

"Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem; sunt enim quaedam publice utilia, quaedam private"

*"Kamu hukuku Roma Devletine atıfta bulunur, özel hukuk ise bireylerin şahsî işlemlerine atıfta bulunur; kişilerin özel işlemlerini konu alan konuların varlığı kadar kamunun yararını konu alan faydalı konular da vardır"**

4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNUNUN 21(B) HÜKMÜNÜN AVRUPA BİRLİĞİ KAMU ALIMLARI MEVZUATI ÇERÇEVESİNDE ANALİZİ

*ANALYSIS OF ARTICLE 21(B) OF THE PUBLIC PROCUREMENT LAW NO. 4734
UNDER EUROPEAN UNION PUBLIC PROCUREMENT LEGISLATION*

Araştırma Makalesi
Doç. Dr. Servet ALYANAK**

ÖZ

1 Ocak 2003 yılında yürürlüğe giren 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu günümüze kadar çok sayıda değişikliğe uğramış olup, anılan değişiklikler AB ihale mevzuatı ile uluslararası uygulamalardan sapmalara ve çelişkilere yol açmıştır. Esas olarak Türkiye, Avrupa Birliği (AB) ile 2005 yılında başlatılan katılım müzakereleri kapsamında 5. fasıl olan kamu alımları alanında AB müktesebatını benimsemek ve uygulamak niyetinde olduğundan, bu alanda AB düzenlemeleri ile uyumlu değişiklikler yapması gerekmektedir. Bu çalışmada 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun 21(b) maddesi bağlamında anılan Kanunun yürürlüğe girdiği 2003 yılından itibaren yaşanan gelişmeler aktarılmış, ardından, AB kamu alımları mevzuatı çerçevesinde anılan hükmün bu müktesebata uyumu analiz edilmiştir. Ayrıca anılan Kanun hükmünde 2018 yılında yapılan yasal değişiklik ve bu değişikliğe ilişkin Danıştay'ın verdiği kararlar da analiz edilmiştir.

Anahtar kelimeler: Kamu alımları, AB ihale yönergeleri, pazarlık usulü, ivedilik, öngörülemeyen olaylar.

* Bu tanım; bütün zamanların en etkileyici hukukçusu olarak kabul edilen ve Roma Hukuku üzerine kapsamlı bir çalışma yapan günümüz Lübnan topraklarında bulunan eski Fenike uygarlığının antik şehri Tyre'de doğmuş *Domitius Ulpianus* tarafından önemli bir kısmı yazılan "*Digesta*" bölümünün giriş kısmındaki "*kamu hukuku*" için yapılan tanımdan bir alıntıdır. *Domitius Ulpianus*; ünlü Roma imparatoru *Justinianus* tarafından hazırlatılan hukuk külliyatı "*Corpus Iuris Civilis*"in hukuk bilimi ve hukuk tarihi açısından en önemli bölümünü oluşturan ve klasik dönem hukukçularının eserlerinden alınarak belli bir sistem içinde toplanmış parçaların özetlerinden oluşan "*Digesta*" bölümünün giriş kısmında "*kamu hukuku*" kavramını tanımlama girişiminde bulunmuş ve yapılan bu tanımda "*kamu yararına*" atıf unsuru öne çıkarılmıştır. Bkz. Tony Honoré, *Ulpian. Pioneer of Human Rights*. 2th edition. Oxford, 2002.

DOI: 10.32957/hacettepehdf.1092034

Makalenin Geliş Tarihi: 23.03.2022

Makalenin Kabul Tarihi: 1.11.2022

** Türkiye Adalet Akademisi tam zamanlı Hâkim-Öğretim Görevlisi, ODTÜ Avrupa Çalışmaları Merkezi ve Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi kısmi zamanlı Öğretim Üyesi.

E-posta: seralyanak06@gmail.com

ORCID: 0000-0003-4092-9984

Bu makale Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Araştırma ve Yayın Etiği kurallarına uygun olarak hazırlanmıştır.

ABSTRACT

The Public Procurement Law No. 4734, which entered into force on January 1, 2003, has undergone many changes up to now, and these amendments have led to deviations and contradictions with EU procurement legislation and international practices. As Turkey intends to adopt and implement the *EU acquis* in the field of public procurement, which is the 5th chapter within the scope of the accession negotiations initiated in 2005 with the European Union (EU), it should change this provision to be in line with the EU legislation. In the context of Article 21(b) of the Public Procurement Law No. 4734, the developments since 2003, were presented, and then the compliance of the aforementioned provision with *EU acquis* within the framework of the EU public procurement legislation was analyzed. In addition to that the legal amendment made in the aforementioned provision in 2018 and the decisions of the Council of State regarding this change were also analyzed.

Keywords: Public procurement, EU procurement directives, negotiated procedure, urgency, unforeseen events

GİRİŞ

Yürürlükteki Türk kamu ihale sisteminin yasal çerçevesi, 2002 tarihli 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 2002 tarihli 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunundan oluşmaktadır. Bu iki yasa, 1994 tarihli 'Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu'nun (UNCITRAL) Mal, İnşaat ve Hizmet Alımına İlişkin Model Kanun' ile Dünya Ticaret Örgütü'nün 1994 tarihli 'Kamu Alımları Anlaşması' ve o sırada geçerli olan Avrupa Topluluğunun kamu alımlarına ilişkin Yönergeleri (Direktifleri) dikkate alınarak hazırlanmıştır.

Bununla birlikte, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu günümüze kadar çok sayıda değişikliğe uğramış olup, anılan değişiklikler AB ihale mevzuatı ile uluslararası uygulamalardan sapmalara ve çelişkilere yol açmıştır. Esas olarak Türkiye, Avrupa Birliği (AB) ile 2005 yılında başlatılan katılım müzakereleri kapsamında 5. fasıl olan kamu alımları alanında AB müktesebatını benimsemek ve uygulamak niyetinde olduğundan, AB düzenlemeleri ile uyumlu bir değişiklik yapması gerekmektedir. Bu çalışmada; 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun 21(b) maddesi bağlamında anılan Kanunun yürürlüğe girdiği 2002 yılından itibaren yaşanan gelişmeler aktarılmış ve AB kamu alımları mevzuatı çerçevesinde anılan hükmün bu müktesebata uyumu analiz edilmiştir. Ayrıca anılan Kanun hükmünde 2018 yılında yapılan yasal değişiklik ve bu değişikliğe ilişkin Danıştay'ın verdiği kararlar da analiz edilmiştir.

I. AB İHALE MEVZUATINDA İLANSIZ PAZARLIK USULÜ

A. AB Kamu Alımları Mevzuatında İhale Usulleri

2014/24/EU Sayılı AB Kamu İhale Direktifinin¹ başlangıç kısmının 41 no.lu paragrafında; *“Bu Direktifte belirtilen hususların hiçbiri; kamu politikalarını, kamu ahlâkını, kamu güvenliğini, kamu sağlığını, insan ve hayvan hayatını korumaya, bitki yaşamını muhafaza etmeye yönelik gerekli tedbirlerin ya da başta sürdürülebilir kalkınma amaçlı olmak üzere diğer çevresel tedbirlerin alınmasına veya uygulanmasına, bu tedbirlerin ABİHA’ya uygun olması kaydıyla engel teşkil etmemelidir”* açıklaması yer almaktadır.

2014/24/EU Sayılı AB Kamu İhale Direktifine göre ihale makamları, ‘açık ihale usulü’, ‘belli istekliler arasında ihale usulü’, ‘ilanlı (rekabete dayalı) pazarlık usulü’, ‘rekabetçi müzakere usulü’, ve ‘yenilikçi ortaklık ihale usulü’ ile ‘ilansız pazarlık usulü’ olmak üzere altı çeşit ihale usulü öngörülmüştür.

AB’de ihale makamlarının; ‘açık ihale usulü’, ‘belli istekliler arasında ihale usulü’ herhangi birini seçme konusunda özgür bir tercih hakları vardır. 2014/24/EU sayılı Kamu İhale Yönergesinde ifade edilen diğer ihale usulleri olan ve ‘rekabete dayalı pazarlık ihale usulü’, ‘rekabetçi müzakere ihale usulü’ ve ‘yenilikçi ortaklık ihale usulü’ ile ‘ilansız pazarlık usulüne’ ise ancak belli bazı koşulların varlığı durumlarında başvurulabilirler. Rekabetçi müzakere (diyalog) usulü ve ilanlı (rekabete dayalı) pazarlık usulü; sözleşmenin karmaşık olduğu veya ihale konusu ürünün örneğin ‘piyasada halihazırdaki’ satın alınmadığı durumlar da dâhil olmak üzere belirli kriterlerin karşılandığı durumlarda kullanılabilir. ‘İlansız pazarlık usulü’ ise yalnızca 2014/24/EU Sayılı AB Kamu İhale Direktifinde açıklanan sınırlı durumlarda kullanılabilir.

‘Belli istekliler arasında ihale usulü’, ‘rekabetçi müzakere usulünü’ ve ‘ilanlı (rekabete dayalı) pazarlık usulünü’ kullanan ihale makamları, ilk aşamada (ön yeterlik aşamasında) gerçek rekabeti sağlamak için yeterli sayıda tedarikçinin belirlenmesini amaçlamalıdır.

¹ Üye devletlerdeki kamu mal, yapım ve hizmet (*klâsik kamu sektörleri*) alımı ihalelerinin karara bağlanması prosedürlerinin koordinasyonuna ilişkin 2014/24/EU sayılı Kamu İhale Direktifi (Yönerge), Avrupa Birliği Resmî Gazetesi’nin 28.03.2014 tarih ve L-94/65 [2014] sayılı nüshasında yayınlanmıştır. Avrupa Birliği Kamu İhale Yönergelerinin (Direktiflerinin) modernize edilerek yenilenmesi ve klâsik kamu sektörleri açısından mal, yapım ve hizmet ihalelerinin her biri için daha önce mevcut üç ayrı yönergenin tek bir yönergede birleştirilmesi sonucunda, kamu alımları sektöründe maddî kamu ihalesi kuralları, şu anda, yürürlükte olan 2014/24/EU sayılı klâsik kamu sektörleri ihale yönergesi ile 2014/25/EU sayılı iktisadî kamu hizmetleri yönergesi olmak üzere toplam iki yönergeden oluşmaktadır. Çalışma konumuz açısından ise 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun AB’deki muadil düzenlemesi olan 2014/24/EU sayılı Kamu İhale Direktifi (Yönerge) esas alınarak açıklamalar yapılmıştır. Anılan Direktiflerle ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. ALYANAK, Servet, **Avrupa Birliği Kamu İhalesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, 1. Baskı Ankara, Ekim 2015.

2014/24/EU sayılı Kamu İhale Yönergesinde yeterlik aşamasından sonra gerçek rekabeti sağlamak için yeterli uygun aday sayısının, ‘belli istekliler arasındaki ihale usulü’ için en az beş ve ‘rekabetçi müzakere ihale usulü’ ile ‘ilanlı (rekabete dayalı) pazarlık usulü’ için en az üç kişi olmasını gerektirir.

B. Öngörülmesi Mümkün Olmayan ve İvedilik Arzeden Durumlardan Ötörü Gerçekleştirilen Pazarlık Usulü

2014/24/EU Sayılı AB Kamu İhale Direktifinin (Yönergesinin) “İlansız pazarlık usulünün kullanımı” başlıklı 32. maddesine göre idareler aşağıdaki durumlarda önceden ihale ilanı vermeksizin pazarlık usulü yoluyla ihale düzenleyebilir. Üye devletler, anılan Direktifin 32. maddede açıkça belirtilen özel durumlarda ve koşullarda, ihale makamlarının önceden ilansız pazarlık usulü uygulayabileceklerini öngörebilir. Üye devletler 32. maddede belirtilenler dışındaki herhangi diğer bir durumda bu usulün uygulanmasına izin veremezler.²

Piyasadaki rekabet üzerindeki zararlı etkileri göz önüne alınarak, ilansız pazarlık usulünün çok istisnai koşullarda kullanılması öngörülmüştür. Bu istisna, ihale makamı tarafından öngörülemeyen ve ihale makamından kaynaklanmayan olayların neden olduğu ciddi aciliyet nedeniyle ihale ilanının mümkün olmadığı veya özellikle objektif olarak sözleşmeyi yerine getirebilecek sadece bir ekonomik operatör olduğu için bir ihale ilanının daha fazla rekabeti veya daha iyi sonuç elde edilmesine vesile olamayacağından başından beri açık olduğu durumlarla sınırlıdır. Yönergenin 32. maddesine göre idareler aşağıdaki durumlarda bu ihale usulüne müracaat ederek alımlarını gerçekleştirebilirler.

Son derece acil, öngörülemeyen ihtiyaçlarla karşı karşıya kalan ihale makamları, potansiyel bir yüklenici veya yüklenicilerle doğrudan görüşmeler temelinde sınırlı bir rekabet ortamında bu usulü yürütebilir veya herhangi bir rekabet olmaksızın belirli bir tedarikçiye doğrudan ihale sözleşmesi gerçekleştirebilir. Bu hükmün, ihale makamlarının, aciliyet kesbeden ihtiyaç konusu mal, hizmet veya yapım işlerini sağlayabilecek mevcut ekonomik operatörlerin sayısına bakılmaksızın, herhangi bir ihale ilanı olmaksızın seçilen bir ekonomik operatöre bir ihale sözleşmesini müzakere ederek ihaleyi bu operatöre vermesine olanak tanıdığı görülmektedir.

2014/24/EU sayılı AB Kamu İhale Direktifinin 32. maddesinin 2. fıkrasının (c) bendine göre; idareler tarafından önceden öngörülmesi mümkün olmayan olaylar nedeniyle ortaya çıkan son derece acil durumlardan ötürü açık ihale usulü, belli istekliler arasındaki ihale usulü veya

² 2014/24/EU sayılı Direktifin 26(6) maddesi.

rekabete dayalı pazarlık usulü için belirtilen sürelerle uyulamadığı ve kesinlikle ihtiyacın temininin gerektiği durumlarda ilansız pazarlık usulüne başvurabilirler. Söz konusu hükmün öngördüğü istisnanın uygulanabilmesi için bu düzenlemedeki tüm koşulların kümülatif olarak yerine getirilmiş olması gerekmektedir. Öngörülemeyen olay ile bundan kaynaklanan ciddi aciliyet arasında nedensel bir bağlantı kurulmalıdır. Ayrıca, son derece acil durumu gerçekleştirmek için gösterilen koşulların hiçbir şekilde idareye atfedilmemesi gerekmektedir.

Anılan düzenlemede bahsedilen öngörülemeyen olaylar; normal ekonomik ve sosyal faaliyet alanlarının dışında kalan ve mağdurlara yardım amacıyla acil hizmetler, malzemeler veya yapım işlerine ihtiyaç duyulan sel, deprem gibi olaylardır. Bu usule başvurmanın, yalnızca o acil durumla ilgili olarak temini gereken hizmet, malzeme veya yapım işi alımının gerçekleştirilmesi gereken durumlarda sınırlı olduğu unutulmamalıdır. Nitekim, Avrupa Birliği Adalet Divanı, bu istisnai usule söz konusu acil durum nedeniyle yalnızca ihtiyaç duyulan hizmetlerin alımının yapılması gerektiğini belirtmiştir.³

Adalet Divanı, istikrarlı bir şekilde Kamu İhale Yönergesi kurallarından muafiyet sağlayan bu derogasyonların çok dar ve kısıtlı yorumlanması gerektiğini her fırsatta ifade etmiştir.⁴ Adalet Divanının istisnaların dar yorumlanmasına yönelik istikrar arz eden bu yaklaşımı ‘istisnaların dar ve kısıtlı yorumlanması ilkesi’ olarak adlandırılmıştır.⁵ Divan, AB hukukunun uygulanmasını kısıtlayan derogasyonların dar yorumlanmasına ilişkin yaklaşımını kamu ihalesi alanındaki AB kuralları yönünden de tatbik etmiştir. Bu istisnalar aynı zamanda ‘orantılılık prensibine’ de tâbidir.⁶

‘İlansız pazarlık usulüne’ müracaat edilmesini haklı kılan yukarıda aktarılan istisnai durumların fiilî olarak varlığının ispat külfeti, bu şartlara dayanarak alımını bu ihale usulüne göre gerçekleştirmek isteyen ihale makamına aittir.

Dolayısıyla, AB kamu ihale mevzuatında bu usule söz konusu acil durumla ilgili olarak yalnızca ihtiyaç duyulan mal ve hizmetlerin alımının yapılması şeklinde anlaşılması gerekmektedir. Belirlenen asgarî süre dikkate alındığında bu husus, acil durumun devam ettiği

³ C-194/88R *Commission v Italy (La Spezia)* [1988] E.C.R. 5647; ayrıca bkz. C-24/91 *Commission v Spain* [1992] ECR I-1989.

⁴ BROWN, Adrian, “Grounds for failing to advertise a contract for a conveyor-belt system: a note on C-394/02 *Commission v Greece*”, **Public Procurement Law Review**, Yıl: 2005, Sayı: 5, (s.NA111-113), s.NA 112.

⁵ TRYBUS, Martin, “Procurement for the armed forces: balancing security and the internal market”, Yıl: 2002, Sayı: 6, **European Law Review**, (s.692-699).

⁶ HOLZL, Franz Josef, “The exemption of contracts from tender procedures on the basis of state security: the case of OLG Dusseldorf, Verg 61/02”, **Public Procurement Law Review**, Yıl: 2004, Sayı: 5, (s. NA144-146).

bir dönemi kapsayan hizmetler anlamına gelmektedir. İdare, bu süreden sonra ihtiyaç duyulan hizmetlerle ilgili olarak normal ihale usullerine göre alım gerçekleştirmelidir.⁷

İhale makamı tarafından aciliyet arzeden durumu haklı göstermek için ileri sürdüğü koşullar hiçbir durumda ihale makamına atfedilemez, Bu durumda acil durumu gerekçelendirmek için gösterilen koşullar hiçbir şekilde idarenin eylemleriyle alakalı olmamalıdır.⁸ Bu öngörülemeyen olaylara ilişkin gerekçeler Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından çok dar, sıkı ve katı yoruma tâbi tutulmaktadır.⁹ Divan, acil durumla ilgili çok dar bir tanım yapmış olup bu usule başvurmanın acil durumun öngörülemeyen olaylar sebebiyle gerçekleşmediği durumlarda yasal olmadığını belirtmiştir. Bu usule başvurulmasına ilişkin gerekli koşulların oluştuğunu ispat etmek de idareye aittir.

2014/24/EU sayılı AB Kamu İhale Direktifinin 32. maddesinde düzenleme altına alınan ‘ilansız pazarlık usulünün’ kullanılabilceği durumlar arasında 4734 sayılı Kanununun 21(b) maddesindeki “...yapım tekniği açısından özellik arzeden durumlar...” gibi bir gerekçeyle bu ihale usulüne müracaat edilmesine imkân tanıyan herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

1. AB İhale Mevzuatına Göre İlansız Pazarlık Usulünün Gerçekleştirilmesi

2014/24/EU sayılı Kamu İhale Yönergesinin çoğu hükmü ilansız pazarlık usulüne uygulanmaz. Örneğin, ilansız pazarlık usulünde anılan Yönergenin aşağıdaki düzenlemeleri uygulanmaz.

- i. İhale ilanı yayınlamaya gerek yoktur,
- ii. İhale sözleşmesi şartları sadece bir müteşebbis ile müzakere edilebilir.
- iii. İhale sürecinin yürütülmesine ilişkin resmi gereklilikler bu ihaleler için uygulanmaz.
- iv. AB Üye Devletleri, ulusal kamu ihale mevzuatında öngörmeleri koşuluyla, ihale makamlarının; *kamu güvenliğinin sağlanması, kamu sağlığının*

⁷ C-24/91 sayılı dâvada, Divan, İspanya Hükümeti'nin son derece acil durumun varlığına dayanarak, hızlandırılmış usul bağlamında belirlenen süre sınırlamalarına uymadığına hükmetmiştir.

⁸ C-194/88R sayılı dâvada, Divan, İtalya Cumhuriyeti'nin, çöp yakma fırını alımının pazarlık usulü ile yapılmasına ilişkin gösterilen acil durumun öngörülemeyen olaylardan kaynaklanmadığı ve dolayısıyla idarenin Avrupa Topulukları Resmi Gazetesinde bir ilan yayınlamış olması gerektiği gerekçesiyle bir kamu yapım işi ihalesinin verilmesine ilişkin sürecin askıya alınmasına hükmetmiştir.

⁹ ARROWSMITH, Sue, **The Law of Public and Utilities Procurement**, Sweet & Maxwell, London, 2005, s.560. Örneğin, Case 199/85, *Commission v Italy* [1987] E.C.R. 1039, parag. [14]; Case 71/92, *Commission v Spain* [1993] E.C.R. I-5923, parag. [36]; Case C-328/92 *Commission v Spain* [1994] E.C.R. I-1569, parag. [15]; Case C-57/94 *Commission v Italy* [1995] E.C.R. I-1249, parag. [15]; Case C-385/02, *Commission v Italy* [2004] E.C.R. I-8121, parag.s [19], [37].

korunması, insan ve hayvan hayatını korumaya, bitki yaşamını muhafaza etmeye yönelik gerekçeler de dâhil olmak üzere bu tür istisnai durumlarda, 2014/24/EU sayılı Kamu İhale Yönergesinin ekonomik operatörlerin zorunlu ihale dışı bırakılma hükümlerini uygulamalarından muaf tutabilirler.

v. 2014/24/EU sayılı Kamu İhale Yönergesinin ihale sürecindeki işlemler bakımından öngörülen süre sınırlamalarıyla ilgili hükümlerine tabi olarak gerçekleştirme zorunluluğu bulunmamaktadır.

vi. İhalenin karara bağlanması işleminin (kesinleşen ihale kararının) ihaleye katılan isteklilere bildiriminden sonra bekleme süresine ilişkin 2014/24/EU sayılı Kamu İhale Yönergesinin ilgili hükümlerine tâbi olmadan sözleşme herhangi bir gecikme olmaksızın derhal sonuçlandırılabilir.

Bununla birlikte, ‘ilansız pazarlık usulü’ AB kamu ihale rejiminden tamamen muaf tutulmuş değildir. 2014/24/EU sayılı Kamu İhale Yönergesinin bazı hükümleri (ihale sonuç ilanının yayınlanması, ihale sözleşmesinin bir nüshasının muhafaza edilmesi, istatistiki bilgi sağlama gibi yükümlülükler) bu ihale usulü ile gerçekleştirilen ihaleler için de geçerli olacaktır. Bunların yanı sıra, Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkındaki Antlaşmanın ayrımcılık yapma yasağı ve eşit muameleyle ilişkin genel ilkeleri bu ihaleler için de geçerlidir.

Ayrıca, bir alımın ‘ilansız pazarlık usulüne’ göre gerçekleştirilmesine yönelik karar ve işlemler, kamu ihale denetim usul kurallarıyla ilgili 89/665/EEC sayılı Yasal Çareler Direktifi¹⁰ hükümlerine göre incelemeye tâbidir. Başka bir deyişle, ‘ilansız pazarlık usulüne’ göre yapılan bir ihaleye katılmaya davet edilmeyen ekonomik operatörler söz konusu ihale hakkında 89/665/EEC sayılı Yasal Çareler Direktifi kurallarına göre denetim başvurusunda bulunabilirler. Ancak, yukarıda da bahsedildiği gibi, ‘ilansız pazarlık usulüne’ göre yapılan bir ihaleye normalde kesinleşen ihale kararı (ihalenin karara bağlanması) ile ihale sözleşmesinin imzalanması arasında gerekli olan bekleme süresinin (*standstill period*) geçirilmesi zorunlu değildir, bu nedenle uygulamada müteşebbislerin bir sözleşmenin imzalanmasından önce şikâyette bulunma olasılıkları yoktur- sözleşme, seçilen müteşebbis ile yapılan görüşmelerden hemen sonra imzalanabilir. Öte yandan, ‘ilansız pazarlık usulüne’ göre yapılan bir ihaleye geçerli yasal koşullar oluşmadığı halde bu usule göre yapılan bir ihalenin akabinde imzalanan

¹⁰ 21.12.1989 tarih ve 89/665/EEC sayılı, klâsik kamu mal ve hizmet alımı ile yapım işleri ihalelerinin karara bağlanması denetim prosedürleri uygulamaları ile ilgili kanun, tüzük ve idarî hükümlerin koordinasyonuna ilişkin yönerge (klâsik kamu sektörleri -kamu yapım, mal, hizmet- ihalelerinde yasal çarelere ilişkin yönerge). 21.12.1989 tarih ve 89/665/EEC sayılı Yönerge Avrupa Toplulukları Resmi Gazetesinin (ATRG) (1989) L-395/33 sayılı nüshasında yayınlanmıştır. 89/665/EEC sayılı Yönerge, kamu ihalesi alanındaki 2014/24/EU sayılı Kamu İhale Yönergesi kapsamında kalan ihalelere ilişkin usulî (denetime ve yasal çarelere yönelik) kurallardan oluşmaktadır.

sözleşmenin hukuka aykırı olduğu kabul edilerek 89/665/EEC sayılı Yasal Çareler Direktifinin ilgili hükümlerine göre geçersiz kılınmasına ilişkin hükümler uygulanır.

II. DÜNYA TİCARET ÖRGÜTÜ KAMU ALIMLARI ANLAŞMASINA GÖRE ‘SINIRLI İHALE USULÜ’

Dünya Ticaret Örgütü Kamu Alımları Anlaşmasında (KAA) AB kamu ihalesi hukukundaki ‘ilansız pazarlık usulüne’ eşdeğer olan ihale usulü ‘sınırlı ihale usulüdür’.¹¹

KAA’nın XIII. maddesinde düzenleme altına alınan sınırlı ihale usulünün kullanılabilmesi durumları madde hükmünde açıkça ifade edilmiştir. KAA’ya göre açık ihale usulü ile seçmeli ihale usulü (belli istekliler arasındaki ihale usulü) genel olarak standart ihale usulleri olarak kabul görmekte birlikte diğer ihale usulleri de belli koşulların gerçekleşmesi ve istisnâ durumlarda müsaade edilmesi benimsenmektedir. KAA’nın XIII. maddesinde sınırlı ihale usulü olarak tanımlanan alım usulünde, ihale yapan idare bazı isteklileri seçmekte ve onların bir kısmıyla veya biriyle doğrudan müzakerelerde bulunmaktadır. Uygulanacak ihale usullerinde yerli ve yabancı istekliler arasında ayırım yapılmaması esası benimsenmektedir.

2014/24/EU sayılı AB Kamu İhale Direktifinin 32. maddesinin 2. fıkrasının (c) bendinin KAA’daki muadili olan düzenleme XIII. maddenin 1. fıkrasının (d) bendinde yer almaktadır. Buna göre; “Alım yapacak kuruluş tarafından öngörülemez olayların yol açtığı ve ihtiyaç konusu şeyin alımının kesinlikle gerekli olduğu ancak son derece acil nedenlerden dolayı da mal veya hizmetlerin açık veya seçmeli ihale usulleriyle zamanında temin edilemeyeceği durumlarda bu ihale usulüne” başvurulabilecektir.

KAA’nın XIII. maddesinde düzenleme altına alınan sınırlı ihale usulünün kullanılabilmesi durumları arasında 4734 sayılı Kanunun 21(b) maddesindeki “...yapım tekniği açısından özellik arzeden durumlar...” gibi bir gerekçeyle bu ihale usulüne müracaat edilmesine imkân tanıyan herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

III. 4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNUNA GÖRE PAZARLIK USULÜ İLE İHALE

A. Pazarlık usulü

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun “Uygulanacak ihale usulleri” başlıklı 18. maddesinde; “İdarelerce mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalelerinde aşağıdaki usullerden biri

¹¹ KAA’nın genel özellikleri ve ‘sınırlı ihale usulüne’ ilişkin detay açıklamalar için bkz. ALYANAK, Servet, “Dünya Ticaret Örgütü’nün 2014 Yılında Yürürlüğe Girmesi Beklenen Yeni Kamu Alımları Anlaşması”, *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2014, Cilt: 4, Sayı:1, (s.1-34), s. 12.

uygulanır: a) Açık ihale usulü b) Belli istekliler arasında ihale usulü, c) Pazarlık usulü” olarak ifade edilmiştir. Anılan Kanunun “Açık ihale usulü” başlıklı 19. maddesinde; “Açık ihale usulü, bütün isteklilerin teklif verebildiği usuldür” şeklinde tanımlanmıştır. Anılan Kanunun “Belli istekliler arasında ihale usulü” başlıklı 20. maddesinde; “Belli istekliler arasında ihale usulü, yapılacak ön yeterlik değerlendirmesi sonucunda idarece davet edilen isteklilerin teklif verebildiği usuldür. 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” hükmü yer almaktadır.

Anılan Kanunun 21. maddesinde belirtilen özel sebeplerin varlığı halinde ise pazarlık ihale usulünün kullanılabilceği belirtilmiştir. 4734 sayılı Kanunun “Tanımlar” başlıklı 4. maddesine göre pazarlık ihale usulü; “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 usulü” şeklinde tanımlanmıştır.

Buna göre; “pazarlık ihale usulü aşağıdaki durumlarda uygulanabilecektir.

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 yapım tekniği açısından özellik arz eden veya yapı veya can ve mal güvenliğinin sağlanması açısından ivedilikle yapılması gerekliliği idarece belirlenen hallerde veyahut 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) İdarelerin yaklaşık maliyeti 728.072-TL (Yediyüzyirmisekizbinyetmişiki) Türk Lirasına kadar olan mamul mal, malzeme veya hizmet alımları.

(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”.

Görüldüğü üzere, Kanunun 21. maddesinde, pazarlık usulünün uygulanacağı haller sayılmaktadır. Bu hallerden bir kısmı için ihalenin ilan edilmesi zorunlu olmakla birlikte, ilan zorunluluğunun bulunmadığı haller de mevcuttur.¹² Kamu ihalelerinde uygulanan ihale usulü, ihale sürecine hâkim olan temel ilkelerin gerçekleşmesinde önemli bir rol oynamaktadır. Bu nedenle idareler, 4734 sayılı Kanunda belirtilen haller gerçekleşmedikçe doğrudan temin ve pazarlık usulünü kullanmamalıdır.¹³

Anılan Kanun düzenlemesinde görüldüğü üzere, davet edilebilecek aday sayısına ilişkin asgari bir sayı belirlenmiş olmasına rağmen teklif sayısı açısından asgari bir rakam verilmemiştir.¹⁴ Bu nedenle, ihaleye katılan bir isteklinin teklif ettiği fiyatın uygun görülmesi durumunda ihale Kanununun 17. maddesinde ifade edilen anlaşmalı teklif gibi yasak fiil ve davranışlardan birisinin varlığına ilişkin herhangi bir olumsuz kanaat de yoksa bu teklif sahibinin uhdesinde ihalenin bırakılması mümkündür.¹⁵ Kanunun 21. maddesi hükümlerine göre, pazarlık usulünde tek geçerli teklif verilen ihalelerin yapılması mümkün olmakla birlikte, özellikle ihalelere katılmak istediği halde idare tarafından davet edilmediği için teklif veremeyen kişiler tarafından rekabetin engellendiğine yönelik ciddi iddiaların da dikkate alınmasında kamu yararı vardır.¹⁶

Kanunun 21(b) maddesinde bahsi geçen doğal afet kavramını; jeolojik ve meteorolojik kökenli olmak üzere, insanlara zarar veren, can ve mal kaybına yol açan ve insanlar tarafından engellenemeyen her türlü doğal olay diye tanımlamak mümkündür. Doğal afetlere; deprem, heyelan, yanardağ patlaması, tsunami, sel, çığ, fırtına, orman yangını ve hortum gibi olaylar örnek olarak gösterilebilir. Salgın hastalıklar ise, toplumdaki bireyler arasında giderek yayılma eğilimi gösteren hastalıklar olup salgın hastalığın mevzuatımızda herhangi bir tanımlaması bulunmamakla birlikte 24.04.1930 tarihli ve 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanununun 57.

¹² 4734 sayılı Kanunun 21/(b), (c), (f) madde hükümleri için ihale ilanı yayımlanma zorunluluğunu ve bu suretle ihalelerde şeffaflık ilkesinin tesisi için gerekli olan araçlardan birini ortadan kaldıran pazarlık usulü, şeffaflık ilkesinin bir istisnasını oluşturmaktadır. Bkz. Yeliz Neslihan Akel, “İdari Usul ve İhale İlkeleri Temelinde Pazarlık Usulü Hakkında Bir Değerlendirme”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl:2018, Sayı: 11, (s. 1-47), s. 17, 21.

¹³ ÜSTÜN, Ümit Süleyman / ÇALIŞ, Hande Sena, “4734 Sayılı Kamu İhale Kanununa Hâkim Olan İlkelerin Değerlendirilmesi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2018, Cilt: 26, Sayı: 2, (s.111-147), s. 143.

¹⁴ Yasin Sezer, “Kamu İhalelerine Katılmada Davet Yöntemi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt: 16, Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan, (s. 3913-3947), s. 3922, 3923, 3024, 3925, 3928.

¹⁵ USLU, Yusuf / DEMİREL, Salim, *Kamu İhale Hukuku ve Yapım İşleri İhaleleri*, Ankara Yayınevi, Ekim, 2. Baskı, Ankara, 2014, s. 679.

¹⁶ SEZER, 2014, s. 3936.

maddesinde salgın ve bulaşıcı hastalıklar örnekleme yöntemiyle sayılmış, devamı maddelerde de salgın veya bulaşıcı hastalıkların çıkması üzerine Sağlık Bakanlığı tarafından yapılacak işlemler belirlenmiştir. Doğal afetler ve salgın hastalıklar nedeniyle kamu hizmetinin yürütülmesi için gerekli olan kamu alımlarının temin edilmesinde, yukarıda belirtilen gerekçeyle pazarlık (21/b) usulü kullanılabilir.¹⁷

Ayrıca Kanunun 21(b) maddesinde bahsi geçen “*idare tarafından önceden öngörülemez olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması*” durumunda da ihale pazarlık usulü ile yapılabilir. Görüldüğü üzere, bu hükümde iki koşulun bulunduğu görülmektedir. Bu koşullardan birisi, idare tarafından önceden öngörülemez olayların ortaya çıkması, ikincisi ise, bu nedenlerle ihalenin ivedi olarak yapılması zorunluluğunun doğmasıdır. Önceden öngörülemez ve ivedilik arz eden durumlarda pazarlık usulü ile ihale yapılabilmesi bakımından, idareler her somut olayda hangi durumların önceden öngörülemez olaylar olduğuna ve ihalenin ivedi olarak yapılması gerektiğine kendileri karar verecektir.¹⁸ Bu bağlamda idarelerin takdir yetkisi bulunmakla birlikte, bu takdir yetkisi mutlak olmayıp, keyfi olarak kullanılamaz. Bu yetkinin kamu yararı ve hizmet gerekleri açısından hukuka uygun olarak Kanunun belirlediği sınırlar içerisinde kullanılması gerekmektedir. 4734 sayılı kanunun 21 maddesinin (b) bendi açısından “*idarece öngörülmemeyen olay*” olarak değerlendirilebilmesi için; ortaya çıkan olay, ihale yapılmasını gerektiren durumdan önce idare tarafından “*öngörülemez*” nitelikte olmalı, öngörülemez halinin de objektif kriterlere göre yerinde bulunması ve idarenin kendi değerlendirmesinden bağımsız olarak tespit edilebilmesi gerekmektedir. Bu nedenle, idareler tarafından önceden öngörülemez hallerin kapsamı belirlenirken dikkatli davranılmalı, işin özü itibarıyla öngörülebilir olan; fakat idarenin gecikmesi, ihmali gibi nedenlerden ötürü öngörülmemeyen haller bu madde kapsamına sokulmamalıdır.¹⁹

Kamu İhale Genel Tebliğinin 20. maddesinde; “*4734 sayılı Kanunun 62 nci maddesinin (b) bendinde ertesi mali yılda gerçekleştirilecek süreklilik arz eden mal ve hizmet alımları için bir önceki mali yıl sona ermeden ihaleye çıkılabileceği düzenlenmiştir. Böylece ihale ile ilgili ilan süresi ve ihale sürecinin belirli bir zaman alacağı da dikkate alınarak ertesi yılda gerçekleştirilecek bu tür mal ve hizmet alımı ihalelerine mali yıl sona ermeden çıkılabilmeye*

¹⁷ DEMİRBOĞA, Dursun Ali, “Kamu İhale Sözleşmesinin Yapılması Usulleri (İhale Usulleri)”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Yıl: 2017, Cilt: 5, Sayı: 9, (s. 181-201), s. 193,194.

¹⁸ SEZER, **2014**, s. 3922, 3923, 3024, 3925, 3928.

¹⁹ AKPINAR, Nazife, “4734 Sayılı Kamu İhale Kanununda Öngörülen Kamu İhale Usulleri (5812 Sayılı Kanun Değişikliği İle Genel Bir İnceleme)”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl: 2020, Cilt: 19, Sayı: 38, (s. 132-154);

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 geçecek süre içindeki ihtiyaçların 4734 sayılı Kanununun 21 inci maddesinin (b) bendindeki “idare tarafından önceden öngörülemeyen olaylar” kapsamında değerlendirilerek, anılan madde hükmü ve 62 nci maddenin (ı) bendinde yer alan esaslar da dikkate alınarak aynı Kanununun 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.” düzenlemesi yer almaktadır.

Kamu İhale Kurulu’na göre, idare açısından daha önce açık ihale usulü ile yapılan ve “Okul Sütü Programı Kapsamında UHT İçme Sütü Tedarikini” konu alan ihalenin iptalinin önceden bilinmeyen ve bu nedenle de öngörülemeyen olay niteliğinde olduğu, eğitim-öğretim yılı planlamasının da zaman açısından ihalenin ivedi olarak gerçekleştirilmesini zorunlu hale getirdiği de dikkate alındığında, idarenin aynı ihaleyi pazarlık usulü ile yapmasında mevzuata aykırılık bulunmamıştır. Bu şekilde, açık ihale usulü ile gerçekleştirilen bir ihalenin daha sonra iptal edilmesi halinde idare açısından bu iptal “öngörülemeyen olay” niteliği taşıdığı belirtilmiştir.²⁰

4734 sayılı Kanunun genel gerekçesine bakıldığında ise; bu Kanunun ihalelerde saydamlığın, rekabetin, eşit muamelenin, güvenilirliğin, gizliliğin, kamuoyu denetiminin, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasının ve kaynakların verimli kullanılmasının en geniş şekilde sağlanması, kamu kurum ve kuruluşlarının kullanımlarında bulunan her türlü kaynaktan yapacakları ihalelerde tek bir yasal düzenlemeye tâbi olmalarının amaçlandığı ifade edilmiştir. **Kaynakların verimli kullanılması ilkesi, bir ihtiyacın karşılanmasına ilişkin satın alma çalışmalarının doğru yapılması, uygun mevsimin ve zamanın doğru belirlenmesinin yanında şikayet ve itirazın şikayet gibi idari denetim süreçlerinin olabileceğinin de hesaba katılmasını içermektedir.**²¹

Pazarlık ihale usulüyle ilgili olarak 4734 sayılı Kanunun genel gerekçesinde; “Pazarlık usulü ile yapılabilecek işler, uluslararası mevzuata paralel bir şekilde özelliği olan ve ivedi olarak yapılması gereken işlerle sınırlandırılarak, iki aşamada gerçekleştirilmek üzere teknik şartların da görüşüldüğü bir yöntemle yeniden belirlenmiştir” açıklaması yer almaktadır.

²⁰ Kamu İhale Kurulu’nun, 09/08/2017 tarih ve 2017/UM.II-2162 Karar No.lu kararı, (Çevrimiçi) (www.ekap.kik.gov.tr (25.02.2022)).

²¹ CAN Ozan, **Kamu İhale Hukuku**, Turhan Kitabevi, 2.Baskı, Ankara, 2019, s.44.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun “*Temel ilkeler*” başlıklı 5. maddesinde; “*Bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulü temel usullerdir. Diğer ihale usulleri Kanunda belirtilen özel hallerde kullanılabilir*” hükmü yer almaktadır. Bu düzenleme ile açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulünün temel ihale usulleri olduğu, diğer ihale usulü olan pazarlık usulünün ancak Kanunda belirtilen özel hallerde kullanılabileceği hüküm altına alınmıştır. 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun amaç ve temel ilkeleri dikkate alındığında esas olan, ihalenin ilan yapılarak, Kanunun ve diğer alt mevzuat düzenlemelerinin öngördüğü şekilde temel ilkelere uygun olarak yeterliliği olan herkesin teklif verebildiği açık ihale usulü ile ihtiyaç konusu alımın gerçekleştirilmesidir. Bununla birlikte 4734 sayılı Kanunda, bazı özel durumların gerçekleşmesi halinde ilan yapılması zorunluluğu kaldırılmış ve davet yöntemiyle alım yapılabilecek istisnalar getirilmiştir.

Özhan Çetinkaya/Murat Filibe/Kamuran Üstün tarafından yapılan çalışmaya göre; 2012-2016 yıllarına ait 5 yıllık ortalama yapım işlerinde, sözleşme bedelinin yaklaşık maliyetin %28’i oranında altında gerçekleştiği ancak yapım işlerindeki bu farkın ihale usulü bazında incelendiğinde ise açık ihale usulünde ortalama farkın %30, belli istekliler arasında ihale usulünde ortalama farkın %25, pazarlık usulünde ise ortalama farkın %12 seviyesinde olduğunu tespit etmişlerdir. Yapım işlerinde sözleşme bedeli ile yaklaşık maliyet farkının yukarıda açıklanan nedenle yüksekliğine rağmen pazarlık usulü ile yapılan alımlarda bu oranın ortalama %12 olması dikkat çekici bulunmuştur. Yapılan incelemede pazarlık usulünün uygulandığı yapım işlerindeki sözleşme bedeli ile yaklaşık maliyet arasındaki bu düşük oran diğer alım türlerinde de tespit edilmiştir. Örneğin, mal alımlarında %13 ve hizmet alımlarında ise %9 oranında olmuştur. *Özhan Çetinkaya/Murat Filibe/Kamuran Üstün* bunun nedeninin pazarlık usulünün uygulama gerekçelerinde ve uygulama usullerinde aranması gerektiğini belirtmişlerdir. Yaklaşık maliyetin yapım işlerinde en az %25 kâr payıyla ve mal ve hizmet alımlarında ise sağlıklı olarak hesaplanmadığından yüksek belirlenmiş olması gerçeğiyle birlikte, pazarlık usulü ile yapılan alımların neredeyse tamamına yakınının ilansız olarak gerçekleştirildiği göz önüne alındığında idarelerin alımlara davet ettikleri isteklilerin rekabetten uzak olarak gerçekleşen bu tür alımlarda fiyat tekliflerini yüksek tuttuğu ve böylelikle sözleşme bedellerinin yaklaşık maliyetlere daha yakın olarak gerçekleştiğini değerlendirmişlerdir.²²

²² ÇETİNKAYA, Özhan / FİLİBE, Murat / ÜSTÜN, Kamuran, “Tarihsel Boyutu ile Kamu Alım Usullerindeki Gelişmeler ve Günümüzdeki Yapının Değerlendirilmesi”, **Marmara Üniversitesi Siyasal Bilimler Dergisi (Marmara University Journal of Political Science)**, Yıl: 2018, Cilt: 6, Sayı: 1, ISSN 2147-6934, (s. 311-330), s. 324.

B. 4734 sayılı Kanununun 21. maddesinin (b) bendinde 2018 yılında yapılan düzenleme

4734 sayılı Kanununun 21. maddesinin (b) bendi, 2018 yılında yapılan değişiklikten önce; “...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” şeklinde bir düzenleme içermektedir.

16/05/2018 tarihinde kabul edilen 7144 sayılı Kanun ile 4734 sayılı Kanununun 21. maddesinin (b) bendi ;“...b) Doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya yapım tekniği açısından özellik arz eden veya yapı veya can ve mal güvenliğinin sağlanması açısından ivedilikle yapılması gerekliliği idarece belirlenen hallerde veyahut idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması” şekilde yeniden düzenleme altına alınmıştır.²³

21. maddeye 7144 sayılı Kanununun 11. maddesiyle eklenen değişikliğin gerekçesinde; “4734 sayılı Kamu İhale Kanun’un “Pazarlık usulü” başlıklı 21 inci maddesinin (b) bendinde yer alan “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” hükmü yoruma açık olup, değişiklik ile uygulamaya netlik kazandırılması amaçlanmıştır.

Önergeyle ani ve beklenmeyen veya idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması hâlinde uygulanan madde hükmünde, yapı veya can ve mal güvenliği açısından tehlike olduğunun tespit edilmesi hâlinde zarar meydana gelmeden müdahale edilerek kamu menfaatinin sağlanmasına yönelik değişiklik yapılması amaçlanmıştır” açıklaması yapılmıştır.

Bu gerekçe anılan ek düzenleme ile yapılan değişiklik bakımından eksik ve yetersiz bir açıklamadan oluşmaktadır. Zira anılan ek düzenleme gerekçesinde, Kanununun 21. maddesinin (b) bendine eklenen “...veya yapım tekniği açısından özellik arz eden veya ...hallerde...” ifadesi ile yapım tekniği açısından özellik arz eden durumların hangi unsurlara/kriterlere göre belirleneceğine dair herhangi bir tanım yapılmadığı gibi yapım tekniği bakımından özellik arz eden durumlara da herhangi bir örnek verilmemiştir. Söz konusu değişiklik ile *yapım tekniği açısından özellik arz eden durumların* hangi kriter ve ölçütlere göre değerlendirileceği

²³ 16/5/2018 tarihli ve 7144 sayılı Kanununun 11 inci maddesiyle bu bentte yer alan “beklenmeyen veya” ibaresinden sonra gelmek üzere; “yapım tekniği açısından özellik arz eden veya yapı veya can ve mal güvenliğinin sağlanması açısından ivedilikle yapılması gerekliliği idarece belirlenen hallerde veyahut” ibaresi eklenmiştir.

noktasında idarelere geniş bir takdir yetkisi tanınmış olup, bu bakımdan yapılan bu yeni düzenleme belirsizlik ve müphemlik arz etmektedir.

Bunun yanı sıra Kanun 21(b) maddesinde bahsedilen durumlarda, çeşitli şartlar öne sürülmüş ve bunların arasında sebep-sonuç ilişkisinin varlığının bulunması gerektiği anlaşılmaktadır. Kanunda istisnai bir usul olarak düzenlenen pazarlık usulüne başvurma yönünde takdir yetkisi kullanan idarelerin, Kanunda yer alan hukukî sebeplerden birinin mevcut olduğuna dair gerekçesini belirtmesi ve buna dair bilgi ve belgeleri sağlaması ve ihale onay belgesi ve eklerinde ortaya koymalıdır.²⁴ Kanunun 21. maddesinin (b) bendine göre yapılacak olan ihalelerde bu usulün kullanılmasına yönelik gerekçenin açık, gerçekçi ve objektif verilere göre tespit edilmesi icap etmektedir. Pazarlık usulü ile ihale yapılmasını gerektiren ve anılan hükümde açıklanan özel durumun mevcut olmaması veya gerekçelerinin objektif olarak ortaya konulamaması hâlinde bu ihale usulüne göre alım yapılmaması gerekir.²⁵

4734 sayılı Kanunun 21. maddesinin (b), (c) ve (f) bentlerinde belirtilen durumlarda ilan yapılması zorunlu olmayıp, ilan yapılmayan bu ihaleler bakımından, ihale dokümanının sadece idare tarafından davet edilenlere satılacağı hüküm altına alındığından, bu ihalelere sadece idare tarafından ihale dokümanı almaya davet edilenler katılabilmektedir. Pazarlık usulünün davet yöntemine göre gerçekleştirilen ihalelerinde, ilan yapma konusunda hukuki bir zorunluluk olmadığı için, idareler sürekli belli firmaları teklif vermeye davet ederek ilansız ihale yapmakta ve ihale bu başvuruçulardan birisinin uhdesinde kalmaktadır.

İlana tâbi olmayan pazarlık usulü ile yapılan ihaleler uygulamada idareler, pazarlık için birkaç firma çağırarak alımı gerçekleştirebilmektedir. Bu ise piyasa oyuncuları arasındaki haksız rekabetin ortaya çıkmasına neden olabilen bir uygulama olmaktadır.²⁶ Halbuki, 4734 sayılı Kanun idarelerin ihtiyaçlarını, istekliler arasında serbest rekabete imkân verecek şeffaf ve tarafsız bir şekilde en uygun koşullar altında ekonomik açıdan en uygun bedelle

²⁴ AKEL, 2018, s. 29, 30, 31, 32, 33.

²⁵ YILDIRIM, Hakkı, “Kamu İhale Hukuku’nun 21’nci Maddesinin (b) Bendinde Yapılan Düzenlemenin Değerlendirilmesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl: 2018, Cilt: 6, Sayı: 12, (s. 723-739), s.728; AKPİNAR, *Yaz 2020/2*, s.140.

²⁶ Adem AVCI, “Ekonomik Kamu Düzeninin Korunmasına Yönelik Kamu İhale Hukuku İlkeleri (Rekabet/Eşitlik/ Kaynakların Verimli Kullanılması İlkeleri)”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2021, Cilt: 7, Sayı: 2, (s. 339-373), s. 369; Yeliz Neslihan AKIN, “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında 2019 Yılı Cumhurbaşkanlığı Yıllık Programı Hedefleri Açısından Kamu İhalelerinde Rekabet İlkesi Hakkında Bir Değerlendirme”, *Anayasa Yargısı*, Yıl: 2019, Cilt: 36, Sayı: 2, (s. 63-109), s. 90, 91; ÇETİNKAYA/ FİLİBE/ ÜSTÜN, 2018, s. 328.

yapılmasını amaçlamaktadır. 2018 yılında 7144 sayılı Kanun ile 4734 sayılı Kanunun 21. maddesinin (b) bendinde yapılan bu değişiklik, sadece idare tarafından ihale dokümanı almaya davet edilerek katıldığı ve sadece bu kişiler/firmalar arasında yapılan ilansız pazarlık usulü ihalelerinde Kanunun amaçladığı şekilde etkin bir rekabet ortamının sağlanamaması, ayrımcılık yapma yasağı ve eşit muamele ilkelerinin ihlâl edilmesine zemin hazırlamıştır.

C. Kamu İhale Kurumu İstatistikleri

1) 2020 yılı istatistikleri

Kamu İhale Kurumu tarafından yıl bazında yayınlanan Kamu Alımları İzleme Raporu, 01.01.2020 ve 31.12.2020 tarihleri arasında gerçekleştirilen kamu alım istatistikleri, ihaleleri yapan idareler tarafından Elektronik Kamu Alımları Platformuna (EKAP) kaydedilen verilere dayanılarak hazırlanmaktadır.

Rapor, 4734 sayılı Kanunda belirtilen ihale usullerinde yapılan alımlar ile doğrudan temin ve istisna kapsamında yapılan alımları kapsamaktadır. 2020 yılı içerisinde EKAP üzerinden gerçekleştirilen toplam kamu alımları tutarı 172.526.653.000 TL'dir. Bu tutarın 143.443.401.000 TL'si 4734 sayılı Kanunda belirtilen ihale usulleri kapsamında, 19.644.018.000 TL'si istisna kapsamında, 9.439.234.000 TL'si de doğrudan temin yoluyla gerçekleştirilen alımlara ilişkindir.

Aşağıdaki tabloda (Tablo.1) görüldüğü üzere 2020 yılında Kamu İhale Kurumuna sonuç bilgisi gönderilen 4734 sayılı Kanun kapsamında yapılan ihalelerin adet olarak %71,07'si açık ihale usulü ile, %28,76'sı pazarlık usulü ile, %0,17'si ise belli istekliler arasında ihale usulü ile gerçekleştirilmiştir. Tutar bazında inceleme yapıldığında, gerçekleştirilen ihalelerin %73,09'unda açık ihale usulü, %26,35'inde pazarlık usulü ve %0,56'sında ise belli istekliler arasında ihale usulü uygulanmıştır.

Tablo 1²⁷

İhale usulü	Kamu ihale sayısı bağlamında	Kamu ihale toplam sayısı	Kamu ihalelerinin olarak (tl)	Kamu meblağ parasal

²⁷ Kamu İhale Kurumunun 2020 yılına ilişkin (01.01.2020-31.12.2020 tarihleri arasında yapılan) kamu alımlarıyla ilgili Kamu Alımları İzleme Raporu. Kamu İhale Kurumu Kurumsal Gelişim ve Araştırma Dairesi Başkanlığı, Şubat 2021, Ankara, s.4. https://dosyalar.kik.gov.tr/genel/Raporlar/Kamu_alimlari_izleme_raporu_2020_yilsonu.pdf (erişim tarihi 20.02.2022).

		bağlamında yüzdesel oran olarak	tutar bağlamında	
Açık ihale usulü	41.18 7	%71,0 7	104.845.399.00 0 TL	%73,0 9
Belli istekliler arasında ihale usulü	98	%0,17	803.234.000 TL	%0,56
Pazarlı k usulü	16.67 0	%28,7 6	37.794.769.000 TL	%26,3 5
Topla m	57.95 5	%100	143.443.401.00 0 TL	%100

Pazarlık Usulü İle Yapılan 4734 Sayılı Kanun Kapsamındaki İhalelerin Pazarlık Maddelerine Göre Dağılımı aşağıdaki tabloda (Tablo 2) gösterilmiştir.

Tablo 2²⁸

Kanun maddesi/İhale türü	İhale sayısı	%	Kamu alımı tutarı	%
Pazarlık(md 21/a)	39	%0,23	50.415.000 TL	%0,13
Pazarlık (md 21/b)	6.835	%41	34.187.258.000 TL	%90,45
Pazarlık (md 21/c)	335	%2,01	1.516.891.000 TL	%4,01

²⁸ Ibid.

Pazarlık (md 21/e)	2	%0,01	108.988.000 TL	%0,29
Pazarlık (md 21/f)	9.459	%56,74	1.931.218.000 TL	%5,11
Genel Toplam	16.670	%100	37.794.769.000 TL	%100

Tablo 2'deki sonuçlara göre pazarlık usulü ile yapılan ihalelerin adet olarak %41'i 21(b) kapsamında gerçekleşirken, %56,74'ü 21(f) kapsamında gerçekleştirilmiştir. Tutar olarak değerlendirildiğinde ise, pazarlık usulü ile yapılan ihalelerin toplam tutarının %90,45'inin (34.187.258.000 TL) 21(b) kapsamındaki alımlara, %5,11'inin 21(f) kapsamındaki alımlara ayrıldığı görülmektedir. 4734 sayılı Kanun kapsamında kalan ihaleler bakımından 21(b) kapsamında yapılan alımların tutar olarak (34.187.258.000 TL) 2020 yılı genel toplam ihale tutarı içindeki oranın da (143.443.401.000 TL) %23,83 olduğu anlaşılmaktadır.

2) 2021 yılı istatistikleri

Kamu İhale Kurumu tarafından yıl bazında yayınlanan Kamu Alımları İzleme Raporu, 01.01.2021 ve 31.12.2021 tarihleri arasında gerçekleştirilen kamu alım istatistikleri, ihaleleri yapan idareler tarafından Elektronik Kamu Alımları Platformuna (EKAP) kaydedilen verilere dayanılarak hazırlanmaktadır.

İlgili dönemde EKAP üzerinden gerçekleştirilen toplam kamu alımları tutarı 300.672.975.000 TL'dir. Bu tutarın 254.402.839.000 TL'si Kanunda belirtilen ihale usulleri kapsamında, 33.076.660.000 TL'si istisna kapsamında, 13.193.476.000 TL'si doğrudan temin yoluyla gerçekleştirilen alımlara ilişkindir.

Aşağıdaki tabloda (Tablo.3) görüldüğü üzere 2021 yılında Kamu İhale Kurumuna sonuç bilgisi gönderilen 4734 sayılı Kanun kapsamında yapılan ihalelerin adet olarak %71,99'u açık ihale usulü ile, %27,82'si pazarlık usulü ile, %0,19'u ise belli istekliler arasında ihale usulü ile gerçekleştirilmiştir. Tutar bazında inceleme yapıldığında, gerçekleştirilen ihalelerin %70,72'sinde açık ihale usulü, %27,44'ünde pazarlık usulü ve %1,84'ünde ise belli istekliler arasında ihale usulü uygulanmıştır.

Tablo.3²⁹

İhale usulü	Kamu ihale sayısı bağlamında	Kamu ihale toplam sayısı bağlamında yüzdesel oran olarak	Kamu ihalelerinin meblağ olarak (tl) parasal tutar bağlamında	Kamu ihalelerinin meblağ olarak (tl) parasal tutarın yüzde oranı
Açık ihale usulü	47.510	%71,99	179.911.089.000 TL	%70,72
Belli istekliler arasında ihale usulü	125	%0,19	4.678.977.000 TL	%1,84
Pazarlık usulü	18.356	%27,82	69.812.774.000 TL	%27,44
Toplam	65.991	%100	254.402.839.000 TL	%100

Pazarlık Usulü İle Yapılan 4734 Sayılı Kanun Kapsamındaki İhalelerin Pazarlık Maddelerine Göre Dağılımı aşağıdaki tabloda (Tablo 4) gösterilmiştir.

²⁹ Kamu İhale Kurumunun 2021 yılına ilişkin (01.01.2021-31.12.2021 tarihleri arasında yapılan) kamu alımlarıyla ilgili Kamu Alımları İzleme Raporu. Kamu İhale Kurumu Kurumsal Gelişim ve Araştırma Dairesi Başkanlığı, Şubat 2021, Ankara, s.4. https://dosyalar.kik.gov.tr/genel/Raporlar/Kamu_alimlari_izleme_raporu_2021_yilsonu.pdf (erişim tarihi 15.03.2022).

Tablo 4³⁰

Kanun maddesi/İhale türü	İhale sayısı	%	Kamu alımı tutarı	%
Pazarlık(m d 21/a)	35	%0,19	17.060.000 TL	%0,13
Pazarlık (md 21/b)	7.476	%40,7 3	62.344.763.00 0 TL	%89,30
Pazarlık (md 21/c)	295	%1,61	4.549.210.000 TL	%6,52
Pazarlık (md 21/d)	1	%0,01	142.000	%0,000 2
Pazarlık (md 21/e)	3	%0,02	199.755.000 TL	%0,29
Pazarlık (md 21/f)	10.54 6	%57,4 5	2.701.844.000 TL	%3,87
Genel Toplam	18.35 6	%100	69.812.774.00 0 TL	%100

Tablo 4’deki sonuçlara göre pazarlık usulü ile yapılan ihalelerin adet olarak %40,73’ü 21(b) kapsamında gerçekleşirken, %57,45’i 21(f) kapsamında gerçekleştirilmiştir. Tutar olarak değerlendirildiğinde ise, pazarlık usulü ile yapılan ihalelerin toplam tutarının %89,30’unun (62.344.763.000 TL) 21(b) kapsamındaki alımlara, %6,52’sinin 21(c) kapsamındaki alımlara (4.549.210.000 TL) ve %3,87’sinin 21(f) kapsamındaki alımlara (2.701.844.000 TL) ayrıldığı görülmektedir. 4734 sayılı Kanun kapsamında kalan ihaleler bakımından 21(b) kapsamında yapılan alımların tutar olarak (62.344.763.000 TL) 2021 yılı genel toplam ihale tutarı içindeki oranın da (254.402.839.000 TL) %24,50 olduğu anlaşılmaktadır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 20. maddesinde; “*Belli istekliler arasında ihale usulü, yapılacak ön yeterlik değerlendirmesi sonucunda idarece davet edilen isteklilerin teklif verebildiği usuldür. Yapım işleri, hizmet ve mal alım ihalelerinden işin özelliğinin uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektirmesi nedeniyle açık ihale usulünün uygulanamadığı işlerin*

³⁰ Ibid.

ihalesi ile yaklaşık maliyeti eşik değerin yarısını aşan yapım işi ihaleleri bu usule göre yaptırılabilir” hükmü yer almaktadır. Yapım işinin özelliğinin uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektirmesi nedeniyle belli istekliler arasında ihale usulünün uygulanabilmesi için ihale konusu iş bakımından açık ihale usulünü uygulama imkânının da olmaması gerekmektedir. Dolayısıyla, ihale konusu iş uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektirmemesi veya bu nitelikte olmakla birlikte açık ihale usulünü uygulama imkânı varsa, belli istekliler arası ihale usulü uygulanamaz. Bu düzenleme (...işin özelliğinin uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektirmesi...) yukarıda aktarılan pazarlık usulüne başvurulabilecek 21(b) maddesindeki düzenlemeye “...veya yapım tekniği açısından özellik arz eden veya... hallerde...” ifadesi ile benzerlik arz etmektedir.

Pazarlık usulü için öngörülen “*yapım tekniği açısından özellik arz eden durum*” ile belli istekliler arasında ihale usulüne müracaat edilebilmesine imkân tanıyan “*yapım işinin özelliğinin uzmanlık ve/veya ileri teknoloji arz etmesi durumu*” arasında çok ciddi bir benzerlik bulunmaktadır. Dolayısıyla, yapım işi ihalelerinde idareler ihale konusu işin özellik arzettiğini düşündükleri durumlarda pazarlık usulü ile belli istekliler arasındaki ihale usullerinden birisine müracaat serbestisi içinde değerlendirmeleri mümkün hale gelmiştir. Ancak, “*yapım tekniği açısından özellik arz eden durum*” nedeniyle pazarlık usulüne müracaat bakımından aşağıda Danıştay kararlarında ayrıntılı olarak aktarıldığı üzere ayrıca “*ivedilik şartının*” da gerçekleşmesi gerektiğini hatırd tutmak gerekmektedir.

IV. BİR PROJENİN “YAPIM TEKNİĞİ AÇISINDAN ÖZELLİK ARZETMESİ” VE “İVEDİLİK VE ACİLİYET” UNSURUNA İLİŞKİN DANIŞTAY’IN YAKLAŞIMI

Danıştay 13. Dairesinin 09/09/2020 tarihli 2020/2267 Esas ve 2020/2014 Karar sayılı kararında; “*...Aktarılan kuralların birlikte değerlendirilmesinden, 4734 sayılı Kanun kapsamındaki idarelerce gerçekleştirilecek ihalelerde açık ihale usulünün uygulanmasının esas olduğu, diğer ihale usullerinin Kanunda belirtilen özel hâllerde uygulanabileceği; idarelerin Kanunun 21/b maddesi uyarınca pazarlık usulüyle ihaleye çıkabilmeleri için, doğal afet, salgın hastalık, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya yapım tekniği açısından özellik arz eden veya yapı veya can ve mal güvenliğinin sağlanması açısından ivedilikle yapılması gerekliliği idarece belirlenen hâllerde veyahut idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılması zorunluluğunun doğması şartlarının bir arada ve birbirine bağlı olarak gerçekleşmesinin zorunlu olduğu anlaşılmaktadır.*

Pazarlık usulünün uygulanabilmesi için Kanunda aranan şartlardan olan ivedilikten kastın, sadece ihale sürecinin bir an önce sonuçlandırılması olmadığı, ihale edilen yapım işinin bir an önce bitirilmesi şartının da sağlanması gerektiği, dava konusu işin bitirme süresinin 700 gün olarak belirlenmesinin işin ivediliği ile bağdaşmadığı, niteliği gereği kısa sürede tamamlanması gereken yapım işinin yaklaşık 24 ay gibi uzun bir sürece yayıldığı, 4734 sayılı Kanun'un 21/b maddesindeki şartların ve ivedilikten kastın ihale konusu işin acilen bitirilmesi olarak anlaşılması gerektiği açıktır. Bu itibarla, davalı idarenin pazarlık usulü ile ihale yapma gerekçelerinin, işin süresinin yaklaşık iki yıl olarak belirlenmesi hususu göz önüne alındığında, istisnaî bir yöntem olan pazarlık usulü ile ihaleye çıkılması için yeterli olmadığı; ihtiyaçların en iyi şekilde, uygun şartlarla ve zamanında karşılanabilmesi için açıklık ve rekabetin sağlanmasının kamu yararı açısından gerekli olduğu; 4734 sayılı Kanun'un 21/b maddesinde belirtilen şartların oluştuğuna dair hukuken geçerli bir neden gösterilmeksizin söz konusu ihalenin pazarlık usulü ile gerçekleştirilmesinde hukuka uygunluk bulunmadığı sonucuna varıldığından, davanın reddi yönündeki İdare Mahkemesi kararında hukukî isabet görülmemiştir.” şeklinde karar verilmiştir.

4734 sayılı Kanunun özel amacını oluşturan ve Kanunun 5. maddesinde yer alan şeffaflık, rekabetin temini, eşit muamele ve orantılılık gibi genel ilkeler kamu yararı kapsamında temin edilmelidir. Bu nedenle, her ne kadar istisnaî durumlarda başvurulacak olsa da pazarlık usulü ile gerçekleştirilen ihaleler bakımından da Kanunun özel amacı olarak belirtilen bu genel ilkelerin karşılanması gerekmektedir. Bu doğrultuda, idarelerin Kanunun 21(b) maddesi kapsamında gerçekleştirilen bir ihale sürecinde aldıkları kararlarda kullandıkları takdir yetkisi ve yaptıkları işlemlerin bu genel ilkelere uygunluğu yönünden denetlenmesi gerekmektedir.³¹

Danıştay 13. Dairesinin daha yakın zamanda verdiği 12/10/2021 tarihli 2021/4048 Esas ve 2021/3280 sayılı Kararı ile; “...Büyükşehir Belediye Başkanlığı'nca .../2021 tarihinde 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 21. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi uyarınca pazarlık usulü ile gerçekleştirilen 2020/... ihale kayıt numaralı "...Yapısı İle Bağlantı Yolu Yapılması Yapım İşİ" ihalesinin iptali istenilmiştir.

... İdare Mahkemesi'nce verilen kararda; dava konusu ihalenin, ...sanat yapısı ile bağlantı yolu yapılması yapım işi olduğu, ihalenin yaklaşık maliyetinin ...-TL olarak tespit edildiği, ... ilinde ulaşım ağının kesişim noktası ve trafik yoğunluğuna sebep olan ... bölgesinde, mevcut durumu rahatlatmak amacıyla projelendirilen ve tünel ile yapılacak olan alternatif bağlantı yolunun yapımı esnasında trafik sirkülasyonunu değiştirme ve bütün altyapı

³¹ AKEL, 2018, s. 41.

kurumlarının deplase işlerinin yapılması gerektiği, söz konusu bölgede ciddi altyapı yoğunluğunun bulunması ve imalatlar yapılırken şerit kaplama işlemlerinden dolayı alternatif yollara aktarılan araç yoğunluğu ile mevcut durumda bile yoğun olan trafik yükünü ciddi bir şekilde artıracığı, başka dönemde yapılması teknik olarak zor olan bir projeyi, pandemi sürecinde yapılacak olan kısıtlamaları da avantaja çevirerek, idarenin açık ihale usulü için gerekli süreci işletmesi hâlinde sürecin uzayacağı ve açık ihalenin sonuçlandırılarak işe başlanmasının uzun sürebileceği, bu nedenle de hizmetin aksayacağı tespitlerine istinaden 4734 sayılı Kanun'un 21. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi uyarınca pazarlık usulü ile ihalenin yapıldığının görüldüğü; bu bağlamda, pazarlık usulü ile ihale yapılması için tespit edilen hususlar incelendiğinde, dava konusu işin esaslı unsurunun sanat yapısı olduğu, **yapım tekniği açısından özellik arz eden imalatlar içerdiği, asfalt işlerinin sözleşmenin %21'ini oluşturduğu, yapım tekniği açısından özellik arz eden hallerde ihalenin ivedilikle yapılması gerektiğinin zorunlu olduğuna dair ifadeler ve yine dava konusu işin can ve mal güvenliğinin sağlanması açısından ivedilikle yapılması gerekliliğine ilişkin ifadelere yer verilmiş ise de bu hususa ilişkin somut tespitlerin yapılmadığı, soyut ifadelere yer verilerek gerekçeye ilişkin kanıtların ortaya konulmadığı, ayrıca davalı idarece pandemi sürecinde yapılacak olan kısıtlamaları da avantaja çevirerek pazarlık usulünün uygulanmasının daha elverişli olduğu ifadesine yer verilse de, bu gerekçenin Kanun'un amacına uygun olmadığı; Öte yandan, doğal afetlerden kaynaklanan hizmeti engelleyen durumların giderilmesi amacıyla pazarlık usulü ile ihaleye çıkılabileceği açık olmakla birlikte, bu tarz bir ihalenin sadece doğal afetin etkilediği kısmî ve ivedi alanlara münhasır olabileceği, davalı idarenin ise böyle bir tespit yapmayarak, doğal afetin etkilemediği ...Caddesi - ... Caddesi arasında kapsar şekilde sanat yapısı ile bağlantı yolu yapılması işi ihalesini gerçekleştirdiği, bu hâliyle ihalenin pazarlık usulüyle yapılmasının mümkün olmadığı; bu durumda, ihtiyaçların en iyi şekilde, uygun şartlarla ve zamanında karşılanabilmesi için açıklık ve rekabetin sağlanması kamu yararı açısından gerekli olduğundan, 4734 sayılı Kanun'un 21/b maddesinde belirtilen şartların oluştuğuna dair hukuken geçerli bir neden gösterilmeksizin söz konusu ihalenin pazarlık usulü ile gerçekleştirilmesinde hukuka uygunluk bulunmadığı sonucuna varılmıştır.**

Belirtilen gerekçelerle hukuka aykırı bulunan dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir...

...Temyizen incelenen karar usul ve hukuka uygun olup, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenleri kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir." şeklinde karar verilmiştir.

Anılan Danıştay kararı ile davalı idarenin ileri sürdüğü; davacı tarafından itirazın şikâyet yoluna gidilmeden doğrudan dava açılmasının hukuken mümkün olmadığı, ihaleye

konu bölgede ciddi altyapı yoğunluğunun bulunması ve imalatlar yapılırken şerit kaplama işlemlerinden dolayı alternatif yollara aktarılan araç yoğunluğu ile trafik yükünün ciddi şekilde artacağı sebepleriyle ihalenin acil ve ivedi şekilde yapıldığı, yapım tekniği ve trafik durumu gözetildiğinde ihalenin ivedi olarak yapılması gerektiği, açık ihale usulünün uygulanması hâlinde sürecin uzayacağı ve açık ihalenin sonuçlandırılarak işe başlamanın uzun sürebileceği, bu nedenle hizmetin aksayacağı, pandemi (salgın) sürecinde yapılacak olan kısıtlamalar da avantaja çevrilerek çalışmaların ivedilikle yapılması için pazarlık usulünün uygulandığı, açık ihale yapılması hâlinde davacının ihaleye katılım koşullarını sağlayıp sağlamadığının irdelenmesi ve davayı açmakta güncel meşru menfaatinin olup olmadığının belirlenmesi gerektiği yönündeki savunmasına itibar edilmeyerek ihalenin iptaline yönelik verilen İdare Mahkemesi kararı onanmıştır.

Danıştay 13. Dairesinin daha yakın tarihli 23/02/2021 tarih ve 2021/103 Esas, 2021/621 Karar sayılı kararı ile; *"...Bakanlığı tarafından 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 21. maddesinin (b) bendi uyarınca pazarlık usulüyle gerçekleştirilen ... İhale Kayıt Numaralı "...Hafif Raylı Sistem Hattı İnşaat ve Elektromekanik Sistemler Temin, Montaj ve İşletmeye Alma İşleri Yapım İşine ilişkin Uyuşmazlık konusu ihalede, ihale konusu işin yaklaşık maliyeti 1.787.026.747,90-TL, sınır değer ise 1.389.057.257,08-TL olarak belirlendiği, ihaleye idarece belirlenen altı şirketin davet edildiği, davet edilen şirketlerden dört tanesinin teklif verdiği, bunun üzerine pazarlık usulü ile gerçekleştirilen ihaleye davet edilmeyen ve bu nedenle doküman satın alamayan davacı şirket tarafından, 30/10/2020 tarihli anılan ihalenin iptali istenilmiştir.*

...Uyuşmazlık konusu olayda, davalı idarece ihalenin 4734 sayılı Kanununun 21/b maddesi uyarınca yapılmasının gerekçesi olarak, proje kapsamındaki işlerin teknik özellik arz etmesi ve hattın ivedilikle işletmeye açılmasının zaruret arz etmesi nedeniyle ihalenin pazarlık usulüyle yapılmasının zorunlu olmasının gösterildiği, uyuşmazlık konusu ihaleyle yapılacak hafif raylı sistemin hâli hazırda işletme altında bulunan raylı sistem hattı ile entegre olacağı, bu sebeple işletme, yönetim, sinyalizasyon ve tüm alt sistemlerinin mevcut hat ile bütünsellik arz edecek şekilde yapılması zorunluluğunun yapım yöntemi açısından özel teknik gerektirdiği ve özellikle Bursa ilinde açılan ve şehirdeki hastaneleri aynı yerleşkede bir araya getiren şehir hastanesine halkın ulaşımının en sağlıklı ve güvenli yolu olan hafif raylı sistemin, anılan hastaneye ulaşımın sadece kara yolu ile yapılmasından kaynaklanabilecek kazalar ve bu kazalarda yaşanabilecek can ve mal kayıplarının önüne geçilebilmesi için yapımının ivedilik gerektirdiği... belirtilmiştir.

...idarelerin Kanun'un 21/b maddesi uyarınca pazarlık usulüyle ihaleye çıkabilmeleri

için, doğal afet, salgın hastalık, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya yapım tekniği açısından özellik arz eden veya yapı veya can ve mal güvenliğinin sağlanması açısından ivedilikle yapılması gerekliliği idarece belirlenen hâllerde veyahut idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması şeklinde belirlenen ihtimallerden birinin veya birden fazlasının varlığının "ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması" şartı ile birlikte gerçekleşmesi durumunda uygulama alanı bulabileceği kuşkusuzdur.

*Her ne kadar davalı idarece, şehir hastanesine erişim için hattın ivedilikle işletmeye açılması gerektiği, öngörülemeyen durumun ortaya çıktığı, kapsamdaki işlerin teknik özellik arz etmesi sebebiyle ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunluluk arz ettiği gerekçeleriyle ihalenin pazarlık usulü uygulanarak yapılmasına karar verilmiş ise de pazarlık usulünün uygulanabilmesi için **21. maddenin (b) bendinde sayılan şartlardan bağımsız olarak bunlarla birlikte aranması gereken şartlardan olan ivedilikten kastın, ihale sürecinin ihale konusu işin niteliğinden kaynaklı olarak ve önceden öngörülemeyen veya yapım tekniği açısından özellik arz eden durumlara bağlantılı bir şekilde bir an önce sonuçlandırılmasının gerekmesi şartının birlikte sağlanması olduğu, dava konusu işin bitirilme süresinin 1460 gün (48 ay) olarak belirlenmesinin işin veya ihale sürecinin ivediliği ile bağdaşmadığı, niteliği gereği kısa sürede tamamlanması gerektiği gerekçelendirilen yapım işinin yaklaşık 48 ay gibi uzun bir sürece yayıldığı, 4734 sayılı Kanun'un 21/b maddesindeki şartların gerçekleştiğinin bu anlamda idarece ortaya konulamadığı anlaşılmaktadır.***

Bu itibarla, davalı idarenin pazarlık usulü ile ihaleyi yapma gerekçelerinin işin süresinin 48 ay olarak belirlenmesi hususu göz önüne alındığında istisnâî bir yöntem olan pazarlık usulü ile ihaleye çıkılması için yeterli olmadığı; ihtiyaçların en iyi şekilde, uygun şartlarla ve zamanında karşılanabilmesi için açıklık ve rekabetin sağlanmasının kamu yararı açısından gerekli olduğu; 4734 sayılı Kanun'un 21/b maddesinde belirtilen şartların oluştuğuna dair hukuken geçerli bir neden gösterilmeksizin söz konusu ihalenin pazarlık usulü ile gerçekleştirilmesinde hukuka uygunluk bulunmadığı sonucuna varıldığından, davanın reddi yönündeki İdare Mahkemesi kararında hukukî isabet görülmemiştir." şeklinde karar verilmiştir.

Yukarıda aktarılan Danıştay kararları incelendiğinde; 4734 sayılı Kanun'un 21(b) maddesi uyarınca gerçekleştirilen pazarlık usulü; "doğal afet, salgın hastalık, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen" veya "yapım tekniği açısından özellik arz eden" veya "yapı veya can ve mal güvenliğinin sağlanması açısından ivedilikle yapılması gerekliliği idarece belirlenen hâllerde" veyahut "idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların

ortaya çıkması” şeklinde belirlenen ihtimallerden birinin veya birden fazlasının varlığının "ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması" şartı ile birlikte gerçekleşmesi durumunda uygulama alanı bulabilecektir.³²

Bu nedenle yukarıda Danıştay kararıyla da izah edildiği üzere; 4734 sayılı Kanun'un 21(b) maddesi uyarınca gerçekleştirilen pazarlık usulünün uygulanması bakımından yapım tekniği açısından özellik arz eden hallerde ihalenin ivedilikle yapılması gerektiğinin zorunlu olduğuna dair ifadeler ve yine ihale konusu işin can ve mal güvenliğinin sağlanması açısından ivedilikle yapılması gerekliliğine ilişkin somut tespitlerin yapılması ve “yapım tekniği açısından özellik arz etme” unsuru ile “ivedilik ve aciliyet” unsurunun bir arada kümülatif olarak aranması ve bu iki unsurun varlığına ilişkin somut kanıtların da idare tarafından ortaya konulması gerekmektedir.

V. 4734 SAYILI KANUNUN 21(B) MADDESİ İLE YAPILAN İHALELERE KARŞI BAŞVURU VE DENETİM

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun pazarlık usulünü düzenleyen 21. maddesinin (b), (c) ve (f) bentlerinde belirtilen hâllerde ilan yapılmasının zorunlu olmadığı, ilan yapılmayan hâllerde en az üç istekli davet edilerek, yeterlik belgelerini ve fiyat tekliflerini birlikte vermeleri gerektiği kurala bağlanmış; "İhale ve ön yeterlilik dokümanının verilmesi" başlıklı 28. maddesinde de; "İhale ve ön yeterlilik dokümanı idarede bedelsiz görülebilir. Ancak, ön yeterlilik veya ihaleye katılmak isteyen isteklilerin bu dokümanı almaları zorunludur. Doküman bedeli, basım maliyetini aşmayacak ve rekabeti engellemeyecek şekilde idarelerce tespit edilir. İlan yapılmayan ihalelerde, ihale dokümanı sadece idare tarafından davet edilenlere satılır" düzenlemesi bulunmaktadır.

4734 sayılı Kanunun 21. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi uyarınca pazarlık usulü ile yapılan ihalelerde bir isteklinin idareye müracaat ederek ihaleye katılmak için davetiye gönderilmesini ve ihale dokümanı satın almayı talep etmesi durumunda idarelerin nasıl hareket etmesi gerektiği hususunun açıklığa kavuşturulması gerekir. Kamu kurum ve kuruluşları, gerçekleştirdikleri ihalelerde şeffaflığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği,³³

³² Danıştay'ın aynı yöndeki kararlar için bkz. Danıştay 13. Dairesi'nin 13/04/2021 tarihli 2021/3373 Esas ve 2021/1333 Karar sayılı kararı; Danıştay 13. Dairesi'nin 13/04/2021 tarihli 2020/2809 Esas ve 2021/1335 Karar sayılı kararı; Danıştay 13. Dairesi'nin 26/04/2021 tarihli 2021/883 Esas ve 2021/1566 Karar sayılı kararı; Danıştay 13. Dairesi'nin 09/09/2020 tarihli 2020/2267 Esas ve 2020/2014 Karar sayılı kararı.

³³ 4734 sayılı Kamu İhale Kanuna göre gizlilik ilkesinin anlamı ve kapsamı için bkz. ÇAPAR Asuman: "4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda Belirtilen Temel İlkelerden Gizlilik İlkesi", **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2020, Cilt 7, Sayı 2, (s. 87-117).

kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla yükümlüdür. İhalelere yönelik 4734 sayılı Kanunun 5. maddesinde belirtilen temel ilkeler, Kanunda temel ihale usulleri olarak belirlenen açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulünde olduğu gibi pazarlık usulü ile gerçekleştirilen ihalelerde de geçerlidir. Bu gerçekten hareketle, kural olarak, pazarlık usulüyle gerçekleştirilecek ihaleler bakımından da ihalelere yönelik temel ilkeler uyarınca, daha fazla isteklinin ihaleye katılmasına ve teklif sunmasına imkân sağlanması gerekir. Yasin Sezer'in de belirttiği üzere, kanun koyucu, ihaleye kimlerin davet edileceğini belirleme konusunda idareye takdir hakkı tanınmakla birlikte, idareye tanınan bu takdir yetkisi keyfi olarak kullanılabilir bir yetki değildir. İhaleyi yapan idareler, davet edeceği kişileri belirlerken, Kanunun 5. maddesinde düzenlenen rekabet, eşit muamele ve kaynakların verimli kullanılması gibi temel ilkelere ve kanunun diğer amir hükümlerine riayet etmek zorundadır.³⁴ Kaldı ki Kanunun 5. maddesinde ifade edilen rekabetin temini ilkesi, haksız rekabeti engelleme, rekabet yaşağının ve sınırlandırmalarının yasaklanmasını da kapsamaktadır. Ayrıca, en kaliteli ürüne en uygun fiyatla ulaşılabileceği öngörüldüğünden ve rekabetin sağlandığı bir satın alma süreci idare tarafından her zaman tercih edilecek bir ortam olacaktır.³⁵

Nitekim Danıştay 13. Dairesinin 10/02/2020 tarihli 2019/4203 Esas ve 2020/383 Karar sayılı kararı ile; *“Bakılan uyuşmazlıkla, davacının 27/09/2019 tarihinde pazarlık usulüyle gerçekleştirilmesi öngörülen ihaleye katılmak üzere 25/09/2019 tarihinde davalı idareye başvuruda bulunduğu, davalı idarece; ihaleye en az 3 (üç) isteklinin davet edilmesi yeterli olmakla birlikte 6 (altı) istekli davet edilerek gerekli rekabet ortamının sağlandığı, davet edilenler dışında davacı ile birlikte 4 ayri isteklinin davetli listesine alınması talebi ile yazılı müracaatlarının bulunduğu, bu durumun idarenin pazarlık usulü ile sağlamak istediği, "işin özelliği ve önemine" uygun olarak belirlediği firmaları ihaleye davet etme imkânını fiilen ortadan kaldırdığı, davet edilmemiş olmalarına rağmen davet edilme talebi ile yapılan müracaatlar nedeniyle acil ve ivedi olarak yapılması gereken işlerin gecikmesine ya da yapılamamasına neden olduğu gerekçesiyle davacının başvurusunun reddedildiği anlaşılmaktadır.*

4734 sayılı Kanunun 28. maddesinde, ilan yapılmayan ihalelerde ihale dokümanının sadece idare tarafından davet edilenlere satılacağı belirtilmiş olup bu kurala göre ihaleye davet etmeme yönünde idarece kullanılan takdir yetkisinin mutlak ve sınırsız olmadığı, dolayısıyla,

³⁴ SEZER, 2014, s. 3932; ÜSTÜN / ÇALIŞ, 2018, s. 123.

³⁵ Can, 2019, s.23, 28.

Karar doküman satın alma ve ihaleye teklif vermeye yönelik ihaleye davet edilme istemli başvuruların haklı ve mâkûl bir sebep gösterilerek reddedilmesi mümkün ise de davalı idarece "işin özelliği ve önemine uygun olarak idarece belirlenen firmaları ihaleye davet etme imkânını fiilen ortadan kaldırdığı ve davet edilmemiş olmalarına rağmen davet edilme talebi ile yapılan müracaatlar nedeniyle acil ve ivedi olarak yapılması gereken işlerin gecikmesine ya da yapılamamasına neden olduğundan" bahisle reddedilmesi Kanunun amacına uygun değildir.

Bu itibarla, davacının pazarlık usulüne göre yapılan ihaleye davet edilme talebi değerlendirilmek ve davet edilmemesini haklı ve mâkûl gösterecek sebepler var ise bu sebepler belirtilmek suretiyle işlem tesis edilmesi gerekirken; davacıya yönelik hiçbir değerlendirme yapılmadan reddedilmesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uygunluk, davanın reddi yolundaki temyize konu Mahkeme kararında ise hukukî isabet görülmemiştir." şeklinde hüküm verilmiştir.³⁶

Bu bağlamda ayrıca, 4734 sayılı Kanun'un 21. maddesinin (b) bendi uyarınca pazarlık usulüyle yapılan bir ihaleye davet edilmeyen kişilerce idarî başvuru yapılmadan doğrudan dava açılıp açılmayacağıının irdelenmesi gerekmektedir.

4734 sayılı Kanunun "*İhale ve ön yeterlik dokümanının verilmesi*" başlıklı 28. Maddesinde; "*İhale ve ön yeterlik dokümanı idarede bedelsiz görülebilir. Ancak, ön yeterlik veya ihaleye katılmak isteyen isteklilerin bu dokümanı satın almaları zorunludur. İlan yapılmayan ihalelerde, ihale dokümanı sadece idare tarafından davet edilenlere satılır. Doküman bedeli, basım maliyetini aşmayacak ve rekabeti engellemeyecek şekilde idarelerce tespit edilir.*" hükmü bulunmaktadır. Anılan Kanunun "*İhalelere yönelik başvurular*" başlıklı 54. maddesinde; "*İhale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday veya istekli ile istekli olabilecekler, bu Kanun'da belirtilen şekil ve usul kurallarına uygun olmak şartıyla şikâyet ve itirazın şikâyet başvurusunda bulunabilirler. Şikâyet ve itirazın şikâyet başvuruları, dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu idari başvuru yollarıdır.*" kuralına yer verilmiştir.

Kanunun "*İdareye şikâyet başvurusu*" başlıklı 55. maddesinin 1. ve 3. fıkralarında, şikâyet başvurusunun, ihale sürecindeki işlem veya eylemlerin hukuka aykırılığı iddiasıyla bu işlem veya eylemlerin farkına varıldığı veya farkına varılmış olması gereken tarihi izleyen günden itibaren 21. maddenin (b) ve (c) bentlerine göre yapılan ihalelerde beş gün, diğer

³⁶ Danıştay'ın aynı yöndeki kararları için bkz. Danıştay 13. Dairesinin 06/01/2020 tarihli 2019/4203 Esas ve 2020/383 Karar sayılı kararı; Danıştay 13. Dairesinin 06/01/2020 tarihli 2019/4200 Esas ve 2020/18 Karar sayılı kararı

hâllerde ise on gün içinde ve sözleşmenin imzalanmasından önce, ihaleyi yapan idareye yapılacağı ve idarenin, şikâyet başvurusu üzerine gerekli incelemeyi yaparak on gün içinde gerekçeli bir karar alacağı belirtilmiştir; 4. fıkrasında, belirtilen süre içinde bir karar alınmaması durumunda başvuru sahibi tarafından karar verme süresinin bitimini, süresinde alınan kararın uygun bulunmaması durumunda ise başvuru sahibi dâhil aday, istekli veya istekli olabilecekler tarafından idarece alınan kararın bildirimini izleyen on gün içinde Kuruma itirâzen şikâyet başvurusunda bulunulabileceği vurgulanmıştır. Anılan Kanunun "*Kuruma itirâzen şikâyet başvurusu*" başlıklı 56. maddesinde de; "*İdareye şikâyet başvurusunda bulunan veya idarece alınan kararı uygun bulmayan aday, istekli veya istekli olabilecekler tarafından 55'inci maddenin dördüncü fıkrasında belirtilen hâllerde ve sürede, sözleşme imzalanmadan önce itirazen şikâyet başvurusunda bulunulabilir. İhalenin iptaline ilişkin işlem ve kararlardan, sadece şikâyet ve itirazen şikâyet üzerine alınanlar itirazen şikâyete konu edilebilir ve bu kararlara karşı beş gün içinde doğrudan Kuruma başvuruda bulunulabilir...*" kuralı bulunmaktadır.

Yukarıda anılan mevzuat kurallarının birlikte değerlendirilmesinden, ihale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday, istekli ile istekli olabileceklerin, Kanunda dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu idari başvuru yolu³⁷ olarak öngörülen şikâyet ve itirazen şikâyet başvurusunda bulunmaları zorunlu olmakla birlikte, başvuruda bulunabilmek için aranan "*istekli*" veya "*istekli olabilecek*" sıfatının, ilan yapılmayan ve davet edilmeyenlere doküman satılmayan pazarlık usulünde kazanılması mümkün olmadığından, ilansız pazarlık usulünün uygulandığı ihalelerde "*istekli*" veya "*istekli olabilecekler*" dışında kalan bu kişiler açısından idarî başvuru zorunluluğunu aramak doğru olmayacaktır. Bu nedenle, ilansız pazarlık usulünün uygulandığı ihalelerde davet edilmeyenlere doküman satılmadığından "*istekli olabilecek*" sıfatını da kazanamayan bu kişiler tarafından doğrudan dava açılabilmesinin kabulü gerektiği sonucuna varılmaktadır. Sonuç olarak, 4734 sayılı Kanun'un 21. maddesinin (b) bendi gereğince pazarlık usulüyle ilansız yapılan bir ihalede, ihaleye davet edilmediği ve kendisine ihale dokümanı satılmayan, bu nedenle de istekli olabilecek sıfatını da haiz olamayan kişiler ihalenin iptali istemiyle doğrudan dava açabilecektir.

Nitekim Danıştay 13. Dairesinin 24/02/2021 tarihli 2020/3966 Esas ve 2021/669 Karar sayılı kararında; "...2577 sayılı *İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinin 1/a*

³⁷ Yasa koyucu, idari dava açmadan önce bazı idari başvuruların yapılmasını zorunlu kılmıştır. İdari yargıda zorunlu idari başvurular bkz. Yasin Sezer / Hüseyin Bilgin, "Danıştay Kararlarında İdari başvurular", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2008, Cilt. 57, Sayı: 4, (s. 337-366), s. 355, 356, 357, 357, 358.

fikrasında, iptal davaları, idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan davalar olarak tanımlanmaktadır.

Yargı kararlarında ve doktrinde "menfaat" kavramının davacı ile iptalini istediği idarî işlem arasındaki bağı, ilgiyi ifade ettiği belirtilmekte ve idari işlem ile dava açan kişi arasında meşru, güncel ve ciddi bir alaka söz konusu ise, davada menfaat bağının bulunduğu kabul edilmektedir. Bu bağlamda idarî yargıda önemli bir yeri olan iptal davalarında davacı olabilmek için subjektif bir hakkın ihlâl edilmesi şartı aranmamakta, dava hakkına sahip olabilmek için menfaat ihlâli, bazen bir alanın varlığı dahi yeterli sayılabilmektedir. Bu husus, "menfaat ihlâlinden maksadın işlem ile subjektif bir hakkın ihlâl edilmesi olmadığı, işlem ile ciddi ve makul bir alakadan ibaret olduğu" şeklinde de ifade edilebilmektedir...

Dolayısıyla, iptal davasının gerek anılan maddede, gerekse içtihat ve doktrinde belirlenen hukukî nitelikleri göz önüne alındığında, idare hukuku alanında tek taraflı irade açıklamasıyla kesin ve yürütülmesi zorunlu nitelikte tesis edilen idarî işlemlerin, bu idarî işlemle meşru, kişisel ve güncel bir menfaat ilgisi kurabilenler tarafından iptal davasına konu edilebileceğinin kabulü gerekmektedir.

Davacı şirketin davalı idare tarafından daha önce gerçekleştirilen benzer nitelikteki açık ihalelere katıldığı, yine bu ihalelerin bir kısmı için doküman aşamasında itirazın şikâyet yoluyla Kamu İhale Kurumu'na başvuruda bulunduğu, davacının başvuruları üzerine anılan ihalelerin bir kısmının iptal edildiği, devam eden süreçte davacı şirket tarafından pazarlık usulüyle gerçekleştirilecek "Şehiriçi Toplu Taşıma" konulu hizmet alım ihalelerine davet edilme talebinde bulunduğu, bakılan davanın ise aynı konuda davalı idare tarafından daha önce yapılan ihalelerin iptal edilmesine rağmen ihale süreçlerinin usulsüz olarak devam ettiği ve talepte bulunmalarına rağmen ihaleye davet edilmedikleri iddialarıyla açıldığı, davacının ... ve ... garajları için yapılan ihalelerde ihale dışı bırakılmasına yol açan ve temyize konu Mahkeme kararında da davacının ihaleye uygun iş deneyim belgesinin bulunmadığı yönündeki değerlendirmeye esas alınan "benzer iş" tanımının ise Kurul kararıyla iptal edildiği, bu kararın da Mahkemece hukuka uygun bulunduğu görülmektedir.

*Bu duruma göre, davacının dava açma ehliyetini haiz olup olmadığının belirlenmesinde salt iş deneyim belgesinin benzer işe uygunluğunun dikkate alınmasının mümkün olmadığı, kaldı ki Mahkeme kararında iş deneyim belgesi yönünden yapılan değerlendirmeye esas alınan ve davalı idare tarafından da davacının ihaleye davet edilmemesinin gerekçesi olarak gösterilen "benzer iş" tanımının hukuka aykırı bulunarak iptal edildiği, ayrıca **davacı şirketin pazarlık usulüyle yapılacak ihalelere davet edilebilmesi için davalı idareye başvuruda***

bulunduğu, bu kapsamda aktarılan idarî ve hukukî süreç de dikkate alındığında davacı şirketin uyuşmazlığa konu ihale ile meşru, güncel ve makul menfaat alakasının olduğu ve dava açma ehliyetinin bulunduğu anlaşıldığından, davanın ehliyet yönünden reddine ilişkin temyize konu İdare Mahkemesi kararında usul kurallarına uygunluk bulunmamaktadır” yönünde karar verilmiştir.

SONUÇ

Kamu kaynaklarının verimli kullanılarak ihtiyaçların uygun şartlarla, zamanında ve en iyi şekilde karşılanabilmesi için şeffaflık ve rekabetin sağlanması kamu yararı açısından gerekli olup; 4734 sayılı Kanunun 21(b) maddesinde belirtilen şartların oluştuğuna dair hukuken geçerli bir neden gösterilmeksizin söz konusu ihalenin pazarlık usulü ile gerçekleştirilmesi hukuka uygun değildir.

İstisnaî bir yöntem olan pazarlık usulünün uygulanabilmesi için 4734 sayılı Kanunda aranan şartlardan olan ivedilikten kastın, sadece ihale sürecinin bir an önce sonuçlandırılması olmadığı, ihale edilen yapım işinin bir an önce bitirilmesi ve kısa sürede tamamlanması şartının da sağlanması gerektiği anlaşılmaktadır. Bu bağlamda, ihale konusu işin bitirme süresinin 700 gün gibi çok uzun bir sürece yayılarak belirlenmesi işin ivediliği ile bağdaşmadığı, 4734 sayılı Kanun'un 21(b) maddesindeki şartların ve ivedilikten kastın ihale konusu işin acilen bitirilmesi olarak anlaşılması gerektiği açıktır.

Yukarıda aktarılan Danıştay kararlarıyla da ortaya konulduğu üzere; 4734 sayılı Kanun kapsamındaki idarelerce gerçekleştirilecek ihalelerde açık ihale usulünün uygulanmasının esas olduğu, diğer ihale usullerinin anılan Kanunda belirtilen özel hallerde uygulanabileceği; idarelerin Kanunun 21(b) maddesi uyarınca pazarlık usulüyle ihaleye çıkabilmeleri için, doğal afet, salgın hastalık, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya yapım tekniği açısından özellik arz eden veya yapı veya can ve mal güvenliğinin sağlanması açısından ivedilikle yapılması gerekliliği idarece belirlenen hâllerde veyahut idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılması zorunluluğunun doğması şartlarının bir arada ve birbirine bağlı olarak gerçekleşmesinin zorunlu olduğu anlaşılmaktadır. 4734 sayılı Kanun'un 21(b) maddesi uyarınca gerçekleştirilen pazarlık usulü; “doğal afet, salgın hastalık, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen” veya “yapım tekniği açısından özellik arz eden” veya “yapı veya can ve mal güvenliğinin sağlanması açısından ivedilikle yapılması gerekliliği idarece belirlenen hâllerde” veyahut “idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması” şeklinde belirlenen ihtimallerden birinin veya birden fazlasının varlığının “ihalenin

ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması" şartı ile birlikte gerçekleşmesi durumunda uygulama alanı bulabilecektir.

4734 sayılı Kanunun 21(b) maddesinin AB ihale mevzuatına uygun hale getirilmesi, kamu kaynaklarının verimli kullanılarak ihtiyaçların uygun şartlarla, zamanında ve en iyi şekilde karşılanabilmesi için şeffaflık ve rekabetin sağlanması ilkelerine daha uygun olacaktır. Bu nedenle, yukarıda aktarılan Danıştay kararları doğrultusunda Kamu İhale Kurumu tarafından bir Düzenleyici Kurul kararı ile veya Kamu İhale Genel Tebliğinde yapılacak yeni bir düzenleme ile anılan Kanun hükmünde yer alan "*yapım tekniği açısından özellik arzeden*" durumun kapsam ve içeriğinin açıklığa kavuşturulması gerekir. Bunun yanı sıra idarelerin anılan hükümlerle ilgili uygulamalarını yönlendirmek adına yapılacak yeni düzenlemede Danıştay kararları doğrultusunda maddede ifade edilen ihtimallerden birinin veya birden fazlasının varlığının "*ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması*" şartı ile birlikte gerçekleşmesi halinde kullanılabileceğinin de açıkça ifade edilmesi uygun olacaktır.

KAYNAKÇA

ALYANAK Servet, **Avrupa Birliği Kamu İhalesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, 1. Baskı Ankara, 2015.

ALYANAK Servet, "Dünya Ticaret Örgütü'nün 2014 Yılında Yürürlüğe Girmesi Beklenen Yeni Kamu Alımları Anlaşması", **Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2014, Cilt: 4, Sayı:1, (s.1-34).

AKIN Yeliz Neslihan, "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında 2019 Yılı Cumhurbaşkanlığı Yıllık Programı Hedefleri Açısından Kamu İhalelerinde Rekabet İlkesi Hakkında Bir Değerlendirme", **Anayasa Yargısı**, Yıl: 2019, Cilt: 36, Sayı: 2, (s. 63–109).

AKEL Yeliz Neslihan, "İdarî Usul ve İhale İlkeleri Temelinde Pazarlık Usulü Hakkında Bir Değerlendirme", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Yıl: 2018, Cilt: 6, Sayı: 11, (s. 1-47).

ARROWSMITH Sue, **The Law of Public and Utilities Procurement**, Sweet & Maxwell, London, 2005.

AVCI Adem, "Ekonomik Kamu Düzeninin Korunmasına Yönelik Kamu İhale Hukuku İlkeleri (Rekabet/Eşitlik/ Kaynakların Verimli Kullanılması İlkeleri)", **Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2021, Cilt: 7, Sayı: 2, (s. 339-373).

BROWN Adrian, "Grounds for failing to advertise a contract for a conveyor-belt system: a note on C-394/02 Commission v Greece", **Public Procurement Law Review**, Yıl: 2005, Sayı: 5, (s. NA111-113).

CAN Ozan, **Kamu İhale Hukuku**, Turhan Kitabevi, 2.Baskı, Ankara, 2019.

ÇAPAR Asuman: "4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda Belirtilen Temel İlkelerden Gizlilik İlkesi", **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2020, Cilt 7, Sayı 2, (s. 87-117).

ÇETİNKAYA Özhan / FİLİBE Murat / ÜSTÜN Kamuran, “Tarihsel Boyutu ile Kamu Alım Usullerindeki Gelişmeler ve Günümüzdeki Yapının Değerlendirilmesi”, **Marmara Üniversitesi Siyasal Bilimler Dergisi (Marmara University Journal of Political Science)**, Yıl: 2018, Cilt: 6, Sayı: 1, ISSN 2147-6934, (s. 311-330).

DEMİRBOĞA Dursun Ali, “Kamu İhale Sözleşmesinin Yapılması Usulleri (İhale Usulleri)”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Yıl: 2017 Yılı, Cilt: 5, Sayı: 9, (s. 181-201).

AKPINAR Nazife, “4734 Sayılı Kamu İhale Kanununda Öngörülen Kamu İhale Usulleri (5812 Sayılı Kanun Değişikliği İle Genel Bir İnceleme)”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl: 2020, Cilt: 19, Sayı: 38, (s. 132-154).

HONORÉ Tony, Ulpian. Pioneer of Human Rights. 2th edition. Oxford University Press, 2nd edition, 2002.

HOLZL Franz Josef, “The exemption of contracts from tender procedures on the basis of state security: the case of OLG Dusseldorf, Verg 61/02”, **Public Procurement Law Review**, Yıl: 2004, Sayı: 5, (s. NA144-146).

SEZER Yasin, “Kamu İhalelerine Katılmada Davet Yöntemi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2014, Cilt: 16, Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ’e Armağan, (s. 3913-3947).

SEZER Yasin / Bilgin Hüseyin, “Danıştay Kararlarında İdari başvurular”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2008, Cilt: 57, Sayı: 4, (s. 337-366).

TRYBUS Martin, “Procurement for the armed forces: balancing security and the internal market”, Yıl: 2002, Sayı: 6, **European Law Review**, (s. 692-699).

ÜSTÜN Ümit Süleyman / ÇALIŞ Hande Sena, “4734 Sayılı Kamu İhale Kanununa Hâkim Olan İlkelerin Değerlendirilmesi”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2018, Cilt: 26, Sayı: 2, (s.111-147).

USLU Yusuf / DEMİREL Salim, **Kamu İhale Hukuku ve Yapım İşleri İhaleleri**, Ankara Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2014.

YILDIRIM Hakkı, “Kamu İhale Hukuku’nun 21’nci Maddesinin (b) Bendinde Yapılan Düzenlemenin Değerlendirilmesi”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Yıl: 2018, Cilt: 6, Sayı: 12, (s. 723-739).

WEB SAYFALARI

Kamu İhale Kurumunun 2020 yılına ilişkin (01.01.2020-31.12.2020 tarihleri arasında yapılan) kamu alımlarıyla ilgili Kamu Alımları İzleme Raporu. Kamu İhale Kurumu Kurumsal Gelişim ve Araştırma Dairesi Başkanlığı, Şubat 2021, Ankara, s.4. https://dosyalar.kik.gov.tr/genel/Raporlar/Kamu_alimlari_izleme_raporu_2020_yilsonu.pdf (erişim tarihi 20.02.2022).

Kamu İhale Kurumunun 2021 yılına ilişkin (01.01.2021-31.12.2021 tarihleri arasında yapılan) kamu alımlarıyla ilgili Kamu Alımları İzleme Raporu. Kamu İhale Kurumu Kurumsal Gelişim ve Araştırma Dairesi Başkanlığı, Şubat 2021, Ankara, s.4. https://dosyalar.kik.gov.tr/genel/Raporlar/Kamu_alimlari_izleme_raporu_2021_yilsonu.pdf (erişim tarihi 15.03.2022).

Kamu İhale Kurulu'nun, 09/08/2017 tarih ve 2017/UM.II-2162 Karar No.lu kararı, (Çevrimiçi) (www.ekap.kik.gov.tr) (erişim tarihi 25.02.2022).