen maddi veya teknik hataların veya eksikliklerin ilanda da bulunması halinde 26 ncı maddeye göre işlem tesis edilir.

⁴⁰⁹ Bu düzenleme bizi dokümanı ihale tarihinden önceki 3 iş günü içerisinde alan kişilerin dokümana ilişkin şikâyet hakkının bulunmadığı sonuca götürmektedir. Uslu, **a. g. e.**, s. 112. İhalelerle Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin 7. maddesi gereği şikâyet başvurusuna ilişkin sürenin son günü tatil gününe denk gelirse tatil gününü izleyen çalışma günü, başvuru için son gün olarak kabul edilecektir.

yapılabileceği son güne ulaşılmış olmaktadır. Bu kuralın istisnasını ihale veya son başvuru tarihinden evvel ön yeterlik/yeterlik başvurusunda bulunulması veya teklif verilmesi hali teşkil eder. Bu ihtimalde 4734 Sayılı Kanun'un 30. maddesinin 2. fıkrasında ifade edildiği gibi "*Teklif mektubunda ihale dokümanının tamamen okunup kabul edildiğinin belirtilmesi, zorunludur.*" ibaresi yer aldığından,⁴¹⁰ ihaleye teklif veren isteklilerin teklif mektuplarında, ihale dokümanı içeriğini tamamen okuyup kabul ettiklerine dair beyanda bulunmaları ve tekliflerini buna göre vermiş olmaları nedeniyle, bu aşamadan sonra ihale ilanı veya ihale dokümanının içeriğine yönelik şikâyet başvurusunda bulunulamaz.⁴¹¹ Şikâyet yoluna başvurmayı, teklifin ihale dokümanının tamamen okunup kabul edilerek verilmesi dolayısıyla bu denli bir sınırlamanın hak arama özgürlüğüne engel teşkil ettiği kanaatindeyiz. İhale sürecinin gerektirdiği çabukluk için faydalı gözükse de söz konusu düzenlemede en azından teklif mektubunun ihtirazi kayıtlarla verilmesinin ve bu kayıtlarla verilen teklifler için de ihale ilanı veya ihale dokümanının içeriğine yönelik şikâyet yoluna başvurulmasının mümkün kılınmasının hak arama özgürlüğü açısından daha doğru olacağı kanaatindeyiz.

İlan, ön yeterlik veya ihale dokümanına ilişkin şikâyet başvurularının idarelerce ihale veya son başvuru tarihinden önce sonuçlandırılması esastır. Bu yüzden yapılan başvuru ile ilgili bir karar verilmeden ihale veya ön yeterlik değerlendirilmesi yapılmamalıdır.⁴¹² Şikâyet üzerine yapılan incelemede tekliflerin hazırlanmasını veya işin gerçekleştirilmesini etkileyebilecek maddi veya teknik hataların veya eksikliklerin bulunması ve idarece ihale dokümanında düzeltme yapılmasına karar verilmesi halinde, gerekli düzeltme yapılarak 4734 Sayılı Kanun'un 29. maddesinde⁴¹³ belirtilen usule göre son başvuru veya ihale tarihi bir

⁴¹⁰ Zaten istekliler tarafından bu yönde bir beyanda bulunulmazsa verilen teklif geçerli olamayacaktır.

⁴¹¹ Veli Böke, **Kamu İhaleleri Şikâyet Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayınları, Ağustos 2006, s.30. Yazar tarafından şikâyet başvurusunda bulunulduktan sonra teklif vermenin başvuruyu etkilemeyeceği ifade edilmiştir. Böke, **a. e.**

⁴¹² Sadettin Doğanyigit, "Kamu İhalelerinde Hak Arama Yolları, İdareye Şikâyet Başvurusu", **Maliye ve Sigorta Yorumları**, Mart 2011, S. 139, s. 167.

⁴¹³ *İhale dokümanında değişiklik veya açıklama yapılması*

Madde 29-

Ancak, ilân yapıldıktan sonra, tekliflerin hazırlanmasını veya işin gerçekleştirilmesini etkileyebilecek maddi veya teknik hatalar veya eksikliklerin idarece tespit edilmesi veya isteklilerce yazılı olarak bildirilmesi halinde, ihale dokümanında değişiklikler yapılabilir. Yapılan bu değişikliklere ilişkin

defaya mahsus olmak üzere ertelenebilir. Ancak belirlenen maddi veya teknik hataların veya eksikliklerin ilanda da bulunması halinde 4734 Sayılı Kanun'un 26. maddesine⁴¹⁴ göre işlem tesis edilir. Böylelikle şikâyetin haklı görülmesi halinde ihale tarihinden önce söz konusu ihale dokümanında gerekli düzeltmeler yapılarak ihale iptal edilmeksizin ihale sürecinin devam etmesi sağlanmış olmaktadır.⁴¹⁵

(4) Şikâyet Başvurusunun Şekli

Şikâyet başvurusu, ihale makamı olan idareye hitaben 4734 Sayılı Kanun'un 54. maddesinin 4. fıkrasında⁴¹⁶ belirtilen hususları barındıracak şekilde imzalı dilekçe ile yapılmalıdır. Söz konusu dilekçenin ekinde aynı maddenin 5. fıkrasında⁴¹⁷

ihale dokümanının bağlayıcı bir parçası olan zeyilname, son teklif verme gününden en az on gün öncesinde bilgi sahibi olmalarını temin edecek şekilde ihale dokümanı alanların tamamına gönderilir. Zeyilname ile yapılan değişiklikler nedeniyle tekliflerin hazırlanabilmesi için ek süreye ihtiyaç duyulması halinde, ihale tarihi bir defaya mahsus olmak üzere en fazla yirmi gün zeyilname ile ertelenebilir. Zeyilname düzenlenmesi halinde, teklifini bu düzenlemeden önce vermiş olan isteklilere tekliflerini geri çekerek, yeniden teklif verme imkanı sağlanır.

İdarenin birden fazla zeyilname düzenlemesi mümkün olup sadece ihale tarihinin ertelenmesi için bir defa zeyilname düzenlenebileceği ifade edilmiştir. Erdem, Büber, a. g. e., s. 25. KİK, 06.01.2010 Tarihli ve 2010/UH.III-29 Sayılı kararında zeyilname yoluyla ihale tarihinin iki defa ertelenmesini mevzuata aykırı addetmiştir. Erdem, Büber, a. g. e., s. 28. Konuya ilişkin güncel karar örneği olarak bkz: Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 17.06.2020
Karar No:2020/UH.I-1092, (Çevrimiçi),
<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 03.08.2021.

⁴¹⁴ İlânın uygun olmaması

Madde 26- 13, 24 ve 25 inci maddelerdeki hükümlere uygun olmayan ilânlar geçersizdir. Bu durumda, ilân bu Maddelere uygun bir şekilde yenilenmedikçe ihale veya ön yeterlik yapılamaz.

(Değişik ikinci fıkra: 20/11/2008-5812/9 md.) Ancak, 13 üncü maddede belirtilen ilânın yapılmaması veya ilân sürelerine uyulmaması halleri hariç, yapılan ilânlarda 24 ve 25 inci madde hükümlerine uygun olmayan hatalar bulunması durumunda, 13 üncü maddeye göre yirmibeş ve kırk günlük ilan süresi bulunan ihalelerde ilânların yayımlanmasını takip eden onbeş gün diğer ihalelerde ise on gün içinde hatalı hususlar için düzeltme ilânı yapılmak suretiyle ihale veya ön yeterlik gerçekleştirilebilir.

⁴¹⁵ İşleyen, a. g. e., s.144.

⁴¹⁶ İhalelere yönelik başvurular

Madde 54- (Değişik: 20/11/2008-5812/21 md.)

Dilekçelerde aşağıdaki hususlara yer verilir:

- Başvuru sahibinin, varsa vekil ya da temsilcisinin adı, soyadı veya unvanı ve adresi.
- İhaleyi yapan idarenin ve ihalenin adı veya ihale kayıt numarası.
- Başvuruya konu olan durumun farkına varıldığı veya bildirildiği tarih.
- Başvurunun konusu, sebepleri ve dayandığı deliller.

⁴¹⁷ İhalelere yönelik başvurular

Madde 54- (Değişik: 20/11/2008-5812/21 md.)

Şikâyet dilekçelerine, başvuruda bulunmaya yetkili olduğuna dair belgeler ile imza sirkülerinin aslı veya yetkili mercilerce onaylı örneğinin eklenmesi zorunludur. Aday veya isteklinin başvuru belgeleri veya teklif zarfı içerisinde bu belgelerin bulunması durumunda, dilekçe ekinde söz konusu belgeler aranmaz.

belirtilen belgelerin bulunması ya da aday veya isteklinin başvuru belgeleri veya teklif zarfı içerisinde bu belgeleri bulundurması gereklidir.

İhalelere Yönelik Başvurular Hakkındaki Yönetmeliğin 8. maddesinin 8. fıkrası⁴¹⁸ gereği başvuru ortak girişim olması halinde başvurunun pilot/koordinator ortak⁴¹⁹ tarafından ya da ortaklığı temsil yetkisi verilen ortakların tamamı tarafından yapılması gerekir. Başvuru pilot/koordinator ortak tarafından yapıldığında ortak girişim beyannamesinin, temsil yetkisi verilen ortak/ortaklar tarafından yapıldığında ise temsil yetkisi verildiğine ilişkin belgenin şikâyet dilekçesine eklenmesi gerekecektir.

4734 Sayılı Kanun'un 54. maddesinin 9. fıkrası⁴²⁰ gereği dilekçeye ilişkin hususlar ve eki niteliğindeki belgelerde eksiklik bulunması halinde başvuru mercii bu eksikliğin giderilmesini isteme zorunluluğu bulunmamaktadır. Başvuru, başvuru süresi içerisinde söz konusu eksiklikleri giderirse başvuru usulüne uygun olarak yapılmış kabul edilip incelemeye alınacaktır.

4734 Sayılı Kanun'un 54. maddesinin 10. fıkrasına⁴²¹ göre şikâyet başvurusu mercii yanlıştır belirlenmesi halinde (örneğin farklı bir idareye yahut mahkemeye) başvuru mercii söz konusu başvuruyu ihale makamı olan idareye yöneltmelidir.⁴²²

⁴¹⁸ **Başvuruların şekil unsurları**

MADDE 8 –

(8) Ortak girişim adına yapılacak şikâyet veya itirazın şikâyet başvurularının, pilot ortak/koordinator ortak veya temsil yetkisi verilen özel ortak ya da ortakların tamamı tarafından yapılması zorunludur. Bu başvurulara, ortak girişim beyannamesinin veya sözleşmesinin, özel ortak tarafından yapılan başvurularda ayrıca özel ortağa temsil yetkisi verildiğine ilişkin belgenin eklenmesi gerekir.

⁴¹⁹ Ortak Girişimin esas ortağı, iş ortaklığında pilot ortak, konsorsiyumda ise koordinator ortak adını alır. İnan, Yazmacı, **a. g. e.**, s. 58.

⁴²⁰ *İhalelere yönelik başvurular*

Madde 54- (Değişik: 20/11/2008-5812/21 md.)

Belirtilen hususlara aykırılık içeren ve henüz başvuru süresi dolmamış olan başvurulardaki eksiklikler, idare veya Kurumun bildirim yapma zorunluluğu bulunmaksızın, başvuru süresinin sonuna kadar başvuru sahibi tarafından giderilebilir.

⁴²¹ *İhalelere yönelik başvurular*

Madde 54- (Değişik: 20/11/2008-5812/21 md.)

Ek: 6/2/2014-6518/50 md.) *Başvuruların ihaleyi yapan idare veya Kurum dışındaki idari mercilere ya da yargı mercilerine yapılması ve başvuru dilekçelerinin bu merciler tarafından ilgisine göre idareye veya Kuruma gönderilmesi hâlinde, dilekçelerin idare veya Kurum kayıtlarına girdiği tarih, başvuru tarihi olarak kabul edilir.*

⁴²² Bu alanda çalışan bir yazar tarafından bu mercilere örnek olarak yurtdışında yaşayanlar için Türk konsoloslukları verilmiştir. Böke, **a. g. e.**, s.31. Fakat bu husus başvuru mercii hatasından ziyade söz

Ancak bu durumda başvuru tarihi, başvurunun doğru olan mercie ulaşma tarihi kabul edilecektir.

Şikâyet başvurusu, İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin 9. maddesinin ilk fıkrası⁴²³ belirtildiği üzere idareye elden veya posta yoluyla yahut EKAP üzerinden e-imza kullanılarak olmak üzere üç farklı şekilde yapılabilir.

(5) Şikâyet Başvurusunda Bulunabilecekler

Şikâyet başvurusunda bulunacak kişiler ihale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday veya istekli ile istekli olabileceklerdir.⁴²⁴ Başvurucuların aday, istekli veya istekli olabileceğin sıfatına

konusu kişilerin olanaklarından kaynaklanmaktadır. Her halükarda dilekçenin idareye ulaştığı tarih başvuru tarihi olarak kabul edilecektir. Kanunda “gönderilmesi” halinde ifadesinden dolayı 4734 Sayılı Kanun’a göre yanlış başvuru yapılan idarelerin başvuruları doğru idareye gönderme zorunluğunun bulunmadığı ve ancak 10.11.1984 Tarihli ve 3071 Sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun’un 5. maddesi gereği bu zorunluluğun sağlandığı öğretilmişir. Akel, a. g. e., s. 51.

⁴²³ **Başvuruların yapılacağı yerler**

MADDE 9 – (1) (Değişik:RG-30/9/2020-31260) Şikayet başvuruları, elden veya posta yoluyla ya da EKAP üzerinden e-imza kullanılarak (e-şikayet) ihaleyi yapan idareye, itirazın şikayet başvuruları ise elden veya posta yoluyla Kuruma yapılır.

⁴²⁴ Kanun hükmünde kümülatif olarak sayılan kişilerin hangi durumlarda ne gibi işlemlere başvurabileceği 28.01.2009 tarihli İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Tebliğ’in 3. maddesinde aşağıdaki gibi belirtilmiştir;

Şikayet başvurusunda bulunabilecekler

Madde 3– (1) İhale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday ve istekliler ile istekli olabilecekler şikayet başvurusunda bulunabilir.

(2) İstekli olabilecekler; ön yeterlik ve/veya ihale dokümanının verilmesi, ön yeterlik ve/veya ihale ilanında veya ön yeterlik ve/veya ihale dokümanında yer verilen düzenlemeler ve/veya bu düzenlemeler ile idari uygulamalar arasındaki uyumsuzluklar hakkında başvuruda bulunabilir. Bununla birlikte, ilana yönelik başvuruda bulunabilmek için de istekli olabilecek sıfatını kazanmak zorunlu olduğundan, bu kapsamda dokümanın satın alınması gerektiği hususuna dikkat edilmelidir.

(3) Adaylar; belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan ihalelerde ön yeterlik başvurularının sunulması, değerlendirmesi ve sonuçlandırılmasına ilişkin idari işlem ve eylemler; belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan danışmanlık hizmet alımı ihalelerinde ise ayrıca kısa listeye alınmış olmaları kaydıyla ihale daveti ve/veya ihale dokümanının gönderilmesi, ihale dokümanında yer verilen düzenlemeler ve/veya bu düzenlemeler ile idari uygulamalar arasındaki uyumsuzluklar hakkında başvuruda bulunabilir.

(4) İstekliler; yeterlik başvurularının veya tekliflerin sunulması, değerlendirilmesi ve ihalenin sonuçlandırılmasına ilişkin idari işlem veya eylemler hakkında başvuruda bulunabilir.

(5) Kanununun 21 inci maddesinin (a), (d) ve (e) bentlerine göre yapılan ihalelerde, ihale dokümanında belirtilen değerlendirme kriterlerine göre yeterliği tespit edilen istekliler tarafından, ihale konusu işin teknik detayları ve gerçekleştirme yöntemleri gibi hususlar üzerinde yapılan görüşmeler sonucundaki ihale komisyonunun değerlendirmesine ve bu değerlendirmeler sonucunda oluşturulan şartları

sahip olduğunu tevsik etmeleri yeterli olup şikâyet konu işlem ve eylemlerin hukuka uygunluk incelemesi esasa ilişkin incelemeyle birlikte yapılacaktır.

(6) Şikâyet Başvurusunda İleri Sürülebilecek Nedenler ve İdarenin İncelemesi

Şikâyet başvurusunda öne sürülen temel husus, idarenin eylem ya da işleminin hukuka aykırı olduğu iddiasıdır. Fiziken yapılan başvurularda başvuruyu alan idare yetkilisi, başvuru tarihinin saptanması için aynı gün alındı belgesi düzenlemelidir.⁴²⁵ İhale komisyonunun gerçekleştirdiği bir işleme ilişkin şikâyette ihale yetkilisi tarafından komisyon üyesi olan birinin incelemede görevlendirilmemesi gerekir.⁴²⁶ Şikâyet başvurusunu alan idarenin vereceği karar ne olursa olsun mutlaka gerekçeli olmalıdır. 4734 Sayılı Kanun'un 55. maddesinin 3. fıkrası⁴²⁷ gereği idare, şikâyet başvurusu üzerine gerekli incelemeyi yaparak 10 gün içinde bir karar alır.⁴²⁸ Alınan karar, şikâyetçi ile diğer aday veya istekliler ile istekli olabileceklere karar tarihini izleyen 3 gün içinde bildirilir. İlan ile ihale veya ön yeterlik dokümanına yönelik başvurular dışında istekli olabileceklere ayrıca bildirim yapılmaz. Çünkü bu kişiler ihalede teklif vermedikleri için ancak ilan ile ihale veya ön yeterlik dokümanına ilişkin hukuki menfaatleri söz konusu olabilecektir.

netleştirilmiş teknik şartnameye karşı yapılacak şikâyet başvurusu dokümana ilişkin bir başvuru olmakla birlikte, ihale tarihinden sonra ihale komisyonu tarafından gerçekleştirilen bir işlem olması nedeniyle bu dokümana da istekli sıfatıyla başvuruda bulunulabilir.

(6) İlan ile ön yeterlik veya ihale dokümanına yönelik şikâyet başvuruları, ihale veya son başvuru tarihinden üç iş günü öncesine kadar yapılabilmekte ise de bu tarihten önce ön yeterlik/ yeterlik başvurusunda bulunulması veya teklif verilmesi halinde, Kanununun 30 uncu maddesinin ikinci fıkrası uyarınca "Teklif mektubunda ihale dokümanının tamamen okunup kabul edildiğinin belirtilmesi, zorunludur." hükmü uyarınca, ihaleye teklif veren isteklilerin teklif mektuplarında, ihale dokümanı içeriğini tamamen okuyup kabul ettiklerine dair beyanda bulunmaları ve tekliflerini buna göre vermiş olmaları nedeniyle, bu aşamadan sonra ihale ilanı veya ihale dokümanının içeriğine yönelik şikâyet başvurusunda bulunulamaz.

⁴²⁵ Böke, a. g. e., s.43.

⁴²⁶ KİK'in 01.08.2005 Tarihli ve 2005/UM.Z-1478 Sayılı Kararı da bu yöndedir. Böke, a. e.

⁴²⁷ İdareye şikâyet başvurusu

Madde 55- (Değişik: 20/11/2008-5812/22 md.)

İdare, şikâyet başvurusu üzerine gerekli incelemeyi yaparak on gün içinde gerekçeli bir karar alır. Alınan karar, şikâyetçi ile diğer aday veya istekliler ile istekli olabileceklere karar tarihini izleyen üç gün içinde bildirilir. İlan ile ihale veya ön yeterlik dokümanına yönelik başvurular dışında istekli olabileceklere bildirim yapılmaz.

⁴²⁸ Anılan sürede karar verilmezse bu durum idarece zımnen ret sayılmaktadır.

4734 Sayılı Kanun'un 54. maddesinin 11. fıkrasına⁴²⁹ göre şikâyet başvurusu üzerine idarece verilecek üç tür karar bulunmaktadır. Bunlar ihalenin iptali, düzeltici işlemin belirlenmesi ve başvurunun reddi kararıdır. Öncelikle başvuruyu alan idare, başvurunun usul ve şekil kurallarına uygun yapıp yapılmadığını denetleyecektir. Şayet bu hususlarda eksik varsa başvurunun reddi kararı verilmelidir. Bu konuda eksiklik tespit edilemediğinde ikinci olarak bakılacak husus kamu ihale sözleşmesinin başvuru anında akdedilip akdedilmediğidir. Eğer başvuru anında kamu ihale sözleşmesi taraflarca akdedilmişse idare yine başvurunun reddi kararı verecektir. Sözleşmenin akdedilmediğini de tespit eden idare bu takdirde işin esasına girerek incelemede bulunacaktır.

Şikâyet merciin hukuka uygunluk denetimi söz konusu ihalenin kamu ihale mevzuatına uygun yapıp yapılmadığından ibarettir. Eğer şikâyete konu işlemde hukuka aykırılık tespit etmezse başvurunun reddi yönünde karar verecektir. Söz konusu işleminin hukuka aykırı olduğunun tespiti halinde ise bu sefer hukuka aykırılığın ihale sürecine olan etkisi incelenecektir. Şayet şikâyete konu işlemde idare tarafından düzeltme yapılması yoluyla giderilebilecek ve ihale sürecinin kesintiye uğratılmasına gerek bulunmayacak bir hukuka aykırılık mevcutsa bu takdirde düzeltici işlem belirlenecektir. Fakat söz konusu hukuka aykırılık, ihale sürecinin devam etmesine engel oluşturacak ve düzeltici işlemle giderilemeyecek derecedeysse bu takdirde ihalenin iptali kararı verilecektir.

⁴²⁹ İhalelere yönelik başvurular

Madde 54- (Değişik: 20/11/2008-5812/21 md.)

Başvurular üzerine ihaleyi yapan idare (...) tarafından gerekçeli olarak;

- a) İhale sürecinin devam etmesine engel oluşturacak ve düzeltici işlemle giderilemeyecek hukuka aykırılığın tespit edilmesi halinde ihalenin iptaline,*
 - b) İdare tarafından düzeltme yapılması yoluyla giderilebilecek ve ihale sürecinin kesintiye uğratılmasına gerek bulunmayan durumlarda, düzeltici işlem belirlenmesine,*
 - c) Başvurunun süre, usul ve şekil kurallarına uygun olmaması, usulüne uygun olarak sözleşme imzalanmış olması veya şikâyete konu işlemlerde hukuka aykırılığın tespit edilememesi (...) hallerinde başvurunun reddine,*
- karar verilir. (...)*

b-) Kamu İhale Kurumuna Yapılan İtirazen Şikâyet Başvurusu

(1) İtirazen Şikâyet Başvurusunun Tanımı ve Hukuki Vasfı

İtirazen şikâyet başvurusu, 4734 Sayılı Kanun'un 54. maddesinde şikâyet ile birlikte düzenlenirken 56. maddesinde de müstakil olarak bazı düzenlemelere yer verilmiştir.

4734 Sayılı Kanun'un 56. maddesinin ilk fıkrasına⁴³⁰ göre itirazen şikâyet başvurusu, ihale makamı olan idareye şikâyet başvurusunda bulunan ve idarenin verdiği kararı uygun bulmayan yahut başvuru tarihinden itibaren geçen 10 günlük sürede idarece yanıt verilmeyen hallerde zımnen başvurusu reddedilen aday, istekli ve istekli olabilecekler tarafından KİK'e yapılan idari başvurudur.⁴³¹ Söz konusu başvuru, dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu olan bir başvurudur. KİK'in herhangi bir ihaleyi itirazen şikâyet başvurusu olmadan res`en incelemesi söz konusu değildir.⁴³²

Kural şikâyet sonucu zımnen veya sarıh olarak verilen karara karşı itirazen şikâyet başvurusunda bulunulması ise de şikâyet veya itirazen şikâyet sonucu ihalenin iptali kararına karşı da başvuru dışındaki diğer başvurabilecekler tarafından doğrudan itirazen şikâyet yoluna başvuru açık tutulmuştur. İtirazen şikâyete konu olabilecek ihalenin iptali kararları ise şikâyet başvurusu üzerine idare

⁴³⁰ Kuruma itirazen şikâyet başvurusu

Madde 56- (Değişik: 22/11/2008-5812/23 md.)

İdareye şikâyet başvurusunda bulunan veya idarece alınan kararı uygun bulmayan aday, istekli veya istekli olabilecekler tarafından 55 inci maddenin dördüncü fıkrasında belirtilen hallerde ve sürede, sözleşme imzalanmadan önce itirazen şikâyet başvurusunda bulunulabilir. İhalenin iptaline ilişkin işlem ve kararlardan, sadece şikâyet ve itirazen şikâyet üzerine alınanlar itirazen şikâyete konu edilebilir ve bu kararlara karşı beş gün içinde doğrudan Kuruma başvuruda bulunulabilir.

⁴³¹ Böke, **a. e.**, s.28. Zımnî ret durumunda sürenin başlangıcının başvuruçulara bildirilmemesinin hak arama hürriyetine aykırılık teşkil edebileceğine ilişkin Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvuruda Mahkemece 09.02.2017 Tarihli 2016/143 Esas 2017/23 Karar Sayılı Kararıyla herhangi bir aykırılık olmadığına hükmedilmiştir. Toprak, **a. g. e.**, s. 19.

⁴³² İşleyen, **a. g. e.**, s.145. 4734 Sayılı Kanun'un ilk halinde bu ihtimal mevcut olup 5812 Sayılı Kanun değişikliği ile KİK'in bu yetkisi kaldırılmıştır. Söz konusu kanun değişikliğinin bazı idareleri keyfi sayılabilecek hareket tarzına sevk ettiği ve kamuoyu denetimini olumsuz etkilediği yönündeki görüş için bkz: Öncü, "İstekliler Boyutuyla Kamu İhalelerine Yönelik Şikâyet Süreci ve 2012 Yılı İtirazen Şikâyet Başvuru Bedelleri", s. 99. Bu durumu öğretide bir başka yazar şu sözlerle ifade etmiştir: "Kamu İhale Kurumu'nun res`en inceleme yetkisinin ortadan kaldırılması, kamuoyunu rahatsız eden ve basına yansıyan konuların denetimsiz kalmasına neden olabilecek niteliktedir." Cevdet Bozkurt, "Kamu İhale Mevzuatı Çerçevesinde Sözleşmelerin Feshi", **Maliye Postası**, Eylül 2012, sayı 769, s. 70.

tarafından şikâyet dilekçesinin kayıtlara alındığı tarih veya sonrasında herhangi bir nedenle⁴³³ idare tarafından alınan iptal kararları ile itirazen şikâyet üzerine Kurul tarafından başvurunun reddine veya düzeltici işlem belirlenmesine karar verildikten sonra idare tarafından alınan iptal kararlarıdır. Kanun hükmü bu yönde olmakla beraber başvurulara yönelik ilgili tebliğin 2. maddesinin 3. fıkrasında⁴³⁴ ihalenin iptali kararına karşı ancak teklifi geçerli kabul edilenlerin doğrudan itirazen şikâyet başvurusunda bulunabileceği ifade edilmiştir. Diğer bir deyişle ihale iptal edilmekle birlikte teklifi de değerlendirme dışı bırakılan isteklilerin, olağan usul olarak önce şikâyet başvurusunda bulunmaları gerekecektir.⁴³⁵ İstisnanın istisnasının istisnası olarak tebliğin ilgili maddesinin devamında ihalenin iptali işleminden önce bir şikâyet başvurusunun olduğu hallerde de teklifi değerlendirme dışı bırakılanların doğrudan KİK'e başvurabileceği öngörülmüştür. Fakat herhangi bir şikâyet veya itirazen şikâyet başvurusu olmaksızın alınan ihalenin iptali kararı, ilgili tebliğin 2. maddesinin 4. fıkrasında⁴³⁶ açıkça belirtildiği üzere itirazen şikâyet başvurusuna

⁴³³ “Herhangi bir nedenle” ibaresi şikâyete konu işlem ile ihalenin iptali arasında herhangi bir illiyet bağının bulunmak zorunda olmadığını göstermektedir. Uslu, **a. g. e.**, s. 115. Yargı mercileri de bu görüşe katılmaktadır. Örneğin Danıştay bir kararında “ ... ihalenin iptal edilmesinin, daha önce yapılan şikâyet başvurusundaki gerekçelerden kaynaklanıp kaynaklanmadığına yönelik bir ayırım 4734 sayılı Kanunda yapılmadığından, şikâyet ve itirazen şikâyet üzerine alınan ihalenin iptaline ilişkin işlemlerin tümü hakkında itirazen şikâyet başvurusunda bulunulabilecektir...” demektedir. Danıştay 13. Dairesi, 27.05.2015 Tarihli 2015/2394 Esas 2015/1997 Karar Sayılı Kararı. Aynı ibare güncel tarihli bir kararda da yer almaktadır. Danıştay 13. Dairesi, 08.12.2020 Tarihli 2020/2873 Esas 2020/3583 Karar Sayılı Kararı, (Çevrimiçi), <https://karararama.danistay.gov.tr/getDokuman?id=638132700&arananKelime=null>, 03.08.2021.

⁴³⁴ **İdareye şikâyet başvurusu**

Madde 2

(3) **(Ek:RG-17/7/2010-27644) (Değişik:RG-3/5/2011-27923)** İhalede geçerli teklif kalmaması nedeniyle veya ihalede geçerli teklif olmakla birlikte bazı tekliflerin değerlendirme dışı bırakılması nedeniyle ihalede rekabetin oluşmadığı ve/veya kaynakların etkin kullanımının gerçekleşmediği gerekçesiyle ihalenin idare tarafından iptal edildiği durumlarda, aday veya istekliler tarafından başvuru veya teklifin değerlendirme dışı bırakılmasına veya ihalenin iptali ile birlikte başvuru veya teklifin değerlendirme dışı bırakılmasına karşı yapılan başvurular, ihalenin iptal edilmesi işlemine karşı yapılan başvuru olarak değerlendirilmez. Bu başvurular ihalenin iptaline yönelik bir başvuru olarak değerlendirilmediğinden, başvuruların öncelikle idareye yapılması, idareye yapılan şikâyet başvurusu üzerine idare tarafından alınan kararın uygun bulunmaması veya on günlük süre içerisinde idare tarafından bir karar alınmaması hallerinde Kuruma itirazen şikâyet başvurusunda bulunulması gerekmektedir. Ancak ihalenin iptali işleminden önce bir şikâyet başvurusunun olduğu hallerde, başvuru veya teklifi değerlendirme dışı bırakılan aday veya isteklinin, teklifinin geçerli olduğuna ve bu nedenle ihalenin iptal edilmemesi gerektiğine yönelik olarak 4734 sayılı Kanununun 56 ncı maddesinin birinci fıkrasında öngörülen beş günlük süre içerisinde doğrudan Kuruma itirazen şikâyet başvurusunda bulunması da mümkündür.

⁴³⁵ Uslu, **a. g. e.**, s. 115-116.

⁴³⁶ **İdareye şikâyet başvurusu**

Madde 2 –

konu olmayıp direk idari yargıda dava konusu edilebilecek bir idari işlem olarak kabul edilmiştir.

İdareye şikâyet başvurusunda bulunmayan aday veya istekliler, tebliğde açıklandığı üzere şikâyet başvurusu üzerine idarenin ihalenin iptali kararı dışında aldığı kararlar için de bir hak kaybına veya zarara uğradığı veya zarara uğramasının muhtemel olduğu iddiasıyla ve şikâyet başvurusuna ilişkin olarak verilen kararda belirtilen hususlarla sınırlı olarak doğrudan KİK'e itirazen şikâyet başvurusunda bulunabilir. Bu durum 4734 Sayılı Kanun'un 56. maddesinin ilk fıkrasında da yer almaktadır. Şikâyet merciin vermiş olduğu karara karşı tekrar aynı merci yerine doğrudan KİK'e başvurulması imkânının getirilmesi etkili başvurunun gerçekleşmesi için önemlidir. Bir diğer doğrudan KİK'e başvurma hali de ilgili yönetmeliğin 23. maddesinde⁴³⁷ yer alan Kurul tarafından alınan kararların eksik ya da yanlış uygulandığı iddiasıyla yeniden itirazen şikâyet başvurusunda bulunulmasıdır. Fakat söz konusu kararın hiç uygulanmaması halinde o zaman TCK'nın 257. maddesinde tanımlanan görevi kötüye kullanma suçuna ilişkin cezai takibatın başlatılması için yetkili Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulabilir.⁴³⁸

İtirazen şikâyet başvurusuna hangi hallerde doğrudan hangi hallerde şikâyet başvurusu üzerine verilen karar sonucu başvurulabileceği mevzuatta bir hayli karışık

(4) (Ek:RG-3/5/2011-27923) Kuruma yapılan itirazen şikâyet başvurusu üzerine Kurul tarafından başvuru sahibinin teklifinin geçerli olduğuna dair düzeltici işlem kararı verilen hallerde, idarenin ihalenin iptali kararını geri alarak düzeltici işlem kararının gereğini yerine getirmesi zorunludur. İdarenin ihalenin iptali kararını geri almaması durumunda iptal kararına karşı yapılacak başvurunun doğrudan idari yargı mercilerine yapılması gerekmektedir.

⁴³⁷ **Kararların uygulanması**

MADDE 23 – (1) İdare, hukuki durumda değişiklik yaratan Kurul kararlarının gerektirdiği işlemleri ivedilikle yerine getirmek zorundadır.

(2) (Değişik:RG-3/5/2011-27923) Hukuki durumda değişiklik yaratan Kurul kararlarının eksik veya yanlış uygulandığını iddia eden ilgililer bu hususa ilişkin başvuruyu itirazen şikâyet başvurusu olarak doğrudan Kuruma yaparlar.

(3) Kurul tarafından alınan kararların hiç uygulanmaması halinde doğrudan Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulabilir.

⁴³⁸ Sadece suç duyurusunda bulunulması, ceza muhakemesine ilişkin süreci başlatacak olup yasal süre içerisinde itirazen şikâyet başvurusunda bulunulmaması halinde ihale sürecine ilişkin hukuka aykırı işlemlerin düzeltilmesi mümkün olmayacağı isabetle ifade edilmiştir. Ömer Köse, "İdarelerin Kamu İhale Kurulu Kararlarını Yerine Getirmemesi Durumunda Yapılması Gereken İşlem Nedir?", **Mali Kılavuz**, Nisan-Haziran 2015, sayı 68 s. 12.

olarak düzenlenmiştir.⁴³⁹ Konunun daha anlaşılır kılınması için aşağıdaki tabloya bakılabilir:

Ana Kural İdareye şikâyet başvurusunda bulunan aday, istekli veya istekli olabilecekler tarafından itirazın şikâyet başvurusunda bulunulabilir.	Şikâyet → İtirazen Şikâyet
İstisna-1 İdareye şikâyet başvurusunda bulunmamakla beraber başka bir ilgili tarafından şikâyet başvurusu üzerine idarenin ihalenin iptali kararı dışında aldığı kararlar için bir hak kaybına veya zarara uğradığı veya zarara uğramasının muhtemel olduğu iddiasıyla ve şikâyet başvurusuna ilişkin olarak verilen kararda belirtilen hususlarla sınırlı olarak doğrudan KİK'e itirazın şikâyet başvurusunda bulunabilir	Doğrudan İtirazen Şikâyet
İstisna-2 Kurul tarafından alınan kararlar hukuki durumunda değişiklik yaratılan ilgililer Kurul kararlarının eksik ya da yanlış uygulandığı iddiasıyla yeniden itirazın şikâyet başvurusunda bulunabilir. ⁴⁴⁰	Doğrudan İtirazen Şikâyet

⁴³⁹ Uygulamada ilgililere tebliğ edilecek olan standart formlarda ilgili başvuru yolları açıkça belirtileceği için bir sorun teşkil etmeyeceği kanaatindeyiz. Aynı yöndeki görüş için bkz: Bülent Büber, "Kamu İhale Mevzuatında Ne Değişti? Serbest Muhasebeciler ve Mali Müşavirler Merkezli Bir Değerlendirme", **Maliye Postası**, Mayıs 2016, sayı 857, s. 97. 4734 Sayılı Kanun'a aykırı olan yönetmelik ve tebliğ hükümlerinin ayrıca anayasa gereği kanunla dahi düzenlemeyeceğine yönelik eleştiri için bkz: Akel, **a. g. e.**, s. 8.

⁴⁴⁰ Bu başvuru öncesinde şikâyet ve itirazın şikâyet başvurusu aşamalarından geçirildiği gözden kaçırılmamalıdır.

<p>İstisna-3</p> <p>Şikâyet başvurusu üzerine idare tarafından şikâyet dilekçesinin kayıtlara alındığı tarih veya sonrasında herhangi bir nedenle idare tarafından alınan iptal kararları ile itirazın şikâyet üzerine Kurul tarafından başvurunun reddine veya düzeltici işlem belirlenmesine karar verildikten sonra idare tarafından alınan iptal kararlarına karşı teklifi değerlendirme dışı bırakılmayan aday veya istekli doğrudan KİK'e başvurabilir.</p>	<p>Doğrudan İtirazen Şikâyet</p>
<p>İstisna-4</p> <p>Şikâyet başvurusu üzerine idare tarafından şikâyet dilekçesinin kayıtlara alındığı tarih veya sonrasında herhangi bir nedenle idare tarafından alınan iptal kararları ile itirazın şikâyet üzerine Kurul tarafından başvurunun reddine veya düzeltici işlem belirlenmesine karar verildikten sonra idare tarafından alınan iptal kararlarına karşı teklifi değerlendirme dışı bırakılan aday veya istekli doğrudan KİK'e başvurabileceği gibi önce şikâyet ardından itirazın şikâyet başvurusunda bulunabilir.</p>	<p>Doğrudan İtirazen Şikâyet veya Şikâyet → İtirazen Şikâyet</p>
<p>İstisna-5</p> <p>İstisna 3 ve 4 harici durumlarda verilen ihalenin iptali kararlarına karşı doğrudan idari yargıda dava açılabilir.</p>	<p>Doğrudan İdari Yargıda Dava</p>

Şekil 1: İtirazen Şikâyet Başvurusuna İlişkin Olası Durumlar

İtirazen şikâyet başvurusunda ihalenin tür ve parasal büyüklüğü dikkate alınarak başvuru bedeli belirlenmektedir.⁴⁴¹ Kanun koyucu tarafından başvuru bedelinin yanı sıra ayriyeten teminat düzenlemesine de yer vermiştir. İtirazen şikâyet başvurusunda bulunanlardan 4734 Sayılı Kanun'un 53. maddesinin j-) bendinin 2-) nolu alt bendinde belirtilen bedelin 4 katı tutarına kadar başvuru teminatı alınmasına Cumhurbaşkanınca karar verilebilir. Söz konusu teminatlar KİK'in kendi gelirleri ile ilişkilendirilmediği ayrı hesaplara yatırılır.

4734 Sayılı Kanun'un 54. maddesinin 11. fıkrasına⁴⁴² göre itirazen şikâyet başvurusunun KİK'in görev alanında bulunmayan bir konuda yapılması halinde başvurunun reddi kararı yahut ihalenin iptali ya da düzeltici işlem yapılması kararları verilirse yatırılan teminatlar iade edilir. Diğer nedenlerle başvurunun reddi kararı verilirse o halde yatırılan teminatın gelir kaydedilmesine karar verilir.

(2) İtirazen Şikâyet Başvurusunun İhale Sürecine Olan Etkisi

İtirazen şikâyet başvurusuyla ilgili hükümlerde ihale sürecinin durumuna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiş olup sadece 4734 Sayılı Kanun'un 55. maddesinin 5. fıkrasında⁴⁴³ başvuru sonuçlandırılmadan kamu ihale sözleşmesinin

⁴⁴¹ Bu alanda çalışan bir yazar tarafından KİK'e başvurulması gerekirken doğrudan mahkemede dava açılması yani idari merci tecavüzü halinde dosyanın KİK'e gönderilmesiyle birlikte artık başvuru bedeli ödenmeyeceği ifade edilmiştir. İnan, a. g. e., s. 77. Biz bu görüşe katılmıyoruz zira söz konusu görüşün kabul edilmesi halinde başvuru bedeli ödememek için herkesin KİK'e itirazen şikâyet başvurusunda bulunmak yerine doğrudan mahkemede dava açması işten bile değildir. Ayrıca yazarın belirttiği görüşün herhangi bir yasal dayanağı da bulunmamaktadır. Ayrıca yazarın başvuru vekilliği yaptığı bir olayda dosyanın belirtilen şekilde KİK'e tevdiinden itibaren başvuru bedeli yatırılmadığı için ret kararı aldığı bir KİK kararı da mevcuttur. Söz konusu karar için bkz: Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 21.10.2015
Karar No:2015/UY.IV-2804, (Çevrimiçi),
<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 10.06.2021. İdareye yönelik şikâyet başvurusunda ise herhangi bir başvuru bedeli öngörülmediğinden ücretsizdir.

⁴⁴² İhalelere yönelik başvurular

Madde 54- (Değişik: 20/11/2008-5812/21 md.)

(...) Kurumun görev alanında bulunmaması hali hariç, itirazen şikâyet başvurusunun reddedilmesi durumunda, başvuru teminatı yatırılan hallerde teminatın gelir kaydedilmesine de karar verilir.

⁴⁴³ İdareye şikâyet başvurusu

Madde 55- (Değişik: 20/11/2008-5812/22 md.)

İdareye şikâyet başvurusunda bulunulması halinde, başvuru üzerine alınan kararın son bildirim tarihini, süresi içerisinde bir karar alınmaması halinde ise bu sürenin bitimini izleyen tarihten itibaren on gün geçmeden ve itirazen şikâyet başvurusunda bulunulmadığı hususuna ilişkin sorgulama

akdedilmeyeceği düzenlenmiştir. O halde sözleşmenin akdedilmesi hariç ihale makamı olan idarece ihaleye devam edilmesinde yasal bir engel bulunmamaktadır.

(3) İtirazen Şikâyet Başvurusunun Süresi

İhale makamı olan idareye şikâyet başvurusunda bulunup da belirtilen süre içinde bir karar alınmaması durumunda başvuru sahibi tarafından karar verme süresinin bitimini, süresinde alınan kararın uygun bulunmaması durumunda ise başvuru sahibi dâhil aday, istekli veya istekli olabilecekler tarafından idarece alınan kararın bildirimini izleyen 10 gün içinde KİK'e itirazen şikâyet başvurusunda bulunulabilir. Başvuru mutlaka kamu ihale sözleşmesi imzalanmadan önce yapılmalıdır. İdare tarafından karar verme süresinin bitiminden sonra idarenin cevap vermesi halinde 10 günlük süre yeniden işlemeye başlayacağı kanaatindeyiz.

İlgili yönetmeliğin 14. maddesinin 2. fıkrasına⁴⁴⁴ göre idareye yapılan ve ilk başvuru ile aynı mahiyette olan daha sonraki şikâyet başvurularına idarece verilen cevaplar başvuru süresini yeniden başlatmaz. Burada yapılan şikâyet başvurularının aynı mahiyette olup olmadığını takdir edecek olan KİK olmalıdır zira başvurunun süresinde yapılıp yapılmadığını KİK inceleyecektir.

İhalenin iptaline ilişkin işlem ve kararlardan ise sadece şikâyet ve itirazen şikâyet üzerine alınanlar itirazen şikâyete konu edilebilir ve bu kararlara karşı 5 gün içinde doğrudan KİK'e başvuruda bulunulabilir.

(4) İtirazen Şikâyet Başvurusunun Şekli

İtirazen şikâyet başvurusu, KİK'e hitaben 4734 Sayılı Kanun'un 54. maddesinin 4. fıkrasında⁴⁴⁵ belirtilen hususları barındıracak şekilde imzalı dilekçe ile

yapılmadan veya itirazen şikâyet başvurusunda bulunulması halinde ise Kurum tarafından nihai karar verilmeden sözleşme imzalanamaz.

⁴⁴⁴ **İtirazen şikâyet başvuruları**

MADDE 14 –

(2) Aynı kişi tarafından idareye yapılan ve ilk başvuru ile aynı mahiyette olan daha sonraki şikâyet başvurularına idarece verilen cevaplar başvuru süresini yeniden başlatmaz.

⁴⁴⁵ **İhalelere yönelik başvurular**

Madde 54- (Değişik: 20/11/2008-5812/21 md.)

Dilekçelerde aşağıdaki hususlara yer verilir:

a) Başvuru sahibinin, varsa vekil ya da temsilcisinin adı, soyadı veya unvanı ve adresi.

yapılmalıdır.⁴⁴⁶ Söz konusu dilekçenin ekinde aynı maddenin 7. fıkrasında⁴⁴⁷ belirtilen belgelerin bulunması ya da aday veya isteklinin başvuru belgeleri veya teklif zarfı içerisinde bu belgeleri bulundurması gereklidir.

Temsilci veya vekil tarafından yapılan başvurularda, temsile yetkili olduğuna dair belgede özel olarak itirazın şikâyet yoluna başvuruya ilişkin yetki olmalıdır.⁴⁴⁸

Şikâyet başvurusunun şekline ilişkin bölümde kanunda yer alan dilekçeye ilişkin hususlar ve eki niteliğindeki belgelerde eksiklik bulunması halinde başvuru mercii bu eksikliğin giderilmesini isteme zorunluluğu bulunmadığını belirtmiştir. Her ne kadar zorunluluk bulunmasa da ilgili tebliğin 13. maddesinin 2. fıkrasında⁴⁴⁹ belirtildiği gibi KİK tarafından başvuru eksikliklerini internet sitesinden duyurma şeklinde bir uygulaması bulunmaktadır.⁴⁵⁰ KİK'in resmi sitesinde yapılan duyuruda eksikliğin hangi nedenden kaynaklandığı belirtilmekte fakat ne zamana kadar tamamlanması gerekeceğine ilişkin bir husus bulunmamaktadır.⁴⁵¹ Söz konusu duyuru, başvurulabilecek son günün mesai bitimine kadar sitede bulunmaktadır.⁴⁵²

b) İhaleyi yapan idarenin ve ihalenin adı veya ihale kayıt numarası.

c) Başvuruya konu olan durumun farkına varıldığı veya bildirildiği tarih.

d) Başvurunun konusu, sebepleri ve dayandığı deliller.

e) İtirazın şikâyet başvurularında idareye yapılan şikâyetin ve varsa şikâyetle ilişkin idare kararının bildirim tarihi.

⁴⁴⁶ 20.07.2021 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin 9. maddesinde 20.06.2021 tarihinde yapılan değişiklikle artık EKAP üzerinden e-imza ile de başvuru olanağı da getirilmiştir. Yönetmelik tarafından yapılan bu başvuru, e-itirazın şikâyet olarak adlandırılmıştır.

⁴⁴⁷ İhalelere yönelik başvurular

Madde 54- (Değişik: 20/11/2008-5812/21 md.)

İtirazın şikâyet dilekçelerine, başvuruda bulunmaya yetkili olduğuna dair belgeler ile imza sirkülerinin aslı veya yetkili mercilerce onaylı örneklerinin, varsa şikâyetle idareye verilen cevabın bir örneği ile başvuru bedeli ve teminatının Kurum hesaplarına yatırıldığına dair belgenin eklenmesi zorunludur.

⁴⁴⁸ Böke, a. g. e., s.34.

⁴⁴⁹ **Ön inceleme konuları bakımından yapılacak inceleme**

MADDE 13 –

(2) İtirazın şikâyet başvurusundaki şekil eksikliklerine yönelik olarak Kurumun internet sitesinde belirtilen eksikliklerin başvuru sahibi tarafından başvuru süresi dolmadan önce Kurum kayıtlarına girecek şekilde tamamlanması ve eksikliklerin giderilmesine yönelik dilekçelerde bu hususların açıkça belirtilmesi gerekmektedir.

⁴⁵⁰ Uslu, a. g. e., s. 113.

⁴⁵¹ Uslu, a. e..

⁴⁵² Uslu, a. e..

Başvurucu başvurma süresi içerisinde söz konusu eksiklikleri giderirse başvuru usulüne uygun olarak yapılmış kabul edilip incelemeye alınacaktır.

Başvuru dilekçesindeki şekil şartlarının en önemlilerinden birisi de iddianın somut gerekçe ve delillere dayandırılması olarak da ifade edilebilecek olan 4734 Sayılı Kanun'un 54. maddesinin d-) bendinde yer alan “*başvurunun konusu, sebepleri ve dayandığı deliller*” kısmıdır.⁴⁵³ İlgili tebliğin 11. maddesinin son fıkrasında⁴⁵⁴ bu durum yinelenerek başvuruda bulunulan hususların dilekçelerde somut bir biçimde mevzuata aykırı bulunma sebepleri ile birlikte gösterilmesi gerekliliğine ve işlemin hangi unsurlarının hangi gerekçelerle hukuka aykırı olduğu belirtilmeksizin sadece mevzuata aykırı olduğu gibi soyut ve mesnetsiz iddialara yer verilmesinin başvurunun reddine sebep olacağına vurgu yapılmıştır. Örneğin ihale komisyonunun yaptığı değerlendirmenin şikâyet konusu edilmesinde söz konusu işlemin mevzuatın hangi maddesine aykırı olduğunun açıkça belirtilmesi gerekmektedir.⁴⁵⁵

Şikâyet başvurusu bahsinde anlattığımız başvuru merciin yanlış belirlenmesi halinde yapılacak işlemler ile başvuruların yapılış usulleri aynen burada da geçerlidir.

⁴⁵³ Ömer Köse, “Kamu İhale Kurumuna Yapılacak İtirazlarda Dikkat Edilmesi Gereken Hususlar”, **Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi**, Eylül 2013, sayı 117, s. 248.

⁴⁵⁴ **İtirazen şikâyet başvurularında aranılacak şekil unsurları**

MADDE 11 –

(8) *Yönetmeliğin 8 inci maddesinin ikinci fıkrasının (ç) bendinde başvurunun konusu, sebepleri ve dayandığı delillerin başvuru dilekçelerinde belirtilmesi gerektiği düzenlendiğinden, başvuruda bulunulan hususların dilekçelerde somut bir biçimde, mevzuata aykırı bulunma sebepleri ile birlikte gösterilmesi gerekmektedir. İşlemin hangi unsurlarının hangi gerekçelerle hukuka aykırı olduğu belirtilmeksizin sadece mevzuata aykırı olduğu gibi soyut ve mesnetsiz iddialara yer verilmesi halinde, Yönetmeliğin 8 inci maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle başvurunun reddine ilişkin sorumluluk başvurana ait olacağından bu hususa dikkat edilmesi gerekmektedir.* Konuya ilişkin KİK'in örnek kararları için bkz: Kamu İhale Kurulu Kararı, Karar Tarihi: 04.10.2018. Karar No: 2018/UH.I-1811, (Çevrimiçi), <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 10.06.2021, Kamu İhale Kurulu Kararı, Karar Tarihi: 04.10.2018. Karar No: 2018/UH.II-1806, (Çevrimiçi), <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 10.06.2021.

⁴⁵⁵ Köse, a. e., s. 249.

(5) İtirazen Şikâyet Başvurusunda Bulunabilecekler

İtirazen şikâyet başvurusunda bulunacak kişiler kural olarak ihale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday veya istekli ile istekli olabileceklerden ibarettir. Başvurucuların aday, istekli veya istekli olabilecek sıfatına sahip olduğunu tevsik etmeleri yeterli olup itirazen şikâyete konu işlem ve eylemlerin hukuka uygunluk incelemesi esasa ilişkin incelemeyle birlikte yapılacaktır.

(6) İtirazen Şikâyet Başvurusunda İleri Sürülebilecek Nedenler ve İdarenin İncelemesi

KİK, itirazen şikâyet başvurularını; 4734 Sayılı Kanun'un 56. maddesinin 2. fıkrası⁴⁵⁶ gereğince ihale veya ön yeterlik dokümanının verilmesi, başvuruların veya tekliflerin sunulması, değerlendirilmesi ve ihalenin sonuçlandırılmasıyla ilgili olarak başvuru sahibinin iddiaları⁴⁵⁷ ile idarenin şikâyet üzerine aldığı kararda belirlenen hususlar ve itiraz edilen işlemler bakımından eşit muamele ilkesinin ihlal edilip edilmediği açılarından inceler.⁴⁵⁸ Eşit muamele ilkesi bakımından inceleme, ilgili yönetmeliğin 18. maddesinin 2. fıkrası⁴⁵⁹ gereği itirazen şikâyete konu işlemin diğer aday ve istekliler açısından da ilgili mevzuat hükümlerine uygun olarak gerçekleşip

⁴⁵⁶ Kuruma itirazen şikâyet başvurusu

Madde 56- (Değişik: 22/11/2008-5812/23 md.)

Kurum itirazen şikâyet başvurularını başvuru sahibinin iddiaları ile idarenin şikâyet üzerine aldığı kararda belirlenen hususlar ve itiraz edilen işlemler bakımından eşit muamele ilkesinin ihlal edilip edilmediği açılarından inceler. İdare tarafından şikâyet veya itirazen şikâyet üzerine alınan ihalenin iptal edilmesi işlemine karşı yapılacak itirazen şikâyet başvuruları ise idarenin iptal gerekçeleriyle sınırlı incelenir.

⁴⁵⁷ Bu iddialar öncelikle şikâyet başvurusu sırasında ve temellendirerek ortaya konulmalıdır ki itirazen şikâyet başvurusunda incelenebilsin. Akel, **a. g. e.**, s. 56. Bu husus da şikâyet başvurusunun nasıl bir öneme haiz olduğunu bizlere göstermektedir.

⁴⁵⁸ Bir görüş olarak itirazen şikâyet konusu işlemin kanunun somut herhangi bir hükmünün ihlal edilmemesine rağmen 4734 Sayılı Kanun'da yer alan temel ilkelere aykırılık sebebiyle KİK tarafından hukuka aykırı olarak nitelendirilebileceğini ifade edilmiştir. Cem Şahin, **a. g. e.**, s. 24. Biz ise kanunun açık hükmü karşısında KİK'in re'sen hukuka aykırılıkları inceleme yetkisi bulunmadığından bu görüşü benimsemiyoruz.

⁴⁵⁹ Kurum tarafından inceleme

MADDE 18 –

(2) Eşit muamele ilkesi yönünden yapılacak incelemede; dayanağı bakımından, itiraz edilen işlemin diğer aday veya isteklilere ilişkin olarak da Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun şekilde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğine bakılır.

gerçekleşmediğinin araştırılmasından ibarettir. İdare tarafından şikâyet veya itirazın şikâyet üzerine alınan ihalenin iptal edilmesi işlemine karşı yapılacak itirazın şikâyet başvurularında ise yalnızca idarenin iptal gerekçeleriyle sınırlı incelenir.

Her ne kadar başvuru sonuçlanmadan sözleşme imzalanamayacağı hüküm altına alınmış olması fiilen başvuru sonuçlanmadan kamu ihale sözleşmesi imzalanmış olabilir. 4734 Sayılı Kanun'un 56. maddesinin 3. fıkrası⁴⁶⁰ kanunda belirtilen sürelerle ve usule uyulmadan sözleşme imzalanmış olmasının veya itirazın şikâyet başvurusundan feragat edilmesinin başvurunun incelenmesine engel teşkil etmeyeceğini belirtmiştir.⁴⁶¹

İlgili tebliğin 14. maddesinin 3. fıkrasında⁴⁶² feragat harici olarak şikâyetten vazgeçme müessesesi düzenlenmiştir. Yukarıda açıklandığı üzere şikâyet merci olan idarenin yasal süresi içerisinde cevap vermemesi halinde itirazın şikâyet başvurusunda bulunulabilir. Eğer söz konusu yasal süre geçtikten sonra şikâyet merci tarafından bir karar verilir ve bu karardan da başvuru tatmin olursa bu takdirde itirazın şikâyet başvurusundan vazgeçebilecektir. Buradaki vazgeçmenin feragat sayılmayacağı kesin bir dille ifade edilmiştir. Bu durum da vazgeçilen bir başvuru hakkında KİK'in incelemede bulunup karar veremeyeceği anlamı çıkarılmaktadır.

4734 Sayılı Kanun'un 56. maddesinin 6. fıkrası⁴⁶³ gereğince gerekli görüldüğü takdirde özel uzmanlık gerektiren teknik hususlarla ilgili olarak ihtisas sahibi kamu

⁴⁶⁰ Kuruma itirazın şikâyet başvurusu

Madde 56- (Değişik: 22/11/2008-5812/23 md.)

Kanunda belirtilen sürelerle ve usule uyulmadan sözleşme imzalanmış olması veya itirazın şikâyet başvurusundan feragat edilmesi itirazın şikâyet başvurusunun incelenmesine ve 54 üncü maddede sayılan kararlardan birinin alınmasına engel teşkil etmez.

⁴⁶¹ Farklı bir görüş olarak şikâyetten feragat edilmesi halinde başvurunun incelemesine "engel teşkil etmeme" halinin KİK'e bir seçim hakkı tanıdığı ve fakat uygulamada bu durumun başvuruyu incelemeye devam etmek zorunda olduğunu şeklinde anlaşıldığını ifade etmiştir. Atilla İnan, "Kamu İhale Hukukunda Şikâyetten Vazgeçme", **Maliye ve Sigorta Yorumları**, Şubat 2017, Sayı 624, s. 102. Biz ise uygulamanın tutumunu yerinde buluyoruz.

⁴⁶² **Kurum tarafından inceleme**

MADDE 14 –

(3) (...) Bununla birlikte şikâyet başvurusu üzerine on gün içinde kendisine herhangi bir karar ulaşmayan başvuru sahibinin, Kuruma itirazın şikâyet başvurusunda bulunmasından sonra idarece şikâyet başvurusunun uygun görüldüğüne ilişkin karar alındığını ve buna ilişkin tesis edilen işlemin de başvuru sahibince uygun görüldüğünü belirtmek suretiyle itirazın şikâyetinden vazgeçmesi feragat sayılmaz.

⁴⁶³ Kuruma itirazın şikâyet başvurusu

veya özel hukuk tüzel kişileri ile gerçek kişilerin görüşüne başvurabilir. Söz konusu kanunda tanımlanan görüşe başvurma, bilirkişi ve uzman görüşü müesseselerine benzemektedir. Kanaatimizce buradaki hukuki kurum, idarenin yaptığı incelemelerdeki genel araştırma faaliyeti içerisinde değerlendirilmelidir.

İtirazen şikâyet başvurusu üzerine KİK tarafından verilecek dört tür karar bulunmaktadır. Bunlar; başvurunun idareye gönderilmesi, ihalenin iptali, düzeltici işlemin belirlenmesi ve başvurunun reddi kararıdır.⁴⁶⁴ Şikâyet başvurusu üzerine verilebilecek olan kararlardan tek fazlası, başvurunun idareye gönderilmesi kararıdır. Geri kalan kararların alınması süreci ve kararın sonuçları, şikâyet başvurusundakiyle aynıdır.

İdareye şikâyet başvurusunda bulunulmadan veya idareye yapılan şikâyet başvurusu hakkında idarece bir karar alınmadan ve 10 günlük yasal karar verme süresi beklenilmeden doğrudan KİK'e itirazen şikâyet başvurusunda bulunulması halinde, ilgili yönetmeliğin 15. maddesinin 2. fıkrası⁴⁶⁵ gereğince bu başvurular ilgili idareye gönderilir ve başvuru sahibine bilgi verilir. İlgili tebliğin 12. maddesinin 2. fıkrasına⁴⁶⁶ göre de idareye yapılan şikâyet başvurusundan farklı bir konu ile KİK'e yapılan başvurularda şikâyet süresinin henüz dolmadığı hallerde, itirazen şikâyet konusuna ilişkin idarenin cevabının alınmamış olması nedeniyle bu başvurular da

Madde 56- (Değişik: 22/11/2008-5812/23 md.)

Kurum, gerekli gördüğü takdirde özel uzmanlık gerektiren teknik hususlarla ilgili olarak ihtisas sahibi kamu veya özel hukuk tüzel kişileri ile gerçek kişilerin görüşüne başvurabilir. (...)

⁴⁶⁴ Danıştay 13. Dairesi bir kararında bu karar türleri arasında yer almayan bir karar olan "karar verilmesine yer olmadığına ilişkin kararın" KİK tarafından alınamayacağını söylemektedir. Danıştay 13. Dairesi, 19.03.2014 Tarihli 2014/198 Esas 2014/058 Karar Sayılı Kararı. Söz konusu karara Sancakdar vd., a. g. e., s. 665 adlı eserden ulaşılmıştır.

⁴⁶⁵ **Başvuru üzerine yapılacak işlemler**

MADDE 15 –

(2) İdareye başvuruda bulunulması gerekirken doğrudan Kuruma yapılan başvurular ile idareye başvurulmuş olmakla birlikte Kurumun haberdar edilmesine yönelik başvurular veya idarenin on günlük karar alma süresi beklenilmeden yapılan başvurular ihaleyi yapan idareye gönderilir.

⁴⁶⁶ **Kurum tarafından yapılacak işlemler**

MADDE 12 –

(2) (...) Ayrıca, başvuru sahibine de bilgi verilir. İdareye yapılan şikâyet başvurusundan farklı bir konu ile Kuruma yapılan başvurularda şikâyet süresinin henüz dolmadığı hallerde, itirazen şikâyet konusuna ilişkin idarenin cevabının alınmamış olması nedeniyle bu başvurular da ilgili idareye gönderilir. İdareye başvuru konularının yanı sıra yeni konular da eklenerek Kuruma başvurulması halinde ise, itirazen şikâyet başvurusunun incelenmesinde idareye başvurusu konusu edilmeyen hususlar dikkate alınmaz.

ilgili idareye gönderilir. İdareye başvuru konularının yanı sıra yeni konular da eklenerek KİK'e başvurulması halinde ise, itirazın şikâyet başvurusunun incelenmesinde idareye başvurusu konusu edilmeyen hususlar hiç ileri sürülmemiş gibi dikkate alınmadan hakkında şikâyet sonucu karar verilen hususlar tartışılır.

4734 Sayılı Kanun'un 56. maddesinin 5. fıkrası⁴⁶⁷ gereği KİK, itirazın şikâyetine ilişkin nihai kararını, incelenen ihaleye ilişkin gerekli bilgi ve belgeler ile ihale işlem dosyasının kayıtlara alındığı tarihi izleyen 20 gün içinde vermek zorundadır. Bu süre 4734 Sayılı Kanun'un 21. maddenin b-) ve c-) bentlerine göre yapılan ihaleler ile şikâyet ve itirazın şikâyet üzerine alınan ihalenin iptal edilmesi işlemine karşı yapılacak itirazın şikâyet başvurularında 10 iş günü olarak uygulanır.

Kanunda ayriyeten hukuki durumda değişiklik yaratan Kurul kararlarının gerektirdiği işlemleri idarelerin ivedilikle yerine getirmek zorunda olduğunu da vurgulanmıştır. Son olarak değinmemiz gereken husus ise KİK tarafından verilen kararların diğer ihaleler için pek tabii ki bağlayıcı olmadığıdır.⁴⁶⁸ Fakat idarelerin ihaleleri gerçekleştirirken emsal KİK kararlarını dikkate alması, şikâyet ve itirazın şikâyet başvurularını önemli ölçüde azaltacak niteliktedir.

(7) Şikâyet ve İtirazın Şikâyet Başvurusunda Bulunulmamasının Sonuçları

Şikâyet başvurusuna ilgililer tarafından usulüne uygun bir şekilde süresi içerisinde yahut hiç başvurulmaması halinde, artık ilgililer için ihale konusu işlemlerin hukuka aykırılığı ilgili idareye karşı ileri sürülemeyecektir. İtirazın şikâyet başvurusunda bulunmanın ön koşulu şikâyet başvurusunda bulunulması olduğundan KİK'in de somut olaya ilişkin bir inceleme olanağı bulunmamaktadır. Her iki başvuru yolunun da zorunlu idari başvuru yolu olması ve ilgililerce bu yolun kullanılmamasından ötürü yargı mercileri önüne başvuru da ihtimal dışı kalmaktadır.

⁴⁶⁷ Kuruma itirazın şikâyet başvurusu

Madde 56- (Değişik: 22/11/2008-5812/23 md.)

Kurum, itirazın şikâyetine ilişkin nihai kararını, incelenen ihaleye ilişkin gerekli bilgi ve belgeler ile ihale işlem dosyasının kayıtlara alındığı tarihi izleyen yirmi gün içinde vermek zorundadır. Bu süre 21 inci maddenin (b) ve (c) bentlerine göre yapılan ihaleler ile şikâyet ve itirazın şikâyet üzerine alınan ihalenin iptal edilmesi işlemine karşı yapılacak itirazın şikâyet başvurularında on iş günü olarak uygulanır.

⁴⁶⁸ Gökcan, a. g. e., s. 163.

O halde bu yola başvurmayanların hukuka aykırı olduğunu düşündüğü ihale işlemleri için tek çarelerinin şikâyet başvurusuna ehil olan diğer kimselerin bu yolu yahut şikâyet başvurusunda bulunma zorunluluğu bulunmayan ilgililerin doğrudan yargı yoluna başvuru hakkını kullanmasını temenni etmeleridir.

(8) Kamu İhale Kurumu`nun Aynı İhale Hakkında Verdiği Farklı Kararların Durumu

KİK`e aynı ihaleyle ilgili olarak aynı veya farklı aday, istekli olabilecek veya istekli tarafından birden fazla başvuruda bulunulabilir. Burada kastedilen ihale makamının ihale sürecindeki farklı idari işlem ve eylemlerine karşı yapılan başvurulardır. KİK`in aynı ihalede söz konusu itirazın şikâyet başvurularına ilişkin olarak farklı ya da çelişkili kararlar verdiği vakidir.⁴⁶⁹ Bu durumun gerçekleşmesi halinde ihale paydaşlarının (idare, istekliler vs.) nasıl hareket etmesi gerekeceği cevaplanması gereken bir husus teşkil etmektedir.

İtirazın şikâyet başvurusu üzerine KİK`in verebileceği 3 türlü karar olduğunu belirtmiştik. Bu kararlardan başvurunun reddi kararının diğer iki karar türü olan ihalenin iptali ve düzeltici işlem belirtilmesiyle çelişmesi bir sorun teşkil etmemektedir.⁴⁷⁰ Örneğin (X) ihalesinde (Y) başvurusunun başvurusu şekil şartları noksanlığından reddedilirken (Z) başvurusunun başvurusu üzerine (X) ihalesi iptal edildiğinde kararlar arasında çatışma söz konusu değildir. Örneğimizdeki verileri değiştirecek olursak; (Y) ve (Z) başvuru sahiplerinin (X) ihalesine ilişkin aynı hukuka aykırılık iddiasıyla aynı ihale işlemini şikâyet konusu etmiş olsun. Her iki başvuru da ihalenin iptalini talep etmektedir. KİK de aynı mahiyetteki bu başvurular hakkında esasa girerek biri için ret diğeri için ihalenin iptali kararı verirse her ne kadar kararlar arasında çelişki bulunsada ret kararı alan başvuru için sonuç hâsıl olduğundan mesele teşkil etmemektedir. Pek tabi ki bu ihtimalde KİK`in aynı konuya ilişkin çelişkili karar vermiş olmasının söz konusu bu kararların idari yargıya taşınmasını gerekli kılabilceği de göz ardı edilmemelidir. Bu örneğimiz, iki ayrı ret ve düzeltici işlem belirlenmesi kararları içinde aynen geçerliliğini korumaktadır.

⁴⁶⁹ Atilla İnan, “Aynı İhale Hakkında Kamu İhale Kurumunun Farklı Kararları Konusunda Yapılacak İşlemler”, **Maliye ve Sigorta Yorumları**, Ocak 2013, sayı 575, s. 128.

⁴⁷⁰ İnan, a. e..

Kararların içeriği ne kadar tartışmalı olursa olsun idare tarafından nasıl hareket edileceği bellidir. Eğer düzeltici işlem belirlendiyse bu işlem gerçekleşecek, eğer ihalenin iptali kararı verilirse ihale iptal edilmiş olacaktır. Reddedilen başvurular için de idare tarafından yapılması gereken bir işlem bulunmamaktadır.

Konuya ilişkin asıl mesele teşkil eden husus, aynı ihale hakkında KİK'in bir başvuruda düzeltici işlem diğer başvuruda ihalenin iptali kararı vermesinde ortaya çıkmaktadır.⁴⁷¹ Söz konusu kararların idari yargıya taşınması halinde olayın çözümü mahkeme tarafından verilecek hükümlerle belirlenecektir. Fakat somut olayda ilgili kararlar mahkeme önüne taşınmamış veya taşınmış olsa dahi yargı merci tarafından yürütmenin durdurulması yahut nihai karar verilmemiş olabilir. Bu ihtimalde ihalenin iptal mi edildiği yoksa düzeltici işlem mi yapıldığının tespiti, iki karardan hangisinin tercih edildiğine bağlıdır. O halde mutlak olarak bir kararı seçmek zorunda kalmaktayız.

KİK'in aynı ihaleyle ilgili farklı kararlarından hangisinin seçmesi gerektiğine ilişkin iki görüş bulunmaktadır. Birinci görüşe göre önceki tarihli karar seçilmelidir.⁴⁷² Gereğe olarak ise idare tarafından verilen bir kararın derhal uygulanmasının idari istikrar ilkesinin gereği olduğu ve uygulamaya geçirilen bir kararın sonradan değiştirilmesinin hukuk düzeni ilkesini zarara uğratacağı verilmiştir.⁴⁷³ Zira ilk karar verilip yayımlandıktan sonra geçerlilik kazandığı için ikinci karar verildiğinde ilk karar ilga edilemeyecektir. Biz bu düşünceye katılmıyoruz. Aynı idare tarafından yapılan bir işlemin hukuka aykırılığının kendiliğinden farkına varılıp yeniden düzeltilmesi mümkün olduğuna göre KİK'in vermiş olduğu bir kararı değiştirecek ve hatta ilga edecek şekilde yeni bir başvuruda yeni bir karar vermesi her zaman olanak dâhilindedir.

Konuya ilişkin ikinci görüşe göreyse KİK'in sonraki tarihli kararı geçerli olmalıdır. Latince "*Lex posterior derogat legi priori*" olarak ifade edilen "*Sonraki Kanun Hükümü Önceki Kanunu Engeller*" kuralı gereği sonraki tarihli karar, tüm

⁴⁷¹ İnan, a. e.. Burada kastedilen kararların gerekçelerinden ziyade bizzat sonuç kısmının birbirleriyle çelişir vaziyette olmasıdır.

⁴⁷² İnan, a. e., s. 129.

⁴⁷³ İnan, a. e..

ihale paydaşları tarafından uyulması gereken karar niteliğindedir.⁴⁷⁴ Biz ise öncelik-sonralık ilişkisinden ziyade kararların içeriğine göre hangisine üstünlük tanınacağına belirlenmesi gerektiğini düşünüyoruz.

KİK'in vermiş olduğu çelişkili kararlar üzerine menfaatleri etkilenen isteklilerin ne şekilde hareket etmesi gerekeceği de tartışma konusu yapılabilir. Bir görüşe göre bu çelişki aynı ihaleye ilişkin kararlar arasında olduğundan ilgili yönetmeliğin “Yazım Hatalarının Düzeltmesi” başlıklı 25. maddesine⁴⁷⁵ dayanılarak KİK'e yapılacak bir başvuruyla çözümlenmelidir.⁴⁷⁶ Biz bu görüşe katılmıyoruz. Söz konusu maddeye yönelik başvurular ancak aynı karar içerisinde yer alan yazım hatalarına ilişkindir. Bu yol ile KİK'in vermiş olduğu kararda esas etkileyecek şekilde değişiklik yapmak ilgili madde hükmüne açık aykırılık teşkil edecektir. Bizim de kabul ettiğimiz diğer bir görüşe göreyse yapılması gereken şey, KİK'in vermiş olduğu kararlardan menfaatleri haleldar olanların ilgili kararı (hangi tarihli karardan menfaat ihlal edildiyse yargı yolu başvurusu süresi içinde) idari yargı önüne taşıyarak idare hukuku kuralları çerçevesinde meselenin çözülmesidir. Davacı tarafın öne sürmesi gerektiği iddia ise aynı idare tarafından aynı ihaleye ilişkin farklı kararlar verilmesinin idari istikrar ve hukuk güvenliği ilkesine aykırı düştüğü olup dava konusu işlemin iptali sağlanmaya çalışılmalıdır. Aynı ihaleye ilişkin farklı kararlardan birinin mahkemece iptali halinde diğer kararın mutlak suretle uygulanması gerekeceği tüm görüşlerin ortak düşüncesidir.⁴⁷⁷

⁴⁷⁴ Yukarıda ifade ettiğimiz birinci görüşe göreyse söz konusu bu kural ancak düzenleyici işlemlerde geçerli olduğundan ve KİK'in kararları da bu nitelikte olmadığından uygulanması mümkün değildir. İnan, a. e.. KİK'in itirazın şikayet üzerine verdiği kararların idare hukukundaki niteliği konumuz dışında olmakla birlikte biz bu kararların imar planlarında olduğu gibi hem birel işlem hem de düzenleyici işlem olduğu kanaatindeyiz. Zira KİK'in vermiş olduğu karar, hem başvuru durumunu hem de ihaleye katılan tüm istekli ve ihale makamı olan idarenin durumunu da ilgilendirmektedir.

⁴⁷⁵ **Yazım hatalarının düzeltilmesi**

Madde 25 – (1) Kurul kararlarında yer alan taraflara veya ihaleye ilişkin bilgilerdeki hatalar, gerekçe ve karar sonucu arasındaki çelişkiler ile hesaplama yanlışlarından kaynaklanan yazım hataları Kurul tarafından düzeltilebilir.

(2) Hataları giderilen Kurul kararı ilgililere tebliğ edilerek Kurumun internet sayfasında yayımlanır.

⁴⁷⁶ İnan, a. e., s. 128.

⁴⁷⁷ İnan, a. e., s. 129.

Konuya ilişkin tartışmaların önüne geçmek adına KİK'in aynı ihaleye ilişkin başvuruları tıpkı yargı mercilerinin verdiği birleştirme kararı gibi bir kararla birleştirerek incelemesinin temel ve köklü bir çözüm olacağı ifade edilmiştir.⁴⁷⁸

c-) Kamu İhale Kurumu'nun İtirazen Şikâyet Başvurusu Üzerine Verdiği Karara Karşı Yargı Yolu

(1) Görevli ve Yetkili Mahkeme

4734 Sayılı Kanun'un 57. maddesinde⁴⁷⁹ KİK tarafından itirazen şikâyet başvurusu üzerine verilen kararla karşı yargı yolunun açık olduğu belirtilmiştir.

KİK'in bir kamu kurumu ve itirazen şikâyet sonucu vermiş olduğu kararın da kesin ve yürütülmesi gereken bir idari işlem olmasından dolayı başvurulabilecek olan yargı yolu idari yargı olacaktır.⁴⁸⁰ İdari yargıdaki genel yetki kuralı olan İYUK'un 32. maddesi gereği dava konusu işlemi gerçekleştiren idarenin bulunduğu yerin yetkili olması⁴⁸¹ ve KİK'in merkezinin Ankara olması dolayısıyla Ankara Mahkemeleri yetkilidir. Görevli mahkeme ise 06.01.1982 Tarihli ve 2576 Sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri Ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu Ve Görevleri Hakkında Kanun'un 5. maddesi⁴⁸² gereği idari yargıdaki diğer

⁴⁷⁸ İnan, a. e..

⁴⁷⁹ Yargısal inceleme

Madde 57- Şikâyetler ile ilgili Kurum tarafından verilen nihai kararlar Türkiye Cumhuriyeti Mahkemelerinde dava konusu edilebilir ve bu davalar öncelikle görülür.

Söz konusu kanun hükmü olmasa dahi Anayasal dayanağı olan "idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" kuralı gereği KİK'in itirazen şikâyet sonucu verdikleri kararlara karşı idari yargı mercilerinde dava açılacağı kanaatindeyiz. Anılan kanun hükmü bu durumu tevsik edici mahiyettedir.

⁴⁸⁰ Akkurt, a. g. e., s. 5, Atay, a. g. e., s. 300, Sancakdar vd., a. g. e., s. 665.

⁴⁸¹ İdari davalarda genel yetki:

Madde 32 – 1. Göreve ilişkin hükümler saklı kalmak şartıyla bu Kanunda veya özel kanunlarda yetkili idare mahkemesinin gösterilmemiş olması halinde, yetkili idare mahkemesi, dava konusu olan idari işlemi veya idari sözleşmeyi yapan idari merciin bulunduğu yerdeki idare mahkemesidir.

2. Bu Kanunun uygulanmasında yetki kamu düzenindedir.

⁴⁸² İdare Mahkemelerinin görevleri:

Madde 5 – 1. (Değişik: 24/2/1988 - 3410/1 md.) İdare mahkemeleri, vergi mahkemelerinin görevine giren davalarla ilk derecede Danıştayda çözümlenecek olanlar dışındaki:

a) İptal davalarını,

b) Tam yargı davalarını,

c) **(Değişik : 8/6/2000 - 4577/2 md.)** Tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklardan hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davaları,

mahkemelerinin görev alanına giren bir husus bulunmadığından idare mahkemesidir. O halde KİK'in itirazın şikâyet sonucu vermiş olduğu kararlara karşı açılacak dava mutlak olarak Ankara İdare Mahkemesinde görülmesi gerekmektedir.⁴⁸³

(2) Dava Ehliyeti Olanlar

Kural itirazın şikâyet başvurusunda bulunanların itirazın şikâyet kararına karşı dava açması ise de istisnai olarak itirazın şikâyet başvurusunda bulunmayanların da kişisel, güncel ve meşru bir menfaatlerinin ihlal edildiği iddiasıyla iptal davası açabileceği Danıştay tarafından kabul edilmektedir.⁴⁸⁴ Danıştay 13. Dairesi'nin 2012/3312 Esas 2013/1838 Karar Sayılı kararı⁴⁸⁵ bu duruma örnek olarak verilebilir. Karara konu ihalede 30.11.2011 tarihinde muhtelif gerekçelerle tüm teklifler değerlendirme dışı bırakılarak ihale iptal edilmiştir. Teklifi değerlendirme dışı bırakılan (X) İnşaat'ın 10.01.2012 tarihinde yapmış olduğu itirazın şikâyet başvurusu üzerine KİK, 06.02.2012 tarih ve 2012/UY.III-776 sayılı kararıyla teklifin değerlendirmeye alınması yönünde düzeltici işlem kararı tesis etmiştir. Bunun üzerine teklifi değerlendirme dışı bırakılan diğer isteklilerden (Y) İnşaat, KİK'in söz konusu kararının iptali istemiyle dava açmıştır. Davaya bakan ilk derece mahkemesi, davacının söz konusu KİK kararına başvuran taraf olmadığından bahisle ehliyet yönünden davanın reddine karar vermiştir.

Davacı (Y) İnşaat, söz konusu kararı temyiz etmiştir. Uyuşmazlık önüne gelen Danıştay 13. Dairesi, ihalenin iptal edilmesi sonucu davacı tarafın yeniden ihaleye katılabilecek olmasına karşın KİK'in söz konusu kararıyla iptal edilen ihalenin davacı dışındaki başka istekliye bırakılmasıyla davacının menfaatinin etkilendiğine kanaat getirmiş ve ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Biz de bu kararın isabetli olduğuna inanıyoruz. Zira davacı ilk etapta tüm tekliflerin ve dolayısıyla

d) Diğer kanunlarla verilen işleri,
Çözümler.

2. Özel Kanunlarda Danıştayın görevli olduğu belirtilen ve İdari Yargılama Usulü Kanunu ile idare mahkemelerinin görevli kılınmış bulunduğu davaları çözümler.

⁴⁸³ İşleyen, a. g. e., s.146, Sancakdar vd., a. g. e., s. 667.

⁴⁸⁴ Atilla İnan, "Başvuruda Bulunmayan İsteklinin Kamu İhale Kurulu Kararlarını Dava Konusu Yapması Mümkün Müdür?", **Maliye ve Sigorta Yorumları**, Mart 2016, sayı 613, s. 44.

⁴⁸⁵ Danıştay 13. Dairesi, 17.06.2013 Tarihli 2012/3312 Esas 2013/1838 Karar Sayılı Kararı. Söz konusu karara İnan, a. e., s. 44-45 adlı eserden ulaşılmıştır.

kendi teklifinin değerlendirme dışı bırakılması işleminde hukuka aykırılık iddiasında bulunmamaktadır. Davacının iddiası, KİK'in kararıyla teklifi geçerli kabul edilen dava dışı (X) İnşaat'ın teklifinin değerlendirmeye alınmasının hukuka aykırı olmasıdır. Söz konusu bu hukuka aykırılık iddiası da KİK'in vermiş olduğu karar neticesinde ortaya çıktığından KİK'in kararına karşı dava açılmasında davacı tarafın menfaati bulunmaktadır.

Konuya ilişkin bir benzer bir olay yine Danıştay 13. Dairesi'nin 2013/454 Esas 2013/1922 Karar sayılı kararında⁴⁸⁶ yer almaktadır. Söz konusu karara konu ihalede ihale komisyonunun 15.05.2012 tarihli kararıyla diğer tüm teklifler değerlendirme dışı bırakılarak ihale (X) firmasına kalmıştır. Bunun üzerine teklifi değerlendirme dışı bırakılan istekli 24.05.2012 tarihinde ihaleyi kazanan (X) firmasının imza sirküleri eksik olarak teklif sunduğundan bahisle şikâyet yoluna başvurmuştur. Şikâyet merci de bu hususu haklı görerek (X) firmasının teklifini değerlendirme dışı bırakmış ve ihalede geçerli teklif kalmadığından ihalenin iptaline karar vermiştir.

İhalenin iptali kararını tebellüğ eden (X) firmasının yapmış olduğu itirazın şikâyet başvurusu kabul edilmiş ve böylelikle düzeltici işlem tesis edilerek ihale üzerine kalmıştır. Bunun üzerine daha önce şikâyet başvurusunda bulunan istekli KİK'in vermiş olduğu düzeltici işlem belirlenmesi kararına karşı iptal davası açmıştır. Açılan davanın ehliyet yönünden reddi üzerine davacı kararı temyiz etmiş ve uyuşmazlık Danıştay'a taşınmıştır. Danıştay 13. Dairesi de yukarıdaki 2012/3312 Esas 2013/1838 Karar Sayılı kararında gerekçelerin aynısını ifade ederek davanın ehliyet yönünden kabul edilmesi gerektiğine hükmetmiştir.⁴⁸⁷

(3) Yargılama Usulü

İdari davalarda uygulanacak olan muhakeme usulü, İYUK'un ilgili maddelerinde ayrıntılı olarak belirtilmiştir. Konumuzla ilgili olarak ise İYUK'ın

⁴⁸⁶ Danıştay 13. Dairesi, 25.06.2013 Tarihli 2013/454 Esas 2013/1922 Karar Sayılı Kararı. Söz konusu karara İnan, a. e., s. 45-46 adlı eserden ulaşılmıştır.

⁴⁸⁷ Bu görüşlere paralel olarak aynı Danıştay Dava Dairesi'nin 20.06.2013 Tarihli 2013/224 Esas 2013/1829 Karar Sayılı ve 19.02.2015 Tarihli 2014/4258 Esas 2015/660 Karar Sayılı Kararlarının da mevcut olduğu ifade edilmektedir. İnan, a. e., s. 46. Konuta ilişkin güncel tarihli Danıştay kararları da aynı yönde olup örnek olarak bkz: Danıştay 13. Dairesi, 26.11.2018 Tarihli, 2017/1987 Esas 2018/3325 Karar Sayılı Kararı, (Çevrimiçi), www.kazanci.com.tr, 03.08.2021.

20/A maddesi⁴⁸⁸ önem taşımaktadır. Söz konusu düzenlemeye göre ihaleden yasaklama kararları hariç ihale işlemleri “İvedi Yargılama Usulü”ne tabi kılınmıştır.⁴⁸⁹ İhaleden yasaklama kararları için de İYUK`te olağan yargılama usulü uygulama alanı bulacaktır.

(4) Mahkemede İleri Sürülebilecek Nedenler ve Mahkemenin İnceleme Alanı

İdare mahkemesi tarafından iptal davasında incelenecek husus, İYUK`un 2.maddesi gereği idari işlemin unsurlarından ibarettir. 4734 Sayılı Kanun`un 53. maddesinde⁴⁹⁰ açıkça Kurul kararlarının yerindelik denetimine tabi tutulamayacağı belirtilmiştir. Bu husus esasında İYUK`un 2. maddesinin 2. fıkrasındaki⁴⁹¹ yer alan

⁴⁸⁸ İvedi yargılama usulü:

Madde 20/A – (Ek: 18/6/2014-6545/18 md.)

1. İvedi yargılama usulü aşağıda sayılan işlemlerden doğan uyuşmazlıklar hakkında uygulanır:

a) İhaleden yasaklama kararları hariç ihale işlemleri.

(...)

⁴⁸⁹ İvedi Yargılama Usulünün Olağan Yargılama Usulünden farklı olan yönleri ise 20/A maddesinin 2. fıkrasında aşağıda yer aldığı şekilde düzenlenmiştir:

“2. İvedi yargılama usulünde:

a) Dava açma süresi otuz gündür.

b) Bu Kanunun 11 inci maddesi hükümleri uygulanmaz.

c) Yedi gün içinde ilk inceleme yapılır ve dava dilekçesi ile ekleri tebliğe çıkarılır.

d) Savunma süresi dava dilekçesinin tebliğinden itibaren on beş gün olup, bu süre bir defaya mahsus olmak üzere en fazla on beş gün uzatılabilir. Savunmanın verilmesi veya savunma verme süresinin geçmesiyle dosya tekemmül etmiş sayılır.

e) Yürütmenin durdurulması talebine ilişkin olarak verilecek kararlara itiraz edilemez.

f) Bu davalar dosyanın tekemmülünden itibaren en geç bir ay içinde karara bağlanır. Ara kararı verilmesi, keşif, bilirkişi incelemesi ya da duruşma yapılması gibi işlemler ivedilikle sonuçlandırılır.

g) Verilen nihai kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde temyiz yoluna başvurulabilir.

h) Temyiz dilekçeleri üç gün içinde incelenir ve tebliğe çıkarılır. Bu Kanunun 48 inci maddesinin bu maddeye aykırı olmayan hükümleri kıyasen uygulanır.

i) Temyiz dilekçelerine cevap verme süresi on beş gündür.

j) Danıştay evrak üzerinde yaptığı inceleme sonunda, maddi vakıalar hakkında edinilen bilgiyi yeterli görürse veya temyiz sadece hukuki noktalara ilişkin ise yahut temyiz olunan karardaki maddi yanlışlıkların düzeltilmesi mümkün ise işin esası hakkında karar verir. Aksi hâlde gerekli inceleme ve tahkikatı kendisi yaparak esas hakkında yeniden karar verir. Ancak, ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan temyizi haklı bulunduğu hâllerde kararı bozmakla birlikte dosyayı geri gönderir. Temyiz üzerine verilen kararlar kesindir.

k) Temyiz istemi en geç iki ay içinde karara bağlanır. Karar en geç bir ay içinde tebliğe çıkarılır.”

⁴⁹⁰ Kamu İhale Kurumu

Madde 53-

(Ek paragraf: 20/11/2008-5812/20 md.) Kurul kararları yerindelik denetimine tabi tutulamaz.

⁴⁹¹ İdari dava türleri ve idari yargı yetkisinin sınırı:

Madde 2 –

2. İdari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. İdari mahkemeler; yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve

mahkemenin yerindelik denetimi yapamayacağı kuralının bu alana ilişkin tekrarından başka bir şey değildir.

Mahkeme tarafından verilecek olan karar, İYUK'un 28. maddesinin ilk fıkrası⁴⁹² gereği her ne yönde olursa olsun tebliğinden itibaren 30 gün içinde gecikmeksizin KİK tarafından yerine getirilmelidir. O halde idare mahkemesi tarafından verilen yürütmenin durdurulması ve idari işlemin iptali kararının uygulanmasına yönelik olarak KİK tarafından Kurul vasıtasıyla karar alınması gerekmektedir.⁴⁹³

2-) Aday, İstekli ve İstekli Olabilecekler Dışındaki Üçüncü Kişiler Açısından

Aday, istekli ve istekli olabilecek sıfatını taşımayan her kişinin idari eylem veya işlemle menfaati ihlal edildiğinde idari yargıda iptal davası açabilmesi doğaldır.⁴⁹⁴ Aksi yönde bir düşünce ise bizleri uyuşmazlığa konu ihalede aday, istekli olabilecek veya istekli olmayan kişilerin hukuki menfaatlerinin ihlali halinde herhangi bir hukuki yola başvuramamaları sonucuna götürmektedir ki bu anlayış kabul edilemez niteliktedir.⁴⁹⁵ Diğer yandan ihalenin iptaline yönelik idarenin almış

esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı veremezler.

⁴⁹² Kararların sonuçlar

Madde 28 – 1.(Değişik:10/6/1994-4001/13 md.) Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez.(İptal cümle: Anayasa Mahkemesi'nin 10/7/2013 tarihli ve E.: 2012/107 K.: 2013/90 sayılı Kararı ile.) (...) (Ek cümleler: 21/2/2014-6526/18 md.; Değişik üçüncü ve dördüncü cümleler: 10/9/2014-6552/97 md.; İptal üçüncü cümle: Anayasa Mahkemesi'nin 25/11/2015 tarihli ve E.: 2014/86, K.: 2015/109 sayılı Kararı ile.) (...) (İptal dördüncü cümle: Anayasa Mahkemesi'nin 2/10/2014 tarihli ve E.: 2014/149, K.: 2014/151 sayılı Kararı ile.) (Ek cümle: 10/9/2014-6552/97 md.) (...) ancak disiplin hükümleri saklıdır.

⁴⁹³ Altıncülçe, “İdare Mahkemeleri Tarafından Kamu İhale Kurulu Kararlarının İptal Edilmesinin Hukuki Sonuçları”, s.300.

⁴⁹⁴ İnan, “Aynı İhale Hakkında Kamu İhale Kurumunun Farklı Kararları Konusunda Yapılacak İşlemler”, s. 129. Gözler, Kaplan, a. g. e., s. 493. Konuya ilişkin güncel tarihli bir Danıştay kararı için bkz: Danıştay 13. Dairesi, 04.01.2019 Tarihli 2018/3790 Esas 2019/20 Karar Sayılı Kararı. (Çevrimiçi), www.kazanci.com.tr, 03.08.2021.

⁴⁹⁵ Örneğim Danıştay'ın bir kararında pazarlık usulü ile gerçekleştirilen ihaleye katılmak için ihale dokümanını satın alma talebi reddedilen istekli sıfatına sahip olmayan kişinin doğrudan idari yargıda dava açılacağı belirtilmektedir. Danıştay 13. Dairesi, 26.01.2016 Tarihli 2015/3780 Esas 2016/61 Karar Sayılı Kararı. Söz konusu karara ilişkin bilgiye Serkan Seyhan, “4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu Kapsamındaki İhalelerin İdari ve Yargısal Denetimi”, **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul, 2018, s. 90.'dan ulaşılmıştır. Kararın başka bir mecrada yayımlanmadığı belirtilmiştir. İdari yargıda benzer şekilde doğrudan dava açılacağına ilişkin benzer yönde kararlara örnek olarak bkz:

olduğu kararlardan şikâyet ve itirazın şikâyete konu edilemeyenler hakkında da doğrudan görevli ve yetkili idare mahkemesinde aday, istekli ve istekli olabilecek sıfatına bağlı olmadan dava açılabilmesi hususu göz ardı edilmemelidir.⁴⁹⁶

3-) Hakkında Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklama Kararı Verilenler Açısından

Kamu ihalelerinden yasaklama kararına ilişkin detaylı bilgi çalışmanın ilgili bölümünde yer almaktadır. Burada ayrı bir başlık altında verilmesinin nedeni ise söz konusu kararlara karşı başvurulmuş hukuki mercinin kamu alımı ihalesi sürecindeki diğer kararlara karşı başvurulandan tamamen farklı olmasıdır.

Öncelikle kamu ihalelerinden yasaklama kararını veren merci yönünden bir ayırım yapmak gerekmektedir. Kamu ihalelerinden yasaklama kararını ya 4734 ve 4735 Sayılı Kanun'un yasaklamaya ilişkin maddesinde yer alan yetkili idareler ya da bizatihi istekli ve istekli olabileceklerin yasak fiil veya davranışları aynı zamanda TCK anlamında suç teşkil ettiğinde yargılama yapacak olan yetkili ve görevli mahkemeler veyahut kanun tarafından kendiliğinden verebilir. Söz konusu idarelerin vermiş oldukları kararlar, Resmi Gazete'de de yayımlanan birer kesin ve yürütülmesi gereken idari işlem niteliğindedir. Anayasa'nın 125. maddesinin ilk fıkrasında⁴⁹⁷ açıkça belirtildiği üzere idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. Dolayısıyla bu kararlara karşı idari yargıda iptal davası açılarak kararın iptal edilmesi yoluna başvurulmalıdır.

İdari yargıda görevli olan mahkeme ise 2576 Sayılı Kanun'un 5. maddesi gereği başkaca herhangi bir idari yargı mercinin görevine girmediğinden genel görevli mahkeme olan idari mahkemedir. Yetkili mahkeme ise idari davalarda genel yetki

Danıştay 13. Dairesi, 02.11.2015 Tarihli, 2015/4344 Esas 2015/3712 Karar Sayılı Kararı, (Çevrimiçi), www.kazanci.com.tr, 26.07.2021, Danıştay 13. Dairesi, 26.10.2009 Tarihli 2009/4825 Esas 2009/9396 Karar Sayılı Kararı. (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 26.07.2021.

⁴⁹⁶ KİK'in aynı yöndeki yaklaşımı için bkz: Kamu İhale Kurulu Kararı, **Karar Tarihi:** 22.06.2009 **Karar No:**2009/UH.1-1731, (Çevrimiçi), <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 10.06.2021. Danıştay da aynı yönde bir yaklaşım sergilemektedir. Danıştay 13. Dairesi, 29.05.2013 Tarihli 2013/374 Esas 2013/1607 Karar Sayılı Kararı, (Çevrimiçi) <https://ihalesorucevap.com/ihalenin-idarece-resen-iptaline-iliskin-isleme-karsi-dogrudan-dava-acilir-mi/>, 03.08.2021.

⁴⁹⁷ B. Yargı yolu

Madde 125 – İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.

maddesi olan İYUK'un 32. maddesi gereği dava konusu yasaklama kararını veren merciin bulunduğu yer mahkemesidir. Kararı veren merciin bakanlık olması halinde Ankara Mahkemeleri yetkilidir. Herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri bu kararı vermeye yetkili olduğundan bu durumda söz konusu idarenin bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir. Yargılama usulü ise yukarıda bahsedildiği üzere yasaklama kararına ilişkin olarak ivedi yargılama usulü değil normal yargılama usulüdür. İdare mahkemesinin vereceği yürütmenin durdurulması veya iptal kararını alan davacının bu kararı KİK'e bildirerek kendisinin ilgili sicilden terkin ettirmesi halinde kamu ihalelerine katılmasının önünde bir engel kalmayacaktır.

Yargı kararı ile verilen yasaklama kararlarında ise bu kararların artık bir ilk derece mahkemesi kararı olması hasebiyle hükmedilen ceza ile birlikte kanun yoluna başvurulması ve kanun yolu merci tarafından bu konunun da ele alınması gerekeceği kanaatindeyiz. Gerek 4734 Sayılı gerek 4735 Sayılı Kanunlarda söz konusu yasaklama için "*Hükmonulan cezanın yanı sıra*" ibaresinin yer alması ancak sanıkların ceza alması durumunda bu yasaklılık kararının verilebileceğini ifade etmektedir. Dolayısıyla ilk derece mahkemesinin ceza vermediği sanık hakkında yasaklama kararı veremeyeceği gibi kanun yolu aşamasında hükmedilen cezanın kaldırılması halinde de mahkemelerce res`en yasaklama kararının kaldırılması gerekmektedir.

Haklarında kamu davası açıldığından bahisle kanun gereği yargılama boyunca kamu ihalelerinden yasaklanma halinin yargının denetimine kapalı bir idari işlem olduğunu ilgili bölümde açıklamıştık.

B-) KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ KANUNU'NDAN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARA İLİŞKİN BAŞVURU YOLLARI

1-) Görevli ve Yetkili Mahkeme

a-) Kural Olarak Adli Yargının Görevli Olması

Kamu alımı ihalesi sonucu ihale üzerine kalan istekli ile ihale makamı olan idarenin imzaladığı kamu ihale sözleşmeleri, tam iki tarafa da hak ve borç yükleyen yani sinallagmatik bir sözleşmedir. Sözleşmenin yüklenici⁴⁹⁸ olan tarafının asıl borcu ihale konusu işi tam ve kusursuz olarak ifa etmektir. Sözleşmenin diğer tarafı olan idarenin asıl borcu da yüklenici tarafa sözleşme ile kararlaştırılan hak ediş bedelinin ödenmesinden ibarettir. Sözleşmenin taraflarından birinin idare olması kamu ihale sözleşmelerini, özel hukuk sözleşmesi-idari sözleşme şeklindeki sınıflandırmadan birine dâhil etme gerekliliği doğurmaktadır.⁴⁹⁹ Bu alanda çalışan yazarların büyük çoğunluğunun görüşü kamu ihale sözleşmelerinin idarenin taraf olduğu bir tür özel hukuk sözleşmesi olduğu yönündedir.⁵⁰⁰ Buna göre sözleşme kurulması aşamasındaki taraf iradelerinin karşılığı olarak; ihalenin ilan edilmesi öneriye davet, isteklilerin ihaleye katılarak teklif sunmaları öneri ve isteklinin sözleşmeye davet aşamasının akabinde idarece sözleşmenin imzalanması da kabul olarak

⁴⁹⁸ 4734 Sayılı Kanun'un 4. maddesinde üzerine ihale yapılan ve sözleşme imzalanan istekli olarak tanımlanmıştır. Sözleşmeye ilişkin dokümanlarda yer alması koşuluyla alt yüklenicilere işin bir kısmının yapılması istenebilecekse de söz konusu bu alt yükleniciler idare ile bir sözleşme akdetmemektedirler. Sezer, Kalkan vd., **a. g. e.**, s. 27. Bu yüzden idarenin her zaman için yükleniciden alt yüklenicinin yapacağı işi doğrudan doğruya kendisi tarafından yapılmasını ve alt yüklenicinin sözleşme ve şartname yükümlülüklerine aykırı yaptığı işleri kendisinden düzeltmesini isteyebileceği ifade edilmiştir. Uz, **İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmeler Bakımından Kamu İhale Sözleşmeleri**, s. 72.

⁴⁹⁹ Bu alanda çalışmalar yapan bir yazar tarafından idarenin akdettiği özel hukuk sözleşmelerinin sayısının idari sözleşmeleri geçtiği saptanmıştır. Uz, **a. e.**, s. 3.

⁵⁰⁰ Yeliz Neslihan Akel, "Kamu İhalelerinin Kamu Bütçesine Yansıyan Sonuçları Hakkında Bir Değerlendirme", **Vergi Sorunları**, Kasım 2017, sayı 627, s. 133, Özcan, **a. g. e.**, s. 53, Resul Altınışik, "Kamu İhale Hukukunun Türk Kamu Yönetimindeki Yeri, Temel İlkeleri ve İşlevi", **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Kırıkkale, 2011, s. 3. Tuna, **a. g. e.**, s. 2, Kılıç, **a. g. e.**, s. 10. Tan, **a. g. e.**, s. 296. Atay, **a. g. e.**, s. 300. Sancakdar vd., **a. g. e.**, s. 579. Avrupa'daki pek çok ülkede de ağırlıklı görüş bu yöndedir. Bu konudaki en önemli istisna ise Fransa'da kamu ihale sözleşmelerinin bir tür idari sözleşme olarak görülmesidir. Uz, **a. g. e.**, s. 12-23. Öğretide yer alan bir yazar tarafından ise çoğunluk görüşünün mutlak doğru olmadığı ve kamu ihale sözleşmeleriyle de kamu hizmetlerinin gördürülmesine ilişkin veya özel hukuk ilişkisini aşan hükümler ihtiva etmesi karşısında idari sözleşme olabileceği vurgulanmıştır. Gözler, Kaplan, **a. g. e.**, s. 469.

nitelendirilmiştir.⁵⁰¹ Sözleşmede yer alması gereken asgari unsurlar ise 4735 Sayılı Kanun'un 7. maddesinde sayılmıştır.

4735 Sayılı Kanun'un "İlkeler" başlıklı 4. maddesinde⁵⁰² yapılacak sözleşmeye ilişkin genel şartlar belirtilmiştir. Bu şartlardan en mühimi de üçüncü paragrafın ilk cümlesi olan kamu ihale sözleşmelerinin taraflarının sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülükler sahip olduğudur.⁵⁰³

Kamu ihale sözleşmesi yapıldıktan sonraki aşamaya ilişkin hangi yargı merciin uyuşmazlıkları çözeceği hususunda herhangi bir kanun hükmü mevcut değildir. Konuya ilişkin çözüm yıllardan beri süregelen istikrarlı yargı içtihadıyla giderilmiştir.⁵⁰⁴ Buna göre özel hukuk sözleşmesi niteliğine haiz olan kamu ihale sözleşmelerine ilişkin görevli mahkeme kural olarak adli yargı kolu içerisindeki asliye hukuk mahkemeleridir.⁵⁰⁵ Bu husus birçok Yüksek Mahkeme kararında açıkça yer almaktadır.⁵⁰⁶

⁵⁰¹ Akel, "Kamu İhalelerinin Kamu Bütçesine Yansıyan Sonuçları Hakkında Bir Değerlendirme", s. 133, Akkurt, **a. g. e.**, s. 6, Toprak, **a. g. e.**, s. 149.

⁵⁰² *İlkeler*

Maddde 4- Bu Kanuna göre düzenlenecek sözleşmelerde, ihale dokümanında yer alan şartlara aykırı hükümlere yer verilemez.

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

Bu Kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülükler sahiptir. İhale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemez. Kanunun yorum ve uygulanmasında bu prensip göz önünde bulundurulur.

⁵⁰³ Kamu ihale sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi niteliğinde oluşunun en büyük gerekçelerinden birisi olarak bu düzenleme gösterilmektedir. Kılıç, **a. g. e.**, s. 10.

⁵⁰⁴ Aynı zamanda öğretideki yazarların ekseriyeti de aynı istikamette yer almaktadır. Söz konusu yazarlar ve görüşleri için bkz: Seyhan, **a. g. e.**, s. 109-112.

⁵⁰⁵ Uslu, **a. g. e.**, s. 110, Bozkurt, **a. g. e.**, s. 68, Akkurt, **a. g. e.**, s. 6.

⁵⁰⁶ Örnek olarak aşağıdaki kararlar verilebilir:

" (...) Olayda, Şişli Belediyesince, 2886 sayılı Yasanın 45. maddesinde öngörülen yonteme göre yapılan ihale sonucunda, belediye nikah salonunda fotoğraf ve video çekimi işine ilişkin davacı ile akdedilen sözleşmenin, 1580 sayılı Belediye Kanununda sayılan belediyenin görevleri arasında yer almayan konusu itibarıyla, genel hizmetlerden birinin yürütülmesi amacını taşıyamaması ve belediyeye kamusal nitelikte üstün hak ve yetkiler tanıyan hüküm ve koşullar içermemesi nedeniyle, idari sözleşme olmadığı; ancak, sözleşme serbestisi ve tarafların eşitliğine dayanan bir özel hukuk sözleşmesi olduğu anlaşılmaktadır. Bu durum karşısında, idarenin özel hukuk sözleşmesinden doğan davanın görüm ve çözümünde adli yargı yeri görevli bulunmaktadır " Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, 21.06.1999 Tarihli 1999/8 Esas 1999/17 Karar Sayılı Kararı, (Çevrimiçi), <https://docplayer.biz.tr/17450673-T-c-uyusmazlik-mahkemesi-hukuk-bolumu-e-1999-8-k-1999-17-t-21-6-1999.html>, 10.06.2021. Söz konusu karara ilk olarak Akel, **a. g. e.**, s. 133.'den ulaşılmıştır.

b-) İstisnai Olarak İdari Yargının Görevli Olması

Kamu ihale sözleşmesi imzalandıktan sonra artık ihale sürecine ilişkin ihale aşaması her ne kadar sona erse de bazı idarelerin hukuka aykırı bir şekilde tek yanlı olarak idari işlem tesis etmeleri halinde söz konusu işlemlere karşı başvurulacak yargı yerinin neresi olacağı bir başka tartışma konusudur.⁵⁰⁷ Danıştay 10. Dairesinin önüne gelen bir uyuşmazlıkta⁵⁰⁸ (X) Belediyesi ile (Y) yüklenicisi arasında belediyeye ait bir otopark işletmesine ilişkin kamu ihale sözleşmesi imzalandıktan sonra (X) Belediye Encümeni “yüklenicinin kira bedelini ödemediği, idarenin

“ (...) ihalelerde, sözleşme aşamasına kadar yasaya dayanılarak idarece alınan karar ve yapılan işlemlerin iptali istemiyle açılan davaların idari yargı yerinde, sözleşme yapıldıktan sonra sözleşme hükümlerinin uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıklar ile sözleşmeye karşı açılacak davaların özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerinde görülüp, çözümlenmesi gerektiğine (...) ” Danıştay 13. Dairesi, 06.04.2010 Tarihli, 2009/7074 Esas 2010/2940 Karar Sayılı Kararı. (Çevrimiçi), <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/595985>, 10.06.2021.

“ (...) Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay kararlarında da vurgulandığı üzere idari sözleşmelerin, idarelerin tek yanlı kamusal yetkiye dayanarak kamu hizmetinin gereklerinin yerine getirilmesi için kamu yararı amacı ile bağitlanan idareye üstün hak ve yetkiler veren, gerektiğinde tek yanlı değişiklik ve fesih yetkisini de idareye tanıyan sözleşmeler olduğu; kamu idarelerinin özel hukuk alanında akdettiği sözleşmelerin ise idari sözleşme niteliği taşımayıp özel hukuk kurallarına göre düzenlendiği; öte yandan, idarelerce mal veya hizmet alımı için ihaleye çıkılması safhasında ihalenin sonuçlanıp kesinleşmesine kadar geçen aşamada tesis edilen işlemler idari nitelikte kabul edildiği ve bu aşamada ortaya çıkan anlaşmazlıkların çözümünün idari yargı yerlerine ait bulunduğu; sözleşmenin bağitlanmasından sonraki aşamada ve ihale önceki aşamaya ilişkin nedenlerle değil de idare ile yüklenici arasındaki sözleşmenin uygulanmasından doğan ve bu bağlamda istenilen zarar için tarafların sözleşmedeki edim yükümlülüklerini ihlal edip etmedikleri inceleneceğinden sözleşme hükümlerine başvurulacak olan bu uyuşmazlığın çözümünün özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerlerine ait bulunduğu yargısal içtihatlarla kabul edildiği, bu itibarla, uyuşmazlığın ihale sözleşmesinin uygulanmasından kaynaklandığı, sözleşmesinin fesih koşullarının oluşup oluşmadığı incelemesinin özel hukuk hükümlerine göre belirlenecek olması nedeniyle görüş ve çözümünün adli yargının görevinde olup (...)” Danıştay 13. Dairesi, 30.05.2016 Tarihli 2016/674 Esas 2016/2040 Karar Sayılı Kararı, (Çevrimiçi), <https://www.hukukmedieniyeti.org/karar/749295/danistay-13-daire-e-2016-674-k-2016-2040/?v=list&aranan=yürütmenin durdurulması>, 10.06.2021.

“ (...) kural olarak kamu ihalesinden sonra sözleşme imzalanıncaya kadar çıkacak uyuşmazlıkların çözüm yeri idari yargı, sözleşmeden sonra ise adli yargıdır. (...)” Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 19.09.2007 Tarihli 2007/4603 Esas 2007/5466 Karar Sayılı Kararı. Karara Seyhan, a. g. e., s. 113’ten ulaşılmıştır.

“ İhale koşullarına aykırılık nedeniyle sözleşmenin feshedilerek kesin teminatın hazineye irad kaydedilmesine ilişkin hukuki durumun ancak bir özel hukuk ihtilafına yol açması karşısında; açılan davada AYİM değil, adli yargı görevli bulunmaktadır. (...)” Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, 11.07.2001 Tarihli 2001/529 Esas 2001/603 Karar Sayılı Kararı, (Çevrimiçi), www.kazanci.com.tr, 10.06.2021.

⁵⁰⁷ Bu alanda çalışan bir yazar tarafından bu durumun çözümü için “Bu noktada özellikle belirtilmelidir ki, uyuşmazlığın çözümü için görevli yargı kolunun tespitinde önemli olan, dava tarihi itibarıyla sözleşmenin imzalanıp imzalanmamış olması değil, uyuşmazlık yaratan işlemin hukuki niteliği ve kaynağıdır.” şeklinde açıklamada bulunulmuştur. Seyhan, a. e., s. 211.

⁵⁰⁸ Danıştay 10. Dairesi, 05.02.2003 Tarihli 2001/5105 Esas 2003/358 Karar Sayılı Kararı. Söz konusu karara Dilşat Yılmaz, “Kamu İhale Hukukunda Şartnameler”, **Yayımlanmamış Doktora Tezi**, Ankara, 2012, s. 73-74’ten ulaşılmıştır.

işlemlerini geri alabileceği, yapımı tamamlanmamış bir yerin kiralanmasının hukuksal olmadığı öne sürülerek “ iddialarını gerekçe göstererek ihaleyi iptal etmiştir. Bunun üzerine yüklenici tarafından söz konusu ihalenin iptali işlemine karşı idare mahkemesinde iptal davası açılmışsa da ilk derece mahkemesi sözleşmenin uygulanması safhasında görevli yargı yerinin adli yargı olduğundan cihetle görevsizlik kararı vermiştir. Bunun üzerine söz konusu karar yüklenici tarafından temyiz edilmiş ve uyuşmazlık Danıştay önüne taşınmıştır.

Danıştay, yüklenicinin söz konusu encümen kararının idari işlem vasfına ilişkin olduğu görüşünü benimsemiş ve *“sözleşme yapıldıktan sonra tesis edilse bile sözleşmeden kaynaklanmayan sözleşmeden doğan bir hak ve alacağın takibi niteliğini taşımayan, idarenin kamu gücüne dayanarak ve tek yanlı olarak tesis ettiği idari işlemlerin iptali istemiyle açılan davaların da idari yargı yerinde görülüp, çözümlenmesi zorunlu”* olduğunu belirtmiştir.⁵⁰⁹ Biz de bu kararı benimsiyoruz. Uyuşmazlık tekrar önüne gelen ilk derece mahkemesinin ise vermesi gereken karar, *“kamu ihale sözleşmesi sürecine ilişkin olarak idarenin idari işlem tesis edemeyeceği kuralından bahisle ortada kesin ve yürütülebilir bir idari işlemin olmadığından bahisle”* yokluk kararı olmalıdır.

İdarenin iradesinin bir kısmının özel hukuka ilişkin bir kısmının ise kamu hukukuna ilişkin olduğu duruma güzel bir örnek olarak Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun bir kararı verilebilir.⁵¹⁰ Söz konusu karara konu olayda (X) Çevre Koruma Altyapı Tesisleri Yapma ve İşletme Birliği tarafından gerçekleştirilen ihaleyi kazanan yüklenici (Y) firması ile ön sözleşme akdedildikten⁵¹¹ sonra ön

⁵⁰⁹ Danıştay 13. Dairesi, 01.02.2008 Tarihli 2007/10031 Esas 2008/1767 Karar Sayılı Kararında benzer bir olaya ilişkin aynı gerekçeyle idari yargının görevli olduğuna hükmetmiştir. Kılıç, **a. g. e.**, s. 7-8. Danıştay'ın benzer ifadeleri kullandığı güncel tarihli karar örnekleri için bkz: Danıştay 13. Dairesi, 08.12.2020 Tarihli 2020/3377 Esas 2020/3585 Karar Sayılı Kararı, (Çevrimiçi), <https://karararama.danistay.gov.tr/>, 03.08.2021, Danıştay 13. Dairesi, 09.02.2021 Tarihli 2020/2425 Esas 2021/373 Karar Sayılı Kararı, (Çevrimiçi), <https://karararama.danistay.gov.tr/>, 03.08.2021, Danıştay 13. Dairesi, 09.02.2021 Tarihli 2020/2635 Esas 2021/372 Karar Sayılı Kararı, (Çevrimiçi), <https://karararama.danistay.gov.tr/>, 03.08.2021.

⁵¹⁰ Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, 07.03.2003 Tarihli 2002/725 Esas 2003/88 Karar Sayılı Kararı, (Çevrimiçi), <http://www.imarhukukcusu.com/modules.php?name=Content&pa=showpage&pid=533>, 10.06.2021.

⁵¹¹ Söz konusu ihale, 2886 Sayılı Kanun hükümleri kapsamında gerçekleştirildiğinden ön sözleşme kurumu mevcuttur.

sözleşmedeki mükellefiyetlerin yerine getirilmediğinden bahisle idare tarafından hem ihale hem de ön sözleşme feshedilmiştir. Bunun üzerine her iki işleme karşı Aydın 2. İdare Mahkemesi`nde iptal davası açılmıştır.

Aydın 2. İdare Mahkemesi, 26.11.1999 Tarihli ve 1999/713 Esas 1999/789 Karar Sayılı kararıyla uyuşmazlığın özel hukuk hükümleri çerçevesinde adli yargı yerince çözümlenmesi gerekeceğinden bahisle görevsizlik kararı vermiştir. Bunun üzerine karar yüklenici tarafından temyize götürülmüş ve uyuşmazlık Danıştay 6. Dairesi`nin önüne taşınmıştır. Danıştay 6. Dairesi ise 26.09.2001 Tarihli ve 2000/981 Esas 2001/4202 Karar Sayılı kararında öncelikle idarenin her iki işlemi birbirinden ayırmıştır. Danıştay`a göre ön sözleşmenin feshedilmesi meselesi, özel hukuka ilişkin olduğundan karar bu yönüyle onanmalıdır. Diğer bir deyişle bu feshin haksız olup olmadığı ve buna bağlı sonuçları adli yargının ve özel hukuk hükümlerinin alanına girmektedir. Biz de kararın bu yönünü aynen benimsiyoruz. İdarenin ihalenin feshi yönündeki iradesi ise Danıştay tarafından idarenin kamu gücünü kullanarak tek taraflı irade beyanı sonucu tesis ettiğinden bahisle idari işlem olarak nitelendirmiş ve idari yargının görev alanına girdiğinden cihetle kararı bozmuştur. Daha önce de belirttiğimiz üzere doğru bir yaklaşımdır.

Aydın 2. İdare Mahkemesi ise sadece ihalenin iptali işlemine ilişkin olarak ilk düşüncesine bağlı kalarak 17.04.2002 Tarihli ve 2002/135 Esas 2002/111 Karar Sayılı kararında direnme kararı vermiştir. Bunun üzerine direnme kararı temyiz edilerek uyuşmazlık Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu önüne taşınmıştır.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, yargı mercilerinin istikrarlı bir şekilde ihale süreci ile sözleşme sürecine ilişkin yargı yolu ayırımına ilişkin içtihadını tekrarladıktan sonra ihaleye ilişkin dokümanları incelemeye almıştır. Uyuşmazlığa konu ön sözleşmenin ve şartnamenin ilgili maddeleri gereğince öngörülen kredi temin yükümlülüğünün, ihalenin kesinleşerek asıl sözleşmenin noterce onaylanmasını sağlayan bir ön koşul olduğunu ve bu koşul yerine getirilmediğinden ihale sürecinin bitmeyeceğini ifade etmiştir. Yani uyuşmazlık halen ihale sürecindeyken ortaya çıkmıştır. Bu gerekçenin yanı sıra aynı zamanda ihalenin feshi işleminin idariliğine de vurgu yaptıktan sonra oy çokluğu ile direnme kararını

bozmuştur. Karşı oy yazısında ise herhangi bir gerekçe yer almamaktadır. Danıştay bu kararında her ne kadar içinde bulunulan süreci sözleşme aşaması olarak yorumlamasa da ortaya koyduğu yaklaşım idari yargının istisnai olarak sözleşme aşamasında da görevli olduğunu ortaya koymaktadır.

Bazı durumlarda ihalenin sözleşme aşamasına geçilip geçilmediği bir başka ifadeyle kamu ihale sözleşmesinin ne zamandan itibaren akdedildiğine ilişkin gri alanlar oluşmaktadır. Bu sorun da bizleri görevli yargı yolunun seçimi meselesine götürmektedir. Bu duruma örnek olarak Yargıtay`ın bir kararını verebiliriz.⁵¹² Karara konu olayda Toprak Mahsulleri Ofisi, mısır alımına ilişkin bir ihale düzenlemiş ve ihale üzerine kalan istekliye 24.08.1998 tarihli yazıyla 5 gün içerisinde sözleşme imzalanması için idareye davet yazısı gönderilmiştir. İhale üzerine kalan istekli ise bu davete icabet etmesine rağmen idarece tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında bilgisayar kaynaklı bir hatanın olduğundan bahisle sözleşme akdedilmemiştir. Bunun üzerine idarece yeniden teklifler değerlendirilmiş ve bu sefer başka bir istekli üzerine ihale bırakılmıştır. Bu durum da ihaleyi kazanan ilk istekliye 25.08.1998 tarihinde bildirilmiştir.

Kendisiyle sözleşme yapılmayan istekli, idarenin bu tasarrufuna karşı adli yargı yerinde dava açmıştır. İlk derece mahkemesi olan Ankara 1. Asliye Ticaret Mahkemesi`nce 10.06.1999 Tarihli ve 1998/973 Esas 1999/339 Karar Sayılı kararında henüz sözleşme ilişkisinin kurulmadığından bahisle idarenin bu aşamadaki işlemlerinin idari işlem teşkil ettiğini ifade etmiş ve görevsizlik kararı vermiştir. Bunun üzerine karar davacı tarafından temyiz edilmiş ve uyuşmazlık Yargıtay 19. Hukuk Dairesi`nin önüne gelmiştir. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi`nin 10.03.2000 Tarihli ve 1998/8118 Esas 2000/1930 Karar Sayılı kararında ise ilk derece mahkemesince yapılması gereken işin uyuşmazlık konusu işlemin yapıldığı esnada sözleşmenin kurulup kurulmadığının tespit edilerek bir sonuca varılması gerektiği belirtilmiş ve karar bozularak tekrar ilk derece mahkemesine gönderilmiştir.

⁵¹² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 21.03.2001 Tarihli 2001/19-257 Esas 2001/285 Karar Sayılı Kararı. Söz konusu karara Dilşat Yılmaz, **a. g. e.**, s. 329-332`ten ulaşılmıştır.

İlk derece mahkemesi ise önüne tekrar gelen uyuşmazlıkta ilgili ihalenin şartnamesine göre sözleşmenin yazılı olması gerektiği, henüz tarafların imzasını taşıyan yazılı bir metin bulunmadığını saptadıktan sonra bu aşamada görevli yargı yolunun idari yargı olduğu görüşünü yinelemiştir. Her ne kadar mahkeme vermiş olduğu kararının direnme kararı olduğunu belirtse de aslında ortada eylemli bir uyma kararı bulunmaktadır.

İlk derece mahkemesince verilen bu karar, davacı tarafından temyiz edilmiş ve uyuşmazlık Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gelmiştir. Yargıtay tarafından öncelikle söz konusu ihalenin hangi mevzuata tabi olup olmadığını irdelenmiştir. Dönemin mer'i hükümlerine göre davalı idare 2886 Sayılı Kanun'a tabi olmadığından söz konusu ihale mevzuatının uygulanmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir. O halde Yargıtay uyuşmazlığın özel hukuk mevzuatına göre çözüme kavuşturulacağını ifade ettikten sonra borçlar hukukuna göre karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının olup olmadığına göre meseleyi çözmüştür. Somut olayda henüz idarece kabul beyanında bulunulmadığına göre sözleşme kurulmuş sayılmamış ve ilk derece mahkemesi kararı oy çokluğu ile onanmıştır. Karşı oy yazısında da henüz icap aşamasının bulunduğu konusunda tereddüt bulunmamakla beraber bu aşamada da adli yargının görevli olacağı belirtilmiştir. Yukarıda açıkladığımız yerleşik görüşe göre karşı oyun görüşüne katılmak mümkün gözükmemektedir.

c-) Yetkili Mahkeme

4735 Sayılı Kanun'da uyuşmazlıkların çözümü konusunda özel bir yetki kuralı yer almadığından mesele muhakeme hukukuna ilişkin diğer kanun hükümlerine göre hükümlerine göre çözümlenmelidir. Sözleşmeler hukukuna ilişkin kanunlarımızda sayısız özel yetki kuralı yer almakta olup başlık altında somut kamu ihale sözleşmesi özelinden ziyade genel olarak kamu ihale sözleşmelerine ilişkin yetki kuralarına ana hatları ile değinilecektir.

12.01.2011 Tarihli ve 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeler Kanunu'nun (HMK) genel yetki kuralını düzenleyen 6. maddesinin ilk fıkrasına⁵¹³ göre yetkili mahkeme,

⁵¹³ *Genel yetkili mahkeme*

davalının dava açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir. Kamu ihale sözleşmesi iki taraflı bir sözleşme olduğundan sözleşmenin uygulanması sırasında davacı olan tarafın sözleşmenin diğer tarafı olan davalının yerleşim yerinde bu davayı açması gerekecektir. Davalı tarafın sözleşmeci idare olduğu durumlarda dava, idarenin bulunduğu yerdeki yetkili mahkemede açılacaktır. Tam tersi durum söz konusu olduğunda ise yüklenicinin yerleşim yerindeki mahkeme, uyuşmazlığı çözmeye yetkili mahkeme olacaktır.

İdarenin davacı ve yüklenicinin davalı olduğu durumlarda yüklenicinin ortak girişim olması halinde yetkili mahkemenin neresi olacağı ise cevaplanması gereken bir meseledir. Bu konuda da 4735 Sayılı Kanun'da özel bir düzenleme bulunmadığından genel hükümler çerçevesinde hareket edilmelidir. Akla gelebilecek olan bir görüş, ortak girişimde pilot veya koordinatör ortağının yerleşim yerinin yetkili mahkeme olmasıdır. İhale sürecindeki tebligatların bu ortağa yapılmasından hareketle bu sonuca varılabilir ve oldukça tutarlıdır. Fakat mahkemelerin yetkisine ilişkin bir kuralın açıkça kanunda yer alması gerekeceğinden bu görüşü kabul etmek mümkün değildir.

Tarafımızca düşünülen ve benimsenen başka bir görüş olarak HMK'nın "Davalının birden fazla olması halinde yetki" başlıklı 7. maddesinin ilk fıkrasına⁵¹⁴ göre birden fazla davalının bulunması halinde dava bunlardan birinin yerleşim yeri mahkemesinde açılabilir. Her ne kadar kamu ihale sözleşmesinde bir yüklenici bulursa da bu yüklenicinin ortak girişim olması halinde tüzel kişiliği bulunmamaktadır. Diğer bir deyişle karşımızda hukuken tek bir kişilik yoktur. Söz konusu ortak girişimi oluşturan gerçek veya tüzel kişiler yargılama esnasında olsa olsa "mecburi dava arkadaşı"⁵¹⁵ sayılırlar. O halde HMK'nın 60. maddesi⁵¹⁶ gereği

MADDE 6- (1) Genel yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir.

⁵¹⁴ **Davalının birden fazla olması hâlinde yetki**

MADDE 7- (1) Davalı birden fazla ise dava, bunlardan birinin yerleşim yeri mahkemesinde açılabilir. Ancak, dava sebebine göre kanunda, davalıların tamamı hakkında ortak yetkiyi taşıyan bir mahkeme belirtilmişse, davaya o yer mahkemesinde bakılır.

⁵¹⁵ Söz konusu müessese, HMK'nın 59. maddesinde aşağıda yer aldığı gibi açıklanmıştır:

Mecburi dava arkadaşı

ortak girişimi oluşturan ortaklardan birinin yerleşim yeri mahkemesinde dava açılabilir. Yine aynı kanunun 7. maddesinin 2. fıkrasına⁵¹⁷ göre de birden fazla davalının bulunduğu hâllerde, davanın, davalılardan birini sırf kendi yerleşim yeri mahkemesinden başka bir mahkemeye getirmek amacıyla açıldığı, deliller veya belirtilerle anlaşılırsa, mahkemece ilgili davalının itirazı üzerine, onun hakkındaki davayı ayırarak yetkisizlik kararı vermesi olanak dâhilindedir.

HMK`da yer alan kesin olmayan yetki kurallarından birisi de sözleşmelerden doğan davalardaki yetkili mahkemeyi belirleyen 10. maddedir. Bu maddeye⁵¹⁸ göre sözleşmeden doğan davalar, sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesinde de açılabilir. Kamu ihale sözleşmesi de nihayetinde bir özel hukuk sözleşmesi olduğundan bu madde kapsamına girmektedir ve uyuşmazlıklardan doğacak davalarda ilgili sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesi yetkili mahkemedir. Sözleşmenin ifa edileceği yer müessesesi ise TBK`ın “İfa yeri” başlıklı 89. maddesinde⁵¹⁹ düzenlenmektedir. Buna göre taraflar aralarında sözleşmenin ifa yerini serbestçe kararlaştırabileceklerdir. Kamu ihale sözleşmesi açısından bu

MADDE 59- (1) Maddi hukuka göre, bir hakkın birden fazla kimse tarafından birlikte kullanılması veya birden fazla kimseye karşı birlikte ileri sürülmesi ve tamamı hakkında tek hüküm verilmesi gereken hâllerde, mecburi dava arkadaşlığı vardır.

⁵¹⁶ **Mecburi dava arkadaşlarının davadaki durumu**

MADDE 60- (1) Mecburi dava arkadaşları, ancak birlikte dava açabilir veya aleyhlerine de birlikte dava açılabilir. Bu tür dava arkadaşlığında, dava arkadaşları birlikte hareket etmek zorundadır. Ancak, duruşmaya gelmiş olan dava arkadaşlarının yapmış oldukları usul işlemleri, usulüne uygun olarak davet edildiği hâlde duruşmaya gelmemiş olan dava arkadaşları bakımından da hüküm ifade eder.

⁵¹⁷ **Davalının birden fazla olması hâlinde yetki**

MADDE 7- (2) Birden fazla davalının bulunduğu hâllerde, davanın, davalılardan birini sırf kendi yerleşim yeri mahkemesinden başka bir mahkemeye getirmek amacıyla açıldığı, deliller veya belirtilerle anlaşılırsa, mahkeme, ilgili davalının itirazı üzerine, onun hakkındaki davayı ayırarak yetkisizlik kararı verir.

⁵¹⁸ **Sözleşmeden doğan davalarda yetki**

MADDE 10- (1) Sözleşmeden doğan davalar, sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesinde de açılabilir.

⁵¹⁹ **B. İfa yeri**

MADDE 89- Borcun ifa yeri, tarafların açık veya örtülü iradelerine göre belirlenir. Aksine bir anlaşma yoksa, aşağıdaki hükümler uygulanır;

1. Para borçları, alacaklının ödeme zamanındaki yerleşim yerinde,
2. Parça borçları, sözleşmenin kurulduğu sırada borç konusunun bulunduğu yerde,
3. Bunların dışındaki bütün borçlar, doğumları sırasında borçlunun yerleşim yerinde, ifa edilir.

Alacaklının yerleşim yerinde ifası gereken bir borcun doğumundan sonra alacaklının yerleşim yerini değiştirmesi sebebiyle ifa önemli ölçüde güçleşmişse borç, alacaklının önceki yerleşim yerinde ifa edilebilir.

serbestlik çok geniş olmamakla beraber ihale dokümanlarında ve özellikle sözleşmede belirtilen yerin ifa yeri ve dolayısıyla yetkili mahkemenin bulunduğu yer olduğunu söyleyebiliriz. Tarafların arasında ifa yeri kararlaştırılmamış ise aynı kanun maddesinde yer alan yedek kuralları burada da uygulama alanı bulacaktır.

Burada dikkat edilmesi gereken bir diğer husus, sözleşmenin ifa yerinden ziyade sözleşmeye bağlı olarak doğan borçların tek tek ifa yerinin belirlenmesi gerektiğidir. Böylelikle kamu ihale sözleşmesine ilişkin hangi borçtan dolayı dava açılacaksa o borca ilişkin ifa yeri ve dolayısıyla yetkili mahkeme tespit edilecektir. Yine TBK'nın 89. maddesinin 2. fıkrasına göre alacaklının yerleşim yerinde ifası gereken bir borcun doğumundan sonra alacaklının yerleşim yerini değiştirmesi sebebiyle ifa önemli ölçüde güçleşmişse borç, alacaklının önceki yerleşim yerinde ifa edilebilir ve bu yer mahkemesi yetkili mahkeme olarak kabul edilebilir.

Tüm bu açıklamaların sözleşmenin taraflarının birbirine karşı açtığı davalar için geçerli olduğunu belirtmekte fayda vardır. Sözleşmenin nisbiliği ilkesi gereğince esas olarak uyuşmazlıklar da zaten taraflar arasında olmaktadır. Fakat bu sözleşme ilişkisinin üçüncü kişileri etkileme olasılığı da bulunmaktadır. Üçüncü kişilerin sözleşmeye ve taraflarına yönelik fiilleri olabileceği gibi aynı zamanda sözleşmeciler tarafların sözleşme konusunu icra ederlerken üçüncü kişilerin alanlarına etkide bulunmaları olanak dâhilindedir. Bu ihtimalde ihtilafın çözümüne ilişkin görevli ve yetkili mahkemenin neresi olacağı, üçüncü kişi ve tarafların arasındaki ilişkiye göre belirlenecektir.

2-) Sözleşmenin Esasına Uygulanacak Hukuk Kuralları

Kamu ihale sözleşmelerinin niteliğinin bir özel hukuk sözleşmesi olması, aynı zamanda uygulanacak hukukun tespitinde de diğer özel hukuk sözleşmeleriyle aynı kategoride olduğunu bizlere göstermektedir. TBK'nın 27. maddesine⁵²⁰ göre

⁵²⁰ II. Kesin hükümsüzlük

MADDE 27- Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.

Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur

kanunlarda yer alan emredici hukuk kuralları, sözleşmede tarafların kararlaştırdıkları esaslardan önce gelmektedir. O halde kanunların emredici normlarla düzenledikleri konularda söz konusu hükümlerin uygulanacağını rahatlıkla söyleyebiliriz.

Genel işlem şartları düzenlemesinin kamu ihale sözleşmeleri açısından geçerli olup olmadığı da irdelenmelidir. TBK'nın 20-25. maddeleri arasında düzenlenen genel işlem şartları, kanundaki tanımıyla *“bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir.”* İhale dokümanlarının ve sözleşme tasarısının, önceden ikincil düzenlemelerle tip dokümanlar ve sözleşmeler olarak KİK tarafından tek başına düzenlendiği ve ihale makamı idarelerce istekli olabileceklerle müzakere yapılmadan sunulduğu konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Fakat burada düzenleyen tarafın ihale makamı olan idarelerden ziyade KİK'in olması, söz konusu düzenlemelerin genel işlem şartı olup olmadığı konusunda farklı görüşlerin doğmasına sebebiyet verebilir.

Söz konusu tip dokümanları ve sözleşmeleri hazırlayan tarafın idari bir kurum olan KİK olması karşısında yüklenicilerin imzaladığı sözleşmedeki hükümlerin genel işlem koşulu olarak değerlendirilebileceği söylenebilir. Fakat kanunun açık lafzında *“düzenleyen”* ibaresi yer aldığından ve ihale makamı olan idarelerin bu tip doküman ve sözleşme hükümlerine aykırı olacak hükümler koyamaması diğer bir deyişle idarelerin de bu düzenlemelere mahkûm olması karşısında kamu ihale sözleşmelerinde yer alan düzenlemelerin genel işlem şartı taşımadığı kanaatindeyiz.

Kanunların emredici normlarla düzenlemediği konularda ise sözleşme özgürlüğü çerçevesinde pek tabii ki somut kamu ihale sözleşmesi hükümleri⁵²¹ uygulama alanı bulacaktır. Söz konusu sözleşme hükümlerinin yorumu sırasında ihtilaf doğabileceği gibi ilgili hükümlerde uyuşmazlık çıkan konu hakkında bir düzenleme de mevcut olmayabilir. Bu halde kanunların tamamlayıcı ve yorumlayıcı hükümleri söz konusu uyuşmazlıkların çözümünde göz önüne alınacaktır. Ayrıca 4735 Sayılı Kanun'un 36. maddesi gereği 4735 Sayılı Kanun'da hüküm bulunmayan

⁵²¹ İhale dokümanlarının da sözleşmenin tamamlayıcı parçası olduğunu gözden ırak tutulmamalıdır. Toprak, a. g. e., s. 149.

hallerde TBK`ın ve dolayısıyla diğler özel hukuka ilişkin düzenlemelerin temel alınması gerekeceği de açıktır

4734 Sayılı Kanun`a göre hazırlanan ihale dokümanlarına ve özellikle sözleşme tasarısına hüküm koymak suretiyle uyuşmazlıkların çözümünün tahkim yoluna bağlanması da sözleşme serbestliği çerçevesinde pek ala mümkündür. Bu halde tahkime ilişkin belirlenecek usul ve esaslar, kanunların emredici hükmüne aykırı olmamak şartıyla ilgili kamu ihale sözleşmesine göre belirlenecektir.⁵²² Özellik arz eden bir diğler hususta tahkim kaydının yabancılık unsuru taşıması ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlenmesi halinde 21.06.2001 Tarihli ve 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu`nun 1. maddesinin 2. fıkrası geređi⁵²³ işbu kanunun uygulama alanı bulacak olmasıdır.

⁵²² Kamu ihale sözleşmesine uygulanacak olan tahkim kaydına ilişkin detaylı bilgi için bkz: Mehmet Gedikbaş, “Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Uyarınca Akdedilen Sözleşmelerde Tahkim Kaydı”, **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Ankara, 2011. Öğretide Türkiye`de yabancılık unsuru taşıyan kamu ihale sözleşmelerinde genel olarak Türkiye Milletlerarası Ticaret Odası tahkim kurallarına göre (pek tabi ki buna ilişkin sözleşmeye bir hüküm koymak şartıyla) uyuşmazlıkların çözüldüğü ifade edilmiştir. Cemal Şanlı, “Türkiye`de Yargıtay Kararlarına Göre Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi” **Milletlerarası Hukuk Bülteni**, 1997-1998, s. 399. (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/99552>, 01.08.2021. Söz konusu kararlar, yerli hakem kararı niteliğinde olduğu için tanıma ve tenfiz de mümkün değildir.

⁵²³ *Amaç ve kapsam*

Madde 1 - Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır.

SONUÇ

Kamu ihale hukuku, kamu hukukuna tabi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut da kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının gereksinimlerini dış kaynaklardan karşılamada kullanacakları usul ve prosedürü düzenleyen bir idari işlem hukukudur. İnsanlığın ve onun yapay ürünü olan devlet olgusunun ortaya çıktığı zamanlardan beri gereksinim ve gereksinimin karşılanması başta iktisat bilimi olmak üzere pek çok sosyal bilimin uğraşı alanı olmuştur. İhtiyaçların kıt kaynaklardan nasıl karşılanacağı meselesi daha çok iktisatçıların üzerine çalışmalarda bulunduğu bir konu olmakla birlikte hukukçular da bu ihtiyaçların karşılanması sürecini, özellikle bireysel gereksinimlerden ziyade kamusal gereksinimler açısından düzenleme altına alma yoluna gitmişlerdir. Söz konusu bu gereksinimleri karşılamada kullanılan ihale sürecine ilişkin olarak çalışma konumuzu oluşturan 04.01.2002 Tarihli ve 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu ile 05.01.2002 Tarihli ve 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, 22.01.2002 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanmış ve 01.01.2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Söz konusu kanunlar ile birlikte hukuk hayatımıza giren ikincil mevzuat da zaman içerisinde değişikliklere uğramıştır. Bugüne değin onlarca değişikliğin yapılmış olması, ihale mevzuatını uygulayıcılar açısından takibini ve düzenli bir kamu ihale sisteminin oturmasını bir hayli zorlaştırmıştır. Bu sebepten kamu ihale sistemine ilişkin düzenlemelerin günü kurtarmak yerine kalıcı çözümler getirecek şekilde oluşturulması, sisteme ilişkin istikrarın sağlanması açısından son derece önemlidir.

4734 Sayılı Kanun ile hukuk hayatımıza giren KİK, yaptığı düzenlemeler ve aldığı yarı-yargısal kararlarla bu alanın gelişmesine büyük katkı sağlamıştır. Kurumun hem oyunun kurallarını koyan hem de hakem rolü üstelenen bir yapısı olduğunu ifade edebiliriz. Temel görevi ise kamu kaynaklarının etkin ve verimli bir şekilde kullanılmasını sağlamak olup sahip olduğu yetkilerini bu amacı gerçekleştirmek üzere kullanmaktadır.

KİK'in kendi yapısına baktığımızda ise ilk olarak söylenmesi gerekenler kurumun idari ve mali yönden özerk olduğu ile inceleme görevini yerine getirirken hiçbir makam, merci ve kişiden emir ve talimat alamayacağıdır. KİK'in söz konusu bağımsızlığı ve özerkliği kurumun bir bağımsız idari otorite olduğunu bizlere göstermektedir.

4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nun ilk maddesinde kanunun amacının kamu hukukuna tâbi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygulanacak esas ve usulleri belirlemek olduğu belirtilmiştir. Bu kadar farklı idare tarafından gerçekleştirilen ihale sürecinin temel hatlarının tek bir kanunla düzenlenmesi fevkalade mühimdir. Tek bir kanunun farklı kamu alımlarını düzenlemede yaratacağı sorunu aşmak adına da başta ihalelerin konusuna göre pek çok ikincil düzenleme yapılmıştır.

4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 2. maddesinde hangi idarelerin kanunun kapsamında yer aldığı detaylı bir şekilde açıklanmıştır. 4734 Sayılı Kanun kapsamında olmayan idareler de aynı maddenin son fıkrasında açıkça belirtilmiştir. Özetle istisnalar haricinde hemen hemen tüm kamu kurum ve kuruluşlarının bu kanun kapsamında yer aldığı rahatlıkla söyleyebiliriz. Bu da 2886 Sayılı Kanun'un en önemli eksikliklerinden birinin giderildiğini göstermektedir.

4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu, giriş bölümünde bahsettiğimiz üzere kamu kaynaklarının harcanmasını gerektiren ihalelerin düzenlendiği temel kanunumuzdur. Söz konusu bu ihaleler kanunda açıkça mal ve hizmet alımları ile yapım işleri olarak belirtilmiştir. Bu işlerin nelerden ibaret olduğu da tanımlar başlılığı altında açıklanmıştır. Kamu harcaması gerektiren diğer özel ihale kanunlara örnek olarak 4046 Sayılı ve 3996 Sayılı Kanunlarda açık bir şekilde kendi kapsamlarına giren ihalelerde 4734 Sayılı Kanun'un uygulanmayacağı belirtilmiştir. Bu yüzden kamu harcaması gerektiren başka özel kanunlarda düzenlenen ihalelere çalışmamızda yer vermedik.

4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu yürürlüğe girmeden evvel tarihçede bahsedildiği üzere 2886 Sayılı Devle İhale Kanunu, gelir getirecek yahut gidere sebep olacak nitelendirilmesine bağla kalınmaksızın bütün kamu ihalelerinde uygulama alanı bulmaktaydı. 4734 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle birlikte 2886 Sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmamıştır fakat 4734 Sayılı Kanun'un 68. maddesi ile 4734 Sayılı Kanun kapsamındaki ihalelere 2886 Sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmiştir. Böylelikle 2886 Sayılı Kanun'un hükümleri, mal ve hizmet alımları ile yapım işleri için ilga edilmiş durumdadır. Buradan çıkarılacak diğere bir sonuç, 4734 Sayılı Kanun'a tabi işlerin sınırlı sayıda sayılmasına binaen geri kalan ve hakkında özel kanun bulunmayan tüm işler için 2886 Sayılı Kanun'un uygulama alanı bulacağıdır.

Her ne kadar genel kural 4734 Sayılı Kanun kapsamına ilişkin ihalelerde bu kanunun mutlak uygulama alanı bulacak olmasıysa da 4734 Sayılı Kanun'un 3. maddesinde istisna kapsamında olduğu belirtilen ihaleler yer almaktadır. Söz konusu istisna kapsamındaki ihaleler, kanunun yayımlandığı tarihten bu yana git gide artmakta olup bu husus da oldukça eleştirilmektedir. 2886 Sayılı Kanun döneminde özel kanunlar yoluyla çeşitli istisnalar tanınmış ve söz konusu kanun adeta uygulanamaz hale gelmişti. Günümüzde de 4734 Sayılı Kanun'da yer alan istisnalar her geçen gün artırılarak eski kanun dönemindeki uygulamaya doğru yol alınmaktadır. Bu konudaki eleştirilerden bir diğere de ihaleleri istisna kapsamına alırken hangi somut gerekçelerle bu yönde bir takdirin kullanıldığının doyurucu gerekçelerle izah edilmeyiş olmasıdır. Biz de çalışmamız kapsamında ilgili yargı ve KİK kararlarını okurken bu eleştirilerin ne denli yerinde olduğunu gördük zira pek çok ihale konusu istisna kapsamına alındığı için kanunun pek çok hükmü bu ihalelerde kadük kalmıştır. Bu durum da kamu ihale hukuku alanında uygulama birliğinin ortaya konulmadığını bizlere göstermektedir.

4734 ve 4735 Sayılı Kanunların daha iyi anlaşılması için yürürlüğe girmelerinden evvelki kanuni düzenlemelere genel hatlarıyla değinilmiştir. Böylelikle kanunlarda düzenlenen müesseselerin hayati önemi daha da iyi bir şekilde anlaşılmaktadır.

4734 Sayılı Kanun ile getirilen yeniliklere örnek olarak; saydamlık, rekabet, güvenilirlik, kamuoyu denetimi ve kaynakların verimli kullanılmasının sağlanması temel ilkeler olarak kabul edilmesi, ihalelere katılımda değerlendirme kriteri olan yeterlik kuralları daha nesnel kriterlere bağlanması, ilan süreleri uzatılarak ihaleye katılacak olan isteklilerin daha gerçekçi ve sorumluluk taşıyan teklifler hazırlayabilmeleri sağlanması, bir üst kurum olarak KİK'in ihdas edilmesi, ihale usullerinin AB mevzuatı başta olmak üzere uluslararası düzenlemelere daha uyumlu hale getirilmesi, sonuçlanan ihalelerin Kamu İhale Bülteninde yayımlanması, yaklaşık maliyet kurumu ihdas edilmesi, danışmanlık hizmet ihalesinin ayrı bir düzenlemeye tabi tutulması verilebilir. Ebetteki bu düzenlemelerin de eleştiriye açık yönleri bulunabilmektedir. Örneğin ihale ilan süreleri, ihale türlerine ve ihalenin parasal büyüklüğüne göre farklı düzenlemiş olup bu durum uygulayıcılar tarafından sürecin doğru takibini zorlaştırmaktadır. 2886 Sayılı Kanun hükümleri ile karşılaştırıldığında özellikle idarelerin eylem ve işlemlerine karşı idari başvuru yolunun öngörülmesi, idarelerin üstünlüğü yerine isteklilerin ve idarelerin kanun önünde eşitliğinin temin edilmesinin amaçlandığını bizlere göstermektedir.

4735 Sayılı Kanun'un ihdasıyla birlikte artık kamu ihale süreci ile kamu ihale sözleşmesi süreci birbirinden ayrılmış ve her iki süreç kendi özelliklerine göre düzenlenmiştir. 4735 Sayılı Kanun ile getirilen yeniliklere örnek olarak; kamu ihale sözleşmelerinin anahtar teslimi götürü bedel sözleşme, götürü bedel sözleşme ve birim fiyat sözleşme gibi çeşitli sözleşme türlerine ayrılmış olması, sözleşme yürütüme ilişkin ayrıntılı düzenlemelere (fiyat farkı verilmesi, denetim, muayene ve kabul işlemleri, sözleşmede değişiklik yapılabilmesi, sözleşmenin devri ve feshi) yer verilmesi, yasak fiil ve davranışlar ile yüklenicilerin ve ihale görevlilerin sorumluluklarının açıkça düzenlenmesi verilebilir.

Türkiye Cumhuriyeti'nin AB üyelik sürecindeki uyum aşaması, başta kamu ihale mevzuatı olmak üzere birçok alanda reformlara neden olmuştur. Bu reformların ilklerinden biri de 4734 ve 4735 Sayılı Kanunların yürürlüğe girmesidir. Böylece çağın ve ülkemizin ihtiyaçlarına uygun bir şekilde kamu ihale sistemi tasarlanmaya çalışılmıştır. Hukukun her alanında olduğu gibi kamu ihale hukuku da günün

ihtiyaçlarına göre gelişen ve değişen bir yapıya sahiptir. Ülkemizde 4734 ve 4735 Sayılı Kanunların yürürlüğe girmesinin akabinde AB`de de mal ve hizmet alımları ile yapım işleri ihalelerine ilişkin kurallar tek bir direktif içinde düzenlemeye alınmıştır. Söz konusu direktifin temel ihale yasalarımızın yürürlüğe girmesinden sonra çıkarılması ülkemiz açısından büyük talihsizlik olarak addedilebilir.

Çalışmamızın yazıldığı tarih itibariyle Türkiye`nin kamu ihale mevzuatı ve uygulaması için belirlediği hedeflerin büyük bir kısmının gerçekleştiremediği söylenebilir.

Kamu ihale sürecinin yegâne gayesi, kamu gereksinimin en uygun şartlarda ve zamanda karşılanmasından başka bir şey olmadığında dolayı öncelikli olarak ihale makamı olan idare, gereksinimi tam ve kesin olarak saptamalı ve ihale sürecine ilişkin tüm iş ve işlemler buna göre şekillendirmelidir. Bunun için 4734 Sayılı Kanun ile 2886 Sayılı Kanun`da yer alan tahmini bedel uygulamasının sakıncalarını gidermek üzere yaklaşık maliyet uygulaması getirilmiştir. İhale işlem dosyasında bulunması gereken yaklaşık maliyet, gizli kalması gereken bilgilerin başında gelmektedir. Buradaki temel mantık, ihaleye konu olan işin gerçek maliyetinin ihaleyi gerçekleştirecek idareden ziyade o işi yapacak olan yüklenici tarafından daha doğru bir şekilde hesaplanabileceğidir. Biz de bu yaklaşımı aynen benimsiyoruz.

4734 Sayılı Kanun`un temel ilkelerinden birisi de “Ödeneği bulunmayan hiçbir iş için ihaleye çıkılmaz.” ilkesidir. Böylelikle kamu ihalesine katılacak olan kişiler baştan güvence altına alınmış olmaktadır.

4734 Sayılı Kanun`a göre temel ihale usulü açık ihale usulü olmasına rağmen kanunda sayılan ayrık hallerde belli istekliler arasında ihale usulü ve pazarlık usulü de uygulanabilmektedir. Bu iki ihale usulünde yüklenicinin iş yapısı ve/veya gereksinimin aciliyeti önem arz ettiğinden rekabet ilkesinden ödün verilerek idare tarafından sözleşme tarafını seçme serbestisi genişletilmiş olmaktadır. Fakat yine de mümkün oldukça kamu ihale hukukuna egemen olan ilkelere riayet edilmesi gerekmektedir.

İhalenin ilanı, bütün isteklilere tekliflerini hazırlayabilmeleri için yeterli süre tanımak suretiyle 4734 Sayılı Kanun'un 13. maddesinde düzenlemiştir. Kanun koyucu, ihaleye katılım konusundaki hassasiyetini, gerek sürelerle gerekse ilanlarda bulunması gereken asgari unsurlara uyulmaması halinde ilanların geçersiz olacağını ve söz konusu hususlara uygun bir şekilde ilanların yenilenmediği takdirde ihale ve ön yeterlik yapılamayacağı belirterek göstermiştir.

4734 Sayılı Kanun'un 33. maddesiyle geçici teminat ve 43. maddesiyle kesin teminat müesseseleri getirilmiştir. Bu kuralın getirilmesinin iki nedeni bulunmaktadır. Birincisi isteklilerin tekliflerinde veya taahhütlerinde ciddi ve gerçekçi olmalarıdır. Böylelikle ihaleye gerçekten kazanmak isteyen ve aynı zamanda söz konusu ihale bedelini ödeyebilecek güçte olanlar katılacaktır. İkinci neden ise ihale mevzuatında yer alan kural ve kaidelere uyulmasının sağlanmasıdır. Kurallara uyulmasının sağlanması ise aykırı hareket edildiğinde verilen teminatların gelir kaydedilmesi müeyyidesinde yer almaktadır. Çalışmamızda önemli bir yekun tutan teminata ilişkin uyuşmazlıklarda birbiriyle istikrar arz eden kararların olmadığını söyleyebiliriz.

İhale, ihale komisyonunun yapacağı değerlendirme sonucunda ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren isteklinin üzerinde bırakılır. Kural olarak en düşük fiyat, ekonomik açıdan da en avantajlı fiyat olarak kabul edilir. Böylelikle kamusal kaynakların tasarrufu da sağlanmış olmaktadır.

4734 Sayılı Kanun'un 40. maddesinin son fıkrası gereğince ihale üzerinde kalan istekli ile varsa ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi isteklinin ihalelere katılmaktan yasaklı olup olmadığını teyit ettirilir. Böylelikle hakkında ihalelerden yasaklama kararı verilen isteklilerle sözleşme yapılmasının önüne geçilmiş olunmaktadır.

Çalışmamızın üçüncü bölümün ilk ayrımında ise kamu alımı ihalesi sürecine ilişkin kilit taşı sayılabilecek noktalardaki hukuki tartışmalar yargı kararları ile birlikte ele alınmıştır. Söz konusu bu uyuşmazlıklar, kanunda sayılan ilkeler ve bu ilkelerin tezahürü olan hukuk normları vasıtasıyla çözüme kavuşturulmaya

çalışılmaktadır. İlk sırada incelediğimiz mesele olan ihalelerin hangi kanuna tabi olduğunun çözümü; ihalede kullanılan kamu kaynağının niteliğine, idarelerin tabi olduğu kanun hükümlerine ve nihayetinde ihalenin kamuya gelir getiren mi yoksa kamunun harcama yapmasına neden olan bir ihale mi olduğuna göre çözümlenmektedir. Kaçınılmaz olarak gri alanlar ortaya çıkabilirse de bu durum KİK'in ve yargının vereceği kararlarla çözüme kavuşturulacaktır.

İhale dokümanlarında ihaleye ilişkin idari ve teknik tüm detaylar yer aldığından ve ihale için en az ihale ilanı kadar önemli olan belgeleri teşkil ettiğinden söz konusu bu dokümanların idare tarafından nasıl bir titizlikle hazırlanması gerektiği bu hassasiyete uyulmadığında ortaya çıkan hukuki uyuşmazlıklar ışığında ortaya konulmuştur. Özellikle fiyat farkı verilmesine ilişkin hükümlerin idareler ve yükleniciler açısından önemli mali sonuçları olduğundan yapılan hataların önemli zararların oluşumuna mal olacağı gözden ırak tutulmamalıdır.

Kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı, yaptırımın ağırlığı nedeniyle kamu ihale hukukunda yargıya en çok intikal ettirilen konuların başında gelmektedir. Burada özellikle sürekli olarak yasaklama rejiminin 2005 yılı itibariyle ülkemizde gerçekleşen Türk Ceza Hukuku Reformuyla getirilen ömür boyu hak yoksunluğunun ceza sistemimizden kaldırılması karşısında hakkaniyete aykırı düştüğünü ve hukuk devleti ilkesi ile çalışma ve sözleşme hürriyetine aykırı olduğunu şiddetle vurguladık. Ayrıca masumiyet karinesine aykırı bir şekilde hakkında kamu davası açılan kişilerin kanun gereği yasaklanmasını hukuka uygun bulmamaktayız. Nitekim AYM'nin iptal etmediği bu kanun hükmüne ilişkin kararın azlık görüşünde de kanunun uygulanmasının yargı denetime kapalılık hali teşkil ettiği ve ölçüsüz bir şekilde müdahalede bulunulduğuna da işaret edilmiştir.

Sözleşme özgürlüğüne müdahale niteliği taşıyan yasaklama rejimi, ancak kanunla ölçülü bir şekilde meşru amaç doğrultusunda kanun koyucu tarafından getirilebileceği için KİK'in isabetle belirttiği üzere tebliğ ile böyle bir yasak koymanın imkânı bulunmamaktadır. Yine Danıştay'ın yaklaşımına paralel olarak hukuka aykırı tesis edilen yasaklama rejiminden dolayı isteklilerin oluşabilecek zararının hesaplanmasının oldukça güç olduğuna tarafımızca değinilmiştir.

4734 Sayılı Kanun`da yer alan ihale usullerinden hangisinin uygulanması gerekeceğine kanunda yer alan şartlar dâhilinde ihale makamı olan idareler karar verseler de bu takdir KİK`in ve yargının denetimine tabi olduğundan incelenen kararlar ışığında sağlam ve gerekçelendirilmiş temellere dayanmalıdır. Böylelikle istisnai ihale usullerinin idareler tarafından sürekli kullanılarak suiistimale uğramasının önüne geçilmiş olmaktadır. Aynı yaklaşım idarelerin ihaleleri iptal ederkenki durumu için de geçerlidir. Buna göre idarelerin ihaleyi iptal yetkisindeki takdir hakkı, mutlak ve sınırsız olmayıp kamu yararı ve hizmet gerekleri ile sınırlıdır.

Hak arama hürriyetinde ve dolayısıyla bütün hakların kullanılmasında kilit rol oynayan tebligat hukukuna ilişkin olarak 4734 Sayılı Kanun`un hukuka ve hakkaniyete aykırı düzenlemeler içeren maddeleri, AYM tarafından iptal edildiği için en azından bu alanda yasal düzenleme açısından bir eksiklik bulunmadığını rahatlıkla söyleyebiliriz.

İhale üzerine kalan istekli ile sözleşme imzalandıktan sonra ihalenin iptali halinde sözleşmenin ve ihale konusu işin akıbetinin ne olacağı üzerinde KİK ve yargı mercileri tarafından tartışılan bir konu olmuştur. Nihayetinde tebliğe getirilen bir madde ile önceden sözleşme imzalanan istekli ile sözleşmenin tasfiye edileceği ve ihaleyi kazanan yeni istekli ile sözleşmenin yapılarak bakiye işin bitirileceği öngörülmüştür.

4734 Sayılı Kanun`da istekliler tarafından verilen tekliflerin nasıl değerlendirmeye alınacağı tartışmaya mahal bırakmayacak şekilde 36. madde ve devamında açıklanmıştır. KİK`in ve yargı mercilerin bu konudaki en önemli yaklaşımının ihalede görev alan yetkililerin hataları yüzünden isteklilerin hak kaybına uğramaması olmalıdır. Bu yaklaşımın her kararda titizlikle uygulanmadığı görülmektedir. Fakat şirket birleşme ve devralma işlemlerinde KİK`in türk ticaret hukuku mevzuatına hakim olduğunu ve uygun bir yaklaşım sergilediğini vermiş olduğu düzenleyici kararlarda görmekteyiz.

Çalışmamızın üçüncü bölümünün ikinci ayırımında ise kamu ihale sözleşmesi sürecine ilişkin kilit taşı sayılabilecek noktalardaki hukuki tartışmalar mümkün

olduğu ölçüde yargı kararları ile birlikte ele alınmıştır. Adli ve idari yargı mercilerinin kararlarına bakıldığında ihale yapılmadan akdedilen sözleşmenin, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulduklarından geçerli olduğu ve ortada usulüne uygun bir kamu ihale sözleşmesi bulunmadığından 4735 Sayılı Kanun'un uygulama alanı bulamayacağı sonucuna varmış olduk.

Kamu ihale sözleşmesinin yüklenicinin kusuru olmadan KİK'in kararı doğrultusunda idarece feshedilmesi sonucu idarelerin KİK'in verdiği kararları uygulama yükümlülüğu karşısında oluşan zararların ancak KİK'ten talep edilebileceği sonucuna incelediğimiz karar doğrultusunda vardık. Ortada geçerli bir özel hukuk sözleşmesi bulunduğundan kamu ihalelerinden yasaklama rejimindeki durumdan farklı olarak zararın belirlenmesinin daha net olduğunu da ifade ederiz.

Kamu ihale sözleşmesi süresince cezalı dönem olarak adlandırılan evrede ödenen gecikme cezasının hangi zaman diliminde uygulanacağı konusunda Sayıştay ve Yargıtay kararları arasında çelişki bulunup bu çelişkinin kanuna eklenecek bir hükümlerle yahut da ihale dokümanlarına konulacak açık bir düzenlemeyle giderilebileceğini düşünüyoruz. Ayrıca gecikme cezasının hesabında eksik kalan işlerin bedeli yerine toplam sözleşme bedelinin esas alınması gerektiğini söyleyen Sayıştay'ın yatırımların bir an önce bitirilmesi için yükleniciler aleyhine bir tutum sergilediğini söyleyebiliriz.

4735 Sayılı Kanun'da süre uzatımı verilebilecek hallerin neleri kapsadığını yer almakla beraber bu hallerin ispatı da bir o kadar önem taşımaktadır. Sayıştay'ın tutumunun süre uzatımın idarelerce titizlikle ve belgeye dayalı olarak verilmesi şeklinde katı olduğunu söyleyebiliriz. Fakat bu tutumun her zaman yüklenici aleyhine olduğunu söylemek de haksızlık olacaktır. Örneğin Yüksek Mahkeme tarafından inşaat yapım işlerinde hava koşulları nedeniyle yüklenicinin edimini yerine getiremeyeceği zamanların idarece göz önünde tutularak süre uzatımı kararı vermesi gerektiği ifade edilmiştir. Ayrıca idarelerce verilmiş bir süre uzatım kararı varken bu kararın usulüne uygun olmadığı iddiasıyla yüklenicilere gecikme cezası uygulanmasının doğru olmadığına hükmetmiştir.

Sayıştay`ın idareler üzerindeki kamu zararı oluşup oluşmadığına ilişkin yaptığı denetim, sözleşmenin yürütümü ve yapılan hakediş ödemeleri nedeniyle yüklenicileri de ilgilendirmektedir. Örneğin hakediş ödemeleri sırasında birim fiyat tarifelerine göre sehven mükerrer ödeme yapılabildiği gibi bazı ihalelerde de yanlış birim fiyat pozunun uygulandığı da görülmektedir. Yükleniciler tarafından kendilerine yapılan hakediş ödemelerinin kendilerince denetiminin yapılması da daha sonraları bu yersiz ödemelerin faiziyle idareye tekrar ödenmesinin önüne geçmiş olacaktır. Kamunun zarara uğramamasının temini olan söz konusu denetimlerde bazen yüklenici lehine de sonuçlar çıkabilmektedir. Örneğin Sayıştay, yıllara yaygın olarak ifa edilecek inşaat işinin fiilen aynı yıl içerisinde bitirilmesinden dolayı hakedişlerden vergi tevkifatı yapılmasını mevzuata aykırı bulmuştur. Bu karar da bizleri vergi hukukunun temel prensiplerinden olan “işin gerçek mahiyetine göre vergilendirme ilkesi” gereği, kamu ihale sözleşmelerinde ihale doküman ve sözleşmelerinde yer alan hususlardan ziyade gerçek hayatta var olan yani fiili duruma göre hareket edilmesi gerektiğini göstermektedir.

Çalışmamızın dördüncü bölümün ilk ayırımında kamu alımı ihalesi sürecindeki uyumsuzlukları çözmekle görevli ve yetkili olan idari merciler ile yargı organları ele alınmıştır. İlk olarak aday, istekli ve istekli olabileceklerin başvurabilecekleri hukuki yol olan ve ilk olarak 4734 Sayılı Kanun ile getirilen zorunlu idari başvuru yolları olan şikâyet ve itirazın şikâyet incelenmiştir. Buna göre söz konusu kişiler, ihale sürecinde idarenin hukuka aykırı eylemlerinden hak kaybına veya zarara, hukuka aykırı işlemlerden ise zarara uğramasının muhtemel olduğu durumlarda ihale makamı olan idareye yönelik şikâyet başvurusunda bulunabileceklerdir. 2886 Sayılı Kanun döneminde KİK gibi bir kurumun ve şikâyet başvurusunun bulunmaması, uyumsuzlukların ehil kimseler tarafından çözülmesini temin edememiştir. İşbu yüzden 4734 Sayılı Kanun`la getirilen en önemli yeniliklerin bunlar olduğunu söyleyebiliriz.

İtirazen şikâyet başvurusu ise ihale makamı olan idareye şikâyet başvurusunda bulunan ve idarenin verdiği kararı uygun bulmayan yahut başvuru tarihinden itibaren geçen 10 günlük sürede idarece yanıt verilmeyen hallerde zımnen başvurusu

reddedilen aday, istekli ve istekli olabilecekler tarafından KİK'e yapılan idari başvurudur. Kanun koyucu öncelikle ihale konusu işi gerçekleştiren ihalenin, akabinde ise bu konuda kurulmuş uzmanlık kuruluşu ve aynı zamanda bağımsız ve tarafsız bir idare olan KİK'in uyuşmazlığı çözüme kavuşturmasını öngörmüştür. İdarenin her türlü karar ve işleminin yargıya tabi olması ilkesi karşısında yargı yoluna da başvurulabileceği düzenleme altına alınmıştır.

İhaleyi kazanan isteklilerin bu zorunlu başvuru yollarını kullanıp kullanmayacağı meselesini tartışan KİK, istikrarlı bir şekilde başvurmaya ehil olmadıklarına diğer bir deyişle hukuki yararlarının olmadığına karar vermiştir. Kanaatimizce bu tür durumlarda ihale üzerine kalan isteklinin genel hükümler çerçevesinde doğrudan idari yargıda dava açması mümkündür.

4734 Sayılı Kanun'da şikâyet ve itirazın şikâyet başvurularına ilişkin başvuru sahiplerinin sıfatına ve başvuracağı ihale işlemine göre gerekli süreler belirlenmiş olmasına rağmen KİK tarafından "açıkça kanuna aykırılık" halinde süreyi kaçıran başvuru sahibinin başvurusunu değerlendirmeye tabi kılmıştır. 5812 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesi 4734 Sayılı Kanun'da bulunan KİK tarafından res'en inceleme müessesesinin kaldırılmasına rağmen kurumun halen bu düzenlemeyi yaşatmaya yönelik yaklaşımını doğru bulmamaktayız.

KİK'in zorunlu idari başvurularda yer alan sıkı şekil şartlarına aykırılık nedeniyle başvurunun reddini doğru bulmadığını ve başvuru sahibini koruyan yaklaşım sergilediğini görmekteyiz. Fakat somutlaştırma yükümlülüğü olarak da nitelendirebileceğimiz şikâyet konu işlem veya eylemde iddia edilen hukuka aykırılığın hangi mevzuat hükmüne hangi nedenlerle aykırı olduğunun delillerle ilişkilendirilerek ortaya konulması hususunda KİK'in başvuruları daha eleyici bir yaklaşım sergilediği de kararlarından anlaşılmaktadır. Böylece başvuru sahiplerinin şikâyetlerini temellendirerek başvuru yapmalarını istenilmiş olmaktadır.

Aday, istekli ve istekli olabilecek sıfatını taşımayanlar için özel bir zorunlu idari başvuru yolu öngörülmediğinden genel idare hukuku kuralları çerçevesinde idari yargıya direk başvuru yolu açıktır. Aynı zamanda ihalenin iptaline yönelik

idarenin almış olduğu kararlardan Şikâyet ve itirazen Şikâyete konu edilemeyenler hakkında da doğrudan her ilgilinin dava açabileceği hususu da sabittir.

İhale aşamasına ilişkin başvuru yolları açısından üçüncü ayırım ise haklarında kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilenlere ilişkindir. Kanunda sayılan yetkili idarelerin vermiş olduğu yasaklama kararlarına karşı doğrudan idari yargıda iptal davası açılabilir. Yargı kararıyla verilen yasaklama kararlarına karşı ise ilgili kanun yoluna ilişkin hükümler uygulanacaktır. Bir diğer yasaklama hali olarak da kanun hükmü gereği kendiliğinden yasaklama hali bulunmakta olup bu hal yargı tarafından denetime kapalı bir yasama işlemi niteliğindedir. Yukarıda bu düzenlemenin haksızlık içeriği ve hukuka aykırılık boyutu ayrıntısıyla açıklanmıştır.

Çalışmamızın dördüncü bölümün ikinci ayırımında kamu ihale sözleşmesi sürecindeki uyuşmazlıkları çözmekle görevli ve yetkili olan yargı organları ile muhakeme usulü ele alınmıştır. Yüksek Mahkeme kararlarında ittifakla belirlendiği üzere sözleşme süresince özel hukuk ilişkisi geçerli olduğundan adli yargı görevlidir. Bu durumun istisnası olarak ise sözleşme süresince idarenin eşitlik ilkesine aykırı şekilde kamusal gücünü kullanarak idari işlem tesis etmesi verilmiştir. Bu ihtimalde görevli yargı kolu idari yargı olacaktır. Bazı durumlarda ise ihalenin sözleşme aşamasına geçilip geçilmediği bir başka ifadeyle kamu ihale sözleşmesinin ne zamandan itibaren akdedildiğine ilişkin gri alanlar oluşmaktadır. Söz konusu gri alanlar, yargı mercileri tarafından idarenin kamu hukukuna mı yoksa özel hukuka göre mi hareket ettiğine göre çözüme kavuşturulmaya çalışılmaktadır.

Uyuşmazlıkların çözümündeki görevli ve yetkili mahkemeler konusunda 4734 ve 4735 Sayılı Kanunlarda özel bir hüküm bulunmadığından muhakeme hukukuna ilişkin genel kanun hükümleri geçerlidir.

Kamu ihale sözleşmelerinin bir özel hukuk sözleşmesi olması karşısında uyuşmazlık halinde uygulanacak olan hukuk kurallarının sırasıyla kanunların emredici hükümlerine aykırı olmayan sözleşme hükümleri, kanunlarda yer alan emredici hükümler, 4735 Sayılı Kanun ve ikincil mevzuatında yer alan tamamlayıcı ve yorumlayıcı hükümler ile en son bu hükümlerde yer almayan konulara ilişkin

olarak da 4735 Sayılı Kanun'un 36. maddesinde de açıkça belirtildiği üzere TBK ve diğer kanunlardaki özel hukuk normlarındaki tamamlayıcı ve yorumlayıcı hükümlerdir.

KAYNAKÇA

A-) BASILI KAYNAKLAR

- Akça, Yusuf :**Kamu İhale Mevzuatı: Kanunlar, Yönetmelikler, Bakanlar Kurulu Kararları, Tebliğler, Düzenleyici Kurul Kararları,** İstanbul, Maliye Bakanlığı, 2013,
- Akel, Yeliz Neslihan : **2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu`nda Yasaklama Kararları ve Kararlara Karşı Başvuru Yolları,** İstanbul, On İki Levha Yayınları, Mayıs 2018,
- Akel, Yeliz Neslihan : **4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu`nda İdari Başvuru Yolları ve Başvuru Ehliyeti,** İstanbul, Oniki Levha Yayınları, Eylül 2019.
- Akel, Yeliz Neslihan : “Kamu İhalelerinin Kamu Bütçesine Yansıyan Sonuçları Hakkında Bir Değerlendirme”, **Vergi Sorunları,** Kasım 2017, sayı 627, s. 131-149.
- Akkurt, Melih : **Kamu İhaleleri Şikayet ve İtirazen Şikayet Hukuku,** Ankara, Adalet Yayınevi, Şubat 2010.
- Aksoy, Mehmet : “Kamu İhalelerinde İş Artışı ve Fiyat Farkından Doğan Ödemelerde Damga

Vergisi”, **Yaklaşım**, Ekim 2016, sayı 286,
s.49-57.

Aksoy, Mehmet,

Kerem Eray Erbay

: **Kamu Alımlarında İhale ve Sözleşme Süreci
(Mal ve Hizmet Alımları ile Yapım İşleri)**,
Ankara, Muhasebat Kontrölleri Derneği,
Temmuz 2006.

Altınışik, Resul

: “Kamu İhale Hukukunun Türk Kamu
Yönetimindeki Yeri, Temel İlkeleri ve İşlevi”,
Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale,
2011.

Altinkülçe, Rasih

: “İdare Mahkemeleri Tarafından Kamu İhale
Kurulu Kararlarının İptal Edilmesinin Hukuki
Sonuçları”, **Yaklaşım**, Şubat 2012, sayı 230,
s.299-301.

Altinkülçe, Rasih

: **Kamu İhale Kanununa Göre İş Deneyim
Belgeleri**, Ankara, Bilge Yayınları, Eylül 2011.

Arslan, Ahmet

: “Kamu İhaleleriyle İlgili Hangi Bilgiler Bilgi
Edinme Hakkı Kapsamındadır?”, **Lebib Yalkın
Mevzuat Dergisi**, Ağustos 2015, sayı 140,
s. 246-255.

- Atay, Ender Ethem : **İdare Hukuku**, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2019.
- Akyılmaz, Bahtiyar
- Sezginer, Murat Cemil Kaya, : **Türk İdari Yargılama Hukuku**, Ankara, Savaş Yayınevi, 2018.
- Bafra, Erdem : “Kamu İhale Kanunu Açısından Şirket Birleşmelerinde İş Deneyim Belgelerinin Devri Sorunu”, **Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi**, Haziran 2015, sayı 138, s. 257-265.
- Barçın, Bahadır : “Enerji Firmalarına Yeni Bir Pazar: Kamu İhaleleri”, **Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi**, Mart 2013, sayı 111, s. 222-226.
- Barçın, Bahadır : “Kamu İhalelerine Katılım İçin Bir Ön Şart Olan İş Deneyim Belgesi Şirket Bölünmelerinde Nasıl Değerlendirilecektir?”, **Yaklaşım**, Temmuz 2014, sayı 259, s. 251-254.
- Barçın, Bahadır : “Kamu İhalelerindeki Damga Vergisinin Son 5 Yıllık Analizi”, **Maliye Postası**, Kasım 2013, sayı 796, s. 72-74.
- Bilici, Nurettin : **Mali Hukuk**, 5. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi Şubat 2020.
- Bozkurt, Cevdet : “6102, 6098, ve 4734 Sayılı Kanunlar Işığında

- Kamu İhalelerini Gerçekleştirmek Amacıyla İş Ortaklığı Konsorsiyuma Ortak Olabilir Mi?”, **Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi**, Mayıs 2018, sayı 173, s. 285-289.
- Bozkurt, Cevdet : “6359 Sayılı Yasa ile 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun 11. Maddesinde Yapılan Değişiklik ve İhale Başvuru Sürecine Etkisi”, **Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi**, Ekim 2014, s. 130, s 301-307.
- Bozkurt, Cevdet : “Kamu İhale Mevzuatı Çerçevesinde Sözleşmelerin Feshi”, **Maliye Postası**, Eylül 2012, sayı 769, s. 68-72.
- Böke, Veli : **Kamu İhaleleri Şikayet Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayınları, Ağustos 2006.
- Budak, Tamer : “Kamu İhale Sürecinde Gizlilik İlkesi: Yaklaşık Maliyet Bedeline Yönelik Uygulama(!)”, **Vergi Dünyası**, Şubat 2011, Sayı 354, s. 143-148.
- Büber, Bülent : “Kamu İhale Mevzuatında Ne Değişti? Serbest Muhasebeciler ve Mali Müşavirler Merkezli Bir Değerlendirme”, **Maliye Postası**, Mayıs 2016, sayı 857, s. 95-98.
- Büber, Bülent : “Kamu İhalelerine İlişkin İkincil Mevzuat”, **Maliye**

Postası, Kasım 2016, sayı 869, s. 88-92.

Çağlayan, Ramazan : **İdari Yargılama Hukuku**, 7. Baskı, Seçkin Yayınları, Ağustos 2015.

Çamdelen, Oktay : “Kamu İhale Kanununun 3. Maddesi Uyarınca İstisna Kapsamında Yapılan İhalelerde, İhaleye Katılan Tüm İstekliler İçin Yasaklılık Sorgulaması Yapılmalı Mıdır?”, **Mali Kılavuz**, Ocak-Mart 2014, sayı 63, s. 69-78.

Çolak, Mustafa : “Uygulamada Kamu İhalelerinde Ön Mali Kontrolün Etkisi ve Sonuçları”, **Maliye Postası**, Ocak 2017, sayı 873, s.81-86.

Çoşkun, Kenan : “4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu Yönünden Yapım İşleri İhale Sürecinin 5 (Beş) Kısımda Değerlendirilmesi”, **Maliye ve Sigorta Yorumları**, Aralık 2012, sayı 574, s. 95-99.

Dedeoğlu, Erdoğan : “4734 Sayılı Kamu İhale Kanununda Düzenlenen İş Deneyim Belgeleri-1”, **Maliye ve Sigorta Yorumları**, Ekim 2014, sayı 596, s. 39-42.

Dişli, Cengiz : “4734 Sayılı Kamu İhale Kanununa Göre Engelli İşçi Çalıştırılması”, **Maliye Postası**, Mart 2015, sayı 829, s. 124-128.

- Doğanyığıt, Sadettin : “Kamu İhalelerinde Hak Arama Yolları, İdareye Şikâyet Başvurusu”, **Maliye ve Sigorta Yorumları**, Mart 2011, S. 139, s. 167-168.
- Erdem, Emrah Kadri,
Bülent Büber : **Yerel Yönetimler İçin Danışmanlık Hizmet Alımı İhaleleri Kılavuzu**, Ankara, TODAİE Yayınevi, 2012.
- Erkan, Ümit : “İşletme Esasına Göre Defter Tutan Mükellefler Açısından Kamu İhalelerinde Mali Yeterlik Uygulamasına İlişkin Eleştiriler ile Çözüm Olarak Sunulan Öneriler”, **Diyalog**, Eylül 2017, sayı 353, s. 59-79.
- Erkan, Ümit : “Kamu İhalelerinde Mali Yeterlik Sunulması ve Şirket Birleşmelerinin Mali Yeterlik Üzerindeki Etkisinin Örnek Uygulamayla Açıklanması”, **Mali Çözüm**, Eylül-Ekim 2017, sayı 143, s.183-194.
- Ertaş, Rıza Cem : “Kamu Kaynaklarının Etkin Kullanımı Açısından Kamu İhale Kanununda Öngörülen İhale Usullerinin İncelenmesi ve Değerlendirilmesi”, **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Ankara, 2010.
- Gedikbaş, Mehmet : “Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Uyarınca Akdedilen Sözleşmelerde Tahkim

- Kaydı”, **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Ankara, 2011.
- Gökcan, Timur : “Kamu İhale Usullerinin Kaynakların Verimli Kullanımı, Rekabet ve Eşit Muamele Açısından Değerlendirilmesi”, **Mali Kılavuz**, Temmuz-Eylül 2011, sayı 53, s. 154-169.
- Gönen, Dinçer,
Hikmet Işık : **Açıklamalı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat**, Ankara, y.y., 2003.
- Gözler, Kemal, Gürsel
Kaplan : **İdare Hukuku Dersleri**, 15. Baskı, Bursa, Ekin Yayınları, Ağustos 2014
- Güler, Ramazan : “Kamu İhalelerinde Damga Vergisi”, **Maliye Postası**, Aralık 2016, sayı 871, s. 101-104.
- Gürhan Hüseyin vd. : **Son Değişikliklerle Soru ve Cevaplı Kamu İhale Hukuku**, Ankara, Yazarlar Yayıncı, Kasım 2009.
- İnan, Atilla : “Aynı İhale Hakkında Kamu İhale Kurumunun Farklı Kararları Konusunda Yapılacak İşlemler”, **Maliye ve Sigorta Yorumları**, Ocak 2013, sayı 575, s. 128-129.
- İnan, Atilla : “Başvuruda Bulunmayan İsteklinin Kamu İhale

- Kurulu Kararlarını Dava Konusu Yapması Mümkmn
Müdür?”, **Maliye ve Sigorta Yorumları**, Mart 2016,
sayı 613, s. 44-46.
- İnan, Atilla : “Kamu İhale Hukukunda Şikayetten Vazgeçme”, **Maliye
ve Sigorta Yorumları**, Şubat 2017, Sayı 624,
s. 100-102.
- İnan, Atilla : “Mahkeme Kararıyla Kamu İhale Kuruluna Tevdi Edilen
Bir Dosyada İtirazen Şikayet Başvuru Bedeli Ödenir
Mi?”, **Maliye ve Sigorta Yorumları**, Haziran 2016,
Sayı 616 s. 75-77.
- İnan, Atilla,
Ömer Faruk Yazmacı : “Kamu İhale Hukukunda Ortak Girişimlerde Pilot
Ortağın Temsil Yetkisi”, **Maliye ve Sigorta Yorumları**,
Nisan 2016, sayı 614, s. 57-60.
- İşleyen, İlker Sadi : “Kamu İhale Kurumunca İhalelerin Res`en İncelenmesi
ve İptali Mümkmn Müdür?”, **Lebib Yalkın Mevzuat
Dergisi**, Haziran 2011, sayı 90, s.141-146.
- Kadron, Bahadır : **Kamu İhale Kurul Kararları**, y.y.,y.y., Kasım 2005.
- Kaplan, Sami : “İdeal Bir Kamu İhale Kanunu ve İdeal Bir Kamu
İhale Kurumu ve Kurulu Nasıl Olmalıdır? Fonksiyonel
Bir Model Çalışması”, **Maliye Dergisi**, Ocak-Haziran

2012, sayı 162, s. 18-50.

- Karatoprak, Ertuğrul : “Kamu İhalelerinde ve Sözleşme Yönetimi Süreçlerinde Görevlendirilen Kamu Personalinin Sorumlulukları”, **Maliye Dergisi**, Ocak-Haziran 2011, Sayı 160, s.411-422.
- Kayabaşı, Hüseyin : “Kamu İhale Kanunu ve İSTON Örneği”, **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Karabük, 2015.
- Kılıç, Duygu : **Açıklama ve Emsal Kararlarla Kamu Alımları İhale ve Sözleşmeleri**, Ankara, Adalet Yayınevi, Ekim 2010.
- Kılıç, İlyas,
- Duygu Kılıç Çaylı : **Kamu İhale Kurulu Emsal Kararları**, Ankara, Adalet Yayınevi, Nisan 2012.
- Köse, Ömer : “Haklarında Kamu Davası Açılanlar Kamu İhalelerine Katılabilirler Mi?”, **Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi**, Ekim 2016, sayı 154, s. 274-281.
- Köse, Ömer : “İdarelerin Kamu İhale Kurulu Kararlarını Yerine Getirmemesi Durumunda Yapılması Gereken İşlem Nedir?”, **Mali Kılavuz**, Nisan-Haziran 2015, sayı 68 s. 7-12.
- Köse, Ömer : “İhaleyi Kazanan Firma Kamu İhale Kurumu'na İtirazen Şikayet Başvurusunda Bulunabilir Mi?”, **Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi**, Eylül 2011, Sayı 93, s. 167-174.

- Köse, Ömer : “Kamu İhale Kurumuna Yapılacak İtirazlarda Dikkat Edilmesi Gereken Hususlar”, **Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi**, Eylül 2013, sayı 117, s. 240-250.
- Kurtuluş, Yusuf Ziya : “Kamu Sağlık Kuruluşlarında Satın Alma Uygulamaları (4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu Çerçevesinde), **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Sivas, 2018.
- Öncel, Mualla
- Kumrulu, Ahmet
- Çağan, Nami
- Göker, Cenker : **Vergi Hukuku**, 29. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2020.
- Öncü, Yasin : “2015 Yılında Kamu İhalelerine İlişkin İşlemlerde Geçerli Olan Parasal Değerler ve Bu Değerlerin Alım Sürecine Etkisi”, **Diyalog**, Nisan 2015, sayı 602, s. 166-175.
- Öncü, Yasin : “Alım Türleri İtibariyle Kamu İhale Mevzuatı Açısından Sigorta Uygulaması”, **Diyalog**, Haziran 2017, sayı 350, s. 155-164.
- Öncü, Yasin : “İstekliler Boyutuyla Kamu İhalelerine Yönelik Şikayet Süreci ve 2012 Yılı İtirazen Şikayet Başvuru Bedelleri”, **Maliye Postası**, Aralık 2012, sayı 774, s. 93-99.
- Özcan, Emel : “Mahalli İdarelerde 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu ve Yerinden Yönetim”, **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul, 2017.

- Özdemir, Erkan : “Kamu İhale Sözleşmelerinin İfasında Cezalı Çalışma Dönemi İçerisinde Meydana Gelen Mücbir Sebeplerin Yüklenicinin Taahhüdüne Etkisi”, **Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi**, Şubat 2016, sayı 146, s. 257-263.
- Özek, Ali : **Kamu İhale Rehberi: 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Uygulamaları**, Ankara, Seçkin Yayınları, Mayıs 2013.
- Özgenç, İzzet : **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 10. Bası, Ankara, Seçkin Yayınları, Eylül 2014.
- Özkan, Bilgehan : “İhalelere İlişkin İşlemlerde 2016 Yılında Geçerli Olan Güncel Değerler ve Bu Değerlerin Kamu İhale Sürecine Etkisi”, **Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi**, Ağustos 2016, sayı 152, s. 264-270.
- Seyhan, Serkan : “4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu Kapsamındaki İhalelerin İdari ve Yargısal Denetimi”, **Yayımlanmamış ,Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul, 2018.
- Söğütlü, Özgül : “4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun 33. Maddesi Gereğince Alınan Geçici Teminatın Gelir Kaydedilmesi”, **Mali Kılavuz**, Ocak-Mart 2013, sayı 59, s. 59-68.
- Sözen, Seda
- Güneş : “4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu`nda Doğrudan Temin

Alım Usulü”, **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Ankara, 2018.

Şahbenderoğlu,

Vural : “Kamu İhale Kanununun 11. Maddesinde 6359 Sayılı Kanunla Yapılan Düzenleme”, **Mali Kılavuz**, Ocak-Mart 2013, sayı 59, s. 78-88.

Şahin, Bekir : “4734 Sayılı Kanun Kapsamında Yapılan İhalelerde Ekonomik ve Mali Yeterlik ile Mesleki ve Teknik Yeterliklerin Belirlenmesine İlişkin Belgeler ile Sözleşme İmzalanmadan Önce Verilmesi Gereken Belgeler ve Sorumlulukların Değerlendirilmesi”, **Mali Kılavuz**, Ocak-Mart 2013, sayı 59, s. 18-26.

Şahin, Cem : “4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu Kapsamındaki İhalelerde Tekliflerin Hazırlanması Ve Sunulması Usulü”, **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Ankara, 2008.

Sezer, Cumhuri,

Bülent Büber : **Yerel Yönetimler İçin Hizmet Alımı İhaleleri Kılavuzu**, Ankara, TODAİE Yayını, 2012.

Sancakdar, Oğuz vd. : **İdare Hukuku**, 9. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2020.

Sezer, Yasin,

Recep Emre Kalkan

- vd., : **Kamu İhale Hukuku Dersleri**, Ankara, Adalet Yayınevi,
Kasım 2017.
- Şanlı, Cemal : “Türkiye`de Yargıtay Kararlarına Göre Yabancı Hakem
Kararlarının Tanınması ve Tenfizi”, **Milletlerarası Hukuk
Bülteni**, 1997-1998, s. 393-409.
- Şimşek, Akın : “Maden İşyerlerinde Ölümlü İş Kazası Sebebiyle Kamu
İhalelerinden Yasaklama”, **Yaklaşım**, Mayıs 2016, sayı 281,
s. 239-242.
- Tan, Turgut : **İdare Hukuku**, 2. Bası, y.y., Turhan Kitapevi, Eylül 2013.
- TDK : **Türkçe Sözlük**, haz: Şükrü Haluk Akalın... [ve başk.] 11.
Baskı, Ankara, 2011.
- Toprak, Eren : **Kamu İhale Hukuku Türkiye`de Kamu İhalelerinin Genel
Yapısı ve Hukuki Rejimi**, Ankara, Seçkin Yayınları,
Ocak 2021.
- Tuna, Mustafa Oğuz : **Kamu İhale Sözleşmelerinin Değiştirilmesi ve Devri**,
İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, Nisan 2014.
- Uğurlu, Uğur : “Kamu İhalelerinde Ödenen Fiyat Farklarının Damga
Vergisi Karşısındaki Durumu”, **Maliye Postası**, Mayıs 2012,
sayı 761, s. 113-118.
- Uslu, Yakup : “Kamu İhalelerine Yönelik Başvurularda Sık Yapılan
Hatalar”, **Maliye Postası**, Ocak 2016, sayı 848, s. 109-117.

- Usta, Murat : “Kamu İhale Mevzuatına Göre Teminat Türleri,
Uygulamada Geçici Teminat, Kesin Teminat ve Ek Kesin
Teminat Açısından Özellik Arz Eden Durumlar”, **Mali
Kılavuz**, Temmuz-Eylül 2012, sayı 57 s. 81-92.
- Uz, Abdullah : **İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmeler Bakımından Kamu
İhale Sözleşmeleri**, Ankara, Turhan Kitapevi, Nisan 2010.
- Uz, Abdullah : **Kamu İhale Hukuku**, Ankara, Turhan Kitapevi, Aralık 2005.
- Ünal, Egemen : “Kamu İhale Kanunu Kapsamındaki Yapım İşlerinde
Hakediş Uygulamaları ve Denetimi”, **Yayımlanmamış
Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul, 2010.
- Yavuz, Cevdet : **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, 13. Baskı,
İstanbul, Beta Yayınları, Aralık 2014.
- Yılmaz, Dilşat : “Kamu İhale Hukukunda Şartnameler”, **Yayımlanmamış
Doktora Tezi**, Ankara, 2012.
- Yılmaz, İrfan : **Kamu İhale Kurulu Kararlarında Uyarlanmış İhale
Uygulayıcıları İçin Soru ve Cevaplarla İhale İşlemleri ve
Yasaklılık**, Ankara, Adalet Yayınevi, Ocak 2011.
- Yüksektepe,
Mert Asker : **İhale Hukuku**, İstanbul, Aristo Yayınları, Şubat 2018.

B-) ÇEVİRİMİÇİ KAYNAKLAR

09.10.2010 tarihli Türkiye 2010 Yılı İlerleme Raporu, (Çevrimiçi),
https://www.ab.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/turkiye_ilerleme_rap_2010.pdf, 09.06.2021.

<https://www.alomaliye.com/>

<http://arsiv.kikkararlari.com/>

Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Yüksek Fen Kurulu, 30.09.2010 Tarih ve 2010/79 Sayılı Kararı, (Çevrimiçi),
http://webdosya.csb.gov.tr/turkce/dosya/yfk/2010_079.pdf,

<https://dergipark.org.tr/>

<https://docplayer.biz.tr/>

<https://www.dunya.com/>

<http://www.hukukmedeniyeti.org/>

<http://www2.ihale.gov.tr/>

<http://www.ihalekararisor.com/>

<https://ihalesorucevap.com/>

<http://www.imarhukukcusu.com/>

<http://intesisveren.intes.org.tr/>

Kamu Alımları İhalelerinde Danışıklı Hareketlerle Mücadele Kılavuzu, (Çevrimiçi)
<https://www.oecd.org/daf/competition/cartels/42701345.pdf>, 09.06.2021.

Kamu İhale Kurumu Kararları,
<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>.

<https://karararama.danistay.gov.tr/>

<https://kararlar.sayistay.gov.tr/>

<https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/>

Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com.tr>.

<http://www.metinozderin.av.tr/>

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

<https://www.tarikdemirel.av.tr/>

<http://www.turkhukusitesi.com/>