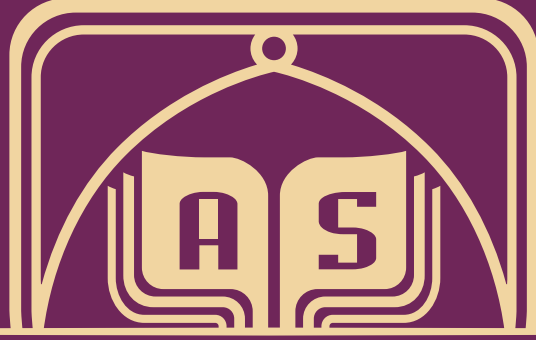




ANKARA SOSYAL BİLİMLER ÜNİVERSİTESİ



REKABET VE REGÜLASYON ÇALIŞMALARI



Rekabet ve Regülasyon Çalışmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi

KAMU İHALE ÇALIŞMALARI - 1

ANKARA 2021

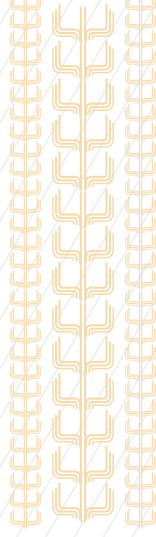


AS
BÜ

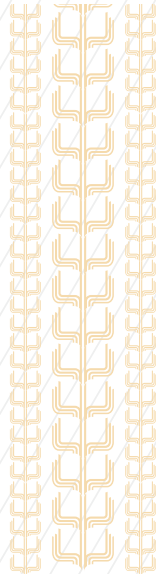
ANKARA
SOSYAL BİLİMLER
ÜNİVERSİTESİ



**ANKARA SOSYAL BİLİMLER
ÜNİVERSİTESİ**



**Rekabet ve Regülasyon Çalışmaları
Uygulama ve Araştırma Merkezi**
Kamu İhale Çalışmaları No: 1
Hazırlayan: **Bedriye Bilkay ÖZBEK**



ASBÜ
ANKARA 2021

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ	4 - 5
1. TÜRK HUKUKUNDA KAMU HUKUKUNUN YERİ	5 - 10
1.1. GENEL OLARAK KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ	5
1.2. İLGİLİ KANUNLAR	6 - 8
1.3. İHALE USUL VE ŞARTLARI	8 - 10
2. 4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNU'NDA DÜZENLENEN İHALE USULLERİ	10 - 21
A. AÇIK İHALE USULÜ	10 - 11
B. BELLİ İSTEKLİLER ARASINDA İHALE USULÜ	11 - 14
C. PAZARLIK USULÜ	14 - 16
1. 4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNU'NUN 21'İNCİ MADDESİNİN (A) BENDİNE GÖRE YAPILAN PAZARLIK USULÜ	16 - 17
2. ANİ VE BEKLENMEYEN OLAYLARIN ORTAYA ÇIKMASI ÜZERİNE YAPILAN PAZARLIK USULÜ	17 - 19
3. SAVUNMA VE GÜVENLİKLE İLGİLİ ÖZEL DURUMLARIN ORTAYA ÇIKMASI	19 - 20
4. ARAŞTIRMA VE GELİŞTİRME SÜRECİNE İHTİYAÇ GÖSTEREN VE SERİ ÜRETİME KONU OLMAYAN ALIMLAR	20
5. İHALE KONUSUNUN ÖZGÜN NİTELİKTE VE KARMAŞIK OLMASI	20
6. İDARELERİN YAKLAŞIK MALİYETİ 404.732 TL'Yİ AŞMAYAN MAMUL MAL, MALZEME VE HİZMET ALIMLARI	20 - 21
SONUÇ	21
KAYNAKÇA	22

GİRİŞ

On sekizinci yüzyılda sanayileşmeyle birlikte “laissez-faire” liberalizmi Avrupa’da ortaya çıkmıştır. Böylece kapitalizm temel üretim biçimi haline gelmiştir. Laissez faire yaklaşımı ekonominin temel ilkesi olan “sözleşme özgürlüğü” ile devlet, işçi ve işveren arasındaki ilişkilerde müdahale edilmemesi esasını öngörüyordu. Hal böyle olunca emek ve sermaye arasındaki denge giderek bozulmuştur. Yirminci yüzyıla gelindiğinde talep eksikliğinden kaynaklı küresel çapta yaşanan 1929 Dünya Ekonomik Bunalımı ile devletin ekonomide müdahaleci olmasının gerekliliği anlayışı hâkim olmaya başlamıştır. Ünlü iktisat bilimcisi Keynes’e göre kendi kendine işleyen bir mekanizmanın krizden çıkması ancak devlet müdahalesi ile mümkündür. Bu süre içerisinde “Keynesyen Refah Devleti” kavramı ortaya çıkmıştır. Bu anlayışın etkisi 1970’li yıllara kadar devam etmiştir. Keynesyen refah devleti 1970’li yıllarda ortaya çıkan stagflasyon¹ sorununa çare bulamamıştır. 1973 Petrol Krizi ile Keynesyen refah devleti anlayışı tartışılmaya başlanmıştır. Neo-liberal politikalar ile birlikte Yeni Sağ anlayışın devletin müdahale alanının kısıtlanması yönündeki görüşü 1980’li yıllarda yeni reformlara yol açmıştır. Neo-liberalizm çerçevesinde gerçekleştirilen reformlar devletin piyasadaki aktif rolünü sınırlamış ve daha çok denetleyici ve düzenleyici bir rol üstlenmesini öngörmüştür. Bu gelişmeler hukuki alanlarda da etkisini göstermiş olup, idare hukuku alanında kamu hizmetinin sunumu ve kolluk faaliyetlerinde öne çıkmıştır. Küreselleşme ile beraber ekonomik hayatta daha fazla özel teşebbüsün faaliyet göstermesi, denizaşırı artan ticari faaliyetler etkisini piyasa ekonomisi üzerinde olumlu yönde göstermiştir. Serbest piyasa ekonomisinin artık genel bir trend olmasıyla beraber devletin öncesinde sadece kendinin aktif bir rol aldığı üretim faktörlerinden artık yavaş yavaş çekilmeye başlayıp işletmeci devlet modelinden denetleyici ve düzenleyici devlet modeline geçilmiştir. Piyasa üzerinde hâkim olan rolünü böylece diğer piyasa aktörleri ile paylaşmaya başlamıştır.²

Her ne kadar 1980’li yılların başından itibaren ekonomide liberal rüzgârlar yeniden esmeye başladıysa da günümüze kadar geçen sürede kamu harcamalarının gayri safi milli hasıla içindeki artışı devam etmiştir. Bu artışın tek sebebi kamu harcamalarının bir maliye politikası aracı olarak ekonomiye müdahale maksatlı kullanılması değildir. Aynı zamanda bu süreçte devletin sosyal devlet anlayışı çerçevesinde topluma sunmak durumunda olduğu hizmetlerin nüfus artışı, kentleşme, teknolojik gelişmeler gibi hususlara bağlı olarak artması ile liberal politikalar neticesinde devletin küçülmesine paralel olarak toplumsal hizmet sunumlarının özel kesime gördürülmesi gibi olguların da önemli etkisi bulunmaktadır.

¹ Stagflasyon, yüksek enflasyon ile ekonomik durgunluğun bir arada olması, başka bir anlatımla “durgunluk içinde enflasyon” anlamına gelmektedir.

² Özkan, Ahmet Fatih (2009), Ekonomik Kamu Düzeni ve Ekonomik Kolluk Faaliyeti, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:67, Sayı: 4. s. 76.

Bu gelişmeler neticesinde yirminci yüzyılın başlarında sanayileşmiş ülkelerde kamu harcamaları/gayri safi milli hasıla oranı %10'un altında izlerken 1960'larda bu oran %27'ye, 1990'lı yıllarda ise %50 düzeyine kadar çıkmıştır³.

Kamu ihale hukuku modern devletle ortaya çıkan bir kavramdır. Önceki tarihsel süreçte hazinenin kralın mülkü olması ve “kral hata yapmaz” ilkesi biçimindeki kralın sorumsuzluğu esası terk edilmiştir. Modern devlet sonrası kamu ihale hukuku, hazine harcamalarının ne şekilde yapıldığı idarenin yargısal denetimi ile idarenin mali sorumluluğu gibi yeni kavramlar gündeme gelmiştir.

I. TÜRK HUKUKUNDA KAMU İHALE HUKUKUNUN YERİ

1.1. Genel olarak Kamu İhale Sözleşmeleri

Özel hukukta sözleşme serbestisi hâkimdir. TBK'nın 26. maddesine göre sözleşmenin tarafları, sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar çerçevesinde özgürce belirleyebilmektedir. İdare hukukunda ise idarenin sözleşme serbestisine mutlak bir şekilde sahip olması kayırmacılığa sebep olacağı düşüncesiyle “sözleşme hükümleri taraflar arasında serbest müzakere usulü ile belirlenemez” anlayışı geçerlidir. İdarenin sözleşme ilişkisi kuracağı kişiyi belirlemek için kullanacağı yöntemler kamu ihalesini oluşturur⁴. Bu tür sözleşmelerin kamu kaynağının harcanması söz konusu olduğundan kamu yararı sebebiyle disiplin altına alınması amaçlanmaktadır. İdarenin kanunilik ve hukuka uygunluk ilkelerine uygun davranabilmesi için kamu ihalelerinin yapılmasında belirli bir usul ve yöntem uyulması zorunludur⁵. Kamu yararı ve özel yarar çatışmasında, kamu yararı öncelikli ve üstündür. Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemelerinin yerleşik içtihatlarına göre ihale kararının kesinleşip sözleşme imzalanmasına kadar geçen aşama içerisinde meydana gelen uyuşmazlıklarda idari yargı mercileri görevlidir⁶. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 4'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasındaki kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülükler sahiptir düzenlemesi nedeniyle, bu tür sözleşmelerden kaynaklı uyuşmazlıkların çözüm yerleri ise adli yargı mercileridir. 4734 sayılı Kanun'un literatürde genel kanun olduğu görüşü hâkim olmasına karşın Gözler'e göre idarenin her türlü sözleşmelerini kapsayan genel bir düzenleme yoktur ve bu sebeple 4734 sayılı Kanun'un özel bir kanun olarak nitelendirilmesi gerekir⁷.

³ Kanca, Osman Cenk, Bayrak, Metin (2015), Ekonomik Tasnif Esasında Türkiye'de Kamu Harcamaları, Muş Alparslan Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt:3 Sayı:1. s. 108.

⁴ Gözler, K. ve Kaplan, G. (2017), İdare Hukuku Dersleri, Ekin, 19. Baskı, Bursa, s. 468.

⁵ Günday, Metin (2004), İdare Hukuku, Bası:9, Ankara: İmaj Yayınları, s. 108.

⁶ Uyuşmazlık Mahkemesi, Hukuk Bölümü, 22.08.2018 tarih ve Esas: 2018/538, Karar: 2018/651 sayılı kararı, <https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/Karar/Content/800d1bbc-bc99-427a-a970-2d1c6d1b2807?excludeGe rekce=False&wordsOnly=False>, Erişim Tarihi: 24.11.2021.

⁷ Gözler, K. ve Kaplan, G. (2017), İdare Hukuku Dersleri, Ekin, 19. Baskı, Bursa s. 470.

1.2. İlgili Kanunlar

Kamu ihalelerinde mal, hizmet ya da yapım işinin en uygun fiyatla en kaliteli biçimde yaptırılması ihale süreci sayesinde gerçekleştirilmektedir.”⁸ İhale terimi, devletin kendisine ait kamu kaynağını kullanarak yine kendi sorumluluğunda bulunan bir kamu hizmetini sözleşme yoluyla yüklenicilere yaptırmasını ifade etmektedir. Devlet örgütü hizmetin yürütümü konusunda kendi öz kaynaklarını kullanmak yerine sözleşme ilişkisindeki karşı tarafın hizmeti yürütmesini satın almaktadır. “Bu çerçevesinde yürürlükte bulunan kanunlara bakıldığında aşağıdaki düzenlemelerin doğrudan ilgili olduğu söylenebilir.”

- 1910 tarihli Menafii Umumiyyeye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun,
- 16.8.1961 tarih ve 351 sayılı Yükseköğrenim Kredi Yurtlar Kurumu Kanunu,
- 8.9.1983 tarih ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu,
- 4.12.1984 tarih ve 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun,
- 28.5.1988 tarih ve 3465 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi İle Görevlendirilmesi Hakkında Kanun,
- 8.6.1994 tarih ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap İşlet Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun,
- 16.7.1997 tarih ve 4283 sayılı Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun,
- 22.1.2002 tarih ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu,
- 21.2.2013 tarih ve 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun. ”⁹

Kanun koyucu tarafından Kamu İhale Sözleşmesi Kanunu’nda bu kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafların eşit hak ve yükümlülüklerle sahip olduğu belirtilmiş olsa dahi, sözleşmenin kuruluş aşamasında idare ile özel hukuk hükümlerine göre müzakere yapılmaması, idarenin yasaklama kararı alabilmesi gibi tipik bir idari işlem tesis edilmesi dolayısıyla kamusal niteliği ağır bastığı için literatürde bu tür sözleşmelerin üçüncü bir sözleşme türü olan “bileşik iradeli sözleşme” olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁰.

⁸Uz, Abdullah (2005), Kamu İhale Hukuku Kamu Alımlarının Hukuksal Rejimi İhale İşlemlerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları (Şikayet-İtirazen Şikayet-Yargısal Denetim), Ankara: Turhan Kitabevi, s. 26.

⁹Toprak, Eren, Akademik Çalışma Alanı Olarak Kamu İhale Hukuku: Kavram ve Kapsam Üzerine İnceleme, TBB Dergisi, Sayı: 145, s. 373.

¹⁰Ayrıntılı bilgi için bkz: Sezginer, Murat, İdarenin Müdahale Ettiği Özel Hukuk Sözleşmeleri (Bileşik İradeli “Birleşme Sözleşmeler”), GÜHFD, C.XVII, Y.13, Sa. 1-2.

Sözleşme tipinin idari veya özel hukuk niteliği kamu hizmetinin sunumuyla ilgili olarak kanun koyucunun elinden çıkmış hukuki bir metindir ve fakat geçmiş olduğu siyasi süreçten ve iktidarı elinde bulunduran siyasi erkin politik tercihinden ayrı düşünülemez. 1982 Anayasası'na bakıldığında kamu hizmetinin kaynağını aldığı norm devletleştirme ve özelleştirme başlıklı 47'nci madde ve kamu hizmeti görevlileriyle ilgili hükümler başlıklı 128'nci maddesidir. İlk düzenlemeye bakıldığında son fıkrasında ifade edilen hükümlerle yasama organına verilen yetkiyle kamu hizmetlerinden hangi alanların kamu ihale hukukuna konu olacağını belirleyebilir. Eğer böyle bir belirleme yapılmamış ise mefhum-u muhalifinden anlaşılacağı üzere o alan için kamu ihale sözleşmesi yapılamaz. Bununla birlikte bunların, idari sözleşme olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde görüşler de vardır. Ancak, kamu ihale hukukuna ilişkin yasama organınca pek çok kanun ihdas edilmiş olsa da bu alana ilişkin temel yasal metin olarak 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu olduğu ortadadır.

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 1'inci maddesi uyarınca; genel idareye dâhil dairelere, katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işleri bu Kanunda yazılı hükümlere göre yürütülecektir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 1'inci maddesi uyarınca ise bu Kanun'un amacı, kamu hukukuna tâbi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygulanacak esas ve usulleri belirlemektir. Kanunun 2'nci maddesi ile Kanun kapsama giren kurum ve kuruluşlar şu şekilde sayılmaktadır:

- a) *Genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ile özel bütçeli idareler, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı; döner sermayeli kuruluşlar, birlikler (meslekî kuruluş şeklinde faaliyet gösterenler ile bunların üst kuruluşları hariç), tüzel kişiler.*
- b) *Kamu iktisadi kuruluşları ile iktisadi devlet teşekküllerinden oluşan kamu iktisadi teşebbüsleri.*
- c) *Sosyal güvenlik kuruluşları, fonlar, özel kanunlarla 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.*
- ç) *(a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilenlerin doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip buldukları her çeşit kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketler.*

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

O halde, söz konusu Kanun hükümleri çerçevesinde idare tarafından satım ve kiraya vermek gibi kamuya gelir sağlayacak sözleşmeler ile alım, hizmet, yapım, kiralama ve taşıma işlerinin gördürülmesi şeklinde harcama sonucu doğuracak sözleşmeler özel hukuk sözleşmeleridir¹¹.

TABLO - 1¹²

	2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu	4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu
Kapsadıkları Kurumlar	Genel bütçeye dâhil dairelerle özel bütçeli idareler, il özel idareleri ve belediyeler	Kamu hukukuna tabi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlar.
Kapsadıkları İş ve İşlemler	<ul style="list-style-type: none">- Mal ve hizmet satımları- Kiraya verme (İdare kiraya veren)- Mülkiyetin gayri ayni hak tesisi- Trampa	<ul style="list-style-type: none">- Mal ve hizmet alımları- Yapım işleri- Kiralama (İdare kiracı)- Taşıma işleri

Tablo 1' de kamu ihalelerine ilişkin iki ana kanunun kapsamına giren kurum ve işler gösterilmiştir. Buna göre, 4734 sayılı Kanun, daha kapsayıcıdır.

1.3. İhale Usul ve Şartları

İhale terimi, 4734 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinde "Tanımlar" madde kenar başlığı altında düzenlenme alanı bulmuştur. Kanuni tanıma göre ihale; 4734 sayılı Kanun'da 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 işlemleri ifade etmektedir.

¹¹ Akyılmaz, Sezginer, Kaya (2021), Türk İdare Hukuku, Savaş Yayınevi, s. 485.

¹² Gözler, Kemal (2017), İdare Hukuku Dersleri, Ekin Yayınevi, şema 8.5, s. 475.

4734 sayılı Kanun'un 18'inci maddesi uyarınca kanunda tanımlanan ihale usulleri; açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü ve pazarlık usulüdür. Kanun'un 1.1.2003 tarihinde yürürlüğe girdiği sırada "doğrudan temin usulü" adı altında dördüncü bir ihale usulüne yer verilmiş olsa da 4964 sayılı Kanun'un 12'nci maddesi ile yapılan değişiklikle bu usul ihale usulü olmaktan çıkarılmış ve ihale dışı temin imkânı oluşturulmuştur. Kamu İhale Kanunu'nun 5'inci maddesine göre açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulü temel ihale usulüdür. Diğer ihale usulleri ise yine aynı maddeye göre kanunda belirtilen özel hallerde kullanılabilir.

Bir kamu alımının ihale usulüyle gerçekleştirilip gerçekleştirilmemesinin üç farklı alanda etkisi görülür¹³: Bunlardan ilki ihalelere katılmaktan yasaklama kararının verilmesi, ikincisi uygulanacak mevzuatın türü ve sonucusu 5237 sayılı TCK'da tanımlanan ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşup oluşmayacağıdır.

İhalelere katılmaktan yasaklama kararının verilebilmesi için öncelikle Kamu İhale Kanunu'nda tanımlanmış olan ihale usullerinden biri ile alımın gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir. Kanunda ihale tanımına bakıldığında "bu Kanunda yazılı usul ve şartlarla mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin..." hükmünde geçen "usul", kanunda belirtilen ihale usullerini ifade etmektedir. Yasak fiil ve davranışları düzenleyen maddede sayılan fiil ve davranışlar dolayısıyla ihaleden yasaklama kararının alınabilmesi ancak bir ihale usulü ile yapılan alımlarda meydana gelebilir. Doğrudan temin ile yapılan bir alımda, bahsi geçen alım bir ihale yöntemi olmadığı, ihale dışı bir temin usulü olduğu gerekçesiyle hem Kanun hükmü hem de Kamu İhale Genel Tebliği uyarınca yasaklama kararı verilemez. Bununla birlikte bu durumda 4734 sayılı Kanun'da veya 4735 sayılı Kanun'da belirtilen yasak fiil davranışlar dolayısıyla cezai sorumluluk ortadan kalkmaz. Eğer ortada suç teşkil eden fiil ve davranışlar var ise söz konusu cezai sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulanması gerekecektir.

Son olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ihaleye fesat karıştırma suçu tanımına bakıldığında bu suç tipinin oluşabilmesi için ancak ihale usulleri kullanılarak yapılan alımların söz konusu olması gerekir. "Gerçekten de anılan Kanunun 235'inci maddesinde "Kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihaleler ile yapım ihalelerine fesat karıştıran kişi..." denilmek suretiyle, suçun oluşması için ihale yapılması şartı aranmıştır. İhale tanımı ise asgari olarak bir yarışmayı içerisinde barındırır ve kanun koyucu bu yarışmanın bozulmasını ihaleye fesat olarak değerlendirmiştir.¹⁴"

¹³ Demirboğa, Dursun Ali (2017), Kamu İhale Sözleşmesinin Yapılması Usulleri (İhale Usulleri), Uyuşmazlık Dergisi, Y. 5, S. 9.

¹⁴ Ayrıntılı bilgi için Bkz. Arslan, Çetin (2012), İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, B. 3, Seçkin Yayınevi, Ankara.

Doğrudan temin kanun koyucu tarafından bir ihale usulü olarak kabul edilmeyip ihale dışı bir temin usulü olarak görüldüğünden bir teknik anlamda bir ihaleden bahsedilemeyecektir. Yapım ihaleleri ise 5235 sayılı kanunun ilk halinde yer almamasına karşın daha sonrasında 31.03.2005 tarihli ve 5328 sayılı Kanun'un 9'uncu maddesiyle yapılan değişiklikle suçun kapsamına alınmıştır¹⁵.

II. 4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNU'NDA DÜZENLENEN İHALE USULLERİ

4734 sayılı Kanun'da açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü ve pazarlık usulü olmak üzere üç ihale usulü düzenlenmektedir.

A. Açık İhale Usulü

Açık ihale usulü, bütün isteklilerin teklif verebileceği bir ihale usulüdür (m.19). "Açık" kavramı ile ifade edilmek istenen ilgili olan herkesin ihaleye teklif verebilmesidir¹⁶. Diğer ihale usullerinden farklı olarak açık ihale usulünde ihaleye katılabilmek için idareden davet almış olmaya gerek olmaksızın bütün istekliler teklif verebilir. Bu ihale usulünde ihaleden yasaklı olmayan ve ihale dokümanı alan herkesin ihaleye teklif verebilir. "Bütün isteklilerin teklif verebilmesi katılımcı sayısını arttıracak ve rekabet ortamının oluşmasını sağlayacaktır. Bu durum rekabet ortamının oluşmasının ortaya çıkaracağı aleniyet, şeffaflığı, katılımcı sayısını arttırma gibi avantajları beraberinde getirecektir. Ancak bu durum diğer ihale usullerinin rekabet ortamı oluşturmadığı şeklinde anlaşılmalıdır"¹⁷.

Açık ihale usulü, mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalelerinde ülkemizde en fazla tercih edilen ihale usulüdür. 2021 yılı ilk 6 ayında Kamu İhale Kurumuna sonuç bilgisi gönderilen 4734 sayılı Kanun kapsamında yapılan ihalelerin adet olarak %76,41'i açık ihale usulü ile %23,43'ü pazarlık usulü ile %0,16'sı ise belli istekliler arasında ihale usulü ile gerçekleştirilmiştir. Tutar bazında inceleme yapıldığında, gerçekleştirilen ihalelerin %76,68'inde açık ihale usulü, %23'ünde pazarlık usulü ve %0,32'sinde ise belli istekliler arasında ihale usulü uygulanmıştır¹⁸.

Bu ihale usulü tek aşamalı bir ihale usulüdür. Aynı aşama içerisinde hem teklif veren isteklilerin yeterlilikleri hem de mali teklifleri eş zamanlı olarak değerlendirilir. Açık ihale usulünün teklif sayısı hususunda kanunda özel bir düzenleme yoktur. Tek teklif olsa dahi ihale yapılabilir. "İdare, tek teklif durumunda rekabet oluşmaması gerekçesiyle ihaleyi iptal edebilir.

¹⁵ 31.05.2005 tarihli ve 25772/Mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

¹⁶ Sezer, Kalkan, Şahin, 2020, Kamu İhale Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, B.2, s. 164.

¹⁷Şahin, a.g.e, s.148, Bkz. E.2011/2494 K.2012/646
https://www.tkgm.gov.tr/tr/mahkemekararlari?field_karar_tip_tid=86&field_konu_tid=70.

¹⁸ https://dosyalar.kik.gov.tr/genel/Raporlar/2021_yili_6_aylik_kamu_alimlari_istatistikleri.pdf, Erişim Tarihi: 28.11.2021

Çok sayıda teklif olup, tek geçerli teklif olmaması durumunda da aynı şey geçerlidir"¹⁹. "Hiç teklif çıkmazsa, aynı usulle tekrar ihaleye çıkılabilir ya da pazarlık usulü uygulanabilir"²⁰.

Belirtilmesi gereken diğer bir nokta örneğin kanunda diğer ihale usulleri ile yapılabileceği düzenlenen bir alımın veya yapım işi, açık ihale usulü ile de yapılabilir.

B. Belli İstekliler Arasında İhale Usulü

Belli istekliler arasında ihale usulü, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 20'inci maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre,

"Belli istekliler arasında ihale usulü, yapılacak ön yeterlik değerlendirmesi sonucunda idarece davet edilen isteklilerin teklif verebildiği usuldür. Yapım işleri, hizmet ve mal alım ihalelerinden işin özelliğinin uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektirmesi nedeniyle açık ihale usulünün uygulanamadığı işlerin ihalesi ile yaklaşık maliyeti eşik değerin yarısını aşan yapım işi ihaleleri bu usule göre yaptırılabilir.

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. 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.

Teklif vermeye davet edilmeyenlere davet edilmeme gerekçeleri yazılı olarak bildirilir. İşin niteliğine göre rekabeti engellemeyecek şekilde 40'ıncı 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."

¹⁹ Kamu İhale Kurulu, 2008/UH.Z-2729

²⁰ Sezer, Kalkan, Şahin, a.g.e., s. 164.

4734 sayılı Kanun'un 20'nci maddesi uyarınca, belli istekliler arasında ihale usulü, ön yeterlilik değerlendirmesi sonucunda idare tarafından davet edilen isteklilerin teklif verebildiği bir ihale usulüdür.

Kısaca belirtmek gerekirse;

- 1) Ön yeterlilik değerlendirmesi yapılmakta,
- 2) Ön yeterlilik değerlendirmesini geçen istekliler teklif vermeye davet edilmektedir.

KİK kapsamına giren mal ve hizmet alımı ile yapım işlerine ilişkin ihalelerde serbest rekabet ortamının oluşması için öncelikle uygulanması gereken usul, açık ihale usulüdür. Öyleyse uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektirmesi nedeniyle açık ihale usulü uygulanmadığı yapım işleri, hizmet ve mal alım ihalelerinde ve ayrıca yaklaşık maliyeti eşik değerinin yarısını aşan yapım işi ihaleleri belli istekliler arasında ihale usulüne göre yapılabilir. *“Belli istekliler arasında ihale usulünün uygulandığı ihalelerin nitelik ve parasal tutar olarak büyük olması tekliflerin hazırlanmasını da maliyetli hale getirmektedir”²².*

İhaleye konu iş, uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektirmiyorsa ya da bu nitelikte olmakla birlikte açık ihale usulünün uygulanması mümkünse, belli istekliler arasında ihale usulü uygulanamaz. Bu doğrultuda, Kamu İhale Kurumu'nun bir Kararında, “açık ve kapalı spor tesisleri ikmal inşaatı²³” yapımı işinin, uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektiren bir iş olmadığı yönündeki değerlendirmesi isabetli ve yol gösterici bir değerlendirilmiştir²⁴.

İhale konusunun uzmanlık ve/veya ileri teknolojiyi gerektirip gerektirmediğinin tespitinde idarenin takdir yetkisi bulunmaktadır. Ancak bu anlamda, açık bir kıstas yoktur. İdare, işin özelliklerini dikkate alarak objektif kriterleri belirlemek ve ilan etmek durumundadır. Genel olarak belli istekliler arasında ihale usulünün uygulanabileceği alanlar olarak bilgisayar yazılım hizmetleri, otoyol yapımı, havalimanı yapımı ve enerji santrali yapımı işleri sayılabilir²⁵.

²¹ Bu bedel, her yıl 1 Şubat tarihinden geçerli olmak üzere Kamu İhale Kurumu tarafından ÜFE dikkate alınarak güncellenmektedir.

²² Demirboğa, a.g.e., s. 186.

²³ Kamu İhale Kurulu, 03.06.2008, 2008/ UY.Z-2282, Kılıç, İlyas, Kılıç Çaylı, Duygu (2012), Kamu İhale Kurumu Emsal Kararları, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 225.

²⁴ Kalkan, Şahin, a.g.e., s. 166.

²⁵ Uz, Abdullah (2005), Kamu İhale Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, s. 194.

İhale konusu iş, uzmanlık ve/veya yüksek teknolojiyi gerektirse bile idarenin belli istekliler arasında ihale usulünü uygulama zorunluluğu yoktur. *“İdare, uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektirmesi nedeniyle açık ihale usulünün uygulanmadığı işlerin ihalesi ile yaklaşık maliyeti eşik değerin yarısını aşan yapım işi ihaleleri açık ihale usulüyle ya da belli istekliler arasında ihale usulünden birini tercih etme konusunda takdir yetkisine sahiptir”*²⁶. Ayrıca Kanunun 20’nci maddesindeki düzenleme “yaptırabilir” ifadesini kullanmaktadır. Bu ifadeden de anlaşılacağı üzere idarelerin takdir yetkisini kullanarak tespit edeceği durumlarda belli istekliler arasında ihale usulü ile ihalenin yapılması zorunlu değildir.

Bu usulde isteklilerin ihaleye katılabilmesi için ön yeterlilik şartlarını sağlaması ve idarece davet edilmesi gerekir. Ön yeterlilik dokümanı ile ön yeterlilik ilanında gösterilen şartları sağlayan istekliler teklif yapmaya idarece davet edilebilir. KİK madde 13’e göre yaklaşık maliyeti eşik değerlere eşit veya bu değerleri aşan ihalelerde ihale gününden en az kırk gün önce davet mektubu gönderilmesi zorunlu olup yaklaşık maliyeti eşik değerlerin altında kalan ihalelerde ise ihale gününden önce yine aynı maddenin (b) bendindeki sürelerle göre davet mektubu gönderilmesi zorunludur. Belirtilen yeterlilik koşulları sağlanamadıysa, teklif vermeye davet edilmeyen kişiye davet edilmeme nedeni idarece zorunlu ve gerekçeli olarak bildirilecektir. Bu bildirim tebliği sonrasında taraflar süresi içinde idari başvuru yapma ve idari yargıda dava açma hakkına sahiptir.

İhaleye davet edilecek aday sayısının beşten az olması durumunda veya teklif veren istekli sayısının üçten az olması durumunda ihale iptal edilir. 20’nci maddenin 3’üncü fıkrasına göre teklif veren istekli sayısının üçten az olması nedeniyle ihalenin iptal edilmesi durumunda, ihale dokümanı gözden geçirilerek varsa hatalar ve eksiklikler giderilmek suretiyle, ön yeterliliği tespit edilen bütün istekliler tekrar davet edilerek ihale sonuçlandırılabilir.

Kanun, teklif veren istekli sayısının 3’ten az olması durumunda varsa hataların ve eksikliklerin giderilmesi suretiyle ön yeterliliği tespit edilen bütün isteklilerin tekrar davet edilebileceğini düzenlemişken ihaleye davet edilebilecek aday sayısının 5’ten az olması durumu için aynı şekilde bir çözüm yolu sunmamıştır.

²⁶ Kamu İhale Kurumu, 20.04.2010, 2010/ UY.I-1122, Bkz. Abacıoğlu, Muhittin, Abacıoğlu, Ali (2013), Açıklamalı İçtihatlı Kamu İhale Kanunu ve Uygulaması, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 406.

“Ön yeterlik aşamasında yeterli bulunan adayların idare tarafından mali tekliflerini vermeye davet edilmesi, kamu ihale sözleşmelerinin kurulması açısından önemli bir aşamayı oluşturmaktadır. Kamu ihale sözleşmesinin zorunlu unsurlarından olan bedelin istenildiği aşama olan mali teklif vermeye davet, sözleşmeye ilişkin müzakere etme iradesini içerir. Teklif vermeye davet, bedelin müzakeresi amacını güder. Bu itibarla teklif vermeye davette öneriye (icaba) davettir”²⁷.

C. Pazarlık Usulü

Kamu İhale Kanunu kapsamında yapılacak ihalelerde, açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulü temel usullerdendir. Pazarlık usulü ise Kanun’da belirtilen özel durumlarda uygulanabilen istisnai bir ihale usulüdür (4734 s. Kanun m.5).

Pazarlık usulü, Kanun’un 4’üncü maddesindeki tanımlar kısmında “Bu Kanunda belirtilen hallerde kullanılabilen, ihale sürecinin iki aşamalı olarak gerçekleştirildiği ve idarenin ihale konusu işin teknik detayları ile gerçekleştirme yöntemlerini ve belli hallerde fiyatı isteklilerle görüştüğü usul” şeklinde tanımlanmıştır.

Pazarlık usulünün uygulanabileceği durumlar 4734 sayılı Kanun’un 21’inci maddesinde sayılmıştır:

“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 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.

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.

²⁷ Demirboğa, Dursun Ali (2017), Kamu İhale Sözleşmesinin Yapılması Usulleri (İhale Usulleri), Uyuşmazlık Dergisi, Y. 5, S. 9. s. 190.

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) İdarelerin yaklaşık maliyeti ellimilyar Türk Lirasına kadar olan mamul mal, malzeme veya hizmet alımları²⁸.

(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.

(a), (d) ve (e) bentlerine göre yapılacak ihalelerde, ihale dokümanında belirtilen değerlendirme kriterlerine göre yeterliği 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.

Bu madde kapsamında yapılacak ihalelerde, ilk fiyat tekliflerini aşmamak üzere isteklilerden ihale kararına esas olacak son yazılı fiyat teklifleri alınarak ihale sonuçlandırılır.

(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.”

Genel kural; şeffaflık, eşitlik ve rekabet ilkesi ışığında yeterlilik sahibi herkese ihaleye katılma fırsatı tanınmasıdır. İstisna olarak kanunda belirtilen özel hallerde yalnızca idare tarafından davet edilen isteklilerin teklif verebilmesi şeklinde düzenlenmiş olan pazarlık usulünün uygulanmasıdır. “Kanun koyucu burada kamu hizmetinin yerine getirilmesini, rekabetin sağlanmasından önde tuttuğunu söylemek mümkündür”²⁹.

21’inci maddenin 2’nci fıkrasında (b), (c) ve (f) bentlerinde belirtilen hallerde ilan yapılması zorunlu değildir. İlan yapılmayan hallerde en az üç istekli davet edilerek, yeterlilik belgelerini ve fiyat tekliflerini birlikte vermeleri istenir.

²⁸ Bu bente yer alan eşik değerler ve parasal limitlerin 1/2/2021 tarihinden itibaren uygulanması ile ilgili olarak 26/1/2021 tarihli ve 31376 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Kamu İhale Kurumunun 2021/1 No.’lu Kamu İhale Tebliğine bakınız.

²⁹ 01.12.2008 tarihli ve 2008/UH.I-4850 sayılı Kamu İhale Kurulu Kararı, www.kik.gov.tr, E.T.14.01.2015.

Madde 28- İhale ve ön yeterlik dokümanı idarede bedelsiz görülebilir. Ancak, ön yeterlik veya ihaleye katılmak isteyen isteklilerin bu dokümanı satın almaları zorunludur. İlan yapılmayan ihalelerde, ihale dokümanı sadece idare tarafından davet edilenlere satılır...

İlan yapılmayan ilansız pazarlık usulünde ise sadece idare tarafından davet edilenler katılabilecektir. Davet edilmeyenler, ihale dokümanını satın alamadığından ihaleye katılamayacak olup idareye şikâyet ve Kamu İhale Kurumuna itirazın şikâyet başvurusunda bulunamayacaktır. Danıştay, 4734 sayılı Kanun'un öngördüğü idari başvuru yollarına başvurma ehliyetini haiz olmayan kişilerin işlemle aralarındaki menfaat ilişkisini kurarak, dava açma yoluna başvurmalarının mümkün olduğunu belirtmiştir³⁰. Aşağıda görülecek olan güncel kararda da Danıştay'ın halen aynı görüşünü devam ettirdiğini söylemek mümkündür.

" ... ihale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday, istekli ile istekli olabileceklerin, Kanun'da dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu idari başvuru yolu olarak öngörülen şikâyet ve itirazın şikâyet başvurusunda bulunmalarının zorunlu olduğu, başvuruda bulunabilmek için aranan istekli veya istekli olabilecek sıfatının, ilan yapılmayan ve davet edilmeyenlere doküman satılmayan pazarlık usulünde kazanılması mümkün olmadığından, ilansız pazarlık usulünün uygulandığı ihalelerde istekli veya istekli olabilecekler dışında kalanlar açısından idarî başvuru zorunluluğu bulunmadığının, diğer bir ifadeyle, bu kişilerce doğrudan dava açılabilenliğinin kabulü gerektiği sonucuna varılmaktadır.

*Olayda, uyuşmazlık konusu ihalenin 4734 Sayılı Kanun'un 21. maddesinin (b) bendi gereğince pazarlık usulüyle ilansız olarak yapıldığı, davacı şirketin ihaleye davet edilmediği ve kendisine ihale dokümanı satılmadığı, bu nedenle istekli olabilecek sıfatını haiz olmadığı görüldüğünden, ihalenin iptali istemiyle doğrudan dava açılabilenliği hususunda tereddüt bulunmamaktadır. "*³¹

1. 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 21'inci maddesinin (a) Bendine Göre Yapılan Pazarlık Usulü

Pazarlık usulünü düzenleyen 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 21'inci maddesinin (a) bendinde, açık ihale usulü veya belli istekliler arasında ihale usulüyle yapılan ihalede hiç teklif çıkmaması durumunda, bu usulle ihale yapılması öngörülmektedir.

³⁰ Danıştay 13. Dairesi, E.2008/8055, K.2012/185, yayımlanmamıştır.

³¹ Danıştay 13. Dairesi, E.2020/3966, K.2021/66, 24.02.2021.

2004/EC/18 sayılı Avrupa Birliği Direktifinde “teklif çıkmaması” kavramı değil, söz konusu maddeye karşılık gelen Direktifin 30’uncu maddesinin birinci paragrafının (a) alt paragrafında, “... *in the event of irregular tender for the submission of tenders which are unacceptable...*” ibaresi yani “düzensiz teklif çıkması veya kabul edilebilir bir başvuru olmaması” durumunda, pazarlık usulüyle ihale yapılabileceği öngörülmüştür. Düzensiz tekliften kastedilen, teklifler arasında sebebi açıklanamayan farklılıkların varlığı hâlidir. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 21’inci maddesinin (a) bendi düzenlenirken mevcut AB müktesebatından eksik bir çeviri yapılmış, bu hata söz konusu bendin uygulanmasını baştan imkânsız hâle getirmiştir³².

2. Ani ve Beklenmeyen Olayların Ortaya Çıkması Üzerine Yapılan Pazarlık Usulü

16/5/2018 tarihli ve 7144 sayılı Kanun’un 11’inci maddesiyle 4734 sayılı Kanun’un 21’inci maddesinin b bendinde 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.

Doğal afetler
Salgın hastalıklar
Can veya mal kaybı tehlikesi gibi
VEYA
Yapım tekniği açısından özellik arz eden veya yapı veya can ve mal güvenliğinin sağlanması açısından ivedilikle yapılması gerekliliği idarece belirlenen hal

VEYAHUT



İhalenin ivedi olarak yapılmasının ZORUNLU olması

³² Demirboğa, Dursun Ali (2017), Kamu İhale Sözleşmesinin Yapılması Usulleri (İhale Usulleri), Uyuşmazlık Dergisi, Y. 5, S. 9. s. 192.

“Hangi durumların önceden öngörülemeyen nitelikte ve ivedi olduğuna idare karar verecektir. Bu konuda idarenin takdir yetkisi vardır. Danıştay’ın yerleşik içtihatları³³ ve İdare Hukuku literatüründe³⁴ sıklıkla belirtildiği üzere, idareye tanınan takdir yetkisi keyfi ve dilediğince kullanılabilir bir yetki değildir. İdare takdir yetkisini kamu yararına kullanmak zorundadır. İdarenin takdir yetkisinin kamu yararına kullanılması gerektiği konusunda duraksama olmamakla birlikte, somut olaylarda bunun saptanması oldukça zordur”³⁵.

“Öngörülemezlik kavramı, İdare Hukuku literatüründe, sözleşmenin imzalanmasından sonra, tarafların iradesi dışında ortaya çıkan ve sözleşmenin mali dengesini alt üst ettiği için kamu hizmetlerinin yürütülmesine mani olan anormal olaylar olarak tanımlanmaktadır”³⁶.

Kamu İhale Kurumuna göre, “Bir durumun kamu ihale mevzuatı ve 4734 sayılı Kanununun 21. maddesinin b bendi açısından idarece öngörülemeyen olay olarak değerlendirilebilmesi için; ortaya çıkan olay, ihale yapılmasını gerektiren durumlardan önce idare tarafından öngörülemez nitelikte olmalı, öngörülen halin de objektif kriterlere göre yerinde bulunması ve idarenin iradesinden bağımsız olması gerekir”³⁷.

MADDE 21/b KAPSAMINDAKİ ALIMLARIN BÜTÜN ALIMLARA ORANI		
YIL	TUTAR BAZINDA	ADET BAZINDA
2015	%7,46	%7,70
2016	% 11,15	% 7,19
2017	% 17,57	% 7,61
2018	% 16,6	% 8,35

³³ Danıştay 5. Dairesi, E.1986/1087, K.1987/605, Danıştay Dergisi, s. 68-69.

³⁴ Sancakdar, Oğuz (2012), İdare Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, s. 337.

³⁵ Sezer, Kalkan, Şahin, Kamu İhale Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, B.2, s. 173.

³⁶ Atay, Ender Ethem (2006), İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, s. 508.

³⁷ Kamu İhale Kurulu, 19.06.2006-2006/ UH.Z-1140.

2019	%19,81	% 9,62
2020	% 23,83	% 11,79
2021 (ilk 6 ay)	% 20,32	% 8,95

- Madde 21/b kapsamındaki alımlarda limit olmadığından bu alımlar, madde 21/f kapsamındakilere göre adet olarak düşük fakat tutar olarak yüksektir.
- 2017 yılındaki pazarlık usulünde, önceki yıla göre hem adet hem de tutar bazında artış olmuştur.
- Pazarlık usulü, açık ihale usulünden sonra en çok başvuru alan usul olmuştur.
- Kanun değişikliği öncesinde bile pazarlık usulünde artış varken değişiklik sonrasında artışın devam edeceği söylenebilir.

“Sonuç olarak idare, önceden öngörülemez ve ivedilik arz eden, ayrıca idarenin iradesinden kaynaklanmayan anormal durumlarda pazarlık usulünde isteklileri teklif vermeye davet ederek ihale yapabilir. Hangi durumların önceden öngörülemez ve ivedi olduğu her somut olayda ayrıca değerlendirilmelidir. Unutmamak gerekir ki, bu yöntem zorunluluktan doğan istisnai bir uygulamadır. Kamu idareleri, Kanunun verdiği bu imkânı kamu yararı dışında başka amaçlarla, özellikle bazı kişileri davet etmeyerek, ihaleleri belli kişilerin almasını sağlamak amacıyla kullanmamalıdır”³⁸.

3. Savunma ve Güvenlikle İlgili Özel Durumların Ortaya Çıkması

Savunma ve güvenlikle ilgili özel durumların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması durumu, Kanunun 21’inci maddesinin c bendinde düzenlenmiştir. Ayrıca 4734 sayılı Kanun’da savunma ve güvenlikle ilgili durumlara “istisnalar” madde kenar başlıklı 3’ncü maddede rastlamak mümkündür. Ancak 21’inci maddenin c bendi ile 3’üncü maddenin b bendinde düzenlenen hususlar birbirinden farklıdır. Aynı zamanda ihalenin ivedilikle gerçekleştirilmesinin de zaruret taşıması gerekmektedir.

³⁸ Sezer, Kalkan, Şahin, Kamu İhale Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, B. 2, s. 177.

“Kanunun 3’üncü maddesinin ilk fıkrasının (b) bendinde savunma, güvenlik veya istihbarat alanları ile ilişkili olduğuna veya gizlilik içinde yürütülmesi gerektiğine Cumhurbaşkanı veya ilgili bakanlık tarafından karar verilen alımların ceza ve yasaklama hükümleri hariç bu Kanuna tabi olmadığı düzenlenmiştir”³⁹.

4. Araştırma ve Geliştirme Sürecine İhtiyaç Gösteren ve Seri Üretime Konu Olmayan Alımlar

Araştırma ve geliştirme sürecine ihtiyaç gösteren ve seri üretime konu olmayan alımlar, ilanlı pazarlık usulüne tabidir. 21’inci maddenin c bendi uyarınca, bu usul, kamu hizmetinin yürütülmesi için önemlilik arz eden mal ve hizmetlerin alımı için başvuru usuldür.

5. İhale Konusunun Özgün Nitelikte ve Karmaşık Olması

“İhale konusu mal ve hizmetin alımı ile ilgili yapım işlerinin özgün nitelikte ve karmaşık olması nedeniyle teknik ve mali özelliklerinin gerekli olan nitelikte belirlenemediği durumlarda pazarlık usulü ile ihale yapılabilir.” Daha öncesinde de belirtildiği üzere her somut olayın özelliklerine göre hangi ihalelerin özgün ve karmaşık nitelikte olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. İdareler bu tespiti takdir yetkileriyle yapmaktadır⁴⁰.

“Bir ihale konusunun özgün nitelikte ve karmaşık olduğunun objektif bilimsel verilerle ortaya konulması gerekir. Nitekim Kamu İhale Kurumu, asansör yenilenmesi işinin özgün nitelikte ve karmaşık olduğu gerekçesi ile, teknik şartname ve projenin netleştirilmeden ihaleye çıkılmasının işin niteliğine ilişkin yaptığı incelemede, günümüz teknolojisinin kullanılarak yapılacak bir mühendislik çalışması ile ihale konusu asansör işinin teknik ve mali özellikleri tespit edebileceğinden, söz konusu ihalenin 4734 sayılı Kanunun 21/e maddesine göre yapılmasının hukuka aykırı olduğu kararını vermiştir”⁴¹.

6. İdarelerin Yaklaşık Maliyeti 404.732 TL’yi⁴² Aşmayan Mamul Mal, Malzeme ve Hizmet Alımları

Kanunun 21’nci maddesi uyarınca idarelerin yaklaşık maliyeti belli bir limitin altında kalan mamul mal, malzeme veya hizmet alımları ilansız pazarlık usulüne göre yapılmaktadır. Bu usulle alım yapılmak istenildiğinde iki şartın beraber gerçekleşmesi gerekmektedir:

³⁹ Toprak, Eren (2021), Kamu İhale Hukuku, Seçkin Yayınevi, s. 184.

⁴⁰ Sezer, Kalkan, Şahin, Kamu İhale Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, B. 2, s. 181.

⁴¹ Sezer, Kalkan, Şahin, Kamu İhale Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, B. 2, s. 180; Kamu İhale Kurulu, 08.12.2003, 2003/ UK.Z-803, Uz, s. 197.

⁴² 2021 yılı için öngörülen yaklaşık maliyet.

- 1) İhale konusunun mamul mal, malzeme veya hizmet olması,
- 2) İhalenin yaklaşık maliyetinin Kanunda belirtilen limitin altında kalması gerekmektedir.

“Ancak bu bağlamda yapılacak olan harcamaların yıllık toplamı, ilgili idarelerin bütçelerine bu amaçla konulacak ödeneklerin %10’unu aşmamalıdır. Şayet yapılan harcamalar, bütçe ödeneklerinin %10’unu aşacak ise, Kamu İhale Kurumundan olumlu görüş alınması zorunludur”⁴³.

Kamu İhale Kanunu 5’inci maddesi ile uygulamada Kanun’da belirtilen limitin engelini aşabilmek için ihalelerin parça parça bölünmesi ile ihale edilmesine cevaz vermemektedir. Anılan hükme göre *“eşik değerin altında kalmak amacıyla mal veya hizmet alımları ile yapım işleri kısımlara bölünemez”* denilmiştir.

SONUÇ

Kamu İhale Hukuku mevzuatı çok dinamik bir alandır. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu günümüze kadar 191 kez olmak üzere çok sayıda değişiklik geçirmiştir. Bunun nedeni değişen günün şartlarına uyum süreci olduğu kadar iktidarda olan siyasi anlayışın tutumuyla da açıklanabilir.

Kamu ihale hukuku, hukuk disiplinlerinin kesişim alanında bulunan *“interdisipliner”* bir daldır. Çünkü anayasa hukuku, borçlar hukuku, idare hukuku ve ticaret hukuku ile çok yakın ve ortak inceleme alanı vardır. Kamu İhale Hukuku tedvin edilmemiş bir hukuk dalıdır ve hızlı bir gelişim çizgisi sergilemektedir. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nda yapılan değişiklikler ile Kanun’un ilk yürürlüğe girdiği sırada ihale usulleri arasında sayılan doğrudan temin ile yapılan alımlar ihale usulleri arasından çıkartılmıştır. Kanun, üç tane ihale usulünü benimsemekte olup, bu usuller; *“açık ihale usulü”*, *“belli istekliler arasında ihale usulü”* ve *“pazarlık usulü”* dür. Bir alımın kanunda belirtilmiş olan ihale usulleri ile yapılmasının üç farklı etkisi görülür. Bunlardan ilki ihalelere katılmaktan yasaklama kararının sadece kanunda belirtilen ihale usulüyle gerçekleştirilen alımlarda söz konusu olmasıdır. İkinci olarak uygulanacak mevzuat bağlamında bir alım ihale usulleriyle gerçekleştirilmişse sözleşmenin kanunda belirtilen şekil ve esaslar uyarınca imzalanması aşamasına kadar 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu uygulanırken, imza edildikten sonra ise 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu uygulanır. 4734 sayılı Kanun uyarınca ek madde 11’deki istisna kapsamında sayılan belirli hallere ilişkin usul ve esaslar Cumhurbaşkanınca düzenlenecektir. Son olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda ihaleye fesat karıştırma suçu tanımına bakıldığında ancak ihale usulleri kullanılarak yapılan alımlarda bahsi geçen suç tipi oluşacaktır.

⁴³ Sezer, Kalkan, Şahin, Kamu İhale Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, B. 2, s. 182.

KAYNAKÇA

Abacıoğlu, Muhittin, Abacıoğlu, Ali (2013), Açıklamalı İhtihatlı Kamu İhale Kanunu ve Uygulaması, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Akpınarlı, Nazife (2020), 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununda Öngörülen Kamu İhale Usulleri (5812 Sayılı Kanun Değişikliği İle Genel Bir İnceleme), İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:19 Sayı:38.

Akyılmaz, Sezginer, Kaya (2021), Türk İdare Hukuku, Savaş Yayınevi.

Arslan, Çetin, (2012), İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.

Atay, Ender Ethem (2006), İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara.

Demirboğa, Dursun Ali (2017), Kamu İhale Sözleşmesinin Yapılması Usulleri (İhale Usulleri), Uyuşmazlık Dergisi, Y. 5, S. 9.

Gözler, K. ve Kaplan, G. (2017), İdare Hukuku Dersleri, Ekin, 19. Baskı, Bursa.

Günday, Metin (2004), İdare Hukuku, Bası:9, Ankara: İmaj Yayınları.

Kanca, Osman Cenk, Bayrak, Metin (2015), Ekonomik Tasnif Esasında Türkiye’de Kamu Harcamaları, Muş Alparslan Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt:3 Sayı:1.

Kılıç, İlyas, Kılıç Çaylı, Duygu (2012), Kamu İhale Kurumu Emsal Kararları, Adalet Yayınevi, Ankara.

Özkan, Ahmet Fatih (2009), Ekonomik Kamu Düzeni ve Ekonomik Kolluk Faaliyeti, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:67, Sayı: 4.

Sancakdar, Oğuz, İdare Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012.

Sezer, Kalkan, Şahin, Kamu İhale Hukuku Dersleri, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017.

Sezer, Kalkan, Şahin, Kamu İhale Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, B. 2.

Toprak, Eren, Akademik Çalışma Alanı Olarak Kamu İhale Hukuku: Kavram ve Kapsam Üzerine İnceleme, TBB Dergisi, Sayı: 145.

Toprak, Eren (2021), Kamu İhale Hukuku, Seçkin Yayınevi.

Uz, Abdullah (2005), Kamu İhale Hukuku Kamu Alımlarının Hukuksal Rejimi İhale İşlemlerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları (Şikayet-İtirazen Şikayet-Yargısal Denetim), Ankara: Turhan Kitabevi.

İnternet Sitesi: www.kik.gov.tr





ASBÜ

www.asbu.edu.tr

Hükümet Meydanı No: 2 Ulus / ANKARA

Tel: 0312 596 44 44

