

TC.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU YÖNETİMİ ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

İDARENİN MAL VE HİZMET EDİNME
USULLERİNDEN BİRİ OLARAK
KAMU İHALELERİ

Canan GÜNAL
2501070435

TEZ DANIŞMANI
Yrd. Doç. Dr. Şebnem SAYHAN

İstanbul-2011



T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
MÜDÜRLÜĞÜ



TEZ ONAYI

Enstitümüz **Kamu Yönetimi** Anabilim Bilim Dalında ders dönemindeki Eğitim-Öğretim Programını başarı ile tamamlayan **2501070435** numaralı **Canan GÜNAL**'ın hazırladığı "**İdarenin Mal ve Hizmet Edinme Usullerinden Biri Olarak Kamu İhaleleri**" konulu YÜKSEK LİSANS/ DOKTORA TEZİ ile ilgili Tez Savunma Sınavı, Lisansüstü Öğretim Yönetmeliği'nin 15.Maddesi uyarınca **04.01.2011 Salı günü saat 13.00'da** yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin **KABULU**.....'ne* OYBİRLİĞİ /OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	KANAATİ(*)	İMZA
PROF. DR. ZEHREDDİN ASLAN	KABUL	
DOÇ. DR. KAHRAMAN BERK	KABUL	
YRD. DOÇ. DR. ŞEBNEM SAYHAN	KABUL	
YRD. DOÇ. DR. MURAT ÖZLER	KABUL	
YRD. DOÇ. DR. BİLAL ŞİNİK	KABUL	

ÖZ

Devletin ekonomi içindeki ağırlığının, kamu hizmeti anlayışının ve sunum biçimlerinin değişmesiyle kamu kurumları mal,hizmet ve yapım işlerinin teminine yönelik ekonomik faaliyetlerini artan oranda özel sektöre devretmektedir.Bu durum da idarenin mal ve hizmet edinme usullerinden biri olan kamu ihalelerinin kullanımını ve önemini artırmaktadır.

Kamu ihaleleri alanının öneminin artması sonucunda kaynakların kullanımında etkinliğin ve verimliliğin sağlanması amacıyla, hem dünya da hem de Türkiye de kamu ihalelerinde önemli reform çalışmaları gerçekleştirilmiştir. Bu reform çalışmaları ile; rekabetçi, saydam, hesap verebilir, güvenilir ve kamuoyu denetiminin yer aldığı bir kamu ihale sistemi oluşturulması hedeflenmiştir. Bu bağlamda çalışmanın özünü; Türkiye’de reform çalışmalarıyla oluşturulan yeni kamu ihale sisteminin, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 2286 sayılı Devlet İhale Kanunu çerçevesinde incelenmesi ve uluslararası belgelerdeki kamu ihale sistemine uyumunun değerlendirilmesi oluşturmaktadır.

ABSTRACT

With the changes of the state's weight in the economy, and with the shift of the understanding and the types of presenting the public services, the public institutions have been handing over the economic activities related with the getting of the goods, services and the construction affairs to the private sector in an increasing degree. This paves the way for a more important perception of the public procurement that was one of the ways through which the government aims to gain goods and services.

As a result of the increasing significance of the public procurement, and with a goal of creating efficiency and efficacy in using there sources, both in Turkey and in other countries important reforms movements have begun. By the help of these reforms, a competitive, transparent, accountable and open to public audit public procurement system has been targeted. In this contextual framework, the essence of the study consists of both the examination of the new public procurement system which was made by the reform movements within the framework of Public Procurement Law of Number 4734 and with the Law of State Tender of Number 2886. Apart from that, the evaluation of The TurkishCase'sharmony with the other countries is another dimension of this study.

ÖNSÖZ

Çalışmanın amacı, kamu ihale mevzuatının genel yapısı ve kamu ihale sistemine 4734 sayılı Kamu İhale kanunu ile getirilen yasal düzenlemeler üzerine genel açıklamalar yapılarak Avrupa Birliği ve diğer uluslararası düzenlemeler ve uygulamalara uyumun ne ölçüde sağlandığını değerlendirmek, eksiklikleri tespit etmek ve var olan eksikliklerin giderilmesi yolunda çözüm önerileri sunmaktır. Bu bağlamda çalışmamızda kamu hizmeti kavramı ve kamu hizmeti anlayışındaki değişimden kısaca bahsedilerek, hem Türk kamu ihale sistemi hem de Avrupa Birliği, Dünya Ticaret Örgütü ve Birleşmiş Milletlerin kamu ihale sistemi incelenmiştir. Türkiye'deki kamu ihale sistemi incelenirken, hem yeni ve farklı bir anlayışla hazırlanan 4734 sayılı kamu ihale kanunu hem de yeni yasal düzenlemeye rağmen hala yürürlükte olan 2886 sayılı devlet ihale kanunu birlikte ele alınmıştır.

Tez konusu olarak idarenin mal ve hizmet edinme usullerinden bir olan kamu ihaleleri seçmemizin nedeni kamu ihalelerinin bütün dünyada olduğu gibi ülkemizde de sürekli gündemde kalması, birçok değişikliğe uğraması, kamu ihaleleri uygulamalarının giderek artan bir seyir izlemesi, bu durumun da konunun önemini artırarak incelenmesini gerekli kılmasıdır.

Bu tez çalışmasının hazırlanmasında ilgi ve yardımlarını eksik etmeyen değerli danışman hocam Sayın Yrd. Doç. Dr. Şebnem SAYHAN'a sonsuz teşekkürlerimi sunarım.

İÇİNDEKİLER

ÖZ(ABSTRACT).....	iii
ÖNSÖZ.....	iv
İÇİNDEKİLER.....	v
KISALTMALAR.....	x
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

KAMU İHALELERİ KAVRAMI VE 2886 SAYILI DEVLET İHALE KANUNUNDAKİ KAMU İHALE SİSTEMİ

1.1.Kamu Hizmeti Kavramı Ve Kamu Hizmeti Anlayışındaki Değişim.....	4
1.1.1.Kamu Hizmeti Kavramı.....	4
1.1.2.Kamu Hizmeti Anlayışında Değişim.....	5
1.2.Kamu İhaleleri Kavramı.....	7
1.3. 2886 Sayılı Devlet İhale Kanundaki Kamu İhale Sistemi.....	8
1.3.1.Kanunun Kapsamı.....	9
1.3.2.Kanunda Öngörülen Temel İlkeler.....	11
1.3.2.1.Açıklık ilkesi.....	12
1.3.2.2.Serbest Rekabet İlkesi.....	13
1.3.2.3.Uygun Bedel İlkesi.....	14
1.3.3.İhalelere Katılım.....	15
1.3.4.İhale Usulleri.....	16
1.3.4.1.Kapalı Teklif Usulü.....	17
1.3.4.2.Belli İstekliler Arasında Kapalı Teklif Usul.....	18
1.3.4.3.Açık Teklif Usulü(Açık Arttırma ve Eksiltme Usulü).....	19
1.3.4.4.Pazarlık Usulü.....	19
1.3.4.5.Yarışma Usulü.....	20
1.3.5.İhale Sürecinin Ele Alınması.....	20
1.3.5.1.Tahmin Edilen Bedelin Tespiti.....	20
1.3.5.2.Şartnamelerin Verilmesi.....	21

1.3.5.3.İhale Komisyonları.....	23
1.3.5.4.İhalenin İlanı.....	23
1.3.5.5.Tekliflerin Sunulması ve Değerlendirilmesi.....	25
1.3.5.6.İhalenin Kararının Alınması ve Sözleşme Yapılması.....	26
1.3.5.7.Yargısal Çözüm.....	27
1.3.6. 2886 Sayılı Devlet İhale Kanununda Eksiklikler.....	28

İKİNCİ BÖLÜM

4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNU İLE GETİRİLEN KAMU İHALE SİSTEMİ

2.1.Kamu İhale Kanunun Çıkarılış Gerekçeleri.....	31
2.2.Amaç,Kapsam ve İstisnalar.....	32
2.2.1.Kanunun Amacı.....	32
2.2.2. Kanunun Kapsamı ve İstisnalar.....	33
2.3.Kanunun Öngördüğü Temel İlkeler.....	38
2.3.1.Saydamlık İlkesi.....	40
2.3.2.Rekabet İlkesi.....	42
2.3.3.Eşit Muamele İlkesi.....	44
2.3.4.Güvenilirlik İlkesi.....	44
2.3.5.Gizlilik İlkesi.....	45
2.3.6.Kamuoyu Denetimi İlkesi.....	45
2.3.7. Ödeneği Bulunmayan Hiçbir İş İçin İhaleye Çıkılamaması İlkesi.....	46
2.3.8.Kaynakların Verimli Kullanılması İlkesi.....	46
2.3.9.İhalenin Kanuniliği İlkesi.....	46
2.3.10.Mal Alımı, Hizmet Alımı ve Yapım İşleri İçin Ayrı Ayrı Düzenlenmesi.....	47
2.3.11.İhale Konusunun Bölünmezliği İlkesi.....	47

2.3.12.İhtiyaçları Uygun Şartlarda ve Zamanında	
Karşılanması İlkesi.....	48
2.4.İhalelere Katılım.....	48
2.5.İhale Usulleri.....	49
2.5.1.Açık İhale Usulü.....	50
2.5.2.Belli İstekliler Arasında İhale Usulü.....	50
2.5.3.Pazarlık Usulü.....	52
2.5.4.Doğrudan Temin Usulü.....	55
2.6.İhale Sürecinin Ele Alınması.....	58
2.6.1.İhale Şartnamesinin Hazırlanması Aşaması.....	59
2.6.2.Yaklaşık Maliyetin Belirlenmesi Aşaması.....	62
2.6.3.İhale Dokümanının Hazırlanması Aşaması.....	63
2.6.4.İhale Komisyonunun Oluşturulması Aşaması.....	64
2.6.5.İlan Aşaması.....	65
2.6.6.Tekliflerin Sunulması ve Değerlendirilmesi Aşaması.....	69
2.6.7.İhalenin Sonuçlandırılması ve Sözleşme Aşaması.....	70
2.7.Kamu İhale Kurumu, Şikâyetlerin İncelenmesi ve Anlaşmazlıkların	
Çözümü.....	71
2.7.1.Kamu İhale Kurumu.....	71
2.7.2.Şikâyetlerin İncelenmesi.....	72
2.7.3.Anlaşmazlıkların Çözüm.....	75
2.8. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile Getirilen Yenilikler.....	76
2.9. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu İle 2886 sayılı	
Devlet İhale Kanunun Karşılaştırılması.....	77

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ULUSLARARASI BELGELERDEKİ KAMU İHALELERİ DÜZENLEMELERİ ve BU DÜZENLEMELERE GÖRE TÜRK KAMU İHALE SİSTEMİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

3.1.Dünya Ticaret Örgütü'nün Kamu İhalelerine İlişkin Düzenlemeleri....	82
3.1.1.Dünya Ticaret Örgütü Kamu İhaleleri Anlaşması.....	84

3.1.1.1.Dünya Ticaret Örgütü Kamu İhaleleri	
Anlaşmasının Kapsamı.....	84
3.1.1.2.Dünya Ticaret Örgütü Kamu İhaleleri	
Anlaşmasının Getirmiş Olduğu Temel İlkeler.....	85
3.1.1.3.İhale Usulleri.....	86
3.1.1.4.İhale İlanları.....	87
3.1.1.5.Teknik Şartnameler ve Standartlar.....	88
3.1.1.6.Uygun Teklifin Seçimi.....	89
3.1.1.7.Anlaşmazlıkların Çözümü.....	89
3.2.Birleşmiş Milletler UNCITRAL Model Kanunun	
Kamu İhaleleri Düzenlemeleri.....	89
3.2.1.UNCITRAL Model Kanunun Amacı, Kapsamı ve	
İlkeleri.....	90
3.2.1.1.Amaç.....	90
3.2.1.2. Kapsam.....	91
3.2.1.3.İlkeler.....	92
3.2.2.Model Kanunda İhale Yöntemleri.....	92
3.2.2.1.Açık İhale Usulü.....	92
3.2.2.2.Hizmet İhalelerinde Temel Yöntem.....	93
3.2.2.3.Belli İstekliler Arasında İhale Usulü.....	93
3.2.2.4.Maliyet Tahmini İsteme ve Tek Kaynaktan	
Temin Modeli.....	94
3.2.2.5.İki Aşamalı Teklif Verme, Ön Teklif İsteme,	
rekabetçi müzakere.....	94
3.2.3.İhalenin Denetimi.....	95
3.3.Avrupa Birliğinde Kamu İhaleleri.....	96
3.3.1.Avrupa Birliği Kamu İhalesi Politikası.....	96
3.3.2.AB Kamu İhale Mevzuatı.....	97
3.3.2.1.AB Anlaşması ve Kamu İhaleleri.....	98
3.3.2.2.Avrupa Birliği Kamu İhaleleri Direktifleri.....	98
3.3.2.2.1.AB Kamu İhaleleri	
Direktiflerinin Birleştirilmesi.....	99

3.3.2.2.2.Yeni Direktiflerle Getirilen	
Önemli Değişiklikler.....	101
3.3.2.2.3.Direktiflerin Amacı.....	102
3.3.2.2.4.Direktiflerin Kapsamı.....	102
3.3.2.2.5.Direktiflerdeki İhale Usulleri.....	102
3.3.2.2.6.İhalelerin İlanı.....	103
3.3.2.2.7.Teknik Şartnameler ve Standartlar.....	104
3.3.2.2.8.İsteklilerin Seçimi ve	
Teklifin Değerlendirilmesi.....	105
3.3.2.2.9.İhalenin Denetimi.....	105
3.4.Uluslararası Belgelerdeki Kamu İhale Düzenlemelerine	
Göre Türk Kamu İhale Sisteminin Değerlendirilmesi.....	106
SONUÇ VE ÖNERİLER	115
KAYNAKÇA.....	117
EKLER.....	125
EK 1: Avrupa Komisyonu Türkiye 2005 İlerleme Raporu	
Fasıl 5: Kamu İhaleleri.....	125
EK 2: Avrupa Komisyonu Türkiye 2006 İlerleme Raporu	
Fasıl 5: Kamu İhaleleri.....	128
EK 3: Avrupa Komisyonu Türkiye 2007 İlerleme Raporu	
Fasıl 5: Kamu İhaleleri.....	130
EK 4: Avrupa Komisyonu Türkiye 2008 İlerleme Raporu	
Fasıl 5: Kamu İhaleleri.....	132
EK 5: Avrupa Komisyonu Türkiye 2009 İlerleme Raporu	
Fasıl 5: Kamu İhaleleri.....	134
EK 6: Avrupa Komisyonu Türkiye 2010 İlerleme Raporu	
Fasıl 5: Kamu İhaleleri.....	136

KISALTMALAR

AB	:Avrupa Birliği
A.e.	:Aynı Eser
A.g.e.	:Adı Geçen Eser
A.g.m.	:Adı Geçen Makale
AİD	: Amme İdaresi Dergisi
AM	:Anayasa Mahkemesi
AMKD	:Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
AÜHFD	:Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Bs.	:Bası
Bsk.	:Baskı
BM	:Birleşmiş Milletler
C.	:Cilt
ÇED	:Çevresel Etki Değerlendirilmesi
D.	:Daire
DiİK	:Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu

D.D.	: Danıştay Dergisi
DEÜHF	:Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
DTÖ	: Dünya Ticaret Örgütü
E.	: Esas No
GATT	:Tarifeler ve Ticaret Üzerine Anlaşma
GPC	:Government Procurement Code
İHİD	:İdare Hukuku ve İdare İlimleri Dergisi
IMF	:Uluslararası Para Fonu
KİK	:Kamu İhale Kurumu
KİT	:Kamu İktisadi Teşebbüsü
K.	: Karar No
S.	:Sayı
s.	:Sayfa
SHÇEK	:Sosyal Hizmetler Çocuk Esirgeme Kurumu
UNCITRAL	:Uluslararası Ticaret Hukuku Üzerine Birleşmiş Milletler Komisyonu
OECD	:Organization for Economic Cooperation and Development

TCMB :Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası

TEPAV :Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı

Y. :Yıl

GİRİŞ

Dünya tarihsel süreç içinde sürekli bir değişim ve dönüşüm yaşamaktadır. Ancak özellikle 1980'li yıllarda yeni liberal politikalarla birlikte dünya üzerindeki değişimler hızlanmaya başlamıştır. Bu tarihten sonra İkinci Dünya Savaşı sonrası oluşan devlet yapılanması çözülmeye başlayarak yeni devlet yapılanması ve düzeni oluşturulmuştur.

İkinci Dünya Savaşı öncesindeki dönemde Keynesci ekonomi politikaları, sosyal devlet anlayışı ve bunun bir uzantısı olarak devlet müdahaleciliği varlığını sürdürmekteydi. Özellikle tüm dünyayı etkileyen 1929 ekonomik krizi böyle bir anlayışı gerekli kılıyordu.

İkinci Dünya Savaşından sonra kapitalist ekonominin yaşadığı büyüme ve genişleme eğilimi tıkanma sürecine girmişti. Kapitalist ekonominin genişlemenin sınırlarına ulaşması sonucu sermayenin yaşadığı tıkanıklığın aşılması, sermayeye yeni hareket alanları yaratılmasını gerektiriyordu. Bu durum da yeni pazar arayışlarını artırıyordu. Sonuçta değişen koşullar nedeniyle sosyal devlet anlayışının o zamana kadar geçerliliğini koruyan devlet müdahaleciliğinin yerine devleti küçültme anlayışı hakim olmuştur. Ayrıca dünya ekonomisinin 1970'li yıllarda tekrar bir krizle karşılaşması küreselleşme olgusunun ortaya çıkmasına neden olmuştur. Refah politikaları terk edilerek, serbest piyasa temelli politikalar benimsenmiştir. Bu dönemde refah devleti uygulamalarının terkedilmesiyle Dünya Bankası, IMF gibi örgütler ülkelerdeki ekonomik finansmanın sağlanmasında önemli kuruluşlar haline gelmiştir. Tüm bunların etkisi sonucu yeni kamu yönetimi anlayışı oluşturulmuştur.

Yeni kamu yönetimi anlayışının Türkiye'de yansımaları, kamu hizmetlerinin özelleştirilmesi, devleti küçültme, devlet mekanizmasının işleyişine piyasa kurallarını egemen kılma şeklinde olmuştur. Türkiye de yeni liberal politikalar 1980 yılında askeri iktidar döneminde başlatılmış ve ekonomik ve toplumsal yapının dönüştürülmesinde temel alınmıştır. Yeni liberal politikalar döneminde piyasa devlet ilişkilerinde serbest piyasa sisteminin temel alınması, devletin küçültülmesi, kamu harcamalarının azaltılması ve böylece devlet müdahaleciliğinin ortadan kaldırılması amaçlanmıştır. Küreselleşme ile birlikte dünyada ve Türkiye'de kamu sektörünün

mal ve hizmet üretimindeki yeri yeniden tanımlanmaktadır. Sosyal devlet sona erdirilerek devletin artık mal ve hizmet üretiminden çekilmesi, küçük ve etkin olması istenmektedir.

Bu yeni kamu yönetimi anlayışıyla birlikte devletin mal ve hizmet üretiminden çekilmesi sonucu hem Türkiye 'de hem de diğer ülkelerde kamu ihaleleri uygulamaları ve kamu ihalelerine verilen önem artmıştır.

Artan önemi sonucu kamu ihaleleri global düzeyde reforma tabi tutulmuştur. Konuya ilişkin olarak uluslararası kuruluşlar, bugüne kadar çeşitli düzenlemeler yapmışlardır. Bu düzenlemelerin en kapsamlısı Birleşmiş Milletlere bağlı Uluslararası Ticaret Hukuku Üzerine Birleşmiş Milletler Komisyonu (UNCITRAL) tarafından yapılmıştır, Yapılan düzenlemeyle üye devletlere de kamu ihalelerine ait mevzuatın nasıl olması gerektiği konusunda yeni bir model oluşturulmuştur. Daha sonra 1995 yılında Dünya Ticaret Örgütü de ülkelerin kamu ihaleleri konusunda uygulamaları gereken kuralları ve bunlara aykırı olması durumunda uygulanacak prosedürü belirlemiştir. Diğer yandan, AB ise kamu ihaleleri konusunda doğrudan uygulama özelliğine sahip Direktif hükümleri ile kamu ihaleleri sistemini düzenlemiştir.

Ülkemizde de kamu ihaleleri alanında büyük bir reforma gidilmiştir. Bunun arka planında 2001 yılı ekonomik krizi sonrası Dünya Bankası ve IMF ile yapılan anlaşmalar sonucu kamu ihaleleri alanında reform yapılarak çağdaş standartlara uygun bir ihale mevzuatı hazırlanması ihtiyacı ve AB'ye üyelik süreci yer alıyordu. Tüm bunlar bir araya gelerek 2000'li yılların başında başlayan kamu ihaleleri reformu çalışmaları AB Direktifleri ve UNCITRAL Kamu ihale ilkeleri baz alınarak saydamlık ve rekabet adına reform niteliğindeki değişiklikler getiren kamu ihale kanunu hazırlanmıştır.

İşte kamu ihaleleri ile ilgili dünyada ve Türkiye'de gerçekleştirilen değişiklikler, bu değişikliklerin sonucu kamu ihalelerinin işleyişi tezde ele alınmıştır.

Birinci bölümde kamu hizmeti kavramı ve kamu hizmeti anlayışında yaşanan değişim kısaca açıklayarak, ihale kavramı ve kamuya gelir getiren faaliyetlerde uygulanması sebebiyle 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve kanunun içerdiği eksiklikler yer yer mahkeme kararları belirtilerek incelenmiştir.

İkinci bölümde kamu ihale sisteminde reform niteliğinde olan 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun çıkarılış amacı, getirdiği önemli yenilikler ve kanunun içeriği kapsamlı bir şekilde, mahkeme ve Kamu İhale Kurumu kararları ile birlikte açıklanmıştır.

Üçüncü bölümde ise 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun AB, Birleşmiş Milletler ve Dünya Ticaret Örgütü'nün düzenlemelerine paralellik sağlanmak amacıyla çıkarıldığı için bu yasal düzenlemeler genel hatları incelenerek, Türk kamu ihale sisteminin bu düzenlemelere uyumu ve eksiklikleri değerlendirilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

KAMU İHALELERİ KAVRAMI VE 2886 SAYILI DEVLET İHALE KANUNUNDAKİ KAMU İHALE SİSTEMİ

1.1.KAMU HİZMETİ KAVRAMI VE KAMU HİZMETİ ANLAYIŞINDAKİ DEĞİŞİM

1.1.1.KAMU HİZMETİ KAVRAMI

İdare hukukunda çok kullanılan kavramlardan biri olan kamu hizmetinin tanımı konusunda doktrinde genel bir uzlaşma yoktur.¹ Bunun önemli bir nedeni kamu hizmeti kavramının belirsizliği ve kavramı tanımlamanın güçlüğüdür.²

Birçok değişik anlamda kullanılan kamu hizmeti kavramı, kamu yönetiminin uğraş alanının belirlenmesinde yardımcı olan bir kavramdır. Kamu hizmeti “faaliyet,iş,uğraş” anlamında kullanılabildiği gibi, “kamu kuruluşları” anlamında da kullanılabilir. Örneğin, Anayasanın 128. maddesindeki “devletin kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu tüzel kişilerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür” kuralındaki kamu hizmeti “faaliyet,iş,uğraş” anlamında, Anayasanın 70.maddesindeki “Her Türk kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir” kuralındaki “kamu hizmeti” ise kamu kuruluşları anlamına gelir.³Kamu hizmeti kavramı Anayasada iki farklı anlamda yer almasına rağmen, daha çok “faaliyet,iş,uğraş” anlamında kullanılmaktadır.

Sıddık Sami Onar’a göre kamu hizmeti; “Devlet veya diğer kamu tüzel kişileri tarafından veya bunların gözetim ve denetimi altında genel, kolektif ihtiyaçları karşılamak, kamu yararını sağlamak için kamuya sunulmuş olan devamlı ve muntazam faaliyetlerdir”⁴.

¹ Aydın Gülan, “Kamu Hizmeti Kavramı”,*İHD*,Y.1988, S.1-3, s.147

² Bu durum özellikle,2. Dünya Savaşı sonrası idare hukukunda değişimler meydana gelmesi ,liberal anlayışın terk edilip sosyal devlet anlayışının benimsenmesi, sosyal devlet anlayışıyla beraber devlet müdahaleciliğinin artması, iktisadi doktrinlerin etkisi ve bunların sonucunda kamu hizmeti unsurları arasındaki birliğin bozulmasından kaynaklanmaktadır.(A.e.,s.148)

³ Şeref Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*,27.Bs.,Ankara, Turhan Kitabevi, Ekim 2008,s.292.

⁴ Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C.1, 3. Bsk., İstanbul, İsmail Akgün Matbaası,1966,s.13

Karahanoğulları'na göre kamu hizmetleri ise “Toplumsal yaşamın sürdürülebilmesi için gerekli olan toplumsal ihtiyaçları karşılayacak mal ve hizmetlerin üretim faaliyetinin belirli oranlarda piyasa kurallarından bağışık kılarak devlet tarafından üstlenilmesini” ifade eder. Kamu hizmeti devletin işlevleri ya da görevleri olarak ekonomi politikasının ve siyaset biliminin konusunu, kamu malı olarak da kamu ekonomisi ve kamu maliyesinin konusunu oluşturmaktadır⁵

Danıştay'a göre de kamu hizmeti “Devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından veya bunların gözetim ve denetimi altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir.”⁶Anayasa Mahkemesi de ilgili bir kararlarında kamu hizmetlerinin bireysel çıkarlardan farklı ve onun üstünde ya da dışında ortak bir yararı amaçladığını vurgulamaktadır.⁷

Yukarıdaki tüm kamu hizmeti tanımları incelediğimizde bir hizmetin kamu hizmeti sayılabilmesi için gerekli şartları şu şekilde sayabiliriz; bunlardan biri, hizmetin kamuya sunulmuş, kamuya yararlı, sürekli ve düzenli olması; diğeri de hizmetin kamu kuruluşlarınca ya da ilgili kamu kuruluşlarının gözetimi ve denetimi altında özel hukuk kişilerince yürütülmesidir.

1.1.2.KAMU HİZMETİ ANLAYIŞINDAKİ DEĞİŞİM

Özellikle 1980 sonrasında başlayan kamu hizmeti anlayışında ve sunum biçimlerinde değişim günümüzde de devam etmektedir.

İkinci Dünya Savaşı sonrasında, devletin sunduğu mal ve hizmetlerde artış meydana gelmiştir. Bu süreçte artan refahın, devlet müdahaleciliğinin, sosyal devlet anlayışının, Keynesçi iktisat politikalarının da etkisiyle kamu mallarının ve hizmetlerinin tanımı değişmiş, kapsamı genişlemiştir.1974 petrol krizi sonrasında Keynesçi iktisat politikalarınca öngörülmeven stagflasyon ortaya çıkmıştır. Artan işsizlik ile beraber sosyal güvenlik yardım ve harcamalarının sonucunda ekonomide kriz ortaya çıkmıştır.1974 petrol krizi ile derinleşerek ortaya çıkan bu kriz, yeni bir

⁵Onur Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)**,2.Bs.,Ankara,Turhan Kitabevi,2004,s.11

⁶DİİK, 3.10.1996 tarih ve E.1996/79, K.1996/83 sayılı kararı, **DD.**, S. 93, 1997,s.36.

⁷AM.,21.10.1992 tarih ve E.1992/13, K.1992/50 sayılı kararı, **AMKD**, S. 29,s.176,

sermaye birikim modelini beraberinde getirmiştir. Bunun bir sonucu olarak, merkeziyetçi kamu yönetimi modeli de sorgulanmaya başlanmıştır. Krize çare olacak yeni birikim rejiminde kamu harcamalarının ve açıklarının kısılması ve devletin işgal ettiği alanları piyasaya devretmesi düşünceleri ve uygulamaları ağırlık kazanmaya başlamıştır.⁸

Devletin varlığını sürdürdüğü alanları piyasaya devretmesi düşüncelerinden önce sosyal devlet döneminde, hizmet sunum biçimi merkezi yönetimce belirlenen hizmetlerin tüm ülkede tek bir biçimde sunumu olmuştur. Ancak modele tercihlerin sınırlılığı olması, müşteri odaklı bir yaklaşımın olmaması ile düşük verimlilik gibi eleştiriler yapılmaktaydı. Bunların sonucunda gerçekleşen devletin küçültülerek sadece en temel görev alanlarında varlığını sürdürmesi ve birçok alanda doğrudan hizmet sunumundan vazgeçmesi önerileri, kamu hizmeti anlayışında değişikliğe paralel olarak kamu hizmeti üretim yöntemlerinde de değişikliğe neden olmuştur.

Devletin piyasadan tamamen çekilmesi mümkün değildir. Çünkü, kamu kesiminden piyasaya gelen talepler özel kesim için önemli bir pazar oluşturmaktadır. Ayrıca, gelir düzeyinin düşüklüğü ve gelir dağılımındaki eşitsizliklerin olması durumunda kamu kesiminin piyasadan tamamen çekilmesi talebi de düşürecektir. Bu nedenle, kamunun piyasadan tamamen çekilmesi yerine sadece doğrudan üretimden çekilmesi kısaca mal ya da hizmetin özel sektörden sağlanması yolu tercih edilmeye başlanmıştır. Mal ve hizmetlerin özel sektörden sağlanması bir kamu hizmetinin tümüyle özel kesime sundurulması ile olabileceği gibi, kamu yönetiminin sunulması sırasında gerek duyulan bazı mal ve hizmetlerin özel sektörden satın alınması bir başka değişle kamu ihaleleri ile de olabilir.

Sonuç olarak tarihsel süreç içerisinde sosyal, politik ve ekonomik nedenler kamu hizmeti anlayışını ve buna paralel olarak kamu hizmeti üretim biçimlerini de değiştirerek günümüzde kamu ihalelerin artmasına yol açmıştır.

⁸Karahanoğulları, a.g.e., s. 123, İbrahim Atilla Acar, Hüseyin Gül, "1980 Sonrasında Kamusal Mal ve Hizmet Sunumunda Yaşanan Dönüşüm", 22. Maliye Sempozyumu Bildirileri, 10-13 Mayıs 2007, Antalya, s.254

1.2.KAMU İHALESİ KAVRAMI

Devlet özel kişilerle, toplum ihtiyaçlarını karşılamak ve ihtiyaç duyulan mal ve hizmetleri sağlamak amacıyla çeşitli usuller uygulamaktadır. Bu usuller idari faaliyetlerin yerine getirilmesi ile ilgili olarak gerekli olan mal ve hizmetleri sağlamada emanet usulü ile kendi bünyesi içerisinde ihtiyaçları sağlamak olabileceği gibi, bazı durumlarda da bir üçüncü kişiye yasaya uygun olarak yapacağı ihale sonucunda sözleşme imzalayarak bu ihtiyaçları karşılama usulü de olabilir. Günümüzde idare; mal ve hizmet sağlama görevini yerine getirirken sıklıkla kamu ihalelerini kullanmaktadır.

“İhale” sözcüğü, Arapça “havale” sözcüğünden türetilmiş bir sözcüktür ve “bir işi birinin üzerinde bırakma anlamına gelmektedir. İhale, Kanununda yazılı usul ve koşullarla, mal ve hizmet ihaleleri ile yapım işlerinin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakılarak gerçekleşen süreci gösterir.”⁹

Kamu hukuku anlamında ihale, idarelerin piyasayla akdi ilişkiye girmesinde sözleşme yapmaya yönelik iradesini oluştururken ve sözleşme yaparken kamusal usullerin izlendiği özel bir yöntemdir.¹⁰ Bu nedenle ihale, idare hukukuna tabi bir usulü ifade etmektedir. Kamu ihalelerinin tabi kılındıkları kamusal usuller ile, önleyici bir iç denetim mekanizması oluşturularak¹¹ ,idarelerin ilgililere haksızlık etmeleri engellenecektir.

Bir başka tanıma göre de kamu ihaleleri, idarenin görev alanına giren hizmetlerin yürütülmesi amacıyla, finansmanı idare tarafından sağlanmak üzere, gerekli mal veya hizmetlerin veya bir işin kanunda öngörülen usul ve kurallara uymak amacıyla oluşturulan rekabet ortamı içerisinde, katılan adaylardan en uygun teklifi sunan özel bir kişiye yaptırılmasına yönelik olarak, imzalanacak sözleşmelerin oluşum sürecini ifade eden işlemlerdir.¹²

İhale süreci, içerisinde nihai işlem olan ihale kararını meydana getiren halka, işlemlerin de yer aldığı idarenin akdedeceği sözleşmede akidi belirleme

⁹ Burak Oder, “Kamu İhale Hukuku”, *Günışığında Yönetim*, İl Han Özay, İstanbul, 2004, s.449

¹⁰ Karahanoğulları, a.g.e. , s.318

¹¹ Süheyy Derbil, *İdare Hukuku* , C.I (İdari Kaza-İdari Teşkilat) ,İkinci Bs.,Ankara,1948, s.89

¹² Meltem Kutlu, *İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci*, İzmir, DEÜHF Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:75,1997,s.69

faaliyeti olup, sözleşmenin meydana geldiği ana kadar ihale kararının alınması, ihale koşullarının belirlenmesi, şartnamelerin hazırlanması, yaklaşık yahut tahmini bedel tayini, ihale komisyonunun oluşturulması, ihale ilanı, tekliflerin değerlendirilmesi, ihale kararı, ihale kararının onayı gibi birbirini izleyen tek yanlı idari işlemlerden oluşmaktadır.¹³

Bu ihale süreci sonucu ortaya çıkacak sözleşmeler yerleşik mahkeme içtihatlarına göre, idari sözleşme değil özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmekte ve adli yargının görev alanına girmektedir.¹⁴

Sonuç olarak kamu ihalesi kavramından söz edebilmek için öncelikle kamusal harcama yapmaya yetkili bir ihale makamı olan idarenin varlığı, ikinci olarak bu idare lehine bir iş, hizmet veya malzeme sağlanması, üçüncüsü ise idarenin sağlanacak bu iş, hizmet ve malzemenin niteliklerinin ve karşılığının, yani ihale süreci sonucu imzalanacak sözleşmede yer alması gereken tarafların hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesi gerekmektedir.¹⁵

1.3. 2886 SAYILI DEVLET İHALE KANUNUNDAKİ KAMU İHALE SİSTEMİ

Türk hukukunda, şekli anlamıyla ihale hukukunun doğuşu Cumhuriyet Dönemindeki kanunlaştırma hareketiyle olmuştur. 2.6.1934 tarihinde 2490 sayılı Araştırma, Eksiltme ve İhale Hakkındaki Kanun çıkarılmıştır. Bu kanundaki yaklaşım, bugün için geçerli olan ilkelerden daha çok “mali menfaatlerin korunmasına” ilişkindir.¹⁶

Ekonomimizin zamanla büyümesi üzerine, 2490 Sayılı Kanun yetersiz kalmış, 2490 Sayılı Kanuna ek olarak 24.4.1946 tarih ve 4876 sayılı Kanun çıkarılmıştır. Bu kanun ile 41,46 ve 50 nci maddelerde öngörülen parasal sınırlar üç kat yükseltilerek devlet ihalelerinde o zamana göre önemli bir rahatlama sağlanmışsa

¹³ A.e., s.76

¹⁴ Metin Günday, *İdare Hukuku*, Ankara, İmaj Yayıncılık, 2003, s.179, Bu içtihadın yasal temeli bulunmaması ile ilgili olarak bkz. Turgut Tan, “İdare Hukuku ve Tahkim”, *AİD.*, C.32, S.3, 1999, s.23

¹⁵ Kutlu a.g.e., s.69, Şakir Başaran vd., *Kamu İhalelerinde Karşılaşılan Güncel Sorunlar*, İzmir, İzden Yayıncılık, 2009, s.370

¹⁶ Oder, a.g.m., s.16

da bu artış zaman içerisinde önemini yitirmiştir. Daha sonra 2171 sayılı Kanunun verdiği yetkiyle, 26.01.1979 tarih ve 22 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile Temel Kanunun 2, 5, 7, 14, 16, 46, 50, 60, 66. maddeleri değiştirilmiş ve 4876 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmıştır. 2490 sayılı Kanun'un içerdiği katı hükümler, zaman kaybına sebebiyet veren formaliteler ve kamu ihtiyaçlarının karşılanmasında ortaya çıkardığı güçlükler, bazı idareleri bu kanun hükümlerinden kurtulmaya yöneltmiştir. Bu amaçla özellikle yapım işlerinin 2490 sayılı Kanuna tabi olmaksızın yürütülebilmesi için idareler özel kanunlarla istisnai yetkiler sağlamışlardır. Planlı kalkınmanın hızlı ve güvenli bir biçimde yürütülmesi ve kamu ihtiyaçlarının en iyi şekilde temini için 2490 sayılı Kanun'da yapılan değişiklikler ve özel kanunlarla alınan istisnai yetkiler, soruna köklü bir çözüm getirmemiş; uygulamada karşılaşılan sorunları da ortadan kaldıracak şekilde yeni bir düzenlemeye gidilmesi gerekmiştir.¹⁷

Bu nedenlerle 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hazırlanmış ve 08.09.1983 tarihinde kabul edilerek 01.01.1984 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

1.3.1.KANUNUN KAPSAMI

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun kapsam başlıklı 1. maddesinin birinci fıkrasında, genel bütçeye dahil idarelerle katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işlerinin Devlet İhale Kanunu hükümlerine göre yürütüleceği; maddenin ikinci fıkrasında ise, birinci fıkrada sayılan idare ve dairelere bağlı döner sermayeli kuruluşlar ile özel kanunlarla veya özel kanunların vermiş olduğu yetkiyle kurulmuş bulunan fonların yukarıda belirtilen işlerinin nasıl yapılacağı Maliye Bakanlığınca hazırlanarak Bakanlar Kurulunca çıkarılacak yönetmelikte belirleneceği ifade edilmiştir.¹⁸ Mahalli idarelerden il özel idareleri ve belediyeler Kanun kapsamında yer alırken, diğer bir mahalli idare olan köy kanunun kapsamına alınmamıştır.¹⁹ Ayrıca özerk KİT'ler ve sosyal kamu kurumları gibi özerk bütçeli kuruluşlar da kanun kapsamında değildir. Bazı kamu kurumlarının Devlet İhale

¹⁷ Dinçer Gönen , Hikmet Işık, **Kamu İhale Yasası ve İlgili Mevzuat**, Ankara, 2008 ,s.31

¹⁸ **Kamu İhale Kanunu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010, s.97

¹⁹ Aydın Akgül, Devlet İhale Kanunu'ndan Kamu İhale Kanununa (Çevrimiçi)
www.danistay.gov.tr/devlet_ihale_kanunundan_kamu_ihale_kanununa111.htm, 11.09.2009

Kanunu kapsamında olmasına rağmen bazı kamu kurumlarının kapsam dışında bırakılması, kanunla ilgili eleştirilen önemli noktalardan biridir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerini kapsamı altına alarak 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun bu hususlarla ilgili hükümlerini yürürlükten kaldırmıştır. Dolayısıyla yukarıda açıklanan kapsam maddesini "1-Genel bütçeye dahil idarelerin, 2-Katma bütçeli idarelerin, 3-Özel idarelerin, 4-Belediyelerin mal veya hizmet alımları ile yapım işleri dışında kalan alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işleri 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerine göre yürütülür." şeklinde anlaşılması gerekir.²⁰

Diğer taraftan, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu kapsamında bulunan bazı işlere de 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında yer verilmemiştir. Bunlar satım, kiraya verme ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi işlemleridir. 2886 sayılı Kanunun bu işlerle ilgili bazı maddeleri şunlardır:²¹

- Kiraya verme işlemlerinde sözleşme süresi (64. madde)
- Su ürünleri istihsalı hakkı kiralarda süre (65. madde)
- Satılan taşınmaz malların müşteri tarafından adına tescil ettirilmesi (58. madde)
- Müşterilerinin süresi içinde taşınır malları teslim almaması (59. madde)
- Kamu yararına çalışan derneklere taşınmaz mal satımı (72. madde)
- Tarihi ve bedii değeri olan taşınmaz malların kiraya verilmesi (73. madde)
- Tarihi ve bedii değeri olmayan taşınmazlarla ilgili işlemler (74. madde)
- Ecrimisil ve tahliye işlemleri (75. madde)

²⁰Erkan Karaarslan, "Kamu İhale Mevzuatında Kapsam Sorunsalı", **Mali Kılavuz Dergisi**, Nisan 2004, s.16. Mal, hizmet ve yapım işlerinin nelerden oluştuğu 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 4. maddesinde açıklanmıştır. Bu açıklama içerisinde kalan ihaleler Devlet İhale Kanunu kapsamına girmemektedir.

²¹ Abdullah Şimşek; Muhsin Altun, "İhale Kanunu ile Getirilen Değişikliklerin İncelenmesi", **Mali Hukuk Dergisi**, S.102, 2002, s.76

- 2886 sayılı Kanun kapsamındaki kuruluşların 51/g maddesi uyarınca pazarlık usulü ile yapacakları kiraya verme ve mülkiyetin gayrı aynı hak tesis işlemleri

Bu işlemler eskiden olduğu gibi yine 2886 sayılı Kanun çerçevesinde gerçekleştirilecektir.

Kısaca 4734 sayılı Kanun kapsamında yer almayan işlerin ihalelerinde 2886 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması 2886 sayılı Kanun'un yürürlükten kaldırılmadığını, sadece kapsamının daraltıldığını göstermektedir.

Dolayısıyla yukarıda sayılan işlerde 2886 sayılı Kanun hükümleri uygulanacak, örneğin bedel tahmini, ilanlar, ihale işlem dosyasının düzenlenmesi, geçici ve kesin teminat alınması ve iadesi, ihale komisyonlarının onaylanması, sözleşme yapılması gibi işlemlerle tarafların hak ve yükümlülükleri bu kanuna tabi olacaktır. Söz konusu işlerle ilişkin olarak 2886 sayılı Kanun çerçevesinde yayınlanmış bulunan tip sözleşme, şartname ve yönetmelikler de yürürlükte kalacaktır.²²

1.3.2.KANUNDA ÖNGÖRÜLEN TEMEL İLKELER

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 2. maddesinde "ilkeler" başlığı altında devlet ihalelerinde uyulması gereken temel ilkeler şu şekilde sıralanmıştır:

- İhtiyaçların en iyi şekilde, uygun koşullarla ve zamanında karşılanması,
- İhalede açıklık ve rekabetin sağlanması,
- İhale Konusunu oluşturan işlerin kısımlara bölünmemesi²³,
- Farklı istekliler tarafından karşılanması mümkün olan çeşitli işlerin aynı eksiltmede toplanmaması²⁴

²² A.e.,s.77

²³ Kural olarak ihale konusunu oluşturan işlerin kısımlara bölünmemesi esas olmakla birlikte, istekli çıkmadığı takdirde alım şekillerini değiştirecek içerikte olmamak üzere önemli işlerin kısımlara da ayrılması mümkündür. (Muhittin Abacıoğlu, **İhale Kanunu Mevzuatı ve Uygulanması**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2000,s. 27)

²⁴ Ancak ihalelerin ayrı ayrı yapılacağı açıklanması koşuluyla ilanlar bir arada yapılabilir. Bu fıkradaki amaç maliyet, ihtiyaç ve zaman unsurları arasında dengenin sağlanmasıdır. Böylelikle

-İhalelerin kesin zaruret olmadıkça işin mahiyetine göre en uygun fiyatla temini mümkün olan mevsimlerde yapılması

-Arsası temin edilmemiş, mülkiyet ve kamulaştırma işlemleri tamamlanmamış olan ve gerekli olduğu halde imar durumu, tip yapılarda tatbikat, diğerlerinde avan projeleri ve bunlara dayalı keşifleri bulunmayan yapım işlerinde ihaleye çıkılamaması.²⁵

Danıştay 10. D. bir kararında “...Ancak; idare hukukunun kodifiye edilmemiş olmasından kaynaklanan ve gelişen ihtiyaçlara cevap vermesi açısından idari yargı yerlerince geliştirilen bir takım ilkelerin yargı denetiminde dikkate alınması kaçınılmazdır... İhale hukuku açısından bu ilkeler; ihalenin herkese açık olarak yapılması, rekabet kurallarına aykırı olmaması, ihale aşamasında gizliliğe uyulmasıdır...” demek suretiyle ihalelerde uyulması gereken ilkeleri belirtmiştir.²⁶Tüm bu ilkeler ihale aşamasında uyulması zorunlu ilkeler olup, bu ihalelere uyulmamış olması durumunda ihale iptal edilebilecektir.

Kanunun 2. maddesinde sıralanan ilkeleri, kanunun bütünüyle incelediğimizde temel ilkeler olarak açıklık, serbest rekabet ve uygun bedel ilkeleri başlıkları altında ayrıntılı olarak açıklayabiliriz.

1.3.2.1.AÇIKLIK İLKESİ

Açıklık idarenin yapacağı ihaleden konuyla ilgili herkesin önceden haberdar olması demektir. Açıklık ilkesi ilan yoluyla sağlanabileceği gibi, ihale sırasında teklif zarflarının hazır bulunan istekliler önünde yapılması ile de gerçekleştirilebilir.²⁷

Devlet İhale Kanunu, idareler tarafından sözleşme yapılırken ihale işlemlerinin açık bir biçimde yürütülmesi ilkesini benimsemiştir. Bu ilke doğrultusunda Kanunun 17. maddesinde ilanlar ile ilgili olarak ihalenin yapılacağı

ihaleye katılacak olanlar çoğalacak ve rekabete uygun bir ortam sağlanacaktır. Konuyla ilgili olarak bkz. Sayıştay Genel Kurulu Tarafından verilen 1.10.1960 gün ve 1923/1 sayılı karar.(A.e.,s.27)

²⁵ Ancak arsa temin edilmesi, mülkiyet ve kamulaştırma işlemlerinin tamamlanması; bina ve benzeri mahiyetteki inşaatlar dışındaki ihalelerde aranmaz.

²⁶Danıştay 10. D. 28.10.1998 tarih ve E.1996/4274 ve K.1998/5478 sayılı kararı, (Çevrimiçi) <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp> - 10.09.2009.

²⁷ İsmet Giritli, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner, **İdare Hukuku**, İstanbul, Der Yayınları,2001,s.842

yerdeki ilanlar, diğer şehirlerde yapılacak ilanlar, Resmi Gazete ile yapılacak ilanlar şeklinde düzenlemeler getirilerek herkesin yapılacak sözleşmeden haberdar edilmesi amaçlanmıştır.²⁸ Aynı zamanda 40. maddesi ile de, teklif zarflarının ihaleye katılanlar huzurunda açılması öngörülmüştür.²⁹

Kamu ihalelerinin yolsuzluklara açık bir alan olması açıklık bir başka deyişle saydamlık ilkesinin önemini arttırmaktadır. Yukarıda da belirtildiği gibi ilanın ve tekliflerin aleni olarak açılması saydamlığı sağlayarak yolsuzlukları engellemede önemli bir rol oynarken, ihale sonuçlarının ilan edilmesi uygulamasına yer verilmemesi şeffaflığı sağlamada bir eksiklik olmaktadır.

2886 sayılı Kanun'un açıklık ilkesine getirdiği iki istisna bulunmaktadır. Bunlardan birincisi 44. maddede düzenlenen ve uçak harp gemisi, harp mühimmatı, askeri tesisat, savunma sanayi, barajlar, enerji santralleri, sulama tesisleri, limanlar, hava meydanları, demiryolları gibi kanunda ayrıntılı olarak sayılan ve büyük çaptaki faaliyetler için öngörülen belli istekliler arasında yapılan kapalı teklif usulü, ikincisi ise 50. maddede belirtilen ve Genel Bütçe Kanunu'nda gösterilecek belli tutarları aşmayan ve süreklilik göstermeyen önceden düşünülmesi mümkün olmayan ani ve beklenmeyen olayların ortaya çıkması üzerine acele olarak yapılması gereken işler için öngörülen pazarlık usulüdür.³⁰

1.3.2.2. SERBEST REKABET İLKESİ

Rekabet ilkesi, ihalenin usulüne uygun olarak yapılması bakımından en temel ilkedir. Çünkü rekabetin sağlanamadığı bir ihale sürecinde en uygun isteklinin ve bedelin bulunması mümkün değildir.³¹

2886 sayılı Kanun, ihaleye mümkün olduğu kadar çok isteklinin katılmasını ve bu isteklilerin hiçbir etki ve baskı altında kalmaksızın tekliflerini yapabilmelerini

²⁸ Açıklık ilkesi ile ilgili olarak Danıştay 13.D. 15.10.2008 tarih ve E.2008/3526 ,K.2008/6807 sayılı kararında ihale ilanlarında belirtilmeyen koşulların şartnamelerde belirtilmesinin 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nda belirtilen ihalelerde açıklık ve rekabet edilebilirlik ilkesini zedeleyerek ,ihaleye katılımı engelleyeceğini ve bu durumun da hukuka aykırı olduğunu belirtmiştir. (Çevrimiçi) <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp> - 10.08.2010.

²⁹ www.danistay.gov.tr/devlet_ihale_kanunundan_kamu_ihale_kanununa111.htm

³⁰ Kamu İhale Kanunu,a.g.e.,s.111

³¹ Şakir Başaran,a.g.e.,s.380

amacıyla rekabet ilkesine yer vermiştir. Kanun, bu amacın gerçekleştirilebilmesi için bazı yaptırımları öngörmüştür.³²

Bu bağlamda, Kanun'un, yönetimin gereksinimleri giderilirken, ilgililerin arasında rekabeti sağlayacak yöntemlerin uygulanmasını benimsediğini söyleyebiliriz. Rekabeti bozucu davranışlar kimden gelirse gelsin suç sayılmıştır.³³ Kanun hükümleri rekabeti sağlayacak nitelikte olmakla beraber, idareler de ihalelerde rekabeti sağlamak için uygulamalarında rekabeti engelleyici davranışlardan uzak durmalıdır.

Bu doğrultuda, 83. maddede idarelerce ihalelere katılmaktan geçici yasaklama, 85.maddede ceza sorumluluğu ve sonuçları, 86. maddede ise görevlilerin sorumluluğu açıkça belirtilerek rekabetin en iyi biçimde işletilmesi amaçlanmıştır.

2886 sayılı Kanun'un 83 üncü maddesinde, her ne şekilde olursa olsun ihale işlemlerinin hazırlanması, yürütülmesi ve sonuçlandırılması sırasında ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırılması ya da buna teşebbüs ederek serbest rekabetin bozulması yasaklanmış, ayrıca 84. maddesinde de bu yasağa uymayanların fiil ve davranışlarının özelliğine göre bir yıla kadar tüm ihalelere katılmaktan men edilecekleri hükme bağlanmıştır.³⁴

2886 sayılı Kanun, serbest rekabet ilkesine önem vermekle birlikte, idarenin çıkarlarını gözetmek amacıyla, serbest rekabeti objektif bir biçimde sınırlandırmıştır. Bu sınırlama ile ilgili olarak 2886 sayılı Kanun 6.maddesinde, ihaleyi yapan idari kuruluşun ita amirleri ve ihaleyi hazırlamak, yürütmek ve sonuçlandırmakla görevli personeli ile bunların eşlerinin ve belli bir dereceye kadar kan ve sıhrî hısımları ve ortakların ihaleye katılamayacakları düzenlenmiştir.³⁵

1.3.2.3.UYGUN BEDEL İLKESİ

Bu ilkeyle ihale sonucunda en uygun bedelin bulunarak, ihalenin kamuya en az külfet ya da en iyi gelir getiren bedeli teklif edene bırakılması

³² Metin Günday, *İdare Hukuku*, Ankara, İmaj Yayınları, 1999, s. 183

³³ Şeref Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi, 1991, s.178

³⁴ Günday,1999,s. 183

³⁵ A.e.

amaçlanmıştır.³⁶Burada ifade edilen en uygun bedel ise, artırımlarda(satış ve kiraya verme gibi)tahmin edilen bedelden aşağı olmamak üzere, teklif edilen bedellerin en yükseği, eksiltmelerde (alım, yapım onarım işleri gibi) tahmin edilen bedeli geçmemek üzere teklif edilen bedellerden tercih edilendir.³⁷Bedel tahmini yapılmayan ihalelerde ise en uygun bedel, teklif edilen bedellerin uygun görülenidir.³⁸Uygun bedeli takdir yetkisi ihale komisyonlarına aittir. Komisyonlar gerekçesini de göstermek koşulu ile ihaleyi yapıp yapmamakta serbesttir.³⁹

Bedel tahmini yapılırken iç ve dış piyasa araştırması yapılması çok önemlidir. İç ve dış piyasa araştırması yapılırken ihaleye konu malın fiyatıyla emsalinin fiyatı kıyaslanmalıdır. Bunlar yapılırken de en yakın tarih baz olarak alınmalıdır.⁴⁰

1.3.3.İHALELERE KATILIM

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, ihaleye katılmak isteyen kişide belli bir teknik bilgi ve mali yeterliliğin aranmasını öngörmüştür.⁴¹Kanun'un 5. maddesi ile ihaleye katılmak isteyen kişilerin "gerekli nitelik ve yeterliği haiz bulunmak, istenilen teminat ve belgeleri vermek" zorunda oldukları hüküm altına alınmış, Kanun'un 25. maddesi ile de istekli kişinin mali yeterliliğinin göstergesi olarak tahmin edilen bedelin %3ü olmak üzere geçici teminat alınmasını şart koşturmaktadır.⁴²

2886 sayılı Kanun'un 6. maddesinde ihale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve denetlemekle görevli olanların, ihaleyi yapan idarenin ita amirlerinin, sayılan kişilerin eşleri ile ikinci dereceye kadar kan ve sıhrî hısımları, ortakları(bu şahısların yönetim kurullarında görevli olmadıkları anonim ortaklıklar hariç)⁴³ ve geçici veya sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklananların

³⁶ www.danistay.gov.tr/devlet_ihale_kanunundan_kamu_ihale_kanununa111.htm

³⁷ Günday,1999,s.183

³⁸ A.e.

³⁹ Giritli,Bilgen,Akgüner,a.g.e.,s.843

⁴⁰ Abacıoğlu,a.g.e.,s.101

⁴¹ Günday, 1999, s. 149,120

⁴² Kemal Gözler, *İdare Hukuku Dersleri*, Bursa, Ekin Kitabevi,2006, s.457

⁴³ Bu konuyla ilgili olarak, maddenin d bendine 2.3.1984 tarihli ve 2990 sayılı kanunla getirilen değişiklik kanunun gerekçesinde, "Özellikleri nedeniyle anonim ortaklıklarda, bunların hisse senetlerine sahip olunmuş ve ortak olarak yorumlanmaya müsait görülen hissedarlarını bu ortakların

ihalelere katılamayacakları belirtilmiştir.⁴⁴ Aynı zamanda 16. maddeye göre tebligat için adres gösterilmesi gerekmektedir. Bu adres Türkiye sınırları içinde olacaktır.

Getirilen bu yasaklamalarla ihaleyle ilgili kuşkuları ortadan kaldırarak ihaleye güven duyulması amaçlanmıştır.

2886 sayılı Kanun'da, ihaleye katılamayacak olanların katılması halinde ne gibi işlem yapılacağı konusunda herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Ancak ihaleye katılan isteklilerin ihale dışı bırakılarak geçici teminatlarının gelir kaydedileceği ayrıca, bu durumun tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında tespit edilememesi nedeniyle bunlardan biri üzerine ihale yapılmış olması halinde, teminatın gelir kaydedilerek ihalenin iptal edileceği belirtilmiştir.⁴⁵

1.3.4.İHALE USULLERİ

2886 sayılı Kanun'da, kapalı teklif usulü, belli istekliler arasında kapalı teklif usulü, açık teklif usulü, pazarlık usulü ve yarışma usulü olmak üzere 5 çeşit ihale usulü benimsenmiştir. Ancak 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile söz konusu ihale usullerinden belli istekliler arasında kapalı teklif usulü ile yarışma usulünün arttırma ihalelerinde uygulanma imkanı ortadan kalkmıştır. Dolayısıyla bu gün itibarıyla kapalı teklif usulü, açık teklif usulü ve pazarlık usulü 2886 sayılı Kanun'a göre uygulanabilecek ihale usulleridir.

2886 sayılı Kanun'un 36. maddesinde, devlet ihalelerinde, tekliflerin gizli olarak verilmesini sağlayan kapalı teklif usulünün esas olduğu ilkesi benimsenmiştir.

yönetim kurulunda görevli olmamaları şartı ile bu hükmün dışında bırakmak mecburiyeti vardır. Aksi takdirde, başlangıçta tespiti esasen kolay olamayan bu şekilde bir hisse senedi sahipliği sebebiyle (a),(b) ve (c) fıkralarındaki kişilerin ilişkileri olan herhangi bir anonim ortaklığın katıldığı ihalenin kanuna uygunluğu münakaşa konusu yapılabilir. Değişiklik teklifi ile bu ihtimalin kaldırılması hedef alınmıştır. Buna göre madde metninde sayılan kamu görevlileri ve yakınlarının hisse sahibi oldukları anonim ortaklıklar ihaleye katılabilecektir. Ancak hisse sahibi görevliler ya da yakınları o anonim ortaklığın yönetim kurulunda görev almışlarsa anonim şirket böyle bir ihaleye giremeyecektir." Denilmektedir.(Abacıoğlu, a.g.e., s. 60)

⁴⁴www.danistay.gov.tr/devlet_ihale_kanunundan_kamu_ihale_kanununa111.htm

İhale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve denetlemekle görevli olanların ihaleye katılımının yasak olması ile ilgili olarak Danıştay 10. D. tarafından "Belediyelerin kurdukları ve yönetiminden belediye personelinin sorumlu olduğu şirketlerin, belediyeler tarafından açılan ihalelere katılamayacakları" hükmü verilmiştir. Bkz. Danıştay 10.D. 16.12.2003 tarih ve E.2001/4312 K.2003/5197 kararı. (Çevrimiçi) <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp> - 11.08.2009.

⁴⁵ Ahmet Arslan, "2886 Sayılı Kanun ile 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun Karşılaştırılması", *Mali Kılavuz Dergisi*, Ocak- Mart 2003, s.47

Diğer ihale usulleri ise belirli şartların (bedel, işin özelliği vs.) var olması durumunda idarelerin takdirine bırakılmıştır. Kanunla belirlenen şartların varlığı halinde idareler ihalelerini açık teklif veya pazarlık usulü ile gerçekleştirebilirler.⁴⁶

1. 3.4.1.KAPALI TEKLİF USULÜ

Bu usulde istekliler, bedel tekliflerini üzerinde isim ve adresleri yazılı olan kapalı bir zarfın içine koyarak verirler. Bu zarf da geçici teminata ait alındı veya banka teminat mektubu ve istenilen diğer belgelerle birlikte diğer ikinci bir zarfın içine konulur. Dış zarf da denilen bu zarfın üzerine isteklinin adı soyadı ve adresi yazılır. Tekliflerin açılma saati gelince, ihale komisyonunda önce dış zarflar hazır bulunan istekliler önünde açılarak, istenilen belgelerin ve geçici teminatın tam olarak verilmiş olup olmadığı araştırılır. Şartları yerine getirmeyen isteklilerin teklif ikinci zarfları (zarfın içindeki zarf) açılmaz. Daha sonra gerekli şartları yerine getirenlerin iç zarfları açılır ve en uygun bedel tespit edilir ve böylece idare ile sözleşme yapacak olan kişi tespit edilmiş olur.⁴⁷

5577 sayılı Kanunla 2886 sayılı Kanun'un 40. maddesinde değişiklikler yapılmış ve ihalenin yapılamaması başlıklı 42. maddesi tamamen yürürlükten kaldırılmıştır. Söz konusu değişiklikten önce kapalı teklif usulü ile yapılan ihalelerde, ihale geçerli en yüksek bedeli teklif edene yapıldı. Birkaç istekli tarafından aynı bedelin teklif edilmesi ve bunun da uygun bedel olduğunun anlaşılması durumunda ise teklif sahiplerinde ikinci bir yazılı teklif alınır, aynı bedelin yine teklif edilmesi durumunda ise ad çekme suretiyle ihale sonuçlandırılırdı. Değişiklikle birlikte, zarfların açılmasıyla tespit edilen geçerli en yüksek tekliften aşağı olmamak üzere isteklilerden sözlü tekliflerin alınması usulü düzenlenerek, idarenin en yüksek getiriye elde etmesi hedeflenmiştir.⁴⁸

Ayrıca düzenlemenin 2. fıkrası ile zarfların açılmasından sonraki sözlü tekliflerin sadece ciddi istekliler arasında olmasını teminen, üçten fazla geçerli teklifin olması durumunda, sözlü tekliflerin alınması işlemine en yüksek üç teklif

⁴⁶ Serdar Gündoğan, "Devlet İhale Kanununda Düzenlenen Kapalı Teklif Usulünde Yapılan Değişikliklerin Getirdikleri", *Mali Kılavuz Dergisi*, Nisan Haziran 2007,s.84

⁴⁷ Günday,1999, s.186, Gözler a.g.e., s.460

⁴⁸Gündoğan,a.g.m.,s.85

sahibinin(bu üç teklif ile aynı olan birden fazla teklifin bulunması halinde ise bu istekliler dahil edilmek suretiyle) katılmasını hüküm altına almıştır.⁴⁹

Sonuç olarak getirilen düzenleme ile teklif zarflarının açılması ile ihale sonuçlanmayacak ve bu da ciddi isteklilerin birbirleriyle rekabet etmesine imkan sağlayacaktır. Yaratılan bu rekabet ortamı aynı zamanda ihaleden en yüksek getiri elde edilmesini sağlayacak bir yapı oluşturması açısından da önem taşımaktadır.

1.3.4.2.BELLİ İSTEKLİLER ARASINDA KAPALI TEKLİF USULÜ

Devlet bu yöntemle ihaleyi, teknik yeterlilikleri ve güçleri olan istekliler arasında yapar. İhale en az üç istekli arasında yine kapalı teklif usulü ile yapılır. Bu durumda Maliye Bakanlığının görüşüne dayanılarak Bakanlar Kurulu Kararı alınması gerekir.⁵⁰

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 44. maddesinde hangi durumlarda bu ihale usulüne başvurulacağı belirtilmiştir. Bu madde de sayılan uçak, harp gemisi alımı, baraj, enerji santrali, demiryolu, havayolu, hava meydanı gibi özelliği bulunan işlerin ihalesi, "teknik yeterlilikleri ve güçleri idarece kabul edilmiş en az istekli arasında kapalı teklif usulü" ile yapılabilir. Bu tür ihalelerin ilanı da zorunlu değildir.⁵¹

İhaleye katılacak isteklilerin teknik yeterliliklerinin ve güçlerinin idarece kabul edilmiş olması ve ihalelerde ilan yapılmasının zorunlu olmaması, ihale sisteminin objektif ve açık olmasını engellemektedir. Bu nedenle 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile birlikte belli istekliler arasında kapalı teklif usulünün uygulama imkanının ortadan kalkması olumlu bir değişim olarak nitelendirilebilir.

⁴⁹ A.e.

⁵⁰ Giritli,Bilgen,Akgüner,a.g.e.,s.845

⁵¹ Gözler,a.g.e., s 460

1.3.4.3AÇIK TEKLİF USULÜ(AÇIK ARTTIRMA VE EKSİLTME USULÜ)

Tahmin edilen bedeli her yıl Bütçe Kanunu ile tespit edilecek tutarı⁵² geçmeyen ihaleler açık teklif usulüyle yapılabilir. Açık teklif usulünde ihaleler, ihale şartlarını yerine getiren isteklilerin katılımıyla önceden belirtilen saatte yapılır. Bu usulde ihale komisyonu önünde, istekliler tekliflerini sözlü olarak belirtirler. Ancak bu usulde teklif, ilanda belirtilen kadar komisyon başkanlığına ulaşmış olmak şartıyla iadeli taahhütlü mektupla da gönderilebilir. Birinci teklifler tutanağa geçirildikten sonra istekliler ikinci tekliflerini verirler. İkinci tekliflerden sonra en uygun bedel tespit edilir.⁵³

1.3.4.4.PAZARLIK USULÜ

Her yıl Bütçe Kanunu'nda gösterilecek belli tutarları⁵⁴ aşmayan ve süreklilik göstermeyen işlerin ve keza 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 51. maddesinde sayılan önemsiz veya acil veya özellik gösteren birtakım işlerin ihalesinde pazarlık usulü uygulanır.⁵⁵

Pazarlık usulünde ilan zorunlu değildir. Pazarlık usulünde belirli bir şekil de yoktur. Bu usulde ihale, idarenin yazılı veya sözlü teklif alması ve belirli bir bedel üzerinde anlaşması suretiyle yapılır.

İdare bu usulde tümüyle serbest değildir. Pazarlık kararında pazarlığın nasıl yapıldığı, ne gibi tekliflerde bulunduğu ve hangi tekliflerin neden tercih edildiği belirtilmek zorundadır. Devlet İhale Kanun'un 51. maddesinde hangi işlerin pazarlık usulü ile yapılacağı 16 bent halinde sayılmıştır. Bu bentlerde sayılan işler için şartname düzenlenmesi, tahmini bedel uygulaması ve sözleşme yapılması zorunlu değildir.⁵⁶

⁵² Bu tutar 2010 yılı merkezi yönetim bütçe kanununa göre 1.200.000 TL'dir.

⁵³ Gözler, a.g.e., s.460

⁵⁴ Bu tutarlar 2010 merkezi yönetim bütçe kanunu ile illerde, büyükşehir belediyesi sınırları içindeki ilçeler ve nüfusu 50.00'i geçen ilçelerde 40.000.00 TL ,diğer ilçelerde ise 20.000.00 TL olarak belirlenmiştir.

⁵⁵ Günday, 1999, s.189

⁵⁶ Giritli,Bilgen,Akgüner,a.g.e.,s.846

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun öngördüğü pazarlık usulünün artık uygulanma imkanı kalmamıştır.⁵⁷Bu durumlarda 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun değil 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun öngördüğü pazarlık usulü uygulanır.

1.3.4.5. YARIŞMA USULÜ

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 52. maddesine göre, "İdareler her türlü etüt, plan, proje ve güzel sanatlara ilişkin işleri gerekli gördüğünde, yarışma ile yaptırabilirler. Bu işlerin mesleki kontrollük hizmetleri, projesi uygulanacak olan yarışmacıya, pazarlıkla ihale edilebilir."

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun öngördüğü yarışma usulünü artık uygulama imkanı kalmamıştır.⁵⁸Etüt, plan, proje ve güzel sanatlara ilişkin işlerinde 4734 sayılı Kanun'un öngördüğü "tasarım yarışmaları" uygulanır.⁵⁹

1.3.5.İHALE SÜRECİNİN ELE ALINMASI

1.3.5.1.TAHMİN EDİLEN BEDELİN TESPİTİ

İhalelerde tahmin edilen bedelin tespiti idareler tarafından yapılacak veya yaptırılacaktır. Bedelin tespitine esas olacak bilgilerin belediye, ticaret odası, ticaret odası, sanayi odası, borsa ve gerekli durumlarda bilirkişilerden temin edileceği belirtilmiştir. Ancak fiyat tahmininde önemli olan husus, tahmin edilen bedelin gerçekçi biçimde saptanmasıdır. O nedenle, araştırma yapılırken yukarıda belirtilen kuruluş ve kişiler dışında kalan yerlerden de bilgi sağlanabilir.⁶⁰

Ayrıca rekabete açık olmayan tekel durumundaki mallar ile teknik özelliği karmaşık olan maddelerin bedel tahmini yapılırken bilirkişi ya da kişilerden yararlanmak gerekir. Tahmin edilen bedelin tespitinde kullanılan fiyatlar ve bedelin

⁵⁷Günday, 1999, s.189

⁵⁸A.e., Gözler a.g.e.,s.460

⁵⁹A.e., s.460

⁶⁰ Abacıoğlu, a.g.e., s.100

tespiti hesabı bir tutanağa bağlanarak muhafaza edilmelidir. Çünkü komisyon tahmin edilen bedelin usulüne uygun bir biçimde yapılmadığını tespit ederse, yeniden bedel tahmini yapılmak üzere dosyayı ilgili idareye geri gönderme yetkisine sahiptir.⁶¹

1.3.5.2.ŞARTNAMELERİN VERİLMESİ

İhalelerde en önemli konulardan biri, şartnamenin hazırlanması ve şartnamelerde bulunması gereken konulardır. Çünkü katılacak istekli sayısından başlamak üzere, tekliflerin değerlendirilmesi ve ihalenin sonuçlandırılmasına kadar ihale sürecinin temel ilkelere ve mevzuata uygun yürütülmesinde önemli bir etkiye sahiptir.⁶²

2886 sayılı Kanun'un 7. maddesinde ihale konusu işlerin her türlü özelliğini belirten şartname ve eklerinin idarelerce hazırlanması gerektiği⁶³ ve şartnamelerde bulunması gereken hususlar belirtilmiştir. Buna göre şartnamede belirtilmesi gereken hususlar;

“İşin niteliği, nevi ve miktarı,

Taşınmaz malların satışı, kiraya verilmesi, trampa edilmesi ve üzerlerinde mülkiyetin gayri ayni hak tesisinde tapu kayıtlarına göre yeri, sınırı, yüzölçümü, varsa pafta, ada ve parsel numarası ve durumu,

Tahmin edilen bedeli, geçici teminat miktarı ve kesin teminata ait şartlar,

İşin yapılma yeri, teslim etme ve teslim alma şekil ve şartları,

İşe başlama ve işi bitirme tarihi, gecikme halinde alınacak cezalar,

İsteklilerde aranılan şartlar ve belgeler,

İhaleyi yapıp yapmamakta ve uygun bedeli tespitte idarenin serbest olduğu,

⁶¹ Maliye ve Gümrük Bakanlığı 29.3.1985 gün ve 17472 sayılı yazısında belli istekliler arasında kapalı teklif usulü ile yapılacak ihalelerde tahmini bedel tespitinin zorunlu olduğu, ancak tahmini bedel tespit edilemiyor ise, 10. madde hükmü gereğince işin kapalı teklif usulü ile ihale edilmesinin uygun olacağı belirtilmiştir. (A.e., s.100)

⁶² Abdullah Uz., **Kamu İhale Hukuku Kamu Alımlarının Hukuksal Rejimi ve İhale İşlemlerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2005, s.227

⁶³ Şartnameler ve ekleri genel olarak ihaleyi yapacak idarelerce hazırlanır. Ancak; bu kuralın istisnası özel bir yasayla şartnamelerin hazırlanmasının başka bir idare tarafından yapılmasıdır. Bu durumda ihale şartnamesi özel kanunla yetkili kılınan idarece hazırlanır.

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu döneminde şartnamelerde yer alan kriterler ihalelerde ortaya çıkan usulsüzlüklerin temel nedenlerinden biri olarak görülüyordu. Yasadaki hükümler rekabeti engelleyici nitelikte olmasa da, idareler şartnamelerde rekabeti kısıtlayıcı uygulamalara yer vererek ve yasayı yanlış yorumlayarak rekabet ilkesini zedeliyordu.⁶⁷

1.3.5.3.İHALE KOMİSYONLARI

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'na göre ita amirleri, ilgili idarenin memurlarından birinin başkanlığında idareden en az bir kişi ve maliye memurunun katılımıyla kurulacak komisyonları görevlendirirler. Ancak söz konusu iş yapım işi olduğunda idareden görevlendirilecek bu kişinin işin ehli ve uzmanı olması gereklidir.⁶⁸

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'na göre ihale komisyonu en az üç kişi olmak üzere belirlenmektedir. Kanun'a göre komisyon üyeleri çift sayıda da olabilmektedir. Ancak, oyların eşit olması durumunda başkanın bulunduğu taraf çoğunlukta kabul edilir. Kararlarda çekimser kalınmayacağı ve muhalif kalan üye karşı oy gerekçesini kararın altına yazarak imzalamak zorunda olacağı da ayrıca düzenlenmiştir.⁶⁹

1.3.5.4.İHALENİN İLANI

2886 sayılı Kanun'a göre ilanlar; ihale konusu işin tahmin edilen bedelinin bütçe kanunlarında belirtilen parasal sınırları aşp aşmamasına göre "ihalenin yapılacağı yerdeki ilan", "başka şehirlerde yapılacak ilan", "resmi gazete ile yapılacak ilanlar" olarak belirtilmiş ve buna göre de ayrı ayrı ihale ilan süreleri öngörülmüş ve pazarlık usulü ile yapılacak ihalelerde idarelerin ilan yapıp

⁶⁷ Uz,a.g.e.,s.228

⁶⁸ Abdullah Koç, "İhale Komisyonlarının Oluşumuna Alternatif Bir Öneri", *Mali Kılavuz Dergisi*, Ocak Mart 2007, s. 152

⁶⁹ A.e.

yapmamakta serbest olduğu, yurtdışında yapılacak ilanların ise ihale tarihinden itibaren en az 45 gün önce olması gerektiği belirtilmiştir.⁷⁰

2886 sayılı Kanun'un 17. maddesine göre, günlük gazete çıkan yerlerde ihalelerin, ihalenin yapılacağı yerde çıkarılan gazetelerde en az bir gün arayla yayınlanmak suretiyle iki kez duyurulması gerekir. Bu durumda gazete ile yapılacak ilk ilan arasında en az 10 gün, son ilan ile ihale günü arasında da 5 günlük süre olması gerekir. İlanlar ihale tarihinden itibaren en az 10 gün ve 5 gün olmak üzere iki kez gazete ile yapılır. Günlük gazete çıkmayan yerlerdeki ihalelerde ilan, bu süreler içinde ilgili idare ile hükümet ve belediye binalarının ilan tahtalarına asılacak yazılar ve belediye yayın araçları kullanılarak yapılır.⁷¹

Aynı maddeye göre Resmi Gazete ile yapılacak ilanlar ile ilgili olarak, tahmin edilen bedeli Genel Bütçe Kanununda belirlenen miktarın üç katını aşan ihale konusu işler ise ihale tarihinden en az 10 gün önce bir defa Resmi Gazetede ilan edilmesi hükmüne yer verilmiştir. Pazarlık usulü ile yapılacak ihalelerde idareler ilan yapıp yapmamakta serbesttir.

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'ndaki süreler ile ilgili hükümler Dünya Bankası ve AB tarafından eleştirilmekteydi. Özellikle ilan ile ilan tarihi arasındaki 10 günlük sürenin çok kısa olduğu, bu sürenin en az 45 gün olarak belirlenmesi gerektiği vurgulanmıştı.⁷²

İlan sürelerinin kısalığıyla beraber, ihale sonucuna ilişkin bir ilan zorunluluğunun olmaması da önemli bir sorundu. Bu durumda ihale sonucu ile ilgili istekliler bilgilendirilmemiş olacak ve saydamlık, rekabetçilik gibi ihale sisteminin temel ilkeleri zedelenecekti. Ayrıca isteklilerin bilgilendirilmemesi ihale sonucuna karşı başvuru yollarının kullanılmasını da zorlaştırmaktaydı.

2886 sayılı Kanun'a göre yapılacak ihalelere ilişkin ilanlarda yer alması gereken hususlar:

- 1-İhale konusu olan işin niteliği,yeri ve miktarı,
- 2-Şartname ve eklerinin nereden ve hangi şartlarla alınacağı
- 3-İhalenin nerede hangi tarih ve saatte ve hangi usulle yapılacağı

⁷⁰ Ahmet Arslan,a.g.m.,s. 48

⁷¹ Kamu İhale Kanunu,a.g.e.,s.103

⁷² Uz,a.g.e.,s.235

4-Varsa tahmin edilen bedel ve geçici teminat miktarı

5-İsteklilerden aranılan belgelerin neler olduğu

6-Kapalı teklif usulüyle yapılacak ihalelerde, tekliflerin hangi tarih ve saate kadar nereye verileceğidir.⁷³

2886 sayılı Kanun'da bu kanunun 17 ve 18. maddelerdeki hükümlere uygun olmayan ilanların geçersiz olduğu, bu durumda ilan yenilenmedikçe ihale yapılamayacağı, ilanların geçersizliğinin ihalenin yapılmasından sonra anlaşılması halinde, ihale veya sözleşmenin feshedileceği, ancak, işde ivedilik ve ihalede devlet yararının olması halinde, ihale ve sözleşmenin Maliye Bakanlığı'nın uygun görüşü ve birinci derece ita amirinin onayı ile geçerli sayılabileceği hüküm altına alınmıştır.⁷⁴

Aynı kanunda bu nedenle ihalenin veya sözleşmenin bozulması halinde, müteahhit veya müşterinin fesih tarihine kadar yapmış olduğu gerçek masrafları ile varsa tahakkuk etmiş hak edişlerinin verileceği belirtilmiştir.⁷⁵

1.3.5.5.TEKLİFLERİN SUNULMASI VE DEĞERLENDİRİLMESİ

Tekliflerin sunulması aşamasında,2886 sayılı Kanuna göre; isteklilerden ihale konusu olan işin tahmin edilen bedelinin %3'ü oranında geçici teminat alınır. Geçici teminatın amacı ihaleye ciddiyet kazandırmaktır. Geçici teminat ihaleyi kazanamayanlara geri verilir, ihaleyi kazananlar ise sözleşmenin yapılmasından sonra teminatı geri alabilirler.

İhale sonucunda sözleşme yapılmadan önce müteahhit veya müşteriden ihale bedeli üzerinden hesaplanmak suretiyle %6 oranında kesin teminat alınır. Ayrıca tahmin edilen bedeli her yıl Genel Bütçe Kanunu ile tespit edilecek tutarı aşan etüt, proje, kontrollük ve müşavirlik hizmetleri ile yapım işlerinde alınmış bulunan geçici teminatın geri kalanı müteahhidin hak edişlerine karşı verilecek paralardan

⁷³ Kamu İhale Kanunu,a.g.e.,s.103-104

⁷⁴ Ahmet Arslan.,a.g.m.,s.51.

⁷⁵ A.e.

%10 alıkonularak kesin teminat çıkarılır. Müteahhit isterse teminat olarak kabul edilecek kıymetler üzerinden kesin teminat da verilebilir.⁷⁶

2886 sayılı Kanun'un 26. maddesine göre yapılacak ihalelerde geçici veya kesin teminat olarak kabul edilecek değerler;

a) Tedavüldeki Türk parası

b) Maliye Bakanlığı'nca belirtilecek bankaların verecekleri teminat mektupları,

c) Devlet tahvilleri ve hazine kefaletini haiz tahvillerdir.

Teklifler sunulduktan sonra tekliflerin ihale komisyonunca değerlendirilmesi aşamasına geçilir. Buradaki değerlendirmenin amacı ihalede "en uygun bedel" in tespitidir.

1.3.5.6.İHALE KARARININ ALINMASI VE SÖZLEŞMENİN YAPILMASI

2886 sayılı Kanun'a göre kapalı teklif ve açık teklif usullerinde ihale komisyonları teklifleri değerlendirerek ihaleyi yapar veya teklifleri daha iyi değerlendirmek amacıyla 15 günü geçmemek üzere ihaleyi bir başka güne erteler ya da ihalenin yapılmadığı şeklinde bir karar verir. İhale Komisyonu, ihalenin yapılmaması durumunda 15 gün içinde işi pazarlıkla ihale edilebilir.⁷⁷

İhale komisyonu yaptığı değerlendirmeye göre ihale kararının alınmasına karar verebileceği gibi, ihalenin iptaline de karar verebilir.

İdarenin ihaleye çıkıp teklif almış olması, idarenin o işi ihale etmek zorunda olduğu anlamına gelmez. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 29. maddesindeki "*Komisyonlar gerekçesini belirtmek suretiyle ihaleyi yapıp yapmamakta serbesttir. Komisyonların ihaleyi yapmama kararı kesindir*" hükmüyle bu durum belirtilmiştir. Dolayısıyla bu kararlar ita amirinin onayına tabi değildir. Ayrıca bu kararlara karşı idari başvuru yoluna da gidilemez.⁷⁸ İhale komisyonu, ihalenin verilmesi kararı alırsa,

⁷⁶Yılmaz Arslan, "Yeni İhale Sistemi ve 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu Üzerine Bir İnceleme", **Mali Hukuk Dergisi**, S.104, Mart Nisan 2003, s.39

⁷⁷ A.e., s. 44

⁷⁸ Günday, 1999., s.196

ita amiri bu kararı iptal edebilir. Kanun'un 31. maddesine göre bu durumda ihale hükümsüz olur.

İhale kararının alınması durumunda Kanun'un 31. maddesine göre komisyonun aldığı ihale kararı ita amirinin onayına tabidir. İta amirleri, karar tarihinden itibaren en geç 15 işgünü içinde ihale kararını onaylar veya iptal eder. İta amirince onaylanan ihale kararı kesinleşir. Kesinleşen ihale kararı, onaylandığı günden itibaren en geç 5 işgünü içinde, üzerine ihale yapılan kişiye veya onun vekiline, imzası alınmak suretiyle bildirilir veya iadeli taahhütlü mektuplu tebligat adresine postalanır. Mektubun postayla verilmesini takip eden 7. gün, kararın istekliye tebliğ tarihi sayılır⁷⁹

Yönetimin onayından sonra, belli bir süre içinde, yönetim ve müteahhit sözleşmeyi yapmak zorundadır. Taraflar yükümlülüklerini yerine getirmezlerse, ihale bozulur. Müteahhidin verdiği geçici güvence hazineye gelir olarak yazılır. Taraflar sözleşme koşullarına uygun olarak, karşılıklı yükümlülüklerini yerine getirirler. Yönetim, tek yanlı olarak sözleşmede bazı değişiklikler yapabilir. Örneğin sözleşme konusu işi %30 artırabilir ya da eksiltebilir.⁸⁰

2886 sayılı Kanun'da ihale üzerinde kalan kişinin herhangi bir nedenle sözleşme imzalamaması durumunda ihale iptal edilmekte ve yeniden yapılması gerekmektedir.⁸¹

1.3.5.7.YARGISAL ÇÖZÜM

2886 sayılı Kanun'a göre yapılan kamu ihaleleri de kamu ihalesidir. Ancak bu kanuna göre yapılan ihale sonucunda imzalanan sözleşmeler 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda düzenlenen kamu ihale sözleşmesi olarak nitelendirilmez. Bunlar satış sözleşmesi, trampa sözleşmesi gibi Borçlar Kanunu'na tabi sözleşmeler olmaktadır. Kısacası, kamu ihaleleri ile ilgili yasal düzenlemelerin her biri teknik olarak kendi düzenleme alanı içinde uygulanabilirler. Herhangi bir

⁷⁹ Gözler,a.g.e.,s.466

⁸⁰ Gözübüyük, 1992,s.179

⁸¹ Yılmaz Arslan ,a.g.m.,s. 44

kamu ihalesine ait süreçteki hukuka aykırılığın denetimi de o ihalenin tabi olduğu yasal düzenleme kapsamında genişletilebilir.⁸²

2886 sayılı Kanun'da ihale işlemleri ile ilgili olarak görev ve sorumlulukları bulunan kamu görevlileri ile ihale konusu işi üstlenen gerçek ve tüzel kişilerin temsilcileri hakkında suç teşkil eden bir durumun doğması halinde, genel hukuk kurallarına göre cezai takibat yapılabileceği, idari açıdan kamu görevlileri hakkında ayrıca disiplin işlemi yapılacağı, Borçlar Kanunu'na göre ikmal ve tazmin kurallarının işletileceğine ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır.⁸³

1.3.6. 2886 SAYILI DEVLET İHALE KANUNUNDA EKSİKLİKLER

Yürürlüğe girdiği dönemde, önemli yenilikler getirdiği ve büyük ölçüde kamunun ihtiyaçlarını karşıladığı düşünülen 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, zamanla bir çok konuda eleştirilmeye başlanmıştır. Ülkemizde 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu yürürlüğe girmesiyle, kamu ihaleleri ile ilgili daha önceki düzenlemelere göre “ihtiyaçların en iyi şekilde, en uygun şartlarla ve zamanında karşılanması” “ihalede açıklık” ve “rekabet” gibi konularda olumlu birtakım değişimler gerçekleştirilmesi hedeflenmesine rağmen, bu konuda gerek düzenlemelerde gerekse de uygulamada yeterince ilerleme sağlanamamıştır.

Kanunun özellikle AB kamu ihale mevzuatına uyum sağlamayan düzenlemeler içermesi önemli eksiklik ve sorunların başında yer almaktadır. 2886 sayılı Kanun ile getirilen birçok hüküm AB kamu ihale sisteminin rekabetçi, şeffaf ve objektif nitelikteki düzenlemeleri ve uygulamalarıyla uyum sağlamamaktadır. AB' ye üyelik için başvuruda bulunan diğer ülkeler de olduğu gibi Türkiye için de AB'ye katılabilmek için AB'nin yasal düzenlemelerini kendi yasal düzenlemeleri ile uyumlu hale getirmesi bir zorunluluktur. Gerekli yasal düzenlemeler yapılmadıkça AB üyelik sürecinde tıkanıklıklar yaşanılması kaçınılmazdır.

Kanunda eleştirilen önemli konulardan bir de 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nda ihale sonucu bakımından hem “kamu gelirlerinin tahsilatı”nın hem de

⁸² Meltem Kutlu Gürsel, “Genel Olarak “kamu ihalesi” ve “kamu ihale sözleşmeleri” Kavramları, **Güncel Mevzuat**, Haziran 2008, Y.3, S.30.

⁸³ Yılmaz Arslan, a.g.m., s.45

“kamu harcamalarının yapılması”nın aynı hukuki süreçte düzenlemiş olmasıdır. Devletin “gelir elde edeceği ihaleler” ile “kamu harcaması yapılmasını gerektiren ihaleler” için farklı kanunlar ve farklı hükümler olması gerektiği ileri sürülmüştür.⁸⁴

Önemli eleştirilerden biri de bazı kamu kurum ve kuruluşları 2886 sayılı kanun hükümlerini uyguladığı halde, “kamu kaynağı” kullanmasına rağmen bazı kamu kurum ve kuruluşların bu kanun kapsamı dışında bırakılmasıdır.⁸⁵ Kamu kurum ve kuruluşları arasında yaratılan bu farklılık modern bir kamu ihale sisteminde olması gereken rekabetçi katılım ilkesini önemli ölçüde zedeleyerek, ihalelerde haksız rekabet ortamı yaratabilecektir.

Haksız rekabet sağlayabilecek bir diğer uygulama da “müteahhitlik karnesi”⁸⁶ uygulamasında karşımıza çıkmaktadır. “Müteahhitlik karnesi” uygulamasının amacından saptırılmasıyla elden ele devir ile hak etmediği halde, karnenin imkanlarından faydalanan isteklilere haksız rekabet ortamı sağlayabileceği gibi,⁸⁷ deneyim sahibi olmayı da önemsiz hale getirebilecektir.

Teknik şartnameler karmaşık ve düşük nitelikte olması; ihalenin değerlendirilmesi aşamasında çok fazla değişkenlik göstermesi kanuna getirilen önemli eleştirilerden bir diğeridir.⁸⁸ İhale ve yeterlilik dokümanlarının çok sayıda olması ve hazırlanmalarının zorluğu; buna karşın bu belgeler müteahhitlerin gerçek niteliğini ölçmekte yetersiz kalması dokümanların işlevsellikten uzaklaşmasına neden olmaktadır.

2886 sayılı Kanun’da yapım işlerinin uygulama projeleri hazırlanmadan ihale edilmesi önemli sorunlardan bir diğeridir. 2886 sayılı Kanun’un öngördüğü ihale sisteminde, yapım işleri tahmini bedel ve avan proje esas alınarak ihale edilmekteydi. Bu sisteme göre her yıl Bayındırlık Bakanlığı tarafından ilan edilen

⁸⁴ Mükremin Uzun, “Kamu İhale Kanunu Üzerine Düşünceler”, *Mali Hukuk Dergisi*, Mart-Nisan 2003, Y.18, S.104, s.98

⁸⁵ A.e., s.99

⁸⁶ Müteahhitlik karnesi, yapım işi müteahhitlerin, devlet ihalesine katılabilmek için, devletin yapım işlerini vereceği müteahhitler nitelikli olsun ve teknik deneyimleri bulusun diye Bayındırlık Bakanlığı tarafından verilen bir belgedir. Zamanla bu uygulama amacından uzaklaşmış ve müteahhitlik belgesi bu belgeye sahip olmayan müteahhitlik şirketlerine kiralanmaya başlayarak sorunlara neden olmuştur. (Seçkin Doğaner, *Soygunun Öteki Adı: Devlet İhaleleri*, İstanbul, İletişim Yayınları, 1999, s.34)

⁸⁷ Mükremin Uzun, a.g.m., s.99

⁸⁸ Hıfzı Deveci, “Devlet Yapım İhaleleri Düzeninde Yeni Bir Döneme Girerken”, *Kamu Yönetimi Dünyası Dergisi*, Aralık 2001, Y.2, S. 7-8, s.2

malzeme, işçilik, makine, kar ve genel giderlerden oluşan analiz maliyetlerini gösteren “rayiç birim fiyatlar” ile idare tarafından tanzim edilen “metrajlar”ın çarpımını sonucunda bulunan tutar üzerinden ihaleler yapılmaktaydı. Bu uygulamanın sonucunda yüksek oranlı keşif artışları yapıldığı, inşaat işlerinin yıllarca devam ettiği, isteklilere ödenen fiyat farklılıklarının, keşif bedelini kat kat aştığı, bu sebepler kamu hizmetlerinin aksadığı, kamuoyunun, kamu gücüne olan güveninin sarsıldığı, bu olağanüstü sürecin son yıllarda olağan hale geldiği, ihalelerden haksız kazanç elde edilmesine neden olmuştur.⁸⁹

Ayrıca ihaleye çıkılan bir yapım işiyle ilgili olarak söz konusu idarenin bütçesine ne kadar ödenek konulacağı kanuni bir ölçüye bağlanmadığından, ihaleler çok uzamakta ve idareler “ödenek yetersizliği mazeretine sığınarak isteklilere “fiyat farkı ödemeleri” ile kamu kaynaklarını aktararak⁹⁰ kamu kaynaklarında israfa neden olmaktadır.

Emanet suretiyle yapılan/yaptırılan işlerin uygulamada amacı dışına çıktığı, kamu idarelerinin hem ihale ilan süreleri ve ilan şartlarıyla(sadece işin mahallindeki gazete veya gazetelere ilan vererek), hem de keşif bedelin düşük tutulmasıyla rekabetçi bir düzenlemeden uzaklaşarak sağlıklı bir şekilde ihale bedeli tespit edilememektedir.⁹¹

Bir başka sorun da ihaleler üzerindeki denetimde kendini göstermektedir. İhaleler üzerindeki idari denetimin zayıf olması ve isteklilerin idareyle ilişkileri bozmama endişesiyle yargı yoluna başvurma konusunda istekli olmamaları da önemli bir sorundur.⁹²

Görüldüğü gibi 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile tam anlamıyla saydam, rekabetçi, objektif nitelikte ihale sistemi oluşturulamaması, var olan sistemde köklü değişiklikler ve yenilikler getiren bir kamu ihale kanununun düzenlenmesini zorunlu kılmıştır.

⁸⁹ Mükremin Uzun,a.g.m.,s.98

⁹⁰ A.e.,s.99

⁹¹ A.e.

⁹² Burak Oder,a.g.m.,s.559

İKİNCİ BÖLÜM

4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNU İLE GETİRİLEN KAMU İHALE SİSTEMİ

2.1.KAMU İHALE KANUNUN ÇIKARILIŞ GEREKÇELERİ

AB direktifleri ve UNCITRAL Kamu Alımları Model Kanunu ilkeleri baz alınarak reform niteliğinde değişiklikler getiren Kamu İhale Kanununun çıkarılış gerekçeleri;¹

1- 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, ilgili yönetmelikler ve diğer mevzuat ile gerçekleştirilen kamu alımlarının, uluslararası standartlara uyumlu olmaması ve gelişmelere paralellik sağlayamaması,

2-Uluslararası standartlara göre şeffaflık ve rekabete açıklık konularında ve isteklilerin tercihinde objektif kriterlerin yetersiz olması, bu nedenle de kamu harcamalarında beklenen yararın sağlanamaması,

3-Kamu ihalesi yapan idarelerin, ihale uygulamaları ile işlemleri ve belgeleri açısından bir standardın oluşturulamaması,

4-İhaleyi gerçekleştiren idare ve görevlilerin sorumluluğunun dar olması ve kamuoyunun bilgilendirme ihtiyacının karşılanamaması,

5-Belirli bir ekonomik ve mali yeterlilik ile mesleki ve teknik yeterliliğe sahip bulunan isteklilerin, kurallar nedeniyle ihalelere katılma şartlarının tam oluşturulamaması,

6-Kamu ihaleleri ile ilgili özel olarak oluşturulmuş bir denetim biriminin bulunmaması,

¹ Serdar İğdeler, “Kamu İhale Kanunun Getirdiği Sorunlar”, (Çevrimiçi)
http://www.mulkiyeteftis.gov.tr/userfiles/KIK_Sorunlari.doc,29.07.2010

7-Kamu ihaleleri ile ilgili olarak isteklilerin, şikayetlerinin incelenmesi ve değerlendirilmesinde idari bir usul bulunmaması olarak sayılabilir.

2.2.AMAÇ, KAPSAM VE İSTİSNALAR

2.2.1.KANUNUN AMACI

2886 sayılı Kanun’da bir “amaç” maddesi yokken,4734 sayılı Kanun’un 1. maddesinde, Kanun’un amacı; “Kamu hukukuna tabi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygulanacak esas ve usulleri belirlemek” olarak ifade edilmiştir.

Burada dikkat çekici nokta,2886 sayılı Kanun’a yöneltilen eleştirileri karşılamak için , yeni ihale kanunun amacının,

- a)Kamu hukukuna tabi olan,
- b)Kamunun denetimi altında bulunan
- c)Kamu kaynağı kullanan bütün kamu kurum ve kuruluşlarını içine alacak şekilde düzenlenmesidir.²

Amaç maddesinden de anlaşılacağı gibi 2886 sayılı Kanun’a göre kapsam oldukça geniş tutularak, tüm kamunun kapsam içine alınması amaçlanmıştır.

Ancak başta AB düzenlemeleri olmak üzere olmak üzere diğer ülkelerdeki düzenlemelerden iç hukuka aktarılan bu ölçüt oldukça genel ve soyut kaldığı için uygulayıcıların işini kolaylaştırmak amacıyla Kanun’un 2. maddesi ile daha somut düzenlemeler getirilen kapsam maddesi düzenlenmiştir.³

²Uzun,a.g.m.,s.100-101

³ Uz,a.g.e.,s.143

2.2.2.KANUNUN KAPSAMI VE İSTİSNALAR

2886 sayılı Kanun'un kapsamının kamu kaynaklarını kullanan kuruluşların tamamını içine alacak şekilde genişletilmesi gerektiği, Dünya Bankası, IMF ve AB Komisyonu tarafından sürekli ileri sürülen konuların başında gelmekteydi.⁴

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile döner sermayeli kuruluşlar ve fonların ihale işlemlerinin bu kanuna göre yapılmayıp, Maliye Bakanlığı tarafından hazırlanarak çıkarılacak yönetmelikle düzenlenmesi sistem içerisinde karışıklığa neden olmuştur.

Bu konuların hepsi 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamının 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'na göre daha da genişletilmesini gerektirmişti. Bu yeni kanunun hem amaç maddesindeki düzenlemelerine hem de kapsam maddesindeki değişimlere baktığımızda kapsamın uluslararası normlara uygun olarak oldukça genişletildiğini görmekteyiz.⁵

4734 sayılı Kanun'un kapsam başlıklı 2. maddesinde; Genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ile özel bütçeli idareler, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlar, birlikler (meslekî kuruluş şeklinde faaliyet gösterenler ile bunların üst kuruluşları hariç), tüzel kişiler; kamu iktisadi kuruluşları ile iktisadi devlet teşekküllerinden oluşan kamu iktisadi teşebbüsleri; sosyal güvenlik kuruluşları, fonlar, özel kanunlarla kurulmuş ve kendilerine kamu görevi verilmiş tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar (meslekî kuruluşlar ve vakıf yüksek öğretim kurumları hariç) ile bağımsız bütçeli kuruluşlar; yukarıda belirtilenlerin doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip bulundukları her çeşit kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketler mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalelerini bu kanun hükümlerine göre yürütüleceği belirtilmiştir.4603 sayılı Kanun kapsamındaki bankaların ise sadece yapım ihaleleri bu kanuna tabidir.

⁴ Bu konuyla ilgili Dünya Bankası bir önerisinde 2886 sayılı Kanunun Kamusal fon kullanan ancak bütçe dışı kaynaklarla finanse edilen tüm kamu kurumlarına uygulanması gerektiği ve kamu kurumları arasında farklı yasalar uygulanmasının doğru bulunmadığı belirtilmiştir.(A.e.,s.133-134)

⁵ 4734 sayılı yasanın ilk halinde kapsam maddesi geniş tutularak kamu ihaleleri ile ilgili uluslararası normlara büyük ölçüde paralellik sağlanmıştı. Ancak 4734 sayılı kanundan kısa bir süre sonra bu kanunda değişikli yapan 4761 ve 4964 sayılı kanunlarla birlikte kapsam maddesi daraltılarak olumsuz bir düzenleme yapılmıştır.

Ancak, TMSF ve bunun hisselerine kısmen ya da tamamen sahip olduğu bankalar, 4603 sayılı Kanun kapsamındaki bankalar (yapım ihaleleri hariç) ile enerji, su, ulaştırma ve telekomünikasyon sektörlerinde faaliyet gösteren teşebbüs, işletme ve şirketler bu kanun kapsamı dışında tutulmuştur.⁶

Bu maddede açıklanmamakla birlikte kanuna tabi idarelerin mal ve hizmet alımları ile yapım işleri dışında kalan “kiralama” işleri de bu kanun kapsamında yürütülecektir. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nun kapsamında yer alan “taşıma ve kiralama” işleri 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nda “hizmet” kavramı içinde sayılmıştır. Dolayısıyla 4734 sayılı Kanun kapsamına girmeyip de 2886 sayılı Kanun’la yürütülecek işler, esasen, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi, satış, trampa ve bir devlet malının kiraya verilmesi işleri olmak üzere oldukça dar bir alandaki ihale işlemleridir.⁷

Kurulan yeni sistemle; devlete gelir kazandırıcı ihale işlemleri ile gider yaptırıcı ihale işlemlerinin birbirinden ayrıldığını görüyoruz. Gelir getirici ihale işlemleri 2886 sayılı Kanun çerçevesinde; buna karşın mal alımı, yapım işi gibi karşılığında idarenin harcamada bulunduğu ihale işlemlerinin ise bu kanun çerçevesinde yürütüleceği açıktır.⁸

Sonuç olarak 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ilk halinde kanunun kapsamının geniş bir şekilde düzenlendiği halde bir yılı geçemeyen kısa bir sürede kapsam maddesinde bir takım istisnalar yapılmıştır. 4743 sayılı Kanun istisnalar maddesi düzenlediği halde kapsam maddesinde bile istisnalara yer verilmesi kapsamın önemli ölçüde daraltılmış olduğunu gösterir. Bu da uluslararası normlardan uzaklaşmaya neden olduğu için olumsuz bir düzenleme olarak değerlendirilebilir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 3. maddesinde aşağıdaki konulara istisna olarak yer verilmektedir. Maddeye göre;

Kanun kapsamına giren kuruluşlar tarafından, kuruluş amacı veya mevzuatı gereği işlemek, değerlendirmek, iyileştirmek veya satmak üzere doğrudan üreticilerden veya ortaklarından yapılan tarım ve hayvancılıkla ilgili ürün alımları ile

⁶ Kamu İhale Kanunu, a.g.e., s.11-12

⁷ Saadettin Doğanyigit, **Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009, s.81

⁸ A.e., s.80.

6831 sayılı Orman Kanunu'na göre orman köyleri kalkındırma kooperatiflerinden ve köylülerden yapılacak hizmet alımları,

Savunma, güvenlik veya istihbaratla ilişkili olduğuna veya gizlilik içinde yürütülmesine ilgili bakanlık tarafından karar verilen ya da mevzuatı gereğince sözleşmenin yürütülmesi sırasında özel güvenlik tedbirleri alınması gereken veya devlet güvenliğine ilişkin temel menfaatlerin korunmasını gerektiren durumlarla ilgili bulunan mal ve hizmet alımları ile yapım işleri,⁹

Uluslararası anlaşmalar gereğince dış finansman ile sağlanacak olan ve finansman anlaşmasında farklı ihale usul ve esaslarının uygulanacağı belirtilen mal veya hizmet alımları ile yapım işleri; uluslararası sermaye piyasalarından yapılacak borçlanmalara ilişkin her türlü danışmanlık ve kredi derecelendirme hizmetleri; T.C.M.B. banknot ve kıymetli evrak üretim ve basımı ile ilgili mal veya hizmet alımları, özelleştirme uygulamaları için 24.11.1994 tarihli ve 4046 sayılı Kanun çerçevesinde yapılacak her türlü danışmanlık hizmet alımları; hava taşımacılığı yapan teşebbüs, işletme ve şirketlerin ticari faaliyetlerine ilişkin mal ve hizmet alımları,

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

Ceza infaz kurumları, tutukevleri, işyurtları, SHÇEK'ya bağlı huzurevleri ve yetiştirme yurtları, Millî Eğitim Bakanlığına bağlı üretim yapan okullar ve merkezler ile Tarım ve Köyişleri Bakanlığına bağlı enstitü ve üretme istasyonları tarafından bizzat üretilen mal ve hizmetler için anılan kuruluşlardan, Başbakanlık Basımevi İşletmesi tarafından doğrudan üretilen mal ve hizmetler için anılan kuruluşlardan, Devlet Malzeme Ofisi Ana Statüsünde yer alan mal ve hizmetler için Devlet Malzeme Ofisi Genel Müdürlüğünden yapacakları alımlar, yük, yolcu veya liman

⁹ 5812 sayılı yasadaki önceki düzenlemede savunma, güvenlik ve istihbarat alanlarında ilgili mevzuat uyarınca her bir ihale için, ihale yetkilisince gizlilik içinde yürütülmesine ilişkin onay belgesi verilmesi gerekli olan ihaleler sayılmışken, 5812 sayılı kanunla getirilen bu düzenleme ile ihalelerin açıkça sayılmaları yerine daha genel ifadelerle yer verilmiştir. Daha önceki düzenlemede bu kapsamdaki istisnalar arasında yapım işleri yokken, 5812 sayılı yasa ile "yapım işleri" de eklenerek istisnalar genişletilmiştir.(Volkan Srabaşı, İrfan Yılmaz, **Kamu İhale Mevzuatı**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2009, s.1.) İstisnalara geniş ölçüde yer verilmesi uluslararası normlardan uzaklaşmaya neden olan bir düzenlemedir.

hizmetleri için Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğünden, akaryakıt ve taşıt için Tasfiye İşleri Döner Sermaye İşletmeleri Genel Müdürlüğünden yapacakları alımlar ile araştırma-geliştirme faaliyetleri kapsamında Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumundan yapacakları mal, hizmet ve danışmanlık hizmet alımları, et ve et ürünleri için Et ve Balık Kurumu Genel Müdürlüğünden, ray üstünde çeken ve çekilen araçlarda kullanılan monoblok tekerlek ve tekerlek takımları için Makine ve Kimya Endüstrisi Kurumu Genel Müdürlüğünden yapacakları alımlar,¹⁰

Ulusal araştırma-geliştirme kurumlarının yürütmüş olduğu ve desteklediği araştırma-geliştirme projeleri için gerekli olan mal ve hizmet alımları ile finansmanının tamamının bu Kanun kapsamındaki bir idare tarafından karşılanarak elde edilen sonuçların bu idarece sadece kendi faaliyetlerinin yürütülmesinde faydalandığı haller hariç olmak üzere, her türlü araştırma ve geliştirme hizmeti alımları,

KİT'ler ile her çeşit şirket, müessese, birlik ve işletmelerin ticari ve sınai faaliyetleri kapsamında doğrudan mal ve hizmet üretimine veya ana faaliyetlerine yönelik ihtiyaçlarının temini için yapacakları (hazine garantisi veya doğrudan bütçenin transfer tertibinden aktarma yapmak suretiyle finanse edilenler hariç) yaklaşık maliyeti ve sözleşme bedeli ikitrilyon üçyüz milyar (5.372.854)* Türk Lirasını aşmayan mal veya hizmet alımları,

Bu Kanun kapsamındaki idarelerin kendi özel mevzuatı gereğince hak sahiplerine sağlayacakları teşhis ve tedaviye yönelik hizmet alımları ile tedavisi kurumlarınca üstlenilen kişilerin ayakta tedavisi sırasında reçeteye bağlanan ilaç ve tıbbî malzemelerin kişilerce alımları, sağlık hizmeti sunan bu Kanun kapsamındaki idarelerin teşhis ve tedaviye yönelik olarak birbirlerinden yapacakları mal ve hizmet alımları,

21.7.1983 tarihli ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu kapsamındaki kültür varlıklarının rölöve, restorasyon, restitüsyon projeleri,

¹⁰20/11/2008 tarihli ve 5812 sayılı Kanunun 1 inci maddesiyle; bu bentte yer alan "malzemeler" ibaresi, "hizmetler" olarak değiştirilmiş ve metne işlenmiştir.

*Kamu İhale Kurumu'nun 2010/1 sayılı Tebliği ile 21/1/2010 tarihli ve 27469 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış olup 01.02.2010 – 31.01.2011 dönemini kapsamaktadır.

sokak sağlıklaştırma, evre düzenleme projeleri ve bunların uygulamaları ile değerlendirme, muhafaza, nakil işleri ve kazı çalışmalarına ilişkin mal ve hizmet alımları,

Deniz evresinin Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Acil Durumlarda Müdahale ve Zararların Tazmini Esaslarına Dair Kanuna göre, acil müdahale plnlarının hazırlanması ve bir olay meydana geldikten sonra kirliliğe müdahale ve acil müdahale plnlarının yerine getirilmesi için acil olarak ihtiyaç duyulabilecek hizmet alımı ile araç, gereç ve malzeme alımı,

Vakıf kültür varlıklarının onarımları ve restorasyonları ile evre düzenlemesine ilişkin mal veya hizmet alımları,

Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü ile özerk spor federasyonlarının ulusal ve uluslararası sportif faaliyetlerine ilişkin mal ve hizmet alımları,

Tanıkların korunmasına ilişkin mevzuat hükümlerine göre alınacak koruma tedbirlerinin uygulanması için gerekli olan mal ve hizmet alımları,

Boru Hatları ile Petrol Taşıma A.Ş. tarafından ithalat yoluyla yapılacak spot sıvılaştırılmış doğal gaz alımları,

Uluslararası yükümlülüklerden doğan veya ulusal amaçlı; savunma, güvenlik, insani yardım gibi durumlarda ortaya çıkabilecek acil ihtiyaçların, sratlı ve etkin bir biçimde sağlanması amacıyla, önceden güvenceler alınmasına olanak sağlayan anlaşmalar veya sözleşmeler yapmak suretiyle mal ve hizmet alımları,

Elektrik retimi, iletimi, ticareti ve dağıtımı alanında faaliyette bulunan kamu iktisadi teşebbüslerinin, bu faaliyetlerinin yürütülmesine yönelik olarak diğer kamu kurum ve kuruluşlarından yapacakları enerji ve yakıt alımları istisna kapsamında yer almaktadır. Ancak ceza ve ihalelerden yasaklanma hükümleri getirilen bu istisnalardan hariç tutulmuştur.

Kamu İhale Kanunu'nda istisnalara geniş ölçüde yer verilmesi nedeniyle gerek mahkemelerin gerekse kamu ihale kurumunun istisnaların kapsamı ile ilgili verdiği kararları incelemek önem taşımaktadır.

Danıştay 13.D. 27.12.2005 tarih ve E.2005/967, K.2005/6208 sayılı kararında;

“2002/DK-15 sayılı kamu ihale kurulu kararının ,4734 sayılı Kanunun 22.01.2002 tarihinde yürürlüğü giren ve 22.06.2002 tarihinde değişikliğe uğrayan

53.maddesinin j/1 bendinin uygulamasına yönelik olduğu; idarelerin, sözleşme bedeli üzerinden hesaplanan tutarın ,yüklenici tarafından kurum hesaplarına yatırıldığını sözleşmelerin imzalanması aşamasında aramak zorunda oldukları yolundaki dava konusu anılan düzenlemede hukuka aykırılık bulunmadığı; BTC Ham Petrol Boru Hattı Projesi'nin uluslar arası finansmanla Yasanın 3/c maddesinde belirtilen ,istisna kapsamında bir yapım işi olduğu ,sözleşmede kurum payı alınamayacağı” açıklaması yapılarak söz konusu yapım işinin istisna kapsamında yer aldığı belirtilmiştir.

Ayrıca Danıştay 13.D. 30.11.2005 tarih ve E.2005/9275, K.2005/5717 sayılı kararında da;

“4734 sayılı Yasanın 2. Maddesinin (b) bendinde belirtilen Kamu İktisadi Teşebbüsü olmayan davacı kurumun, aynı maddenin (d) bendinde belirtilen ,belediyeye bağlı kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketler kapsamında da bulunmadığı anlaşıldığından, anılan yasanın 3. Maddesinin (g) fıkrasında belirtilen istisnadan yararlandırılmaması yolunda tesis edilen dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.” denilmek suretiyle söz konusu kurumun istisna kapsamında değerlendirilmesini hukuka uygun bularak istisna maddesi ile ilgili açıklama getirmiştir.

2.3.KANUNUN ÖNGÖRDÜĞÜ TEMEL İLKELER

Kamu İhale Kanunu'nun temel ilkeler başlıklı 5. maddesinde;

“İdareler, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenirliliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur.

Aralarında kabul edilebilir doğal bir bağlantı olmadığı sürece mal alımı, hizmet alımı ve yapım işleri bir arada ihale edilemez.¹¹

¹¹Aralarında doğal bir bağlantı bulunmayan işlerin birlikte ihale edilemeyeceği ile ilgili olarak Bkz. KİK.21.04.2008-2008/UH.Z-1677 kararı. Aralarında doğal bir bağlantı bulunması şartıyla mal alımı, hizmet alımı ve yapım işleri birlikte ihale edilebilecektir. Bu konu ile ilgili olarak Bkz. KİK.

Eşik değerlerin altında kalmak amacıyla mal veya hizmet alımları ile yapım işleri kısımlara bölünemez.

Bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulü temel usullerdir. Diğer ihale usulleri Kanunda belirtilen özel hallerde kullanılabilir.

Ödeneği bulunmayan hiçbir iş için ihaleye çıkılamaz.

İlgili mevzuatı gereğince Çevresel Etki Değerlendirme (ÇED) raporu gerekli olan işlerde ihaleye çıkılabilmesi için ÇED olumlu belgesinin alınmış olması zorunludur. Ancak, doğal afetlere bağlı olarak acilen ihale edilecek yapım işlerinde ÇED raporu aranmaz.” şeklinde düzenleme yapılmıştır.

Bu madde hükmünden yola çıkarak Kamu İhale Kanunu’nun temel ilkeleri şu şekilde sıralanabilir.¹²

- Saydamlık
- Rekabet
- Eşit muamele
- Güvenilirlik
- Gizlilik
- Kamuoyu denetimi
- İhtiyaçların uygun şartlarda ve zamanında kullanılması
- Kaynakların verimli kullanılması
- Mal alımı,hizmet alımı ve yapım işleri ihalelerinin bağımsızlığı ilkesi
- İhale konusunun bölünmezliği ilkesi
- İhalenin kanuniliği ilkesi
- Ödeneksiz ihale yapılamayacağı olarak sayılabilir.

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nda ise bu temel ilkeler;

- İhalede açıklık ve rekabetin sağlanması

27.10.2008-2008/UM.1-4419 kararı. Ayrıca tamamı mal, hizmet ve yapım işleri kapsamındaki farklı işlerin bir arada ihale edilmesi mevzuata uygundur. Bu konu ile ilgili olarak da Bkz. KİK.19.12.2005-2005/UHZ-2370 kararı

¹² Doğanyigit,a.g.e.,s.153

- İhtiyaçların en iyi şekilde, uygun şartlarda ve zamanında Karşılanması olarak belirlenmiştir.

Görüleceği gibi kamu ihale sistemimize, saydamlık, gizlilik, eşit muamele, kamuoyu denetimi, kaynakların verimli kullanılması gibi bir çok yeni ilke girmiştir.2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun temel ilkelerinden biri olan "açıklık" ilkesi, bu yasada yerini "saydamlık" ve "kamuoyu denetimi" ilkelerine bırakmıştır. Rekabet ilkesi ise kapsamı daha da genişletilerek eşit muamele, güvenilirlik ilkeleriyle birlikte pekiştirilmiştir. Gizlilik kavramı ise 2886 sayılı Kanun'da yer alan "açıklık" ilkesinin tersi anlamda kullanılmamaktadır. Gizlilik ilkesi, burada, idarece hazırlanacak veya hazırlatılacak yaklaşık maliyetin gizli tutulması gerektiğini vurgulamak amacıyla kullanılmaktadır.¹³

2.3.1.SAYDAMLIK İLKESİ

Kamu ihalelerinde saydamlık; idarenin ihtiyaçları, ihaleye katılım şartları ve değerlendirme kriterleriyle ilgili olarak piyasayı tam olarak bilgilendirmesi ve bu ihtiyaçların teminine yönelik olarak işletilen ihale sürecinin ilgililerinin bilgileri dahilinde gerçekleşmesidir.¹⁴

Saydamlık ilkesi rekabet ilkesi ilgilidir. Çünkü saydam bir ihale sistemi daha fazla katılımcının ihalede yer almasını sağlayarak fiyatta rekabeti gerçekleştirmektedir. Bu durumda idarenin kazancının artmasına neden olmakta bu da ülkenin ekonomisini olumlu etkilemektedir.

Kamu ihalelerinde saydamlık kuralları ihale öncesinde, ihale açılıp değerlendirilmesinde, ihale kararının alınması ve ihale sonucu ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümünde önem taşımaktadır. Ayrıca denetleme ve teklif verenlerin kamu idaresi adına çıkabilecek uyuşmazlıkların çözülmesi mekanizması da saydamlığın önemli bir parçası olarak değerlendirilebilir.¹⁵

¹³ A.e.,s.154

¹⁴ Hafize Çalışkan, "Kamu İhalelerinde Saydamlık", *İhale-İmar*,S.2,Nisan 2003,s.18

¹⁵ Vesile Kulaçoğlu, "Kamu Kaynaklarının Kullanılmasında Şeffaflığın Önemi",*1.Uluslararası Kamu Alımlarında Saydamlık ve Verimlilik Sempozyumu*, Kamu İhale Kurumu, İstanbul 27-28 Mayıs,2004,s.72.

İhale öncesi saydamlık; ihtiyacın belirlenmesi ve belirtilmesinde saydamlık, kuralların belirlenmesinde saydamlık, ilan metinlerinde saydamlık olarak üçe ayrılabilir. Öncelikle açık ve ayrıntılı olarak ihtiyaç tanımlanmalıdır. İhtiyaçla ilgili tek bilgi kaynağı olan idarelerin yapacakları iş tanımlarının ve belirleyecekleri ayrıntıların tereddüde yer bırakmayacak ve uyuşmazlığa neden olmayacak şekilde ilgililerin bilgisine sunulması, saydam bir ihale yapılması açısından önemlidir.¹⁶Kuralların belirlenmesinde saydamlıkta ise, ihaleye katılımı ile ilgili konuların ve ihale sürecinde hangi durumlarda nasıl davranılacağına idarece net olarak belirlenmesi ve idarenin de bu kurallara uymasındır. Böyle bir ihalede, ihaleye katılabilecek istekliler, ihaleye katılımı ile ilgili sağlıklı karar verebilecekler ve ihaleye doğru teklif verme imkanı bulabileceklerdir.¹⁷İlan metinlerinde saydamlık; yukarıdaki hususların ihaleye ilgi duyabilecek herkese ulaştırılmasıdır.

İhale açılıp değerlendirme sürecinde saydamlık üç aşamadan oluşur. Bu üç aşama; biri tekliflerin kabulü sırasında, ikincisi tekliflerin açılma sürecinde ve son olarak çok önemlisi, ihaleye katılanlara ve diğer ilgilene taraflara ihale sonuçları hakkında bilgi verilmesidir. Tekliflerin kabulü, tekliflerin açılması ve incelenip değerlendirme süreciyle ilgili saydamlık kurallarının amacı ihaleyi usulüne uygun gerçekleştirmek, diğer bir ifadeyle ihaleye fesat karışmasını önlemektir. İhalelerde kamu idarelerinin en fazla bu aşamada keyfi etkileri olabileceğinden, ulusal ve uluslararası kanun ve belgeler bu aşamada saydamlık için ayrıntılı koşul ve yöntemler önerirler¹⁸.İhale kararlarının alınması aşamasında saydamlık ilkesi, değerlendirme kriterlerinin ilgililere önceden belirtilen kriterlere ihale sürecinde kesinlikle sadık kalınarak, değerlendirmenin sadece bu önceden belirlenmiş kriterler kullanılmasına göre yapılmasıdır.¹⁹

İhale karar sonuçlarının açıklanmasına geldiğimizde, ihale sonrası ihale kararları ile ilgili bilgilerin ihaleye katılanlara bildirilmesi, kriterlerin önceden belirtildiği gibi uygulandığına, ihale sürecinin kurallara uygun ve düzenli geçtiğine

¹⁶Çalışkan,a.g.m.,s.19.Kanunun 12,24,25 ve 27 .maddelerinde iş hakkında verilmesi gereken bilgilerin ilanlarda ve ihale dokümanlarında belirtilmesi zorunlu belgeler olarak belirlenmesi bu konuda saydamlığa önem verildiğini göstermektedir.

¹⁷ A.e.,19

¹⁸ Kulaçoğlu, a.g.m.,s72.

¹⁹ A.e.,s.73

dair güven verir. Ayrıca sonuçlar hakkında bilgiler özellikle ön ilan verilmeden, doğrudan temin yoluyla yapılan ihalelerde azami saydamlığın sağlanmasına yarar.²⁰

Saydamlık ilkesi ihale mevzuatına yeni girmiş bir ilke değildir. 2886 sayılı Kanun da açıklık ilkesi adı ile yer almaktaydı. Ancak 2886 sayılı Kanun'dan farklı olarak 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile elektronik ihale sistemi, dinamik alım sistemi, ön ilan yapılması, ihale sonuçlarının ilanı gibi getirilen yeni düzenlemeler ihalelerde saydamlığın sağlanmasında önemli rol oynamaktadır.

2.3.2.REKABET İLKESİ

İdarelerin, ihalelerde rekabetin gerçekleşmesine yönelik olarak gerekli ortamın sağlanması, rekabeti engelleyici davranışlardan ve düzenlemelerden kaçınması, fiyatların oluşmasında hiçbir müdahale olmaksızın serbestçe belirlenmesi bu ilkenin gereğidir.²¹

Rekabet ilkesinin amacı en uygun ve en kaliteli seçimin yapılmasıdır. Rekabet ilkesi her zaman alıcı ve satıcı sayısının çokluğunu gerekli kılar. Bu nedenle idarenin yapacağı sözleşmelere de olabildiğince çok adayın başvurması idarenin yararınadır.²²

İhalelerde rekabet koşulunun sağlanabilmesi için gereken hususlar

1.İhtiyacın tam olarak belirlenmesi ve tanımlanması

2.İhale dokümanında aranan yeterlik belgelerinin işin gerekleri ile orantılı olması²³

²⁰ A.e.

²¹ Kamu İhale Kurumu, **Kamu Alımlarına İlişkin Uygulamalı Kılavuz İdareler**, Haziran 2009a, s.5. (Çevrimiçi) www.ihale.gov.tr/kilavuz/idare.pdf, 26.09.2008

²² Onar ,a.g.e.,s.1618

²³ Kamu ihale kurulu bir kararında idarelerin yaptıkları ihalelerde rekabeti engelleyici katılım şartları belirlememeleri gerektiğini belirtmiştir. Bu kararında kanunun 6. maddesinin (b) bendinin 6 no.lu alt bendinde isteklilerin mesleki ve teknik yeterliklerinin belirlenmesi için idarelerin, ihale konusu işin yerine getirilebilmesi için gerekli görülen tesis, makine, teçhizat ve diğer ekipmana ilişkin belgelerin istenebileceği hüküm altına alınmış, hizmet alımı ihaleleri uygulama yönetmeliğinin 46 ncı maddesinde ise makine, tesis ve ekipman için kendi malı olma şartının aranmamasının esas olduğu belirtilmiştir. Bu hüküm uyarınca işin yapılmasında isteklinin kendi malı araç kullanılmasının zorunlu olmadığı durumlarda, taahhüt yoluyla temin edileceği araçlarla ihaleye katılmasına izin vermesi rekabet ilkesinin gereğidir. İhale konusu işin ilişkin idari şartnamenin 19.2 maddesinde, isteklilerin maddede belirtilen miktarda öz mal sahibi olmaları istemiş olup, yönetmeliğin 46. maddesine göre makine ,tesis ve ekipman için kendi malı olma şartının aranmaması esastır. Maddede istenen taşıma araçları, taahhüt olarak piyasadan kolaylıkla temin edilebilecek mahiyette olup, bu araçlar için kendi

3.İhale koşullarının tüm ilgililere duyurulması olarak sayılabilir.

Rekabet ilkesinin uygulanması, kamusal kaynakların harcanmasında özen gösterilmesinin bir güvencesi olmaktadır. İhaleye katılanlar serbest rekabet ortamını bozan davranışlarda bulundukları takdirde, rekabetin korunması ile kurallar uyarınca yaptırımların uygulanması söz konusu olacaktır.²⁴ Rekabetin sağlanamadığı gerekçesiyle ihale iptal edilebilecektir.²⁵ Bu konu ile ilgili olarak Kamu İhale Kurumu 11.09.2006 tarih ve 2006/UY.Z.2080 sayılı kararında “yeterli rekabet sağlanamadığı gerekçesiyle, idarece ihale iptal edilebilir” demek suretiyle açıklama yapmıştır.

Rekabeti engelleyici uygulamalarla ilgili olarak Kamu İhale Kurumu’nun vermiş olduğu birçok karar vardır. Kamu İhale Kurumu 07.10.2008 tarih ve 2008/UH.I-4121 sayılı kararında “*inceleme konusu işte yapılan benzer iş tanımının öğrenci taşıma işi ile sınırlandırılmasının 4734 sayılı Kanunun 5. Maddesinde belirtilen temel ilkelerden olan rekabet ilkesine aykırı olduğu*”; 21.01.2008 tarih ve 2008/UH.Z.252 sayılı kararında “*idarece, mesleki ve teknik yeterliliği tespit etmek maksadıyla istenecek iş deneyim belgelerine ilişkin kriterlerin Kanunun 5. Maddesinde yer alan temel ilkeler çerçevesinde belirlenmesi gerekmektedir. Başvuru konusu ihalede, kent temizliğine yönelik çöp toplama, çöplerin kamyonla nakli ile nitelikli olarak kabul edilmeyecek cadde-sokak süpürme işlerin bir bütün olarak benzer iş olarak belirlenmesinin rekabeti engelleyecek nitelikte olduğu*” yönünde karar vermesi örnek olarak gösterilebilir.

Rekabet ilkesi de 2886 sayılı Kanun’da yer alan ilkelerden biridir. Ancak 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile emanet usulü, kanuni ikametgah sahibi olma zorunluluğu, müteahhitlik karnesi ve yeterlilik komisyonu gibi rekabeti engelleyen birçok uygulamaya son verilmiş, aynı zamanda rekabeti arttırabilmek amacıyla hangi isteklilerin yeterlilik açısından ihale dışı bırakılabileceği ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

malı olma şartının getirilmesi suretiyle söz konusu araçları taahhüt yoluyla sağlayarak ihaleye teklif verebilecek istekli adaylarının ihaleye katılımı engellenmiş ve kanunun 5. maddesinde belirtilen rekabet ilkesi ihlal edilmiştir. Bkz. Kamu İhale Kurumu 15.05.2003/UK.Z-76 R.G:30.05.2003-25123

²⁴ Meltem Kutlu, “İhale Sürecinde Rekabetin Bozulmasının Cezai Yaptırımları”, **Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan**, 2003, s.602

²⁵ Yeterli rekabetin oluşmaması nedeniyle ihalenin iptali ile ilgili olarak bkz. Danıştay 13. D. 02.12.2008 tarih ve E.2006/5867, K. 2008/7602 sayılı kararı. (Çevrimiçi) <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp> - 10.05.2010.

2.3.3.EŞİT MUAMELE İLKESİ

4734 sayılı Kanun'un 5. maddesinde belirtilen bu ilke uyarınca, idare sözleşmeyi seçerken, tüm istekliler karşısında eşit davranmak zorundadır.

4734 sayılı Kanun'da bu durum kabul edilmekle beraber bu ilkenin bir istisnası aynı kanunun 63. maddesinde yer almaktadır. Bu maddeye göre, "yaklaşık maliyeti eşik değerin altında kalan ihalelere sadece yerli isteklilerin katılması" öngörülebilmektedir. Ayrıca aynı madde de "yaklaşık maliyeti eşik değerlerin²⁶ üzerindeki ihalelerde, hizmet alımları ve yapım işlerinde bütün yerli istekliler lehine, mal alımlarında ise sanayi ve ticaret bakanlığı ile diğer ilgili kurum ve kuruluşların görüşleri alınarak, kurum tarafından yerli malı olarak belirlenen malları teklif eden istekliler lehine, %15 oranına kadar fiyat avantajı sağlanması" na imkan vermektedir.²⁷

Yerli isteklilere sağlanan bu avantajlar AB ve Dünya Ticaret Örgütü gibi kurumlar tarafından sıkça eleştirilmektedir. AB ilerleme raporlarında yerli isteklilere sağlanan %15 oranında fiyat avantajının yüksek bir oran olduğunu belirtilmiş ve bu o durumun ihaleye katılımda eşitlik ilkesini zedeleyerek, rekabetçi bir ihale sistemini engellediği savunulmuştur.

2.3.4.GÜVENİLİRLİK İLKESİ

Güvenilirlik ilkesi kısaca ihalelerde mevzuatın öngördüğü hususların idarelerce gözetilmesi ve mevzuata aykırı eylem ve işlemlere ilişkin olarak ilgili mevzuatta belirtilen şekilde gereğinin yapılmasının sağlanması olarak açıklanabilir.²⁸

Güvenilirlik ilkesi ile tarafların takdir yetkisi azalmakta, belirlenen kurallara uyma zorunluluğu getirilmektedir. Bu ilke dolayısıyla kuralların, eylem ve işlem tanımlarının yeterince açık olması gerekmektedir

²⁶ Eşik değerler kanunun 8. maddesine göre "genel bütçeye dahil idareler ve katma bütçeli idarelerin mal ve hizmet alımlarında 606.343 tl; kanun kapsamındaki diğer idarelerin mal ve hizmet alımlarında 1.010.572 tl; kanun kapsamındaki idarelerin yapım işlerinde 22.032.648 tl olarak tespit edilmiştir.

²⁷ Günday, 2003., s.185

²⁸ Canan Akman, "Kamu İhalelerinde Gizlilik ve Güvenilirlik", *İhale-İmar Dergisi*, 2003 Temmuz S.5, s.53

2.3.5.GİZLİLİK İLKESİ

Kamu ihaleleri niteliği gereği şeffaf gerçekleşmesi gereken süreçlerdir. Bu süreçte yapılan eylem ve işlemler ile alınan kararların ilgililerin bilgisine açık olması harcanacak paranın kamu parası olmasının doğal ve gerekli bir sonucudur. Ancak bu süreçte gizli kalması gereken özel bilgilerin deşifre edilmemesi de ihale sisteminde önemli bir unsurdur. Zira ihalenin tarafları açısından gizli kalması gerekli olan hususlara saygı gösterilmediğinde ihaleye katılacak istekli adayları kendilerini güvende hissetmeyecek ve ihaleye katılmaktan çekineceklerdir²⁹.Bu çekinceler ihaleye katılımı azaltarak ihalenin önemli ilkelerinden rekabeti de engelleyecektir.

Diğer ilkelerde olduğu gibi gizlilik ilkesinin de ihlal edilmesi sonucu ihale işlemleri ve ihale kararı iptal edilecektir. Kamu İhale Kurumu da 19.01.2009 tarih ve 2009/UH.I.-265 sayılı kararında şartnamenin hazırlanmasında idare personeli olmayan kişilerin de görev aldığı, bu kişilerin aynı zamanda idareye iş yapan yüklenicilerin elemanı oldukları dikkate alındığında gizlilik ilkesinin ihlal edildiğine ve bu nedenle ihale işlemlerinin ve ihale kararının iptaline karar vermiştir.

2.3.6.KAMUOYU DENETİMİ İLKESİ

4734 sayılı Kanun, idarenin gereksinimlerini sağlarken kamuoyu denetimine açık olması için, ihale ilan ve sonuçlarının Resmi Gazete yanında ,yurtiçi ve yurtdışı gazete ve yayın araçları ile bilgi işlem ağı ya da elektronik haberleşme yoluyla kamuoyuna duyurulması öngörülmüştür.³⁰

Kamuoyu denetimi ilkesi saydamlık ilkesi ile ilgilidir. Saydamlık ilkesine uymadan gerçekleştirilen bir kamu ihalesi ile ilgili sağlıklı bir kamuoyu denetimi yapılması zordur.

²⁹ A.e.,s.21

³⁰ Günday,2003,s.186

2.3.7.ÖDENEĞİ OLMAYAN BİR İŞ İÇİN İHALEYE ÇIKILAMAMASI İLKESİ

Ödeneği olmayan bir işin, ihaleye çıkılsa bile tamamlanması mümkün olamayacağından, 4734 sayılı Kanun'un 5. maddesi ile bu ilke konulmuştur. Bu ilke ile gereksinimlerin uygun koşullarda ve zamanında karşılanması amacı da gerçekleşmiş olacaktır.³¹ Ayrıca ödeneği olmayan hiçbir iş için ihaleye çıkılamayacağı hükme bağlanmasına rağmen idarenin ek ödeneğinin bulunması veya ilgili mevzuatı gereği ödenek aktarımının mümkün olması durumlarında teklifler kamu yararı ve hizmetleri gerekleri de dikkate alınarak kabul edilebilir.³²

Ödeneği olmayan bir iş için ihaleye çıkılamaması ilkesi 4734 sayılı Kanun ile getirilen yeni düzenlemelerden biridir. 2886 sayılı Kanun da ödeneğin bulunması şartının aranmaması; ihalenin gerçek ihtiyaçların karşılanması amacıyla yapılmayıp farklı gerekçelerle ve beklentilerle yapılması, ihalenin meclis denetiminden kaçırılarak çok uzun sürede gerçekleştirilmesi veya bazılarının yarım kalması gibi birçok soruna neden olabilmekteydi.³³

2.3.8.KAYNAKLARIN VERİMLİ KULLANILMASI İLKESİ

Verimlilik harcanan paranın karşılığında en iyi değerin elde edilmesidir. Kamu alımlarında verimlilik ihtiyaç duyulan mal ve hizmeti ile yapım işinin ekonomik açıdan en avantajlı fiyattan almayı gerektirmektedir.³⁴

2.3.9.İHALENİN KANUNİLİĞİ İLKESİ

Kamu İhale Kanunu'nda amacın, kamu hukukuna tabi olan veya kamu denetimi altında olan veya kamu kaynağı kullanan idarelerin ihale kurallarının düzenlenmesi olduğu ve kanunda sayılan idarelerin mal veya hizmet alımları ile

³¹ A.e.

³² Bu konu ile ilgili olarak bkz. KİK 14.01.2008 tarih 2008/UM.Z-141 kararı.

³³ Osman Kaya, "İhale Sözleşme Uygulamalarında Ödenek", *Güncel Mevzuat Dergisi*, Eylül 2009, Y. 4, S.45, s.4

³⁴ Kamu İhale Kurumu, 2009a, s.6

yapım işlerinin bu kanun hükümlerine göre yürütüleceği belirtilmiştir. Kanun'un 66. maddesinde de ihale kurallarında değişiklik yapılabilmesini Kanun'un hükümlerine ekleme veya değişiklik yapılması ile mümkün olabileceği açıkça belirtilmektedir. Bu nedenle idarenin düzenleyici idari işlemleri ile bu kurallar da değişiklik yapabilmesi mümkün değildir.³⁵

2.3.10.MAL ALIMI, HİZMETİ ALIMI VE YAPIM İŞLERİ İÇİN AYRI İHALE DÜZENLENMESİ İLKESİ

4743 sayılı Kanun'un 5. maddesine göre, aralarında kabul edilebilir doğal bir bağlantı olmadığı sürece, mal veya hizmet alımları ile yapım işleri birlikte ihale edilemez. Bu ilkenin konmasının nedeni, mal ve hizmet alımı ile yapım işleri ihalesine katılımda yeterli kurallarının farklılık göstermesi ve bu ihalenin konusu olan işlerin fiyatlarının belirlenmesinin de farklı kurallara tabi kılınmış olmasıdır.³⁶

2.3.11.İHALE KONUSUNUN BÖLÜNEMEZLİĞİ İLKESİ

Bu ilke, kanunda "Eşik değerlerin altında kalmak amacıyla mal veya hizmet alımları ile yapım işleri kısımlara bölünemez" şeklinde belirtilmektedir.³⁷Bu kuralın amacı, ihalenin bölümlere ayrılarak eşik değer altında kalmasının sağlanamayacağı ve böylece eşik değerın üstünde aday ve istekli olabilecek yabancıların haklarının korunarak rekabetçi bir ihale sistemi sağlanmasıdır.

³⁵ Aziz Taşdelen, **Kamu Harcamaları Hukukunda İhale Süreci**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2004, s.65.

³⁶ Günday, 2003, s.186

³⁷ Eşik değerlerin altında kalmak amacıyla mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinin kısımlara bölünmesinin hukuka aykırı olduğu ile ilgili olarak Bkz.KİK.02.09.2006-2006/UH.Z.-1981 kararı ve 07.10.2008-2008/UH.III-4076 kararı.

2.3.12.İHTİYAÇLARIN UYGUN ŞARTLARDA VE ZAMANINDA KARŞILANMASI İLKESİ

Kamu ihtiyaçlarının uygun şartlarda ve zamanında karşılanması ilke olarak belirtilmekle birlikte Kamu İhale Kanunu'nda bu ilkeyi açıklayan başkaca bir hüküm bulunmamaktadır.

2.4.İHALELERE KATILIM

4734 sayılı Kanun'un 10. maddesinde ihaleye katılımı dikkate alınacak yeterlik kuralları ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. İşi yapabilecek nitelikte isteklilerin ihaleye katılımlarını sağlamak amacıyla gerekli olan bilgi ve belgeler sayılmış, bu bilgi ve belgelerden hangilerinin istenileceğinin işin niteliğine göre belirlenmesi, bunların ihale dokümanında ve ilan veya davet belgelerinde belirtilmesi gerekli görülmüştür.³⁸ Bunların gerçekleştirilmesindeki amaç eşit muamele, saydamlık ve rekabet gibi temel ilkelerin ihalelerde sağlanmasıdır. Düzenleme böyle olmakla birlikte uygulamada idareler hala bu konuda gerekli özeni gösterememektedir. Kamu İhale Kurumu'nun 01.07.2008-2008/UH.Z-2771, 03.11.2008-2008/UH.11-4523, 15.07.2008-2008/UY.Z-2965 sayılı kararları gibi birçok kararında belirlenen yeterlilik kriterlerinin ve istenilen belgelerin mevzuata aykırı bulunması bu durumu kanıtlamaktadır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile birlikte yapım işlerinde isteklilerin yeterliliğini belirlemede kullanılan müteahhitlik karnesi uygulamasına son verilmiştir. Bir diğer önemli düzenleme de yabancı isteklilerin ihalelere katılması konusunda sorunlara neden olan kanuni ikametgah sahibi olma zorunluluğu kaldırılmasıdır.

Kamu İhale Kanunu ihaleye katılım şartlarını belirttiği gibi ihaleye katılamayacak olanları da açıklamıştır.2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'na göre 4734 sayılı Kanun'da ihaleye katılamayacak olanların kapsamı genişletilerek, ihalelere katılamayacak olanlara; hileli iflas ettiğine karar verilenler, terörle mücadele kanunu

³⁸http://www.danistay.gov.tr/devlet_ihale_kanunundan_kamu_ihale_kanununa111.htm

kapsamına giren suçlardan ve organize suçlardan dolayı hükümlü bulunanlar, ihale konusu işin danışmanlık hizmetlerini yapanlar, ihale yetkilisi kişiler, bu yetkiye sahip kurullarda görevli kişiler, ihale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve onaylamakla görevli olanlar ile bunların eşleri, üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar kayın hısımları ile evlatlıkları ve evlat edinenlerin ortakları ile şirketleri, ihaleyi yapan idare bünyesinde veya idare ile ilgili her ne amaçla kurulmuş olursa olsun vakıf, dernek, birlik, sandık vb. kuruluşlar ile bu kuruluşların ortak oldukları şirketler de eklenmiştir.³⁹

Görüldüğü gibi ihaleye katılamayacak olanlar arasında kamu idareleri sayılmamıştır.4734 sayılı Kanun esasında kamu idarelerinin birbirleri ile olan ihale işlerini düzenlememek için değil, idarenin özel sektörden almayı planladığı mal ve hizmet alımları ile yapım işlerini düzenleme için getirilmiştir. Ancak kamu idarelerinin ihaleye girmelerini engelleyecek bir hüküm de bulunmamaktadır.⁴⁰Bu konuyla ilgili olarak Kamu İhale Kurumu da 20.11.2006 tarih ve 2006/UM.Z-2783 sayılı kararında kamu idarelerinin idarece talep edilebilecek yeterlilik belgelerini temin etme ve sunmaları halinde ihalelere katılmalarında herhangi bir sakınca bulunmadığını ifade etmektedir.

2.5.İHALE USULLERİ

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında yapılacak olan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalelerinde 3 tür usul belirlenmiştir. Bunlar;

- Açık ihale usulü
- Belli istekliler arasında ihale usulü
- Pazarlık usulü

22. madde de esas ve usulleri belirlenen doğrudan temin yöntemi ise, esasen bir ihale usulü olmadığı gerekçesiyle 4964 sayılı Kanun'un 12. maddesi ile yapılan değişiklikle uygulanacak ihale usulleri arasından çıkarılmıştır.

³⁹http://www.danistay.gov.tr/devlet_ihale_kanunundan_kamu_ihale_kanununa111.htm

⁴⁰ Ferhat Gündüz, "Kamu İdareleri İhalelere Katılabilir Mi?", *Güncel Kılavuz Dergisi*, Mart 2008, Y.3, S.27, s.11

İhale usullerinin nasıl belirleneceği önemli bir konudur. Asıl olan açık ihale usulü olup diğer iki ihale usulü kanunda belirtilen şartların varlığı halinde uygulanabilir.

2.5.1.AÇIK İHALE USULÜ

Açık ihale usulü, bütün isteklilerin teklif verebildiği usuldür. Ancak burada geçen bütün istekliler kavramı, işin niteliklerinin gerektirdiği yeterliliğe sahip bütün istekliler olarak anlaşılmalıdır. Bütün isteklilerin teklif verebildiği bu ihale usulünde ihaleye katılım konusunda ancak kanunla belirtilen sınırlamalar getirilebilecektir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda yer alan açık ihale usulü ile 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nda yer alan açık ihale usulünü birbiriyle karıştırmamak gerekir. İsim olarak aynı ismi taşısa da içeriğinde aynı uygulamalara yer vermemiştir. 2886 sayılı Kanun'un 46. maddesine göre açık teklif usulü ile gerçekleştirilen ihalelerde istekliler ihale komisyonu önünde tekliflerini sözlü olarak belirttikleri halde, 4734 sayılı Kanun'un 30. maddesinde teklifler kapalı teklif mektubu ile verilmesi genel bir kural olarak düzenlenmiştir.

2.5.2.BELLİ İSTEKLİLER ARASINDA İHALE USULÜ

4734 sayılı Kanun'un 20. maddesinde belirtildiği üzere belli istekliler arasında ihale usulü, yapılacak ön yeterlik değerlendirmesi sonucunda idarece davet edilen isteklilerin teklif verebildiği usuldür. Bu usulde ön yeterlilik değerlendirilmesi için başvurmak herkese açıktır.

Kanuna göre,

- Yapım işleri, hizmet ve mal alım ihalelerinden işin özelliğinin uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektirmesi nedeniyle açık ihale usulünün uygulanamadığı işlerin ihalesi
- Yaklaşık maliyeti eşik değerin yarısını aşan yapım işi ihalelerinde belli istekliler arasında ihale usulü uygulanabilir.

Belli istekliler arasında ihale usulünün tespit edilmesinde idarenin gerekli gerekçelere yer vermesi gerekmektedir. Kamu İhale Kurumu da 05.08.2008 tarih ve

2008/UY.Z-3244 sayılı kararında “...yukarıda anılan mevzuat hükümlerinde hangi hallerde “Belli İstekliler Arasında İhale Usulü” ile yapılabileceği belirtilmektedir. İdarenin temin edilen bilgi ve belgelerden, söz konusu ihalede Belli istekliler arasında ihale usulüne ilişkin gerekçelere ihale işlem dosyasında yer verilmediği görülmüş olup, bu hususun mevzuata aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.” diyerek bu durumu belirtmiştir.

Bu usulde ön yeterlilik değerlendirilmesi yapılması şarttır. Ön yeterlilik değerlendirilmesi yapılırken kanunun 10. maddesine göre, ihaleye katılacak isteklinin ekonomik ve mali yeterlik ile mesleki ve teknik yeterliklerin belirlenmesi amacıyla bir takım bilgi ve belgeler istenebilir. Ayrıca bu değerlendirme de belirtilen ön yeterlik dokümanı ve ön yeterlik ilanında belirtilen değerlendirme kriterleri kullanılmaktadır.

Bu ihale usulü ile gerçekleşen ihalelerde isteklilerin ekonomik ve mali yeterliği ile mesleki yeterliliğine ilişkin olarak istenilen belgelerde idarece ön görülen kriterler belirlenmeden ön yeterlik değerlendirilmesinin yapılması mümkün değildir. Kamu İhale Kurumu 20.04.2004/UK.Z-488 kararında bu durumu belirtmiş ve devamında da , “başvuruya konu ihalede, bankalardan temin edilecek belgeler, iş hacmini gösteren belgeler ve iş deneyim belgelerinin taşınması gereken kriterlerin işin niteliğine uygun ve yaklaşık maliyetle uyumlu bir biçimde idarece yeterlilik kriterleri olarak tespit edilmemesi anılan mevzuat hükümlerine aykırıdır” diyerek mevzuata aykırılığı tespit etmiştir.

4734 sayılı Kanun, belli istekliler arasında ihale usulünü uygularken, istekli ile ilgili kriterleri açıkça belirterek rekabeti engelleyici uygulamaların önüne geçmeyi amaçlamıştır.

Ön yeterlik değerlendirmesi sonucunda yeterli bulunmayan adaylara yeterli bulunmama gerekçeleri yazılı olarak bildirilir. Ön yeterliliği geçen adaylar ise ihaleye davet edilerek⁴¹,teklifleri değerlendirilir. Tekliflerin değerlendirilmesi 40. maddeye uygun şekilde ihale dokümanı ile davet mektubunda belirtilen

⁴¹ Yaklaşık maliyeti eşik değerlere eşit veya bu değerleri aşan belli istekliler arasında yapılacak ihalelerde ön yeterlilik sonucunda yeterliliği belirlenen adaylara ihale gününden en az 40 gün önce davet mektubu gönderilmesi zorunlu iken,eşik değerin altında kalan ihalelerde değerlendirme sonucunda yeterliliği belirlenen adaylara ihale gününden önce 13/b bendindeki sürelerle göre(en az 7 gün önce ,en az 14 gün önce ve en az 21 gün önce olmak üzere) davet mektubu gönderilmesi gerekmektedir.(Doğanyigit,a.g.e., s.455)

değerlendirme kriterlerine uygun olarak yapılarak ihale sonuçlandırılır. Ancak ihaleye davet edilebilecek aday sayısı beşten az veya teklif veren istekli sayısının üçten az olması durumunda ihale iptal edilmektedir.⁴²

Kanun'da teklif veren istekli sayısının üçten az olması nedeniyle ihalenin iptal edilmesi halinde ihale dokümanı gözden geçirilerek varsa hatalar ve eksiklikler giderilmek suretiyle, ön yeterliği tespit edilen tüm istekliler tekrar davet edilerek ihalenin sonuçlanabileceği belirtilmiştir.

Ancak ihaleye davet edilebilecek istekli sayısının beşten az olması durumunda ne yapılması gerektiği açıklanmamıştır. Bu durumda, Kanunun 21. maddesinin (a) bendindeki *“Açık ihale usulü veya belli istekliler arasındaki ihale usulü ile yapılan ihale sonucunda teklif çıkmaması”* halinde pazarlık usulü ile, 22. maddesinin (a) ve (c) bendlerindeki *“ihtiyacın sadece gerçek ve tüzel kişi tarafından karşılanabileceğinin tespit edilmesi”* ve *“sadece gerçek veya tüzel tek kişinin ihtiyaç ile ilgili özel bir hakka sahip olması”* halinde doğrudan temin yöntemi ile alım yapılabileceği hükümleri değerlendirildiğinde, bu hükümlere göre idarelerin yeniden ihaleye çıkarak ya pazarlık usulü ile ihaleyi gerçekleştirebilmesi ya da doğrudan temin yöntemi ile alım yapabilmesinin mümkün olduğunu söylenebilir.⁴³

2886 sayılı Kanun'da düzenlenen belli istekliler arasında ihale usulü ile şeffaflığın zedelediği yönündeki eleştiriler bu yasa ile birlikte ön yeterlilik ilanı ve değerlendirme ilkesi zorunluluğu getirilerek giderilmeye çalışılmıştır. Ayrıca yeni yasada yeterlilik ile ilgili kriterler değerlendirilirken istekliler arasında rekabeti engelleyici ve zedeleyici uygulamalardan kaçınılmasına özellikle önem verilmektedir.

2.5.3.PAZARLIK USULÜ

4734 sayılı Kamu ihale Kanunu'nun 4. maddesinde yer alan tanımlar içerisinde, pazarlık usulü ihale sürecinin iki aşamalı olarak gerçekleştirildiği ve idarenin ihale konusu işin teknik detayları ile gerçekleştirme yöntemlerini ve belli hallerde fiyatı istekliler ile görüştüğü usulü olarak ifade edilmiştir.

⁴²A.e.

⁴³Uz, a.g.e., s. 195

Pazarlık usulünün hangi hallerde kullanılabileceği Kanun'un 21. maddesinde belirtilmiştir.

Buna göre,

- Açık ihale usulü veya belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan ihale sonucunda teklif çıkmaması
- Doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya idare tarafından önceden öngörülemeyen⁴⁴ olayların ortaya çıkması durumunda ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması.⁴⁵
- Savunma ve güvenlikle ilgili özel durumların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması.
- İhalenin, araştırma ve geliştirme sürecine ihtiyaç gösteren ve seri üretime konu olmayan nitelikte olması.
- İhale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin özgün nitelikte ve karmaşık olması sebebiyle teknik ve malî özelliklerinin gerekli olan nitelikte belirlenememesi.
- İdarelerin yaklaşık maliyeti elli milyar (116.795 TL)* Türk Lirasına kadar olan mamul mal, malzeme veya hizmet alımları durumunda pazarlık usulü kullanılacaktır.

Açık ihale usulü veya belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan ihale sonucunda teklif çıkmadığı için pazarlık usulü uygulanıyorsa ilan yapmak zorunludur. Bu durumda, ihale dokümanında belirtilen kriterlere sahip olduğu tespit edilen istekliler, ilk önce ihale konusu işin teknik detayları ve gerçekleştirme yöntemleri gibi konularda fiyatı içermeyen ilk tekliflerini sunarlar. İdarenin ihtiyaçlarını en uygun şekilde karşılayacak yöntem ve çözümler üzerinde ihale komisyonu her bir istekli ile görüşür. Teknik görüşmeler sonucunda şartların netleşmesi üzerine bu şartları karşılayabilecek isteklilerden, gözden geçirilerek

⁴⁴ KİK.03.11.2008 tarih ve 2008/UY.II-4511 sayılı kararında hükme göre yapılan pazarlık ihalelerinde en az 3 teklif vermeye davet edilmesi, teklif veren istekli sayısının ise 3'ten az olmasının mümkün bulunduğu belirtilmiştir.

* Kamu İhale Kurumu'nun 2010/1 sayılı Tebliği ile 21/1/2010 tarihli ve 27469 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış olup 01.02.2010 – 31.01.2011 dönemini kapsamaktadır.

şartları netleştirilmiş teknik şartnameye dayalı olarak fiyat teklifleri de içerecek şekilde tekliflerini vermeleri istenir.⁴⁶

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 durumunda, ilan yapılması zorunlu değildir. İlan yapılmayan hallerde en az 3 istekli davet edilerek, fiyat teklifleri ile yeterli belgelerini birlikte vermeleri istenir. Bu kapsamda yapılan mal alımlarında, malın sözleşme yapma süresi içinde teslim edilmesi ve bunun idarece uygun görülmesi halinde, sözleşme yapılması ve kesin teminat alınması zorunluluğu da yoktur. İlk fiyat tekliflerini aşmamak üzere isteklilerden ihale kararına esas olacak son yazılı fiyat teklifleri alınarak ihale sonuçlandırılır.⁴⁷ Bu düzenlemede kanunun asıl amacı kamu hizmetinde devamlılığı sağlamaktır.

Burada önemli bir konuda “idare tarafından önceden öngörülemez olay” kavramından ne anlaşılması gerektiğidir. Kamu İhale Kurumu bu kavrama açıklık getirmeye çalışarak 4 şartın gerekli olduğunu vurgulamıştır. Bunlar;⁴⁸.

- Ortaya çıkan olayın ihale yapılmasını gerektiren durumdan önce ortaya çıkmış olması
- Olayın anormal nitelikte olması,
- İdarenin iradesinden bağımsız gerçekleşmesi gerektiği
- Olayın gerçekleşmesine idarenin mani olamaması gerektiğidir.

İhalenin, araştırma ve geliştirme sürecine ihtiyaç gösteren ve seri üretime konu olmayan nitelikte olması durumunda uygulanan pazarlık usulünde, yukarıda açıklanan açık ihale usulü veya belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan ihale sonucunda teklif çıkmaması durumundaki pazarlık usulü ile aynı uygulamalar geçerlidir.

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

⁴⁶ Kamu İhale Kanunu, a.g.e., s.32

⁴⁷ A.e.

⁴⁸ 12.09.2003 tarihli ve 25227 sayılı R.G. de yayınlanan 28.08.2003/UK.2-372 tarih ve sayılı KİK kararı.(Doğanyigit, a.g.e., s.463)

belirlenememesi durumunda da, yukarıda açıklanan açık ihale usulü veya belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan ihale sonucunda teklif çıkmaması durumundaki pazarlık usulü ile aynı uygulamalar geçerlidir.

İdarelerin yaklaşık maliyeti elli milyar (116.795 TL) Türk Lirasına kadar olan mamul mal, malzeme veya hizmet alımlarında ise yukarıda açıklanan Savunma ve güvenlikle ilgili özel durumların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması durumundaki pazarlık usulü geçerlidir.

Pazarlık usulünün kullanım alanının sınırlandırılmış olması ve belirli koşulların bir araya gelmesi durumunda kullanılan bir yöntem olması dikkat çeken bir konudur. Bu düzenlemeden de anlaşılacağı gibi idare pazarlık usulünü sürekli ve olağan bir ihale usulü olarak kullanmaktan kaçınılmalıdır. Aksi halde ihalelerin temel ilkelerine aykırılıklar ortaya çıkacaktır.

2.5.4.DOĞRUDAN TEMİN USULÜ

4964 sayılı Kanun ile 4734 sayılı Kanun'da yapılan değişiklikle, doğrudan temin, ihale usulü olmaktan çıkarılmıştır. Doğrudan temin; Kanun'da belirtilen hallerde ihtiyaçların idare tarafından davet edilen isteklilerle teknik şartların ve fiyatın görüşülerek doğrudan temin edilebildiği usuldür. Bu usulde ihale yetkilisince görevlendirilen kişiler tarafından yapılan piyasa araştırması sonucunda ihtiyacın en kısa sürede yerine getirilmesi hedeflenmektedir. Bu usulün gerçekleşebilmesi için en az 3 teklif olması gerekir.

4734 sayılı Kanun'un 22. maddesinde belirtildiği gibi aşağıda sayılan hallerde ihtiyaçlar hem ilan yapılmaksızın hem de teminat alınmaksızın doğrudan temin usulü ile gerçekleştirilebilir. Bu haller;

a) İhtiyacın sadece gerçek veya tüzel tek kişi tarafından karşılanabileceğinin belirlenmesi.

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

c) Mevcut mal, ekipman, teknoloji veya hizmetlerle uyumun ve standardizasyonun sağlanması için zorunlu olan mal ve hizmetlerin, asıl sözleşmeye

dayalı olarak düzenlenecek ve toplam süreleri üç yılı geçmeyecek sözleşmelerle ilk alım yapılan gerçek veya tüzel kişiden alınması.

d) Büyükşehir belediyesi sınırları içinde bulunan idarelerin onbeş milyar (35.037 TL)*, diğer idarelerin beşmilyar (11.674 TL)* Türk Lirasını aşmayan ihtiyaçları ile temsil ağırlama faaliyetleri kapsamında yapılacak konaklama, seyahat ve iaşeye ilişkin alımlar.⁴⁹

e) İdarelerin ihtiyacına uygun taşınmaz mal alımı veya kiralanması.

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

g) Uluslararası tahkimle çözülmesi öngörülen uyuşmazlıklarla ilgili davalarda, Kanun kapsamında bulunan idareleri temsil ve savunmak için Türk veya yabancı avukatlardan ya da avukatlık ortaklıklarından yapılacak hizmet alımları.

h) 8/1/1943 tarihli ve 4353 sayılı Kanun'un 22. ve 36. maddeleri gereğince Türk veya yabancı avukatlardan hizmet alımları ile fikri ve sınai mülkiyet haklarının ulusal ve uluslararası kuruluşlar nezdinde tescilini sağlamak amacıyla gerçekleştirilen hizmet alımları.

ı) Türkiye İş Kurumu'nun, 25/6/2003 tarihli ve 4904 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (b) ve (c) bentlerinde belirtilen görevlerine ilişkin hizmet alımları ile 25/8/1999 tarihli ve 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun 48. maddesinin yedinci fıkrasında belirtilen görevlerine ilişkin hizmet alımları

i) Seçim dönemi bitmeden önce seçimlerin yenilenmesine veya ara seçime ya da Anayasa değişikliğinin halkoyuna sunulmasına karar verilen durumlarda; Yüksek Seçim Kurulu tarafından yapılacak filigranlı oy pusulası kağıdı ve filigranlı oy zarfı kağıdı alımı ile oy pusulası basım hizmeti alımı, mahalli seçimlerde ise İl

*Kamu İhale Kurumu'nun 2010/1 sayılı Tebliği ile 21/1/2010 tarihli ve 27469 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış olup 01.02.2010 – 31.01.2011 dönemini kapsamaktadır

⁴⁹İdareler bazen açık ihale usulü ile temini gereken ihtiyacın, buradaki hükümde öngörülen parasal sınırların altında kalacak şekilde, adet bazında veya aynı ihale konusu içinde yer alabilecek nitelikteki mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinin, kalemlere veya gruplara bölünmek suretiyle buradaki hükme göre temin edebilmektedir. Bu durumun kanunun temel ilkelerine aykırılık teşkil edeceği KİK.15.05.2006-2006/UH.Z-1198 ve KİK.21.08.2006-2006/UH.Z-1981 kararlarında da belirtilmiştir.

Seçim Kurulu başkanlıkları tarafından alınacak oy pusulası basım hizmeti alımı olarak kanunda sayılmıştır.⁵⁰

Yukarıda da görüldüğü gibi söz konusu ihtiyaçlar mal ve hizmet alımı olabileceğı gibi yapım işleri de olabilir.

Doğrudan temin usulünde ihtiyaçların niteliğine göre ilan yapılması, teminat alınması, ihale komisyonunun kurulması, isteklilerden belirli yeterlik kriterlerinin aranması ile şartname ve sözleşme düzenlenmesi gibi konular idarenin takdirine bırakılmıştır.⁵¹Kanun kapsamındaki ihale usullerinden biri olmadığı için Kamu İhale Kurumu'nun inceleme görev ve yetkisi de bulunmamaktadır. Kamu İhale Kurumu 02.09.2008 tarih ve 2008/UM.II-3639 sayılı kararında da *"İncelemeye konu alımın Kanun kapsamında yapılmadığı, doğrudan temin ile yapıldığı tespit edilmiştir. Bu itibarla,4734 sayılı Kanun kapsamında yer alan bir ihale usulü ile gerçekleştirmediğı anlaşılan alım ile ilgili olarak kamu ihale kurumunun inceleme görev ve yetkisi bulunmamaktadır"* demek suretiyle bu durumu belirtmiştir.

Bununla birlikte, 5812 sayılı Kanunla doğrudan temin usulünün uygulama alanının genişletilmesi doğrudan temin usulü ilgili bir takım sakıncaları da beraberinde getirmiştir. Bu sakıncalardan biri doğrudan teminin alımların mümkün olmadığı ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde uygulanması gerekirken yukarıda da belirtilen ihale prosedürlerinden kaçınmak için çok sık kullanılan bir ihale usulü haline gelmesidir. Bir diğeri de doğrudan temin kapsamında yapılan alımlarda idarelerin genellikle rekabeti arttıracak şekilde piyasa araştırması yapmadan, alım yapmayı düşündükleri firmadan teklif almalarıdır. Tüm bu sakıncalar saydamlık, rekabet, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve kaynakların verimli kullanılması gibi temel ihale ilkelerini zedelemektedir.

⁵⁰ Kamu İhale Kanunu,a.g.e.,s.33-34

⁵¹Ancak Kanunun 22/d maddesi kapsamında gerçekleştirilecek olan yapım ihalelerinde fiyat araştırmasının, Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğı'nde belirtilen yaklaşık maliyetin hesaplanmasına ilişkin esas ve usullere göre yapılması bir zorunluluktur. Ayrıntılı bilgi içi Bkz. Yapım İşleri Uygulama Yönetmeliğı(R.G.4.3.2009-27159 Mükerrer).

2.6.İHALE SÜRECİNİN ELE ALINMASI

İdare ihale sürecine başlamadan önce bazı önkoşulları gerçekleştirmesi gerekmektedir. İdarelerin ihaleye çıkabilmeleri için gerekli ön koşullar 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun değişik maddelerinde belirtilmiştir. Bunlar;⁵²

- Öncelikle idarenin satın almayı düşündüğü mal veya hizmet ile yaptıracağı yapım işinin niteliğini belirlemesi gerekmektedir.
- Sonra idare ihale konusu iş için gerekli ödeneği sağlamalıdır.⁵³
- Bu aşamada idarenin yapım işleri ihalesinde, yapım işinin üzerinde gerçekleştirileceği arsayı satın alarak veya kamulaştırarak temin etmesi , aynı zamanda gerekli olan imar işlerini tamamlamalıdır.⁵⁴
- Yapım işlerinde idarenin, ön proje, kesin proje ve uygulama projeleri hazırlanması gerekir.
- Kanunun 5. maddesinin son fıkrasına göre, ihaleye çıkılmadan önce Çevresel Etki Değerlendirme (ÇED) raporu gerekli olan işlerde ÇED olumlu belgesinin alınmış olması zorunludur.

İdare bu koşulları gerçekleştirdikten sonra ihale sürecine başlayabilmektedir. Bu koşullar sağlandıktan sonra ihale süreci 11 aşamada gerçekleşmektedir. Buna göre⁵⁵

İlk aşamada idarenin yerine getirmekle mükellef olduğu kamu hizmeti için ihtiyaç duyacağı mal ve hizmet alımları veya yapım işlerinin neler olacağı ve söz konusu ihtiyaçların nasıl tespit edileceğine ilişkin hususlar yer almaktadır.

İkinci aşama sonunda, idarenin ihtiyaç duyduğu mal ve hizmet alımları veya yapım işinin detaylı tanımları ile teknik özellikleri ve varsa, idareden bunlara ilişkin standartlarının yer aldığı bir teknik şartname ve/veya proje hazırlaması beklenecektir.

⁵²Gözler,a.g.e., s.462

⁵³ 4734 sayılı kamu ihale kanununun 5. maddesinde “ödeneği bulunmayan hiçbir iş için ihaleye çıkılmaz” ifadesi de buna dayanak oluşturmaktadır.

⁵⁴ Kamu ihale kanunun 62. maddesinin c bendinde yapım işlerinde arsa temin edilmeden, mülkiyet, kamulaştırma ve gerekli hallerde imar işlemleri tamamlanmadan ve uygulama projeleri yapılmadan ihaleye çıkılması” yasaklanmaktadır.

⁵⁵Kamu İhale Kurumu, 2009a,s.6

Üçüncü aşamada yaklaşık maliyet incelenecektir. Bu aşama sonucunda idare, ihtiyaç duyduğu mal, hizmet veya yapım işinin kendisine maliyetinin ne olacağı konusunda detaylı hesaplara ulaşacaktır. İdare artık ödenekleri ile bu işi yaptırıp yaptıramayacağı gibi konularda fikir sahibi olacaktır.

Dördüncü aşamada ihale usulünün tespiti irdelenecektir. Seçilecek ihale usulü, ilanda ve ihale dokümanında da yer alacak ve bundan sonra izlemeleri gereken yolu da belirleyecektir.

Beşinci aşamada idare, tespit ettiği ihale usulü için kullanılması gereken tip dokümanlardan faydalanmak sureti ile kendi ihalesi için gerekli ihale dokümanlarını oluşturacaktır.

Altıncı aşamada, ihale sürecini hukuken başlatan ihale onayının alınması aşamasında nelere dikkat edilmesi gerektiği hususlarına yer verilmiştir.

Yedinci aşamada, ihale komisyonu oluşturulurken dikkat edilmesi gereken esaslar ayrıntılarıyla açıklanmıştır.

Sekizinci aşamada ihale ilan türlerine yer verilmiş olup, özellikle Kamu İhale Bülteni'nde yayınlanacak ilanların hazırlanması ve elektronik ortamda yayınlanmasıyla ilgili açıklamalara yer verilmiştir.

Dokuzuncu aşamada, aday veya istekli olabileceklerin ihale dokümanını görmek veya satın almak istemesi halinde idarelerin uygulayacağı ilkeler yer almıştır. Doküman satın alan aday veya istekli olabilecekler ihale dokümanında yer alan talimatlar çerçevesinde tekliflerini hazırlamaya başlayacaktır.

Onuncu aşamada, tekliflerin sunulması ve değerlendirilmesi aşamaları anlatıldıktan sonra,

Son aşamada ise ihale sonucunun bildirilmesi ve sözleşme yapılması aşaması ile ihale süreci tamamlanmış olacaktır.

2.6.1.İHALE ŞARTNAMESİNİN HAZIRLANMASI AŞAMASI

Kamu İhale Kanunu'nda şartnamenin tanımı yapılmamıştır. Ancak Kamu İhale Kanunu'nun 12. maddesinde ihale şartnamesinin idari ve teknik şartname olarak ikiye ayrıldığı belirtilmiştir.

İhale konusu işlerin her türlü özelliğini belirten idari ve teknik şartnamelerin idarelerce hazırlanması gerektiği esasa bağlanmakla birlikte, ihale konusu işin özelliği nedeniyle idarelerce hazırlanmasının mümkün olmadığının ihale yetkilisi tarafından onaylanması halinde teknik şartnamelerin bu kanun hükümlerine göre hazırlatılmasına imkan tanınmıştır.⁵⁶

İdari şartnameler; isteklilere talimatları içerir⁵⁷. İdari şartnamelerin neleri içermesi gerektiği Kamu İhale Kanunu'nun 27'nci maddesinde ayrıntılı olarak sayılmıştır. Buna göre idari şartnamede;

“a) İşin adı, niteliği, türü ve miktarı, hizmetlerde iş tanımı

b) İdarenin adı, adresi, telefon ve faks numarası,

c) İhale usulü, ihale tarih ve saati ile tekliflerin nereye verileceği

d) İsteklilere talimatlar, İsteklilerde aranılan şartlar, belgeler ve yeterlik kriterleri;

f) İhale dokümanında açıklama isteme ve yapılma yöntemleri;

g) Tekliflerin geçerlilik süresi;

h) İhaleye konsorsiyumların teklif verip veremeyeceği, ihale konusu işin tamamına veya bir kısmına teklif verilmesinin mümkün olup olmadığı, mal alımı ihalelerinde alternatif teklif verilip verilemeyeceği, verilebilecekse alternatif tekliflerin nasıl değerlendirileceği,

i) Ulaşım, sigorta, vergi, resim ve harç giderlerinden hangisinin teklif fiyatına dahil olacağı,

j) Tekliflerin alınması, açılması ve değerlendirilmesinde uygulanması gereken ve Kanunda belirtilen usul ve esaslar,

k) İhale kararının alınmasından sözleşmenin imzalanmasına kadar uygulanması gereken ve bu Kanunda belirtilen usul ve esaslar,

l) İhalenin sadece yerli isteklilere açık olup olmadığı ve yerli istekliler lehine fiyat avantajı uygulanıp uygulanmayacağı,

m) Teklif ve sözleşme türü,

n) Geçici ve kesin teminat oranları ile teminatlara ait şartlar,

⁵⁶Doğanyigit, a.g.e., s.351

⁵⁷Gözler, a.g.e., s.462

- o)İhale saatinden önce ihalenin iptal edilmesinde idarenin serbest olduğu,
- p)Bütün tekliflerin reddedilmesi ve ihalenin iptal edilmesinde idarenin serbest olduğu;
- r)İhale konusu işin başlama ve bitirme tarihi, yapılma yeri, teslim şartları ve gecikme halinde alınacak cezalar
- s)Ödeme yeri ve şartlarıyla avans verilip verilmeyeceği, verilecekse şartları ve miktarı ile sözleşme konusu işler için eğer ödenecekse fiyat farkının ne şekilde ödeneceği
- t)Süre uzatımı verilebilecek haller ve şartları ile sözleşme kapsamında yaptırılacak iş artışları ile iş eksilişi durumunda karşılıklı yükümlülükler
- u)Vergi, resim ve harçlar ile sözleşme ile ilgili diğer giderlerin kimin tarafından ödeneceği;
- v)Yapım işlerinde iş ve işyerinin sigortalanması ile yapı denetimi ve sorumluluğuna ilişkin şartlar
- y)Denetim, muayene ve kabul işlemlerine ilişkin şartlar
- z)Anlaşmazlıkların çözümü.” bulunmalıdır.

Teknik şartnameler ise yaptırılacak işin projesini kapsarlar. Kamu İhale Kanunu’nun 12’nci maddesine göre teknik şartnamelerde “*ihale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin teknik kriterlerine*” yer verilir. Belirlenecek teknik kriterler, verimliliği ve fonksiyonelliği sağlamaya yönelik olmalı, rekabeti engelleyici hususlar içermeyerek ve bütün istekliler için fırsat eşitliği sağlamalıdır.

Ayrıca “teknik şartnamelerde, varsa ulusal ve/veya uluslar arası teknik standartlara uygunluğu sağlamaya yönelik düzenlemeler de yapılır. Bu şartnamelerde teknik özelliklere ve tanımlamalara yer verilir”. Belli bir marka, model, patent, menşei, kaynak veya ürün belirtilemez ve belirli bir marka veya modele yönelik özellik ve tanımlamalara yer verilmeyecektir.⁵⁸ Danıştay 13 Daire de 18.03.2008 tarih ve E.2007/13598,K.2008/3253 sayılı kararında Kamu İhale Kurumu tarafından bazı parçalar için marka belirtilmesinin 4734 sayılı Kanunun 12. Maddesindeki hükme aykırı olduğu, yapılan açıklamaların o işe teklif verebilmek için yeterli olmadığı

⁵⁸ Bu konu ile ilgili olarak bkz. KİK 26.03.2007 tarih ve 2007/UM.Z sayılı kararı.

gerekçeleriyle verilen ihalenin iptali kararı ile ilgili idare mahkemesinin kararını onaylayarak bu durumu açıklık getirmiştir.

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

Şartnameler idare tarafından tek yanlı olarak hazırlanırlar. Sözleşmeci kişi bunları ya kabul eder, ya da kabul etmez.

2.6.2.YAKLAŞIK MALİYETİN BELİRLENMESİ AŞAMASI

4734 sayılı Kanun'da yaklaşık maliyet esasının getirilmesi ile eski Kanun'dan farklı olarak kamu tarafından tek taraflı olarak belirlenen birim fiyatlara göre hazırlanan tahmini bedel uygulamasından vazgeçilmiştir.

Tahmini bedel tespitinin uluslararası uygulamalarda tutarsızlık göstermesi, kamu otoritelerince belirlenen birim fiyatlar esas alınarak hazırlanması ve piyasa fiyatlarını gerçekçi olarak yansıtmaması yaklaşık maliyet esasına geçilmesinin önemli nedenlerindendir. Yaklaşık maliyet uygulamasıyla birlikte kamu tarafından belirlenen birim fiyatlara uyma zorunluluğu kaldırılarak, bunun yerine idareler tarafından ayrıntılı fiyat araştırmalarının yapılması hedeflenmiştir.⁵⁹

İdarece yapılacak fiyat araştırması sonucunda tespit edilecek yaklaşık maliyetin hesabında, katma değer vergisi hariç olacaktır. Yaklaşık maliyet dayanakları ile birlikte bir hesap cetvelinde gösterilir ve teklif mektupları açıklanıncaya kadar gizli kalır. Bu amaçla yaklaşık maliyete, ihale ve ön yeterlilik ilanlarında yer verilmeyecek ve istekliler ile ihale aşamasında ihale aşamasında ihaleyle ilgili resmi ilişkisi olmayan diğer kişilere açıklanmayacaktır.⁶⁰

Bütçenin programlanmasında, ihale ilân sürelerinin, ihaleye katılımda yeterlilik kurallarının, ihalenin yabancı isteklilere açık olup olmadığının belirlenmesinde, verilen teklilerin değerlendirilmesinde, ihale konusu işin en uygun fiyatla temin edilebilmesinde, kısacası ihalenin sağlıklı olarak

⁵⁹ Muhittin Abacıoğlu, Ali Abacıoğlu, **Kamu İhale Kanunu ve Uygulanması**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010, s.65

⁶⁰ A.e.

sonuçlandırılabilmesinde yaklaşık maliyetin gerçekçi olarak tespit edilmesi önem taşımaktadır.⁶¹

2.6.3.İHALE DÖKÜMANININ HAZIRLANMASI AŞAMASI

Kamu İhale Kanunu'na göre idare ihale dokümanı hazırlamalıdır. Kanun'un 4. maddesine göre "*İhale dokümanı; ihale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinde; isteklilere talimatları da içeren idari şartnameler ile yaptırılacak işin projesini de kapsayan teknik şartnameler, sözleşme tasarısı ve gerekli diğer belge ve bilgiler*" olarak tanımlanmaktadır.

İhale dokümanında; isteklilere talimatları da içeren idari şartnameler ile yaptırılacak işin projesini de kapsayan teknik şartnameler, sözleşme tasarısı ve gerekli diğer belge ve bilgiler bulunmalıdır. Ön yeterlik dokümanında ise adaylarda aranılan şartlara, ön yeterlik kriterlerine ve gerekli diğer belge ve bilgilere yer verilmelidir.⁶²

Kanunda, ihale dokümanının hazırlanması anı ile ilgili bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak Kanun'un 62. maddesinin f bendine göre ihale ilanının ihale dokümanı hazırlanmadan yapılamayacağı hükmü yer aldığına göre, en geç ihale ilanı öncesinde ihale dokümanının hazır olması gerektiği söylenebilir.⁶³

İdarece aranacak olan yeterlik kriterlerinin özellikle ihale dokümanında düzenlenmesi ve bu düzenlemeler dikkate alınarak ihale ilanının yapılması gerektiği⁶⁴ için, ihale dokümanı tam olarak hazırlanmadan ihaleye çıkılması durumunda ihale iptal olmaktadır. İlan yapıldıktan sonra ihale dokümanında değişiklik yapılması gerektiğinde yeniden ilan yapılmaktadır⁶⁵.İlanda yapılması gereken değişiklik maddi ve teknik hatalardan kaynaklanıyorsa, son teklif gününden en az on gün önce ihale dokümanı alanların bilgi sahibi olmaları sağlanabilirse,

⁶¹Kamu İhale Kurumu,2009a,s.8

⁶² Kamu İhale Kanunu,a.g.e.,s.36

⁶³ Taşdelen,a.g.e.,s. 89

⁶⁴ KİK 17.10.2007-2007/UM.Z-3383.İhale dokümanında olmayan bir yeterlilik kriterine ilanda yer verilmemesi ve ilandaki düzenlemeye göre ihalenin yapılması kamu ihale kurumu tarafından mevzuata aykırı bulunmuştur. Bu durum KİK.14.01.2008-20087UY.Z-153. Sayılı kararında da belirtilmiştir.

⁶⁵ Kamu İhale Kanunu,a.g.e.,s.38

değişiklik zeyilname ile yapılabilmektedir. Bu ek, ihale dokümanının bir parçası sayılmakta ve ayrıca ilan edilmektedir.⁶⁶

2.6.4.İHALE KOMİSYONUNUN OLUŞTURULMASI AŞAMASI

İdarelerin ihale komisyonlarını nasıl oluşturacakları 4734 sayılı Kanun'un 6. maddesinde düzenlenmiş olup, buna göre ihale yetkilisi; biri başkan olmak üzere, ikisinin ihale konusu işin uzmanı olması şartıyla, ilgili idare personelinen en az dört kişinin ve muhasebe veya malî işlerden sorumlu bir personelin katılımıyla kurulacak en az beş ve tek sayıda kişiden oluşan ihale komisyonunu, yedek üyeler de dahil olmak üzere görevlendirir.⁶⁷

Ayrıca aynı maddedeki düzenlemeye göre, ihaleyi yapan idarede yeterli sayı veya nitelikte personel bulunmaması durumunda, bu Kanun kapsamındaki idarelerden komisyona üye alınabilmektedir. Kanunun ilk halinde, ihaleyi yapan idarede ihale konusu işin uzmanının bulunmaması halinde, bu kanun kapsamındaki idarelerden komisyona üye alınabileceği hükmü yer almaktaydı. Yapılan değişiklikle bu imkan sadece işin uzmanı ile sınırlı olmaktan çıkartılmış, diğer üyeler için de geçerli kılınmıştır.⁶⁸

Gerekli incelemeyi yapmalarını sağlamak amacıyla ihale işlem dosyasının birer örneği, ilân veya daveti izleyen üç gün içinde ihale komisyonu üyelerine verilir. Bir başka deyişle ihale ilk ilan veya davet tarihi izleyen en geç üç gün içinde ihale yetkilisince ihale komisyonunun oluşturulması gerekecektir.

Yukarıda belirtilen esaslar dahilinde oluşturulacak ihale komisyonunun eksiksiz olarak toplanması ve kararların çoğunlukla alınması gerekir. Ayrıca ihale komisyonu dışında başka adlar altında komisyon oluşturulmaksızın ihale komisyonundaki bütün değerlendirmeler ihale komisyonu tarafından gerçekleştirilir.⁶⁹ Kamu ihale kurulu bu konuyla ilgili olarak 05.01.2004 tarih ve

⁶⁶Taşdelen, a.g.e., s. 89

⁶⁷22/12/2005 tarihli ve 5436 sayılı Kanunun 13 üncü maddesiyle, bu fıkra da yer alan "genel ve katma bütçeli kuruluşlarda maliye memurunun, diğerlerinde ise" ibaresi, "ve" olarak değiştirilmiş ve metne işlenmiştir.

⁶⁸Uz, a.g.e., s.253

⁶⁹Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği Md.17 (R.G. 4.3.2009-27159)(Kamu İhale Kanunu, a.g.e., s.205).

2004/UK.Z-10 sayılı kararında,; ihaleye verilmiş olan tekliflerin teknik değerlendirmelerinin, ihale komisyonu yerine ihale komisyonunun bir üyesi ile ihale komisyonunda görevli olmayan diğer idare personellerinden oluşan dört kişilik heyet tarafından yapılmasını 4734 sayılı Kanunun 6. maddesine aykırı bulmuştur.

Burada irdelenmesi gereken bir diğer konu da, örneğin Kanun'da belirtilen niteliklerde asıl ya da yedek üyenin belirlenmediği, üye sıfatını haiz olmayanların toplantılara katıldığı ya da eksiksiz toplanma şartına aykırı davranıldığı durumlarda, ihale komisyonunun yapmış olduğu işlemlerin hukuken taşıdığı anlamdır. Kamu ihale kurulu bu konudaki yaklaşımını çeşitli kararlarında belirtmiş olup, bu bağlamda, usulüne uygun olarak kurulmamış ihale komisyonunca yapılan teknik değerlendirmelerin hukuki geçerliliği bulunmadığından, ihalenin iptali gerektiği belirtilmiş, aynı şekilde, komisyon üyesi sıfatını taşımayan kişinin komisyon toplantılarına katılması suretiyle ihale komisyonunun eksiksiz olarak toplanmasına ilişkin kanun hükmüne aykırı hareket edilmiş olduğu tespit edildiğinden, Kanunun öngördüğü tarzda toplanmayan ihale komisyonunun aldığı kararların yetki yönünden geçersiz olduğu sonucuna ulaşılmıştır.⁷⁰

2.6.5.İLAN AşAMASI

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu önceki yasal düzenlemelerden farklı olarak, ilanlarla ilgili ayrıntılı düzenlemeler yapmıştır. Kanun'un genel gerekçesinde, ihalelerde açıklık ve rekabetin gerçekleştirilmesi ve sorumluluk taşıyan gerçekçi teklifler hazırlayabilmeleri için isteklilere yeterli hazırlık süresinin tanınması amacıyla, AB mevzuatındaki ilan süreleri de dikkate alınarak, eşik değerlere, yaklaşık maliyete ve ihale usullerine göre farklı ilan sürelerinin tespit edildiği belirtilmiştir.

Kamu İhale Kanunu'nda ilanlar; ihale ilanı, ön ilan, ön yeterlik ilanı, düzeltme İlanı, ihale sonucunun ilanı olarak beş ana başlığa ayrılabilir.

⁷⁰ Uz,a.g.e.,s.256

İhale İlanı

İhalenin ilanının saydamlık ve rekabet gibi ihale sisteminin temel ilkeleriyle yakından ilgili olması bu konunun önemini arttırmaktadır. İhale ilanının amacı hem saydamlığı, hem de ilan ile ihale tarihi arasında isteklilerin hazırlanabilmeleri için gerekli süreyi sağlamaktır. Bu süre rekabet koşullarının gerçekleştirilmesi için gereklidir. İhale ilanının belirtilen süreden geç yayınlanması halinde ihale iptal edilecektir.⁷¹

İhale ilanlarında bulunması zorunlu hususlar Kanun'un 24. maddesinde açıklanmış ve ihale dokümanında belirtilmeyen hususlara ilanlarda yer verilmeyeceği belirtilmiştir.⁷²

İhale ilanlarında bulunması zorunlu hususlar arasında, ihale usulü, ihaleye katılabilme şartları, istenilen belgeler ihalenin sadece isteklilere açık olup olmadığı ve yerli istekliler lehine fiyat avantajı uygulanıp uygulanmayacağı ile tekliflerin geçerlilik süresi eski ihale düzenine göre farklılık gösteren konulardan bazılarıdır.⁷³

İhale ilan süreleri ve kuralları Kamu İhale Kanunu'nun 13. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddedeki ilan süreleri aşağıdaki tabloda belirtilmiştir.⁷⁴

⁷¹ KİK.09.09.2008 tarih ve 2008/UH.Z-3676 sayılı kararı

⁷² İhale dokümanında olmayan bir yeterlilik kriterine ilanda yer verilmesi ve ilandaki düzenlemeye göre ihalenin yapılması kamu ihale kurumu tarafından mevzuata aykırı bulunmuştur. Bu durum KİK.14.01.2008 tarih ve 2008/UY.Z-153 sayılı kararında da belirtilmiştir.

⁷³ Mesut Hastürk, "Kamu İhale Kanunu ile İhale Sistemimizde Yapılan Değişiklikler", **Mali Kılavuz Dergisi**, Temmuz –Eylül 2002,s.5.Bu konu KİK 08.07.2008 tarih ve 2008/UM.Z-2928 sayılı kararında da belirtilmiştir.

⁷⁴ Doğanyığıt,a.g.e.,s.397-398

İhale Usulü/Türü	Yayın Zamanı	Yayın Yeri	Yayın Adedi
Yaklaşık maliyeti eşik değere eşit ve aşan ihaleler ⁷⁵			
Açık İhale Usulü	İhale tarihinden en az 40 gün önce (ilanların, elektronik araçlarla hazırlanması ve gönderilmesi halinde ,7 gün kısaltılabilir) (Ayrıca ilan ile ihale ve ön yeterlik dokümanına Elektronik Kamu Alımları Platformu Üzerinden doğrudan erişimin temin edilmesi halinde 5 gün daha kısaltılabilir.)	Kamu İhale Bülteni	En az 1 defa
Belli istekliler arasında İhale Usulü	Son başvuru tarihinden en az 14 gün önce⁷⁶ (İlan ile ihale ve ön yeterlik dokümanına Elektronik Kamu Alımları Platformu üzerinden doğrudan erişimin temin edilmesi halinde, belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılacak ihalelerde ön yeterliği belirlenen adaylara yapılacak 40 günlük davet süresi 5 gün kısaltılabilir.)	Kamu İhale Bülteni	En az 1 defa
Pazarlık usulü	İhale tarihinden en az 25 gün önce	Kamu İhale Bülteni	En az defa
Yaklaşık maliyeti eşik değerin altında kalan ihaleler			
Mal ve hizmet alımları (76.076 TL ye kadarki)	İhale tarihinden itibaren en az 7 gün içinde	İhalenin ve işin yapılacağı yerde çıkan gazetelerin en az ikisinde ⁷⁷	En az 1 defa
Yapım ihaleleri (140.157 TL ye kadarki)			
Mal ve hizmet alımları (76.076 TL ile 140.157 tl arası)	İhale tarihinden en az 14 gün önce	Kamu İhale Bülteninde işin yapılacağı yerde çıkan gazetelerin birinde	En az 1 defa
Yapım ihaleleri (140.157 TL ile 1.168.007 TL arası)			
Mal ve hizmet alımları (140.157 TL üzerinde eşik değerin altında)	İhale tarihinden en az 21 gün önce	Kamu İhale Bülteninde işin yapılacağı yerde çıkan gazetelerin birinde	En az 1 defa
Yapım ihaleleri (1.168.007 TL üzerinde eşik değerin altında)			

⁷⁵ Kanunun 13. maddesine göre uluslar arası ilan yapılan haller dahil ön ilan yapılan halinde 40 günlük ilan ve davet süresinin 24 güne kadar çekilmesi mümkündür. Ön ilan yapılan hallerde, dördüncü fıkrada belirtilen süre indiriminden faydalanılabilmesi için ihale ilanının ön ilan tarihinden itibaren en az 40 gün sonra yayımlanması gerekir. Ancak ön ilan yapılan hallerde ihalenin açık ihale veya belli istekliler arasında ihale usullerinden biriyle gerçekleştirilmesi zorunludur.

⁷⁶ Yeterliliği belirlenen isteklilere ihale gününden en az kırk gün önce davet mektubu gönderilmesi zorunludur.

⁷⁷ İhalenin yapılacağı yerde gazete çıkmaması halinde bu ilan idare, hükümet ve belediye ilan tahtaları ile belediye yayın araçlarıyla yapılır.

Ön İlan

4734 sayılı Kanun'un 4. maddesinde ön ilan *"Yıl içerisinde ihale edilmesi planlanmış işlere ilişkin olarak, mali yılın başlangıcını izleyen en kısa sürede yapılan duyuru"* olarak tanımlanmıştır. İsteklilerin ilanının ardından ihale dökümanı talep etmeleri, döküman üzerinde gerekli incelemeleri yaparak doğru ve isabetli bir teklif hazırlayabilmeleri için ilanla ihale tarihi arasında yeterli bir sürenin bulunması gerekmektedir. Kanun'un 13. maddesinde ihalenin eşik değerlerin altında ve üstünde kalması durumuna göre belirlenen süreler bu amaca yöneliktir. Belli bir sürenin korunması gereklilik olmakla birlikte sürelerin uzun olması eleştirilen konuların başında gelmektedir. Bu amaçla ön ilan uygulaması yaklaşık maliyetin üzerindeki ihaleler bakımından ilanla ihale tarihi arasındaki 40 günlük sürenin kısaltılmasına imkan verecek bir mekanizma olarak 5812 sayılı Kanun değişikliği ile ihale sistemimize getirilmiştir.⁷⁸

Ön Yeterlilik ve Düzeltme İlanı

İhale ilanlarında olduğu gibi ön yeterlilik değerlendirilmesi yapılan ihalelerde ön yeterliğe katılmak isteyen adayların bilgi edinmelerini sağlamak üzere bu ilanlarda yer verilmesi gerekli ilkeler Kanun'un 25. maddesinde yazılmıştır. Kanunda bunlar; "idarenin adı, adresi, telefon ve faks numarası ile elektronik posta adresi; ihalenin adı, niteliği, türü ile mal ve hizmet alımlarında kalemler ve tahmini miktarlar, yapım işlerinde ise işin yapılacağı yer, yapı tekniği ve ihtiyaç programına göre tahmin edilen fiziki miktarı veya kapsamı; çerçeve anlaşma yapılıp yapılmayacağı; ihalenin yapılacağı yer; ihale ilanının yılın hangi çeyreğinde yayımlanacağı" olarak belirtilmiştir.

Kanunun 26. maddesinde; *"13,24 ve 25. maddelerdeki hükümlere uygun olmayan ilanlar geçersizdir. Bu durumda, ilan bu maddelere uygun bir şekilde yenilenmedikçe ihale veya ön yeterlik yapılamaz."* hükmü yer almaktadır. Bu hükümden de anlaşılacağı gibi kanunda belirtilen ilanının yapılmaması veya ilan

⁷⁸ Yaşar Gök, "İhalelerde Ön İlan Uygulaması Ve Süre Tasarrufu", *Güncel Mevzuat Dergisi*, Kasım 2009,s.3

sürelerine uyulmaması durumlarında kesinlikle yeniden ihale veya ön yeterlilik ilanı yapılması gerekir. Ancak maddenin devamında, 13. maddede belirtilen ilanın yapılmaması veya ilan sürelerine uyulmaması halleri hariç, 24 ve 25. maddelerindeki hükümlere uygun olmayan ilanların yapılması durumunda, idarelerce ilanların yapılmasını takip eden on gün içinde hatalı hususlar için düzeltme ilanı yapmak suretiyle ihale veya ön yeterliliğin yapılabileceği belirtilmiştir.

Yukarıdaki düzenlemede belirtilen düzeltme ilanı 4734 sayılı Kanun ile ihale sistemimize giren yeni uygulamalardan biridir.

2.6.6.TEKLİFLERİN SUNULMASI VE DEĞERLENDİRİLMESİ AŞAMASI

Bu aşamada istekliler Kamu İhale Kanunu'nun 30. maddesinde belirtilen usul ve şartlara göre tekliflerini hazırlayıp idareye ihale dokümanında belirtilen son teklif verme saatine kadar sunarlar.⁷⁹Kanun'a göre tekliflerin sunulmasında teklif edilen bedelin %3'ünden az olmamak üzere geçici teminat alınır.2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nda da bu oran %3 olmakla birlikte aralarındaki en önemli fark devlet ihale kanununda bu oranın tahmin edilen bedel üzerinden alınmasıdır.

Tekliflerin değerlendirilmesi aşaması ihale sürecindeki en önemli aşamalardan biridir. Bu aşamada ihalelerde bulunması gereken temel ilkelere daha da özen gösterilerek, ihale sürecinin kanuna uygun bir şekilde sonuçlanması sağlanmalıdır.

Kanun'un 36,37,38 ve 40. maddelerinde tekliflerin nasıl değerlendirileceği düzenlenmiştir. Buna göre ihale komisyonu zarflarını alınış sırasına göre inceler. Zarflar isteklilerle birlikte hazır bulunanlar önünde alınış sırasına göre açılarak, istekliler ile teklif fiyatları açıklanır⁸⁰.Bundan sonra, isteklilerin ihale konusu işi yapabilme kapasitelerini belirleyen yeterlik kriterlerine ve tekliflerin ihale dokümanına uygun olup olmadığı incelenir. Uygun olmadığı belirlenen isteklilerin teklifleri değerlendirme dışı bırakılır⁸¹.Keza ihale komisyonu, diğer tekliflere veya

⁷⁹ Gözler,a.g.e.,s.464.

⁸⁰ Kamu İhale Kanunu,a.g.e.,s.41

⁸¹ A.e.,s.41-42

idarenin tespit ettiği yaklaşık maliyete göre teklif fiyatı aşırı düşük teklifleri tespit eder ve bunların değerlendirme dışı bırakılmasına karar verir.⁸² Aşırı düşük teklifler değerlendirilirken istekliler arasında ayırım gözetmeksizin uygulanarak eşitlik, şeffaflık ve rekabet edebilirliği sağlamasına özen gösterilmelidir.⁸³

Değerlendirme aşamasının neticesinde ihale komisyonu “*ekonomik açıdan en avantajlı teklifi*”⁸⁴ belirlemeye çalışır.

Tekliflerin değerlendirilmesi aşaması ile ilgili bir önemli yenilik de eksik belgelerin tamamlanması uygulamasına tümüyle son verilmesidir. İhale dokümanında teklif kapsamında sunulması gereken belgelerden herhangi birinin verilmemesi, önemli önemsiz ayırımı yapılmaksızın değerlendirilme dışı bırakılmasına neden olacaktır. Sunulan belgelerdeki teklifin esasını etkilemeyen bilgi eksiklikleri ise tamamlanabilecektir.⁸⁵

2.6.7.İHALENİN SONUÇLANMASI VE SÖZLEŞME AŞAMASI

İhale komisyonu yaptığı değerlendirme neticesinde ihalenin iptali ya da ihale kararının alınmasına karar verebilir.

İhale komisyonu bütün tekliflerin reddedilmesine karar vererek ihaleyi iptal edebilir. Ancak bu durumun bütün isteklilere derhal bildirilmesi gerekmektedir. İdare isteklilerin talep etmesi durumunda iptal gerekçelerini talep eden isteklilere bildirmek zorundadır.

İhale kararının alınması ise, ihale komisyonunun yapacağı değerlendirme sonucu ihaleyi ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren istekliye verilmesi

⁸² A.e.,s.42.Aşırı düşük tekliflerin sorgulanmasındaki amaç kamu yararının korunarak, düşük kalitede malzeme kullanılarak kalitesiz işler gerçekleştirilmesini ve ihalenin ayırım kalmasını engellemektir. Bu konuyla ilgili olarak bkz. Danıştay 13. D. 02.05.2008 tarih ve .2006/4435,K.2008/4055 sayılı kararı. , (Çevrimiçi) <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp> - 20.06.2010.

⁸³ Bu durum Danıştay 13. D. 02.05.2008 tarih ve E.2006/4393,K.2008/4054 sayılı kararında da belirtilmiştir. , (Çevrimiçi) <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp> - 20.06.2009.

⁸⁴ Ekonomik açıdan en avantajlı teklif sadece en düşük fiyat olarak algılanmamalıdır. Çünkü Ekonomik açıdan en avantajlı teklif maliyet etkinliği, kalite ve verimlilik gibi fiyat dışı unsarlar dikkate alınarak belirlenmektedir. Bu düzenleme AB nin kamu alımları düzenlemesiyle paralellik göstermektedir.

⁸⁵ Kamu İhale Kurumu kararlarında da eksikliklerin esası etkilemesi durumunda tamamlanamayacağını belirtmiştir. Bu konuyla ilgili olarak Bkz. KİK 2006/UH.Z-723 ve 2007/UH.Z-397 sayılı kararları. Yaşar Gök, “Kamu İhale Kanununda Yapılan Değişikliğin Eksik Bilgi ve Belgelerin Tamamlattırılması Uygulaması Açısından Değerlendirilmesi”, **Güncel Mevzuat Dergisi**, Ocak 2009,Y.3,S.37,s.14

işlemidir. Kanun'un 40. maddesine göre ihale komisyonu ihale kararını ihale yetkilisinin onayına sunmaktadır. Burada ihale kararının onaylanması halinde ihale geçerlilik kazanır.

4734 sayılı Kanun'a göre, isteklilerin beş günlük başvuru süresi ve başvuru yapmışlarsa beş günlük cevap süresi dolmasından itibaren üç gün içinde ihale üzerine kalan istekliye, tebliğ tarihini izleyen 10 gün içinde kesin teminat yatırılarak sözleşmeyi imzalaması bildirilir. Sözleşme imzalanmadığı ve kesin teminat yatırılmadığı takdirde isteklinin yatırmış olduğu geçici teminat gelir kaydedilir. Bu durumda ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren ikinci istekliye geçilir. Bu isteklinin de sözleşmeyi imzalamaması durumunda ihale iptal edilir.

2.7.KAMU İHALE KURUMU, ŞİKAYETLERİN İNCELENMESİ VE ANLAŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ

2.7.1.KAMU İHALE KURUMU

4734 sayılı Kanun öncesinde mevcut kamu ihale sistemi gerek AB gerekse Dünya Ticaret Örgütü tarafından kamu ihalesi ile uygulamalarını denetleyecek normal mahkemelerin dışında bağımsız bir kurum olmaması açısından eleştirilmekteydi.

Bu eleştiriler dikkate alınarak 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve malî özerkliğe sahip Kamu İhale Kurumu kurulmuş, kanun kapsamında yapılan ihalelerin 4734 sayılı Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun yapılmaması nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya uğrayacağını iddia eden bütün aday, istekli veya istekli olabileceklere yazılı şikayet suretiyle inceleme talebinde bulunmasına imkan tanınmıştır.⁸⁶

4734 sayılı Kamu İhale Kanuna göre kamu ihale kurumunun temel misyonu ve başlıca görevleri, bütün ihale mevzuatını hazırlamak, geliştirmek ve uygulamayı yönlendirmek, ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar geçen süreçte idarelerce yapılan işlemlerde mevzuata aykırılık bulunduğu ilişkin

⁸⁶ Kamu İhale Kurumu, 2009b, s. 45

şikayetleri incelemek ve sonuçlandırmak, kamu ve özel sektöre eğitim vermek, ihalelerle ilgili istatistikler oluşturmak ve yayımlamak, haklarında yasaklama kararı Verilenlerin sicillerini tutmak, araştırma ve geliştirme faaliyetlerinde bulunmaktır.⁸⁷

Kamu ihale kurumunun gerekli gördüğü takdirde, kamu ihale kanunu ve ilgili mevzuat hükümlerine aykırılık olduğuna ilişkin iddiaları resen inceleme yetkisi 5812 sayılı kanunla kaldırılmıştır. Böylelikle sadece şikayet başvuruları durumunda inceleme yapılacaktır. Bu değişikliğin amacı kurumun daha etkin ve verimli çalışması olsa da, kamuoyundaki iddialara karşı resen inceleme yapamamasının kamuoyu denetimi üzerinde olumsuz etkileri olacağı kaçınılmazdır.

5812 sayılı Kanun ile ayrıca dava açma, icra takibi yapma ve mahkemelerce verilen kararlara karşı üst mercilere başvurmaktan vazgeçme yetkisiyle, üst derece mahkemelerce verilen kararlara karşı karar düzeltilmesi yolundan vazgeçme yetkisi kurula verilmiş ve kurul kararlarının yerindelik denetimine tabi tutulamayacağı hükmü getirilmiştir.

2.7.2. ŞİKAYETLERİN İNCELENMESİ

İhale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını ya da zarara uğraması muhtemel olduğu iddia eden aday veya istekli ile istekli olabilecekler kamu ihale kanununda belirtilen usul ve kurallara uygun olarak şikayet veya itirazın şikayet başvurusunda bulunabilirler.

Şikayet ve itirazın şikayet başvuruları, dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu idari başvuru yollarıdır. Başka bir deyişle ihaleyi oluşturan idari işlemler şikayet yoluna gidilip sonuçlandırılmadıkça idari dava konusu olamayacaktır. Aksi halde İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 14/3-b ve 15/1- e maddeleri ile inceleme aşamasında idari merci tecavüzü gerekçesiyle davanın esasına girilmeyeceği ve dava dilekçesi ilgili idari merciye gönderileceği düzenlenmiştir.⁸⁸ Bu durum Danıştay 13. D. 24.10.2005- K.2005/5166 kararında da *"Davacı şirketin ihale dışı bırakılması, ihale sürecinde yapılan bir işlem olduğundan, idari başvuru yolu tüketilmeden açılan*

⁸⁷ Sener Akkaynak , "1.Uluslararası Kamu Alımlarında saydamlık ve verimlilik sempozyumu" açılış konuşması,1.Uluslararası Kamu Alımlarında Saydamlık ve Verimlilik Sempozyumu, İstanbul 27-28 Mayıs 2004

⁸⁸ Ağah Adak, "Kamu İhale Kurumu ve Şikayet Mekanizması",Mali Hukuk,2002,S. 99,s.20.

davada ,2577 sayılı Kanunun anılan 14 ve 15. Maddeleri uyarınca ,idari merci tecavüzü nedeniyle ,dosyanın merciine tevdi kararı verilmesi gerekir” demek suretiyle belirtilmiştir.

Şikayet prosedürünün ihaleyi yapan idareye başvurularak başlatılması gerekir. Doğrudan Kamu İhale Kurumu’na başvuru usule uygun değildir. Ancak doğrudan Kuruma yapılan başvuruların, Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun’un 5. maddesine göre ilgili idareye gönderilmesi ve başvuru sahibine bilgi verilmesi gerekecektir.⁸⁹

Şikayet başvurusunda dikkate alınması gereken iki süre bulunmaktadır. Kanun’a göre bu süreler, ihale sürecindeki işlem veya eylemlerin hukuka aykırılığı iddiasıyla işlem ve eylemlerin farkına varıldığı veya farkına varılmış olması gereken tarihi izleyen günden itibaren beş ve on gündür.⁹⁰

Beş günlük süre;

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

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

On günlük süre ise bu iki hal dışında kalan diğer usullerde uygulanır.

İlanda yer alan konulara yönelik başvuruların süresi ilk ilan tarihinden, ön yeterlik veya ihale dokümanının ilana yansımayan diğer hükümlerine yönelik başvuruların süresi ise dokümanın satın alındığı tarihte başlamaktadır.

Burada sürelerle ilgili önemli bir noktada sözleşmenin imzalanmasından önce şikayet başvurusu yapılabilmesidir. Sözleşme imzalandıktan sonra sorun ancak yargıda çözümlenebilir.

İdare, şikayet başvurusu üzerine gerekli incelemeyi yaparak on gün içinde gerekçeli bir karar alır. Alınan bu karar, şikayetçi ile diğer aday veya istekliler ile

⁸⁹ A.e.,

⁹⁰ Şikayet başvurusunun süresi geçtiği takdirde başvuru başvuru süre yönünden reddedilmektedir. Bu konu ile ilgili olarak bkz .KİK 16.03.2009 tarih ve 2009/UH.II-1122 sayılı kararı.

istekli olabileceklere karar tarihini izleyen üç gün içinde bildirilir. İlan ile ihale veya ön yeterlik dokümanına yönelik başvurular dışında istekli olabileceklere bildirim yapılamaz.⁹¹

Görüldüğü gibi şikayetle ilgili yukarıdaki hükümlerin en önemli etkisi, sözleşmenin imzalanmasının, şikayet Kamu İhale Kurumu tarafından kesin bir sonuca bağlanana kadar ertelenmesidir

Şikayet başvurusu üzerine idarece karar alınamaması veya alınan kararın uygun bulunmaması durumunda kararın bildirim tarihinden itibaren on gün içinde kamu ihale kurumuna itirazen şikayet başvurusunda bulunulabilir. İhalenin iptal kararların karşı yapılacak itirazen şikayet başvurularında bu süre beş gün olarak belirlenmiştir. Buradaki önemli fark idarece belirtilen süre içerisinde karar alınmaması durumunda başvuru sahibi tarafından, süresi içinde alınan kararın uygun bulunmaması durumunda ise başvuru sahibi dahil aday, istekli veya istekli olabilecekler tarafından itirazen şikayet başvurusu yapılabilmesidir.⁹²

İdareye şikayet başvurusunda bulunulması halinde, başvuru üzerine alınan kararın son bildirim tarihini, süresi içerisinde bir karar alınmaması halinde ise bu sürenin bitimini takip eden tarihten itibaren on gün geçmeden ve itirazen şikayet başvurusunda bulunulmadığı hususuna ilişkin sorgulama yapılmadan veya itirazen şikayet başvurusunda bulunulması halinde ise Kurum tarafından nihai karar verilmeden sözleşme imzalanamaz.⁹³

Kurum itirazen şikayet başvurularını başvuru sahibinin iddiaları ile idarenin şikayet üzerine aldığı kararda belirlenen konular ve itiraz edilen işlemler bakımından eşit muamele ilkesinin ihlal edilip edilmediği açılarından inceler. İdare tarafından şikayet veya itirazen şikayet üzerine alınan ihalenin iptal edilmesi işlemine karşı yapılacak itirazen şikayet başvuruları, idarenin iptal gerekçeleriyle sınırlı incelenir.⁹⁴

Kamu İhale Kurumu'nun 16.03.2009 tarih ve 2009 /UM.III-1115 sayılı kararında da belirtildiği gibi idarece ihalenin iptaline ilişkin olarak yapılan işlemlere karşı kamu ihale kurumuna itirazen şikayet yoluyla başvurulmasının ön şartı bu iptal işleminin şikayet üzerine veya itirazen şikayet üzerine yapılması, yani illiyet bağının

⁹¹ Kamu İhale Kanunu, a.g.e., s.62-63

⁹² Bu konu ile ilgili olarak bkz. KİK. 19.10.2009 tarih ve 2009/UH.III-2573 sayılı karar

⁹³ Kamu İhale Kanunu, a.g.e., s.63

⁹⁴ A.e.

bulunması gerekmektedir. Şikayet ve itirazın şikayet üzerine alınmayan ihalenin iptaline karşı yapılan başvuruları kamu ihale kurumunun inceleme görev ve yetkisi bulunmamaktadır.

Kanuna göre Başvurular üzerine ihaleyi yapan idare veya Kurum tarafından gerekçeli olarak;

a) İhale sürecinin devam etmesine engel oluşturacak ve düzeltici işlemle giderilemeyecek hukuka aykırılığın tespit edilmesi halinde ihalenin iptaline,

b) İdare tarafından düzeltme yapılması yoluyla giderilebilecek ve ihale sürecinin kesintiye uğratılmasına gerek bulunmayan durumlarda, düzeltici işlem belirlenmesine,

c) Başvurunun süre, usul ve şekil kurallarına uygun olmaması, usulüne uygun olarak sözleşme imzalanmış olması veya şikayete konu işlemlerde hukuka aykırılığın tespit edilememesi veya itirazın şikayet başvurusuna konu hususun Kurumun görev alanında bulunmaması hallerinde başvurunun reddine, karar verilebilir.⁹⁵

Kamu ihale kurumu kararların karşı yargı yolu açık olup, bu kararlara karşı açılacak davalarda Ankara idare mahkemeleri görevli ve yetkilidir. Bu davada süre Kamu İhale Kurumunun nihai kararının yazılı bildirimini izleyen günden itibaren altmış gündür.

2.7.3.YARGISAL ÇÖZÜM

Sözleşmelerin akdedilmesine kadar olan aşama idari aşama olup, burada ortaya çıkan uyuşmazlıklar idari yargıda çözülür.⁹⁶ Ancak sözleşmenin akdedilmesinden sonra ortaya çıkan uyuşmazlıklar adli yargıda çözülür.⁹⁷

⁹⁵ Kamu İhale Kanunu,a.g.e.,s.63

⁹⁶Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 28.01.2004 tarih ve 2003/3170 E., 2004/420 K. kararında sözleşmenin imzalanmasından önce çıkan uyuşmazlıkların idari yargı yerinde çözülmesi gerektiğini belirtmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://emsal.yargitay.gov.tr/>

⁹⁷ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 19.09.2007 tarih ve 5466/4603 sayılı kararında sözleşmenin imzalandığını ve iş bedeli için dava açıldığını, bu durumda davanın adli yargıda çözülmesi gerektiğini belirtmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://emsal.yargitay.gov.tr/>

2.8. 4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNU İLE GETİRİLEN YENİLİKLER

4734 sayılı kamu ihale kanunu ile getirilen yenilikler şöyle sıralanabilir;⁹⁸

-Saydamlık, rekabet, eşitlik, güvenilirlik, gizlilik, kamuoyu denetimi, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması, kaynakların verimli kullanılması ve idare ile isteklilerin eşitliği gibi kriterler, temel ilkeler olarak belirtilmiştir.

-Kamu kaynağı kullanan ya da kamu denetiminde bulunan birçok kamu kurum ve kuruluşları ile bağlı tüzel kişileri, Kanun kapsamına alınarak kapsam genişletilmiştir.

-İhalelere ilişkin iş ve işlemler 4734 sayılı Kanuna ve ihale sonrası düzenlenecek olan sözleşmelerle ilgili iş ve işlemler ise 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa tabi tutularak, ihale ve sözleşme konusunun iki ayrı kanunla düzenlenmesi yoluna gidilmiştir.

-Yeni düzenlemeyle birlikte ödenğin,uygulama projesinin ve yönetmeliğinin gerektirmesi halinde ÇED raporunun alınması zorunluluk haline getirilmiştir.

-Yerli isteklilere ve yerli malı kullanacak yerli istekliler lehine %15'e kadar fiyat avantajlarının sağlanabilmesi imkanı yaratılmıştır

-İdarelerce tespit edilen söz konusu yaklaşık maliyetin, ihale sonuçlanıncaya kadar "gizliliği" esası benimsenmiştir.

-Kanun kapsamında bulunan kuruluşlarda ve bağlı tüzel kişilerinde, ihale komisyonunun idare personelinde oluşması esasına geçilmiştir.

-AB mevzuatına uygun olarak isteklilerin ihalelere hazırlanabilmeleri gerekçesi ile uzun ilan süreleri tespit edilmiş ve genel olarak ilanların Resmi Gazete'de yayımlanması yolu tercih edilmiştir.

-İhale sürecinin her aşamasında "süre" tespitlerine önem verilmiş ve bu konuda ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır.

⁹⁸ http://teftis.icisleri.gov.tr/userfiles/KIK_Sorunlari.doc

-İhalelerin istekliler dahil olmak üzere isteyen herkese açık olarak yapılması, onaylanan ya da iptal edilen ihale kararlarının bütün isteklilere bildirilmesi, ihale sonuçlarının Resmi Gazete'de ilan edilmesi, teklifi uygun görülmeyen isteklilerin ise talep etmesi halinde idare tarafından hangi gerekçelerle uygun görmediğini bildirmesi zorunluluğu gibi düzenlemelerle daha saydam ve güvenilir olabilmek hedeflenmiştir.

-İhalenin ekonomik açıdan en avantajlı teklif veren istekliye yapılması uygulamasına geçilmiş, ekonomik açıdan en avantajlı teklifin ise önerilen en düşük fiyatı içeren teklif olabileceği gibi sadece en düşük teklife dayalı fiyat esası uygulanmasının mümkün olmadığı hallerde fiyat dışı unsurların da dikkate alındığı bir sistem benimsenmiştir.

-İhalenin verildiği ekonomik açıdan en avantajlı teklif veren istekliyle sözleşme yapılamaması halinde, ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren ikinci istekli ile sözleşme yapılabilmesi imkanı sağlanmıştır.

-Tek tek sayılan mücbir haller dışında idarenin sözleşmenin feshi ya da süre uzatımına ilişkin takdir yetkisi ortadan kaldırmıştır.

-İhale yetkilisi ve ihale komisyonu başkan ve üyelerine yönelik olarak ceza sorumlulukları yanında bazı idari yasaklamalara yer verilmiştir.

-4734 sayılı Kanunla tedarikçi, hizmet sunucusu, yapım müteahhidi, ihale adayı, eşik değer, yaklaşık maliyet, ön yeterlilik gibi yeni kavramlar ihale mevzuatına girmiştir. Elektronik ihale sistemi oluşturulmuştur.

-Kamu İhale Kurumu oluşturulmuştur.

2.9. 2886 SAYILI DEVLET İHALE KANUNU İLE 4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNUN KARŞILAŞTIRILMASI

- 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile keşif özetlerine dayalı tahmini bedel uygulamasına yer verilirken, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile piyasa araştırmasına dayalı yaklaşık maliyet uygulaması benimsenmiştir.

- 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile , tahmini bedelin gizliliği bulunmamakta ve hatta ihale ilanı içinde yer almaktadır. 4734 sayılı Kamu

İhale Kanunda ise, idarece tespit edilen yaklaşık maliyetin ihale sonuçlanıncaya kadar gizli tutulması kuralı getirilmiştir.⁹⁹

- 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 35 inci maddesi ile kapalı teklif usulü, belli istekliler arasında kapalı teklif usulü, açık teklif usulü, pazarlık usulü ve yarışma usulleri sayılmıştır. Ayrıca ihtiyaçların kamu kurumlarından karşılanması ile emanet suretiyle yapılacak işlere ilişkin istisnalara yer verilmiştir. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 18. maddesi ile uluslararası mevzuata uygun olarak açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü, pazarlık usulü ve doğrudan temin olmak üzere dört ihale usulü belirlenmiştir. Ayrıca danışmanlık hizmet ihaleleri için özel düzenlemeler getirilerek yarışma usulüne yer verilmiştir. Yapılan düzenlemede, emanet usulüne ise yer verilmemiştir.¹⁰⁰

- 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 44. maddesinde, özelliği olan işlerin ihalesinin teknik yeterlilikleri ve güçleri idarece kabul edilen belli istekliler arasında yapılabileceği ve bu usulün uygulanması için ilgili veya bağlı bulunan bakan onayının alınması zorunluluğu getirilmiş ve ayrıca ilan zorunluluğunun olmadığı hüküm altına alınmıştır. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile belirlenen belli istekliler arasında ihale usulünde bağlı ya da ilgili bulunan bakan onayı alınması zorunluluğu kaldırılmıştır.¹⁰¹

- 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nda ihale sonuçlarının kamuya ilanına ilişkin bir düzenleme yer almazken, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile ihale sonuçlarının ilanı uygulaması başlatılmıştır.

- 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 53 üncü maddesi ile bütün ihalelerin sözleşmeye bağlanacağını, ancak Kanun'da belirtilen hallerde sözleşme yapılmasının zorunlu olmadığını ve sözleşmeler için noter onayı zorunluluğu bulunmadığı hüküm altına alınmıştır. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda ise, bütün ihalelerin sözleşmeye bağlanması ve bu sözleşmelerin notere onaylatılması ve tescil ettirilmesi esası benimsenmiştir

⁹⁹ Serdar İğdeler, Kamu İhale Kanunu Ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunun Getirdiği Yenilikler, (Çevrimiçi) http://mulkiyeteftis.gov.tr/userfiles/KIK_Getirdikleri.doc, 29.07.2010

¹⁰⁰ http://mulkiyeteftis.gov.tr/userfiles/KIK_Getirdikleri.doc

¹⁰¹ http://mulkiyeteftis.gov.tr/userfiles/KIK_Getirdikleri.doc

- 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nda ihalelere ilişkin bir üst kurul yer almazken, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Kurumu oluşturulmuştur.

- 2886 sayılı Kanun'da bazı hallerden yararlanmak amacıyla ihale konusu işin parçalara bölünemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Diğer bir ifadeyle herhangi bir ayırım yapılmadan bu ilke konmuştur. Oysa 4734 sayılı Kanun'da ise eşik değerlerin altında kalmak amacıyla işin parçalara bölünemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla eşit değerlerin altında kalan işlerin parçalara bölünmesi gibi önemli sorunlara yol açan düzenleme bulunmaktadır.¹⁰²

- 4734 sayılı Kanun'da hangi işlerin ihale usulü kapsamında gerçekleştirileceğine tanıda açıklık getirilmiş ve Devlet İhale Kanunu'ndan farklı olarak ihalenin, ihale yetkilisinin onayından sonra sözleşmenin imzalanması ile tamamlanacağı öngörülmüştür.

- 2886 sayılı Kanun'da isteklilerin ihalelere katılabilmesi için istenilen belgelerin yanı sıra kanuni ikametgah sahibi olması şartı aranırken, 4734 sayılı Kanun'da bu durumun yabancı isteklilerin ihalelere katılması konusunda sorunlar yaratması sebebiyle kanuni ikametgah sahibi olma zorunluluğu kaldırılmıştır.

- 2886 sayılı Kanun'da yapım işlerinde isteklilerin yeterliliğini belirlemede müteahhitlik karnesi uygulanırken, 4734 sayılı Kanun'da bu duruma son verilmiştir.

- 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'na göre ihaleyi idarenin belirlediği koşulları taşıyan teklifler arasından "en uygun bedeli" veren kazanacakken, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na göre bu durum "ekonomik açıdan en avantajlı teklif i" veren olarak değiştirilmiştir.

- 26.9.2001 tarih ve 24535 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2001/22 sayılı Danıştay Başkanlık Kurulu Kararına göre; 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun uygulanmasından doğan uyuşmazlıklara ilişkin davalar ile

¹⁰²Serdar İğdeler, Ahmet Göçerler, Muzaffer Öztürk, 01.01.2003 Tarihinden İtibaren Yürürlüğe Giren 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunun Getirdiği Yenilikler, (Çevrimiçi) http://www.mulkiyeteftis.gov.tr/userfiles/KIKun_Yenilikleri.doc, 29.07.2010

temyiz başvurularının Danıştay 10. Dairesince çözümlenirken , 2.6.2004 tarih ve 5183 sayılı Kanun ile 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nda yapılan değişiklikle ise Kamu İhale Kanunu'ndan doğan uyuşmazlıkların Danıştay Onüçüncü Dairesince çözümlenmesi öngörülmüştür.¹⁰³

- 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nda ihale komisyonları en az üç kişiden oluşurken, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda ihale komisyonları en az beş kişiden oluşmaktadır.

- 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nda yapım işlerinde işin uzmanı en az bir üye bulunmakta ve yapım işlerinde ayrıca yeterlik komisyonu kurulmaktadır. 4734 sayılı Kanun'da ise ihale komisyonunda ikisi uzman üye olmak üzere ilgili idareden en az dört üye bulunmakta, başka bir komisyon kurulmaksızın bütün değerlendirmeler ihale komisyonunca yapılmaktadır.¹⁰⁴

- 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'na kıyasla, 4734 sayılı Kanun'da, ihalenin daha geniş kesim tarafından duyulması, ihaleye girmeyi düşünen isteklilerin ihaleye katılma için öngörülen bilgi ve belgeleri daha rahat hazırlamaları amacıyla ilan süreleri uzun tutulmuştur ve genel olarak ihalelerin Resmi Gazete'de ilan edilmesi esası benimsenmiştir.¹⁰⁵

- 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nda, uluslararası ilan yapılmasına ilişkin süreye yer verilmemiş iken, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda uluslararası ilan yapılması halinde kanunda belirtilen sürelerle 12 gün daha ekleneceği hükme bağlanmıştır.¹⁰⁶

- 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'ndan farklı olarak, Kamu İhale Kanunu'nda, ihtiyaçların en iyi şekilde karşılanması ve isteklilerin katılımının daha da yaygınlaştırılması için normal ilan usulleri yanında, bilgi işlem ağı veya elektronik haberleşme imkanı da getirilmiştir.

- 2886 sayılı Kanun'da ilan yapıldıktan sonra şartnamelerde değişiklik yapılamazken; 4734 sayılı Kanun ile, ilan yapıldıktan sonra ihale

¹⁰³ http://www.danistay.gov.tr/devlet_ihale_kanunundan_kamu_ihale_kanununa111.htm

¹⁰⁴ http://www.danistay.gov.tr/devlet_ihale_kanunundan_kamu_ihale_kanununa111.htm

¹⁰⁵ http://www.mulkiyeteftis.gov.tr/userfiles/KIK_Getirdikleri.doc

¹⁰⁶ http://www.mulkiyeteftis.gov.tr/userfiles/KIK_Getirdikleri.doc

öncesinde ihale dokümanında açıklama yapılması ve zeyilname düzenlenmesi ile şartnamede değişiklik yapılması imkanı getirilmiştir.

- 2886 sayılı Kanun'da ihale işlemlerinin hazırlanması, yürütülmesi ve sonuçlandırılması sırasında yasak olan fiil ve davranışlar sayılmıştır. 4734 sayılı Kanun'da yasak fiil ve davranışlara; irtikap, rüşvet, anlaşma, bir istekli tarafından kendisi veya dolaylı olarak asaleten veya vekaleten birden fazla teklif vermek, kanunda ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak eklenmiştir.¹⁰⁷

- 2886 sayılı Kanun'da, Kanun'da öngörülen yasak fiil ve davranışları yapanlara 1 yıla kadar yasaklama, yasaklananların sermayesinin çoğunluğuna sahip bulunduğu tespit edilen tüzel kişilere de aynı müeyyide öngörülmüş olup yasaklama kararının yayımlanmasına ilişkin bir süre belirlenmemiştir. 4734 sayılı Kanun'da, 1 yıldan az olmamak üzere 2 yıla kadar yasaklama, yasaklanan gerçek veya tüzel kişilerin ortağı bulundukları şirketler veya ortaklarına da sermaye ve şahıs şirketi ayrımı yapılarak haklarında aynı müeyyide getirilmiştir.¹⁰⁸

¹⁰⁷ http://www.danistay.gov.tr/devlet_ihale_kanunundan_kamu_ihale_kanununa111.htm

¹⁰⁸ http://www.danistay.gov.tr/devlet_ihale_kanunundan_kamu_ihale_kanununa111.htm

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ULUSLARARASI BELGELERDEKİ KAMU İHALELERİ DÜZENLEMELERİ ve BU DÜZENLEMELERE GÖRE TÜRK KAMU İHALE SİSTEMİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

3.1. DÜNYA TİCARET ÖRGÜTÜ'NÜN KAMU İHALELERİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELERİ

1946-47 yıllarında Uluslararası Ticaret Örgütü'nün kurulması için yürütülen müzakereler sırasında kamu ihalelerinde uygulanacak temel ilke olarak yerli isteklilerin desteklenmesi yerine en çok gözetilen ulus ve ulusal muamele ilkeleri benimsenmişti.¹ Ancak o tarihlerde pek çok ülkede kamu ihaleleri yerli isteklileri koruyan uluslararası rekabeti sınırlayan tedbirleri içermekteydi.

Bu nedenle Uluslararası Ticaret Örgütü hiçbir zaman hayata geçirilememiş onun yerine 1948 yılında Tarifeler ve Ticaret Üzerine Genel Anlaşma (General Agreement on Tariffs and Trade GATT) yürürlüğe girmiştir. Böylece taraf devletlere anlaşmanın 3.maddesiyle kamu ihalelerinde ulusal muamele ilkesinin uygulanmayacağı hükme bağlanmış ve 17. maddesi ile de isteklilere adil ve eşit muamele yükümlülüğü getirilmiştir.²

Ayrımcı kamu ihaleleri politikalarının uluslararası ticareti sınırlayıcı etkilerini ortadan kaldırmak amacıyla; kamu ihalelerini uluslararası alanda kabul görmüş ticari kurallar ile yönetme hususu GATT Tokyo Round görüşmelerinde gündeme gelmiştir.³ Burada GATT'ın tarife dışı engelleri kaldırması yönünde gerekli tedbirin alınması arzusuna yer verilmiş, bu amaçla 27 Nisan 1979 tarihinde Cenevre'de "GATT İhale Kodu"(Government Procurement Code-GPC) imzalanarak 1981 yılında yürürlüğe girmiştir.⁴ Bu anlaşma ile tarife dışı engellerin kaldırılması, uluslararası ticareti kısıtlayan her türlü işlem arasında kamu ihalelerinde de ulusal kayırmacılık ve ayrımcılık yapılmaması için bildirim, danışma, denetleme ve uyuşmazlık çözme mekanizması öngörmektedir.⁵ GATT İhale Kodu sadece mal

¹ Uz,a.g.e.,s. 64

² A.e.,s.65

³ Uğur Emek,Kamu Alımlarında Etkin İhale Tasarımı,TÜSİAD,2001,s. 35

⁴ Uz,a.g.e.,s.65

⁵ Arif Köktaş,Fatih Karaosmanoğlu,Veysel Bilgiç, Kamu İhaleleri ve Etik,Ekim2009,s.4 (Çevrimiçi)

ihalelerini düzenleme konusu yapmış ve yerel kamu kuruluşlarını kapsam dışı bırakmıştır.

Daha sonra GATT çerçevesinde yürütülen Uruguay Round Çok Taraflı Ticaret Görüşmelerine paralel olarak anlaşmaya taraf olan devletlerin anlaşmanın kapsamının ve içeriğinin genişletilmesi konusundaki müzakereleri sonucunda Dünya Ticaret Örgütü'nün 1 Ocak 1996 tarihinde kurulmasına dair anlaşmaya paralel olarak Dünya Ticaret Örgütü Kamu İhaleleri Anlaşması (Government Procurement Agreement-GPA) 15 Nisan 1994 tarihinde Fas'ın Marakeş Kentinde 22 ülke⁶ tarafından imzalanmıştır.⁷Bu Anlaşma ilk olarak 1979 da kabul edilen daha sonra 1981 de yürürlüğe giren ve daha sonra 1987 de değiştirilerek 1988'de yürürlüğe giren GATT Kamu İhaleleri Kodu'nun yerine geçmiştir.⁸

Bu anlaşma ile malların yanı sıra hizmetlerin ve mahalli idareler ile altyapı hizmeti sunan idarelerin de anlaşma kapsamına alınması ile kamu ihaleleri miktarını önemli miktarda artırmıştır.⁹

Bu anlaşma DTÖ anlaşmalar sisteminde çoklu bir anlaşmadır ve anlaşmaya dünya ticaret örgütü üyelerinin tamamının katılması zorunlu değildir.¹⁰Başka bir ifadeyle sadece anlaşmaya taraf olan DTÖ üyesi devletleri bağlayıcı nitelik taşır.

DTÖ'nün oluşturulmasına ilişkin anlaşmayı imzalayan devletler, otomatik olarak kamu ihaleleri anlaşmasına taraf olmamaktadır. Üyelik için ayrıca başvurulması ve bu başvurunun da kabul edilmesi gerekmektedir. Çalışmalara üye olmadan "gözlemci" statüsünde¹¹ katılmak da mümkündür. Türkiye de gözlemci statüsü için başvurmuş ve başvuru,19 Haziran 1995 tarihli toplantıda kabul edilmiştir.¹²

www.etik.gov.tr/duyurular/...etik/.../Kamu_Ihaleleri_ve_Etik.pdf,06.12.2009

⁶ Anlaşmayı imzalayan 22 devlet şunlardır: O tarihte AB üyesi olan 15 devlet, Kanada, İsrail, Japonya, Kore, İsveç, İsviçre ve ABD

⁷Fikret Demir, "Dünya Ticaret Örgütünün Devlet İhaleleri Anlaşması", **Maliye Dergisi**,S.121,1996, s.10

⁸Köktaş, Karaosmanoğlu,Bilgiç,a.g.e.,s.4

⁹Emek,a.g.e.,s.35

¹⁰A.e., 35

¹¹ Gözlemci statüsündeki ülkeler Arjantin ,Avusturya, Bulgaristan, Çin, Kamerun, Şili, Kolombiya Hırvatistan, Ermenistan, Ürdün, Kırgızistan, Moldovya, Mongolya, Umman, Panama ve Türkiye'dir.Bu ülkeler dışında IMF OECD ve Dünya Ticaret Örgütü gibi hükümetler arası kuruluşlar da gözlemci statüsündedir.Gözlemci statüsünde olanlar komite görüşmelerinde hazır bulunabilmelerine rağmen oy kullanma hakları bulunmamaktadır. (Uz,a.g.e., s. 66)

¹² Demir,a.g.m.,s.10

Anlaşma kapsamında, çeşitli konuların görüşülmesini ve kararların alınmasını sağlamak üzere, yılda en az bir kez komite toplantısı yapılmaktadır. “Komite” tarafından oluşturulan “Geçici Komite” ve buna bağlı “İstatistiki Raporlama Çalışma Grubu” ise teknik konuları görüşmek üzere toplantılar yapmakta ve kararlar almaktadır.¹³

3.1.1.DÜNYA TİCARET ÖRGÜTÜ KAMU İHALELERİ ANLAŞMASI(WTO GPA)

Kamu ihaleleri anlaşması, üye ülkelerin kamu ihaleleri ile ilgili ulusal mevzuatlarını ve uygulamalarını düzenleyen çerçeve hükümler getirmektedir. Anlaşma 24 madde ve 4 ek halinde, kamu ihaleleriyle ilgili kuralları düzenlemekte olup, anlaşmaya taraf üye devletlerin ulusal mevzuatlarının bu kurallara uyumlu olması zorunludur.

3.1.1.2.DÜNYA TİCARET ÖRGÜTÜ KAMU İHALELERİ ANLAŞMASININ KAPSAMI

Öncelikle bu anlaşmanın temel amacının kamu kurum ve kuruluşların belli miktarın üzerindeki mal ve hizmet alımlarında yabancı sermaye açısından herhangi bir ayrımcılığın söz konusu olmadığı, rekabetçi açık bir kamu alımları piyasası oluşturmak olduğunu söyleyebiliriz.¹⁴

Kamu ihaleleri anlaşması üye ülkelerin bütün kamu kurum ve kuruluşları ile kamu ihalelerine uygulanmamaktadır. Anlaşma kapsamındaki kamu kurum ve kuruluşlarının¹⁵ neler olduğu anlaşmaya taraf üye ülkeler tarafından tek tek ayrıntılı listeler¹⁶ halinde bildirilmektedir. Bildirilen bu idarelerin belirli eşikler üzerindeki ihalelerinin Anlaşma esaslarına göre yürütülmesi zorunludur. Anlaşma kapsamında her türlü mal ve hizmet ihaleleri ile yapım işleri yer almaktadır.

¹³ A.e.,s. 10

¹⁴ Çetin Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010, s.32

¹⁵ Anlaşma kapsamındaki kuruluşlar merkezi idareler, mahalli idareler ve bölgesel idareler olabilir.

¹⁶ Bu listeler üyelik için başvurularda pazarlık konusu yapılabilmektedir. Ancak bu pazarlıklarda gerek genel ve katma bütçeli idarelerin gerekse mahalli idarelerin kapsam dışında bırakılması pek mümkün değildir.

Anlaşmanın 1 nolu ekinde, kapsama dahil kuruluşlar sayılmaktadır. Bu ekin 1. listesinde merkezi hükümete ait idareler, 2. listesinde eyalet, bölge veya il düzeyindeki mahalli idareler, 3. listede diğer kamu kuruluşları yer almaktadır. 1 nolu ekin 4. listesi kapsama dahil işlerin türlerini 5. listesi de hangi eşik değerlerin üzerindeki işlerin kapsam dahilinde olduğunu göstermektedir.¹⁷

Kamu ihalelerinin kapsamı konusunda bir noktada kamu ihaleleriyle ilgili anlaşmada yer alan istisnalardır. Anlaşmaya göre kamu ahlakını, kamu düzenini, kamu sağlığını, insan ve hayvan yaşamını, çevreyi ve fikri mülkiyet haklarını korumak için gerekli önlemler ile ulusal güvenlik ve savunma alanındaki kuruluşların savunma ile ilgili ihaleleri istisna tutulmuştur. Bunların dışındaki diğer ihaleler kapsam dahilindedir.¹⁸

3.1.1.2.DÜNYA TİCARET ÖRGÜTÜ KAMU İHALELERİ ANLAŞMASININ ÖZELLİKLERİ VE GETİRMİŞ OLDUĞU TEMEL İLKELER

Bu anlaşmada yer alan düzenlemelerin temelindeki ilkeler, ulusal kayırma ve ayrımcılık yapmamak ile saydamlıktır. Bu ilkelerle daha açık, adil ve rekabetçi bir kamu ihaleleri piyasası oluşturularak anlaşmaya taraf olan ülkeler arasında ticaret arttırılacak ve kamu ihalelerinde etkinlik sağlanacaktır.

Ulusal kayırma bir başka deyişle ulusal muamele ilkesi kamu ihaleleri kapsamındaki kuruluşların yerli mal, hizmet ve tedarikçilerin yabancı rakiplerine göre daha fazla desteklenmesinin yasaklanmasını ifade eder.

Ayrımcılık yapmamak bir başka deyişle en çok gözetilen ulus muamelesi ise anlaşmaya taraf ülkeler arasında ayrımcılık yapılmasını yasaklayan bir ilkedir.

Kamu ihaleleri anlaşması milli sanayileşmeyi teşvik etmek veya ödemeler dengesi açıklarını iyileştirmek amacıyla yerli girdi kullanımının şart koşulması yatırım şartı, belirli teknolojilerin kullanımı, karşı ticaret veya benzeri ofset uygulamalarını açıkça yasaklanmıştır. Bu düzenlemelerin yanı sıra, gelişen ülkelerin Anlaşmaya katılım görüşmelerinde ofset uygulamalarının koşullarını

¹⁷ Demir, a.g.m., s.12

¹⁸ Uz, a.g.e., s. 71

görülebilmelerine de olanak sağlamaktadır. Ancak, ofset düzenlemeleri yalnızca isteklilerin ihaleye katılım yeterliliklerini ölçmek için kullanılmalıdır. Diğer bir deyişle, ofset en iyi teklifin seçimin de bir ölçüt olarak kullanılmamalıdır.¹⁹

Bunları gerçekleştirmek için kanun, tüzük, usul ve uygulamaların yerli ürün, hizmet veya tedarikçilerin ayrımcılığa konu olabilecek şekilde dışlanmasına imkan verecek tarzda hazırlanmasına, kabul edilmesine veya uygulanmasına fırsat verilmemelidir.²⁰ Aynı zamanda bu Anlaşma, kanun, tüzük, usul ve uygulamaların şeffaflığını sağlamak için imzacı ülkeleri ve alım kuruluşlarını, uygun kural ve işlemleri, ihale ilanlarını, ihale kararlarını ve Anlaşmanın ekinde sıralanan tedarikçilerin sürekli listesi hakkındaki bilgileri yayınlamaya mecbur tutmaktadır. Anlaşma, adil, hızlı ve etkili bir şekilde hak ve sorumluluklar dengesini mümkün olabilecek en üst düzeyde sürdürebilmek için uluslararası danışma, gözetim ve anlaşmazlıklar çözümüleme sistemini kurmaktadır.²¹

Anlaşma, temel özellikleri bakımından, bu konudaki AB direktifleri ile uyum sağlamaktadır

3.1.1.3.İHALE USULLERİ

Kamu ihale anlaşması, saydamlık ve eşitlik-ayrımcılık yapmama ilkelerini sağlayabilmek için ihale usulleri konusunda idarelerin uyması gereken çeşitli düzenlemeler öngörmektedir. İhale usulüne ilişkin bu düzenlemelerin temel amacı anlaşma kapsamındaki kamu ihalelerinin bütün isteklilere açık olması yabancı ürün ve üreticilere eşit fırsatlar tanınmasıdır.²²

Anlaşmada yer verilen ihale usulleri, AB direktifleri ile büyük ölçüde benzerlik göstermektedir. Bu usuller açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü, tek kaynaktan temin ve belli koşullar altında pazarlık usulleri olarak ifade edilebilirler

Açık ihale usulünde ihale konusu işle ilgilenen ve ihaleye katılmak isteyen bütün isteklilerin teklif verebildiği usuldür.

¹⁹ Emek,a.g.e.,s.41

²⁰ Köktaş, Karaosmanoğlu,Bilgiç,a.g.e.,s.5

²¹ A.e.,

²² Emek,a.g.e.,s.37

Belli istekliler arasında ihale usulünde, ihale konusu iş için idarece yeterli oldukları bilinen ve idarece belirlenen listede yer alan yüklenicilerin davet edildiği ihale usulüdür. Uluslararası alanda etkili bir rekabet ortamı sağlamak için idarece belirlenen listede mümkün olan en çok sayıda yüklenici bulunmalıdır. Bu ihale usulünde ihale ilanı yapılması konusunda bir zorunluluk olmadığı halde, ön seçim ilanı yapılması bir zorunluluktur. İlanın ihale edilecek işler için yıllık olarak yapılması yeterlidir. Bu usulde yapılan bir ihaleye davet edilmediği takdirde teklif vermek isteyen isteklilere, yeterliliğini kanıtlama imkanı tanınmıştır. Yeterliliğini kanıtlayan istekli ihaleye davet edilerek mevcut listeye ilave edilecektir.²³

Tek alıcıdan teminde, idarelerin yeterlilikleri bilinen isteklilerle doğrudan temasa geçebildiği ihale usulüdür. Dünya Ticaret Örgütü Kamu İhaleleri Anlaşması'nın 15. maddesine göre, açık ihale ve belli ihale usulünde istekli çıkmaması veya uygun teklifin belirlenememesi durumunda, alınacak mal veya hizmetin yalnızca tek bir istekli temini mümkün olması, kuruluş tarafından önceden öngörülememesi gibi durumlar da bu usul kullanılabilir.²⁴

Pazarlık usulünde önceden ihale dokümanlarında duyurulması ya da açık ihale veya belli istekliler arasında yapılan ihalelerde uygun teklifin bulunmaması durumunda idare ile istekliler arasında görüşmeler başlatılabilir. Görüşme sonunda kalan istekliler son tekliflerini verirler. İdare pazarlık süresince istekliler arasında ayırım yapılmamalıdır.²⁵

3.1.1.4. İHALE İLANLARI

Normal hallerde, ihale ilanı ile tekliflerin verilebileceği son gün arasında en az 40 gün bulunması ön görülmektedir. Acil durumlarda bu süre 10 güne kadar indirilmesi mümkündür.²⁶

²³ A.e.,s.38

²⁴ A.e.

²⁵ Emek,a.g.e.,s.38

²⁶ Demir,a.g.m.,s13

Belli istekliler arasında yapılacak ihalelerde ilan, isteklilerin ihaleye davet edilebilmesi için başvurabilecekleri son tarihten en az 25 gün önce bir defa yayınlanmalı, yeterlilikleri kabul edilen isteklilere tekliflerini hazırlayabilmeleri için en az 40 gün süre verilmelidir.²⁷

3.1.1.5.TEKNİK ŞARTNAMELER VE STANDARTLAR

Satın alınmasına karar verilen mal ve hizmetlerin özelliklerinin yer alacağı şartnamelerde, dış görünüş veya tanımlayıcı özelliklerden daha çok performansa ve işlevselliğe yer verilmektedir. Kalite, performans, güvenlik, terminoloji, üretimde kullanılan teknoloji veya yöntem gibi konularda istenecek ölçütler, rekabeti ve uluslar arası ticareti engelleyici özellik taşımamalıdır. Standartlara yönelik açıklamalar gerektiğinde, öncelikle varsa uluslar arası standartlar, uluslar arası standartlar yoksa ulusal standartlar ve teknik özellikler kullanılacaktır.²⁸

3.1.1.6.UYGUN TEKLİFİN SEÇİMİ

İdareler isteklilerin uygun teklif hazırlayıp sunmaları için ihaleyle ilgili olabilecek tüm bilgileri ihale dokümanlarında açıkça belirtilmelidir. Bu belirtilmesi gereken bilgiler uygulanacak ihale usulü, son teklif verme tarihi, tekliflerin değerlendirilmesinde kullanılacak koşullar ve ödeme koşullarıdır. Kamu ihalelerinde gerek tekliflerin verilmesi ve alınması gerekse tekliflerin değerlendirilmesi sürecinde idareler adil, eşit ve saydam davranmaya özen göstermelidir.²⁹

Verilen tekliflerden, ihale ilanları ya da ihale dokümanlarında belirtilen katılım koşullarını sağlayan teklifler değerlendirmeye alınır. Bu değerlendirme sonucu ihale uygun tekliflerden en ucuz teklifi veren istekli ile yapılabileceği gibi, en ucuz teklifi vermese bile ihale dokümanında önceden belirlenen şartlara göre en ekonomik ve avantajlı teklifi veren istekli ile de yapılabilir.³⁰

²⁷Uz,a.g.e.s.78

²⁸ Dünya Ticaret Örgütü Kamu İhaleleri Anlaşması Madde 9,

(Çevrimiçi) http://www.wto.org.tr/docs_e/gpr_94_e.pdf, 10.05.2010, Demir ,a.g.m.,s.15

²⁹ Dünya Ticaret Örgütü Kamu İhaleleri Anlaşması Md.12, http://www.wto.org.tr/docs_e/gpr_94_e.pdf

³⁰ Dünya Ticaret Örgütü Kamu İhaleleri Anlaşması Md.13 http://www.wto.org.tr/docs_e/gpr_94_e.pdf

3.1.1.7.ANLAŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ

Kamu ihaleleri anlaşması ile ilgili uygulamalar konusunda üye devletler arasında ortaya çıkabilecek anlaşmazlıkların çözümü için oluşturulan DTÖ Anlaşmazlıkların Halli Organına başvurulabilir. Söz konusu anlaşmazlıkların çözümü için gerekirse bu organ tarafından oluşturulacak bir komite konuyu inceleyerek bir rapor hazırlar. Rapor üye devletlerin temsilcileri tarafından görüşülerek oylanarak karara bağlanır.³¹

Ayrıca üye devlet kendi dahilinde anlaşmazlıkların çözümü için, idarelerin ihale kararlarını yeniden inceleyerek ulusal bir itiraz sistemi kurulması ön görülmektedir. İtiraz ve şikayetler mahkemeler veya idareden bağımsız ve tarafsız bir organ tarafından incelenecektir. Bu organ, tarafları dinleyecek ve görüşmelerde bulunacaktır. Bütün görüşmeler ve incelemeler açıklık içinde yapılacak ve ihaleyi iptale yetkili olacaktır. Bunların yanında şikayetçinin ihale hazırlıkları ve itirazda bulunmak için yapmış olduğu masrafların tazminine de karar verebilecektir.³²

3.2.BİRLEŞMİŞ MİLLETLER UNCITRAL MODEL YASASININ KAMU İHALELERİ DÜZENLEMELERİ

Birleşmiş milletler teşkilatının bir organı olan UNCITRAL (Uluslararası Ticaret Hukuku Üzerine Birleşmiş Milletler Komisyonu) uluslararası ticaret hukukunun uyumlaştırılması ve birleştirilmesine yardımcı olmak ve dolayısıyla uluslararası ticaretin gelişmesinde mevzuat yetersizliği veya farklılıklarından kaynaklanabilecek engelleri ortadan kaldıracabilecek düzenlemeler yapmak amacıyla kurulmuştur.³³

UNCITRAL,1986 yılında gerçekleştirdiği 19. toplantısında kamu ihaleleri konusunda çalışma başlatma kararı alarak, 5-23 Temmuz 1993 tarihleri arasında Viyana 'da düzenlenen 26. toplantısında da "Mal ve Yapım İşlerinin Alımı Üzerine

³¹Emek,a.g.e.,s. 41

³² Demir.a.g.m.,s.16

³³ Emek,a.g.e.,s.57

UNCITRAL Model Kanun'u kabul etmiştir. Model Kanun kamu ihaleleri konusunda mevzuatı olmayan devletlerin kanun çıkarması ve olanların da mevcut düzenlemeleri modernize etmesinde bir örnek oluşturmak amacıyla hazırlanmıştır.³⁴

Hizmet ihalelerinin bazı yönlerinin mal ve yapım işleri ihalelerinden farklı olması gerekçesi ile başlangıç olarak sadece mal ve yapım işleri alımlarının konu edildiği bu düzenlemeler yapılmış, daha sonra 31 Mayıs -17 Haziran 1994 tarihleri arasında New York'ta düzenlenen 27. toplantısında hizmet ihaleleri de düzenleme kapsamına alınarak ve mal, yapım işleri ve hizmetlerin ihalesi üzerine UNCITRAL Model Kanunu kabul edilmiştir³⁵

3.2.1.MODEL KANUNUN AMACI, KAPSAMI VE İLKELERİ

3.2.1.1.MODEL KANUNUN AMACI

Model Kanun'un amacı, mal, yapım ve hizmet ihalelerinde rekabet ortamını yaratmak, tasarruf ve etkinliği en üst seviyeye çıkarmak, uluslar arası ticareti desteklemek amacıyla tedarikçi ve müteahhitlere adil ve eşit muamele göstermek , ihale mevzuatında ve uygulamalarında saydamlığın sağlanmasıdır.³⁶

3.2.1.2.MODEL KANUNUN KAPSAMI

Model Kanun kamu ihaleleri kapsamını genişletmekle birlikte, sınırlı sayıda da olsa istisnalara yer vermiştir. Model Kanun'un 1.maddesine göre ulusal savunma ve güvenliğe ilişkin olanların dışında tüm ihaleler kanun kapsamındadır. Kapsam dışında bırakılan diğer iki istisna ise, her ülkenin kendi ihtiyacına göre belirleyebileceği türdeki ihaleler ile yine ülkedeki ihale düzenlemelerine göre yetkili organın kapsam dışında bırakılabileceği türdeki ihalelerdir. Model Kanun'da istisna kapsamında sayılan kamu kuruluşları isterlerse ihale işlemlerini bu kanun

³⁴ A.e.,

³⁵ Uz,a.g.e.,s.80

³⁶ Kamu İhale Kurumu, **Kamu Alımları Konusunda Dünya ve Türkiye Mevzuatı-Uygulamaları**, Mart 2003,s.14,(Çevrimiçi)http://www.ihale.gov.tr/egitim/AB_kitap/kitapAB.doc,26.09.2008

hükümlerine göre yürütölmelerine imkan tanımaktadır.³⁷ Model Kanun'un 3.maddesinde ilgili devletin kamu ihaleleri konusunda uluslararası yükümlölükleri de açıklanmıştır. Buna göre ilgili devletin uluslararası yükümlölükleri ve iki veya çok taraflı yardım anlaşmaları Model Kanun hükümlerinden önce gelmektedir.³⁸

Model Kanun ihale işlemlerinde sadece sözleşme imzalanıncaya kadar olan istekli veya müteahhitlerin seçilebilmesi konusundaki kuralları ve usulleri düzenlemektedir. Sözleşmenin yönetimi, uygulanması veya iptalinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü konusunda düzenlemelere yer vermemektedir.³⁹ Model Kanun'daki bu eksiklik ilgili devlet tarafından gerekli yasal düzenlemelerin yapılmasıyla giderilmelidir.

3.2.1.3.MODEL YASANIN İLKELERİ

Model Kanun'un uygulanmasındaki ilkeleri aşağıdaki gibi sıralamak mümkündür:⁴⁰

- İhale mevzuatı herkese açık olmalıdır (madde 5);
- İhaleye katılacak isteklilerde aranılacak şartlar ancak 6. maddede öngörölen türde ve işin gereğı olan şartlar olacaktır (madde 6);
- Ön eleme şartlarının konulması gerekiyorsa bunlar da 6. maddedeki sınırlar dâhilinde olmalıdır (madde 7);
- Milliyete dayalı olarak katılıma engel olma, ancak özel tüzükte belirtilen haklı sebeplere dayanılarak yapılabilir (madde 8);
- Bir belgenin onayı için kendi vatandaşlarından istenen şekilden farklı bir usul yabancılardan istenemeyecektir (madde 10);
- İhale işlemlerinin tutanakla tespit edilmesi gerekir (madde 11);
- İhale sözleşmesinin hemen ilanı şarttır (madde 12);

³⁷ Emek, a.g.e., s.58

³⁸ Arif Köktaş, Avrupa Birliğinde Kamu İhale Hukuku ve AB Politikaları Arasındaki İlişki, Ankara, Asil Yayın Dağıtım, 2005, s.35

³⁹ Emek, a.g.e., s.59. Bunun nedeni model yasanın bir çerçeve yasa olmasıdır. Model yasa çerçeve yasa olduğu için bütün kural ve düzenlemelerin uygulanması yönetmeliklere bırakılmaktadır. Yasanın 4. maddesinde de belirtildiğı gibi bu ihale yönetmeliklerini çıkartmakta yetkili organ devlettir.

⁴⁰ Köktaş, Karaosmanoğlu, Bilgiç, a.g.e., s.3.

- İhaleci firma, kuruluşa veya kuruluşun eski ve yeni görevlilerine herhangi bir menfaat sağlama teklifinde bulunmuş ise teklifi hemen reddedilecek ve sebebi kararda açıkça belirtilecektir (madde 13);
- Alınacak malın veya yaptırılacak işin hiçbir tereddüde yol açmayacak şekilde açıkça ve mümkün olduğu kadar detaylı tarif edilmesi; bununla birlikte, hiçbir marka, isim, patent, desen, tip veya özel menşee veya üreticiye atıfta bulunulmaması gerekmektedir (madde 14).

3.2.2.MODEL KANUNDA İHALE YÖNTEMLERİ

Model Kanun mal ve yapım işleri ihalelerinde normal koşullar altında açık ihale yönteminin kullanılmasını zorunlu kılmaktadır. Hizmet alımlarında ise normal koşullar altında “hizmet alımlarında temel yöntemi” kullanılmaktadır. Bu yöntem, hizmet sağlayıcılarının niteliği ve uzmanlığının değerlendirilmesine önem vermek amacıyla tasarlanmıştır. Mal ve yapım işlerinin alımında ihale usulünün uygun ve olanaklı olmadığı durumlarda, Model Kanun kamu alımlarında alternatif yöntemlerin de kullanımını düzenlemektedir. İhale süreci için şartnamenin tam ve nihai olarak belirlenemediği ve Kanun’da belirlenen diğer koşulların mevcut olduğu mal ve yapım işleri alımlarında, Model Kanun alternatif üç alım usulü öngörmektedir. Bunlar iki aşamalı ihale, teklif isteme, rekabetçi pazarlık usulüdür. Ayrıca belli istekliler arasında ihale usulü, maliyet tahmini isteme usulü ve son olarak da tek kaynaktan temin usulü Model kanun da öngörülmektedir.⁴¹

3.2.2.1.AÇIK İHALE USULÜ

İsteklilerin katılımına herhangi bir sınırlama getirilmeyerek en yüksek düzeyde rekabetin sağlandığı, tekliflerin değerlendirilmesi ile en iyi teklifin seçiminde kullanılacak ölçütlerin önceden ilan edildiği, kamuya açık şekilde tekliflerin açıldığı ve pazarlığın yapılamadığı ihale yöntemidir.⁴²

⁴¹Kamu İhale Kurumu, 2003,s.15

⁴²Uz,a.g.e.,s. 85

3.2.2.2.HİZMET İHALELERİNDE TEMEL YÖNTEM

Bu yöntemde; tedarikçilerin seçiminde rekabeti ve katılımı engelleyici sınırlamalar getirilmemesi, tekliflerin değerlendirilmesi ve seçiminde kullanılacak ölçütlerin ilanda belirtilmesi gerekmektedir.⁴³

Model Kanun hizmet ihalelerinde en iyi teklifin seçilmesi için üç usul ön görmektedir. Buna göre birinci seçim usulünde ihaleyi yapan idare fiyat dışındaki ölçütlere uygun tekliflerin nitelik ve teknik özelliklerine göre bir eşik belirler ve her bir teklif bu ölçütlere uygulama şekli ve göreceli ağırlığına uygun olarak derecelendirilir. Daha sonra da eşik değere eşit ya da bunun üzerinde dereceye sahip olan tekliflerin fiyatları karşılaştırılır. Bunun sonucunda fiyat dışı ölçütler ve fiyat açısından en iyi bileşik değerlendirme sonucunu alan teklif en uygun teklif olur.⁴⁴

İkinci seçim usulünde, hizmet ihalesini yapacak idare kabul edilebilir teklifler sunan satıcı ya da yüklenicilerle eş anlı olarak hizmet ihalesinin niteliği ile ilgili konularda görüşmelerde bulunur ve kalan tüm satıcı yada yüklenicilerden en iyi ve son teklif vermeleri istenir. İhale yapılan değerlendirme sonucu en uygun ve ihtiyacı en iyi karşılayan teklif sahibi ve yükleniciye verilir.⁴⁵

Üçüncü seçim usulünde eşiği geçen teklif sahipleriyle , en yüksekten düşüğe doğru sırasıyla ayrı ayrı fiyat pazarlığı yapılır.⁴⁶

3.2.2.3.BELLİ İSTEKLİLER ARASINDA İHALE USULÜ

Bu ihale usulünde açık ihale usulünden farklı olarak sınırlı sayıda satıcı ya da yüklenici davet edilmektedir. Bu ihale usulü iki istisnai durumun gerçekleşmesi ile kullanılmaktadır. Bu istisnai hallerden birincisi, mal, yapım veya hizmetlerin çok karmaşık olması ya da uzmanlık gerektirmesi nedeniyle yalnızca sınırlı sayıda satıcı ya da yüklenici tarafından temin edilebilmesi, ikincisi ise çok sayıda teklifi incelemek ve değerlendirmek için gereken zaman ve bunların maliyeti, temin

⁴³ A.e.,s.88

⁴⁴ UNCITRAL MODEL LAW on Procurement of Goods, Constructin, Services with Guide to Enactment,s.40.(Çevrimiçi)<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/ml-procurement/ml-procure.pdf>,03.01.2010

⁴⁵ A.e.

⁴⁶ A.e.,s.41

edilecek olan mal, inşaat yada hizmetlerin değeri ile oransız olduğu bir durumun söz konusu olması gerekir.⁴⁷Bu ihale usulü uygulanırken rekabet ortamını sağlayacak sayıda isteklinin ihaleye davet edilerek, istekliler arasında ayrımcılık uygulanmamasına dikkat edilmelidir.

3.2.2.4.MALİYET TAHMİNİ İSTEME VE TEK KAYNAKTAN TEMİN MODELİ

İhale konusu ihale tahmin bedeli ihale yönetmeliklerinde belirtilen miktardan az olan, özel olarak üretilmeyen ve hazırlanan şartnamelere göre temin edilemeyen ve belli bir pazarı olan, üretilmiş haldeki mal ve hizmetlerinin ihalesinde maliyet tahmini isteme usulü ile temin edilir. Bu usulde mümkün olduğunca çok sayıda müteahhitten maliyet bedeli tahminleri alınarak en düşük teklifi verenle ihale yapılır.⁴⁸

İhale konusu mal, inşaat veya hizmet yalnızca tek kişi tarafından üretiliyorsa ya da yalnızca tek kişinin özel satış hakkına sahipse veya diğer ihale usullerinin uygulanmasının mümkün olmadığı acil ve doğal afetler gibi zorunlu durumlarda tek kaynaktan temin yöntemi uygulanır.⁴⁹

3.2.2.5.İKİ AŞAMALI TEKLİF VERME,ÖN TEKLİF İSTEME VE REKABETÇİ MÜZAKERE

Model Kanun alternatif üç ihale usulünü uygun görmektedir. Bunlar; iki aşamalı teklif verme, ön teklif isteme ve rekabetçi müzakere usulleridir. Bu usullerden birinin kullanılabilmesi için yasanın 19.maddesinde belirtilen koşulların mevcut olması gerekir.⁵⁰Model Kanun'da belirtilen üç alternatif yöntemin seçimi idarelerin tercihinine bırakılmıştır.

⁴⁷ A.e.,s.20,21,42;Emek,a.g.e.,s.62

⁴⁸UNCITRAL MODEL LAW on Procurement of Goods, Constructin, Services with Guide to Enactment,a.g.e.,s.45

⁴⁹ A.e.,s.21,22,46

⁵⁰ Emek,a.g.e.,s.62

İki aşamalı ihalelerin ilk aşamasında ön teklif olan mesleki ve teknik yeterlilikleri ve nitelikleri ile ilgili teklifler toplanır. İlk aşamanın tamamlanmasından sonra, ihale makamı teklifleri reddedilmemiş olan satıcı ya da yüklenicileri tek bir şartname çerçevesinde fiyatlar da içeren son teklifleri sunmaya davet edilir. Son teklifler değerlendirilerek model yasa hükümlerine uygun bir ihale düzenlenir.⁵¹

Teklif isteme usulü mümkün olduğunca sayıda, ancak mümkünse en az üç satıcı ya da yükleniciden farklı teklifler toplanır. Bu tekliflerde yapılabilecek değişiklikler konusunda satıcı ya da yüklenicilerle görüşmeler yapılır. İhale makamı tekliflerin değerlendirilmesinde kullanılacak ölçütleri ve bu ölçütlerin tekliflerin seçimindeki ağırlığını saptar. Bu ölçütlerin ağırlığına ve uygulanma şekline uygun olarak belirlenen idarenin ihtiyacını en iyi şekilde sağlayan teklif kabul edilir.⁵²

Rekabetçi müzakere usulü önceden tahmin edilemeyen acil durumlar da normal ihale sürecinin işletilebilmesi için yeterli süre olmadığı için kullanılabilecektir. İhale makamı etkin bir rekabet ortamı sağlayabilmek için yeterli sayıda satıcı ve yüklenici ile görüşmelere oturur. Görüşmelerin tamamlanmasından sonra, işlemlere devam eden tüm satıcı ya da yüklenicilerden belli bir tarihe kadar, tekliflerin her yönüyle ilgili olarak en iyi son tekliflerini vermeleri istenir ve başarılı olan teklif son teklif olarak belirlenir.⁵³

3.2.3.İHALENİN DENETİMİ

Denetim usulleri ile ilgili hükümler Model Kanun'un Beşinci Bölümünde yer almıştır. İlke olarak, Kanun'un getirdiği yükümlülüklerin ihlal edildiğini ve bundan kayıp veya zarar gördüğünü ileri süren herkesin kararın gözden geçirilmesini isteme hakkı vardı. Bununla beraber, bu kuralın istisnası olarak gözden geçirilmesi istenemeyecek bazı durumlar da vardır. Bu istisnalar; Kanun'un 16-20. maddelerine uygun olarak herhangi bir ihale usulünü seçilmesine ilişkin kararlar, Kanunun 8. maddesine göre milliyet esasına göre getirilen kısıtlamalar; ihale makamının 33(1)

⁵¹UNCITRAL MODEL LAW on Procurement of Goods, Constructin, Services with Guide to Enactment,a.g.e.,s.42.

⁵²A.e.,s.43,44,45

⁵³A.e.,s.45,Uz,a.g.e.,s.87

maddeye göre tüm teklifleri reddetmesine ilişkin kararı;38(2) maddeye göre teklif alınması usulünün uygulanması sırasında ilan üzerine verilen teklifin reddine ilişkin karar, İhale şartnamesinde ilgili kanun tüzük ve sair mevzuata atıfta bulunulmasının ihmal edilmiş olması olarak sayılabilir.⁵⁴

Model Kanun, ihale kuruluşunun veya ihaleyi onaylayan makamın denetimi, ilgili devlette ihalenin denetimi konusunda özel bir idari organın olması halinde uygulanacak olan idari denetim ve her ülkenin kendi yargı sistemine uygun biçimde gerçekleştirdiği yargısal denetim olmak üzere üç aşamalı bir denetim usulü öngörmüştür.⁵⁵

3.3.AVRUPA BİRLİĞİNDE KAMU İHALELERİ

3.3.1.AVRUPA BİRLİĞİ KAMU İHALE POLİTİKASI

AB Kamu İhaleleri Politikasının hedefi, kamu ihalelerinde istekliler arasında rekabeti teşvik ederek kamu ihalelerinin en etkin biçimde kullanımına yardımcı olmaktır. AB'nin Kamu İhaleleri Politikası, AB'de rekabete açık, şeffaf ve ayrımcılık gözetmeyen kamu ihale pazarlarının yaratılmasında önemli bir rol oynamaktadır. Bu ihaleye konu mal ve hizmetlerin serbest olarak hareket etmesini, dolayısıyla da vergi mükelleflerinin ve kamu hizmeti tüketicilerinin paralarının karşılığı almasını, Avrupalı satıcıların iç pazarda ve dünya pazarlarında rekabet gücünün artmasını, kaynakların verimli kullanımını, ekonomik gelişmeyi ve istihdam yaratılmasının sağlayacaktır. En az bu sayılanlar kadar önemli bir husus da kamu kuruluşlarına daha iyi kalitede mal ve hizmeti daha iyi fiyattan satın alma fırsatı tanınmış olması ve böylelikle de rekabetin teşvik edilerek ekonomik gelişmeye katkıda bulunulmasıdır.⁵⁶

⁵⁴ Köktaş, a.g.e.,s.38

⁵⁵ A.e.,s.39

⁵⁶ Avrupa Komisyonu Temsilciliği, Avrupa Birliğinde Kamu İhaleleri “Herkesin Yararı ve İyi İdare İçin” s.6,(Çevrimiçi) <http://www.ansiad.org.tr/docs/arge3.rtf>,20,10,2008

3.3.2.AVRUPA BİRLİĞİ KAMU İHALELERİ MEVZUATI

AB ekonomisinde hacim olarak önemli yere sahip olan kamu ihaleleri, AB tarafından ortak Pazar hedefi kapsamında ele alınmıştır.⁵⁷Ortak pazarın gerçekleştirilmesi AB'nin en önemli görevlerinden biridir. Ortak Pazar hedefinin gerçekleştiğinde kamu ihaleleri ortak Pazar'daki piyasa aktörlerine açılacak, bu da üye devletler arasındaki rekabetin güçlenmesini ve kamusal harcamaların azalmasını sağlayacaktır. Bu nedenle kamu ihaleleri sadece üye devletlerin iç hukuk hükümlerine bırakılmamış, AB'ye özgü kamu ihaleleri mevzuatı oluşturulması yoluna gidilmiştir.⁵⁸

AB'ye özgü kamu ihaleleri mevzuatı, ortak politikalarla ilgili genel hükümler içeren AB Anlaşması ve ayrıntılı düzenlemeler içeren AB direktiflerinden oluşmaktadır.

3.3.2.1.AB ANLAŞMASI VE KAMU İHALELERİ

AT'yi ortaya çıkaran kurucu Roma Antlaşması ve onun bazı hükümlerini değiştiren Maastricht, Amsterdam ve Nice Anlaşmaları kamu ihaleleri ile ilgili açık hükümler içermemektedir.⁵⁹ Kamu ihalelerine iki yerde değinilmektedir. Bunlardan biri AR-GE faaliyetlerinin üye devletlerdeki ihale işlemlerinin açık hale getirilmesi yoluyla teşvik edilmesine ilişkin m.163/2 hükmüdür. Diğerisi ise, üye devletler ve ortaklık anlaşması bulunan ülke vatandaşlarının kamu ihalelerine eşit şartlarda katılımına imkan verilmesini düzenleyen m.183'tür.Bu düzenlemelerin spesifik konulara ilişkin olması, kamu ihalelerinin AB Antlaşması'nın kapsamı dışında kaldığı anlamına gelmemelidir.⁶⁰Çünkü AB Antlaşması'nda kamu ihalelerini etkileyen temel ilkeler vardır. Bu temel ilkeler;

⁵⁷ AB'nin resmi sitesindeki verilere göre kamu ihaleleri Topluluk GSMH'NİN %16,3ünü oluşturmaktadır.(Çevrimiçi)http://europa.eu/policies-activities/tenders-contracts/index_en.htm
21.08.2009

⁵⁸ Ayhan Kortunay,Yasin Sezer, Kamu İhale Kanunun 63.Maddesinin AB Hukuku Perspektifinden Değerlendirilmesi, AÜHFD,Y.2007,s.139

⁵⁹ Köktaş, Karaosmanoğlu,Bilgiç,a.g.e.,s.6

⁶⁰Kortunay, Sezer.a.g.m.,s. 140

- Milliyete dayalı ayrımcı uygulamaları yasaklanması
- İthalatta miktar kısıtlamaları uygulamalarının yasaklanması
- Bir üye devlette kurulu olan şirketin diğer bir üye ülkede de faaliyette bulunması
- Avrupa Birliği içerisinde hizmetlerin serbest dolaşımının sağlanması
- Sınırlayıcı ticaret uygulamalarını yasaklanması olarak sayılabilir.

3.3.2.2. AVRUPA BİRLİĞİ KAMU İHALELERİ DİREKTİFLERİ

Kamu ihaleleri ile ilgili direktifler yürürlüğe girmeden önce kamu ihaleleri alanında sadece AB Anlaşması uygulanmaktaydı. Fakat bu hükümler, ulusal ihale piyasalarına giriş engellerinin bütünüyle kaldırılmasında yeterli olmadığından ,Birlik direktiflerle kamu ihalelerini düzenleme yoluna gitmiştir. Bundan dolayı AB'ye üye ülkelerin kamu sektöründeki satın alma işlemleri kamu ihalelerine ilişkin getirilen AB Direktifleri'ne uygun olarak yapılmaktadır.⁶¹ Bu direktiflerde kamu ihaleleri ile ilgili eşik değerler belirlenmiş ve eşik değerlerin üzerindeki ihalelerde bu direktiflerin uygulanmasını zorunlu tutmuştur. Eşik değer altındaki ihaleler ise, üye devletlerin ulusal mevzuatına göre gerçekleştirilmektedir. Ancak üye devletler, eşik değer altındaki ihaleler için de AB direktiflerinde yer alan temel ilke ve kuralları göz önünde bulundurmak zorundadırlar. Ayrıca direktiflerin düzenlemediği imtiyaz ya da benzeri hakların verildiği durumlarda yapılacak kamu ihalelerinde, mal ve hizmetlerin serbest dolaşımının yanı sıra, ayrımcılık yasağı, eşit muamele ve şeffaflık gibi AB Anlaşması'nın temel ilkelerine uygun olarak ihale yapılması gerekecektir.⁶²

AB Direktifleri ihaleyi yapan idarenin niteliğine göre iki temel gruba ayrılmıştır. İlk gruptaki Direktifler, geleneksel olarak nitelenen sektörlerde faaliyet gösteren kamu idarelerinin ihalelerini düzenlemektedir. Bunlar mal ihaleleriyle ilgili 14 Haziran 1993 tarih ve 92/36/EEC; hizmet ihaleleriyle ilgili 18 Haziran 1992 tarih ve 92/50/EEC; ve yapım işleri ile ilgili 14 Haziran 1993 tarih ve 93/37/EEC sayılı

⁶¹ Köktaş, a.g.e., s.2

⁶² Uz, a.g.e., s.99

Direktiflerdir. İkinci gruptaki değerlendirmeler ise, sulama, enerji, telekomünikasyon ve ulaşım sektörlerinde özel ve istisnai haklarla faaliyet gösteren kamu kurum, kuruluş ve teşebbüslerinin ihalelerini düzenleyen 14 Haziran 1993 tarih ve 93/98/EEC sayılı Direktiftir. AB Komisyonu Roma Antlaşmasının 169. maddesine göre üye devletlerin direktif kurallarına uyumunu gözetip denetlemektedir. AB aynı zamanda DTÖ bünyesindeki Kamu İhaleleri Anlaşmasına da üyedir.⁶³

Direktifler üç önemli ilke üzerine kuruludur. Bunlar; belirli eşik değerlerin üzerindeki kamu ihalelerinin Topluluk düzeyinde duyurulması, potansiyel teklif sahiplerine karşı ayrımcılığa yol açabilecek teknik özellikler belirlemenin yasaklanması, teklif verme ve ihale değerlendirme işlemlerine katılmada objektif kriterlerin uygulanmasıdır.⁶⁴

Direktifler, uygun ilan yöntemi ve şeffaflığı öngörerek, ihalelerin yapılma yöntemleri arasında tercih sıralaması oluşturarak, teknik şartnameler hakkında ortak kurallar koyarak ve adayların seçimi ve ihalelerin yapılması ile ilgili kriterleri belirleyerek, ihalelerin yapılmasında uygulanacak kuralları birbiriyle uyumlu hale getirmektedir. Aynı zamanda, kamu ihaleleri ile ilgili Topluluk hukukunun ya da onu yerini alan ulusal kuralların ihlali durumunda firmaların başvurabileceği yolları belirlemektedir.⁶⁵

3.3.2.2.1. AB KAMU İHALE DİREKTİFLERİNİN BİRLEŞTİRİLMESİ

AB kamu ihaleleri mevzuatı 1970'lerden başlayarak değişikliklere uğramış ve kendini sürekli yenilemiştir. 2000'lerin başında da bu değişimler devam etmiştir. AB Komisyonu Mayıs 2000'de, yürürlükteki kamu ihale direktiflerinin daha saydamlaştırılması, basitleştirilmesi, modernize edilmesi, ihalelere katılımın kolaylaştırılması ve kamu ihalelerinde elektronik araçların kullanılması için

⁶³ Uğur Emek, Avrupa Birliği Kamu İhaleleri Sisteminde Gelişmeler, İNTES İşveren Dergisi, S.67, 2001, s.19

⁶⁴ Muzaffer Akdoğan, "Avrupa Birliği Uyum Sürecinde Türk İhale Rejiminin Şeffaflık Açısından Değerlendirilmesi", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2009, s.101

⁶⁵ Oğuz Çalık, Avrupa Birliği Yeni Kamu Alımları Direktiflerinin Yapım İhalelerine Getirdiği Değişiklikler, s.4 (Çevrimiçi) www.intes.org.tr/content/file/cozumarama/oğuz_calik.pdf, 12.07.2009

çalışmalar yapmıştır.⁶⁶Bu çalışmalardan sonra mevcut kamu ihale direktiflerinde değişiklik yapılmasının gerekli olduğuna karar veren Komisyon, AB kamu sektöründe mal alımı, yapım işleri ve hizmet alımı ihaleleri için tek bir metin hazırlanması ve kamu ihale direktiflerinin tek bir metin içinde birleştirilmesini teklif etti.⁶⁷

Bu çerçevede komisyon direktif taslakları hazırlamıştır,29 Ocak 2004 tarihinde Konsey ve Parlamento tarafından onaylanan Taslak Direktifler,31.04.2004 yılında AB Resmi Gazetesinde yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu direktifler kamu ihaleleri sektöründe; mal ve hizmet ihaleleri ile yapım işlerini düzenlemek üzere 2004/18/EC sayılı ayrı bir direktif ile su, enerji, ulaştırma ve posta hizmetleri sektöründe yer alan kuruluşlara ilişkin olarak 2004/17/EC sayılı ayrı bir “Altyapı Hizmetleri Direktifi” şeklinde ikiye ayrılır.

2004/17 sayılı su, enerji, ulaştırma ve posta hizmetleri sektörleri direktifinde elektronik ortamda açık arttırma ve dinamik satın alma gibi modern ihale uygulamaları enerji, su, ulaştırma ve posta hizmetleri sektörlerindeki ihalelere dahil edilmiştir.⁶⁸

2004/18 sayılı konsolide kamu ihale direktifi ise önceden var olan kamu mal ihaleleri, yapım işleri ve hizmet ihaleleri direktiflerini basitleştirerek bir direktifte birleştirmiştir. Direktif modern ihale metot ve gelişmeleri göz önüne alarak en iyi uygulama biçimini oluşturmaya çalışmıştır. Bu amaçla Direktif, çerçeve anlaşmalar, merkezi alım otoriteleri, elektronik ortamda açık arttırma ve dinamik satın alma sistemleri gibi yeni elektronik ihale usulleri ve yeni rekabetçi müzakere uygulamaları getirmektedir.⁶⁹

⁶⁶ Köktaş, Karaosmanoğlu, Bilgiç, a.g.e., s. 7

⁶⁷ Komisyonun Kamu ihale direktiflerini tek bir metin içerisinde birleştirmek istemesinin önemli bir nedeni de Dünya Ticaret Örgütü Kamu İhale Anlaşmasıyla uyumlu hale getirmektir. Çünkü AB aynı zamanda DTÖ Kamu İhaleleri Anlaşmasına üyedir.

⁶⁸ Köktaş, Karaosmanoğlu, Bilgiç, a.g.e., s 7

⁶⁹ A.e.,

3.3.2.2.2.YENİ DİREKTİFLERLE GETİRİLEN ÖNEMLİ DEĞİŞİKLİKLER

Avrupa Komisyonu direktiflerin modernleştirilmesi, sadeleştirilmesi ve esnek hale getirilmesi amacıyla direktiflerde önemli değişiklikler yapmıştır. Bu değişiklikleri 7 ayrı başlık altında toplayabiliriz. Bunları;⁷⁰

- İhale prosedürünün daha kısa, etkin ve açık hale getirilmesi amacıyla Kamu ihalelerinin elektronik ortamda yapılması(elektronik ihale)
- Özellikle karmaşık sözleşmelerde ihaleci kuruluşlar ile farklı adaylar arasında müzakereye izin veren yeni bir pazarlık usulüne yer vermesi⁷¹
- Çerçeve sözleşme yöntemi ile daha esnek kamu ihaleleri yönteminin uygulanması
- Teknik şartnamelerle ilgili düzenlemelerin, daha fazla isteklinin kamu ihalelerine teklif vererek katılmasını sağlamak amacıyla daha açık hale getirilmesi
- İhale ve seçim kriterleri ile ilgili hükümlerin daha da güçlendirilmesi
- Eşik değerlerin sadeleştirilmesi
- Kamu ihaleleri ile ilgili bilgiye ulaşmayı daha kolay hale getirmek ve AB içerisinde kamu ihaleleri ile ilgili daha fazla sağlamak amacıyla ortak kamu alımları sözlüğünü uygulamaya geçirmek olarak sayabiliriz.

⁷⁰ Uz ,a.g.e.,s101

⁷¹ Bu yeni pazarlık usulünde özellikle rekabet ve eşit muamele ilkesine uygunluğun sağlanması çok önemlidir.

3.3.2.2.3.DİREKTİFLERİN AMACI

AB Kamu İhale Direktifleri saydam bir ihale sistemi geliştirmeyi, rekabeti artırabilmeyi, bu amaçla üye devletler tarafından kamu ihalelerinin Topluluk genelinde ilan edilmesi, bu ilanlarda yapılacak ihaleyle ilgili ayrıntılı bilgi sağlanmasını, idarenin Topluluk genelindeki isteklilere eşit davranmasını, mal ve hizmetler ile sermayenin serbest dolaşımını sağlamak amacıyla hukuki ve fiili engelleri kaldırmayı, bu alanda denetim mekanizmalarını oluşturmayı hedeflemektedir.⁷²

3.3.2.2.4.DİREKTİFLERİN KAPSAMI

AB Kamu İhalelerini düzenleyen Direktifler kapsamındaki kuruluşları geniş olarak tanımlamaktadır. Bunlar; kamu kuruluşları, kamu teşebbüsleri, kamu kuruluşu ya da kamu teşebbüsü niteliği taşımamakla birlikte, faaliyet alanları direktiflerle belirlenen kapsama dahil olan ve ülkenin yetkili bir makamı tarafından kabul edilmiş bulunan özel veya istisnai haklarla faaliyette bulunan kuruluşlardır.

Direktiflerin 2.kısımının Özel Durumlar başlığı altında bazı ihaleler kapsam dışında bırakılmıştır. Bunlar; uluslararası anlaşmalar gereği farklı ihale usullerine tabi ihaleler, hizmet imtiyazlarının verilmesine ilişkin ihaleler, istihdam sözleşmeleri, altyapı hizmetleri alanındaki ihaleler, savunma ve güvenlikle ilgili ihalelerdir.

3.3.2.2.5.DİREKTİFLERDEKİ İHALE USULLERİ

Direktiflerde açık ihale usulü, belli istekliler arasındaki ihale usulü, pazarlık usulü ve rekabetçi diyalog olmak üzere 4 ihale usulü belirlenmiştir. Açık ihale usulünde, ilgilenen bütün istekliler teklif verebilmektedir. Belli istekliler arasında ihale usulünde, sadece idare tarafından davet edilen istekliler teklif verebilmektedir. Pazarlık usulünde ise, idareler bir veya birden fazla istekliyle sözleşme koşullarını müzakere etmektedir.

⁷² Emek,a.g.e.,s.46-47

Dört ayrı ihale usulü düzenlenmesine rağmen, esas ihale usulü olarak en etkin sonucu veren açık ihale usulüdür. Ancak, AB yönergelerde belirtilmiş sınırlı hallerde pazarlık usulünün uygulanmasına izin verebilmektedir. Pazarlık usulünün sınırlı hallerde izin verilmesinin nedeni ihale sürecini yolsuzluğa açık hale getirebilmesidir.⁷³ Diğer taraftan, idareler belirli koşullar altında duyuru yapmadan isteklilerle doğrudan kendileri iletişim kurarak gereksinmelerini tek kaynaktan temin edebilir.⁷⁴

İdareler bütün ihale usullerinde, ihalenin sonuçlanmasının ardından yazılı bir rapor hazırlayarak; ihale sözleşmesinin konusunu, değerini, ihaleye girmeleri kabul edilen adayların adlarını ve seçilme nedenlerini, ihaleye girmeleri kabul edilmeyenlerin reddedilme nedenlerini, ihaleyi kazanan ve kaybeden adaylara bunun gerekçelerini ve ihale merciinin açık adresini açıklamak durumundadır. Sadece pazarlık usulü için geçerli olmak üzere, bu usulü seçmenin gerekçeleri ilgili yönergeye atıfta bulunarak açıklanır. Talep edilmesi halinde, raporun tamamı ya da önemli bölümleri komisyona sunulmak zorundadır. Bütün ihale usullerinde, adaylar veya isteklilerle sözleşmenin temel özelliklerine ve özellikle fiyatlara ilişkin hiçbir hiç bir görüşme yapılmaz.⁷⁵

3.3.2.2.İHALELERİNİN İLANI

Direktiflere göre, idarelerin, mal ve hizmet ihalelerinde, eşik değerlerin üzerindeki alımlara ilgili olarak Avrupa Birliği Resmi Gazetesinde ön ilana çıkarması, daha sonra da, işin özellikleriyle ilgili ayrıntılı ihale ilanı yapması gerekmektedir. Sözleşme Bağtlandıktan sonra da kullanılan ölçüt, en iyi teklif ile teklifin sahibi ile en yüksek/düşük teklif konusundaki bilgilerin duyurusu yapılmalıdır. Direktifler ekinde ön ilan, alım ilanı ve alım sözleşmesi ilanlarında yer alması gereken bilgiler mal, hizmet ve yapım işleri ihaleleri için ayrı ayrı belirtilmektedir.⁷⁶

⁷³Kamu İhale Kurumu, 2003, s.6

⁷⁴ Uz,a.g.e.,s.114

⁷⁵ Kamu İhale Kurumu, 2003,s.6

⁷⁶Uz,a.g.e., s. 114

Açık ihale usulünde tekliflerin sunulması için verilen süre ilanın yayınlandığı tarihten itibaren en az 52 gün olmalıdır. Geçen 52 gün ve 12 ay arasında ön ilanın yapılması durumunda tekliflerin verilmesi için belirlenen süre ihale ilanının yapılmasından sonra en fazla 22 güne kadar indirilebilir.⁷⁷

Pazarlık ve belli istekliler arasında ihale usullerinde, teklif verme süreleri duyurunun veya davetiyenin gönderildiği tarihten itibaren 40 günden az olamaz. Acil durumlarda teklif süresi ilanın gönderildiği tarihten itibaren 15 gün, davetiyenin gönderildiği tarihten de 10 günden az olmayacak şekilde belirlenebilir.⁷⁸

3.3.2.2.7.TEKNİK ŞARTNAMELER VE STANDARTLAR

AB Direktiflerine göre teknik şartnameler ve standartlar serbest ticareti engelleyici özellik göstermemeli ve ayrımcı uygulamalara neden olmamalıdır.

İdarelerin, teknik şartnamelerini hazırlarken, öncelikli olarak eğer mevcutsa Avrupa standartlarını isteklilerden talep etmeleri gerekmektedir. Teknik şartnameler hazırlanırken herhangi bir model, patent, menşei tarif edilmemelidir. Eğer bir marka yazmak gerekiyor ise, "veya dengi" ifadesinin yazılması unutulmamalıdır. Eşit muamele ilkesine aykırılık içeren maddeler teknik şartnamede yer almamalıdır.⁷⁹

Avrupa standartları; Avrupa standartlarını içeren ulusal bir standart, Direktifler çerçevesinde oluşturulmuş ortak standart şartnameler şeklinde şartnamelerde yer alabilir. Sistemi tarif edecek bir Avrupa standardının bulunmaması durumunda öncelik sırasına göre; Uluslararası standartları içeren ulusal bir standart, Ulusal standartlar, Diğer standartlar kullanılabilir. Ancak neden bu standartların talep edildiği konusunda idarelerin dayanıklı gerekçeleri olması gerekmektedir.⁸⁰

⁷⁷ Emek,a.g.e.,s.47

⁷⁸ Tuncay Köksal, Avrupa Birliğine Tam Üyelik Sürecinde Devlet İhalelerinde Rekabetin Sağlanması, **Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi**,S.2,2001,s.65

⁷⁹ Kamu İhale Kurumu, **Kamu Alımlarında AB ve İngiltere'deki Düzenleme ve Uygulamalar**, Nisan2005, s.18. (Çevrimiçi)http://www.ihale.gov.tr/egitim/AB_kitap/kitapAB.doc,26.09.2008

⁸⁰ A..e.,s.19

3.3.2.2.8.İSTEKLİLERİN SEÇİMİ VE TEKLİFLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

İdareler, kamu ihale sözleşmelerinin verilmesi prosedürüne katılan istekliler için, objektif olarak belirlenen ve tüm istekliler üzerinde farklılık gözetmeden detaylandırılan seçim kriterlerini takip etmek zorundadır. İdareler, ayrımcı ve kısıtlayıcı şartlar koyamaz.⁸¹ Ayrıca direktiflerde, ihale değerlendirmesinden sonra teklifi uygun görülmeyen isteklilere, tekliflerinin neden uygun görülmediğine ilişkin olarak idareden bilgi alma ve seçilememe nedenlerini sorgulama hakkı tanınmıştır.⁸²

Rekabeti sağlamak amacıyla yeterli sayıda isteklinin teklifte bulunmasını sağlayacak şekilde ihaleye çıkılması, direktiflerin temel hedeflerinden biridir ve bu durum bir zorunluluktur. Direktifler bazı ihale usullerinde rekabetin sağlanması ve ihalenin devam edebilmesi için asgari sayıda isteklinin katılımını zorunlu tutmuştur. Örneğin pazarlık usulünde en az 3 isteklinin, belli istekliler arasında ihale usulünde ise en az 5 isteklinin teklif vermiş olması gerekmektedir.⁸³

Teklifi uygun görülmeyen veya değerlendirmeye alınmayan isteklilerin yazılı talepte bulunmaları halinde idarece 15 gün içinde talep doğrultusunda bilgi verilmesi zorunludur. Direktiflerde ayrıca ihaleye katılamayacak olanlar da belirlenmiş olup, idarelerin isteklilerden ihaleye katılamama durumunda olmadıklarına ilişkin belgeleri isteyebilecekleri düzenlenmiştir⁸⁴

Tekliflerin değerlendirmesinde direktiflerde iki yöntem belirlenmiştir. Bunlar; en düşük fiyat usulü ve ekonomik olarak en avantajlı teklif usulüdür.

3.3.2.2.9.İHALENİN DENETİMİ

Avrupa Konseyi'nin 21 Aralık 1989 tarih ve 89/665 sayılı Direktifine göre, üye ülkelerdeki idarelerce verilen ihale kararlarının hızla gözden geçirilmesi ve bu

⁸¹ Köktaş,a.g.e.,s.113

⁸² Kamu İhale Kurumu,2005, s.14

⁸³ A.e.,s.15

⁸⁴ A.e.,

kararlar nedeniyle oluşabilecek potansiyel isteklilere yönelik zarar ve risklerin önlenmesi için, bu ülkelerin her birinde ulusal bir organ kurulacaktır.⁸⁵

Bu organ yasa ve kurallara uygun olmayan kararları ortadan kaldırmak, zararları tazmin ettirmek ve isteklilerin mağduriyetini önleyici geçici tedbirler almak konusunda yetkili olacak, ancak vereceği kararlar yargılama konusu yapılabilecektir.⁸⁶

Kamu ihalelerini denetleyecek kurulun yargı yerine idari bir birim olması durumunda, bu organın üyelerinin atanmasının ve görevden alınmasının yargı benzeri olması, kurulun kararlarını yazılı alması ve kurulun kararlarını yazılı alması ve kurul kararlarının da yargı denetimine tabi tutulması gerekmektedir.⁸⁷

Ayrıca konulan kuralların uygulanmasını sağlamak amacıyla, üye ülke temsilcilerinden oluşan “Kamu İhaleleri Danışma Komitesi”, ülkeleri Avrupa Mahkemesine götürebilecek; kuralların açıkça ihlal edildiği kanaatine varılması halinde bunları izahata davete edilebilecektir. Söz konusu ülkelerin 21 gün içinde cevap vermesi veya uygulamanın kabul edilebilir bir izahını yapması ya da yapılan yanlışlığın düzeltilmesi ya da ihaleyi iptal ettiğini bildirmesi gerekir.⁸⁸

Sonuç olarak denetimle ilgili yasal düzenlemelerle birlikte diğer üye ülkelere kamu ihalelerinin adil ve saydam bir şekilde yapıldığı hususunda güvence verilmek istenmiştir. Bunu sağlamak amacıyla üye ülkelerin kamu ihalelerinde ortaya çıkabilecek anlaşmazlıkların çözümüne ilişkin ulusal düzenlemelerin AB’nin bu konudaki direktifleriyle uyumlu bir şekilde hazırlanıp uygulanmasını ve inceleme organları kurulması gerekmektedir.

3.4. ULUSLARARASI BELGELERDEKİ KAMU İHALELERİ DÜZENLEMELERİNE GÖRE TÜRK KAMU İHALE SİSTEMİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Gerek Dünya Bankası ve Birleşmiş Milletler ,gerekse AB normları dikkate alınarak hazırlanan 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale

⁸⁵ Fikret Demir, Kamu Alımlarına İlişkin Avrupa Topluluğu Düzenlemelerinin Ana Hatları ve İhale Mevzuatımız”, *Maliye Dergisi*, S.104, 1991, s.8

⁸⁶ A.e., s.8

⁸⁷ Emek, a.g.e., s.50

⁸⁸ Demir, a.g.m.s.8

Sözleşmeleri Kanunu ile birlikte kamu ihale mevzuatımızda köklü değişiklikler yapılmıştır. Daha sonra bu kanunlarda da bazı değişiklikler yapılmış, bu değişikliklerden bazıları AB normlarına uyum konusunda önemli gelişmeler sağlarken, bir kısım değişiklikler ise AB normlarından uzaklaşılmasına neden olmuştur.

İhale mevzuatımızdaki değişikliklerin temel amacının Dünya Bankası, DTÖ, Birleşmiş Milletler ve özellikle de AB normlarıyla uyumlu modern bir kamu ihale sistemi yaratmak olması bu konunun önemini daha da artırmaktadır. Kamu ihaleleriyle ilgili düzenlemelerin sayısal olarak çok ve karmaşık bir yapıda olması değerlendirme yapılmasını güçleştirmektedir. Burada öncelikle önemli noktaları ve ana hatlarıyla değerlendirme yapılacak, daha sonra AB müzakerelerinde önemli bir başlık olması nedeniyle AB normlarına uygun olan düzenlemeler ve AB normlarına uygun olmayan düzenlemeler olarak iki başlık altında maddeler halinde incelenecektir.

4734 sayılı Kanun “Kamu İhale Kanunu” adıyla yürürlüğe konulmuştur. Oysa AB Direktiflerinde kullanılan “public procurement” kavramı kamu alımı anlamına gelmekte olup, ihale sözcüğü ise alımın yapılış şekillerinden birini ifade etmektedir. Bu nedenle kanunun adının Kamu Alımları Kanunu olarak değiştirilmesi işin doğasına daha uygun olacaktır. Aynı zamanda 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 4734 sayılı Kanun ile birlikte yürürlükte olması böyle bir isim değişikliğini de zorunlu kılmaktadır.⁸⁹

Kanunun kapsamına ilişkin düzenlemeler, başlangıçta kamusal nitelikli bütün mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinin tek bir mevzuatla yürütülmesi gibi uygulanması zor bir amaca yönelmiş iken, yapılan değişikliklerle kuruluşların faaliyet sahasına ve bu konudaki AB normlarına uygun bir kapsam düzenlemesi yapılmaya çalışılmıştır.⁹⁰ Ancak 4734 sayılı kanunda değişiklik getiren diğer kanunlarla kapsam maddesi AB normlarına uygun olmayan bir şekilde daraltılarak olumsuz bir düzenleme yapılmıştır.

⁸⁹ Muhsin Altun, *Yeni Kamu İhale Düzeni Uygulama Esaslarının Açıklanması*, Ankara, Yaklaşım Yayıncılık, 2004, s.23

⁹⁰ A.e., s.32

4734 sayılı Kanunun ilk halinde uluslararası normlara uygun olarak sınırlı sayıda istisnalara yer verilmesine rağmen, getirilen değişikliklerle istisnalar genişletilmiştir.

İstisnalar konusuna Avrupa Komisyonu Türkiye İlerleme Raporlarında da sıkça değinilmiştir. Avrupa Komisyonu Türkiye 2005 ilerleme raporunda⁹¹ “...*Türk kamu ihale kanununda bir dizi istisnalar yürürlüğe konmuştur...Bu tür istisnalar sadece Kamu İhale Kanunun bütünlüğünü bozmakla kalmamakta, fakat aynı zamanda kamu ihaleleri için kapsamlı bir çerçeve oluşturulması hedefine de zarar vermektedir...*” demek suretiyle istisnalardaki artışa vurgu yaparak bu durumun sakıncalarını da ortaya koymuştur. Avrupa Komisyonu Türkiye 2009 ilerleme raporu da⁹² “...*Kamu İhale Kanununa(KİK), mal ve hizmet alımları ile ilgili Yeni istisnalar getirilmiş, araştırma ve geliştirme faaliyetleri ile ilgili tüm alımlar KİK'in kapsamı dışında bırakılmıştır. Kamu İhale Kurumu ,2008 yılında istisnalar kapsamında yapılan alımların miktarı 2 kattan daha fazla artmış ve tekel niteliğindeki kamu iktisadi teşebbüsleri mal ve hizmetlerinin bu kapsamda alındığı teyit edilmiştir...*” diyerek istisna kapsamının ne kadar geniş olduğunu bir kez vurgulamıştır. Son günlerde yayınlanan Avrupa Komisyonu Türkiye 2010 İlerleme Raporu da istisnalar kapsamında yapılan ihalelerin arttığına dikkat çekmiştir.⁹³

İhale sözcüğü ile ifade edilen usuller yalnız açık ihale ve belli istekliler arasında ihale usulleridir. Esasen AB, Dünya Bankası ve UNCITRAL normlarında pazarlık, doğrudan emin, tasarım yarışması gibi yöntemler ihale usulü olarak kabul edilmemiş, diğer alım yöntemleri başlığı altında toplanmıştır. Söz konusu normlara uyum sağlamak amacıyla, 4734 sayılı kanunun 5. maddesinde yapılacak ihalelerde açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulünün temel ihale usulleri olduğu diğer usullerin ise kanun da belirtilen özel hallerde kullanılabileceği belirtilmiştir.

5812 sayılı kanun ile kamu ihale sistemine getirilen değişiklik ile, belli istekliler arasında ihale usulünün kapsamı, AB mevzuatına göre orantısız bir biçimde

⁹¹(Çevrimiçi)http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/Turkiye_Ilerleme_Rap_2005.pdf,29.07.2010

⁹²(Çevrimiçi)http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/turkiye_ilerleme_rap_2009.pdf,29.07.2010

⁹³Ayrıntılı bilgi için bkz.

(Çevrimiçi)http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/turkiye_ilerleme_rap_2010.pdf,

genişletilmiştir. Bu genişleme rekabet ve eşit muamele ilkelerine aykırıdır. Doğrudan teminin kapsamı da genişletilerek AB terminolojisinde “direct procurement” adı verilen yöntemden uzaklaşılmıştır.⁹⁴

Kamu ihale kanunun genel gerekçesinde ihalelerde açıklık ve rekabetin gerçekteştirilmesini ve sorumluluk taşıyan gerçekteşli teklifler hazırlayabilmeleri için isteklilere yeterli hazırlık süresinin tanınmasını sağlamak amacıyla, Avrupa Birliği ihale mevzuatındaki ilan süreleri de dikkate alınarak, eşik değerlere ve ihale usullerine göre farklı ilan süreleri belirlenmiş olduğu belirtilmiştir. Aşağıdaki tabloda AB mevzuatı ve Türk ihale mevzuatındaki ihale yöntemlerine göre ihale süreleri gösterilmiştir.⁹⁵

İhale yöntemi	İlanın yayımlanma tarihi ile ihale tarihi arasındaki süre	
	AB mevzuatı	Türk ihale mevzuatı
Açık	52 gün	40 gün
Belli istekliler	37(12) gün	14 gün
Pazarlık	37(15) gün	25 gün

Her ne kadar kanunun gerekçesinde AB ihale mevzuatına uyumlu ilan süreleri denilse de bu tablodan da anlaşılacağı gibi sürelerin AB ihale mevzuatındaki ilan sürelerine tam anlamıyla uyum sağlamadığı görölmektedir. AB ilan sürelerini yapılan değişikliklere rağmen hala kısa bulmaktadır.

Kanunun gerekçesinde düzenlemenin amaçlarından birinin AB mevzuatındaki eşik değerlerle uyum sağlamak olduğu ifade edilmiştir., AB normlarına ve DTÖ düzenlemelerinde yer alan eşik değer uygulamalarına uyum sağlamak amacıyla işlerin türüne ve kuruluşların yapısına göre farklı parasal limitler

⁹⁴Tepav, “ Kamu İhale Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler Ne Anlama Geliyor?”,s.9, http://www.tepav.org.tr/tur/admin/dosyabul/upload/kamu_ihale_dn.pdf (çevirimiçi)10.05.2010

⁹⁵ Akdoğan,a.g.e.,s.119

getirilmiştir.⁹⁶ Ancak bu değişim AB tarafından yeterli bulunmamış, 2009 AB ilerleme raporunda da eşik değerlerin altındaki ihalelerin idarelerin takdirine bağlı olarak sadece yerli isteklilere açık olması, üzerinde kalan ihalelerde ise yine yerli istekliler lehine %15 oranına kadar fiyat avantajı sağlanması eleştirilen konulardan biri olmuştur. Bu eleştirilerin en önemli nedeni bu durumun ihalelere katılımı azaltarak rekabet ortamının oluşumuna engel olmasıdır.⁹⁷

AB uygulamalarına paralel olarak, daha çok isteklinin ihalelere katılımını sağlamak için 5812 sayılı yasadaki yeni düzenlemeyle getirilen Elektronik Kamu Alımları Platformu, kullanılarak ihalelerin ilanı yapılacaktır. AB 2007 İlerleme raporunda⁹⁸ idare ile istekliler arasında kamu ihale sürecine ilişkin işlemlerin gerçekleşmesini sağlayan Elektronik Kamu Alımları Platformunun oluşturularak ihale bültenlerinin yalnızca elektronik formatta yayınlamasını ve ücretsiz olarak internet üzerinden erişime açık tutulmasını olumlu gelişmeler arasında saymıştır. Bu konu ile ilgili önemli gelişmelerin yaşandığı 2009 İlerleme raporunda da belirtilmiştir. Raporda 2008 yılında yapılan kanun değişikliği ile AB direktiflerinde öngörülen elektronik eksiltme ve dinamik alım sistemi ve ön ilan kavramlarının mevzuata eklenmesi ve çerçeve anlaşmaların kapsamının genişletilmesi olumlu gelişmeler arasında sayılmıştır.

Kamu ihalelerine konu olan yatırımların çevre üzerindeki olumsuz etkilerinin önlenmesi, AB normlarının başlıca önem verilen konular arasında yer almaktadır. 85/337 sayılı direktifte çevre üzerinde önemli etkileri olacak projelerinin çevresel etki değerlendirilmesine tabi tutulması ile ilgili düzenlemelerin üye ülkelerce mevzuat düzenlemeleri yapılması zorunlu hale getirilmiştir.⁹⁹ AB normlarına uygun olarak, 4734 sayılı kanunun temel ilkeleri düzenleyen 5. maddesinde ÇED raporu gerekli olan işlerde ÇED olumlu belgesinin alınması gerektiği belirtilmiştir.

⁹⁶ Koruntay, Sezer, a.g.m, s. 163

⁹⁷ Bu durum daha önce 2005, 2006, 2007 ve 2008 ilerleme raporlarında da birçok kez vurgulanmıştı. Ayrıntılı bilgi için bkz. İlerleme Raporu 2009-Gayri Resmi Tercüme (Çevrimiçi) http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/turkiye_ilerleme_rap_2009.pdf, 29.07.2010

⁹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. İlerleme Raporu 2007-Gayri Resmi Tercüme. (Çevrimiçi) http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/turkiye_ilerleme_rap_2007.pdf, 29.07.2010

⁹⁹ Altun, a.g.e., s. 146

Belirli bir süre öngörülmemiş olmakla birlikte, Kanun'un 32. maddesine göre ihale dokümanında teklifler için geçerlilik süresi gösterilmesi zorunludur. Bu nedenle ihale komisyonlarının da bu süre dolmadan önce, isteklinin teklifinin geçerlilik süresi dolmadan sözleşmeyi imzalamasına imkan verecek şekilde çalışmalarını sonuçlandırmaları gerekmektedir. AB ve Dünya Bankası normları da bu yönde düzenlemeler içermektedir.

AB normlarına göre ihale komisyonu çalışmalarını ihale üzerinde bırakılan istekliye teklifin geçerlilik süresi içinde sözleşmeye davet yazısı gönderilmesini sağlayacak şekilde sürede tamamlanmalı, İhale üzerinde bırakılan istekli, sözleşmeyi teklifin geçerlilik süresi dolmadan önce imzalanmış olmalıdır.¹⁰⁰

Dünya Bankası kılavuzunda ise “tekliflerin geçerlilik süresinin tekliflerin değerlendirilmesinin tamamlanabilmesi, gerekli onayların alınması ve sözleşmenin imzalanması için” olduğu belirtilerek; sözleşmenin bu süre içinde imzalanması gerektiği öngörülmüştür.¹⁰¹

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile getirilen en önemli yeniliklerden biri de kanun da belirtilen “esas, usul ve işlemlerin doğru olarak uygulanması konusunda görevli ve yetkili” bir kamu ihale kurumu kurulması yönündeki düzenlemedir. Bu yeni düzenleme ile Türkiye'nin AB müktesabatına uyum konusundaki taahhütlerini içeren ulusal programın 4.2.13.2.alt bölümünde yer alan kamu ihalelerine ilişkin uygulamayı yönlendirecek ve şikayetleri çözüme bağlayacak hukuki veya idari bağımsız bir kurum oluşturulması şartı yerine getirilmiştir. Ayrıca bu konuyla ilgili olarak AB'nin 89/66 sayılı Direktifinde, UNCITRAL Model Kanunu'nun 52-57. maddelerinde ve DTÖ'nün Kamu Alımları Anlaşmasının 20/6 maddesinde de şikayete konu ihale kararlarını incelemek üzere bağımsız bir otorite oluşturulması zorunluluğu bulunmaktadır.¹⁰²

Kamu İhale Kanunu ihale değerlendirme kriterleri, en son yapılan düzenlemeler de dahil olmak üzere, direktifler ile büyük ölçüde uyumlu bir görünüm vermektedir. İhalenin değerlendirilmesi için direktiflerde “en düşük fiyat usulü”, “ekonomik olarak en avantajlı teklif usulü” olmak üzere iki yöntem belirlenmiştir.

¹⁰⁰ A.e.,s.258

¹⁰¹ A.e.,s.259

¹⁰² A.e.,s.476

Bu doğrultuda Birlik uygulamasına paralel bir uygulama Türk Kamu İhale mevzuatında da görülmektedir. Türk kamu ihale hukukunda tekliflerin değerlendirilmesi sonucunda ihale verilecek olan teklife “ekonomik açıdan en avantajlı teklif” tanımlaması yapılmıştır.

Tüm bu değerlendirmelerden sonra Türkiye’nin AB’ ye üyelik müzakerelerinde kamu ihalelerinin ayrı bir başlık altında değerlendirilmesi ve ilerleme raporlarına göre Türkiye’nin kamu ihaleleri alanında hala önemli eksiklikleri olması sebebiyle ülkemizde kamu ihaleleri ile ilgili yasal düzenlemeler AB normlarına uygun olan ve uygun olmayan düzenlemeler olarak aşağıda maddeler halinde ayrıca belirtilmiştir.

AB normlarına uygun olan düzenlemeler;

- AB kamu ihale mevzuatında yer alan ilan sürelerine uygun olarak eşik değerlere ve ihale sürelerine göre farklı ilan süreleri benimsenmesi,
- İhaleden sonra işin gerçekleştirilmesi aşamasında idarenin öngöremediği durumların ortaya çıkması halinde, eğer iş, sözleşme bedelinin üzerinde belirli oranlar nispetinde olmak koşulu ile gerçekleştirilecek ise işin yaptırılarak bitirilmesi ve böylece yeniden ihaleye çıkma zorunluluğunun ortadan kaldırılması amacıyla AB ülkelerinde öngörülen oranlarla paralellik sağlanması,¹⁰³
- İhalelere katılımda yeterlilik kriterlerinin AB normlarıyla uyumlu bir şekilde düzenlenmesi,
- AB uygulamalarına paralel olarak ekonomik açıdan en avantajlı teklif esasının getirilmesi,
- Direktiflerde yer alan ve şeffaflık açısından önemli bir uygulama olan ön ilan uygulamasının getirilmesi,

¹⁰³ Tepav,s.7

- İhale ve sonrasında şeffaflığı sağlamak amacıyla ihale sonuçlarının ilan edilmesi.¹⁰⁴
- Hizmet alımlarına ilişkin AB direktiflerinde menkul kıymetlerin ve diğer finansal araçların ihracı, satışı, alımı veya transferi işlemleri ile Merkez Bankası hizmetleri kapsam dışında tutulması,¹⁰⁵
- Savunma, güvenlik ve istihbaratla ilgili alımlara ilişkin istisnanın, AB normlarına uygun olarak düzenlenmesi
- AB normlarına uygun olarak uluslararası tahkim kurallarına dayalı olarak çözülmesi gereken uyuşmazlıklarda idarelerin temsil ve savunmasına yönelik avukatlık hizmeti alımlarının ihale usullerine tabi olmaksızın doğrudan temin edilebilmesine imkan tanınması,¹⁰⁶
- İhalenin iptal edilme gerekçelerinin bütün istekliler yerine yazılı talepte bulunan isteklilere bildirilmesi,¹⁰⁷
- İhale sistemine elektronik ihale, dinamik alım gibi yeni uygulamaların dahil edilmesi,
- Kamu İhale Kurumu'nun oluşturulması,
- AB ve diğer uluslararası ihale uygulamalarına paralellik sağlamak üzere açık ihale belli istekliler arasında ihale usulü ve pazarlık usulü şeklinde üç ihale usulü benimsenmesi, temel yöntem olarak da açık ihale usulünün uygulanması olarak sayılabilir.

AB normlarına uygun olmayan değişiklikler ise;

- Kapsam maddesinin AB standartlarına uygun olmayan bir şekilde daraltılarak kapsam dışına çıkartılan bazı kurumsal yapıların

¹⁰⁴ AB Direktiflerinde eşik değerlerin üstünde olan ihalelerin yayımlanması zorunluyken, Türkiye’de bütün ihale sonuçlarının Kamu İhale Bülteninde yayımlanarak ilan edilmesi zorunluk kılınmıştır. Bu bir çok ülkenin ilerisinde bir uygulamadır. (Müge Kepek, “5812 Sayılı Kanun Çerçevesinde Kamu İhale Mevzuatında Meydana Gelen Son Değişiklikler”, Bütçe Dünyası, C.3, S.31 Kış, 2009, s.34

¹⁰⁵ Tepav, a.g.e., s.7

¹⁰⁶ A.e.

¹⁰⁷ A.e.

faaliyetlerine ilişkin AB normlarında olan çerçeve niteliğinde sistematik düzenlemelerin henüz yapılmaması,¹⁰⁸

- 4734 sayılı kanunun istisnaları düzenleyen maddesinin genişletilmesi,
- Doğrudan temin yapılabilecek alanlar genişletilmesi,
- Kamu İhale Kurumu'nun basına yansımış iddiaları inceleme yetkisinin kaldırılması,
- KİK'e yapılan şikâyet başvuruları için ödenmesi gereken bedelin önemli ölçüde arttırılması,
- Eşik değerin üstünde kalan ihalelerde yerli istekli lehine %15 e kadar fiyat avantajı sağlanabilmesi,
- Belli istekliler arasında ihale usulünün kapsamı AB mevzuatına uyumsuz biçimde genişletilerek rekabet ve eşit muamele ilkelerinin zedelenmesi olarak sayılabilir.

¹⁰⁸ A.e.

SONUÇ VE ÖNERİLER

Kamu ihalelerinin ülkelerin GSMH'ları içinde yüksek bir orana sahip olması ülkelerin birbirlerinin harcama gücünden yararlanıp kazanç elde etme isteğinin artmasına neden olmaktadır. Bu durum mal, hizmet ve sermayenin uluslararası alanda serbest dolaşımının artarak rekabet ortamının yaratılmasını gerektirmektedir. Bu rekabet ortamını yaratabilmek için ülkeler kamu ihaleleri alanında uluslararası belgelerde ortak kurallar oluşturmaya başlamışlardır. Bu bağlamda ihalelerle ilgili tüm uluslararası belgelerdeki asıl amacın uluslararası ticarete serbestliği engelleyen her türlü düzenlemeyi ve uygulamayı ortadan kaldırarak şeffaf ve adil bir ihale sistemi sağlamak olduğunu söyleyebiliriz.

Kamu ihalelerinin rüşvet ve yolsuzluklara yol açabilecek bir alan olması nedeniyle, kamu ihaleleri ile ilgili yapılacak düzenlemeler şeffaf ve demokratik bir yönetim anlayışına katkı sağlayacak şekilde olmalıdır. Dürüst, güvenilir ve yolsuzlukların yer almadığı bir ihale sistemi için hesap sorabilme kanalları açık olmalı, ihale ile ilgili bilgilere ve idarenin faaliyetlerine kamuoyu açıkça ulaşabilmelidir. İlgili belge ve bilgilerle idarenin faaliyetlerine açıkça ulaşabilmek kamuoyu denetiminde objektifliği sağlayacaktır.

Türk kamu ihale sisteminin özellikle yolsuzluk ve usulsüzlük konularında IMF, Dünya Bankası ve AB tarafından sürekli eleştirilmesi kamu ihaleleri alanında reform çalışmalarına neden olmuştur. Bu eleştirilerle birlikte AB'ye üyelik sürecinde müzakere konularından olması ve IMF'nin kriz koşullarındaki şartlarından biri olması reform çalışmalarını hızlandırmıştır. Bu reform çalışmalarının sonucu olarak da 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu hazırlanarak 2003 yılında yürürlüğe girmiştir.

Hazırlanan yeni ihale yasasının çıkarılış amacı uluslararası belgelere ve AB direktiflerine uyum sağlayarak saydamlık, güvenilirlik, rekabet ve eşit muamelenin temel alındığı bir ihale sistemi oluşturmak olsa da yerli isteklilere fiyat avantajı sağlamak gibi rekabeti bozucu unsurları hala taşımaktadır.

AB'ye üyelik sürecinde müzakerelerin devam etmesi açısından Türkiye için kamu ihalelerine özen gösterilmelidir. Çünkü Türkiye'nin AB'ye tam üyelik katılım müzakereleri ile birlikte 2005 ilerleme raporundan itibaren kamu ihaleleri kamu

alımları başlığı altında müzakere fasılları arasında yer almaya başlamıştır. Özellikle 2005'ten 2007 yılına kadar kamu ihalelerinin saydamlık ve rekabet edebilirlik gibi temel ilkeleri konusunda sürekli eleştirilmiştir. Ancak 2007 yılından sonra Türk ihale sisteminde özellikle elektronik ihale sistemine geçiş ve saydamlıkla ilgili olumlu değişikliklerin olduğu ancak genel ilkeler konusunda hala eksikliklerin bulunduğu belirtilmiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu yürürlüğe girdiği tarihten bu yana on sekiz kez değişmiştir. Yapılan bu değişiklikler ihale sistemini ileriye götürmek yerine mevcut sistemde birçok olumsuzluklara neden olmaktadır. İlk haliyle tez de belirtilen amaçlarla çıkarılan yasa, yapılan değişikliklerle birlikte amacından uzaklaşmaktadır. Özellikle kapsamı daraltmaya ve istisnaları arttırmaya yönelik değişiklikler ile kamu ihale kurumunun gerekli gördüğü takdirde kanun ve mevzuat hükümlerine aykırılık bulunduğuna ilişkin iddiaları resen inceleyip sonuçlandırma yetkisinin yürürlükten kaldırılması önemli sorun teşkil etmektedir.

Kamu ihale sistemimizdeki eksiklikleri ve sorunları ortadan kaldırmak için öncelikle yasal düzenlemelerde kanunun özüne uygun olarak birtakım değişiklikler yapılmalıdır. Bu amaçla hem uluslararası ihale mevzuatları hem de Türkiye'nin ekonomik, mali ve bürokratik yapısı göz önüne alınması gerekmektedir.

Sonuç olarak Türk kamu ihale sisteminin uluslararası belgelere ve AB direktiflerine uyumunu değerlendirdiğimizde 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun ve ilgili mevzuatın eksiklikler olmasına rağmen birçok konuda bu düzenlemelere paralellik gösterdiğini ancak uygulamaya gelindiğinde istenilen düzeyde bir başarı elde edemediğimizi söyleyebiliriz. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile ihale sisteminin uygulamadan kaynaklanan sorunlarını gidermek ve objektif bir ihale sistemi sağlamak istiyorsak, yasal düzenlemeleri yeniden gözden geçirerek denetim sistemine özel önem vermelidir. Denetim sisteminin işletilmesi için istisnaların kapsamı daraltılmalı, pazarlık usulü olağan bir kamu ihale usulü olarak uygulanmamalı böylece kamu ihale kanununun uygulanma alanının genişletilmesi gerekmektedir. Ayrıca kanunla ilgili kamuoyunun eleştirileri de dikkate alınarak sadece belli kesimlerin menfaatlerini değil, tüm Türkiye'nin sorunlarını çözecek ve ihtiyaçlarını karşılayacak bir ihale sistemi oluşturulması önem taşımaktadır.

KAYNAKÇA

ABACIOĞLU, Muhittin: **İhale Kanunu Mevzuatı ve Uygulaması**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2000.

ABACIOĞLU, Muhittin; ABACIOĞLU, Ali: **Kamu İhale Kanunu ve Uygulanması**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010.

ACAR, İbrahim Atilla; GÜL, Hüseyin: “1980 Sonrasında Kamusal Mal ve Hizmet Sunumunda Yaşanan Dönüşüm”, **22. Maliye Sempozyumu**, 10-13 Mayıs 2007, Antalya, s.254-282.

ADAK, Agah: “Kamu İhale Kurumu ve Şikayet Mekanizması”, **Mali Hukuk Dergisi**, 2002, S.99, s.8-16.

AKDOĞAN, Muzaffer: Avrupa Birliği Uyum Sürecinde Türk İhale Rejiminin Şeffaflık Açısından Değerlendirilmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2009.

AKGÜL, Aydın: Devlet İhale Kanunu’ndan Kamu İhale Kanununa (Çevrimiçi) www.danistay.gov.tr/devlet_ihale_kanunundan_kamu_ihale_kanununa111.htm, 15.04.2010

AKKAYNAK, Sener : “1.Uluslararası Kamu Alımlarında Saydamlık ve Verimlilik Sempozyumu” açılış konuşması, **1.Uluslararası Kamu Alımlarında Saydamlık ve Verimlilik Sempozyumu**, İstanbul 27-28 Mayıs 2004

AKMAN, Canan: “Kamu İhalelerinde Gizlilik ve Güvenilirlik”, **İhale-İmar Dergisi**, Y.1., S.4, s.20-29.

ALTUN, Muhsin: **Yeni Kamu İhale Düzeni Uygulama Esaslarının Açıklanması**, Ankara, Yaklaşım Yayıncılık, 2004.

Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, S. 29.

ARSLAN, Ahmet: “2886 Sayılı Kanun ile 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun Karşılaştırılması”, **Mali Kılavuz Dergisi**, Ekim Aralık 2002,s.41-66.

ARSLAN, Çetin: **İhaleye Fesat Karıştırma Suçu**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010.

ARSLAN, Yılmaz: “Yeni İhale Sistemi ve 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu Üzerine Bir İnceleme”, **Mali Hukuk Dergisi**, S.104,Mart Nisan 2003, s.37-51.

Avrupa Komisyonu Temsilciliği, “AB’de Kamu İhaleleri Herkesin Yararı ve İyi İdare İçin” (Çevrimiçi) <http://www.ansiad.org.tr/docs/arge3.rtf>,20.10.2008.

BAŞARAN, Şakir v.d.: **Kamu İhalelerinde Karşılaşılan Güncel Sorunlar**, İzmir, İzden Yayıncılık, 2010.

ÇALIK, Oğuz : “Avrupa Birliği Yeni Kamu Alımları Direktiflerinin Yapım İhalelerine Getirdiği Değişiklikler”,
(Çevrimiçi) www.intes.org.tr/content/file/cozumarama/oguz_calik.pdf, 29.12.2009.

ÇALIŞKAN, Hafize: “**Kamu İhalelerinde Saydamlık**”, İhale-İmar, Sayı 2,Nisan 2003,16-23.

Danıştay Dergisi, Y. 1997, S. 93.

DEMİR, Fikret: “**Dünya Ticaret Örgütünün Devlet İhaleleri Anlaşması**”, Maliye Dergisi, S.121,1996,s.9-16.

DEMİR, Fikret: “**Kamu Alımlarına İlişkin Avrupa Topluluğu Düzenlemelerinin Ana Hatları ve İhale Mevzuatımız**”, Maliye Dergisi, S.104,1991,s.7-12.

DERBİL, Süheyp: **İdare Hukuku** , C:I (İdari Kaza-İdari Teşkilat),2.Bs, Ankara,1948.

DEVECİ, Hıfzı: “Devlet Yapım İhaleleri Düzeninde Yeni Bir Döneme Girerken”, **Kamu Yönetimi Dünyası Dergisi**, Y.2. ,S.7-8, Aralık 2001,s.24-27

DOĞANER, Seçkin: **Soygunun Öteki Adı: Devlet İhaleleri**, İstanbul, İletişim Yayınevi,1999.

DOĞANYİĞİT, Saadettin: **Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009.

EMEK, Uğur: **Alımlarında Etkin İhale Tasarımı**, TÜSİAD,2001.

EMEK, Uğur: “Avrupa Birliği Kamu İhaleleri Sisteminde Gelişmeler”, **İNTES İşveren Dergisi**, S.67, 2001.

GİRİTLİ, İsmet; BİLGİN, Pertev; AKGÜNER, Tayfun: **İdare Hukuku**, İstanbul, Der Yayınları, 2001

GÖK Yaşar: “İhalelerde Ön İlan ve Süre Tasarrufu”, **Güncel Mevzuat Dergisi**, Kasım 2009,s.3-6.

GÖK Yaşar: “Kamu İhale Kanununda Yapılan Değişikliğin Eksik Bilgi ve Belgelerin Tamamlattırılması Uygulaması Açısından Değerlendirilmesi”, **Güncel Mevzuat Dergisi**, Ocak 2009,Y.3,S.37,s.13-16.

GÖNEN, Dinçer; IŞIK, Hikmet: **Kamu İhale Yasası ve İlgili Mevzuat**, Ankara, 2008.

GÖZLER, Kemal: **İdare Hukuku Dersleri**, Bursa, Ekin Kitabevi,2006

GÖZÜBÜYÜK, Şeref : **Yönetim Hukuku**, 27.bs., Ankara, Turhan Kitabevi, Ekim 2008.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref : **Yönetim Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi,1992

GÜLAN, Aydın: “Kamu Hizmeti Kavramı”, **İHİD** ,Y.1988,S.1-3,s.147-149

GÜNDAY, Metin: **İdare Hukuku**, Ankara, İmaj Yayınları,1999.

GÜNDAY, Metin: **İdare Hukuku**, Ankara, İmaj Yayınları,2003.

GÜNDOĞAN Serdar: “Devlet İhale Kanununda Düzenlenen Kapalı Teklif Usulünde Yapılan Değişikliklerin Getirdikleri”, **Mali Kılavuz Dergisi**, Nisan Haziran 2007.

GÜNDÜZ Ferhat: “Kamu İdareleri İhalelere Katılabilir Mi?”, **Güncel Mevzuat Dergisi**, Mart 2008,Y. 3,S.27,s.11-15.

HASTÜRK, Mesut Hastürk: “Kamu İhale Kanunu ile İhale Sistemimizde Yapılan Değişiklikler”, **Mali Kılavuz Dergisi**, Temmuz–Eylül 2002,s.4-8.

İĞDELER, Serdar: Kamu İhale Kanunu Ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunun Getirdiği Yenilikler,

(Çevrimiçi)http://www.mulkiyeteftis.gov.tr/userfiles/KIK_Getirdikleri.doc,
29.07.2010.

İĞDELER, Serdar: Kamu İhale Kanunun Getirdiği Sorunlar,
(Çevrimiçi)http://www.mulkiyeteftis.gov.tr/userfiles/KIK_Sorunlari.doc,29.07.2010.

İĞDELER, Serdar; GÖÇERLER, Ahmet; ÖZTÜRK Muzaffer: 01.01.2003 Tarihinden İtibaren Yürürlüğe Giren 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunun Getirdiği Yenilikler,

(Çevrimiçi)http://www.mulkiyeteftis.gov.tr/userfiles/4734un_Yenilikleri.doc,

29.07.2010

Kamu İhale Kanunu, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010.

KAMU İHALE KURUMU: **Kamu Alımları Konusunda Dünya ve Türkiye Mevzuatı**, Mart 2003.(Çevrimiçi) http://www.ihale.gov.tr/arge/kik_cprog2003.pdf, 26.09.2008.

KAMU İHALE KURUMU: **Kamu Alımlarında AB ve İngiltere'deki Düzenleme ve Uygulamalar**,Nisan2005.

(Çevrimiçi) http://www.ihale.gov.tr/egitim/AB_kitap/kitapAB.doc.,26.08.2008.

KAMU İHALE KURUMU: **Kamu Alımlarına İlişkin Uygulamalı Kılavuz.-İdare**, Haziran 2009a,(Çevrimiçi)<http://www.ihale.gov.tr/kilavuz/idare.pdf>,26.09.2008.

KAMU İHALE KURUMU: **Kamu Alımlarına İlişkin Uygulamalı Kılavuz.-İstekliler**, Haziran 2009b,

(Çevrimiçi)<http://www.ihale.gov.tr/kilavuz/istekli.pdf>,26.09.2008.

KARAARSLAN, Erkan: “Kamu İhale Mevzuatında Kapsam Sorunsalı”, **Mali Kılavuz Dergisi**, Nisan 2004,s.11-18

KARAHANOGULLARI, Onur: **Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)**, 2.bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2004

KAYA, Osman: “İhale Sözleşmeleri Uygulamalarında Ödenek”, **Güncel Mevzuat Dergisi**, Eylül 2009,Y.4,S.45.

KEPEK, Müge: “5812 Sayılı Kanun Çerçevesinde Kamu İhale Mevzuatında Meydana Gelen Son Değişiklikler”, **Bütçe Dünyası Dergisi**,C.3,S.31 Kış,2009, s.31-37.

KOÇ, Abdullah: “ İhale Komisyonlarının Oluşumuna Alternatif Bir Öneri”, **Mali Kılavuz Dergisi**, Ocak Mart 2007,s.152-155.

KORUNTAY, Ayhan; SEZER, Yasin: “Kamu İhale Kanunun 63.Maddesinin AB Hukuku Perspektifinden Değerlendirilmesi”, **AÜHFD**, C.56,S.3,Y.2007,s.137-171.

KÖKSAL, Tuncay: “ Avrupa Birliğine Tam Üyelik Sürecinde Devlet İhalelerinde Rekabetin Sağlanması”, **Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi**, S.2,2001,s.44-49.

KÖKTAŞ, Arif : **Avrupa Birliğinde Kamu İhale Hukuku ve AB Politikaları Arasındaki İlişki**, Ankara, Asil Yayın Dağıtım, 2005

KÖKTAŞ, Arif; KARAOSMANOĞLU, Fatih ; BİLGİÇ, Veysel: “**Kamu İhaleleri ve Etik**”, Yolsuzluğun Önlenmesi İçin Etik Projesi Akademik Araştırma Çalışması,Ekim2009. (Çevrimiçi)
www.etik.gov.tr/duyurular/...etik/.../Kamu_Ihaleleri_ve_Etik.pdf,06.12.2009

KULAÇOĞLU, Vesile: “**Kamu Kaynaklarının Kullanılmasında Şeffaflığın Önemi**”,1.Uluslararası Kamu Alımlarında Saydamlık ve Verimlilik Sempozyumunda sunulan tebliğ, Kamu İhale Kurumu, İstanbul 27-28 Mayıs,2004,

KUTLU, Meltem: “**İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci**”, DEÜHF Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:75,İzmir 1997

KUTLU, Meltem: “İhale Sürecinde Rekabetin Bozulmasının Cezai Yaptırımları”, **Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan**, 2003,s.597-623

KUTLU, Meltem: “Genel olarak “kamu ihalesi” ve “kamu ihale sözleşmeleri” kavramları”, **Güncel Mevzuat Dergisi**, Haziran 2008,Y.3,S.30,s.4-5

ODER, Burak: “Kamu İhale Hukuku”, **Günlük Yönetim**, İl Han Özay, İstanbul,2004,s.547-599.

ONAR, Sıddık Sami: “ **İdare Hukukunun Umumi Esasları Cilt:1** ,3. bsk, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966.

SIRABAŞI, Volkan; YILMAZ İrfan: **Kamu İhale Mevzuatı**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2009.

ŞİMŞEK, Abdullah; ALTUN Muhsin: “İhale Kanunu ile Getirilen Değişikliklerin İncelenmesi”, **Mali Hukuk Dergisi**, S.102, 2002,s.74-119.

TAN, Turgut: “İdare Hukuku ve Tahkim”,**AİD**,C.32,S.3,1999,s.3-23

TAŞDELEN, Aziz: **Kamu Harcamaları Hukukunda Kamu İhale Süreci** , Ankara, Turhan Kitabevi, 2004.

UZ, Abdullah : **Kamu İhale Hukuku Kamu Alımlarının Hukuksal Rejimi ve İhale İşlemlerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, Ankara, Turhan Kitabevi,2005.

UZUN, Mükremin: “Kamu İhale Kanunu Üzerine Düşünceler”, **Mali Hukuk Dergisi**, Mart-Nisan 2003,Y.18,S. 10,s.97-109.

TEPAV, “ Kamu İhale Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler Ne Anlama Geliyor?”, (Çevrimiçi)http://www.tepav.org.tr/tur/admin/dosyabul/upload/kamu_ihale_dn.pdf, 10.05.2010.

UNCITRAL MODEL LAW on Procurement of Goods, Constructin, Services with Guide to Enactment, (Çevrimiçi)<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/ml-procurement/ml-procure.pdf>,03.01.2010.

(Çevrimiçi)http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/Turkiye_Ilerleme_Rap_2004.pdf,29.07.2010

(Çevrimiçi)http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/Turkiye_Ilerleme_Rap_2005.pdf,29.07.2010

(Çevrimiçi)http://www.abgs.gov.tr/files/Duyurular/Turkiye_Ilerleme_Rap_2006.pdf,29.07.2010

(Çevrimiçi)http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/turkiye_ilerleme_rap_2007.pdf,29.07.2010

(Çevrimiçi)http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/turkiye_ilerleme_rap_2008.pdf,29.07.2010

(Çevrimiçi)http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/turkiye_ilerlem_rap_2009.pdf,29.07.2010

(Çevrimiçi)http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/turkiye_ilerlem_rap_2010.pdf,18.12.2010

(Çevrimiçi)http://europa.eu/policies-activities/tenders-contracts/index_en.htm,21.08.2009

(Çevrimiçi)http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gpr_94_e.pdf,10.12.2009

www.yargitay.gov.tr.

www.danistay.gov.tr

www.kik.gov.tr

EKLER:

EK:1

AVRUPA KOMİSYONU TÜRKİYE 2005 İLERLEME RAPORU

Fasıl 5: Kamu İhaleleri

Kamu ihaleleriyle ilgili müktesebat şeffaflık, eşit muamele, serbest rekabet ve ayrımcılık yapılmamasına ilişkin genel ilkeleri kapsamaktadır. Buna ilaveten, bazı özel AB kuralları, çeşitli işlere, hizmetlere ve tedariklere, geleneksel müteahhitlik kurumlarına ve spesifik sektörlerle yönelik kamu ihalelerinin verilmesinde eşgüdümün sağlanması için uygulanmaktadır. Müktesebat ayrıca, gözden geçirme usulleri ve çözüm yollarına başvurabilme ile ilgili kuralları da belirlemektedir. Uygulamayla ilgili ihtisas kurumlarına gerek duyulmaktadır.

Son İlerleme Raporundan bu yana, Türk mevzuatının kamu ihaleleriyle ilgili müktesebata uyumlaştırılmasında yeni bir gelişme kaydedilmemiştir. Aksine, bazı yasal adımlar uyum düzeyini dahi azaltmıştır.

Genel ilkeler konusunda ilerleme olmamıştır. Aksine, Türk Kamu İhale Kanununda bir dizi istisnalar yürürlüğe konmuştur. Bu istisnalar beş sektörel kanun vasıtasıyla yürürlüğe sokulmuştur. Kasım 2004 tarihinde kabul edilen İzmir'deki Dünya Üniversitelerarası Spor Oyunları (Universiade) Kanunu, Kamu İhale Kanununa geçici bir madde getirmek suretiyle kamu kurumlarının "Universiade" için yapacakları her türlü mal ve hizmet alımlarını istisna kapsamına dahil etmiştir. Buna ilaveten, Mart 2005 tarihinde kabul edilen ve petrol ve benzeri zehirli maddelerden kaynaklanan deniz kirliliği vakalarında acil müdahale ve zararın tazminiyle ilgili kanunun Kamu İhale Kanununun kapsamına getirdiği istisnalar konusunda bazı kaygılar mevcuttur. Buna göre, bu yeni kanunun kapsamına giren her türlü mal ve hizmet alımı Kamu İhale Kanununun hükümlerinden muaf olacaktır.

Bu tür istisnalar sadece Kamu İhale Kanununun bütünlüğünü bozmakla kalmamakta, fakat aynı zamanda kamu ihaleleri için kapsamlı bir çerçeve oluşturulması hedefine de zarar vermektedir. Ayrıca, Kamu İhale Kanunu teklif veren Türk firmalarını kayıran unsurlar içermektedir ki, bu da eşit rekabeti bozmakta ve milliyet temelinde ayırım yapmama ilkesiyle çelişmektedir.

Son İlerleme Raporundan bu yana kamu ihalelerinin verilmesi usullerinde sınırlı ilerleme kaydedilmiştir. Kamu İhale Kurumu eşikleri ve mali limitleri 2004 toptan fiyat endeksine göre yeniden düzenlemiştir. Eşikler ve mali limitler AT seviyelerinin üzerinde kalarak teklif verecek yabancıların imkanlarını ve genel olarak rekabeti kısıtlamaktadır. Buna ilaveten, karmaşık nitelik usulleri daha geniş katılıma karşı bürokratik engel oluşturmakta ve kamu ihalelerine katılım masraflarını yükselterek rekabeti kısıtlamaktadır.

Kamu İhale Kurumunun açıkladığı istatistiki verilere göre, 2004 yılında, ihalelerin %87'sini açık teklifle, %1'ini kapalı zarf ve % 12'si ise pazarlık usulüyle verilmiştir. 2004 yılında, 95.105 ihaleden, yıllık toplam sözleşme değerinin % 4'üne tekabül eden 184'ü (% 0,2'den az) yabancı teklif sahiplerine verilmiştir.

Kamu İhale Kanunu başka açılardan da müktesebattan sapma göstermektedir. Sözleşme yapan kurum gibi bazı temel tanımlar ilgili AB direktiflerinde belirtilenlere uymamaktadır. Bu ilaveten, özellikle bayındırlık hizmetleri imtiyazları ve kamu hizmetleri alanında faaliyet gösteren bazı kurumları kapsamadığından, kamu ihale mevzuatının kapsamı bu direktiflerinkine tekabül etmemektedir. Özel olarak kamu hizmetleri sektörünü düzenleyen mevzuatın kabulü önemli bir ihtiyaçtır.

Kamu İhale Kurumunun kendi personeli ile alım yapan kuruluşların elemanları için eğitim faaliyetleri düzenlemesiyle ve bilgilerin zamanında ve şeffaf olarak açıklanmasını güvenceye alan elektronik mekanizmaların tesis edilmesiyle, idari kapasite açısından bazı ilerlemeler kaydedilmiştir. 2004 yılında, Kamu İhale Kurumunun personeli dahil 47 kuruluşun 2432 mensubu eğitim almışlardır. Kamu İhale Kurumu ayrıca basılı ve elektronik formatta sunulan ihale yönergeleri yayınlamıştır. Kamu İhale Kurumu ihale bültenlerine ilave olarak Mayıs 2005 tarihinde elektronik bültenler çıkartmaya başlamıştır. 2004 yılında başlatılan ve teklif verenlere ihale sürecini ve şikayetlerin incelenmesi konusundaki durumu izleme imkanı sunan İhale İzleme Sistemi diğer bir olumlu gelişmedir. Bununla beraber, uygulamada Kamu İhale Kurumu, Kamu İhale Yasasının yeknesak olarak uygulanmasını tem edebilecek yetkiden yoksun görünmektedir.

Başvurulacak çözüm yolları konusunda kayda geçirilecek yeni bir gelişme olmamıştır. Özellikle gözden geçirme prosedürlerinin sadece ihaleye teklif sunmuş

olan işletmelere tanınmış bir imkan olması nedeniyle çözüm mekanizmasının işleyişi endişe yaratmaktadır. Diğer ilgililere şikayette bulunma hakkı tanımadığı için böyle bir kısıtlama müktesebata uygun değildir. Müktesebatta öngörülen uzlaşma ve ispat hakkı usullerinin Türk ihale mevzuatına aktarılması gerekmektedir.

2004 yılında, kamu ihale mevzuatı çerçevesinde ve bu mevzuatın öngördüğü usullere uygun olarak 39.821 ihale duyurusu yapılmıştır. Kamu İhale Kurumu bu ihalelerle ilgili olarak 3040 olayı incelemiş ve bunlardan 145'ini idari mahkemeye havale etmiştir.

Sonuç

Kayda değer bir ilerleme meydana gelmemiştir. Aksine, Kamu İhale Kanununda bir dizi istisna mevcuttur ve ihale kanununa yapılan ilavelerle Türk ihale mevzuatı müktesebattan daha da uzaklaşmıştır. Türkiye müktesebatla çelişen yeni istisnalar kabul etmekten kaçınmalıdır. Şeffaf olmayan ve ayrımcı kamu ihale uygulamalarına son verilmesi ve Kamu İhale Kanununun müktesebata uyumlaştırılması için harekete geçilmesi gerekmektedir.

Kamu ihaleleri alanında idari kapasitenin daha da güçlendirilmesine ihtiyaç vardır. Kamu İhale Kanununun takibi için Kamu İhale Kurumu ve alım yapan kuruluşlara daha fazla eğitim imkanı sağlanması ve kaynak tahsisi gerekmektedir.

EK 2:

AVRUPA KOMİSYONU TÜRKİYE 2006 İLERLEME RAPORU

Fasıl 5: Kamu alımları

Genel ilkeler alanında bir gelişme bulunmamaktadır. Çeşitli sektörel kanunlar yoluyla Türk Kamu İhale Kanunu'na müktesebattan bazı istisnalar getirilmiştir. Bunlar arasında, Kamu Mali Yönetimi Kanunu'nda değişiklik yapan kanun, Türkiye Petrolleri Anonim Ortaklığı'nı bazı sözleşme ihale usullerinden muaf tutmuştur. (Türkiye genelinde kalkınma faaliyetlerini koordine etmeyi amaçlayan) Bölgesel Kalkınma Ajanslarının kuruluşuna dair Kanun, ajansların mal ve hizmet alımını Kamu İhale Kanunu kapsamı dışında bırakmaktadır. Yatırımı destekleme ve teşvik ajansı kurulmasına dair kanun benzer şekilde bu ajansı muaf tutmaktadır. Ayrıca, Kamu İhale Kanunu, teklif veren yabancılar açısından hala ayrımcı unsurlar içermektedir.

Kamu ihalelerinin verilmesinde bir ilerleme kaydedilmemiştir. Kamu İhale Kurumunun güncellediği kamu ihale eşikleri ve mali limitleri, AB seviyesinin üstünde kalmaya devam etmektedir. Bu durum, teklif veren yabancıların şansını azaltmaktadır. Buna ilaveten, karmaşık ve pahalı nitelik usulleri de, kamu ihalelerine geniş çaplı katılım için bürokratik engel oluşturmaya devam etmektedir.

Türk Kamu İhale Kanunu ve AB müktesebatı arasında çeşitli veçheler bakımından farklılıklar bulunmaktadır. Örneğin, kamu sözleşmeleri ile sözleşmeyi yapan birimler de olduğu gibi bazı temel tanımlar AB Direktiflerine uygun değildir. Kamu kuruluşlarının imtiyazları konusunda açık yasal bir çerçeve yoktur. Kamu İhale Yasasında, bayındırlık alanında imtiyazlara ilişkin referans bulunmamaktadır.

İdari kapasite konusunda, politika oluşturulması aşamasında mevcut olan yetersiz eşgüdüm, Kamu İhale Kurulunun etkinliğine helal getirmektedir. Kamu İhale Kurumu ve TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi, kamu ihale uygulamaları konusunda potansiyel teklif vericilere sertifika programları düzenlemektedir

Sorunların çözümü bağlamında yeni bir gelişme kaydedilmemiştir. Gözden geçirme işlemleri müktesebatla uyumlu değildir. 2005 yılında açılan 115,639

ihaleden 2135'i hakkında Kamu İhale Kurumuna şikayet gelmiştir. Şikayetlerin sayısında bir önceki yıla nazaran % 47 oranında artış kaydedilmiştir.

Sonuç

Bu fasılda çok sınırlı ilerleme kaydedilmiştir. Sektörel istisnaların getirilmesi nedeniyle özellikle kamu ihale mevzuatının dar şekilde uygulanır olmasından dolayı Türkiye'deki kamu ihale sistemi zayıflamıştır. Kamu İhale Yasasıyla kurulan idari yapı kapasitesi yetersizdir. Kamu İhale Kurumu, kamu alımlarıyla ilgili tüm alanlarda tutarlı bir politika yürütülmesinin sağlayabilecek durumda değildir. Aynı zamanda, kamu ihale yasasının etkin bir şekilde uygulanmasını da sağlayamamaktadır. Kamu alımlarıyla ilgili bütün alanlarda uyumlu bir politika takip edilebilmesi amacıyla bir kurum oluşturulması, kapsamlı strateji ortaya konulması ve bütün ilgili alanları içermesini teminen yasanın kapsamında değişiklik yapılması konusunda ilerlemeye ihtiyaç duyulmaktadır.

EK 3:

AVRUPA KOMİSYONU TÜRKİYE 2007 İLERLEME RAPORU

Fasıl 5: Kamu Alımları

Genel ilkeler alanında hiçbir ilerlemeden bahsedilemez. Yerli teklif sahiplerinin lehine ayrımcılık içeren %15 oranında bir fiyat avantajı mevcudiyetini korumaktadır. 2006 yılında bu fiyat avantajı toplam ihale değerinin % 8'ine tekabül etmiştir.

Kamu ihalelerinin verilmesinde sınırlı ilerleme görülmektedir. Son dönemde gerçekleştirilen ve halen incelenmekte olan taslak yasal değişiklikler, çerçeve anlaşmalar gibi kavramları müktesebat ile uyumlu hale getirmiştir. Bununla birlikte, Türk kamu alımları mevzuatı, birkaç açıdan müktesebat ile farklılık arz etmektedir. Temel tanımlamalardan bazıları, örneğin âkit kişi, AB yönergelerinde bulunan karşılıklarına tekabül etmemektedir. Kamu İhale Yasası, ana satın alıcı yapılar, rekabetçi diyalog ve e-alım gibi araç ve yöntemleri düzenlememektedir.

Elektrik/su/gaz sektörlerinde ya da imtiyaz sözleşmesi alanında faaliyet gösteren taraflar için özel hiçbir mevzuat bulunmamaktadır. Güncelleştirilmiş 2007 eşikleri ve alımlar için belirlenen mali limitler AT seviyelerinin üstündedir. Bu kadar yüksek limitler, yabancı alıcılar için başvurma fırsatlarını azaltmaktadır ve rekabete de zarar vermektedir. Karmaşık ehliyet prosedürleri ek bir bürokratik engel oluşturmakta ve kamu ihalelerinde katılım maliyetini artırmaktadır. İdari kapasite konusunda ilerleme kaydedildiği söylenebilir. Kamu İhale Kurumu artan biçimde etkin ve verimli bir çalışma yürütmektedir. 2007 itibariyle, ihale bültenleri yalnızca elektronik formatta yayımlanmaktadır ve ücretsiz olarak internet üzerinden erişime açık bulunmaktadır.

Bununla birlikte, genel politika eşgüdümünden ve imtiyazlar ve kamu özel ortaklıkları da dahil olmak üzere kamu ihaleleriyle ilgili tüm alanlardaki uygulamadan sorumlu bir kurum mevcut değildir.

Potansiyel teklif sahipleri için kamu ihale uygulamaları konusunda hizmet içi eğitim kursları ve sertifika programları düzenlenmesi kamu alımları prosedürleri konusunda bilinç artırıcı etki sağlamaya devam etmektedir. Ahiren geliştirilmiş olan

ve iş akışı yönetimi ve belge arşiv sistemi, kurum gündemi ve karar arşiv sistemi, idari ve mali işler sistemi, personel faaliyetleri yönetim sistemi ve elektronik alımlar için temel oluşturan bilgi teknolojisi altyapısı artan kapasiteye katkıda bulunmalıdır.

Kanuni yollar bağlamında, şikayetlerin sayısını azaltmaya yönelik bir grup yeni düzenleme kabuledilmiş bulunmaktadır. Gözden geçirme prosedürleri müktesebat ile tam olarak uyumlu değildir.

Kamu İhale Kurulu'na 8 üyenin atanması, kurulun çalışmasına yönelik her türlü potansiyel engelleme önüne geçen bir adım olmuştur. Kamu İhale Kurulu'na yapılan şikayet başvuruları 2006 yılında açıklanan 172,649 ihale içinde 4612'ye ulaşmıştır. Şikayetler bir önceki yıla göre önemli ölçüde artmıştır.

Sonuç

Bu fasılda sınırlı bir ilerlemeden bahsedilebilir. Çerçeve anlaşma yönteminin devreye konması olumlu bir gelişme olmuştur. Ancak, politika üretme ve uygulama sürecinde yer alan bölünmüş idari yapılar Kamu İhale Yasası tarafından tesis edilen mekanizmaların daha da güçlendirilmesine engel olmaktadır. Kamu İhale Kurumu idari kapasitesini artırmaktadır. Bu fasılda uyumlaştırma devam etmektedir.

EK 4:

AVRUPA KOMİSYONU TÜRKİYE 2008 İLERLEME RAPORU

Fasıl 5: Kamu alımları

Genel ilkeler alanında ilerleme olmamıştır. Yerli teklif sahipleri için % 15 oranındaki fiyat avantajı hala mevzuatta yer almaktadır. Ancak, önceki yıla oranla bundan daha az yararlanılmıştır. (2006'daki % 8 ile karşılaştırıldığında 2007'de toplam ihale değerinin %1,5'u) Özellikle derneklere ilişkin kanunlarda, 2010 kültür başkenti olarak İstanbul hakkında ve tanık koruma alanlarında kamu alımları kanunundan bazı ilave derogasyonlar kabul edilmiştir. Elektrik Piyasası Kanunu'ndaki değişiklik kamu alımları kanununa bir diğer derogasyonu getirmiştir. Bu tür derogasyonlar kamu ihalelerinde rekabetçiliği ve etkinliği azaltmaktadır.

Kamu ihalelerinin verilmesinde az ilerleme sağlanmıştır. İhale prosedürlerine oldukça yüksek katılım oranı, kamu ihalelerine ilişkin bilgilere internet yolu dahil geniş olarak erişildiğini göstermektedir. Ancak, Türk kamu alımı mevzuatı çeşitli açılardan müktesebattan farklı olmaya devam etmektedir. 2007'deki yasal değişiklik, sadece sağlık sektöründe uygulanmak üzere çerçeve anlaşma kavramını getirmiştir. Kamu hizmet kurumları klasik kamu alımı prosedürlerine bağlı olmayı sürdürmektedir. İmtiyazların verilmesi ve kamu özel ortaklıkları için uyumlu bir yasal çerçeve bulunmamaktadır. 2008 eşikleri ve alımlar için belirlenen mali limitler AT seviyelerinin üstündedir. Kamu İhale Kurumu ve Devlet Planlama Teşkilatı, önemli idari kapasiteye sahiptir. Ancak, Devlet Planlama Teşkilatı personelinin müktesebat hakkındaki bilinci güçlendirilmelidir.

Kamu İhale Kurumu'nda görevlerde uzmanlaşma ve personelin yetenekleri artırılmalıdır. Kurumsal yapı bakımından, Türkiye, imtiyazlar ve kamu alımları politikası (PPP'ler) dahil, Katılım Ortaklığı Belgesi'nde bir öncelik olan kamu alımları politikasında koordinatör olarak Maliye Bakanlığı'nı görevlendirmiştir. 2008'de yasal hazırlıkların daha iyi koordinasyonuna imkan veren bu kararın olumlu etkileri olmuştur. Kanuni yollar direktifine uyumda herhangi bir ilerleme sağlanmamıştır. Memnun olmayanlarca yapılan şikayetlerin sayısı, verilen ihalelerin

tümünün sadece % 3'ünü temsil edecek şekilde, 2003'te yaklaşık 900'den 2007'de 4000'in üzerine çıkarak son yıllarda artmıştır. Gözden geçirme prosedürü uzun sürmekte ve davaların yığılmasıyla sonuçlanmaktadır.

Sonuç

Bu fasılda bir miktar sınırlı ilerleme kaydedilmiştir. Türkiye kamu alımları alanındaki önceliklerini ele almaya başlamıştır ve bunu yapacak kapasitesi mevcuttur. Kamu alımlarında genel politika koordinatörü olarak Maliye Bakanlığı'nın görevlendirilmesi olumlu bir gelişmedir. Bakanlık, kamu alımları alanında uyumlu bir politika geliştirmeyi sağlamalı ve bunun uygulanmasını idare etmelidir. Türkiye'nin müktesebata uyum sağlaması için, bunun, yasal uyum açısından gerekli reformlar ve kurumsal kapasite inşasına ilişkin kapsamlı bir strateji ile desteklenmesi gerekmektedir. Kamu ihalelerinde rekabet ve etkinliği azaltıcı etkisi olan genel hükümlere dair derogasyonlardan kaçınılması gerekmektedir.

EK 5:

AVRUPA KOMİSYONU TÜRKİYE 2009 İLERLEME RAPORU

4.5. Fası 5: Kamu Alımları

Kamu alımlarına ilişkin genel ilkeler bakımından ilerleme kaydedilmemiştir. İhale mevzuatında yerli istekliler lehine % 15 fiyat avantajı hâlâ yer almakta olup, bu avantaj, idarelerin, Türk mallarını ve hizmetlerini teklif eden isteklileri tercih etmelerini teşvik eden ve Aralık 2008’de yayımlanan Başbakanlık Genelgesi ile güçlendirilmiştir. Yerli istekliler lehine hüküm, 2008 yılında tüm ihalelerin % 10’unda, yabancı isteklilere açık ihalelerin ise % 15’inde kullanılmıştır.

Genelgenin yayımlanmasının ardından yerli istekliler lehine uygulamada finansal anlamda kayda değer bir artış olmuş ve 2009 yılının ilk çeyreğinde, tüm ihaleler bakımından % 13,7’ye yükselerek, 1 milyar avro’ya ulaşmıştır

Kamu İhale Kanununa (KİK), mal ve hizmet alımları ile ilgili yeni istisnalar getirilmiş, araştırma ve geliştirme faaliyetleri ile ilgili tüm alımlar KİK’in kapsamı dışında bırakılmıştır. Kamu İhale Kurumu, 2008 yılında istisnalar kapsamında gerçekleştirilen ihalelerin % 31,8’e ulaştığını gösteren bir rapor yayımlamıştır. 2009 yılı ilk çeyreğinde istisnalar kapsamında yapılan alımların miktarı 2 kattan daha fazla artmış ve tekel niteliğindeki kamu iktisadi teşebbüsleri mal ve hizmetlerinin bu kapsamda alındığı teyit edilmiştir.

İhalelerin sonuçlandırılması ile ilgili olarak sınırlı ilerleme kaydedilmiştir. Kamu alımları ile ilgili bilgiler, internet ortamı da dâhil olmak üzere, ilgili tüm kesimlerin erişimine açık olup bu durum yüksek oranda başvuru yapılmasını sağlamaktadır. 2008 yılında yapılan Kanun değişikliği AB direktiflerinde öngörülen elektronik eksiltme, dinamik alım sistemi ve ön ilan kavramları mevzuata eklenmiş ve çerçeve anlaşmaların kapsamı genişletilmiştir. Bu kanun değişikliğini Mart 2009’da yayımlanan uygulama yönetmelikleri takip etmiştir. Ancak, Türk ihale mevzuatı hâlâ pek çok açıdan AB müktesebatı ile uyumlu değildir. Su, enerji, ulaştırma ve posta sektörlerinde faaliyet gösteren kuruluşların alımları hâlâ klasik kamu alımları usullerine tabidir ve özel ve inhisari hak taşıyan özel sektör kuruluşları kapsam dışında kalmaktadır. İmtiyazlar ve kamu-özel sektör ortaklıklarına yönelik

olarak, 2 yıl önce kapsamlı mevzuat taslakları sunulmuş ve tartışılmış olmasına rağmen, bu konularda tutarlı bir yasal çerçeve bulunmamaktadır. 2009 yılında ihalelerdeki eşik değerler ve mali sınırlar AB mevzuatında öngörülen değerlerin üzerinde olmaya devam etmiştir. Kamu alımları alanında AB mevzuatına uyum stratejisi henüz sunulmamıştır.

İdari kapasite ile ilgili olarak iyi düzeyde ilerleme kaydedilmiştir. Kamu İhale Kurumu ve Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı yeterli idari kapasiteye sahiptir. Bazı kurumsal değişiklikler için hazırlıklar devam etmektedir. Kamu İhale Kurumu, özerkliğini sağlamlaştırmak, çıkar çatışmalarını engellemek ve inceleme ve düzenleme yetkilerini birbirinden ayırmak için yeniden yapılanmıştır. Maliye Bakanlığı, kısıtlı personeline rağmen, kamu alımları politikasını izlemek ve yeknesaklığı sağlamak üzere görevlendirilmiştir. Maliye Bakanlığının kamu alımları politikalarının oluşturulması ve ilgili mevzuatın hazırlanmasında kamu kuruluşları arasında koordinasyonun sağlanması konularındaki sorumluluğu, yapılan mevzuat değişikliği ile teyit edilmiş ve böylece katılım müzakerelerinin kilit bir gerekliliği karşılanmıştır. İlgili taraflar açısından (yüklenici firmalar ve girişimciler) piyasanın işleyişi ve rekabet edebilirlik birçok sektörde yeterli seviyededir. Şikâyetlerin incelenmesi Direktifine uyum ile ilgili olarak sınırlı ilerleme kaydedilmiştir. 2008 yılında yapılan değişiklik, şikâyetlerin incelenmesini daha kolay hale getirilmesi amacıyla, ihalenin verilmesiyle sözleşme imzalanması arasındaki bekleme süresi uygulamasını başlatmıştır. Ancak, söz konusu değişiklik, AT içtihat hukukuna aykırı olarak, idarelerin ihale iptali kararına karşı şikâyet imkânını ortadan kaldırmıştır.

Sonuç

Bu fasılda, idari sorumlulukların belirlenmesi ve şikâyetlerin incelenmesi Direktifine uyum başta olmak üzere bazı ilerlemeler kaydedilmiştir. Bazı idareler yaptıkları alımlarla iyi uygulama örnekleri oluşturmuştur. Ancak, uygulamanın güçlendirilmesi gerekmektedir. Mevzuat uyumunun sağlanması ve idari kapasitenin güçlendirilmesi için gerekli reformları içeren kapsamlı strateji hâlâ sunulmamıştır. Mevzuatta küçük olumlu gelişmeler yaşanmıştır. Genel hükümlere getirilen istisnalarda ve yerli istekliler lehine verilen avantajlardaki artış Türkiye'yi AB müktesebatına uyumdan uzaklaştırmaktadır, dolayısıyla ihalelerdeki rekabet ve etkinlik azalmaktadır.

EK:6

AVRUPA KOMİSYONU TÜRKİYE 2010 İLERLEME RAPORU

Fasıl 5: Kamu Alımları

Genel ilkeler bakımından ilerleme kaydedilmemiştir. Yerli istekliler lehine % 15 fiyat avantajının yaygın kullanımı devam etmektedir. Yerli istekliler lehine hüküm, 2009'daki %18'lik oranla karşılaştırıldığında, eşik değerin üzerindeki toplam sözleşme bedelinin % 24'üne uygulanmıştır.

İstisnalar kapsamında yapılan ihale sözleşmelerinin sayısında ve doğrudan alımlarda kayda değer bir artış olmuştur. Toplamda, ihale sözleşmelerinin % 28'i ve toplam sözleşme değerinin % 12'si Kamu İhale Kanunu'nda yer alan ihale usullerine tabi olmamıştır. Alternatif ihale usullerinin kullanım sıklığını azaltmak için mevzuatın gözden geçirilmesi gerekmektedir. Bu alandaki çalışmalar, nispeten ileri düzeydedir.

İhalelerin sonuçlandırılması ile ilgili olarak bazı ilerlemeler kaydedilmiştir. Şeffaflığın artırılması ve yolsuzlukla mücadelenin güçlendirilmesi amacıyla Şubat 2010'da kabul edilen strateji, kamu alımlarıyla ilgili faaliyetlerde bütünlüğün geliştirilmesi yönünde atılan olumlu bir adımdır. Kamu İhale Kurumu, Ocak 2010'da, idarelere danışmanlık hizmeti sağlamak üzere birçoğu merkezi kurmuştur. Mayıs 2010'da, mal alımı, hizmet alımı ve yapım işleri ihalelerine ilişkin kapsamlı kılavuzlar yayımlanmıştır.

Türkiye'nin kamu ihale mevzuatı, çeşitli açılardan AB mevzuatıyla farklılık göstermeye devam etmektedir. Türkiye, AB müktesebatına aykırı olan istisnaları kaldırmamış ve mevzuatını veya mevzuatının kapsamını, başta su, enerji, ulaştırma ve posta sektörlerinde faaliyet gösteren kuruluşların alımları ile imtiyazlar ve kamu-özel işbirliği olmak üzere daha uyumlu hale getirmemiştir. Klasik sektörler ve su, enerji, ulaştırma ve posta sektörlerinde faaliyet gösteren kuruluşların alımları hâlâ aynı kamu ihale usullerine tabidirler. Uyumlu bir yasal çerçeve olmaması nedeniyle, kamu-özel sektör işbirliği ve imtiyazların verilmesinde şeffaflık bulunmamaktadır. Bu alandaki çalışmalar çok ileri düzeyde değildir.

Türkiye, kamu ihaleleri alanında tam uyum sağlanması yolunda önemli aşamaları da içeren AB mevzuatına uyum stratejisini hazırlamıştır. Stratejinin artık kabul edilmesi ve uygulanması gerekmektedir.

Kamu İhale Kurumu ve Devlet Planlama Teşkilatı'nda gerekli idari kapasite bulunmaktadır. Maliye Bakanlığı politika oluşturulmasını koordine etmektedir ve kanunla onaylanan uygulayıcı role sahiptir. Kamu ihaleleri alanındaki reformların daha iyi koordine edilmesi amacıyla, 2009 yılında Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğü bünyesinde bir *ad-hoc* birim kurulmuştur. Ancak, idari ve operasyonel kapasitenin daha fazla geliştirilmesi gerekmektedir. Piyasanın işleyişi ve diğer taraflarla (idareler ve istekliler) rekabet birçok sektörde yeterli seviyededir. Bu alandaki çalışmalar çok ileri düzeydedir.

Şikâyetlerin incelenmesi Direktifine uyum ile ilgili olarak ilerleme kaydedilmemiştir. Kamu İhale Kurulu, bir karara varmak ve bunu internet sitesinde yayımlamak için en fazla 20 takvim gününe sahiptir. Türkiye'nin inceleme usullerine ilişkin mevzuatını AB müktesebatıyla uyumlu hale getirmesi ve idari kapasitesi ile uygulama mekanizmalarını güçlendirmesi gerekmektedir. Bu alandaki çalışmalar nispeten ileri düzeydedir.

Sonuç

Bu fasılda bazı ilerlemeler kaydedilmiştir. Kurumsal yapı ve idari kapasite ileri düzeydedir. Takvime bağlı bir eylem planını da içeren taslak uyum stratejisinin kabul edilmesi gerekmektedir. Türkiye, başta su, enerji, ulaştırma ve posta sektörlerinde faaliyet gösteren kuruluşların alımları, imtiyazlar ve kamu-özel sektör işbirliği olmak üzere mevzuatının kapsamını AB müktesebatıyla uyumlu hale getirmemiştir.