

**T.C.  
GAZİ ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNU KAPSAMINDAKİ İHALELERE KARŞI  
YAPILACAK İDARİ BAŞVURULAR**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**Hazırlayan  
Faruk KÜÇÜK**

**Tez Danışmanı  
Doç. Dr. Ender Ethem ATAY**

**Ankara-2005**

## ÖNSÖZ

Hızla gelişen ve gittikçe karmaşıklaşan temel hak ve özgürlükler, iletişim, rekabet ve finans sektörleri gibi alanların niteliklerinin hassasiyeti nedeniyle siyasi iktidarın etkisinden arındırılması ihtiyacı, özerk düzenleyici ve denetleyici kurumların yani bağımsız idari otoritelerin (BİO'ların) doğmasına neden olmuştur. Bu kurumların en belirgin özellikleri, karar organlarının siyasi iktidarın etkisinden soyutlanmış olması ve kararları üzerinde merkezi idarenin bunların geçerliliğini tek yanlı olarak sona erdirecek yetkilere sahip olmamasıdır.

Bu kuruluşlar, özel kanunlarında yazılı esaslar çerçevesinde kendilerine ait etkili ve önemli yetkiler kullanarak kamusal ve özel faaliyetleri düzenlemekte, izlemekte, denetlemekte, düzenledikleri alanlarda ortaya çıkan uyuşmazlıkları çözmekte ve gerektiğinde yaptırım uygulamak suretiyle bazı temel hak ve özgürlükleri ve düzeni korumaktadırlar. Dolayısıyla üç temel erk olan yasama, yürütme ve yargının yetkilerine benzer yetkilere sahip olmaları sebebiyle hukuk düzeni içinde varlıkları belirgin olduğundan, bu kuruluşlarla ilgili olarak “devletin dördüncü erki” deyimini kullanıldığı da olmaktadır.

BİO'ların temel görev alanları, kamu hizmeti niteliği taşımakla birlikte, klasik kamu hizmetlerine oranla daha teknik ve bilimsel nitelikte olup, belirli bir edim sunma şeklinde değil, hukuki tasarruf olarak ortaya çıkmaktadır. Söz konusu işlemler, danışma, öneri, başvuru niteliğinde olduğu gibi, kesin icrai karar ve düzenleyici genel işlem güç ve yetkisi de taşımaktadır.

BİO'ları geleneksel kamu yönetimi örgütlerinden farklı kılan, hukuk düzeni içinde ayrı bir yer veren en önemli özellikleri, özerk ve bağımsız statülerinden kaynaklanmaktadır. Bu kurumlar, belirli sayıda kişiden oluşan karar organına sahip, kanunla belirtilen alanda esas itibarıyla düzenleme ve denetim yapmak görevi verilmiş ve bu manada gerekli yetkilerle donatılmış, mali ve idari özerkliğe sahip, yetkilerini kendi sorumluluğu altında bağımsız olarak kullanan, yasalarındaki belirli ilkeler çerçevesinde hesap veren, tüzel kişiliğe sahip kamu kurumlarıdır. Bu

kurumların buldukları alanda tam bir tarafsızlık içerisinde ve yeterli kapasiteyle iş görebilmeleri ancak bu özellikleriyle mümkün olabilmektedir.

İncelemenin konusunu oluşturan “4734 sayılı Kamu İhale Kanunu Kapsamındaki İhalelere Karşı Yapılacak İdari Başvurular”, Kamu İhale Kurumunda idari incelemenin son noktası olarak neticelendiğinden, Kamu İhale Kurumu bir BİO olarak incelenmiş, şikayet başvuruları İdare Hukuku açısından değerlendirilerek, Kamu İhale Kurulu’nun ihalelere ilişkin kararları irdelenmiştir.

## İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	i
İÇİNDEKİLER.....	iii
KISALTMALAR CETVELİ.....	vii
GİRİŞ.....	1

### BİRİNCİ BÖLÜM

#### KAMU ALIMLARI, KAMU İHALE KURUMU VE KAPSAM

I. Kamu Alımı ve Kamu İhalesi.....	7
A. Kamu Alımı.....	7
B. Kamu İhalesi .....	17
II. BİO'lar ve KİK.....	20
A. BİO'ların Özellikleri.....	20
1. Regülasyon.....	20
2. Özerklik.....	21
3. Bağımsızlık .....	22
B. BİO'ların Türleri .....	24
C. BİO'ların Denetimi .....	25
1. Yargısal Denetim.....	28
2. Siyasal Denetim .....	29
3. İdari ve Mali Denetim .....	29
4. KİK'in İdari ve Mali Denetimi .....	30
D. Kamu Alımlarında Regülasyon ve BİO'lar .....	33
III. Türkiye'de Kamu Alımlarında Regülasyon.....	37
A. Kamu Alımları ve KİK .....	38
B. Kurulun Oluşumu.....	41
C. Kurumun Yetkileri.....	42
1. Düzenleme Yapma.....	45
2. Şikayetleri İnceleme ve Sonuçlandırma .....	45
3. İddiaların İncelenmesi .....	45
4. Kamu İhale Bültenini Yayımlama .....	46

5. Yasaklamaya İlişkin Sicilleri Tutma .....	46
6. Kamu Alımlarına İlişkin İstatistik Oluşturma .....	48
7. Mütakabiliyet Teklifi.....	48
8. Diğer Yetkiler .....	49
D. Kurul Üyelerinin Atanma Usulü ve Koşulları.....	49
E. Kurul Üyelerinin Görev Süreleri ve Görevden Alınmaları .....	50
F. Kurul Üyelerine Getirilen Yasaklar.....	51
G. Kurulun Çalışma Esas ve Usulleri.....	52
H. Kurumun Birimleri ve Personeli .....	52
IV. Kapsamın Belirlenmesi.....	57
A. Doğrudan Temin.....	57
B. Kapsam Dışı Tüzel Kişilerin İhaleleri .....	62
1. Kanunun 2 nci Maddesinin İkinci Fıkrasında Belirtilen İdareler .....	62
2. Diğer Tüzel Kişilerin İhaleleri.....	68
3. İdarelerin Kamu Kaynağı Kullanımını Gerektirmeyen İşleri .....	69
4. Bağlı Döner Sermayelerden Yapılacak Alımlar .....	69
5. Bankalar Aracılığı İle Yapılan Fatura Tahsilat İşleri.....	71
6. Elektrik, Su, Doğalgaz Gibi Mal ve Hizmetlerin Temini .....	72
7. Diğer Hususlar .....	74
C. İstisnalara İlişkin Düzenlemeler.....	75

## İKİNCİ BÖLÜM

### İDARELERE VE KİK'E YAPILAN İDARİ BAŞVURULAR

I. Genel Olarak .....	84
II. İhale Süreci.....	94
III. Şikayetçinin Ehliyeti .....	95
A. Ehliyet Kavramı .....	95
B. Dilekçeye Objektif Ehliyet İle İlgili Eklenenecek Belgeler .....	107
1. Gerçek Kişilerden İstenecek Belgeler .....	108
2. Tüzel Kişilerden İstenecek Belgeler .....	108
C. Dilekçeye Sübjektif Ehliyet İle İlgili Eklenenecek Belgeler.....	109
D. Şikayet Başvurusunda Bulunabilecekler .....	109
IV. Başvuru Süreleri.....	112

A. İdareye Şikayet Süresi .....	114
B. İtirazen Şikayet Süresi.....	118
C. İvedilik ve Kamu Yararı Kararında Süre .....	119
V. Başvuruların Şekil Unsurları .....	123
VI. Şikayetin veya İtirazen Şikayetin Geri Alınması .....	125
VII. İhaleyi Yapan İdarede İnceleme .....	126
A. Şikayet İncelemesi .....	126
B. İhale İşlemlerine Devam Kararı ve İptali .....	127
C. İdarece Verilecek Kararlar ve Niteliği .....	130
VIII. KİK'in İncelemesi.....	131
A. Ön İnceleme .....	131
B. İtirazen Şikayet.....	133
C. Kurulca Verilebilecek Kararlar .....	145
1. İtirazen Şikayet Başvurularının Esasının İncelenmesi Sonucunda .	145
2. Ön İnceleme Üzerine .....	146
3. İddiaların İncelenmesi Kapsamında .....	149
4. Diğer Kararlar .....	149
D. İhale Sürecinin Durdurulması .....	151
E. Kurul Kararlarının Uygulanmaması .....	155
F. İtirazen Şikayet Başvurularında Bağlantı.....	162
G. Esas İnceleme .....	163
IX. İddiaların İncelenmesi .....	164
A. Niteliği .....	164
B. İddiaların İncelemesine Geçilen Durumlar.....	169
1. İtirazen Şikayet Dilekçesi Üzerine Yapılan Ön İncelemede .....	169
2. İdareye Şikayet Yoluna Başvuramayacak Olanlar Tarafından.....	169
3. Başkanlık Bildirimi Üzerine .....	169
C. Kabul Koşulları.....	169
D. İdareden Bilgi Alınması .....	170
E. Verilecek Kararlarda Bulunacak Hususlar .....	171
X. Kararların Sonuçları .....	171
XI. Kararlara Karşı KİK'e Başvuru .....	173
XII. Kurul Kararlarının Niteliği .....	174

XIII. Kararlara Karşı Yargıya Başvuru.....	186
SONUÇ.....	190
KAYNAKÇA.....	193
ÖZET.....	200
ABSTRACT.....	202

**KISALTMALAR CETVELİ**

AB:Avrupa Birliği

ABD: Amerika Birleşik Devletleri

ABRG: Avrupa Birliği Resmi Gazetesi

a.g.e.: Adı Geçen Eser

a.g.m.: Adı Geçen Makale

a.g.t.: Adı Geçen Tebliğ

AİD: Amme İdaresi Dergisi

Alım: 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu usul ve esasları gereği yapılan mal, hizmet ve yapım işlerine ilişkin ihaleleri kapsamaktadır

bkn.: Bakınız

BİO: Bağımsız İdari Otoriteler

c.: Cilt

DD: Danıştay Dergisi

DDDK: Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu

der.: Derleyen

DVDK: Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu

E:Esas

İYUK: 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu

K: Karar

Kanun: 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu

Kurum: Kamu İhale Kurumu

Kurul: Kamu İhale Kurulu

KİK: Kamu İhale Kurumu

O.J.: Official Journal

s.: Sayfa

Sy.: Sayı

TBMM: Türkiye Büyük Millet Meclisi

TCK: Türk Ceza Kanunu

Yönetmelik: İhalelere Karşı Yapılacak İdari Başvurulara Ait Yönetmelik



## GİRİŞ

Osmanlı İmparatorluğunda kamu alımları ile ilgili düzenlemeler bilindiği kadarıyla ilk kez 1857 sayılı Nizamname ve bağlı kararnameler ile yapılmıştır. 10 Muharrem 1330 (1914) tarihli ek bir nizamname ile müteferrik satın almaların ve bazı yapım işlerinin Bakanların müsaadesiyle ihaleye çıkarılmaksızın yapılması düzenlenmiştir. 1914 tarihli nizamnameye ek 04.06.1919 tarihinde çıkartılan ve 1921 tarihinde tasdik edilen bir kararname ile; merkezdeki devlet daireleri ile İstanbul'daki şubelerinin ve İstanbul'daki askeri kuvvetlerin ihtiyacı olan ve 500 (beşyüz) lirayı aşan levazım ve eşyanın Maliye Bakanlığında kurulmuş Tevhidi Mübayanat Komisyonu vasıtasıyla sağlanması öngörülmüştür. 1921 yılında çıkarılan ek bir kararname ile dairelerin acil ihtiyaçları için bazı istisnalar getirilmiştir.

Milli Mücadele başladığı zaman anılan nizamname uygulanmamıştır. Milli Mücadele ihtiyaçlarının Başkomutanlık emriyle ve Bakanlar Kurulu Kararnameleriyle sağlanması yoluna gidilmiştir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasalarında kamu alımları ile ilgili olarak hükme rastlanmamakla birlikte, Cumhuriyetin ilanından sonra, kamu kurum ve kuruluşlarının ihtiyaçlarının giderilmesi için yapılacak alımlara ilişkin ilk yasal düzenleme, 22 Nisan 1341 (1925) tarih ve 661 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti Namına Vukubulacak Müzayede, Münakasası ve İhale Kanunu ile yapılmıştır.<sup>1</sup>

10 Haziran 1934 tarih ve 2490 sayılı Artırma, Eksiltme ve İhale Kanununun<sup>2</sup> 74 üncü maddesi ile 22 Nisan 1341 tarih ve 661 sayılı Kanun ile buna eklenmiş 5 Nisan 1925 tarih ve 799 sayılı<sup>3</sup>, 31 Mayıs 1926 tarih ve 873 sayılı<sup>4</sup>, 27 Haziran 1926 tarih ve 878 sayılı<sup>5</sup>, 24 Mayıs 1928 tarih ve 1300 sayılı<sup>6</sup>, 17 Kanunuevvel 1929 tarih ve 1540

<sup>1</sup> 02 Mayıs 1926 tarih ve 99 sayılı Resmi Gazete.

<sup>2</sup> 10 Haziran 1934 tarih ve 2723 sayılı Resmi Gazete.

<sup>3</sup> 10 Nisan 1926 tarih ve 344 sayılı Resmi Gazete.

<sup>4</sup> 20 Haziran 1926 tarih ve 403 sayılı Resmi Gazete.

<sup>5</sup> 27 Haziran 1926 tarih ve 405 sayılı Resmi Gazete.

<sup>6</sup> 29 Mayıs 1928 tarih ve 901 sayılı Resmi Gazete.

sayılı<sup>7</sup>, 29 Teşrinisani 1933 tarih ve 2338 sayılı<sup>8</sup> Kanunlarla bu Kanuna aykırı olan diğer hükümler kaldırılmıştır. Arttırma, Eksiltme ve İhale Kanunu, 1934 yılından 1983 yılına kadar kamu alımlarını düzenlemiş ve çeşitli sebeplerle yapılan toplam onüç kanun değişikliği ile güncellenmeye ve değişen ihtiyaçlara cevap vermeye çalışılmış ise de, 08 Eylül 1983 tarihinde kabul edilen ve 10 Eylül 1983 tarihinden itibaren yürürlüğe giren 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu<sup>9</sup> ile yürürlükten kaldırılmıştır.

2886 sayılı Kanun kendinden önceki kanunlarda olduğu gibi; alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işlerini kapsadığından, 01.01.2003 tarihinden önce kamu harcaması gerektiren alımlara yönelik ihaleler ile kamunun gelir temin edici ihaleleri aynı esas ve usullere tabi olmuştur. Ayrıca 2886 sayılı Kanun, ihale işlemlerine ilişkin esas ve usulleri, bu ihaleler sonucunda imzalanacak sözleşmelerle ilgili hususlarla birlikte düzenlemiştir.

Satım, kiraya verme, trampa ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi işleri kamuya gelir sağlanmasına yönelik olduğundan, kamu alımından farklı nitelikteki bu işlerin aynı kanunda düzenlenmesi uygulamada pek çok sorunun ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Kamu harcaması gerektiren işlere özgü ihalelerde yeni uygulamaların hayata geçirilebilmesi ve harcama yapılması ile gelir elde edilmesine yönelik ihalelerin her birinin kendine özgü niteliklerine uygun olarak ihtiyaçlara cevap verecek şekilde farklı kanunlarda düzenlenmesi ihtiyacı belirlemiştir. 2886 sayılı Kanun'un genel yapısı yapım işleri ihalelerine göre tasarlandığı izlenimini vermekte, mal, hizmet ve danışmanlık işleri için gerekli hükümleri içermemektedir.

Bütün bu nedenlerle; 2886 sayılı Kanun; günümüzün değişen ve gelişen ihtiyaçlarına cevap veremediği, uygulamada ortaya çıkan aksaklıkları gidermede yetersiz kaldığı, Avrupa Birliği, Dünya Bankası ve Dünya Ticaret Örgütü gibi uluslararası kuruluşların uygulamaları ve çağdaş standartlara paralellik göstermediği, bütün Dünya'da daha şeffaf ihale kuralları uygulandığı, alım yapan idarelerin hesap verilebilirliğinin artırılması gerektiği, uluslararası rekabete uygun hükümlere ihtiyaç duyulduğu, idarelerin istekliler arasında objektif ayırım yapamadığı ve kamuoyunun

---

<sup>7</sup> 25 Aralık 1929 tarih ve 1380 sayılı Resmi Gazete.

<sup>8</sup> 02 Aralık 1933 tarih ve 2567 sayılı Resmi Gazete.

<sup>9</sup> 10 Eylül 1983 tarih ve 18161 sayılı Resmi Gazete.

daha çok bilgilendirilmesinin yararı görüldüğünden kamu ihaleleri ile ilgili geniş kapsamlı bir reform gerçekleştirilmiştir.

Kamu alımları alanındaki kurumsal yapılanma açısından ise; 2886 sayılı Kanunun kamu alımlarına ilişkin olarak uygulandığı yıllarda, kamu harcamalarının yönetiminden, mali kontrolünden ve düzenlemesinden sorumlu Maliye Bakanlığı ile yapım işlerini gerçekleştirmekten sorumlu Bayındırlık ve İskan Bakanlığı kamu alımları alanını düzenleyen ve izleyen iki ana merkezi kamu kurumu olmuşlar, denetleme işlevini Sayıştay yerine getirmiş ve bu konudaki uyuşmazlıkların çözümü ise idari yargı olmuştur. İdarelerin uygulamasında ademi merkezîyetçi bir yapı hakim olmuşsa da, kamunun mal alımlarına yönelik olmak üzere Devlet Malzeme Ofisi merkezi bir satın alma birimi şeklinde faaliyet göstermiştir.

TBMM'de 04.01.2002 tarihinde kabul edilen, 22.01.2002 tarih ve 24648 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak, 53 üncü, geçici 1, geçici 5 ve geçici 6 ncı maddeleri yayımı tarihinde, diğer maddeleri 01.01.2003 tarihinde yürürlüğe giren, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile kamu alımlarında yeni bir dönem başlamıştır. 4734 sayılı Kanun ile kamu alımlarında, daha önce Sayıştay, Maliye Bakanlığı ve Bayındırlık Bakanlığı gibi farklı kurumların denetim, yetki ve sorumlulukları; düzenleme yapma yetkisi, şikayet mekanizması ile getirilen idari denetim görevi ve uyuşmazlıkların çözümü yetkisi ile birlikte Kanunun 53 üncü maddesi ile kurulan Kamu İhale Kurumu'na verilmiştir.

4734 sayılı Kanunda 2886 sayılı Kanunun bu Kanuna aykırı hükümlerinin uygulanmayacağı ifade edildiğinden, 4734 sayılı Kanun kapsamında yer alan işler için 01.01.2003 tarihinden itibaren 2886 sayılı Kanun hükümleri uygulanmamaktadır. Satım, kiraya verme, trampa ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi için ise 2886 sayılı Kanunun bu işlere ilişkin hükümleri yürürlükte olduğundan anılan Kanunun ilgili hükümleri uygulanmaktadır.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu<sup>10</sup> ise, 4734 sayılı Kanuna göre yapılan ihalelere ilişkin sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanması ile ilgili usul ve esasları belirlemektedir.

AB<sup>11</sup> Komisyonu'nun 21.12.1989 tarih ve 89/665/EEC sayılı, klasik kamu sektörleri (yapım, mal, hizmet) ihalelerine ilişkin şikayet başvuru direktifi<sup>12</sup> gereğince, özellikle Dünya Bankası görüşleri çerçevesinde, Birleşmiş Milletler Dünya Ticaret Örgütü (World Trade Organization-WTO) bünyesinde desteklenen Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Komisyonu (United Nations Commission on International Trade Law-UNCITRAL) model kanunu esas alınarak, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu tasarısı hazırlanmış ve ihale sürecindeki işlemlere karşı yapılacak idari başvuruların kanuni düzenlemesi yapılmıştır.

AB Bakanlar Konseyi'nin 1989 yılında aldığı kararla, ihalede hakkı ihlal edilenlerin başvuru hakkının sağlanması, bu başvurunun niteliğine göre yürütmenin idari yolla durdurulabilmesi, kararların iptal edilebilmesi, zararların tazmin edilebilmesi gibi hususları üye ülkelerin bağımsız denetim ve tasdik organları aracılığıyla yürütülmesi istenmiştir. Dünya Bankası'nın 2001 yılı Ülke İhale Değerlendirme Raporunda, 2886 sayılı Kanuna iyileştirilmiş şikayet mekanizması eklenmesi ve şikayetlerin yine bağımsız ve adli olmayan bir merci tarafından idari değerlendirilmesi yönünde önerisi olmuştur.

AB Komisyonu Türkiye Temsilciliği tarafından hazırlanan "*Avrupa Birliği Kamu İhaleleri*" konulu raporda yer alan; Maliye Bakanlığı'nın kamu harcamalarının yönetimi, mali kontrolü ve düzenlenmesinden sorumlu olmasına karşın, kamu ihale usullerine uyulup uyulmadığını kontrol etmekle görevli bir merciin olmaması, bu konuda normal mahkemelerin yetkili olması, yine uygulamayı yönlendirecek şikayetleri de çözüme kavuşturacak, eşgüdümü sağlayacak, bağımsız nitelikte bir

---

<sup>10</sup> TBMM'de 05.01.2002 tarihinde kabul edilmiş, 22.01.2002 tarih ve 24648 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak 01.01.2003 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir.

<sup>11</sup> 1957 Roma Antlaşması ile Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET) olarak kurulmuş ve 1992 yılında Maastrich Antlaşması ile Avrupa Birliği (AB) adını almıştır.

<sup>12</sup> O.J. (ABRG), L 395 , 30/12/1989 P. 0033 – 0035.

kurum oluşturulması tespiti doğrultusunda Kamu İhale Kurumu kurulmuş ve faaliyete geçmiştir.<sup>13</sup>

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu; 22.06.2002 tarih ve 24793 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 4761 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, 15.08.2003 tarih ve 25200 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 4964 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, 5020 sayılı Bankalar Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, 07.05.2004 tarih ve 25455 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 5148 sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile Kamu İhale Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, 27.07.2004 tarih ve 25535 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 5226 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu İle Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, 13.11.2004 tarih ve 25642 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 5255 sayılı İzmir Kentinde Yapılacak Dünya Üniversitelerarası Spor Oyunları (UNIVERSIADE) Kanunu ve 11.03.2005 tarih ve 25752 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 5312 sayılı Deniz Çevresinin Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Acil Durumlarda Müdahale ve Zararların Tazmini Esaslarına Dair Kanun ile değiştirilmiştir.

Ancak, ne kadar 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun “*Değişiklik Yapılması*” başlıklı 66 ncı maddesinde; bu Kanun hükümlerine ilişkin değişikliklerin, ancak bu Kanuna hüküm eklenmek veya bu Kanunda değişiklik yapılmak suretiyle düzenleneceği hükme bağlanmış ise de, değişik kanunlarda 4734 sayılı Kanunun uygulanmasına ilişkin doğrudan veya dolaylı hükümler mevcuttur. 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu’nun<sup>14</sup> Geçici 2 nci maddesi, 5393 sayılı Belediye Kanunu’nun<sup>15</sup> “*Gelecek Yıllara Yaygın Hizmet Yüklenmeleri*” başlıklı 67 nci ve “*Diğer Kuruluşlarla İlişkiler*” başlıklı 75 inci maddeleri ile 5387 sayılı Bankacılık Kanununun<sup>16</sup> “*Fonun*

<sup>13</sup> V.Arif ŞİMŞEK: “Türkiye’de Kamu Alımları Reform Süreci”, I. Uluslararası Kamu Alımlarında Saydamlık ve Verimlilik Sempozyumu (İstanbul, 27 Mayıs 2004), 56.

<sup>14</sup> 20.12.2003 tarih ve 25322 sayılı Resmi Gazete.

<sup>15</sup> 13.07.2005 tarih ve 25874 sayılı Resmi Gazete.

<sup>16</sup> Cumhurbaşkanı tarafından yayımlanması uygun bulunmayıp, bir kez daha görüşülmesi için TBMM’ne geri gönderildiğinden, yasalama işlemleri tamamlanmamış ve tezin teslim tarihi itibarıyla yürürlüğe girmemiştir.

*Kuruluş ve Bağımsızlığı*” başlıklı 111 inci maddesi hükümleri bu hususa en güzel örneklerdendir.

## **BİRİNCİ BÖLÜM**

### **KAMU ALIMLARI, KAMU İHALE KURUMU VE KAPSAM**

#### **I. Kamu Alımı ve Kamu İhalesi**

##### **A. Kamu Alımı**

Kamu alımı ile devlet anayasada belirtilen görevlerini yerine getirmek ve halkına hizmet sunmak için gerek duyulan ihtiyaçları tedarik etmeyi amaçlar. Kamu alımları, mal ve hizmet alımları ile yapım işleri ile ilgili kamu harcaması yapılmasını içermektedir.

Kamu alımlarında, saydamlık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik, gizlilik, kamuoyu denetimi, etkinlik, yolsuzlukların önüne geçilmesi, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılması mutlak hedef ve ilkelerdir.<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> 4734 sayılı Kanun “*Temel İlkeler*” başlıklı 5 inci madde.

Kamu alımı kavramını, kamu ihalesi kavramı ile karıştırmamak gereklidir. Kamu ihalesi, kamunun hem alımını hem de satımını içerdiğinden, kamu alımı kavramı ile bu tanımın ancak alıma ilişkin kısmı kastedilmektedir. İyi işleyen bir kamu ihalesi politikası, devlet kuruluşlarının daha yüksek kaliteli mal ve hizmeti daha düşük fiyata satın alabilmesini sağlar ve bu da etkin alımdır.

Kamu ihalesi politikası açık ve şeffaf rekabeti hedeflemelidir. Bu rekabet hem kamusal kaynakların daha etkin bir biçimde kullanılmasına yardımcı olur, hem de sağlanan hizmetlerin yüksek kalitede olmasını sağlar. Yolsuzlukların önüne geçilmesi ile oluşacak açık ve şeffaf ihale sistemi, yolsuzlukların ve kayırmaların önüne geçmek için en önemli araçtır. Yolsuzlukların önlenmesi kamu harcamalarını da azaltır. Açık ve şeffaf ihale politikası kamu idarelerine duyulan güveni artırır.

Bütün ülkelerde, kamu yetkilileri çoğu zaman başlıca mal ve hizmet alıcılarıdır. Bu alımlar, çok büyük çeşitlilik gösterdiğinden, kamu sektörünün alım kararları, bireysel firmalar için yaşamsal öneme sahip olmanın yanı sıra, bütün ekonomiyi de etkilemektedir. Kamu sektörü tarafından tek bir defada harcanan tutar, çoğu zaman, bir hane halkı veya şirket tarafından harcanan tutardan çok daha fazladır. Bunun sonucunda, sanayinin önünde çok cazip bir pazar açılmaktadır.

İhaleler rekabete açıldıkça, devlet alıcıları daha fazla sayıda mal kaynağından yararlanmaktadırlar. Dolayısıyla alıcılar, satıcılar rekabete girdiklerinden fiyat indirimlerinden avantaj sağlamaktadırlar. Uzun vadede arz tarafı da, araştırma ve geliştirme ve dağıtım masraflarının paylaşımı da dahil olmak üzere ölçek ekonomisi sonucunda tasarruf etmektedir.

Kamu alımları endüstriyel rekabetin önünü açmalıdır. Kamu alımları alanında politika belirgin şekilde tam ve açık rekabeti seçerek, ekonomik etkinliği sağlamak olmalıdır. Kamu alımlarında rekabet olması ekonominin tüm aktörlerinin menfaatinedir. Rekabete açık ihaleler, hükümetlerin kamu fonlarını daha etkin bir biçimde kullanmasını sağlamakta, endüstriye daha büyük ticari fırsatlar sunmakta ve tüketicilere kamu organlarına transfer edilen fonların daha etkin bir biçimde kullanılması ve sağlanan hizmetlerin yüksek standartta olması güvencesini vermektedir.

Bu durum, malların rekabete açık bir şekilde teslimini teşvik etmekte ve endüstriyi etkinliğini artırmaya zorlamaktadır. Aynı zamanda sanayide yeniliklerin benimsenmesini hızlandırmakta ve yatırımı ve gelişmeyi teşvik etmektedir. Buna ilave olarak, yerel ekonominin rekabet gücü arttıkça yurt dışında daha çok ihale kazanılabilmekte ve dünya pazarları içerisindeki pay artmaktadır. Kamu ihalelerinin rekabete açılması gerek kalite ve gerekse maliyet açısından en iyi sonuçları doğurarak, kamuya ait paranın daha etkin bir biçimde tahsisinin sağlanmasını mümkün kılmaktadır.

Buna karşılık korumacı bir kamu alımı politikasının sonucu ekonomik etkinliğin kaybı olmaktadır. Kamu alıcıları mal ve hizmetler için gerektiğinden daha yüksek fiyatlar ödemekte ve bunun da kamu kesimi açıkları üzerinde olumsuz etkileri olmaktadır. Kamu ihalelerinin gayri safi milli hasılanın önemli bir bölümünü oluşturduğu ülkelerde, artan kamu kesimi açıklarının zincirleme etkisi artan enflasyon oranı olacaktır. Bir diğer zararlı etki de, piyasaların bozulması ve satıcılar yenilik yapma ve yeniden yapılanma önlemleri için gerekli teşvik unsurunu kaybettikleri için, endüstriyel rekabet gücünün kaybolmasıdır.

Etkin kamu alımı etkin kamu yönetimini sağlar. Açık ve şeffaf ihale, sadece isteklilere daha fazla fırsat yaratmakla kalmamakta, aynı zamanda, kamu kaynağının, yozlaşmış görevliler ve dolandırıcılar tarafından suiistimal edilmesi önünde önemli bir engel teşkil etmektedir. Alımlarını açık bir şekilde gerçekleştiren bir kamu idaresi, isteklilerin bir iş ortağı olarak bu idareye duyduğu güvenin artmasına önemli katkıda bulunmaktadır. Aynı zamanda, bunun, ülkenin genel ticaret hukuku sistemine duyulan güveni artırarak yaratacağı daha geniş etkileri de mevcuttur.

Etkin kamu alımları neticesinde ortaya çıkan tasarrufların net etkisi, kamu harcamalarının azalmasıdır. Kamu maliyesinde daha iyi bir dengeye katkıda bulunmasının yanı sıra, azalan harcamalar, hızla gelişen ekonomiler üzerindeki enflasyonist baskıların da soğumasına yardımcı olmaktadır. Enflasyondaki düşüş ise, doğal olarak, ekonomik alanda daha fazla manevra imkanı sağlamaktadır.



Kamu ihale sistemi etkili bir biçimde uygulanıyorsa, bu toplumun farklı bütün kesimlerine olumlu bir şekilde yansiyacaktır. Vergi mükellefi vatandaşlar, vergilerinin yerinde kullanıldığından emin olacaklar, tüketiciler kamu hizmetlerinden en verimli ve uygun şekilde yararlanabilecekler, bürokratlar şeffaf bir sistemde açık kurallar rehberliğinde hareket edebilecekler ve dış yatırımcılar, açık ve adil rekabet ortamının etkisiyle yatırımlarını artıracaklardır.

Avrupa Birliğinin kamu alımlarını düzenleyen ihale mevzuatının temelini ise 1957 Roma Antlaşması oluşturmaktadır. Avrupa Topluluğu İhale Direktifleri (Mal Alımları Direktifi, Hizmet Alımları Direktifi, Yapım İşleri Direktifi, Şikayet Direktifi, Utilities<sup>18</sup> Direktifi) ile Avrupa Adalet Divanı İçtihadı ve Dünya Ticaret Örgütü Kamu Alımları Antlaşması bu mevzuatı tamamlamaktadır.

Direktifler, merkezi ve bölgesel kamu idarelerinin, enerji, su, ulaştırma ve telekomünikasyon alanında hizmet veren şirketlerin yaptıkları alımlarda uyulması gereken kuralları belirlemektedir.

Kamu hukukuna tabii kuruluşlar tanımında yer alan idarelerin satın alma işlemlerinde (eşik değerın üzeri) mal, hizmet ve yapım işleri için düzenlenmiş olan direktiflere, utilities sektöründe faaliyette bulunan kuruluşlarda ise AB Utilities Direktiflerine uygun şekilde alım yapmaları gerekmektedir.

Mal, hizmet ve yapım alanında üç ayrı direktif bulunmakta olup, eşik değerlerin üzerindeki alımlarda bu direktifler uygulanmaktadır. Eşik değerın altındaki alımlar ise, üye ülkelerin ulusal mevzuatına göre gerçekleştirilmektedir. Ancak üye ülkeler eşik değerın altındaki alımlar için AB Direktiflerinde yer alan temel ilke ve kuralları göz önünde bulundurmamak zorundadırlar

1957 Roma Antlaşması'ndan kaynaklanan ve kamu alımlarına dair AB Direktiflerinde yer alan temel ilkeler; tam rekabet (effective competition), şeffaflık (transparency), ayrımcılık yapmama (non-discrimination), tarafsızlık (objectivity), eşit muamele (equal treatment) ve orantılılıktır (proportionality).

---

<sup>18</sup> Utilities: Enerji, ulaştırma, su, telekomünikasyon ve posta sektörlerinde faaliyet gösteren kamu hizmet şirketleri.

Direktifler kapsamında olmayan alımlar; utilities alanındaki alımlar, uluslararası anlaşmalar gereği, farklı ihale usullerine tabi alımlar, istihdam sözleşmeleri, hizmet imtiyazlarının verilmesine ilişkin ihaleler, Roma Antlaşması'nın 296 ncı maddesinde belirtilen savunma ve güvenlikle ilgili alımlar ve AB eşik değerleri altındaki alımlardır.

Antlaşma'ya göre, malların ve hizmetlerin kamu kuruluşları tarafından temini için, ihaleler uluslararasına açık olmalı ve hizmetlerin serbest dolaşımını sağlamalıdır. AB hukukunda kamu alımlarında egemen olan iki temel ve anahtar ilke ayırım gözetmeme ve şeffaflıktır.

Ayırım gözetmeme ilkesi, malların, insanların, hizmetlerin ve sermayelerin serbest dolaşımının esas olduğu AB' nin temelidir. Bu ilke, alım yapan üye devletlerin, istekli olarak ortaya çıkan mallara, hizmetlere ve girişimcilere herhangi bir ulusal tercihte bulunmalarını yasaklamaktadır.

İkinci ilke olan şeffaflık ilkesi, kamu alımları ile ilgili bilginin bütün taraflara ve özellikle isteklilere ve istekli olabileceklere ulaşmasının sağlanması ve aynı zamanda bütün gerekli bilgilere ulaşma hakkı anlamına gelir.

Alım rejimi AB'de 1970'lerde tekrar düzenlediğinde, asıl amacın Avrupa Topluluğu yoluyla etkili bir pazar sağlamak olmuştur. AB uzmanları, ihale bilgilerine eşit ulaşmayı etkili bir şekilde sağlayan AB'nin artan pazarını katlayabileceği ve bunun da dolayısıyla ticareti ilerletebileceğini düşünmüşlerdir. Bunun nedeni, aslında, AB'nin, Dünya Ticaret Örgütü'nde devlet alımında şeffaflık konusundaki bu görüşmelerin yapılmasını teklif etmesidir. AB, 1960'lardaki Tokyo ve 1994'de sonuçlanan Uruguay Turundan bu yana kamu alımı konusunda çok taraflı kurallar seti için mücadele vermektedir.<sup>19</sup>

Avrupa'nın rekabet gücünün yükseltilmesi açısından, ihaleci kuruluşların ve iktisadi teşebbüslerin uzun zamandır istediği basitleştirmeyi ve değişiklikleri getiren yeni bir rejime gerek duyulması üzerine yeni direktifler çıkarıldı. Direktif bu yolu

---

<sup>19</sup> Paul VONDEREN: I.Uluslararası Kamu Alımlarında Saydamlık ve Verimlilik Sempozyumu Açılış Konuşması, 27.

açarken, aynı zamanda kamu sektörü alımında verimi ve üye ülkelerin iç pazarının işleyişini artırdı. Bu yeni Kanun ayrıca şeffaf ve de ayırım gözetmeyen şekilde ilk kez kullanılan elektronik kamu ihalesi için gerekli olan garantileri sağlamaktadır.<sup>20</sup>

AB hukukuna göre mal ve hizmetlerin ihale suretiyle temini Antlaşması kapsamında kalan bir ekonomik aktivitedir. Üye ülkelerin diğer ülke vatandaşlarına vatandaşlığa dayalı ayırım yapmalarını engelleyen Antlaşma'nın 12 inci maddesi, malların serbest dolaşımını temine yönelik 28 inci maddesi, hizmetlerin serbest dolaşımını temine yönelik 43 üncü maddesi ve kişilerin serbest dolaşımını temine yönelik 49 uncu maddesi düzenlemeleri kamu ihale alanında da tatbik edilmektedir. Bu hükümler milli ayrımcılığı yasaklamakta, üye ülke idarelerini, başka üye ülke isteklileri ile ürünlerine ayrımcılık yapmalarını engellemektedir. Bu anlamda, doğrudan veya dolaylı herhangi bir ayrımcılık yasaklanmış olup kabul edilmemektedir.<sup>21</sup>

Roma Antlaşmasının yetersizliği nedeniyle, AB 1971 yılından itibaren şeffaflığı ve standardı sağlamak, ayrımcılığı engellemek amacıyla birbirleri yerine geçen veya düzeltilen direktiflerle çözmeye çalışmıştır. Şeffaflığı ve kolay gözlem prosedürlerini kurmak ve üye ülkelerin eşit koşullarda adil rekabete erişimini sağlamak amaçlanmıştır. Şu ana kadar altı direktif önerilmiş ve bunlar iki gruba ayrılmıştır; Kamu Sektörü Direktifleri: mal, yapım ve hizmet teminine yönelik yapılacak alımları düzenleyen Direktifler ile su, enerji, ulaşım ve iletişim gibi sektörlerle ilgili alımları düzenleyen Direktif.

Ne var ki Antlaşma hükümleri, ihale piyasası açısından çoğu zaman istenen düzeyde şeffaflık ve korumayı sağlamadığından AB bu alanda Direktifler çıkartmıştır. Böylece belli mali eşik değerleri aşan ihalelerde üye ülkelerin tümünde tamamen yeknesak olmasa bile Direktiflerin hükümlerine uyumlu olan ulusal mevzuat oluşturulması hedeflenmiştir. 2004 yılı içerisinde yapım, mal ve hizmet ihalelerine ilişkin Direktifler Dünya Ticaret Örgütü'nün Kamu Alımları Antlaşmasıyla uyumu

<sup>20</sup> Lies MESSAUODİ: "Dünyada ve AB'de Kamu Alımlarındaki Son Gelişmeler; AB Perspektifinden Türkiye'de Kamu Alımları", I.Uluslararası Kamu Alımlarında Saydamlık ve Verimlilik Sempozyumu, 44.

<sup>21</sup> Servet ALYANAK: "Şikayet ve İnceleme Süreci" Kamu Alımlarında AB ve İngiltere' deki Düzenleme ve Uygulamalar, KİK yayını, Nisan 2005, 232.

sağlamak için değişiklikler yapılarak tek bir pekiştirilmiş Direktif içerisinde yeniden düzenlenmiştir.<sup>22</sup>

Direktifler kapsamında kalan bir ihalede, Direktif hükümlerinde konuya ilişkin bir düzenleme olmaması halinde, Antlaşma hükümlerinin bu boşluğu tamamlayıcı mahiyeti vardır. Ayrıca Antlaşmanın bu hükümleri, Direktif hükümleri kapsamında kalmayan ihaleler açısından, Direktif hükümlerinin uygulanamayacağı eşik değerlerin altında kalan ihaleler için AB mevzuatı olarak uygulanan tek hükümlerdir. Neticede, AB hukukuna göre, Direktif hükümlerinde ihale konusuna ilişkin bir düzenleme yok ise bu boşluğu ancak Antlaşma hükümleri doldurur.

AB İhale mevzuatının uygulaması iki seviyede gerçekleşir. Birinci aşamada, AB Hukukunun uygulama prosedürleri AB Komisyonuna tevdi edilmiştir. İkinci aşama ise ulusal yetkililere ve özellikle de ulusal denetim kurumlarına verilmiştir. İkinci aşama ulusal düzeyde heterojen bir hukuk yapısı olduğu için sorunlu bir aşamadır.<sup>23</sup>

AB'ye üye ülkelerin kamu sektöründeki satın alma işlemleri Kamu Alımlarına İlişkin AB Direktiflerine uygun şekilde yapılmaktadır. Bazı üye ülkeler bu hususta AB Direktiflerine uygun iç mevzuatlarını da yürürlüğe koymuşken, İngiltere'de kamu alımlarına ilişkin özel bir kanun mevcut olmayıp doğrudan AB Direktiflerine uygun olarak kamu alımları gerçekleştirilmektedir.

Direktiflerde Avrupa sınırları dahilinde yapılan mal, hizmet ve yapım işi alımlarında ulusal engellerin kaldırılarak, AB Topluluğu içerisinde, işin en düşük fiyata ve en uygun koşulları sağlayacak doğru istekliyi bulmaya yönelik düzenlemeler getirilmiştir. Direktifler, detaylı ilan ve ihale yöntemlerinin uygulanması ile mümkün olan maksimum rekabetin sağlanmasını hedeflemektedir.

Direktiflerde kamu alımları ile ilgili olan işlenen bir diğer başlık ise paranın değeri (value for money) konusudur. Bu kural ile en uygun satın alma politikasının saptanması, satın alma kurallarının kanunlara uygun şekilde uygulanarak ekonomik

---

<sup>22</sup> Servet ALYANAK: a.g.m., 233.

<sup>23</sup> Servet ALYANAK: a.g.m., 233.

faydaların elde edilmesi, gereksiz bürokrasinin azaltılması ve maliyetin düşürülmesi hedeflenmektedir. AB Komisyonu, üye ülkelerin AB Kamu alımlarına ilişkin müktesebatının uygulanması konusuna öncelik vermektedir.

Üye ülkelerden Avusturya örneğine baktığımızda, bu ülkenin ihale mevzuatının çerçevesini, Eylül 2002 tarihli Federal İhale Kanunu, Basın Yayın Yönetmeliği, Harçlar Yönetmeliği ve şikayetlerle ilgili çeşitli kanunlar oluşturmaktadır. Kamu ihalelerine karşı yapılacak şikayetlerle ilgili kurum ve kuruluşlar; eyalet senatoları, Federal İhale Kurumu, Federal İhale Tahkim Komisyonu, Adli Mahkemeler, İdare Mahkemesi, Yargıtay, Anayasa Mahkemesi ve AB Adalet Divanıdır. İhale sürecindeki işlemlere ilişkin olarak taraflar, Federal İhale Kanununun 159-161 inci maddelerde düzenlenen tahkim görevini üstlenmiş Federal İhale Kontrol Komisyonuna başvurabilecekleri gibi, ihale sürecine ilişkin şikayetleri incelemekle görevli Federal İhale Kurumu'na da başvurabilirler.<sup>24</sup>

Federal İhale Tahkim Komisyonu'nun görevi arabuluculuk olup, kararları bağlayıcı değildir. Federal İhale Tahkim Komisyonu'nun senatoları bir başkan ve iki üyeden oluşmaktadır. Başkan ve üyeler hakim bağımsızlığına sahiptir. Senato üyeleri federal hükümetin teklifi üzerine devlet başkanı tarafından beş yıllığına atanırlar. Süresi sona erenlerin tekrar atanması mümkündür.

Federal İhale Kanununun 162 nci maddesinde, Avusturya Federal İhale Kurumu'na (Bundesvergabeamt) ihale sürecine ilişkin şikayet başvuruları üzerine; ara kararların alınması, şikayet konusuna ilişkin ihaleyi yapan kurum veya kuruluşun mevzuata aykırı kararlarının iptali, ihalenin karara bağlanmasından sonra, ihale dokümanına uygun şekilde ihalenin en düşük teklif veya ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibinin üzerinde bırakılıp bırakılmadığı, bu durumda ihaleyi yapan kurum veya kuruluşun veyahut ihale üzerinde bırakılan isteklinin talebi üzerine, ihale sürecinde alınan kararların mevzuata uygun olması halinde dahi, ihalenin şikayet sahibinin üzerinde bırakılmasına imkan bulunmadığının tespiti, iptal edilen ihalenin mevzuat ihlali sebebiyle hukuka aykırı olarak iptal edilip edilmediğinin tespiti, bu durumda ihaleyi yapan kurum veya kuruluşun talebi üzerine, ihale sürecinde alınan

---

<sup>24</sup> Adnan GÜRKAN: AB Müktesebatında Kamu Alımları İhale Süreci, yayımlanmamış makale.

kararların mevzuata uygun olması halinde dahi, ihalenin şikayet sahibinin üzerinde bırakılmasına imkan bulunmadığının tespiti, ihalenin karara bağlanmasından sonra, doğrudan temin usulünün doğru olarak seçilip seçilmediğinin incelenmesi görevleri verilmiştir.

Anılan Kanunun 163 üncü maddesine göre; bu Kanuna tabi olarak bir sözleşme akdedilmesinde menfaati bulunan ve ihale sürecinde hukuka aykırı olarak tesis edildiğini iddia ettiği işlemler sebebiyle zarara uğrayan veya zarara uğraması muhtemel olan bir müteşebbis, hukuka aykırı olduğunu iddia ettiği işlemlerin incelenmesini talep edebilir.

Kanunun 164 üncü maddesine göre ise; bu Kanuna tabi olarak bir sözleşme akdedilmesinde menfaati bulunan ve ihalenin hukuka aykırı olarak karara bağlanması sebebiyle zarara uğradığını iddia eden bir müteşebbis; doğrudan temin usulünün doğru olarak seçilmediği, ihale dokümanına uygun şekilde ihalenin en düşük teklif veya ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibinin üzerinde bırakılmadığı, ihalenin mevzuat ihlali sebebiyle hukuka aykırı olarak iptal edildiği hususlarının tespitini talep edebilir.

İtalyan sisteminde ise; şikayet sahibi doğrudan idari yargıya gitmektedir. İtalya'da idari yargı, bölge idare mahkemeleri ve temyiz mahkemesinden meydana gelmektedir. İtalya'da kamu alımları sisteminde, ihale sürecindeki iş ve eylemlerden zarar görenlerin şikayet süreci ile hak araması idari yargıya başvuru ile mümkün olmaktadır.

Ayrıca halihazırda yapım işleri alımlarını, bağımsız idari otorite olarak örgütlenmiş Kamu Yapım İşleri Kurumu (Public Works Authority- PWA) idari açıdan denetlemektedir. Kamu Yapım İşleri Kurumu tam bir bağımsızlık ve özerklikle çalışan, bağımsız bir kurul olarak yapılandırılmış bir kuruluştur. Kanunla yapım işlerinin uygulanmasının denetimi için 1994 yılında oluşturulmasına rağmen aktif olarak Ocak 1999 yılında faaliyete başlamıştır. Kuruma yapım işlerinin kamu idareleri tarafından doğru, usulüne uygun ve zamanında, etkin ve şeffaf bir şekilde gerçekleştirilmesi ile

paranın değerinin karşılığının sağlanması için genel bir denetim ve gözetim yetkisi verilmiştir.<sup>25</sup>

Mal ve hizmet alımlarına ilişkin olarak denetim yapacak KİK benzeri ayrı bir bağımsız otorite kurulması çalışmaları halihazırda sürmektedir.

İdari yargıya gitmeden önce, ihaleyi yapan idareye veya KİK benzeri bir kuruma başvurulmasına ilişkin bir düzenleme veya yapılanma mevcut değildir.

Şikayetçi olayın farkına vardığı tarihten itibaren altmış gün içinde idari yargıya şikayet başvurusunda bulunabilir. Şikayet, idari yargı prosedürü izlenerek sonuçlandırılmaktadır. İhaleyi yapan idarenin, mahkemenin yürütmeyi durdurma kararı haricinde, süreci içinde mahkemeye başvurulduğunu bilse bile, sözleşmeyi imzalamasında herhangi bir sınırlama yoktur. İdare mahkemesi hukuka uygun olmayan bir karar veya düzeltici işlemle giderilemeyecek zararların varlığı halinde ya ihale kararının iptaline veya tazminata hükmeder. İmzalanmış sözleşmelere ilişkin uyuşmazlıkların sonuçlandırılmasında idari yargı dışında tahkim (arbitration) imkanı da mevcuttur.

## B. Kamu İhalesi

İdari sözleşmelerin aktedilmesi, yani idare ile karşı tarafın iradelerinin uyuşması ile kamu ihalesi oluşur.<sup>26</sup>

İhale hukuki bir işlem olup, organik bakımdan idari, maddi bakımdan şart işlem niteliğindedir. İdare şart gerçekleşince işi ihaleyi kazanana vermek zorundadır.<sup>27</sup>

Kanunlarımızda *ihale* kavramına, 2886 sayılı Devlet İhale Kanununda, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununda ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu olmak üzere üç farklı Kanunda yer verildiği için, ihale kavramının, kamu alımları ile kamunun

<sup>25</sup> Ahmet ÖZBAKIR ve arkadaşları: İtalya ile Türkiye Arasında Yapılan Twinning Projesi Kapsamındaki KİK İtalya Raporu, Temmuz 2005, 3.

<sup>26</sup> Kemal GÖZLER: a.g.e., 94.

<sup>27</sup> Bahtiyar AKYILMAZ: İdare Hukuku, (Konya 2004), 317.

satım, kiraya verme, trampa ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi gibi gelir getirici işlemlerini ifade ettiğini belirtmek zorunludur.

Buna göre, 4734 sayılı Kanun açısından, “ihale”; 4734 sayılı Kanunda yazılı usul ve şartlarla mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve ihale yetkilisinin onayını müteakip sözleşmenin imzalanması ile tamamlanan işlemler olarak tanımlanmıştır.

Başka bir ifade ile ihale, zincir işlemler yoluyla gerçekleştirilen bir süreçtir.

Kanunda sayılan usuller; açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü ve pazarlık usulüdür. Doğrudan temin ise her ne kadar Kanundaki tanımında usul olarak geçmekte ise de, yapılan değişiklikle ihale usulü olmaktan çıkarılmıştır.<sup>28</sup>

*Açık ihale usulü*, bütün isteklilerin teklif verebildiği usul,

*Belli istekliler arasında ihale usulü*, ön yeterlik değerlendirmesi sonucunda idare tarafından davet edilen isteklilerin teklif verebildiği usul,

*Pazarlık usulü*, 4734 sayılı Kanunda belirtilen hallerde kullanılabilen, ihale sürecinin iki aşamalı olarak gerçekleştirildiği, idarenin ihale konusu işin teknik detayları ile gerçekleştirme yöntemlerini ve belli hallerde fiyatı isteklilerle görüştüğü usul,

*Doğrudan temin*, Bu Kanunda belirtilen hallerde ihtiyaçların, idare tarafından davet edilen isteklilerle teknik şartların ve fiyatın görüşülerek doğrudan temin edilebildiği usul olarak tanımlanabilir.

Kamu alımının konusunu ise mal alımı, hizmet tedariki ve yapımdan oluşur.

*Mal*, satın alınan her türlü ihtiyaç maddeleri ile taşınır ve taşınmaz mal ve haklardır.

<sup>28</sup> 4734 sayılı Kanunun “Uygulanacak İhale Usulleri” başlıklı 18 inci maddesinin (d) bendinde zikredilen “doğrudan temin”, 15.08.2003 tarih ve 25200 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 4964 sayılı Kanunun 12 nci maddesi ile mülga olmuştur.



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

*Yapım* ise, mal ve hizmetlerden oluşmakla birlikte Kanuna uygun olarak saymak gerekirse; bina, karayolu, demiryolu, otoyol, havalimanı, rıhtım, liman, tersane, köprü, tünel, metro, viyadük, spor tesisi, alt yapı, boru iletim hattı, haberleşme ve enerji nakil hattı, baraj, enerji santrali, rafineri tesisi, sulama tesisi, toprak ıslahı, taşkın koruma ve dekapaj gibi her türlü inşaat işleri ve bu işlerle ilgili tesisat, imalat, ihzarat, nakliye, tamamlama, büyük onarım, restorasyon, çevre düzenlemesi, sondaj, yıkma, güçlendirme ve montaj işleri ile benzeri yapım işleridir.

Kamu alımı sözleşme ile nihayete erer. *Sözleşme* ise mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinde idare ile yüklenici arasında yapılan yazılı anlaşmadır.

## **II. BİO'LAR VE KİK**

### **A. BİO'ların Özellikleri**

Farklı usul ve esaslarla düzenlenmiş olsa da, temelde devlet yönetimini elinde bulunduran siyasi organlardan bağımsız, temel hak ve özgürlükler ile ekonomik konularda kendine ait karar alma mekanizmaları olan yetkileri kullanarak, devletin de aktör olduğu sektörler dahil düzenleme, denetim ve gözetim görevi yürüten yapıların öğretilde Bağımsız İdari Otorite (BİO) olarak tanımlanmış iken, Türkiye'de BİO'ların devletin ekonomiye direk müdahalesinin, liberalleşme çabalarıyla son bulduğu veya

iyice azaldığı sektörlerle yönelik denetleme ve düzenleme amacıyla kurulduklarını görüyoruz.<sup>29</sup>

BİO'ların başlıca işlevleri faaliyet gösterdikleri alanlarda düzenleme yapmak, piyasa aktörlerinin düzenleme kurallarına uygun faaliyet yapıp yapmadıklarını gözetimini ve denetimini yapmak, aykırılık tespit ettikleri durumlarda yaptırım uygulamak, piyasa aktörlerinin uyuşmazlıklarında hakemlik görevi üstlenmek ve piyasaları geliştirmek için araştırma yapmak ve danışmanlık hizmeti sunmaktır.<sup>30</sup>

BİO'ların en önemli özellikleri regülasyon, özerklik ve bağımsızlıktır.

## 1. Regülasyon

Regülasyon; belli bir faaliyete ilişkin olarak oyunun kurallarının belirlenmesi, bu kurallara riayetinin sağlanması ve sektörü veya bir alanı düzgün bir rekabet ortamına ve çoğulcu bir yapıya doğru sevk etme olarak, yani sırasıyla düzenleme, denetim ve yönlendirme olarak tanımlanabilir.<sup>31</sup>

Deregülasyon ise; kamu gücü kullanılan sınırı belirsiz bir regülasyon yerine piyasa şartlarından kaynaklanan doğal ve yumuşak bir müdahalecilik olup, piyasanın kendi kurallarının varlığını engelleyici nitelikteki katı regülasyonu ortadan kaldırma amaçlıdır.<sup>32</sup>

Regülasyonun nedenlerine ve özellikle kamu alımlarında neden regülasyona ihtiyaç duyulduğunu anlayabilmek için öncelikle kamu hizmeti kavramı üzerinde durulması gerekmektedir. Kamu hizmeti devletçe kısmen veya bütünüyle üretim ilişkileri alanının zorunluluklarından bağışık kılınarak üstlenilen ve kamu alanına dahil edilen faaliyetlerdir.<sup>33</sup>

<sup>29</sup> M.Atilla ŞAHİN: "Türkiye'de Kamu Alımları Sektöründe Kamu İhale Kurumu'nun Yeri, Önemi ve Fonksiyonu", I.Uluslararası Kamu Alımlarında Saydamlık ve Verimlilik Sempozyumu, 181.

<sup>30</sup> Uğur EMEK, Ünal ZENGİBOZ ve Muhittin ACAR: Bağımsız Düzenleyici Kurumlar ve Türkiye Uygulaması, TÜSİAD yayınları (İstanbul Aralık 2002), 179.

<sup>31</sup> Ali ULUSOY: Bağımsız İdari Otoriteler, (Ankara 2003), 21.

<sup>32</sup> Ali ULUSOY: a.g.e., 25.

<sup>33</sup> Onur KARAHANOGULLARI: Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), (Ankara 2002), 54.

## 2.Özerklik

BİO'ların özerk olabilmeleri için idari etkinlik ve mali destek alanlarında bazı gerekleri bünyesinde barındırmalıdır. BİO'ların özerk sayılabilmesi için kurumsal yapılanmada ve karar vermede bağımsız hareket edebilme yeteneğine sahip olmaları gerekmektedir. Özel kanunları ile kurulmuş olan ve tüzel kişiliği haiz bu kurumların kanunlarla belirlenmiş faaliyet alanları içinde kendi başına karar alabilmesi, düzenleme yapma, bunları yürütme yetkilerinin bulunması ve örgütsel iç yapılanma, personel alımı, bütçe yapımı ve harcamaya ilişkin konularda kendilerinin karar vermeleri nedeniyle özerk yapılı idarelerdir.<sup>34</sup>

Özgürleştirme sürecinin bir gereği olarak, BİO'ların hareket yeteneğini güçlendirmek ve işlevlerini yerine getirmelerine imkan sağlamak amacıyla giderleriyle orantılı bir gelir sağlanmalıdır. BİO'lara sağlanan parasal destek çoğu zaman kanunlarla güvence altına alınarak, siyasi iktidarların bunların kararlarını dolaylı yoldan etkilemelerinin önüne geçilmeye çalışılmaktadır.

## 3. Bağımsızlık

BİO'ların "*bağımsızlık*" sıfatı, merkezi idare karşısındaki konumlarını korumak, güçlendirmek ve sağlamlandırmak için gereklidir.<sup>35</sup> BİO'lar üzerinde en fazla tartışma doğuran konulardan biri olan bağımsızlığı, idari bağımsızlık olarak nitelendirdiğimizde, bu idari bağımsızlık hem organları hem de işlevleri üzerinde siyasi iktidarın veya diğer idari mercilerin denetimi altında olmamak anlamına gelmektedir.

Düzenleme, denetim, gözetim ve yaptırım işlevlerini, çıkar gruplarının (siyasi iktidar, bürokrasi ve düzenleme alanındaki şirketler veya bunların temsilcisi sivil toplum örgütleri) etkisinde kalmaksızın yerine getirebilmeleri için, bunlara yargı benzeri bir bağımsızlık verilmektedir.<sup>36</sup>

<sup>34</sup> Müslüm AKINCI: Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman, (İstanbul 1999), 109.

<sup>35</sup> Müslüm AKINCI: a.g.e., 101.

<sup>36</sup> Müslüm AKINCI: a.g.e., 101.

Bu anlamda, BİO'lar açısından bağımsızlık; yargılama, karar verme, danışma, bilgi verme ve soruşturma yapma gibi faaliyetlerinin yerine getirilmesinde başkalarına bağımlı olmamayı gerektirmektedir. BİO'ların idari bağımsızlığı özerkliğin daha ileri bir uygulaması ve hali olduğu görülmektedir.

BİO'ların bağımsızlıklarından asıl anlaşılması gereken, üyelerinin ve personelinin her türlü siyasi baskı, etki ve telkinden arındırılmış bir statü güvencesi taşımasıdır. Bu kurumlar, idari ve mali özerkliğe sahip olmakla, gerek kamu makamlarının gerekse temsil ettikleri özerk örgütlerin baskı, yönlendirme ve etkilerinden korunmuş olmaktadır. BİO'ların idari bağımsızlığının organik bağımsızlık ve işlevsel bağımsızlık olarak iki ayrı alanda incelendiği de görülmektedir.

Organik bağımsızlık, BİO'ların karar mercilerinde çalışanların, genellikle kurul üyelerinin bazı güvencelerle garanti altına alınmaları, işlevsel bağımsızlık ise BİO'ların işlem ve eylemleri üzerinde yürütme organına dahil birimlerin bu eylem ve işlemlerinin geçersizliği sonucunu doğuran bir yetkiye sahip olmaması anlamına gelmektedir.

BİO'ların organik bağımsızlıklarını teminat altına almayı sağlayan unsurlar; BİO'ların teşkilat kanunlarında görev ve yetkilerini düzenlemek, BİO'ları bakanlık teşkilatı ve kontrolü dışında kanun ile kurmak, Kurul üyelerinin atamasında her BİO için değişebilecek standartlar koymak, Kurul üyelerinin görev sürelerini genel siyasi seçimlere paralel düzenlememek, Kurul üyelerinin tamamının aynı anda değişimini engellemek, BİO'lara kendi başına düzenleme yapma ve uygulamaları yönlendirme görev ve yetkisini vermek, genel ve katma bütçe dışı özel bir bütçe oluşmasına olanak sağlamak, BİO personelinin düzenledikleri alandaki özel sektör ücretlerine yakın maddi imkan sağlamak ve siyasi partilere üye olanların kurul üyeliği ve personel olarak çalışmasının sınırlandırılmasıdır.

BİO'ların işlevsel bağımsızlığı ise, bu kurumların işlem ve eylemleri üzerinde yürütme organına dahil birimlerin bu eylem ve işlemlerin geçersizliği sonucunu doğuran hiçbir doğrudan yetkiye sahip olmaması anlamına gelir. BİO'ların işlevsel özellikleri düzenleme, denetleme, gözetim, yaptırım uygulama ve uyuşmazlık çözme konularında kendini göstermektedir.

Öncelikle bu kurumların kamu tüzel kişileri olmaları sebebiyle düzenleme yetkisi kullanmaları, bir başka ifade ile yönetmelik, tebliğ vs. çıkarmak gibi düzenleyici işlem yapmaları doğaldır. Hatta, kamulaştırma yetkisi de kamu tüzel kişilerine tanınan bir yetki olduğundan, BİO'lar bu yetkiyi de kullanabileceklerdir. Ancak BİO'lar bu düzenleme yetkisini kullanırken tamamen bağımsız değillerdir. Bu yetki, kanuni düzenleme ile sınırlı, onu tamamlayıcı ve ona bağlı bir yetki olarak kendisini göstermektedir.

## B. BİO'ların Türleri

Ülkemizde; Rekabet Kurumu (RK), Sermaye Piyasası Kurulu (SPK), Radyo ve Televizyon Üst Kurulu (RTÜK), Telekomünikasyon Kurumu (TK), Bankacılık Denetleme ve Düzenleme Kurumu (BDDK), Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (EPDK), Kamu İhale Kurumu (KİK), Şeker Kurumu (ŞK), Türk Patent Enstitüsü (TPE), Tütün, Tütün Mamülleri ve Alkollü İçkiler Piyasası Düzenleme Kurumu (TTMAİPDK) gibi BİO örnekleri mevcuttur. BİO'lar, karar organlarının şekline, yaptıkları regülasyonun özelliğine ve faaliyet alanlarına göre üç ayrı şekilde sınıflandırılabilir.<sup>37</sup>

Karar organlarının şekline göre ayırım, karar organının Kurul olup olmamasına göredir. Ülkemizde BİO'ların büyük çoğunluğunun karar organları kurul şeklinde olup (SPK, RTÜK, BDDK, RK, EPDK, KİK gibi) istisna olarak Türk Patent Enstitüsünün karar organı kurul değil Enstitü Başkanıdır.

BİO'lar genel veya özel nitelikte regülasyon yapıp yapmadıklarına göre de ikiye ayrılırlar. Kamu İhale Kurumu ve Rekabet Kurumu, belli bir sektörle sınırlı olmaksızın kendi faaliyet alanlarında bütün sektörlerle ilişkin karar alabilen kurumlardır. BDDK, SPK, EPDK, RTÜK ve Şeker Kurumu gibi kurumlar ise özellikle tek bir sektörle ilgilenen ve regülasyonda bulunan BİO'lara örneklerdir.

BİO'ların faaliyet alanlarına göre ayırım ise; temel hak ve özgürlükler alanı ile ekonomik alanda alanında faaliyet göstermelerine göre ikiye ayrılarak incelenebilir.

---

<sup>37</sup> Ali ULUSOY: a.g.e., 11.

Temel hak ve özgürlükler alanında faaliyet gösterenlere ülkemizde ilk örnek RTÜK olup, başka ülkelerde kişisel bilgilerin gizlenmesi ve korunması, idareden bilgi edinimini düzenleyen BİO'lar bulunmaktadır. Ülkemizdeki diğer BİO'ların tamamı ekonomik alanda faaliyet gösterenler arasında sayılabilir. Bu ayrımlar çok net çizgiler içermediğinden olmadığından sadece pedagojik açıdan bir ayırım olarak algılamak daha yararlı olacaktır.

### C. BİO'ların Denetimi

BİO'ların idari ve mali bağımsızlığa sahip olması, görevlilerin yetkilerini yanlış ve kötüye kullanarak, keyfi işlem ve eylem yapmalarına imkan vermez. Bağımsızlık zorunlu olarak bütün denetimlerin bulunmaması anlamına gelmemektedir. Bir yetkiyle donatılmış, idari yaptırımlar uygulayan ve devletin gelirlerini kullanan bütün kuruluşlar değişken nitelikli üçlü bir denetimin konusunu oluşturabilmektedir. Bunlar, siyasi, mali ve yargısal denetimlerdir. Buna karşılık BİO'lar bu anlamda özgünlüklerinin ifadesi olarak hiyerarşik niteliği ne olursa olsun bir vesayet denetiminin dışındadır.<sup>38</sup>

Ancak, BİO'ların varlık sebebinin gereği olarak, bir BİO ne kadar denetime tabi değil ise o kadar BİO'dur. Bu manada regülasyon işlevi ile BİO'ların denetimi ters orantılıdır.

BİO'ların denetimi konusu ilk olarak incelenmesi gereken konu, harcamaların denetimidir. Doktrindeki tartışmalar bir tarafa bırakılacak olursa, bir kamu tüzelkişisi olan BİO'ların, harcamaların mutlaka denetlenmesi ve bu denetimin de her yıl periyodik olarak yapılması gerekir. Kamu parası harcayan bir kurumun, özerk bile olsa, parasal işlerinin denetim dışı kalması, dünyanın hiçbir yerinde düşünülmemektedir.

Bu hususta temel ilke, kamu parasını kullanan kim ve hangi kurum olursa olsun, bu kurumun bir başka kurumca denetlenmesidir. Bu denetim, BİO'ların özerkliklerine ve bağımsızlıklarına aykırı değildir. BİO'ların denetiminin daha geniş bir bakış açısı olan "*hesap verebilirlik*" temelinde ele alınması gereklidir. BİO'lar,

<sup>38</sup> Ender Ethem ATAY: "Fransız İdare Hukukunda Bağımsız İdari Otoriteler (BİO'lar): Rekabet Konseyi", Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları 6, 74.

TBMM'ye hesap veren ve TBMM tarafından hesapları denetlenen birer kuruluş olmalıdırlar. Hesapların denetimini TBMM adına Sayıştay yapabilir ve düzenlenen rapor TBMM'de tartışılıp, karara bağlanabilir.

İngiltere'de ise İngiliz Sayıştay'ı diyebileceğimiz National Audit Office, Parlamento adına merkezi hükümet harcamalarının tüm yönlerini ve kamu hizmetlerinin performansını denetlemektedir. Mali denetim yanında katma değer sağlanması incelemeleri de yapılmakta ve çalışmalar sırasında tespit edilen olumlu uygulamaların yayılması ile geliştirilmesi sağlanmaktadır. Ofis tarafından kamu alımlarının nasıl katma değer artışı sağladığının denetlenmesi gerektiği hususunda bir rehber hazırlanmıştır.<sup>39</sup>

Ayrıca BİO'larda hesap verebilirlik kavramı, bu kurumların performansları açısından hesap verebilirlikleridir. Bu tür hesap verme, hükümete ve politikacılara hesap vermenin yanı sıra topluma (kamuoyuna, sektöre) faaliyetleri, işlemleri ve başarısı hakkında hesap vermeyi de kapsamaktadır.

Öte yandan bu kuruluşlar, kural olarak, merkezi idarenin hiyerarşik veya vesayet denetimleri dışında kalmaktadırlar. Ancak Türk hukuk sisteminde bu kurumlar, kendi kanunlarında belirli bir bakanlık ile “*ilgili*” veya “*ilişkili*” olarak nitelendirilmektedirler. “*İlgili kuruluş*” kavramı 3046 sayılı Kanunda “özel kanun veya statü ile kurulan, iktisadi devlet teşekkülleri ve kamu iktisadi kuruluşları ile bunların müessese, ortaklık ve iştirakleri veya özel hukuki, mali ve idari statüye tabi, hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşları” olarak tanımlanmıştır.

Fakat mevzuatımızda “*ilişkili kuruluş*” kavramının bir tanımı olmadığı gibi, ne amaçla kullanıldığı hususuna söz konusu kurum ve kurulların kanunlarına ilişkin gerekçelerde de yer verilmemiştir. Bu kavramın, BİO'ların da bir şekilde merkezi idare ile ilişkilendirilmesi, ancak ilgili ya da bağlı kuruluş olmaması gereğinden kaynaklanan pratik bir formül olduğu ve BİO'ların bağımsızlığını zedelemekten onların TBMM ve Bakanlar Kurulu ile ilişkilerini düzenleme amaçlı olduğu anlaşılmaktadır.

---

<sup>39</sup> [www.nao.gov.uk/guidance/vfmprocurementguide](http://www.nao.gov.uk/guidance/vfmprocurementguide)

BİO'larla ilgili kanun tasarılarının Bakanlar Kurulu'nda görüşülmesi, TBMM'de kanun tasarı ve tekliflerinin görüşülmesi, Başkan ve üyelerin soruşturma izninin verilmesi ve personelin ücretleri, mali ve sosyal hakları ile ilgili olarak ilgili BİO'nun temsilcisi olması saikiyle ilişkili olunan Bakanlık kavramı kullanılmıştır.

Nitekim, esas komisyon olarak, TBMM Plan ve Bütçe Komisyonunda bulunan 22 nci Dönem 2 nci Yasama Yılı 1/866 esas nolu, "*Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar Hakkında Kanun Tasarısı*"nın "*tanımlar*" başlıklı 3 üncü maddesinde;

İlişkili bakanlığın; düzenleyici ve denetleyici kurumların Bakanlar Kurulu ile ilişkilerine aracılık etmek ve işbu tasarinin kanunlaşması halinde işbu kanun çerçevesinde belirlenen yetkileri kullanmak üzere ilgili kurumun kuruluş kanununda öngörülen bakanlığı ifade ettiği düzenlenmiştir.

Türkiye'de BİO'ların özellikle idari ve mali açıdan denetimi konusu; 4743 sayılı Mali Sektöre Olan Borçların Yeniden Yapılandırılması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun<sup>40</sup> "*Denetim*" başlıklı 7 nci maddesi Anayasa Mahkemesinin kararı 25.06.2002 gün ve E:2002/31,K:2002/58 sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Ancak söz konusu karar Resmi Gazete'de henüz yayımlanmamış olduğundan Anayasanın 153 üncü maddesi uyarınca sözü edilen 7 inci madde hükmü halihazırda yürürlükte bulunmakta ise de sözü edilen uygulama ile Anayasa'da öngörülen idari ve mali yöntemler dışında ayrı bir denetim mekanizmasının oluşturulduğu görülmektedir.

## 1. Yargısal Denetim

BİO'larda bir çok sorunun çıkmasına sebebiyet veren olgu, yapısal bir denetimin varlığıdır. Bir BİO eğer yargı denetimi bağımsızlığından yararlanıyorsa, yazarların bir kısmına göre; gerçek anlamda bir bağımsızlığa sahip olduğundan bahsedilebilir.<sup>41</sup>

<sup>40</sup> 31.01.2002 tarih ve 24657 (1.Mükerrer) sayılı Resmi Gazete.

<sup>41</sup> Ender Ethem ATAY: Fransız İdare Hukukunda Bağımsız İdari Otoriteler ve Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu, Yayınlanmamış Doçentlik Çalışması, 261.



BİO'ların yargı denetimine tabi tutulup tutulmaması ve yargısal denetimin sınırlarının ne olacağı hukuk sistemlerinde tartışma konusu olmuştur.<sup>42</sup> Fransız yargısının, BİO'ların kararları üzerinde esasa ilişkin olarak prensipte sınırlı bir denetim yaptığı ve kurumların belirli teknik alanlarda uzmanlaşmış olmaları nedeniyle, kararlarında sadece bariz değerlendirme hatası söz konusuysa esasa girdiği ve sadece temel hak ve özgürlükleri doğrudan ilgilendiren durumlarda tam bir esas incelemesi yaptığı söylenebilir.

Türkiye'de ise Danıştay, BİO'ları sıradan bir idari mercii olarak görmekte, inceleme yöntemi ve yargısal denetimin yoğunluk derecesinde bu kurumlara herhangi bir ayrıcalık tanımamakta, bazı hallerde kurum kararlarının yerindeliğini her yönüyle denetlemektedir.

## **2. Siyasal Denetim**

BİO'ların bağımsızlıkları, siyasal anlamdaki bir denetimin olmamasını; bu otoritelerin siyasal güçlere karşı temel bir özelliğini ifade etmektedir. Siyasi güçler BİO'ların bağımsızlıklarına saygı göstermek zorundadır. Ancak, denetim araçlarından ve bu kuruluşların işlemesi üzerinde değerlendirmede bulunma yetkisinden mahrum değillerdir.<sup>43</sup>

## **3. İdari ve Mali Denetim**

İdari ve mali denetime ilişkin olarak, BİO'ların regüle ettikleri sektöre veya alana ilişkin işlemleri ile kendi iç işlemlerine dair işlemler arasında net bir ayırım yapılmalıdır. BİO'ların düzenleme, denetleme ve yönlendirme faaliyetinde buldukları sektöre ve alana ilişkin olarak tesis ettikleri işlemlerden dolayı idari denetime tabi tutulmamaları gerekmektedir.<sup>44</sup>

---

<sup>42</sup> Ali ULUSOY: a.g.e., 47.

<sup>43</sup> Ender Ethem ATAY: a.g.t., 76.

<sup>44</sup> Ali ULUSOY: a.g.e., 69.

Bütçe ödenekleriyle ve istisnai olarak kendine özgü kaynaklardan beslenen BİO'lar fonlarının kullanımını açıklamak, temize çıkarmakla yükümlü ve kamu maliyesine ilişkin kurallara uymak zorundadırlar. Genel olarak kamusal harcamalar a priori olarak mali bir denetimin konusunu oluşturmaktadırlar.<sup>45</sup>

İdari denetim, yargısal denetim öncesi ve yargısal denetime tabi olmak koşuluyla, idarenin bütünlüğü ilkesi gözetilerek, idari işlemlerin hukuka uygun tesisini sağlayacak önemli ve etkin bir araçtır.

#### 4. KİK'in İdari ve Mali Denetimi

4734 sayılı Kanunun; 53 üncü maddesinin (k) bendinde; Kurumun giderlerinin, Kurul kararıyla yürürlüğe giren yıllık bütçeye göre yapılacağı, Kurumun bütçe yılının takvim yılı olduğu, bütçenin, bütçe yılının başlamasından önceki otuz gün içinde hazırlanacağı, Kurumun bütçe uygulama sonuçlarına ilişkin yıllık malî raporu ve bütçe kesin hesabının Bakanlar Kurulu Kararı ile ibra edileceği, Kurumun yıllık hesapları ile gelir ve harcamalarına ilişkin iş ve işlemlerinin, Sayıştay denetimine tâbi olduğu,

66 ncı maddesinde, bu Kanun hükümlerine ilişkin değişikliklerin, ancak bu Kanuna hüküm eklenmek veya bu Kanunda değişiklik yapılmak suretiyle düzenleneceği, hükümleri getirilmiştir.

4743 sayılı Mali Sektöre Olan Borçların Yeniden Yapılandırılması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun "*Denetim*" başlıklı 7 nci maddesinde; özel kanunlarla kurulmuş kamu tüzel kişiliğini ve idari ve malî özerkliği haiz kurul, üst kurul ve bunlara bağlı kurumların yıllık hesapları Başbakanlık tarafından belirlenen Başbakanlık müfettişi, Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu denetçisi ve maliye müfettişinden oluşan bir komisyon tarafından denetleneceği öngörülmüştür.

---

<sup>45</sup> Ender Ethem ATAY: a.g.t., 76.

Bu madde kapsamındaki kurul, üst kurul ve bunlara bağlı kurumların faaliyetleri hakkındaki yıllık rapor, her yılın mayıs ayı sonuna kadar Bakanlar Kurulu'na sunulur. Bu kurul ve kuruluşlar faaliyetlerine ilişkin olarak yılda bir defa TBMM Plan ve Bütçe Komisyonu'nu bilgilendirir.

Yine bu kapsamdaki kurul, üst kurul ve bunlara bağlı kurumlar 6245 sayılı Harcırah Kanunu, 1050 sayılı Muhasebei Umumiye Kanunu ve 832 sayılı Sayıştay Kanununa tâbi değildir. Bu madde kapsamındaki kurul, üst kurul ve bunlara bağlı kurumların kanunlarındaki ve diğer kanunlardaki bu maddeye aykırı hükümlerin uygulanmayacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak, bu hüküm, Anayasa Mahkemesinin 25.06.2002 tarih ve E:2002/31, K:2002/58 sayılı kararı ile iptal edilmiştir.<sup>46</sup>

Anayasa Mahkemesince bir kanunun veya kanun hükmünde kararnamenin tümünün veya belirli hükümlerinin Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiş olduğu bilindiği halde Anayasaya aykırılığı saptanmış olan kuralların geçerliliğini yürütmesi ve Mahkemelerin bu kurala göre davaları görüşüp çözümlemesinin Anayasanın üstünlüğü prensibine ve hukuk devleti ilkesine aykırı düşeceği düşünülmektedir. Bir başka anlatımla Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihi ileriye dönük olarak ertelemiş bulunması öncelikle yasama organına aynı konuda iptal kararının gerekçesine uygun olarak yeni bir düzenleme için olanak tanımak ve ortada hukuki bir boşluk yaratmamak amacına yönelik olup yargı mercilerinin bakmakta oldukları uyuşmazlıklarda hukuka ve Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiş kuralları uygulaması ve uyuşmazlıkların bu kurallara göre çözümlenmesi sonucunu doğurmaz.<sup>47</sup>

Anayasanın 153 üncü maddesinde, iptal kararlarının geriye yürümeyeceği belirtilmiş ise de bu hükmün karar tarihine kadar idari dava açılarak uyuşmazlık yaratılmamış işlemler için uygulanması gerekir. Aksi takdirde idari işlemin dayanağını oluşturan yasa hükmünün Anayasaya aykırı olduğunun öne sürülmesinin ve defi yoluyla Anayasa Mahkemesine götürülmesinin hiçbir anlamı kalmayacaktır.

<sup>46</sup> Tezin teslim tarihine kadar Resmi Gazete'de yayımlanmamıştır.

<sup>47</sup> Danıştay 5 inci Daire, 23 Aralık 1992 tarih ve E:1992/1219, K:1992/3872 sayılı Karar, DD, sy.87, 272.

Kaldı ki, 4734 sayılı Kanunun 66 ncı maddesinde, bu Kanun hükümlerine ilişkin değişikliklerin, ancak bu Kanuna hüküm eklenmek veya bu Kanunda değişiklik yapmak suretiyle düzenleneceği hüküm altına alınmış olduğundan, 4743 sayılı Kanunun 7 nci maddesiyle getirilen hükümde de, 4734 sayılı Kanunun 53 üncü maddesinin değiştirildiğine ilişkin bir hükmün yer almaması nedeniyle Kamu İhale Kurumunu kapsamadığı açıktır. Nitekim, Sayıştay Başkanlığı'nın da bu yönde görüşü vardır.

Anayasa Mahkemesi kararı henüz Resmi Gazete'de yayımlanmamış olmakla birlikte, idari yargının yerleşik içtihatlarına göre; Anayasa Mahkemesince Anayasaya aykırılığı tespit edilerek iptaline karar verilen Kanun hükümlerinin, kararın henüz Resmi Gazete'de yayımlanmadığından bahisle uygulanması mümkün bulunmamaktadır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, Kurum bakımından 4743 sayılı Kanuna göre daha özel bir kanun niteliğindedir. 4734 sayılı Kanunda Kurumun denetimine ilişkin olarak getirilen düzenlemenin, bütün bağımsız Kurum ve Kurullara ilişkin genel bir düzenleme öngören düzenlemeyle ortadan kaldırılamayacağı ifade edilmektedir.

Kurum, 4734 sayılı Kanunun 53 üncü maddesi hükümlerine göre, kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip bir kuruluş olup, Kurumun yıllık hesapları ile gelir ve harcamalarına ilişkin iş ve işlemleri Sayıştay denetimine tabidir.

Her ne kadar, 4743 sayılı Kanunun 7 nci maddesinin son fıkrasında; bu madde kapsamındaki kurul, üst kurul ve bunlara bağlı kurumların kanunlarındaki ve diğer kanunlardaki bu maddeye aykırı hükümler uygulanmayacağı hükme bağlanmış ise de, Anayasa Mahkemesi'nce bu hükmün iptal edilmiş olması ve 4734 sayılı Kanunun 53 üncü maddesinin son fıkrasının açık hükmü ile 4734 sayılı Kanunun 66 ncı maddede belirtilen yöntem dışında yapılan kanuni düzenleme karşısında, Kamu İhale Kurumunun mali yönden denetim yetkisinin 4734 sayılı Kanun uyarınca Sayıştay'a ait olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

#### **D. Kamu Alımlarında Regülasyon ve BİO'lar**

Ekonomik ve sosyal kalkınmanın zamanında ve etkin olmasının temel şartlarından birisi de kamunun alımlarının ve ihtiyaçlarının karşılandığı ihalelerin, saydam, rekabete açık, isteklilere eşit muamele yapılarak, kamuoyu denetiminde yapılması büyük önem arz etmektedir. Kamu ihtiyaçlarının uygun şartlarda ve zamanında karşılanması ve kaynakların verimli kullanılması ile ilgili denetimin devletçe yapılması gereği açıktır.

Kamu alımlarındaki verimlilik ile devletin ekonomik faaliyetleri arasında yakın bir ilişki mevcuttur. Dünyada özellikle 1970'lerden sonra hızlı bir şekilde başlayan kamu alımları sektörü reform çalışmaları, ülkemizde özellikle son beş yıldır etkisini göstermiştir. Kamu alımlarının yeniden yapılanması dinamik bir süreçtir ve bu süreçteki ülkeler gerekli altyapı ve hukuki düzenlemeler ile bu süreç içerisinde yeniden yapılanma çalışmalarına devam etmektedirler.

Kamu alımlarındaki yeniden yapılanmayı; isteklilerin haklarının korunmasından, kamunun kaynaklarının etkin kullanımı, kamuoyu denetiminden idari ve yargısal denetime, ihale hazırlığından kesin kabule kadar olan tüm evrelerinin, ulusal ve uluslararası alanda her düzeyde kişi ve kuruluşa sorumluluk yükleyerek, dikey ve yatay bölünmenin gerçekleştirilmesi ile, aynı zamanda rekabet ortamının oluşturulması, verimliliğin artırılması ve hizmet kalitesinin yükseltilmesi için yapılan çalışmalar olarak tanımlayabiliriz.

Yeniden yapılanma ile; ihale süreci ve uygulamalarında şeffaflık, rekabetin geliştirilmesi, yabancı sermaye girişine kolaylık sağlanması, ihaleye katılacak onlalar açısından güven ortamının yaratılması, kamu ihaleleri ile ilgili merkezi ve denetleyici bir birimin oluşturulması, kamu yöneticilerinin hesap verilebilirliği gibi hususlar amaçlanmıştır. Yeniden yapılanma sonucu yasalaşan, 4734 sayılı Kanun ile bütçe disiplinini sağlayabilecek, kalıcı ve etkin çözüm üretici, saydamlık ve verimliliği esas alan uygulamalar getirilmiştir.

İhalelerle ilgilenen bütün taraflara konu ile ilgili yeterli bütün bilgiler, sürekli olarak, tam zamanında ve yaygın erişim ortamında verilmelidir. Kamu alımlarına ilişkin hükümler ve düzenlemeler mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinde en iyi performansa ulaşılmasını sağlamalıdır. Kamu alımlarında en iyi performans, yapılan eserin, alınan ürünün veya hizmetin ekonomik ömrü süresince ortaya çıkacak olan fayda ve maliyetlerin birbirine kıyaslanması ile ölçülebilir.

Bu manada sadece satın alma maliyeti ile toplam maliyet hesaplandığında yeterli bir gösterge rakamına ulaşamayız. En düşük fiyat içeren teklif, mutlaka ekonomik yönden en avantajlı teklif olmayabilir ve performansı düşük olabilir. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda ve ilgili mevzuatta bu nedenle aşırı düşük teklif sorgulaması ve ekonomik yönden en avantajlı teklif uygulamaları geliştirilmiştir.

Kamu alımlarında regülasyonun ana amaçlarından birisi yolsuzluğu engellemek olduğuna göre; hükümler, ihtiyari yargılara mahal bırakmayan belirgin ve tahmin edilebilir alım kuralları içermeli, çerçeve, ayrımcılığı yasaklamalı ve ortaya çıkacak çıkar çatışmalarına herhangi bir olanak vermemeli ve şikayet hakkını sağlayan ve etkili şikayet prosedürlerini oluşturan kurallar hukuki perspektif içerisinde sunulmalıdır.<sup>48</sup>

Çeşitli sektörlerde devletin düzenleyici rolünün önemi ülkemizde de son yıllarda oldukça kısıtlı da olsa gündeme gelmektedir. Birçok kamu hizmeti devlet tekelinde sunulurken bu tekellerin özel sektöre devri gündeme gelmiş, bu durumda devlet tekelinin yerini özel tekelin alması ihtimalini ortaya çıkarmıştır. Mülkiyet devrinden sonra; söz konusu şirketlerin tekeli davranmaması için bu alanların devletçe düzenlenmesi zorunluluğu ortaya çıkmıştır.

Regülasyon; özellikle kamu hizmeti niteliği taşıyan ve bu sebeple uzunca bir dönem devlet kurum ve kuruluşları tarafından devlet eliyle yürütülen hizmetlerin, liberal ekonomik sistemin benimsenmesi ile özel sektöre açılması neticesinde oldukça ihtiyaç duyulan bir kavram haline geldiğinden, sonuç olarak ihale sektöründe

---

<sup>48</sup> Paul VONDEREN: a.g.m., 31.

regülasyonun da ancak bağımsız karar alma yetkisine sahip, özerkliğe kavuşturulmuş bir kurum tarafından gerçekleştirileceği ortaya çıkmaktadır.

İhale sektörünün işleyişini tanımlayan sözleşme, işletme ve finansmana ilişkin detayların çokluğu gözönüne alındığında, ihale sektörünün faaliyetlerinin yürütülmesinde kullanılabilecek sayısız model üretmek mümkündür. İhale sektörünün doğasından gelen birtakım özellikleri bu sektördeki devlet gücünün denetimini gerektirmektedir.

Uluslararası Saydamlık Örgütü (Transparency International)<sup>49</sup> 2005 Yılı Global Yolsuzluk Raporunda Kamu İhalelerinde Uluslararası Minimum Saydamlık Standartları olarak ülkelerin Kamu İhale Kurumlarının yapması gerekenler şunlardır:

İhale yapan idare ile çalışanlarının, yolsuzluğa karşı sıkı kurallarla uymak zorunda olduğu bir yönetmelik uygulamalıdır. Bu kurallar, olası çıkar çatışmalarını hesaba katmalı, yolsuzluğu rapor eden ve yolsuzluğu ortaya çıkaranları koruyan mekanizmalar öngörmelidir.

Şirket ve şirket çalışanlarının yolsuzluğa karşı sıkı kurallarla uymak zorunda olduğu şirket içi yönetmelikleri uygulayan isteklilerin ihalelere katılmasına izin verilmelidir.

Yolsuzluğa karıştığını gösteren yeterli delillerin olduğu şirketlere ilişkin kara listeler tutulmalıdır. Kara listeye alınan firmaların belirli bir zaman dilimi için ihaleye katılmalarına engel olunmalıdır.

Yapılan tüm sözleşmelerde idare ve sözleşme müteahhitlerinin, tedarikçilerinin ve servis sağlayıcılarının yolsuzluğa karşı sıkı kurallara uyması sağlanmalıdır. Bu husus en iyi idare ve ihaleye katılan firmaların rüşvetten uzak durduklarını temin eden bir dürüstlük yemini anlaşmasının kullanımıyla sağlanabilir.

---

<sup>49</sup> www.transparency.org

Düşük bir eşik değerden yüksek olan kamu ihaleleri açık rekabetçi ihaleye tabi olmalıdır.

Teklif verenlerin ve tercihen vatandaşların ihale süreçlerini, ihale üzerinde kalanın seçimi ve değerlendirme işlemlerini, ihale koşullarını ve her türlü değişiklikleri de kapsayan bilgilere kolay erişimi sağlanmalıdır.

Teklif verenlerin hiç birine ihale sürecinin hiçbir aşamasında özellikle ihale üzerinde kalanın seçimi aşamasına ait imtiyazlı bilginin verilmediği garanti edilmelidir.

Teklif vereceklere ihale hazırlık ve ön yeterlilik için yeterli zaman verilmelidir.

Fiyat farkı veya iş artışları, ihale sonuç kararını veren heyet tarafından üst düzeyde izlenmelidir.

İç kontrol, dış kontrol ve denetim heyetleri bağımsız olmalı, etkili çalışmalı ve bu heyetlerin oluşturduğu raporlar kamu tarafından erişilebilir olmalıdır. Proje yürütülmesindeki makul her türlü gecikme diğer kontrol aktivitelerini harekete geçirmelidir.

İhtiyaç tespiti, ihale hazırlığı, istekli seçimi, sözleşme süreci, muayene ve kabul gibi bağımsız ve kilit durumundaki işlemler farklı heyetler tarafından yürütülmelidir.

Kararlar komisyonlar tarafından alınmalı ve kritik noktalardaki personelin rotasyonu gibi standart çalışma ortamı tedbirleri uygulanmalıdır. Alım işlemleri ile ilgili personel iyi eğitilmiş olmalı ve emeklerinin karşılığı ödenmelidir.

İhale sürecine ve proje tatbikine bağımsız denetleyiciler olarak sivil toplum kuruluşlarının katılımı desteklenmelidir.

### **III. Türkiye’de Kamu Alımlarında Regülasyon**



AB Komisyonu'nun 21.12.1989 tarih ve 89/665/EEC sayılı, klasik kamu sektörleri (yapım, mal, hizmet) ihalelerine ilişkin şikayet başvuru direktifinde<sup>50</sup> yer alan, üye ülkelerdeki ihalelere katılan isteklilerin idari başvuru hakkının sağlanması ve gerektiğinde ihale ve sözleşmede yürütmenin idari yolla durdurulması, kararın iptali, zararların tazmini hususlarını gözetmek üzere üye ülkelerin bağımsız denetim ve tasdik organları kurmaları öngörüsü gözetilerek Kurum oluşturulmuştur.

4734 sayılı Kanun ve bu Kanunda yer alan ihale süreci işlemlerine karşı başvurular, özellikle Dünya Bankası ile AB Komisyonu görüşleri esas alınarak düzenlemiştir. Aynı Kanununun 53 üncü maddesi hükmü ile kurulan KİK, Türkiye'de mevcut BİO'ların en son kurulanlarından biri olarak karşımıza çıkmaktadır.

### **A. Kamu Alımları ve KİK**

Türkiye'de kamu alımlarında KİK'e ihtiyaç duyulmasının sebeplerinin en önemlileri; saydamlık ihtiyacı, rekabetin ve kamuoyu denetiminin sağlanması gereği, AB direktifleri ve Dünya Bankası raporları ile ihtilafların zamanında çözümü isteğidir.

Anayasanın 123 üncü maddesinde; *“İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir. İdarenin kuruluş ve görevleri merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanır. Kamu tüzel kişiliği, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur.”* ilkesi yer almaktadır. Bu madde hükmüyle Anayasanın Türk idari yapısı içinde ayrıca BİO'lara yer vermemiş olduğu iddia edilebilir.

Oysa, BİO'lar birer kamu tüzel kişisi olarak Türk idari teşkilatına dahildirler. Sadece bunların idari teşkilat şeması içinde yerini belirlemek gerekir. Bunlar devletten ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olduklarına göre birer merkezden yönetim, bir başka ifade ile merkezi idare kuruluşu olamazlar. O halde bunlar ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olmak itibarıyla birer hizmet yerinden yönetim kamu kuruluşudur.<sup>51</sup>

<sup>50</sup> O.J. (ABRG), L 395 , 30/12/1989 P. 0033 - 0035.

<sup>51</sup> Kemal GÖZLER: İdare Hukuku (Bursa Ekin Kitabevi Yayınları 2003), 184-185.

Ayrıca, Anayasa'nın "*Sosyal ve Ekonomik Haklar*" bölümünde koşullu olarak devlete verilen görev ve yetkiler çerçevesinde, bağımsız idari otorite niteliğinde bazı kurumların kurulmasına olanak sağlanmıştır. Örneğin, Anayasa'nın 167 nci maddede öngörülen "*devlet para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.*" hükmü Sermaye Piyasası Kurulu ile Rekabet Kurumu'nun oluşturulmasında ve hatta genişletici bir yorumla BİO'ların tamamına dayanak gösterilebilir.

4734 sayılı Kanunla verilen görevleri yapmak üzere kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve malî özerkliğe sahip Kamu İhale Kurumu kurulmuştur. Kamu İhale Kurumu, Kanunda belirtilen esas, usul ve işlemlerin doğru olarak uygulanması konusunda görevli ve yetkilidir. Kurumun ilişkili olduğu Bakanlık Maliye Bakanlığı olup, merkezi Ankara'dadır. Kurum görevini yerine getirirken bağımsızdır. Hiçbir organ, makam, merci ve kişi Kurumun kararlarını etkilemek amacıyla emir ve talimat veremez.

BİO'ların idari bağımsızlığı, hem organları hem de işlevleri üzerinde siyasi iktidarın ve diğer idari mercilerin denetiminin söz konusu olmaması anlamına gelmektedir. Organlar üzerindeki bağımsızlık, kurumun karar organını oluşturan kurul üyelerinin bağımsızlığı anlamına gelmektedir. Bu da üyelerin bazı statü güvenceleriyle donatılmaları ile mümkündür.

Bağımsızlığı sağlamanın bir yolu da, üyelerin görev süresinin mümkün olduğunca uzun olmasıdır. Bağımsızlığın diğer bir güvencesi olarak ise, görev süreleri dolmadan görevden uzaklaştırılabilmelerinin çok sıkı koşullara bağlanması, kendilerini göreve getiren idari organların bu konuda mutlak bir takdire sahip olmamaları gerekmektedir. Ayrıca kurul üyelerine, görev sonrası bazı yasaklar (tekrar üye olamama şartı, belirli işlerle uğraşma yasağı) getirmek de, üyelerin hem tarafsızlığını hem de bağımsızlığını sağlamada geçerli yollar olarak görülmektedir.

4734 sayılı Kanununun 53 üncü maddesinde, Kamu İhale Kurulu üyelerinin görev süresi beş yıl olduğu, bir üyenin bir defadan fazla seçilemeyeceği ve Kurul üyelerinin görev süresi dolmadan görevlerine son verilemeyeceği hüküm altına alınmıştır.

Anılan maddede, Kurul üyelerinin geçmişte ve halen bir siyasi parti ile aday gösterilme dahil üyelik ve görev alma ilişkilerinin bulunmaması gerekir denilerek, siyasi açıdan bağımsızlığın zayıflaması engellenmiştir.

Kurul üyelerinin özel bir kanuna dayanmadıkça resmi veya özel hiç bir görev alamayacağı, ticaretle uğraşamayacağı, serbest meslek faaliyetinde bulunamayacağı, ücret karşılığı konferans veya ders veremeyeceği, her türlü ticari amaçlı ortaklıklarda hissedar veya yönetici olamayacağı, göreve başlamadan önce sahip oldukları Hazine Müsteşarlığı tarafından çıkarılan borçlanmaya ilişkin menkul kıymetler dışındaki, piyasada faaliyet gösteren tüzel kişilere veya bunların iştiraklerine ait her türlü hisselerini ya da menkul kıymetlerini üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar kayın hısımlar ve evlatlıkları dışındakilere, görev sürelerinin başlamasını izleyen otuz gün içinde satmak veya devretmek suretiyle elden çıkarmak zorunluluğu ve bu kurallara uygun hareket etmeyen üyelerin üyelikten çekilmiş sayılacağı hükümlerinin tamamı bağımsızlığı sağlamaya yöneliktir.

AB ülkelerinden İngiltere örneğine baktığımızda, “*Kamu Alımları Ofisi (Office of Government of Commerce-OGC)*” geniş bir yelpazede merkezi hükümetin kamu alımlarını modernize etmek ve bu konuda katma değer artışı sağlamak (value for money-VFM) amacıyla programlar yürütmek için kurulmuş olan Hazineye bağlı bir kurumdur ve Kamu Alımları Ofisi icracı bir kurum değildir.<sup>52</sup>

Bu kurum hükümetin kamu alımları politikalarını ve stratejisini geliştirmekte, ayrıca Avrupa’da, Dünya Ticaret Örgütü nezdinde ve diğer uluslararası forumlarda kamu alımları konularında İngiltere’yi temsil etmektedir. Kamu Alımları Ofisine bağlı olarak “*Kamu Alımları Ofisi Alım Çözümleri (OGC Buying Solutions)*” adı altında icracı bir birim oluşturulmuştur. Bu birimin görevlerinden biri Kamu Alımları Ofisi ile birlikte çalışmak olup, buradan yapılacak olan alımlarda çerçeve anlaşmalarının hazırlanması Kamu Alımları Ofisi tarafından yapılmaktadır.<sup>53</sup>

<sup>52</sup> M.Bülent AĞARI ve arkadaşları: “Kamu Satın Alımlarında AB Direktifleri ve İngiltere Uygulamaları”, Kamu Alımlarında AB ve İngiltere’deki Düzenleme ve Uygulamalar, 23.

<sup>53</sup> M.Bülent AĞARI ve arkadaşları: a.g.m., 24.

1998 yılında Nottingham Üniversitesi Hukuk Fakültesine bağlı olarak kurulmuş olan Araştırma Grubu, kamu alımları konusunda profesyonel ve akademik eğitim vermekte ve danışmanlık hizmeti sunmaktadır. Satın alma konusunda uzman bir firma olan Achilles Consultancy @ Training firması ise bu kamu alımları konusunda Üniversiteye danışmanlık hizmeti vermektedir. Grup iki ayda bir yayınlanan "*Public Procurement Law Review*" adlı dergiyi çıkarmaktadır. Bu dergi AB, Avrupa Serbest Ticaret Birliği (European Free Trade Association-EFTA)<sup>54</sup> ve Kamu Alımları Antlaşmasına (Government Procurement Agreement-GPA)<sup>55</sup> üye ülkelerdeki kamu alımları alanında uluslararası gelişmeleri izlemektedir.

## B. Kurulun Oluşumu

Kanunda Kurulun, Kanunun Resmî Gazete'de yayımlandığı tarih olan 22.01.2002 tarihini takip eden otuz gün içinde atanacağı belirtildiği halde, atamaya dair Kurul Üyesi listesinin ekinde yer aldığı 2002/3892 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi 29/3/2002 tarihlidir.<sup>56</sup> Ancak bu gecikme, Kanunda otuz günlük süre ile Kurulun bir an evvel görevine başlayarak Kurumu oluşturmasını sağlamak amaçlandığından ve disipliner nitelikte bir süre olmaması nedeniyle Kurulun sıhhatini etkilememiştir.

Kurulu üyeliğine yapılan ilk atamalarda, Maliye Bakanlığı ile Bayındırlık ve İskân Bakanlığı'nın önereceği adaylar arasından seçilen üyelerden Bakanlar Kurulunca belirlenecek birer üye yedi yıl süreyle görev yapmak üzere Kararnamede belirtilmiştir. Böylece Kurul, oluşumundan tam beş yıl sonra bütünüyle üye değişimine gitmekten kurtulmuş ve iki yıl daha görevlerine devam etmesi düşünülen iki üye ile Kurulun bilgi ve tecrübe birikiminin yeni üyelere devri Kanun koyucu tarafından amaçlanmıştır. Kurum Kanunun yürürlüğe gireceği tarihe kadar yapacağı ihalelerle ilgili esas ve usuller Kurulun önerisi üzerine Bakanlar Kurulu kararıyla çıkarılacak

<sup>54</sup> 01.04.1992 tarihinde yürürlüğe giren Türkiye-EFTA Serbest Ticaret Anlaşmasına göre EFTA devletleri: Avusturya Cumhuriyeti, Finlandiya Cumhuriyeti, İzlanda Cumhuriyeti, Lihtenştayn Prensiği, Norveç Krallığı, İsveç Krallığı ve İsviçre Konfederasyonu'dur.

<sup>55</sup> Dünya Ticaret Örgütü (World Trade Organization-WTO) üyesi ülkelere bir kısmının katıldığı bu anlaşmada Türkiye gözlemci statüsündedir.

<sup>56</sup> 06.04.2002 tarih ve 24718 sayılı Resmi Gazete.

yönetmelikle<sup>57</sup> düzenlemiş ve anılan yönetmelik 4734 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 01.01.2003 tarihine kadar yürürlükte kalmıştır.

### C. Kurumun Yetkileri

4734 sayılı Kanuna göre yapılacak ihaleler ile ilgili olarak Kurumun görev ve yetkileri sayılmıştır. Ancak, bu görev ve yetkilerin bazıları Kurul eliyle yerine getirilir. Bu noktada “Kurum” ve “Kurul” ayrımına değinmek yerinde olacaktır. RTÜK ve SPK haricinde diğer BİO’lar bütünü ile “kurum” ve “kurul” şeklinde ikili bir ayrıma sahiptirler. RTÜK ve SPK ise “kurul” esasına göre yapılmış BİO’lardır. Kurullar BİO’ların karar organları olup, genelde kurumun genel yönetim ve temsilinden sorumludurlar.

Kurum ve kurul işlevi BİO’lar açısından çok iyi özümsemelidir. Bu durum uygulamada pek çok tartışmaya yol açmaktadır. Yasa açıkça yetki vermedikçe kurumun kurulun yetkilerine, kurulun kurumun yetkilerine karışması her ne saikle olursa olsun hukuka aykırıdır. Bazı konuların kurul tarafından karara bağlanması pratik açıdan isabetli olmayabilir veya tersi bir durum da olabilir. Ancak, kaynağını kanundan almayan bir yetki kullanımı pek çok olumsuzluğu beraberinde getirecek ve Kurumun veya Kurulun işlem ve eylemleri tartışmaya açılacaktır. Bu nedenlerle, BİO’ların kuruluş yasalarında kurum ve kurulların görev ve yetkileri çok net ve açık ifade edilmelidir.

Kurum ve Kurul ayrımına Kamu İhale Kurumu ve Kurulu açısından bakıldığında ise; 4734 sayılı Kanunda, Kurum ifadesinin; Kurulu, Başkanlığı ve diğer organların tamamını içine alacak şekilde, en büyük küme olarak tanımlandığı görülmektedir. Kurum ifadesi KİK’in kurumsal tüzel kişiliğini ifade etmek; Kurul ifadesi ise 10 üyeden oluşan karar organını ifade etmek için kullanılmaktadır. 4734 sayılı Kanunda, Kurul en üst ve nihai karar organı olarak nitelendirilmiştir. Örneğin; 4734 sayılı Kanunun 53 üncü maddesinde;

---

<sup>57</sup> 20.07.2002 tarih ve 24821 sayılı Resmi Gazete.

*”Kurum, Kurul kararıyla bu Kanunun ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun uygulanmasına ilişkin standart ihale dokümanı, tip sözleşme, yönetmelik ve tebliğler çıkarmaya yetkilidir.*

*Kurumun genel yönetim ve temsili ile Kurulca alınan kararların yürütülmesi başkana aittir.” ve “Kurul, Kuruma gelen şikâyetlerle ilgili olarak gerekçesini belirtmek suretiyle aşağıdaki işlemlerden birine karar verir.”* denilmek suretiyle Kurul, Kurumun en üst ve nihai karar organı olarak nitelendirilmiştir.

Kurum ve Kurul arasındaki ilişkiyi izah ederken KİK’de, Başkanın hem Kurulun hem de Kurumun Başkanı olduğu unutulmamalıdır. Kurum ise aynı zamanda, 4734 sayılı Kanunda Kurula ve Kuruma verilen görevlerin yürütümünü sağlayan bir organizmadır. Başkanın Kuruldaki işlevi, Kurulun on üyesinden biri olma, alınan kararların yürütümü ve Kurulun temsili iken, Kurumdaki işlevi ise Başkan olarak, en üst amir olarak klasik anlamda ita amirliği denilen, Kurumun temsili ve yönetimidir.

4734 sayılı Kanunda, bazı maddelerde her ne kadar Kurul ve Kurum ifadeleri yerinde kullanılmamış ise de; *“Kurul tarafından verilen bütün kararlar, taraflara karar tarihini izleyen beş gün içinde tebliğ edilir. Ayrıca, bu kararlar Resmî Gazete’de Kurum tarafından yayımlattırılır.”* ifadelerinden anlaşılacağı üzere Kurum ile kastedilen Başkanın en üst amiri olduğu birimlerden oluşan yapıdır. Kurulun hangi düzenleyici işlemleri yapacağı ise, Kanunda kazuistik metotla ve içerik itibarıyla şu şekilde açıklanmıştır. *“Kurum, Kurul kararıyla bu Kanunun ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun uygulanmasına ilişkin standart ihale dokümanı, tip sözleşme, yönetmelik ve tebliğler çıkarmaya yetkilidir. Kurul ve Kurum yetkilerini, düzenleyici işlemler tesis ederek ve özel nitelikli kararlar alarak kullanır. Standart ihale dokümanları, tip sözleşmeler, yönetmelik ve tebliğler Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe konulur.”*

Kanunda Kurum içi yönetmelikler hususuna değinilmemiş ise de, yukarıdaki usul esas alınarak, Kurumca hazırlanacak yönetmeliklerin Kurul kararı alındıktan sonra yayımlanması yöntemi Kanuna paralellik açısından da uygun olacaktır. Kurum ve Kurul ifadeleri maddeden maddeye farklı manalarda kullanıldığı gibi, 56 ncı

maddenin son iki paragrafında olduğu gibi bu karıştırma aynı madde içinde de olabilmektedir.

Kanunda, kimi zaman da; Geçici 6 ncı Madde hükmünde kamu ihale uzmanı atamasında olduğu gibi Kurum tarafından yapılabilecek atama gibi idari işlerin dahi Kurul tarafından yapılması yoluna gidildiği de olmuştur.

Esas komisyon olarak, TBMM Plan ve *Bütçe Komisyonunda bulunan 22 nci Dönem 2 nci Yasama Yılı 1/866 esas nolu, "Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar Hakkında Kanun Tasarısı"*nın "*tanımlar*" başlıklı 3 üncü maddesinde;

Kurumun; kanunla kurulan, kuruluş kanunları ile belirlenen çerçevede ekonomik ve sosyal alanlarda düzenleme, denetleme, arabuluculuk ve yönlendirme faaliyetinde bulunan, idari ve mali özerkliği haiz, kamu tüzel kişiliğine sahip düzenleyici ve denetleyici kurumu,

Kurulun; düzenleyici ve denetleyici kurumun karar organını ifade ettiği düzenlenmiştir.

Sonuç olarak, anılan kanun tasarısı ile de Kurum ve Kurul ifadelerinin ne anlama geldiği izah edilmiş olup, bu iki kavramın birlikte kullanılması durumunda özellikle görev ve yetkiler açısından birbirine karıştırılmaması gerekmektedir. Aksi takdirde, özelde KİK'de, genelde BİO'ların SPK ve RTÜK hariç tamamında kurumsal sorunlara yol açılabilir.

Kurumun görev ve yetkileri;

### **1. Düzenleme Yapma**

Kurum, 4734 sayılı Kanuna ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa ilişkin bütün mevzuatı, standart ihale dokümanlarını ve tip sözleşmeleri hazırlar, geliştirir ve uygulamayı yönlendirir.

### **2. Şikayetleri İnceleme ve Sonuçlandırma**

Kurum, Kurul eliyle ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde idarece yapılan işlemlerde bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olmadığına ilişkin şikayetleri inceleyerek sonuçlandırır.

Şikayetleri inceleme ve sonuçlandırma yetkisi ikinci bölümde ayrıntılı olarak incelenmiştir.

### **3. İddiaların İncelenmesi**

Gerekli gördüğü takdirde, bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine aykırılık bulunduğuna ilişkin iddiaları da inceler ve sonuçlandırır.

İddiaların incelenmesi yetkisi de ikinci bölümde ayrıntılı olarak incelenmiştir.

### **4. Kamu İhale Bültenini Yayımlama**

Kurum ihale ilânları ile ilgili esas ve usulleri düzenler, basılı veya elektronik ortamda Kamu İhale Bültenini yayımlar. 4734 sayılı Kanun kapsamındaki idarelerin, 01.01.2004 tarihinden sonra gerçekleştirecekleri ihalelerin ilanları, Kurum tarafından çıkarılacak olan Kamu İhale Bülteninde yayımlanacaktır.

İdareler anılan tarihten itibaren gerçekleştirecekleri ihalelerin ilanlarını yine Kurumunca belirlenen esas ve usuller çerçevesinde hazırlayıp ve Kamu İhale Bülteninde yayımlanmak üzere kanuni süreleri içerisinde Kuruma göndermektedir.

Kanun kapsamında olmayan idareler tarafından açılan ihale ilanları ile Kanun kapsamındaki idarelerce Kanunun istisna hükümleri uyarınca gerçekleştirilen ihalelerin ilanları da Kuruma gönderilmesi halinde Bültende yayımlanmaktadır.

### **5. Yasaklamaya İlişkin Sicilleri Tutma**



Kurum, haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilenlerin sicillerini tutar. 4734 sayılı Kanununun 58 inci ve 4735 sayılı Kanununun 26 ncı maddelerinde, bu Kanunlarda sayılan yasak fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilen gerçek veya tüzel kişiler ile birlikte bu maddelerde sayılan ortakları veya ortaklıkları hakkında, ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunulan bakanlık tarafından, ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verileceği hüküm altına alınmıştır. Mevzuat uyarınca verilecek ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarına karşı yargı yoluna başvurulması halinde, yargı mercilerince verilecek her türlü kararın bir örneğinin bilgi için Kamu İhale Kurumuna gönderilmektedir. Kurum sözü edilen hükümler çerçevesinde Resmi Gazete’de yayımlanan ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarını günlük olarak takip etmekte ve kararlarda yer alan bilgilere göre sicil tutma görevini yerine getirmektedir.

4734 sayılı Kanununun 53 üncü maddesinde haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilenlerin sicillerini tutma görevi Kamu İhale Kurumuna verildiğinden, bu görevin etkin olarak yerine getirilebilmesi amacıyla, ihalelere katılmaktan yasaklamaya ilişkin kararları, 2004 Kamu İhale Genel Tebliği<sup>58</sup> ekinde yer alan formlarda yer alan bilgileri içerecek şekilde düzenleyerek Resmi Gazete’de yayımlatmaları gerekmektedir.

İdarelerce, bu konuda ayrıca haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilenlerce beyan edilenin dışında varsa bunların ortaklarının ve/veya ortaklıklarının tespit edilmesi amacıyla ilgili kamu kurum ve kuruluşları ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile gerekli koordinasyonun sağlanıp, araştırmaların yapılması da önem taşımaktadır.

Mahkeme kararı uyarınca veya idari bir işlemle, ihalelere katılmaktan yasaklama kararlarının kaldırılması halinde ise karar, Resmi Gazete’de yayımlanması ile geçerlik kazanacağından Resmi Gazete’de yayımlatılmasını takiben Kurumca yasaklamaya dair tutulan kayıtlar değiştirilmektedir.

---

<sup>58</sup> 2005 Yılı Kamu İhale Genel Tebliği yayımlanmadığı için tezin teslim tarihi itibarıyla geçerli bu tebliğ, 08.06.2004 tarih ve 25486 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

4734 sayılı Kanununun 40 ıncı maddesinin son fıkrasında, ihale kararlarının ihale yetkilisince onaylanmadan önce idarelerin, ihale üzerinde kalan isteklinin bu Kanununun 58 inci maddesine göre yasaklı olup olmadığını teyit ettirerek buna ilişkin belgeyi ihale kararına eklemek zorunda oldukları belirtilmiştir.

İdarelerce, 4964 sayılı Kanununun 2 nci maddesi ile değişik 4734 sayılı Kanununun 3 üncü maddesi uyarınca istisna kapsamında yapılan alımlarda da aynı şekilde ihale üzerinde kalan isteklinin ihalelere katılmaktan yasaklı olup olmadığı Kamu İhale Kurumundan teyit ettirilecektir.

## **6. Kamu Alımlarına Dair İstatistik Oluşturma**

İhaleler ve sözleşmelerle ilgili olarak belirlendiği şekilde bilgi toplamak, adet, tutar ve diğer konular itibarıyla istatistikler oluşturmak ve yayımlamak görevi Kuruma verilmiştir. Bu görevin etkin, hızlı ve sağlıklı bir şekilde yerine getirilebilmesi amacıyla 2004 Kamu İhale Genel Tebliği ekinde yer alan “*İhale Bilgi Formu*” oluşturulmuştur.

Bütün kamu ihalelerine ilişkin olarak, Kamu İhale Kurumunun göreve başlaması ile daha önce mümkün olmayan ve yapılmayan nitelikte istatistikler oluşturulmuş ve yayımlanmıştır. Böylece sadece Kanun kapsamındaki ihalelerin sayısı, niteliği, hangi idarenin ne kadar ihaleye çıktığı ve şikayete konu ihale sayısı gibi özelde ihaleleri ilgilendiren bilgiler derlenmiş gibi gözükse de aslında Türkiye ekonomisine dair çok kıymetli bilgiler elde edilmiştir.

## **7. Mütakabiliyet Teklifi**

Kurum, yerli isteklilerin yabancı ülkelerde açılan ihalelere katılmalarına engel olunduğunun tespit edilmesi halinde, bu uygulamanın yapıldığı ülkenin isteklilerinin de, bu Kanun kapsamında yapılan ihalelere katılmalarının önlenmesine yönelik tedbirlerin alınmasını ve gerekli düzenlemelerin yapılmasını sağlamak üzere Bakanlar Kuruluna teklifte bulunur.<sup>59</sup>

<sup>59</sup> Tezin teslim tarihine kadar bu yetki çerçevesinde bir düzenleme yapılmamıştır.

## 8. Diğer Yetkiler

Kurum ihale mevzuatı ile ilgili eğitim verir, ulusal ve uluslararası koordinasyonu gerçekleştirir, araştırma ve geliştirme faaliyetlerinde bulunur, yıllık bütçesi ile kesin hesabını ve yıllık çalışma raporlarını hazırlar, bütçenin uygulanmasını, gelirlerin toplanmasını ve giderlerin yapılmasını sağlar.

Kurum, görevlerinin yerine getirilmesinde resmi ve özel bütün kurum, kuruluş ve kişilerden belge, bilgi ve görüş isteyebilir. Belge, bilgi ve görüşlerin istenilen süre içinde verilmesi zorunludur. İdarelerin bu yükümlüklerini eksik veya hiç yerine getirmemeleri durumunda İkinci Bölüm'de incelenen Kurul Kararlarının yerine getirilmemesinin sonuçları oluşur.

Ayrıca, Kurum, Kurul kararıyla bu Kanunun ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun uygulanmasına ilişkin standart ihale dokümanı, tip sözleşme, yönetmelik ve tebliğler çıkarmaya yetkilidir. Kurul ve Kurum yetkilerini, düzenleyici işlemler tesis ederek ve özel nitelikli kararlar alarak kullanır. Standart ihale dokümanları, tip sözleşmeler, yönetmelik ve tebliğler Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe konulur.

### D. Kurul Üyelerinin Atanma Usulü ve Koşulları

Kurumun karar organı biri başkan, biri ikinci başkan olmak üzere on üyeden oluşan Kamu İhale Kuruludur. Kamu İhale Kurulu üyeleri; Maliye Bakanlığınca önerilecek iki kişi, Bayındırlık ve İskân Bakanlığınca önerilecek üç kişi, Hazine Müsteşarlığının bağlı olduğu Bakanlık ile Danıştay ve Sayıştay Başkanlıklarınca önerilecek birer kişi, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu tarafından kamu alımları ile ilgili meslek gruplarından önerilecek birer kişi olmak üzere Bakanlar Kurulunca atanır. Bakanlar Kurulu, atanan üyelere

birini Başkan olarak görevlendirir. Kurul Başkanı, Kurumun da başkanıdır. Üyelerden biri Kurul tarafından İkinci Başkan olarak seçilir.

Üyelerin en az dört yıllık öğrenim veren hukuk, iktisat, siyasal bilgiler, işletme, iktisadi ve idari bilimler, mimarlık ve mühendislik fakülteleri ile bunlara denkliği yetkili makamlarca kabul edilen yurtdışındaki yüksek öğretim kurumlarından mezun olmaları gerekir. Kurul üyeliğine önerilecek kişilerin; kamu kurum ve kuruluşlarında en az oniki yıl hizmetinin bulunması (konunun uzmanı olması dışında, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu tarafından önerilecek adayların kuruluştaki çalışma şartı aranmaz), kamu ihale mevzuatı ile ilgili yargılama, inceleme, denetleme, uygulama veya danışma konularında fiilen en az dört yıl çalışarak ulusal veya uluslararası ihale mevzuatı açısından kanıtlanmış niteliğe ve deneyime sahip olmaları, geçmişte ve halen bir siyasi parti ile aday gösterilme dahil üyelik ve görev alma ilişkilerinin bulunmaması gerekir. Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu tarafından önerilecek adayların 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 48 inci maddesinin (A) bendinin (1), (4), (5), (6) ve (7) numaralı alt bentlerinde belirtilen şartları taşıması zorunludur.

Kurul üyeleri, Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu huzurunda üyeliklerinin devamı süresince görevlerini tarafsız ve dürüst olarak yerine getireceklerine, 4734 sayılı Kanun hükümlerine ve ilgili mevzuata aykırı hareket etmeyeceklerine ve ettirmeyeceklerine dair yemin ederler. Yemin için yapılan başvuru Yargıtay tarafından acele işlerden sayılır ve Kurul üyeleri yemin etmedikçe göreve başlayamazlar.

### **E. Kurul Üyelerinin Görev Süreleri ve Görevden Alınmaları**

Kurul üyelerinin görev süresi beş yıldır. Bir üye bir defadan fazla seçilemez. Kurul üyelerinin görev süresi dolmadan görevlerine son verilemez. Ancak üyeler, ciddi bir hastalık veya sakatlık nedeniyle iş görememeleri veya atamaya ilişkin şartları kaybetmeleri halinde atandıkları usule göre süresi dolmadan görevden alınır. Üyeler görevi kötüye kullanmaktan veya yüz kızartıcı bir suçtan mahkûm olmaları halinde ise Başbakan onayıyla görevden alınır. Görevden alma nedeniyle veya süresi dolmadan herhangi bir sebeple boşalan Kurul üyeliklerine bir ay içerisinde yukarıda belirtilen esaslara göre yeniden atama yapılır. Bu durumlarda atanan üye, yerine atandığı

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

### **F. Kurul Üyelerine Getirilen Yasaklar**

Kurul üyeleri özel bir kanuna dayanmadıkça resmi veya özel hiç bir görev alamaz, ticaretle uğraşamaz, serbest meslek faaliyetinde bulunamaz, ücret karşılığı konferans veya ders veremez, her türlü ticari amaçlı ortaklıklarda hissedar veya yönetici olamazlar.

Kurul üyeleri, göreve başlamadan önce sahip oldukları Hazine Müsteşarlığı tarafından çıkarılan borçlanmaya ilişkin menkul kıymetler dışındaki, piyasada faaliyet gösteren tüzel kişilere veya bunların iştiraklerine ait her türlü hisselerini ya da menkul kıymetlerini üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar kayın hısımlar ve evlatlıkları dışındakilere, görev sürelerinin başlamasını izleyen otuz gün içinde satmak veya devretmek suretiyle elden çıkarmak zorundadır. Bu hükme uygun hareket etmeyen üyeler üyelikten çekilmiş sayılır.

Kurul üyeleri ile Kurum personeli görevlerini yerine getirmeleri sırasında ilgililere ve üçüncü kişilere ait edindikleri gizli kalması gereken bilgi ve belgeleri, bu konuda kanunen yetkili kılınan mercilerden başkasına açıklayamazlar, kendilerinin veya üçüncü şahısların yararına kullanamazlar. Bu yükümlülük görevden ayrılımlarından sonra da devam eder.

Kurul üyeleri ve Kurum personeli, görevleri nedeniyle işledikleri ve kendilerine karşı işlenen suçlar bakımından Devlet memuru sayılırlar ve bunlar hakkında 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanır. Soruşturma izni, Kurul Başkan ve üyeleri için ilişkili Bakan, Kurum personeli için ise Kurum Başkanı tarafından verilir. Kurul üyeleri göreve başlama ve görevden ayrılma tarihlerini izleyen bir ay içinde ve görevleri devam ettiği sürece her yıl genel mal beyanında bulunmak zorundadır.

### **G. Kurulun Çalışma Esas ve Usulleri**

Kurul, başkanın veya başkanın bulunmadığı durumda ikinci başkanın çağrısı üzerine üye tam sayısı ile toplanır ve çoğunlukla karar alır. Oyların eşit olması halinde Başkanın bulunduğu taraf çoğunlukta kabul edilir. Kurul üyeleri çekimser oy kullanamaz. Kurul üyeleri oy ve kararlarından sorumludur. İzin, rapor, görevlendirme veya boşalan üyeliğe henüz atama yapılmaması hallerinde en az yedi üye ile toplanılabilir.

Kurul üyeleri, kendilerini ve üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar kayın hısımları ile evlatlıklarını ilgilendiren kararlarla ilgili toplantı ve oylamaya katılamaz. 4734 sayılı Kanunda sayılan haller dışında bir nedenle bir takvim yılında beş toplantıya katılmayan üyeler üyelikten çekilmiş sayılır.

#### **H. Kurumun Birimleri ve Personeli**

Başkana görevlerinde yardımcı olmak üzere Kurul kararıyla üç başkan yardımcısı atanabilir. Başkan yardımcıları, Kurul üyeliğine atanacaklarda aranan niteliklere sahip olanlar arasından veya en az dört yıllık öğrenim veren hukuk, iktisat, siyasal bilgiler, işletme, iktisadi ve idari bilimler, mimarlık ve mühendislik fakülteleri ile bunlara denkliği yetkili makamlarca kabul edilen yurt dışındaki yükseköğretim kurumlarından mezun olduktan sonra aralıksız olarak en az on yıldan beri Kurumda meslek personeli olarak çalışmakta bulunanlar arasından atanır.

Kurumun hizmet birimleri, kurumun görev ve yetkilerinin gerektirdiği sayıda daire başkanlıkları şeklinde teşkilatlanmış ana hizmet birimleri, danışma birimleri ve yardımcı hizmet birimlerinden oluşur. Kurum hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, kamu ihale uzman ve uzman yardımcılarında oluşan meslek personeli ve diğer personel eliyle yürütülür. Bunlar, sözleşmeli olarak istihdam edilir.

Kamu İhale Kurumu kuruluşundan itibaren her sene Kamu İhale Uzman Yardımcılığı sınavı yaparak uzman ihtiyacını gidermeye çalışmaktadır. Kamu ihale

uzman yardımcılığına atanacakların; ilgili yönetmelikte<sup>60</sup> belirlenen yabancı dillerden en az birini iyi derecede bilmeleri, en az dört yıllık eğitim veren hukuk, iktisat, siyasal bilgiler, işletme, iktisadi ve idari bilimler, mimarlık ve mühendislik fakülteleri ile bunlara denkliği yetkili makamlarca kabul edilen yurt dışındaki yüksek öğretim kurumlarından mezun olmaları, yönetmelikte belirtilen özel yarışma sınavında başarılı olmaları ve sınavın yapıldığı yılın Ocak ayının ilk gününde otuz yaşını doldurmamış olmaları gerekir.

Bu şekilde kamu ihale uzman yardımcılığına atananlardan, en az üç yıl fiilen çalışan, her yıl olumlu sicil alan ve katılmış olduğu eğitim faaliyetleri ile görevdeki performansı gibi yönetmelikle belirlenen esas ve kriterler dahilinde kamu ihale uzmanlığı görevini başarılı bir şekilde yürütebileceği anlaşılanlar kamu ihale uzmanlığı yeterlik sınavına girmeye hak kazanır. Yeterlik sınavında başarılı olanlar kamu ihale uzmanı olarak atanırlar, kamu ihale uzmanlığı yeterlik sınavına girmeye hak kazanamayanlar ile bu sınavda başarılı olamayanların Kurumda durumlarına uygun başka bir göreve atamaları yapılır. Kamu ihale uzmanlarının mesleğe giriş ve yeterlik sınavlarına, görev, yetki ve sorumluluklarına, çalışma esas ve usullerine ilişkin hususlar Kurul kararıyla yürürlüğe konulan yönetmelikle düzenlenmiştir.

Kurul, Kanunda yer alan görevleri yerine getirmek üzere atandığı tarihi izleyen altmış gün içinde Kurum teşkilatını oluşturmuştur. Kurumun hizmet birimleri ile bunların görev ve sorumlulukları, personelin atanma ve çalışma usul ve esasları ile çalıştırılacak sözleşmeli personelin unvanı, sayısı, nitelikleri Kurulun önerisi ve Maliye Bakanlığının görüşü üzerine Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan yönetmelikle<sup>61</sup> düzenlenmiştir.

Kurum personeli, 4734 sayılı Kanunda öngörülen hükümler saklı kalmak kaydıyla 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tâbidir.

---

<sup>60</sup> 19.12.2002 tarih ve 24968 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Kamu İhale Uzman Yardımcıları Yarışma ve Yeterlik Sınavları İle Kamu İhale Uzman ve Yardımcılarının Çalışma Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik.

<sup>61</sup> 20.07.2002 tarih ve 24821 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Kamu İhale Kurumunun Teşkilatı İle Kurum Personelinin Mali ve Sosyal Hakları, Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik.

Kurul başkan ve üyelerinin aylık ücretleri Maliye Bakanının önerisi üzerine Bakanlar Kurulunca belirlenir. Kurum personelinin ücretleri ile diğer malî ve sosyal hakları, Kurulun önerisi ve Maliye Bakanlığının görüşü üzerine Bakanlar Kurulunca belirlenecek miktar, usul ve esaslar çerçevesinde Kurul tarafından belirlenir.

Kurul üyeliklerine atananlar ile Kurum personeli 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu hükümlerine tâbidir. Emeklilik açısından Kurul Başkanına Bakanlık Müsteşarı, Kurul üyelerine Bakanlık Müsteşar Yardımcısı, Kurum Başkan Yardımcılarına Bakanlık Genel Müdürü, Kurum Daire Başkanlarına Bakanlık Genel Müdür Yardımcısı için tespit edilen ek gösterge, makam ve temsil tazminatları ile diğer malî hükümler uygulanır.

Bu görevlerde geçirilen süreler makam tazminatı ve yüksek hakimlik tazminatı ödenmesini gerektiren görevlerde geçmiş sayılır. Kurul Başkan ve üyeliklerine atananlardan atama yapılmadan önce kanunla kurulmuş diğer sosyal güvenlik kurumlarına bağlı olanların istekleri halinde bu kurumlara bağlılıkları devam eder ve bunlar hakkında yukarıdaki hükümler uygulanmaz.

Kurul Başkan ve üyeliklerine atananların Kurulda görev yaptıkları sürede eski görevleriyle olan ilişkileri kesilir. Ancak kamu görevlisi iken üyeliğe atananlar, memuriyete giriş şartlarını kaybetme dışındaki herhangi bir nedenle görevlerinin sona ermesi, görevden ayrılma isteğinde bulunması veya görev sürelerinin dolması durumunda otuz gün içinde eski kurumlarına başvurmaları halinde ilgili bakan veya atamaya yetkili diğer makamlar tarafından müktesseplerine uygun bir kadroya atanırlar.

Belirtilen atama yapılırken Kurul Başkan ve üyelerinin Kurumda geçirdikleri süreler makam veya hâkim sınıfından olup da yüksek hâkimlik tazminatını almaya başladıktan sonra atananlar için yüksek hâkimlik tazminatı ödenmesini gerektiren görevlerde geçmiş olarak değerlendirilir. Kurumda görev alanlar görevden ayrılma isteğinde bulunmaları halinde, durumları daha önce tâbi oldukları kanun hükümlerine göre hizmetlerinde değerlendirilmek suretiyle müktesseplerine uygun bir kadroya, yetkili makamlarca atanır. Bu hükümler akademik unvanların kazanılmasına ilişkin



hükümler saklı kalmak kaydıyla üniversitelerden gelen personel hakkında da uygulanır.

Kurumun görev alanı ile ilgili konularda genel bütçeye dahil daireler ile katma bütçeli idareler ve kamu iktisadi teşebbüslerinde çalışanlar kurumlarının, hâkimler ve savcılar ise kendilerinin muvafakati ile Kurumda görevlendirilebilir. Bu personel, kurumlarından maaşsız izinli sayılır ve aylık, ödenek, her türlü zam ve tazminatları ile diğer malî ve sosyal hak ve yardımları Kurumla ilgili arasında imzalanacak sözleşmede belirlenir. İzinli oldukları sürece memuriyetleri ile ilgili özlük hakları devam ettiği gibi, bu süreler terfi ve emekliliklerinde hesaba katılır, terfileri başkaca bir işleme gerek duyulmadan süresinde yapılır.

Üniversite öğretim elemanları uzmanlıklarına uyan işler için, 04.11.1981 tarihli ve 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu'nun<sup>62</sup> 38 inci maddesine göre Kurumda görevlendirilebilir. Bu şekilde görevlendirilecek personel sayısı toplam kadro sayısının % 10'unu aşamaz.

4761 sayılı Kanunun 19 uncu maddesi<sup>63</sup> ile 4734 sayılı Kanuna eklenen Geçici 6 ncı madde ile; bu hükmün yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde;

Kamu kurum ve kuruluşlarında görevli personelden, 53 üncü maddenin (h) fıkrasında sayılan yüksek öğretim kurumlarını bitirerek mesleğe özel yarışma sınavı ile girilen ve belirli süreli meslek içi eğitimden sonra özel bir yeterlik sınavı sonunda atanmış olanlar ile hâkimler, savcılar ve bu meslekten sayılanlar,

Kurumun görev alanı ile ilgili dallardan olmak kaydıyla en az lisans üstü eğitimini tamamlamış üniversite öğretim elemanları,

Mühendislik veya mimarlık fakültelerinde lisans eğitimi yapmış olanlardan en az beş yıl, lisans eğitimini müteakip yine bu dallardan herhangi birinde lisans üstü eğitim yapmış olanlardan ise en az üç yıl süre ile kamu kurum ve kuruluşlarında

---

<sup>62</sup> 06.11.1981 tarih ve 17506 sayılı Resmi Gazete.

<sup>63</sup> 22.06.2002 tarih ve 24793 sayılı Resmi Gazete

kendi görev alanıyla ilgili konularda çalışmış olanlar, arasından kırk yaşından gün almayanlar ve (a) ve (c) bentlerinde sayılanlar kamu ihale mevzuatı ile ilgili yargılama, inceleme, denetleme, uygulama veya danışma konularında çalışmış olmaları koşuluyla kurumlarının muvafakati alınmak suretiyle,

Kurulca kamu ihale uzmanı olarak atanmış olup, Kurumun halihazırda Uzman kadrolarının tamamını bu şekilde atanan personel oluşturmaktadır.

#### **IV. Kapsamın Belirlenmesi**

Kamu İhale Kurumu incelemeleri ve Yönetmelikte yer alan idareye başvuru yolları, Kanunun kapsamına giren ihaleler ile ilgili olduğundan, teknik olarak kamu alımı olan ancak Kurumun görev alanına girmeyen ihalelerin bilinmesi Kanunun kapsamının ve dolayısıyla "*İhalelere Karşı Yapılacak İdari Başvurulara Ait Yönetmelik*" kapsamının belirlenmesi için önem taşımaktadır.

##### **A. Doğrudan Temin**

4734 sayılı Kanunun "*Uygulanacak İhale Usulleri*" başlıklı 18 inci maddesinde; idarelerce mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinde; açık ihale, belli istekliler arasında ihale ve pazarlık usullerinden birinin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

Maddenin ilk halinde (d) bendinde "*doğrudan temin*" sayılırken, 4964 sayılı Kanunun 12 inci maddesi ile yapılan değişiklik ile (d) bendi mülga olmuştur. 4734 sayılı Kanunun 18 inci maddenin değişiklik gerekçesinde; madde ile esasen bir ihale usulü olmayan doğrudan teminin ihale usulleri arasında çıkarıldığı ve buna ilişkin esas ve usullerin Kanunun 22 inci maddesinde düzenlendiği açıklanmıştır.

4734 sayılı Kanunun "*Doğrudan Temin*" başlıklı değişik 22 inci maddesinin 1 inci fıkrasının;

(a) Bendinde; ihtiyacın sadece gerçek veya tüzel tek kişi tarafından karşılanabileceğinin tespit edilmesi,

(b) Bendinde; sadece gerçek veya tüzel tek kişinin ihtiyaç ile ilgili özel bir hakka sahip olması,

(c) Bendinde; 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 yıl geçmeyecek sözleşmelerle ilk alım yapılan gerçek veya tüzel kişiden alınması,

(d) Bendinde; büyükşehir belediyesi sınırları dahilinde bulunan idarelerin on beş milyar (güncellenmiş hali ile 24.759,- YTL Yirmidörtbin yediyüzellidokuz Yeni Türk Lirası)<sup>64</sup>, diğer idarelerin beş milyar Türk Lirasını (güncellenmiş hali ile 7.249,- YTL. (Yedibin ikiyüzkırkdokuz Yeni Türk Lirası), 8.252,- YTL Sekizbin ikiyüzelliiki Yeni Türk Lirası aşmayan ihtiyaçları ile temsil ağırlama faaliyetleri kapsamında yapılacak konaklama, seyahat ve iaşeye ilişkin alımların,

(e) Bendinde; idarelerin ihtiyacına uygun taşınmaz mal alımı veya kiralanması,

(f) Bendinde; özelliğinden dolayı stoklama imkanı bulunmayan ve acil durumlarda kullanılacak olan ilaç, tıbbi sarf malzemeleri ile test ve tetkik sarf malzemesi alımları,

(g) Bendinde; milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülen uyuşmazlıklarla ilgili davalarda, Kanun kapsamındaki idareleri temsil ve savunmak üzere Türk veya yabancı uyruklu avukatlardan ya da avukatlık ortaklarından yapılacak hizmet alımları,

(h) Bendinde; 4353 sayılı Kanununun 22 nci ve 36 ncı maddeleri uyarınca Türk ve Yabancı uyruklu avukatlardan hizmet alımları, ihtiyaçlarının karşılanmasında ilan yapılmaksızın doğrudan temini usulüne başvurabilecekleri,

---

<sup>64</sup> Tezde geçen, 4734 sayılı Kanunda yer alan parasal limitler, 19.01.2005 tarih ve 25705 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2005/1 sayılı Kamu İhale Tebliği ile Kamu İhale Kurumu tarafından Kanunun "Eşik Değerler ve Parasal Limitlerin Güncellenmesi" başlıklı 67 nci maddesi hükmü çerçevesinde, 2004 yılı Toptan Eşya Fiyat Endeksi esas alınarak güncellenmiş ve 1 Şubat 2005 tarihinden geçerli olmak üzere uygulanacağı bildirilmiş olup, tezde limitlerin ilk halinin yanında güncellenmiş hali birlikte kullanılmıştır.

2 inci fıkrasında; bu maddeye göre yapılacak alımlarda, ihale komisyonu kurma ve 10 uncu maddede sayılan ihaleye katılımda yeterlik kurallarını arama zorunluluğu bulunmaksızın, ihale yetkilisince görevlendirilecek kişi veya kişiler tarafından piyasada fiyat araştırması yapılarak ihtiyaçların temin edileceği, hüküm altına alınmıştır.

22 inci maddenin gerekçesinde; işin doğası gereği ilan yapılmaksızın ihtiyacın belirli bir istekliden karşılanmasının kaçınılmaz olduğu durumlar dikkate alınarak bu usulün düzenlendiği ve bu usulün (a), (b), (c), ve (d) bentlerinin uluslararası mevzuat paralelinde hazırlandığı ve bu bentlerin uygulamasında, idarelerin ihtiyaçlarını en uygun şekilde karşılamasını sağlamak üzere, isteklilere teknik şartlar ve fiyat üzerinde görüşme yapmasının mümkün kılındığı açıklandıktan sonra, (e) bendinde, belirlenen tutara kadar özellikle kağıt, kırtasiye, elektrik malzemeleri gibi küçük ölçekli günlük ihtiyaçların karşılanması ile küçük bakım onarım işlerinin yaptırılmasında kolaylık sağlamak üzere, ihale yetkilisince görevlendirilecek kişiler tarafından piyasada fiyat araştırması yapılarak temin yönteminin benimsendiği belirlenmiştir.

Doğrudan temin, 15.08.2003 tarih ve 25200 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 4964 sayılı Kanunla 4734 sayılı Kanunun 18 inci maddesinde yapılan değişiklikten önce, açık ihale, belli istekliler arasında ihale ve pazarlık yanında dördüncü ihale usulü olarak belirlenmiştir. Bu düzenleme döneminde Kanunun bütün hükümlerinin her dört ihale usulü içinde uygulanacağı çok açıktır. Ancak, Kanunun 18 inci maddesinde yapılan değişiklikten sonra ihale usulü olmaktan çıkarılan doğrudan temin yoluyla yapılan alımlar ile ilgili olarak şikayet yoluna başvurmak mümkün değildir.

İdarelerin 22 nci madde kapsamında yaptığı bir alımda, idareye şikayet başvurusunda bulunma ve Kuruma itirazın şikayet başvurusunda bulunma mümkün olmadığı gibi, idare ve Kurul da bu şikayetleri inceleme görev ve yetkisine sahip değildir. Çünkü, şikayet yolu münhasıran, "*ihaleler*" içindir.

Kanun, 22 nci maddedeki şartları taşıyan bir ihtiyacın karşılanması için, Kanunun 18 inci maddesinde yazılı ihale usulleri dışında, ihale usulü olmayan bir yol olan doğrudan temin yolunu öngörmüş ve 18 inci maddenin gerekçesinde doğrudan

teminin ihale usulü olmaktan çıkarıldığı açıkça belirtilmiştir. Kanunun şikayete dair hükümlerinin, 4734 sayılı Kanun anlamında bir ihale sürecini sistematik olarak düzenlemek amacını güttüğü açıktır.

Kanun 22 nci maddede kendi genel sistematığı dışına çıkıp genel kamu alımlarından bazıları için özel bir düzenlemeye gitmiştir. Bu özel durumda bir ihale sürecinin varlığından bahsedilemez. Bir ihale sürecinin var olmadığı bir durumda ise ihale sürecinin sistematik düzenlenmesi için bir bütünlük arz eder şekilde konulmuş kuralların uygulanamayacağı açıktır.

Kanun benzeri bir durumu “*İstisnalar*” başlıklı 3 üncü maddesinde düzenlemiş ve burada Kanunun genel düzenlemesine istisna teşkil eden durumları bentler halinde saydıktan sonra, son fıkrasında, ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç bu kanuna tabi olmadıklarını hüküm altına almış olmasına rağmen ayrı bir düzenlemeye tabi tutarak kanunun genel sistematığı dışına çıkardığı, doğrudan temin için böyle bir düzenlemeye gitmemiştir. Aynı şekilde doğrudan temin için de şikayet yolunun işletilebilmesi için Kanuna böyle açık bir hüküm konulması gerektiği açıktır.

Nitekim Kurul, 03.03.2005 tarih ve 2005/UM.Z-440<sup>65</sup> sayılı Kararında; 4734 sayılı Kanunun 53 üncü maddesinde Kamu İhale Kurumu'nun görevleri arasında “*ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde yapılan işlemlerde bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olmadığına ilişkin şikayetleri inceleyerek sonuçlandırmak*” olduğundan bahisle, doğrudan temin usulü bir ihale usulü olmadığından ve şikayet başvurusu alım konusu ürüne yönelik olduğundan, başvurunun Kurumun görev alanında bulunmadığı tespit edildiği gerekçeleri ile başvurunun görev yönünden reddine karar vermiştir.

Taraflar aralarındaki problemleri genel hukuk ilkeleri çerçevesinde çözerken, Yeni Türk Ceza Kanununa<sup>66</sup> göre suç teşkil eden bir fiilin oluştuğu anlaşıldığında bu hususun suç duyurusu şeklinde ilgili cumhuriyet savcılığına bildirilmesi gerekecektir. Kurul yaptığı inceleme sonucunda idarelerin yaptığı alımın 4734 sayılı Kanunda

<sup>65</sup> 03.04.2005 tarih ve 25775 sayılı Resmi Gazete.

<sup>66</sup> 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun “Görevi Kötüye Kullanma” başlıklı 257 nci maddesi.

düzenlenen ihale yöntemlerinden birisi ile yapılması gerekirken ihtiyacın doğrudan temin yöntemiyle yapıldığını kanaatine varırsa, ilgili kamu görevlileri hakkında soruşturma açılması veya suç duyurusunda bulunulmasına karar verebilmektedir.

Nitekim, Kurul bir Kararında, idare tarafından Kanun, Yönetmelik, Tebliğ hükümleri ile konu ile ilgili Kamu İhale Kurulu Kararlarına aykırı olarak, diğer idareler benzer ihtiyaçlarını açık ihale usulü ile gerçekleştirdiği halde, idare tarafından Kanunun 22 nci maddesi (c) bendi hükmü uyarınca yapılan söz konusu alımların, 4734 sayılı Kanunun temel ilkelerini düzenleyen 5 inci maddesi; *“rekabet, saydamlık, eşit muamele, güvenilirlik, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve kaynakların verimli kullanılması ilkeleri ile Kanunun temel alım usullerinin uygulanması gerektiği”* hükmüne aykırı olması nedeniyle, mevzuata aykırılığı tespit edilen alımlara dair işlemlerin iptali gerekmekte ise de iddiaların incelenmesi kapsamında iptal kararı verilmesi mümkün bulunmamasına rağmen gerekçeleri ile Kararda mevzuata aykırılığı tespit edilen ihale işlemlerinin değerlendirilmek, gerekiyorsa incelenmek ve/veya soruşturulmak üzere konunun idarenin bağlı bulunduğu Sağlık Bakanlığı'na bildirilmesine ve ayrıca mevzuata aykırılığı tespit edilen ihale işlemleri ile ilgili olarak İzmir Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulmasına karar verilmiştir.<sup>67</sup>

## **B. Kapsam Dışı Tüzel Kişilerin İhaleleri**

### **1. Kanunun 2 nci Maddesinin İkinci Fıkrasında Belirtilen İdareler**

4734 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin ikinci fıkrasında 4964 sayılı Kanunun 1 inci maddesi ile yapılan değişiklikle enerji, su, ulaştırma ve telekomünikasyon sektörlerinde faaliyet gösteren teşebbüs, işletme ve şirketlerin 4734 sayılı Kanun kapsamı dışında olduğu hükme bağlanmıştır.

4734 sayılı Kanunun, 4964 sayılı Kanunla değişik 2 nci maddesinin 1 inci fıkrasında;

---

<sup>67</sup> 14.10.2004 tarih ve 25613 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 09.08.2004 tarih ve 2004/UK.Z-1005 sayılı Kurul Kararı.

a) Genel bütçeye dahil daireler, katma bütçeli idareler, özel idareler ve belediyeler ile bunlara bağlı; döner sermayeli kuruluşlar, birlikler, tüzel kişiler,

b) Kamu iktisadi kuruluşları ile iktisadi devlet teşekküllerinden oluşan kamu iktisadi teşebbüsleri,

c) Sosyal güvenlik kuruluşları, fonlar, özel kanunlarla kurulmuş ve kendilerine kamu görevi verilmiş tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar (mesleki kuruluşlar ve vakıf yükseköğretim kurumları hariç) ile bağımsız bütçeli kuruluşlar,

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

her türlü kaynaktan karşılanan mal ve hizmet alımları ile yapım ihalelerinin,

e) 4603 sayılı Kanun<sup>68</sup> kapsamındaki bankaların yapım ihalelerinin,

4734 sayılı Kanun hükümlerine göre yürütüleceği hükmüne yer verilmek suretiyle, 4734 sayılı Kanuna tabi kurum ve kuruluşlar belirlendikten sonra, 2 nci fıkrasında, enerji, su, ulaştırma ve telekomünikasyon sektörlerinde faaliyet gösteren teşebbüs, işletme ve şirketlerin 4734 sayılı Kanun kapsamı dışında olduğu hüküm altına alınmış, ancak 4734 sayılı Kanunun Geçici 4 üncü maddesine 4964 sayılı Kanun ile eklenen 5 inci fıkrasında ise enerji, su, ulaştırma ve telekomünikasyon sektöründe faaliyet gösteren teşebbüs, işletme ve şirketlerin özel kanunları yürürlüğe konuluncaya kadar bu Kanunun 3 üncü maddesinin (g) bendi hükmüne, bu bent kapsamında yer almayan mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinde ise Kanunun diğer hükümlerine tabi oldukları hükme bağlanmıştır.

4734 sayılı Kanunun 4964 sayılı Kanunla değişik “İstisnalar” başlıklı 3 üncü maddesinde ise, Kanun kapsamındaki kamu kurum ve kuruluşlarının 4734 sayılı

<sup>68</sup> 25.11.2000 tarih ve 24241 sayılı Resmi Gazete.

Kanundan istisna edilen mal ve hizmet alımları düzenlenmiş olup, maddenin (g) bendinde, 2 nci maddenin birinci fıkrasının (b) ve (d) bentlerinde sayılan kuruluşların sınıai ve ticari faaliyetleri çerçevesinde; doğrudan mal ve hizmet üretimine veya ana faaliyetlerine yönelik ihtiyaçlarının temini için yapacakları, Hazine garantisi veya doğrudan bütçenin transfer tertibinden aktarma yapmak suretiyle finanse edilenler dışındaki yaklaşık maliyeti ve sözleşme bedeli iki trilyon üç yüz milyar Türk Lirasını (Güncellenmiş hali ile 3.796.571,-YTL Üçmilyon yediyüzdoksanaltıbin beşyüzyetmişbir Yeni Türk Lirası)<sup>69</sup>, aşmayan mal veya hizmet alımlarının, 4734 sayılı Kanun hükümlerinden istisna edildiği hükmüne yer verilmiş, aynı Kanunun geçici 4 üncü maddesinin 4964 sayılı Kanunla değişik 3 üncü fıkrasında, bu Kanunun 3 üncü maddesinin (g) bendi kapsamındaki mal ve hizmetlerin, ilgili kuruluşların talebi üzerine, Kamu İhale Kurumu tarafından belirleneceği kurala bağlanmıştır.

Buna göre; enerji, su, ulaştırma ve telekomünikasyon sektöründe faaliyet gösteren teşebbüs, işletme ve şirketler de dahil olmak üzere 2 nci maddenin (b) ve (d) bendinde belirtilen kurum ve kuruluşlar; anılan Kanunun geçici 4 üncü maddesinin 5 inci fıkrası uyarınca mal ve hizmet alımları ile yapım işi ihalelerini 4734 sayılı Kanun hükümlerine göre yürütecekler, ancak ticari ve sınıai faaliyetleri çerçevesinde; doğrudan mal ve hizmet üretimine veya ana faaliyetlerine yönelik ihtiyaçlarının temini için yapacakları, Hazine garantisi veya doğrudan bütçenin transfer tertibinden aktarma yapmak suretiyle finanse edilenler dışındaki yaklaşık maliyeti ve sözleşme bedeli iki trilyon üç yüz milyar Türk Lirasını (Güncellenmiş hali ile 3.796.571,-YTL Üçmilyon yediyüzdoksanaltıbin beşyüzyetmişbir Yeni Türk Lirası), aşmayan mal veya hizmet alımlarını istisna hükmünden yararlanarak sağlayabileceklerdir.

Öte yandan mevzuatımızda, teşebbüs ve işletme tanımlarına “233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararname”de<sup>70</sup> yer verilmiştir. Buna göre:

*Teşebbüs* yani *kamu iktisadi teşebbüsü* ; iktisadi devlet teşekkülü ile kamu iktisadi kuruluşunun ortak adıdır. Kamu iktisadi teşebbüsleri tüzelkişiliğe sahip,

<sup>69</sup> 19.01.2005 tarih ve 25705 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 2005/1sayılı Kamu İhale Tebliği.

<sup>70</sup> 18.06.1984 tarih ve 18435 sayılı Resmi Gazete.



kuruluşu bakımından idare hukuku hükümlerine faaliyet bakımından özel hukuk hükümlerine tabi hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşlarıdır.<sup>71</sup>

*İktisadi Devlet Teşekkülü*; sermayesinin tamamı Devlete ait, iktisadi alanda ticari esaslara göre faaliyet göstermek amacıyla kurulan kamu iktisadi teşebbüsüdür.

*Kamu İktisadi Kuruluşu*; sermayesinin tamamı Devlete ait olan ve tekel niteliğindeki mallar ile temel mal ve hizmet üretmek ve pazarlamak üzere kurulan kamu hizmeti niteliği ağır basan kamu iktisadi teşebbüsüdür.

*Müessese*; sermayesinin tamamı bir iktisadi devlet teşekkülüne veya kamu iktisadi kuruluşuna ait olup, ona bağlı işletme veya işletmeler topluluğudur. Müesseseler, teşebbüs genel müdürünün teklifi ve yönetim kurulunun kararı ile kurulur. Müesseseler, statülerinin ticaret sicillerine kayıt ve ilanı ile tüzel kişilik kazanır.<sup>72</sup>

*İşletme*; müesseselerin ve bağlı ortaklıkların mal ve hizmet üreten fabrika ve diğer birimleridir.

“*Şirket*” ise Borçlar Kanununun 520 nci maddesinde iki veya daha çok kimsenin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek için birleştirmeleri olarak tanımlanmıştır.

Yukarıda belirtilen hükümler birlikte değerlendirildiğinde; 4734 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin 1 inci fıkrasının (b) bendi uyarınca, kamu iktisadi kuruluşları ile iktisadi devlet teşekküllerinden oluşan kamu iktisadi teşebbüsleri ve aynı maddenin (d) bendi uyarınca 2 nci maddenin (a), (b), ve (c) bentlerinde belirtilen kuruluşların doğrudan veya dolaylı olarak, birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip buldukları her çeşit kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketler ile sermayesinin yarısından fazlasının 2 nci maddenin (a), (b) ve (c) bentlerinde sayılan kuruluşlara ait olması koşulu ile enerji, su, ulaştırma ve telekomünikasyon

<sup>71</sup> Bahtiyar AKYILMAZ: a.g.e., 230.

<sup>72</sup> Bahtiyar AKYILMAZ: a.g.e., 233.

sektörlerinde faaliyet gösteren teşebbüs, işletme ve şirketler, 4734 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin (g) bendinde yer alan istisna hükmünden yararlanabileceklerdir.

4734 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin (g) bendi ve geçici 4 üncü maddesinin 3 üncü ve 5 inci fıkrası uyarınca ticari ve sınai faaliyetleri çerçevesinde doğrudan mal ve hizmet üretimine veya ana faaliyetlerine yönelik mal ve hizmetlerin belirlenmesi amacıyla Kamu İhale Kurumu'na başvuracakların belirtilen koşulları taşımaları gerekmektedir.

AB ülkelerinde ise kamu hukukuna tabii kuruluşlar ile “*utilities*” sektöründe faaliyette bulunan kuruluşların eşik değer üzerindeki mal, hizmet veya yapım işleri alımlarının AB direktiflerine uygun şekilde yapılması zorunludur.

Kamu Yapım İşleri, Mal Alım ve Hizmet İhalelerinin Sonuçlandırılması Usullerinin Koordine Edilmesine İlişkin 31 Mart 2004 tarih ve 2004/18/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Birliği Konseyi Direktifi'nin<sup>73</sup>, “*Kamu ihalelerinde eşik değerler*” başlıklı 7 inci maddesine göre; Bu Direktif, 10 uncu ve 11 inci maddeleri ile 12 nci ve 18 inci maddeleri arasında belirtilen istisnalar uyarınca kapsam dışı bırakılmamış olan ve aşağıda verilen katma değer vergisi (KDV) hariç değerinin eşik değerlere eşit ya da bu eşik değerlerden yüksek olduğu öngörülen kamu ihalelerine uygulanacaktır.

Direktifin 7/a maddesine göre; 7/b maddesinin üçüncü bendinde belirtilenler dışında kalan ve Ek IV'te sıralanan merkezi devlet kurumu konumundaki idarelerce sonuçlandırılan kamu mal alım ve hizmet ihalelerinde 162.000.- EURO eşik değer olup; savunma alanında faaliyet gösteren idarelerce sonuçlandırılan kamu mal alım ihalelerinde, bu meblağ yalnızca Ek V kapsamındaki ürünleri kapsayan ihaleler için geçerli olacaktır.

Direktifin 7/b maddesine göre ise;

---

<sup>73</sup> O.J. (ABRG), L 134 , 30/04/2004 P. 0114 – 0240.

i) Ek IV'te belirtilenler dışındaki idarelerce sonuçlandırılan kamu mal alım ve hizmet ihalelerinde,

ii) Ek V'te belirtilenler dışında kalan malları kapsayan ihaleler için, Ek IV'te belirtilen ve savunma alanında faaliyet gösteren idarelerce sonuçlandırılan kamu mal alım ihalelerinde,

iii) Ek II A Kategori 8'de sıralanan hizmetler, CPV pozisyonları 7524, 7525 ve 7526 CPC referans no.suna denk olan Kategori 5 telekomünikasyon hizmetleri ve/veya Ek II B'de belirtilen hizmetler için herhangi bir idare tarafından sonuçlandırılan kamu hizmet ihalelerinde eşik değer 249.000.-EURO'dur.

Direktifin 7/c maddesine göre ise;

Kamu yapım işi ihalelerinde 6.242.000.-EURO. eşik değer olarak belirlenmiştir.

Direktifin; "%50'den fazla oranda idarelerce sübvans edilen ihaleler" başlıklı 8 inci maddesinde ise;

a)%50'den fazla oranda idarelerce sübvans edilen ve KDV hariç yaklaşık maliyeti 6.242.000.-EURO'ya denk gelen ya da bu miktarı aşan ve;

- Ek I kapsamındaki inşaat mühendisliği faaliyetleri içeren ya da

- Hastane, spor, dinlenme ve eğlence tesisi, okul ve üniversite binaları ile idari binaların yapım işleri içeren, ihalelere,

b)%50'den fazla oranda doğrudan idarelerce sübvans edilen ve KDV hariç yaklaşık maliyeti 249.000.-EURO'ya denk gelen ya da bu miktarı aşan ve (a) paragrafı kapsamındaki yapım işi ihaleleriyle bağlantılı olan ihalelere Direktif hükümleri uygulanacaktır.

Ayrıca, aynı hüküm uyarınca üye devletler, bu sübvansiyonları veren idarelerin kendileri dışında bir ya da daha fazla sayıda kurumca ya da bu kurumlar adına

idarece sonuçlandırılan ihalelerde bu Direktife uygun hareket etmelerini sağlamak için gereken tüm tedbirleri almaları zorunludur.

## 2. Diğer Tüzel Kişiliklerin İhaleleri

1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'na göre kurulan Organize Sanayi Bölgeleri ile Küçük Sanayi Siteleri Kanun kapsamında değildir.<sup>74</sup>

Uluslararası anlaşma ile kurulan ve 4734 sayılı Kanunun 2 nci maddesinde belirtilen idareler niteliğinde hukuki statüye sahip olmayan Türk Kültür ve Sanatları Ortak Yönetimi (TÜRKSÖY)'un, organı konumunda bulunan ve Daimi Konseyin aldığı kararlar doğrultusunda Sekreteryaya görevini yürüten TÜRKSÖY Genel Müdürlüğü, 4734 sayılı Kanun kapsamında bulunmamaktadır.<sup>75</sup>

## 3. İdarelerin Kamu Kaynağı Kullanımını Gerektirmeyen İşleri

Kamuya ait taşınmaz malların kamu harcaması yapılmasını gerektirmeyen ve bütçeden ödenek kullanımı söz konusu olmayan kat ve/veya arsa karşılığı inşaat yapım işleri 4734 sayılı Kanun kapsamında yer almadığından bu konudaki başvuru dilekçeleri ilgili idareye veya bağlı olunan idareye gönderilmektedir.<sup>76</sup>

İdarelere ait arazinin, meyve ağacı dikilmesi karşılığında, 10 yıl süre ile kiralanması ihalesine ilişkin olarak yapılan şikayet başvurusu Kurumun görev alanına girmemesi nedeniyle, incelenmeksizin reddedilmiştir.<sup>77</sup>

Kamu kaynağı kullanılmayan ve bedeli öğrenci velileri tarafından ödenen, hizmet sunucusunun idare tarafından belirlenmediği ve sadece talep edenlerin faydalandığı ilköğretim ve ortaöğretim öğrenci taşıma hizmeti alımları, Kanun kapsamında yer almamaktadır.

<sup>74</sup> Resmi Gazete'de yayımlanmayan 05.03.2003 tarih ve 2003/DK.D-63 sayılı Kurul Kararı.

<sup>75</sup> Resmi Gazete'de yayımlanmayan 17.12.2003 tarih ve 2003/DK.D-498 sayılı Kurul Kararı.

<sup>76</sup> 12.03.2004 tarih ve 25400 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2004/UK.Z-130 sayılı ve 05.04.2004 tarih ve 25422 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2004/UK.Z-287 sayılı Kurul Kararları.

<sup>77</sup> 12.03.2004 tarih ve 25400 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2004/UK.Z-130 sayılı Kurul Kararı.

İdarelere Kanun kapsamı dışındaki kişilerin tasarrufunda bulunan kaynaklardan yapılacak şartlı bağışlarda, şartların 4734 sayılı Kanunun uygulanmasını olanaksız hale getirmesi halinde, şartlı olarak yapılacak bağışlarla sınırlı olarak yapılacak alımlar, Kanun kapsamında bulunmamaktadır.

#### 4. Bağlı Döner Sermayelerden Yapılacak Alımlar

Genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin yürütmekle yükümlü oldukları bazı kamu hizmetlerinin finansmanında ilgili bütçeden ayrılacak sermayenin işletilmesiyle elde edilecek gelirin kullanılmasının hizmet gereklerine daha uygun görülmesi halinde, kanunla veya kanunun belirlediği esaslar çerçevesinde ve kanunun verdiği yetkiye dayanılarak kurulan döner sermaye işletmelerine ilişkin olarak mevzuatımızda genel hükümleri içeren bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Türk hukukunda Anayasa ve kanunlarda kamu tüzel kişisinin tanımı mevcut olmamakla birlikte kamu tüzel kişiliğinin kanunla veya Anayasa ile verilmesi kuraldır.<sup>78</sup>

Ülkemizde çok az döner sermaye işletmesi, 27.06.1979 tarih ve 16679 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 2252 sayılı Kültür Bakanlığı Döner Sermaye Kanunu<sup>79</sup> gibi kanunla kurulmuştur. Döner sermaye işletmelerinin konuları, ilgili bütçeden ayrılacak sermaye veya bu sermayenin tespitindeki usul, elde edilecek gelire ilişkin işlem ve kuralları kuruluş kanunlarında veya idareye döner sermaye işletmesi kurma yetkisi tanıyan kanunlarda belirlenmektedir.

Genellikle ayrı bir tüzel kişiliği bulunmayan ve idareler bünyesinde yer alan döner sermaye işletmelerinin yürüttüğü faaliyetler; idarelerin görev alanındaki kamu hizmetlerinden, nitelikleri gereği farklı bir finansman modeli çerçevesinde örgütlenmesi kamu yararına daha uygun görülen hizmetlerdir. İdarelerin bu ihtiyaçları karşılamak için kendi bünyelerinde kurdukları döner sermaye işletmelerinden 4734 sayılı Kanunda öngörülen usuller ile mal veya hizmet satın alması söz konusu

<sup>78</sup> Anayasa’nın 123 üncü maddesinin 3 üncü fıkrası, kamu hukuku tüzel kişilerinin ancak kanunla veya kanunun verdiği yetkiye dayanılarak kurulacağını hüküm altına almaktadır.

<sup>79</sup> 27.06.1979 tarih ve 16679 sayılı Resmi Gazete.

olmayacak; kendi görev alanlarına giren faaliyetlerin daha hızlı ve sağlıklı yürütülebilmesi için bünyelerinde kurmuş oldukları döner sermaye işletmelerinden ihale usulü ile alım yapmaları döner sermaye işletmelerinin varlık sebebine aykırılık teşkil edecektir.

Bu nedenlerle; idareler kendi bünyelerinde kurulmuş birimleri niteliğinde bulunan ve kanunla ayrı bir tüzel kişilik kazandırılmayan döner sermaye işletmelerinden, bu işletmelerin faaliyet konuları ile sınırlı olmak kaydıyla, ürettikleri mal ve hizmetler 4734 sayılı Kanunla öngörülen ihale usullerine tabi olmadan temin edebileceklerdir.<sup>80</sup>

Öte yandan tüzel kişiliği olup olmadığına bakılmaksızın döner sermayeli kuruluşlar da 4734 sayılı Kanun kapsamında bulunmaktadır.

## **5. Bankalar Aracılığı ile Yapacakları Fatura Tahsilat İşleri**

4734 sayılı Kanun kapsamında bulunan ve mevzuatları uyarınca mal ve hizmet sunan idareler tarafından düzenlenen faturaların bankalar aracılığıyla tahsil edilebilmesini teminen idareler ve bankalar arasında yapılan protokoller çerçevesinde bankalar tarafından sunulan otomatik ödeme veya vezneden yapılacak fatura tahsilatı hizmetinin 4734 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde ihale edilip edilemeyeceği hususunda uygulamada tereddütler yaşanmıştır.

4734 sayılı Kanununun 2 nci maddesinde, Kanun kapsamında bulunan idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal ve hizmet alımları ile yapım işleri ihalelerinin bu Kanun hükümlerine göre yürütüleceği, 5 inci maddesinde ödeneği bulunmayan hiçbir iş için ihaleye çıkılamayacağı hüküm altına alınmıştır.

Kanunun 2 nci maddesinde belirtilen “*her türlü kaynak*” ibaresi, Kanun kapsamında bulunan kurum ve kuruluşların tasarrufunda bulunan ve kamu harcaması yapılmasını gerektiren kaynakları ifade etmektedir. Ayrıca Kanunun 5 inci maddesine göre, 4734 sayılı Kanun çerçevesinde ihalesi yapılacak her kamu alımı

---

<sup>80</sup> Resmi Gazete’de yayımlanmayan 19.06.2003 tarih ve 2003/DK.D-197 sayılı Kurul Kararı.

için idare bütçesinden ödenek ayrılması zorunluluk arz etmektedir. Bu durumda ihalesi yapılacak her iş için kamu kaynağı harcanması gerekmektedir.

Mevzuatları uyarınca kamu kurum ve kuruluşlarınca sunulan mal ve hizmetlere karşılık düzenlenen faturaların bankalar aracılığıyla tahsil edilmesinde, idare bütçesinden harcama yapılmasını gerektirmeyen hallerde, bu aracılığın 4734 sayılı Kanun kapsamında ihale edilmesi mümkün bulunmamaktadır.

Bu itibarla; mevzuatları uyarınca kamu kurum ve kuruluşlarınca sunulan elektrik, su, doğalgaz, telefon ve benzeri hizmetler karşılığında aboneler adına düzenlenen faturaların idare adına bankalar tarafından tahsil edilmesi işi, söz konusu kaynağın kamu kaynağı olması nedeniyle kamu yararı ve menfaatleri korunmak ve yürürlükteki mevzuat çerçevesinde protokol/sözleşme düzenlenmek suretiyle 4734 sayılı Kanun hükümleri dışında temin edilebilecektir.<sup>81</sup>

## **6. Elektrik, Su, Doğalgaz Gibi Mal ve Hizmetlerin Temini**

4734 sayılı Kanunun "*Amaç*" başlıklı 1 inci maddesinde, Kanunun amacının kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygulanacak esas ve usulleri belirlemek olduğu ifade edilmiştir. Kanunun "*Kapsam*" başlıklı 2 nci maddesinde de, idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işleri ihalelerinin 4734 sayılı Kanun hükümlerine göre yürütüleceği hükme bağlanmıştır.

Kanunun "*Tanımlar*" başlıklı 4 üncü maddesinde; tedarikçi ve hizmet sunucusunun, ihalelere teklif veren kişileri; isteklinin, mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalesine teklif veren tedarikçi, hizmet sunucusu veya yapım müteahhidini; ihalenin, Kanunda yazılı usul ve şartlarla mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin istekliler arasından seçilecek birisi üzerinde bırakıldığını gösteren işlemleri; teklifin, yapılacak ihalelerde isteklinin sunduğu fiyat teklifi ile değerlendirmeye esas belge/veya bilgileri, ifade ettiği belirtilmiştir.

---

<sup>81</sup> Resmi Gazete'de yayımlanmayan 04.12.2003 tarih ve 2003/DK.D-443 sayılı Kurul Kararı.

Kanunda düzenlenmiş olan ihale usulleri incelendiğinde, tamamında, alım sürecine ilişkin seçim ve değerlendirme kriterlerinin idarece belirlendiği, Kanunun 46 ncı madde hükmü uyarınca da sözleşmenin idarece düzenlenmesi gerektiği görülmektedir.

Bütün bu hükümler dikkate alındığında, 4734 sayılı Kanunun ihale edilebilir nitelikteki mal veya hizmet alımı ile yapım işlerinin temin yöntemini düzenlediği, bu yöntemde istekli veya isteklilerin teklif vermesinin zorunlu olduğu ve alım kurallarının tümüyle idarece belirlendiği hususunun esas olduğu anlaşılmaktadır.

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

Zira söz konusu mal veya hizmetlerin üretim ve sunumu bunları üreten kurum ve kuruluşlara mevzuatın vermiş olduğu bir görev ve/veya yetkiye dayanmakta, bu mal veya hizmet tekel niteliğinde sunulmakta, sunum kuralları ilgili mevzuatlarında veya mevzuata dayalı bir yetki çerçevesinde ilgili kurum veya kuruluşlarca belirlenmektedir.

Söz konusu mal veya hizmetler bu nitelikleri dolayısıyla ki piyasada alınıp satılır durumda olmayıp, tarife fiyatları üzerinden, talep eden herkese sunulacak şekilde arz edilmektedir.

Açıklanan nedenlerle, mevzuatın verdiği yetki çerçevesinde kamu kurum ve kuruluşlarınca veya kamu kurum ve kuruluşlarının denetim ve gözetimi altında bir imtiyaz hakkı dahilinde özel hukuk tüzel kişilerince sunulan tekel niteliğindeki elektrik, su, doğalgaz, telefon hattı, resmi posta, resmi gazete gibi mal ve hizmetlerin, bu



nitelikleri devam ettiği sürece, 4734 sayılı Kanun hükümleri uygulanmaksızın ait oldukları mevzuat çerçevesinde temin edilmesi mümkün bulunmaktadır.<sup>82</sup>

Söz konusu mal ve hizmetlerin temini ile ilgili olarak daha önce tesis edilmiş abonelik sözleşmeleri uyarınca yapılan alımlar, gerek bu mal ve hizmetleri sunan kurum ve kuruluşların ve gerekse alımı yapan idarelerin kendi mevzuatları doğrultusunda abonelik sözleşmelerinin uygulanması ile ilgili periyodik ödemeler niteliğinde değerlendirilmelidir.

Ancak her durumda, anılan mal veya hizmetlerin belirtilen niteliklerinin değişmesi, bu çerçevede; mevzuatın veya imtiyaz hakkının verdiği üretim ve sunum yetkisinin kalkması, tekel niteliklerinin kalmaması gibi değişiklikler sonucu ihale edilebilir nitelik kazanmaları halinde 4734 sayılı Kanun hükümlerine göre temin edilmelerinin zorunlu olacağı hususu açıktır.

## 7. Diğer Hususlar

Tarımsal Amaçlı Kooperatiflerin kamu kaynaklarından kredi kullandırılmak suretiyle desteklenen projeleri için gerekli olan alımları 4734 sayılı Kanun kapsamında bulunmamaktadır.<sup>83</sup>

Başka kurum ve kuruluşların kendi faaliyet alanındaki çalışmalar için, Karayolları Genel Müdürlüğü tarafından verilen izinlerle, karayolları üzerinde açık kazı ile yapacakları enine ve boyuna geçişler esnasında yolda meydana gelen tahribatın, bozulmaya sebep olan kurum tarafından giderilmesi gerekmektedir. Ancak, karayolları üzerindeki bakım onarım sorumluluğu, Karayolları Genel Müdürlüğünün Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun ve Karayolları Trafik Kanunu hükümlerince Karayolları Genel Müdürlüğüne ait olduğundan, Karayolları Genel Müdürlüğü kontrolünde yapılması gereken söz konusu bakım onarım işinin, zarara sebep olan kurum ile Karayolları Genel Müdürlüğü arasında doğrudan sözleşme yapılmak suretiyle gerçekleştirilmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Buna göre; karayolu üzerinde başka kurum ve kuruluşlar tarafından çalışma yapılması halinde, yasal

<sup>82</sup> 08.06.2004 tarih ve 25486 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2004 Yılı Kamu İhale Genel Tebliği.

<sup>83</sup> Resmi Gazete'de yayımlanmayan 18.03.2003 tarih ve 2003/DK.D-81 sayılı Kurul Kararı.

olarak Karayolları Genel Müdürlüğünden alınacak izin ve verilecek teknik yardım ile sonraki bakım onarım hizmetleri, 4734 sayılı Kanuna tabi olmaksızın bu kurum veya kuruluşlar ile Karayolları Genel Müdürlüğü arasında doğrudan sözleşme yapılmak suretiyle temin edilebilecektir.<sup>84</sup>

### C. İstisnalara İlişkin Düzenlemeler

4734 sayılı Kanunun 4964 sayılı Kanunun 2 nci maddesi<sup>85</sup> ile değişik, “İstisnalar” başlıklı 3 üncü maddesinde istisna alımlar hükme bağlanmıştır. Buna göre;

Kanun kapsamına giren kuruluşlarca, kuruluş amacı veya mevzuatı gereği işlemek, değerlendirmek, iyileştirmek veya satmak üzere doğrudan üreticilerden veya ortaklarından yapılan tarım veya hayvancılıkla ilgili ürün alımları ile 6831 sayılı Orman Kanunu<sup>86</sup> gereğince orman köyleri kalkındırma kooperatiflerinden ve köylülerden yapılacak hizmet alımları,

Savunma, güvenlik ve istihbaratla ilgili mevzuat uyarınca gizlilik içinde yürütülmesi gerektiği, her bir ihale için ihale yetkilisince onaylanan; uçak, helikopter, gemi, denizaltı, tank, panzer, roket, füze gibi araç, silah, silah malzeme ve teçhizatı ve sistemleri ve harp malzemeleri ile bunların araştırma-geliştirme, eğitim, üretim, modernizasyon, yazılım ve mühimmat ihaleleri ile bunlarla ilgili sefer stokları, bakım, işletme ve idameye yönelik mal ve hizmetler, devlet güvenliği ve istihbaratı kapsamındaki hizmet, malzeme, teçhizat ve sistem alımları,

Uluslararası anlaşmalar gereğince sağlanan dış finansman ile yaptırılacak olan ve finansman anlaşmasında farklı ihale usul ve esaslarının uygulanacağı belirtilen mal veya hizmet alımları ile yapım işleri; uluslararası sermaye piyasalarından yapılacak borçlanmalara ilişkin her türlü danışmanlık ve kredi derecelendirme hizmetleri; Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankasının banknot ve

<sup>84</sup> Resmi Gazete’de yayımlanmayan 23.10.2003 tarih ve 2003/DK.D-326 sayılı Kurul Kararı.

<sup>85</sup> 15.08.2003 tarih ve 25200 sayılı Resmi Gazete.

<sup>86</sup> 08.09.1956 tarih ve 9402 sayılı Resmi Gazete.

kıymetli evrak üretim ve basımı ile ilgili mal veya hizmet alımları,<sup>87</sup> özelleştirme uygulamaları için 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun<sup>88</sup> 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; yurtdışında bulunan nakil vasıtalarının o yerden sağlanması zorunlu mal veya hizmet alımları,

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

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

Kanunun 2 nci maddenin birinci fıkrasının (b) ve (d) bentlerinde sayılan kuruluşların, ticari ve sınai faaliyetleri çerçevesinde; doğrudan mal ve hizmet üretimine veya ana faaliyetlerine yönelik ihtiyaçlarının temini için yapacakları, Hazine garantisi veya doğrudan bütçenin transfer tertibinden aktarma yapmak suretiyle finanse edilenler dışındaki yaklaşık maliyeti ve sözleşme bedeli iki trilyon üçyüz

<sup>87</sup> 07.05.2004 tarih ve 25455 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 5148 sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile Kamu İhale Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 2 inci maddesi.

<sup>88</sup> 27.11.1994 tarih ve 22124 sayılı Resmi Gazete.

milyar Türk lirasını (güncellenmiş hali ile üçmilyon yediyüzdoksanaltıbin beşyüzyetmişbir Yeni Türk Lirasını)<sup>89</sup> aşmayan mal veya hizmet alımları,

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

2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu<sup>90</sup> kapsamındaki kültür varlıklarının rölöve, restorasyon, restitüsyon projeleri, sokak sağlıklılaştırma, çevre düzenleme projeleri ve bunların uygulamaları ile değerlendirme, muhafaza, nakil işleri ve kazı çalışmalarına ilişkin mal ve hizmet alımları,<sup>91</sup>

5312 sayılı Deniz Çevresinin Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Acil Durumlarda Müdahale ve Zararların Tazmini Esaslarına Dair Kanun<sup>92</sup> hükümleri kapsamında, acil müdahale plânlarının hazırlanması ve bir olay meydana geldikten sonra kirliliğe müdahale ve acil müdahale plânlarının icrası için acil olarak ihtiyaç duyulabilecek hizmet alımı ile araç, gereç ve malzeme alımları bu Kanuna tabi değildir.<sup>93</sup>

Ancak, bu alımlara Kanunun ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri uygulanır.

Bu hükümler gereği olarak istisna kapsamında olup, Kurumun inceleyemeyeceği ihaleler ise şunlardır;

**a.** Kanun kapsamına giren kuruluşlar, kuruluş amacı veya mevzuatı gereği işlemek, değerlendirmek, iyileştirmek veya satmak üzere, tarım ve hayvancılıkla ilgili ürün alımlarını, müstahsil, ilk işleme niteliğindeki işletme ve tesisleri işleten üreticiler

<sup>89</sup> 19.01.2005 tarih ve 25705 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2005/1 sayılı Kamu İhale Tebliği.

<sup>90</sup> 23.07.1983 tarih ve 18113 sayılı Resmi Gazete.

<sup>91</sup> 27.07.2004 tarih ve 25535 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 5226 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu İle Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 21 inci maddesi ile eklenmiştir.

<sup>92</sup> 11.03.2005 tarih ve 25752 sayılı Resmi Gazete.

<sup>93</sup> 5312 sayılı Kanunun 25 inci maddesi ile eklenmiştir.

ve bunların ortağı buldukları tarımsal amaçlı kooperatifler ile üretici birliklerinden, ayrıca Tarım İşletmeleri Genel Müdürlüğünden ve Atatürk Orman Çiftliğinden doğrudan 4734 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin (a) bendine göre yapabilecektir.<sup>94</sup>

**b.** Millî Savunma Bakanlığı Akaryakıt İkmal ve Nato Pol Tesisleri İşletme Başkanlığı tarafından yapılacak alımların 4734 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin (b) bendi ve 24.12.2002 tarihli ve 2002/5143 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi Eki Esaslar kapsamında olup olmadığı ve dolayısıyla tedarik faaliyetlerinin bu Kararname Eki çerçevesinde Bakanlığa bağlı birimlerin hangileri tarafından yürütüleceğinin anılan Kararnamenin kapsam maddesi içerisinde değerlendirilmesi gerekmektedir.<sup>95</sup>

**c.** 4734 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin (b) bendi uyarınca Kanun kapsamında bulunan Türkiye Petrolleri Anonim Ortaklığının sermayesinin yarısından fazlasına sahip olduğu ve bağlı ortaklığı statüsündeki TPIC (Turkish Petroleum International Company) ve TPOC (Turkish Petroleum Overseas Company) adlı şirketler, 4734 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin (d) bendi uyarınca Kanun kapsamında bulunmaktadır.

Ancak, sermayesinin yarısından fazlası Türkiye Petrolleri Anonim Ortaklığına ait TPOC ve TPIC adlı şirketlerin yurtdışındaki faaliyetlerine ilişkin mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin 4734 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin (d) bendi gereği “*istisna*” kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.<sup>96</sup>

**d.** 4734 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin (f) bendinde sözü edilen ulusal araştırma ve geliştirme kurumlarının; ulusal alanda ve münhasıran araştırma geliştirme faaliyetleri yürütmek amacı ile kanunla kurulan kurumlar veya bilimsel özerkliğe ve kamu tüzel kişiliğine sahip yüksek düzeyde eğitim-öğretim, bilimsel araştırma, yayın ve danışmanlık yapan yükseköğretim kurumları olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.<sup>97</sup>

<sup>94</sup> Resmi Gazete’de yayımlanmayan 08.01.2004 tarih ve 2004/DK.D-1 sayılı Kurul Kararı.

<sup>95</sup> Resmi Gazete’de yayımlanmayan 18.03.2003 tarih ve 2003/DK.D-83 sayılı Kurul Kararı.

<sup>96</sup> Resmi Gazete’de yayımlanmayan 03.06.2003 tarih ve 2003/DK.D-170 sayılı Kurul Kararı.

<sup>97</sup> Resmi Gazete’de yayımlanmayan 11.04.2003 tarih ve 2003/DK.D-121 sayılı Kurul Kararı.

Bu belirlemeler çerçevesinde ulusal alanda ve münhasıran araştırma geliştirme faaliyetleri yürütmek amacı ile kanunla kurulan kurum niteliğindeki Atatürk Kültür Dil ve Tarih Yüksek Kurumu<sup>98</sup> ile Küçük ve Orta Sanayi Geliştirme Başkanlığının<sup>99</sup> yürüttüğü ve desteklediği araştırma geliştirme projeleri için gerekli olan mal ve hizmet alımları 4734 sayılı Kanununun 3 üncü maddesinin (f) bendi gereği istisna kapsamında yer almaktadır.<sup>100</sup>

**e.** İstisna hükümleri çerçevesinde yapılan satın alma işlemleri hakkındaki şikayet başvuruları hakkında Kurul, görev ve yetkisinde bulunmayan şikayete ilişkin, görevsizlik kararı vermekte ve dilekçe ilgisi nedeniyle ihaleyi yapan idareye veya bağlı olduğu idareye göndermektedir.<sup>101</sup>

**f.** 4734 sayılı Kanununun 3 üncü maddesinin (g) bendinde belirtilen ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında bulunmayan mal alım ihalesinde Kamu İhale Kurulunun görev ve yetkisi bulunmadığından; Kamu İhale Kanununa tabi olmayan ihale işlemlerine karşı yapılan şikayet başvurusunun Yönetmeliğin 21 inci maddesinin (a) bendi gereğince görev yönünden reddine karar verilmektedir.<sup>102</sup>

**g.** 4734 sayılı Kanununun 53 üncü maddesinde; ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde idarece yapılan işlemlerde bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olmadığına ilişkin şikayetlerin Kurum tarafından incelenerek sonuçlandırılacağı hükme bağlandığından, sözleşmenin idare tarafından feshedilmesi gibi sözleşme imzalandıktan sonra sözleşmenin uygulanması aşamasında ortaya çıkan ihtilaf için Kurumumuza itirazın şikayet başvurusunda bulunulması mümkün bulunmamaktadır.<sup>103</sup>

**h.** İdarece başlatılan yasak fiil ve davranışlar üzerine yasaklama işlemleri, geçici teminatın iadesine ilişkin başvurular da Kurul tarafından esas incelemesi yapılmaksızın reddedilmektedir.<sup>104</sup>

<sup>98</sup> Resmi Gazete'de yayımlanmayan 05.06.2003 tarih ve 2003/DK.D-171 sayılı Kurul Kararı.

<sup>99</sup> Resmi Gazete'de yayımlanmayan 01.05.2003 tarih ve 2003/DK.D-142 sayılı Kurul Kararı.

<sup>100</sup> 08.06.2004 tarih ve 25486 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2004 Yılı Kamu İhale Genel Tebliği.

<sup>101</sup> 10.05.2004 tarih ve 25458 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2004/UK.Z-428 sayılı Kurul Kararı.

<sup>102</sup> 14.10.2004 tarih ve 25613 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2004/UK.Z-1006 sayılı Kurul Kararı.

<sup>103</sup> 21.02.2004 tarih ve 25380 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2004/UK.Z-12 sayılı Kurul Kararı.

<sup>104</sup> 24.03.2004 tarih ve 25412 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2004/UK.Z-196 sayılı Kurul Kararı.

i. İdarenin menkul veya gayrimenkul mallarını satış, kiralama ve takas gibi gelir getirmeye yönelik olduğu için zaten 4734 sayılı Kanun kapsamında bulunmayan şikayet başvurularında bu şikayet başvurularına konu ihale kapsam dışı olduğu gerekçesi ile ilgili şikayetleri inceleyerek sonuçlandırmak Kamu İhale Kurumunun yetki ve görevleri arasında bulunmadığına karar verilmektedir.<sup>105</sup>

j. 4734 sayılı Kanuna tabi olmayan ihale ve sözleşmeler ile ilgili olarak Kamu İhale Kurumunun inceleme görev ve yetkisi olmadığından, iddia konusu hususlar 4734 sayılı Kanun kapsamında bulunmadığından istem konusunda herhangi bir karar alınmasına yer olmadığına,<sup>106</sup>

k. Şikayete konu edilen geçici teminatın faiziyle birlikte geri verilmesi istemi Kurumun görev ve yetki alanına girmediğinden, bu şikayete ilişkin başvurunun görev yönünden reddi gerekmektedir, şikayetçinin, başvuruya konu ihalede, 4734 sayılı Kanunda öngörülen idari denetim için şikayet başvurusunda bulunabilmesi için zorunlu olan hukuken korunması gerekli bir hakkı ihlal edilmediğinden, Yönetmeliğin 21 inci maddesinin 2 nci fıkrasının (b) bendi uyarınca başvurunun ehliyet yönünden reddine karar verilmektedir.<sup>107</sup>

l. İdarelerin, sayaç okuma el terminali malzemeleri alımı ihalesinin doğalgaz karşılığı trampa usulü ile gerçekleştirmesi, Kanununun 19 uncu maddesinde belirtilen ihale usullerinden biri olmadığından ve ihale mevzuatında öngörülmeyen trampa usulü olduğundan bu şekilde ihale yapılması 4734 sayılı Kanuna ve ihale mevzuatına aykırıdır.

Kurul konuya dair Kararında; yapıldığı tarihte 4734 sayılı Kanun kapsamında iken, anılan Kanun hükümlerine göre yapılmayan ve sözleşmeye bağlanan ihale hakkında iptal kararı verilmesinin mümkün olmadığına, tespit edilen aykırılıklar nedeniyle konunun değerlendirilerek gerekiyorsa incelenmek ve/veya soruşturulmak

<sup>105</sup> 21.04.2004 tarih ve 25440 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 2004/UK.Z-359 sayılı, 21.04.2004 tarih ve 25440 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 2004/UK.Z-360 sayılı ve 28.04.2004 tarih ve 25446 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 2004/UK.Z-365 sayılı Kurul Kararları.

<sup>106</sup> 15.07.2005 tarih ve 25876 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 2005/UH.Z-996 sayılı Kurul Kararı.

<sup>107</sup> 01.09.2004 tarih ve 25570 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 2004/UK.Z-849 sayılı Kurul Kararı.

üzere bağlı olunan Bakanlığa bildirilmesine ve başvuru konusu ihalenin 4734 sayılı Kamu ihale Kanunu ve ihale mevzuatına göre yapılması gerekirken yasal dayanağı olmayan bir usule göre yapılması nedeniyle ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulmasına karar verilmiştir.<sup>108</sup>

**m.** 4046 sayılı Özelleştirme Kanunu<sup>109</sup> kapsamındaki idarelerden yarıdan fazla hissesi Kanun kapsamındaki kuruluşlara ait olmayan idareleri ihaleleri şikayet kapsamı dışındadır.

Bu konuda verilen, 11.03.2005 gün ve 2004/UK.Z-325<sup>110</sup> sayılı örnek Karara göre; Ereğli Demir Çelik Fabrikaları A.Ş. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na tabi idareler kapsamında bulunmadığından, bu kuruluşun yaptığı ihale ile ilgili olarak Kurumun bir inceleme yapma yetki ve görevi bulunmamaktadır.

**n.** 3996 sayılı Bazı Yatırım Ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanuna<sup>111</sup> göre yapılan ihaleler de kapsam dışıdır.<sup>112</sup>

---

<sup>108</sup>22.02.2004 tarih ve 25381 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2003/UK.Z-873 sayılı Kurul Kararı.

<sup>109</sup> 27.11.1994 tarih ve 22124 sayılı Resmi Gazete.

<sup>110</sup> 18.04.2004 tarih ve 25437 sayılı Resmi Gazete.

<sup>111</sup> 13.06.1994 tarih ve 21959 sayılı Resmi Gazete.

<sup>112</sup> 04.03.2004 tarih ve 25392 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2004/UK.Z-72 sayılı Kurul Kararı.



## İKİNCİ BÖLÜM

### İDARELERE VE KİK'E YAPILAN İDARİ BAŞVURULAR

#### I. Genel Olarak

Kamu İhale Kurumu'nun inceleme yetkisi bulunan ihalelere karşı yapılacak idari başvurulara ilişkin usul ve esaslar, 24.05.2004 tarih ve 25471 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan, *"İhalelere Karşı Yapılacak İdari Başvurulara Ait Yönetmelik"*<sup>113</sup> ile düzenlenmiştir. Kamu İhale Kurumu tarafından 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu hükümleri çerçevesinde ihalelerin yapılmasının zorunlu olduğu 01.01.2003 tarihinden hemen sonra hazırlanan ilk *"İhalelere Karşı Yapılacak İdari Başvurulara Ait Yönetmelik"* ise, 17.01.2003 tarih ve 24996 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu Yönetmelik ile yürürlükteki Yönetmelik arasındaki en büyük fark, ilk Yönetmelikte *"re'sen inceleme"* müessesinin bulunmasıdır.

İlk Yönetmeliğin *"Re'sen İnceleme"* başlıklı 15 inci maddesinde; ihale sürecine ilişkin başvurular üzerine başvuranın iddialarından bağımsız olarak idareler ve Kurum tarafından re'sen inceleme yapılacağı düzenlenmiş ve maddede *"re'sen inceleme"*, ihale sürecinin şikayet tarihine kadar gerçekleşmiş kısmına ilişkin ve iddialardan

---

<sup>113</sup> Bundan sonra Yönetmelik olarak anılacaktır.

bağımsız inceleme olarak tanımlanmıştı. Anılan Yönetmeliğin “Başvuruların İncelenmesi Görevi” başlıklı 23 üncü maddesinde; Kamu İhale Uzmanı veya heyet tarafından başvurunun kendilerine havalesi üzerine, ihaleye ilişkin her türlü araştırma ve incelemenin re’sen yapılacağı düzenlenmişti.

Halihazırda yürürlükte bulunan Yönetmelikte ise iddiaların incelenmesi yolunda uygulanmamak üzere, “Kurumca İnceleme” başlıklı 17 nci maddesinin birinci fıkrasında sadece itirazın şikayet başvurularında şikayete konu aşama veya aşamaların ve bu aşamayla bağlantılı işlemlerin kamu ihale mevzuatına uygunluğu yönünden incelemesinin yapılacağı düzenlenmiştir. Anılan düzenleme uyarınca Kurulca itirazın şikayet dilekçesinde iddia edilen konularla bağlantılı işlemlerin incelenmesinin yapılması durumunda ise bu inceleme asla re’sen inceleme düzeyine çıkmamalıdır. Aksi takdirde, bu incelemeye dayanan Kurul kararı usul açısından mevzuata aykırılık sorunu taşıyabilir.

İdari yargılamada, hakimın kanıtların araştırılmasında ve davanın yürütülmesinde re’sen yani kendiliğinden hareket etme yetkisi vardır.<sup>114</sup>

Re’sen araştırma yükümlülüğü, idari usulün asıl amacının kamu yararının sağlanmasına yönelik olmasının tabii bir sonucudur. İdari usulde re’sen araştırma kamu yararı özel yarardan üstün olduğu ve olması gereken şekilde tam ve yerinde karar alınması hukuk devletinin gereği olması nedeniyle zorunludur.<sup>115</sup>

2577 sayılı İYUK’ un 20 nci maddesi ile, Danıştay ile idare ve vergi mahkemelerinin, bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yapacakları, mahkemelerin belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilecekleri hükme bağlanmıştır. Danıştay kararlarında bu hükmün idari yargılama hukukunda re’sen araştırma ilkesini işaret ettiğini açık olarak hükme bağlamıştır.<sup>116</sup>

<sup>114</sup> A.Şeref GÖZÜBÜYÜK: Yönetmelik Yargısı, (Ankara, Turhan Kitabevi, 2005), 343.

<sup>115</sup> Bahtiyar AKYILMAZ: İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, (Ankara 2000), 131.

<sup>116</sup> DVGK’nın 26.01.1996 tarih ve E. 1995/266, K.1996/38 sayılı Kararı,DD., sy.92, 196.

Re'sen araştırma ilkesi, yargılamada, göz önüne alınması gereken kamu düzenine ilişkin görev, yetki, süre gibi hususlarda sağlıklı sonuca ulaşılabilmesi ve idari yargının aynı zamanda hukuka uygunluk denetimi olması ve eylem veya işlemlerin hukuka uygunluğunun kimi zaman kapsamlı bir araştırma ve inceleme gerektirmesi nedeniyle oldukça önemli bir ilkedir.<sup>117</sup>

Davayla ilgili dosyada mevcut bilgi ve belgelerin gerçeğe ulaşılmasında yeterli görülmemesi halinde mahkemelerce anılan madde hükmünde öngörülen her türlü incelemenin yapılması re'sen araştırma ilkesi karşısında, zorunluluk arz etmektedir.<sup>118</sup>

Tarafların hukuki sürece katılmaları objektif, adil bir karara varmayı güvence altına almak açısından etkilidir. Bu katılımın araştırma ilkesinin dışında tutulmaması gerekir ki aksi durum re'sen araştırma ilkesinin ihlalidir. Kişilere, kendileriyle ilgili yapılacak idari işlemlerde, idari işlem sürecine hukuki sorunu bilerek katılma, delil ve tartışmalarda temsil ve bunlara karşı cevap verme hakkının tanınması; başka türlü kolayca elde edilemeyecek bilgilerin elde edilmesi açısından çok yararlı olacaktır. Katılım ayrıca idari makama, konuyla bağlantılı olaylara tam ve dengeli bir bakış açısı; tarafların haklarının düzenli şekilde dikkate alınması ve usulün sonucu olan karara onların şartlarının da yeterince yansımaları sağlayacaktır.<sup>119</sup>

İdari yargı yerleri ise yargısal denetimi re'sen inceleme ilkesini gözeterek yaptığından, iddiaların incelenmesi başvuruları sonucu tesis edilen Kurul Kararları ile itirazın şikayet başvuruları sonucu tesis edilen Kurul Kararlarının iptal davasına konu olmasında uyumsuzluğun yargısal incelemesinde farklılık olacaktır.

Kurulun 12.10.2004 tarih ve 2004/UY.Z-1335<sup>120</sup> sayılı Kararı ile; ihale konusu iş, 4734 sayılı Kanununun 62 nci maddesinin (c) bendinde yer alan, işin yapımı sırasında belli aşamalarda arazi ve zemin etütleri yapılmasının gerekli olması nedeniyle ihaleden önce uygulama projesi yapılamayan işler arasında

<sup>117</sup> Zehreddin ASLAN: "Türk İdari Yargı Sisteminde Re'sen Araştırma İlkesi", İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, No:23-24 (Ekim 2000-Mart 2001), 25.

<sup>118</sup> Danıştay 7. Dairesi 27.10.1993 tarih ve E. 1992 / 322, K. 1993 / 4357, D.D., sy. 89, 450-451, Danıştay 7. Dairesi, 26.03.1996 tarih ve E. 1995 / 697, K. 1996 / 1165, D.D., sy. 92, 582 ve Danıştay 11. Dairesi, 10.11.1994 tarih ve E. 1995 / 3983, K. 1996 / 765, D.D., sy. 92, 799.

<sup>119</sup> Bahtiyar AKYILMAZ: a.g.e., 132-133.

<sup>120</sup> 28.11.2004 tarih ve 25654 sayılı Resmi Gazete.

sayılamayacağından, uygulama projesi yapılarak anahtar teslimi götürü bedel teklif alınmak suretiyle ihale edilmesi gerekli iken, uygulama projesi yapılmadan kesin proje üzerinden her bir kalem iş için birim fiyat teklif almak suretiyle ihaleye edilmesi nedeniyle, ihale sürecinde yapılan ve mevzuata aykırılıkları tespit edilen işlemlerin düzeltici işlemle giderilemeyecek nitelikte işlemler olduğu anlaşıldığından, 4734 sayılı Kanununun 56 ncı maddesi (b) bendi gereğince, ihale işlemlerinin ve ihale kararının iptaline karar verilmiştir.

İşbu Kurul Kararının karşı oyunun<sup>121</sup> gerekçesinde ise; şikayet konuları arasında bu ihalenin “Birim fiyat teklif alma” usulü ile yapılamayacağına ilişkin bir iddia bulunmadığından alınan karar, “aşamalarla bağlantılı olmadığından” Yönetmeliğin 17 inci maddesinin 1 inci fıkrasına aykırı olduğu görüşü ile bağlantı olmadığı kanaati bildirilmiştir.

Nitekim, Kurul Kararının dava konusu edilmesi üzerine, Mahkeme Kararında<sup>122</sup>; “... San. ve Tic. Ltd. Şti. tarafından teminat mektubunun mevzuata uygun bulunmamasından dolayı tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılması iddiası dışında başka bir iddianın içinde yer almadığı şikayet başvurusu üzerine, Kurulun davaya konu kararı ile şikayet konusu olmadığı halde “re’sen” şikayet konusu ile ihalenin diğer aşaması olan ihalenin birim fiyat teklif alma usulü ile yapılmasına ilişkin ihale işlemleri arasında bağlantı görülerek ihale işlemlerinin ve ihale kararının iptal edilmesine ilişkin işlemde, şikayete konu iddia ile ihalenin birim fiyat teklif alma usulü ile yapılmasına ilişkin işlemler arasında bağlantı bulunmadığından mevzuata uyarlık görülmediği gerekçesi ile dava konusu işlemin iptaline hükmedilmiştir.

Dava konusu Kurul Kararında, Yönetmelikte yer alan düzenleme uyarınca bağlantılı işlemler incelenmiş olup, Mahkeme Kararında yer aldığı gibi “re’sen” inceleme yapılmamıştır.

Öte yandan, şikayet konusu ile ihalenin diğer aşaması olan ihalenin birim fiyat teklif alma usulü ile yapılmasına ilişkin ihale işlemleri arasında bağlantı bulunmadığı

<sup>121</sup> K.Nejat ÜNLÜ, Muzaffer EREN, Hakkı USTAÖMER: 28.11.2004 tarih ve 25654 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Karşı Oy gerekçeleri.

<sup>122</sup> Ankara 9 uncu İdare Mahkemesinin 04.07.2005 gün ve E:2004/3335, K:2005/628 sayılı kararı.

belirtilmekte ise de; itirazın şikayet yoluna başvurulmaksızın ihale işlemlerine karşı doğrudan yargı yerlerinde dava açılmasının mümkün olmaması ve ancak itirazın şikayet başvurusu üzerine verilen Kamu İhale Kurulu kararlarına karşı dava açılabilmesi karşısında, 4734 sayılı Kanununun 62 nci maddesinin (c) bendinde aykırı olarak tesis edilen ihale işleminin Kamu İhale Kurumu tarafından yapılacak idari denetimin ve yargı yerlerince yapılacak hukuka uygunluk denetimi dışında kalacağı düşünülmektedir.

AB şikayet direktiflerine baktığımızda, bir bütün olarak AB kamu ihale mevzuatı özelde ise şikayet mevzuatı, topluluk merkezi düzeyinde AB Komisyonunca, yerel düzeyde de üye ülkelerce icra edilmektedir. Bu anlamda AB tarafından yerel düzeyde yapılacak ihale sürecine ilişkin kontrol ile takip için iki tane uyumsuzluk giderici direktif veya şikayet direktifleri çıkartılmıştır.

Bu Direktifler;

1- 21.12.1989 tarih ve 89/665/EEC sayılı, klasik kamu sektörleri (yapım, mal, hizmet) ihalelerine ilişkin şikayet başvuru direktifi,<sup>123</sup>

2- 25.02.1992 tarih ve 92/13/EEC sayılı, kamu hizmet (su, enerji, ulaşım ve telekomünikasyon) sektörleri ihalelerine ilişkin şikayet başvuru direktifidir.<sup>124</sup>

*"İhtilafların Çözümüne İlişkin Direktifler"* (kısaca İhtilaf Direktifleri), öngördükleri inceleme usulleriyle, doğru ve şeffaf bir şekilde gerçekleştirilmeyen kamu alımlarındaki aksaklıkların düzeltilmesini amaçlamaktadır. İhtilaf Direktiflerinin genel amacı, etkin ve hızlı çözüm usullerinin oluşturulmasıdır. İhtilaf Direktiflerinde AB'nin yargı müdahalesinin çok az olduğu ve uyumsuzlukların çözümüne dair asgari koşullar belirtilerek, üye ülkelerin ulusal mahkemeleri veya bağımsız idari otoritelerince üç çeşit çözüme gidilmesi gerektiği ifade edilmektedir.

1- İhale sürecini askıya almayı sağlayacak ara önlemler veya tedbir olmalı,

<sup>123</sup> O.J. (ABRG), L 395 , 30/12/1989 P. 0033 – 0035.

<sup>124</sup> O.J. (ABGS)L 076 , 23/03/1992 P. 0014 - 0020

2- İhale süreci içerisinde alınan idari bir karar veya işlemi iptal imkanı veren veya ihale dokümanında düzeltme yapılması gereken konularda düzeltici kararlar tesis etmeyi (örneğin, teknik şartnamede ayırmacı hükümleri ayıklamak) sağlayan hükümler mevcut bulunmalı,

3- Zararların tazmini sağlanmalıdır.

92/13 sayılı, kamu hizmet (su, enerji, ulaşım ve telekomünikasyon) sektörleri ihalelerine ilişkin İhtilaf Direktifinde, alternatif olarak geçici ara önlemler ile iptal ve düzeltme işlemleri yerine üye ülkelerin caydırıcı cezai yaptırımları öngörüp düzenleyebilecekleri düzenlenmişken, üye ülkelere sadece, Fransa, Danimarka ve Lüksembourg kısmen veya tamamen bu sistemi kabul etmişlerdir.

Her iki Direktifte yetkili ulusal kurallar nezdinde bireylerin AB hukukuna göre haklarının korunması ve AB Hukukunun etkin bir şekilde uygulanmasının sağlanmasına dayanır. Avrupa düzeyinde bu iki direktif AB Komisyonuna sınırlı düzeyde müdahale imkanı vermekle birlikte asıl amacı üye ülkelerin ulusal düzeyde etkili ve yeterli çözüm imkanlarını sunmalarını yükümlülük altına almaktır.

Özellikle üye ülkeler, bireylerin ihale süreci içerisinde AB Kamu ihale kurallarının ihlallerine yönelik ulusal mahkemeler veya bağımsız kurullar önünde düzeltme imkanı tanıyan hakları sağlamakla yükümlüdürler. AB Komisyonu bu husustaki uygulamayı temin etmek üzere ulusal mahkemelerin veya bağımsız otoritelerin yetkili kılınmasının öncelikli hedef olması gerektiğini vurgulamıştır. Burada ulusal düzeyde ihale şikayet müracaat prosedürünün etkinliği konusu önem arz etmektedir.

AB Komisyonu, AB Hukukuna göre uygun olmayan üye ülke uygulamaların takibine yetkilidir. Bu prosedürde doğrudan hedeflenen amaç AB Hukukunun uygulanmasını temin olup, bireylerin çıkarlarının korunması bu prosedürün dolaylı amacıdır. Antlaşmanın prosedürleri AB hukukuna uygun davranışı artırmış ise de, AB Komisyonunun bu prosedürü bazen eleştiri almaktadır. Zira, AB Komisyonunun kaynakları itibarıyla bütün ihlal iddialarına cevap verebilecek durumda olmadığı bu nedenle AB Komisyonunun sadece önem arzeden dosyalara inmesi gerektiği iddia

edilmiştir. Bu prosedür, önleyici caydırıcı etkilerinden dolayı ihlallerin giderilmesini de sağlamıştır. Fakat bu düzensizlik ve ara önlem prosedürlerinin eksiklikleri vardır.

Bütün ihlallerden haberdar edilmemesi, AB Komisyonunun mevzuatın uygulanmasını ve ihaleye girenlerin korunmasını sağlama görevini tam manasıyla yerine getirmesini engellemektedir. Prosedürün takibi bütünüyle AB Komisyonunun inisiyatifindedir ve bu da politik sebepler gibi hukuki olmayan kararlara yol açabilir. Prosedür çok yavaş işlemekte ve mahkeme kararını bildirene kadar genellikle ihale süreci sona ermiş olabilmektedir. Bu durumda ulusal çözümler daha değerlidir ancak hukukun uygulanması ve haksızlığa uğrayanların korunması çok önemlidir.

Hak ihlallerinin düzeltilmesinin mümkün olduğu aşamada düzeltilmesi, şeffaflık ve eşit muamelenin garanti altına alınması, AB yasal düzenlemeleri ile ulusal mevzuatın ihlal edilmesi durumunda etkin ve çabuk çözüm mekanizmalarının oluşturulması İhtilaf Direktiflerin temel hedefleridir. Söz konusu direktiflerin amaçlarını karşılayan ulusal inceleme usullerinin de, kamu alımlarının doğru ve AB hukuku ışığında oluşturulan ulusal kamu alımları usullerine uygun şekilde yapılmasını temin edecek biçimde oluşturulması amaçlanmıştır.<sup>125</sup>

Kamu alımlarını düzenleyen Direktiflere tam olarak uyulmasını hedef alan İhtilaf Direktiflerinin kapsamı; dayanağı Konsey Direktifleri olan yeterli inceleme mekanizmalarının üye devletlerce tesis edilme zorunluluğunu ve dayanağı AB Antlaşması'nın 169 uncu maddesi olan AB Komisyonunun, AB hukukunun uygulanmasında üye devletleri denetleme yetkisini içerir.

Üye devletler takip edecekleri yolu saptamada özgür olmakla birlikte, direktiflerde, ihale sürelerinin kısa olmasından dolayı, şikayeti inceleyen birimlerin düzenlemeler; aykırı işlemleri önlemek için ara kararlar almaları, ihallerle ilgili çözümlerin kısa zamanda bulunması, üye ülkelerde düzenlemelere aykırı kararlar alınmasının önüne geçilmesi ve hak ihlaline uğrayanların zararlarının tazminine ilişkin düzenlemelerin olması gerektiği belirtilmektedir.

---

<sup>125</sup> M.Bülent AĞARI ve arkadaşları: a.g.m., 45.

Üye ülkelerde AB direktiflerinin gereklerini yerine getiren farklı inceleme sistemleri mevcuttur. Bazı üye devletlerde ihaleyi açan kurum tarafından yapılan ön inceleme sonrasında, bağımsız bir organ tarafından inceleme yapılırken, bazılarında ise yargı organlarına başvuru olanağı sağlanmıştır. Kanuna uygun olmayan bir fiil ya da karar sonucu mağdur duruma düşen istekliye, uğradığı zararın tazmini için adli yargıya başvuru yolu açıktır.<sup>126</sup>

İngiltere uygulamasında ise; İhale sürecine yönelik olarak istekliler ya yerel mahkemeye ya da AB Komisyonuna başvurabilirler. İhaleyi yapan idareye, şikayet yolu ile başvuruda bulunulamazlar. Ayrıca, İngiltere Kamu Alımları Ofisinin şikayet sürecine yönelik bir görevi bulunmadığından, söz konusu Ofis'e başvurulması da söz konusu değildir.

Üye devletlerin milli hukukuna AB'nin hukuksal bir müdahalesi olarak özetlenebilecek olan çözümler direktifinin getirdiği koşullar yenilikçidir ve yerel ihale uygulamalarının bütünleşmesine ve uyumlaştırılmasına yardımcı olmuştur. Fransa gibi bazı üye ülkelerde denetim sistemlerinin yeniden düzenlenmesi sağlanmıştır. İngiltere ve İrlanda gibi bazı üye ülkelerde hiç daha önce mevcut olmayan denetim sistemi konusunda yeni bir düzenleme yapmasını beraberinde getirmiştir. Fakat, AB hukukunun ulusal düzeydeki uygulaması bazı oluşumlarda karmaşık ve kapsamlıdır. Direktif AB ihale davalarının tutarlı, kesin ve açık şekilde ulusal denetim bakımından görülmelerini ve hakimlerin hangi koşullarda hangi boyutlarda ve hangi dayanaklara bağlı olarak bu davaları göreceğini belirlemiştir. AB ihale kurallarının üye ülkelerdeki uygulamasıyla ilgili standart getirilmiştir. Böylece kanun yapanlar ne tür önlemler alacaklarını ve ulusal hakimler hangi şartlar altında bu kuralları uygulayacaklarını ve yorum ve uygulamada direktifi kullanabileceklerini görebilmişlerdir. Kısaca direktif ihale alanındaki kesinlik açıklık ve hızın gelişimini sağlamıştır.<sup>127</sup>

AB Direktiflerinde, şikayet başvurularının öncelikle ihaleyi açan idareye yapılmasını zorunlu kılan usullere izin verildiğinden, ihaleyi yapan idareye şikayet başvurusu yapıldıktan sonra başvurunun sonucuna göre diğer yollar kullanılmalıdır. İdare şikayet üzerine Ön İncelemesini yapar ve şikayetçiye sonucu bildirir.

<sup>126</sup> M.Bülent AĞARI ve arkadaşları: a.g.m., 46.

<sup>127</sup> Servet ALYANAK: a.g.m., 273.



Karşılıklı anlaşmaya varabilmek için yapılan zorunlu ön inceleme pek çok ülkede uygulanan bir yöntemdir. Bu mekanizma ile taraflara, şikayet mahkemeye intikal etmeden önce gerekli adımları atma olanağını verilmektedir. Zorunlu Ön İncelemenin asıl amacı ise, kamu otoritesine gerekli düzeltimler yapması için fırsat verilerek, dava açılmadan konunun halledilmesidir. İhaleyi açan idareden başka hiçbir kurum, bu inceleme ile görevli ve yetkili değildir.

AB üyesi kimi ülkelerde, direktiflere uygun olarak, şikayetler üzerindeki ilk incelemenin kamu alımları konusunda uzmanlaşmış bağımsız bir organa intikal ettirilmesi öngörülmektedir. Yine ülkemizde KİK Kararlarına karşı olduğu gibi, eğer ulusal yasalar izin veriyorsa bu organların kararlarına karşı yargı yoluna gidilebilir.

Kimi üye ülkeler, ihaleyi açan Kamu kurumlarının kararlarına ilişkin şikayetlerin doğrudan ulusal mahkemeler önüne getirilmesine imkan tanımıştır. Direktifler bu tür incelemeyi, en azından son aşamada zorunlu kıldığından ilgili AB mevzuatını uygulamanın en kolay yolu budur. Yetkili mahkemenin kamu davalarında uzmanlaşmış olup olmadığı, ilgili ülkedeki yargı sistemine bağlıdır. İhtilafların çözümünde yargısal incelemenin öngörülmemesi durumunda, en azından son aşamada yargı yoluna başvurma imkanının getirilmesi AB Direktiflerince gerekli kılınmıştır. Söz konusu Direktifleri ulusal hukuklarına aktaran bütün AB üyesi ülkelerde bu tip yargısal inceleme yolları tesis edilmiş bulunmaktadır.

Kamu alımlarına ilişkin AB direktiflerinin ihlali halinde, sözleşmenin imzalanmasından önce başvuru yapılması halinde AB Komisyonu, üye ülke veya ilgili idareden açıklama talep etme ve üye ülkeyi denetleme yetkisine sahiptir. Üye ülkeler AB Komisyonunun kararı üzerine yirmibir gün içinde; ihale sürecinin durdurulması, Kanuna aykırı işlem ve eylemlerin düzeltilmesi ve düzeltici işlem tesis edilemediği durumlarda gerekçelerin bildirilmesi, yönünde işlem tesis eder. AB Komisyonu üye ülkenin açıklamalarını uygun bulmazsa, konu AB Adalet Divanı'na (European Court of Justice) intikal eder. Bu halde ilgili devlet konumunda yer alır. Şikayetler iç hukuk yolları tüketilmeden doğrudan AB Komisyonuna da yapılabilir. Şikayetçiler, AB Komisyonu kararlarına karşı, AB Antlaşması'nın 226 ncı maddesi gereği AB Adalet Divanı'na

gidebilirler.<sup>128</sup>

İmzalanmış sözleşmelere ilişkin uyuşmazlıkların sonuçlandırılmasında mahkeme dışında sözleşmede öngörülmüş olması kaydıyla tahkim (arbitration) ve uzlaştırma imkanları gibi alternatif uyuşmazlık çözümleri de mevcuttur. Ulusal ihale uyuşmazlıkları çözümlerinin etkinliği sadece gelen şikayet başvurularının sayıları ile değil aynı zamanda bu şikayet başvurularının başarılı bir şekilde neticelendirilmesi ile de alakalıdır. Genel olarak şikayetçilerin başarı oranları düşük kalmakta, sayıca çok müracaat alan üye ülkelerde bile, başvuruların büyük bir çoğunluğu retle sonuçlanmaktadır.

## II. İhale Süreci

4734 sayılı Kanunda “*ihale*”, Kanunda yazılı usul ve şartlarla mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve ihale yetkilisinin onayını müteakip sözleşmenin imzalanması ile tamamlanan işlemler olarak tarif edilmiştir.

İhale genel olarak ihtiyacın birden fazla istekliden hangisinden karşılanacağını belirlemek için yapılır. İhale ihtiyacın ortaya çıkması ile başlar ve ihtiyacın giderilmesine kadar bir başka ifade ile sözleşme imzalanmasına veya idarece Kanunun “*Bütün Tekliflerin Reddedilmesi ve İhalenin İptali*” başlıklı 39 uncu maddesi hükmü gereği veya Kurul Kararı ile iptal edilene kadar devam eder. Bütün bu süreçte yapılan işlemler idari işlemlerdir. Kamusal ihtiyaçların giderilmesinde ilgili idare öncelikle ihtiyaç tespitini yapar, ihtiyacın yaklaşık maliyeti belirlenemeyen ihaleye çıkılamaz, ihale işlemleri başlatılamaz. İhale işlemleri ihale yetkilisinin onayı ile başlar. İhale sürecinin üçüncü kişiler açısından hukuk alanında sonuç doğurabilmesi için ilan gereklidir.

## III. Şikayetçinin Ehliyeti

### A. Ehliyet Kavramı

---

<sup>128</sup> M.Bülent AĞARI ve arkadaşları: a.g.m., 48.

Kanunda hükme bağlandığı üzere, “*itirazen şikayet*”, dava açılması öncesinde kullanılması zorunlu bir başvuru yoludur. İdarenin ihale işlemleri ile ilgili olarak tesis ettiği işlemler idari işlemler olduğundan, bu idari eylem ve işlemlerin yargısal denetiminin 2577 sayılı İYUK gereği idari yargıda yapılması gerekmektedir.

İdari denetim ve yargısal denetimin kapsamlarına ilişkin en önemli farklılık bu denetimleri ehliyet şartına daırdır. 2577 sayılı Yasadaki düzenlemeye göre, idari işlemlerle meşru ve aktüel menfaat ilgisi bulunanlar iptal davası açabilecekken, 4734 sayılı Kanunda şikayet ve itirazen şikayet başvurusu için hak ihlali koşulu getirilmiştir. Bu haliyle yargısal denetimin kapsamı daha geniş olup, ihale sürecine ilişkin işlemlerle menfaat ilgisi kurabilen herhangi bir kişi idari yargıda iptal davası açabilecek, ancak şikayet yoluna başvuramayacaktır.<sup>129</sup>

Ehliyete ilişkin bu açıklamalar itirazen şikayet müessesesi için geçerli olup, iddiaların incelenmesi yolunda ehliyet şartı aranmadığından, hakkı ihlal edilmeyenler iddiaların incelenmesi ile menfaatlerini dava açmadan önce korumak imkanına sahip olacaklardır. Ancak, iddiaların incelenmesi sonucunda ihale işlemlerinin ve ihale kararının iptaline veya düzeltici işlem gibi yürütülmesi zorunlu ve hukuki sonuç doğurucu kararlar alınmadığından, hakkı muhtel olmayanların menfaat ilgisi nedeniyle Kuruma iddiaların incelenmesi talebiyle yapacakları başvurulardan istenilen amaca ulaşmaları imkansızdır.

İtirazen şikayet, dava açılması öncesinde kullanılması zorunlu bir başvuru yolu olarak hükme bağlandığı halde, iddiaların incelemesinin yargıya başvurulmadan önce zorunlu olduğuna dair benzeri bir hüküm yoktur. Kurul tarafından, 4734 sayılı Kanunda idareye şikayet ve Kuruma itirazen şikayet başvurularının, ihale süreci içerisindeki idari işlem veya eylemlerle hakkı muhtel olan isteklilerle sınırlı biçimde yorumlandığı anlaşılmaktadır.<sup>130</sup>

Kurul iddiaların incelenmesinde, idari denetimi başvuru sahibinin iddiaları ile sınırlı olarak yapmaktadır. Oysa, itirazen şikayet başvurularında şikayete konu

<sup>129</sup> Gökhan Oğuz: a.g.m., 15.

<sup>130</sup> 29.05.2005 tarih ve 25829 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 2005/UY.Z-634 sayılı Kurul Kararı.

aşama veya aşamaların ve bu aşamayla bağlantılı işlemlerin mevzuata uygunluğu denetlenir.

Kurulun 11.01.2005 tarih ve 2005/UH.Z-50<sup>131</sup> sayılı Kararının Karşı Oy gerekçesinde; itirazen şikayet başvurusunda bulunan firmanın, incelemeye konu ihalede idari şartname gereği sunması gereken belgeleri sunmadığından değerlendirme dışı bırakıldığı ve bu işleme karşı herhangi bir şikayeti bulunmadığı, bu aşamadan sonra yapılan ihale işlemleriyle ilgili olarak 4734 sayılı Kanunun 55 ve 56 ncı maddelerine göre şikayet ve itirazen şikayet hakkı kalmadığı gerekçesi ile başvurunun ehliyet yönünden reddi gerektiği savunulmuştur.

İdari yargılama usulü ile Kurumun inceleme usulü arasında ehliyet koşulundaki farklılık nedeniyle; aynı ihale sürecinde tesis edilmiş bir işlem, aynı anda, hem işleme hakkı ihlal edilenler tarafından, hem de menfaat ilgisi bulunanlar tarafından idari yargıya konu edilmiş olabilecektir.<sup>132</sup>

Kanun kapsamındaki ihalelere ilişkin olarak, Kurumun denetimi ile idari yargı denetimi arasındaki farklardan en önemlisi ehliyet koşulundan kaynaklanmaktadır.

İdari Yargıda ehliyet kavramı; objektif ehliyet olan davada taraf olma ve dava açabilme ehliyetini içerdiği gibi, sübjektif ehliyet denilen menfaat ihlali ile hak ihlalini içerir. İdari Yargılama Usulü Kanununda iptal davası, idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan dava olarak tanımlanmıştır. İdarenin işlemlerine karşı menfaati ihlal edilenlerin açtıkları iptal davası hukuka uygunluğu sağlamada en etkin yollardan birisidir.<sup>133</sup>

Başvuruların ehliyet yönünden reddi kararlarına karşı idari yargı yoluna gidilmesi durumunda; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun “İdari Dava Türleri ve İdari Yargı Yetkisinin Sınırı” başlıklı 2 nci maddesinin 1 inci fıkrasının (a) bendinde; idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri

<sup>131</sup> Adnan ZENGİN, Muzaffer EREN, Hakkı USTAÖMER: 15.03.2005 tarih ve 25756 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Karşı Oy gerekçeleri.

<sup>132</sup> Gökhan Oğuz: a.g.m., 15.

<sup>133</sup> A.Şeref GÖZÜBÜYÜK, Güven DİNÇER: İdari Yargılama Usulü (Ankara 2. baskı 2001), 72.

ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan davaların iptal davaları olduğu, hüküm altına alınmıştır.

Görüldüğü üzere, herhangi bir idari işleme karşı iptal davası açabilmenin koşulu, menfaat ihlaline uğramış bulunmaktır. Her olayda meşru, aktüel ve ciddi menfaat ilgisi mahkemece takdir olunacaktır. Meşru olmayan bir menfaat, iptal davası açabilme olanağını vermez. Menfaatin meşru sayılabilmesi için hukuka uygun olması gerekir. Hukuka aykırı bir durumun korunmasına yönelik dava açmada meşru bir menfaat bulunmamaktadır. Öte yandan, bir kimse kendi menfaatini etkilemeyen işlemlere karşı iptal davası açamaz. Dava konusu yapılan idari işlemlerden dolayı, davayı açanın doğrudan doğruya menfaatinin haleldar olması gerekir.

Menfaat ihlali şartı, hak ihlali şartına göre daha geniş kapsamlıdır. İptal davası için, hak ihlalinin istenmemiş olması, iptal davasının açılmasını kolaylaştırmış, dava açma olanağını genişletmiştir. Menfaat ihlali “*dar*” anlamda, sübjektif haklar alanına ilişkin bir zarara sebep olan “*hak*” ihlali olarak yorumlanmamalıdır. Menfaat ihlalden sübjektif bir hak ihlali değil, bahis konusu kimselerin ihale işlem ve eylemleri nedeniyle ciddi ve makul bir ilgisi anlaşılmalıdır. Aynı zamanda menfaatin, para ve sair maddi değer ölçüleri ile ifade edilebilecek bir değeri haiz olması da şart değildir. Ciddi ve makul olmak kaydıyla manevi bir ilgi ve menfaatin ihlal edilmiş olması bu şartın gerçekleşmesi açısından kafi olmalıdır.

Kanunda, idarelerin veya ihale komisyonlarının sorumluluklarını ihlal nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğrayan veya zarara uğraması muhtemel olan yapım müteahhidi, tedarikçi veya hizmet sunucularının yazılı şikayet yoluyla inceleme talebinde bulunabileceğini hüküm altına almıştır.

Şikayet hakkını kullanacak kişinin öncelikle idarenin herhangi bir eylem, işlem veya kararından dolayı bir hak kaybına veya zarara uğramış olması veya henüz zarar gerçekleşmemiş olsa da zarara uğrama ihtimalinin bulunması gerekmektedir. 4734 sayılı Yasa gereğince şikayet hakkının kullanılabilmesi hem objektif hem de sübjektif ehliyetin bir arada bulunması şartına bağlıdır.

Kanun Koyucu tercihini "*hak kaybı*" kavramından yana kullanırken, Kurul subjektif ehliyet ile ilgili olarak verdiği kararlarda ehliyet için bazen menfaat ihlalinin varlığını yeterli görürken bazen de hak kaybını ölçü olarak aradığı anlaşılmaktadır.

Menfaat ihlali ile hak kaybı veya ihlali kavramları ve aralarındaki sınırlayıcı fark, Danıştay 5. Dairesi Başkanlığı tarafından 06.01.1982 günlü, 2577 sayılı İYUK'un 10.06.1994 günlü, 4001 sayılı Yasa'nın<sup>134</sup> 1 inci maddesiyle değiştirilen 2 nci maddesinin 1 inci bendinin (a) alt bendinde yer alan "*...kişisel hakları ihlal edilenler...*" ibaresinin, Anayasa'nın 2 nci, 36 ncı, 125 inci ve 142 nci maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi üzerine, Anayasa Mahkemesi'nin 21.09.1995 tarih ve Esas No:1995/27 ve Karar No:1995/47<sup>135</sup> sayılı kararı ile incelenmiştir.

Her ne kadar inceleme idari yargılama ve mahkemelerin görev ve yetkileri açısından yapılmış olsa da; idari bir merci olan Kamu İhale Kurumu'nun ehliyet konusundaki yaklaşımına yön verecek niteliktedir. Anayasa Mahkemesi Kararı'nda; değişiklikten önce, idarî dava türlerinin en yaygını olan "*iptal davaları*"nda dâva açabilmek için "*menfaat ihlâli*" yeterli iken, yapılan değişiklik sonucu çevre, tarihî ve kültürel değerlerin korunması, imar uygulamaları gibi kamu yararını yakından ilgilendiren hususlar dışındaki konularda dâva açılabilmesi "*kişisel hak ihlâli*" koşuluna bağlı kılındığı belirtilmiştir.

Kararda, iptal davalarının, kesin ve yürütülmesi zorunlu nitelikteki idarî işlemler hakkında açılabilceğinden bahisle, böyle bir idarî işlemin iptalinin istenilebilmesi için davacının menfaatinin ihlâl edilmiş olması gerektiği, yargı kararlarında ve öğretide "menfaat"ın, dâvacı ile iptalini istediği idarî işlem arasındaki bağı ve ilgiyi anlattığı, idarî işlem ile dâva açan kişi arasında meşru, güncel ve ciddi bir ilişki sözkonusu ise dâvada menfaat bağı bulunduğu kabul edildiği, bunun dışında öznel (subjektif) bir hakkın ihlâl edilmesi koşulunun araştırılmayacağı kanaatine varılmıştır.

Özel hukukta kabul gördüğünün tersine, kamu hukukunda iptal dâvaları yoluyla her menfaatin korunması zorunlu olduğu, tam yargı dâvalarının aksine iptal

<sup>134</sup> 18.06.1994 tarih ve 21964 sayılı Resmi Gazete.

<sup>135</sup> 10.04.1996 tarih ve 22607 sayılı Resmi Gazete.

dâvalarında dâvacı olabilmek için menfaat ihlâlinin yeterli sayılması, idarenin hukuka uygun davranmasını sağlamak amacına yönelik olduğu dikkate alınmıştır.

Dâva ehliyeti için aranan “*menfaat ihlâli*” koşulu, her olaya özgü irdelenmesi ve dâva konusu işlemin davacıyı etkilemiş olması idarî yargıda menfaat ihlâlinin varlığı için yeterli sayılması zorunluluğu üzerinde durulmuştur.

Mahkemenin incelediği kanun hükmü ile getirilen “*kişisel hak*”, genel, soyut ve gayrişahsî düzenleyici kuralların kişilere uygulanarak somutlaşması ve hukuksal sonuçlar doğurması olduğu belirtilip, idari yargıda kişisel hak ihlâli, tam yargı davası açabilmenin ölçütü olduğu, tam yargı davaları ile, idareden, ihlâl ettiği bir hakkı yerine getirmesi ya da neden olduğu zararı gidermesi istendiği belirtilmiştir.

İtiraza konu 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu’nun 4001 sayılı Kanun ile değiştirilen 2 nci maddesinin birinci bendinin (a) alt bendinde, yasada sayılan ayrık durumlar dışında, iptal davalarının “kişisel hakları ihlâl edilenler” tarafından açılabileceği belirtilmiş, (b) alt bendinde ise; idarî eylem ve işlemlerden dolayı “*kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar*” tarafından tam yargı davaları açılacağı belirtilmiştir. Her iki dava türünde de davacı olabilmenin ön koşulu “*kişisel hak ihlâli*” olup, sadece tam yargı davaları için kişisel hakları “*doğrudan*” muhtel olanlar denilmiştir.

Anayasa Mahkemesince itiraz konusu kanun hükmü ile, idarî işlemlere karşı iptal davası açabilmek için, idare hukukunun genel esaslarına aykırı biçimde idarî işlemin davacının “kişisel hakkını ihlâl” etmiş olması koşulu getirilerek hak arama özgürlüğü kısıtlandığı ve birçok işleme karşı dava yolu kapatıldığı ve bunun da hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığı, idarî işlemlere karşı dava açılabilmesi için “*kişisel hakkın ihlâl edilmesi*” koşulunun getirilmesiyle ise soyut, genel ve gayrî şahsî olan “*düzenleyici tasarruflar*”a karşı yargı yolu daraltıldığı yani idarenin düzenleyici işlemlerine karşı uygulanmalarını beklemeden dava açılması güçleştirildiği gerekçeleri ile hükme gidilerek, “...kişisel hakları ihlâl edilenler...” ibaresinin, Anayasa’ya aykırı olduğuna karar verilmiştir.

Kanun koyucunun, takdir yetkisini kullanarak yasal düzenleme yaparak ihtiyaç duyduğu alanlarda gerekli gördüğü değişiklikleri yapıp yeni kurallar koymasının sınırının Anayasa olduğu mutlaklıdır. Ancak, bu anlamda 2577 sayılı Yasa'da değişiklikten önce iptal davası açabilmek için "menfaat ihlâli" yeterli iken, değişiklik sonunda çevre, tarihi ve kültürel değerlerin korunması, imar uygulamaları gibi kamu yararını yakından ilgilendiren hususlar dışındaki konularda dava açılabilmesi "kişisel hak ihlâli" koşuluna bağlanmasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ilişkin anılan Kararın eleştirisi de mümkündür.

Şöyle ki; 2577 sayılı Yasa'nın 2 nci maddesinde belirtilen dava ve taraf ehliyetinin çok geniş yorumlanarak yanlış değerlendirildiği; esasta dava ehliyetine sahip olmayan kişilerin de idarî yargıda taleplerinin kabul edilerek yargılamanın yapıldığı, bunun neticesinde idarî mahkemeler ve Danıştay'ın iş hacminin gereksiz biçimde artması sonucunda bu değişikliğin yapılması ihtiyacı duyulduğu Kanunun gerekçesinden anlaşıldığından, yapılan bu düzenleme ile Kararda belirtildiği gibi idarî eylem ve işlemlerin büyük bir bölümünün yargı denetimi dışında kaldığı söylenemez. Zira en yaygın konularda, çevre, tarihi ve kültürel değerlerin korunması, imar uygulamaları gibi, önceden olduğu gibi "menfaat ihlâli" koşulu değiştirilmemiştir. Menfaat ihlâli koşulunun uygulanması sonunda idarî yargıda yığılma ve tıkanma olmuş, davalar yıllarca sürerek sonuçta geciken adalet hukuk devleti ilkesini gerçekleştirememiştir. Nitekim Kararda da, idarenin işlemlerinin hukuka uygunluğunun sağlanması için menfaat ihlâli koşulunun bile aranmaması gerektiği ancak idarî işlemlerle ilgisi bulunmayan kişilerin dava açması sonucu idarenin devamlı dava tehdidi altında kalabileceği, bunun da idarenin işleyişini olumsuz yönde etkileyeceği belirtilmiştir. Bu gerekçe, dava ehliyetini "menfaati ihlâl edilenler" koşulu ile sınırlandırmanın ne kadar haklı gerekçesi ise ehliyetin "kişisel hakları ihlâl edilenler" biçiminde biraz daha daraltılmasının da o kadar haklı gerekçesi olur. Yasakoyucu, davaların hızla, en etkin biçimde sonuçlanmasını amaçlayarak önemli sonuçlar doğurmayan kimi menfaat ilişkisini daraltmak suretiyle kişisel hak ihlâli koşulunu öngörmüştür.<sup>136</sup>

---

<sup>136</sup> Anayasa Mahkemesi Üyesi Haşim KILIÇ'ın karşı oyu, 10.04.1996 tarih ve 22607 sayılı Resmi Gazete.



Kanun koyucunun itiraze konu düzenlemesi ile soyut, genel ve gayri şahsî olan “düzenleyici tasarruflar”a karşı yargı yolunun kapatıldığı görüşü de; tüzük, yönetmelik, genelge ve tebliğ gibi düzenleyici metinlere karşı, iptali için yargı yoluna doğrudan başvuru yolu düzenlenmese de uygulama aşamasında hakların ihlâlî durumunda dava açma yolu mümkün olması nedeniyle yine aynı Kararın karşı oyunda eleştirilmiştir.

Teoride ve içtihatlarda “*menfaat ihlâlî*” kavramı; dava konusu işlemle bir ilişkisi olmak ve o işlemde etkilenmek şeklinde kabul edilmiştir. Ciddi ve ölçülü olmak koşulu ile manevi bir ilgi de menfaatin ihlal edilmiş sayılması için yeterli olmaktadır. “*Menfaat ihlali*” kavramının tanımını vermek ve çerçevesini çizmek çok zor olduğundan, bu ön koşulun varlığı açılan dava sonucu ancak idarî yargı yerlerince saptanabilecektir. İdarî işlemle davacı arasında ölçülü ve ciddi bir ilişkiyi ifade eden “*menfaat ihlali*”nin “*kişisel hak ihlali*” ile hiçbir ilgisi yoktur. Bu nedenle dava konusu işlemle davacının manevi menfaatinin ihlal edilmiş olması dahi iptal davası açabilmek için yeterlidir.

“*Kişisel hak*” kavramı menfaati de içinde barındıran geniş bir hukukî durumu ifade etmektedir. Kişisel hak ihlalini gidermeye yönelik davalar genellikle özel hukuk alanına girerler ve davacının davalıdan istediği husus, ihlal edilen kişisel hakkının aynen veya tazminat olarak kendisine verilmesidir. Tam yargı davalarında da ihlal edilen hak, davanın esasını teşkil eder. Sonuç olarak, iptal davası açabilmek için “*kişisel hak*” ihlali koşulunun getirilmesi halinde iptal davaları tam yargı davasına dönüşür ve iptal davası ortadan kalkmış olur.

İptal davasında, dava ehliyetini “*kişisel hakların ihlali*” koşuluna bağlamak birçok idarî işleme karşı iptal davası açılmasını olanaksız kıldığından, dava konusu yasa kuralıyla idarenin yargısal denetimini büyük ölçüde sınırlandırıp kısıtlamaktadır. Bu nedenle de “*hak arama hürriyetini*” düzenleyen Anayasa’nın 36 ncı maddesine aykırıdır.

Yönetmeliğin “*tanımlar*” başlıklı 3 üncü maddesinde istekli olabilecekler; “*ihalenin konusu faaliyet alanında bulunan ve ihale veya ön yeterlik dokümanlarını satın almış gerçek veya tüzel kişiler*” şeklinde tanımlanmış, 6 ncı madde de ise, istekli

olabileceklerin ihale ilanında ve ihale ve ihale ön yeterlik dokümanlarında yer alan hususlar ve bu hususlarla idari uygulamalar ve sözleşmeler arasındaki uyumsuzluklar hakkında şikayet yoluna başvurabileceği hüküm altına alınmıştır. Bu haliyle doküman satın almayan gerçek veya tüzel kişiler istekli olabilecekler sıfatını kazanamayacak ve şikayetçi ehliyetine sahip olmayacaklardır.

Yönetmelikte Kanuna uygun olarak şikayet süresi onbeş gün ile sınırlandırılmıştır. Bu sürenin başlangıcı şikayetçinin itiraz ettiği işlem veya faaliyetin farkına varıldığı veya farkına varılmış olması gerektiği tarihtir. Dolayısıyla bir işlem veya eylemin farkına varıldığı veya farkına varılmış olması gerektiği tarihten itibaren süresi içinde başvuruda bulunulursa esası incelenebilecektir.

Bu bağlamda; ihale dokümanlarını satın alan kişinin doküman aldığı takdirde dokümanda yer alan bütün hususların farkına vardığı farzedilebilir. Aynı şekilde ilanda yer alan hususlara da ilan tarihi itibarıyla muttali olmuştur ve onbeş günlük süreler bu tarihlerden itibaren işletilebilir.

Bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden; adaylar ve istekliler, ihale sürecindeki bütün işlem ve eylemlerle ilgili olarak, istekli olabilecekler ise ancak ihale ilanında ve ihale ve ön yeterlik dokümanlarında yer alan hususlar ve bu hususlarla idari uygulamalar arasındaki uyumsuzluklar hakkında, şikayet yoluna başvurabilirler. Şikayetçinin ihaleye verdiği teklif ve diğer kabul ve taahhütleri ile ilgili hususları şikayet ve itirazın şikayet konusu yapmasını ehliyetsiz başvuru olarak nitelendirilmesi ve itirazın şikayet başvurusunun ehliyet yönünden reddi, şartları oluşmuş ise iddiaların incelenmesine geçilmesi gerekmektedir.

Kurul 05.07.2004 tarih ve 2004/UK.Z-834<sup>137</sup> sayılı Kararında bu görüşümüzü desteklemiştir.

Karara konu başvuruda, şikayetçi katıldığı ihalede tekliflerinin ekonomik açıdan en avantajlı teklif olarak belirlendiği ve ihalenin kendileri üzerine bırakıldığı,

---

<sup>137</sup> 01.09.2004 gün ve 25570 sayılı Resmi Gazete.

ancak buna rağmen ihaleye verilen teklifler incelendiğinde ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibinin teklifi ile kendi tekliflerinin arasındaki farkın ... TL olduğunun görüleceği, kendi tekliflerinin aslında gerçek iradelerini yansıtmadığı ve bu durumun bilgisayar ortamında yapılan bir hatadan kaynaklandığı, yasal süresi içinde bu hususun idareye başvurularak iletildiği, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 38 inci maddesi hükümlerine göre kesinleşen ihale kararının iptal edilerek geçici teminat bedelinin kendilerine iade edilmesi istemiyle Kuruma itirazen şikayet başvurusunda bulunmuştur.

4734 sayılı Kanun'un 54 üncü maddesinde; idareler ve ihale komisyonlarının, ihalelerin bu Kanunda belirtilen esas ve usullere uygun olarak yapılması hususunda yapım müteahhidi, tedarikçi veya hizmet sunucusuna karşı da sorumlu olduğu, bu sorumlulukların ihlali sonucu bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden yapım müteahhidi, tedarikçi veya hizmet sunucusunun anılan Kanunun 55 inci ve 56 ncı maddelerinde belirtilen aşamaları takip ederek yazılı şikâyet suretiyle inceleme talebinde bulunabileceği hüküm altına alınmıştır.

Kurul anılan hüküm çerçevesinde, 4734 sayılı Kanunda idareye şikayet ve Kuruma itirazen şikayet başvurularının, ihale süreci içerisindeki idari işlem veya eylemlerle hakkı muhtel olan isteklilerle sınırlı biçimde öngörüldüğünü Kararında hatırlatmıştır.

Yapım müteahhidi, tedarikçi veya hizmet sunucusunun idareye şikayet ve Kuruma itirazen şikayet başvurusunda bulunabilmesi için öncelikle;

1) İdarenin, 4734 sayılı Kanun ve ilgili mevzuatta belirtilen usul ve esaslara aykırı bir işlem veya eyleminin olması,

2) İdarenin söz konusu işlem veya eyleminden dolayı yapım müteahhidi, tedarikçi veya hizmet sunucusunun bir hak kaybına veya zarara uğraması veya zarara uğramasının muhtemel olması gerekmektedir.

Sonuç itibariyle, yapım müteahhidi, tedarikçi veya hizmet sunucusunun, idareye şikayet, Kuruma itirazın şikayet başvurusunda bulunmasında, hukuken korunması gerekli bir hakkının veya menfaatinin olması gerektiği, ihale üzerinde kalan isteklilerin; teklifleri kapsamında sundukları belgelerle ilgili idari işlem veya eylemleri 4734 sayılı Kanunda öngörülen şikayet ve itirazın şikayet başvurularına konu edebilmeleri için hukuken korunması gerekli bir hakkının ihlal edilmesi gerekmektedir.

Başvuruya konu ihalede şikayetçinin, 4734 sayılı Kanunda öngörülen idari denetim için şikayet başvurusunda bulunabilmesinin ön koşulu olan hukuken korunması gerekli bir hak ya da menfaatinin ihlal edilmediğinin anlaşıldığı karara bağlamıştır.

Dokümana yapılan itirazlarda; sübjektif ehliyetin tespiti için, idarece hazırlanmış olan ihale dokümanının satın alınmış olması, bir başka ifade ile "*istekli olabilecekler*" sıfatının kazanılmış olması, şikayet yoluna gidebilmek için gereklidir. İhale dokümanını idarede görmüş ya da incelemiş olmak bu niteliği kazanmak ve şikayet hakkına sahip olmak için yeterli değildir. İstekli olabilecek kişinin doküman hükümleri hakkında iddia ettiği hususların gerçekten kişinin ihaleye teklif vermesini engelleyecek ya da teklifinin eşit muamele ve eşit rekabet ilkeleri gereğince değerlendirilmesini önleyebilecek bir nitelik arz edip etmediğine bakılacaktır. Burada önemli olan doküman hükmünün yasaya aykırı olup olmadığı değil şikayetçinin iddiasının yasa gereği korunması gereken bir hakkının korunmadığına ilişkin olup olmadığıdır. Aksi takdirde hukuka aykırılığın mevcudiyeti konusunda esas incelemesine geçmeden, daha ön inceleme aşamasında bir saptama yapılmış olacaktır ki; bu hukuka aykırı bir durum oluşturur. Bu duruma bir örnek verecek olursak; doküman almış, şikayet yoluna başvurmuş ve teklifini de idareye sunmuş bir isteklinin; ihale dokümanında istenen ve iddia konusu olan yeterlik belgesine sahip olduğu teklif dosyasından anlaşılıyorsa söz konusu belgenin istenemeyeceği yolunda bir iddiada bulunması halinde isteklinin "*hakkının ihlal edilmesi*" ve "*muhtemel zarar*" koşulunun gerçekleştiği söylenemez. <sup>138</sup>

<sup>138</sup> Bilal KARACA: "Hak Kaybı Ölçüsü Karşısında Şikayetçinin Sübjektif Ehliyeti", Yeni Şafak (17.05.2005), 12.

İhalenin iptali halinde; sübjektif ehliyetin değerlendirilmesinin ve şikayet hakkının sınırlı olarak kullanılması gerekmektedir. İdareler ihalenin her hangi bir aşamasında yasada yer alan gerekçelerle bağlı olmak koşuluyla iptal edilebilmektedir. İdarelerin bu şekildeki iptal kararlarına karşı da şikayet yolu kullanılabilmekte, idarelerin iptale ilişkin kararları Kamu İhale Kurulu tarafından iptal edilebilmektedir. Öncelikle iptale itiraz eden kişinin ihaleye teklif sunmuş olması gerekmektedir. Kanımca iptale karşı şikayet hakkının kullanılabilmesi için, şikayetçinin ihale üzerinde bırakılan veya bırakılması kuvvetle muhtemel olan isteklilerden olması gerekmektedir. İhale dışı bırakılmış ve teklifi ekonomik açıdan avantajlı teklif kabul edilemeyecek bir isteklinin ihalenin iptalinden dolayı her hangi bir hakkının ihlal edildiğini veya zarara uğrayacağını söyleyemeyiz. İhale üzerinde bırakılan isteklinin iptalden dolayı zarara uğradığını iddia etmediği bir durumda ihaleye teklif sunan herhangi bir isteklinin iptale itirazı sübjektif ehliyetten yoksun görünmektedir. Kanunun 54 üncü maddesinde; bu sorumlulukların ihlali sonucu bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden yapım müteahhidi, tedarikçi veya hizmet sunucusunun Kanunun devamında belirtilen aşamaları takip ederek yazılı şikâyet suretiyle inceleme talebinde bulunabileceği hükme bağlanmak suretiyle iptal kararından doğrudan etkilenen, ihaleyi kazanarak bundan yasal bir menfaat temini söz konusu olan, iptal konusu bu somut nitelikli ve doğrudan iptal kararı ile bağlantılı olan hakkı ihlal edilen istekliler dışında kalanların itirazın şikayet hakkını ortadan kaldırmaktadır. Bu düzenleme ile Kanun, hakkın kullanımının genişletilmek sureti ile ilgisiz kişilerin ilgisiz gerekçelerle idareyi çalışamaz hale getirmesini, hakkın kötüye kullanımını önlemeyi amaçlamıştır.<sup>139</sup>

## **B. Dilekçeye Objektif Ehliyet İle İlgili Eklenecek Belgeler**

Başvuru sahiplerinin, vekil veya temsilcilerinin ad, soyad veya unvan ve adresi gerekli olup,

Aday, istekli ve istekli olabileceklerden istenecek belgeler şunlardır;

---

<sup>139</sup> Bilal KARACA: a.g.m., 12.

## **1.Gerçek Kişilerden İstenecek Belgeler**

Gerçek kişilerin; temsilcileri (avukat olmayan vekil) aracılığı ile başvurmaları halinde şikayet başvurusunda bulunmaya yetkili olduğunu belirten vekaletname ile imza sirküsü, Avukat aracılığı ile başvurmaları halinde vekaletname, asıllarının veya yetkili mercilerce onaylı suretlerinin başvuru dilekçesine eklenmesi zorunludur.

Gerçek kişilerin, temsilcileri aracılığıyla başvurmaları halinde, temsile yetkili olduğunu gösterir vekaletnamenin ve imza sirküsünün noterce düzenlenmesi gerekir. Avukatların, gerçek veya tüzelkişi adına şikayet yoluna başvurabilmesi için, şikayetçi veya şikayetçinin yasal temsilcisi tarafından noterce düzenlenen bir vekaletnameyi sunmaları gerekir.

## **2.Tüzel Kişilerden İstenecek Belgeler**

Tüzel kişilerin; temsilcileri aracılığı ile başvurmaları halinde temsil ve ilzama yetkili olduğuna dair imza sirküsü, Avukat aracılığı ile başvurmaları halinde vekaletname, asıllarının veya yetkili mercilerce onaylı suretlerinin başvuru dilekçesine eklenmesi zorunludur.

Tüzelkişilikler, ana statüleri ve ana sözleşmelerinde öngörülen yöntemle seçilen temsil ve ilzama yetkili temsilcileri veya temsil veya ilzama yetkili temsilci tarafından tayin olunan, vekil (avukat) aracılığı ile şikayet başvurusunda bulunabilirler. Bu durumda tüzelkişiliği, şikayetçi sıfatı ile temsil edecek kişinin, tüzelkişiliğin ana sözleşme veya ana statüsünde belirtilen usule göre belirlenmiş olması ve temsil belgesinin veya vekaletnamenin noterce düzenlenmesi gerekir. Kamu kurum ve kuruluşlarının genel idare ve temsile yetkili organı tarafından tayin olunan avukatları veya yetki devredilen kamu görevlileri tarafından temsil edilebilir.

## **C. Dilekçeye Sübjektif Ehliyet İle İlgili Eklenecek Belgeler**

Şikayet sahibinin başvuru ehliyetine haiz olduğuna dair belgeler,

Ön yeterlik başvurusunda bulunan adaylar, teklifini sunan istekliler ve ihale dokümanını satın alan istekli olabilecekler tarafından, ön yeterlik başvurusunda bulunulduğu ya da teklifin verildiği veya ihale dokümanının satın alındığına dair belgelerin asıllarının veya yetkili mercilerce onaylı örneklerinin başvuru dilekçesine eklenmesi zorunludur

Kurumun veya idarelerin; örneğin teklif sahibi olduğunu iddia eden isteklinin bu durumu başvuru eki bilgi ve belgelerden idare tarafından kabul edilmiş ve bu hususta herhangi bir şüphe yoksa ihale dokümanının satın alındığına dair belgelerin asıllarının veya yetkili mercilerce onaylı örneklerinin bu istekliden istemesine gerek yoktur.

Şikayet ilgili bilgi ve belgelerin başvuru dilekçesine eklenmesi zorunludur. Başvuru sahibi, talebine ilişkin gördüğü bütün bilgi ve belgeleri dilekçeye ekleyebilir. Başvuru dilekçelerinin usulüne uygun olarak düzenlenip düzenlenmediği ve dilekçelerde bulunması zorunlu hususları taşıyıp taşımadığı idarelerce kendiliğinden incelenir. Şikayet başvuruları üzerine idarelerce yapılacak posta gideri, yolluk gibi her türlü gider idarelerce karşılanır. Şikayetçiden inceleme işlemleri için herhangi bir ücret istenmez.

#### **D. Şikayet Başvurusunda Bulunabilecekler**

Yönetmeliğin bütünü açısından aday, istekli ve istekli olabileceklerin doğru anlaşılması gereklidir. Yönetmelikte istekli olabilecekler tanımlanmış olup, aday ve istekli 4734 sayılı Kanunda tanımlanmıştır.

Kanunun "*tanımlar*" başlıklı 4 üncü maddesinde, aday; ön yeterlik için başvuran gerçek veya tüzel kişileri veya bunların oluşturdukları ortak girişimleri olarak tanımlanmıştır.

Aynı maddede, istekli; mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalesine teklif veren tedarikçi, hizmet sunucusu veya yapım müteahhidi olarak ifade edilmiştir.

Yönetmeliğe göre, istekli olabilecekler, ihale konusu alanda faaliyette bulunan ve ihale veya ön yeterlik dokümanlarını satın almış gerçek veya tüzel kişilerdir.

İstekli olabilecek gerçek veya tüzel kişiler, ihale ve ön yeterlik dokümanları ile ilgili olarak şikayet başvurusunda bulunabilirler.

İhale işlemlerine karşı 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında yapılacak idari başvuruların kimler tarafından yapılabileceği Yönetmeliğin “*Şikayetçinin Ehliyeti*” başlıklı 5 inci maddesinde düzenlenmiştir.

Buna göre, aday ve istekliler ihale sürecindeki bütün işlem ve eylemler, istekli olabilecekler ise ancak ihale ilanında ve ihale ve ön yeterlik dokümanlarında yer alan hususlar ve bu hususlarla idari uygulamalar arasındaki uyumsuzluklar hakkında şikayet yoluna başvurabilirler.

Şikayetçi olabilmenin ön koşulu, gerçek kişiler yönünden medeni hakları kullanma yeterliğine sahip olmaları, tüzelkişiler yönünden ise, tüzel kişilerin hukuk alanında varlığının kabulü için Kanun ve diğer düzenleyici normların öngördüğü biçimde kuruluş işlemlerinin tamamlanması gerekmektedir. Şikayetçilerin, yukarıda belirtilen genel şartların yanında 4734 sayılı Kanun ve Yönetmelikte belirtilen subjektif koşulları taşımaları gerekmektedir.

Bu tanımlara göre, aday istekli veya istekli olabileceklerin şikayet başvurusunda bulunabilmeleri için ihale sürecindeki işlem ve eylemlerin 4734 sayılı Kanun ve ilgili mevzuata aykırı olması ve bu aykırılık nedeniyle yukarıda belirtilen gerçek ya da tüzelkişinin hak ve menfaatinin olumsuz yönde etkilenmesi, şikayet konusu ile maddi veya hukuki bir ilişkisinin bulunması veya mevzuata aykırı işlem veya eylemin iptalinde menfaatinin bulunması gerekir.

Dernek, sendika, meslek kuruluşları gibi sivil toplum kuruluşları, üyelerinin çıkarlarını korumak için ihale sürecine ilişkin işlem veya eylemlerle ilgili olarak şikayet yoluna başvuramazlar. Birden fazla gerçek veya tüzelkişi aynı ihaleye yönelik olarak müşterek bir dilekçe ile şikayet başvurusunda bulunulamaz. Ancak aynı şikayet nedenleri ile ayrı ayrı başvuruda bulunabilirler. Bir ihaleye ilişkin olarak birden fazla



konu hakkında tek dilekçe ile şikayet veya itirazın şikayet başvurusunda bulunulabilir. Öte yandan, aralarında maddi veya hukuki bir bağlantı veya sebep-sonuç ilişkisi bulunsa dahi birden fazla ihaleye ilişkin olarak tek dilekçe ile başvuruda bulunulamaz.

Şikayet ehliyeti bulunan, aday, istekli ve istekli olabilecekler, ihale süreci içerisinde şikayet ve itirazın şikayet başvurusunda bulunabilir ancak iddiaların incelenmesi isteminde bulunamazlar.

İstekli olabilecekler, ihale ilânı ile ihale ve ön yeterlik dokümanlarında yer alan hususlar ve bu hususlarla ilgili idari uygulamalar arasındaki uyumsuzluklar hakkında şikayet yoluna başvurabilirler.

İhale süreci dışındaki işlem ve eylemler hakkında şikayet yoluna başvurulamaz. Örneğin yasaklama kararı, sözleşmenin uygulanması sırasında ortaya çıkan uyuşmazlıklar gibi. İhale işlemlerine karşı yapılan idari başvurularda, şikayet sahipleri (adaylar, istekliler, istekli olabilecekler) başvuru dilekçelerine başvuru ehliyetine haiz olduğuna dair belgeleri eklemek zorundadır.

Aday, istekli ve istekli olabilecekler gerçek kişi olabilecekleri gibi, tüzel kişi de olabilirler. Yine, ortak girişimler de tabiatıyla olabilirler. Ortak girişimi oluşturan pilot veya özel ortak tek başlarına şikayet edebilirler mi? Ortak girişimi oluşturan pilot ortağın tek başına yaptığı şikayet başvurusu ve itirazın şikayet başvurusunun kabulü, iş ortaklığının yapısı çerçevesinde mümkün iken, özel ortağın bu başvuruları ehliyet yönünden reddedilmelidir.

#### **IV. Başvuru Süreleri**

Bir hakkın kullanılması için konulan kesin süre ve mehiller, Türk Hukukunda "*hak düşürücü süreler*" olarak tanımlanmıştır. Hak düşürücü sürele uyulmadığında tanınan hak düşecek ve kullanılamayacaktır. Süre geçtikten sonra hakkın kullanılması talebi yetkili merci tarafından reddedilmek zorundadır.

Şikayet ve itirazın şikayet başvurularındaki süreler aynı zamanda kamu düzenine ilişkin olduklarından, yetkili merci hakkın süresinde kullanılıp kullanılmadığının denetimini herhangi bir itiraz yada başvuru olmaksızın kendiliğinden yapmak zorundadır. Bu konuya ilişkin olarak; Kanunda ve Yönetmelikte belirlenmiş süreler tanımlandığı şekliyle kamu düzenine ilişkin hak düşürücü sürelerdir.

İdari Yargılama Usulü Kanununa göre; dava açma süresi, özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde Danıştay'da ve idare mahkemelerinde altmış ve vergi mahkemelerinde otuz gündür. Kurulun kararlarına ve idarenin ihale işlemlerine karşı açılacak davalarda süre, Kurul kararının tebliğinden itibaren altmış gündür.

İdareye şikayet veya Kurula itirazın şikayet yollarından bir veya ikisine ait başvuru süreleri içerisinde bu müracaatlarda bulunmayanların, İYUK'a uygun olarak altmış günlük süre içerisinde idari yargıya başvurularında bir engel bulunmamaktadır.

İYUK'un "*Üst Makamlara Başvurma*" başlıklı 11 inci maddesinde; ilgililer tarafından idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde istenebileceği, bu başvurmanın, işlemeye başlamış olan idari dava açma süresini durduracağı, altmış gün içinde bir cevap verilmezse isteğin reddedilmiş sayılacağı, isteğin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması halinde dava açma süresi yeniden işlemeye başlayacağı ve başvurma tarihine kadar geçmiş sürenin de hesaba katılacağı hükme bağlanmıştır.

Yukarıda anılan genel düzenleme karşısında, 4734 sayılı Kanunda getirilen idari dava açmadan önce zorunlu idari başvuru yolu tartışmalı bir uygulama yaratmaktadır.

4734 sayılı Kanunla getirilen şikayet ve itirazın şikayet başvuruları sonucu yapılacak denetim, diğer idari denetim yollarını ortadan kaldırmamaktadır. İdareler hem kendi iç denetim mekanizmalarını işletebilirler, hem de hiyerarşik denetim kapsamındadırlar. Zira, idarenin işlemlerinde hukuka uygunluk yükümlülüğü herhangi

bir başvuru şartına bağlı değildir. Başvuru üzerine veya kendiliğinden hukuka aykırılığı tespit edilen işlemlerin düzeltilmesi veya iptali zorunludur. İhale işlemlerine ilişkin olarak da idareler, şikayet yoluyla veya herhangi bir yolla kendilerine iletilen başvuruları inceleyip sonuçlandırmak veya hiyerarşik denetimi yapmak zorundadırlar.<sup>140</sup>

İhale işlemlerine karşı yapılan şikayet ve itirazın şikayet başvurularının ihale işlemlerine karşı açılacak dava sürelerine etkisi nedir? İYUK'un 11 inci maddesinde başvuruların dava açma süresini durduracağı hükmü yer almakla birlikte, 4734 sayılı Kanunda şikayet ve itirazın şikayet başvurularının ihale işlemlerine karşı açılacak dava sürelerine etkisine yer verilmemiştir. Ancak dava açılmadan önce idari işleme karşı yapılacak zorunlu bir idari başvuru yolu olarak öngörüldüğünden; şikayet ve itirazın şikayet başvurularının bu başvurulara konu ihale işlemlerine karşı açılacak davalarda, süreyi durdurmanın da ötesinde, kararın tebliğinden itibaren yeniden başlatacağı söylenebilir. Daha açık bir ifadeyle, ihale sürecinde tesis edilen işlemler, 4734 sayılı Kanunla getirilen idari başvurulara konu edilmesi halinde bu başvuruların sonucunda dava açılabilir hale geldiğinden, Kamu İhale Kurulu Kararlarının tebliğinden itibaren altmış günlük süre içinde Kurul Kararıyla birlikte veya ayrıca dava konusu edilebilecektir.<sup>141</sup>

### **A. İdareye şikayet süresi**

Kanunun, yapım müteahhidi, tedarikçi veya hizmet sunucusunun idareye yapacakları şikayet başvurusunun, şikâyete yol açan durumların farkına vardığı veya farkına varmış olması gerektiği tarihi izleyen onbeş gün içinde yapılmışsa ve sözleşme imzalanmamışsa, idarece dikkate alınacağı hükmüne uygun olarak Yönetmelikte de, idareye şikayetin süresi, ihale süreci içerisinde şikayete konu işlem veya eylemin farkına varıldığı veya farkına varılmış olması gerektiği tarihten itibaren onbeş gün olarak düzenlenmiştir.

İdareler süresi içinde yapılmayan şikayet başvuruları ile ilgili olarak usul incelemesi sonucunda süre aşımı nedeniyle şikayetin reddine dair kararı alıp

<sup>140</sup> Gökhan Oğuz: a.g.m., 16.

<sup>141</sup> Gökhan Oğuz: a.g.m., 16.

bildirebilecekleri gibi esas incelemesine girip şikayetin özü itibarıyla da uygun bulunmadığını gerekçeleri ile bildirebilirler.

Süresi içinde yapılmayan başvuruların reddedilmelerine rağmen idarelerce başvuru dilekçesinde iddia edilen hususlar dikkate alınarak işlem yapılabilir. İdarenin bu işlemi başvuruyu süresi içinde yapılmış hale getirmez, ancak idarenin süre aşımından bahsetmeden şikayeti reddetmesi veya uygun bulması halinde idarenin cevabının süreyi yeniden ihya edip edemeyeceği tartışmalıdır. Kanımızca bu durumda sürenin ihya olması gerekmektedir. Ancak, 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun<sup>142</sup> hükümleri gereği, süreaşımı neticesinde idarenin bu sebeple ret kararını her şartta başvuru sahibine bildirmesi mecburidir.

4734 sayılı Kanunda; ihaleye katılan isteklilerden teklifi değerlendirilmeye alınmayan veya uygun görülmeyenlerin tebliğ tarihini izleyen beş gün içinde yazılı talepte bulunmaları halinde, idarenin talep tarihini izleyen beş gün içinde yazı ile gerekçelerini bildirmek zorunda olduğu hükme bağlanmış ve uygulama yönetmelikleri<sup>143</sup> eki "*Kesinleşen İhale Kararının Bildirilmesi Formları*"nda<sup>144</sup>, kararın teklifi değerlendirmeye alınmayan veya uygun görülmeyen istekliye gönderilmesi durumunda isteklinin teklifinin değerlendirilmeye alınmama veya uygun görülmemeye gerekçelerinin kısaca yazılacağı düzenlenmiş olup, yazılı talep üzerine idarenin şikayet süresini başlatması yerinde değildir. Ancak, burada şikayet sürecinin amaçları ve ihale sürecinin uzamamasını teminen, Kanunun özel bir düzenleme yaptığını ve şikayet süresini beş güne düşürdüğünü kabul etmenin, şikayet süresinin bu beş günden sonra başlamak üzere onbeş gün daha uzadığını kabul etmekten daha uygun olacağı düşünülmektedir.

Özellikle uygulama yönetmelikleri eki "*Kesinleşen İhale Kararının Bildirilmesi Form*"unda yapılan düzenleme ile teklifi değerlendirmeye alınmayan veya uygun görülmeyen isteklilerin gerekçe istemine gitmeleri ihtiyacının giderilmesi ve böylelikle

<sup>142</sup> 10.11.1984 tarih ve 18571 sayılı Resmi Gazete.

<sup>143</sup> 11.09.2003 tarih ve 25226 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, 11.09.2003 tarih ve 25226 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, 11.09.2003 tarih ve 25226 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, 11.09.2003 tarih ve 25226 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Danışmanlık Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği.

<sup>144</sup> Standart Form-KİK022.0/M, Standart Form-KİK022.0/H, Standart Form-KİK022.0/Y, Standart Form-KİK024.0/D,

şikayet başvurusunun bir an evvel yapılarak, ihale işlemlerinde zaman kazanılması amaçlanmıştır. Bu yazılı talep ile gerekçeyi öğrenme hali şikayet hakkını ortadan kaldırmadığı gibi, şikayetin yerinde ve Kanunun amaçlarına uygun olarak yapılmasını sağlamaktadır.

İsteklilerden teklifi değerlendirilmeye alınmayan veya uygun görülmeyenlerin yaptığı bu gerekçe isteme talebi şikayet niteliğinde olmadığı gibi, bu talebe verilen cevap da şikayete verilen cevap olmayıp, sadece idarenin gerekçe bildirmesinden ibarettir.

İdare bu başvuruyu şikayet olarak değerlendirip, cevabında gerekçeli veya gerekçesiz olarak şikayet başvurusuna ret şeklinde cevap verir ise; gerekçe talebinde bulunan istekli eğer şikayet yoluna başvurmak istiyor ise, şikayet dilekçesini idareye verebileceği gibi, idarenin iradesinin belirttiği gerekçesi ile Kamu İhale Kurumuna da başvurması gerektiğini düşünmekteyiz. Ancak, Kurul bu başvuruyu idareye şikayet başvurusu yapılmadığı gerekçesi ile reddederek, idareye göndermesi ve posta da geçen sürelerin dikkate alınmaması şeklindeki Kurul Kararları neticesinde de süreaşımına girmiş olarak değerlendirilecektir.

Kurul kararlarında şikayetçinin iradesi irdelemeli ve itiraz konusu olup olmadığına bakarak, iradesinin gerekçe talebine mi yoksa şikayete mi ilişkin olduğunu çıkarmaya çalışmalıdır. Nitekim Kurul, 02.03.2004 tarihli ve 2004/UK.Z-263<sup>145</sup> sayılı Kurul Kararında bu irdelemeyi yaparak; şikayetçinin dilekçesinin son cümlesinde, *“itirazlarının değerlendirmeye alınması”* şeklinde bir ibareye yer vermekle birlikte, itiraz konusu edilen herhangi bir hususun ilgili dilekçede bulunmadığı tespit edildiğinden, söz konusu dilekçenin, 4734 sayılı Kanunun 41 inci maddesi uyarınca, ilgili firmanın tekliflerinin değerlendirmeye alınmamasının veya uygun görülmemesinin nedenleri hakkında idareden açıklama istemesi kapsamında olduğunun anlaşıldığı sonucuna ulaşmıştır.

Şikayetçi gerekçe istemekle birlikte, mevzuata aykırılıktan bahsediyor ise bu aynı zamanda idareye şikayet başvurusu olarak değerlendirilmelidir.

---

<sup>145</sup> 15.04.2004 tarih ve 25434 sayılı Resmi Gazete.

Kurul, ihaleye katılıp şartnamede yer alan hükümleri okuyup kabul ettiğini beyan ve taahhüt edip ihaleye teklif verebilen isteklilerin dokümana itirazını süresi içinde olsa bile 4734 sayılı Kanunun amacına uygun olmadığı gerekçesi ile kabul etmemektedir.

4734 sayılı Kanunun 55 inci ve İhalelere Karşı Yapılacak İdari Başvurulara Ait Yönetmeliğin 6 ncı maddesinde idareye şikayet süresi, ihale süreci içerisinde şikayete konu işlem veya eylemin farkına varıldığı veya varılmış olması gerektiği tarihten itibaren onbeş gün olarak belirtilmiştir. Yine, Kanunun 30 uncu maddesinin ikinci fıkrasında, teklif mektubunda ihale dokümanının tamamen okunup kabul edildiğinin belirtilmesi gerektiği ifade edilmiş, standart teklif mektubu örneklerinde de anılan ifadeye yer verilmiştir.

Kurul tarafından, bir başvuru sahibinin ihale dokümanına itirazının şikayet yolu ile Kuruma gelmesi üzerine, isteklilerin teklif verebilmek için ihale dokümanını satın alması zorunluluğunun tekliflerin belirtilen şartlarda hazırlanmasına ışık tutacak ve yol gösterecek niteliğe sahip olduğu, dokümanda istenilen şartları sağlayan ve bu şartları kabul eden firmaların ihaleye teklif verebileceğinden hareketle, teklifin verilmesinden sonra dokümanın içeriğine yapılan şikayetlerin sınırlandırılması gerektiği ve dokümana ilişkin yapılacak onbeş günlük şikayet süresinin teklifin verilmesinden sonra geçerli olamayacağı kanaati ile ihale dokümanını tamamen okuyup kabul ettiğini belirten şikayetçinin teklif verdikten sonra dokümana yönelik itirazın şikayet başvurusunda bulunamayacağı anlaşıldığından şikayetin esası incelenmemiş ve başvurunun reddine karar verilmiştir.<sup>146</sup>

İsteklilerin zeyilname düzenlenmesi amaçlı olarak idareye şikayet başvurusunda bulunduğu şikayet süresinin ne zaman başlayacağı da tartışmalıdır. Şikayet süresi bu durumda, idarenin ret veya kabul kararından sonra başlayabileceği gibi ihale dokümanı satın alındığı tarihten itibaren de başlayabilir. Ancak, şikayet başvuru süresi eksikliklerin giderilmesi amacıyla yapılan başvuru hakkında idarece verilen karardan itibaren veya ihale tarihinden itibaren on gün

<sup>146</sup> 25.03.2005 tarih ve 25766 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 2005/UH.Z-300 sayılı Kurul Kararı.

öncesine kadar zeyilname düzenlenmesi mümkün bulunduğundan bu tarihe kadar idarece bir işlem yapılmaması halinde başvuru reddedilmiş sayılacağından, şikayet süresinin ihale tarihinden on gün öncesinden itibaren başlatılması Kanunun amacına daha uygun olarak değerlendirilmektedir.<sup>147</sup>

## **B. İtirazen Şikayet Süresi**

Kanunda ve bu Yönetmelikte özel süre öngörülme hallerde, bir başka deyişle ivedilik ve kamu yararı bulunması nedeniyle ihale işlemlerine devam kararı dışındaki durumlarda, Kuruma yapılacak itirazen şikayet başvurusu süresi onbeş gündür. Bu süre, idareye yapılan şikayet hakkında verilen kararın bildiriminden veya otuz gün içinde idarece karar verilmemesi halinde şikayet tarihinden sonraki otuz günlük sürenin bitiminden itibaren başlar.

İdarelerce hak sahiplerinin itirazen şikayet ile Kuruma başvurabilecekleri süre mutlaka esas alınarak ihale işlemleri tesis edilmelidir. Bu süre başvuru sahibine Kanun ile tanınmış bir hak olduğu gibi, itirazen şikayet hakkının gözardı edilmesi ve ihaleye devam edilmesinin müeyyidesi ihale işlemlerinin ve sözleşmenin hükümsüzlüğüdür.

Kurul 24.05.2004 tarih ve 2004/UK.Z-649<sup>148</sup> sayılı Kararında; şikayet idarece reddedildikten sonra Kuruma yapılacak itirazen şikayet başvurusu için öngörülen onbeş günlük süre beklenmeksizin veya ivedilik ve kamu yararı kararı alınmadan sözleşme imzalandığında, 4734 sayılı Kanunun 55 inci maddesinin dördüncü fıkrasında belirtilen usullere uyulmadan sözleşmenin imzalanması sebebiyle ihale kararı ve sözleşmenin hükümsüzlük hali taşıdığı tespit etmiş ve tekliflerin alınmasından sonraki ihale işlemlerinin ve ihale kararının iptaline, karar vermiştir.

## **C. İvedilik ve Kamu Yararı Kararında Süre**

İhale işlemlerine devam edilmesi konusunda ihale yetkilisince gerekçeli olarak alınan, ivedilik ve kamu yararı bulunması nedeniyle ihale işlemlerine devam edilmesi

<sup>147</sup> İbrahim BAYLAN: "Şikayet ve İnceleme Süreci", 5.

<sup>148</sup> 08.07.2004 tarih ve 25516 sayılı Resmi Gazete.

gerektiğine dair onay, sözleşme imzalanmadan en az yedi gün önce şikâyetle bulunan aday veya istekliye tebliğ edilmiş olmasını sağlamak üzere gerekli süre dikkate alınarak bildirilmesi gerekmektedir.

Aksi durumda aşağıda da izah edileceği üzere, idare tarafından bu usule uygun bildirim yapılmadan sözleşme imzalanmışsa, ihale kararı ve sözleşme hükümsüz sayılacaktır. Bu hüküm şikayet mekanizmasının kesintiye uğramaması ve idarelerin kötü niyetinin önüne geçebilmek için gereklidir. Şikayet sunulduktan sonra, şikayet sonuçlandırılmadan ihale yetkilisince gerekçeli olarak ihale sürecine devam edilmesi ve sözleşmenin imzalanmasına karar verilebilir.

İhale işlemlerine devam edilerek sözleşme imzalanabileceğinin bildirilmesi durumunda ise, şikayetle bulunan aday veya isteklinin, kendisine bildirim yapıldığı tarihi izleyen üç gün içinde Kuruma itirazın şikayet başvurusunda bulunabileceği hükme bağlandığından, ivedilik ve kamu yararı bulunması nedeniyle ihale işlemlerine devam edilmesi gerektiğine dair onayın tesisi durumunda bildirimden itibaren üç günlük süre başlar.

İhale sürecine devam edilmesi ve sözleşmenin imzalanması yolundaki, ihale yetkilisince onaylanan idare kararı başvuruyu sonuçlandıran nitelikte olmayıp, başvuru idare tarafından sonuçlandırılıncaya kadar geçecek sürede uygulanacak geçici tedbir niteliğinde bir karardır. Bu karara itiraz edilmesi veya edilmemesi, başvuruyu sonuçlandıran karara karşı veya otuz günlük sürede bir karar alınmaması üzerine yapılacak başvuruyu etkilemez.

4734 sayılı Kanununun 55 inci maddesi bütün olarak göz önüne alındığında; idareye bir şikayet yapıldığında iş ivedi ve hemen sonuçlanmasında kamu yararı varsa, şikayet bilahare cevaplandırılmak üzere öncelikle bir "*ivedilik ve kamu yararı kararı*" alınabilir ve bu karar uyarınca ihale işlemlerine devam edilerek, öngörülen sürelerle de uyularak sözleşme imzalanabilir. Ancak şikayet idarece cevaplanırsa zaten süreç işlemeye devam edeceğinden, ayrıca bir ivedilik kararının alınmasına gerek olmadığı gibi madde metni de şikayet idarece sonuçlandırıldıktan sonra "*ivedilik ve kamu yararı kararı*" alınmasına olanak tanımamaktadır. Şikayet idarece sonuçlandırıldıktan sonra alınacak "*ivedilik ve kamu yararı kararı*"nın ihale işlemlerine



bir etkisi olamayacaktır. Anılan kararın şikayetle duran sürecin devam etmesine imkan tanıyan niteliği bulunduğundan, şikayetin cevaplandırılmasıyla zaten süreç devam edeceğinden ayrı bir karar alınmasına olanak ve gerek yoktur.

Nitekim, aynı görüş Kurul II. Başkanı Adnan ZENGİN tarafından da kabul görmektedir. ZENGİN' e göre<sup>149</sup>; 4734 sayılı Kanununun 55 inci maddesi bütün olarak göz önüne alındığında; idareye bir şikayet yapıldığında iş ivedi ve hemen sonuçlanmasında kamu yararı varsa, şikayet bilahare cevaplandırılmak üzere öncelikle bir “*ivedilik ve kamu yararı*” alınabilir ve bu karar uyarınca ihale işlemlerine devam edilerek, öngörülen sürelerle de uyularak sözleşme imzalanabilir. Ancak şikayet idarece cevaplanırsa zaten süreç işlemeye devam edeceğinden dolayı ayrıca bir ivedilik kararının alınmasına gerek olmadığı gibi madde metni de şikayet idarece sonuçlandırıldıktan sonra “*ivedilik ve kamu yararı kararı*” alınmasına olanak tanımamaktadır. Şikayet idarece sonuçlandırıldıktan sonra alınacak “*ivedilik ve kamu yararı kararı*”nın ihale işlemlerine bir etkisi olamayacaktır. Anılan kararın şikayetle duran sürecin devam etmesine imkan tanıyan niteliği bulunduğundan, şikayetin cevaplandırılmasıyla zaten süreç devam edeceğinden ayrı bir karar alınmasına olanak ve gerek yoktur.

Netice itibarıyla; şikayetin sonuçlandırılmasından sonra alınan “*ivedilik ve kamu yararı kararı*”nın ihale işlemlerine bir etkisi olmadığından, şikayetin reddinden sonraki Kamu İhale Kurumuna itiraz için öngörülen onbeş günlük sürenin dolması beklenmeden sözleşmenin imzalanması 55 inci maddeye aykırı olduğundan ihale işlemlerinin iptaline karar verilmesi gerekmektedir.

Ancak Kurul, anılan 16.05.2005 tarih ve 2005/UH.Z-945 sayılı Kararı dışında 03.05.2005 tarih ve 2005/UH.Z-868<sup>150</sup> sayılı Kurul Kararında da yukarıda bahsedilen görüşün tersini benimseyerek; şikayetçinin 10.03.2005 tarihinde idareye şikayet başvurusunda bulunduğu, idarenin 11.03.2005 tarihli işlemi ile şikayeti uygun bulmadığı ve ivedilik ve kamu yararı olması nedeniyle ihaleye devam kararı aldığı, idarenin kararının aynı tarihte şikayetçiye bildirildiği, 4734 sayılı Kanununun 55 inci

<sup>149</sup> Adnan ZENGİN'in 27/06/2005 tarih ve 25858 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2005/UH.Z-945 sayılı Kurul Kararına Karşı Oyu Gerekçesi.

<sup>150</sup> 22.06.2005 tarih ve 25853 sayılı Resmi Gazete.

maddesi uyarınca, en erken 18.03.2005 tarihinde sözleşme imzalanması gerekirken, işe ilişkin sözleşmenin 17.03.2005 tarihinde imzalandığı, bu nedenle, imzalanan sözleşmenin anılan Kanun hükmü uyarınca hükümsüzlük halini taşıması nedeniyle ihale işlemleri ve ihale kararının iptaline karar vermiştir.

İvedilik ve kamu yararı bulunması nedeniyle ihale işlemlerine devam edilmesi gerektiğine dair onay, ancak bir şikayet vuku bulduğunda ihale işlemlerine devam edilmesi konusunda ihale yetkilisince gerekçeli olarak alınabileceğinden, herhangi bir şikayet yokken alınmaz. İdareye herhangi bir şikayet başvurusu olmadan alınan ihale sürecine devam kararı Kanuna aykırı olduğundan, idarece usulüne uygun sözleşme imzalanması için gerekli bekleme sürelerini azaltamayacağı gibi şikayet hakkı ile ilgili onbeş günlük süreyi de kısaltmaz.

Kurul genel olarak, itirazın şikayet üzerine, usulüne uygun bildirim yapılmadan imzalanan sözleşmelerin hükümsüzlüğünü karara bağladıktan başka, tespit edilen aykırılıklar ihale işlemlerinin ve sözleşmenin iptalini gerektirmiyorsa, hükümsüzlük nedeniyle sonuca gitmemektedir.

Nitekim, Kurulun 03.11.2003 tarih ve 2003/UK.Z-632<sup>151</sup> sayılı Kararında; şikayet başvurusu üzerine idarenin aynı gün 4734 sayılı Kanunun 55 inci maddesine göre ivedilik ve kamu yararı bulunması sebebiyle ihale işlemlerine devam edilmesi yönünde karar aldığı, ancak alınan bu kararı sözleşme imzalanmadan en az yedi gün önce istekliye tebliğ edilmesi gerekirken, karar şikayetçiye tebliğ edilmeden ve Kuruma üç gün içinde itirazın şikayet süresi beklenilmeksizin ihale üzerinde bırakılan istekli sözleşme imzalandığı, bahse konu bu durumun 4734 sayılı Kanunun 55 inci maddesi ile İhalelere Karşı Yapılacak İdari Başvurulara Ait Yönetmeliğin 17 nci maddesine aykırılık teşkil ettiği ve sözleşmeyi “hükümsüz” kıldığı, ancak ihale sürecindeki şikayet başvurusu üzerine Kurum tarafından anılan Yönetmelik hükmü uyarınca ihale dosyası üzerinde başvuranın iddialarından bağımsız olarak ve re’sen değerlendirme yapıldığından ve yapılan bu değerlendirme sonucunda ihale süreci ile ilgili olarak Kanuna ve buna bağlı olarak düzenlenen dokümanlara başkaca aykırılık tespit edilmediğinden, bu ihlalin ihalenin sonucuna etki eden iptali veya düzeltici

<sup>151</sup> 08.12.2003 tarih ve 25310 sayılı Resmi Gazete.

işlemi gerektiren bir aykırılık nedeni olarak görülmemesi kanaatine ulaşılması nedeniyle başvuru sahibinin iddiaları yerinde olmadığından şikayetin uygun bulunmadığına karar verilmiştir.

Oysa, ihale işlemlerinin tabi olduğu usule uygun olarak yapılmaması sonucu hükümsüzlük halinin tespiti durumunda, şikayetin reddine karar verilebileceği ancak bu durumun hükümsüz sözleşmeyi canlandıramayacağı düşünülmektedir.

## **V. Başvuruların Şekil Unsurları**

Şikayet ve itirazın şikayet başvuruları, idare veya Kuruma hitaben yazılmış imzalı dilekçelerle yapılır. Dilekçelerde; başvuru sahiplerinin, vekil veya temsilcilerinin adı, soyadı veya unvanı ve adresi, başvuru konusu ihale, İhaleyi yapan idare ve adresi, şikayet edilen veya incelenmesi istenilen durumlar, sebepleri ve dayandığı deliller, şikayet edilen veya incelenmesi istenilen durumun farkına varıldığı tarih veya tebliğ, ilan veya bildirim tarihi gibi bilgilerin bulunması zorunludur.

Kamu İhale Kurumu tarafından zorunlu olmasa da bu bilgileri içeren standart dilekçeler hazırlanarak Kurumun internet sayfasında kullanıma sunulmuştur. Kuruma yapılacak itirazın şikayet başvurularında bunların yanında idareye yapılan şikayet tarihi ile bildirilmişse kararın bildirim tarihi de gösterilir ve kararın bir örneği başvuru dilekçesine eklenir. Ayrıca, 4734 sayılı Kanununun 53 üncü maddesinin (j) bendinde öngörülen ve Kurumca her yıl güncellenen tutarda başvuru bedeli<sup>152</sup> Kurum hesaplarına yatırılıp, buna dair belge dilekçeye eklenir.

Şikayet ve itirazın şikayet dilekçelerine, temsile yetkili olduğuna dair belgeler ile imza sirkülerinin aslı veya yetkili mercilerce onaylı örnekleri eklenmesi zorunludur. Ayrıca, ihale dokümanı satın alındığı veya ihaleye teklif verildiğine ilişkin belgeler de şikayet ve itirazın şikayet dilekçelerine eklenir. Başvuran, talebine ilişkin gördüğü bütün bilgi ve belgeleri dilekçeye ekleyebilir.

---

<sup>152</sup> 19.01.2005 tarih ve 25705 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 2005/1 sayılı Kamu İhale Tebliği.

Aynı kişi, bir ihaleye ilişkin birden fazla konu hakkında tek dilekçeyle Şikayet ve itirazen Şikayet başvurusunda bulunabilir. Aralarında maddi veya hukuki bir bağlantı veya sebep-sonuç ilişkisi bulunsa dahi, birden fazla ihaleye ilişkin olarak tek dilekçeyle Şikayet ve itirazen Şikayet başvurusu yapılamaz. Birden fazla kişi aynı ihaleye yönelik olarak tek dilekçeyle başvuramaz.

Dilekçeler, idareye yapılacak Şikayetlerde ihaleyi yapan idareye, Kuruma yapılacak itirazen Şikayetlerde Kuruma verilir. Bu yerler dışındaki idari birimlere yapılan başvuruların bu birimler tarafından muhatap idareye veya Kuruma gönderilmesi zorunludur. Şikayetçinin ikametgahı yurt dışında ise, Şikayet ve itirazen Şikayet dilekçeleri Türk konsolosluklarına verilebilir. Bu durumda ve posta yoluyla yapılan başvurularda, başvurunun ilgili idare veya Kurum tarafından kayda alındığı tarih, başvuru tarihi olarak kabul edilir.

Başvurulan idareler tarafından doğrudan, Kurum tarafından ise başvuru bedelinin ödendiğine dair belge alındıktan sonra dilekçelerin derhal kaydı yapılır, kayıt tarih ve sayısı dilekçenin üzerine yazılır. Başvuru sahiplerine kayıt tarihini ve sayısını gösteren imzalı ve mühürlü bir alındı belgesi verilir.

Türk konsolosluklarına verilen dilekçeler kayda alınıp, alındı belgesi verildikten sonra, en geç izleyen iş günü içinde ilgili idareye veya Kuruma taahhütlü olarak gönderilir. Türk konsolosluklarına verilen dilekçeler en geç izleyen iş günü içinde ilgili idareye veya Kuruma taahhütlü olarak gönderilmesine rağmen uygulamada sorunların çıkması kaçınılmaz olduğundan, taahhütlü posta yanında iletişim araçlarından faks veya elektronik posta ile gönderilmesinde fayda bulunmaktadır.

## **VI. Şikayetin veya İtirazen Şikayetin Geri Alınması**

Şikayet veya itirazen Şikayet başvurusunda bulunan ve bu suretle idari denetim mekanizmasını harekete geçiren kişinin Şikayetinden vazgeçmesi, sadece Şikayet veya itirazen Şikayet sonucunda karar alınmasını engelleyecek, idari denetim sürecinin devamını imkansız hale getirmeyecektir. Şikayetin veya itirazen Şikayetin geri alınması iddiaların incelenmesini engelleyici bir nitelikte olmadığı gibi iddiaların incelenmesini ortadan kaldıracak bir sonuç da doğurmayacaktır. Kişilerin başvuru

iradelerinin ortadan kalkması durumunda, bu iradeye bağı tutulmayan iddiaların incelenmesi sürecinin içerisinde idari denetim devam etmelidir.

Bu durumlarda; başvuru sahibi tarafından itirazın şikayet başvurusundan vazgeçildiğinin sabit olması üzerine şikayet başvurusu hakkında karar verilmesine yer olmadığına kararı verilir, iddiaların incelenmesine gerek bulunup bulunmadığı incelenmelidir. Nitekim Kurul, 24.03.2005 tarihli ve 2005/UM.Z-222<sup>153</sup> sayılı Kararında;

*“Şikayet başvurusunda bulunan ve bu suretle idari denetim mekanizmasını harekete geçiren kişinin şikayetinden vazgeçmesi, denetim sürecini ortadan kaldıracak bir sonuç doğurmayacaktır. Ancak bu takdirde, denetimin kişilerin başvuru iradelerine bağı tutulan şikayet ve itirazın şikayet yolu ile değil, iddiaların incelenmesi süreci içerisinde sürdürülmesi gerekecektir.”* gerekçeleri ile Karara konu şikayet başvurusu hakkında karar verilmesine yer olmadığına ve inceleme sonucu öngörülen koşullar oluşmadığından iddiaların incelenmesine gerek bulunmadığına karar vermiştir.

## **VII. İhaleyi Yapan İdarede İnceleme**

Yönetmeliğin *“başvuru yolları”* başlıklı 4 üncü maddesinde başvuru yolları düzenlenmiştir. Bu başvuru yolları 4734 sayılı Kanun kapsamındaki ihalelerde kanunun öngördüğü hak arama çeşitleridir. Kanun ve Yönetmelik gereği ihaleyi yapan idareye şikayet, Kuruma yapılacak itirazın şikayet öncesi zorunlu olduğu gibi, yine Kanun gereği dava yoluna başvurulabilmesi için tüketilmesi gereken sürecin de başlangıcıdır.

### **A. Şikayet İncelemesi**

Şikayet; ihale süreci içindeki işlem veya eylemlerle ilgili olarak, aday, istekli veya istekli olabilecekler tarafından idareye yapılan başvurulardır. İdarenin ihale süreci içindeki işlem veya eylemlerinin Kamu İhale Kanununa, Uygulama

<sup>153</sup> 24/03/2005 tarih ve 25765 sayılı Resmi Gazete.

Yönetmeliklerine ve diğer mevzuata aykırılıkları şikayet konusu oluşturur. İhalelere ilişkin olarak adaylar, istekli veya istekli olabilecekler tarafından öncelikle ihaleyi yapan idareye şikayette bulunulur.

İhale yetkilisi, bizzat yapacağı veya işin niteliğine göre bir veya birden fazla raportöre yaptıracığı inceleme sonuçlarına göre, şikayete ilgili kararını verir. Raportör, ihale yetkilisi adına ihale komisyonunun o ana kadar tesis ettiği işlemlerin 4734 sayılı Kanun ve ilgili diğer mevzuata uygunluğunu araştıracağından, raportörün ihale komisyonu üyeleri arasından görevlendirilmemesi gerekmektedir. Ayrıca, raportör tarafından hazırlanan rapora göre varılan veya ihale yetkilisince doğrudan ulaşılan sonucu yansıtan idare kararının, şikayet başvurusunda bulunana ve diğer aday ve isteklilere ihale yetkilisinin imzasını taşıy biçimde ulaşması gerekmektedir. Söz konusu kararın ihale komisyonunca veya raportörce imzalı biçimde gönderilmesi uygun değildir.<sup>154</sup>

İdare, şikayet başvurusu üzerine vereceği karar sürecinde Kurum tarafından belirlenen usul ve esasları dikkate alır. Bunlar 4734 sayılı Kanunda hükme bağlanan hususlar dışında Yönetmelikte düzenlenen, süreler ve sözleşme imzalanmasına ilişkin yerine getirilmesi gereken usullerdir.

## **B. İhale İşlemlerine Devam Kararı ve İptali**

İdareye yapılan şikayet başvurusu sonuçlandırılmadıkça veya ivedilik ve kamu yararı bulunması nedeniyle ihale işlemlerine devam edilmesi ihale yetkilisince onaylanmadıkça, sözleşme imzalanamaz. İhale ile ilgili olarak yapılan şikayet başvurusu ihale sürecini kendiliğinden durdurur. İdare, şikayet başvurusunun varlığı halinde kural olarak sözleşme imzalayamaz ve taahhüt altına giremez.

Şikayet sunulduktan sonra, şikayet sonuçlandırılmadan ihale yetkilisince gerekçeli olarak ihale sürecine devam edilmesi ve sözleşmenin imzalanmasına karar verilebilir. Bu karar, sözleşmenin imzalanmasından en az yedi gün önce şikayette bulunana ulaşacak şekilde bildirilir. Bu karara karşı, bildiri izleyen üç gün içinde

<sup>154</sup> Yaşar GÖK: Sorular ve Cevaplarla Açıklamalı Kamu İhale Kanunu, 557.

Kuruma itirazın şikayet başvurusunda bulunulabilir. İdarece usulüne uygun bildirim yapılmadan sözleşme imzalanmışsa, ihale kararı ve sözleşme hükümsüz sayılır. Nitekim, Kurulun 11.01.2005 tarih ve 2005/UH.Z-55<sup>155</sup> sayılı Kararında; şikayetçinin 06.12.2004 tarihinde idareye şikayet başvurusunda bulunması üzerine, 07.12.2004 tarihinde idarece şikayet yersiz bulunarak ihale işlemlerine devam edilmesi ve sözleşmenin imzalanması kararının alındığı, idareden Kurumumuza gönderilen ihale işlem dosyasında söz konusu yazının tebliğ tarihine ilişkin belge bulunmamasıyla birlikte başvuru sahibinin beyanında bu kararın 08.12.2004 tarihinde bildirildiğinin belirtildiği, idarenin 7 günlük süreyi beklemeden 13.12.2004 tarihinde sözleşmeyi imzaladığı, dolayısıyla imzalanan sözleşmenin 4734 sayılı Kanunun 55 inci maddesinin beşinci fıkrasında belirtilen hükümsüzlük halini taşıdığı anlaşıldığından bahisle, tekliflerin değerlendirilmesi işlemlerinin mevzuata aykırılık taşıması nedeniyle, yukarıda belirtilen hususlar dikkate alınarak tekliflerin değerlendirilmesi ve bu aşamadan sonraki ihale işlemlerinin mevzuata uygun olarak yeniden gerçekleştirilmesi gerektiği gerekçeleri ile tekliflerin alınmasından sonra yapılan ve mevzuata aykırılığı tespit edilen ihale işlemlerinin ve ihale kararının iptaline, tekliflerin değerlendirilmesi ve bu aşamadan sonraki ihale işlemlerinin mevzuata uygun olarak yeniden gerçekleştirilmesi hususunun düzeltici işlem olarak belirlenmesine karar verilmiştir.

İhale sürecine devam edilmesi ve sözleşmenin imzalanması yolundaki, ihale yetkilisince onaylanan idare kararı başvuruyu sonuçlandıran nitelikte olmayıp, başvuru idare tarafından sonuçlandırılıncaya kadar geçecek sürede uygulanacak geçici tedbir niteliğinde bir karardır.

Bu karara itiraz edilmesi veya edilmemesi, başvuruyu sonuçlandıran karara karşı veya otuz günlük sürede bir karar alınmaması üzerine yapılacak başvuruyu etkilemez.

İdarenin ivedilik ve kamu yararı bulunması nedeniyle ihale işlemlerine devam edilmesi işlemi geçici tedbir niteliğinde olup, Kurulun bu işleme karşı yapılan itirazın

---

<sup>155</sup> 17.03.2005 gün ve 25758 sayılı Resmi Gazete.

şikayet incelemesi üzerine aldığı karar da aynı nitelikte olduğundan tek başına idari davaya konu edilemezler.

Bütün bu düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde; ivedilik ve kamu yararı nedeniyle ihale sürecinin devam edeceğine dair idarenin almış olduğu kararlara karşı genel usulden farklı bir itirazen şikayet sürecinin düzenlendiği, bu kararlara karşı KİK'e yapılan itirazen şikayet üzerine KİK'in vermiş olduğu kararların idarenin işlem ve eylemleri hakkında nihai karar olmadığı anlaşılmaktadır. Kanun bu hükümlerle sadece, normal süreçten daha kısa sürede ve idarenin istekliye cevap vermeden sözleşme imzalayarak isteklinin şikayet hakkının ortadan kaldırılmasına yol açacak idari bir karara karşı itiraz hakkını korumaktadır. Başvuru, ihale süreci ile ilgili bir aykırılığa itiraz şeklinde değil, doğrudan idarenin ivedilik ve kamu yararı nedeniyle ihaleye devam edilerek sözleşme imzalanacağı yolundaki kararına karşı ve kararın tebliğ edilmesinden itibaren üç gün içerisinde yapılacaktır. Bu kararlara karşı itirazen şikayet yolunun kullanılması, asıl şikayet konusuna karşı kuruma itirazen şikayeti engellemeyeceği gibi itirazen şikayet ile ilgili onbeş günlük süreyi de durdurmaz. İstekliler eğer KİK tarafından ivedilik kararı iptal edilmiş ve bunun üzerine idareden bir cevap almışlarsa cevabın tebliğinden itibaren onbeş gün içerisinde, ivedilik itirazı KİK tarafından reddedilmiş ve idarece herhangi bir cevap verilmemiş ise sözleşme bağlanmadan önce asıl hak kaybına uğradıkları hususlar için Kuruma itirazen şikayet yoluyla başvurabileceklerdir. Dolayısıyla KİK'in ivedilik kararının iptaline dair kararı isteklinin şikayet konularını nihai olarak sonuçlandırmamakta, ihalede idarenin gerçekleştirmiş olduğu mevzuata aykırı iş ve işlemlere karşı ancak itirazen şikayet yoluna başvurulduğu takdirde nihai sonuç alınabilecektir.<sup>156</sup>

İvedilik ve kamu yararı kararı iptal edilmesi durumunda Kurulun süreç durdurma hakkında karar vermesine, Kurulun bu kararı ile idarenin sözleşme imzalaması engellendiği için gerek yoktur.

### **C. İdarece Verilecek Kararlar ve Niteliği**

<sup>156</sup> Bilal KARACA: "İvedilik ve Kamu Yararı Kararlarına Karşı İtiraz Yolu", Yeni Şafak (01.02.2005), 12.



Aday, istekli veya istekli olabilecekler tarafından yapılan şikayet idare tarafından usul ve esas incelenmesinden geçirilmelidir.

İdare tarafında usul incelemesi sonucu şikayet usulden reddedilebileceği gibi esasının incelenmesi sonucunda da idare tarafından itirazen şikayet sonucu Kurulca alınan kararlara benzer nitelikte olarak;

a) Düzeltme yapılması yoluyla giderilebilecek ve ihale sürecinin kesintiye uğratılmasına gerek bulunmayan durumlarda, düzeltici işlemin belirlenmesi,

b) İhale sürecinin devam etmesine engel oluşturacak ve düzeltici işlemlerle giderilemeyecek bu Kanuna ve ilgili mevzuatına aykırı bir durumun tespit edilmesi halinde, ihale işlemlerinin iptali,

c) Şikayet başvurusunun uygun bulunmadığı, kararlarından biri verilebilir.

İdarece şikayet başvurusu üzerine verilecek kararlarda; ihale kayıt numarası, başvurunun idare kayıtlarına alındığı tarih ve sayı ile karar tarihi ve sayısı, başvuruya konu ihale, başvuran, başvuru üzerine alınan diğer karar ve yapılan işlemlerin özeti, ileri sürülen iddiaların, olayların ve hukuki dayanaklarının özeti, iddiaların ve olayların değerlendirilmesi, kararın dayandığı hukuki sebepler ile gerekçeleri ve karar sonucu, şikayetin kısmen veya tamamen haklı bulunmuş olması halinde gereken düzeltici önlemler ve bu düzeltici önlemlerle ihale sürecine devam edilip edilemeyeceği, ihale yetkilisinin adı, soyadı ve imzası gibi hususlar bulunmalıdır.

## **VIII. KİK'in İncelemesi**

### **A. Ön İnceleme**

Kamu İhale Kurumuna iletilen itirazen şikayet dilekçeleri ön inceleme aşamasında; başvuru konusunun Kamu İhale Kurumunun görev alanında bulunup bulunmadığı, başvuranın ehliyeti, başvurunun süresinde yapıp yapılmadığı, bu Yönetmeliğin 8 inci maddesine uygunluğu, ihale sürecinin durdurulmasına gerek olup olmadığı yönlerinden sırasıyla incelenir.

İtirazen şikayet dilekçesinde usulü bir aykırılık bulunmuyorsa, Kurum tarafından esas incelemeye geçilir. Ön İnceleme Raporu ihale sürecinin durdurulup durdurulmayacağı konusu ile sınırlı olmak üzere düzenlenir. Kamu İhale Kurumunun görev alanında bulunan ancak, başvuranın ehliyetinde veya başvurunun süresinde yapıp yapılmadığı hususlarında aykırılık tespit edilmiş ise, Ön İnceleme Raporu bu aykırılığa ve iddiaların incelenmesine geçilip geçilmeyeceğine yönelik hazırlanır.

İtirazen şikayet dilekçesinin şekli unsurlarında aykırılık tespit edilirse Ön İnceleme Raporu düzenlenmez. Daire Başkanlığınca şikayetçiye bu aykırılığın giderilmesi hususu bildirilir. Başvuru süresinin dolmasına üç gün ve daha fazla süre kalmışsa bu süre içinde, başvuru süresi dolmuş veya üç günden daha az bir süre kalmışsa üç gün içinde; şikayetçi tarafından aykırılık giderilir.

Süresi içinde aykırılık giderilmişse esas incelemeye geçilir ve Ön İnceleme Raporu ihale sürecinin durdurulup durdurulmayacağı konusu ile sınırlı olmak üzere düzenlenir. Süresi içinde aykırılık tamamen giderilmemiş veya ikinci kez aynı aykırılık tekrarlanmış ise Ön İnceleme Raporu bu aykırılığa, iddiaların incelenmesine geçilip geçilmeyeceğine yönelik hazırlanır.

İtirazen şikayet başvurusu sahiplerinin başvurularının usulüne uygun olarak yapılmasına dikkat etmeleri kendi menfaatlerine olup, şekil eksiklikleri ile ilgili olarak yapılacak bildirim zaman kaybına yol açacağından, gerekli bekleme sürelerinin geçmesi ile idare sözleşme imzalayabileceği ve Kurul başvuruyu incelemede yetkisiz kalabileceğinden, şikayetin amaçlanan sonucu doğurabilmesi için Kurumun örnek olarak hazırladığı itirazen şikayet dilekçesi formuna ve Yönetmeliğe uygun başvuruda bulunmaları elzemdir.

Burada itirazen şikayet başvurusunun kabul edilebilmesi için getirilen koşul teknik anlamda *“kümülatif”* bir koşuldur. Bir başka ifade ile itirazen Şikayet dilekçesindeki Yönetmeliğe aykırı hususlar zamanında ve bütünüyle giderilmek zorundadır. Aykırılıklar giderilip de bu iş süresinde yapılmazsa veya süresinde başvuru yapılmasına rağmen aykırılıklar giderilmemiş olursa başvuru reddedilecektir.

İtirazen şikayet başvurusunun ön incelemesi sırasında, itirazen şikayete konu ihalede sözleşmenin imzalanmış olduğu tespit edilir ise, ihale sürecinin durdurulup durdurulmayacağı hususu Kurulca görüşülmesine gerek yoktur. Bu durumda, ihale süreci idare nezdinde sona erdiğinden, itirazen şikayetin esasına geçip imzalanan sözleşmenin usule uygun olup olmadığı bu manada hükümsüz olup olmadığı diğer ihale işlemleri ile birlikte irdelenmelidir.

Kurul tarafından ön inceleme konuları bakımından bir aykırılık bulunmadığına karar verildiğinde esasın incelenmesine geçilir. Ön inceleme konularıyla ilgili olarak, başvurunun görev yönünden reddi dışında verilen diğer nihai kararlar üzerine, iddiaların incelenmesine geçilip geçilmeyeceği hakkında da Kurulca ayrıca karar verilmesi gereklidir.

## **B. İtirazen Şikayet**

İtirazen şikayet; ihale süreci içinde idareye yapılan başvuru üzerine alınan kararlara karşı idareye şikayet yoluna başvuran veya diğer aday ve istekli veya istekli olabilecekler tarafından, süresi içinde karar alınmaması halinde ise idareye şikayet yoluna başvuran tarafından Kuruma itirazen yapılan şikayet başvurularıdır. Kanuna göre sözleşme imzalandıktan sonra yapılan itirazen şikayet başvuruları Kurul tarafından değerlendirmeye alınamayacağından, usulüne uygun olarak yapılan itirazen şikayet başvurularının Kurul tarafından sözleşme imzalanıncaya kadar incelenerek sonuçlandırılması zorunludur.

Kurulun sözleşmenin uygulanması aşamasındaki ihtilaflarla ilgili görev ve yetkisi bulunmadığından, bu hususlarla ilgili gelecek itirazen şikayet başvurularına görev yönünden ret kararı vermesi gerekmektedir. 4734 sayılı Kanunda hükme bağlandığı üzere "*itirazen şikayet*", dava açılması öncesinde kullanılması zorunlu bir başvuru yoludur. Dolayısıyla usulüne uygun olarak ilk önce idareye şikayet ve daha sonra Kuruma itirazen şikayet yolları tüketilmeden idari yargıya başvuru yolu kapalı olduğu düşünülebilir.

4734 sayılı Kanun gibi idari başvuru yolları ve başvuru süreleri açıkça gösterilen durumlarda, idari işlemin iptal davasına konu olabilmesi için, ilgili yasada

öngörülen idari başvuru yollarının tüketilmiş olması, işlemin idari kesinlik kazanması gerekir.<sup>157</sup>

İYUK'un 14 üncü maddesinde; idari merci tecavüzü dava dilekçeleri üzerinde yapılacak ilk inceleme konuları arasında sayılmıştır. Anılan Kanununun 15 inci maddesinde ise; idari merci tecavüzünün tespiti durumunda dilekçenin görevli idareye gönderilmesine karar verileceği, maddenin devamında, dilekçelerin görevli mercie tevdi halinde, Danıştay'a veya ilgili mahkemeye başvurma tarihi, merciiine başvurma tarihi olarak kabul edileceği hükme bağlanmıştır.

İhale işlemleri aleyhine doğrudan İdare Mahkemelerine veya Danıştay'a dava açılması durumunda, merci tecavüzü oluşacağından, başvuru Mahkeme tarafından dava dilekçesi görevli mercie gönderilmesi durumunda, ilgili idarenin bunu şikayet dilekçesi olarak kabulü gerekmektedir.

İdarenin işlemine karşı şikayet yoluna başvurduktan sonra Kamu İhale Kurumuna itirazın şikayet başvurusunda bulunulmadan doğrudan İdare Mahkemelerine veya Danıştay'a dava açılması durumunda da, merci tecavüzü oluşacağından, başvuru Mahkeme tarafından dava dilekçesinin görevli idari merci olan Kuruma gönderilmesi ve bu durumda, dilekçenin itirazın şikayet dilekçesi olarak kabulü gerekmektedir. Bütün bu merci tecavüzlerinde, Danıştay'a veya ilgili mahkemeye başvurma tarihi, merciiine başvurma tarihi olarak kabul edilmesi gerekeceğinden, Kamu İhale mevzuatında yer alan sürelerin Danıştay'a veya ilgili mahkemeye başvurma tarihinden itibaren başlaması gerekmektedir.<sup>158</sup>

Kurul, 08.06.2005 tarih ve 2005/UY.Z-1088<sup>159</sup> sayılı Kararıyla bu içtihadı benimsemiştir.

Olayda başvuru sahibinin 26.11.2004 tarihli başvurusu üzerine Kurulun 04.01.2005 tarih ve 2005/UY.Z-05 sayılı kararıyla düzeltici işlem tesis edilmesine karar verildiği, Kurul Kararı üzerine ihale komisyonunca yeniden tesis edilen

<sup>157</sup> A.Şeref GÖZÜBÜYÜK: a.g.e., 163.

<sup>158</sup> Danıştay 8. Dairesinin, 26.05.1997 tarih ve E:1997/1979 K:1997/1847 sayılı Kararı.

<sup>159</sup> 15.07.2005 tarih ve 25876 sayılı Resmi Gazete.

14.01.2005 tarihli kararın 28.01.2005 tarihinde başvuru sahibince tebellüğ edildiği, bunun üzerine onbeş günlük şikayet süresi içerisinde idareye başvurulması gerekirken doğrudan Kayseri İdare Mahkemesine başvuruda bulunulduğu, anılan Mahkemenin 2005/380 Esas ve 2005/498 Karar sayılı kararıyla, İYUK'un 14 üncü maddesinin (b) bendinin yollamasıyla aynı Kanunun 15 inci maddesinin 1 inci fıkrasının (e) bendi uyarınca idari mercii tecavüzü nedeniyle dilekçe ve ekleri Kuruma gönderilmiştir.

4734 sayılı Kanunun 55 inci maddesi ve Yönetmeliğin 6 ncı maddesinde; idareye şikayet süresinin ihale süreci içerisinde şikayete konu işlem veya eylemin farkına varıldığı veya farkına varılmış olması gerektiği tarihten itibaren onbeş gün olduğu, idarenin şikâyetin verilmesini izleyen otuz gün içinde gerekçeli bir karar alması gerektiği, belirtilen süre içinde bir karar alınmaması veya süresinde alınan kararın istekli tarafından uygun bulunmaması durumunda karar verme süresinin bitimini veya karar tarihini izleyen onbeş gün içinde Kuruma inceleme talebinde bulunulması gerektiği hüküm altına alınmıştır.

Yönetmeliğin 9 uncu maddesinde; dilekçelerin, idareye yapılacak şikayetlerde ihaleyi yapan idareye, Kuruma yapılacak itirazın şikayetlerde Kuruma verileceği düzenlemesi yapılmıştır.

Yönetmeliğin 10 uncu maddesinin 1 nci fıkrasında; 9 uncu maddede gösterilen yerler dışındaki idari birimlere yapılan başvuruların bu birimler tarafından muhatap idareye veya Kuruma gönderilmesinin zorunlu olduğu belirtilmiştir.

Neticede Kurulca, İYUK'un 14 üncü maddesinin 3 üncü bendinin (b) alt bendine göre başvuru dilekçesinin idari mercii tecavüzü olup olmadığı yönünden inceleneceği, mercii tecavüzü olması halinde anılan Kanun 15 inci maddesinin 1 inci bendinin (e) alt bendine göre dilekçenin görevli idare merciine tevdiine karar verilmesi gerektiği, aynı maddenin 2 nci bendine göre merciine başvuru tarihi olarak Danıştay'a veya ilgili mahkemeye başvuru tarihin kabul edileceği hüküm altına alındığından bahisle, idarece tesis edilen işlemin başvuru sahibine tebliğinden itibaren onbeş günlük şikayet süresi içerisinde, mercii tecavüzünde bulunarak Kayseri İdare Mahkemesine yapılan başvurunun 2577 sayılı Kanun hükümlerine göre süresi

içerisinde idareye yapılmış başvuru olarak kabul edilerek idarece bir işlem tesis edilmesi gerektiği gerekçeleri ile dilekçe ve eklerinin ihaleyi yapan idareye gönderilmesine karar verilmiştir.

Ancak, 4734 sayılı Kanunun uygulamasının yeni olması ve bu nedenle yargı içtihatlarının yeterince oluşmaması karşısında; idari merci tecavüzü nedeniyle ilgili idari merciye tevdi edilecek dava dilekçesi üzerine ne gibi bir uygulama yapılacağı çok belirgin değildir. Özellikle şikayet ve itirazın şikayet için 4734 sayılı öngörülen süre koşulları göz önünde bulundurulduğunda, şikayet ve itirazın şikayet yolları tüketilmeden doğrudan açılacak davalarda idari merciye tevdi edilecek başvuruların genellikle süre yönünden reddedileceği düşünülmektedir.<sup>160</sup>

İtirazın şikayet yolları tüketilmeden doğrudan açılacak davalar sonucu oluşan idari merci tecavüzü sonucu, Kuruma intikal eden başvuruların süre yönünden reddine dair pek çok Kurul Kararı vardır.

Örnek olarak Kurul 01.09.2004 tarih ve 2004/UK.Z-1106<sup>161</sup> sayılı Kararında; başvuru sahibinin 14.01.2004 tarihli dilekçeyle idareye şikayet başvurusunda bulunduğu, idarenin 30 günlük sürede şikayet başvurusuna ilişkin olarak bir karar vermediği, şikayetçinin 4734 sayılı Kanun ve Yönetmelik hükümleri gereği, idarenin 30 günlük karar verme süresinin bitimini takip eden 15 günlük süre içerisinde Kuruma itirazın şikayet başvurusunda bulunması gerekmekte iken, 06.02.2004 tarihinde Bursa 1 inci İdare Mahkemesinde idare aleyhine dava açtığı, ancak yukarıda belirtildiği üzere dava açılmış olması Kuruma itirazın şikayet süresini kesmeyeceğinden bu süre geçtikten sonra 17.06.2004 tarihinde Kurum kayıtlarına alınan dilekçe ile başvuruda bulunduğu anlaşıldığından itiraz süresi geçtikten sonra yapılan başvurunun süre yönünden reddine karar verilmiştir.

İhale iptal işlemi ihale süreci içinde tesis edilen ve tüm unsurlarıyla birlikte idari bir işlemdir. Bu şekilde doğrudan şikayete konu edilebileceği ileri sürülebilir. Ancak işlemin hukuki sonuçlarını göz önünde bulunduran Kurul iptal işlemine karşı

<sup>160</sup> Gökhan Oğuz, İnşaat Sanayi Dergisi, Ocak-Şubat 2005, Kamu İhale Kanununda Şikayet ve Dava Hakkı, 15.

<sup>161</sup> 19.10.2004 tarih ve 25618 sayılı Resmi Gazete.

idari denetim yapmamaktadır. Kanaatimizce hem iptal işleminin hukuki sonuçları hem de ihale sürecine ilişkin bir idari işlem olması hususu bir arada değerlendirilerek konu unsuru bakımından denetim yapılabileceği yönündedir.

4734 sayılı Kanunun yukarıda anılan 11, 16, 39 ve 40 ıncı maddeleri uyarınca ihalenin, ihaleyi yapan idare tarafından iptal edilmesi, ihale sürecini sona erdiren ve bu süreçte tesis edilmiş idari işlemleri tesis tarihi itibarıyla ortadan kaldıran bir işlem niteliğindedir. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na göre yapılan ihalelerin bir idari işlem olduğu göz önünde bulundurulduğunda, Kamu İhale Kurumunun ihalelerle ilgili olarak yapılacak şikayetleri inceleyebilmesi için ortada bir ihale olması gerekmektedir.

İdari işlemler, yargısal denetim yollarıyla başlangıcından beri hüküm ifade etmemek üzere geçmişe etkili olarak iptal edilebilir. İhalenin idare tarafından iptali durumunda, Kurumca yapılan mevzuata aykırılık incelemesi yönünden, iptal edilen ihale hiç yapılmamış, hukuk alanında doğmamış gibi sonuç doğurmakta ve idari işlemin, dolayısıyla ihale işlemlerinin idarece iptalini, eğer bu işleme karşı yargısal yollara başvurulmamışsa yararlandığı hukuka uygunluk karinesi nedeniyle iptal işleminin hukuki sonuçlarını doğurmaktadır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 11, 16, 39 ve 40 ıncı maddelerinde bulunan ihale işlemlerinin iptali ile ilgili özel düzenlemeler, geçmişe yönelik olarak ihale işlemlerinin geçersiz sayılmış olduğu ve artık ortada bir ihaleden ve ihaleye ilişkin bir süreçten bahsetme olanağı kalmadığından Kamu İhale Kurumuna da bir itirazın şikayet başvurusunda bulunma olanağından söz edilemeyecektir. Bu işlemler, ancak idari yargıda idari işlemin unsurları (yetki, şekil, sebep, konu, maksat) açısından hukuka aykırı olduğu savıyla dava konusu yapılabilir. İdarece verilen iptal kararı nedeniyle ortada bir ihale kalmadığından, bununla ilgili bir süreçten, dolayısıyla bu sürece ilişkin bir şikayet sürecinden söz etme olanağı, başka bir ifade ile belirtilen bu durum nedeniyle; artık ihale süreci içinde tüketilmesi zorunlu, dava açılması öncesi kullanılması gereken bir yol bulunmamaktadır. Aksi halde Kamu İhale Kurulunca yapılacak bu inceleme sonucunda ihale iptal işleminin Kamu İhale Kurulunca iptal edilmesi halinde idarelerin zorunlu olarak ihaleyi sürdürmek durumunda kalacakları sonucu ortaya çıkmakla birlikte iptal kararının; idari davaya

konu olacak nitelikte kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem olması nedeniyle de itirazen şikayet yoluyla incelenmesi mümkün değildir.

Öte yandan ihalenin idarece iptaline ilişkin işlemin, ihale sürecinde tesis edilen bir ihale işlemi niteliğinde olması nedeniyle Kamu İhale Kanununun 53 üncü maddesi uyarınca idarece verilen ihalenin iptali işleminin de mevzuata aykırılık yönünden itirazen şikayet başvurusuna konu edilerek, Kamu İhale Kurulunca incelenmesi de mümkündür.

Nitekim, Kamu İhale Kurumunca; 4734 sayılı Kanunun, çeşitli maddelerinde idarelere ihalenin iptali yönünde tanınan yetkinin kullanılması suretiyle tesis edilen işlemlere karşı Kamu İhale Kurumuna yapılan itirazen şikayet başvuruları üzerine Kamu İhale Kurumunun 4734 sayılı Kanunun 56 ncı maddesine göre itirazen şikayetin esasını inceleme konusunda görev ve yetkisinin bulunup bulunmadığı konusunda duraksamaya düşülmesi üzerine, Danıştay tarafından verilen tarafından verilmiş istişari görüş istenilmiştir.

Danıştay; Kamu İhale Kurumunun, ihalelerin başlangıcından, ihale sözleşmesinin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde, idarece yapılan işlemlerin mevzuata aykırı olduğuna ilişkin şikayetleri inceleyerek bu şikayetleri sonuçlandırmakla görevli ve yetkili olması nedeniyle, ihalelerin iptaline ilişkin idarenin işlemlerinin de ihale süreci içerisinde yapılan idari bir işlem olması nedeniyle Kamu İhale Kurumunun bu işlemlere karşı yapılacak şikayetleri incelemeye yetkili olduğunu belirterek, idarenin ihaleyi iptal işleminin şikayete ve takiben itirazen şikayete konu olabileceği karara bağlanmıştır.<sup>162</sup>

Nitekim Kurul tarafından anılan Danıştay Kararı gereği olarak pek çok ihalenin iptal kararına karşı Kuruma yapılan şikayet başvuruları esastan incelenmiştir.

Kurul bu kararlarının tamamında ihalenin iptaline ilişkin işlemin 4734 sayılı Kanun'da öngörülen şikayet ve itirazen şikayet yoluyla mevzuata uygunluğunun

---

<sup>162</sup> Danıştay 1 inci Daire Başkanlığının 13.04.2004 tarih ve Esas No: 2004/36, Karar No: 2004/42 sayılı Kararı.



denetiminin idari işlemin unsurları bakımından ve idarece iptal nedeni olarak gösterilen gerekçelerle sınırlı yapılması gerektiğini kabul etmiştir.

4734 sayılı Kanun'un "*Bütün Tekliflerin Reddedilmesi ve İhalenin İptali*" başlıklı 39 uncu maddesinde; ihale komisyonu kararı üzerine idarenin, verilmiş olan bütün teklifleri reddederek ihaleyi iptal etmekte serbest olduğu, ihalenin iptal edilmesi halinde bu durum bütün isteklilere derhal bildirilmesi gerektiği, idarenin bütün tekliflerin reddedilmesi nedeniyle herhangi bir yükümlülük altına girmeyeceği, ancak, idare isteklilerin talepte bulunması halinde, ihalenin iptal edilme gerekçelerini talep eden isteklilere bildireceği hükme bağlanmıştır.

Anılan hüküm uyarınca ihalenin iptali konusunda idarelerin takdir yetkisi bulunmakta ise de bu yetki mutlak ve sınırsız olmayıp, kamu yararı ve hizmet gerekleri ile sınırlıdır.

Nitekim Kurul bir Kararında, karara konu ihalede başvuru sahibi firma tarafından verilen ve yaklaşık maliyetin üzerinde olduğu anlaşılan en düşük fiyat teklifinin ihale komisyonu tarafından daha önce aynı konuda yapılan ihaledeki alım fiyatı ile kıyaslanması sonucunda teklif edilen fiyatın Merkez Bankası döviz kuru artışını yansıtmadığı, dolayısıyla teklif edilen fiyatın ekonomik açıdan uygun fiyat olmadığı ve yüksek fiyat olduğu gerekçesiyle ihalenin iptal edilmesini ihale mevzuatına uygun bulmadığından, ihalenin iptaline yönelik idarenin işlemini Kurulun yukarıda ifade edilen gerekçesi ile iptal ederek, ihalenin idarece iptali öncesindeki işlemlere kaldığı yerden mevzuata uygun şekilde devam edilmesi gerektiğini karara bağlamış ve neticede anılan gerekçeler ile ilgili idarenin ihalenin iptali kararının iptaline karar vermiştir.<sup>163</sup>

Kurul iptalin iptaline ilişkin itirazın şikayet başvurularının bazılarını da uygun görmemektedir. Kurul, bu kararlarında 12.05.2005 tarih ve 2005/UH.Z-918<sup>164</sup> sayılı Kararında olduğu gibi; idarelerce ihalenin iptal edilmesinin, 4734 sayılı Kanunun 39 uncu maddesinde yer alan; "İhale komisyonu kararı üzerine idare, verilmiş olan bütün

<sup>163</sup> 24.03.2005 tarih ve 25765 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 08.02.2005 tarih ve 2005/UM.Z-271 sayılı Kurul Kararı.

<sup>164</sup> 26.06.2005 tarih ve 25857 sayılı Resmi Gazete.

teklifleri reddederek ihaleyi iptal etmekte serbesttir." hükmüne aykırılık teşkil etmediğinin anlaşılması gerekçesiyle, şikayetçilerin iddialarını yerinde bulmamaktadır. Anılan gerekçenin Kurulun ihalenin iptalinin iptalini hükmettiği kararların gerekçesine nazaran yeterli olmadığı görülmektedir.

Ayrıca, ihalelerin iptaline ilişkin idarenin işlemleri aynı gerekçelerle iddiaların incelemesine konu olabilir. Ancak idarenin işleminin iptali bu yolda mümkün olmayacağından etkili sonuçlar doğurmaz.

İhale sürecinde yapılan şikayet başvuruları üzerine, ihaleyi yapan idarenin ihale yetkilisince ivedilik ve kamu yararı bulunması nedeniyle ihale işlemlerine devam edilmesi yolunda alınan kararın tebliğ tarihini izleyen üç gün içinde Kuruma itirazen şikayet başvurusunda bulunulması gerekmektedir. İhale yetkilisince ivedilik ve kamu yararı bulunması nedeniyle ihale işlemlerine devam edilmesi yolunda alınan bir karar yoksa, idarece başvuruyu sonuçlandıran cevabi kararın tebliğini izleyen on beş gün içinde veya idareye şikayet başvurusu tarihinden itibaren otuz gün içinde bir karar alınmaması halinde, karar verme süresinin bitimini izleyen on beş gün içinde Kuruma itirazen şikayet başvurusunda bulunulabilir.

Şikayet başvuruları üzerine bazı durumlarda idare şikayet başvurusuna red kararı vermese de, itirazen şikayet yoluna başvurabilmek için gerekli otuz gün içinde zımnen iradesini şikayetin reddi yönünde kullanır ve iradesi bu yönde tezahür eder ise, itirazen şikayet başvurusunun Kurumca kabulü ve esasına geçilmesi yerindedir. Örneğin; idare şikayet başvurusuna cevap vermemekle birlikte sözleşme imzalamış ise bu durumda itirazen şikayet başvurusunun otuz günlük süre dolmadığı gerekçesi ile reddi Kanunun şikayet mekanizması ile istediği sonucun alınmasını engellediği gibi mevzuata aykırı işlemleri de teşvik eder ve neticede karmaşık hukuki sorunlarla birlikte gelişen kamu zararını ortaya çıkarır.

İdareye yapılan ve ilk başvuru ile aynı mahiyette olan daha sonraki şikayet başvurularına idarece verilen cevaplar başvuru süresini ihya etmez. Kurulun uygulamalarında, örneğin; idareye ilk başvuru süresi içinde yapılmış ancak idarenin red cevabı üzerine onbeş günlük süre içerisinde Kuruma itirazen şikayet başvurusunda bulunulmamış iken, ikinci kez idareye şikayet başvurusu yapılarak

aynı hususa ilişkin olarak alınan red kararının bu kez onbeş gün içerisinde itirazın şikayet yolu kullanılarak Kuruma getirilmesi başvuru süresinin geçirilmesi nedeniyle mümkün değildir. Oysa, İdare Mahkemelerinin genel kabul gören uygulaması çerçevesinde, şikayetçi, idarenin ilk şikayet başvurusuna ret cevabından sonra aynı hususa ilişkin ikinci kez başvuruda bulunduğu idare bu başvuruya da cevap verir ise Kamu İhale Kurumuna başvuru süresinin bir başka ifade ile onbeş günlük itirazın şikayet süresinin ikinci cevabın tebliğ tarihinden itibaren başladığını kabul etmek daha uygundur.

İtirazın şikayet başvurularında şikayete konu aşama veya aşamaların ve bu aşamayla bağlantılı işlemlerin kamu ihale mevzuatına uygunluğu yönünden incelemesi yapılır. Yönetmeliğin 17 nci maddesinin 1 inci fıkrasında; itirazın şikayet başvurularında şikayete konu aşama veya aşamaların ve bu aşamayla bağlantılı işlemlerin kamu ihale mevzuatına uygunluğu yönünden incelemesinin yapılacağı kuralı uyarınca, ihale sürecinde tesis edilen işlemlerin zincir işlemler olması ve aynı sürece ilişkin olması nedeniyle şikayet konusu ile bağlantılı işlemlerin de Kamu İhale Kurumunca incelenmesi mümkündür. Bu nedenle, anılan Yönetmelik hükmü uyarınca bağlantılı işlemler incelenmesi yapılabilir ancak bu inceleme re'sen inceleme düzeyine çıkmamalıdır.

Bağlantılı inceleme, zincir işlemlerin birbirlerini etkilemesinin devam ettiği aşamaya kadar yapılabilir. Burada re'sen inceleme ile bağlantılı inceleme arasındaki kapsam farkı açık olmakla birlikte, kapsam kümelerinin birbirlerine yakınlığı nedeniyle sonuç olarak fazla bir değişiklik olmadığı kanaatine ulaşılabilir. Ancak bu durum re'sen inceleme ile bağlantılı incelemenin iki farklı müessese olduğu sonucunu değiştirmez.

Zincir işlemleri, "*belirli ve nihai bir sonucu doğurmak amacıyla birbirini takip eden ve tamamlayıcı bir dizi işlem*" olarak tanımlamak mümkündür.<sup>165</sup> Bu tanım çerçevesinde ihale sürecinde tesis edilen işlemlerde ele alınması gereken ilk belirleyici özellik, bu işlemlerde zinciri oluşturan halkaların, hedeflenen amaç olan

---

<sup>165</sup> Celal ERKUT: İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, (Ankara 1990),122.

nihai işlem ortaya çıkıncaya kadar, "*belirli bir süreklilik, devamlılık (continue)*" içinde birbirlerini izleme gereğidir. Kaldı ki, ihalenin yapılması da, ancak belirli işlemlerin ard arda ve zincirleme olarak yapılması ile gerçekleşir. Ayrıca, belirtelim ki, burada dikkat edilmesi gereken ayırıcı özellik, bu sürekliliğin, idari prosedürün objesi durumunda olan nihai işleme dek sürmesidir. Bazı zincir işlemlerin yapılabilmesi birden çok idari makamın irade açıklamalarını gerektirse de,<sup>166</sup> Danıştay bir kararında, zincir işlemlerde halkaları oluşturan işlemlerin mutlaka birden fazla makam tarafından yapılmasının şart olmadığı, bu işlemlerin aynı makam tarafından da yapılabileceği ifade edilmiştir.<sup>167</sup>

İtirazen şikayet yoluna başvurulmaksızın ihale işlemlerine karşı doğrudan yargı yerlerinde dava açılmasının mümkün olmadığı ve ancak itirazen şikayet başvurusu üzerine verilen Kamu İhale Kurulu kararlarına karşı dava açılabilirdi kabul edilirse, 4734 sayılı Kanuna aykırı olarak tesis edilen ihale işlemlerinin Kamu İhale Kurumu tarafından yapılacak idari denetimin ve yargı yerlerince yapılacak hukuka uygunluk denetimi dışında kalacağı açıktır.

Yönetmeliğin "*Kurumca İnceleme*" başlıklı 17 nci maddesinde itirazen şikayet başvurularında şikayete konu aşama veya aşamaların ve bu aşamayla bağlantılı işlemlerin kamu ihale mevzuatına uygunluğu yönünden incelemesinin yapılacağı hüküm altına alınmıştır.

Genel olarak idari işlem; kamu kurum ve kuruluşları tarafından kamu hukuku kuralları uyarınca tek taraflı olarak tesis edilen ve re'sen uygulanabilir nitelikte olan hukuki tasarruflar olup, yetki, şekil, neden, konu (sonuç) ve amaç unsurlarından oluşmaktadır. Bilindiği üzere ihale süreci, zincirleme idari işlemlerden oluşan bir süreçtir. Bu süreç içerisinde bir idari işlemin kendisinden sonra gelen idari işlemin neden unsurunu oluşturmaktadır. Bu süreçte herhangi bir idari işlem sakatsa zincirleme olarak onu izleyen bütün idari işlemler de sağlıklı biçimde sonuç doğurmazlar.

<sup>166</sup> Turgut TAN: İdari İşlemin Geri Alınması, (Ankara 1970),102.

<sup>167</sup> DDDK'nın 25.05.1973 tarih ve E.1972/166, K.1973/330 sayılı Kararı, AİD,c.8,sy.1,266.

KİK bağımsız düzenleyici bir otorite olarak, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde idari yargıya başvurulmadan önce başvurulması gereken bir Kurum olup, kararları Türkiye Cumhuriyeti Mahkemelerinde dava konusu edilebilir. Görevli yargı yeri, idare mahkemeleridir. Buna göre; Kamu İhale Kurumu ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içinde idarece yapılan işlemlerde mevzuata aykırılık bulunduğuna ilişkin şikayetleri incelemek ve sonuçlandırmakla görevlidir. Yönetmeliğin 17 nci maddesi uyarınca şikayet dilekçesinde ileri sürülen iddialardan başka şikayete konu aşama veya aşamaların ve bu aşamayla bağlantılı işlemlerin kamu ihale mevzuatına uygunluğu yönünden inceleme yapılmasında hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

İddiaların incelenmesi, iddialarla sınırlı olarak yapılır. Kurum, görevlerinin yerine getirilmesinde resmi ve özel bütün kurum, kuruluş ve kişilerden belge, bilgi ve görüş isteyebilir. Belge, bilgi ve görüşlerin istenilen süre içinde verilmesi zorunludur.

Kurum tarafından öncelikle başvurunun itirazın şikayet başvurusu niteliğinde olup olmadığı araştırılır. Doğrudan Kuruma yapılan şikayet başvuruları, idareye başvurulmuş olmakla birlikte Kurumun da bu başvurudan haberdar edilmesine yönelik başvurular, idareye yapılan şikayet başvurusu hakkında idarece bir karar alınmadan ve otuz günlük karar verme süresi beklenilmeden yapılan başvurular, Kurumun ilgili Daire Başkanlığı tarafından ihaleyi yapan idareye gönderilir.

Kuruma yapılan itirazın şikayet başvurularının esasının incelenmesine geçildiğinde bu durum idareye bildirilir. Başvurunun esasının incelenmesiyle ilgili görevlendirme teklifinden önce Kurumun ilgili Daire Başkanlığınca ihaleyi yapan idareden ihale dosyası veya başvuru konusuyla ilgili bilgi ve belgeler istenilir.

### **C. Kurulca Verilebilecek Kararlar**

Kurulun, *“4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 56 ncı ve İhalelere Karşı Yapılacak İdari Başvurularda Ait Yönetmeliğin 27 nci maddeleri ile ilgili Kamu İhale Kurulu tarafından verilecek karar türleri hakkında”* konulu Kararı<sup>168</sup> ile 4734 sayılı

<sup>168</sup> Resmi Gazete’de yayımlanmayan 19.02.2004 tarih ve 2004/DK.D-30 sayılı Kurul Kararı.

Kamu İhale Kanununun 53 üncü maddesinin (b) bendinin 1 numaralı alt bendi uyarınca verilen yetki çerçevesinde ne tür kararların Kamu İhale Kurulunca verileceği düzenlenmiştir.

Kanun hükümleri, uygulama örnekleri ve anılan düzenleyici Karar çerçevesinde Kurul Kararlarının türleri şu şekildedir:

### **1. İtirazen Şikayet Başvurularının Esasının İncelenmesi Sonucunda**

**a.** İdare tarafından düzeltme yapılması yoluyla giderilebilecek ve ihale sürecinin kesintiye uğratılmasına gerek bulunmayacak durumlarda, eğer ihale kararı onaylanmış ise ihale kararı iptal edilerek düzeltici işlemin belirlenmesine,

**b.** İhale sürecinin devam etmesine engel oluşturacak ve düzeltici işlemlerle giderilemeyecek bu Kanuna ve ilgili mevzuatına aykırı bir durumun tespit edilmesi halinde, ihale kararı onaylanmış ise ihale kararı ile mevzuata aykırılığı tespit edilen ihale işlemlerinin iptaline,

**c.** İtirazen şikayet başvurusunun uygun bulunmadığına, karar verilir.

### **2. Ön İnceleme Üzerine**

**a.** İtiraz edenin ehliyetli olmadığı tespit edilirse, başvurunun ehliyet yönünden reddine karar verilir.<sup>169</sup>

**i.** İhale üzerinde kalan isteklinin itirazen şikayet başvurusu ehliyet yönünden reddedilmektedir.<sup>170</sup>

**ii.** Ortak girişim ortaklarından pilot firmanın tek başına yaptığı itirazen şikayet başvurusu ehliyet yönünden kabul edilmesine karşı, özel ortak tarafından yapılan itirazen şikayet başvuruları da ehliyet yönünden reddedilmektedir.<sup>171</sup>

<sup>169</sup> 08.06.2005 tarih ve 25839 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2005/UY.Z-808 sayılı, 06.06.2005 tarih ve 25837 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2005/UM.Z-916 sayılı, 08.06.2005 tarih ve 25839 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2005/UM.Z-986 sayılı Kurul Kararları.

<sup>170</sup> 01.09.2004 tarih ve 25570 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2004/UK.Z-834 sayılı Kurul Kararı.

iii. Sivil toplum kuruluşlarının (sendika, dernek, meslek odaları gibi) başvuruları ehliyet yönünden reddedilmektedir. Ancak, Yönetmeliğin 21 inci maddesinde belirtilen koşulların gerçekleşmiş olması halinde, başvurunun Kurul tarafından iddiaların incelenmesi kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmaktadır.

iv. Sözleşmenin ifasına ilişkin itirazın şikayetler hakkında da ehliyet yönünden ret kararları verilmektedir.

b. İtirazın süresi geçirildikten sonra yapıldığı tespit edilirse başvurunun süre yönünden reddine karar verilmektedir.<sup>172</sup>

i. Kanunda şikayet üzerine idarece verilen karardan itibaren onbeş gün içinde Kuruma itirazın şikayet başvurusundan bulunabileceği hükmüne bağlandığından, şikayet hakkında verilen kararın tebliğinden itibaren onbeş gün içinde itirazın şikayet başvurusunda bulunması gerektiğinden, bu süre geçirildikten sonra yapılan başvurular süre yönünden reddedilmektedir.

Ayrıca, ihale dokümanına yönelik şikayetlerin tekliflerin verilmesinden sonra yapılması halinde de bu şikayetler süre yönünden reddedilmektedir. Yönetmelikte idareye yapılan ve ilk başvuru ile aynı mahiyette olan daha sonraki şikayet başvurularına idarece verilen cevapların itirazın şikayet süresini ihya etmeyeceği düzenlendiğinden, idareye yapılan şikayet başvurularının da onbeş günlük süre içinde yapılıp yapılmadığı Kurumca incelenmektedir. Kendisine üç günlük eksik giderme süresi verilen şikayetçinin yazının kendisine ulaştığı tarihten itibaren üç günlük süre içinde gerekli belgeyi postaya vermesi ve fakat postanın Kuruma üç günden sonra ulaşmış olması karşısında şikayetçi hakkını yitirir.

Yönetmeliğin 10 uncu maddesinde şikayet ve itirazın şikayet dilekçelerinin verileceği yerler belirtilmiştir. Yönetmeliğin 11 inci maddesinde ise, bu yerler dışında ve posta yoluyla yapılan müracaatlar da ilgili idarenin veya kurumun kayıtlarına girdiği

<sup>171</sup> 17.01.2005 tarih ve 25703 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2004/UY.Z-1711 sayılı Kurul Kararı.

<sup>172</sup> 09.03.2005 tarih ve 25750 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2005/UY.Z-23 sayılı, 26.03.2005 tarih ve 25767 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2005/UH.Z-346 sayılı ve 16.07.2005 tarih ve 25877 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2005/UH.Z-1001 sayılı Kurul Kararları.

tarihin esas alınacağı hükme bağlanmıştır. Söz konusu hükümler neticesinde, posta yoluyla da olsa üç günlük süre içinde dilekçe Kurum kayıtlarına alınmışsa herhangi bir sorun doğmayacak; ancak söz konusu süre geçirildikten sonra elden veya posta yolu veya diğer yollarla kayıtlara alınması halinde süre geçirilmiş olacaktır. Belgenin postaya verildiği tarihin esas alınması belirsizlik yaratacağından ve inceleme ile kararın belli süreler içinde bitirilmesi mümkün olamayacağından benimsenemez. Belli süre içinde karar verilmesi zorunlu olduğu hallerde bu yönde yasal düzenlemelere paralel olarak hareket edilmesi zorunludur. Bu konuda, dilekçelerin verileceği yerler arasında valiliklerin de bulunması düşünülebilir

ii. Kamu yararı ve ivedilik nedeniyle ihale işlemlerine devam edilerek sözleşme imzalanabileceğinin bildirilmesi durumunda, şikayette bulunan aday veya isteklinin kendisine bildirim yapıldığı tarihi izleyen üç gün içinde Kuruma itirazın şikayet başvurusunda bulunması gerekmekte olup, sürenin geçirilmesinden sonra yapılacak başvurular süre yönünden reddedilir.

Yönetmeliğin 21 inci maddesinin (c) bendinde, itirazın süresi geçirildikten sonra yapıldığı tespit edilirse başvurunun süre yönünden reddine karar verileceği hükmü yer almaktadır.

Kurul bu hususa örnek, 25.01.2005 tarihli ve 2005/UH.Z-141<sup>173</sup> sayılı Kararında; başvuru sahibinin 11.01.2005 tarihinde idareye şikayet başvurusunda bulunduğu, idarenin aynı tarihte ihale işlemlerine devam edilmesi ve sözleşmenin imzalanması kararı olarak 13.01.2005 tarihinde şikayetçiye bildirdiği, idarenin kararına karşı, kararın bildiriminden sonraki üç gün içerisinde Kuruma itirazın şikayet başvurusunda bulunulması gerekirken, 18.01.2005 tarihinde itirazın şikayet başvurusunda bulunulduğu tespitleri nedeniyle başvurunun süre yönünden reddine karar vermiştir.

<sup>173</sup> 17.03.2005 tarih ve 25758 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 2005/UH.Z-141 sayılı Kurul Kararı.



c. Süresi içinde 9 uncu<sup>174</sup> maddeye aykırılık giderilmemiş veya eksik başvuru bedeli yatırılmamış ise başvurunun reddine,<sup>175</sup> karar verilir.

d. Başvuru konusu Kurulun görev alanında değil ise başvurunun görev yönünden reddine,

e. İhalenin idare tarafından iptal edilmesi veya başvuru konusu ihale işleminin daha önce Kurul tarafından iptal edilmiş olması halinde karar verilmesine yer olmadığına

f. Şikayet başvurusundan vazgeçilmesi halinde karar verilmesine yer olmadığına,

g. Belirtilen durumlar dışında Kurumun inceleme imkanı bulunmayan diğer başvurularda başvurunun reddine, karar verilir.

### **3. İddiaların İncelenmesi Kapsamında**

a. İddiaların Yerinde Bulunmadığına; şayet inceleme sonucunda iddialar ciddi bulunmamış ise iddiaların yerinde bulunmadığına kararının verilir.

b. İnceleme sonucunda iddialar yerinde bulunmuş ise, mevzuata aykırılığı tespit edilen ihale işlemleri ile ilgili olarak değerlendirilmek, gerekiyorsa incelenmek ve/veya soruşturulmak üzere konunun ilgili idareye bildirilmesine veya Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulmasına karar verilir.

### **4. Diğer Kararlar**

Yukarıda sayılanlar dışındaki Kararlar şunlardır:

<sup>174</sup> 24.05.2004 tarih ve 25471 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan ve 19.02.2004 tarih ve 2004/DK.D-30 sayılı Kurul Kararının alındığı tarihte yürürlükte bulunan İhalelere Karşı Yapılacak İdari Başvurulara Ait Yönetmeliğin 8 inci maddesi.

<sup>175</sup> 09.03.2005 tarih ve 25750 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2005/UM.Z-30 sayılı, 17.03.2005 tarih ve 25758 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2005/UH.Z-120 sayılı, 24.03.2005 tarih ve 25765 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2005/UM.Z-220 sayılı Kurul Kararları.

**a.** Karar verilmesine yer olmadığına (KVYO) kararı verilen durumlar;

**i.** İdare tarafından ihale iptal edilmiş ise,<sup>176</sup>

**ii.** Başvuru konusu ihale işlemi daha önce Kurul Kararı ile iptal edilmiş ise,<sup>177</sup>

**iii.** Şikayet başvurusundan vazgeçilmiş ise,<sup>178</sup>

**iv.** Şikayet başvurusuna konu ivedilik ve kamu yararı nedeniyle ihale işlemlerine devam edilmesi yönünde bir karar idarece tesis edilmemiş ise,<sup>179</sup>

**v.** ivedilik ve kamu yararı nedeniyle ihale işlemlerine devam edilmesi yönünde alınan karara itirazın şikayet sırasında sözleşme imzalanmış ise,<sup>180</sup> karar verilmesine yer olmadığına kararı verilir.

**b.** Başvurunun reddine kararı verilen durumlar;

**i.** İhalenin, ihale yetkilisince veya idarece iptali işlemine karşı başvurulması halinde,

**ii.** 4734 sayılı Kanunun 41 inci ve 42 nci maddelerinde belirtilen sürelerle uyularak sözleşme imzalanması halinde,

**iii.** idareye başvuru yapılmaksızın doğrudan Kuruma başvurulması halinde,

**iv.** idareye süresinde yapılmayan başvurulardan sonra Kuruma yapılan itirazın şikayet başvurularında,

**v.** Kurul kararlarına karşı düzeltme istemi ile başvurulması halinde,<sup>181</sup>

<sup>176</sup> 01.07.2005 tarih ve 25862 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2005/UH.Z-952 sayılı Kurul Kararı.

<sup>177</sup> 27.03.2005 tarih ve 25768 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2005/UY.Z-357 sayılı Kurul Kararı.

<sup>178</sup> 26.03.2005 tarih ve 25767 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2005/UM.Z-342 sayılı Kurul Kararı.

<sup>179</sup> 09.03.2005 tarih ve 25750 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2005/UH.Z-22 sayılı Kurul Kararı.

<sup>180</sup> 04.05.2005 tarih ve 25805 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2005/UM.Z-554 sayılı Kurul Kararı.

<sup>181</sup> 24.03.2005 tarih ve 25765 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2005/UY.Z-213 sayılı Kurul Kararı.

vi. 4734 sayılı Kanun kapsamında bulunan idarelerin bu Kanuna göre yapılmayan ihalelerinde,

vii. Yukarıda belirtilen durumlar dışında Kurumun inceleme imkanı bulunmayan diğer başvurularda, başvurunun reddine kararı verilir.

#### **D. İhale Sürecinin Durdurulması**

Kuruma itirazın şikayet başvurusunda bulunulması idarece verilen karar gereklerinin yerine getirilmesini ve itirazın şikayete konu edilen ve devam eden ihale sürecini durdurmaz. İhale sürecinin durdurulması, ancak Kurul kararıyla mümkündür. Kuruma itiraz edilmiş olması sözleşme imzalanması dışındaki karar gereklerinin yerine getirilmesini engellemez.<sup>182</sup>

Ön inceleme konuları bakımından bir aykırılık bulunmuyorsa Kurul tarafından ihale sürecinin durdurulması gerekip gerekmediği yolunda bir karar verilmesi zorunludur.

Başvuruya konu ihalenin incelenen kısmının veya idarece verilen kararın açıkça hukuka aykırı olması veya karar gereklerinin yerine getirilmesi ve ihale sürecinin devam etmesi ile yapım müteahhidi, tedarikçi, hizmet sunucusu, kamu, idare veya diğer isteklilerin telafisi güç ya da imkansız zararlarının doğma olasılığının bulunması durumlarında, kesin kararın verilmesine kadar, itirazın incelenen karar gereklerinin yerine getirilmesi veya devam eden ihale sürecinin durdurulmasına karar verilebilir.

İhale yetkilisince verilen ivedilik ve kamu yararı bulunması nedeniyle ihale işlemlerine devam edilmesi ve sözleşmenin imzalanması yolundaki karara yönelik Kurum tarafından beş gün içinde sonuçlandırılıp idareye ve şikayette bulunana bildirilir. Kurumca itiraz sonuçlandırılıp karar bildirilinceye kadar idarece sözleşme imzalanmaz.

---

<sup>182</sup> İbrahim BAYLAN: a.g.m., 25.

Kurul; şikayet sunulduktan sonra, şikayet başvurusundaki iddiaların somut ve ciddi nitelikte bulunmaması veya iddiaların ilgili mevzuat hükümlerine açıkça aykırı olması ile ihale konusu işin ivedi nitelikte olması ve şikayetin idarece karara bağlanması için zorunlu olarak geçecek sürede sözleşmenin imzalanmaması halinde telafisi zor veya imkansız zararların doğacak olmasının maddi olayda nasıl gerçekleştiğinin gerekçeleriyle belirtilmesi suretiyle, ihale yetkilisince ihale işlemlerine devam edilerek sözleşme imzalanmasına karar verilebileceğine ilişkin Kararlar almaktadır.

4734 sayılı Kanununun 55 inci maddesinin beşinci fıkrası ve Yönetmeliğin 13 üncü maddesinde, idareye yapılan şikayet başvurusu sonuçlandırılmadıkça veya ivedilik ve kamu yararı bulunması nedeniyle ihale işlemlerine devam edilmesi ihale yetkilisince onaylanmadıkça sözleşme imzalanamayacağı hüküm altına alınmıştır.

Anılan maddelerde amaçlanan, şikayet başvurusu yapılan ancak ivedi olarak ihalenin sonuçlandırılması gereken durumlarda, ihale yetkilisince ivedilik ve kamu yararı bulunması nedeniyle ihale işlemlerine devam edilmesine imkan sağlanarak, şikayet nedeniyle uzayan ihale sürecinden idarenin olası zararlarını engellemektir.

Yukarıda anılan hükümlere göre, ihale yetkilisine tanınan bu hak mutlak ve sınırsız olmayıp, kamu yararı ve hizmet gerekleri ile sınırlıdır.

Nitekim, 13.01.2005 tarih ve 2005/UM.Z-73<sup>183</sup> sayılı Kararda; şikayet sunulduktan sonra, şikayet başvurusundaki iddiaların somut ve ciddi nitelikte bulunmaması veya iddiaların ilgili mevzuat hükümlerine açıkça aykırı olması ile ihale konusu işin ivedi nitelikte olması ve şikayetin idarece karara bağlanması için zorunlu olarak geçecek sürede sözleşmenin imzalanmaması halinde telafisi zor veya imkansız zararların doğacak olmasının maddi olayda nasıl gerçekleştiğinin gerekçeleriyle belirtilmesi suretiyle, ihale yetkilisince ihale işlemlerine devam edilerek sözleşme imzalanmasına karar verilebileceği kabul edilmiştir.

---

<sup>183</sup> 17.03.2005 tarih ve 25758 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2005/UM.Z-73 sayılı Kurul Kararı.

Kanunun amacı, şikayet başvurusu yapılan ancak ivedi olarak ihalenin sonuçlandırılması gereken durumlarda, ihale yetkilisince ivedilik ve kamu yararı bulunması nedeniyle ihale işlemlerine devam edilmesine imkan sağlanarak, şikayet nedeniyle uzayan ihale sürecinden idarenin olası zararlarını engellemektir. Ancak Kanun gereği, ihale yetkilisine tanınan bu hak mutlak ve sınırsız olmayıp, kamu yararı ve hizmet gerekleri ile sınırlıdır.

Kurul tarafından Ön İnceleme Raporunun görüşüldüğü toplantıda, idarece alınan ivedilik ve kamu yararı bulunması nedeniyle ihale işlemlerine devam edilmesi yolunda kararlar dışındaki durumlarda da, ihale sürecinin durdurulmasına gerek olup olmadığına dair bir karar alınmalıdır.

İtirazen şikayet başvurularında bu kararın verilebilmesi için Kurul ayrıca bir inceleme yapılmasını gerekli görürse, Ön İnceleme Raporunun görüşüldüğü toplantı tarihini izleyen beş gün içinde tamamlanacak inceleme sonucunda karar verilmelidir.

İhale sürecinin durdurulması gerekip gerekmediği yönündeki inceleme, esas incelemeye engel teşkil etmeyeceği gibi ihale sürecinin durdurulmasına dair veya ihale sürecinin durdurulmasına gerek bulunmadığına dair kararların Kurulun esas hakkındaki kararına herhangi bir etkisi yoktur. Kurul, ihale sürecini durdurduktan sonra ihaleyi iptal edebileceği gibi şikayeti uygun görmeyerek reddine de karar verebilir.

Nitekim, 03.05.2005 tarih ve 2005/AK.M-250.1<sup>184</sup> sayılı Karar ile incelenen ihalede, Yönetmelikte öngörülen koşulların oluştuğu gerekçesi ile ihale sürecinin durdurulmasına karar verildiği halde, 18.05.2005 tarih ve 2005/UM.Z-969<sup>185</sup> sayılı Karar ile itirazen şikayet başvurusunun uygun bulunmadığına karar verilmiştir.

İtirazen şikayet başvurusuna konu ihalenin incelenen kısmının açıkça hukuka aykırı olması veya ihale sürecinin devam etmesi ile yapım müteahhidi, tedarikçi, hizmet sunucusu, kamu, idare veya diğer isteklilerin telafisi güç ya da imkansız

<sup>184</sup> Ara kararların Resmi Gazete’de yayımlanması zorunluluğu Kanunda bulunmadığından, bu tür kararlar sadece taraflara 7201 sayılı Tebliğat Kanunu’na uygun olarak tebliğ edilmektedir.

<sup>185</sup> 06.06.2005 tarih ve 25837 sayılı Resmi Gazete.

zararlarının doğma olasılığının bulunması durumlarında, nihai kararın verilmesine kadar ihale sürecinin durdurulmasına Kurulca karar verilir.

İhale yetkilisince verilen ihale sürecine devam edilmesi ve sözleşmenin imzalanması yolundaki karara yönelik itiraz Kurum tarafından beş gün içinde sonuçlandırılıp idareye ve şikayette bulunana bildirilir. Kurumca itiraz sonuçlandırılıp karar bildirilinceye kadar idarece sözleşme imzalanamaz.

Ön İnceleme Raporunun görüşüldüğü toplantıda Kurul tarafından ihale sürecinin durdurulmasına gerek olup olmadığına ilişkin olarak bir karar alınır. İtirazen şikayet başvurularında bu kararın verilebilmesi için Kurul ayrıca bir inceleme yapılmasını gerekli görürse, Ön İnceleme Raporunun görüşüldüğü toplantı tarihini izleyen beş gün içinde tamamlanacak inceleme sonucunda karar verebilir.

Yukarıda bahsedildiği üzere, ivedilik ve kamu yararı kararı iptal edilmesi durumunda Kurulun süreç durdurma hakkında karar vermesine gerek yoktur.

Kurul 22.03.2005 tarih ve 2005/UH.Z-584<sup>186</sup> sayılı Kararında; ihale yetkilisince ivedilik ve kamu yararı bulunması nedeniyle ihale işlemlerinin devamına yönelik olarak alınan kararın iptaline karar verdikten sonra, Kurum tarafından hazırlanan Ön İnceleme Raporunda ihale sürecinin durdurulmasına, Karar verilmesinin uygun olacağı hususlarına yer verilmesine rağmen ihale süreci hakkında karar vermeye gerek görmemiştir.

### **E. Kurul Kararlarının Uygulanmaması**

Kurulun verdiği kararlara idarelerce uyulması zorunlu olup uyulmaması halinde ilgililer hakkında suç duyurusunda bulunmaktadır.

Kurul, 26.07.2004 tarih ve 2004/UK.Z-903<sup>187</sup> sayılı Kurul Kararı ile incelediği olayda Kanuna aykırı olduğu saptanan ihale işlemleri ile ilgili olarak değerlendirilmek,

<sup>186</sup> 22.05.2005 tarih ve 25822 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2005/UH.Z-584 sayılı Kurul Kararı.

<sup>187</sup> 22.11.2004 tarih ve 25468 sayılı Resmi Gazete.

gerekiyorsa incelenmek ve/veya soruşturulmak üzere konunun idarenin bağlı bulunduğu Bayındırlık ve İskan Bakanlığına bildirilmesine karar vermiştir.

Ancak, anılan Kurul kararının idareye bildirilmesi üzerine, ... Genel Müdürlüğü Teftiş Kurulu Başkanlığınca 27.08.2004 tarih ve 0772 sayılı Genel Müdürlük Olur'una sunulan yazıda, yatırım programı içerisinde yer alan kaza kara noktalarının iyileştirilmesi projesi kapsamında yapımı devam eden adı geçen işle ilgili yapılan inceleme sonucunda bir rapor düzenlendiği, yapılan incelemede, ... Bölge Müdürlüğü uygulamasının doğru olduğunun anlaşıldığı, Kaza kara noktası olan bu kesimlerin bir an önce bitirilebilmesi için ilgili bölgesine talimat verilmesi hususlarına yer verilmiştir.

Her ne kadar yukarıda sözü edilen Kurul Kararında 4734 sayılı Kanunun 55 inci maddesinde yer alan usule aykırı olarak sözleşme imzalandıktan sonra idareye yapılan şikayetten sonra Kuruma yapılan başvuru üzerine iptal kararı verilmesi mümkün bulunmadığından anılan ihalenin iptaline karar verilememiş ise de, 4734 sayılı Kanunun 53 üncü maddesinde yer alan: *“Kurum gerekli gördüğü takdirde, bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine aykırılık bulunduğu ilişkin iddiaları da inceler ve sonuçlandırır.”* hükmünde de belirtildiği üzere, Kanunda öngörülen usule aykırı olarak yapılan itirazın şikayet başvurusunun iddiaların incelenmesi kapsamında değerlendirilmesi sonucunda anılan kararda açık ve net bir şekilde: *“...ihale konusu işin mahiyeti ve teknik özellikleri uygulama projesi üzerinden anahtar teslimi götürü bedel teklif almak suretiyle ihale yapılmasını zorunlu kılmasına karşın, birim fiyat teklif almak suretiyle ihaleye çıkılması hususu anılan Kanunun 62 nci maddesinin (c) bendine aykırıdır.”* denilmektedir.

Nitekim, anılan Genel Müdürlüğün, bir başka Bölge Müdürlüğü tarafından yapılan benzer bir ihalesi Kurulun 11.12.2003 tarih ve 25313 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan, 10.11.2003 tarih ve 2003/UK.Z-667 sayılı Kararı ile iptal edilmiş ve iptal gerekçeleri arasında, bu husus da sayılmıştır.

Türk Ceza Kanununun 240 ıncı maddesinde;<sup>188</sup>

<sup>188</sup> 5237 sayılı yeni T.C.K.’nın 257 nci maddesi.

*“Yasada yazılı hallerden başka hangi nedenle olursa olsun görevini kötüye kullanan memur derecesine göre bir yıldan üç yıla kadar hapsolunur. Cezayı hafifletici nedenlerin bulunması halinde altı aydan bir yıla kadar hapis ve her iki halde ikibin liradan onbin liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır.*

*Ayrıca memuriyetten süreli veya temelli olarak yoksun kılınır.”*, hükmü bulunmaktadır.

Görevi kötüye kullanma suçu, memurun kanun ve nizamların kendisine vermiş olduğu yetkileri ve görevleri, kanun ve nizamların öngörmediği şekilde kullanılması ile oluşur. Görevi kötüye kullanma suçunu görevi ihmal suçundan ayıran failin kastıdır ve görevini kötüye kullanan memur bilerek ve isteyerek kanunun bir hükmünü ihlal etmektedir. Buradaki *“bilme ve isteme”* unsuru görevi kötüye kullanma suçunu görevi ihmal suçundan ayırmaktadır.

Neticede olaya dair Kurul kararında; 4734 sayılı Kanunun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendine aykırı şekilde anahtar teslimi götürü bedel üzerinden ihaleye çıkılması gerektiği halde, bu husus gözardı edilerek birim fiyat teklif almak suretiyle ihaleye çıkanlar hakkında gerekli inceleme ve soruşturma yapılmasını engelleyenlerin davranışlarının Türk Ceza Kanununun 240 ıncı maddesi anlamında suç teşkil edeceği değerlendirilmesi Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulmasına karar verilmiştir.<sup>189</sup>

İhale sürecine ilişkin itirazın şikayet başvuruları üzerine, Kurum tarafından, yapılacak incelemede, şikayetçi tarafından ileri sürülen nedenlere bağlı olarak ihale süreciyle ilgili işlem ve eylemlerin mevzuata uygunluğu denetlenir. Kuruma yapılan itirazın şikayet başvurularının esasının incelenmesine geçildiğinde bu durum idareye bildirilir.

İtirazın şikayet başvurularında şikayete konu aşama veya aşamaların ve bu aşamayla bağlantılı işlemlerin kamu ihale mevzuatına uygunluğu yönünden incelemesi yapılır. Kurumca yapılacak incelemede, şikayetçi tarafından ileri sürülen

<sup>189</sup> Resmi Gazete’de yayımlanmayan 22.10.2004 tarih ve 2004/DK.D-333 sayılı Kurul Kararı.



nedenlere bağlı olarak ihale s¼reciyle ilgili işlem ve eylemlerin mevzuata uygunluğu denetlenir.

Başvurunun esasının incelenmesiyle ilgili görevlendirme teklifinden önce Daire Başkanlığınca ihaleyi yapan idareden ihale dosyası veya başvuru konusuyla ilgili bilgi ve belgeler istenilir. Kurum, görevlerinin yerine getirilmesinde resmi ve özel bütün kurum, kuruluş ve kişilerden belge, bilgi ve görüş isteyebilir. Belge, bilgi ve görüşlerin istenilen süre içinde verilmesi zorunludur. Öte yandan, Kurul tarafından gerekli gör¼len durumlarda tarafların ve gerekli gör¼lecek diğer ilgililerin dinlenmesine karar verilebilir. Dinlenmeye karar verilen durumlarda Kurulca belli bir gün tayin edilir. Belirlenen tarih en az üç gün öncesinde taraflara ve ilgililere bildirilir.

Kurul tarafından hukuki durumda değişiklik yaratan veya iddiaların incelenmesi sonucunda verilen kararların idarelerce yerine getirilmemesi veya uygulamaların Kuruma bildirilmemesi durumunda yapılacak işlemlerin belirlenmesi amacıyla 08.06.2005 tarih ve 2005/DK.D-133<sup>190</sup> sayılı düzenleyici karar tesis edilmiştir.

Kurul tarafından ihale sürecine ilişkin olarak itirazın şikayet incelenmesi sonucunda verilen ve hukuki durumda değişiklik yaratan nihai kararların gerektirdiği işlem ve eylemlerin, ilgili idarece, ivedilikle yerine getirilmesi gerekmektedir.

Ancak, Yönetmeliğin 35 inci maddesinin son fıkrasında, *“İlgililer, hukuki durumda değişiklik yaratan Kurul kararlarının eksik veya yanlış uygulandığı iddialarıyla Kuruma itirazın şikayet başvurusunda bulunabilir.”* hükmü yer aldığından, itirazın şikayet başvurusu üzerine Kurulca alınan kararların uygulanmadığı veya eksik ya da yanlış uygulandığı iddiasıyla, yeniden itirazın şikayet başvurusunda bulunulması halinde inceleme yapılacaktır.

İtirazın şikayet başvuruları üzerine alınan Kurul Kararlarının uygulanmamasına ilişkin usulüne uygun olarak anılan Yönetmeliğin 35 inci maddesine göre bir başvuru yapılmadığı takdirde Daire Başkanlıklarınca herhangi bir işlem tesis edilmeyecektir. Bu nedenle, itirazın şikayet başvuruları üzerine alınan

---

<sup>190</sup> Tezin teslim tarihi itibarıyla Resmi Gazete’de yayımlanmamıştır.

Kurul Kararlarının uygulanmasına ilişkin Kuruma yapılan bildirimler, ilgili Daire Başkanlıklarınca dosyasına kaldırılacaktır.

Bu çerçevede, Yönetmeliğin 35 inci maddesinin 2 nci fıkrasında yer alan “...İdare, hukuki durumda değişiklik yaratan Kurul kararlarının gerektirdiği işlem ve eylemlerini, en geç kararın kendisine bildirildiği tarihi izleyen günden itibaren 7 gün içinde yerine getirmek zorundadır. Kararın uygulama tarihinden itibaren 5 gün içinde uygulamalar Kuruma bildirilir.” hükmünün de aşağıdaki şekilde değiştirilmesine karar verilmiştir.

“İdare, hukuki durumda değişiklik yaratan Kurul kararlarının gerektirdiği işlem ve eylemleri ivedilikle yerine getirmek zorundadır.”<sup>191</sup>

İddiaların incelenmesi sonucunda incelenen ihaleye ilişkin olarak mevzuata aykırılıkların tespit edilmesi halinde Kurul tarafından; “İddiaların incelenmesi kapsamında incelenen ihale işlemleri ile ilgili olarak iptal kararı verilmesi veya düzeltici işlem belirlenmesi mümkün olmadığından mevzuata aykırı olduğu tespit edilen hususların değerlendirilmek, gerekiyorsa incelenmek ve/veya soruşturma yapılmak üzere ilgili idareye veya idarenin bağlı olduğu Bakanlığa bildirilmesine” karar verilmektedir. Ancak uygulamada idarelerce Kurulca mevzuata aykırılığı tespit edilen hususların yeniden incelenerek mevzuata aykırılığın irdelendiği görülmektedir. İdarelerin iddiaların incelenmesi kapsamında Kurulca tespit edilen ve değerlendirilmek, gerekiyorsa incelenmek ve/veya soruşturulmak üzere ilgili idareye veya idarenin bağlı, ilgili veya ilişkili olduğu Bakanlığa bildirilen mevzuata aykırılıklar konusunda, mevzuata aykırı işlem veya eylem yapan ilgililer hakkında değerlendirme yapıldıktan sonra gerekiyorsa idari ve adli işlemleri başlatmak suretiyle ilgili Kurul Kararının gereğini yerine getirmeleri gerekmektedir. Bildirimde bulunan İdarelerce yapılacak değerlendirme, mevzuata aykırı olduğu Kurulca belirtilen hususların mevzuata aykırı olup olmadığının yeniden incelenmesi şeklinde değil, bu aykırılıklara neden olan ilgililerin sorumluluğu hakkında inceleme yapılması şeklinde olacaktır.

<sup>191</sup> Tezin teslim tarihi itibarıyla Resmi Gazete’de yayımlanmamıştır.

İddiaların incelenmesi kapsamında incelenen ihale işlemleri ile ilgili olarak Kurul tarafından iptal kararı verilmesi veya düzeltici işlem belirlenmesi mümkün olmadığından; iddiaların incelenmesi sonucunda Kurulca mevzuata aykırılıklar tespit edilmesi halinde, ilgili idarelerin alınan Kurul kararı doğrultusunda bu aykırılıkların giderilmesi için gereken işlemleri yapması gerekmektedir.

İddiaların incelenmesi sonucunda alınan Kurul kararlarının uygulanmasına ilişkin Kuruma yapılan bildirimler, ilgili Daire Başkanlıklarınca dosyasına kaldırılacaktır.

Mevzuattaki anılan düzenlemelere rağmen ihale sürecine ilişkin olarak itirazın şikayet incelemesi üzerine verilen ve hukuki durumda değişiklik yaratan, iptal ve düzeltici işlem öngören Kurul Kararlarını bazı idarelerin; uygulamadıkları, yanlış uyguladıkları, uygulayıp uygulamadıklarını bildirmedikleri, uygulamanın yedi günlük süre içinde yapılmadığı ya da süresinde uyguladıkları halde uygulama tarihinden itibaren beş gün içinde bildirmedikleri, sözleşme imzalanarak ihale konusu işin kısmen/tamamen yerine getirilmiş ve bedelinin ödenmiş olması nedeniyle uygulama imkanı kalmadığı gerekçesi ile kararı uygulamadıkları, iddiaların incelenmesi sonucu verilen kararları ise idarelerin bazen dikkate almadıkları görülmektedir.

01.06.2005'ten önce yürürlükte bulunan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu yönünden bu kanunun yürürlüğü zamanında işlenen fiillerle ilgili olarak yapılan değerlendirmede; anılan Kanunun 230 uncu maddesinde "*Görevi İhmal*", 240 ıncı maddesinde de "*Görevi Kötüye Kullanma*" suçları düzenlenmiştir. Kanun, tüzük veya yönetmelik ile verilen görevin yapılmaması yada geç yapılması yahut belirlenen süre içinde yapılmaması halinde görevi ihmal, eylemin özel bir maksada (bu maksatlar kendisi veya başkasına yarar sağlamak veya başkası için zarar oluşturmak olabilir) yönelik olması halinde de görevi kötüye kullanma suçları oluşacaktır. Yönetmeliğin 35 inci maddesi ile idarelere; Kurul kararlarını 7 gün içinde uygulama ve uygulandığının 5 gün içerisinde bildirilme görevi verildiğinden, bunların yerine getirilmemesinin 765 sayılı eski TCK'nın 230 ve 240 ıncı maddelerine aykırılık teşkil edeceği düşünülmektedir. 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın "*Görevi Kötüye Kullanma*" başlıklı 257 nci maddesinde de, görevi ihmal ve görevi kötüye kullanma suçları düzenlenmiştir. 765 sayılı eski TCK'nın düzenlemesinden farklı

olarak anılan suçların oluşması için görevin yerine getirilmemesi, geç getirilmesi yada görev gereklerine aykırı hareket sonucunda, *“kişilerin mağdur olması yahut kamuya ekonomik zarar verilmesi veya kişilere haksız kazanç sağlanması”* unsurunun gerçekleşmesi gerekmektedir. Buna göre; hukuki durumda değişiklik yaratan Kurul kararlarının yerine getirilmemesi ya da geç yerine getirilmesinin yine suç teşkil edeceği, ancak süresi içerisinde Kuruma bildirilmemesi halinde *“kişilerin mağdur olması yahut kamuya ekonomik zarar verilmesi ya da kişilere haksız kazanç sağlanması”* unsuru gerçekleşmeyeceğinden suçun oluşmayacağı düşünülmektedir. Yönetmeliğin 35 inci maddesine aykırı hareket, aynı zamanda idari soruşturmayı da icap ettirecektir.

Sözleşme imzalanarak ihale konusu işin kısmen veya tamamen yerine getirilmiş ve bedelinin ödenmiş olması halinde de, Kamu İhale Kurulunun 17.12.2003 tarih ve 2003/DK.D-500<sup>192</sup> sayılı kararıyla;

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 55 inci maddesinde belirtilen hallerde ve sürede Kuruma yapılan itirazın şikayet başvuruları üzerine yapılan inceleme sonucunda, anılan Kanunun 56 ncı maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendi gereğince ihale işlemleri Kurul tarafından iptal edilen ihalelerde, iptal kararı öncesi imzalanan sözleşmelerin 4735 sayılı Kanun<sup>193</sup> ve genel hükümlere göre tasfiye edilmesine düzenlemesi yapıldığından, anılan karar doğrultusunda işlem tesis edilmesi icap etmektedir. Aksi tutum yukarıda izah edildiği üzere idari ve cezai soruşturma gerektirecektir .

## **F. İtirazen Şikayet Başvurularında Bağlantı**

Kural olarak Kuruma ulaşan her bir şikayetin ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir. Ancak, aynı ihale sürecine ilişkin olarak, birden fazla şikayetçi tarafından yapılan itirazın şikayet başvuruları ile bu başvurulardan biri hakkında verilecek kararın diğerini etkileyecek olması durumunda şikayetler arasında bağlantının varlığından söz edilir.

<sup>192</sup> Resmi Gazete’de yayımlanmamıştır.

<sup>193</sup> İhalenin iptali halindeki tasfiyeye ilişkin olarak, 4735 sayılı Kanunda uygulanabilecek bir hüküm bulunmadığından imzalanan sözleşme sadece genel hükümlere göre tasfiye edilebilir.

Aynı idare tarafından yapılan ve aynı ihaleye yönelik olarak Kuruma birden fazla itirazın şikâyet başvurusu olması durumunda, itirazın şikâyet başvuruları arasında bağlantı bulunduğunun şikâyet başvurularından birisi hakkında karar verildikten sonra tespit edilmesi veyahut Kuruma ulaşması hallerinde, ilk verilen nihai karar doğrultusunda sonuçlandırılır. İtirazın şikâyet başvuruları arasındaki bağlantının inceleme sırasında tespit edilmesi halinde, Kurul tarafından, başvurular arasında bağlantının varlığına ve başvuruların birleştirilerek incelenmesine karar verilir.

### **G. Esas İnceleme**

Kurul, itirazın şikâyet başvurusunun esasının incelenmesi sonunda; idare tarafından düzeltme yapılması yoluyla giderilebilecek ve ihale sürecinin kesintiye uğratılmasına gerek bulunmayan durumlarda düzeltici işlemlerin belirlenmesi, ihale sürecinin devam etmesine engel oluşturacak ve düzeltici işlemle giderilemeyecek bu Kanuna ve ilgili mevzuatına aykırı bir durumun tespit edilmesi halinde ihale işlemlerinin iptali, itirazın şikâyet başvurusunun uygun bulunmadığı, kararlarından birini verir.

Kurul gerekli gördüğü takdirde, ayrıca tespit edilen aykırılıklarla ilgili olarak idari ve/veya cezai yönleriyle gereği yapılmak üzere belirleyeceği idarelerin bilgilendirilmesine ve/veya Cumhuriyet savcılıklarına suç duyurusunda bulunulmasına karar verebilir.

İtirazın şikâyet başvurularıyla ilgili olarak verilecek nihai kararlarda; İhale kayıt Numarası (İKN), başvurunun Kurum kayıtlarına alındığı tarih ve sayısı, başvuruya konu ihale, ihaleyi yapan idare ve şikâyet üzerine idarece verilen kararın tarih ve sayısı, itirazın şikâyet yoluna başvuran veya şikâyetçi, ileri sürülen iddiaların, olayların ve hukuki dayanaklarının özeti, Kurumca başvuru üzerine alınan diğer karar ve yapılan işlemlerin özeti, iddiaların ve olayların değerlendirilmesi, kararın dayandığı hukuki sebepler ile gerekçeleri ve karar sonucu, varsa azlık oyu gerekçeleri ve sonucu, karar tarihi ve sayısı ile oybirliği, oyçokluğu ayrımı, toplantıya katılan Kurul Başkan ve üyelerinin isim ve imzaları bulunmalıdır.

## **IX. İddiaların İncelenmesi**

İddiaların incelenmesi; idarelerce yapılan ihalelerde 4734 sayılı Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine aykırılık bulunduğu iddialarıyla Kuruma ulaşan başvurulardır.

### **A. Niteliği**

4734 sayılı Kanunun “*Kamu İhale Kurumu*” başlıklı 53 üncü maddesinin (b) bendinin 2 nci fıkrasında; Kurumun gerekli gördüğü takdirde, bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine aykırılık bulunduğu ilişkin iddiaları da inceleyip ve sonuçlandıracağı hükme bağlanmıştır.

Bu hükümlerle Kurum şikayet ve itirazın şikayeti düzenleyen maddelerden ayrı olarak ihalelere ilişkin iddiaları da incelemek ve sonuçlandırmakla görevli ve yetkili kılınmıştır.

İddiaların incelenmesi başvurularına konu iddiaların Kuruma hangi şekilde intikal ettirileceği ve Kurumun hangi durumlarda iddiaların incelenmesi yoluna gideceği hususları Kanunda yer almamıştır. Dolayısıyla bu hususların yönetmelikle düzenlenmesi gerekmektedir.

İhalelere ilişkin şikayet ve itirazın şikayet başvurularına ilişkin iddiaları incelemek ve sonuçlandırmak Kurumun görevidir.

Sözleşme imzalanmamış bile olsa eğer inceleme şikayet veya itirazın şikayet formatında bir başvuru değilse sürecin durdurulması ve nihayetinde iptal veya düzeltici işlemin belirlenmesi kararı verilemeyecektir. Sadece tespit edilen aykırılıklar değerlendirilmek üzere ilgili idareye bildirilir ve gerekli görülen hallerde Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulabilmektedir.

Bu haliyle iddiaların incelenmesi usulünün neticeye ilişkin etkinliğinin olmadığı anlaşılmaktadır. Şikayet ehliyeti bulunanlar ihale süreci içerisinde iddiaların incelenmesi isteminde bulunamazlar. Mevzuata aykırı olarak imzalanmış sözleşmelere karşı Kurumca şikayet incelemesi veya iddiaların incelenmesi yapılabilir mi?

Şikayet ve itirazın şikayet başvurusunun sözleşme imzalandıktan sonra yapılması halinde iki farklı durum söz konusudur. Şikayet veya itirazın şikayet başvurusu süresi geçirilmiş ve sözleşme imzalanmış ise; bu durumda sözleşme geçerli olduğundan yapılacak bir işlem yoktur. Şikayet veya itirazın şikayet süresi içinde yapılmış ancak sözleşme imzalanmış ise; bu konu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, şikayet başvurusu süresi içinde yapılmış ve başvuru tarihinden sonra sözleşme imzalanmış ise şikayet talebinin süreden reddine ve tespit edilen aykırılıkların ilgili idareye bildirilmesine karar verilmesi uygun bir çözüm yoludur.

Diğer görüşe göre ise, ivedilik ve kamu yararı nedeniyle ihale işlemlerine devam kararı alınmadan ve bu konudaki işlemler ve bekleme süreleri beklenilmeden sözleşme imzalanamayacağından, imzalanan sözleşme hükümsüzdür.

Şikayet süresi içinde yapılmış ve bu süre içerisinde sözleşme imzalanmamış ise; şikayet başvurusu yaptıktan sonra sözleşmenin imzalanabilmesi ancak ivedilik ve kamu yararı nedeniyle ihale sürecine devam yönünde kesinleşmiş bir kararın mevcudiyeti ile mümkündür. Bu koşul olmadığı sürece imzalanmış sözleşme geçersizdir. İmzalanmış sözleşmenin geçerliliği ancak sürece devam kararı alınması, bu kararın usulüne uygun olarak bildirilmesi ve Kuruma itiraz edilmeksizin kesinleşmesi halinde mümkündür. Bu durumda ihale konusu işlemin iptali söz konusu edilmeyecektir.

Nitekim, 15.10.2003 tarih ve 2003/UK.Z-544<sup>194</sup> sayılı Karar ile de bu görüş doğrultusunda; 4734 sayılı Kanunun 41 inci maddesine göre, ihale sonucu, ihale kararlarının ihale yetkilisi tarafından onaylandığı günü izleyen en geç üç gün içerisinde ihale üzerinde bırakılan dahil ihaleye teklif veren bütün isteklilere iadeli

<sup>194</sup> 22.11.2003 tarih ve 25297 sayılı Resmi Gazete.

taahhütlü mektup ile tebligat adresine postalanmak suretiyle bildirilmesi gerekirken, idare tarafından ihale sonucunun sözleşme imzalandıktan sonra ihaleye katılan isteklilere bildirilmesi işlemi anılan Kanunun 41 inci maddesine aykırı olduğu gerekçeleri ile Karara konu hizmet alımı ihalesine ilişkin ihale kararının iptaline, karar verilmiştir.

Bu Kararın karşı oyu ise sözleşmenin usule uygun olsun olmasın imzası ile itirazın şikayet hakkının ortadan kalktığını iddia etmesi açısından incelenmeye değerdir.<sup>195</sup>

4734 sayılı Kanunun “*İdare tarafından inceleme*” başlıklı 55 inci maddesinde; ihalelere ilişkin olarak yapım müteahhidi, tedarikçi veya hizmet sunucusu tarafından öncelikle idareye şikayette bulunulacağı,

Bu şikayetlerin;

a) Sözleşme imzalanmamışsa,

b) Yapım müteahhidi, tedarikçi veya hizmet sunucusunun şikayete yol açan durumların farkına vardığı veya farkına varmış olması gerektiği tarihi izleyen onbeş gün içinde yapılmışsa, idarece dikkate alınacağı hükme bağlanmıştır.

Kanunun “*Kamu İhale Kurulu tarafından inceleme*” başlıklı 56 ncı maddesinde; 55 inci maddesinde belirtilen hallerde ve sürede (idarece şikayetin reddedilmesinden veya otuz gün içinde cevap verilmeyerek zımnen reddedilmesinden sonraki onbeş gün içinde) Kuruma “*sözleşme imzalanmadan*” önce şikayette bulunulabileceği, sözleşme imzalandıktan sonra yapılan şikayetlerin Kurul tarafından değerlendirmeye alınmayacağı hükme bağlanmıştır.

4734 sayılı Kanunun 55 inci ve 56 ncı maddeleriyle sözleşme imzalandıktan sonra ihale süreciyle ilgili olarak ihaleyi yapan idareye ve sonrasında Kamu İhale Kurumuna şikayet ve itirazın şikayet yoluna başvurulması yasaklanırken, Kanunun

<sup>195</sup> Kurul Üyeleri Adnan ZENGİN ve H.Hüseyin GÜRHAN'ın karşı oyu.



41 inci maddesinde kesinleşen ihale kararından sonra sözleşme imzalanması da belli bir süreye bağlandığı, böylece, ihale işlemleriyle ilgili olarak yapılabilecek şikayetler için tanınan süre içinde sözleşme imzalanması engellenerek, Kanun kendi içerisinde bir sistematik kurmuş ve sözleşme imzalanmadan önce ilgililere ihale işlemleriyle ilgili olarak tanınan şikayet hakkını güvenceye alınmıştır.

Karşı oy gerekçesinde bu hükümlerden bahsedilerek, Kanunun bütün maddelerinin tam olarak uygulanmadığı durumlarda bu sistematik bozulduğu kanaatine varılmıştır. Bir başka deyişle, ihale kararından sonra 4734 sayılı Kanunun 41 inci maddesindeki sürelerle uyulmadan sözleşme imzalanması durumunda ilgililerin sözleşme imzalanmadan şikayette bulunma hakları fiilen ellerinden alındığı, böyle bir durumda ortada usulüne uygun olmasa bile imzalanmış bir sözleşme bulunmadığı, 4734 sayılı Kanunun 56 ncı maddesinde sözleşmenin imzasından sonra yapılan şikayetlerin Kurulca değerlendirmeye alınmayacağı hükme bağlanmış olduğundan, sözleşmenin bir şekilde imzalandığı durumlarda yapılan şikayetler üzerine Kamu İhale Kurumunun Kanuna aykırı olduğunu tespit ettiği ihale işlemleri ile ilgili olarak iptal kararı verme yetkisi bulunmadığına kanaatine varılarak, başvuruya konu ihalede Kanundaki sürelerle uyulmadan sözleşme imzalanarak fiilen şikayet hakkının ortadan kaldırıldığından başvurunun *“iddiaların incelenmesi kapsamında”* değerlendirilmesi ve yapılan inceleme sonunda Kanuna aykırı olduğu saptanan ihale işlemleriyle ilgili olarak bir iptal veya düzeltici işlem bildirme kararı alınmadan, bu işlemler dolayısıyla gerekli inceleme ve/veya soruşturma yapılmak üzere konunun idarenin bağlı veya ilgili bulunduğu Bakanlığa bildirilmesi gerektiği görüşü karşı oy gerekçesinde savunulmuştur.

Ancak, Bu karar ile ilgili olarak, ihale üzerinde kalan isteklinin dava yoluna gitmesi üzerine, Ankara 7 inci İdare Mahkemesinin Kararında<sup>196</sup>; usulüne uygun bir tebligat yapılmaksızın sözleşmenin imzalanmış olması, tebligata bağlı itiraz ve şikayet gibi hakları ortadan kaldırmayacağından sözleşmenin imzalanmasından sonra dahi yapılan şikayet üzerine Kamu İhale Kurumunca durumun incelenmesinde

---

<sup>196</sup> Ankara 7 inci İdare Mahkemesinin 09.06.2004 tarih ve E.No:2003/1893, K.No:2004/1523 sayılı Kararı.

hukuka aykırılık görülmediği gerekçeleri ile uygun görülmeyle, davanın reddine karar verilmiştir.

Öte yandan, Medeni Kanununun 2 nci maddesinin ikinci fıkrasında, bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeninin korumayacağı hüküm altına alınmıştır. Anılan hüküm gereğince ihale süreci içerisinde şikayet hakkını kullanması engellenen isteklinin, ihale süreci sonunda sözleşme imzalandıktan sonra da şikayet hakkını kullanamayacağını ileri sürmek hukukun genel ilkeleriyle de bağdaşmaz.

Ayrıca, idarelere Kanunun öngörmediği böyle bir hakkın verilmesi ile en iyi ihtimalle iddiaların incelemesi sonucu soruşturma veya cumhuriyet savcılığına suç duyurusunda bulunulsa bile kötüniyet ile elde edilmek istenilen ihale sonuçlarının önüne geçilemeyecektir. Başvuru sahiplerinin şikayet ve itirazın şikayet başvuruları yanında ayrıca iddiaların incelenmesi yoluyla bir başvuru yapma zorunluluğu yoktur. Kurul, itirazın şikayet incelemesi sonucunda iddiaların incelemesine talep olmaksızın karar verebilmektedir.

## **B. İddiaların İncelemesine Geçilen Durumlar**

Kurulca aşağıdaki durumlarda iddiaların incelemesine geçilebilir;

### **1. İtirazen Şikayet Dilekçesi Üzerine Yapılan Ön İncelemede**

Başvurunun görev yönünden reddi dışında verilen diğer nihai kararlar üzerine, başvurular üzerine başvuruda ihalenin ve ihaleyi yapan idarenin gösterilmesi ve başvurudaki iddiaların somut ve ciddi nitelikte olması durumunda,

### **2. İdareye Şikayet Yoluna Başvuramayacak Olanlar Tarafından**

İhale süreci içinde idareye şikayet yoluna başvuramayacak olanlar tarafından; ihale sürecine yönelik iddialarla Kuruma yapılan başvurular sonucu Kurulca iddiaların incelenmesine karar verilebilir.

### 3. Başkanlık Bildirimi Üzerine

Kurulca iddiaların incelenmesine geçilmesinin diğer yolu ise Başkanlık İstemidir. Kanun kapsamındaki ihalelere ilişkin olarak kamuoyuna yansıyan ciddi ve somut nitelikteki ihale mevzuatına aykırılık iddialarından gerekli görülenlerin incelenmesi, Başkanlık tarafından istenebilir.

#### C. Kabul Koşulları

İddiaların incelenmesi istemlerinin belli bir süre içerisinde yapılmaması şart olmamasına karşın, iddiaların incelenmesine Kurulca karar verilebilmesi için; başvuruda ihalenin ve ihaleyi yapan idarenin gösterilmesi, başvurudaki iddiaların somut ve ciddi nitelikte olması, aynı ihalede ve aynı konuda esas incelemesi sonucu verilen ret kararıyla sonuçlanmış bir şikayet başvurusunun olmaması veya şikayet başvurusu üzerine alınan karara karşı Kuruma itiraz edilmemiş olması veya itirazın esasının incelenmemiş olması, ihale süreci tamamlanmış ve aynı konuda bir şikayet ve/veya itirazın şikayet başvurusu olmamışsa; iddiaların niteliği ve konusuna göre, yapılacak idari denetimden elde edilecek kamu yararının ihale edilen işin sürdürülüp tamamlanmasıyla sağlanacak yarardan daha yüksek olması koşulları sırasıyla aranır.

Ancak, iddiaların incelenmesine geçilebilmesi için idareye şikayet zorunlu olmadığı gibi Kanununun 53 üncü maddesinde Kurumun gelirleri arasında gösterilen başvuru bedelinin Kurum hesaplarına yatırılması şart değildir.

İddiaların incelenmesi Kurul tarafından yapılabileceği gibi idare tarafından da yapılabilir. Kurul bu hususu Karara bağlarken, idarenin konu ile ilgili iradesinin tecelli edip etmediğine bakmakta ve eğer idareye yapılan başvuru üzerine idare iradesini ortaya koyduğundan incelemenin doğrudan Kurumca yapılmasına karar vermektedir.<sup>197</sup>

#### D. İdareden Bilgi Alınması

---

<sup>197</sup> 17.03.2005 tarih ve 25758 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 2005/UY.Z-104 sayılı Kurul Kararı.

Başvurular üzerine 28 inci maddenin (a) ve (b) bentlerindeki koşulların gerçekleştiğinin uzmanca üç işgünü içinde bildirilmesi veya Başkanlık bildirimının havalesi üzerine Daire Başkanlığı tarafından ihaleyi yapan idareden, incelenmesi istenilen ihaleyle ilgili olarak; ihalenin konusu, ihale sürecinin bulunduğu aşama, bu süreçte idareye yapılan bir şikayet başvurusu olup olmadığı, varsa alınan kararlar, yapılan işlemler ve süren incelemeler, gerçekleştirilmişse ön yeterlik başvurusunda bulunan ve/veya teklif veren adaylar ve istekliler ve verilen teklifler ile ekonomik açıdan en avantajlı bulunan teklif, hakkında yazılı bilgi istenilir. İhale süreci tamamlanmışsa idare tarafından sözleşmenin onaylı bir örneği de gönderilir. İdarenin bu bilgi ve belgeleri üç işgünü içinde Kuruma göndermesi zorunludur.

### **E. Verilecek Kararlarda Bulunacak Hususlar**

Başkan Yardımcılığı tarafından Değerlendirme Raporunun sunulması üzerine Başkan, raporu Kurul üyelerine dağıtır ve en geç onbeş gün içinde konuyu Kurul gündemine alır.

İddiaların incelenmesine geçilip geçilmeyeceğine ilişkin Kurul kararı; başvurunun Kurum kayıtlarına alındığı tarih ve sayı ile Kurul karar sayısı, iddialara konu ihale, ihaleyi yapan idare, ileri sürülen iddiaların ve dayandığı hukuki sebeplerin özeti, başvuru veya bildirim üzerine yapılan işlemlerin ve değerlendirmelerin özeti, kararın dayandığı hukuki sebepler ile gerekçeleri ve karar sonucu, varsa azlık oyu gerekçeleri ve sonucu, karar tarihi, ve oy birliği, oy çokluğu ayrımı, toplantıya katılan Kurul Başkan ve üyelerinin isim ve imzalarını içerir.

### **X. Kararların Sonuçları**

İdare, şikayet üzerine verdiği nihai kararları en geç yedi gün içinde bütün adaylar ve isteklilere bildirir. Son bildirim tarihini izleyen günden itibaren onbeş gün içinde Kuruma itiraz edilmemişse, kararının gerektirdiği eylem ve işlemleri yerine getirir. Kuruma itiraz edilmiş olması, sözleşme imzalanması dışındaki karar gereklerinin yerine getirilmesini engellemez. Kurum tarafından ihale sürecinin durdurulması kararı verilmesi halinde işlemler durdurularak Kurumun nihai kararı beklenir ve bu karar gereği yerine getirilir. Kurumca ihale sürecinin durdurulmasına

gerek görülmemesi halinde idare sözleşmeyi de imzalayarak ihale sürecini esas kararı beklemeksizin sonuçlandırabilir.

Kurul tarafından ihale sürecine ilişkin olarak itirazın şikayet veya iddiaların incelenmesi süreci sonunda verilen nihai kararlar Resmî Gazete’de yayımlanır. Kararlar, karar tarihini izleyen günden itibaren beş gün içinde taraflara tebligata çıkarılır. İdare, hukuki durumda değişiklik yaratan Kurul kararlarının gerektirdiği işlem ve eylemlerini, en geç kararın kendisine bildirildiği tarihi izleyen günden itibaren yedi gün içinde yerine getirmek zorundadır. Kararın uygulama tarihinden itibaren beş gün içinde uygulamalar Kuruma bildirilir.

Kurul Kararlarının ve idarelerin şikayet üzerine verdikleri kararların; istekli, aday veya istekli olabileceklerin bizzat kendilerine veya yetkili temsilci veya vekillerine Tebligat Kanunu hükümlerine uygun olarak bildirilmesi gerekmektedir. Buna göre tebligat, idarede imza karşılığı elden, posta yoluyla veya memur vasıtasıyla yapılabilir. İstekli, aday veya istekli olabileceklerin tebligat adresinin tespit edilememesi halinde; eğer idareye bildirilen adresten ayrılmamış ise Tebligat Kanununun 21 inci, idareye bildirdiği adresten ayrılmış ise anılan Kanunun 35 inci maddesine göre işlem yapılması gerekmektedir.

İhale onayı ve bu onay öncesi işlemlerin birinin iptali halinde, idarece karar gerekleri yerine getirilerek, gerekiyorsa ihale onayı alınıp yeniden ihale sürecine başlanır. İhale onayından sonraki işlemlerden birinin iptali halinde ihale sürecinin yeniden başlatılması gerekmez. İptal edilen işlem ile bu işlemden sonra tesis edilen diğer işlemler tesis tarihleri itibarıyla ve tüm sonuçlarıyla birlikte ortadan kaldırılarak karar gereklerine uygun biçimde ihale sürecine devam edilir.

İlgililer, hukuki durumda değişiklik yaratan Kurul kararlarının eksik veya yanlış uygulandığı iddialarıyla Kuruma itirazın şikayet başvurusunda bulunabilir.

Kurul tarafından ihale sürecine ilişkin olarak itirazın şikayet süreci sonunda verilen kararlar, karar tarihinden itibaren beş gün içinde taraflara ve idareye bildirilir ayrıca Resmi Gazete’de yayımlanır.

İdare, hukuki durumda değişiklik yaratan Kurul kararlarının gerektirdiği işlem ve eylemlerini, en geç kararın kendisine bildirildiği tarihten itibaren yedi gün içinde yapmak zorundadır. Kararın uygulama tarihinden itibaren beş gün içinde de, uygulamalar Kuruma bildirilir.

### **XI. Kararlara Karşı KİK'e Başvuru**

Kurul Kararlarına karşı Kuruma tekrar itiraz müessesesi yoktur. Örneğin; istekli tarafından ihaleye sunulan belgenin içeriğinin ihale dışı bırakmaya neden olması ancak bu belgeyi tanzim eden yetkili makam tarafından belgenin aslında yanlış düzenlendiği doğru düzenlenmesi halinde isteklinin ihale dışı bırakılmayacağı Kurul Kararından sonra sabit olsa bile, bu durumda Kurulun tekrar yeni bir Karar alması usulen mümkün olmayıp, bu hususun İdare Mahkemelerinde dava konusu edilmesi gerekmektedir.

Ancak, idareler ve Kurumca verilen kararlar yeterince açık değilse, yahut birbirine aykırı hüküm fıkralarını taşıyorsa, taraflardan her biri kararın açıklanmasını veya aykırılığın giderilmesini isteyebilir. Kararı vermiş olan idare veya Kurum işi inceler ve gerek görürse dilekçenin bir örneğini, belirleyeceği süre içinde cevap vermek üzere taraflara tebliğ eder. İdarenin veya Kurumun bu husustaki kararı, taraflara tebliğ olunur. Açıklama veya aykırılığın kaldırılması, ancak karar gereğinin yerine getirilmesine kadar istenebilir.

Ayrıca, tarafların adı ve soyadı ile sıfatı ve iddiaları sonucuna ilişkin yanlışlıklar ile hüküm fıkrasındaki maddi hataların düzeltilmesi taraflarca istenebilir. Yanlışlıkların düzeltilmesine karar verilirse; düzeltme, bildirime çıkarılan tüm kararlar istenerek bu kararların altına yazılır.

Açıklama ve yanlışlıkların düzeltilmesi başvurusu itirazın şikayet süresini etkilemez. Ancak bu istemler üzerine verilen kararlar, ilk karardan farklı ve itiraz edilebilecek unsurlar içeriyorsa itirazın şikayet süresi ilgili taraflar bakımından kararın bildirimini ile birlikte yeniden başlar.

### **XII. Kurul Kararlarının Niteliği**

İhale süreci idarenin işlem ve eylemlerinden oluşur. Bu işlem ve eylemlere bir şikayet ve takiben itirazen şikayet gerçekleşir ise, bu aşamadan itibaren Kamu İhale Kurumunun idari denetimi başlar. Kurulun iddiaların incelenmesi üzerine yapacağı denetim de bu manada unutulmamalıdır.

İtirazen şikayet başvurularını sonucunda Kurulca yapılan denetim ve alınan kararlar da, başvuru konusu işlemlerin 4734 sayılı Kanuna ve ilgili mevzuata uygunluğu ile sınırlı olmalı, Kurul idarenin yerine geçip işlem tesis etmemelidir. Kurul kararlarına idarelerin uyması gerekmekte ise de; bu husus ile ilgili olarak 4734 sayılı Kanunda hüküm olmadığı gibi, diğer mevzuatta da müeyyide içeren hükümler yeterli değildir.

Yönetmeliğin “*Kararların Sonuçları*” başlıklı dördüncü kısmında “*Şikayet Üzerine Verilen Kararlar*” başlıklı 34 üncü maddesinin ikinci fıkrasında; Kuruma itiraz edilmiş olmasının, sözleşme imzalanması dışındaki karar gereklerinin yerine getirilmesini engellemeyeceği, Kurum tarafından ihale sürecinin durdurulması kararı verilmesi halinde işlemler durdurularak Kurumun nihai kararının bekleneceği ve bu Kararın gereğinin yerine getirileceği,

“*İtirazen Şikayet ve İddiaların İncelemesi Süreci Sonunda Verilen Kararlar*” başlıklı 35 inci maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında; Kurul tarafından ihale sürecine ilişkin olarak itirazen şikayet veya iddiaların incelenmesi süreci sonunda verilen nihai kararların Resmî Gazete’de yayımlanacağı, Kararların, karar tarihini izleyen günden itibaren beş gün içinde taraflara tebligata çıkarılacağı,

İdarenin, hukuki durumda değişiklik yaratan Kurul kararlarının gerektirdiği işlem ve eylemlerini, en geç kararın kendisine bildirildiği tarihi izleyen günden itibaren yedi gün içinde yerine getirmek zorunda olduğu, Kararın uygulama tarihinden itibaren beş gün içinde uygulamaların Kuruma bildirileceği, düzenlenmiştir.

Kurul kararları kesin ve yürütülmesi zorunlu nitelikteki işlemler olup, idarelerce uygulanması bağlı yetki çerçevesinde zorunludur. Kurul kararlarının kesin ve

yürütülebilir bir işlem olduğu tartışmasız ise de; kararların içeriğinin uygulanmasının idarenin işlemleri ile hukuki etkinlik kazandığı bir gerçektir.

Bu anlamda, Kurul kararlarının tek başına idari davaya konu olup olamayacağının zincir işlem ve ayrılabilir işlem kuramları çerçevesinde incelenmesi gerekmektedir.

Ayrılabilir işlemler kuramı çerçevesinde; yer aldıkları idari süreç ve statülerden bağımsız olarak farklı birtakım hukuki sonuçlar yaratabilen işlemler, söz konusu statü ve süreçten ayrılarak iptal davasına konu oluşturabilecektir.<sup>198</sup> Kurul kararları açısından bu kuramın, ya doğrudan doğruya halka işlemi ya da ihale sürecinin sona ermesini bekleyerek nihai işlemi dava etmek konusunda seçimlik bir hak yarattığı söylenebilir.

İhale işlemleri, iptal davasına konu olabilecek nitelikleri bünyesinde barındırıyorsa, bir başka ifade ile tek yanlı ve icrailik niteliği mevcut ve bir kişinin menfaatini etkiliyorsa, nihai işlemle varolan hukuki bağılılığı çözülebilir bir niteliktedir.

Bu işlemlerin dava konusu edilebilmeleri, ilgililerin durumlarını etkileyerek, onları ihale sürecinin dışına çıkartabilmelerine bağlıdır. İhale gibi birden fazla işlemin yapılması ile oluşan idari kararların önceki aşamalarında gerçekleştirilen muameleler, hazırlayıcı nitelikte olduğundan ayrı ayrı kararlar sayılmaz ve bunlarda görülen aykırılıklar ancak son karara karşı açılacak davada ileri sürülebilir. Bir başka ifade ile, ihale dışı bırakılan veya hukuki durumuna ilişkin olumsuz tespit yapılan istekliler isterlerse, ihale sonucunu beklemeden, kendilerine ilişkin işlemin aykırılığını dava konusu olarak iddia edebilirler. İşte, bu imkanı ayrılabilir işlem kuramı sağlar.<sup>199</sup>

Davacı olmak için mutlaka, işlem sürecinin dışına itilmek, saf dışı kalmak anlamına gelmeyeceğinden, herhangi bir şekilde hukuki durumu olumsuz etkilenen her kişi iptal davası açabilir ki bu durumda süreç içindeki işlemin ayrılabilirlik özelliği kendini göstermektedir. Bir idari işlemin zincirden ayrılabilmesi hususu “*menfaat ihlali*” kavramı öne çıkarmak suretiyle açıklanabilir olup, bundan ayrılabilme özelliğine

<sup>198</sup> Celal ERKUT:a.g.e.,130.

<sup>199</sup> Lütfi DURAN: İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul 1982, 399.



sahip bulunan işlemin tek yanlı ve icrai niteliğe de sahip olması gerektiği hususunun gözardı edildiği gibi bir sonuca ulaşılamaz.<sup>200</sup>

Danıştay bir içtihadı birleştirme kararında, zincir işlemlerde, asıl hukuki sonuç ortaya çıkmadan önce, hukuka aykırı olduğu öne sürülen halka işlemin nihai işlem tesis edilmeden iptal davasına konu olabileceğini belirtmiştir.<sup>201</sup> Zaten, aksi takdirde ayrılabilir işlem kuramının pratikte hiçbir faydası olmayacaktı. Çünkü, nihai işlemin ortaya çıkması ile birlikte zincir işlemin dava konusu edilmesi mümkün olduğu hususunda tereddüt yoktur.

Netice itibarıyla, ayrılabilir işlem kuramının anlam ve işlevi, diğer idari işlemlerden ayrılabilen ve kendi başına sonuç doğuran idari işlemlerin geçerliliğinin idari yargının denetimine tabi olmasıdır.<sup>202</sup>

Bu nedenlerle, Kurulun ihale sürecinin durdurulmasına ve ivedilik ve kamu yararı nedeniyle ihale işlemlerine devam kararının iptaline dair verdiği Kararların dava konusu edilebileceği sonucu çıkmakla birlikte, Kurulun esas hakkında vereceği Karar için Kanunda kırkbeş günlük bir süre öngörüldüğünden bu süre zarfında Mahkemelerden Karar çıkma ihtimali hemen hemen yoktur. Bu nedenle uygulamada yarar sağlamasa da bu hususlarda dava açılabilirliğinin kabulü gerekir.

Nitekim, Kurulun 19.04.2005 tarih ve 2005/AK.Y-142.1<sup>203</sup> sayılı Ara Kararına karşı açılan davayı Ankara 4 üncü İdare Mahkemesi kabul ederek, esasın incelemesine geçmiştir.<sup>204</sup> Oysa, dava sonucunda ara kararın yürütmesinin durdurulması veya iptal edilmesi, Kurulun esas hakkındaki nihai kararını etkilemeyecektir. Gerçekten de, Kurulun 18.05.2005 tarih ve 2005/UY.Z-981<sup>205</sup> sayılı Kararı ile itirazın şikayet başvurusu uygun bulunmadığından, neticede davanın konusuz kaldığı söylenebilir.

<sup>200</sup> Murat SEZGİNER: İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı, (Ankara 2000), 59.

<sup>201</sup> Danıştay 5 inci Daire, 16.09.1993 tarih ve E.1992/4035, K.1993/3177 sayılı Karar, DD, sy.89, 277.

<sup>202</sup> İlhan ÖZAY: Günışığında Yönetim, (İstanbul 2004), 541.

<sup>203</sup> Kanun gereği ara kararların Resmi Gazete'de yayımlanması zorunluluğu bulunmadığından, bu tür kararlar sadece taraflara 7201 sayılı Tebligat Kanunu'na uygun olarak tebliğ edilmektedir.

<sup>204</sup> Ankara 4 üncü İdare Mahkemesinin 27.05.2005 tarih ve E.No:2005/944 sayılı yürütmenin durdurulması isteminin otuz günlük savunma süresinden sonra değerlendirilmesine dair Kararı.

<sup>205</sup> 16.06.2005 tarih ve 25847 sayılı Resmi Gazete.

Uygulamada ve öğretilerde de kabul edildiği üzere, temel amaç yargı kararının gerekçesine uygun olarak uygulanması olmasına karşın, kimi özel durumlarda bu kararların uygulanması fiilen veya hukuken imkansız olabileceğinden ve imkansızlık durumunun var olup olmadığının her olayın özelliğine göre kendi içinde değerlendirilmesi gerekeceği göz önüne alındığında, kanaatimizce, işbu ara karara ilişkin verilebilecek yürütmenin durdurulması veya iptal kararlarının uygulanmaları Kurulca tesis edilen anılan nihai karar ile hukuken imkansız hale gelmiştir.

4734 sayılı Kanunun “*yargısal inceleme*” başlıklı 57 nci maddesinde; şikayetler ile ilgili Kurum tarafından verilen nihai kararlar Türkiye Cumhuriyeti Mahkemelerinde dava konusu edilebileceği hükme bağlandığından, bu tartışma en azından itirazen şikayet başvuruları üzerine verilen kararlarda yapılamaz.

İddiaların incelenmesi sonucunda; iddiaların yerinde bulunmadığına veya inceleme sonucunda iddialar yerinde bulunmuş ise mevzuata aykırılığı tespit edilen ihale işlemlerinin ilgili idareye ve/veya Cumhuriyet Savcılığına bildirilmesine kararlarından biri verilebileceğinden, kesin yürütülmesi zorunlu işlemler olmadığından bu kararların dava konusu edilememesi gerektir. İddiaların incelenmesi sonucu verilen Kurul Kararları idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi zorunlu işlem değildir.

4734 sayılı Yasanın “*Kamu İhale Kurulu Tarafından İnceleme*” başlıklı 56 ncı maddesinin 1 inci fıkrasında; ihalelere ilişkin olarak yapım müteahhidi, tedarikçi ya da hizmet sunucusu tarafından Kamu İhale Kurumunun nihai kararları üzerine yargıya başvurma hakkının saklı olduğu da belirtilmek suretiyle bu Kanun hükümlerine uygun olmadığı iddia edilen ve düzeltilmesi istenilen durumların bildirilmesi kaydıyla, önceki maddelerde belirtilen hallerde ve sürede Kamu İhale Kurumuna sözleşme imzalanmadan önce itirazen şikayet başvurusunda bulunulabileceği hükme bağlanmıştır.

2 nci fıkrasında ise; Kurulun, Kuruma gelen itirazen şikayet başvurularıyla ilgili olarak gerekçesini belirtmek suretiyle;

(a) İdare tarafından düzeltme yapılması yoluyla giderilebilecek ve ihale sürecinin kesintiye uğratılmasına gerek bulunmayacak durumlarda düzeltici işlemi belirleyeceği,

(b) İhale sürecinin devam etmesine engel oluşturacak ve düzeltici işlemle giderilemeyecek bu Kanuna ve ilgili mevzuatına aykırı bir durumun tespit edilmesi halinde ihale işlemlerini iptal edeceği,

(c) İtirazen şikayet başvurusunun uygun bulunmadığını belirleyeceği, hükümleri yer almıştır.

İtirazen şikayet başvuruları üzerine Kurul Kararlarının yukarıdaki üç Karar türünden biri olması gereklidir.

Bir itirazen şikayetin incelenmesi sonucu ihale ile ilgili olarak tespit edilen aykırılıkların 4734 sayılı Kanununun 56 ncı maddesinin 2 nci fıkrasının (b) bendi gereğince düzeltici işlemle giderilemeyecek nitelikte olduğu anlaşıldığından; ihale işlemlerinin iptali gerektiği ancak, *iddiaların incelenmesi* kapsamında incelenen ihale işlemleri ile ilgili olarak iptal kararı verilmesi veya düzeltici işlem tesisi mümkün bulunmadığından, mevzuata aykırılığı belirlenen ihale işlemleriyle ilgili olarak ihale sonucunda henüz sözleşme imzalanmadığından gereğinin yapılması için ilgili idareye bildirilmesine karar verilmiştir.<sup>206</sup>

Buna göre, Kamu İhale Kurulunca, itirazen şikayet başvuruları sonucunda sözleşmenin imzalanmamış olması koşulu ile 4734 sayılı Kanununun 56 ncı maddesinin ikinci fıkrası uyarınca karar verilmesi mümkün iken "*iddiaların incelenmesi*" sonucunda bu kararların verilmesi yönünde yetkisi bulunmadığından ancak mevzuata aykırı olduğu saptanan ihale işlemleri ihaleyi yapan idareye bildirilmektedir.

Hukuka ve mevzuata aykırı işlemlerin süre koşuluna bağlı olmaksızın tesis edildikleri idarelerce geri alınmasının mümkün olması nedeniyle mevzuata aykırı

<sup>206</sup> 14.05.2004 tarih ve 25462 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2004/UK.Z-464 sayılı ve 13.06.2004 tarih ve 25491 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2004/UK.Z-465 sayılı Kurul Kararları.

olduğu saptanan ihale işlemlerinin ihaleyi yapan idareye bildirilmesine karar verilmiştir.

“İddiaların incelenmesi” kapsamında incelenen ihale işlemleri hakkında, Kurul tarafından 56 ncı maddenin 2 nci fıkrasında belirtilen kararlardan biri alınmamış ancak mevzuata aykırı işlemlerin tesis edildikleri idarelerce geri alınabileceği yolundaki idare hukuku kuralı uyarınca incelemede tespit edilen mevzuata aykırılıklar ihaleyi yapan idareye bildirilmiştir.

İYUK’un 14 üncü maddesinde dava dilekçelerinin maddede sayılan usul kuralları yönünden sırayla inceleneceği belirtilmiştir.

Anılan Kanunun 14 üncü maddesinin 3 üncü fıkrasının (d) bendinde, davaya konu olabilecek işlemin, kesin ve yürütülebilir bir işlem olması koşulu getirilmiştir. Kanunun 15 inci maddesinin 1 inci fıkrasının (b) bendinde, 14 üncü maddenin 3/d bendinde yazılı olan durumda davanın reddine karar verileceği hüküm altına alınmıştır.

Davaya konu olabilecek işlemin, kesin ve yürütülebilir bir işlem olması deyimi; işlemin tamamlanması için gerekli idari usul kuralları uygulanarak, yetkili kamu görevlisi veya görevlileri tarafından imzalanan, bu durumu ile uygulamaya konulan ve kendi başına hukuki sonuç doğuran, idarenin tek taraflı ve buyurucu gücüne dayanan işlemleri ifade eder.

Bu kapsamda, objektif veya sübjektif hukuki sonuçlar doğurmak üzere, öngörülen idari usul kuralları yerine getirilerek yürürlüğe konulan genel, düzenleyici işlemler ile kişisel uygulama işlemleri davaya konu olabilirler. Ortada kesin ve yürütülebilir bir işlem olmadan açılan davalar hakkında, İYUK’un 15 inci maddesinin 1/b bendine göre davanın reddine karar verilmesi zorunludur.

İhalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içinde idarece yapılan işlemlerin şikayet ehliyetine sahip olanlarca, 4734 sayılı Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olmadığı yolundaki itirazın şikayet başvuruları üzerine Kurum tarafından yapılan inceleme sonucunda, Kamu İhale Kurulu

tarafından 56 ncı maddenin 2 nci fıkrası uyarınca, düzeltici işlem belirlenmesi ya da ihale işlemlerinin iptal edilebilmesi veya başvurunun uygun bulunmadığına karar verilmesi mümkün iken, 53 üncü maddenin (b) fıkrasının 2 nci paragrafı uyarınca incelenen iddialara ilişkin olarak ihale işlemlerinin iptali veya ihale işlemleri hakkında düzeltici işlem belirlenmesi mümkün bulunmamaktadır.

4734 sayılı Kanunun 53 üncü maddesi hükmü gereğince, özellikle katılım ve rekabetin sağlanması ve haksız rekabetin önlenmesi ile kamu kaynaklarının verimli kullanılabilmesi amacıyla, iddiaların incelenmesi yolu açıkça hüküm altına alınmıştır. Anılan madde hükmü uyarınca ihale işlemlerinin mevzuata uygunluğunun sağlanması amaçlandığından, iddiaların incelenmesi kapsamındaki inceleme sonucunda Kamu İhale Kurulunca iptal veya düzeltici işlem belirlenmesine karar verilmeyip, bu kapsamda belirlenen mevzuata aykırı ihale işlemleri henüz sözleşme imzalanmamışsa ihaleyi yapan idareye, sözleşme imzalanmışsa ilgili Bakanlığa değerlendirilmek gerekiyorsa soruşturulmak üzere bildirilmektedir. Böylelikle, iptal edilemeyen veya düzeltici işlem belirlenemeyen mevzuata aykırı ihale işlemlerinin idarelerce iptali, geri alınması veya düzeltilmesi ya da sorumluların tespiti sağlanmaktadır. Amaç, ihale işlemlerindeki mevzuata aykırılıkların Kamu İhale Kurulu Kararı ile veya idarelerce giderilmesidir.

13.04.2004 tarih ve 2004/UK.Z-465 sayılı Kararın iptali istemiyle açılan davada Ankara 8 inci İdare Mahkemesinin verdiği yürütmeyi durdurma kararına karşı yapılan itiraz üzerine Ankara Bölge İdare Mahkemesince verilen 12.08.2004 tarih ve Y.D. İtiraz No:2004/2225 sayılı yürütmenin durdurulması isteminin reddine ilişkin kararda belirtildiği üzere; 4734 sayılı Kanunun 56 ncı maddesinde yapım müteahhidi, tedarikçi ya da hizmet sunucusu tarafından yapılan itirazın şikayet başvurularında davalı idarenin hareket tarzının nasıl olması gerektiğinin ortaya konulduğu, buna göre Kurulun ya düzeltici işlemi belirleyeceği, ya ihale işlemlerini iptal edeceği, ya da şikayetin uygun bulunmadığını belirleyeceğinden, ihaleye katılmayanlar tarafından yapılan şikayetlerde Kamu İhale Kurumu tarafından 56 ncı maddede belirtilen şekilde karar verilmesinin mümkün görülmediği, Yönetmeliğin 5 inci maddesinde iddiaların incelenmesinin ihale süreci içerisinde idareye şikayet yoluna başvuramayacak olanlar tarafından ihale sürecine yönelik iddialarla Kuruma yapılan başvurulardır denilerek, ihaleye katılmayan kişilerin ihaleye ilişkin iddialarını bildirmelerini ve idarenin bu

iddialara ilişkin mevzuata aykırılıkları düzeltebilmesi yolunu açık tuttuğu, bu durumda Kamu İhale Kurumuna yapılan başvuruda Yönetmeliğin 34 üncü maddesindeki koşullar olduğundan gerekli incelemelerin yapıldığı ve mevzuata aykırılıkların tespit edildiği ancak şikayetin ihaleye katılmayan üçüncü bir kişi tarafından yapılması nedeniyle Kamu İhale Kanununun 56 ncı maddesine göre karar verilemeyeceği dikkate alınarak, idari işlemlerin geri alınması ilkesi uyarınca bu ilkenin amacını gözeterek, idari işlemin incelenmesi ve mevzuata aykırılık görüldüğü takdirde bu işlemin geri alınması amacıyla mevzuata aykırılığı tespit edilen ihale işlemlerinin idareye bildirilmesinde hukuka aykırılık görülmediği gerekçesiyle itirazın kabulüne karar verilmiştir.

Hukuka aykırı ihale işlemi sonuç itibarıyla geçersiz bir başka ifade ile butlan (nullité) olmakla birlikte hukuka aykırılık kendiliğinden iptale yol açmaz. Bunun ihale yetkilisi tarafından doğrudan veya şikayet başvurusu üzerine tespit edilip iptal kararının alınması veya Kamu İhale Kurulu tarafından itirazın şikayet üzerine veya dava ile idari yargıya intikali durumunda Mahkemeler tarafından karara bağlanması gereklidir.

Hukuka aykırı olan bir idari işlemin geçersizliğinin bir mahkeme tarafından tespit ve ilan edilmesine “*iptal (annulation)*”, bu amaçla açılan davaya da “*iptal davası (recours en annulation)*” denir.<sup>207</sup>

İptal davası, hukuka aykırı bir idari işlemin idari yargı yerlerince iptal edilmesini sağlayan bir dava türüdür. İptal davaları, idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan davalar olarak da tanımlanabilir.<sup>208</sup>

Hukuka aykırı ihale işlemi iptale tabi olur ve işlem tesis tarihi itibarıyla bütün hüküm ve sonuçları ortadan kalkar. Netice itibarıyla, hukuka aykırı bir ihale işleminin karşılaşılabileceği müeyyide butlan bir başka ifade ile geçersizlik olup, bunun sonucu da iptaldir.

<sup>207</sup> Kemal GÖZLER: İdare Hukuku, (Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 2003), 876.

<sup>208</sup> A.Şeref GÖZÜBÜYÜK, Güven DİNÇER: a.g.e., 14.

İhale işlemlerini sona erdiren sözleşme usulüne uygun bildirim yapılmadan imzalanırsa ihale işlemleri ve sözleşme, Kanunun öngördüğü işbu şartın yerine gelmesi ile kendiliğinden ortadan kalkar ki bu durum hükümsüzlük halidir.

4734 sayılı Kanunun 55 inci maddesinde belirtilen hallerde ve sürede Kuruma yapılan itirazın şikayet başvuruları üzerine yapılan inceleme sonucunda; anılan Kanunun 56 ncı maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendi gereğince ihale işlemleri Kurul tarafından iptal edilen ihalelerde, iptal kararı öncesi imzalanan sözleşmelerin 4735 sayılı Kanunda bu hususa ilişkin olarak hüküm bulunmadığından genel hükümlere göre tasfiye edilmesi gerekmektedir.

Hükümsüzlük bir başka ifade ile kadük olma hali, ihale yetkilisi tarafından doğrudan veya şikayet başvurusu üzerine tespit edileceği gibi, Kamu İhale Kurulu tarafından itirazın şikayet üzerine veya dava ile idari yargıya intikali durumunda Mahkemeler tarafından da tespit edilebilir.

Bu durumlarda; ihale işlemleri ve imzalanan sözleşme sanki hiç tesis edilmemiş, uygulanmamış gibi ortadan kalkar. Bu nedenle, hükümsüzlük (kadük olma), geri almayla eşdeğerde bir işlem (équivalent d'un retrait) olarak kabul edilmektedir.<sup>209</sup>

Sözleşmenin hükümsüzlük hali hangi durumlarda ortaya çıkar? Sözleşmenin hükümsüzlüğü, 4734 sayılı Kanunun 55 inci maddesinde; şikayet başvurusu üzerine ihale sürecine devam kararı alınmaksızın veya bu karar usulüne uygun bildirilmeksizin imzalanan sözleşmelerle ilgili olarak öngörölmüş bir müessesedir.

Kurul, “sözleşme” tanımından ne anlamaktadır? Kanunun “*tanımlar*” başlıklı 4 üncü maddesinde; sözleşmenin, mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinde idare ile yüklenici arasında yapılan yazılı anlaşmayı ifade ettiği hükme bağlanmıştır.

---

<sup>209</sup> Kemal GÖZLER: a.g.e., 959.

Şikâyete yol açan durumların farkına varıldığı veya farkına varmış olması gerektiği tarihi izleyen onbeş gün içinde şikâyet yapıldığında ise bir karar alınmaması veya süresinde alınan kararın uygun bulunmaması durumunda aday veya istekli, karar verme süresinin bitimini veya karar tarihini izleyen onbeş gün içinde Kuruma itirazen şikâyet başvurusunda bulunabileceğinden işbu onbeş günlük süre beklenilmeden sözleşmeler imzalandığında, şikâyet sunulduktan sonra, ihale yetkilisince ivedilik ve kamu yararı bulunması nedeniyle ihale işlemlerine devam edilmesi gerektiği onaylanmadıkça idare sözleşme imzalamayacağından, ihale işlemlerine devam edilmesi konusunda gerekçeli olarak alınan bu onayın sözleşme imzalanmadan en az yedi gün önce şikâyette bulunan aday veya istekliye tebliğ edilmiş olmasını sağlamak üzere gerekli süre dikkate alınarak bildirilmesi gerekeceğinden, idarece usulüne uygun bildirim yapılmadan sözleşme imzalanmışsa, Kurul tarafından imzalanan sözleşmeler Kanun anlamında sözleşme olarak nitelendirilmemekte, hükümsüzlük hali var kabul edilmekte ve ihale kararı ve sözleşme hükümsüz sayılmaktadır.

Kanunun "*Kesinleşen İhale Kararının Bildirilmesi*" başlıklı 41 inci maddesinde hükme bağlanan usule uygun bildirim yapılmadan sözleşmenin imzalanması durumunda, bu sözleşme de Kurumca incelemeye engel görülmemektedir.

İhale sonucuna itiraz süresinin onbeş gün iken açıklama isteme süresinden sonra ihalenin sözleşmeye bağlanması Kanuna uygun mudur? 4734 sayılı Kanunun 41 inci ve 42 nci maddesi bir arada değerlendirildiğinde, ihale sonucu yapılan tebliğ ile beş günlük açıklama süresi başlamakta ve bu süre içinde açıklama talebi olmaması halinde 42 nci maddeye göre aynı gün sözleşme imzalanabilmektedir.

Aynı Kanunun 55 inci maddesi ile şikâyet süresi onbeş gün olarak belirlenmiştir. İdarelerin yapılan şikâyet başvurusunu dikkate alabilmeleri için sözleşmenin imzalanmamış olması ve şikâyet başvurusunun onbeş günlük süre içinde yapılmış olması koşulu bir arada aranmaktadır. Her iki koşulda Kanun hükmü olduğundan ilgililerin açıklama talebinde bulunmaması halinde sözleşmenin imzalanabileceğini bilmeleri ve onbeş günü beklemeksizin sözleşme imzalamadan idareye başvurarak Kanunla öngörülen diğer koşulların sağlanması gerekmektedir.



Şikayet başvurusu sözleşme imzalandıktan sonra ancak süresi içinde yapılmışsa süre yönünden reddedilmese dahi sözleşmenin imzalanmış olması sebebiyle reddedilecektir.

### **XIII. Kararlara Karşı Yargıya Başvuru**

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 125 inci maddesinde; idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu hükme bağlanmıştır. 4734 sayılı Kanunun “*Yargısal İnceleme*” başlıklı 57 nci maddesinde; şikâyetler ile ilgili Kurum tarafından verilen nihai kararların Türkiye Cumhuriyeti Mahkemelerinde dava konusu edilebileceği ve bu davaların öncelikle görüleceği hükme bağlanmıştır. Kurulun, düzenleyici işlemlerine karşı davaların, ilk derece mahkemesi olarak Danıştay’da, itirazın şikâyet süreci ile ilgili verdiği kararlara karşı davaların ise, ilk derece mahkemesi olarak Ankara İdare Mahkemesinde açılması gerekmektedir.

Kurul kararlarına karşı Kanunun 57 nci maddesi uyarınca idari yargı mercilerinde Kurul kararının iptali istemiyle yargı yoluna başvurulması mümkündür. İptal davası, hukuka aykırı bir idari işlemin idari yargı yerlerince iptal edilmesini sağlayan bir dava türüdür. İYUK’un 2 nci maddesinin (a) bendi uyarınca iptal davası; idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu, maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan davadır. İptal davasında davacı tarafından talep edilmesi halinde İYUK’un 27 nci maddesinde belirtilen koşulların gerçekleşmesi halinde mahkemece yürütmenin durulması kararı verilmesi mümkün bulunmaktadır.

Yürütmenin durdurulması, idari işlemin yürütülmesinin dava sonuna kadar ertelenmesidir. Yürütmenin durdurulması kararı, dava edilen işlemde önceki hukuki durumu işlem hiç yapılamamış gibi geri getirir. Bir başka anlatımla yürütmenin durdurulması kararı hukuka aykırılık iddiası ile iptal davasına konu olmuş bir idari işlem hakkında yetkili yargı yerinin kanunilik karinesini geçici olarak askıya alması olarak tanımlanabilir.

İdari yargı yerlerince yürütmenin durdurulmasına karar verilmesi durumunda esas dava karara bağlanıncaya kadar eski durumun devamı sağlanır. Başka bir

deyişle ilgililerin dava konusu yaptıkları idari işlemin uygulanması dava sonuna kadar ertelenir. Yürütmenin durdurulması bu ertelemeyi sağlayan geçici bir önlemdir. Yürütmenin durdurulması kararı uyarınca idarenin işlem yapma yükümlülüğü yürütmeyi durdurma kararının idareye tebliğinden itibaren başlar. İdare, diğer yargısal kararlarda olduğu gibi yürütmenin durdurulması kararlarını da gecikmeksizin yerine getirmek zorundadır. İdarenin yapacağı işlemin biçimi yürütmenin durdurulması kararı verilen işlemin niteliğine göre değişik olabilecektir. İdare işlemin niteliğini dikkate alarak gerekli işlem ve eylemleri yapmak durumundadır.

Yürütmenin durdurulması kararı işlemin varlığına dokunmaz, sadece icrailik ve kanunilik karinesini askıya alır. Fakat iptal kararı gibi geçmişe etkilidir. Hukuki sonuçlarını kendiliğinden doğurur. Dolayısıyla yürütmenin durdurulması kararında da işlemin geri alınması diye bir sorun olmaz. Bazı durumlarda eski durumun geri gelmesi için idarenin yeni işlemler yapmasına gerek kalmaz. Bazı durumlarda da idarenin aktif olarak bazı işlem ve eylemlerde bulunması zorunludur.

Yargı kararı ile dava konusu işleminin yürütülmesi durdurulan idare, genel olarak işlemin ve yürütmeyi durdurma kararının niteliği gereği şu üç davranış biçimi içinde hareket edebilir:

Bazı durumlarda idarenin pasif kalması yeterlidir. Yürütmenin durdurulması kararı kendiliğinden sonuç doğurur.

Bazı durumlarda da yürütmenin durdurulması kararının yerine getirilebilmesi için idarenin aktif olarak harekete geçerek hukuksal durumlarda değişiklik yapması gerekir. Yürütmenin durdurulması kararları eski hale dönmeyi zorunlu kıldığına göre dava konusu işlemle veya ona dayanılarak yapılan işlemlerle hukuki durumlarda değişiklik yapılmış ise bunların da düzeltilmesi gerekir.

İdarenin yaptığı olumsuz işlemlerde, bir istemi reddetmesinde yürütmeyi durdurma kararı verilmesi halinde idare olumlu işlem yapmak durumundadır.

Yapılan bu açıklamalar çerçevesinde; kural olarak, Kurul tarafından verilen uyuşmazlık kararına karşı açılan iptal davasında verilmiş olan yürütmeyi durdurma

kararının kendiliğinden hüküm ve sonuç doğurduğu dikkate alındığında Kurulca yeni bir karar almaya gerek olmadan söz konusu mahkeme kararının gereği yerine getirilmek üzere ihaleyi yapan idareye gönderilmesinin, ancak gönderme yazısında “*esas hakkında bir karar verilinceye kadar*” ifadesinin yer almasının uygun olacağı düşünülmektedir.

Ancak bazı hallerde yürütmeyi durduran yargı kararının niteliği ve içeriği gereği, hukuksal durumda değişiklik yapacak bir işlem tesisi zorunlu olabilir. Diğer bir ifade ile, Kurulun yargı yerince verilmiş olan yürütmenin durdurulması kararı gereklerini yerine getirebilmek için öncelikle dava konusu kararını iptal etmesi ve daha sonra bir başka işlem tesisi de gerekebilir. Böyle bir hukuki zorunluluk halinde, yürütmesi durdurulan kararının yine Kurul Kararı tesis edilmek suretiyle iptal edildikten sonra, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 56 ncı maddesinin ikinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilen kararlardan birini vermek suretiyle yeniden Kurul Kararı oluşturulması gerektiği değerlendirilmektedir.

Kamu İhale Kurulunun idare mahkemesi tarafından yürütülmesi durdurulan kararının yine Kurul Kararı tesis edilmek suretiyle iptali ve sonra 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 56 ncı maddesinin ikinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilen kararlardan birini vermek suretiyle yeniden Kurul Kararı oluşturulmasının gerekip gerekmediği, Kamu İhale Kurulu tarafından verilen uyuşmazlık kararlarına karşı açılan davalarda verilmiş olan yürütmeyi durdurma kararı kendiliğinden hüküm ve sonuç doğurduğu dikkate alındığında Kamu İhale Kurulunca hiç bir işlem tesis edilmeksizin söz konusu mahkeme kararının, gereği yerine getirilmek üzere ihaleyi yapan idareye gönderilmesinin yeterli olup olmadığı tartışmalı olmakla birlikte, Kurulun işlem tesis etmesinde uygulamaya yol göstermesi ve yargı kararlarına uyma zorunluluğunun usulü çerçevesinde fayda vardır.

Netice itibarıyla, ihale sürecine ilişkin olarak, idarenin tesis ettiği işlemler ve bu işlemle dair Kurul tarafından verilen kararlar idari yargı denetimine tabidir.

## SONUÇ

01.01.2003 tarihi itibarıyla 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun yürürlüğe girmesiyle, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile birlikte halihazırda adının içinde "ihale" kelimesi bulunan üç farklı kanun yürürlükte bulunmaktadır. Ayrıca, anılan kanunlarda "*pazarlık usulü*" gibi terimlerin farklı anlamlarda kullanılması hem teknik anlamda hem de uygulayıcılar açısından çelişki doğurmaktadır.

Bu sakıncaların giderilmesi amacıyla, 4734 sayılı Kanunun, "*Kamu Alımları Kanunu*", 4735 sayılı Kanunun "*Kamu Alımları Sözleşmeleri Kanunu*" ve 2886 sayılı Kanunun "*Kamuya Gelir Getirici İhaleler Kanunu*" olarak isimlendirilmesi ve özellikle 2886 sayılı Kanunun yeniden yapılandırılıp kanunlaşmasının yerinde olacağı düşünülmektedir.

Her ne kadar, 4734 sayılı Kanunda “mal ve hizmet alımları ile yapım işleri ihaleleri” ifadesi karşısında, “alım” ifadesinin sadece “mal ve hizmet” için kullanılmış olması nedeniyle, kamunun “yapım” işleri için “alım” ibaresinin kullanılmayacağı ilk planda düşünülse de, yapımın aslında “mal ve hizmetlerden teşekkül” ettiği dikkate alındığında “Kamu Alımları Kanunu” adı yapım işleri için de yanlış bir kullanım olmamaktadır.

1957 Roma Antlaşması ve kamu alımları ile ilgili AB Direktifleri ile; etkin ve tam rekabetin, şeffaflığın, ayrımcılık yapmamanın, tarafsızlığın, eşit muamelenin ve orantılılığın sağlanması kamu alımlarına ilişkin temel ilkeler olarak belirlenmiştir. 4734 sayılı Kanunun “Temel İlkeler” başlıklı 5 inci maddesinde; idarelerin, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde, saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumlu olduğu hükme bağlanmıştır.

Ülkemiz açısından da bu ilkelere uygun davranmanın kamu alımlarında yarar sağlayacağı bilinmektedir. Ayrıca, AB’ne tam üye olabilme yolunda müzakere edileceği bilinen bu ilkeleri tam manasıyla uygulamak uluslararası hukuk açısından da zorunluluktur.

Kamu alımları ile ilgili temel ilkelere uyulması ve 4734 sayılı Kanunu uygulama sorumluluğu devletimizin ilgili her organında olmakla birlikte, Kanunun uygulamasının yönlendirilmesi ve denetim görevinin, 4734 sayılı Kanun çerçevesinde öncelikle KİK’e verildiği görülmektedir. 4734 sayılı Kanun ile KİK’e, kapsamdaki ihalelere karşı idari başvurular üzerine idari denetim yetkisi ve görevi verilmiş olup, bu idari denetim aynı zamanda Anayasa gereği yargı denetimine tabi bulunmaktadır.

4734 sayılı Kanunun yürürlüğünün başında, düzenleme, denetleme ve yönlendirme yetkilerini kullanırken, 4734 sayılı Kanunu önceki yargı içtihatlarını, doktrini ve uygulamaları esas alarak yorumlamış ve mevcut sorunlara çözüm üretmeye çalışmıştır.

Ancak, bu yorum sırasında yararlandığı kaynaklar 4734 sayılı Kanundan önceki mevzuata ait olduğundan, 4734 sayılı Kanun ile getirilen pek çok ilke, usul ve

esas önceki mevzuatta mevcut bulunmadığından Kurumun çözmesi gereken sorunlara tam anlamıyla cevap olmamışlardır. Burada daha da önemli olan husus, 4734 sayılı Kanun ile önceki mevzuat arasındaki kamu alımına ve ihaleye bakıştaki algılama ve niteleme farklılığıdır.

Kurum, Kanunun yürürlüğe girmesinden bu güne kadar olan, uygulama sonuçlarından, akademik eserlerden ve kesinleşmemiş olsa da ilk derece mahkemelerinin kararlarından yararlanarak, tezimizin konusunu oluşturan kanun kapsamındaki İhalelere Karşı Yapılacak İdari Başvurular Ait Yönetmelikte gerekli gördüğü değişiklikleri yapmıştır. Halihazırda, KİK bu çalışmalarına devam etmekte olup, tezin yazımı sırasında da yönetmelik değişikliği çalışmaları devam etmektedir.

Kurul kararlarından sadece düzenleyici işlem niteliğinde olanlar Danıştay tarafından ilk derece mahkemesi sıfatıyla görülmekte olup, bu davaların bir kısmında halihazırda karar verilmediği gibi karar verilen diğer kısmı da henüz kesinleşmemiştir.

Kanunun uygulamasının 01.01.2003 tarihi itibarıyla başladığı göz önüne alındığında, geçen bu sürenin Kurulun Kararlarına esas teşkil etmesi gereken yargı içtihatlarının çıkması için yeterli olmadığı ortadadır. Kurulun ihalelere karşı yapılan idari başvurular hakkında verdiği uyuşmazlık kararlarına karşı davaların, ilk derece mahkemesi sıfatıyla Danıştay'da açılması durumunda bu sürenin azalması mümkün ise de, bu hususun Kanun değişikliği<sup>210</sup> gerektirdiği bilinmektedir.

Sonuç olarak, Kurum uyuşmazlıkları çözmeye ve düzenleyici işlem tesisinde en zor yılları olan, Kanunun yürürlüğünü takip eden ilk üç yılı geride bırakmak üzeredir. Kurum bu süre zarfında üzerine düşen sorumluluğu yetki ve görevi çerçevesinde layıkıyla yerine getirmiş ise de, bu aşama itibarıyla tezimizde de belirtilen hususlarda kesinleşmiş mahkeme kararları esas alınarak uygulamada tereddüt uyandırmayacak ve hukuka uygun olacak şekilde düzenleme yapılması önem taşımaktadır. Öte yandan, 4734 sayılı Kanunda değişiklik çalışmaları devam

---

<sup>210</sup> Esas komisyon olarak, TBMM Plan ve Bütçe Komisyonunda bulunan 22 nci Dönem 2 nci Yasama Yılı 1/866 esas nolu, "Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar Hakkında Kanun Tasarısı"nın 21 inci maddesinde bu yönde bir düzenleme mevcuttur.

etmekte olup, mevcut sorunlara çözümler açısından bu durumun bir fırsat olarak değerlendirilmesi gerektiği değerlendirilmektedir.

## KAYNAKÇA

AKYILMAZ, Bahtiyar. İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Ankara, Yetkin Yayınları, 2000.

----- . İdare Hukuku, Konya, Sayram Yayınları, 2004.

AĞARI, M. Bülent ve arkadaşları. “Kamu Satın Alımlarında AB Direktifleri ve İngiltere Uygulamaları”, Kamu Alımlarında AB ve İngiltere’deki Düzenleme ve Uygulamalar, Kamu İhale Kurumu yayını, Nisan 2005, 9-50.

AKINCI, Müslüm. Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman, İstanbul, Beta Yayınları, 1999.

ALYANAK, Servet. “Şikayet ve İnceleme Süreci”, Kamu Alımlarında AB ve İngiltere’deki Düzenleme ve Uygulamalar, Kamu İhale Kurumu yayını, Nisan 2005, 231-274.

ARDIYOK, Şahin. Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurullar: Türkiye İçin Düzenleyici Kurum Modeli, Ankara, 2000.

ARDIÇOĞLU, Artuk. Rekabet Kurumu’nun İdari Yapısı, İşlemleri ve Yargısal Denetimi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2002.

ATAY, Ender Ethem. “Fransız İdare Hukukunda Bağımsız İdari Otoriteler (BİO’lar): Rekabet Konseyi”, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları 6, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, Mart 2000, 74-76.

-----, Fransız İdare Hukukunda Bağımsız İdari Otoriteler ve Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu, (Yayınlanmamış Doçentlik Çalışması), Ankara, 2000.

ASLAN, Zehreddin. "Türk İdari Yargı Sisteminde Re'sen Araştırma İlkesi", İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, No:23-24 (Ekim 2000-Mart 2001).

BAYLAN, İbrahim. Şikayet ve İnceleme Süreci (yayımlanmamış makale).

DURAN, Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982

EMEK, Uğur ve ZENGİBOZ, Ünal ve ACAR, Muhittin. Bağımsız Düzenleyici Kurumlar ve Türkiye Uygulaması, İstanbul, TÜSİAD Yayınları, Aralık 2002.

ERKUT, Celal. İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Ankara 1990).

ERRIDGE, Andrew and FEE, Ruth and MCILROY, John. Best Practice Procurement Public And Private Sector Perspectives, Gower Publishing Limited, Hampshire, First Published, 2001.

GÖK, Yaşar. Sorular ve Cevaplarla Kamu İhale Kanunu, Ankara, İksan Matbaası, 2. Baskı, Kasım 2004.

GÜRKAN, Adnan. AB Müktesebatında Kamu Alımları İhale Süreci, (yayımlanmamış makale).

GÖZLER, Kemal. İdare Hukuku Dersleri, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 2002.

-----, İdare Hukuku, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 2003.

-----, Türk Anayasa Hukuku, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 2000.

GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref ve Turgut TAN., İdare Hukuku (Cilt I: Genel Esaslar), Ankara, Turhan Kitabevi, 2. Baskı, 2001.



----- . İdare Hukuku (Cilt II: İdari Yargılama Hukuku), Ankara, Turhan Kitabevi, 2. Baskı, 2003.

GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref ve Güven DİNÇER. İdari Yargılama Usulü, Ankara, Turhan Kitabevi, 2. Baskı, 2001.

GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref. Yönetmelik Yargısı, Ankara, Turhan Kitabevi, 21. Bası, 2005.

GÜNDAY, Metin. İdare Hukuku, Ankara, 2003.

HODGKINSON David, Public Authority Procurement Strategy, The Institution Of Civil Engineers, Thomas Telford Publishing, London, First Published, 2001.

KABAALIOĞLU, Haluk ve Turan YILDIRIM. Türkiye'nin İdari Teşkilatı, İstanbul, 1995,

KARACA, Bilal. "İvedilik ve Kamu Yararı Kararlarına Karşı İtiraz Yolu", Yeni Şafak, 01.02.2005.

----- . "Hak Kaybı Ölçüsü Karşısında Şikayetçinin Sübjektif Ehliyeti", Yeni Şafak, 17.05.2005.

KARACAN, Ali İhsan. "Özerk Kurumların Özerkliği" (Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları) Ankara, 2000.

KARAHANOĞULLARI, Onur. Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.

MESSAUODİ, Lies. "Dünyada ve AB'de Kamu Alımlarındaki Son Gelişmeler; AB Perspektifinden Türkiye'de Kamu Alımları", I. Uluslararası Kamu Alımlarında Saydamlık ve Verimlilik Sempozyumu, İstanbul, 27 Mayıs 2004, 41-51.

OĞUZ, Gökhan. “Kamu İhale Kanununda Şikayet ve Dava Hakkı”, İnşaat Sanayi Dergisi, Ocak-Şubat 2005, 14-17.

ÖZAY, İlhan. Gün Işığında Yönetim, İstanbul, Alfa Yayınları, 2004.

ÖZBAKIR, Ahmet ve arkadaşları. İtalya ile Türkiye Arasında Yapılan Twinning Projesi Kapsamındaki KİK İtalya Raporu, Temmuz 2005.

SEZGİNER, Murat. İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı, Ankara, Yetkin Kitabevi, 2000.

ŞAHİN, M. Atilla. “Türkiye’de Kamu Alımları Sektöründe Kamu İhale Kurumu’nun Yeri, Önemi ve Fonksiyonu”, I. Uluslararası Kamu Alımlarında Saydamlık ve Verimlilik Sempozyumu, İstanbul, 27 Mayıs 2004, 180-185.

ŞİMŞEK, V. Arif. “Türkiye’de Kamu Alımları Reform Süreci”, I. Uluslararası Kamu Alımlarında Saydamlık ve Verimlilik Sempozyumu, İstanbul, 27 Mayıs 2004, 52-63.

TAN, Turgut. İdari İşlemin Geri Alınması, Ankara, 1970.

TRENCH, David. On Target A Design And Manage Target Cost Procurement System, Thomas Telfort Ltd., London, First Published, 1991.

ULUSOY, Ali. Bağımsız İdari Otoriteler, Ankara, Turhan Kitabevi, 2003.

VONDEREN, Paul. I.Uluslararası Kamu Alımlarında Saydamlık ve Verimlilik Sempozyumu Açılış Konuşması, İstanbul, 27 Mayıs 2004, 23-31.

AB Direktifleri: ..... [www.simap.eu.int/en/pub/src/welcome.htm](http://www.simap.eu.int/en/pub/src/welcome.htm)

AB Resmi Gazetesi: ..... <http://europa.eu.int/eur-lex/en/oj/index.html>

AB Sayıştayı: ..... <http://www.eca.eu.int/>

Avrupa Komisyonu Türkiye Temsilciliği : .... <http://www.deltur.cec.eu.int/>

Avrupa Birliği Resmi Web Sitesi:..... <http://europa.eu.int/>

Avrupa Birliği Resmi Yayınlar Ofisi:..... <http://europa.eu.int/celex>

Avrupa Birliği Genel Sekreterliği: ..... <http://www.abgs.gov.tr>

Dünya Ticaret Örgütü:..... [www.wto.org](http://www.wto.org)

Kamu Yönetimi Avrupa Enstitüsü:..... <http://www.eipa.nl/home/eipa.htm>

Kamu İhale Kurumu: ..... [www.kik.gov.tr](http://www.kik.gov.tr)

Merkezi Finans ve İhale Birimi: ..... [www.cfcu.gov.tr](http://www.cfcu.gov.tr)

Uluslararası Saydamlık Örgütü ..... [www.transparency.org](http://www.transparency.org)

Avrupa Ülkelerinin İhale Ofisleri:

Almanya ..... [www.bmwa.dund.de](http://www.bmwa.dund.de)

Avusturya: ..... [www.bka.gv.at](http://www.bka.gv.at)

Bulgaristan: ..... [www.mi.government.bg](http://www.mi.government.bg)

Çek Cumhuriyeti:..... [www.compet.cz](http://www.compet.cz)

Danimarka:..... [www.ks.dk](http://www.ks.dk)

Estonya: ..... [www.rha.gov.ee](http://www.rha.gov.ee)

Finlandiya:..... [www.ktm.fi](http://www.ktm.fi)

Fransa:..... [www.daj.finances.gouv.fr](http://www.daj.finances.gouv.fr)

Hollanda:..... [www.minez.nl](http://www.minez.nl)

Macaristan: ..... [www.mail.kerszov.hu](http://www.mail.kerszov.hu)

İrlanda:..... [www.finance.gov.ie](http://www.finance.gov.ie)

İngiltere: ..... [www.ogc.gsi.gov.uk](http://www.ogc.gsi.gov.uk)

İtalya: ..... [www.palazzochigi.it](http://www.palazzochigi.it)

İspanya: ..... [www.minhac.es](http://www.minhac.es)

İsveç:..... [www.finance.ministry.se](http://www.finance.ministry.se)

İsviçre:..... [www.seco.admin.ch](http://www.seco.admin.ch)

Lichtensteyn:..... [www.hba.llv.li](http://www.hba.llv.li)

Litvanya:..... [www.vpt.lt](http://www.vpt.lt)

Lüksemburg: ..... [www.tp.etat.lu](http://www.tp.etat.lu)

Malta: ..... [www.gov.mt](http://www.gov.mt)

Norveç:..... [www.nhd.depno](http://www.nhd.depno)

Polonya: ..... [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl)

Portekiz: ..... [www.dgpatr.pt](http://www.dgpatr.pt)

Romanya:..... [www.mail.mfinante.ro](http://www.mail.mfinante.ro)

Slovakya: ..... [www.uvo.gov.sk](http://www.uvo.gov.sk)

## ÖZET

Tezin konusunu, 01.01.2003 tarihinden itibaren yürürlüğe giren 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu Kapsamındaki ihalelerde, ihaleyi yapan idareye yapılan şikayet başvuruları ile KİK'e yapılan itirazın şikayet başvuruları oluşturmaktadır.

Bu tez ile, ihalelerle ilgili olarak hangi aşamalarda idarelere şikayet başvurularının yapılabileceği, ihaleyi yapan idarelere başvuru usul ve esasları, KİK'in inceleme yetkisi bulunan ihaleler, itirazın şikayet yoluyla KİK'e başvurunun usul ve esasları, başvuruların incelenme esasları, KİK'in başvuruları karara bağlaması ve kararların uygulanmasına ilişkin esaslar ile özellikle Avrupa Birliği uygulamaları ve direktifleri çerçevesinde bu hususların ele alınması amaçlanmıştır.

4734 sayılı Kanunda ihaleler ile ilgili olarak yargı denetiminden önce, ihaleyi yapan idareye ve Kamu İhale Kurumuna başvuru zorunlu bir unsur olarak düzenlenmiştir.

4734 sayılı Kanun kapsamındaki ihalelere karşı yapılacak idari başvurular ile ilgili olarak uygulama yeni başladığından, bu işlemler sırasında karşılaşılan sorunların neler olduğu, bu sorunların çözümleri önem taşımaktadır.

KİK tarafından yayımlanan İhalelere Karşı Yapılacak İdari Başvurulara Ait Yönetmelikteki başvuru usul ve esasları, 4734 sayılı Kanun ve 2571 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu çerçevesinde incelenmiştir.

4734 sayılı Kanunun uygulaması yeni olduğundan bu alanda ortaya çıkan sorunlar ve boşluklar Kamu İhale Kurulu'nun düzenleyici işlemleri doldurulmaya çalışılmakta ise de yargı içtihatları henüz oluşmadığından bütünüyle bir istikrar yoktur. Bu istikrarı, yargısal denetimin sağlayacağı düşünülmektedir.

KİK'in kuruluşundan itibaren geçen üç yıllık dönemde üzerine düşen görevi yerine getirmede, uygulamayı gözetmede, yönlendirmede ve zorlukları aşmadaki başarısının takdirle anılması gerekmektedir. Ancak, Kurum'un nerdeyse bütün enerjisini ve bilgi birikimini itirazın şikayet yolu ile kendisine intikal eden uyuşmazlıkları çözmek üzerine yoğunlaştırmasının yanı sıra, bir BİO olmanın ana görevi olan düzenleyici işlemler tesisi suretiyle uygulamayı yönlendirme işlevine daha da ağırlık vermesinin gerekliliği ortaya çıkmaktadır.

KİK'in uyması ve gözetmesi kanuni zorunluluk olan yargı içtihatları oluşana kadar, halihazırda mevcut ilk derece yargı kararları ve idare ile isteklilerden gelen dilek, istek ve şikayetleri iyi analiz ederek tesis edeceği düzenleyici işlemlerin ihale işlem ve eylemlerinden uyuşmazlıklara konu olabilecekleri azaltacağı gibi uygulamayı daha da rahatlatacağı sonucuna ulaşılmıştır.

## **ABSTRACT**

The subject of the thesis is the review by contracting entities and review by the Public Procurement Board of the tenders within the scope of Public Procurement Law No. 4734 that entered into force as of 01.01.2003.

The aims of the thesis is the determination of the stages at which complaint review applications may be submitted to contracting entities, tenders for which Public Procurement Board is authorized to review, methods and principles of appeals to Public Procurement Board for review, principles of review by Public Procurement Board, decision making process of Public Procurement Board, the principles for application of Public Procurement Board decisions and overview of these issues within the context of EU practices and Directives.

In Public Procurement Law No. 4734 application for review by contracting entity and appeal to Public Procurement Authority for tenders is prescribed before the judicial review.

Due to the short time period elapsed since the introduction of complaint review procedures for tenders within the scope of Public Procurement Law No. 4734, the determination of problems arising during these procedures and solutions to these problems are essential.

Methods and principles of application for review prescribed in the Regulation of Administrative Applications for Review of Tenders published by Public

Procurement Authority are analyzed within the context of Public Procurement Law No. 4734 and Administrative Judgment Method Law No. 2571.

Although the problems and shortcomings arising due to the short time period elapsed since the application of Public Procurement Law No. 4734 are resolved by administrative procedures of the Public Procurement Board, there isn't a stability established due to the lack of judicial case law. It is thought that the stability will be established by judicial review.

The success of the Public Procurement Authority in the fulfillment of its duties, the monitoring of applications, the directing and resolving the problems in three years since its establishment should be appraised. However, the Authority as an independent administrative body should focus on guiding of applications through regulatory procedures as well, instead of intensifying the work on resolving of appeals for review procedures.

The final outcome of this study is that, Public Procurement Authority can decrease the circumstances leading to complaints and relieve the application through regulatory procedures based on a detailed analysis of currently existing decisions of courts of first instance and feedbacks of contracting entities and economic operators until the accumulation of judicial case law which the Public Procurement Authority will abide by and monitor.