

KAMU İHALELERİNE KATILMADA DAVET YÖNTEMİ

*Prof. Dr. Yasin SEZER**

GİRİŞ

Kamusal kaynaklar, kamu yöneticilerinin kişisel mülkü değildir, tüm toplumunun ortak değeridir. Kamu yöneticileri, kendi mülkiyetlerinde bulunan malları irade serbestisi çerçevesinde dilediği kişilere, dilediği biçimde devretme/kullandırma hakkına sahiptirler. Fakat toplumun ortak değeri olan kamusal kaynakların kullanılmasında idare, dilediği gibi davranmaz. Bu kaynakların etkin ve verimli biçimde kullanılması sağlamak için birçok ilke benimsenmiştir. Bu ilkeler arasında şeffaflık, eşit muamele (ayrımcılık yasağı) ve rekabet ilkeleri sayılabilir.

Rekabet ilkesi, ihalelere olabildiğince fazla kişinin iştirakini ve bunu da hiç bir baskı altında kalmadan yapabilmelerini gerektirir¹. Bu anlamda rekabet, ihalelerde gerek adayların ve gerekse kamu görevlilerinin rekabet ortamını bozucu tutum ve davranışlarının engellenmesini; rüşvet ve diğer yasal olmayan bir takım gizli ilişkilerin yasaklanmasını gerektirir.

İdarenin her aşamasında gerçekleştirilmek istenen şeffaflık ilkesi özellikle kamu ihaleleri bakımından üzerinde durulması gereken önemli bir ilkedir. Şeffaflık ilkesi, rekabet ve eşitlik ilkelerinin tamamlayıcısı niteliğindedir. İhalelerin şeffaf bir ortamda yapılması bu ihaleler üzerindeki şüphe ve tereddütleri ortadan kaldırarak, idareye olan güvenirliliği, inanılrlılığı, işlemlerde objektifliği ve dürüstlüğü tesis eder².

* İzmir Gediz Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ Danıştay 10.D., 28.10.1998, E.1996/4274, K.1998/5478, Danıştay Dergisi, S. 99, 1999, s. 513.

² Yasin Sezer, “İyi İdare İçin Yönetimde ve Kamu İhalelerinde Açıklık (Şeffaflık)”, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, S. 26, Mart 2002, s. 157.

Kamu İhale Kanunu ihalelerde şeffaflık, eşitlik ve rekabet ilkelerine uyulmasını emretmektedir (m. 5/1). Kanunun değişik maddelerinde bu ilkelerin tesisi için düzenlemeler yapılmıştır. Bu bağlamda şu düzenlemeler örnek olarak verilebilir. Bazı kişilerin ihalelere katılmasının yasaklanması (m. 11); yapılacak şartnamelere belli bir marka, model, patent, menşei, kaynak veya ürünün belirtilemeyeceği ve belli bir marka veya modele yönelik özellik ve tanımlara yer verilemeyeceği (m.12); ihale ve ön yeterlik dokümanlarının idarede bedelsiz olarak görülebileceği, ancak ön yeterlik ya da ihaleye katılacakların bu belgeleri satın almaları zorunlu olduğunun öngörülmesi (m. 28); bazı ihalelerde ihale sonuçlarının ilan edilmesinin zorunlu kılınması (m. 47); İhale öncesi katılımcılar arasında rekabeti önleyici anlaşmalar ya da katılımcılar üzerinde yapılacak baskıların cezalandırılmasının öngörülmesi (m. 58) olması gibi.

Eşitlik ilkesi, kişiler arasında ayrımcılık yapmadan herkese ihalelere katılma fırsatının tanınmasını gerektirir. Bunu sağlamanın en önemli araçlarından biri de ihalelerin ilanı ve ilgi duyan kişilerin doğrudan teklif verebilmesidir. Ancak, bunun istisnaları da yok değildir. Kanun koyucu, bazı durumlarda, ihalelere yalnızca idare tarafından davet edilen kişilerin teklif verebilmesine imkân tanımıştır. Diğer bir ifade ile, bazı ihalelere yalnızca idare tarafından davet edilen kişiler teklif verebilir. Eşitlik ve rekabet gibi temel ilkelere zedeler nitelikteki bu usul istisnai ve yalnızca kanunda belirtilen durumlarda uygulanabilir.

Bu çalışmada, kamu ihalelerinde davet usulü incelenecektir. Türk pozitif hukukunda kamu ihalelerine ilişkin birçok yasal düzenleme bulunmaktadır. Ancak, bu düzenlemelerin tamamının, bütün yönleriyle, bir maddede ele alınıp tartışılması mümkün olmayacağı için, konu yalnızca 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu (KİK) kapsamında değerlendirilecektir³.

³ Devlet İhale Kanununun 44. maddesine göre, belli istekliler arasında kapalı teklif usulü ile yapılacak ihalelerde ancak idare tarafından davet edilen kişiler teklif verebilir. Bu ihalelerde ilan yapılması zorunlu değildir. Madde metninden de anlaşılacağı üzere, belli istekliler arasında kapalı teklif usulünün uygulanabileceği durumlar, teknik hususiyetleri olan ve mali açıdan da zaten herkesin altından kalkamayacağı işlerdir. Dolayısıyla, bu tür ihalelere herkesin katılmasından ziyade, tecrübe, teknik donanım ve mali kaynaklar itibarıyla liyakatli isteklilerin iştirakinin sağlanması daha yararlı olabilir.

I. DAVET YÖNTEMİNİN UYGULANABİLECEĞİ İHALELER

Kamu ihale hukukunda, ihale yapan idareler, ihale şartnamesini hazırladıktan sonra, ihaleye katılmak isteyen kişileri haberdar etmek için kanunda belirtilen usullere uygun olarak ilan eder. Şartnamede belirtilen yeterli koşullarını haiz kişiler de tekliflerini idareye sunabilirler. Genel uygulama böyleme olmakla birlikte, kanun koyucu, buna bazı istisnalar getirmiştir. İdareler kanunda belirtilen hallerde ilan yapmadan ihale yapabileceği gibi, bazı ihalelerde de katılmasını istediği kişileri doğrudan davet edebilir. Bunun anlamı şudur; idareden davet almayan/davet edilmeyen kişiler ihalelere katılamazlar. Aslında davet yöntemiyle bazı kişilerin kamu ihalelerine katılma hakkını kısıtlanmış olmaktadır. Anayasanın 13. maddesi gereğince, temel hak ve hürriyetler kanunla sınırlanabilir. Dolayısıyla kamu ihalelere katılma hakkını kısıtlayan davet yönteminin uygulanabileceği durumların kanunla düzenlenmesi gerekir.

KİK'da açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü ve pazarlık usulü olmak üzere üçtür ihale usulü düzenlenmiştir⁴. Davet yöntemi, belli istekliler arasında ihale usulü ve pazarlık usulü ile yapılacak ihalelerde

KİK'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte, DİK'nun 44. maddesinin uygulanma alanının oldukça daralmıştır. 2002 yılında, kamusal kaynaklardan harcanma yapılmasını gerektiren ihalelere ilişkin ayrı bir düzenleme olarak KİK yapılmış ve söz konusu ihaleler DİK kapsamından çıkartılmıştır. 44. maddede düzenlenen işlerin neredeyse tamamı kamusal kaynaklardan harcama yapılmasını gerektiren konulardır. Fakat KİK yapılırken, DİK'nun harcama ihalelerine ilişkin hükümleri ilga edilmemiştir. Konuya vâkıf olmayan bir kişi/uygulayıcı, DİK hükümlerini okuduğunda halen yürürlükte olduğunu düşünebilir. Kanun koyucunun DİK'nun kamusal kaynak kullanımına ilişkin hükümlerini ilga etmesinde yarar vardır.

⁴ KİK'te bu üç usulün dışında doğrudan temin (m. 22) ve yarışma (m. 23) olmak üzere iki usul daha düzenlenmiştir. Özellikle doğrudan temin kanununun ilk halinde m. 18'de ihale usullerinden biri olarak düzenlenmiştir. Fakat sonradan yapılan kanun değişikliğiyle, bu usul, kanunda mevcudiyetini korumakla birlikte ihale usulleri arasından çıkartılmıştır. Literatürde bu yöntemler de birer ihale usulü olarak değerlendirilmektedir. Kemal **Gözler**/Gürsel **Kaplan**, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Yayınevi, Bursa, 2013, s. 481. Yapılan düzenleme ile doğrudan temin yoluyla yapılan alımlar Kamu İhale Kurumu denetiminden kaçılmıştır. Bunun kanunda belirtilen rekabet, saydamlık ve eşitlik ilkeleleriyle bağdaştırmak mümkün değildir. Yasin **Sezer**, Kamu İhalelerine Katılma Yasağı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 185.

uygulanabilir. Belli istekliler arasında ihale usulü kanununun 20. maddesinde, pazarlık usulü ise kanununun 21. maddesinde düzenlenmiştir.

A. Belli İstekliler Arasında Yapılan İhaleler

Belli istekliler arasında ihale usulü, ön yeterlik değerlendirmesi sonucunda idare tarafından davet edilen isteklilerin teklif verebildiği ihale usulüdür (m. 4).

Belli istekliler arasında ihale usulü

Madde 20- *Belli istekliler arasında ihale usulü, yapılacak ön yeterlik değerlendirmesi sonucunda idarece davet edilen isteklilerin teklif verebildiği usuldür. (Değişik son cümle: 20/11/2008-5812/6 md.)* Yapım işleri, hizmet ve mal alım ihalelerinden işin özelliğinin uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektirmesi nedeniyle açık ihale usulünün uygulanamadığı işlerin ihalesi ile yaklaşık maliyeti eşik değerinin yarısını aşan yapım işi ihaleleri bu usule göre yaptırılabilir.

(Mülga ikinci fıkra: 30/7/2003-4964/13 md.)

10 uncu maddeye uygun olarak belirlenen ve ön yeterlik dokümanı ile ön yeterlik ilânında belirtilen değerlendirme kriterlerine göre adayların ön yeterlik değerlendirmesi yapılır. Belirtilen asgari yeterlik koşullarını sağlayamayanlar yeterli kabul edilmez. (Mülga son cümle: 30/7/2003-4964/13 md.) (Ek cümle: 20/11/2008-5812/6 md.) Ön yeterlik ilanında ve dokümanında belirtilmek kaydıyla; yeterlikleri tespit edilenler arasından dokümanda belirtilen kriterlere göre sıralanarak listeye alınan belli sayıda istekli veya yeterli bulunan isteklilerin tamamı teklif vermeye davet edilebilir.

(Değişik ilk cümle: 20/11/2008-5812/6 md.) *Teklif vermeye davet edilmeyenlere davet edilmeme gerekçeleri yazılı olarak bildirilir. İşin niteliğine göre rekabeti engellemeyecek şekilde 40 uncu maddeye uygun olarak belirlenen ve ihale dokümanı ile davet mektubunda belirtilen değerlendirme kriterlerine göre tekliflerin değerlendirmesi yapılarak ihale sonuçlandırılır. İhaleye davet edilebilecek aday sayısının beşten az olması veya teklif veren istekli sayısının üçten az olması halinde ihale iptal edilir. ⁽¹⁾*

Teklif veren istekli sayısının üçten az olması nedeniyle ihalenin iptal edilmesi durumunda, ihale dokümanı gözden geçirilerek varsa hatalar ve

eksiklikler giderilmek suretiyle, ön yeterliği tespit edilen bütün istekliler tekrar davet edilerek ihale sonuçlandırılabilir.

1. Belli İstekliler Arasında İhale Usulünün Konusu

KİK kapsamına giren mal ve hizmet alımı ile yapım işlerine ilişkin ihalelerde serbest rekabet ortamının oluşması için öncelikle uygulanması gereken usul, açık ihale usulüdür. Ancak, kanunun ifadesiyle “*yapım işleri, hizmet ve mal alım ihalelerinden işin özelliğinin uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektirmesi nedeniyle açık ihale usulünün uygulanamadığı işlerin ihalesi ile yaklaşık maliyeti eşik değerinin yarısını aşan yapım işi ihaleleri bu usule göre yaptırılabilir*” (m. 20/1).

Buna göre, uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektirmesi nedeniyle açık ihale usulünün uygulanamadığı yapım işleri, hizmet ve mal alımı ihaleleri ile yaklaşık maliyeti eşik değerinin yarısını aşan yapım işleri ihaleleri bu usulle yapılabilir. İhale konusu iş uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektirmiyorsa ya da bu nitelikte olmakla birlikte açık ihale usulünü uygulama imkânı varsa, belli istekliler arası ihale usulü uygulanamaz. Kamu İhale Kurumu, örneğin, “açık ve kapalı spor tesisleri ikmal inşaatı⁵” yapımı işinin uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektiren bir iş olmadığına karar vermiştir.

İhale konusunun uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektirip gerektirmediğinin tespitinde idarenin takdir yetkisi vardır. Bunun tespiti konusunda kanunda somut bir kriter düzenlenmemiştir. İdare ihale konusu işin özelliklerini dikkate alarak objektif verilere dayalı olarak bu kriterleri belirlemek ve ilan etmek durumundadır. Literatürde şu konularda belli istekliler arasında ihale usulünün uygulanabileceği belirtilmiştir: bilgisayar yazılım hizmetleri, otoyol yapımı, havalimanı yapımı, enerji santrali yapımı işleri gibi⁶.

Belirtelim ki, ihale konusu iş, uzmanlık ve/veya yüksek teknoloji gerektirse bile idarenin belli istekliler arasında ihale usulünü uygulama zorunluluğu yoktur. İdare, uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektirmesi nedeniyle açık ihale usulünün uygulanamadığı işlerin ihalesi ile yaklaşık

⁵ Kamu İhale Kurumu, 03.06.2008, 2008/UY.Z-2282, İlyas Kılıç/Duygu Kılıç Çaylı, Kamu İhale Kurumu Emsal Kararları, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 225.

⁶ Abdullah Uz, Kamu İhale Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2005, s. 194.

maliyeti eşik değerin yarısını aşan yapım işi ihaleleri açık ihale usulüyle ya da belli istekliler arasında ihale usulünden birini tercih etme konusunda takdir yetkisine sahiptir⁷.

2. Ön Yeterlik İlanı

Belli istekliler arasında ihale usulünde, isteklilerin ön yeterlik değerlendirilmesinden geçirilmesi zorunluluğu getirilmiştir. Açık ihale usulünde, genel olarak, istekliler şartnamede düzenlenen ve ihale ilanında belirtilen şekil/usul şartlarını yerine getirerek doğrudan teklif sunma imkânına sahiptir. Belli istekliler arasında ihale usulünde ise, ihaleye katılmak isteyen herkes doğrudan teklif veremezler. Sadece idarenin ön değerlendirmesinden geçen ve idare tarafından davet edilen kişiler teklif verebilir.

İdare tarafından ön değerlendirme yapılabilmesi için ön yeterlik ilanının verilmesi gerekir. Yaklaşık maliyeti 8. maddede yer alan eşik değerlere eşit veya bu değerleri aşan ihalelerin ön yeterlik ilânları, son başvuru tarihinden en az ondört gün önce, Kamu İhale Bülteninde en az bir defa yayımlanmak suretiyle yapılır. Yaklaşık maliyeti 8. maddede yer alan eşik değerlerin altında kalan ihalelerin ön yeterlik ilânları ise, son başvuru tarihinden en az yedi gün önce 13. maddenin b bendinde düzenlenen usullere göre yapılır (m. 13).

3. İsteklilerin Teklif Vermeye Davet Edilmesi

İhaleyi yapan idare, ön ilan üzerine başvuran adaylar arasında bir ön değerlendirme yapar ve yeterli görülen isteklileri teklif vermeye davet eder. Ön değerlendirme kriterlerinin önceden Kanunun 10. maddesine uygun olarak belirlenmiş ve ön yeterlik dokümanı ile ön yeterlik ilânında belirtilmiş olması gerekir. Diğer bir deyişle, kanun koyucu isteklilere uygulanacak kriterlerin belirlenmesi konusunda idareye takdir yetkisi tanımakla birlikte, bu kriterlerin 10. maddede belirtilen esaslar çerçevesinde düzenlenmesi ve ön yeterlik ilanında ilan edilmesi gerekir.

⁷ Kamu İhale Kurumu, 20.04.2010, 2010/UY.I-1122, Muhittin **Abacıoğlu**/Ali **Abacıoğlu**, Açıklamalı-İçtihatlı Kamu İhale Kanunu ve Uygulaması, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013, s. 406.

Ön yeterlik ilanında ve dokümanında belirtilmek kaydıyla; yeterlikleri tespit edilenler arasından ihale dokümanında belirtilen kriterlere göre sıralanarak listeye alınan belli sayıda istekli veya yeterli bulunan isteklilerin tamamı teklif vermeye davet edilebilir (m. 20/3).Yapılan ön değerlendirme neticesinde bazı isteklilerin davet edilmesine karar verilmesi halinde, yaklaşık maliyeti eşik değerlere eşit veya bu değerleri aşan ihalelerde ihale gününden en az kırk gün önce; yaklaşık maliyeti eşik değerlerin altında kalan ihalelerde ise ihale gününden önce (b) bendindeki sürelerle göre davet mektubu gönderilmesi zorunludur (m. 13).

Belirtilen asgari yeterlik koşullarını sağlayamayanlar yeterli kabul edilmezler. Teklif vermeye davet edilmeyenlere davet edilmeme gerekçeleri yazılı olarak bildirilir. İdare bu bildirim yapmak zorundadır. İdare tarafından teklif vermeye davet edilmeyen kişiler, bu işleme karşı tebliğden itibaren süresi içinde idari başvuru yapma ve daha sonra da idari yargıda dava açma hakkına sahiptirler.

Kamu İhale Kurumunun bir kararında da belirtildiği üzere, “*belli istekliler arasında ihale usulü ile gerçekleştirilen ihalelerin ön yeterlik değerlendirilmesinde aranan kriterler ile tekliflerin değerlendirildiği aşamada aranan kriterler arasında farklılıklar bulunmaktadır. Ön yeterlik aşamasında, ihtiyaç duyulması halinde yapılacak puanlama içerisinde teknik yeteneğin yanında mali kapasite de (ciro veya taahhüt altındaki ya da bitirilen danışmanlık hizmet işi tutarı) önem taşımaktadır. İhale aşamasındaki teknik değerlendirme kriterleri ise, isteklilerin benzer nitelik ve ölçekteki sözleşmeleri yerine getirme deneyimi, iş için önerilen yöntem, organizasyon yapısı, yönetici kadrosu ile işi yürütecek teknik personelin eğitim seviyesi ve mesleki nitelikleridir*”⁸.

İşin niteliğine göre rekabeti engellemeyecek şekilde 40. maddeye uygun olarak belirlenen ve ihale dokümanı ile davet mektubunda belirtilen değerlendirme kriterlerine göre tekliflerin değerlendirmesi yapılarak ihale sonuçlandırılır. Ancak, ihaleye davet edilebilecek aday sayısının beşten az olması veya teklif veren istekli sayısının üçten az olması halinde ihale iptal edilir.

⁸ Kamu İhale Kurumu, 14.12.2010-2010/UH.III-3778, **Abacıoğlu/Abacıoğlu**, s. 406.

Teklif veren istekli sayısının üçten az olması nedeniyle ihalenin iptal edilmesi durumunda, ihale dokümanı gözden geçirilerek varsa hatalar ve eksiklikler giderilmek suretiyle, ön yeterliği tespit edilen bütün istekliler tekrar davet edilerek ihale sonuçlandırılabilir (m. 20).

Burada bir tespite yer vermekte yarar vardır. Kanunda teklif veren istekli sayısının üçten az olması halinde varsa hatalar ve eksiklikler giderilmek suretiyle ön yeterliliği tespit edilen bütün isteklilerin tekrar davet edilebileceği düzenlenmiş; fakat ihalenin davet edilebilecek aday sayısının beşten az olması nedeniyle iptal edilmesi halinde nasıl bir yol izleneceği hususunda kanunda düzenleme yoktur. Kanımızca, böyle durumlarda, idare yeniden ihaleye çıkmak durumundadır.

B. Pazarlık Usulüyle Yapılan İhaleler

KİK kapsamında yapılacak ihalelerde açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulü temel usullerdir. Pazarlık usulü ise kanunda belirtilen özel durumlarda uygulanabilen istisnai bir ihale usulüdür (m. 5).

Pazarlık usulü, kanunda “Bu Kanunda belirtilen hallerde kullanılabilen, ihale sürecinin iki aşamalı olarak gerçekleştirildiği ve idarenin ihale konusu işin teknik detayları ile gerçekleştirme yöntemlerini ve belli hallerde fiyatı isteklilerle görüştüğü usul” biçiminde tanımlanmıştır (m. 4).

1. Pazarlık Usulünün Uygulanabildiği Durumlar

Pazarlık usulünün uygulanabileceği durumlar KİK'nun 21. maddesinin 1.fikrasında maddeler halinde sayılmıştır.

Pazarlık usulü

Madde 21- *Aşağıda belirtilen hallerde pazarlık usulü ile ihale yapılabilir:*

a) Açık ihale usulü veya belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan ihale sonucunda teklif çıkmaması.

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

c) Savunma ve güvenlikle ilgili özel durumların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması.

d) İhalenin, araştırma ve geliştirme sürecine ihtiyaç gösteren ve seri üretime konu olmayan nitelikte olması.

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

f) (Ek: 30/7/2003-4964/14 md.) İdarelerin yaklaşık maliyeti ellimilyar Türk Lirasına kadar olan mamul mal, malzeme veya hizmet alımları.

Pazarlık usulünün uygulanabileceği konular 6 (altı) bent halinde sayılmıştır. Uygulamada, pazarlık usulü, açık ihale usulünden sonra en fazla başvurulan bir yöntemdir. İhale yapmak isteyen idareler, açık ihale usulüne ilişkin usul/şekil kurallarına tabi olmaksızın, pazarlık usulüne getirilen kolaylardan yararlanarak ihale yapma yolunu tercih etmektedirler. Basit bir istatistik vermek gerekirse, 2013 yılında Kamu İhale Kurumuna gönderilen ve 4734 sayılı Kanun kapsamında yapılan ihalelerin adet olarak %73,89'u açık ihale usulü ile, %25,67'si pazarlık usulü ile, %0,44'ü belli istekliler arasında ihale usulü ile gerçekleştirilmiştir. Benzer şekilde, 2014 yılı altı ayında Kamu İhale Kurumuna gönderilen 4734 sayılı Kanun kapsamında yapılan ihalelerin adet olarak %72,91'i açık ihale usulü ile, %26,77'si pazarlık usulü ile, %0,32'si belli istekliler arasında ihale usulü ile gerçekleştirilmiştir⁹.

2. Pazarlık Usulü İhalelerinde Davet Yönteminin Uygulanabileceği Durumlar

Pazarlık usulünde, genel olarak ifade etmek gerekirse, ihale ilanından sonra, ihale dokümanında belirtilen değerlendirme ölçütlerine göre yeterliği tespit edilen istekliler, öncelikle ihale konusu işin teknik detayları ve gerçekleştirme yöntemleri gibi hususlarda fiyatı içermeyen ilk tekliflerini sunar. İdarenin ihtiyaçlarını en uygun şekilde karşılayacak yöntem ve çözümler üzerinde ihale komisyonu her bir istekli ile görüşür. Teknik görüş-

⁹ http://www1.ihale.gov.tr/Duyurular2012/2014_6_ay_kamu_alimlari_raporu_rev.pdf: 23.09.2014.

meler sonucunda şartların netleşmesi üzerine bu şartları karşılayabilecek isteklilerden, gözden geçirilerek şartları netleştirilmiş teknik şartnameye dayalı olarak fiyat tekliflerini de içerecek şekilde tekliflerini vermeleri istenir (m. 21/3).

Pazarlık usulüne ilişkin bu genel esaslara bazı istisnalar getirilmiştir. Kanununun 21.maddesinin 2. fıkrasında “b), (c) ve (f) bentlerinde belirtilen hallerde ilan yapılması zorunlu değildir. İlan yapılmayan hallerde en az üç istekli davet edilerek, yeterlik belgelerini ve fiyat tekliflerini birlikte vermeleri istenir.” denilmiştir. Buna göre,

- *Doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması.*
- *Savunma ve güvenlikle ilgili özel durumların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması.*
- *İdarelerin yaklaşık maliyeti ellimilyar Türk Lirasına kadar olan mamul mal, malzeme veya hizmet alımları.*

için yapılacak ihalelerde idare ilan yapmadan re’sen tespit edeceği kişileri ihaleye teklif vermeye davet edebilir ve ihaleyi bu kişilerden birisi üzerine bırakabilir. Kanun koyucunun istisnai durumlar için öngördüğü davet yönteminin uygulanmasında eşitlik ve rekabet ilkelerini ihlal edici uygulamalar olabilmektedir. Bu konuda gerek Kamu İhale Kurumuna ve gerekse idari yargı mercilerine birçok başvuru yapılmaktadır. Bu nedenle öncelikli olarak 21. maddenin 1. fıkrasının b, c ve f bentlerinin uygulanabileceği durumların tespiti; daha sonra da bahse konu ihalelerde yapılacak davetin usul ve esaslarının incelenmesinde yarar vardır.

a. İdare Tarafından Önceden Öngörülemeyen Durumların Ortaya Çıkması

Kamu ihale hukukunda kaynakların verimli kullanılması ve ihtiyaçların zamanın karşılanabilmesi için idarenin ihaleye çıkmadan önce ciddi hazırlık yapması ve bir plan dahilinde ihaleye çıkması gerekir. Bu bağlamda idare, ihtiyaçların nitelik ve niceliği, mevsimsel veya coğrafi koşullar, kaynakların

yeterliliği ve önceliklilik sıralaması gibi daha birçok etkeni dikkate alarak, adeta bir eylem planı çerçevesinde hareket etmelidir. Ne yazık ki, ülkemizde yapılan ihalelerin birçoğunda idarenin bu şekilde rasyonel davrandığını söylemek mümkün değildir.

Diğer taraftan, bir an için idarenin planlı ve programlı olarak ihaleye çıktığını düşünsek bile, bazı durumlarda önceden öngörülemeyen doğal afetler, salgın hastalıkları ve can veya mal kaybına yol açabilecek olayların gerçekleşmesi mümkündür. Bu gibi halleri öngören kanun koyucu, idarenin ivedilikle ihaleye çıkarak kamusal ihtiyaçların hızlı bir şekilde karşılanmasına imkân tanımıştır. İdare, *doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması nedeniyle* ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olduğu durumlarda davet yöntemine başvurabilir.

İdare önceden öngörülemeyen ve ivedilik arz eden hallerde pazarlık usulüne göre ihaleye çıkıp, isteklileri doğrudan davet edebilir. Hangi durumların önceden öngörülemeyen nitelikte ve ivedi olduğuna idare karar verecektir. Bu konuda idarenin takdir yetkisi vardır. Danıştay'ın yerleşik içtihatları¹⁰ ve İdare Hukuku literatüründe¹¹ sıklıkla belirtildiği üzere, idareye tanınan takdir yetkisi keyfi ve dilediğince kullanılabilir bir yetki değildir. İdare takdir yetkisini kamu yararına kullanmak zorundadır. İdarenin takdir yetkisinin kamu yararına kullanması gerektiği konusunda duraksama olmakla birlikte, somut olaylarda bunun saptanması oldukça zordur.

21. maddenin birinci fıkrasının b bendine dönersek, idarenin ilan yapmadan isteklileri doğrudan ihaleye davet edebilmesi için,

- Doğal afetler gibi idare tarafından önceden öngörülemez nitelikli durumların ortaya çıkması
- İhalenin ivedi olarak yapılması zorunluluğu

şartlarının gerçekleşmesi gerekir. Madde metninden de anlaşılacağı üzere, davet usulünün uygulanabilmesi için bu iki şartın birlikte gerçekleşmesi gerekir. Bu şartlardan birinin varlığı yeterli değildir. Özellikle, idarenin

¹⁰ Danıştay 5. D., E.1986/1087, K.1987/605, Danıştay Dergisi, S. 68-69, s. 392.

¹¹ Oğuz **Sancakdar**, İdare Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012, s. 337.

görevi gereği önceden öngörmesi gereken durumlarda bu usule başvurusu mümkün değildir¹².

Öngörülemezlik kavramı, İdare Hukuku literatüründe, sözleşmenin imzalanmasından sonra, tarafların iradesi dışında ortaya çıkan ve sözleşmenin mali dengesini alt üst ettiği için kamu hizmetlerinin yürütülmesine mani olan anormal olaylar olarak tanımlanmaktadır¹³.

Her ne kadar öngörülemezlik kavramı, idarenin taraf olduğu sözleşmeler için geliştirilmiş bir kavram ise de, KİK'nun 21. maddesinde yer verildiği için, ihale usullerinin belirlenmesi açısından da yorumlanması ve benzer olaylarda aynı şekilde uygulanması zorunludur¹⁴. Kamu İhale Kurumunun uyuşmazlık kararları ile yargı kararları incelendiğinde hangi durumların idare tarafından önceden öngörülemeyen, ani ve ivedilik arz eden durum olduğunun tespiti çok ta kolay değildir. Çünkü bu kararlarda içtihat birliğinin varlığından söz etmek mümkün değildir.

Kanunun 21. maddesinde “önceden öngörülemeyen” hallere örnek olarak doğal afetler, salgın hastalıkları, can ve mal kaybı tehlikesinin ortaya olan durumlar ani beklenmeyen durumlara örnek verilmiştir. Hukuk literatüründe mücbir sebepler¹⁵ arasında sayılan bu durumların her zaman öngörülemez olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Kamu İhale Kurumuna göre, “Bir durumun kamu ihale mevzuatı ve 4734 sayılı Kanununun 21. maddesinin b bendi açısından ‘idarece öngörülemeyen olay’ olarak değerlendirilebilmesi için; ortaya çıkan olay, ihale yapılmasını gerektiren durumdan önce idare tarafından ‘öngörülemez’ nitelikte olmalı, öngörülen halin de

¹² “Sosyal sitenin bir yıllık kalorifer yakıtı teminin işi, ilk defa ortaya çıkan bir ihtiyaç olmadığı ve her yıl tekrarlanan bir ihtiyaç olduğundan idare tarafından önceden öngörülemeyen ivedi bir hal olarak değerlendirilemez”. Kamu İhale Kurumu, 12.07.2004, 2004/UK.Z-845, Uz, s. 199.

¹³ Turgut **Tan**, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s. 329; Ramazan **Çağlayan**, İdare Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 746; Ender Ethem **Atay**, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 508.

¹⁴ Kamu İhale Kurumu, 14.08.2003/UK.Z-121, **Doğanyigit**, s. 547.

¹⁵ Sami **Demirel**, “Kamu İhale Hukuku Bağlamında Yapım İşleri Sözleşmelerinde Mücbir Sebebe Dayalı Süre Uzatımı Verilmesi”, Terazi Hukuk Dersi, S. 94, Temmuz 2014, s. 95.

objektif kriterler göre yerinde bulunması ve idarenin iradesinden bağımsız olması gerekir¹⁶.

Kamu İhale Kurumunun, öngörülemezlikle ilgili genel değerlendirmesi böyle olmakla birlikte, somut olaylarda, her ihaleyi kendi özel koşullarında değerlendirme yolunu tercih ettiğini görüyoruz.

Kamu İhale Kurumu, örneğin, bir ihalede “su baskını riskini ani ve beklenmeyen bir olay değil, ileri bir tarihte gerçekleşmesi muhtemel bir durum¹⁷” olarak değerlendirirken; bir başka ihalede “cadde ve bulvara asfalt kaplama yaptırılması” işinin öngörülemez ve ivedi¹⁸ durum olduğuna karar vermiştir.

Önceden öngörülemeyen ve ivedilik ölçütünün yorumlanması konusunda idari yargı mercileri ve Sayıştay da, Kamu İhale Kurumu gibi, her somut olayı kendi özel koşullarında değerlendirme eğilimindedir.

Danıştay 13. Dairesi, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Başkanlığı Fen İşleri Daire Başkanlığı tarafından pazarlık usulü ile yapılan “İstanbul Bağlarbaşı Kavşağı Kısıklı Caddesi alt geçidi, bağlantı yolları ve ortak alt yapı inşaatı” ihalesinin iptali davasının temyiz incelemesinde, İstanbul’un jeopolitik konumu, hızlı nüfus artışı, deprem bölgesi olması, NATO zirvesi, Eurovizyon Şarkı yarışması gibi düzenlenecek ve düzenlenmesi muhtemel olan ulusal ve uluslararası kongreler gerekçelerini kabul etmeyerek, bahse konu ihalenin KİK’nun 21/b. maddesinde sayılan şartların oluşmadığından hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir¹⁹.

Ankara 4. İdare Mahkemesi, Gebze İleri teknoloji Enstitüsü Rektörlüğü idari binasının 07-08 Haziran 2010 ve 23-24 Haziran 2010 tarihlerinde yağın şiddetli yağmurların neden olduğu sel felaketinden kaynaklanan hasarlı binaların yapımı ihalesinin iptali talebiyle açılan bir davada, “sel

¹⁶ Kamu İhale Kurumu, 19.06.2006-2006/UH.Z-1140; Kamu İhale Kurumu, 14.08.2003, 2003/UK.Z-133, **Abacıoğlu/Abacıoğlu**, s. 411-413.

¹⁷ Kamu İhale Kurumu, 2008/UY.2018, **Abacıoğlu/Abacıoğlu**, s 412.

¹⁸ Kamu İhale Kurumu, 13.08.2007- 2007/UY.Z-2766, **Erkan Özdemir**, “Davet Usulüyle Yapılacak İhalelerde Dikkat Edilmesi Gereken Hususlar”, Terazi Hukuk Dergisi, C.9, S. 90, Şubat 2014, s. 71.

¹⁹ Danıştay 13.D., 3.12.2010, E.2009/4101, K.2010/8217, (<http://www.danistay.gov.tr>: 11.09.2014).

felaketi nedeniyle hizmetin yürütülebilir nitelikte olmadığı ve mevcut yapının bulunduğu yer itibariyle de sel felaketine uğrama ihtimalinin yüksek olduğu hususları göz önüne alındığı eğitim-öğretim hizmetlerinin aksatılması” açısından söz konusu yapının ivedi olarak yapılması sonucuna varıldığından 4734 sayılı Kanununun 21/b maddesindeki gerçekleştirilmesine karar vermiştir²⁰.

Sayıştay Daireler Kurulu, “... Sağlık İşletmesi tarafından ihaleye çıkarılan Gastroenteroloji, Cerrahi, Üroloji ve KVC Klinikleri Ameliyathaneleri ve Yoğun Bakım Üniteleri Tadilat ve Onarım İşine ilişkin sözleşmenin tescilinde hasıl olan tereddüt üzerine”, döner sermayeli kuruluşlarca gerçekleştirilecek yatırımların yatırım programında yer alması gerekmekte ise de; bir işin yatırım programı kapsamına alınmasının belli bir prosedür ve süreci gerektirdiği hususu dikkate alındığında, zarurî ve ivedi yapılması gereken ameliyathane ve yoğun bakım üniteleri onarım ve tadilat işinin kısa sürede tamamlanması zorunluluğu karşısında, yatırım programında yer almadan pazarlık usulüyle ihale edilmesinde bir sakınca bulunmadığına karar vermiştir²¹.

Kamu İhale Genel Tebliğinin 20. maddesinde süreklilik arz eden mal ve hizmet alımlarının kesintiye uğratılmadan temini için KİK m. 21/b kapsamında pazarlık usulüyle ihale yapılabileceği düzenlenmiştir. Tebliğ’de “4734 sayılı Kanununun 62 nci maddesinin (b) bendinde ertesi mali yılda gerçekleştirilecek süreklilik arz eden mal ve hizmet alımları için bir önceki mali yıl sona ermeden ihaleye çıkılabileceği düzenlenmiştir. Böylece ihale ile ilgili ilan süresi ve ihale sürecinin belirli bir zaman alacağı da dikkate alınarak ertesi yılda gerçekleştirilecek bu tür mal ve hizmet alımı ihalelerine mali yıl sona ermeden çıkılabilmemesine imkân tanınmıştır. Ancak yılın sonunda ya da ertesi yılın başında çıkılan ihalelerde önceden öngörülemeyen nedenlerle ihale sürecinin uzadığı durumlarda süreklilik arz eden bu alımların kesintiye uğratılmamasını teminen, ihale sonuçlandırılıncaya kadar

²⁰ Ankara 4. İdare Mahkemesi, 09.02.2011, E.2010/2974 sayılı yürütmenin durdurulması kararı, Murat **Sezginer**, İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013, s. 49.

²¹ Sayıştay Daireler Kurulu, 01.10.2003, K.1126/2, (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>: 12.09.2014).

geçecek süre içindeki ihtiyaçların 4734 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin (b) bendindeki “idare tarafından önceden öngörülemeyen olaylar” kapsamında değerlendirilerek, anılan madde hükmü ve 62 nci maddenin (1) bendinde yer alan esaslar da dikkate alınarak aynı Kanunun 21 inci maddesinin (f) bendi ya da 22 nci maddesinin (d) bendinde belirtilen tutarlara kadar olanların bu maddelere göre temin edilebilmesi idarenin yetki ve sorumluluğundadır” denilmiştir (Genel Tebliğ, m. 20).

İdare tarafından önceden öngörülemeyen ve ivedi olarak yapılmasında zorunluluk olan ihalelerde yaklaşık maliyet yönünden eşik değer ya da parasal limit sınırlaması yoktur. Fakat Genel Tebliğin 20. maddesi kapsamında yapılacak mal ve hizmet alımı ihaleleri için, yine aynı maddenin son cümlesinde, parasal limit getirilmiştir. Düzenlemeye göre, söz konusu mal ve hizmet alımlarının yaklaşık maliyetlerinin Kanunun 21. maddesinin f bendi ya da 22. maddenin d bendinde belirtilen limitleri aşmaması gerekir²².

21. maddenin b bendi kapsamında yapılacak ihaleler konusunda süre ve sayı sınırlaması yoktur. İdare, öngörülemezlik ve ivedilik ölçütlerine uymak şartıyla ihtiyaca göre bir veya daha fazla ihale yapabilir. Süre ve sayı konusunda kanunda özel bir düzenleme yoktur. İhaleyi yapan idare, bu konuda geniş takdir yetkisine sahiptir. İdare her olayı kendi özel koşullarını dikkate alarak ayrıca değerlendirmek durumundadır. Kamu İhale Kurumu, “KİK m. 21/b kapsamında 8 ay süre ile temizlik ihalesi yapılmasını²³” hukuka aykırı bulurken; “hastanenin genel temizlik ihtiyacının karşılanması amacıyla daha önce yapılan iki ihalenin de iptal edilmesi üzerine üçüncü kez 4734 sayılı Kanunun 21. maddesinin b bendi uyarınca, esas ihale yapılınca

²² Kamu İhale Tebliği (Resmi Gazete, 30.01.2014, S. 28898).

Madde 1: 01.02.2014-31.01.2015 döneminde uygulanacak olan parasal limitler ve tutarlar

ç) 21 inci maddenin birinci fıkrasının (f) bendinde belirtilen 147.633,- TL (Yüzkırkyedibinaltıyüzotuzüç Türk Lirası), 157.923,- TL (Yüzelliyedibindokuzyüzyirmüç Türk Lirası).

d) 22 nci maddenin birinci fıkrasının (d) bendinde belirtilen 44.287,- TL (Kırkdörtbinikiyüzsekseneyedi Türk Lirası), 47.373,- TL (Kırkyedibinüçyüzyetmişüç Türk Lirası), 14.755,- TL (Ondörtbinyediyüzellibeş Türk Lirası), 15.783,- TL (Onbeşbinyediyüzseksenüç Türk Lirası).

²³ Kamu İhale Kurumu, 03.06.2008-2008/UH.Z-2311, **Abacıoğlu/Abacıoğlu**, s. 413.

kadar üç aylık ihtiyaç için pazarlık usulü ihale” yapılmasında kanuna aykırılık görmemiştir²⁴.

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

b. Savunma ve Güvenlikle İlgili Özel Durumların Ortaya Çıkması

KİK m. 21 kapsamında davet usulünün uygulanabileceği durumlardan biri de savunma ve güvenlikle ilgili özel durumların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olduğu hallerdir.

Savunma ve güvenlik alımları, ülkelerin ulusal güvenliklerini sağlamak amacıyla gerekli olan ihtiyaçların temin edilmesine yönelik alımlardır. Savunma ve güvenlik alımlarının askeri boyutunun dışında istihbarat, karşı istihbarat, sınır güvenliği, ülke güvenliğine yönelik örgütlü ve/veya bilişim suçları gibi çok farklı boyutları vardır²⁵.

KİK'nun 3. maddesinin b bendinde yapılan düzenleme ile “savunma, güvenlik veya istihbarat alanları ile ilişkili olduğuna veya gizlilik içinde yürütülmesi gerektiğine ilgili bakanlık tarafından karar verilen veya mevzuatı uyarınca sözleşmenin yürütülmesi sırasında özel güvenlik tedbirleri alınması gereken veya devlet güvenliğine ilişkin temel menfaatlerin korunmasını gerektiren hallerle ilgili olan mal ve hizmet alımları ile yapım işleri”

²⁴ Kamu İhale Kurumu, 03.06.2003/UK.Z-121, Sadettin **Doğanyigit**, Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013, s. 547; aynı yönde, Kamu İhale Kurumu, 28.04.2008, 2008/UH.Z-1773, Kılıç-Kılıç Çaylı, (2012) s. 237.

²⁵ Tuğrul **Atay**, “Türkiye ve Avrupa Birliği Mevzuatı Çerçevesinde Savunma ve Güvenlik Alanındaki Alımlar” (yayımlanmamış uzmanlık tezi) Kamu İhale Kurumu, Ankara 2013, s. 2’ten aktaran **Özdemir**, s. 72.

ceza ve ihalelerden yasaklanma hükümleri hariç KİK kapsamı dışına çıkarılmıştır.

KİK'nun üçüncü maddesindeki düzenleme karşısında 21/c maddesinin uygulanma alanı oldukça daralmıştır. Çünkü uygulayıcıların yapacağı yorumların geniş veya dar olmasına bağlı olarak ülkenin savunma ve güvenliği ile ilgili her ihalenin 3. madde çerçevesinde değerlendirilerek KİK kapsamından çıkarılması mümkündür. Uygulamada, idarenin KİK'nun 21/c. maddesi yerine daha ziyade 3. madde hükümlerini işlettiği ve KİK hükümlerine tabi olmaksızın ihale yapma yolunu tercih ettiği söylenebilir. Örnek olması açısından bir istatistiki bilgi verilebilir: 2011 yılı içerisinde KİK m.3/b istisna hükümlerine göre gerçekleştirilen alımların toplam kamu alımları içindeki payı %3,34 iken; m. 21/c çerçevesinde pazarlık usulü ile yapılan alımların toplam kamu alımları içindeki oranı %0.73'tür²⁶. Bu uygulamanın halen devam ettiği söylenebilir. 2014 yılı ilk 6 aylık döneminde KİK m. 3/b istisna hükmü kapsamında gerçekleştirilen alımların toplam kamu alımları içindeki payı (tutar bazında) %11.31 iken; m. 21/c hükümlerine göre yapılan alımların toplam kamu alımları içindeki payı ise, % 5.12'dir²⁷.

KİK, savunma ve güvenlikle ilgili ivedi ve özel durumların ortaya çıkması halinde davet usulü ile ihale yapılmasına izin vermiştir. Ancak, uygulamada savunma ve güvenlik alımı olarak nitelendirilemeyecek birçok konuda davet yöntemi ile ihale yapıldığı görülmektedir. Davet yöntemiyle yapılan alımlara şu örnekler verilebilir: özel güvenlik hizmeti alımı ihalesi, teleferikle taşınan yolculara ilişkin ferdi kaza sigortası hizmeti alımı ihalesi, Çevre ve Şehircilik Bakanlığının Ankara'daki merkez hizmet binasının bakım ve onarımı ihalesi²⁸.

Kamu İhale Kurumu, burada örnek olarak verdiğimiz ihalelerden özel güvenlik hizmeti alımı işinin savunma ve güvenlikle ilgili ivedi bir durum

²⁶ Özdemir, s. 73.

²⁷ http://www1.ihale.gov.tr/Duyurular2012/2014_6_ay_kamu_alimlari_raporu_rev.pdf: 12.09.2014. Bir başka bakış açısıyla, bu rakamlar bize kanunda istisna olarak düzenlenen hükümlerin (gerek 3. madde ve gerekse 21.madde) idare tarafından ne kadar yoğun biçimde uygulandığını göstermektedir.

²⁸ Özdemir, s. 73.

olmadığına karar vermiştir. Fakat bu konuda genelleme yapılarak, özel güvenlik hizmetlerinin hiçbir şekilde pazarlık usulü ile ihale yapılamayacağı söylemek yanlış olur. İdarenin güvenlikle ilgili ivedi bir durumun ortaya çıkması ve bunun gerekçelerinin ortaya konulması şartıyla KİK'nun 21/c. maddesi hükümlerine göre istekliler davet edilerek pazarlık usulüyle ihale yapması mümkündür. Nitekim Kamu İhale Kurumu Kararında buna vurgu yapılmıştır. Kuruma göre, “*söz konusu ihalenin pazarlık usulü ile 4734 sayılı Kanununun 21 inci maddesinin c bendine göre yapıldığı, idarenin söz konusu usulde ihaleye çıkmak için savunma ve güvenlikle ilgili özel durumların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması gibi bir gerekçe göstermediği gibi, söz konusu ihalede böyle bir durumun da olmadığı, bu nedenle pazarlık usulü ile ihaleye çıkılması*” mevzuata aykırıdır²⁹.

c. Belli Limitin Altında Kalan Mamul Mal, Malzeme ve Hizmet Alımları

Davet yönteminin uygulanabileceği bir diğer durum, yaklaşık maliyeti kanunda belirtilen limitin altında kalan ihalelerdir. Kanun koyucu, KİK'nun 21. maddesinin f bendinde, yaklaşık maliyeti belirli limitin altında kalan ihalelerde, idareye isteklilere doğrudan davetiye göndererek, davete icabet eden istekliler arasında ihale yapmaya izin vermiştir. Fakat aşağıda da belirtileceği üzere, idare yaklaşık maliyeti limitin altında kalan her ihale için davet usulüne başvuramaz. Bu yöntemle başvurabilmek için konu yönünden de sınırlama getirilmiştir.

Kanununun 21. maddesinin f bendinde, davet usulüne başvurabilmek için, iki şart öngörülmüştür. Birinci şart, ihale konusunun mamul mal, malzeme veya hizmet alımı olması gerekir. Yapım işleri bu bent kapsamında ihale edilemezler. Ancak, mamul mal, malzeme ile birlikte hizmet ihalesi kapsamında, bakım ve onarım, taşıma, haberleşme, sigorta, araştırma ve geliştirme, muhasebe, piyasa araştırması ve anket, danışmanlık, tanıtım, basım ve yayım, temizlik, yemek hazırlama ve dağıtım, toplantı, organizasyon, sergi-

²⁹ Kamu İhale Kurumu, 06.08.2007, 2007/UH.Z-2690, H. Bahadır **Barçın**, Kamu İhale Kanunu, C.1, Ankara Yayınevi, Ankara 2013, s. 1244; aynı yönde Kamu İhale Kurumu, 12.04.2007, 2007/UH.Z-1373, **Barçın**, s. 1236.

leme, 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 hizmetleri (m. 4) satın alabilir.

Davet yönteminin uygulanabilmesi için ikinci şart, ihalenin yaklaşık maliyetinin kanunda belirtilen limitin altında kalması gerekir. Limit konusunda kanunun iki ayrı maddesinde düzenleme yapılmıştır. Kanunun 21. maddesinin f bendine göre, yaklaşık maliyeti, 01.02.2014 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere³⁰,157.923 Türk Lirası olan ihalelerde davet yöntemine başvurulabilir. Limit konusunda ikinci düzenleme kanunun 62. maddesinin (ı) bendinde yapılmıştır. Kanuna göre, “bu Kanunun 21. ve 22. maddelerindeki parasal limitler dahilinde yapılacak harcamaların yıllık toplamı, idarelerin bütçelerine bu amaçla konulacak ödeneklerin %10’unu Kamu İhale Kurulunun uygun görüşü olmadıkça aşamaz”.

KİK’nun belirtilen hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, kamu idareleri, yaklaşık maliyeti kanunun 21/1-f maddesinde düzenlenen limitin altında kalan mamul mal, malzeme ve hizmet alımlarında isteklilere doğrudan davetiye göndermek suretiyle pazarlık ihale usulüyle ihale yapabilir. Ancak, bu bağlamda yapılacak harcamaların yıllık toplamı, ilgili idarelerin bütçelerine bu amaçla konulacak ödeneklerin %10’unu aşmamalıdır. Şayet yapılan harcamalar, bütçe ödeneklerinin %10’unu aşacak ise, Kamu İhale Kurumundan olumlu görüş alınması zorunludur.

Uygulamada, bazen kanunda belirtilen limit engelini aşabilmek için ihalelerin parçalara bölünerek pazarlık usulü ile ihale edildiği gözlemlenmektedir. KİK’nun 5. maddesinde “eşik değerlerin altında kalmak amacıyla mal veya hizmet alımları ile yapım işleri kısımlara bölünemez.” denilmiştir. Dolayısıyla, kanunun 21/1-f maddesinde düzenlenen parasal sınırın altında kalmasını sağlamak amacıyla ihalelerin bölünmesi hukuka aykırıdır. Kamu İhale Kurumu, açık ihale usulü ile yapılması gerekirken, parçalara ayrılarak pazarlık usulü ile yapılan ihaleyi iptal etmiştir³¹.

³⁰ Resmi Gazete, 30.01.2014, S. 28898.

³¹ Kamu İhale Kurumu, 30.10.2007, 2007/UH.Z-3480.

II. DAVET EDİLECEK KİŞİNİN BELİRLENMESİ

A. Davet Edilecek Kişilerin Belirlenmesinde İdarenin Takdir Yetkisi

Davet yöntemiyle gerçekleştirilen ihalelerde, davet edilecek kişiler idare tarafından re'sen belirlenir. Davet edilecek kişilerin belirlenmesi açısından, belli istekliler arasında ihale usulü ile pazarlık usulünü ayrı ayrı değerlendirmekte yarar vardır. KİK'nun 20. maddesinde belli istekliler arasında ihale usulünde, teklif vermeye davet edilecek kişilerin, ön yeterlik dokümanı ve ön yeterlik ilanında belirtilen kriterlerine göre değerlendirilmesi neticesinde belirleneceği ifade edilmiştir. Pazarlık usulü ile yapılan ihalelerde ise, davet edilecek kişilerin belirlenmesi konusunda bir düzenleme yoktur. 21. maddenin 2. fıkrasında "ilan yapılmayan hallerde en az üç istekli davet edilerek, bu kişilerin "yeterlik belgelerini" vermelerinden söz edilmektedir³².

Görüldüğü üzere, kanun koyucu, ihaleye kimlerin davet edileceğini belirleme konusunda idareye takdir hakkı tanımıştır. Ancak, ihaleye teklif vermeye davet edilecek kişileri belirleme konusunda idareye tanınan takdir yetkisi keyfi olarak kullanılabilir bir yetki değildir. İhaleyi yapan idareler, davet edeceği kişileri belirlerken, KİK'nun 5. maddesinde düzenlenen rekabet, eşit muamele ve kaynakların verimli kullanılması gibi temel ilkelere ve kanunun diğer amir hükümlerine riayet etmek zorundadır³³.

Çünkü davet yönteminin uygulandığı ihalelerde, idare tarafından davet edilmeyen kişilerin ihalelere katılması, ileride ayrı başlık altında inceleneceği üzere, pek mümkün değildir. Bu da söz konusu kişilerin kamusal kaynaklardan yararlanma hakkını kısıtlayan bir durumdur. Kamu ihalelerine egemen olan eşitlik, şeffaflık ve rekabet ilkeleri kamusal kaynaklardan yararlanma noktasında herkes fırsat tanınmasını zorunlu kılar. Oysa ki, davet yöntemi bazı kişilerin ihaleye katılmasını engellemektedir. Bu nedenle, ihale yapan idareler, ihaleye davet edeceği kişileri belirlerken, kamu yararının dışında başka saiklerle, örneğin bazı kişilerin kayırılması ya da bazı kişilerin engellenmesi amacıyla hareket etmemelidir.

³² Kamu İhale Kurumu, 03.12.2007, 2007/UH.Z-3883.

³³ Kamu İhale Kurumu, 25.02.2008, 2008/UY.Z-901.

B. Davet Edilecek İstekli ve Geçerlik Teklif Sayısı

Davet edilecek asgari istekli sayısı konusunda kanunda iki ayrı düzenleme mevcuttur. KİK'nun 20. maddesinin 3. fıkrasında belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan ihalelerde davet edilebilecek istekli sayısının beşten az olması halinde ihalenin iptal edileceği düzenlenmiştir. Kanununun 21. maddesinin 2. fıkrasında da, pazarlık usulünde ilan yapılmayan hallerde en az üç isteklinin davet edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Davet edilecek kişilere ilişkin bu sayılar, asgari koşuldur. İdarenin rekabeti artırabilmek için daha fazla sayıda istekliyi davet etmesinde her hangi bir sakınca yoktur. Kamu İhale Kurumunun ifadesiyle, "ilan yapılmayan hallerde üçten fazla istekliyi davet etmek idarenin takdirine bırakılmıştır"³⁴.

Bu noktada, üzerinde durulması gereken bir diğer husus, teklif vermesi gereken istekli veya geçerli teklif sayısı konusudur. Çünkü uygulamada, bazı ihalelerde bir tek geçerli teklif olabilmekte ve ihale bu istekli üzerinde bırakılabilmektedir. Kanuna göre, belli istekliler arasında ihale usulünde teklif veren istekli sayısının üçten az olmaması gerekir. Teklif veren istekli sayısının üçten az olması halinde ihale iptal edilir. Pazarlık usulü ihalelerde davet yönteminin uygulanabilmesi için teklif vermesi gereken istekli veya geçerli teklif sayısı konusunda asgari bir sayı öngörülmemiştir. Kanunda sadece davet edilecek kişiler için -yukarıda açıklandı- asgari bir sayı öngörülmüştür.

Kamu İhale Kurumuna göre, "4734 sayılı Kanununun 21 inci maddesinin (b) bendine göre Pazarlık usulü ile yapılan bir ihaleye en az 3 isteklinin davet edilmesi yeterli olup, ihaleye katılan istekli veya geçerli teklif sayısına ilişkin bir sınırlama bulunmamaktadır"³⁵.

Kamu İhale Kurumu, bir başka ihalede, idare tarafından beş kişi davet edilmesine rağmen ihalenin tek geçerli istekli üzerinde bırakılmasına mevzuata aykırılık görmemiştir. Bahse konu kararda, 4734 sayılı Kanununun 21. maddesine göre pazarlık usulü ile yapılan ihalede, "idare tarafından anılan maddenin ikinci fıkrasına uygun olarak ihale konusu alanda faaliyet gösteren beş isteklinin davet edildiği, ihaleye üç isteklinin teklif verdiği,

³⁴ Kamu İhale Kurumu, 18.10.2010, 2010/UH.II-3223.

³⁵ Kamu İhale Kurumu, 25.02.2008, 2008/UY.Z-910.

isteklilerden birinin teklif zarfının 4734 sayılı Kanununun 30 uncu maddesinin birinci fıkrası hükmüne uygun olarak yapıştırılan yerinin istekli tarafından imzalanıp mühürlenmediği gerekçesiyle değerlendirme dışı bırakıldığı, bir isteklinin teklifinin 2.Sınıf Gayri Sıhhi Müesseseler grubunda işyeri açma ruhsatı bulunmadığı için değerlendirme dışı bırakıldığı, bir isteklinin ise yeterliğinin bulunduğu için teklifinin değerlendirmeye alındığı ve tek geçerli teklif sahibi olarak bu istekli ile görüşme yapılarak ihalenin bu istekli üzerinde bırakıldığı” anlaşılmış olup, herhangi bir mevzuata aykırılık yoktur³⁶.” denilmiştir.

KİK’da belli istekliler arasında ihale usulünde asgari üç isteklinin, pazarlık usulünde ise bir isteklinin teklif vermiş olması yeterli görülmüş ise de, ihaleyi yapan idareler, yeterince rekabetin oluşmadığını kanısına varırlarsa, ihaleyi iptal etme yetkisine sahiptirler (m. 39).

Kamu İhale Kurumunun bu tür durumlarda “yeterli rekabet oluşmadığı” gerekçesiyle idarelerce alınan ihalenin iptali kararlarını mevzuata aykırı olarak görmeyen kararları da mevcuttur³⁷.

Yine idari yargı mercileri de, her somut olayı kendi özel koşullarında değerlendirerek, bazı ihalelerde kanunda belirtilen asgari sayı kadar teklif verilmiş olmasını hukuka uygun bulurken, bazı ihalelerde ise, asgari sayıda teklif verilmesine rağmen yeterince rekabet ortamının oluşmadığı gerekçesiyle ihaleleri iptal ettiği görülmektedir.

KİK’nun 21/b. maddesine göre pazarlık usulü ile yapılan, İzmir Hafif Raylı Sistem 2. aşama tünel işleri ile İzmir spor ve Hatay istasyonları ikmal yapım işi ihalesinde, beş firma doküman satın almış, 3 firma geçerli teklif sunmuştur. İhaleye davet edilmeyen bir başka firmanın itirazın şikayet başvurusunu inceleyen Kamu İhale Kurumu, rekabet ve eşit muamele ilkelelerinin zedelendiği gerekçesiyle ihalenin iptaline karar vermiştir³⁸. Kurum kararına karşı açılan iptal davasında Ankara 7. İdare Mahkemesi, yürütmenin durdurulması talebine ilişkin verdiği kararında, “kanunda en az üç isteklinin davet edilmesinin emredildiği, davet edilenlerden yalnızca bir kişinin teklif

³⁶ Kamu İhale Kurumu, 03.12.2007, 2007/UH.Z-3883.

³⁷ Kamu İhale Kurumu, 24.11.2008, 2008/UH.II-4811, **Özdemir**, s. 74.

³⁸ Kamu İhale Kurumu, 23.11.2009, 2009/UY.I-2821.

vermesi halinde bile ihalenin yapılabileceği; eşitlik ve rekabet ilkelerine aykırı davranıldığına ilişkin somut hiçbir verinin bulunmaması karşısında, yapılan ihalenin hukuka uygun olduğu ve söz konusu ihaleyi iptal eden Kamu İhale Kurumu kararının hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir³⁹.

Diğer taraftan, Ankara 16. İdare Mahkemesi, bir isteklinin teklif verdiği ihaleyi rekabet koşullarının oluşmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin hukuka aykırı olduğuna hükmetmiştir. Dava konusu olayda, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu İl Sosyal Hizmetler Müdürlüğüne, pazarlık usulü ile yapılan “2 (iki) aylık mamul yemek hizmeti alımı ihalesinde” üç firma davet edilmiş, iki firma gerekli belgeleri sunmadığı için değerlendirme dışı bırakılmış, ihale bir tek geçerli teklif sahibi firmaya verilmiştir. İhaleye katılmak istediği halde davet edilme talebi reddedilen bir başka isteklinin başvurusunu değerlendiren Kamu İhale Kurumu “idarenin böyle bir yükümlülüğü bulunmadığını” belirterek yapılan ihalenin mevzuata uygun olduğuna karar vermiştir. Kurumun söz konusu kararına karşı açılan iptal davasında Ankara 16. İdare Mahkemesi, iki firmanın belgeleri sunmaması ve bir tek geçerli teklif değerlendirilmeye alınması karşısında, ihalenin eşitlik ve rekabet ilkeleri açısından incelenmesinin gerekli olduğu düşüncesiyle Kurum kararının iptaline karar vermiştir⁴⁰.

Sezginer, Danıştay 13. Dairesinin yaklaşık maliyetin altında olmak şartıyla tek geçerli teklif verilen ihalelerin geçerli kabul edilmesi gerektiği; bu tür ihalelerin iptalinin hukuka aykırı olduğu, görüşünde olduğunu ve Dairenin bu görüşünün istikrar kazandığını belirtmektedir⁴¹. Kanımızca, kanunun 21. maddesi hükümlerine göre, pazarlık usulünde tek geçerli teklif verilen ihalelerin yapılması mümkündür. Ancak, özellikle ihalelere katılmak istediği halde idare tarafından davet edilmediği için teklif veremeyen kişiler

³⁹ Ankara 7. İdare Mahkemesi, 23.02.2010, E.2009/1971 (Yürütmeyi durdurma kararı), **Sezginer**, s. 51.

⁴⁰ Ankara 16. İdare Mahkemesi, 20.03.2009, E.2008/861, K.2009/346, **Sezginer**, s. 52.

⁴¹ Bu konuda bazı yarı kararları: Ankara Bölge İdare Mahkemesi, 21.03.2012, İtiraz No: 2012/1363; Danıştay 13.D., 15.04.2011, E.2008/14319, K.2011/1649; Danıştay 13.D., 18.05.2011, E.2011/414, K.2011/2316; Danıştay 13. D., 19.04.2012, E.2009/1160, K.2012/836, **Sezginer**, s. 1316 vd. Bu kararlar, açık ihale usulü ile yapılan ihalelere ilişkin kararlardır. Ancak idari yargı mercilerinin konuya yaklaşımının tespiti açısından incelenmeye değer kararlardır.

tarafından rekabetin engellendiğine yönelik ciddi iddiaların da dikkate alınmasında kamu yararı vardır.

III. İDARE TARAFINDAN DAVET EDİLMEYEN KİŞİLERİN İHALEYE KATILMASI SORUNU

Kamu ihale hukukunda önemli sorunlardan biri de bazı kişilerin ihaleye katılmasının engellenmesi sorunudur. Şeffaflık, eşit muamele ve rekabet ilkeleri isteyen herkesin kamu ihalelerine katılmasını gerektirir. Kanunun emredici hükmüne rağmen uygulamada bazı kişilerin ihalelere katılması engellenebilmektedir. Bu engelleme yöntemlerinden biri de davet usulüdür.

Belli istekliler arasında ihale usulünde, genel olarak, iki aşamalı bir usuldür. Birinci aşaması ön yeterlik değerlendirmesi, ikinci aşaması ise ön yeterlik değerlendirmesinden neticesinde idare tarafından davet edilenlerin tekliflerini verdiği aşamadır. Yani teklif verecek kişiler, önce idarenin süzgecinden geçmekte, başarılı olanlar davet edilmektedir. Dolayısıyla idareden davet almayan kişilerin teklif vermesi mümkün değildir. Bir anlamda bazı kişiler, davet edilmeyerek ihaleye katılmaları baştan engellenmiş olmaktadır. Ancak, belli istekliler arası ihalede, ön yeterlik ilanı yapıldığı için, ihaleye ilgi duyan kişiler, baştan haberdar olmakta ve en azından ön yeterlik değerlendirmesi için başvuruda bulunabilmektedirler. Bu noktada, belki ön yeterlik değerlendirmesi işlemi için uyumsuzluk çıkabilir. Böyle bir hukuki uyumsuzluk için kanunda belirtilen idari ve yargısal başvuru yollarına başvurulabilir.

Pazarlık usulü ihalelerinde ise, durum biraz daha değişiktir. Pazarlık usulü ihalelerde davet yönteminin uygulanabildiği hallerde, ilan yapma konusunda kanuni bir zorunluk olmadığı için, idareler ilansız ihaleye yapmakta; sürekli belli firmaları teklif vermeye davet ederek, ihaleyi başvuru-culardan birine verebilmektedir.

Yukarıda da açıklandığı üzere, pazarlık usulünde ihaleye teklif vermeye davet edilecek kişileri belirleme konusunda idarenin geniş takdir yetkisi tanınmıştır. Kamu İhale Kurumu ve idari yargı mercilerinin kararlarına rağmen bazı ihalelerde, davet edilecek kişilerin seçiminde keyfi davranıldığı, bazı ihalelerin kamuoyundan gizlenerek belli kişiler arasında paylaşıldığı gözlemlenmektedir. İhalelerden bir şekilde haberdar olan ve fakat idare

tarafından davet edilmeyen kişiler de ihale dokümanını satın almak ve ihaleye davet edilmek istemelerine rağmen, bunların teklif vermeleri engellenmektedir.

Aslına bakılırsa, yasal mevzuatta bu hukuksuzluğa zemin hazırlar niteliktedir. KİK'nun 21. maddesinin 2. fıkrasında, “(b), (c) ve (f) bentlerinde belirtilen hallerde (davet yönteminin uygulanabildiği haller) ilan yapılması zorunlu değildir. İlan yapılmayan hallerde en az üç istekli davet edilerek, yeterli belgelerini ve fiyat tekliflerini birlikte vermeleri istenir.” Denilmiştir; 28. maddesinde ise, “ilan yapılmayan ihalelerde, ihale dokümanı sadece idare tarafından davet edilenlere satılır.” denilmiştir.

Kanunun bu iki hükmü birlikte yorumlandığında şu sonuca ulaşmak mümkündür. Pazarlık usulünde davet yöntemine konu olabilecek ihalelerde idare ilan yapmak zorunda değildir. İdare davet edeceği kişileri re'sen belirler ve ihale dokümanı sadece idare tarafından davet edilenlere satılır. Dolayısıyla idare tarafından davet edilmeyen kişiler, ihale dokümanı satın alamayacağı için ihaleye katılmaları mümkün değildir. Bu durumda idare (haklı veya haksız olarak) istemediği kişilerin teklif vermesini engellenmiş olur.

Uygulamada, sıkça karşılaşılan bu durumun kamu ihale hukukuna egemen olan rekabet, eşitlik ve şeffaflık ilkeleriyle telif etmek mümkün değildir. Burada, davet yöntemi ivedi durumlarda uygulanabilen istisnai bir yöntemdir; dolayısıyla böyle durumlarda, idareye daha fazla takdir yetkisi tanınması mümkündür, biçiminde itirazda bulunulabilir. Ancak, ivedilik vasfı olmayan birçok durumda davet yöntemi uygulanabilmektedir. Ve yine davet edilecek kişileri belirlemek için kanunda neredeyse hiçbir kriter öngörülmediği için bazı idareler adil davranmamaktadırlar.

Hatta ihaleden bir şekilde haberdar olan kişiler, ihale dokümanını satın alarak kendilerinin de davet edilmesini sağlamak için idareye başvurmakta, fakat bu talepleri idare tarafından reddedilmektedir. İdare tarafından davet edilmeyen kişilerin durumuyla ilgili farklı ihtimaller söz konusudur. Bu konuda gerek Kamu İhale Kurumu ve gerekse idari yargı mercilerinin kararında da istikrar yoktur. Bunlara yeri geldikçe değinilecektir.

İdare tarafından davet edilmeyen kişilerin başvurmaları halinde, sonradan ihaleye davet edilmelerinde hukuki bir sakınca yoktur. İdarenin, bir

istekliyi sonradan ihaleye teklif vermeye davet etmesini yasaklayan bir hüküm yoktur.

İhaleye davet edilmeyen kişilerin ihale dokümanı satın almak istemesi halinde, kendilerine ihale dokümanı satılması için idarenin zorlanması konusunda Kamu İhale Kurumu kararlarının istikrarlı olduğunu söylemek mümkün değildir. Kurum, bazı kararlarında “burada en az isteklinin davet edilmesi daha fazla isteklinin davet edilemeyeceği veya davet edilmeyen firmaların ihaleye katılmayacakları anlamına gelmemektedir⁴². Bu nedenle rekabetin sağlanması açısından pazarlık usulü ile yapılan ihalelere davet edilmediği halde, ihale dokümanı satın almak isteyen kişilere, ihale dokümanı satılması⁴³ gerektiğini belirtirken; bazı kararlarında ise, “4734 sayılı Kanununun 21 nci maddesinin b, c ve f bendine göre yapılan ihalelerde en az 3 isteklinin ihaleye davet edilmesinin zorunlu olduğu, bunun dışında davet edilmeyenlere idarece doküman satılması zorunluluğunun bulunmadığı⁴⁴”, için “davet edilmediği halde katılmak isteyen firmaya şartname satılmamasının uygun olduğu⁴⁵” karar vermiştir.

Davet edilmeyen kişilerin ihaleye katılması konusunda bu tereddütler yaşanırken, 2012 yılında KİK'nun 28. maddesinde değişiklik yapılarak (yukarıda aktarıldı), “ilan yapılmayan ihalelerde, ihale dokümanı sadece idare tarafından davet edilenlere satılır.” hükmü eklenmiştir. Bu yasa değişikliğinden sonra, Kamu İhale Kurumu “04.07.2012 tarihli ve 6353 sayılı Kanununun 28. maddesi ile 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun ‘ihale ve ön yeterlik dokümanının sadece idare tarafından davet edilenlere satılacağı’ hükmüne yer verilmiştir. Yapılan incelemede pazarlık usulü ile ilansız şekilde gerçekleştirilen ihalede başvuru sahibinin ihaleye davet edilmediği, buna göre Kamu İhale Kanununun 28. maddesinde yer alan emredici hüküm kapsamında ihale dokümanının da kendisine satılmadığı, dolayısıyla

⁴² Kamu İhale Kurumu, 19.10.2006/UM.Z-2538, Nevzat Şahin, “Pazarlık Usulünde Davet Edilmeyen İsteklinin İhaleye Katılmak İstemesi Sorunu”, Kasım 2010, s. 2 (<https://uzmanbelediye.wordpress.com/page/6/>: 18.09.2014).

⁴³ Kamu İhale Kurumu, 02.03.10, 2010/UH.I-686; 01.11.2010, 2010/UY.II-3323, Özdemir, s. 73; Kamu İhale Kurumu.

⁴⁴ Kamu İhale Kurumu, 12.12.2011, 2011/U.II-4136.

⁴⁵ Kamu İhale Kurumu, 16.10.2006, 2006/UH.Z-2490, Şahin, s. 1.

*başvuru ehliyetine haiz olmadığı*⁴⁶ yönünde kararlar vererek, itirazın şikâyet başvurularını ehliyet yönünden reddetmektedir⁴⁷. Dolayısıyla, Kuruma göre, bu kişilerin idareye yaptıkları başvuruların reddi kararına karşı itirazın şikâyet imkânı olmadığı için, Kurum kararı aracılığı ile idareyi zorlamaları ve ihaleye katılmaları mümkün değildir⁴⁸.

⁴⁶ Kamu İhale Kurumu, 11.10.2013, 2013/UY.IV-4003, Duygu **Kılıç Çaylı/İlyas Çaylı**, Kamu İhale Hukukunda 1000 Soruya Cevap, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 450.

⁴⁷ Ömer Tuğrul **Zor**, “Kamu İhale Kurulu ve Danıştay Kararları Çerçevesinde İhale İşlemlerine Yönelik İdari Başvuru Ehliyeti”, Terazi Hukuk Dergisi, S. 96, Ağustos 2014, s. 119.

⁴⁸ Burada, Danıştay başkanlığı tarafından yapılan bir ihale olması itibarıyla bizce ironik olan ve Kamu İhale Kurumu kararına da konu olmuş bir olayı aktarmak istiyoruz. Danıştay Başkanlığı tarafından 4734 sayılı Kanunun 21/b maddesine istinaden 2011/116625 ihale kayıt numarası ile ihalesi yapılan “Danıştay Yeni Hizmet Binası Tefriş İş” ihalesine davet edilmek için 14.06.2011 tarihinde dilekçe ile idareye başvurdukları, ancak ihaleye davet edilmedikleri, ihaleye davet edilmedikleri için ihale dokümanı almadıkları, idareye şikâyetle bulunamadıkları iddia edilerek, ihaleye davet edilmediklerinden ihalenin iptali talep edilmiştir.

Kamu İhale Kurumu, “4734 sayılı Kanun ve ilgili mevzuatın yukarıda yer verilen düzenlemelerinde; şikâyet ve itirazın şikâyet ehliyeti doküman satın almaya bağlanmış olduğundan, ihale dokümanı satın almayan başvuru sahibinin Kuruma itirazın şikâyetle bulunabilme ehliyeti bulunmamaktadır. Ayrıca, başvuru sahibi şikâyetle konu işleme karşı (idareye şikâyetle bulunmadan) doğrudan Kuruma başvurmuştur. Başvuru sahibinin idareye yaptığı başvuru söz konusu ihale ile ilgilendiklerini, ihaleye katılma isteğinde olduklarını göstermekle birlikte, bu başvuru 4734 sayılı Kanun ve ilgili mevzuatın tanımladığı şekilde bir şikâyet başvurusu değildir. Başvuru sahibinin şikâyetle konu işleme karşı (şikâyet mahiyetinde bir dilekçe ile idareye başvuru olmaksızın) doğrudan Kuruma yaptığı başvuru usul hükümlerine aykırılık oluşturmaktadır. Öte yandan, Kuruma verilen dilekçede, (kendileri ihaleye davet edilmediğinden) ihalenin iptali talep edilmekle birlikte, ihalenin iptalini gerektiren sebeplerin, idarenin işlemde mevzuata aykırılık bulunduğu iddia ediliyorsa bu husustaki delillerin de belirtilmediği anlaşıl-makta olup, bu yönüyle de Kuruma yapılan başvuru mevzuata uygun bulunmadığı” gerekçesiyle **oy çokluğu** ile başvuruyu usulden reddetmiştir.

KARŞI OY

İncelemeye konu ihaleye katılmak için başvuru sahibi tarafından ihale dokümanı satın almak amacıyla idareye 14.06.2011 tarihinde başvuruda bulunduğu ancak idare tarafından ihale dokümanının sadece ihaleye davet edilen kişilere satılabileceği belirtilerek talebin reddedildiği anlaşılmıştır.

4734 sayılı Kanunun "Pazarlık usulü" başlıklı 21 inci maddesinin ikinci fıkrasında; "(Değişik ikinci fıkra: 20/11/2008-5812/7 md.) (b), (c) ve (f) bentlerinde belirtilen hallerde ilan yapılması zorunlu değildir. İlan yapılmayan hallerde en az üç istekli davet edilerek, yeterli belgelerini ve fiyat tekliflerini birlikte vermeleri istenir." hükmü yer almakla birlikte, Kamu ihale mevzuatında davet edilmediği halde ihale dokümanı satın almak isteyen gerçek veya tüzel kişilerin ihaleye davet edilip edilmeyeceği veya bu isteklilere ihale dokümanı satılıp satılmayacağı konusunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

Diğer taraftan, 4734 sayılı Kanunun 5 inci maddesinde rekabet ve eşit muamele ilkesi temel ilkelerden sayılmış olup, ihalelerde sağlanması gereken eşit muamele ve rekabet ilkesi uyarınca ihaleye davet edilmeyen ancak ihale dokümanı satın almak için idareye müracaat eden ve doküman isteyen gerçek veya tüzel kişilere ihale dokümanı satılması ve ihaleye katılımının sağlanmasının temel ilkelerin gereği olduğu, aksi halde rekabet ve eşit muamele ilkesinin ihlal edilmiş olacağı, doküman talep edilmesine rağmen davet edilmeyen veya doküman verilmeyen ihalelerde ise ihale sürecinin söz konusu temel ilkelere aykırı olarak sonuçlandırılmış olacağı açıktır.

KARŞI OY

Danıştay Genel Sekreterliği tarafından 10.08.2011 tarihinde yapılan ihaleye katılmak için başvuru sahibi tarafından 14.06.2011 tarihinde idareye başvurulduğu ancak, ilgilinin ihaleye davet edilmediği anlaşılmıştır.

4734 sayılı Kanunun 5 inci maddesinde belirtildiği üzere idareler, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde, rekabeti, güvenilirliği ve ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumlu ve görevlidirler.

Her ne kadar 4734 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin (b) bendine göre yapılacak ihalelerde üç isteklinin davet edilmesi yeterli görülmüş ise de, ihalede rekabetin oluşması, idareye güvenirliliğin sağlanması ve ihtiyaçların uygun şartlarla karşılanabilmesi için, ihaleye davet edilmese dahi ihaleye katılmak üzere idareye başvuran isteklilere de ihale dokümanı satılması, bu suretle ihaleye katılımın sağlanması, kamu ihale mevzuatının amacına daha uygun düşmektedir.

4734 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin (b) bendine göre ihale yapılmasında amaç ihaleye az sayıda katılımın sağlanması değil, ihale sürecini kısaltarak acil olan ihtiyaçların kısa sürede giderilmesidir. Burada en az 3 isteklinin ihaleye davet edilmesi gerektiğine yönelik düzenleme, daha fazla isteklinin davet edilmeyeceği veya davet edilmeyen firmaların ihaleye katılmayacakları anlamına gelmemektedir. Kaldı ki, 4734 sayılı Kanun ve ikincil mevzuatta anılan durumda bulunanlara ihale dokümanı satılmayacağına ve davet edilmeyen firmaların ihaleye katılmayacaklarına ilişkin engelleyici bir düzenleme de bulunmamaktadır.

Bu konuda idari yargı mercilerinin eşitlik ve rekabet ilkelerine vurgu yaparak, isteyen herkesin ihalelere katılmasının sağlanması yönünde karar verdiklerini söylemek mümkündür. İdari yargı mercilerinin, Kamu Kamu İhale Kurumunun verdiği kararlara karşı açılan davalarda, “*ihaleye katılmak için ihale dokümanını almak iradesini ortaya koyan ve bu talebin ihaleyi yapan idarece reddi halinde, kişilerin istekli olabilecek kapsamına gireceği açıktır*⁴⁹”, “*ihalelerde sağlanması gereken eşit muamele ve rekabet ilkeleri uyarınca ihale dokümanı satın almak isteyen gerçek veya tüzel kişilere ihale dokümanı satılması ve ihaleye davet edilmesi gerektiği anlaşıldığından başvuru sahibinin iddiasının yerinde olduğu sonucuna varılmıştır*⁵⁰”, şeklinde kararlar verdiğini görüyoruz.

Yine eklemek gerekir ki, sadece kanunda belirtilen istisnai durumlarda uygulanabilecek davet yönteminde, ihaleye katılmak istediği halde davet edilmeyen kişilerin bulunması ve bu konudaki talepleri dikkate alınmayarak yapılan ihalelerin doğrudan hukuka aykırı olduğu söylenemez. Kanun koyucu, bilinçli olarak, ivedilik arz eden durumlarda kamusal ihtiyaçların karşılanması için idareye takdir yetkisi vermiştir. Dolayısıyla, idare takdir yetkisi kapsamında bir tercihte bulunabilir. Bu bağlamda hukuka aykırılıktan söz edilebilmesi için ihalelerde temel ilkelere aykırı davranıldığına ilişkin somut verilerin bulunması gerekir. İdari yargı mercilerinin, ihaleye katılmak istediği halde davet edilmeyen istekli bulunsa da ihalede eşitlik, saydamlık ve rekabet gibi uyulması gereken temel ilkelere aykırı davranıldığına ilişkin somut hiçbir verinin bulunmadığı olaylarda yapılan ihaleyi hukuka uygun bulma yönünde, bizce de doğru olan, bir eğilimi vardır⁵¹.

Bu durumda; ihale dokümanı satın alabilmek amacıyla idareye başvuruda bulunan ancak, İdarece, ihaleye davet edilmeyen, böylelikle, ihaleye katılmasına engel olunan başvuru sahibinin talebinin idare tarafından kabul edilmemesi sonucunda Kuruma yaptığı itirazın şikayet başvurusunun esastan incelenerek karar verilmesi gerekmektedir. Kamu İhale Kurumu, 25.08.2011, 2011/UM.II-2984, (http://www.kikitirazi.net/kamu_ihale_kurulu_uyusmazlik_karari_29217: 19.01.2014).

⁴⁹ Ankara 11. İdare Mahkemesi, 10.08.2011, E.2011/613, **Özdemir**, s. 73.

⁵⁰ Ankara 4. İdare Mahkemesi, 10.11.2008, E.2008/1407 (YD kararı), **Şahin**, s. 3; aynı yönde, Ankara 16. İdare Mahkemesi, 20.03.2009, E.2008/861, K.2009/346, **Sezginer**, s. 52.

⁵¹ Ankara 7. İdare Mahkemesi, 23.02.2010, E.2009/1971, **Doğanyigit**, s. 545.

Kanımızca, Kamu İhale Kurumunun KİK'nun 28. maddesinde “*ihale ve ön yeterlik dokümanının sadece idare tarafından davet edilenlere satılacağı*” yönündeki değişiklikten sonra, davet edilemeyenlerin itirazın şikâyet ehliyetlerinin olmadığı yönündeki yaklaşımı isabetli değildir. Davet yönteminde idareye tanınan takdir yetkisi, bazı kişileri davet etmemek suretiyle engellenerek, ihalelerin belli kişilere verilmesini sağlamak amacıyla kullanılmamalıdır. İdarenin ihaleye katılmak için davet edilmeyi talep eden kişi veya kuruluşların tümünü ihaleye davet etme yükümlülüğü bulunmakla birlikte, yapılan ihalede rekabetin engellendiğine ilişkin ciddi ve somut verilere davalı iddiaları söz konusu ise, Kamu İhale Kurumu bunları ehliyet yönünden reddetmemeli ve incelemeye almalıdır.

IV. İHALEYE DAVET EDİLMEYEN KİŞİNİN ORTAK GİRİŞİM OLARAK KATILMASI

İdare tarafından davet edilmediği için ihaleye katılmayan kişilerin hukuki durumuna ilişkin üzerinde durulması gereken bir diğer husus, bunların bir konsorsiyum/ortak girişim üyesi olarak ihaleye katılmaları meselesidir. Bir başka ifade ile, pazarlık usulü ihalelerinde, ihaleye davet edilmeyen bir istekli, davet edilen bir başka istekli ile ortak girişim oluşturarak ihaleye katılmak isteyebilir. Acaba bu mümkün müdür?

KİK'nun “Tanımlar” başlıklı 4'üncü maddesinde, “*Ortak Girişim: (Değişik: 4964/3 md.) İhaleye katılmak üzere birden fazla gerçek veya tüzel kişinin aralarında yaptıkları anlaşma ile oluşturulan iş ortaklığı veya konsorsiyumları*” ifade eder biçiminde tanımlanmıştır.

Aynı kanununun 14.maddesinde, “*ortak girişimler birden fazla gerçek veya tüzel kişi tarafından iş ortaklığı veya konsorsiyum olarak iki türlü oluşturulabilir. İş ortaklığı üyeleri, hak ve sorumluluklarıyla işin tümünü birlikte yapmak üzere, konsorsiyum üyeleri ise, hak ve sorumluluklarını ayırarak işin kendi uzmanlık alanlarıyla ilgili kısımlarını yapmak üzere ortaklık yaparlar. İş ortaklığı her türlü ihaleye teklif verebilir. Ancak idareler, işin farklı uzmanlıklar gerektirmesi durumunda, ihaleye konsorsiyumların teklif verip veremeyeceğini ihale dokümanında belirtirler.*” denilmiştir.

Pazarlık usulü ile ihale edilen ve ilanı zorunlu olmayan ihalelerde, ihaleye teklif vermeye davet edilen isteklilerin, davet edilmeyen firmalar ile

iş ortaklığı kurup kuramayacağı konusunda kamu ihale mevzuatında açıkça bir düzenleme bulunmamaktadır.

Kamu ihale Kurumu, pazarlık usulü ile ihale edilen ve ilanı zorunlu olmayan ihalelerde, ihaleye teklif vermeye davet edilen isteklilerin, davet edilmeyen firmalar ile iş ortaklığı kurmasının mevzuata aykırı olmayacağına karar vermiştir. Karara konu olan olayda, Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü 26.Bölge Müdürlüğü tarafından 19.09.2013 tarihinde pazarlık usulü ile yapılan “Gümüşhane-Derinköy, Ferhatlı-Gümüşhane ve Soğanlı Köy Yolları Tamamlama İşi” ihalesinde, idarece ihaleye davet edilenfirmasının, haleye davet edilmeyen bir başka firma olan ... ile iş ortaklığı kurarak ihaleye teklif vermesinin uygun görülmediği ve tekliflerinin değerlendirme dışı bırakıldığı, idarece tesis edilen işlemin mevzuata aykırı olduğu ve tekliflerinin geçerli olarak kabul edilmesi gerektiği iddiaları ile önce şikayet, ardından da itirazen şikayet başvurusu yapılmıştır.

Kurumun kararında, “Kamu İhale Genel Tebliği’nin 15.2.3’üncü maddesi uyarınca da isteklinin ortak girişim olması halinde, ortaklardan herhangi birinin dokümanı satın almasının veya EKAP üzerinden e-imza kullanarak indirmesinin, ihaleye teklif vermeleri için yeterli olacağı düzenlendiği göz önüne alındığında; pazarlık usulü ile ihale edilen işlerde ihaleye davet edilen isteklinin doküman satın almış olması halinde, ihaleye davet edilmeyen ve doğal olarak da doküman satın alma ihtimali bulunmayan istekliler ile iş ortaklığı kurarak ihaleye teklif vermesinde mevzuata aykırılık bulunmadığı⁵²” belirtilmiştir.

Ancak bu karara karşı açılan iptal davasında Ankara 16. İdare Mahkemesi yürütmeyi durdurma kararı vermiştir⁵³. Mahkeme kararının gerekçesinde, “*Bu durumda; söz konusu ihaleye teklif vermesi için sadece, ihaleyi yüklenen iş ortaklığındaki payı %20 olan Fatih Tahtalı’nın davet edildiği, anılan Kanunda, açıkça, ilan yapılmayan ihalelerde, ihale dökümanının sadece idare tarafından davet edilenlere satılacağı ve ihale veya ön yeterlik dökümanı satın almış olanların istekli olabileceğinin öngörüldüğü, buna göre pazarlık usulü ile yapılacak ihalelerde idarece ihaleye davet edilmeyen*

⁵² Kamu İhale Kurumu, 13.11.2013, 2013/UY.II-4238, (<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>; 19.9.2014).

⁵³ Ankara 16. İdare Mahkemesi 20.03.2014 tarihli ve E:2013/1829 sayılı yürütmeyi.

ve doküman satın almayan isteklilerin, doküman satın alan başka isteklilerle iş ortaklığı kurarak ihaleye katılmalarının hukuken mümkün olmadığı, kaldı ki aksi düşüncenin kabulünün haksız rekabete yol açacağı anlaşıldığından, söz konusu iş ortaklığının değerlendirmeye alınması yolunda tesis edilen dava konusu işlemin hukuka uygunluk bulunmamaktadır. Öte yandan, dava konusu işlemin uygulanması halinde ihalenin hukuka aykırı bir şekilde sonuçlandırılacağı, bu durumun telafisi güç veya imkânsız zararlara yol açabileceği açıktır.” denilmiştir.

Kanımızca, mahkemenin görüşünün benimsenmesi mümkün değildir. Pazarlık usulünde ilanı zorunlu olmayan ihalelerde, ihaleye teklif vermeye davet edilen isteklilerin, davet edilmeyen firmalar ile iş ortaklığı kurmasını yasaklayan bir hüküm yoktur. İhale hukukunda asıl olan yasaklı olmayan herkesin serbestçe ihaleye katılabilmesidir. Fakat yukarıda açıklandığı üzere, kanun zorunlu hallerde belli kişilerin davet edilerek ihale yapılmasına müsaade etmiştir. Kanunun bu hükmü, daha fazla kişinin ihaleye katılmasını engelleme amacıyla konulmamıştır. Aksine, ihaleye katılımın yüksek olması idarenin yararına. Dolayısıyla, ihale dokümanında konsorsiyumların ihaleye teklif veremeyeceğini ilişkin bir hüküm öngörülmemişse, davet edilmeyen firmaların, davet edilenlerle birlikte ortak girişim olarak ihaleye katılmaları hukuka uygundur.

SONUÇ

Kamu ihalelerinde eşitlik ve rekabet ilkeleri, kişiler arasında ayrımcılık yapılmadan herkese ihalelere katılma fırsatının tanınmasını gerektirir. İhaleyi yapan kamu idareleri, herkesin özgür iradesiyle, serbest biçimde ihalelere katılmasına fırsat tanımak zorundadır. Bunu sağlamanın en önemli araçlarından biri de ihalelerin ilanı ve ilgi duyan kişilerin doğrudan teklif verebilmesidir. Ancak, kanun koyucu, bazı durumlarda, ihalelere yalnızca idare tarafından davet edilen kişilerin teklif verebilmesine imkân tanımıştır. Davet yönteminin uygulandığı ihalelerde dileyen herkes ihaleye katılıp teklif veremez. Söz konusu ihalelere yalnızca idare tarafından davet edilen kişiler teklif verebilir. Eşitlik ve rekabet gibi temel ilkelere zedeler nitelikteki bu yöntem yalnızca kanunda düzenlenen istisnai durumlarda uygulanabilir.

KİK'na tabi ihalelerde davet yöntemi, belli istekliler arasında ihale usulü ve pazarlık usulü ile yapılacak ihalelerde uygulanabilir. Belli istekliler arasında ihale usulü, KİK kapsamına giren yapım işleri, hizmet ve mal alım ihalelerinden işin özelliğinin uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektirmesi nedeniyle açık ihale usulünün uygulanamadığı işlerin ihalesi ile yaklaşık maliyeti eşik değerin yarısını aşan yapım işi ihalelerinde uygulanabilir. Belli istekliler arasında ihale usulünde, ihaleyi yapan idare, ön yeterlik ilanında ve dokümanında belirtmek kaydıyla; yeterlikleri tespit edilenler arasından ihale dokümanında belirtilen kriterlere göre sıralanarak listeye alınan belli sayıda istekli veya yeterli bulunan isteklilerin tamamı teklif vermeye davet edilebilir.

Pazarlık usulü ihalelerinde, idare, önceden öngörülemeyen ve ivedilik arz eden, ayrıca idarenin iradesinden kaynaklanmayan anormal durumların ortaya çıkması halinde, re'sen belirlediği kişileri doğrudan teklif vermeye davet edebilir. Pazarlık usulünde davet yönteminin uygulandığı ihalelerde ilan yapılması zorunlu değildir. Davet edilecek kişilerin tespitinde idareye geniş takdir yetkisi tanınmıştır.

Ancak, bu yöntem kamusal zorunluluktan doğan istisnai bir uygulamadır. Kamu idareleri, kanunun verdiği bu imkânı kamu yararının dışında başka amaçlarla, özellikle bazı kişileri davet etmeyerek, ihaleleri belli kişilerin almasını sağlamak amacıyla kullanmamalıdır.

Kaynaklar

- Abacıoğlu**, Muhittin/**Abacıoğlu**, Ali; Açıklamalı-İçtihatlı Kamu İhale Kanunu ve Uygulaması, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013.
- Atay**, Ender Ethem; İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2006.
- Atay**, Tuğrul; “Türkiye ve Avrupa Birliği Mevzuatı Çerçevesinde Savunma ve Güvenlik Alanındaki Alımlar” (yayımlanmamış uzmanlık tezi) Kamu İhale Kurumu, Ankara 2013.
- Barçın**, H. Bahadır; Kamu İhale Kanunu, C. 1, Ankara Yayınevi, Ankara 2013.
- Çağlayan**, Ramazan; İdare Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- Demirel**, Sami; “Kamu İhale Hukuku Bağlamında Yapım İşleri Sözleşmelerinde Mücbir Sebebe Dayalı Süre Uzatımı Verilmesi”, Terazi Hukuk Dersi, S. 94, Temmuz 2014.
- Doğanyığıt**, Sadettin; Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013.
- Gözler**, Kemal/**Kaplan**, Gürsel; İdare Hukuku Dersleri, Ekin Yayınevi, Bursa 2013.
- Kılıç Çaylı**, Duygu/**Çaylı**, İlyas; Kamu İhale Hukukunda 1000 Soruya Cevap, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- Kılıç**, İlyas/**Kılıç Çaylı**, Duygu; Kamu İhale Kurumu Emsal Kararları, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.
- Özdemir**, Erkan; “Davet Usulüyle Yapılacak İhalelerde Dikkat Edilmesi Gereken Hususlar”, Terazi Hukuk Dergisi, C.9, S.90, Şubat 2014, s. 71.
- Sancaktar**, Oğuz; İdare Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012.
- Sezer**, Yasin; “İyi İdare İçin Yönetimde ve Kamu İhalelerinde Açıklık (Şeffaflık)”, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, S. 26, Mart 2002.
- Sezer**, Yasin; Kamu İhalelerine Katılma Yasağı, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.

Sezginer, Murat; İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013.

Şahin, Nevzat; “Pazarlık Usulünde Davet Edilmeyen İsteklinin İhaleye Katılmak İstemesi Sorunu”, Kasım, 2010 (<https://uzmanbelediye.wordpress.com/page/6/>: 18.09.2014).

Tan, Turgut; İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2011.

Uz, Abdullah; Kamu İhale Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2005.

Zor, Ömer Tuğrul; “Kamu İhale Kurulu ve Danıştay Kararları Çerçevesinde İhale İşlemlerine Yönelik İdari Başvuru Ehliyeti”, Terazi Hukuk Dergisi, S. 96, Ağustos 2014.