

KAMU İHALE SÖZLEŞMESİNİN YAPILMASI USULLERİ (İHALE USULLERİ)

*(Procedures For The Public Procurement Contract
(Procurement Procedures))*

Dr. Dursun Ali DEMİRBOĞA¹

ÖZ

Kamu ihale sözleşmeleri ekonomik ve sosyal öneme sahip sözleşmelerdir. Bu sebeple sözleşme imzalanıncaya kadar olan müzakereler sıkı şekil kurallarına tabi tutulmuştur. Kamu İhale sözleşmesinin yapılmasında 4734 sayılı Kamu İhale Kanununda üç ihale usulü belirlenmiştir. Bu ihale usulleri sözleşmenin hukuka uygun olarak yapılmasını sağlar. Burada Türk Borçlar Hukukuna hakim olan ilkelerden irade serbestisi taraflara sınırlanarak tanınmıştır. İrade serbestisi istekli açısından teklif verilip verilmemesi, fiyatın serbestçe teklif edilmesi olarak belirlenmiştir. Ancak belli istekliler arasında ihale usulü ve pazarlık usulünde sınırlı da olsa özel tarafın sözleşme şartlarını müzakere etmesi, teknik çözümleri ileri sürmesi mümkündür. İdare açısından özel hukuk sözleşmesi olan kamu ihale sözleşmesinin yapılması sıkı kurallara bağlanmıştır. Bu husus idarenin piyasa aktörleri karşısında dezavantajlı konuma düşürse de, idare piyasadaki gücüyle bu olumsuzluğu telafi edecek güçtedir. Kısaca ihale usulü kamu ihale sözleşmesinin şeklidir. Bu usule uyulmaksızın yapılan sözleşmeler 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 27 nci maddesinde yer alan yaptırıma tabi olurlar. Bu durum hem idare hem de istekli açısından katlanılması zor maddi sonuçları doğurabilir. Burada belirtmekte fayda olan bir husus bulunmaktadır. 4734 sayılı Kamu İhale Kanununda yer alan hükümleri emredici, tamamlayıcı ve yorumlayıcı kurallar olarak sınıflandırmak gerekir. Emredici kurallara aykırı yapılan bir ihalede, sözleşme Kanuna aykırı hâle gelir.

Anahtar Kelimeler: Kamu ihale sözleşmesi, İhale usulü, Kamu İhale Kanunu, Açık ihale usulü, Belli istekliler arasında ihale usulü, Pazarlık usulü.

1 Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü Daire Başkanı, dursunalidemirboga@gmail.com.



ABSTRACT

Public procurement contract has economic and social importance. Due to the this reason, these contracts have been regulated strict procedure rules. For the conduct of public procurement contract, Public Procurement Law No.4734 included three procurement procedures. Those procedures provide to perform the contract in accordance with the law. One of the principles that dominated to the Turkish Obligations Code is freedom of will is recognized to the parties as limited. Freedom of will is defined that tenderers offer whether or not a bid or price as freely. However, it is possible to negotiate the contract conditions of the private party and to suggest technical solutions, even if there is a restricted procedure and bargaining procedure among certain tenderers. In terms of administration, the carried out of a public procurement contract, which is subject of private law contract, is strictly regulated. Although this situation, administration reduces the disadvantageous position in front of the market actors, the government is able to compensate for this negativity with the power in the market. Shortly, the procurement procedure is the form of a public procurement contract. Contracts made without compliance with this procedure shall be subject to the provisions of Article 27 of the Turkish Code of Obligations No. 6098. This situation can have difficult financial consequences both in terms of administration and tenderers. There is a point worth mentioning here: It is necessary to classify the provisions of the Public Procurement Law No. 4734 as mandatory, complementary and interpretive rules. If the procurement is made against mandatory rules, the contract will become inconsistent with the Law.

Keywords: Public procurement contract, Procurement procedure, Public Procurement Law, Open procedure, Restricted procedure, Negotiated procedure.

GİRİŞ

Kamu ihale sözleşmelerinin yapılması 4734 sayılı Kamu İhale Kanununda özel usullere bağlanmıştır. Bu usullere uyulmaksızın yapılan kamu ihale sözleşmeleri Kanuna aykırı yapılmış sözleşmeler hâlini alır. Bunun sonucu olarak hükümsüzlük yaptırımı ile karşılaşır. Bundan dolayı Kanunda yer alan ihale usulleri sözleşmenin yapılmasında takip edilmesi gereken müzakere kuralları olup özel hukuk sözleşmesi olan kamu ihale sözleşmelerinin sağlıklı şekilde yapılmasının temelini teşkil eder.

Kamu ihale sözleşmelerinin taşıdığı ekonomik ve sosyal önem bu sözleşmelerin diğer özel hukuk sözleşmelerinden farklı olarak katı ve



kesin müzakere kurallarına bağlanmasını zorunlu kılmıştır. Vatandaşların ödediği vergilerle finanse edilen kamu ihale sözleşmelerinin yapılmasında şeffaflığın sağlanması ve hesap verilebilirliğin artırılması 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun çıkarılmasının esas sebeplerindendir. Kamu adına sözleşme yaparak toplanan vergileri harcayan kamu otoriteleri yukarıda yer verilen amaçları gerçekleştirmek için azami önemi göstermelidir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, kamu ihale sözleşmelerinin yapılmasında izlenecek usul kurallarını üç başlık altında toplamıştır. Kanundaki tabirle ihale usulleri olarak belirlenen bu kurallar ihalenin meşruiyet kaynağı olarak ta görülebilir.

I. KAMU İHALE KANUNUNA GÖRE İHALE USULLERİ

4734 sayılı Kamu İhale Kanununda ihale usulü olarak üç ihale usulü benimsenmiştir².

Bunlar:

- (i) Açık İhale Usulü
- (ii) Belli İstekliler Arasında İhale Usulü
- (iii) Pazarlık Usulü.

Doğrudan teminle yapılan alımlar anılan Kanunun ilk yürürlüğe girdiği tarihte ihale usulü olarak belirlenmişken 30.07.2003 tarihli ve 4964 sayılı Kanunun 12 nci maddesiyle yapılan değişiklikle ihale usulü olmaktan çıkarılmıştır.

Bir kamu alımının “ihale usulü”yle gerçekleştirilip gerçekleştirilmemesinin üç farklı alanda etkisi görülür:

1- İhalelere katılmaktan yasaklama kararının verilmesi: Eğer bir kamu alımı ihale usulüyle gerçekleştirilmişse, bu süreçteki fiiller nedeniyle ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilebilir³. Ancak alım, ihale usulüyle değil de doğrudan temin yöntemiyle yapılmışsa ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilemez⁴. Gerçekten de ihalelere katılmaktan yasaklamayı düzenleyen 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 58 inci maddesine göre, ihalelere katılmaktan yasaklama

2 30.07.2003 tarihli ve 4964 sayılı Kanunun 12 nci maddesiyle yapılan değişiklikten önce doğrudan temin bir ihale usulü olarak düzenlenmişti.

3 KİGT (Kamu İhale Genel Tebliği) m. 28.1.1.1’ de yasaklama kararının verilebilmesi için fiilin ihale usulü uygulanırken ortaya çıkmasını şart koşturmuştur.

4 KİGT m. 28.1.10.1’de doğrudan teminde kamu ihalelerine geçici olarak katılmaktan yasaklama kararı verilemeyeceği açıkça belirtilmiştir.



kararı “ihale” esnasındaki yasak fiil ve davranışlar nedeniyle veya üzerine ihale bırakıldığı hâlde kamu ihale sözleşmesinin imzalanmaması durumunda söz konusu olur⁵. Doğrudan teminde ise teknik anlamda ne bir ihale komisyonu ne de ihale kararından bahsedilemez.

2- Sözleşmelere uygulanacak mevzuat bakımından farklılık meydana getirir: Bir alımın ihale usulüyle gerçekleştirilmesi durumunda, ihale sonucunda imzalanan kamu ihale sözleşmesine 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu uygulanırken⁶, ihale usulüne tabi olmaksızın, örneğin, doğrudan teminde veya istisna kapsamında yapılan alımlara ilişkin olarak yapılan sözleşmelere Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır.

3- 26.04.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda tanımlanan ihaleye fesat karıştırma suçu ancak ihale usulleri kullanılarak yapılan alımlarda söz konusu olur⁷. Gerçekten *de anılan Kanunun 235 inci maddesinde; “Kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına yada kiralamalara ilişkin ihaleler ile yapım ihalelerine fesat karıştıran kişi...” denilmek suretiyle, suçun oluşması için ihale yapılması şartı aranmıştır. İhale tanımı ise asgari olarak bir yarışmayı içerisinde barındırır ve kanun koyucu bu yarışmanın bozulmasını ihaleye fesat olarak değerlendirmiştir⁸ . Doğrudan teminde niteliği gereği bir yarışmadan bahsetmek olanaksızdır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun ilk çıktığı hâlde yapım ihaleleri de suçun tanımı dışında bırakılmışsa da 31.03.2005 tarihli ve 5328 sayılı Kanunun 9 uncu maddesiyle yapılan değişiklikle “yapım ihaleleri” de suçun kapsamına alınmıştır⁹.*

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun Ek 2 nci maddesinde yer alan çerçeve anlaşmalar, Ek 4 üncü maddesinde yer alan dinamik alım sistemi, Ek 5 inci maddesinde yer alan elektronik eksiltme ayrı bir ihale usulü olmayıp, açık ihale, belli istekliler arasında ihale veya pazarlık usullerinde birinin uygulandığı alım şekilleridir¹⁰.

5 Yasak fiil ve davranışlar ihale aşamasında olmakla birlikte sözleşme imzalandıktan sonra tespit edilmesi hâlinde 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun (KİSK) 21 inci maddesine göre sözleşme feshedilir. (Bkz. KİGT m.28.1.7)

6 KİSK m.2 ‘de kapsamını KİK kapsamında yapılan ihalelerle sınırlandırmıştır.

7 Bilal Karaca, “İhale ile Alım-satım Kavramları Yeni TCK 235. Madde”, Yeni Şafak, 29.03.2005.

8 Ayrıntılı bilgi için Bkz. Çetin Arslan, **İhaleye Fesat Karıştırma Suçu**, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2012

9 31.03.2005 tarihli ve 25772/Mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

10 Arrowsmith, **The Law of Public and Utilities Procurement**, Second Edition, Thomson Sweet and Maxwell, London, Reprinted 2010, s.629., Bovis, **EC Public Procurement: Case Law and Regulation**, First Edition, Oxford, Oxford University Press, Reprinted 2009, s.170vd.,



4734 sayılı Kamu İhale Kanununa göre yapılan ihalelerde açık ihale usulü temel ihale usulüdür¹¹. Diğer ihale usulleri veya ihale usulü olmamakla birlikte alım yöntemi olan doğrudan temin ancak hükümde öngörülen şartların gerçekleşmesi üzerine uygulanabilir¹².

A. Açık İhale Usulü

Açık ihale usulü kamu ihalelerinde rekabet ilkesinin en geniş şekilde uygulandığı ihale usulüdür. Bu usul ihalenin ilanını gören ve idarece istenilen yeterlik kriterlerini sağlayan herkesin ihaleye teklif verebildiği bir usuldür¹³. Tatbik şekli bakımından 2886 sayılı Devlet İhale Kanununda yer alan kapalı teklif usulüne benzemektedir.

Açık ihale usulünde idarenin yapacağı tüm alımlar ilan edilir. Bu ilan, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 13 üncü maddesinde yer alan süre ve sınırlamalara tabidir¹⁴.

Yaklaşık maliyetin anılan Kanunun 8 inci maddesinde yer alan eşik değere oranına bakılarak yerel gazetelerde ilan veya Kamu İhale Bülteninde ilan edilip edilmeyeceğine karar verilir¹⁵. İlan süresi de yine yaklaşık maliyetin eşik değere olan oranına tabidir.

Açık ihale usulünde alımın kamuya ilan edilerek yapılması, herkesin bu ihalelere teklif verebilmesinin mümkün olması nedeniyle idarelerce bu usul ihalelerde meşruiyeti sağlayan bir faktör olarak görüldüğü kanaatini ileri sürmek mümkündür¹⁶. Bu durumu destekleyen en önemli gösterge kamu ihale istatistiklerinde yer almaktadır. 2014 yılında ihale usulleriyle gerçekleştirilen 98377 alımda, 69869 adeti açık ihale usulüyle gerçekleştirilirken, 502 adeti belli istekliler arasında ihale usulüyle, 28006 adeti de pazarlık usulüyle gerçekleştirilmiştir¹⁷.

11 Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, s.421., Bovis, *EC Public Procurement: Case Law and Regulation*, s.233.,

12 Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, s.422.

13 Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, s.421., Bovis, *EC Public Procurement: Case Law and Regulation*, s.233., Conor Quigley, *European Community Contract Law, Volume 1: The Effect of EC Legislation on Contractual Rights, Obligations and Remedies*, First Edition, Kluwer Law International, 1997, s.342.

14 Alım türüne göre ilan şekli U uygulama Yönetmelikleri ekinde yer alan standart formlarda belirlenmiştir.

15 EKAP (Elektronik Kamu Alımları Platformu) üzerinden hazırlanan ilanlarda süre ve yer doğrudan bilgisayar yardımıyla belirlenmektedir.

16 Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, s.422.

17 Bkz. İhale İstatistikleri, Erişim, www.kik.gov.tr, E.T. 14.01.2015.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun öngördüğü ihale süreci de açık ihale usulüne dayanmaktadır. Diğer ihale usullerine ilişkin farklılıklar ayrıca belirtilmiştir. Gerçekten de anılan Kanunun 29 vd. maddelerinde süreç doğrudan açık ihale usulüne göre tanımlanmıştır¹⁸.

Bu ihale usulü tek aşamalı bir ihale usulüdür. Yani teklif veren isteklilerin yeterlilikleri ile mali teklifleri aynı aşamada değerlendirilir¹⁹.

B. Belli İstekliler Arasında İhale Usulü

Belli istekliler arasında ihale usulü, idarece yapılacak ön yeterlilik değerlendirmesi sonucunda idarece davet edilen isteklilerin teklif verebildiği ihale usulüdür²⁰. Bu ihale usulünün uygulanabilmesi için iki şarttan birinin alım konusunda gerçekleşmesi gerekir:

Yapım işleri, hizmet ve mal alımı ihalelerinde işin özelliğinin uzmanlık veya ileri teknoloji gerektirmesi nedeniyle açık ihale usulünün uygulanamadığı durumlarda belli istekliler arasında ihale usulü uygulanabilir²¹. Burada ihale konusu işin uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektirdiği hususunu belirleme yetkisi işin sahibi olan idareye aittir. Yeterlik değerlendirmesi aşamasının uzun sürecek olması ve Kanunun menşei olan AB mevzuatında bu usulün yer alması nedeniyle bu usul mevzuatta yer almıştır.

Bu usul aynı zamanda ihale ekonomisini gerçekleştirme amacını da güder²². Öte yandan belli istekliler arasında ihale usulünün uygulandığı ihalelerin nitelik ve parasal tutar olarak büyük olması tekliflerin hazırlanmasını da maliyetli hâle getirmektedir. Her adayın bu maliyete katlanmasının mümkün olmaması nedeniyle, nitelik olarak büyük olan işlerde belli istekliler arasında ihale usulünün kabul edilme nedenlerinden bir diğerini oluşturmaktadır²³. Burada belirtmek gerekir ki bu ihale usulünün seçiminde hangi hususların uzmanlık ve/veya teknoloji gerektiren hususlar olduğu konusunda objektif bir kriter

18 Örneğin belli istekliler arasında ihale usulündeki tekliflerin değerlendirilmesi aşamalarında yapılacak işlemler herhangi Kanunun genel sistematığı içerisinde açıkça düzenlenmemiştir. Ancak ayrıksı durumlara yer verilmek suretiyle bu ihale usulü düzenlenmiştir.

19 Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, s.421., Bovis, *EC Public Procurement: Case Law and Regulation*, s.234-235.

20 İngiltere’de yapılan ihalelerin %60’ından fazlası bu usulle gerçekleştirilmektedir. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, s.423., Bovis, *EC Public Procurement: Case Law and Regulation*, s.236., Quigley, s.342.

21 KİK m.20 belli istekliler arasında ihalenin yapılmasını ön şarta bağlamıştır.

22 Bovis, *EC Public Procurement: Case Law and Regulation*, s.237.

23 Bovis, *EC Public Procurement: Case Law and Regulation*, s.236.



bulunmamaktadır²⁴. Bu konuda herhangi bir düzenleyici işlem ya da yol gösterici bir kuralda bulunmamaktadır. İdareler takdir yetkilerini kullanarak işin uzmanlık veya teknoloji gerektirdiğine karar vermektedir. Bu usulün belirlenmesinde Kanunun öngördüğü “işin uzmanlık veya teknoloji gerektirmesi” kriterinden kasıt, ihale konusu işin teknoloji transferi²⁵ gerektirmesi ya da yapılacak işin piyasada faaliyet gösteren firmalar arasında oluşan iş bölümü sonucunda uzmanlaşmış bir iş olması gerekir²⁶.

Yaklaşık maliyeti eşik değerinin yarısını aşan yapım işleri ihaleleri belli istekliler arasında ihale usulü ile ihale edilebilir²⁷. 2014 yılı için geçerli olan ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 8 inci maddesinde yer alan eşik değer 31.844.702.-TL.’dir. Bu bedel her yıl 1 Şubat tarihinden geçerli olmak üzere Kamu İhale Kurumu tarafından ÜFE dikkate alınarak güncellenmektedir. Bu bedelin yarısını aşan yapım ihaleleri uzmanlık veya teknoloji gerektirmese de belli istekliler arasında ihale usulüyle ihale edilmesi mümkündür.

Belli istekliler arasında ihale usulü iki aşamalı bir ihale usulüdür. Birinci aşamada adayların yeterlik belgeleri değerlendirilerek firmanın idarece istenilen mali, teknik ve personel kapasitelerinin yaptırılacak işe uygun olup olmadığı değerlendirilir. Bu değerlendirmede idarenin elinde bulunan ölçü ise, ihale dokümanı ve ihale ilanında işin büyüklüğüne yani yaklaşık maliyetine göre belirlenen yeterlik kriterleridir. Ön yeterlik aşaması olarak adlandırılan birinci aşamada isteklilerden işin bedeline ilişkin fiyat teklifi istenilmez. Kamu ihale sözleşmesinin kurulması açısından ön yeterlik değerlendirilmesi öneri (icap) veya kabul²⁸ olarak değerlendirilemez. Çünkü kamu ihale sözleşmesinin zorunlu unsurlarından olan bedel yani sözleşmenin kurucu unsuru ile sözleşme yapma iradesi henüz ortada yoktur²⁹. Bu aşama kamu ihale sözleşmesi yapılmasına ilişkin müzakere ve değerlendirme yapılmasından başka bir

24 John Murdoch; Will Hughes, **Construction Contract Law and Management**, Fourth Edition, Abingdon, Taylor and Francis, 2008, s.87.

25 Kamu İhaleleri ve teknolojik gelişmelere etkisi bakımından ayrıntılı bilgi için bakınız. Gunnar Eliasson, **Advanced Public Procurement as Industrial Policy**, Stockholm, Springer, 2010, s.21.

26 Bovis, EC Public Procurement: Case Law and Regulation, s.236., Arrowsmith, **The Law of Public and Utilities Procurement**, s.456.

27 Bu usulün uygulanmasında işin uzmanlık veya teknoloji gerektirmesi şartı aranmaz.

28 Chris Turner, **Contract Law**, Second Edition, Oxon, Hodder Education, 2007, s.12 vd.

29 Mindy Chen-Wishart, **Contract Law**, Third Edition, Oxford, Oxford University Press, 2010, s.63



anlam taşımamaktadır³⁰ . Bu müzakere ve değerlendirme aşamasında ortaya çıkan sorumlulukla ilgili hususlar idari yargıda hizmet kusuruna bakarak çözümlenir³¹.

Belli istekliler arasında ihale usulünde ikinci aşamada davet edilecek isteklilerin belirlenmesi konusunda iki yöntem bulunmaktadır. Birinci yöntemde ön yeterlik aşamasında yeterlik kriterlerini karşılayan tüm istekliler, ikinci aşamada mali tekliflerini yani fiyat tekliflerini vermeye davet edilmektedir³². Bu yöntemin nihai olarak açık ihale usulüne benzer nitelik gösterdiğini söylemek yerinde olur. Çünkü yapılan ön yeterlik ilanı üzerine herkes aday olarak ön yeterliliğe başvurabilmekte, ön yeterlik aşamasını geçen tüm adaylar ikinci aşamada teklif vermeye davet edilmektedir.

İkinci yöntemde ise, idare ön yeterlik aşamasında yeterli görülen kaç adayı ikinci aşamada teklif vermeye davet edeceğini ön yeterlik dokümanında belirlemektedir (KİK m.20 f.2). İdare, gelen ön yeterlik belgelerini değerlendirirken ön yeterlik dokümanında belirlenen kriterlere göre adayları yüz üzerinden puanlamaktadır. En yüksek puanı alandan başlayarak, ön yeterlik dokümanında belirlediği sayı kadar adayı mali tekliflerini vermek üzere davet eder. Ancak bu sayı beşten az olamaz. Yeterlik aşamasını geçen aday sayısının beşten az olması veya davet edildiği hâlde mali teklif veren istekli sayısının üçten az olması durumunda ihale iptal edilir (KİK m. 20 f.3).

Mali teklif veren istekli sayısının üçten az olması nedeniyle ihalenin iptal edilmesi durumunda, idare ihale dokümanında değişiklik yapabilir (KİK m. 20 f.4). Bu değişiklikler ihale dokümanındaki hataların ve eksikliklerin giderilmesi şeklinde olur. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu bu değişikliğin kapsamı konusunda herhangi bir sınırlama getirmemiştir. Teknik şartnamede isteklilerin maliyetlerini azaltacak şekilde değişiklik yapılabileceği gibi işin süresi, avans verilmesi veya fiyat farkı verilmesine dair esaslarda değişiklik yapılabilir. Değişikliklerin yapılmasından sonra ön yeterlik aşamasında başarılı olan adaylar yeniden davet edilerek ihale sonuçlandırılır (KİK m.20 f.4 son cümle). 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 20 nci maddesinde geçen "...bütün istekliler davet edilerek.." ibaresini, bu aşamada henüz fiyat teklifi olmadığından, "bütün adaylar

30 Richard TAYLOR; Damian TAYLOR, **Contract Law**, Third Edition, Oxford, Oxford University Press, 2011, s.34. A.D.M. Forte, **Good Faith in Contract and Property**, Oregon, Hart Publishing, 1999, s.8 vd.

31 Bovis, **EC Public Procurement: Case Law and Regulation**, s.237-238., Arrowsmith, **The Law of Public and Utilities Procurement**, s.456.

32 Bovis, **EC Public Procurement: Case Law and Regulation**, s.236.



davet edilerek” şeklinde anlaşılması gerekir. Zira istekli sıfatı bu ihale usulünde mali tekliflerin verilmesinden sonra başlar³³.

Belli istekliler arasında ihale usulünde en zayıf nokta yukarıda bahsedilen husustur. Baştan ihale dokümanını görerek şartların uygun olmadığı gerekçesiyle başvuruda bulunmayan müteşebbisler ikinci aşamada ihale dokümanında yapılacak değişiklikleri baştan görselerdi büyük bir ihtimalle ön yeterliğe başvurmaları söz konusu olabilecekti. Ama değişiklik yapıldıktan sonra ön yeterliğe başvurmayan firmaların davet edilmesi imkânı bulunmamaktadır. Bu husus kamu yararını gerçekleştirmekten uzaktır. Dolayısıyla anılan müessese işin yaptırılması için sınırlı zaman bulunan hâllerde uygulanması kamu yararının gerçekleştirilmesi anlamında daha fazla yararı bulunacağı kanaatindeyim.

Belli istekliler arasında ihale usulü ikinci uygulama yönteminde yukarıda açıklandığı üzere, kanun koyucu tarafından rekabetin açık ihaleye göre sınırlandırıldığı usullerden biridir.

Kamu ihale sözleşmesinin kurulmasında, ihale ilanı, başvuruların değerlendirilmesi, teklif vermeye davet, teklifin verilmesi ve tekliflerin değerlendirilmesi ve ihale kararı aşamaları birbirini takip etmektedir (KİK m.24 vd.). Bu aşamalardan hangisinin öneriye (icaba) davet, hangisinin öneri (icap), hangisinin kabul beyanı olduğunun tespiti kamu ihale sözleşmesinin kurulma anının tespiti açısından önemlidir.

Ön yeterlik ilanı yapılacak işe ilişkin olarak idarece adaylarda aranılan şartları ve işle ilgili bilgileri içeren idarenin irade beyanıdır. Bu beyanda açıkça idarenin sözleşme yapmak için müzakere yapmak iradesi açıkça görülmektedir. İlandaki şartların yerine getirilmesi durumunda bile kamu ihale sözleşmesinin meydana gelmesi söz konusu olmaz. Dolayısıyla ön yeterlik ilanının sözleşmenin kurulması açısından niteliği öneriye (icaba) davettir³⁴.

Adaylar tarafından ön yeterlik aşamasında idareye verilen başvuruların hukuki niteliği için, başvuruların içeriğinin açıklanması gerekir. Adaylar tarafından idareye verilen başvuru zarflarının içerisinde, başvuru mektubu, ekonomik ve mali yeterliğe ilişkin adayın gelir tablosu ve bilançosu ile banka referans mektubu, mesleki ve teknik yeterliğe ilişkin makine ve ekipmana ilişkin belgeler, teknik personele ve anahtar teknik

33 KİK m.4’ te istekli tanımında teklifin verilmesi, istekli sıfatının başlaması için şarttır.

34 27.03.2006 tarihli ve 2006/UH.Z-559 sayılı ve 21.08.2006 tarihli ve 2006/UH.Z-1984 sayılı Kamu İhale Kurulu Kararlarında ön yeterlik ilanının icaba davet olduğu hususu yer almaktadır. (Kararlar www.kik.gov.tr adresinden alınmıştır.)



personelerle ilişkin belgeler ve iş deneyim belgeleri ile 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 10 uncu maddesine göre adayın hukuki durumunu gösteren belgeler yer alır³⁵. Ancak bu belgeler arasında adayın mali teklifi yer almaz. Dolayısıyla idarece burada kabul edilecek bir teklif bulunmamaktadır. İdareye verilen başvuru zarfı, kamu ihale sözleşmesinin kurulmasına yetmez. Bu başvuru, tip başvuru mektubundan da anlaşılacağı üzere kamu ihale sözleşmesine ilişkin şartlara yönelik müzakere amacı taşımaktadır. Bundan dolayı başvuru zarfı ve adayın iradesi de öneriye (icaba) davettir³⁶.

Ön yeterlik aşamasında yeterli bulunan adayların idare tarafından mali tekliflerini vermeye davet edilmesi, kamu ihale sözleşmelerinin kurulması açısından önemli bir aşamayı oluşturmaktadır. Kamu ihale sözleşmesinin zorunlu unsurlarından olan bedelin istenildiği aşama olan mali teklif vermeye davet, sözleşmeye ilişkin müzakere etme iradesini içerir. Teklif vermeye davet, bedelin müzakeresi amacını güder. Bu itibarla teklif vermeye davette öneriye (icaba) davettir.

Belli istekliler arasında ihale usulünde ikinci aşamada isteklilerin nihai tekliflerini vermesi, açık ihale usulünde olduğu gibi icap anlamını taşır. Gerçekten de teklifin idare tarafından kabul edilmesiyle kamu ihale sözleşmesi meydana gelir. Bu nedendir ki, teklif mektubu ve isteklinin iradesi, kamu ihale sözleşmesinin bütün unsurlarını özellikle kurucu unsurlarını taşıyan ve bağlanma iradesini içeren bir hukuki işlemdir³⁷.

C. Pazarlık Usulü

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 21 inci maddesinde düzenlenen pazarlık usulü, anılan hükümde öngörülen şartların gerçekleşmesi üzerine idareler tarafından uygulanabilecek bir ihale usulüdür³⁸. Pazarlık usulünde idare hem alım konusu hem de sözleşme koşulları üzerinde açık ihale usulünden daha esnek yetkilere sahiptir.

Pazarlık usulü kanun koyucu tarafından rekabetin sınırlandırıldığı bir ihale usulüdür. Kanun koyucu burada kamu hizmetinin yerine getirilmesini, rekabetin sağlanmasından önde tuttuğunu söylemek

35 Adayın hukuki durumunu gösteren belgelere KİK'in 10 uncu maddesinin 4 üncü fıkrasında yer verilmiştir.

36 Adayın iradesinin sözleşmeyi meydana getirmeye yetmemesi ve sözleşme şartlarının müzakeresinin devam etmesi icaba davet niteliğini ortaya koymaktadır.

37 Cevdet YAVUZ, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 11. Baskı, İstanbul, Beta, 2012, s.4-5

38 Bovis, s.243.



mümkündür³⁹. Bunda idari faaliyetin sürekliliğini⁴⁰ sağlama düşüncesi de önemli bir etkidir. Kamu hizmetinin hiç görülmemesi, geç görülmesi veya kusurlu görülmesi idarenin hizmet kusuru olarak değerlendirilmektedir⁴¹. Dolayısıyla piyasadan mal, hizmet alımı ve yapım işi satın alan veya yaptıran idare, bu alanda ortaya çıkacak aksaklıkların hizmet kusuruna neden olmasının engellenmesi amaçlanmıştır. İdari faaliyet süreklidir ve zamanında mal veya hizmet satın alınamadığı gerekçesiyle bu süreklilik kesintiye uğratılamaz.

İdari hizmetin devamlılığında kesinti olduğu takdirde, bu durum hizmet kusuru olarak idarenin sorumluluğuna yol açar.

Pazarlık usulü kendi içerisinde ilanlı pazarlık ve ilansız pazarlık olmak üzere iki kategoriye ayrılır. 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 21 inci maddesinin (a), (d) ve (e) bentlerine göre yapılan pazarlık usulü ihale, ilan edilmek suretiyle gerçekleştirilmektedir (KİK m.21 f.4). Burada açık ihale ve belli istekliler arasında ihale usulünde olduğu gibi ihaleden önce ilan yapılmaktadır. İlanlı pazarlık süreç itibarıyla iki veya üç aşamalıdır. İlanlı pazarlığa karakteristiğini veren hukuki işlem ise iki defa isteklilerden mali teklif alınmasıdır (KİK m.21 f. 4). İstekliler mali teklif olarak, ilk mali tekliflerine bağlı kalmak suretiyle ikinci bir mali teklif daha verirler. Bu teklifte istekliler önceki tekliflerinden daha düşük bir teklif verebileceği gibi tekliflerini değiştirebilirler ya da ikinci teklifi vermeyebilirler⁴².

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 21 inci maddesinin (b), (c) ve (f) bentlerine göre yapılan pazarlık usulü ilansız pazarlıktır. Burada özel durumların ortaya çıkması üzerine en az üç kişi ihaleye teklif vermeye davet edilerek ihalenin gerçekleştirilmesi öngörülmüştür. Bu üç kişinin seçiminde kanun koyucu idareye takdir hakkı tanımışken, Kamu İhale Kurulu tarafından verilen kararlarda⁴³ davet edilemeyen ancak ihaleden önce idareye başvurarak ihaleye katılmak isteyen kişilerin, ihaleye katılmalarının sağlanması gerektiği belirtilmiştir.

39 01.12.2008 tarihli ve 2008/UH.I-4850 sayılı Kamu İhale Kurulu Kararı, www.kik.gov.tr, E.T.14.01.2015.

40 Gözübüyük/Tan, s.601.

41 Gözübüyük/Tan, s.776.

42 KİK m. 21 f. 5'te yer alan "ilk tekliflerini aşmamak üzere" ibaresi, ikinci teklifte birinci teklifin geçilemeyeceğini ortaya koymaktadır.

43 25.09.2006 tarihli ve 2006/UH.Z-2268 ve 22.05.2006 tarihli ve 2006/UH.Z-1250 sayılı Kamu İhale Kurulu Kararları



Pazarlık usulünün altı değişik tipi bulunmaktadır.

Bunlar;

(a) 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 21 inci maddesinin (a) bendine göre pazarlık usulü;

(b) Ani ve beklenmeyen olayların ortaya çıkması üzerine yapılan pazarlık usulü;

(c) Savunma ve güvenlikle ilgili özel durumların ortaya çıkması üzerine yapılan alımlar;

(d) İhale konusunun seri üretime konu olmayan ve AR-GE gerektiren bir yapıya sahip olması durumunda yapılan pazarlık usulü;

(e) İdare tarafından alım konusunun teknik şartnamesinin ve mali özelliklerinin belirlenememesi durumunda yapılan pazarlık usulü;

(f) İdarelerin yaklaşık maliyeti 127.454.-TL'sini aşmayan mamul mal ve hizmet alımları. Bu rakam her yıl ÜFE rakamları dikkate alınarak Kamu İhale Kurumu tarafından güncellenmektedir.

1. 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun 21 inci maddesinin (a) Bendine Göre Yapılan Pazarlık Usulü

Pazarlık usulünü düzenleyen 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 21 inci maddesinin (a) bendinde, açık ihale usulü veya belli istekliler arasında ihale usulüyle yapılan ihalede hiç teklif çıkmaması durumunda, bu usulle ihale yapılması öngörülmektedir. 2004/EC/18 sayılı Avrupa Birliği Direktifinde “teklif çıkmaması” kavramı değil, sözkonusu maddeye karşılık gelen Direktifin 30 uncu maddesinin birinci paragrafının (a) alt paragrafında, “... *in the event of irregular tender for the submission of tenders which are unacceptable...*” ibaresi yani “düzensiz teklif çıkması veya kabul edilebilir bir başvuru olmaması” durumunda, pazarlık usulüyle ihale yapılabileceği öngörülmüştür. Düzensiz tekliften kastedilen, teklifler arasında sebebi açıklanamayan farklılıkların varlığı hâlidir. 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 21 inci maddesinin (a) bendi düzenlenirken mevcut AB müktesebatından eksik bir çeviri yapılmış, bu hata söz konusu bendin uygulanmasını baştan imkânsız hâle getirmiştir⁴⁴.

Pazarlık usulü (21/a)'nın uygulanabilmesi için yapılan ilana rağmen açık ihale ve belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan ihalede hiç

44 Bovis, s.243.



teklifin verilmemiş olması gerekir⁴⁵. Verilen tekliflerin tamamının geçersiz olması durumunda bu bent uygulanmaz.

Açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulünde hiç teklif çıkmaması durumunda, ihale yeniden ilan edilerek pazarlık (21/a) usulü ile ihale yapılır. Bu usul üç aşamalıdır. Ön yeterlik ilanından sonra adaylar tarafından yeterlik belgeleri idareye verilir. Bu belgeler, ön yeterlik ilanı ve ön yeterlik ihale dokümanında istenilen, ekonomik ve mali yeterliğe ilişkin belgeler, mesleki ve teknik yeterliğe ilişkin belgeler ile teklif vermeye yetkili olduğunu gösteren belgelerden oluşur. İkinci aşamada istekliler öncelikle işin yerine getirilmesine ilişkin teknik detayları ve gerçekleştirme yöntemlerine ilişkin tekliflerini idareye verirler. Teknik tekliflerin müzakeresi sonucunda idare kendi teknik şartnamesini hazırlar ve üçüncü aşamada isteklilerin mali teklifleri alınır ve ihale sonuçlandırılır⁴⁶.

2. Ani ve Beklenmeyen Olayların Ortaya Çıkması Üzerine Yapılan Pazarlık Usulü

İdarenin sürekliliği idare hukukunun temel ilkelerindedir. Bu ilkenin kamu hizmetlerine yansımaları olan idari hizmetin devamlılığı ilkesinin ihale hukukundaki en önemli göstergesi, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 21 inci maddesinin (b) bendinde vücut bulmuştur⁴⁷.

Pazarlık usulünün bu şekli idari faaliyetin devamına engel olan durumların varlığı hâlinde, bu engellerin ortadan kaldırılması için gerekli olan ve piyasadandan temin edilmesi gereken malların, hizmetlerin ve yapım işlerinin süratle temin edilmesini amaçlamaktadır⁴⁸. Burada kanun koyucunun iradesi hizmetin yürütülmesinin kesintiye uğratılmadan devamını sağlamak yönündedir.

Doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen olayların ortaya çıkması üzerine idare ihtiyacı olan mal veya hizmet alımlarını en az üç kişiyi ihaleye davet ederek gerçekleştirebilir. Doğal afet ya da tabii afet insanlara zarar veren her türlü olay diye tanımlamak mümkündür⁴⁹. Başka bir ifadeyle doğal afetler can ve mal

45 Bovis, s.243.

46 Khi V. Thai, *International Handbook of Public Procurement*, Boca Raton, Taylor and Francis Group, 2009, s.11 vd.

47 Bovis, s.244.

48 01.12.2008 tarihli ve 2008/UH.I-4850 sayılı Kamu İhale Kurulu Kararı

49 Elif Naz Fidancı, "Doğal Afetler ve Korunma Yolları", www.veterinary.ankara.edu.tr, E.T. 03.02.2012.

kaybına yol açan doğal olaylardır. Afetin ilk özelliği doğal olması, ikinci özelliği ise can veya mal kaybına neden olması ve insanlar tarafından engellenememesidir⁵⁰. Doğal afetler jeolojik kökenliler ve meteorolojik kökenliler olmak üzere ikiye ayırarak değerlendirme mümkündür⁵¹. Jeolojik kökenli doğal afetlere deprem, heyelan, yanardağlar ve tsunamiler örnek olarak gösterilebilir. Meteorolojik kökenli doğal afetler atmosferdeki doğa olayları sonucu meydana gelirler. Örneğin, sel, çığ, fırtına, kuraklık, orman yangını, iklim değişiklikleri ve hortum gibi olaylar meteorolojik kökenli doğal afetlere örnek teşkil eder. Mevzuatımızda afet, 29.05.2009 tarihli ve 5902 sayılı Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanununun 2 nci maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre afet, “toplumun tamamı veya belli kesimleri için fiziksel, ekonomik ve sosyal kayıplar doğuran, normal hayatı ve insan faaliyetlerini durduran veya kesintiye uğratan doğal, teknolojik veya insan kaynaklı olayları..” ifade etmektedir⁵². Doğal afetler nedeniyle kamu hizmetinin yürütülmesi için gerekli olan kamu alımlarının temin edilmesinde, yukarıda belirtilen gerekleyle pazarlık (21/b) usulü kullanılabilir.

Salgın hastalıklar, toplumdaki bireyler arasında giderek yayılma eğilimi gösteren hastalıklardır⁵³. Salgın hastalığın mevzuatımızda herhangi bir tanımlaması bulunmamakla birlikte 24.04.1930 tarihli ve 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanununun 57 nci maddesinde örneklem yoluyla salgın ve bulaşıcı hastalıklar sayılmış, devamı maddelerde de salgın veya bulaşıcı hastalıkların çıkması üzerine Sağlık Bakanlığı tarafından yapılacak işlemler belirlenmiştir. Bu Kanun çerçevesinde epidemik⁵⁴ ve endemik⁵⁵ salgın hastalıkların tedavisi için gerekli olan mal alımı, hizmet alımı veya yapım işlerinin ihaleleri 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 21 inci maddesinin (b) bendine göre gerçekleştirilebilir.

Öte yandan “idare tarafından önceden öngörülemeyen” olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması durumunda ihale pazarlık (21/b) usulü ile yapılabilir. Ancak idare

50 Türk Dil Kurumu Sözlüğünde doğal afet, “insan eliyle önlenemeyen sel, fırtına, deprem, dolu vb. felaketlerin her biri” olarak tanımlanmaktadır. www.tdk.gov.tr, E.T. 12.07.2011

51 Aaron Popp, “The Effects of Natural Disaster on Long Run Growth”, www.business.uni.edu, s.62, E.T. 21.05.2012

52 17.06.2009 tarihli ve 27261 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

53 Necdet Aytaç, “Bulaşıcı Hastalıklar”, www.cukurovatip.cu.edu.tr, E.T. 21.02.2012

54 Epidemik, bir toplumda ya da bölgede belirli bir hastalığın içinde bulunulan mevsim ya da ayda normalde beklenen sayıdan daha fazla kişide görülmesidir. Aytaç, s.2

55 Endemik, belirli bir bölgede her yıl yaklaşık olarak aynı sayıda kişide görülen hastalık olarak tanımlanabilir. Örneğin, guatr hastalığı Karadeniz Bölgesinde endemiktir. Pandemi ise, bir kaç ülkeyi etkisi altına alan salgındır. Aytaç, s.2



tarafından “önceden öngörülemez” kavramı açıklanmaya muhtaçtır. Burada da idari faaliyetin sürekliliği ilkesinden hareket ederek bir sonuca varmak mümkündür. Kamu İhale Kurulu Kararlarında bu konuda yol gösterici ipuçları bulmak mümkündür. Bir Kamu İhale Kurulu Kararında⁵⁶ bu husus şöyle açıklanmıştır: İdari faaliyetin sürekliliğini kesintiye uğratan, idare tarafından ortaya çıkmadan önce bilinip gerekli tedbirler alınamayan olay idarece öngörülemez olay olarak değerlendirilmiştir. İdarece önceden öngörülemez olay örneklerinden birini de Kamu İhale Genel Tebliğinde bulmak mümkündür. 22.08.2009 tarihli ve 27327 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Kamu İhale Genel Tebliğinin 20 nci maddesinde süreklilik arz eden mal ve hizmet alımlarının kesintiye uğramaksızın temin edilmesi amacıyla, mevcut ihale sürecinin tamamlanmasının eski sözleşmenin bitimine yetişmemesi durumunda aradaki süre ya da miktarın 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 21 inci maddesine göre “idarece önceden öngörülemez olay” kapsamında değerlendirilerek anılan hüküm çerçevesinde temin edilebileceği hükme bağlanmıştır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 21 inci maddesinin (b) bendine göre davet edilecek üç kişiden teklifleri ve yeterli belgelerinin ihale saatine kadar idareye vermeleri istenir. Gelen teklifler değerlendirilerek ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibi belirlenir ve ihale üzerinde bırakılır.

3. Savunma ve Güvenlikle İlgili Özel Durumların Ortaya Çıkması Üzerine Yapılan Pazarlık Usulü

Savunma ve güvenlik idarenin ihmal edemeyeceği kamu hizmetlerindedir. 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 21 inci maddesinin (c) bendine göre idare tarafından savunma ve güvenliği ilgilendiren ve acilen giderilmesi gereken durumların ortaya çıkması üzerine, idareler bu usulü kullanabilir. Buradaki savunma ve güvenliği “milli” savunma ve güvenlik olarak anlamak gerekir. Yoksa bir binanın güvenliği ya da MOBESE sistemleri gibi toplumun genel asayişine ilişkin yapılacak alımlar bu usul kapsamında değerlendirilemez. Bununla birlikte, bir binanın güvenliği milli güvenliği yakından ilgilendiriyorsa bu husus anılan hüküm kapsamında değerlendirilir. Örneğin sınır karakollarının yapımı niteliği itibariyle bu kapsamda mütalaa edilebilir. Çünkü yapılacak binanın planları ve yapımı sırasında kullanılacak teçhizat doğrudan milli güvenliği ilgilendirmektedir. Bu bilgilerin terörist gruplar ya da başka devletlerin eline geçmesi milli güvenlik açısından tehdit oluşturur.

56 01.12.2008 tarihli ve 2008/UH.I-4850 sayılı Kamu İhale Kurulu Kararı



Diğer taraftan savunma ve güvenlikle ilgili olarak pazarlık (21/c) usulünü, aynı Kanununun 3 üncü maddesinin (b) bendinde yer alan savunma, güvenlik veya istihbarat alanları ile ilgili olan ve gizlilik içerisinde yürütülmesi gereken alımlarla karıştırmamak gerekir. İstisna hükmünde ivedilik bulunmayıp planlanabilen ancak gizlilik içerisinde alınması gereken silah, tank, sistem alımları konu olabileceksen, pazarlık (21/c) usulünde, savunma ve güvenliği ilgilendiren ve gizli olarak alınması gerekmeyen ancak ivedi olarak temini zorunlu alımlar konu olabilecektir.

Pazarlık (21/c) usulünü, alım konusu milli savunma ve milli güvenliği ilgilendirdiği sürece bütün idareler yapabilir. Kanun koyucu idare olarak herhangi bir sınırlama getirmemiştir.

4. İhale Konusunun Seri Üretime Konu Olmaması ve Ar-Ge Gerekiren Bir Yapıya Sahip Olması Durumunda Yapılan Pazarlık Usulü

İdarelerce gerçekleştirilecek kamu alımları her zaman piyasadan hazır hâlde alınabilecek nitelikte olmayabilir. Kamu hizmetinin yürütülmesi için gerekli olan bu tür mal ve hizmetlerin alımında, idareler bu yöntemle ihale yapabilirler. Burada idareler açısından hem malın temin edilmesinde hem de teknik şartnamenin hazırlanmasında zorluk içerisindedir. Bu usule göre ihale genellikle özel imalat süreci gerektiren mal alımlarında söz konusu olmaktadır. İdarenin bir ihtiyacına karşılık sırf o idareye yapılan bilgisayar yazılımları da bu usulle temin edilebilir⁵⁷.

5. İdare Tarafından Alım Konusunun Teknik Şartnamesinin ve/veya Mali Özelliklerinin Belirlenememesi Durumunda Yapılan Pazarlık Usulü

İdarenin ihtiyacı olan mal alımı, hizmet alımı ya da yapım işlerinin temin edilmesinde fikri ve sınai mülkiyet hakları veya fiili durum nedeniyle teknik şartnameyi hazırlayamaması veya alım konusunun piyasada sıkça alım satımı yapılmayan mal olması nedeniyle mali özelliklerini belirleyemiyorsa, bu durumda anılan usul kullanılır. Burada dikkat edilmesi gereken husus idarenin danışmanlık hizmeti alma imkânı olmasına rağmen teknik şartnameyi hazırlama konusunda yetersizliği söz konusu olmalıdır.

57 Bovis, s.244.



Yabancı bir terim olan “design and build”⁵⁸ ya da “build-operate-transfer”⁵⁹ projelerde işin tasarımını yapan üretimini de gerçekleştirir. Tasarım üzerinde yapanın fikri veya sınai mülkiyet hakkı bulunmamaktadır. Bu usulün uygulanmasında pazarlık (21/a) usulüne ilişkin yukarıda açıkladığımız hususlar geçerlidir.

6. İdarelerin Yaklaşık Maliyeti 195.205-TL’sini 60 Aşmayan Mal ve Hizmet Alımları

Pazarlık usulünün uygulanmasında, idarelerin Kanunda belirtilen miktarın altında kalan mal ve hizmet alımlarının basit bir usulle temin edilmesi amacını görmek mümkündür. Gerçekten de 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 21 inci maddesinin (f) bendine göre gerçekleştirilecek mal ve hizmet alımlarında istenilecek yeterlik belgelerinde ciddi bir azlık göze çarpmaktadır. 2017 yılı için yaklaşık maliyeti KDV hariç 195.207.-TL’sini aşmayan mamul mal ve hizmet alımları en az üç kişi davet edilerek ihale gerçekleştirilebilir. Bu usulün kullanılabilmesi için konulan tek kriter yaklaşık maliyetin Kanunda öngörülen limitin altında kalmasıdır⁶¹.

Ancak Kanun koyucu bu bent kapsamında yapılacak harcamalara bir sınırlama getirmeyi de unutmamıştır. Nitekim 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (ı) bendinde, idarelerin anılan Kanunun 22 nci maddesinin (d) bendi ile anılan Kanunun 21 inci maddesinin (f) bendine göre yapılacak alımların toplamının, bütçelerine bu amaçla konulacak ödenek tutarının %10’unu Kamu İhale Kurumunun uygun görüşü olmadıkça aşamayacağını hükme bağlamıştır. Bütçesi olan kuruluşlara⁶² getirilen bu sınırlama, bütçesi olmayan kuruluşlar⁶³ açısından uygulama olanağı bulamaz.

Pazarlık (21/f) usulüne göre yapılan mal alımı ihalelerinde, malın kamu ihale sözleşmesi imzalama süresi olan sözleşme imzalamaya davetten itibaren 10 gün içerisinde idareye teslim edilmesi⁶⁴ durumunda yazılı

58 Bovis, s.244.

59 Bovis, s.244.

60 Bu rakam her yıl şubat ayından geçerli olmak üzere güncellenmektedir. Güncellemede ÜFE endeksi esas alınmaktadır. Kamu İhale Kurumunun 21.01.2017 tarihli ve 29955 sayılı Resmî Gazetede yayınlanan 2017/1 sayılı Tebliği ile belirlenmiştir.

61 Pazarlık usulünün diğer hükümlerinde aranan şartlar bu bent için gerekmemektedir.

62 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun ekinde yer alan cetvellerdeki kuruluşlar.

63 Örneğin döner sermayeler, kantin işletmeleri.

64 John Uff, **Construction Law**, Tenth Edition, London, Sweet and Maxwell, 2009, s. 206-207.



olarak sözleşme⁶⁵ yapılması gerekmez. Öte yandan idarelerin 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun hükümlerine göre tüketici sayılmadığı⁶⁶ dikkate alındığında bu usulün uygulanmasında sözleşme imzalanmamasının idarenin aleyhine olacağı bir gerçektir.

Şöyle ki, teslimden sonra ortaya çıkacak sorunlardan dolayı garanti ve bakım yükümü ancak kamu ihale sözleşmesinde yer alıyorsa idare tarafından dermeyeran edilebilir.

Bu usulle yapılan hizmet alımlarında, mutlaka kamu ihale sözleşmesi imzalanması gerekir (KİGT m.18.5). Pazarlık (21/f) usulü sürecinin uygulanmasında, pazarlık (21/b) usulüne ilişkin yukarıda yaptığımız açıklamalar geçerlidir⁶⁷.

SONUÇ

Kamu İhale sözleşmelerinin yapılmasında 4734 sayılı Kamu İhale Kanununda belirlenen ihale usullerinin kullanılması zorunludur. Anılan Kanunda üç ihale usulü belirlenmiş, ancak açık ihale usulü temel ihale usulü olarak öngörülmüştür. Diğer ihale usullerinin uygulanmasına yönelik olarak ise belirli şartların gerçekleşmesi aranmıştır. Temel ihale usulleri dışındaki usullerin seçilmesinde hükümde aranan şartların objektif olarak ortaya konulması gerekmektedir.

İhale usulleri ve buna uygun prosedürün yanlış olarak uygulanması imzalanan kamu ihale sözleşmesini hukuken hükümsüzlük yaptırımıyla karşı karşıya bırakacaktır. Kamu ihale usullerinin uygulanmasında sıkı kuralların uygulanması bir yandan idarenin işlemlerini düzene sokmakla birlikte, diğer yandan serbest piyasada faaliyet gösteren firmaların karşısında elini kolunu bağlamaktadır.

Kamu ihale sözleşmesinin hazırlanmasında, idare ile firmaların hukuki durumlarının eşitlenmesi ve sözleşmelerin hazırlanmasındaki idare hukuku-özel hukuk alanındaki durumunun netleştirilmesi bu alandaki önemli eksikliği giderecektir. Fransız hukukundan gelen ihale sözleşmesi imzalanıncaya kadar ki işlemlerin idare hukuku alanında ve idari yargıda çözümlenmesi, sözleşme imzalandıktan sonra yapılan işlemlerin özel hukuk alanında ve adli yargıda çözümlenmesi karmaşıklığı daha da

65 Geoff Monohan, **Essential Contract Law**, Second Edition, London, Cavendish Publishing, 2001, s.35-36.

66 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun 3 üncü maddesinde tüketici, "Bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişi" olarak tanımlanmaktadır.

67 Bkz. Neil Andrews, **Contract Law**, Cambridge, University of Cambridge Press, 2011, s.121.



artırmaktadır. Konunun Alman hukukunda olduğu gibi özel kişilerden mal ve hizmet temini ile yapım işlerinin yaptırılmasının özel hukuk sözleşmelerince karşılanması veya Fransız hukukunda olduğu gibi kamu ihale sözleşmelerinin idari sözleşme sayılarak bu sorunun ortadan kaldırılması gerekmektedir. Özellikle adli ve idari yargı arasındaki içtihat uyumsuzluğu hem kamu kaynaklarının etkin ve verimli kullanılmasını engellemekte hem de bu uyumsuzluk kişilerin hukuki güvenliğini ihlal etmektedir.



KAYNAKLAR

ANDREWS, Neil, **Contract Law**, Cambridge, University of Cambridge Press, 2011.

ARROWSMITH, Sue, **The Law of Public and Utilities Procurement**, Second Edition, Thomson Sweet and Maxwell, London, Reprinted 2010.

ARSLAN, Çetin, **İhaleye Fesat Karıştırma Suçu**, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2012.

AYTAÇ, Necdet, **“Bulaşıcı Hastalıklar”**, www.cukurovatip.cu.edu.tr, E.T. 21.02.2015.

BOVIS, Christopher, **EC Public Procurement: Case Law and Regulation**, First Edition, Oxford, Oxford University Press, Reprinted 2009.

CHEN-WISHART, Mindy, **Contract Law**, Third Edition, Oxford, Oxford University Press, 2010.

ELIASSON, Gunnar, **Advanced Public Procurement as Industrial Policy**, Stockholm, Springer, 2010.

FİDANCI, Elif Naz, **“Doğal Afetler ve Korunma Yolları”**, www.veterinary.ankara.edu.tr, E.T. 03.02.2015.

FORTE, A.D.M., **Good Faith in Contract and Property**, Oregon, Hart Publishing, 1999.

KARACA, Bilal, **“İhale ile Alım-satım Kavramları Yeni TCK 235. Madde”**, Yeni Şafak, 29.03.2005.

MONOHAN, Geoff, **Essential Contract Law**, Second Edition, London, Cavendish Publishing, 2001.

MURDOCH, John; HUGHES, Will, **Construction Contract Law and Management**, Fourth Edition, Abingdon, Taylor and Francis, 2008.

POPP, Aaron, **“The Effects of Natural Disaster on Long Run Growth”**, www.business.uni.edu, s.62, E.T. 21.05.2015.

PULAŞLI, Hasan, **Şirketler Hukuku**, 5. Baskı, Adana, Karahan Kitabevi, 2007.

QUIGLEY, Conor, **European Community Contract Law, Volume 1: The Effect of EC Legislation on Contractual Rights, Obligations and Remedies**, First Edition, London, Kluwer Law International, 1997.



TAYLOR, Richard; TAYLOR, Damian, **Contract Law**, Third Edition, Oxford, Oxford University Press, 2011.

THAI, Khi V., **International Handbook of Public Procurement**, Boca Raton, Taylor and Francis Group, 2009.

TURNER, Chris, **Contract Law**, Second Edition, Oxon, Hodder Education, 2007.

UFF, John, **Construction Law**, Tenth Edition, London, Sweet and Maxwell, 2009.

YAVUZ, Cevdet, **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, 11. Baskı, İstanbul, Beta, 2012.

Internet Sitesi: www.kik.gov.tr