

İHALE YOLSUZLUKLARINDA YENİ TREND “AÇIK İHALE” USULÜNÜN TERKİ “PAZARLIK YOLUYLA İHALE” USULÜNÜN KEŞFİ

NEW TREND OF PROCUREMENT CORRUPTION: ABANDONMENT OF OPEN PROCUREMENT PROCEDURE/ DISCOVERY OF NEGOTIATED PROCUREMENT PROCEDURE

Mustafa Yaşar DEMİRCİOĞLU*

Özet: Türkiye’de 2000’li yıllarda yaşanan ekonomik bunalımla birlikte kamu ihalelerinde yolsuzluk, usulsüzlük, siyasi himayecilik, kayırmacılık ve kamu kaynaklarının belli kesimler arasında paylaşımına yönelik yaygın uygulamalar bulunmaktaydı. Bu yasadışı uygulamaların önüne geçilebilmesi amacıyla 2002 yılında 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu çıkartılmıştır. Yeni ihale kanunu ile, vatandaşlardan toplanan vergilerle oluşturulan kamu kaynaklarının harcanmasında kamu yararı, şeffaflık, eşitlik, rekabet, katılımcılık ve verimlilik ilkeleri esas alınmıştır. 2002 yılından bu zamana kadar söz konusu kanunda 100’ün üzerinde değişiklik yapılmış ve kanunun getiriliş amacı kamu idareleri tarafından terkedilmiştir. 4734 sayılı Kanun’da temel ihale usulleri; açık ihale usulü ile belli istekliler arasında ihale usulü olup pazarlık usulü, istisnai durumlarda başvuru bir ihale yöntemi olarak mevzuatımızda yer almaktadır. Buna rağmen ülkemizde çoğu zaman konu itibarıyla pazarlık usulüne tabi olmayan kamu alımlarının, eksik rekabet ortamı içerisinde kapalı kapılar arkasında bu usulle yapıldığı ve kamu kaynaklarının usulsüz bir şekilde özel teşebbüslere aktarıldığı görülmektedir. Bu makalede 4734 sayılı Kanun’da yer alan ve istisnai durumlarda kullanılan pazarlık usulü ile ihale yöntemi hakkında ülkemiz uygulamaları hakkında örnekler verilmekte, ihale usulsüzlüklerinin ihale yolsuzluklarına dönüş hikâyesi anlatılmaya çalışılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Pazarlık usulü ile ihale, ihalenin ilanı, rekabet, kaynakların verimli kullanılması, yolsuzluk.

Abstract: During Turkey’s economic crisis in the 2000’s, there has been corruption, irregularities, political safeguarding, favoritism and sharing of specific sectors of public resources regarding public business tenders. To end and prevent these illegal activities, Turkey passed article number 4734, the Public Procurement Law, in 2002.

* Dr., İpek Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi.

With this new law, spending of taxpayer money for public prosperity has been based on the principles of transparency, equality, competition, participation and productivity. From 2002 to present day, there have been over 100 changes made to the law and the laws purpose of legislation has been abandoned by government officials. The fundamentals of Article 4734 can be summarized with the open procurement method and procurements made with certain requests, however there can be exceptions in which case there are special negotiated procedure. Although these exceptions are for only special circumstances, most of Turkey’s procurements are violations of the law. Also public procurements are imperfect competition, causing monopoly between businesses. Another example of violating Article 4734 is that these tenders are being made behind closed doors, absolutely obsolete to the public. This is due to the fact of someone trying to hide the illegal transfers being made of public resources to private businessmen. This Article gives examples of the misuse of the negotiated procedure that takes place in Article 4734 in Turkey, showing how tender irregularities are transforming into procurement corruption.

Keywords: procurements with the negotiated procedure, publication of procurements, competition, productive use of resources, corruption.

GİRİŞ

İhale kavramı geniş anlamda; idarenin yapacağı bir sözleşmenin tarafını seçmek üzere yürüttüğü süreci, dar anlamda ise idarenin belirli bir işi istekliler arasından seçeceği birisine yaptırmak üzere “yürüttüğü süreci” ifade etmektedir. Bu süreçte bir yandan tek kutuplu, diğer yandan çoklu, iki taraflı ilişki düzlemlerinden oluşan bir ilişki kompleksi kurulmaktadır. İlişkide tek kutuplu bir düzlem vardır. Çünkü hem ihale usulü hem de talep kamusal irade tarafından belirlenmektedir. Devlet veya idare, ilişkisinin belirleyicisi konumundadır. İdari sözleşmelerdeki şartnameler, idarenin tek taraflı olarak belirlediği koşul ve kuralardır¹. İhale aslında idarenin sözleşmeleri-

¹ Özay, s. 549. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun “Tanımlar” başlığını taşıyan 4’üncü maddesine göre İhale; “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 işlemleri” ifade etmektedir. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nun “Tanımlar” başlığını taşıyan 4’üncü maddesine göre ise İhale; “Bu Kanunda yazılı usul ve şartlarla, işin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve yetkili mercilerin onayı ile tamamlanan sözleşmeden önceki işlemleri” ifade etmektedir.

nin hazırlığında geçen bir aşamadır ve kendi içinde birçok işlemden oluşmaktadır. İdarenin sözleşmelerinin oluşması öncesinde birden fazla işlemin yapılması ile oluşan zincir işlemler niteliğindedir². Bu çerçevede ihale sürecindeki her bir işlemin ayrılabilir işlem kuramı gereği³ şikayet, itirazın şikayet ve iptal davasına konu olabilmesi de mümkündür. İhale süreci sonunda ise idarenin tek yanlı icrai işlemi ile ihale sonuçlandırılmaktadır⁴. Sonuç olarak kamu ihalesi; idarenin sözleşme yapmadan önce hazırlık aşamasında uymak zorunda olduğu işlemler bütünüdür⁵.

Aslında ihale işleminin bir “zincir işlem niteliği” ilgili kanunlarda yer alan tanımlardan da anlaşılmaktadır. Zira 4734 sayılı Kanun’da ihale kavramının; **“ihale yetkilisinin onayını müteakip sözleşmenin imzalanması ile tamamlanan işlemleri”** kapsadığı, 2886 sayılı Kanun’da ise; **“sözleşmeden önceki işlemleri”** kapsadığı açıkça belirtilmekle, ihale işlemlerinin birden çok işlemden oluşan süreci ifade ettiği şekilde tanım oluşturulmaktadır. Nitekim doktrinde de ihale kavramı ile ilgili; “İdarenin görev alanına giren hizmetlerin yürütülmesi amacıyla, karşılığı idare tarafından ödenmek üzere gerekli mal ve hizmetlerin veya bir işin **yasada öngörülen usul kurallarına uymak suretiyle oluşturulan** rekabet ortamı içerisinde katılan adaylardan en uygun teklifi sunan özel bir kişiye yaptırılmasına yönelik olarak imzalanacak sözleşmelerin oluşum sürecini ifade eden bir dizi işlemler” şeklinde bir tanımlama yapılmaktadır⁶. Bu tanımlamadaki; “imzalanacak sözleşmelerin oluşum süreci” ve “bir dizi işlemler” ifadeleri idare hukuku kapsamında ihale işlemlerinin niteliklerinin belirlenmesi açısından önem taşımaktadır. Aynı zamanda makale konusu itibarıyla bu tanımlamadaki; “yasada öngörülen usul kurallarına uymak suretiyle oluşturulan rekabet ortamı” ifadeleri de ihalelerin ancak yasada öngörülen usul kuralları çerçevesinde yapılması gerekli olan işlemler olması gerektiği noktasında büyük önem taşımaktadır.

² Uz, s. 9.

³ Ayrılabilir işlem kuramı; bulunduğu yer neresi olursa olsun içinde bulunduğu süreç ve ya ilişkiden bağımsız olarak tek başına hukuki sonuç doğuran idari işlemlerin iptal davası denetimine tabi tutulduğu yöntemi ifade etmektedir. Gözler, C. I, s. 711. Sezginer-A, s. 15., Sezginer-B, s. 245. Özay, s. 512-514, 519-521, 541.

⁴ Kutlu, s. 203-204.

⁵ Kutlu, s. 92.

⁶ Kutlu, s. 76.

İhaleler; alım ve satım konusuyla ilgili piyasa fiyatının bulunmadığı ya da belirsiz olduğu durumlarda fiyat oluşturma sürecinde önemli bir role sahiptir. Hemen her ülkede kamunun ihtiyaç duyduğu mal, hizmet ve yapım işlerinin uygulanacak belli usuller sonrasında belirlenecek bir bedel karşılığında özel kişilerden satın alınması işlemi; “kamu alımları” olarak nitelendirilmekte ve belli kurallara tabi tutulmaktadır⁷. Ekonomik hayattaki değişimin büyük bir kısmı kamu ihaleleri aracılığı ile gerçekleştirilmektedir. İdareler mal, hizmet ve yapım işleri alımlarında, fiyatlandırma mekanizması olarak genellikle ihale uygulamalarını tercih etmektedir. Önemli büyüklükteki iktisadi değişime aracılık yapan kamu ihalelerinde etkinliği artırmak kamu tasarrufuna önemli katkılar sağlamaktadır. Etkin bir kamu alımı, talep edilen mal ve hizmeti en ucuz (optimal) fiyattan temin edebilecek tedarikçiyi seçebilmeyi gerektirmektedir. Tedarikçilerin, yolsuzluk, siyasi himayecilik ve rekabeti bozucu davranışları kamu alımlarında etkinlik arayışını olumsuz etkilemektedir⁸.

Kamu alımlarının optimum bir düzeyde gerçekleştirilebilmesi için bütün isteklilerin katılımına açık olacak şekilde rekabetin sağlanması, ihale sürecinin en başından sonuna kadar geçilen bütün aşamalarda saydamlığın, güvenilirliğin ve hesap verilebilirliğin egemen kılınması, etkinlik ve verimliliğin ön planda tutulması ve nihayet etkin ve hızlı işleyen bir denetim mekanizmasının oluşturulması gerekir⁹. Saydamlık kamu alımları için hayati bir öneme sahip olup ayrımcılığın önlenmesi ve objektif kamu alımları ilkelerinin de tamamlayıcısıdır. Saydamlık, ihalelerin ilan edilmesi, açıkça belirlenmiş değerlendirme prosedürü, pazarlık usulünün sınırlı olarak kullanılması, ihale ilanlarının açık ve anlaşılabilir olması ile ihalelere ilişkin ilanlardan herkesin haberdar olabileceği şekilde duyurulmasını zorunlu kılmaktadır¹⁰.

Etkin bir kamu alım piyasası kamu sektörünün, hem ihtiyaçlarını en uygun koşullarda satın almasını hem de vergi verenlere karşı sorumluluğunu yerine getirmesini sağlayacaktır. Kamu alımlarının ülke ekonomisi içinde ulaştığı büyüklük de dikkate alındığında, bu piyasanın etkin çalışmasının önemi ortaya çıkmaktadır. Çok çeşitli sek-

⁷ Uz, s. 1.

⁸ Emek, Kamu İhalelerinde Rekabetin Sağlanması Ve Korunması, s. I.

⁹ Uz, s. 3. Kutlu, S. 191.

¹⁰ Uz, s. 27.

törlerde gerçekleşen ve hem ekonomik hem de sosyal yönü bulunan kamu alımları, yoğun bir şekilde düzenlenmekte ve bu düzenlemeler pek çok tedarikçiyi etkilemektedir. Kamunun en büyük veya tek alıcı olduğu sektörler bakımından bu etki daha fazla önem taşımaktadır¹¹.

Kamu ihalelerinde idarenin sözleşmeci tarafı seçme serbestliği büyük ölçüde sınırlandırılmıştır¹². İdare özel hukuk kişilerinde olduğu gibi sözleşme yapacağı kişiyi hiçbir kurala tabi olmaksızın tam bir irade serbestisi içinde seçemez. Burada kamu yararı amacını gerçekleştirmek bakımından en uygun kişinin âkit olarak belirlenmesi gerekir. Sözleşme yapılacak kişinin seçimi kamu ihalesi olarak anılan süreçte mümkün olmakta¹³ idarenin sözleşme yaparken izleyeceği usul kuraları kamu ihale usulü olarak isimlendirilmekte ve özel bir yasal düzenleme konusu yapılmaktadır¹⁴.

Kamu alımlarının düzenlenmesi ile amaçlanan pek çok unsur olmakla beraber, alım süreci sonunda harcanan kamu kaynakları karşılığında ihtiyaç duyulan mal ve hizmetlerin en uygun koşullar ve en iyi değer ile elde edilmesi, yapılan düzenlemelerin nihai amacını oluşturmaktadır¹⁵.

Kamu alım sisteminde “doğruluk” kavramı, kamu alım personeli ve özel sektör katılımcıları için tanımlanmış davranış kurallarını ifade etmektedir. Kişilerin kendi çıkarları uğruna kamusal kaynakları kullanabilecekleri durumların ortaya çıkabileceği kamu alımları, yolsuzluğa en açık hükümet faaliyetinden birisi olarak tanımlanmaktadır. Başarılı bir kamu alım sistemi rüşvet, kayırmacılık ve benzeri her türlü etik dışı davranışı dışlayacak şekilde tasarlanmalıdır. Kamu alım sisteminde rekabeti arttırmanın en etkili yollarından biri sistemin doğruluğunu sağlamaktır¹⁶.

Kamu ihalelerinde esas olan “açık ihale” usulüdür. Açık ihale usulü, ihalenin kapalı kapılar arkasında ve belli kişiler arasında yapılmasından ziyade şeffaf, aleni, katılımcı, fırsat eşitliğini esas alan bir anla-

¹¹ Ünübol, s. 1.

¹² Gözler, s. 455.

¹³ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, S. 463.

¹⁴ Tan, S. 318.

¹⁵ Ünübol, s. 8.

¹⁶ Ünübol, s. 9-10.

yışla yapılması ilkesidir. Şeffaflık ilkesi; rekabet ve ayırım gözetmeme ilkelerinin tamamlayıcısıdır. Bu ilke, diğer iki ilkenin uygulanmasında denetimi sağlar. Şeffaflık, ihalenin ilanı ile istekli olabileceklerin ihale koşullarını ve ihale ile ilgili tüm bilgileri bilmelerini gerektirir¹⁷. Açık, adil, rekabetçi ve güvenilir ihale kurallarının net bir biçimde belirlenmesiyle idareler firmalardan sadece yüksek gelir değil aynı zamanda “**toplumsal refah**” adına optimal teklifi de alabilmektedirler¹⁸.

Kamu ihalelerinde rekabet ortamının daraltılması ve eksik rekabet dolaylı olarak toplumsal refahı tehdit etmektedir. Tekel, tekeli rekabet ve oligopol piyasalarından oluşan eksik rekabet piyasaları, firmalara ürettikleri mal ve hizmetlerin fiyatını belirleyebilme gücü vermektedir¹⁹. Bu güç ise kamu alımlarında kaynakların verimli kullanılmasını engellemekte kamu alımları olması gerekenden daha yüksek maliyetle gerçekleştirilmektedir. Bu çerçevede açık ihale usulü ile rekabete açık bir ihale yöntemi yerine pazarlık usulü ile davet edilen 3 istekli arasında ihale yapılması ciddi şekilde rekabet ortamını daraltmakta ve eksik rekabeti beraberinde getirmektedir.

Açık ihale usulü ile hedeflenen amaç bazı olağanüstü durumlarda terkedilebilmekte ve “pazarlık usulü” ile ihtiyaçlar karşılanabilmektedir. Bu hususlar Kanun’da sınırlı sayıda sayılarak belirlenmiş olup doğal afet, salgın hastalık, can ve mal kaybı tehlikesi gibi önceden öngörülemeyen ve ivedilik arz eden durumlardır²⁰. Benzer şekilde savunma, güvenlik alanındaki özel durumlarla, seri üretim tabi olmayan veya özgün ve karmaşık işlerle, açık ve belli istekliler arasında gerçekleştirilemeyen işlerde “pazarlık usulü” yöntemiyle kamu hizmetleri için gerekli ihtiyaçların karşılanması amaçlanmıştır. Pazarlık usulünde uygulamada çoğunlukla ilan yapılmamakta sadece ihaleye 3 istekli **davet edilerek** (katılımın sağlanması şart değildir) mal ve hizmet alımları sonuçlandırılmaktadır. Üstelik pazarlık usulünde sadece 3 istekliyi davet etmek yeterli olup bu isteklilerden 2 tanesi teklif gönderme ve sadece bir istekli teklif gönderse bile bu istekli ile sözleşme yapılarak iş ihale edilebilmektedir.

¹⁷ Kutlu, s. 120.

¹⁸ Emek, Kamu İhalelerinde Rekabetin Sağlanması Ve Korunması, S. 10.

¹⁹ Taner Güney -Yolsuzluk Ve Refah, Kütahya 2013. Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İktisat Anabilim Dalı Doktora Tezi. S. 12.

²⁰ Sancaktar, s. 552.

I- İhalelerdeki Usul Kuralları ile Yolsuzluk Arasındaki İlişki

Kamu ihaleleri ile yolsuzluk kavramı arasında kanaatimce yakın bir ilişki bulunmaktadır. Kamu İhale Kurumu'nun varlığı da bu ilişki dolayısıyla büyük önem taşımaktadır. İhalelere ilişkin usuli kurallara uygun hareket edilmesi yolsuzluğun önlenmesinde yadsınamaz bir öneme sahiptir. İhale usulü ile ilgili kurallara uyulması, daha sonra ihalelerin esası ve içeriği itibariyle oluşabilecek yolsuzlukların önlenmesinde bir güvence niteliği taşımaktadır.

Son yıllarda gerekli şartlar oluşmadığı halde açık ihale usulünden vazgeçilerek "pazarlık yolu ile ihale usulü" benimsenmeye, dolayısıyla kanunun getiriliş amacı göz ardı edilerek belli kişi ve gruplar arasında ihale usulü (pastanın paylaşılması) yaygınlık kazanmaya başlamıştır²¹. 2008 yılından bu zamana kadar 4734 sayılı Kanunda yapılan sistematik değişikliklerle pazarlık usulünde yapılan ihalelerde ihalelerin ilan edilmesi şartı kaldırılmış, ihale dokümanlarının sadece davet edilen kişilere satışı düzenlemesi getirilmiş ardından da ihaleye davet edilmeyen kişilerin ihale süreçlerini şikayet etmelerinin önü tamamen kesilerek hak arama hürriyeti ve mahkemelere ulaşma hakkı açıkça engellenmiştir. Aşağıda örnekleriyle açıklandığı üzere adeta bir yolsuzluk ekonomisi ülkemizde yapılan ihalelere egemen olmaya başlamıştır.

Aslında bu **rutin dışı** ihale usulü daha önce Hata'y'da yaşanan ve kamuoyunda ALİ DİBO olayı olarak bilinen ihalelerle, İstanbul'daki bir takım belediyelerin ihalelerinde yapılmaya çalışılmış ancak o zamanlar Kamu İhale Kurumu tarafından bu ihalelerin büyük çoğunluğu iptal edilmiştir. Ancak geçmişte iptal edilen bu ihalelere rağmen son yıllarda yapılan kamu ihalelerinde tekrar "**pazarlık suretiyle ihale**" usulüne geri dönülmeye başlanmıştır. Kamu kaynakları yine kapalı kapılar arkasında, ihaleye katılıp katılmamaları, teklif verip vermemeleri önemli olmaksızın yalnızca 3 istekli davet edilerek ve rekabet-şeffaflık-açıklık-katılımcılık ilkeleri göz ardı edilerek yapılma-

²¹ 2013 yılı itibariyle açık ihale usulüne tabi olmasına rağmen halâ pazarlık usulü ile ve ihaleye davet edilen 3 kişi aracılığıyla kamu alımlarının gerçekleştirildiği pek çok somut örnek bulunmaktadır. Özellikle İstanbul Valiliği İl Halk Sağlığı Müdürlüğü tarafından yapılan bazı sağlık ihalelerinde (örneğin laboratuvar hizmeti alımı gibi) pazarlık usulü ile mal ve hizmet alınmaya devam edildiği, ihaleye katılmak ve ihale dokümanı satın almak isteyen kişilere doküman satışı yapılmayarak rekabet ortamının engellendiği görülmektedir.

ya başlanmıştır ki kamu kaynaklarının bu şekilde **rutin dışı** bir ihale usulü ile belli kişiler arasında paylaşılması büyük miktarlarda kamu zararının doğmasına da sebebiyet vermektedir.

Son yıllarda 4734 sayılı Kanun’da yapılan çok sayıdaki değişiklik çerçevesinde; bu günkü konumu itibariyle “kurumun yolsuzlukla mücadele misyonunun olmadığı” yönünde bazı anlayışlar ortaya çıkmıştır²². Özellikle Ali Dibo olarak bilinen olay (açık ihale usulü ile yapılması gereken ihalenin, yalnızca ihaleye davet edilen 3 istekli arasında pazarlık usulü ile yapılması) kapsamında yoğun olarak yapılan tartışmalarda konunun “yolsuzluk” olarak değil “usulsüzlük” olarak savunulması tercih edilmiştir. Kanaatimce başta Danıştay ve Yargıtay kararları olmak üzere fiili uygulama bu iddialarla bağdaşmamaktadır. Zira Kamu İhale Kurumu zaten bağımsız düzenleyici denetleyici bir kurul olarak ekonomik kolluk kurumudur. Bir ekonomik kolluk kurumunun yolsuzlukla mücadele misyonunun olmadığını iddia etmenin kurumun varlık sebebi ile bağdaşır yanı bulunmamaktadır. Kaldı ki yasal mevzuat ve yargısal içtihatlar kamu ihaleleri ile ilgili süreçleri yöneten ihale yetkilileri hakkında 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu kapsamında soruşturma yürütülmesi gerektiğini belirtmesine ve söz konusu Kanun çerçevesinde soruşturmanın yürütülmesine rağmen sistemli ve yoğun olarak ihale usulü yolu ile yapılan yanlışlıkları sadece usulsüzlük olarak görmenin yargı kararları ve yasal düzenlemelerle bağdaşır yanı bulunmamaktadır²³.

²² Milliyet 16.05.2008, 22.12.2008 Hürriyet- “KİK, Yolsuzluk Peşinde Koşmayacak Artık Ali Dibo’ları Görmezden Gelecek”.

²³ Bknz. Danıştay 1. Daire Esas: 2012/1266 Karar: 2012/1472 Tarih : 17.10.2012, Bknz. Danıştay 1. Daire Esas : 2010/101 Karar : 2010/207 Tarih : 04.02.2010 Yargıtay 5. Ceza Dairesi Üyesi Muhammet Güney’e göre de ihaleye fesat karıştırma suçuna, 5237 sayılı TCK’nın “İkinci Kitabı”nın “Toplumla Karşı Suçlar” ın düzenlendiği bölümde yer verilmiştir. 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu’nun 17’nci maddesinde “Resmi ihale, alım satımlara fesat karıştırma suçu da sayılmış olup bu suçtan veya bu suça iştirak etmekten sanık olanlar hakkında 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanmayacağı belirtilmiştir. Görev veya sıfatları itibariyle özel soruşturma ve kovuşturma usulüne tabi olanlar ile müsteşarlar, valiler ve kaymakamlar dışında kalan kamu görevlileri hakkında bu suçtan soruşturma izni alınmadan doğrudan soruşturma ve kovuşturma yapılabilecektir. Güney, s. 146.

5506 sayılı²⁴ Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun açısından tartışıldığında da kamu ihalelerindeki usuli kurallara uyulmasına yönelik kuralların önemi ortaya çıkmaktadır. Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi'nin "Kamu Alımları ve Kamu Maliyesinin Yönetimi" başlığını taşıyan 9'uncu maddesine göre;

1. Her Taraf Devlet, iç hukuk sisteminin temel ilkelerine uygun olarak, diğerlerinin yanında, yolsuzluğun önlenmesinde de etkili olan; saydamlık, rekabet ve karar alma sürecinde nesnel kıstaslara dayanan uygun tedarik sistemlerini kurmak için gerekli adımları atacaktır. Bu sistemler, diğerlerinin yanında, aşağıdaki hususlara dayanacak ve uygun olarak belirlenecek asgari bedelleri dikkate alabilecektir:

a) Potansiyel ihale katılımcılarının ihale tekliflerini hazırlamaları ve sunmalarına yeterince zaman tanıyacak biçimde, sözleşme şartlarına ve ihale davetlerine ilişkin hususlar dahil olmak üzere, alım usullerine ve sözleşmelere ilişkin bilgilerin kamuoyuna duyurulması;

b) Seçim ve ihale kıstasları ile teklif kuralları dahil olmak üzere, ihaleye katılım şartlarının önceden belirlenmesi ve yayınlanması;

c) Usul kurallarının doğru olarak uygulandığını müteakiben teyit etmeyi kolaylaştırmak amacıyla, kamu alım kararlarında nesnel ve önceden belirlenmiş kıstasların kullanılması;

d) Bu fıkra uyarınca konulan usul kurallarına uyulmaması halinde, yasal müracaat hakkı temin etmek üzere, etkili bir itiraz sistemini içeren etkili bir dahili inceleme sisteminin oluşturulması;

e) Uygun hallerde, kamu alımından sorumlu personele yönelik olarak, belli kamu alımlarına ilişkin menfaat beyanı, personeli değerlendirme usulleri ve eğitim şartları gibi konuları düzenlemek üzere önlem alınması.

Yukarıda belirtilen ve Türk Hukuku açısından da bağlayıcı konumda bulunan Uluslararası Sözleşme hükümleri uyarınca da; "ihaleye katılım şartlarının önceden belirlenmesi ve yayınlanması, usul kurallarının doğru olarak uygulandığını müteakiben teyit etmeyi kolaylaştırmak amacıyla, kamu alım kararlarında nesnel ve önceden belirlenmiş kıstasların kullanılması, usul kurallarına uyulmaması halin-

²⁴ 24.05.2006 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

de, yasal müracaat hakkı temin etmek üzere, etkili bir itiraz sistemini içeren etkili bir dahili inceleme sisteminin oluşturulması” yolsuzlukla mücadele edilmesi hususunda üzerinde önemle durulan hususlar arasında bulunmaktadır. Bu ulusal ve uluslararası bağlayıcı düzenlemeler karşısında ihalelere ilişkin usuli işlemlere uyulmamasını sadece usulsüzlük olarak değerlendirmek ve bu konunun yolsuzlukla ilgili olmadığını savunmanın haklı ve hukuki bir yanının bulunmadığı düşünülmektedir.

İhalelerde etkinliği bozan bu karar ve davranışları izole etmek için öncelikle şeffaf, istekliler arasında ayrımcılık yapmayan ve rekabete açık bir ihale tasarımı yapılmalıdır. Daha sonra da bu kurallar etkili bir biçimde icra edilmelidir. Bu kuralların icrası bir taraftan ihale kurallarını düzenleyen mevzuat diğer taraftan da ihalelerde yolsuzluk, siyasi himayecilik ve rekabeti bozucu davranışları düzenleyen mevzuat setiyle sağlanmaktadır²⁵.

İlan yapılmayan ve sınırlı sayıda katılımcıdan oluşan pazarlık usulü ile ihaleler istekliler arasında uyumlu eylem ve davranışlarla kartel anlaşmalarına en müsait ihale yöntemi niteliğindedir. Zira uygulamada görüldüğü üzere pazarlık usulünde ihalenin kime verileceği önceden bir şekilde belli olduğundan, şekli olarak hukuka uygunluğu gerçekleştirmek adına ihale üzerinde kalacak istekli iki adet “yan teklif” getirmekte, daha sonra da danışıklı tekliflerle ihaleler gerçekleştirilmektedir.

Rekabet Kurulu kararlarından da anlaşıldığı üzere ihale piyasalarında bir grup teklif sahibi bir araya gelip bir kartel oluşturarak bir nesneyi piyasada ederinin üzerinde bir fiyattan satıp, oluşan rantı kendi aralarında paylaşmak üzere anlaşma yapabilmektedirler. Bu anlaşmalar sonucunda kartel üyeleri birbirleri arasında asla rekabete girmemekte; kazanılan rant kartelin mülkiyetine geçmekte ve anlaşmadan sağlanan kazanç kartel üyeleri arasında paylaşılmaktadır. Yahut kartel üyeleri arasındaki centilmenlik anlaşması gereği dönüşümlü fedakarlıklarla ihaleler birbirlerine bırakılabilmektedir. Kamu alımları gibi sürekli tekrarlanan ihalelerde kartel anlaşmasını bozan

²⁵ Emek, Kamu İhalelerinde Rekabetin Sağlanması Ve Korunması, s. II.

teklif sahiplerini sonraki ihalelerde kartel tarafından cezalandırmak (örneğin, yıkıcı fiyatlandırma uygulamak) daha kolay olduğundan, ihale öncesinde kartel oluşturmak ihtimali de daha yüksektir. Kamu alımlarında kartel anlaşması oluşturarak devlete pahalı mal ve hizmet tedarik edilmesi; kaynak dağılımında etkinliği bozmakta, kamu açıklarını artırmakta ve nihayet vatandaşın ödediği vergilerin karşılığını alamamasına neden olmaktadır²⁶.

II- Temel İhale Usulleri: Açık İhale usulü/ Belli İstekliler Arasında İhale Usulü

4734 sayılı Kanun'un "Tanımlar" başlığını taşıyan 4'üncü maddesinde ihale usulleri tanımlanmıştır. Buna göre pazarlık usulü; Kanunda belirtilen hallerde kullanılabilen, ihale sürecinin iki aşamalı olarak gerçekleştirildiği ve idarenin ihale konusu için;

- 1-Teknik detaylarını,
- 2- Gerçekleştirme yöntemlerini,
- 3- Belli hallerde fiyatını,

isteklilerle görüştüğü usulü ifade etmektedir²⁷. Aslında Avrupa Birliği sisteminde pazarlık usulü ile amaçlanan; idare ile isteklilerin ihale konusu işle ilgili bazı hususları müzakere edebilmelerinin önünün açılabilmesidir. Bu nedenle pazarlık usulünün "negotiated procedure" olarak ifade edilmesi de anlamlıdır. Ülkemiz uygulamasında ise pazarlık usulü daha çok, açık ihale ve ilan şartlarından imtina edebilmenin yasal bir dayanağı imiş gibi algılanıp uygulanmakta, ihale konusu için teknik detayları, gerçekleştirme yöntemleri ve fiyatı konusunda herhangi bir müzakere, görüşme, pazarlık yapılmamaktadır.

²⁶ Emek, Kamu İhalelerinde Rekabetin Sağlanması Ve Korunması, s. 35-36.

²⁷ Avrupa Birliği' nde kamu alımları ile ilgili olarak 2004/18/EC sayılı Kamu Satın Alma Yönergesi' ne göre de pazarlık usulü, idarenin tedarikçilere, yüklenicilere veya hizmet sağlayıcılarına kendi seçimleriyle ilgili olarak danıştığı ve onlarla sözleşme koşullarını, örneğin, teknik, idari veya mali koşulları görüştüğü bir usuldür. Pazarlık usulünde idareler, fiyatlar, teslim tarihleri, miktarlar, teknik özellikler ve teminatlara özel atıfta bulunarak sözleşme şartlarının belirlenmesinde aktif bir rol oynayabilmekle birlikte bu usulde de, özellikle, teklifleri ve tekliflerin sunduğu avantajları etkin bir biçimde karşılaştırması, istekliler arasında eşit muamele ilkesini uygulaması gerekir. Alyanak, s. 171, Lüleci, s. 40.

Kanun metninde açıkça pazarlık usulünün; **“kanunda belirtilen hallerde kullanılabilceği”** açıkça zikredildiğinden idarelerin hangi hallerde pazarlık usulüne başvurabilecekleri bağlı yetki kuralları çerçevesinde belirlenmiştir.

Kanun’un 5’inci maddesinin 4’üncü paragrafına göre “4734 sayılı Kanuna göre yapılacak ihalelerde açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulü temel ihale usulleri olup²⁸ diğer ihale usulleri Kanunda belirtilen özel hallerde kullanılabilir.”

Kanun’un “Açık ihale usulü” başlığını taşıyan 19’uncu maddesine göre açık ihale usulü, bütün isteklilerin teklif verebildiği usuldür. Açık ihale usulü, ülkemizde uygulanan temel ihale usulü olup aleniyeti, şeffaflığı, rekabeti, katılımcılığı sağlamaya en müsait ihale yöntemi olarak bilinmektedir. 2012 yılı ihale istatistikleri incelendiğinde ülkemizde 71.414 adet kamu alım miktarı açık ihale usulü ile gerçekleştirilmiş olup bu alım sayısının toplam büyüklüğü 61.977.853.000 TL miktarındadır. Söz konusu kamu alımları için harcanan bedel 2012 yılında yapılan tüm ihalelerin % 80, 87’ sine ulaşmaktadır²⁹.

Kamu alım ihalelerinde diğer temel ihale usulü olan belli istekliler arasında ihale usulü 4734 sayılı Kanun’un 20’nci maddesinde düzenlenmiştir. “Belli istekliler arasında ihale usulü” yapılacak ön yeterlik değerlendirmesi sonucunda idarece davet edilen isteklilerin teklif verebildiği usuldür³⁰. 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.

²⁸ Avrupa Birliği’ nin 2004/18/EC sayılı Kamu Satın Alma Yönergesi’ nin 28.2 ve 28.3 maddelerine göre de kamu idarelerinin alımlarının “açık ihale usulü veya belli istekliler arasındaki ihale usulü” ile gerçekleştirilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Yönergeye göre idareler ancak 30 ve 31. maddelerinde belirtilen sınırlı durumlarda pazarlık usulüne başvurabilmektedirler. Yönerge’ ye göre, açık ihale usulü ve belli istekliler arasındaki ihale usulünün idarelerin kamu ihaleleri gerçekleştirirken normal şartlar altında başvurmaları gereken standart usuller olduğunu açıkça ifade etmektedir. Ayanak, s. 16, s. 167.

²⁹ 2012 Yılı Kamu Alımları İzleme Raporu, s. 4.

³⁰ Ayrıca bkz. 4734 sayılı Kanun’un “Tanımlar” başlığını taşıyan 4’üncü maddesinde ihale usulleri tanımlanmış olup bu tanımlamaya göre Belli istekliler arasında ihale usulü: Ön yeterlik değerlendirmesi sonucunda idare tarafından davet edilen isteklilerin teklif verebildiği usulü ifade etmektedir.

Bu usulde; kanunda belirlenen yeterlilik ilkelerine (10 uncu maddede) uygun olarak belirlenen ve ön yeterlik dokümanı ile ön yeterlik ilânında belirtilen değerlendirme kriterlerine göre adayların ön yeterlik değerlendirmesi yapılmakta ve belirtilen asgari yeterlik koşullarını sağlayamayanlar yeterli kabul edilmemektedir. 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 edilebilmektedir. İhaleye davet edilebilecek aday sayısının beşten az olması veya teklif veren istekli sayısının üçten az olması halinde ihale iptal edilmektedir. 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.

2012 yılı ihale istatistikleri incelendiğinde ülkemizde 624 adet kamu alım miktarı belli istekliler arasında ihale usulü ile gerçekleştirilmiş olup bu alım sayısının toplam büyüklüğü 7.749.420.000 TL miktarındadır. Kamu alımları için harcanan bu bedel 2012 yılında yapılan tüm ihalelerin % 10,11' ine tekabül etmektedir³¹.

III- Pazarlık Usulü İle İhale Hangi Hallerde Yapılabilir

Pazarlık usulü ile ihale Kanun'un 21'inci maddesinde düzenlenmiştir. Ancak bazı durumlarda pazarlık suretiyle ihale yapılması mümkün olup bu haller kanunda sınırlı sayıda sayılmıştır. Kanun metninde pazarlık usulünün; "**kanunda belirtilen hallerde kullanılabilir**" açıkça zikredildiğinden idarelerin hangi hallerde pazarlık usulüne başvurabilecekleri bağlı yetki kuralları çerçevesinde belirlenmiştir. Aşağıda sayılan bu durumların mevcut olup olmadığı idari yargı denetimine tabidir. Bağlı yetki halinde; idari işlemin sebep unsuru oluşturan vakıa, fiil ve durumların mevcut olduğunun tespit edilmesi halinde idare Kanun'un öngördüğü yönde Kanun'un öngördüğü kararı almak zorundadır³². *İdare aşağıdaki hallerin varlığı halinde belli bir hareket tarzını seçmek, belli bir çözümü benimsemek yani bu hallerde pazarlık*

³¹ 2012 Yılı Kamu Alımları İzleme Raporu, s. 4.

³² Gözler, C I, s. 941.

*usulünü uygulamak zorundadır*³³. Bu haller dışında idarelerin pazarlık usulü ile ihale yapmaları konusunda serbest hareket etme imkanları ve bir takdir yetkileri bulunmamaktadır. Kanun'da belirlenen sebeplerin ortaya çıkması durumunda idare bir seçim yapma, değerlendirme imkanına sahip olmaksızın belli şekilde hareket etme zorunluluğu ile karşı karşıyadır³⁴. Bağlı yetki aslında idarenin kanuniliğinin özel bir uygulama şekli olarak karşımıza çıkmaktadır³⁵. Bağlı yetki kuralları çerçevesinde 4734 sayılı Kanun'da pazarlık usulü ile yapılabilecek haller şu şekilde sayılmaktadır:

- 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 idare tarafından önceden öngörülemeyen 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.
- e- İhale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin özgün nitelikte ve karmaşık olması nedeniyle teknik ve malî özelliklerinin gerekli olan nitelikte belirlenememesi.
- f- 2014 yılı itibarıyla idarelerin yaklaşık maliyeti 157.923 Türk Lirasına³⁶ kadar olan mamul mal, malzeme veya hizmet alımları.

Avrupa Birliği' nin 2004/18/EC sayılı Kamu Satın Alma Yönergesi' nin 28' inci maddesine göre de pazarlık usulü ile ihale; yalnızca Yönergenin 30 ve 31'inci maddelerinde belirtilen durumlarla sınırlı olarak başvurulacak istisnai bir yol olarak düzenlenmiştir. Yönerge' nin 28'inci maddesinde pazarlık usulü ile ihalenin ancak "**belirli durumlarda ve belirli koşullar altında**" yapılabileceği açıkça ifade edilerek bu usulün istisnai durumlarda başvurulabilecek bir usul olduğu

³³ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 139.

³⁴ Karahanoğulları, s. 502.

³⁵ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 139.

³⁶ Bknz. 30.01.2014 tarih ve 28898 sayılı Resmi Gazete.

açıkça belirtilmektedir. Yönergenin söz konusu maddelerinde “önceden ilana tabi olan konular” ile “ilana tabi olmayan konular” ayrı ayrı belirtilmiştir³⁷.

4734 sayılı Kanun kapsamındaki idarelerce yapılacak ihalelerde öncelikle açık ihale usulünün esas alınacağı, diğer ihale usullerinin Kanun’da belirtilen özel hallerde kullanılacağı, İdarelerin, ihaleyi pazarlık usulü ile yapabilmesi için, 4734 sayılı Kanununun 21 inci maddesinin (b) bendinde yer alan doğal afet, salgın hastalık, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması ve bu nedenlerle ihalenin ivedi olarak yapılması zorunluluğunun doğması şartlarının **bir arada ve birbirine bağlı olarak gerçekleşmesinin zorunlu olduğu** anlaşılmaktadır³⁸.

İdarenin, ihaleyi 4734 sayılı Kanununun 21/b maddesi kapsamında pazarlık usulü ile yapabilmesi için, madde metninde yer alan iki şartın bir arada ve birbirine bağlı olarak gerçekleşmesi zorunludur. Birinci şart, doğal afet, salgın hastalık, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması, ikincisi ise, bu nedenlerle ihalenin ivedi olarak yapılması zorunluluğunun doğmasıdır. Bir durumun Kamu İhale mevzuatı ve 4734 sayılı kanununun 21 maddesinin (b) bendi açısından “*idarece öngörülmeyen olay*” olarak değerlendirilebilmesi için; ortaya çıkan olay, ihale yapılmasını gerektiren durumdan önce idare tarafından “*öngörülemez*” nitelikte olmalı, öngörülememe halinin de objektif kriterlere göre yerinde bulunması ve idarenin iradesinden bağımsız olması gerekmektedir. İhale konusu işin pazarlıkla temin edilmesi gerektiğine ilişkin idarece gösterilen gerekçenin önceden öngörülmeyen olay kapsamında değerlendirilmesi sonucunda ihalenin ilansız olarak pazarlık usulü ile gerçekleştirilmesi işlemi haklılık payı olacaktır. Aksi halde ihale usulü 4734 sayılı Kanununun 5 inci maddesinde sayılan temel ilkelere aykırılık teşkil edecektir³⁹. Önceki Kurul kararları ince-

³⁷ Alyanak, s. 171.

³⁸ Danıştay 13. Daire, Esas: 2009/4101, Karar: 2010/8217. Kamu İhale Kurul Kararı, 2010/Uy.İ-1186.

³⁹ Kamu İhale Kurulu Kararı, 2009/Uy.İ-1809, “Öngörülemezlik” İle İlgili Bu İfadeler Kurul Üyeleri Ali Kemal Akkoç Ve Hakan Günel’in Muhalefet Şerhinden Alınmıştır.

lendiğinde kanaatimce doğru bir yaklaşımdan hareket edilerek; idarelerin olağan, her yıl tekrar edilen, öngörülebilir ve süreklilik arz eden ihtiyaçları için yapılacak ihalelerin pazarlık usulü ile yapılamayacağı hüküm altına alınmıştır⁴⁰.

Kurul; idarenin ihale gerekçesinde belirtilen mevcut alt geçitlerin yeterli olmadığı, aydınlatmaların yetersiz olmasından ve yaya kaldırımının inşa edilmemesinden dolayı akan **trafiğin tehlikeli bir hal alması hususlarının** ani ve beklenmeyen veya idarece önceden öngörülemeyen olaylar olarak nitelendirilemeyeceği ve ihalenin açık ihale usulü ile yapılabileceği gerekçesi ile pazarlık usulü ile yapılan "D-400 Karayolu Alt Yapı, yol, kaldırım ve Refüj Düzenlemesi İşi İhalesini" iptal etmiştir.

Danıştay; idarece işin aciliyet gerektirme sebepleri arasında deprem riskinden bahsedilmekle birlikte İstanbul'da 1999 yılında yaşanan büyük deprem felaketinden 6 yıl geçtikten sonra gerçekleştirilen pazarlık usulü ile ihalede, belirtilen gerekçenin kabulüne olanak bulunmadığına karar vermiş idarenin, depremden 6 yıl sonra yaptığı ihalede pazarlık usulünü tercih etmesindeki aciliyet/ivedilik gerekçesini samimi bulmamıştır⁴¹.

⁴⁰ TMO Genel Müdürlüğünün, Yönetim Kurulu Kararı uyarınca gönderilen talimatları çerçevesinde pazarlık usulü ile ihaleye çıkıldığı, ancak anılan talimatlarda devam etmekte olan sözleşme süresinin sona erdiği tarihe kadar ihale sürecinin tamamlanamaması halinde ihale sonuçlanuncaya kadar, güvenlik hizmetlerinin doğrudan temin yoluyla alınması gerektiği belirtilmektedir. Dolayısıyla, idarenin daha önce güvenlik hizmeti alımı yaptığı ve devam eden sözleşmenin sona ereceği tarihin önceden belli olduğu anlaşılmaktadır. Bu itibarla, güvenlikle ilgili hizmet alımının idarenin olağan, öngörülen süreklilik arz eden ihtiyacı olduğu anlaşılmış olup anılan Kanun maddesindeki "özel bir durum" un oluştuğuna ilişkin herhangi bir bilgi ve belgeye ulaşılamamıştır. Bu çerçevede.... söz konusu işin, 4734 sayılı Kanununun 21 inci maddesinin (c) bendi kapsamında pazarlık usulü ile ihale edilmesinin, Kanununun anılan hükmü ile 5 inci maddesinde belirlenen temel ilkelerine aykırılık teşkil ettiği anlaşıldığından tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında mevzuata aykırılığı tespit edilen ihale işlemleri hakkında düzeltici işlem belirlenmesine gerek bulunmadığı sonucuna varılmıştır. Açıklanan nedenlerle; İhale sürecinde yapılan ve yukarıda mevzuata aykırılıkları belirtilen işlemlerin düzeltici işlemle giderilemeyecek nitelikte olduğu tespit edildiğinden, 4734 sayılı Kanununun 56 ncı maddesi (b) bendi gereğince, ihale işlemlerinin ve ihale kararının iptaline oybirliği ile karar verildi. Kamu İhale Kurulu Kararı, 2006/Uh.Z-1439

⁴¹ Danıştay 13. Daire, Esas: 2009/4101, Karar: 2010/8217.

1- Süreklilik Arz Eden Mal ve Hizmet Alımlarının Kesintiye Uğratılmadan Pazarlık Usulü ile Temini

Bazı durumlarda ihale sürecinin uzaması, idarelerin ihale zamanlaması konusunda süreci öngörememeleri vb. nedenlerle ihale sonuçlanıncaya kadar geçecek süre içerisinde kamu hizmetlerinin sürdürülebilirliğinin temin edilmesi gerekmektedir. Bu sürekliliği ve hizmetlerin sürdürülebilirliğini teminen yıl sonunda ya da ertesi yılın başında çıkılan ihalelerde önceden öngörülemeyen nedenlerle ihale sürecinin uzadığı durumlarda süreklilik arz eden alımların kesintiye uğratılmamasını teminen ihale sonuçlandırılınca kadar geçecek süre içindeki ihtiyaçların pazarlık usulü ile temin edilebilmesinin yolu açılmıştır⁴².

Kamu İhale Genel Tebliğ'inin; "Süreklilik arz eden **mal ve hizmet alımlarının** kesintiye uğratılmadan temini" başlığını taşıyan 20'nci maddesine göre;

"4734 sayılı Kanunun 62' nci maddesinin (b) bendinde ertesi mali yılda gerçekleştirilecek süreklilik arz eden mal ve hizmet alımları için bir önceki mali yıl sona ermeden ihaleye çıkılabileceği düzenlenmiştir. Böylece ihale ile ilgili ilan süresi ve ihale sürecinin belirli bir zaman alacağı da dikkate alınarak ertesi yılda gerçekleştirilecek bu tür mal ve hizmet alımı ihalelerine mali yıl sona ermeden çıkılabilesine imkan tanınmıştır. Ancak yılın sonunda ya da ertesi yılın başında çıkılan ihalelerde önceden öngörülemeyen nedenlerle ihale sürecinin uzadığı durumlarda süreklilik arz eden bu alımların kesintiye uğratılmamasını teminen, ihale sonuçlandırılınca kadar geçecek süre içindeki ihtiyaçların 4734 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin (b) bendindeki "idare tarafından önceden öngörülemeyen olaylar" kapsamında değerlendirilerek, anılan madde hükmü ve 62 nci maddenin (ı) bendinde yer alan esaslar da dikkate alınarak aynı Kanunun 21' inci maddesinin (f) bendi ya da 22' nci maddesinin (d) bendinde belirtilen tutarlara kadar olanların bu maddelere göre temin edilebilmesi idarenin yetki ve sorumluluğundadır".

Süreklilik arz eden mal ve hizmet alımları ile ilgili "**esas ihale usullerinin tamamlanamaması**" hususunun "**önceden öngörüle-**

⁴² Uz, s. 199.

meyen sebep" olarak kabul edilmesi doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir. Zira idarelerin, ihale usulüne bağlı olarak şikayete konu olsun veya olmasın asgari/azami ihale sürecini tespit edebilmeleri, önceden öngörebilmeleri ve ona göre ihtiyaçlarına yönelik programlama yapıp ona göre ihale sürecini başlatmaları mümkündür. İdarelerin, bu programlamaya göre ihaleye önceden çıkabilmeleri de mümkünken bu konunun idare tarafından önceden öngörülemez olay olarak düşünülmesi doğru olmadığı gibi kötüye kullanımları da beraberinde getirecektir. Zira idarelerin bu sayede, koşulları oluşmadığı halde pazarlık usulünü işletmeleri ve esas ihale usullerinden kaçınmaları mümkündür. Bu uygulama; Kanun'un temel ilkelerini düzenleyen 5'inci maddesi ile idarelerin uygulamada dikkat edecekleri hususları düzenleyen 62'nci maddesine ve ihale usullerinin düzenlendiği maddelere aykırı sonuçlar doğurabilecektir⁴³.

Benzer şekilde süreklilik arz eden mal ve hizmet alımlarında temel ihale usullerinden kurtulmak amacıyla veya ödeneklerin zaman içerisinde bölüm bölüm tahsis edildiği gerekçesi ile ihtiyacın bölümlere ayrılması suretiyle kısa süreli ve birbirini takip eden pazarlık usulleri yoluyla ihtiyaçların temin edilmeye çalışılması da hukuka aykırı olacaktır⁴⁴.

⁴³ Uz, s. 201.

⁴⁴ Hastanenin bu işe ait ödeneğinin daha önceden çıkmış olmasına rağmen gerekli yasal koşulları yerine getirerek 7 veya 6 ay süreli açık usulde ihale yapmak yerine sürekli olarak pazarlık usulü ile ihale yapması ve bu ihalede mevzuata aykırı davranarak hastanenin temizlik hizmeti işlerini yapan firmaya işi ihale etmesinin şüphe uyandırdığı hususları ile pazarlık usulü ile yapılan 1 aylık Hasta ve Ziyaretçileri Yönlendirme hizmeti ihalesinin bitim tarihinden 1 gün önce idarenin yeniden pazarlık usulü ile ihale yaparak işi oldu bittiye getirmesi ve gerekli ödeneğin çıkmış olmasına rağmen 3 ay süre ile pazarlık usulünde ihale yapmış olmasının firmalarında haklı şüphelere yol açtığı ve bu ihalede 4734 sayılı Kanunun temel ilkelerine aykırı hareket edildiği hususları iddia edilmektedir. İdarenin başvuru sahibinin şikayetine verdiği 13.05.2004 tarih ve 080274 sayılı cevabi yazıda, "Hastanenin daha önceden yapmış olduğu Hasta ve Ziyaretçileri Yönlendirme Hizmetleri İhalesi 1 aylık olduğundan Açık İhale Usulü ile ihalenin yapılmasına Kanunen gerekli süre olmadığından dolayı 1 aylık yapmış oldukları pazarlık ihalesinin bitim tarihinden önce yeniden pazarlık usulü ile ihale yapılmasında Kanunen ve kurumlarınca sakınca olmadığı" belirtilmiştir. ..İdarenin söz konusu ihtiyacı süreklilik arz eden bir hizmet alımını gerektirdiğinden, konuyla ilgili ihtiyacın yeterli süre öncesinde tespiti ve bu ihtiyacın karşılanması için planlama yapılabilmesi mümkün olup; açık ihale usulü için gerekli sürecin işletilmesi halinde sürecin uzayacağı, işin aksayacağı gibi gerekçelerle, 4734 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin (b) bendinin uygulanması mevzuata aykırı görülmüştür. 4734 sayılı

Bu hüküm çerçevesinde idarelerin “**süreklilik arz eden mal ve hizmet alımları**” ile ilgili olarak yılın sonunda ya da ertesi yılın başında çıkılan ihalelerde önceden öngörülemeyen nedenlerle ihale sürecinin uzadığı durumlarda süreklilik arz eden bu alımların kesintiye uğratılmamasını teminen, ihale sonuçlandırılıncaya kadar geçecek süre içindeki ihtiyaçların 2014 yılı alımları için;

- a- İdarelerin yaklaşık maliyeti 157.923 Türk Lirasına kadar olan mal, malzeme veya hizmet alımları,
 - b- Büyükşehir belediyesi sınırları dahilinde bulunan idarelerin 47.373,- TL, diğer idarelerin 15.783,- TL’ sini aşmayan ihtiyaçları ile temsil ağırlama faaliyetleri kapsamında yapılacak konaklama, seyahat ve işeyle ilişkin alımları,
- pazarlık usulü ile gerçekleştirilebilecektir.

Ancak yeni ihale süreci tamamlanıncaya kadar “**geçiş aşaması**” için kesintiye uğratılmaması amaçlanan bu ihalelerin “süreklilik arz eden mal ve hizmet alımlarına münhasır olduğu” özellikle göz önünde bulundurulacaktır. Burada ihale süreci tamamlanıncaya kadar “geçiş aşaması” için çözüm olarak kabul edilen pazarlık usulünün sadece “mal ve hizmet alımları” ile ilgili olduğu, yapım işleri ihaleleri ile ilgili olarak geçiş sürecine yönelik pazarlık usulü ile ihale yapılamayacağı hususuna dikkat edilmelidir⁴⁵.

Kanunun 5 inci maddesinde yer alan ödeneksiz ihaleye çıkılmaz hükümü gereğince, ödeneğin konulduğu tarih ile önceden tam olarak bilinmesi mümkün olmayan ihale işlemlerinin sonuçlandırıldığı tarih arasında kalan ve ertelenmeyecek nitelikteki süreklilik arz eden hizmet alımları için ...2003/3 sayılı Kamu İhale Tebliği gereğince İdare tarafından, temel usuller olarak belirtilen açık ihale veya belli istekliler arasında ihale usulüne göre ihale işlemlerinin başlatılması, fakat ihale sürecinin belirli bir zaman alacağı dikkate alınarak bu süreç sonuçlandırılıncaya kadar geçecek süre içindeki ihtiyaçların 4734 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin (b) bendi gereğince pazarlık usulü ile temin edilmesi gerektiği halde, idare bu düzenlemeleri gözetmeksizin ihtiyacını bölümlere ayırmış, önce 1 aylık sonra da 3 aylık ihtiyacını pazarlık usulü ile giderme yolunu seçmiştir. Bu durumda, ...İhale usulünün seçiminde hata yapıldığı, bu hatalı idari işlemin, zincirleme idari işlemlerden oluşan ve karma işlem niteliği taşıyan ihale sürecindeki diğer işlemlerin hukuksal nedeni olarak, bu işlemleri de Kanuna aykırı hale getirdiği anlaşılmıştır. Kamu İhale Kurulu Kararı, 2004/UK.Z-792.

⁴⁵ Bu çerçevede Kurul; “Kent Katı Atık Depolama Alanı Düzenlenmesi Yapım İş İhalesinde” geçiş süreci için işin pazarlık usulü ile ihale edilmesinde ihale konusunun “yapım işi” olması gerekçesi ile 4734 sayılı Kanun’un 21/b maddesi çerçevesinde pazarlık usulü ile geçiş sürecine yönelik ihale yapılamayacağına karar vermiştir.

2- Pazarlık Usulünde İhale Süreci-Teknik Görüşmeler ve Fiyat Tekliflerinin Alınması

“Açık ihale usulü veya belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan ihale sonucunda teklif çıkmaması, ihalenin, araştırma ve geliştirme sürecine ihtiyaç gösteren ve seri üretime konu olmayan nitelikte olması, ihale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin özgün nitelikte ve karmaşık olması nedeniyle teknik ve malî özelliklerinin gerekli olan netlikte belirlenememesi” hallerinde yapılacak pazarlık usulü ile ihalelerde, ihale dokümanında belirtilen değerlendirme kriterlerine göre **yeterliği tespit edilen**⁴⁶ istekliler, öncelikle ihale konusu

İdare tarafından, 04.01.2009 tarih ve 4940 sayılı İhale Usulünün Tespitine İlişkin Tutanakta; Bursa Büyükşehir Belediye Başkanlığı Hizmet Alımları İhale Komisyonunun 18.12.2006 tarih ve 121 sayılı kararı ile Remzi Sütçü'ye ihale olunan Kent Katı Atık Depolama Alanı ve Ambalaj Atıkları Toplama ve Ayrırma Tesisi İşletimi İle Tıbbi Atıklar ve Ambalaj Atıklarının Ayrı Toplanması-Taşınması işinde aralık 2008 tarihi itibarıyla işin %93 üne gelindiği, işin keşfinin süresinden önce dolması ve yeterli gelmemesi nedeniyle yeni bir ihalenin yapıldığı, ancak yapılan itiraz nedeniyle ihalenin kısa sürede neticelenmeyeceğinin anlaşıldığı, bu sebeple süreklilik arz eden işin aksamaması amacıyla 3 aylık geçici bir süre için Kent Katı Atık Depolama Alanı Düzenlenmesi Yapım İşinin önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması durumu göz önüne alınarak pazarlık usulü ile ihale edilmesinin uygun olacağı ifadelerine yer verilmiştir. Kamu İhale Genel Tebliğinin, esas ihale usulleri ile başlatılan ihale sürecinin belli bir zaman alacağı ve bu sürecin tamamlanmasına kadar geçecek sürenin de idare tarafından önceden öngörülemeyen olay kapsamında değerlendirilmesi ve bu geçiş aşamasında pazarlık usulü ile ihaleye çıkılabilmesine imkân tanıyan söz konusu düzenlenmesinin, sadece süreklilik arz eden mal ve hizmet alımlarına münhasır olduğu dikkate alındığında yapım işi olarak ihalesi gerçekleştirilen inceleme konusu ihalede, 4734 sayılı Kanununun 21/b maddesine dayanılarak ihaleye çıkılabilmesinin hukuken mümkün olmadığı sonucuna varılmıştır. Kamu İhale Kurul Kararı, 2009/UY.I-1030

⁴⁶ İhale konusu iş ile ilgili tecrübe, deneyim, yeterlilik, profesyonelliğin belirlenmesinde de Kanun genel çerçeveyi belirlemiştir. Kanun hem ekonomik ve mali yeterlilik hem de mesleki ve teknik yeterlilik alanında standartlar belirlemektedir. Kanun'un “İhaleye katılımda yeterlik kuralları” başlığını taşıyan 10'uncu maddesinde ekonomik, mali, teknik, mesleki yeterlilik konusunda hangi bilgi ve belgelerin istenileceğini de düzenlemiştir. Bankalardan temin edilecek malî durumla ilgili belgeler, bilanço veya bunlara eşdeğer belgeler, iş hacmini gösteren toplam ciro veya ihale konusu iş ile ilgili taahhüt altındaki ve bitirilen iş miktarını gösteren belgeler ekonomik ve mali yeterliği gösteren bilgi ve belgeler olarak düzenlenmiştir. Ticaret/sanayi veya meslek odasına kayıtlı olarak faaliyette bulunduğu ilişkin belgeler, kamu veya özel sektöre bedel içeren bir sözleşme kapsamında taahhüt edilen ihale konusu iş veya benzer işlere ilişkin olarak yapım işleri, denetlenen ya da yönetilen işlerle ilgili deneyimi gösteren belgeler (mühendis ve mimarlara ilişkin), kabul işlemleri tamamlanan mal ve hizmet alımlarına ilişkin deneyimi gösteren belgeler, üretim ve/veya imalat kapasitesine, araştırma-geliştirme faaliyetlerine ve kaliteyi sağlamasına yönelik belgeler mesleki ve teknik yeterliliği

işin teknik detayları ve gerçekleştirme yöntemleri gibi hususlarda fiyatı içermeyen ilk tekliflerini sunmaları gerekmektedir.

Teknik detaylar ve işin gerçekleştirme yöntemleri gibi hususlarla ilgili ilk tekliflerin sunulmasının ardından, ikinci aşamada idarenin ihtiyaçlarını en uygun şekilde karşılayacak yöntem ve çözümler üzerinde ihale komisyonunun her bir istekli ile teknik görüşmeler yürütmesi söz konusu olmaktadır. Bu görüşmeler sonucunda şartların netleşmesi üzerine üçüncü aşamada; bu şartları karşılayabilecek isteklilerden, gözden geçirilerek şartları netleştirilmiş teknik şartnameye dayalı olarak fiyat tekliflerini de içerecek şekilde tekliflerini vermeleri istenilmektedir.

Pazarlık usulü ile yapılacak ihalelerde, ilk fiyat tekliflerini aşmak üzere isteklilerden ihale kararına esas olacak **son yazılı fiyat teklifleri alınarak** ihale sonuçlandırılmaktadır. Kurum inceleme kararlarında da belirtildiği üzere ihalede fiyat görüşmesi neticesinde verilen ikinci teklifte, ilk verilen teklif mektupları üzerinde karalama yapılmak suretiyle teklif verilmesi halinde teklif mektuplarının geçersiz hale geleceği kabul edilmektedir⁴⁷.

ispat konusunda talep edilen belgelerdir. Aynı şekilde yeterli sayıda ve nitelikte personel çalıştırıldığına veya çalıştırılacağına ilişkin bilgi ve/veya belgeler, teknik personelinin eğitimi ve mesleki niteliklerini gösteren belgeler, tesis, makine, teçhizat ve diğer ekipmana ilişkin belgeler, kalite kontrolden sorumlu olan ilgili teknik personel veya teknik kuruluşlara ilişkin belgeler, uluslararası kurallara uygun şekilde akredite edilmiş kalite kontrol kuruluşları tarafından verilen sertifikalar, tedarik edilecek mallarla ilgili numuneler, kataloglar ve/veya fotoğraflar mesleki ve teknik yeterliliği ispat konusunda talep edilen bilgi ve belgeler arasındadır. Bu bilgi veya belgelerden hangilerinin yeterlik değerlendirmesinde kullanılacağı, ihale dokümanında ve ihale veya ön yeterliğe ilişkin ilân veya davet belgelerinde belirtilmesi gerekmektedir.

⁴⁷ Kanun'un "Tekliflerin hazırlanması ve sunulması" başlığını taşıyan 30'uncu maddesine göre Teklif mektubu ve geçici teminat da dahil olmak üzere ihaleye katılabilme şartı olarak istenilen bütün belgeler bir zarfa konulup zarfın üzerine isteklinin adı, soyadı veya ticaret unvanı, tebligata esas açık adresi, teklifin hangi işe ait olduğu ve ihaleyi yapan idarenin açık adresinin yazılması, zarfın yapıştırılan yerinin istekli tarafından imzalanıp mühürlenmesi gerekmektedir. Teklif mektupları yazılı ve imzalı olarak sunulmakta olup, teklif mektubunda ihale dokümanının tamamen okunup kabul edildiğinin belirtilmesi, teklif edilen bedelin rakam ve yazı ile birbirine uygun olarak açıkça yazılması, üzerinde kazıntı, silinti, düzeltme bulunmaması ve teklif mektubunun ad, soy ad veya ticaret unvanı yazılmak suretiyle yetkili kişilerce imzalanmış olması zorunludur. Mal alımı ihalelerinde, ihale dokümanında alternatif teklif verilebileceğine dair hüküm bulunması halinde, alternatif tekliflerde aynı şekilde hazırlanarak sunulabilmektedir. Tekliflerin ihale dokümanında belirtilen ihale saatine kadar sıra numaralı alındılar karşılığında

Doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması veya savunma ve güvenlikle ilgili özel durumların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olduğu ya da idarelerin yaklaşık maliyeti 157.923 Türk Lirasına⁴⁸ kadar olan mal alımlarında, malın sözleşme yapma süresi içinde teslim edilmesi ve bunun idarece uygun bulunması halinde, sözleşme yapılması ve kesin teminat alınması zorunluluğu bulunmamaktadır.

3- Pazarlık Usulünün Seçilmesindeki Gerekçenin Açıklanması ve İdari İşlemin Sebep UNSURLU

Bilindiği üzere bir idari işlem belli unsurların bir araya gelmesi ile oluşur. Bunlar; idari işlemin hukuka uygunluğunun denetimi açısından büyük önem taşımaktadır. İhale hukukunda pazarlık usulünün seçilmesi ve bu usulle ihalelerin yapılması konusunda idari işlemin gerekçesi veya sebep unsuru ön plana çıkmaktadır. Sebep unsuru; idareyi böyle bir işlem yapmaya yönelten etken veya bir başka ifade ile işlemin gerekçesidir⁴⁹. Sebep; idari işlemde önce gelen hukuki veya fiili etkenlerdir⁵⁰. İhale hukukunda pazarlık usulü ile ihalenin/idari işlemin yapılmasına dayanak teşkil eden etken veya gerekçeler mevzuatta açıkça sıralanmış olup bu konuda bir belirsizlik söz konusu değildir⁵¹. Bu çerçevede örneğin işin "**acele (ivedi) olarak**" karşılanması gerekliliği tek başına pazarlık usulü ile ihaleye haklı gerekçe olamaz. Pazarlık usulü ile ihale yapılabilmesi için kanunda sayılan durumlarla sınırlı olarak hukuken geçerli, muteber ve her halükarda özel menfaat

idareye verilmesi gerekmekte olup bu saatten sonra verilen teklifler kabul edilmekte ve açılmaksızın iade edilmesi gerekmektedir. Tekliflerin iadeli taahhütlü olarak da gönderilmesi mümkündür. Posta ile gönderilecek tekliflerin ihale dokümanında belirtilen ihale saatine kadar idareye ulaşması şarttır. Postadaki gecikme nedeniyle işleme konulmayacak olan tekliflerin alınıp zamanının bir tutanakla tespit edilmesi gerekmektedir. Verilen teklifler, zeyilname düzenlenmesi hali hariç, herhangi bir sebeple geri alınmaz ve değiştirilemez.

⁴⁸ Bknz. 30.01.2014 tarih ve 28898 sayılı Resmi Gazete.

⁴⁹ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 391-392, Günday, s.

⁵⁰ Gözler, C I, s. 893.

⁵¹ İdari işlemin sebebi; açıkça belirtilebileceği gibi sebep belirsiz kavramlarla (milli güvenlik, kamu düzeni, kamu yararı vb.) da ifade edilebilir ya da sebep hiç gösterilmeyebilir. Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 394-395, Gözler, C I, s. 896-899

ve yararları değil kamu yararını esas alan⁵² bir anlayıştan hareket edilmesi zorunluluğu bulunmaktadır.

Pazarlık usulü ile yapılan ihalelerde idareler tarafından gösterilen sebebin veya gerekçenin çoğu zaman hiç mevcut olmadığı, düzmece sebepler uydurulduğu⁵³ veya ihalenin pazarlık usulü ile yapılmasına gerekçe oluşturmayacağı görülmektedir ki bu aşamada Gözler'in İdare Hukuku literatürüne kattığı "sebeptirilmesi" kavramının önemi ortaya çıkmaktadır. Bu gün ülkemizde kamu ihalelerin kapalı kapılar arkasında belli kişilere paylaştırılması ve kamu kaynaklarından pay alınmasında tam anlamıyla "sebeptirilmesi" yolunun izlendiği görülmektedir. Sebeptirilmesinde; idare belirli bir işlemi gösterdiği sebebe değil gerçekte var olan bir başka sebebe dayanarak tesis etmektedir⁵⁴. Örneğin pazarlık usulü ile ivedilikle, kapalı kapılar arkasında ihale yapılmasına gerekçe gösterilen fiili olay çoğu zaman doğal afetler olarak gösterilse de ortada henüz bir doğal afet (deprem, sel vb.) olmayan durumlarda faraziyeye dayalı "olabilir" ihtimalinden hareketle ihaleler yapıldığı görülmektedir. Aynı şekilde salgın hastalık veya can veya mal kaybı gerekçesi ile pazarlık usulü ile yapılan ihalelere gerekçe gösterilen olayların çoğunda da ortada henüz fiilen gerçekleşmiş bir olay bulunmamasına rağmen ihtimallerden, faraziyelerden yola çıkılarak ihale konusu işlerin çoğunlukla belli siyasi mensubiyeti olan kişilere yapıldığı gözlemlenmektedir.

Hukukilik denetimi açısından geçmişte Kurum tarafından ihalenin pazarlık usulü ile yapılmasının hangi gerekçeye dayandığı ilgili idareden sorularak itirazın şikayet incelemesi yapılmıştır. Ancak en son 2008 yılında yapılan değişiklikle pazarlık usulü ile ilgili ihalelerde aleniyet- açıklık ilkesi terkedildiğinden, daha çok kapalı kapılar arkasında ve sadece davet edilen belli kişiler arasında yapılan ihalelerde Kurum'a itirazın şikayet yolu ile ulaşan şikayet sayıları ciddi surette azaldığından, pazarlık yolu ile ihaleye çıkılmasındaki gerekçenin hukukilik denetimine yönelik incelemeler de ortadan kalkmıştır.

İdarenin pazarlık yolu ile ihaleye çıkma gerekçesi ile Kurum'un bu gerekçe üzerindeki hukukilik denetimi "*ani, beklenmeyen, idare*

⁵² Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 392,

⁵³ Gözler, C I, s. 925.

⁵⁴ Gözler, C I, s. 923.

tarafından önceden öngörülemeyen haller” ve “ihalenin ivedi olarak yapılmasında zorunluluk bulunan haller” üzerinde yoğunlaşacaktır.

Kurum kararlarında da belirtildiği üzere pazarlık usulü ile ihalede aslolan; idari faaliyetin ve kamu hizmetlerinin devamlılığının sağlanmasıdır. Zira pazarlık usulü öncelikle *ani, beklenmeyen, idare tarafından önceden öngörülemeyen” ve “ihalenin ivedi/acil olarak yapılmasının zorunlu olduğu durumlarda söz konusu olmaktadır.*

4734 sayılı Kanun’un 21’inci maddesine 2008 yılında eklenen fıkra ile (b), (c) ve (f) bentlerinde belirtilen hallerde ilan yapılması zorunluluğu kaldırılmıştır. İlan yapılmayan hallerde en az üç istekli davet edilerek, yeterlik belgelerini ve fiyat tekliflerini birlikte vermeleri istenir. İlan yapılmayan haller nitelikleri itibariyle incelendiğinde; *“ani, beklenmeyen, idare tarafından önceden öngörülemeyen” ve “ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olduğu”* olaylar olarak genellemeye tabi tutulabilir. Pazarlık yolu ile yapılan bir ihalede; *“ani, beklenmeyen, öngörülemeyen, ivedi”* nitelikli işler idari işlemin “sebep unsuru” açısından hukukilik denetimine açıktır⁵⁵. Bu hüküm çerçevesinde; ani ve beklenmeyen veya idare tarafından önceden öngörülemeyen ve ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olduğu;

&- Doğal afetler, (deprem, sel,

&- Salgın hastalıklar,

⁵⁵ Dosyanın incelenmesinden, İstanbul Valiliği tarafından davalı idareye gönderilen 04.07.2005 tarih ve 8062 sayılı yazıda, İstanbul’un jeopolitik konumu, hızla artan nüfusu ile tarihi, ticari, kültürel ve turistik değerleriyle önemli bir merkez olması nedeniyle her açıdan dünya şehri standartlarına ulaştırılmasının zorunlu olduğu, ayrıca, deprem bölgesinde olması sebebiyle olası bir deprem nedeniyle can ve mal kaybına uğrayan bölgelere ulaşımın sağlanması açısından yol, köprü, kavşakların hızlı bir şekilde tamamlanarak hizmete açılmasının gerekli olduğu, diğer taraftan önemli turistik merkezlere ve NATO zirvesi, Eurovizyon Şarkı Yarışması, Şampiyonlar Ligi Finali, Formula Yarışması gibi düzenlenecek ve düzenlenmesi muhtemel olan ulusal ve uluslararası kongre ve müsabakaların gerçekleşeceği merkezlere kolay ulaşımın sağlanarak hizmet kalitesinin ve araç güvenliğinin artırılması gerektiği belirtilerek, gerekli olan yol, köprü ve kavşak düzenlemelerinin ivedilikle ihale edilmesi hususunda gereğinin yapılmasının talep edilmesi üzerine, davalı idarenin Altyapı Koordinasyon Merkezi’nin 24.08.2005 tarih ve 2005/7 sayılı kararıyla, dava konusu işin ivedilik gerektirdiği gerekçesiyle 4734 sayılı Kanun’un 21/b maddesi uyarınca pazarlık usulü ile ihale edilmesine karar verildiği anlaşılmaktadır. Danıştay 13. Daire, Esas: 2009/4101, Karar: 2010/8217 İçtihat

&- Can veya mal kaybı tehlikesi,

&- Savunma ve güvenlikle ilgili özel durumların ortaya çıkması,

&- İdarelerin yaklaşık maliyeti 157.923 Türk Lirasına⁵⁶ kadar olan mamul mal, malzeme veya hizmet alımları.

Kanunda pazarlık usulü ile ihale yapılmasına hukuki gerekçe oluşturacak durumlar yukarıda belirtildiği gibi açıkça sayılmış olup bu usulle yapılan ihalenin sebep unsuru yönünden hukuki denetim Kanun maddesinde sayılan durumlarla sınırlı olarak incelemeye tabi tutulabilecektir.

4- Pazarlık Usulünde Kanun “ihtimali” durumu değil “fiili durumu” esas almaktadır

Kanun’un 21’inci maddesinin lafzında *“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 veya savunma ve güvenlikle ilgili özel durumların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması”* durumları sayılmakta olup açıkça **“olayların ortaya çıkması”** ve **“özel durumların ortaya çıkması”** şeklinde ifadeler kullanılarak ihtimali bir durumdan değil fiilen gerçekleşmiş, somut vakialardan bahsedilmektedir.

Pazarlık usulü ile yapılan ihalelerde idareler henüz gerçekleşmemiş ancak **gerçekleşme ihtimali** bulunan olaylardan hareketle bu usulün seçildiği yönünde gerekçeler ileri sürebilmektedirler. Bu çerçevede örneğin deprem bölgesinde bulunan ve deprem olabileceği ihtimaline binaen mal/hizmet alımları ile yapım işlerinin pazarlık usulü ile yapılmasına yönelik gerekçe Kurul tarafından haklı bulunmamıştır.

Buna karşılık Kurul; örneğin somut olarak gerçekleşmiş bir depremin hemen sonrasında güncel olan ihtiyaçlar nedeniyle yapılan ihalelerin pazarlık usulü ile yapılabileceğine karar vermiştir⁵⁷. Aynı şekilde

⁵⁶ Bknz. 30.01.2014 tarih ve 28898 sayılı Resmi Gazete.

⁵⁷ Hakkari Valiliği 14.02.2005 tarih ve 939 sayılı Sağlık Bakanlığına yazılan yazısında, Hakkari ili ve ilçelerin 1 inci derece deprem kuşağında yer alması ve olası deprem ihtimaline karşı vatandaşa daha etkin ve verimli bir sağlık hizmeti verilebilmesi ve kapasitenin yetersiz olması sebebiyle Hakkari Merkez ve Yüksekova

ortada somut bir durum olmamasına rağmen salgın hastalık ihtimali veya can ve mal kaybı ihtimaline binaen mal/hizmet alımları ile yapım işlerinin pazarlık usulü ile yapılması ihale mevzuatına aykırılık teşkil edecektir.

İstanbul Büyükşehir Belediyesi tarafından; İstanbul'un deprem bölgesinde olduğundan hareketle deprem olma ihtimalinden yola çıkılarak pek çok işin pazarlık usulü ile ihale edilmesine yönelik gerekçe Kurul tarafından de hukuken kabul edilebilir bulunmamıştır. Kurul kararında şu ifadeler yer verilmektedir⁵⁸:

İstanbul Valiliğinin 04.07.2005 tarihli yazısında bu iş ile birlikte diğer yol, köprü ve kavşak düzenlemeleri inşaatlarının ivedilikle yapılması istense de bu yazının işin pazarlık usulü ile *yapılmasının hukuki gerekçesi olamayacağı açıktır. Çünkü 4734 sayılı Kanununun 21 inci maddesinin*

İlçelerine acilen Devlet Hastanesi hizmet binası yapılmasını istemiştir. Bunun üzerine, "30.03.2005 tarih ve 5327 sayılı Kanununun 3. Maddesi gereği 25.01.2005 tarihinde Hakkari meydana gelen 5.5 şiddetindeki depremde ağır hasar gören ve Bayındırlık Bakanlığı teknik elemanlarınca kullanılamaz hale gelen Hakkari Devlet Hastanesi hizmet binasının bir bloğu Sağlık Bakanlığının onay emirleri gereği anılan hastanenin yıkımı ihale yoluyla yapılarak bina enkazı tamamen kaldırılmıştır. Hastanenin geriye kalan ikinci blok ise depreme dayanıklılık testinin olumsuz olduğu rapora dayanarak İlimizin birinci deprem bölgesi oluşu göz önüne alınarak can ve mal kaybına sebebiyet vermemek için çok acilen mevcut 2 bloğun yıkılarak yerine acilen yeni hastane binası yapılabilmesi için 4734 sayılı Kanununun 21/b maddesi gereği yapılması zaruri hale gelmiştir. Anılan hastanenin ilimizde tek yataklı tedavi kurumu oluşu ve bina sıkıntısı nedeniyle mevcut bina imkanları yetersiz olduğundan; ve Açık İhale Usulü ile yapılması düşünüldüğünden İhale İlanı Sözleşme süresi fazla zaman alacağından ihalenin ivedi olarak yapılmasında İlimize yarar sağlanacağını kanaatine varılmıştır. Yüksekova Devlet Hastanesinin müfettiş raporuna istinaden acilen boşaltılması hizmet veren mevcut binanın sağlık yapısı olarak inşa edilmediğinden şu anki işleyişi ile koşullara ve sağlık sunumlarına müsait görülmemiştir. Anılan raporların göz önüne alınarak Hakkari ve çevresinin birinci derece deprem bölgesi olduğundan oluşacak herhangi bir depremi sebebiyet vereceğinden zaman kaybına daha fazla tahammül olmayıp acilen 4734 Sayılı kanunun 21/b maddesi gereğince ihale yapılması zarureti doğmuştur; Ayrıca şu an faaliyete bulunan Yüksekova Devlet Hastanesinin mevcut imkanları göz önünde bulundurulduğundan şu anki mevcut nüfusa cevap verememektedir." gerekçesi ile Hakkari Merkez ve Yüksekova İlçelerine 150 Yataklı Devlet Hastanesi yapılması işinin 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 21/b Maddesine göre ihale edilmesine ihale yetkilisince onay verildiği anlaşılmıştır. ...hastane inşaatlarının ivedilikle yapılmasına gerekçe oluşturan raporlar dikkate alındığında incelenen ihalenin 4734 sayılı Kanununun 21 inci maddesinin (b) bendine göre pazarlık usulü ile ihale edilmesinin mevzuata aykırı bulunmadığı anlaşılmıştır. Kamu İhale Kurul Kararı, 2006/UY.Z-1930.

58 Kamu İhale Kurul Kararı, 2008/UY.Z-104

birinci fıkrasının (b) bendinde pazarlık usulünün şartı olarak “**ani ve beklenmeyen veya önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması**” durumu düzenlendiği halde, söz konusu yazıda sadece İstanbul’un deprem bölgesinde olduğundan bahisle “**ani ve beklenmeyen veya önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkmasının ihtimal dahilinde olduğu**” ifade edilmiştir. 4734 sayılı Kanununun 21 inci 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**” anlaşılmıştır.

5- Pazarlık Usulünde İlan Yapılmayan Durumlar

İhalenin ilanı; ihale konusu iş için istekli olabilecek adaylara ihalenin duyurulması işlevini görmekte olup ilan, rekabet ve açıklık ilkesinin de bir gereğidir⁵⁹. İhaleden beklenen amaç yönünden ihalelerin ilgililere duyurulması ana kuraldır ve ilan şartı eksiksiz yerine getirilmelidir. Ayrıca ihale ilanının, ihaleye katılım doğrultusunda işletmelerin karar verebilmeleri için gerekli tüm hususları içermesi gerekir⁶⁰. Danıştay da; ihaleden beklenen amacın ihaleye katılacakları azami ölçüye çıkarmak olduğu ve bunun da ancak ihalenin ilan edilmesi ile mümkün olabileceği ve bu suretle de kamu yararının tesis edilebileceğine hükmetmiştir⁶¹.

İhalenin ilan edilmesi; kamu yararı, devlet menfaati, idarenin menfaati yönünden⁶² birinci derecede öncelikli olmasına rağmen 4734 sayılı Kanun’un 21’inci maddesine 2008 yılında eklenen⁶³ **fıkra ile** (b), (c) ve (f) bentlerinde belirtilen hallerde ilan yapılması zorunluluğu “**anlaşılamaz bir şekilde**” kaldırılmıştır. Bu şekilde aleniyet ve ihaleye katılımın azami sayıya ulaşması yönündeki hedeften de vazgeçilmiştir. İlan yapılmayan hallerde en az üç istekli davet edilerek, yeterli

⁵⁹ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 477., Kutlu, s. 222.

⁶⁰ Kutlu, s. 222.

⁶¹ Kaya, s. 142.

⁶² Sayın Kaya’nın belirttiği üzere Danıştay bazı kararlarında ihalenin duyurulması ile ilgili olarak; “kamu yararı” kavramı yerine “devletin menfaati” ve “idarenin menfaati” kavramlarını da kullanabilmektedir. Kaya, s. 142.

⁶³ (Değişik ikinci fıkra: 20/11/2008-5812/7 md.)

belgelerini ve fiyat tekliflerini birlikte vermeleri istenmektedir. Yukarıda sayılan haller nitelikleri itibariyle kamu hizmeti sunumunda ihtiyaç duyulan mal/hizmetlerin ve yapım işlerinin vakit geçirilmeksizin, acilen/biran önce giderilmesinin zorunlu olduğu haller olarak karşımıza çıkmaktadır.

Pazarlık usulünde 4734 sayılı Kanun’un 21’inci maddesine 2008 yılında eklenen fıkra ile (b), (c) ve (f) bentlerinde belirtilen hallerde ilan yapılması zorunluluğu kaldırılmış olup, ilan yapılmayan bu hallerde **en az** üç istekli davet edilerek, yeterlik belgelerini ve fiyat tekliflerini birlikte vermeleri istenmektedir. İdarelerin ihaleyi en uygun şartlarla ve bedelle yapabilmesi, tarafsız olmasına ve istekliler arasında serbest rekabete imkan verecek ortamı yaratmış olmasına bağlıdır⁶⁴. Bu amaçla ihaleye mümkün olduğu kadar çok isteklinin katılımının sağlanması önemli olmasına rağmen 2008 yılında yapılan kanun değişikliği ile maalesef serbest rekabet, tarafsızlık, ekonomik açıdan en avantajlı teklifin (piyasa rayiçlerine en uygun ve gerçekçi bedeller üzerinden işin ihale edilmesi) bulunmasına yönelik üstün bir takım amaçlardan vazgeçilmiştir.

Avrupa Birliği’ nin 2004/18/EC sayılı Kamu Satın Alma Yönergesi’ nin 31’ inci maddesinde pazarlık usulü ile yapılacak ihalelerde hangi durumlarda “**ihale öncesi ilan yapılmayabileceği**” (negotiated procedure without publication) düzenlenmiştir. Bu haller şu şekilde sıralanabilir⁶⁵:

- 1- Yapım işi, mal alımı ve hizmet alımı ihaleleri için ihaleye ilişkin başlangıçtaki koşulların esaslı değişikliğe uğramamış olması ve talep edilmesi durumunda açık ya da belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan ihalelerde hiç teklif sunulmaması ya da uygun teklif verilmemesi veya hiç başvuru yapılmaması halinde ilan yapılmak şartıyla pazarlık usulü ile ihale gerçekleştirilebilir (m. 31, 1/a bendi).
- 2- Yapım işi, mal alımı ve hizmet alımı ihaleleri için teknik veya sanatsal nedenlerle veya münhasır hakların korunmasıyla ilgili sebeplerle ihalenin sadece belirli bir ekonomik operatöre verilebili-

⁶⁴ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 484.

⁶⁵ Alyanak, s. 174-176.

yor olması durumunda ilan yapılmak şartıyla pazarlık usulü ile ihale gerçekleştirilebilir. (m. 31, 1/b bendi)

- 3- Yapım işi, mal alımı ve hizmet alımı ihaleleri için kesinlikle gerekli olması şartıyla, ihale makamınca önceden öngörülemeyen olaylardan kaynaklanan acil durumların söz konusu olması nedeniyle, açık veya belli istekliler arasında ya da ilanlı pazarlık usulü için gerekli sürelere uyulmasının mümkün olmadığı durumlarda ilan yapılmaksızın pazarlık usulü ile ihale gerçekleştirilebilir. Acil durumun doğrulanması amacıyla ortaya konan durumlar hiç bir şekilde ihale makamından kaynaklanmamalıdır (m. 31, 1/c bendi).
- 4- Mal alımı ihaleleri ile ilgili olarak; ilgili ürünler sadece araştırma, deney, çalışma veya geliştirme amaçlarına yönelik olarak imal edildiğinde ilan yapılmaksızın pazarlık usulü ile ihale gerçekleştirilebilir. Ticari devamlılığı sağlamak ya da araştırma ve geliştirme maliyetlerini karşılamak amacıyla gerçekleştirilen seri üretimler bu kapsamda değerlendirilemez (m. 31, 2/a bendi).
- 5- Mal alımı ihaleleri ile ilgili olarak; mevcut mal veya ekipmanların kısmi olarak değiştirilmesi veya mevcut mal veya ekipmanların genişletilmesi amacıyla **asıl tedarikçiden yapılan ilave mal alımlarıyla ilgili ihalelerde** ya da tedarikçi değişikliğinin ihale makamını, kullanım ve bakımı sırasında uygunsuz veya orantısız teknik zorluklara yol açacak farklı teknik özelliklere sahip mallar satın almaya zorlayacak olması halinde ilan yapılmaksızın pazarlık usulü ile ihale gerçekleştirilebilir. Bu türden ihalelerin ve yinelenen ihalelerin süresi genel kural olarak üç yılı aşamaz (m. 31, 2/b bendi).
- 6- Ticaret ve emtia borsalarında işlem gören malların alınmasına yönelik mal alımı ihaleleri ilan yapılmaksızın pazarlık usulü ile ihale gerçekleştirilebilir(m. 31, 2/c bendi).
- 7- Alacaklılarla yapılan bir anlaşma veya ulusal kanun veya diğer düzenlemelerdeki benzer usullere göre nispeten avantajlı şartlar altında, faaliyetlerini tasfiye eden bir tedarikçiden ya da iflase bağlı olarak kayyum veya tasfiye memurundan yapılan mal alımı ihaleleri ilan yapılmaksızın pazarlık usulü ile ihale gerçekleştirilebilir (m. 31, 2/d bendi).

- 8- Bir tasarım yarışmasını takip eden ve yürürlükteki kurallar uyarınca başarılı olan adaya ya da başarılı adaylardan birine ihalenin verilmesinin gerekli olduğu hizmet alım ihalelerinde ilan yapılmaksızın pazarlık usulü ile ihale gerçekleştirilebilir. Ancak birden fazla başarılı aday olması halinde, başarılı olan adayların tamamının pazarlık sürecine katılmaya davet edilmeleri gerekmektedir. (m. 31, 3. bendi)
- 9- Yapım işleri ihaleleri ve hizmet alımı ihaleleri ile ilgili olarak, yapım işini yürüten ya da hizmeti gören ekonomik operatöre verilerek şartıyla; başlangıçtaki projede veya yapılan ihalede yer almayan, fakat öngörülmeleyen koşullar nedeniyle ilgili yapım işinin ya da hizmetlerin ifası için gerekli hale gelen ilave yapım işleri veya hizmetler, bu türden ilave yapım işleri veya hizmetlerin, ihale makamları için esaslı bir külfete sokmayacak şekilde, teknik veya ekonomik olarak ilk sözleşmeden ayrılmasının mümkün olmadığı işler veya ilk sözleşmenin ifasından ayrılabilir olmasına rağmen, sözleşmenin tamamlanması için zorunlu olan bu türden ilave yapım işleri veya hizmetler ilan yapılmaksızın pazarlık usulü ile ihale edilebilir. Ancak ilave yapım işleri veya hizmetlere ilişkin olarak gerçekleştirilen ihalelerin toplam bedelinin, ilk sözleşme bedelinin %50’sini aşmaması gerekmektedir (m. 31, 4/a).
- 10- Açık ihale ya da belli istekliler arasında ihale usulü ile gerçekleştirilmiş olan ilk ihalenin esas aldığı ana proje ile uyumlu olması şartıyla, aynı ihale makamı tarafından ilk ihalenin bırakıldığı ekonomik operatöre, **aynı tür yapım işleri ya da hizmet alımının tekrarı niteliğindeki yeni yapım işleri veya hizmet alımı ihalelerinin verildiği haller** ilan yapılmaksızın pazarlık usulü ile ihale edilebilir. Bu işlerde ilk proje ihaleye çıkarıldığında, bu türden bir usulün kullanılma olasılığı açıklanır ve ihale makamları tarafından müteakip yapım işleri ve hizmetlerin toplam yaklaşık maliyeti dikkate alınır. Bu usul ancak, ilk sözleşmenin imzalanmasını takip eden üç yıl süresince kullanılabilir. (m. 31, 4/b).

Avrupa birliği uygulaması ile Türk Kamu İhale uygulamasındaki temel fark; Avrupa Birliği uygulamasında “acil durum” kavramının çok katı ve dar yorumlanmasıdır. Bu durumda acil durumu gerekçelendirmek için gösterilen koşullar hiçbir şekilde idarenin eylemleriy-

le alakalı olmamalıdır. Bu öngörülemeyen olaylara ilişkin gerekçeler Adalet Divanı tarafından çok dar, sıkı ve katı yoruma tâbi tutulmaktadır. Divan, acil durumla ilgili çok dar bir tanım yapmış olup bu usule başvurmanın acil durumun öngörülemeyen olaylar sebebiyle gerçekleşmediği durumlarda yasal olmadığını belirtmiştir. Bu usule başvurulmasına ilişkin gerekli koşulların oluştuğunu ispat etmek de idareye aittir⁶⁶. Ülkemiz uygulamasında ise günümüzde yapılan pek çok ihale acil, yaşamsal, geciktirilmeksizin ivedilikle karşılanması gereken mal ve hizmet özeliği taşımadığı halde pazarlık usulü ile ihale edilerek sözleşmeler imzalanmaktadır.

6- Pazarlık Usulünde İlane Tabi İhale Konuları

Pazarlık yolu ile yapılan ve ilana tabi olmayan ihale konuları yukarıda incelenmiştir. Buna karşılık pazarlık usulü ile yapılan diğer bazı ihaleler ise ilana tabidir. *İhale ilânlarında bulunması zorunlu hususlar 4734 sayılı Kanun'un 24'üncü maddesinde belirtilmiştir. Bu hususlar; ihalenin belli kişiler arasında ve kapalı kapılar arkasında değil şartları sağlayan herkesin katılımına ve rekabete açık aleni, şeffaf şekilde yapılmasını sağlamaya yönelik hususlardır*⁶⁷.

Pazarlık usulü ile yapılmasına rağmen ilana tabi ihale konuları şunlardır:

- a- Açık ihale usulü veya belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan ihale sonucunda teklif çıkmaması,
- b- İhalenin, araştırma ve geliştirme sürecine ihtiyaç gösteren ve seri üretime konu olmayan nitelikte olması.

⁶⁶ Alyanak, s. 175.

⁶⁷ Kanun'a göre ihale ilânlarında; idarenin adı, adresi, telefon ve faks numarası, ihalenin adı, niteliği, türü, miktarı, mal alımı ihalelerinde teslim yeri, hizmet alımı ve işi bitirme tarihi, uygulanacak ihale usulü, ihaleye katılabilme şartları ve istenilen belgelerin neler olduğu, yeterlik değerlendirmesinde uygulanacak kriterler, ihalenin sadece yerli isteklilere açık olup olmadığı ve yerli istekliler lehine fiyat avantajı uygulanıp uygulanmayacağı, ihale dokümanının nerede görülebileceği ve hangi bedelle alınacağı, ihalenin nerede, hangi tarih ve saatte yapılacağı, tekliflerin ihale saatine kadar nereye verileceği, teklif ve sözleşme türü, teklif edilen bedelin % 3'ünden az olmamak üzere, isteklilerce belirlenecek tutarda geçici teminat verileceği, tekliflerin geçerlilik süresi, ihaleye konsorsiyumların teklif verip veremeyeceği hususlarının belirtilmesi zorunludur.

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

Avrupa Birliği' nin 2004/18/EC sayılı Kamu Satın Alma Yönergesi' nin 30' uncu maddesinde "**İlan yapılmak şartıyla pazarlık usulü ile ihale edilebilecek işler**" (negotiated procedure with prior publication) düzenlenmiştir. Bu haller şu şekilde sıralanabilir⁶⁸.

- 1- Başlangıçtaki ihale konusu işin koşullarında esaslı değişiklikler yapılmaması şartıyla, açık ya da belli istekliler arasında ihale usulü ya da rekabetçi diyaloga katılanlar tarafından, düzensiz tekliflerin ya da ulusal hükümler uyarınca kabul edilemez nitelikteki tekliflerin sunulması halinde; belirtilen kriterleri karşılayan ve önceki açık ya da belli istekliler arasında ihale usulü ya da rekabetçi diyalog sırasında ihale sürecinin usulüne göre teklif vermiş olan isteklilerin tamamını pazarlık usulü ihaleye çağırdıkları durumlarda ihale ilanı yayımlamalarına gerek yoktur. (m. 30, 1/a)
- 2- Yapım işi, mal ya da hizmet alımının doğası gereği ya da bunlara bağlı risklerin önceden toplam bir bedel belirlemeye imkan tanımadığı istisnai durumlarda ilan yapılmaksızın pazarlık usulü ile ihale gerçekleştirilebilir. (m. 30, 1/b)
- 3- Hizmet alımlarında; sözleşmeye ilişkin şartların, sağlanacak hizmetin niteliğinin, açık ve belli istekliler arasında ihale usulü kurallarına göre en iyi teklifin seçilmesi yoluyla ihalenin sonuçlandırılmasına izin verecek netlikte belirlenemediği durumlar, (m. 30, 1/c)
- 4- Sadece araştırma, test ve geliştirme amacıyla gerçekleştirilen ve kar amacı gütmeyen ya da araştırma ve geliştirme maliyetlerini karşılamayı amaçlamayan yapım işleri ihaleleri; (m. 30, 1/d)

Yönerge'nin verdiği yetkiye göre yukarıda belirtilen durumlarda ihale makamlarının, ihale ilanında, şartnamelerde ve eğer varsa ek belgelerde belirtmiş oldukları şartlara tekliflerin uyum sağlamasını temin etmek ve en iyi teklife ulaşabilmek amacıyla sunulmuş olan

⁶⁸ Alyanak, s. 172-173.

teklifleri isteklilerle müzakere edebilmeleri mümkündür. Pazarlık süresince ihale makamlarının, tüm isteklilere eşit muamele edilmesini sağlama yükümlülükleri vardır. Özellikle ayrımcı bir şekilde bazı isteklilere diğer istekliler karşısında avantaj sağlayacak bilgilerin verilmesi mümkün değildir.

7- İdari İşlemin Amaç Unsuru Bakımından Pazarlık Usulünün Değerlendirilmesi

Devletçe üstlenilmiş kamu hizmetlerinin üretilmesi ve kamu yararı, idari işlemin amacı olarak kabul edilmektedir. İdarenin faaliyetinde kişisel amaç güdülmüşse veya siyasal amaç izlenmişse kamu yararı bulunmamaktadır⁶⁹. Devlet yetkileri, özel yararlar, kişisel bir takım menfaatlerin tatmini için kullanılmayacakları gibi kişisel ve siyasi eğilimlerin gerçekleştirilmesinde araç olarak da kullanılmaz⁷⁰. Aksi halde bir idari makamın, yetkilerini kullanması gerekli olan amaçla değil de bir başka amaçla kullanmasından söz edilir ki bu durumda “yetki saptırması” ndan bahsetmek gerekecektir⁷¹.

Aslında pazarlık usulü ile ihale usulünde genel olarak bir kamu yararından söz edilse dahi özel amaç olarak; kamu açısından giderilmesi zorunlu ve yaşamsal öneme sahip bir takım ihtiyaçların ivedilikle karşılanması söz konusudur. Burada şikayet, itirazın şikayet veya idari yargı denetimi açısından pazarlık usulünün uygulanmasındaki “amacın belirginleştirilmesi” ve sebep/amaç ögesinin birlikte değerlendirilmesi büyük önem taşımaktadır. Özellikle idari işlemin yapılmasındaki gerekçede amacın belirtilmesi, işlemin denetlenmesi açısından büyük faydalar sağlayacaktır⁷². Kamu yararının veya çoğunluğun yararının zıddı; kamu zararı/toplum zararı/çoğunluğun zararlıdır. Pazarlık usulü ile yapıla ihale nedeniyle mali, sosyal, toplumsal boyutuyla kamuya bir zarar verilmemiş olmasına dikkat edilmelidir⁷³.

“Kamu ihaleleri” kavramı ile “kamu yararı” kavramı arasında doğrudan ilişki söz konusudur. İhalenin her aşamasında kamu yararı-

⁶⁹ Karahanoğulları, s. 471.

⁷⁰ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 400.

⁷¹ Gözler, s. 978.

⁷² Karahanoğulları, s. 476, 482.

⁷³ Sancaktar, s. 346.

nın bulunduğunu söyleyebilmek mümkündür. İhale sürecinde, ihaleye çıkılmasında, ihale şartnamesinin hazırlanmasında, ihale komisyonunun kurulmasında, ilana çıkılmasında, ihaleye katılmada, ihalenin onaylanmasında kamu yararı önem arz etmektedir⁷⁴. Hatta ihaleye çıkma zorunluluğu olmamasına rağmen bir iş için ihaleye çıkılması doğrudan kamu yararı ile ilgili olduğu gibi bir iş için ihaleye çıkılmaksızın takdir hakkı kullanılmak suretiyle işin gördürülmesi de kamu yararına aykırıdır. Danıştay; bir iş için ihaleye çıktığında ihalenin kamu yararı amacı taşıyıp taşımadığını öncelikle denetlemektedir⁷⁵.

Kamu yararı açısından karşılaştırıldığında ihtiyaç duyulan mal/hizmet ve yapım işlerinin ivedilikle, gecikme olmaksızın belirli kişilerden biran önce karşılanmasındaki amaç, bu alımlar için rekabete açık ihale yapılması amaçlanan yarardan daha üstün niteliktedir. Zira belli şartların varlığı halinde kamu yararının, açık ihale usulü ile değil pazarlık usulü ile tesis edilebileceği öngörüsünden hareket edilmektedir. Söz konusu hallerde belli formel ihale usullerinin uygulanmaması ve ilan yapılmaması idari işlemin “**amaç**” unsuru ile yakından ilişkilidir. Zira pazarlık usulünün seçilmesiyle; açık ihale usulü ile ihale edilemeyen veya gecikmesinde sakınca bulunan acil ve yaşamsal öneme sahip işler nedeniyle bazı şekli ihale usulleri uygulanmamakta, ilan yapılmasından vazgeçilmekte ve kamu yararı adına bir an önce ihtiyaçların giderilmesi amaçlanmaktadır. Burada kamu yararı açısından bir derecelendirme, sıralama, ilkeleri yarıştırmaya söz konusu olup “açık ihale yapılması suretiyle rekabetin sağlanması ve kamu kaynaklarının verimli kullanılması amacı”; yaşamsal öneme sahip ve acilen giderilmesi gereken ihtiyaçların temini amacıyla pazarlık usulünün uygulanmasına ve belli kişiler arasında ihale yapılması uygulamasına feda edilmektedir.

Sayın Gözler’ in “sebepten dolayı” olarak ifade ettiği ve varolmayan farazi/ihtimali sebeplerden yola çıkılarak yapılan pazarlık usulü ile ihalelerde aslında bir başka hukuka aykırılık olarak “usul saptırması” ortaya çıkmaktadır. Usul saptırması; belirli bir amaç için kanun tarafından öngörüle usulün uygulanması gerekirken başka bir amaç

⁷⁴ Kaya, s. 138.

⁷⁵ Kaya, s. 138-140.

için öngörülen usulün uygulanmasıdır⁷⁶. Belirtilen gerekçelerle belli formaliteler ve usuli kurallar çerçevesinde ancak açık ihale usulü uygulanarak yapılabilecek ihaleler, pazarlık usulü uygulanmak suretiyle gerçekleştirilmekte kanun tarafından başka amaçlar için öngörülen bir ihale usulü devreye sokulmaktadır.

Pazarlık usulü ile yapılabilecek ihaleler Kanun'da açıkça sayılmış olup bu haller; *"açık veya belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan ihale sonucunda teklif çıkmaması, doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya idare tarafından önceden öngörüleemeyen olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması, savunma ve güvenlikle ilgili özel durumların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması. ihalenin, araştırma ve geliştirme sürecine ihtiyaç gösteren ve seri üretime konu olmayan nitelikte olması, ihale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin özgün nitelikte ve karmaşık olması nedeniyle teknik ve malî özelliklerinin gerekli olan netlikte belirlenememesi ve 2014 yılı itibariyle idarelerin yaklaşık maliyeti 157.923 Türk Lirasına⁷⁷ kadar olan mamul mal, malzeme veya hizmet alımları"*

8- Pazarlık Usulünde Hak Arama Hürriyetinin ve Mahkemelere Ulaşma Hakkının Engellenmesi

Son yıllarda kamu idareleri tarafından gerçekleştirilen ihale işlemlerindeki hukuka aykırılıkların başında, açık ihale usulüne tabi olup pazarlık usulüne tabi olmayan ancak pazarlık usulü ile kapalı kapılar arkasında yapılan ihalelerde 3. Kişilerin *şikayet* haklarının kullanılmasının da engellenmesidir. Zira mevcut hukuki durum itibariyle ihaleye davet edilmeyen kişilerin bu ihale sürecini dava etmeleri mümkün olmadığından hiç kimse; *"bu ihalelerin pazarlık usulü ile yapılamayacağını"*, bir başka ifade ile açık ihale usulüne tabi olduğunu iddia ve dava konusu yapamamaktadır.

Bu hukuksuzluğa gerekçe olarak Kanun'un 28'inci maddesi gerekçe gösterilmektedir. *Özellikle 2012 yılında Kanun'a eklenen bir cümle ile ihalelerin belli kişiler arasında ve kapalı kapılar arkasında yapılmasına yönelik düzenleme yürürlüğe konulmuştur. Bu yeni düzenleme ile kanaatimce şeffaf-*

⁷⁶ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 405.

⁷⁷ Bknz. 30.01.2014 tarih ve 28898 sayılı Resmi Gazete.

lık, açıklık, katılımcılık, rekabet ilkeleri kamu yararı aleyhine sonuç doğuracak şekilde uygulama kabiliyeti kazanmıştır.

Kanun’un “İhale ve ön yeterlik dokümanının verilmesi” başlığını taşıyan 28’inci maddesine göre; İhale ve ön yeterlik dokümanı idarede bedelsiz görülebilir. Ancak, ön yeterlik veya ihaleye katılmak isteyen isteklilerin bu dokümanı satın almaları zorunludur.

Kanuna 2012 yılında 6353 sayılı Kanun ile eklenen cümle ile; “İlan yapılmayan ihalelerde, ihale dokümanı sadece idare tarafından davet edilenlere satılır”. Bu hükme göre ilan yapılmayan ihale usulü olan “**pazarlık usulünde**” ihale dokümanı sadece idare tarafından davet edilenlere satıldığından ve pazarlık usulüne tabi bazı ihalelerde ilan da yapılmadığından bu tür ihalelerde katılımcılık, rekabet, şeffaflık, açıklık ilkeleri de tamamen devre dışı bırakılmaktadır. Uygulamada ihale yetkilileri pazarlık usulü ile yaptıkları ihalelerde kendi belirledikleri kişiler dışında 3. Kişilerin ihale dokümanı almalarına yanaşmamakta, başka bir ifade ile ihale dokümanı satmamaktadırlar. Aslında burada “idari işlemin sebep unsurunun eşitlik ilkesine aykırı şekilde uygulanmasından kaynaklanan bir hukuka aykırılık” söz konusudur. İşin pazarlık usulü ile ihale edilmesi için gerekli şartlar oluşmuş olsa bile bu usul izlenerek yapılacak ihalenin de eşitlik ilkesine uygun gerçekleştirilmesi gerekmektedir. pazarlık usulü ile yapılacak ihalede ihale dokümanlarının satımı veya ihale sürecinin yönetimi idarenin keyfi uygulamalarına tabi değildir. Bir idari işlem için mevcut ve geçerli bir sebep olsa bile idare bu sebep bakımından eşitlik ilkesine uygun davranmak zorundadır⁷⁸.

İdarelerin, ihale dokümanı satmamaya yönelik bu mütemerrit davranışları karşısında “**istekli olabileceklerin**”, doküman satmama iradesini tespit ettirmeleri yoluyla şikayet ehliyeti elde etmeleri; ihale dokümanının verilmesi işlemlerine yönelik hukuki başvuru yollarını işletmeleri mümkündür.

İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin “Başvuru ehliyeti” başlığını taşıyan 5’inci maddesine göre ihale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia

⁷⁸ Gözler, C I, s. 924.

eden; istekli olabilecekler ön yeterlik ve/veya **ihale dokümanının verilmesi**, ön yeterlik ve/veya ihale ilanında veya ön yeterlik ve/veya ihale dokümanında yer verilen düzenlemeler ve/veya bu düzenlemeler ile idari uygulamalar arasındaki uyumsuzluklar hakkında şikayet başvurusu yapabilmektedirler⁷⁹. Ancak pazarlık usulünde ihaleye sadece idarenin belirlediği 3 kişi davet edildiğinden, bu 3 kişi dışındaki diğer kişilerin ihale dokümanı satın almasına da izin verilmediğinden şikayet veya itirazın şikayet başvurusu açısından “başvuru ehliyetleri” ellerinden alınmaktadır.

Ayrıca ihaleye davet edilmeyen kişiler ihale dokümanı da satın alamadığından ihale aşamasındaki hukuksuzlukları şikayet/itirazın şikayet ve idari yargıda dava açma hakları da ellerinden alınmış olmaktadır. Bu tür bir uygulama hak arama hürriyetine ve mahkemelere ulaşma hakkına getirilen çok önemli bir sınırlama niteliğindedir.

İhale mevzuatına göre şikayet/itirazın şikayet ve idari yargıda dava **“ehliyetine”** kimlerin sahip oldukları açıkça düzenlenmiştir. Mevzuata göre ancak aday, istekli veya istekli olabileceklerin şikayet, itirazın şikayet ve dava ehliyetleri bulunmaktadır.

İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik’in⁸⁰ “Başvuru ehliyeti” başlığını taşıyan 5’inci maddesine göre ihale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya

⁷⁹ İtirazın şikayet başvurusu ve eklerinin incelenmesi sonucunda, başvuru sahibi Doğanay İnşaat Taah. Nak. Paz. Tic. ve San. Ltd. Şti vekili Av. Hüseyin Çınar’ın 04.09.2009 tarihinde Dhabı Erentalu Alke İnşaat Anonim Şirketi ve Doğanay İnşaat Taahhüt Nakliye Pazarlama Ticaret ve Sanayi Limited Şirketi adına ihale dokümanı satın almak amacıyla Başbakanlık Toplu Konut İdaresi Başkanlığına gittiği, ancak kendisine idarede Yapım İhaleleri Şube Müdürü olarak görev yapan kişi tarafından “ihalenin 4734 sayılı Kanununun 21 inci maddesi gereğince hak edişten ödenmek suretiyle yeterli görülen firmaların davet edilmesi suretiyle 09.09.2009 tarihinde yapılacağı ve bu ihaleye ihale makamınca yeterli görülen firmalardan hangilerinin davet edilip edilmeyeceği idarenin takdirindedir. İlgili sebeplerden dolayı davet edilenlerin haricindeki firmalara ihale dokümanı satmıyoruz” denilerek ihale dokümanı satılmadığı, bütün bu hususların adı geçen avukatın talebi üzerine Ankara 41 inci Noterliği tarafından düzenlenen 04.09.2009 tarihli tutanak ile yerinde tespit edildiği görülmüştür. Bu durumda, ...ihale dokümanını satın almak için idareye başvurduğu noter tutanağı ile tespit edilen başvuru sahibinin istekli olabilecek sıfatını haiz olduğu ve ihale dokümanının verilmesi işlemlerine yönelik başvuru ehliyetinin bulunduğu sonucuna varılmıştır. Kamu İhale Kurul Kararı, 2009/UY.III-2330

⁸⁰ Resmi Gazete Tarihi: 03.01.2009 Resmi Gazete Sayısı: 27099.

zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden; **“istekli olabilecekler, adaylar ve istekliler”** başvuru ve şikayet ehliyetine sahiptir.

İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Tebliğ’ in⁸¹, “Şikayet başvurusunda bulunabilecekler” başlığını taşıyan 3’üncü maddesine göre de ihale 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.

4734 sayılı Kanun’un Tanımlar başlığını taşıyan 4’üncü maddesinde aday, istekli ve istekli olabilecekler de ayrı ayrı tanımlanmıştır. Bu tanımda belirlenenler aynı zamanda şikayet/itirazen şikayet/idari dava süreçlerinde başvuru ehliyetine sahip kişiler olmaları itibarıyla de önem taşımaktadır. Kanuna göre;

Aday; Ön yeterlik için başvuran gerçek veya tüzel kişileri veya bunların oluşturdukları ortak girişimleri,

İstekli; Mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalesine teklif veren tedarikçi, hizmet sunucusu veya yapım müteahhidini,

İstekli olabilecek; İhale konusu alanda faaliyet gösteren ve ihale veya ön yeterlik dokümanı satın almış gerçek veya tüzel kişiyi ya da bunların oluşturdukları ortak girişimi,

ifade etmektedir. Bu tanımlar çerçevesinde pazarlık usulü ile yapılan ihalelerde ihaleye davet edilmeyen kişiler ihale dokümanı satın alamadıklarından ve ihaleye teklif veremediklerinden şikayet/itirazen şikayet/idari dava açma ehliyetleri de bulunmamakta başka bir ifade ile ihaleye davet edilmeyen kişilerin hak arama hürriyetleri engellenmektedir⁸².

⁸¹ Resmi Gazete Tarihi: 28.01.2009 Resmi Gazete Sayısı: 27124.

⁸² Kurul’un, şikayet ehliyetine yönelik kanun ve yönetmelik hükümlerini lafzi yorum tabii tutarak, ehliyet yönünden şikayet başvurusu imkanını ortadan kaldıracak bazı kararlar verdiği görülmektedir. Bir kararında Kurul, şartlar oluşmadığı halde ihalenin 4734 sayılı Kanun’un 21’ inci maddesine göre pazarlık yöntemi ile yapıldığı yönündeki itirazen şikayet başvurusunu, ihaleye davet edilmeyen şikayet sahibinin ihale dosyası almaması ve dolayısıyla istekli olabilecekler kapsamında olmadığı gerekçesi ile reddetmiştir. Kendisi ihaleye davet edilmeyen ve dolayısıyla ihale dokümanı dosyası alamayan isteklinin, özellikle de ihale yöntemine ilişkin

Kurul, pazarlık usulü ile yapılan ihalelerde, kendilerinin ihaleye davet edilmediği ve ihale doküman dosyası taleplerinin idarelerce geri çevrildiği iddiaları ile yapılan itirazın şikayet başvuruları hakkında karar verirken, başvuru sahiplerinin ihale doküman dosyası almak istediklerini idareye bildirme konusunda gerekli çabayı gösterip göstermediklerini incelemekte, bu bağlamda şifahi talebi yeterli saymamaktadır⁸³.

İhaleye davet edilmeyen 3. kişiler bu ihaleleri öğrenemediğinden, bu ihaleler ilan da edilmediğinden; söz konusu kişiler 5 günlük itiraz süresini de kullanamamakta hatta çoğu zaman kapalı kapılar arkasında yapılan bu ihaleleri aylar sonra öğrenebilmektedirler.

Nitekim Kurul kararlarına yansıyan uyumsuzlıklardan da anlaşılacağı üzere istekli olabilecekler ihalede idarelerden ihale dokümanı satın almak istediklerinde kendilerine bu dokümanlar satılmamakta, daha sonraki aşamada ise şikayet/itirazın şikayet haklarını kullanmak istediklerinde de bu sefer ihale dokümanı satın almadıklarından “istekli olabilecekler” statüsünü taşımadıkları gerekçesi ile ehliyet yönünden başvuruları reddedilmektedir⁸⁴. Bu şekilde “pazarlık” usulüne tabi olmayan ihaleler kapalı kapılar arkasında gerçekleştirilmekte Kamu İhale Kurumu da açıkça açık ihale usulüne tabi olan ve pazarlık usulüne tabi olmayan bu ihaleleri resen inceleyip/harekete geçip (resen inceleme ve harekete geçme yetkisi olmadığı gerekçesi ile) iptal etmemektedir. Tam anlamıyla bir hukuksuzluk yumağı içerisinde, idareler tarafından eksik rekabet ortamında önceden belirlenmiş kişiler arasında yapılan bu ihalelerle kamu kaynakları belli kişilere yönelik olarak el değiştirmektedir.

olarak şikayet ehliyetinin bulunmadığını iddia etmek, ilgilinin idari başvuru hakkının ortadan kaldırılması anlamına gelmektedir. Bastık, s. 72. Kamu İhale Kurulu Kararı, 2006/UM.Z-1901.

⁸³ Bastık, s. 90, Bu konudaki kararlar için Bknz. Kamu İhale Kurulu Kararı, 2010/UH.1028, 2010/UH.II-911, 2009/UH.II-3084, 2009/UH.I-1303, 2008/UY.Z-1654

⁸⁴ Bu konuda Diyarbakır Kayapınar Belediye Başkanlığı tarafından, açık ihale usulüne tabi olarak yapılması gerekmekte iken pazarlık usulü ile yapılan Temizlik Hizmet Alım İhalesi’nde kendisine ihale dokümanı satılmayan tüzel kişi tarafından yapılan itirazın şikayet başvurusu Kurul tarafından “şikayet ehliyetinin yokluğundan dolayı” reddedilmiştir. Kamu İhale Kurulu Kararı, 2012/UH.I-3528.

9- “En az” 3 isteklinin davet edilmesi Şartı

4734 sayılı Kanun’un 21’inci maddesine 2008 yılında eklenen fıkra ile (b), (c) ve (f) bentlerinde belirtilen hallerde ilan yapılması zorunluluğu kaldırılmış, ilan yapılmayan hallerde en az üç isteklinin davet edilerek, yeterlik belgelerini ve fiyat tekliflerini birlikte vermelerinin isteneceği düzenleme altına alınmıştır.

Kanun’da pazarlık usulü ile yapılacak ihalelerde en az 3 isteklinin davet edilmesi gerektiği düzenleme altına alınmıştır. Aslında Kanun’da daha fazla isteklinin ihaleye davetine engel olmamasına rağmen uygulamada idarelerin ısrarla sadece 3 istekliyi ihaleye davet ettikleri ve bu isteklilerden teklif verenlerin değerlendirilmesi sonucu ihaleyi sonuçlandırdıkları görülmektedir. Bu konu daha önce Kurum tarafından incelenen uyuşmazlıklara da yansımış olup bu uyuşmazlıklardan kamu idarelerinin 3’ten fazla kişiye ihale dokümanı satmaya yanaşmadığı buna karşılık Kurum’un, “*doküman satın alarak ihaleye katılabilecek en fazla istekli sayısına ilişkin bir sınırlama yapılmadığı*” görüşünden hareketle pazarlık usulü ile ihalelere daha fazla kişinin katılımının sağlanması görüşünde olduğu anlaşılmaktadır⁸⁵.

Kurul’a göre pazarlık usulü ile dahi yapılsa ihaleye katılımın artırılmasının ihalenin ivedi olarak yapılmasına engel teşkil etmeyeceği gibi idareyi ek bir külfete sokarak ihale sürecini de uzatmayacaktır. Aksine, hem yapılacak ihaleye katılımın artırılmasıyla istekliler arasında rekabet sağlanarak, idarelerin kullanımında bulunan kamu kaynaklarının etkin ve verimli şekilde kullanılması sağlanacak, hem de ilansız olarak çıkılan ihale ile kamu kaynaklarının belli kişilere haksız şekilde aktarıldığına yönelik kamuoyunda oluşabilecek algılamaların önüne geçilecektir⁸⁶.

⁸⁵ “...başvuru konusu yapım işi ihalesinin açık ihale usulü yerine 4734 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin (b) bendi uyarınca pazarlık usulü ile yapılmasının öngörüldüğü, kaldı ki, 4734 sayılı Kanun ve Uygulama Yönetmeliklerinde Kanunun 21 inci maddesinin (b) bendine göre gerçekleştirilen ihalelerde idare tarafından davet edilmesi gereken en az istekli sayısının düzenlendiği, doküman satın alarak ihaleye katılabilecek en fazla istekli sayısına ilişkin bir sınırlama yapılmadığı hususları göz önünde bulundurulduğunda, ihale dokümanını satın almak için idareye başvurduğu noter tutanağı ile tespit edilen başvuru sahibinin istekli olabilecek sıfatını haiz olduğu ve ihale dokümanının verilmesi işlemlerine yönelik başvuru ehliyetinin bulunduğu sonucuna varılmıştır”. Kamu İhale Kurul Kararı, 2009/UY.III-2330

⁸⁶ Kamu İhale Kurul Kararı, 2006/UH.Z-3007

10-Açık İhale Usulü İle Yapılması Gerekmesine Rağmen Pazarlık Usulü İle Yapılan İhalelere Örnekler

Son yıllarda kamu sağlık kuruluşlarının tıbbi sarf malzemesi ihalelerinde açık ihale usulünün terkedildiği ve pazarlık usulü ile ihale yönteminin uygulandığı görülmektedir ki bu tür ihale uygulamalarının da hukuka aykırı olduğu düşünülmektedir. Nitekim bu konuda önceki yıllarda pazarlık usulü kullanılmak suretiyle yapılan ihaleler iptal edilmiştir.

Kamu sağlık kuruluşları, yıllık ihtiyaç listelerini belirleyerek bu ihtiyaçları karşılayacak vasıfları haiz cihaz ve kitlelere ait teknik şartnameleri uzman hekimlerince, idari şartnamelerini ise idarece belirleyerek yapılacak ihaleye ilişkin olarak Kamu İhale Kurumu'ndan uygunluk izni talep etmektedirler. Kamu İhale Kurumu'nun uygun görmesi halinde, hastaneler tıbbi cihaz firmalarından, diğer hastanelerden ve Ticaret ve Sanayi Odası'ndan muadil ürünlerin birim fiyatlarını temin ederek yaklaşık maliyet oluşturmakta ve bunu Kamu İhale Kurumu'nda yayınlanmak üzere ilan etmektedir. Bu süre zarfında ve yaklaşık maliyet aşamasında ilgilenen firmalar itirazlarını yapmak veya Kamu İhale Kurumu'na şikayet başvurusunda bulunmak suretiyle şartnamelere müdahale edebilmektedir. Sağlık kuruluşunun veya şirketin haklılığına göre ihaleler onaylanmakta veya iptal edilmektedir. Sağlık kuruluşlarının, tıbbi sarf malzemeleri ile test ve tetkik sarf malzemesi gibi ihtiyaçlarını önceden planlayarak 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda sayılan temel ihale usulleri ile temin etmeleri esastır. Bu bağlamda sağlık kuruluşlarında tıbbi cihaz ve malzemelerin temel temin esası açık ihale usulüdür⁸⁷.

Sağlık kuruluşlarının tıbbi sarf malzemesi alımlarında olduğu gibi geçmiş yıllarda Belediyeler (özellikle İstanbul Büyükşehir Belediyesi) tarafından yapılan ihalelerde de "açık ihale" usulüne tabi ihalelerin "pazarlık" usulü ile yapıldığı ancak Kamu İhale Kurulu tarafından bu ihalelerin aslında yanlış usulle yapıldığının da tespit edildiği⁸⁸ görül-

⁸⁷ Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı : 2007-2-87, Karar Sayısı : 08-74/1180-455

⁸⁸ Kurul tarafından verilen kararda aslında bu hukuka aykırılığın ihalenin "iptal edilmesini" gerektirmesine rağmen iptal kararı verilmesi mümkün olmadığından (ihale ile ilgili olarak sözleşmenin imzalanmış olması, şikayet/itirazın şikayet süresi içerisinde işin ifasına başlanması nedeniyle) Kurul tarafından "tespit edilen mevzuata aykırılıkların idareye bildirilmesine" karar verilmiştir. Ayrıca Kurul üyesi Adem Kamalı'nın bu konudaki muhalefet şerhine rağmen (mevzuata aykırı-

mektedir. Bu ihaleler öncesinde İstanbul Valiliği ile İstanbul Büyükşehir Belediyesi arasındaki yazışmalar da oldukça dikkat çekici olup ihalelerin pazarlık usulü ile yapılmasında bu Valilik yazısı gerekçe gösterilmektedir. İstanbul Valiliği tarafından Büyükşehir Belediye Başkanlığına yazılan yazıda⁸⁹;

“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 güzergahlarının 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”.

Ancak İstanbul Valiliği’nin ihalenin ivedilikle yapılmasına yönelik yukarıda belirtilen ifadeleri; işin pazarlık usulü ile yapılmasına gerekçe olamayacağı gibi Kurul kararında ifade edildiği üzere ihale sürecinde idarelerce yapılan işlemler için “**ivedi**” olup olmadığı konusunda tereddütleri de beraberinde getirmektedir. Zira bu kadar hayati öneme ve ivediliğe sahip işlerin, Valilik yazısından 16 ay sonra pazarlık usulü ile ihale edilmeye çalışılması aslında bahse konu işlerin ivedilikle ihale edilmeyi gerektirmeyen işler olduğu konusundaki en büyük kanıttır⁹⁰. Kurul kararında; “Ani ve beklenmeyen veya idarece önceden öngörülemeyen olayların “ortaya çıkması” halinde pazarlık usulünün

rılıkların idari ve/veya cezai yönleriyle gereği yapılmak üzere İçişleri Bakanlığına bildirilmesi gereği) bahse konu hukuka aykırılıklarla ilgili İçişleri Bakanlığı’na da bildirim yapılmamıştır.

⁸⁹ Kamu İhale Kurulu Kararı, 2008/UY.Z-104

⁹⁰ Söz konusu ihaleye ilişkin itirazın şikayet başvurusu İstanbul Üniversitesi İktisat fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkiler Bölümü Öğretim Üyesi Prof. Dr. Recep Seymen tarafından yapılmış ve sayın Profesör tarafından bu şekilde İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı’nın ihaleleri ile ilgili 7 adet hukuka aykırı işlemi tespit ettirilmiştir. Bknz. Kamu İhale Kurulu Kararı, 2009/UY.Z-99 Kamu İhale Kurulu Kararı, 2009/UY.Z-100 Kamu İhale Kurulu Kararı, 2009/UY.Z-101 Kamu İhale Kurulu Kararı, 2009/UY.Z-102 Kamu İhale Kurulu Kararı, 2009/UY.Z-103 Kamu İhale Kurulu Kararı, 2009/UY.Z-104 Kamu İhale Kurulu Kararı, 2009/UY.Z-105

kullanılabileceği hükmü dikkate alındığında; incelemeye konu ihalenin bu nitelikte bir olay olmadığı, ihalenin açık ihale usulü ile yapılabileceği, ayrıca idarenin pazarlık usulünü seçmesinin gerekçesi olarak gösterilen artan trafik hacminin meydana getirdiği olumsuzlukların ortadan kaldırılması ve trafiğin kanalize edilmesi hususunun “ani ve öngörülme” bir olay olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığı” hususlarına vurgu yapılmıştır.

Kanaatime göre aşağıda verilen Kurul karar örneklerinde uyumsuzluğa konu olan ve pazarlık usulü ile yapılan ihalelerin “açık ihale” usulü ile yapılması gerekmektedir. Pazarlık usulü ile ihale yapılmasının “**konu yönünden**” kapsamına girmeyen aşağıdaki ihaleler pazarlık usulü ile yapılarak rekabet şartlarının oluşturulmadığı, kamu kaynaklarının verimli kullanılıp kullanılmadığının denetlenemediği bir ortamda ihaleler gerçekleştirilip sonuçlandırılmıştır.

&- T.C. Başbakanlık Toplu Konut İdaresi Başkanlığı tarafından **pazarlık usulü ile yapılan** “İstanbul Şişli Seyrantepe Arazisinde 52.000 Kişi Kapasiteli Stadyum ve 4.500 Adet Otoparktan Oluşan Spor Kompleksi İnşaatının İkmali” yapım işi ihalesi⁹¹,

&- Mardin Valiliği Milli Eğitim Müdürlüğü tarafından 11.05.2009 tarihinde **pazarlık usulü ile yapılan** “Mardin Merkez Kız Meslek Lisesi Bahçe ve Çevre Düzenlemesi” ihalesi⁹²

&- İstanbul Valiliği İl Sağlık Müdürlüğü tarafından 17.11.2009 tarihinde **pazarlık usulü ile yapılan** “75 Adet Ambulans Alımı” ihalesi⁹³

&- Adana Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü tarafından 28.05.2010 tarihinde **pazarlık usulü ile yapılan** “Atıksu Arıtma Tesislerinin Bakım Onarım ve İşletilmesi Hizmeti İş” ihalesi⁹⁴

&- Emlak Konut Gayrimenkul Yatırım Ortaklığı A.Ş. tarafından 22.02.2010 tarihinde **pazarlık usulü ile yapılan** “İzmir Mavişehir Kuzey Üst Bölge 2. Etap Konutları İle Adaiçi Altyapı ve Çevre Düzenlemesi İkmal İnşaatı İş” ihalesi⁹⁵

⁹¹ Kamu İhale Kurulu Kararı, 2009/UY.İı-2330

⁹² Kamu İhale Kurulu Kararı, 2009/UY.İı-1809

⁹³ Kamu İhale Kurulu Kararı, 2009/UM.İı-3134

⁹⁴ Kamu İhale Kurulu Kararı, 2010/UH.İı-1823

⁹⁵ Kamu İhale Kurulu Kararı, 2010/Uy.İı-1589

İSKİ Genel Müdürlüğü tarafından 17.03.2010 tarihinde 21 inci maddenin (b) bendi uyarınca **pazarlık usulü ile yapılan** “Asya Bölgesi Abonelerinin 180 Gün Süre İle Sayaç Endekslerinin Tespiti ve Fatura Dağıtımı” ihalesi⁹⁶

Aslında kamu ihalelerinde açık ihale usulünden ziyade belli kişiler arasında ihale yapma alışkanlığı Türk Kamu Yönetiminde siyasi iktidarların sıklıkla başvurduğu bir yöntemdir. Geçmişte bu konu Bakanların Anayasa Mahkemesi huzurunda yüce divan sıfatıyla yargılamalarına⁹⁷ da sebebiyet vermekle birlikte zaman içerisinde gücü elinde bulunduran siyasi iktidarların kendi yandaşlarına para aktarma usulü olarak kullanılan davetiye/pazarlık yoluyla ihale sisteminden hiçbir zaman vazgeçilememiştir.

⁹⁶ Kamu İhale Kurulu Kararı, 2010/UH.III-1278 (Bu ihale daha sonra KİK tarafından başka bir gerekçe ile iptal edilmiştir)

⁹⁷ Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunun 9.11.2004 tarihli 15 inci Birleşiminde görüşülerek Bayındırlık ve İskan eski Bakanı KA' nın; Bakanlığı döneminde, ihalelerin tamamen istisnai ihale usulünün uygulanmasının kural haline getirildiği, böylelikle istisnai ihale usulünün uygulanmasının kural haline getirildiği, önceleri asgari 20 veya daha fazla firma ihaleye çağrıldığı halde bu dönemde 3 ila 10 firmanın davet edildiği, davet edilen firmalar arasında ortaklık ve akrabalık ilişkileri ile adres birlikliklerinin olduğu, ihalelerde yapılan kırımların (daha önceki ve sonraki dönemlerde ortalama % 20'nin altına düşmediği halde) ortalama % 10'lara düştüğü, niteliği gereği ancak belli nitelikteki firmalardan birine verilmesi gerekli işlerin istenilen nitelikleri taşımayan firmalara verildiği, ayrıca sair nedenlerle 2886 sayılı Kanununun 2 nci maddesinde öngörülen rekabet ve açıklık ilkesine aykırılık oluşturulduğu, kanunların tanıdığı takdir hak ve yetkisinin Kanununun amacına uygun kullanılmadığı, Bakanlıkta meydana gelen haksızlık, yolsuzluk ve usulsüzlükleri önleme noktasında gerekli ve yeterli önlemleri almayıp denetimleri yapmadığı ve bu nedenlerle kamunun zararına sebebiyet verdiği, Belli istekliler arasında davetiye usulüyle yapılan ihalelerin bazılarında “bu firma ile ilgilenin” diye Müsteşar Yardımcısı SA ile Danışmanı SD' ye talimat verdiği ve ilgili ihalenin bilahare ismi verilen firmalara verildiği, Bakanlıktaki uygulamaların ihalelerle ilgili gizli ittifak oluşumuna sebebiyet verdiği ve bu suretle de kamunun zararına neden olduğu,bu nedenlerle; adı geçenin bu fiil ve davranışlarıyla Türk Ceza Kanununun 240 inci ve 366 ncı maddeleri ile 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanununun 13 üncü maddesini ihlal ettiği kanaat ve sonucuna varılarak, bu maddelerden muhakeme edilmek üzere, Anayasanın 100 üncü maddesi uyarınca Yüce Divana sevkine 2 geçersiz, 8 boş, 3 çekimser ve 9 red oyuna karşılık 408 kabul oyuyla karar verilmiştir.” Türkiye Büyük Millet Meclisininin 12.11.2004 gün ve 25641 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan kararı şöyledir: “Karar No: 827 Karar Tarihi: 9.11.2004 Yüce Divan'a sevk edilen Sayın Bakan daha sonra burada yapılan yargılamada Beraat etmiştir. Bknz. Anayasa Mahkemesi Yüce Divan Kararı Esas Sayısı: 2004/4 (Yüce Divan) Karar Sayısı: 2007/2 Karar Günü : 5.10.2007

11- Pazarlık Usulü ile Bir Vurgun Örneği Olarak “Ali Dibo” Olayı

Kamuoyunda pazarlık usulü ile yapılan ihaleler nedeniyle bir “yolsuzluk ekonomisi oluşturulduğuna” yönelik en büyük algı; ALİ DİBO olayı olarak adlandırılan ve Hatay ilinde gerçekleştirilen 271 Kamu İhalesinin bir siyasi partinin yöneticileri arasında paylaştırıldığı şeklindeki iddialar üzerine oluşmuştur. Söz konusu siyasi partinin Grup Başkanvekili olan bir milletvekilinin il yöneticilerine el yazısı ile yazmış olduğu bir nottan yola çıkılarak yapılan soruşturma sonucunda; Hatay Valiliği tarafından kaymakamlıklar, Sağlık, Milli Eğitim, Bayındırlık, Vakıflar Bölge ve Mahalli İdareler Müdürlüklerinden gelen bilgiler sonucunda toplam 271 ihale ile ilgili olarak⁹⁸;

- 1- Siyasi Parti İlçe Yönetim Kurulu üyesi ÖA’ya; Antakya Devlet Hastanesi ve Doğumevi yufka ekmek, yiyecek, genel temizlik, güvenlik ihtiyaçları; Köy Hizmetleri ve belediyeye araç kiralama; Yayladağ Lisesi hizmet alımı olmak üzere toplam 16 İhale,
- 2- Siyasi Parti Eski İl Gençlik Kolları Başkanı, Belediye Meclis üyesinin kardeşi Öİ’ye; Sağlık Müdürlüğü; Reyhanlı, Kırıkhan, Dört Yol, İskenderun, Körfez, Antakya, Hatay devlet hastaneleri; İskenderun ve Antakya doğumevleri; SSK Antakya Hastanesi tıbbi cihaz, malzeme, ilaç alımı olmak üzere toplam 169 ihale,
- 3- Siyasi Parti İlçe Yönetim Kurulu üyesi İZ : Antakya Doğumevi tıbbi malzeme, kumaş alımı; belediye araç kiralama; Hassa Hastanesi temizlik ve otomasyon hizmetleri olmak üzere toplam 10 ihale,
- 4- Siyasi Parti İl Disiplin Kurulu Üyesi MB : Karlısu, Salmanaşağı, Çökak, Kışlak, Çabala ilköğretim okulları inşaatları; Köy Hizmetleri hidrofor tesisi yapımı; sağlık ocağı inşaat ve onarımı olmak üzere toplam 10 ihale,
- 5- Siyasi Parti İl Sekreteri YS: Devlet Hastanesi demirbaş alımı, İl Sağlık Müdürlüğü koltuk alımı, sağlık ocağı onarımı olmak üzere toplam 3 ihale,

⁹⁸ Bu olayı ilk kez Hürriyet Gazetesi yazarı Şükrü Küçükşahin ortaya çıkarmıştır. “Bu da Ali Dibo’nun Resmi Belgesi”, Küçükşahin-23.03.2006 Hürriyet, “KİK, Ali Dibo’da Game Over Dedi” Küçükşahin, 30.11.2006 Hürriyet.

- 6- Siyasi Parti İl Yönetim Kurulu üyesi HÖ: Bayındırlık, Vakıflar, MİT Antakya, MİT İskenderun binaları ile İskenderun Cezaevi onarımları; Kaletepe ilköğretim okulu inşaatı olmak üzere toplam 7 ihale,
- 7- Siyasi Parti İlçe Yönetim Kurulu üyesi AS: Doğumevi tavuk eti alımı olmak üzere toplam 8 İhale,
- 8- Siyasi Parti İl Yönetim Kurulu üyesi MT: MEB kitap dağıtımı; kırtasiye alımı, Antakya Devlet Hastanesi ve Doğumevi büro kırtasiye malzemeleri olmak üzere toplam 11 ihale,
- 9- Siyasi Parti İlçe Yönetim Kurulu üyesi MH: Antakya Belediyesi ile İl Sağlık Müdürlüğü araç ve ambulans kiralama, sigortalama olmak üzere toplam 12 ihale,
- 10- Siyasi Parti İlçe Yönetim Kurulu üyesi ŞÇ: Antakya Devlet Hastanesi demirbaş, doğumevi büro malzemeleri alımı olmak üzere toplam 2 ihale,

Açık ihale usulüne tabi olmasına rağmen pazarlık usulü ile ihale edilmiştir.

2006 yılında ilk kez ortaya çıkan ve Hatay ilindeki kamu ihalelerinin, açık hale usulüne tabi olmasına rağmen “pazarlık usulü” ile belli bir siyasi partinin mensuplarına dağıtılmasına ilişkin olan yüzlerce ihale ülkemizde “ihale usulü” üzerinde yapılan bir sistemli yolsuzluk uygulamasına güzel bir örnek niteliği taşımaktadır. Bu ihale yolsuzlukları tamamen basında yer alan haberler ihbar kabul edilerek ve Kurum’un resen başlattığı incelemeler sonucunda ihale iptal kararları ile sonuçlanmıştır. Ancak ilerleyen zamanlarda “düzenleyici denetleyici otorite” olarak kabul edilen Kamu İhale Kurumu’ nun bu tür haberleri ihbar kabul ederek resen inceleme yapma yetkisi de maalesef kanun değişikliği ile elinden alınmış ve ihale yolsuzlukları ile mücadelede Kurum’un yetkilerine büyük bir darbe vurulmuştur. Geline nokta itibariyle bu gün Kamu İhale Kurumu hiçbir şekilde pazarlık usulünde ihaleye davet edilenler dışındaki kişilerin itirazen **şikayet** başvurularını işleme almamakta, söz konusu “danışıklı” ihalelerde de zaten ihaleye davet edilenler hiçbir şekilde birbirleri hakkında Kamu İhale Kurumu’na itirazen şikayet başvurusunda bulunmamaktadırlar.

11- Pazarlık Usulü İle Yapılan İhalelerde Kaynakların Verimli Kullanılması İlkesinin İhlali

Kanun'un "Temel ilkeler" başlığını taşıyan 5'inci maddesine göre idareler, yapacakları ihalelerde kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumlu tutulmuşlardır. Kamu kaynaklarının ihale yoluyla etkin, verimli ve tutumlu harcanması gelir bütçesine de katkı sağlamaktadır⁹⁹. Bu çerçevede kaynakların verimli kullanılması kamu kaynaklarının harcanmasına esas teşkil eden yaklaşık maliyetin isabetli hesaplanmasının önemini ortaya çıkarmaktadır. Yaklaşık maliyet kamu kaynaklarının harcanmasında kamu yararı ile doğrudan ilişkili bir kavram olup yüksek fiyatlardan değil makul fiyatlar üzerinden kamu adına mal ve hizmet temininin sağlanması açısından önemlidir. Dolayısıyla ihaleye katılan isteklilerin tekliflerinin değerlendirilmesinde ihale yetkililerinin özel çıkar ve yararları değil kamu yararını esas alan bir eleme/değerlendirme/hesaplama yöntemi uygulamaları büyük önem taşımaktadır. Aksi uygulamalar ihale yetkililer hakkında idari ve cezai sorumluluk doğmasına da sebebiyet verecektir¹⁰⁰.

Kanun'un "Yaklaşık maliyet" başlığını taşıyan 9'uncu maddesine göre; "Mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalesi yapılmadan önce idarece, her türlü fiyat araştırması yapılarak katma değer vergisi hariç olmak üzere yaklaşık maliyet belirlenir ve dayanaklarıyla birlikte bir hesap cetvelinde gösterilir. Yaklaşık maliyete ihale ve ön yeterlik ilânlarında yer verilmez, isteklilere veya ihale süreci ile resmî ilişkisi olmayan diğer kişilere açıklanmaz".

⁹⁹ Doğanyığıt- İhalenin Ruhu-Yaklaşık Maliyetin Gizliliği, s. 99.

¹⁰⁰ "...en düşük teklif sahibi iki isteklinin teklifinin ihale komisyonunca mevzuata aykırı şekilde değerlendirme dışı bırakılarak, ayrıca birim fiyat teklif cetvelinde aritmetik hata bulunmayan en düşük teklif sahibi istekliyi aritmetik hata bulunduğu gerekçesiyle değerlendirme dışı bırakarak ihalenin 366.966,84 TL yüksek teklif veren istekli üzerinde bırakılmasına neden olduğu anlaşılmıştır. 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun "Temel İlkeler" başlıklı 5 inci maddesine göre idarelerin, ihalelerde saydamlık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik ve ihtiyaçlarının uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumlu olması gerektiğinden, söz konusu ihalede idare tarafından yukarıda sayılan temel ilkelere aykırı işlem tesis edildiği sonucuna varılmıştır. Mevzuata aykırı işlemlerle ilgili olarak sorumluluğu bulunanlar hakkında gerekli inceleme ve/veya soruşturma yapılmak üzere konunun İçişleri Bakanlığı'na bildirilmesi gerekmektedir. Kamu İhale Kurulu Kararı, 2012/UH.II-921.

İdareler her türlü fiyat araştırması yaparak açacakları ihalenin yaklaşık maliyetini belirlemeleri gereklidir. İdareler, yaklaşık maliyetin tespitinde geçmiş yıllarda şekillenen sözleşme fiyatlarından, meslek odası ve kamu kurumlarının yayınladığı birim fiyatlardan, bakanlık tebliğlerindeki fiyatlardan, konusunda deneyimli yüklenici veya alt yüklenici olarak faaliyet gösteren kişi ve kuruluşlardan alınacak ihale konusu işe benzer nitelikteki işlere ilişkin maliyetlerden ve idarenin piyasa araştırmasına dayalı rayiç ve fiyat tespitlerinden yararlanabilirler. Bu yöntemlerden biri, birkaçı, tamamı kullanılarak yaklaşık maliyetin belirlenmesi mümkündür. Bir yöntemin diğerine göre uygulama önceliği bulunmamaktadır. Dolayısıyla yaklaşık maliyetin tespitinde karayolları, bayındırlık, DSİ gibi kamu kurumu analiz ve rayiçlerinin kullanılması zorunluluğu bulunmamaktadır¹⁰¹.

Kanun'un 36/2'nci fıkrası uyarınca yaklaşık maliyetin, istekli teklifleri ile birlikte açıklanması gerektiğinden yaklaşık maliyetin gizliliği ilk oturumda sona ermektedir. İhale zarfları açılıp teklifler açıklandıktan sonra ihale komisyonu idarenin ihale öncesi tespit ettiği yaklaşık maliyeti açıklamak durumundadır. Pazarlık usulü ile yapılan ihalelerde yaklaşık maliyet, son yazılı teklifler ile birlikte açıklanması gereklidir¹⁰².

Yaklaşık maliyetin hesaplanması, pazarlık usulü ile yapılan ihalelerde daha da fazla önem kazanmaktadır. Zira yaklaşık maliyete ilişkin fiyat araştırması yapılması aşamasında kendilerinden fiyat talep edilen kişiler daha sonra pazarlık usulünde ihaleye davet edilerek fiyat rekabeti ile kaynakların verimli kullanılması ilkesi ihlal edilmekte, yaklaşık maliyet hesabında görüş belirten kişiler daha sonra ihale aşamasında istekli sıfatı ile ihaleye taraf olmaktadır. İlan yapılmayan pazarlık usulü ile ihalelerde 3. kişilerin katılımına ve fiyat teklifine de izin verilmediğinden, yaklaşık maliyet hesabında kendilerinden fiyat araştırması yapılan kişiler tekrar pazarlık aşamasına davet edilerek ancak bu kişiler tarafından teklif edilen fiyatlar etrafında bir ihale fiyatı ortaya çıkmaktadır. Bu şekilde bir yolsuzluk döngüsü ihale sürecinin tamamına egemen olmakta; yaklaşık maliyet hesabından başla-

¹⁰¹ Doğanığiit- İhalenin Ruhu-Yaklaşık Maliyetin Gizliliği, S. 96.

¹⁰² Doğanığiit- İhalenin Ruhu-Yaklaşık Maliyetin Gizliliği, S. 97.

arak, ihaleye davet, fiyat teklifi vb. tüm aşamalar (önceden kazananı belli olan) danışıklı fiyat teklifleri etrafında şekillendirilmektedir.

Açık ihale usulüne tabi olmasına rağmen pazarlık usulü ile yapılan ihalelerde **“ekonomik açıdan en avantajlı teklifin”** belirlenmesi de oldukça zorlaşmaktadır. Zira rekabet ortamının tam olarak sağlanmadığı, ilan ve katılım ilkelerinin sınırlandırıldığı bir ihale söz konusudur. Kanun’un 40’inci maddesine göre yapılan değerlendirme sonucunda ihale, **ekonomik açıdan en avantajlı teklifi** veren isteklinin üzerinde bırakılmaktadır. 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 belirlenmektedir. Ekonomik açıdan en avantajlı teklifin fiyat dışındaki unsurlar da dikkate alınarak belirleneceği ihalelerde, ihale dokümanında bu unsurların parasal değerlerinin veya nispi ağırlıklarının da belirlenmesi gerekmektedir. pazarlık usulünde bu değerlendirmeler sadece davet edilen 3 istekli arasında yapılabilmekte iken açık ihale usulü uygulamasında istekli olabilecek daha fazla kişi arasında bir değerlendirme yapılması imkanı vardır.

Pazarlık usulünde olduğu gibi ihaleye katılımı sınırlayan kurallar, daha az sayıda taraf olması halinde tarafların anlaşmasının ve anlaşmayı sürdürmesinin daha kolay olması nedeniyle danışıklılığı arttırabilmektedir. İhaleye katılımın az olması, katılımcılar arasında bir kartel anlaşması yapılmasının maliyetini düşürmekte, az sayıda katılımcı ile tarafların koordinasyonu ve anlaşmanın bozulması halinde ceza mekanizmasının işletilmesi daha kolay olmaktadır. Katılımcı sayısı arttığıında ise, anlaşmaya uymayanların tespiti zorlaşacağı için, anlaşma taraflarının anlaşmaya uymayarak kendi kazançlarını arttırma güduları artacaktır¹⁰³. Bu çerçevede pazarlık usulünde en az 3 kişi davet edilerek yapılan ihalelerde katılımcılar arasındaki muhtemel kartel anlaşmalarına da zemin hazırlanmaktadır.

12- İhale Yetkililerinin İdari ve Cezai Sorumluluğu

Açık ihale usulüne tabi olmasına (Pazarlık usulüne tabi olmama-

¹⁰³ Ünübol, s. 43

sına) rağmen ihale yöntemi olarak pazarlık usulünün tercih edilmesi pek çok hukuki sonucu beraberinde getirmektedir. En başta pazarlık usulünün pek çok alanında ilan yapılmamakta ve sadece 3 isteklinin daveti ile ihale yapılmaktadır. Çoğu uygulamada görüldüğü üzere ihale yetkilileri kendi davet ettikleri kişiler dışında diğer 3. Kişilere ihale dokümanını satmaktan dahi imtina etmektedirler. Kanunda ihaleye davet edilecek isteklilerin alt sınırı belirlendiği halde pazarlık usulü ile yapılacak ihaleye katılacak isteklilerin üst sınırına ilişkin bir belirleme yapılmamıştır. Bu nedenle pazarlık usulünde talep eden her kişiye ihale dokümanı satılabileceği gibi ihaleye katılmalarının engellenmesi de mümkün değildir. Ancak ülkemiz uygulamasında kapalı kapılar arkasında sadece davet edilen 3 istekli arasında (çoğunlukla danışıklı tekliflerle) yapılan pazarlık usulü ihaleleri, Kanun’un 5’inci maddesindeki temel ilkelere tamamen aykırılık teşkil etmektedir. İhalelerde rekabet ortamı, açıklık, şeffaflık sağlanamadığı gibi kamu kaynaklarının verimli kullanılıp kullanılmadığı da belli değildir.

Kanun’un 17’nci maddesinde düzenlenen yasak fiil ve davranışlar incelendiğinde ihale yetkililerinin davranışlarının; “İsteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak” şeklinde kanunda belirlenen yasak fiil ve davranışlara birebir uyduğu görülmektedir. Bu yasak fiil veya davranışlarda bulunanlar hakkında yine Kanun’un 60’uncü maddesindeki idari ve cezai sorumluluğu düzenleyen hükümleri uygulayabilmek mümkündür.

İlgili madde hükmüne göre; ihale yetkilisi ile ihale komisyonlarının başkan ve üyeleri ile ihale işlemlerinden sözleşme yapılmasına kadar ihale sürecindeki her aşamada görev alan diğer ilgililerin; 17 nci maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulduklarının, görevlerini kanuni gereklere uygun veya tarafsızlıkla yapmadıklarının, taraflardan birinin zararına yol açacak ihmalde veya kusurlu hareketlerde bulduklarının tespiti halinde, haklarında ilgili mevzuatları gereğince disiplin cezası uygulanır. Ayrıca, fiil veya davranışlarının özelliğine göre haklarında ceza kovuşturması da yapılır ve hükmolunacak ceza ile birlikte tarafların uğradıkları zarar ve ziyan genel hükümlere göre kendilerine tazmin ettirilir. Bu Kanuna aykırı fiil veya davranışlardan dolayı hüküm giyen idare görevlileri, bu Kanun kap-

samına giren işlerde görevlendirilemezler. 5 inci maddede belirtilen ilkelere ve *İdarelerce uyulması gereken diğer kuralları düzenleyen hükümlere* (62 nci maddede belirtilen kurallara) aykırı olarak ihaleye çıkılmasına izin verenler ve ihale yapanlar hakkında da yukarıda belirtilen müeyyideler uygulanır.

Yukarıda belirtilen hukuki gerekçeler çerçevesinde pazarlık usulüne tabi olmadığı halde kamu ihalelerinin pazarlık usulü kullanılmak suretiyle ihale hukuku ile ilgili temel ilkelerin ihlal edilmesi, talep edenlere ihale dokümanı satılmaması veya ihaleye katılmalarının engellenmesi suretiyle; rekabet, açıklık şeffaflık, ihaleye katılımçılık, kamu kaynaklarının kullanımında verimlilik ilkelerine aykırı hareket eden ihale yetkilileri hakkında 5237 sayılı TCK'nın Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar başlıklı birinci bölümünde düzenlenen 257'nci madde hükmünün (görevi kötüye kullanma/kişilerin mağduriyeti, kamunun zararına neden olunması veya kişilere haksız kazanç sağlama öğelerinin) ihlaline sebebiyet verecek ve ilgili maddeler uyarınca ceza soruşturması açılmasını gerektirecektir¹⁰⁴.

Yargıtay 5. Ceza Dairesi Üyesi Sayın Muhammet Güney'e göre; "Belli bir ihale usulü ile yapılması gereken işin farklı bir ihale usulü ile yapılması durumunda eylemin niteliğinin belirlenmesi önem kazanmaktadır. Mevzuata göre olması gerekenin dışında farklı bir ihale usulünün benimsendiği durumlarda örneğin açık ihale usulü ile yapılması gereken bir ihalenin belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılması veya pazarlık usulü ile yapılması durumunda, hileyle dayanan cebir veya tehdit uygulanarak gerçekleştirilen bir davranış

¹⁰⁴ Mesela Kapalı Zarf Usulüyle Yapılması Gereken Bir İhalenin Sadece Pazarlık Usulüyle Yapılmış Olması, İhaleye Fesat Karıştırma Olarak Değerlendirilmemelidir. Burada Bir Usule Aykırılık, Yerine Göre, Görevi Kötüye Kullanma Suçunu Oluşturma Bağlamında Değerlendirilebilir. Nitekim Yargıtay Tarafından Da İhale Usulünün Yanlış Uygulanmasının Görevi Kötüye Kullanma Suçuna Vücut Vereceği Hüküm Altına Alınmıştır. ("...İhale Konusu Olan 35.194 Kg Dikenli Teli, Kapalı Zarf Yerine, İhale Yasası Hükümlerini Aşmak İçin, Bölerek Pazarlık Yöntemiyle Almadan İbaretle Eylemleri, TCK'nın 240. Maddesinde Tanımlanan, Görevde Yetkiyi Kötüye Kullanma Suçunu Oluşturur" Yargıtay 4.Ceza Dairesi, T.09.02.1998, E:1988/21, K:1998/669). Eğer Hile Yoksa O İşe Özgü Olarak Öngörülen İhale Usulüne Göre Yaptırılmamış Olması, Ceza Hukuku Bakımından Sorumluluğu Gerektirmez. Suçun Oluşması İçin, Herhangi Bir Zararın Oluşması Zorunlu Değildir. Zarar Meydana Gelmesi Dahi, Suç Oluşacaktır. Ancak Zararın Meydana Gelmiş Olması Halinde, Suçun Daha Ağır Cezalandırılması Gerekecektir. Saraç, S. 35-36.

da bulunmadığı için ihaleye fesat karıştırma suçu oluşmayacaktır. Bu tür durumlarda ihaleyi gerçekleştiren kamu görevlileri bakımından görevi kötüye kullanma suçu bağlamında değerlendirme yapmak gerekmektedir”¹⁰⁵.

5237 sayılı Kanun’un “ihaleye fesat karıştırma” başlıklı 235 inci maddesinde, kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihalelere ve yapım ihalelerine fesat karıştıran kişinin, **beş yıldan oniki** yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı hükme bağlanmış ve hangi hâllerde ihaleye fesat karıştırılmış sayılacağı tek tek belirtilmiştir¹⁰⁶. TCK’nın 235’inci maddesi uyarınca “İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek” ihaleye fesat karıştırma suçuna vücut veren fiiller arasında sayılmaktadır. 4734 sayılı Kanunda ihalelerde eşitlik ilkesinin geçerli olacağı işaret olunduktan sonra 10 uncu maddede ihaleye katılacak olanlardan “ekonomik ve malî” yeterliliğin ve “meslekî ve teknik” yeterliliğin belirlenmesi maksadıyla birtakım belgelerin istenilebileceği belirtilmiş, 11 inci maddede de ihaleye katılamayacak olanlar sayılmıştır. Bu durumda, kanunda sayılan yasaklı kişilerden olmayan ve istenilen yeterlilik koşullarını karşılayan herkesin ihaleye katılabileceği hususunda tereddüt bulunmamaktadır. İşte ihaleye katılma yeterliliğine sahip olan kişilerin birtakım hileli davranışlarla ihaleye katılımının engellenmesi hâlinde fesat karıştırma suçu işlenmiş olacaktır¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Güney, S. 152.

¹⁰⁶ TCK’nın 235’inci maddenin gerekçesinde “bu hükümlerle korunmak istenen hukukî değer, kamusal faaliyetlerin dürüstlük ilkesine uygun olarak yürütüldüğüne dair ve özellikle kamu adına yapılan mal ve hizmet alım ve satımı gibi ihale işlemlerinin yapılmasıyla ilgili olarak, kamu görevlilerine duyulan güvendir.” denilerek, kamuoyunda ihalelerde yolsuzluk yapıldığı ve rant sağlandığı yönündeki genel kanaât ortadan kaldırılmaya çalışılmıştır. Diğer taraftan, fiilin zarar meydana gelmemiş olsa dahi cezalandırılması ve failin sadece kamu görevlileri değil diğer kişilerin de olabileceği göz önünde bulundurularak hem kamu idaresinin itibarının hem de devletin ekonomik çıkarlarının korunduğu, dolayısıyla korunan hukukî değerın karma nitelikte olduğu şeklinde görüşler bulunmaktadır. Artuk/Gökçen/Yenidünya, 515-516, Sarıtaş, s. 57.

¹⁰⁷ Sarıtaş, s. 57.

SONUÇ

Kamu hizmetlerinin yürütülebilmesi için gerekli mal ve hizmetlerin satın alınması ile yapım işlerine yönelik ihaleler; fiyat oluşum sürecinde büyük önem taşımaktadır. İhaleler yoluyla belli usuller çerçevesinde, bir bedel karşılığında özel kişilerden satın alınma süreci işletilmekte olup etkin bir kamu alım süreci ile, mal/hizmet alımı ve yapım işlerinin kamu açısından en uygun fiyattan temin edilmesi amaçlanmaktadır. Bu toplumsal refahın da gereği olup rekabet ortamının daraltılması toplumsal refahı tehdit etmektedir. Bu amacın gerçekleştirilebilmesini teminen şeffaf, açık, rekabetçi bir ihale sürecinin işletilmesi gerekir. Kamu ihalelerinde idarenin sözleşmecisi tarafı seçme özgürlüğü bulunmamaktadır. İdare sözleşme yapacağı kişileri keyfi ve sınırsız bir takdir yetkisi ile belirleyemez. Kamu yararı açısından ihale süreçlerinde kamu kaynaklarının en uygun koşullarda ve fiyattan temin edilmesi amacı önem kazanmaktadır. 4734 sayılı Kanun ile getirilen kamu alımlarında esas olan, açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulü olup ihalelerin şeffaf, aleni, serbest rekabet ortamı içerisinde yapılması açısından açık ihale usulü; en uygun ihale usulüdür. Açık ihale usulünden, kanun tarafından sınırlı sayıda belirtilen özel durumlarda vazgeçilebilmekte ve istisnai bir usul olarak pazarlık usulü ile ihtiyaçlar karşılanabilmektedir. Pazarlık usulünde çoğunlukla ilan yapılmamakta olup ihaleye davet edilen 3 istekli ile ihaleler sonuçlandırılmaktadır. Ülkemiz ihale uygulamalarında açık ihale usulüne tabi olması gereken kamu alımlarının büyük çoğunluğu pazarlık usulü ile yapılmakta ve gerek idareler gerekse Kamu İhale Kurumu tarafından bu usulsüzlük görmezlikten gelinmekte, belli kişiler arasında kapalı kapılar arkasında ilan edilmeyen ihalelerin yapılmasına göz yumulmaktadır. 2003 yılından bu zamana kadar 4734 sayılı Kanunda yapılan değişikliklerle pazarlık usulüne tabi bazı ihalelerin ilan edilmesi şartı kaldırılmış, ihale dokümanlarının, sadece ihaleye davet edilen kişilere satılacağına yönelik düzenleme getirilmiş ve ihaleye davet edilmeyen kişilerin ihale süreçlerini şikayet etmeleri de önlenerek kişilerin mahkemelere ulaşma hakkına açıkça engel konulmuştur. Böylece pazarlık usulü ile kaynakların verimli kullanılıp kullanılmadığının denetim imkânı da ortadan kalkmıştır. Şeffaf bir kamu alım sürecinden bahsedilebil-

mesi için pazarlık usulü ile ihalelerin mümkün olan en az sayıya çekilmesi gerekmektedir. Şu anda mevcut olan ihale mevzuatı, pazarlık usulü ile yapılan ihalelerin önlenmesine yönelik pek çok hukuki boşluk içermekte olduğundan ihalelerde şeffaflığı ve rekabeti artıracak, idarelerin uyguladığı ihale usullerinin mevzuata uygun olup olmadığına yönelik denetime imkân verecek yeni yasal düzenlemelere gereksinim bulunmaktadır.

KAYNAKÇA

- Akyılmaz Bahtiyar/Sezginer Murat/Kaya Cemil, Türk İdare Hukuku, Seçkin yayınları 4. Baskı Ankara 2013.
- Alyanak Servet, "Avrupa Birliği Kamu İhalesi Hukukunun Genel İlkeleri" Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Avrupa Birliği ve Uluslararası Ekonomik İlişkiler (Hukuk) Anabilim Dalı. Doktora Tezi Ankara 2009.
- Artuk Mehmet Emin / Gökçen Ahmet, Yenidünya A. Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Bası, Ankara 2007
- Bastık Serdar, Kamu İhalelerinde İdari Başvurular, Uzmanlık Yeterlilik Tezi Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası İnşaat ve Malzeme Genel Müdürlüğü Ankara, Temmuz 2011
- Doğanyığıt, İhalelerin Ruhü-Yaklaşık Maliyetin Gizliliği, s. 99.
- Emek Uğur, :Kamu İhalelerinde Rekabetin Sağlanması ve Korunması, Yayın No DPT:2657, İktisadi Sektörler Ve Koordinasyon Genel Müdürlüğü Hukuki Tedbirler Ve Kurumsal Düzenlemeler Dairesi Başkanlığı Kasım 2002
- Gözler Kemal, İdare Hukuku, C I, 2. Baskı Ekin Kitabevi Bursa 2009.
- Güney Muhammet, Kurumsal ve Ticari Yaşamda Hukuk ve Etik Açısından Yolsuzlukla Mücadele, Seçkin Yayıncılık Ankara 2013.
- Karahanoğulları, Onur İdarenin Hukukla Kavranması, Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme), Turhan Kitabevi 2. Baskı Ankara 2012.
- Kaya Cemil, Kararlarından Hareketle Kamu Yararı Kavramına Danıştay'ın Bakışı, XII Levha yayınları, İstanbul 2011.
- Küçükşahin Şükrü, "Bu da Ali Dibo'nun Resmi Belgesi", 23.03.2006 Hürriyet,
- Küçükşahin Şükrü, "KİK, Ali Dibo'da Game Over Dedi" 30.11.2006 Hürriyet.
- Lüleci Büşra, :Avrupa Topluluğu Kamu İhale Mevzuatı Ve Sorunları, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Avrupa Birliği Ve Uluslararası Ekonomik İlişkiler (Hukuk) Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009.

- Sancaktar Oğuz, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Seçkin Yayınları 2. Baskı Ankara 2012.
- Saraç Onur Alp, Kamu İhale Sisteminde Yasaya Aykırı Durumlar, Ege Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi. İzmir 2010.
- Sarıtaş Hatice, İhaleye Fesat Karıştırma Ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, Sayıştay Dergisi, Sayı: 73
- Sezginer Murat, İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı, Yetkin Yayınevi Ankara 2000. (Sezginer-a).
- Sezginer Murat, İdari İşlem-İcrailik-Ayrılabilir İşlem-Yargısal Denetim, İÜHFİM, C. 69, S.1-2, s. 241-250. (Sezginer-b).
- Ünübol Neyzar, :Kamu Alım Piyasalarının Etkinliğinde Rekabetin Rolü: Rekabetin Korunması, Sağlanması Ve Rekabet Savunuculuğu,
- Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No: 119. Anayasa Mahkemesi Kararı, (Yüce Divan Kararı) Esas Sayısı : 2004/4 Karar Sayısı : 2007/2 Karar Günü : 5.10.2007
- Danıştay 13. Daire, Esas: 2009/4101, Karar: 2010/8217.
- Danıştay 13. Daire, Esas: 2009/4101, Karar: 2010/8217.
- Danıştay 13. Daire, Esas: 2009/4101, Karar: 2010/8217
- Yargıtay 4.Ceza Dairesi, Esas:1988/21, Karar:1998/669).
- Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı : 2007-2-87, Karar Sayısı : 08-74/1180-455
- Kamu İhale Kurul Kararı, 2010/UY.II-1186.
- Kamu İhale Kurulu Kararı, 2009/UY.II-1809,
- Kamu İhale Kurulu Kararı, 2006/UH.Z-1439
- Kamu İhale Kurul Kararı, 2009/UY.I-1030
- Kamu İhale Kurul Kararı, 2006/UY.Z-1930.
- Kamu İhale Kurul Kararı, 2008/UY.Z-104
- Kamu İhale Kurul Kararı, 2009/UY.III-2330
- Kamu İhale Kurulu Kararı, 2006/UM.Z-1901.
- Kamu İhale Kurulu Kararı, 2010/UH.1028,
- Kamu İhale Kurulu Kararı 2010/UH.I-911,
- Kamu İhale Kurulu Kararı 2009/UH.II-3084,
- Kamu İhale Kurulu Kararı 2009/UH.I-1303,
- Kamu İhale Kurulu Kararı 2008/UY.Z-1654
- Kamu İhale Kurulu Kararı, 2012/UH.I-3528.

- Kamu İhale Kurul Kararı, 2009/UY.III-2330
Kamu İhale Kurul Kararı, 2006/UH.Z-3007
Kamu İhale Kurulu Kararı, 2008/UY.Z-104
Kamu İhale Kurulu Kararları, 2009/UY.Z-99
Kamu İhale Kurulu Kararı, 2009/UY.Z -100
Kamu İhale Kurulu Kararı, 2009/UY.Z-101
Kamu İhale Kurulu Kararı, 2009/UY.Z-102
Kamu İhale Kurulu Kararı, 2009/UY.Z-103
Kamu İhale Kurulu Kararı, 2009/UY.Z-104
Kamu İhale Kurulu Kararı, 2009/UY.Z-105
Kamu İhale Kurulu Kararı, 2009/UY.III-2330
Kamu İhale Kurulu Kararı, 2009/UY.II-1809
Kamu İhale Kurulu Kararı, 2009/UM.II-3134
Kamu İhale Kurulu Kararı, 2010/UH.III-1823
Kamu İhale Kurulu Kararı, 2010/UY.III-1589
Kamu İhale Kurulu Kararı, 2010/UH.III-1278
Kamu İhale Kurulu Kararı, 2012/UH.II-921.