

# 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nda Belirtilen Temel İlkelerden Gizlilik İlkesi\*

Confidentiality Principle from Among the Fundamental Principles in the Public Procurement Law Numbered 4734

Asuman ÇAPAR\*\*

## ÖZ

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda belirtilen kamu kurum ve kuruluşları yapım işleri, hizmet veya mal alımları ihaleleri konusunda bu Kanun'da belirtilen kamu ihale usulünü kullanmaktadır. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda kamu ihale sürecinin hukuka uygun bir şekilde yürütülebilmesi için çeşitli ilkeler öngörülmüştür. Bu ilkeler temel olarak kamu hizmetinin verimli ve etkin olarak yürütülmesi amacıyla benimsenmiştir. Bu ilkelerden birisini *gizlilik ilkesi* oluşturmaktadır. Bu çalışmanın amacı Kamu İhale Kanunu'nda belirtilmiş olan ihale aşamasında uygulanması gereken temel ilkelerden *gizlilik ilkesinin* ne olduğunu ortaya koymaktır. Gizlilik ilkesi Kamu İhale Kanunu'nda belirtilmiş olan sınırlı bazı alanlarda uygulanmaktadır. Temel olarak ihale sürecinde yaklaşık maliyetin, tekliflerin, buna ilişkin bilgi ve belgelerin gizliliği ilkesi; bunların açıklanması yasağı hakimdir. Bununla birlikte yaklaşık maliyetin gizliliğinin gerekliliği konusu tartışılmaktadır. Gizlilik ilkesinin ihlal edilmesi halinde, ihlal edenler bakımından çeşitli yaptırımlar öngörülmüştür.

**Anahtar Kelimeler:** Kamu İhale Kanunu, kamu ihalesi, Kamu İhale Kanunundaki temel ilkeler, gizlilik ilkesi, yaklaşık maliyet.

## ABSTRACT

The public institution and establishments specified in the Public Procurement Law numbered 4734 use the public procurement procedure indicated in this Law for construction works, service and product procurements. Various principles have been set forth in the Public Procurement Law numbered 4734 in order to ensure that the public procurement process can be conducted in accordance with the law. These principles have been adopted to ensure that the public service can be carried out in an efficient and effective manner. *Confidentiality principle* is one of these principles. The aim of the present study was to put forth what the *confidentiality principle* is from among the fundamental principles set forth in the Public Procure-

\* Makale gönderim tarihi: 09.11.2020. Makale kabul tarihi: 11.12.2020. Asuman Çapar, "4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nda Belirtilen Temel İlkelerden Gizlilik İlkesi", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 2, 2020, s. 87-117; <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2020.07.2.08>.

\*\* Öğr. Gör. Dr., Sivas Cumhuriyet Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İletişim: [acapar@cumhuriyet.edu.tr](mailto:acapar@cumhuriyet.edu.tr), <https://orcid.org/0000-0002-7870-0811>.

ment Law which should be implemented during the procurement stage. The confidentiality principle is implemented in certain limited areas indicated in the Public Procurement Law. In principle, confidentiality and the prohibition to disclose the approximate cost, quotations, related information and documentation prevail during the procurement process. The necessity for the confidentiality of approximate cost is also under discussion. Various enforcements have been envisaged for those who breach the confidentiality principle.

**Keywords:** Public Procurement Law, public tender, fundamental principles in the Public Procurement Law, confidentiality principle, approximate cost.

## Giriş

İdarenin yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetleri günümüzde oldukça artmıştır. Kamu hizmetlerinin çeşitlenmesi, ihtiyaçların çoğalması ve nüfusun artması gibi nedenlerle bütün kamu hizmetlerinin kamu kurum ve kuruluşları tarafından yürütülmesi güçleşmiştir. Bu nedenle kamu kurum ve kuruluşları, yürütülmesi gereken bazı işleri ve hizmetleri özel hukuk kişileri vasıtasıyla yerine getirmektedir.

Özel hukuk kişilerine kamusal ihtiyaçların karşılanmasında başvurulması giderek artmaktadır. Çeşitlenen kamu hizmetlerinin yürütülmesi amacıyla kamu sektörü, özel sektörden büyük oranda mal ve hizmet almaktadır. Bu amaçla idare ile özel hukuk kişisi arasında sözleşme yapılmaktadır. İdare, akdedeceği sözleşmelerde karşı tarafı belirleme konusunda tam bir serbestiye sahip olmayıp ilgili kanunlar uyarınca öngörülen usullere uymak zorundadır. İdarenin, yapım işini ve mal ya da hizmet alımını gerçekleştirmek üzere istekliler arasından birisini seçme konusunda, faaliyete geçme aşamasından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan aşamalar ihale sürecini oluşturur.

Kamu ihaleleri yolsuzluklardan uzak bir yönetimin ve kamu kaynaklarının etkili bir şekilde kullanılmasının araçlarından birisi olarak görülmektedir.<sup>1</sup> Bu nedenle idare tarafından sıklıkla kullanılan bir usuldür. Kamu ihalelerinde hedeflenen temel amaç kamu yararının gerçekleştirilmesidir. Kamu ihale işlemlerinde hukuka uygunluğun sağlanarak en yüksek verimin elde edilmesi ile kamu yararı gerçekleşir.

1 Arif Köktaş, Fatih Karaosmanoğlu, Veysel K. Bilgiç, *Yolsuzluğun Önlenmesi İçin Etik Projesi Kamu İhaleleri ve Etik*, T.C. Başbakanlık Kamu Görevlileri Etik Kurulu, Ankara, Ekim 2009, sayfa (s.) 1.

İhale konusunda idarenin tabi olduğu temel kanunlardan birisi 4734 sayılı Kamu İhale Kanunudur<sup>2</sup> (Kamu İhale Kanunu).<sup>3</sup> İhalelerin hukuka ve amacına uygun yapılması için Kamu İhale Kanunu'nda pek çok ilke benimsenmiştir. İhaleleri yaparken idarenin bu temel ilkelere uyması zorunludur.<sup>4</sup> Böylelikle Kamu İhale Kanunu kapsamına giren kurum ve kuruluşların ihtiyaçlarının en uygun şekilde karşılanması amaçlanmaktadır.

Bu çalışma Kamu İhale Kanunu'nun 5. maddesinde belirtilmiş olan temel ilkelerden gizlilik ilkesinin neyi ifade ettiğini ve kapsamını ortaya koymayı hedeflemiştir. Çalışmada öncelikle kamu ihalesi kavramı, devamında gizlilik ilkesinin ne anlama geldiği ve kapsamı açıklanmıştır. Gizlilik ilkesinin ihlali durumunda karşılaşılan yaptırımlara değinilmiştir. Çalışma yapılırken konu ile ilgili mevzuattan, literatürden, Kamu İhale Kurulu ve yargı kararlarından yararlanılmıştır.

## I. Genel Olarak İhale Kavramı

İhale kavramı Arapça “*havale*” kavramından türetilmiş bir kavramdır ve “*bir işi birinin üzerinde bırakma*” anlamına gelmektedir.<sup>5</sup> Türk Dil Kurumunun Güncel Türkçe Sözlüğünde ihale kavramı bir işi, malı veya benzerini birden fazla istekli içerisinden en uygun şartlarla almayı ya da yapmayı kabul eden kimseye verme, artırma ya da eksiltme olarak tanımlanmıştır.<sup>6</sup> Danıştay ise ihale kavramının “*imzalanacak sözleşmelerin oluşum sürecindeki idarenin yaptığı bir dizi işlemleri*” ifade ettiğini belirtmiştir.<sup>7</sup> İhale usulü özel hukuk alanında da kullanılabilecek bir usul olduğu için kamu kurumları ve idareleri tarafından kullanılan ihale usulü *kamu ihalesi* olarak adlandırılmaktadır.

2 Resmi Gazete, Tarih: 22.01.2002, Sayı (S): 24648, Kabul Tarihi: 04.01.2002;

<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4734.pdf>, (28.02.2020).

3 Bu konuda idarenin tabi olduğu temel kanunlardan bir diğeri 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'dur. İhale usulünü düzenleyen bu temel kanunlar haricinde 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun, 3465 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun gibi bazı kanunlarda da ihale usulüne ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Kamu İhale Kanunu'na göre yapılan sözleşmelerin düzenlenmesiyle ve uygulanmasıyla ilgili esaslar ve usuller hakkında 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu uygulanmaktadır.

4 Cevdet Uysal, “İhale Kanununda Yer Alan Temel İlkelerin İhaleye Fesat Karıştırma Bağlamında Değerlendirilmesi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 13, Sayı 147, 2018, s. 116; Sadettin Doğanyığıt, *Açıklamalı-İçtihatlı- Sorun Çözümlü Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu*, 17. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 163; Murat Sezginer, *İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 28.

5 İl Han Özyay, *Günışığında Yönetim*, (İçinde: Oder), 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 549.

6 <https://sozluk.gov.tr/?kelime=>, (26.03.2019).

7 Danıştay 13. Dairesi, 2007/1724 Esas (E.), 2010/1168 Karar (K.), Karar Tarihi (KT): 10.02.2010; [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), (25.08.2019).

Kamu İhale Kanunu'nun 4. maddesinde ihale kavramı bu Kanun kapsamına giren kamu alımları ve yapım işleri bakımından tanımlanmıştır. Burada ihale kavramı bu Kanun'da belirtilmiş olan usuller ve şartlar uyarınca yapım işlerinin, mal ya da hizmet alımlarının istekliler içerisinde seçilecek birisine bırakıldığını gösteren ve ihale yetkilisinin onayı sonrasında sözleşmenin imzalanmasıyla tamamlanan işlemler olarak belirtilmiştir.

Genel olarak ihale kavramı kamu alımları ve yapım işleri haricinde daha geniş bir alanı kapsamakta olup, kamu mallarının kiralanması ve satımı konusunda<sup>8</sup> da kullanılmaktadır. Bu durumda kamu ihaleleri, kamu hizmetlerini yürütmek için idarenin ihtiyaç duyduğu hizmetleri ve malları almak, yapım işlerini gerçekleştirmek, bununla birlikte idarenin mülkiyetinde bulunan malları kiralamak ya da satmak amacıyla imzalayacağı sözleşmelerin sürecini ve karşı tarafını belirlemesi konusunda uygulanan idari usul kurallarının tümünü ifade eder.<sup>9</sup>

İhale süreci ihaleye hazırlık aşaması ve ihale aşamasından oluşur. İhale süreci öncelikle ihaleye idare tarafından hazırlık yapılmasını gerektirir. Bu hazırlık ihale konusu işin tespiti ve buna uygun olarak ihale dokümanının hazırlanmasıdır. Kamu İhale Kanunu'na göre idare ihale konusu işi belirler, işin ayrıntılı tanımını ve teknik özelliklerini teknik şartnameyle düzenler, işin yaklaşık maliyetini hesaplar ve ödeneği teyit eder. Sonrasında uygun ihale usulünü belirleyip bu usule göre ihale dokümanını hazırlar. İhale onayının alınmasıyla birlikte ihale komisyonu kurulur ve ihale ilan edilir. Böylelikle hazırlık aşaması tamamlanmış olur.<sup>10</sup> Bu hazırlıkların yapılmasından sonra ihale aşaması başlar. İhale aşamasında teklifler sunulur, sunulan teklifler değerlendirilir, sözleşme yapılacak istekli belirlenip sözleşmeye davet edilir ve sözleşmenin imzalanmasıyla ihale süreci sonuçlandırılır.<sup>11</sup>

Aşağıda ifade edileceği üzere ihaleye hazırlık aşamasında hesaplanan yaklaşık maliyetin gizliliği ilkesi söz konusudur. İhale aşamasında ise isteklilerin teklifleri ile buna ilişkin bilgi ve belgelerin gizliliği söz konusudur. Bu bilgi ve belgelerin gizliliği, tekliflerin açılma zamanına kadar olan süreç için geçerli olup, bu aşamadan sonra bunların gizliliği söz konusu değildir.

8 Örneğin 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu...

9 Serkan Seyhan, *4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu Kapsamındaki İhalelerin İdari ve Yargısal Denetimi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2018, s. 8

10 Sezginer, s. 81-82.

11 A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, *İdare Hukuku-Genel Esaslar*, Cilt 1, 11. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, s. 524.

## II. Kamu İhale Kanunu'na Göre Gizlilik İlkesinin Anlamı ve Kapsamı

Kamu İhale Kanunu'nda ihale aşamasında bu süreçte yapılacak işlemlerde uyulması gereken birtakım ilkeler belirtilmiştir. Kamu İhale Kanunu kapsamında yapılan ihalelerin bu ilkelere uygun olarak gerçekleştirilmesi gerekir. Bu ilkeler Kamu İhale Kanunu'nun "Temel ilkeler" başlıklı 5. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre;

*"İdareler, bu kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur.*

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

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

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

*Ödeneği bulunmayan hiçbir iş için ihaleye çıkılamaz.*

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

Kamu İhale Kanunu bu ilkeler üzerine inşa edilmiştir ve ihalelerin bu ilkelere uygun olarak yapılması amaçlanmıştır.<sup>12</sup> İhale aşamasında bu ilkelere uyulmaması durumunda ihale sakatlanacaktır. Fakat eşitlik ilkesi, gizlilik ilkesi gibi bazı ilkelere uyulmaması 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda<sup>13</sup> (Türk Ceza Kanunu) düzenlenmiş olan ihaleye fesat karıştırma suçu gibi suçlar bakımından ayrıca önem arz eder.<sup>14</sup> Bununla birlikte belirtmek gerekir ki bu ilkelere getirilmiş bazı istisnalar vardır. Örneğin "İdarelerin Yabancı Ülkelerdeki Kuruluşlarının Mal ve Hizmet Alımları ile Yapım İşlerine İlişkin Esaslar" başlıklı 2004/8030 sayılı Bakanlar Kurulu kararının 5. maddesi ile güvenliği gerektiren ya da gizliliği olan durumlarda ilgili bakanın onayıyla bu ilkelere uyulmayabileceği şeklinde bir istisna getirilmiştir.<sup>15</sup>

12 H. Eyüp Özdemir, "Kamu İhale Kanunu'nda 'Rekabet' İlkesi", *Sağlık Hukuku İlaç Sektöründe Haksız Rekabet ve Rekabet Hukuku Sempozyumu*, 02.05.2008, Marmara Üniversitesi, İstanbul, 2008, s. 25.

13 Resmi Gazete, Tarih: 12/10/2004, S:25611; <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf>, (15.09.2020).

14 Uysal, s. 116.

15 Resmi Gazete, Tarih: 04.11.2004, S: 25633; <https://teftis.ktb.gov.tr/TR-14305/idarelerin-yabanci-ulkelerdeki-kuruluslarinin-mal-ve-hi-.html>, (17.02.2020).

İhaleye hakim olan birtakım ilkelerin gerçekleşmesi için ihale sürecinde bazı konularda gizliliğin sağlanması gerekmektedir.<sup>16</sup> Bu ilkeler eşit muamele ilkesi, rekabet ilkesi ve güvenilirlik ilkesi gibi ilkelerdir. Bu kapsamda aşağıda ifade edildiği üzere ihale sürecinde uyulması şart koşulmuş olan ilkelerin birbirini destekler nitelikte olduğu, birbirinden tamamen ayrı ilkeler olmadığı görülmektedir.

### A. Gizlilik İlkesinin Anlamı

Gizlilik ilkesi ihale sürecinin objektif bir şekilde işlemesi için sınırlı ve belirli konularda getirilmiştir.<sup>17</sup> Gizlilikten kastedilen ihalenin gizli bir şekilde yapılıp, tekliflerin gizli bir şekilde açılması değildir.<sup>18</sup> 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na göre gizlilik ilkesi ihale sürecinde tespit edilen yaklaşık maliyetin ve isteklilerin teklifleri ile buna ilişkin bilgi ve belgelerin açıklanması gereken zamana kadar gizliliğini ifade eder. Bunların ifşası yasaklanmıştır ve bu yasağa aykırı davranışlar yaptırma bağlanmıştır.

Gizlilik ilkesi, ihale işlemlerini gerçekleştiren görevlilerin ve danışmanlık hizmeti sunanların gizlilik ilkesi kapsamında kalan hususlarda vakıf olduğu, ihale sürecine ve isteklilere ait açıklanması sakıncalı olan bilgilere ilişkin olarak uygulanır. Tekliflerin açıklanması aşamasına kadar gizli kalması gereken yaklaşık maliyetin, isteklilerin tekliflerinin ve buna ilişkin bilgi-belgelerin gizliliğini ifade eder.<sup>19</sup> Bu ilke ihale sürecine hukuka aykırı müdahaleler yapılmasını engelleyerek isteklilere ve üçüncü kişilere ihale süreci sonuna kadar açıklanmaması gereken bilgi ve belgelerin muhafaza edilmesini sağlar.<sup>20</sup>

Gizlilik ilkesi, aynı zamanda güvenilir bir ihale sistemini de gerçekleştirmeye hizmet eder. Fakat gizlilik ilkesinin Kamu İhale Kanunu'nda belirtilen çerçevede kalması gerekir.<sup>21</sup> Çünkü ihale sürecinde geçerli olan temel ilkelerden biri-

16 Ümit Süleyman Üstün, Hande Sena Çalış, "4734 Sayılı Kamu İhale Kanununa Hâkim Olan İlkelerin Değerlendirilmesi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 26, Sayı 2, 2018, s. 126; Sezginer, s. 809; Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 526.

17 Zülfi Kılıç, *Kamu İhale Kılavuzu*, 2. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2018, s. 804-806; Ayşe Esin Sancar, "4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 5. Maddesinde Yer Alan Temel İlkelerin Değerlendirilmesi", *Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 2, 2014, s. 165; Yaşar Gök, "Kamu İhale Hukukuna Hakim Olan İlkeler", *Dış Denetim Dergisi*, Ekim-Kasım-Aralık 2010, s. 17.

18 Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, Cilt II, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019, s. 120.

19 H. Hüseyin Gürhan, Namık Dağalp, Vural Şahbenderoğlu, Atilla İnan, *Son Değişikliklerle Soru ve Cevaplı Kamu İhale Hukuku*, Merkez Matbaacılık, Ankara, 2009, s. 24.

20 Turan Yıldırım, Melikşah Yasin, Nur Kaman, Halit Eyüp Özdemir, Gül Üstün, Hüseyin Melih Çakır, Özge Okay-Tekinsoy, *İdare Hukuku*, (İçinde: Özdemir), Editör: Turan Yıldırım, 8. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2020, s. 721-722.

21 Halit Eyüp Özdemir, *Kamu İhale Kanunu'nda Düzenlenen İhale İşlemleri*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2005, s. 71, (İhale İşlemleri).

si ihalenin saydam olmasıdır.<sup>22</sup> Gizlilik ilkesi saydamlık ilkesiyle çelişiyor gibi görünse de bu ilkeyle korunan gizlilik, ihale sürecinin objektif ve hukuka uygun bir biçimde yürütülmesiyle sınırlı bir çerçevededir. Bu sınırlar Kamu İhale Kanunu'nda belirlenmiş olup bunların haricinde saydamlık ilkesinin ihlali anlamına gelecek bir gizlilik uygulaması söz konusu değildir.<sup>23</sup>

Kamu ihalelerinde saydamlık ilkesi, aksi kanunda düzenlenmediği sürece ihale sürecindeki bütün işlemlerin ilgililerin bilgisine, gözetimine ve denetimine açık olarak yapılmasını, ihaleye katılan tüm isteklilere eşit muamele edildiğinin, ihale işlemlerinin kamu ihale mevzuatına uygun olarak yapıldığının açıkça anlaşılabilmesini ifade eder.<sup>24</sup> Saydamlığın sağlanması için ihalenin ilan edilmesi ve tekliflerin aleni bir şekilde açılması gerekir.<sup>25</sup> Saydamlık ilkesi ihalelerin isteklilerin yanı sıra yapılan ihalede hazır olan kişiler önünde açık olarak yapılmasını ve ihale dışında kalan ya da teklifi uygun bulunmayan isteklilerin istemesi halinde yazılı şekilde gerekçelerin bildirilmesini gerektirir.<sup>26</sup> Gizlilik ilkesi kapsamına girenler haricinde kalan diğer işlemler ve işler isteklilere açık bir biçimde gerçekleştirilmedi. Ayrıca ihalenin neticesiyle ilgili gerekçeli bilgi verilmeli ve ihalenin sonucu ilan edilmelidir.<sup>27</sup>

## B. Gizlilik İlkesinin Kapsamı

Kamu İhale Kanunu'nun 9., 60. ve 62. maddesi uyarınca gizlilik ilkesinin kapsamına yaklaşık maliyetin gizliliği, teklif ve teklife ilişkin bilgi ve belgelerin gizliliği; 53. ve 61. maddesi uyarınca gizli kalması gereken bilgi ve belgelerin ifşası yasağı girmektedir. Bunlar aşağıda incelenecektir.

22 Ömer Gedik, "Kamu İhalelerine Hakim Olan İlkeler", Yücel Oğurlu, Ömer Gedik, Eren Kalanyuva, Esra Doğan, Zeynep Çelik, M. Serdar Saltabaş, İdris Kaydul, *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Kamu İhale Uygulamaları*, Editör: Yücel Oğurlu, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, İstanbul, 2011, s. 166.

23 Gök, s. 17.

24 Kamu İhale Kurulu, 2010/UM.I-3864, KT: 21.12.2010, <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 30.10.2020; Bu çalışmada kullanılan erişim adresi belirtilmeyen Kamu İhale Kurulu kararlarının tümü "https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx" adresinden, belirtilen tarihte alınmıştır.

25 Kemal Gözler, Gürsel Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, 22. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2020, s. 444.

26 Sezginer, s. 807.

27 Gök, s. 13-14; Kamu İhale Kurulu, 2016/UH.II-2428, KT: 05.10.2016; "...saydamlık ilkesi, ihale ilanının herkes tarafından görülebilmesini, ihale dokümanının ihaleye katılmak isteyen herkes tarafından görülüp satın alınabilmesini, gizlilik şartı bulunan işlemler dışındaki işlemlerin istekliler tarafından bilinmesini teminat altına alan bir ilkedir..."

## 1. Yaklaşık Maliyetin Gizliliği İlkesi

Yaklaşık maliyet yapılacak işin idare tarafından öngörülen bedelini ifade etmektedir.<sup>28</sup> Kamu kurumları ve idareleri mal ya da hizmet alımı ile yapım işleri konusunda ihalenin hazırlık aşamasında, söz konusu yapım işine, malın ya da hizmetin alınmasına ilişkin olarak yaklaşık maliyet araştırması yapmaktadır.

Kamu İhale Kanunu'nun "Yaklaşık maliyet" başlıklı 9. maddesinde "Mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalesi yapılmadan önce idarece, her türlü fiyat araştırması yapılarak katma değer vergisi hariç olmak üzere yaklaşık maliyet belirlenir ve dayanaklarıyla birlikte bir hesap cetvelinde gösterilir. Yaklaşık maliyete ihale ve ön yeterlik ilânlarında yer verilmez, isteklilere veya ihale süreci ile resmî ilişkisi olmayan diğer kişilere açıklanmaz." şeklinde düzenleme yapılmıştır.

Kamu İhale Kanunu'nun 62. maddesinin (d) bendinde de "İdarelerce bütçesinin programlanmasında, ihalede ise isteklilerce verilen tekliflerin karşılaştırılmasında kullanılmak üzere tespit edilen yaklaşık maliyet isteklilere duyurulmaz." şeklinde ifade edilerek yaklaşık maliyetin gizliliği vurgulanmıştır.

Yaklaşık maliyetin açıklanma zamanı "Tekliflerin alınması ve açılması" başlığı altında Kamu İhale Kanunu'nun 36. maddesinin 2. fıkrasında belirtilmiştir. Buna göre;

*"İsteklilerin belgelerinin eksik olup olmadığı ve teklif mektubu ile geçici teminatlarının usulüne uygun olup olmadığı kontrol edilir. Belgeleri eksik veya teklif mektubu ile geçici teminatı usulüne uygun olmayan istekliler tutanakla tespit edilir. İstekliler ile teklif fiyatları ve yaklaşık maliyet tutarı açıklanır. Bu işlemlere ilişkin hazırlanan tutanak ihale komisyonunca imzalanır."*

Kamu İhale Kanunu'nun 36/2. maddesi ve İhale Uygulama Yönetmelikleri<sup>29</sup> uyarınca yaklaşık maliyet teklif fiyatlarıyla birlikte, pazarlık usulüyle yapılan ihalelerdeyse son yazılı fiyat teklifiyle birlikte açıklanır. Bu çerçevede

28 Özdemir, İhale İşlemleri, s. 71; İhale sürecinde yaklaşık maliyetin hesaplanmasının iki temel fonksiyonu vardır. Bunlardan ilki "ödeneği bulunmayan hiçbir iş için ihaleye çıkılmaz" kuralı gereği, ödeneğin belirlenmesi bakımından yaklaşık maliyet önem taşımaktadır. İdare ödeneğin bulunup bulunmadığını, yaklaşık maliyet hesabına göre yapacaktır. İkinci olarak ise yaklaşık maliyet aşırı düşük tekliflerin belirlenmesini sağlamaktadır. Tekliflerin aşırı düşük olup olmadığının tespitinde yaklaşık maliyet hesabı da dikkate alınır ve Kamu İhale Kanunu uyarınca aşırı düşük teklif sahiplerinden açıklama istenir. Bunların haricinde ekonomik açıdan en avantajlı teklifin tespiti, ihale ilan süresinin tespiti, ihale usulünün tespiti, sadece yerli isteklilerin katılabileceği ihalelerin tespiti gibi hususlar bakımından da yaklaşık maliyet hesabı kullanılmaktadır; Sezginer, s. 1332-1333.

29 Bunlar; Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, Danışmanlık Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, Çerçeve Anlaşma İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, Elektronik İhale Uygulama Yönetmeliği'dir; <https://www.ihale.gov.tr/Mevzuat.aspx>, (24.11.2020).

teklif zarflarının ihale komisyonu tarafından incelenmesinin ardından, teklif zarfları açılmadan önce yaklaşık maliyet açıklanır. İsteklilerin sunmuş olduğu teklif zarflarının hiçbirisinin Kamu İhale Kanunu'nun 30/1. fıkrasına<sup>30</sup> uygun olmadığı anlaşılırsa yaklaşık maliyet açıklanmayacaktır. Kısmi teklif verilmesi mümkün olan ihalelerde ise yaklaşık maliyetin açıklanacağı aşamada ihale komisyonu, toplam yaklaşık maliyet tutarı ile her bir kısım bakımından belirlenmiş olan yaklaşık maliyet tutarını ayrı ayrı açıklayacaktır.<sup>31</sup> Yaklaşık maliyetin bu aşamadan sonra açıklanması gizlilik ilkesinin ihlali anlamına gelmez.<sup>32</sup>

Yaklaşık maliyet konusu Kamu İhale Kanunu'na göre ihale sürecinin temel noktalarından birisini oluşturmaktadır. Yaklaşık maliyetin gizliliği Kamu İhale Kanunu'nda ve ilgili mevzuatta açıkça düzenlenmiş olmakla birlikte, yaklaşık maliyetin gizliliğinin gerekliliği konusunda doktrinde tartışma vardır. Bir görüş yaklaşık maliyetin gizliliğinin gerekli ve faydalı olduğunu savunmaktadır. Bu görüş taraftarlarınca, yaklaşık maliyetin isteklilerin tekliflerinin açılması safhasından önce açıklanmasının bazı sorunlara neden olacağı ileri sürülmektedir. Buna göre yaklaşık maliyetin gizliliği ilkesinin ihlali durumunda ihaleye katılan bazı istekliler bakımından avantajlı durumların doğması söz konusu olabilir.<sup>33</sup> Yaklaşık maliyetin gizliliği ilkesine uyulmamasının kamu ihalelerinin eşit koşullarda, rekabetçi bir ortamda yapılmasını engelleyerek,<sup>34</sup> ihalelerde yolsuzlukları ve usulsüzlükleri artırarak kamu düzeninin bozulmasına sebep olacağı, ayrıca bu durumun kamu üzerinde mali yük bırakarak, telafisi mümkün olmayan zararların ortaya çıkmasına neden olabileceği ileri sürülmüştür.<sup>35</sup>

Yaklaşık maliyetin ihale ilanında ya da ihale dokümanında açıklanması halinde birtakım sakıncaların ortaya çıkması muhtemeldir. Bu durumda yaklaşık maliyet hesabına ilişkin itirazlar artacaktır. Bu ise ihale sürecinin uzamasına neden olacaktır.<sup>36</sup> Yaklaşık maliyetin ihale dokümanı ile açıklanmasının bir di-

30 Tekliflerin hazırlanması ve sunulması- Madde 30- "Teklif mektubu ve geçici teminat da dahil olmak üzere ihaleye katılabilme şartı olarak istenilen bütün belgeler bir zarfa konulur. Zarfın üzerine isteklinin adı, soyadı veya ticaret unvanı, tebligata esas açık adresi, teklifin hangi işe ait olduğu ve ihaleyi yapan idarenin açık adresi yazılır. Zarfın yapııştırılan yeri istekli tarafından imzalanır ve mühürlenir."

31 Kamu İhale Genel Tebliği, 16.2.4-16.2.6. madde, <http://www.ihale.gov.tr/Mevzuat.aspx>, (24.11.2020).

32 Bakınız (Bkz.) Kamu İhale Kurulu, 2019/UY.I-51, KT: 09.01.2019.

33 Üstün, Çalış, s. 128.

34 Özdemir, İhale İşlemleri, s. 71.

35 Nurdoğan Ünal, *İhale Suçları- İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 42.

36 Hacı Mehmet Kuloğlu, "Yaklaşık Maliyetin Gizliliği", *Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu/Uygulamalarının Değerlendirilmesi Sempozyumu*, 4-5 Aralık 2017, Kamu İhale Kurumu- Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, Ankara, 2017, s. 15.

ğer dezavantajı ise sınır değer<sup>37</sup> konusunda ortaya çıkabilir.<sup>38</sup> Kamu ihale sürecinde aşırı düşük tekliflerin ve ekonomik bakımdan en avantajlı teklifin belirlenmesinde kullanılan sınır değer hesabında, isteklilerin teklifleri ve sınır değer katsayısıyla birlikte yaklaşık maliyet de kullanılmaktadır.<sup>39</sup> Böylelikle ihalenin gerçekleşmesi güç nitelikte olan teklifin üzerinde kalmasının önüne geçilmesi ve en avantajlı teklifin belirlenmesi hedeflenir. Yaklaşık maliyetin bilinmesi durumunda istekliler tekliflerini buna göre ayarlayacak ve sınır değer altında kalmamaya çalışacaktır. Bu durumda istekliler kimi zaman kendi ekonomik koşullarına uymayan teklifler verebilirler. İhalenin yeterli ekonomik gücü olmayan bir istekli üzerinde kalması durumunda, işin tamamlanması açısından risk ortaya çıkabilir.

Yaklaşık maliyetin gizliliği konusunda ikinci görüş ise bunun gizliliğini eleştirmektedir. Bu görüş taraftarlarınca yaklaşık maliyetin gizliliği ilkesine çeşitli eleştiriler yöneltilmiştir. Yaklaşık maliyetin gizliliğini eleştirenler, tekliflerin açıklanmasına kadar yaklaşık maliyetin gizli tutulmasının bir faydasının olmadığını, fiiliyatta bunu sağlamanın güç olduğunu, yaklaşık maliyetin istekliler tarafından bilinmesinin ihale sürecine bir zararının olmadığını ileri sürmektedir.<sup>40</sup> Yaklaşık maliyetin hesaplanabilir bir husus olduğu ifade edilmiştir. Kamu kurumlarının ve idarelerinin özellikle yapım işlerinde resmi birimler ve fiyatlar kullanarak yaklaşık maliyeti hazırlaması, cari birim fiyat listelerinin düzenli olarak yayınlanması, personel istihdamına ilişkin hizmet alım ihalelerinde yüklenici karının sabit olarak alınması ve asgari ücret üzerinden yaklaşık maliyet hesabının zorunlu olması gibi faktörler yaklaşık maliyetin hesap edilmesini mümkün kılmaktadır.<sup>41</sup>

Bir diğer görüş olarak yaklaşık maliyetin açıklanmasının veya gizliliğinin sağlanmasının her ikisinin de avantajlarının ve dezavantajlarının bulunduğu belirtilmiştir. Yaklaşık maliyetin açıklanması durumunda çok fazla teklifin geldiği ihalelerde istekliler birbiriyle anlaşarak yaklaşık maliyete göre çok düşük

37 Kamu İhale Kanunu'nun 38. maddesi uyarınca "Kurum, ihale konusu işin türü, niteliği ve yaklaşık maliyeti ile ihale edilme usulüne göre aşırı düşük tekliflerin tespiti, değerlendirilmesi ve ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesi amacıyla sınır değerler ve sorgulama kriterleri belirlemeye...yetkilidir."

38 İlhan AYTEKİN, "Yaklaşık Maliyetin Gizliliği", *Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu/Uygulamalarının Değerlendirilmesi Sempozyumu*, 4-5 Aralık 2017, Kamu İhale Kurumu- Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, Ankara, 2017, s. 14.

39 Detaylı açıklama için Bkz. Kamu İhale Genel Tebliği 45. ve 79. madde.

40 Merdan HÜRMEYDAN, "Yaklaşık Maliyetin Gizliliği", *Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu/Uygulamalarının Değerlendirilmesi Sempozyumu*, 4-5 Aralık 2017, Kamu İhale Kurumu- Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, Ankara, 2017, s. 17.

41 AYTEKİN, s. 14.

teklif sunabilirler. Az teklifin geldiği ihalelerde ise isteklilerce çok yüksek fiyat teklifinin verilmesine neden olabilir.<sup>42</sup>

İhale sürecinin işletilmesindeki amaç söz konusu mal ve hizmet alımını ya da yapım işini en uygun bedelle, en etkin şekilde yerine getirecek özel hukuk kişinin seçimidir. Yaklaşık maliyetin hesaplanması, idarenin bu amacı gerçekleştirmek için kullandığı kriterlerden birisidir. Burada önemli olan husus ihale sürecinin amacına uygun bir şekilde gerçekleştirilip sonuçlanabilmesi için öngörülen rekabet ortamının eşitlik ilkesi çerçevesinde sağlanmasıdır. Bu sağlandıktan sonra yaklaşık maliyetin bilinmesi bu noktada pek fazla değişiklik yaratmaz. Söz konusu işe ilişkin yaklaşık maliyet hesabının teklif verenler tarafından yukarıda belirtilen sebeplerden ötürü aşağı yukarı tahmini mümkündür. Bu nedenle yaklaşık maliyetin gizliliği ilkesinin pratikte pek fazla fayda sağlamadığı yönündeki görüşlere katılıyoruz.

Yaklaşık maliyetin gizli tutulduğu ihale sürecinde kimi zaman, ilk etapta iş uygun istekliye verilmiş gibi görünse de ilerleyen süreçte yaklaşık maliyetin istekli tarafından doğru hesap edilememesinden dolayı işin tamamlanamaması, yarım kalması gibi durumlarla karşılaşmaktadır. Bu durumda hizmetler aksamakta, idare zaman kaybına uğramakta, yatırımlar gecikmekte, böylelikle kamu zararı ortaya çıkmaktadır.<sup>43</sup> Bu nedenle yaklaşık maliyetin gizliliğinden ziyade bilinmesi ve doğru hesaplanması daha önemlidir.

Yaklaşık maliyet teklif zarflarının açılmasından önce açıklandığı için teklif zarflarının açılmasından sonra herhangi bir nedenle tekliflerin geçersiz olması ya da ihalenin sonuçlandırılmaması durumunda yaklaşık maliyet istekliler tarafından öğrenilmiş olur. İlerleyen süreçte ihalenin tekrarlanması durumunda yaklaşık maliyet daha önce öğrenildiği için yaklaşık maliyetin gizliliğinin fiiliyatta bir anlamı kalmaz. Yukarıda ifade edilen durumlarda da yaklaşık maliyetin tahmini mümkündür. Bu durumda yaklaşık maliyetin gizliliğinin fiiliyatta pek fazla uygulanamadığı söylenebilir.

Yaklaşık maliyetin gizliliğinin kaldırılması durumunda, yaklaşık maliyet hesabı konusunda yapılan itirazların artması ihtimaline karşı, ihale dokümanı ile ilan edilen yaklaşığa itirazın şikayet başvurusunun yapılması ve başvurunun ihale tarihinden önce sonuçlandırılması şeklinde çözüm getirilebilir.<sup>44</sup> Sınır değer konusunda yaklaşık maliyet sınır değerinin hesaplanmasında önemli

42 Köksal Sarınca, "Yaklaşık Maliyetin Gizliliği", *Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu/Uygulamalarının Değerlendirilmesi Sempozyumu*, 4-5 Aralık 2017, Kamu İhale Kurumu-Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, Ankara, 2017, s. 13.

43 Kuloğlu, s. 15.

44 Hürmeydan, s. 17.

bir faktör olmakla birlikte yaklaşık maliyetten bağımsız ya da yaklaşık maliyetin etkisinin asgari düzeyde olduğu bir yöntemin geliştirilmesi mümkündür.<sup>45</sup> Yaklaşık maliyetin ihale ilanında ya da ihale dokümanında açıklanması ile ortaya çıkabilecek bir dezavantaj olan rekabetin olumsuz etkilenmesi durumu ise rekabetin engellenmesini önlemeye yönelik tedbirlerin alınması ile bertaraf edilebilir. Çok fazla teklifin yapıldığı ihaleler bakımından, fiyatların aşırı düşmesini engellemek amacıyla birtakım sınır değerler mevzuatta yapılacak düzenlemeler ile belirlenebilir. Az teklifin verildiği ihaleler bakımından ise teklif fiyatlarının aşırı yükselmesinin önüne geçmek için isteklilerin aralarında gizli anlaşma yapması gibi rekabeti engelleyici davranışların cezalandırılması, gerek olması durumunda Kamu İhale Kanunu'ndaki ve Türk Ceza Kanunu'ndaki bunlara ilişkin yaptırımların ağırlaştırılması ve rekabeti teşvik edici düzenlemelerin yapılması ile bu tür sorunların önüne geçilmiş olur.

Bu konuda Kamu İhale Kurulu kararlarına bakıldığında Kamu İhale Kurulu'nun yaklaşık maliyetin gizliliğinin ihlali konusunda yapılmış olan itiraz başvurularında yürürlükteki mevzuat çerçevesinde değerlendirme yaptığı görülmektedir. Kamu İhale Kurulunun incelemiş olduğu bir dosyada başvuran, yaklaşık maliyetin gizliliği ihlal edildiği için ihalenin iptal edilmesi gerektiği iddiasıyla itirazın şikayet başvurusunda bulunmuştur. Söz konusu ihalede idare, ihale kapsamında kalan bir kısım iş kalemlerine ilişkin birim fiyat ve tutarlarını istekli olabileceklere ihale dokümanı içerisinde vermiştir. İdarenin başvuruyu reddetmesi üzerine, itirazın şikayet incelemesinde Kamu İhale Kurulu, istekli olabileceklere açıklanmış olan birim fiyat ve tutarlarının yaklaşık maliyetin bir kısmını içerdiğini, bu nedenle ihalenin iptalini gerektiren bir durum olmadığını belirtmiştir. Karardaki karşı oy görüşünde ise sehven yapılmış olsa da ihale konusuna ait iş kalemlerinin bir kısmına ilişkin birim fiyat ve tutarlarının, ihale dokümanı ile birlikte istekli olabileceklere verilmesinin yaklaşık maliyetin gizliliği ilkesini ihlal edeceği belirtilmiştir.<sup>46</sup> Kanaatimizce yaklaşık maliyetin gizliliği ilkesini katı bir şekilde yorumlayıp, sehven yaklaşık maliyetin kısmen açıklanması halinde ihalenin iptaline karar vermek ihale sürecini gereksiz bir şekilde aksatacaktır.

Kamu İhlale Kurulu vermiş olduğu bir kararda, personel çalıştırılmasına yönelik ihalelerde yaklaşık maliyetin tahmini mümkün olsa da söz konusu ihale buna ilişkin olmadığı için verilen teklifin sınır değere çok yakın olmasının (sınır değer 1,05 TL üzerinde olmasının) ancak yaklaşık maliyetin bilinmesi ile mümkün olabileceğini belirtmiştir. Kamu İhale Kurulu bu ihalede gizlilik ilke-

45 AYTEKİN, s. 14.

46 Kamu İhale Kurulu, 2018/UY.II-897, KT:02.05.2018.

sinin korunamadığına, teklif edilen bedelin sınır değere çok yakın olması nedeniyle akla yatkın olmadığı gerekçesiyle ihale yetkilisinin vermiş olduğu ihalenin iptali kararının yerinde olduğuna karar vermiştir.<sup>47</sup>

Kamu İhale Kurulunun incelemiş olduğu başka bir itirazın şikâyet başvurusunda idare, “*ihalede teklif veren bir firmanın yaklaşık maliyete çok yakın bir teklif vermesinden hareketle yaklaşık maliyetin muhafaza edilemediği*” gerekçesi ile ihalenin iptaline karar vermiştir. Kamu İhale Kurulu yapmış olduğu incelemede, bu konuda her ne kadar soruşturma başlatılmış olsa da bu fiilin kim tarafından nasıl işlendiğine ilişkin bir bilgi ya da bulgunun ortaya konulamadığını, bunun varlığı kabul edilse bile isteklilerin tekliflerini belirleme ve tekliflerin sıralanışı konusunda etkisinin olduğunu söylemenin somut olay bakımından pek mümkün görünmediğini belirtmiştir. Kamu İhale Kurulu ihaleye katılan isteklilerin de haklarının korunması gerektiğini, yaklaşık maliyetin gizliliğinin ihlal edildiğine yönelik somut bir bilginin ortaya konulamadığını, bir isteklinin diğeri aleyhine menfaat sağladığı yönünde bir sonucun ortaya çıktığının söylenemeyeceğini, bu nedenlerle ihalenin iptali işleminin yerinde olmadığını belirtmiştir.<sup>48</sup>

İncelenen Kamu İhale Kurulu kararlarında görüldüğü üzere Kamu İhale Kurulunun yaklaşık maliyetin gizliliğinin ihlali konusunda tek bir kıstasa göre hareket etmediği görülmektedir. Kamu İhale Kurulu bazı durumlarda yaklaşık maliyetin gizliliğinin ihlali konusunda somut delilin varlığını mutlak bir şekilde aramamış, bu konuda akla yatkınlık, hayatın olağan akışına aykırılık gibi kriterleri kullanarak gizlilik ilkesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Bazı durumlarda ise yaklaşık maliyetin gizliliğinin ihlal edildiğini kabul edip ihaleyi iptal etmek için somut verinin varlığını aramış, ihaleye katılan isteklilerin de haklarının gözetilmesi gerektiğini belirtmiştir. Kamu İhale Kurulu somut olayın özelliğine göre yaklaşık maliyetin gizliliğinin ihlal edilip edilmediğini değerlendirmektedir.

## 2. Tekliflerin ve Başvuru Belgelerinin Gizliliği

Kamu İhale Kanunu’nun 65/1(d) maddesi uyarınca “*Her türlü bilgi alışverişi ile bilginin muhafazasında; verilerin bütünlüğü ile tekliflerin ve başvuru belgelerinin gizliliğinin sağlanması esastır.*”. İhale sürecinde ileri sürülen teklifler ile isteklinin idareye sunmuş olduğu değerlendirmeye esas alınan bilgi ve belgeler gizlilik ilkesi kapsamındadır. Bu düzenlemeye göre gizlilik ilkesi gereğince ihale sürecinde isteklilerin, diğer isteklilerin yapmış olduğu teklifler,

47 Kamu İhale Kurulu, 2016/UH.II-2860, KT: 23.11.2016; Benzer nitelikte başka bir karar için Bkz. Kamu İhale Kurulu, 2016/UH.I-2150, KT: 24.08.2016.

48 Kamu İhale Kurulu, 2016/UH.I-2402, KT: 28.09.2016.

ihale dosyasına sunulmuş olan belge ve bilgiler hakkında ayrıntılı bilgiye sahip olmaları mümkün değildir.<sup>49</sup>

Kamu İhale Kanunu'nun "Tanımlar" başlıklı 4. maddesine göre "Teklif" kavramı "Bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde isteklinin idareye sunduğu fiyat teklifi ile değerlendirmeye esas belge ve/veya bilgiler" olarak tanımlanmıştır. "İstekli" kavramı ise "Mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalesine teklif veren tedarikçi, hizmet sunucusu veya yapım müteahhidini" ifade etmektedir.

Kamu İhale Kurulunun incelemiş olduğu bir dosyada, başvuranın ihaleye teklif veren iki istekliye ait teklif cetvellerine ve birim fiyat teklif mektuplarına ulaştığı tespit edilmiştir. Oysa ihaleye teklif sunan isteklilerce kapalı teklif dosyasında idareye sunulmuş olan belgelerin Kamu İhale Kanunu'nun 61. maddesi uyarınca gizliliğinin sağlanması gerekir. Kamu İhale Kurulu, şikayet başvurusunda bulunanın bu belgeleri şikayet dilekçesi ekinde sunmuş olması hususunun idare tarafından incelenmesi ve gerekiyorsa ilgililer hakkında soruşturma açılması gerektiğine karar vermiştir.<sup>50</sup>

Danıştay incelemiş olduğu bir dosyada, ihalenin kimde kalacağını bildiren bir telgrafın gönderilmiş olmasını ihaleyi iptal kararı vermek için tek başına yeterli görmemiştir. Danıştay söz konusu olayda, birkaç teklif mektubunun bir elden çıktığını gösteren bir şüphe olup olmadığının ve ihaleye katılanların aralarında anlaşma sağlanıp sağlanmadığının yeterli bilgi ve belge ile araştırılması gerektiğini ifade etmiştir.<sup>51</sup> Danıştayın incelemiş olduğu başka bir dosyada Emniyet Genel Müdürlüğüne düzenlenen ekspertiz raporunda, "sekiz ayrı şirket tarafından verilen teklif mektuplarının dört grup halinde her grup için aynı kişi tarafından yazıldığının belirlendiği, farklı iki şirkete ait teklif mektubundaki yazıların ise aynı kalemle yazıldığının belirlendiği" saptanmıştır. Dosyada yapılan incelemede Sayıştay 6. Dairesi tarafından da tekliflerin verilmesinde gizlilik esası zedelendiği gerekçesiyle tescilinin uygun görülmediği tespit edilmiştir. Danıştay, Emniyet Genel Müdürlüğüne düzenlenmiş olduğu ekspertiz raporu uyarınca ihalede gizlilik ilkesinin zedelendiğini ve hazine aleyhine düşük indirimin belirlenmesine neden olduğunu belirtip, ihalenin onaylanmaması işleminin hukuka uygun olduğuna, aksi yöndeki idare mahkemesi kararının bozulmasına karar vermiştir.<sup>52</sup>

49 Kamu İhale Kurulu, 2020/UY.II-52, KT: 08.01.2020.

50 Kamu İhale Kurulu, 2010/UH.III-2944, KT: 04.10.2010.

51 Danıştay 6. Dairesi, 1996 / 4457 E., 1997 / 3069 K., KT: 18.06.1997, www.hukukturk.com, (24.09.2020).

52 Danıştay 10. Dairesi, 2002 / 4939 E., 2004 / 6709 K., KT: 18.10.2004, www.hukukturk.com, (24.09.2020).

İhale sürecinde tekliflerin ve başvuru belgelerinin gizliliğinin sağlanması gerek kamu ihale kurulu kararlarında gerekse Danıştay kararlarında temel bir şart olarak aranmaktadır. İsteklilerin tekliflerinin ve bunlara ilişkin belge ve bilgilerin gizliliğinin sağlanması ihale sürecinin amacına uygun bir şekilde sonuçlandırılması açısından önem taşımaktadır. Aksi bir durum yani isteklinin başvuru bilgi ve belgeleri ile teklifinin diğer isteklilerce öğrenilmesi, ihalenin öngörülen rekabet ilkesine uygun yapılmasına ve eşit koşullarda güvenilir bir şekilde yürütülmesine engel olur. Bu ise idareye olan güvenin sarsılmasına yol açar. Kimi zaman da kamu zararı ortaya çıkabilir.

### 3- Bilgi ve Belgelerin İfşası Yasası

Kamu İhale Kanunu'nun 61. maddesinde “*Bilgi ve belgeleri açıklama yasası*” başlığı altında gizli kalması gereken yaklaşık maliyetin, belge ve bilgilerin ifşası yasaklanmıştır. Buna göre;

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

İfşa etmek “*Gizli bir şeyi açığa çıkarma, yayma*” anlamına gelmektedir.<sup>53</sup> Bu madde uyarınca Kamu İhale Kanunu'nun uygulamasında görevli ve yetkili olan kamu görevlileri ile danışmanlık hizmeti sunan kişiler, ihale işlemleriyle ilgili olarak, isteklilerin işlemleri ve işleriyle yapılan tekliflerin mali ve teknik yönlerine ilişkin olarak gizli kalması gereken belge ve bilgileri açıklayamazlar. Bunlardan kendileri ya da üçüncü kişiler lehine yarar sağlayamazlar. Buna aykırı davranışlar hakkında ilgili yaptırımlar uygulanır.<sup>54</sup>

Kamu ihale Kanunu'nun 5. maddesinde düzenlenen gizlilik ilkesi 61. maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde, ihaleye teklif veren isteklilerin iş ve işlemleriyle, tekliflerin mali ve teknik yönlerine ilişkin bilgilerin gizli kalmasını zorunlu tutmakta, aksi yönde hareket edenler hakkında müeyyide uygulanmasını öngörmektedir.<sup>55</sup>

Kamu İhale Kanunu'nun 53. maddesinin (e) fıkrasına göre “*Kurul üyeleri ile Kurum personeli görevlerini yerine getirmeleri sırasında ilgililere ve üçün-*

53 Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>, (28.09.2020).

54 Muhittin Abacıoğlu, Ali Abacıoğlu, *Açıklama İçtihatı Kamu İhale Kanunu ve Uygulaması*, 11. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 866.

55 Kamu İhale Kurulu, 2012/UH.II-2241, KT: 28.05.2012.

*cü 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 ayrılmalarından sonra da devam eder.”* Bu kapsamda idarenin personeli ile Kamu İhale Kurulu üyeleri görevlerini yaptıkları sırada ilgili kişilere ve üçüncü kişilere ait öğrenmiş oldukları gizli kalması gereken belge ve bilgileri kanunen yetkili kılınan kimselerden başkasına açıklayamazlar.

İfşa edilmesi yasaklanmış olan bilgi ve belgelerin 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu<sup>56</sup> kapsamında da talep edilebilmesi mümkün değildir. 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun “*Ticari Sır*” başlıklı 23. maddesinde “*Kanunlarda ticarî sır olarak nitelenen bilgi veya belgeler ile, kurum ve kuruluşlar tarafından gerçek veya tüzel kişilerden gizli kalması kaydıyla sağlanan ticarî ve malî bilgiler, bu Kanun kapsamı dışındadır*” şeklinde düzenleme yapılmıştır. Bu kapsamda kamu ihalesinde teklif veren isteklilerin teklifleri ve buna ilişkin belgeler açıklanacağı aşamaya kadar ticari sır kapsamında kalan bilgilerdir.<sup>57</sup> Yaklaşık maliyetin, tekliflerin ve buna ilişkin bilgi- belgelerin açıklanmasından sonra, ihale sürecine ilişkin bilgi- belge talepleri konusunda, ilgili kurumun bu talepleri 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu kapsamında karşılaması gerekir. Bu konudaki taleplerin idare tarafından reddedilmesi durumunda, 4982 Sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu uyarınca Bilgi Edinme ve Değerlendirme Kuruluna müracaat edilmelidir.<sup>58</sup> Bilgi Edinme ve Değerlendirme Kurulu pek çok kararında başvuranın ihale sürecindeki bilgi ve belgelerin kendisine verilmesi hakkında yaptığı talepler konusunda, talep edilen bilgi ve belgelerin başvuru sahibine verilmesi gerektiğine karar vermiştir.<sup>59</sup>

### III. Gizlilik İlkesinin İhlali Halinde Uygulanan Yaptırımlar

Gizlilik ilkesine uyulmaması halinde bu ilkeyi ihlal eden kamu görevlisi ve ihale isteklileri bakımından birtakım yaptırımlar öngörülmüştür. Buna ilişkin yaptırımlar Kamu İhale Kanunu'nun 58., 60. ve 61. maddesinde düzenlenmiştir.

56 Resmi Gazete, Tarih: 24/10/2003, S: 25269, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4982.pdf>, (20.09.2020).

57 Kamu İhale Kurulu, 2012/UH.II-2241, KT: 28.05.2012.

58 Kamu İhale Kurulu, 2017/UH.I-1096, (19.04.2017).

59 Örnek kararlar için Bkz. Bilgi Edinme ve Değerlendirme Kurulu Kararı, 2005/260, KT: 15.04.2005; 2005/318, KT: 06.05.2005; 2005/459, KT: 22.06.2005; 2005/634, KT: 07.09.2005; 2005/671, KT: 21.09.2005; [https://www.bilgiedinmehakki.org/doc/BEDK\\_kararlar.pdf](https://www.bilgiedinmehakki.org/doc/BEDK_kararlar.pdf), (24.11.2020).

## A. Gizlilik İlkesini İhlal Eden Kamu Görevlisi Açısından Öngörülen Yaptırımlar

Kamu İhale Kanunu'nda gizlilik ilkesinin ihlal edilmesi durumunda kamu ihalesi sürecinde görevli bulunan görevliler bakımından birtakım yaptırımlar öngörülmüştür. Kamu İhale Kanunu'nun 60. maddesinde “Görevlilerin ceza sorumluluğu” başlığı ile bu hususa ilişkin düzenleme yapılmıştır. 60. maddenin 1. fıkrasına göre yaptırım uygulanacak kişiler, “İhale yetkilisi ile ihale komisyonlarının başkan ve üyeleri ile ihale işlemlerinden sözleşme yapılmasına kadar ihale sürecindeki her aşamada görev alan diğer ilgililer”dir. Bu kişilerin Kamu İhale Kanunu'nun 17. maddesinde<sup>60</sup> belirtilen davranışlarda ya da fiillerde bulduklarının, görevlerini tarafsızlıkla ya da kanuni gereklerine uygun olarak yapmadıklarının, taraflardan birisinin zararına neden olacak şekilde kusurlu harekette ya da ihmalde bulduklarının saptanması durumunda, bu görevliler hakkında ilgili mevzuata göre disiplin cezası uygulanır. Ayrıca bu davranışların özelliğine göre bu görevliler hakkında ceza kovuşturması yapılır. Tarafların uğramış oldukları zararlar genel hükümler uyarınca tazmin ettirilir. Bu Kanun'a aykırı davranışlardan ve fiillerden dolayı hüküm giyen idare görevlileri, Kamu İhale Kanunu kapsamına giren işlerde görevlendirilemezler.

Kamu İhale Kanunu'nun 60. maddesindeki bu düzenleme ile ihale sürecinde görev alan personelin görevini tüm etkenlerden sıyrılarak gereği gibi yapması hedeflenmiştir. Aksi hareket durumunda kamu görevlileri hakkında disiplin sorumluluğu doğabileceği gibi hukuki ve cezai sorumluluk da doğabilir. Üstelik bu sorumlulukların doğması için kasti hareketin varlığı şart koşulmamış, taksirle yapılması halinde de bunların ortaya çıkabileceği belirtilmiştir. İlgili kamu görevlisini cezalandırmak için kastın şart koşulmayıp ihmalin ya da kusurun varlığının yeterli olması, ihale sürecinde görevli olan kamu görevlilerini oldukça ağır bir sorumluluk altına sokmaktadır. Kamu görevlilerinin bu

60 Yasak fiil veya davranışlar

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

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

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

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

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

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

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

konudaki sorumlulukları bakımından davranışlarının ve fiillerinin kasti ya da ihmali olmasına göre bir ayırım yapılması daha hakkaniyetli olabilir.

Diğer yandan Kamu İhale Kanunu'nun 60. maddesinin 2. ve 3. fıkrası uyarınca Kamu İhale Kanunu kapsamına giren işlerden ötürü herhangi bir ceza almış olanlar, Kamu İhale Kanunu kapsamındaki bütün kamu kuruluşları ve kurumlarınca, Kamu İhale Kanunu'nun ve ilgili diğer mevzuatın uygulanmasıyla yetkili ve görevli kadrolara atanamazlar, buralarda görev alamazlar. Kamu İhale Kanunu'nun 5. maddesinde belirtilen ilkeler ile 62. maddesinde belirtilen kurallara aykırı bir şekilde ihaleye çıkılmasına izin verenler ve ihale yapanlar hakkında da burada belirtilen müeyyideler uygulanır.

Kamu İhale Kanunu'nun 60. maddesinin 2. ve 3. fıkrasındaki bu düzenlemenin kamu ihale sürecinin hukuka uygun bir şekilde tamamlanması için tedbir niteliğinde makul bir düzenleme olduğu görülmektedir. Kamu İhale Kanunu kapsamına giren işlerden dolayı ceza almış olmak, temel ilkelere ve bu Kanun'un 62. maddesindeki kurallara aykırı olarak ihaleye çıkılmasına izin vermek, ihale yapmak, bu Kanun'un uygulanması konusunda görev almaya, yetkili ve görevli kadroya atanmaya engel bir durum olarak düzenlenmiştir.

Kamu ihale sürecinde gizliliğin ihlal edilmesi aynı zamanda Türk Ceza Kanunu'nun 235. maddesinde "*İhaleye fesat karıştırma*" suçu kapsamında düzenlenmiştir. Türk Ceza Kanunu'nun 235/2(b) maddesine göre "*Tekliflerle ilgili olup da ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak*" fiili suç olarak tanımlanmıştır.

İhaleye fesat karıştırma suçunun faili, doktrinde bir görüşe göre kural olarak herkes olabilir.<sup>61</sup> İhaleye fesat karıştırma suçu kapsamında sadece ihale sürecinde görevli olan kamu görevlileri değil aynı zamanda ihalede istekli olan ya da istekli adayı olan kişiler de sorumlu tutulabilir.<sup>62</sup> Yargıtay ise vermiş olduğu kararlarda Türk Ceza Kanunu'nun 235/2(b) maddesi kapsamında gizli kalması gereken yaklaşık maliyet bedelinin ve sair bilgilerin sadece ihale sürecinde görevli kamu görevlilerince ifşa edilmesinin ihaleye fesat karıştırma suçunu oluş-

61 İsmail Ercan, *Themis Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 294; Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 15. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 926; Salim Demirel, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçunun Maddi Unsurununun 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu Açısından Değerlendirilmesi", *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 9, Sayı 100, Aralık 2014, s. 575.

62 Ünal, s. 109; Demirel, s. 575.

turacağını,<sup>63</sup> ihaleye fesat karıştırma suçunun kamu görevlisi tarafından işlenebileceğini, iştirak eden kişilerin azmettiren ya da yardım eden olarak sorumlu olabileceklerini belirtmiştir.<sup>64</sup>

Türk Ceza Kanunu'ndaki bu düzenlemede gizli kalması gereken bilgi ve belgelerin neler olduğundan açıkça bahsedilmemiş olması doktrinde eleştirilmiştir. Ceza hukukunda suçların ve cezaların kanuniliği ilkesinin hâkim olduğu, bu ilke uyarınca gizlilikten neyin kastedildiğinin kanunda açıkça belirtilmesi gerektiği ifade edilmiştir.<sup>65</sup> Türk Ceza Kanunu'nun bu konudaki düzenlemesi eleştirilmiştir.

Türk Ceza Kanunu'nun 235/2 (b) maddesindeki düzenlemede ihale mevzuatına ya da şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının erişimini sağlamak suç olarak düzenlenmiştir. Bu maddedeki -özellikle şartnamelere ilişkin- düzenleme dolaylı da olsa kanunda düzenlenmeyen bir fiilin ihaleye fesat karıştırma suçu kapsamına girmesine neden olabilir. Bu nedenle gizli kalması gereken bilgi ve belgelerin kanunda açık bir şekilde düzenlenmesinde yarar vardır. Türk Ceza Kanunu'nda gizlilik ilkesinin ihlaline yönelik fillerin neler olduğunun açık bir şekilde tanımlanması *suçların ve cezaların kanuniliği* ilkesinin gereği olduğu gibi aynı zamanda kişilerin idareye olan güvenini artıracak bir düzenlemedir.

Yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere ihale sürecindeki kamu görevlilerine ilişkin mevzuattaki bu düzenlemelerin birçoğunun yaklaşık maliyetin gizliliğini sağlamanın fiiliyattaki güçlüğü karşısında ağır olduğu, hakkaniyetle bağdaşmadığı söylenebilir.<sup>66</sup> İhale sürecinde pek çok görevlinin bulunması, yaklaşık maliyet hesabının danışmanlık hizmeti sunanlarca da yapılabildiği, yaklaşık maliyetin tahmininin mümkün olduğu düşünüldüğünde hakkaniyete aykırılık daha açık görülmektedir. İlgili kamu görevlisinin Türk Ceza Kanunu'ndaki ihaleye fesat karıştırma suçu ile cezalandırılması ve Kamu İhale Kanunu'ndaki bazı yaptırımlara maruz kalması, kamu görevlisi bakımından ağır

63 Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 2016/1210 E., 2016/3912 K., KT: 14.04.2016; "...yaklaşık maliyete ve sair gizli tutulması gereken bilgilerin "ihale sürecinde görevli olan kamu görevlileri" tarafından yetkisiz kişilere verilmesiyle veya bu bilgilerin ifşa edilmesiyle ihaleye fesat karıştırma suçunun tamamlanmış olacağı...", www.kazanci.com, (18.09.2020); Benzer nitelikte başka kararlar için Bkz. Yargıtay 5. Ceza Dairesi 2012/3588 E., 2013/1487 K., KT: 28/02/2013; 2014/2920 E., 2014/3290 K., KT: 24/03/2014; 2012/14882 E., 2014/2295 K., KT: 04/03/2014; UYAP Mevzuat-İçtihat Programı, (30.10.2020).

64 Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 2016/6738 E., 2020/10055 K., KT: 11.03.2020; Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 2015/6048 E., 2020/10073 K., KT: 12.03.2020; Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 2012/3588 E., 2013/1487 K., KT: 28/02/2013; www.kazanci.com, (29.09.2020).

65 Bkz. Abacıoğlu, Abacıoğlu, s. 419.

66 Aytakin, s. 14.

sonuçlar doğurabilir. Yaklaşık maliyetin gizliliğinin kaldırılması, kamu görevlilerinin bu yükünü hafifletecektir.

Gizlilik ilkesinin ihlali, ihlal eden kamu görevlisi açısından aynı zamanda disiplin sorumluluğuna da neden olur. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun<sup>67</sup> 125. maddesi uyarınca kamu görevlilerinin görevle ilgili resmi belgelerin, araç-gereçlerin korunması konusunda gerekli dikkat ve özeni göstermesi gerekir. Bu yükümlülüğe uymamak kamu görevlisinin uyarma veya kınama cezası almasına neden olabilir. "Açıklanması yasaklanan bilgileri açıklamak" bu maddede kademe ilerlemesi cezası verilecek davranışlar arasında düzenlenmiştir. Ayrıca özel kanunlarda disiplin suç ve cezaları konusunda yapılan düzenlemelerin saklı olduğu belirtilmiştir.

### **B. Gizlilik İlkesinin İstekliler Tarafından İhlal Edilmesi Halinde Öngörülen Yaptırımlar**

İhale sürecinde isteklilerin de gizlilik ilkesine riayet etmesi gerekir. Bu kapsamda yaklaşık maliyetin öğrenilmesi, diğer isteklilerin tekliflerine ilişkin bilgi ve belgelerin ele geçirilmesi ihale isteklileri bakımından da yasaktır. Buna aykırı fiiller ve davranışlar ihale isteklileri bakımından birtakım yaptırımların uygulanmasına sebep olabilir. Gizlilik ilkesinin istekli tarafından ihlal edilmesi durumunda isteklinin ihale dışı bırakılması, ihaleye katılmaktan yasaklanması gibi yaptırımların uygulanması söz konusudur. Diğer yandan bu durum isteklinin cezai ve hukuki sorumluluğunun doğmasına neden olabilir.

İstekliler bakımından gizlilik ilkesi Kamu İhale Kanunu'nun 17. maddesinde belirtilen yasaklı fiil ve davranışlar konusunda önem taşır. Gizlilik ilkesinin ihlal edilmesi Kamu İhale Kanunu'nun 17. maddesinde belirtilen yasaklı fiil kapsamına girer. Yukarıda ifade edildiği üzere Türk Ceza Kanunu'nun 235/2 (b) maddesinde gizli kalması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak ihaleye fesat karıştırma suçunun seçimlik hareketlerinden birisi olarak düzenlenmiştir. Kamu İhale Kanunu'nun 17. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde ihaleye fesat karıştırmak yasaklı fiiller ve davranışlar arasında düzenlenmiştir. (b) bendinde ise ihale kararını ve rekabeti etkileyebilecek davranışlarda bulunmak yasaklanmıştır. (c) bendinde alternatif teklif verebilme durumları hariç başkaları ya da kendisi adına birden çok teklif verme durumu yasaklanmıştır. (d) bendinde ise bu Kanun'un 11. maddesine göre ihalelere katılmayacağı bildirildiği halde ihaleye katılmak yasaklanmıştır.

<sup>67</sup> Resmi Gazete, Tarih: 23/7/1965, S: 12056; <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.657.pdf>, (11.12.2020).

Bu bentlerde sayılan durumlar somut olayda kimi zaman gizlilik ilkesinin ihlali şeklinde gerçekleşebilen davranışlar ve fiiller olarak ortaya çıkabilmektedir. İsteklilerin tekliflerinin gizliliğinin ihlali çoğu durumda netice olarak rekabet ilkesi, güvenilirlik ilkesi gibi ilkelerin de ihlaline neden olmaktadır. Gizlilik ilkesi kapsamında isteklilerin tekliflerinin ve bunlara ilişkin bilgi-belgelerin gizliliğinin sağlanmasındaki amaç, ihale sürecinde rekabet ortamının etkin bir şekilde gerçekleşmesini sağlamaktır.

Kamu İhale Kanunu'nda belirtilen alternatif teklif verilebilen durumlar haricinde kendisi ya da başkaları adına birden çok teklif verme durumu gizlilik ilkesinin ihlali anlamına gelebilir. Alternatif teklif verme haricinde kendisi adına ya da başkaları adına birden çok teklif verme durumunda, doğal olarak verilen diğer tekliften teklif veren istekli haberdar olacaktır. Oysa gizlilik ilkesi kapsamında bir isteklinin teklifinin diğer istekli tarafından bilinmemesi gerekir. Aksi durumda özellikle ihaleye sınırlı sayıda katılımın olduğu ihalelerde istenen rekabet ortamı gerçekçi bir şekilde oluşmayıp, rekabet ilkesi ve güvenilirlik ilkesi zedelenir. Birden çok teklif veren kişi ihalenin kendisinde kalması durumunda, diğer istekliler aleyhine haksız menfaat elde etmiş olabilir. Bu durum kamu zararının gerçekleşmesine neden olabileceği gibi kamu düzeninin de bozulmasına neden olabilir.

Kamu İhale Kanunu'nun "*İhalelere katılmaktan yasaklama*" başlıklı 58. maddesinin 1. fıkrası uyarınca bu Kanun'un 17. maddesinde belirtilen davranışlarda ve fiillerde bulunanlar hakkında, bu davranışın ve fiilin özelliğine göre bir yıldan iki yıla kadar ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilir. 58. maddenin 3. fıkrası uyarınca ihale sırasında ya da sonrasında bu fiillerde ya da davranışlarda buldukları tespit edilenler, idareler tarafından o ihaleye iştirak ettirilmezler. Ayrıca aynı idare tarafından yasaklama kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar yapılacak sonraki ihalelere de iştirak ettirilmezler.<sup>68</sup>

68 Damıştay 13. Dairesi, 2009/3127 E., 2014/2311 K., KT: 04.06.2014; "...anılan Kanun maddelerine göre, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanların hiçbir şekilde ihalelere katılmaması, bu yasağa rağmen ihaleye katılan isteklilerin ihale dışı bırakılarak geçici teminatlarının gelir kaydedilmesi; bu durumun tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında tespit edilememesi nedeniyle bunlardan biri üzerine ihale yapılmışsa teminatın gelir kaydedilerek ihalenin iptal edilmesi şeklinde ağır yaptırımlar uygulanması karşısında, idarelerin ihale süreci içerisinde, ihale kararlarının onaylanmasından sonra yayımlanmış olsa dahi, ihalelere katılmaktan yasaklanma kararlarına karşı kayıtsız kalmalarının, başta sayılan kamu ihalelerinin temel ilkelerine de aykırılık teşkil edeceği açıktır. Kaldı ki, bu durumdaki isteklilerin, geçici teminatları gelir kaydedilmeyip, kastın bulunmadığı kanaatinden hareketle, iade edilmektedir. Bu durumda, ihale süreci içerisinde herhangi bir idare tarafından yasaklama kararı verilmesi durumunda yasaklama kararının Resmî Gazete'de yayım tarihinden önce teklif vermiş olan aday veya isteklilerin tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılarak geçici teminatlarının iade edilmesi yönündeki dava konusu düzenlemede hukuka ve mevzuata aykırılık bulunmamaktadır..."; UYAP Mevzuat- İċtilhat Programı, (30.10.2020).

İhalelere katılma yasağının amacı ihalenin serbest rekabet ortamında yapılmasını sağlamak ve kişilerin birbirlerinin tekliflerinden haberdar olarak muvazaalı hareket etmelerini engellemektir.<sup>69</sup> İhalelere katılma yasağına ilişkin düzenlemede yasaklama süresinin belirlenmesi konusunda idareye takdir alanının bırakıldığı görülmektedir. Yasaklama kararı vermeye yetkili olan merci yasaklama kararına temel olacak ihlalin gerçekleşmesiyle olayı kendi şartlarına göre değerlendirip, orantılılık ilkesini göz önünde bulundurarak yasaklılık süresini belirleyecektir.<sup>70</sup> İdare, ihalelerden yasaklılık süresini belirlerken yasaklılığa neden olan fiilin ağırlığı, kötü niyetli olarak idarenin yanıltılması, idareyi zarara uğratan bir davranışın olması,<sup>71</sup> basiretli bir tacirden beklenen davranışın gösterilip gösterilmediği, söz konusu fiilin aynı zamanda suç teşkil eden bir fiil olup olmadığı gibi hususları değerlendirerek yasaklılık süresini belirleyebilir.<sup>72</sup>

Gizlilik ilkesinin istekli tarafından ihlal edilmesi aynı zamanda isteklinin ihale dışı bırakılma nedenlerinden birisi olarak düzenlenmiştir. Kamu İhale Kanunu'nun "*İhaleye katılımda yeterlik kuralları*"nı düzenleyen 10. maddesinde bu Kanun'un 17. maddesinde belirtilen yasaklı fiillerde ve davranışlarda bulunmak ihale dışında bırakılma sebeplerinden birisi olarak düzenlenmiştir. Danıştayın vermiş olduğu bir kararda, ihalede istekli olan şirketlerden birisinde baba, istekli olan başka bir şirkette ise oğlu ortak durumundadır. Yapılan incelemede farklı şirketlere ortak olan baba-oğul isteklilerin aynı tarihte, aynı banka şubesinde, arka arkaya düzenlenmiş yevmiye numarası ile işlem yaptıkları, birbirlerinin geçici teminat mektuplarını alma hususunda birbirlerini yetkilendirdikleri, şirket adreslerinin aynı apartman olduğu tespit edilmiştir. Bu durumda Danıştay isteklilerin birbirlerinin teklifleri hakkında bilgi sahibi olduğuna, aralarında organik bir bağ olduğuna ilişkin kuvvetli karine bulunduğuna değinerek, ihalelerin temel ilkelerinden olan güvenilirlik ve gizlilik ilkelerinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Danıştay isteklilerin fiilinin Kamu İhale Kanunu'nun 17. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendinde belirtilen yasaklı

69 Kamu İhale Kurulu, 2020/UY.I-941, (22.05.2020).

70 Ömer Tuğrul Zor, "Ceza Hukuku Çerçevesinde Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklama Kararları", *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 9, Sayı 90, Şubat 2014, s. 85.

71 Bkz. Danıştay 13. Dairesi, 2008/324 E., 2009/4491 K., KT: 22.04.2009; <https://legalbank.net/>, (25.09.2020).

72 Danıştay 13. Dairesi, 2015/3961 E., 2015/3264 K., KT: 30.09.2015; "...davacının bu tahrifatlardan basiretli bir tacir olarak haberdar olması gerektiği, buna karşın tahrif edilmiş raporları kullandığı, bu hususun ise 4735 sayılı Kanun'un 25/1-b maddesinde ifadesini bulan sahte belge düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek eylemine vücut verdiği ve ihalelerden yasaklanmayı gerektirdiği hususları göz önüne alındığında, davacı şirketin iki yıl süreyle ihalelerden yasaklanmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş... Mahkeme kararının ONANMASINA..."; <https://legalbank.net/>, (25.09.2020).

davranışlar ve fiiller kapsamında olduğu dikkate alındığında, davacı şirketin teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasına yönelik Kurul kararında hukuka aykırılık olmadığına, aksi yöndeki idare mahkemesi kararının bozulmasına karar vermiştir.<sup>73</sup>

Danıştayın bakmış olduğu başka bir dosyada isteklilerden birisi, geçici teminat mektubunu idarenin ihaleyi erteleme kararı almasından ve ihaleye davet edildiği tarihten önce düzenlemiştir. Bunun üzerine idare, isteklinin ihalenin ertelenmesi kararını nasıl öğrendiğine ilişkin bir açıklama getiremediğini, normal koşullarda isteklinin ihaleye davet edildikten sonra geçici teminat yatırması gerektiğini belirterek, isteklinin “4734 sayılı *İhale Kanunu ve İdarelerin Yabancı Ülkelerdeki Kuruluşlarının Mal ve Hizmet Alımları ile Yapım İşlerine İlişkin Esaslar*’ın 5. maddesinde belirtilen saydamlık, eşit muamele, güvenilirlik ve gizlilik ilkelerine aykırı davrandığı” gerekçesiyle ihale dışı bırakılmasına karar vermiştir. Bu kararın ihale dışı bırakılan istekli tarafından dava edilmesi üzerine idare mahkemesi, mevzuatta geçici teminat mektubunu yatırma zamanına ilişkin bir bilginin bulunmadığını, idarenin Kamu İhale Kanunu’nda belirtilen ilkelere uygun davranmaması sonucu isteklinin bu bilgilere ulaştığını, bu nedenle ihale dışı bırakılmasının hukuka aykırı olacağını belirtmiştir. Danıştay ise vermiş olduğu kararda, ihaleye davet edildikten sonra düzenlenmesi gereken geçici teminat mektubunun ihaleye davet edilmeden ve ihale ertelenmeden, süreç henüz devam ederken düzenlenmiş olmasının makul bir nedeni olamayacağını belirterek idarenin işleminin hukuka uygun olduğuna karar vermiştir.<sup>74</sup>

Kamu İhale Kanunu’nun 59. maddesinde isteklilerin cezai sorumluluğu düzenlenmiştir. 59. maddenin 1. fıkrasında, 17. maddede belirtilen davranışlardan ve fiillerden Türk Ceza Kanunu’na göre suç kapsamına girenlerin bulunması durumunda ilgililer hakkında ceza kovuşturması yapılmak üzere Cumhuriyet savcılığına suç duyurusunun yapılacağı belirtilmiştir. “*Hükmolunacak cezanın yanı sıra, idarece 58 inci maddeye göre verilen yasaklama kararının bitiş tarihini izleyen günden itibaren uygulanmak şartıyla bir yıldan az olmamak üzere üç yıla kadar bu Kanun kapsamında yer alan bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan mahkeme kararıyla 58 inci maddenin ikinci fıkrasında sayılanlarla birlikte yasaklanırlar.*”. 59. maddenin 2. fıkrasına göre ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler ve 58. maddenin 2. fıkrasında sayılanlar yargılama sonuna kadar Kamu İhale

<sup>73</sup> Danıştay 13. Dairesi, 2018/1465 E., 2018/2345 K., KT: 10.07.2018; www.kazanci.com, (25.09.2020).

<sup>74</sup> Danıştay 13. Dairesi, 2007 / 1505 E., 2009 / 1319 K., KT: 04.02.2009, www.hukukturk.com, (24.09.2020).

Kanunu kapsamındaki ihalelere katılamazlar. Bu kişiler Cumhuriyet savcılıkları tarafından sicillerine işlenmek üzere Kamu İhale Kurumuna bildirilir. 59. maddenin 4. fıkrasında mahkeme kararıyla yasaklananların ve ceza alanların sicillerine işlenmesi için Cumhuriyet Savcılığı tarafından Kamu İhale Kurumuna ve ilgili meslek odalarına bildirileceği belirtilmiştir. Kamu İhale Kanunu'nun 11. maddesinde de yasaklama kararı alanlar “İhaleye katılamayacak olanlar” arasında belirtilmiştir.

Kamu İhale Kanunu'nun 58. maddesinin 4. fıkrası uyarınca kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olanlar hakkında Kamu İhale Kurumu tarafından sicil tutulmaktadır. İhalelere katılmaktan yasaklanan istekli bu sicile kaydolunur. Diğer yandan gizlilik ilkesini ihlal eden istekli, bu fiilden dolayı vermiş olduğu zararı tazminle yükümlüdür.

Gizlilik ilkesinin istekliler tarafından ihlali halinde öngörülen hukuki, idari ve cezai yaptırımlar yerindedir. Kamu ihale sürecinin sağlıklı bir şekilde ve amacına uygun olarak yürütülebilmesi için isteklilerin bu hususlara riayet etmesi gerekir. Yaklaşık maliyetin gizliliğinin kaldırılması durumunda, amaçlanan rekabet ortamının sağlanarak en ekonomik-avantajlı teklifin elde edilebilmesi için lüzum olması durumunda isteklileri ihale mevzuatına ve hukuka uygun davranmaya iten bu yaptırımlar ağırlaştırılabilir.

### **C. Gizlilik İlkesinin İhlalinin İhale Sürecine Etkisi**

Kamu İhale Kanunu'nda belirtilen ilkeler uyulması zorunlu ilkeler olduğu için bunlardan birinin ya da birkaçının ihlal edilmiş olması hukuka aykırılık teşkil edeceği gibi idarenin ve ilgililerin zarara uğramasına da neden olabilir. Gizlilik ilkesinin ihlali ihale sürecini sakatlayan hukuka aykırılıklardan birisidir. İhale sürecindeki hukuka aykırılık iddiaları konusunda “İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik”<sup>75</sup> yürürlüktedir. Burada başvuru süreçlerine ilişkin ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır. Bu konuda ayrıca Kamu İhale Kurumunun yayımlamış olduğu “İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Tebliğ”<sup>76</sup> uygulanmaktadır.

İdare hukukunda kamu hizmetlerinin aksamaması ve kamusal yararın korunması maksadıyla birtakım idari eylem ve işlemler bakımından idari yollar tüketilmeden yargı yoluna başvuru engellenmiştir.<sup>77</sup> Kamu İhale Kanunu'nun 54. maddesine göre ihale aşamalarındaki istekliler, adaylar ya da aday olabile-

75 Resmi Gazete, Tarih: 03.01.2009, S: 27099; <https://www.mevzuat.gov.tr/>, (28.02.2020).

76 Resmi Gazete, Tarih: 28.01.2009, S: 27124.

77 Mehmet Alpertunga Avcı, Ahmet Taşır, “Hukuk Devleti İlkesi ve Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Kamu İhale İşlemlerinde İdari Başvuru Yolları”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 23, Sayı 1, 2015, s. 112.

cek kimseler, ihale aşamalarındaki hukuka aykırı eylem ya da işlemler sebebiyle hak kaybına ya da zarara uğradığını ya da zarara uğrama ihtimalinin olduğunu iddia ediyorsa, şikayet ve itirazın şikayet başvurusu yapabilirler. Kamu İhale Kanunu'nda öngörülen şikayet ve itirazın şikayet yolları 54. maddenin 2. fıkrası uyarınca tüketilmesi zorunlu olan idari başvuru yollarıdır. İlgililer ancak bu yolları tükettikten sonra yargıya başvurabilirler.

Kamu ihale ilkelerine aykırılık olması durumunda bu durum şikayet ve itirazın şikayet başvurusuna konu edilebilir. Bu başvurularda idare ya da Kamu İhale Kurulu, Kamu İhale Kanunu'nun 54. maddesi uyarınca ihale sürecinin devamına engel olacak ve düzeltici işlemle giderilemeyecek bir hukuka aykırılık tespit ederse ihalenin iptaline karar verebilir.<sup>78</sup> İhale sürecinin kesintiye uğratılmasına gerek olmayan ve düzeltme yoluyla giderilebilecek durumlarda ise düzeltici işlem belirlenmesine karar verilir.

Kamu İhale Kanunu'nun 39. maddesinde ihale komisyonu kararı ile idarenin, verilen bütün teklifleri reddederek ihaleyi iptal etmekte serbest olduğu ifade edilmiştir. Bu durumda iptal bütün isteklilere derhal bildirilmelidir. İdare, bütün tekliflerin reddedilmesinden dolayı herhangi bir yükümlülük altına girmez. Fakat idare, isteklilerin istemde bulunması durumunda ihalenin iptal edilme gerekçelerini, talep eden istekliye bildirmelidir.

Kamu İhale Kanunu'nun 5. maddesi ve 39. maddesi göz önüne alındığında, ihale sürecinde uyulması gereken ilkelerden olan gizlilik ilkesinin ihlal edilmesi durumunda, idareye ihaleyi iptal etme konusunda takdir yetkisi tanındığı görülmektedir. Kamu İhale Kurulu vermiş olduğu bazı kararlarında, yaklaşık maliyetin gizliliğinin ihlal edilmesi durumunda ihalenin iptal edilmesi hususunda idarenin takdir yetkisinin olduğunu belirtmektedir.<sup>79</sup> Kamu İhale Kurulu vermiş olduğu kararlarda idarenin ihaleyi iptal yetkisi konusunda bu iptal yetkisini kamu yararı, hizmetin gerekleri<sup>80</sup> ve Kamu İhale Kanunu'nda belirtilen

78 Örneğin, Kamu İhale Kurulu, 2016/UY.I-594, KT:24.02.2016; "...4734 sayılı Kanun'un 5'inci maddesinde belirtilen saydamlık, eşit muamele ve güvenilirlik ilkeleri ile anılan Kanun'un 61'inci maddesinde hükme bağlanan gizlilik şartının ihlâl edildiği yönünde makul şüphe oluştuğu, ihale sürecinin hukuka aykırılığına dair tespit (makul şüphenin) bulunulan aşamada düzeltici işlemle giderilemeyecek nitelikte görüldüğü ve bu nedenle bütün teklifler reddedilmek suretiyle ihale yetkilisince ihalenin iptaline karar verildiği anlaşılmıştır..."

79 Örneğin; Kamu İhale Kurulu, 2016/UH.II-2860, KT: 23.11.2016; 2016/UY.II-2361, KT: 21.09.2016; "...Sonuç olarak idarenin, yaklaşık maliyet ve ihale dokümanının ihale tarihinden önce sızdırıldığı tespitinden hareketle ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun temel ilkelerinden güvenilirlik ve gizlilik ilkelerinin zedelendiği düşüncesiyle söz konusu ihaleyi Kanun'un 39'uncu maddesi uyarınca iptal etmesinin mevzuat hükümlerinin idareye tanınmış olduğu takdir yetkisi kapsamında olduğu değerlendirildiğinden, idare tarafından alınan ihalenin iptali kararında mevzuata aykırılık bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır..."

80 Bkz. Kamu İhale Kurulu, 2015/UH.III-2789.

temel ilkelere uygunluk bakımından değerlendirmektedir.<sup>81</sup>

Kamu İhale Kurulunun incelemiş olduğu bir dosyada idare, ihale sürecinde bir firmanın göndermiş olduğu mektubu sehven açmıştır. İdarenin gönderilen mektubu açması, ihale komisyonunca güvenilirlik, gizlilik, saydamlık ilkelerinin ihlali olarak değerlendirilmiş ve ihalenin iptaline karar verilmiştir. Kamu İhale Kurulu yapmış olduğu değerlendirmede, her ne kadar istekli tarafından gönderilen mektubun sehven açılması bu ilkeleri zedeler nitelikte olsa da zarfın içerisinde teklif niteliğinde bir belge olmadığı, teşekkür mektubu olduğu ve bu husus idare tarafından aynı gün içerisinde tutanak altına alındığı için ihalenin iptaline karar verecek bir durumun olmadığını belirtmiştir. İdarenin ihaleyi iptal etme konusunda takdir yetkisi bulunmakla birlikte bu yetkinin idare tarafından hizmetin gereklerine ve kamu yararına uygun bir şekilde kullanılması gerektiğine, bu nedenle “*ihalenin iptali*” kararının iptaline karar vermiştir.<sup>82</sup>

İdarenin ihaleyi iptal etme konusunda takdir yetkisi olmakla birlikte idarenin takdir yetkisini sınırsız bir şekilde kullanamayacağı idare hukukunun genel bir ilkesi olarak kabul edilir. İdarenin takdir yetkisini mevzuata, kamu yararına ve hizmetin gereklerine uygun bir biçimde kullanması gerekmektedir.<sup>83</sup> Bu aynı zamanda kişilerin hukuk güvenliği bakımından önem taşır.<sup>84</sup> İhale yetkilisi ve ihale komisyonu ihaleyi iptal konusundaki takdir yetkisini Kamu İhale Kanunu'nun 5. maddesindeki ilkeleri de gözeterek<sup>85</sup> kamu yararını ve hizmetin gereklerini dikkate alarak usule ve amaca uygun olarak kullanılmalıdır. Diğer yandan idare ihaleyi iptal gerekçesini somut bilgi ve belgelere dayandırarak ortaya koymalıdır. Netice olarak, idarenin ihalenin iptaline karar verirken bir

81 Kamu İhale Kurulu, 2016/UH.II-704; “...Dolayısıyla incelenen ihalede, kamu yararı ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 5'inci maddesinde yer alan temel ilkeler çerçevesinde ihalede yeterli rekabet koşullarının sağlanması ve kaynakların verimli kullanılması ilkelerinin gözetilerek idarece tesis edilen iptal işleminin anılan Kanun'un 39'uncu maddesi uyarınca idarenin takdir yetkisi kapsamında olduğu anlaşılmış ve idarenin iptal gerekçesinde mevzuata aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır...”.

82 Kamu İhale Kurulu, 2019/UH.II-664, KT: 30.05.2019.

83 Deniz Arslan, “İdarece Verilen İhale İptal Kararlarına Kamu İhale Kurulunun Yaklaşımı”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 10, Sayı 103, Mart 2015, s. 36; Bkz. Kamu İhale Kurulu, 2020/UM.II-1734, KT: 21.10.2020; 2020/UH.I-1714, KT: 21.10.2020; 2020/UH.I-1690, KT: 21.10.2020; 2020/UY.I-1625, KT: 07.10.2020; 2016/UY.I-594, KT: 24.02.2016; İdarenin takdir yetkisinin sınırına ilişkin çeşitli yargı kararları için Bkz. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 2020/3 E., 2020/37 K., KT: 24.02.202; Danıştay 2. Dairesi, 2019/2336 E., 2019/6426 K., KT: 20.11.2019; Danıştay 5. Dairesi, 1987/1336 E., 1988/2086 K., KT: 20.09.1988; Danıştay 9. Dairesi, 1987/79 E., 1987/3195 K., KT: 11.11.1987; <https://legalbank.net/>, (25.09.2020).

84 Sinan Seçkin, Gül Üstün; “İdari İşlemlerde Takdir Yetkisi ve Gerekçe İlkesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Mehmet Akif Aydın'a Armağan*, Cilt 21, Sayı 2, 2015, s. 510.

85 Kamu İhale Kurulu, 2020/UM.II-1752, (28.10.2020); Kamu İhale Kurulu, 2016/UH.II-704.

gerekçeye dayanması, bu gerekçenin ise somut ve hukuka uygun olması gerekmektedir.<sup>86</sup>

Gizlilik ilkesinin ihlali durumunda da idarenin ihaleyi iptal yetkisini kullanırken bu sınırlar içerisinde kullanması gerekir. İdarenin ihalenin iptali yönünde karar verirken, Kamu İhale Kanunu'nda belirtilen temel ilkeleri, yapılan ihlalin telafi edilebilir bir hususa ilişkin olup olmadığını, diğer isteklilerin durumunu, kamu hizmetinin yürütülmesindeki ivediliği, kamu hizmetinin gereklerini, kamu düzenini ve kamu yararını göz önünde tutması gerekir.

Gizlilik ilkesinin ihlali ihale sürecini sekteye uğratabilir. Burada idarenin tutumu ihlalin ağırlığına göre değişebilmektedir. Kamu İhale Kanunu uyarınca ortada düzeltici işlemle giderilebilecek bir ihlalin olması durumunda idare düzeltici işlem yapılmasına karar verebilir. Örneğin yukarıda ifade edildiği üzere, ihlal eden isteklinin ihale dışı bırakılmasına karar verilebilir. Yaklaşık maliyetin ifşası gibi bir durumda ise artık düzeltici işlem tesis ederek ihale sürecinin devamı mümkün değildir. Bu gibi durumlarda ise idare ihaleyi iptal etmek zorunda kalabilir. İlerleyen süreçte idarenin söz konusu işin yapılması için tekrar ihaleye çıkması halinde, artık işin yaklaşık maliyeti biliniyor olacaktır. Bu durumda yaklaşık maliyetin gizliliği ilkesinin bir işlevi kalmaz.

## Sonuç

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında gizlilik ilkesi yaklaşık maliyetin gizliliğini, tekliflerin ve tekliflere ilişkin bilgi- belgelerin gizliliğini içermektedir. Bu bilgi ve belgelerin gizliliğinin sağlanması ile ihalenin teklif verenler içerisinde en uygun istekli üzerinde kalması amaçlanır. Kamu ihalelerinde gizliliğin sağlanması ile aynı zamanda rekabet ilkesi, güvenilirlik ilkesi ve eşitlik ilkesi gibi ilkelerin gerçekleşmesi hedeflenir. Bu ise ihalelerin yapılmasındaki nihai amaç olan kamu yararı amacının gerçekleşmesine hizmet eder.

İsteklilerin tekliflerinin ve buna ilişkin bilgi- belgelerin gizliliği konusunda tereddüt olmamakla birlikte, yaklaşık maliyetin gizliliğinin gerekliliği konusunda tartışma vardır. Yaklaşık maliyetin gizliliğinin fiyattaki zorluğu karşısında, getiriliş amacını tamamıyla yerine getiremediği söylenebilir. Gerek ihale mevzuatındaki bazı düzenlemeler nedeniyle, gerekse yapılacak işin özelliğinden dolayı yaklaşık maliyetin hesaplanması mümkün olabilir. Bu nedenle yaklaşık maliyetin gizliliğinin uygulamaya getirdiği fayda ile açıklanması halinde ortaya çıkacak sakıncaların yeniden değerlendirilmesi gerekir.

Yaklaşık maliyetin ihale sürecinde açıklanması sonucunda isteklilerin gizlice anlaşması, ihale sürecinin amacına uygun yapılmasının engellenmesi gibi

<sup>86</sup> Kamu İhale Kurulu, 2020/UH.I-1854, (11.11.2020).

durumlar ortaya çıkabilir. Bu dezavantajların Kamu İhale Kanunu'nda ve ilgili diğer mevzuatta açıklanmış olan yasaklı fiiller konusunda ve Türk Ceza Kanunu'nun ihaleye fesat karıştırma suçu kapsamında getirilen yaptırımlar gibi düzenlemeler ile bertaraf edileceğini düşünmekteyiz. Yaklaşık maliyetin ihale sürecinde açıklanması sonucunda uygulamada rekabetin engellenmesi ve ihale sürecinin olması gerektiği şekilde yürütülmesine engel olunması gibi davranışlarda artış olması halinde, çözüm olarak kamu ihale sürecini korumak ve desteklemek amacıyla getirilmiş olan, isteklilere yönelik yaptırımlar ağırlaştırılabilir.

Kamu İhale Kanunu'nun çeşitli maddelerinde gizlilik ilkesini teminat altına almak amacıyla ilgili kamu görevlileri ve istekliler bakımından çeşitli yaptırımlar düzenlenmiştir. Gizlilik ilkesinin ihlali halinde ilgililerin disiplin, hukuki ve cezai sorumluluğu gündeme gelebilir. Yaklaşık maliyetin gizliliğini sağlamanın güçlüğü karşısında ihale sürecinde görevli olan kamu görevlileri bakımından ağır yaptırımların getirilmiş olması onlar açısından riskli bir durum olup, onların görevlerini gereği gibi yapmalarına engel olabilir. Bu nedenle bu konularda daha hakkaniyetli düzenlemelerin yapılması gerekir.

İhale sürecinin, gizlilik ilkesi kapsamına giren durumlar haricinde saydam bir şekilde yürütülmesi, kamuoyu denetimine açık olması gerekir. İhale sürecinin olması gerektiği gibi yürütülmesi vatandaşların idareye olan güvenini pekiştirecektir.

## KAYNAKLAR

- Abacıoğlu, Muhittin; Abacıoğlu, Ali, *Açıklamalı İçtihatlı Kamu İhale Kanunu ve Uygulaması*, 11. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016.
- Akyılmaz, Bahtiyar; Sezginer, Murat; Kaya, Cemil, *Türk İdare Hukuku*, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- Arslan, Deniz, “İdarece Verilen İhale İptal Kararlarına Kamu İhale Kurulunun Yaklaşımı”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 10, Sayı 103, Mart 2015, s. 34-40.
- Avcı, Mehmet Alpertunga; Taşır, Ahmet, “Hukuk Devleti İlkesi ve Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Kamu İhale İşlemlerinde İdari Başvuru Yolları”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 23, Sayı 1, 2015, s. 95-115.
- Aytakin, İlhan, “Yaklaşık Maliyetin Gizliliği”, *Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu/Uygulamalarının Değerlendirilmesi Sempozyumu*, 4-5 Aralık 2017, Kamu İhale Kurumu- Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, Ankara, 2017.
- Demirel, Salim, “İhaleye Fesat Karıştırma Suçunun Maddi Unsurunun 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu Açısından Değerlendirilmesi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 9, Sayı 100, Aralık 2014, s. 571-577.
- Doğanıyğit, Sadettin, *Açıklamalı- İçtihatlı- Sorun Çözümlü Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu*, 17. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018.
- Ercan, İsmail; *Themis Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.
- Gedik, Ömer, “Kamu İhalelerine Hakim Olan İlkeler”, Oğurlu Yücel; Gedik, Ömer; Kalanyuva, Eren; Doğan, Esra; Çelik, Zeynep; Saltabaş, M. Serdar; Kaydul İdris, *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Kamu İhale Uygulamaları*, Editör: Oğurlu, Yücel, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, İstanbul, 2011.
- Gök, Yaşar, *Kamu İhale Hukukuna Hakim Olan İlkeler*, Dış Denetim Dergisi, Ekim-Kasım-Aralık 2010.
- Gözler, Kemal; Kaplan, Gürsel, *İdare Hukuku Dersleri*, 22. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2020.
- Gözler, Kemal, *İdare Hukuku*, Cilt II, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019.
- Gözübüyük, A. Şeref; Tan, Turgut, *İdare Hukuku-Genel Esaslar*, Cilt 1, 11. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.
- Gürhan, H. Hüseyin; Dağalp, Namık; Şahbenderoğlu, Vural; İnan, Atilla, *Son Değişikliklerle Soru ve Cevaplı Kamu İhale Hukuku*, Merkez Matbaacılık, Ankara, 2009.
- Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/?kelime>, (23.04.2019).
- Hürmeydan, Merdan, “Yaklaşık Maliyetin Gizliliği”, *Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu/Uygulamalarının Değerlendirilmesi Sempozyumu*, 4-5 Aralık 2017, Kamu İhale Kurumu- Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, Ankara, 2017.
- <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/>, (30.10.2020).
- <https://www.hukukturk.com>, (24.09.2020).

- <https://www.kazanci.com>, (20.09.2020).
- <https://legalbank.net/>, (25.09.2020).
- <https://teftis.ktb.gov.tr/TR-14305/idarelerin-yabanci-ulkelerdeki-kuruluslarinin-mal-ve-hi-.html>, (03.03.2020).
- <https://www.mevzuat.gov.tr/>, (25.02.2020).
- <https://www.ihale.gov.tr/Mevzuat.aspx>, (24.11.2020).
- [https://www.bilgiedinmehakki.org/doc/BEDK\\_kararlar.pdf](https://www.bilgiedinmehakki.org/doc/BEDK_kararlar.pdf), (24.11.2020).
- Kamu İhale Genel Tebliği, <http://www.ihale.gov.tr/Mevzuat.aspx>, (24.11.2020).
- Kılıç, Zülfü, *Kamu İhale Kılavuzu*, 2. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2018.
- Kuloğlu, Hacı Mehmet, “Yaklaşık Maliyetin Gizliliği”, *Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu/Uygulamalarının Değerlendirilmesi Sempozyumu*, 4-5 Aralık 2017, Kamu İhale Kurumu- Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, Ankara, 2017.
- Köktaş, Arif, Karaosmanoğlu, Fatih; Bilgiç, Veysel K., *Yolsuzluğun Önlenmesi İçin Etik Projesi Kamu İhaleleri ve Etik*, T.C. Başbakanlık Kamu Görevlileri Etik Kurulu, Ankara, 2009.
- Özay, İl Han, *Günüşiğinde Yönetim*, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.
- Özbek, Veli Özer; Doğan, Koray; Bacaksız, Pınar; *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 15. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.
- Özdemir, Halit Eyüp, *Kamu İhale Kanunu'nda Düzenlenen İhale İşlemleri*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2005.
- Özdemir, H. Eyüp; “Kamu İhale Kanunu'nda ‘Rekabet’ İlkesi”, *Sağlık Hukuku İlaç Sektöründe Haksız Rekabet ve Rekabet Hukuku Sempozyumu*, 02.05.2008, Marmara Üniversitesi, İstanbul, 2008.
- Sancar, Ayşe Esin, “4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 5. Maddesinde Yer Alan Temel İlkelerin Değerlendirilmesi”, *Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 2, s. 151-177.
- Sarınca, Köksal, “Yaklaşık Maliyetin Gizliliği”, *Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu/Uygulamalarının Değerlendirilmesi Sempozyumu*, 4-5 Aralık 2017, Kamu İhale Kurumu-Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, Ankara, 2017.
- Seçkin, Sinan; Üstün, Gül, “İdari İşlemlerde Takdir Yetkisi ve Gerekçe İlkesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Mehmet Akif Aydın'a Armağan*, Cilt 21, Sayı 2, 2015.
- Seyhan, Serkan, *4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu Kapsamındaki İhalelerin İdari ve Yargısal Denetimi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2018.
- Sezginer, Murat, *İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- Uysal, Cevdet, “İhale Kanununda Yer Alan Temel İlkelerin İhaleye Fesat Karıştırma

Bağlamında Değerlendirilmesi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C 13, S 147, 2018, s. 115-125.

- UYAP Mevzuat- İçtihat Programı.
- Ünal, Nurdoğan, *İhale Suçları- İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017.
- Üstün, Ümit Süleyman; Çalış, Hande Sena, “4734 Sayılı Kamu İhale Kanununa Hâkim Olan İlkelerin Değerlendirilmesi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 26, Sayı 2, 2018, s. 111-147.
- Yıldırım, Turan; Yasin, Melikşah; Kaman, Nur; Özdemir, H. Eyüp; Üstün, Gül; Çakır, Hüseyin Melih, Okay- Tekinsoy, Özge, *İdare Hukuku*, Editör: Yıldırım, Turan, 8. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2020.
- Zor, Ömer Tuğrul, “Ceza Hukuku Çerçevesinde Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklama Kararları”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 9, Sayı 90, Şubat 2014, s. 77-85.
- 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, Resmi Gazete, Tarih: 23/7/1965, S: 12056; <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.657.pdf>, (11.12.2020).
- 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, Resmi Gazete, Tarih: 22.01.2002, S: 24648, Kabul Tarihi: 04.01.2002; <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4734.pdf>, (28.02.2020).
- 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, Resmi Gazete, Tarih: 12/10/2004 S:25611; <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf>, (15.09.2020).
- 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu, Resmi Gazete, Tarih: 24/10/2003, S: 25269, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4982.pdf>, (20.09.2020)

