

## İDARÎ USUL VE İHALE İLKELERİ TEMELİNDE PAZARLIK USULÜ HAKKINDA BİR DEĞERLENDİRME

*(An Assessment about Negotiated Procedure Based on Administrative  
Procedural and Procurement Principles)*

**Arş. Gör. Yeliz Neslihan AKEL<sup>1</sup>**

### ÖZ

Kamu ihale usulü kanunu olan 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, ayrıca konu temelinde düzenlenmiş bir idarî usul kanunu olarak karşımıza çıkmaktadır. Usule ilişkin olarak öncelikle 4734 sayılı Kanun'un 5. maddesinde hükme bağlanan ihale ilkeleri mevcut olup bu ilkeler ile idarî usul ilkeleri arasında benzerlik bulunmaktadır. Durum bu olmakla birlikte adı geçen Kanun'da bir ihale usulü olarak düzenlenen pazarlık usulünün idarelere tanınmış olduğu takdir yetkisinin, hem idarî usul hem de ihale ilkeleri ile çatışan sonuçlarının bulunduğu tespit edilmiştir. Zira 4734 sayılı Kanun ile idarelere, idarî usul ilkeleriyle örtüşen ihale ilkelerinin esas kılındığı bir ihale süreci sağlama sorumluluğu yüklenmektedir; ancak pazarlık usulü temelinde getirilen istisna ile bu ilkelerin bertaraf edilmesine hukukî zemin yaratılmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** İdarî Usul, Kamu İhale Usulü, 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu, İhale İlkeleri, Pazarlık Usulü.

### ABSTRACT

The Public Procurement Law No. 4734 prepared as a public procurement procedure law, also emerges as an administrative and procedural law regulated on the basis of the subject. Regarding the procedure firstly, there are tender principles stipulated in Article 5 of the Law and be in harmony these principles with the administrative procedural principles. With this being the case, the discretion that be originated negotiated procedure organized as a tender procedure in the Law No. 4734 has conflicting results with both administrative

1 Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Ana Bilim Dalı,  
yelizn.akel@yalova.edu.tr



procedural and tender principles. In this context with Law No. 4734 on the one hand, given responsibility to the administrators for providing a tender process that is based on the tender principles and overlapping the administrative procedural principles; but created a legal basis for the elimination of these principles with the exemption on the basis of negotiated procedure.

**Keywords:** Administrative Procedure, Public Procurement Procedure, The Public Procurement Law No. 4734, Tender Principles, Negotiated Procedure.

## GİRİŞ

Çalışmamızın kapsam ve sınırını oluşturan ve bir kamu ihale usulü kanunu olan 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, kamu bütçesi üzerinde gider yönlü malî sonuçlar yaratmaktadır. Kamu bütçesinden yapılacak tüm harcamalar için, hukukî zeminde hassasiyet gösterilmesi gerekmekte olup bahsi geçen Kanun da bu hassasiyetin bir tezahürü olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira bu Kanun aracılığıyla, Kanun'un kapsamında bulunan idarelerin, yine Kanun'un düzenlediği iş ve işlem temelinde gerçekleştireceği ihalelerin usul ve esasları hükme bağlanmış olup mevzuatımızda genel bir idarî usule yönelik düzenlemenin bulunmaması karşısında, ihale alanı istisna bir usul düzenlemesi olmaktadır.

4734 sayılı Kanun uyarınca gerçekleştirilen idarî iş ve eylemlerin, gerek doktrin gerek yargısal içtihatlar aracılığıyla geliştirilen idarî usul ilkeleri ile uygunluğuna ilişkin bir değerlendirme, çalışmamızın temel amacını oluşturmaktadır. İhale ilkeleri ile idarî usul ilkelerinin uyumunun ele alındığı çalışmamızda, ihale sürecinin tümüne uygulanmaya elverişli olan ihale ilkeleri irdelenmiştir. Bu bağlamda açıklık ve denge olarak ifade edilen idarî usul ilkeleri özelinde, açıklık ve rekabet olarak ifade edilen ihale ilkeleri incelenmiştir. Ayrıca idarî usul ilkelerinin bazılarının idarî işlemin unsurlarına yönelik olması sebebiyle, çalışmamızda idarî işlem teorisi çerçevesinde pazarlık usulü ayrıca ele alınmış olup bu usul, yetki, şekil, sebep, konu ve amaç yönleri ile açıklanmaya çalışılmıştır. Yapılan açıklamalar sonucunda, pazarlık usulünün sebep unsurunu oluşturan kanunî düzenlemeler nezdinde kanun koyucunun dikkatine sunulmak üzere öneriler geliştirilmiştir.

## I. İDARÎ USUL VE İLKELERİ TEMELİNDE KAMU İHALELERİ

### A. İdarî Usul

İdarî usul, bir dizi kuraldan oluşmaktadır ve bu kurallar bir idarî faaliyetin hangi idare tarafından nasıl yapılması gerektiğini düzenlemektedir<sup>2</sup>. İdarî usul ile ilgililer, birtakım hak ve yetkilerle donatılmış olmaktadır ve idarenin kamu gücünü kullanmak suretiyle bu kişilerin hak ve çıkarları üzerinde tesir etmeden önce, ilgililerin menfaatlerini korumalarına imkân sağlanmaktadır<sup>3</sup>. Ayrıca idarî usul kuralları ile ilgililerin menfaatlerinin korunmasına koşut olarak idarelere de ödev ve yükümlülükler getirilmektedir<sup>4</sup>. Bu temelde idarî usul, idare edilenlerin hak ve menfaatlerinin de teminat altına alınması amacıyla, idarenin kamu yararını hızlı ve rasyonel bir biçimde gerçekleştirebilmesi için gerekli hukukî şartların sağlanması ve idarî kararların tarafsız ve dikkatli bir araştırma ve soruşturmaya dayandırılmasını da temin etmektedir<sup>5</sup>. Bu açıklamalar ışığında bir dizi kuraldan oluşan idarî usul, bir süreci içermektedir ve bahsi geçen bu sürece, idarî faaliyetlerin ifasında hukukî sonuç doğurmaya yönelmiş tüm işlemler dâhil olmaktadır<sup>6</sup>. Başka ifade ile bir süreç olan idarî usulde, idarî kararların alınmasında izlenmesi gereken yol ve yordam mevcuttur<sup>7</sup>.

Kamu idaresi de düzenli olarak ve objektif, güvenilir nitelikte iş görebilmek için belirli usullere ihtiyaç duymaktadır<sup>8</sup>. İdarelerin karar alma mekanizmasının önceden belli olan genel bir usule bağlanmasının, idarede demokrasinin varlık şartlarından biri olduğu belirtilmiştir<sup>9</sup>. Durum bu olmakla birlikte ülkemizde idareler, -belli alanlardaki

- 2 BALTA Tahsin Bekir, **İdare Hukukuna Giriş**, Türkiye ve Orta Doğu Âmme İdaresi Enstitüsü Yayınları No: 117, Ankara, 1968/1970, s. 196.
- 3 ODYAKMAZ Zehra, "30. Yılda İdarî Yargı ile İlgili Öneriler", **İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 30. Yılında İdari Yargı Sempozyumu**, Ankara Barosu – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, 09 Mart 2012, s. 197, (Çevrimiçi), <http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/2012yayin/2011sonrasikitap/idari-yargi-sempozyumu-9-mart-2012-ankara.pdf>, 19.10.2017.
- 4 DURAN Lütfi, "İdari Usulün İlkeleri ve Kapsadığı Konular", **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt: 31, Sayı: 2, Haziran 1998, s. 7, ("İdari Usulün İlkeleri")
- 5 AZRAK A. Ülkü, "Umumî İdarî Usul ve Kodifikasyonu Meselesi," **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 33, Sayı: 1-2, İstanbul, 1967, s. 73.
- 6 ODYAKMAZ Zehra, "Hazırlanmakta Olan İdarî Usûl Kanunu Açısından Demokratikleşme Sürecinde Şeffaflaşma ve Bireye Tanınan Haklar", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Naci KINACIOĞLU'na Armağan, Cilt: 1, Sayı: 2, Aralık 1997, s. 3, ("Hazırlanmakta Olan İdarî Usûl Kanunu").
- 7 DURAN, *İdari Usulün İlkeleri*, s. 3.
- 8 BALTA, s. 196; ODYAKMAZ, *Hazırlanmakta Olan İdarî Usûl Kanunu*, s. 2.
- 9 ÖZAY İl Han, **Günışığında Yönetim**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 2.



düzenlemeler hariç- kamu hizmeti görevlerini yerine getirirken herhangi bir düzenlemeye tabi değildir<sup>10</sup>. Bu bağlamda mevzuatımızda genel bir idarî usul kanunu bulunmamaktadır. Ancak bazı idarî faaliyetlerin, bu faaliyetlerin düzenlendiği kanunlarında özel idarî usule tabi tutulduğu görülmektedir. 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu, 3194 sayılı İmar Kanunu, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun gibi kanunlar bahsi geçen özel idarî usuller getiren düzenlemelere örnek teşkil etmektedir<sup>11</sup>. Aynı şekilde 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda yer alan düzenlemelerle de kamu ihale sürecine ilişkin idarî usul kuralları belirlenmiştir<sup>12</sup>. Bu durumda, mevzuatımızda genel bir idarî usul kanunu eksikliği bulunmakla birlikte, idarî usulün “konu” temelinde<sup>13</sup> düzenlenmiş olduğu görülmekte ve bu bağlamda idarî usullerin belirli ve sayılı şekilde kanunî düzenlemeye tabi tutulduğu anlaşılmaktadır<sup>14</sup>. O hâlde idare hukukunun tedvin edilmemiş olma özelliğinin istisnalarından birini de kamu ihaleleri başlığı oluşturmaktadır. Kamu ihale hukukunun düzenlenmesinde birincil kaynağın kanun koyucunun iradesi olduğu, sonrasında ise bu hukukun yürütme organının takdiri ve yargı kararları ile şekillendiği görülmektedir<sup>15</sup>.

Çalışma konumuz temelinde, ihale sürecinde uygulanacak kuralları düzenleyen 2886 ve 4734 sayılı Kanunların<sup>16</sup> bir tür teknik idarî usul kanunu olduğu belirtilmektedir<sup>17</sup>. O hâlde kamu ihalelerinin konusunu oluşturduğu alan ve bu alana ait idarî usul, kanunî olarak düzenlenmiştir.

10 YILDIRIM Turan vd., **İdare Hukuku**, Güncellenmiş 6. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, Yayın No: 60, İstanbul, 2015, s. 601.

11 ÖZKAN Gürsel, "İdari Rejim Olarak Örnek Aldığımız Fransa'da, İdari Usul ve Bilgi Edinme Hakkına İlişkin Düzenlemeleri", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 2, Sayı 1-2, Haziran-Aralık 1998, s. 6.

12 YILDIRIM, s. 653; ÇOLAK Nusret İlker, "İdari Uyuşmazlıklarda Alternatif Çözüm Yolları", **Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu: 144. Yıl Sempozyumu**, Danıştay Yayınları No: 83, Ankara, 11 Mayıs 2012, s. 106, (Çevrimiçi), [http://www.danistay.gov.tr/upload/yayinlar/12\\_03\\_2014\\_105422.pdf](http://www.danistay.gov.tr/upload/yayinlar/12_03_2014_105422.pdf), 11.11.2016.

13 Bu bağlamda ihale, vergi ve kamulaştırma gibi konuların özel kanunlarında usule bağlanmış olduğu belirtilmektedir. Bkz.: ÖZAY, s. 2; KALABALIK Halil, **İdare Hukukunun Temel Kavram ve Kurumları**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 5. Baskı, Sayram Yayınları, Konya, Mart 2014, s. 301.

14 BALTA, s. 197; YILDIRIM, s. 611.

15 TOPRAK Eren, **Kamu İhaleleri**, Turhan Kitabevi, Ankara, Ocak 2016, s. 70.

16 Kamu ihale usullerini düzenleyen bu Kanunlardan daha önce yürürlükte bulunan 2490 sayılı *Artırma, Eksiltme ve İhale Kanunu* da bir idarî usul kanunu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bkz.: BALTA, s. 197.

17 KUTLU GÜRSEL Meltem, "Kamu İhale Süreci'nin Hukuki Açından Genel Olarak Değerlendirilmesi", **Güncel Mevzuat**, 2006, Sayı: 3, s. 23, ("Kamu İhale Süreci").



## B. İdarî Usul İlkeleri

Çalışmamızın kapsam ve sınırını oluşturan 4734 sayılı Kanun ve yeri geldikçe hükümlerine değineceğimiz 2886 sayılı Kanun'un, idarî usule ilişkin kendi konuları özelinde düzenlemeler getirmiş olduğunu bir üst başlıkta belirtmiştik. Durum bu olmakla birlikte, kamu ihaleleri konusunda da idarî usul ilkelerinin ayrıca dikkate alınması gerekmektedir.

İdarî usul ilkeleriyle ilgili açıklamalara geçmeden önce, aslında bu ilkelerin ortaya çıkışına sebep verdiği kanaatinde olduğumuz genel idarî usul hukukunun konusunu teşkil eden unsurlara yer verilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Bu konuların; başka ifade ile genel idarî usul hukukunun şu alanları düzenlediği belirtilmektedir<sup>18</sup>:

- \* Bireysel nitelikteki idarî işlemlerin tesisinden önceki hazırlık safhalarında yapılan işlemler.
- \* İdarî işlemi tesis edecek olan makamların yetkileri.
- \* Tesis edilecek idarî işlem ile menfaat ilişkisi bulunan ilgililerin yetkili idare makamı karşısındaki hukukî durumları.
- \* İdarî işlemlere karşı başvurulabilecek idarî başvuru yolları.
- \* İdarî işlemlerin idareler tarafından resen değiştirilebilecekleri ve ortadan kaldırılabilecekleri hâller ile takip edilmesi gereken prosedür.

İdarî usul ilkeleri olarak belirtilen husus ise tüm idarî işlemleri kapsayan *genel* bir ifadeyi içermektedir. Bu bağlamda genel idarî usul ilkelerinin başlıca, *idarî kurullarda toplantı ve karar yeter sayısı, usul paralelliği, yazılı şeklin uygulanış derecesi, dosya usulü, ilgiliyi dinleme, gerekçe sorunu ve bildirim biçiminden oluştuğu ileri sürülmektedir*<sup>19</sup>. Ayrıca idarî usul ilkelerinin *aleniyet, katılım, dürüstlük ve içtenlik, denge, inceleme araştırma, gerekçeli olma, istikrar, usulde paralellik ilkelerinden*<sup>20</sup> oluştuğu da belirtilmektedir<sup>21</sup>.

Buraya kadar yapmış olduğumuz idarî usulün tanımı, amacı ve ilkeleri ile ilgili açıklamaları değerlendirdiğimizde, çalışma konumuzu

18 AZRAK, s. 77.

19 BALTA, s. 197-200.

20 YILDIRIM, s. 605.

21 İdarî usul düzenlemelerine hâkim olan ilkelerin açıklık (*aleniyet*), katılım, inceleme ve araştırma, dürüstlük ve içtenlik, hukukî güvence ve denge olduğunun belirtildiği eser için bkz.: DURAN, *İdari Usulün İlkeleri*, s. 4. Başka bir eserde de önemli idarî usul ilkelerinin *resen araştırma, usul ekonomisi, dinlenilme hakkı, bilgi edinme ve belgelere ulaşma hakkı, danışmanlık ve hukukî yardım, gerekçe, başvuru yollarının gösterilmesi ilkelerinden* oluştuğu belirtilmiştir. Bkz.: KALABALIK, s. 302-316.



oluşturan ve kamu ihalelerinde başvuru pazarlık usulüne ilişkin işlemlerde bazı durumların ayrıca ele alınması ihtiyacı doğmaktadır. İdarî usul hukukunun konuları içinde yer alan “*tesis edilecek idarî işlem ile menfaat ilişkisi bulunan ilgililerin yetkili idare makamı karşısındaki hukukî durumları*” ile idarî usul ilkelerinden “*aleniyet, denge ve gerekçe*” ilkelerinin irdelenmesinin, bu ihtiyacın karşılanmasına hizmet edeceğini düşünmekteyiz.

İdarî işlemlerin tesisinden önce, idarelerce birçok işlem gerçekleştirilmektedir. Burada idarî işlemlerin hazırlanmasındaki idarî usulün irdelenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda idarî işlemlerin hazırlanış sürecinde işlemin yapılışında<sup>22</sup> idarenin *takdir yetkisi*, çalışma konumuzla doğrudan bağlantılıdır. Ayrıca yine idarî işlemlerin hazırlanmasındaki idarî usulde idarî işlemin şekline<sup>23</sup> ilişkin *gerekçe* hususu da çalışma konumuzla doğrudan bağlantılı olup ayrıca bu hususun bir idarî usul ilkesi olarak düzenlenmiş olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

İdarî usul ilkeleri ile ilgili belirtmek istediğimiz son husus ise, bunlardan *aleniyet* ve *denge* ilkelerinin, çalışmamızın devamında neler olduğunu belirteceğimiz ve *ihale ilkeleri* olarak ifade edebileceğimiz *açıklık* ve *rekabet* ilkeleri ile benzer içeriklere sahip olmalarıdır<sup>24</sup>. Yine bu ilkeler, çalışmamızda idarî işlem teorisi irdelenirken görüleceği üzere, şekil unsurunun da esaslarını oluşturmaktadır.

## II. KAMU İHALE USULÜ

İdare hukuku doktrininde ihale kavramı, kamu ihale hukukuna kıyasla daha geniş ve genel bir tanım ile yer almaktadır. İdare hukukunda ihale, idarenin sözleşme sürecinde uymak zorunda olduğu kural ve yöntemlerin tümünü oluşturmakta olup bu kural ve yöntemler, idarenin icaba davet ve kabul iradelerini oluşturmak ve bu süreci yönetmek üzere hükme bağlanmıştır<sup>25</sup>. Bu temelde idare hukuku

22 İdarî işlemlerin hazırlanmasındaki idarî usulün irdelenmesinde idarî işlemlerin hazırlanış sürecine ilişkin detaylı bilgi için bkz.: AKYILMAZ Bahtiyar, **İdarî Usul İlkeleri Işığında İdarî İşlemin Yapılış Usulü**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000, s. 101-186, (“*İdarî Usul İlkeleri*”).

23 İdarî işlemlerin hazırlanmasındaki idarî usulün irdelenmesinde idarî işlemlerin şekline ilişkin detaylı bilgi için bkz.: AKYILMAZ, *İdarî Usul İlkeleri*, s. 187-216.

24 İdare hukukunun uygulama alanının genişlemesiyle birlikte, idarî usul kurallarının önem kazandığı ve kamu ihalelerinde de geçerli olacak ihale ilkelerinin belirlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Bkz.: Meltem KUTLU, **İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 75, İzmir, 1997, s. 171.

25 KARAHANOĞULLARI Onur, **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdarî İşlemler**, Güncelleştirilmiş 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, Ağustos 2015, s. 214.



doktrininde kamu ihalelerinin, idare/idarenin sözleşmeleri teorisi ile birlikte ele alındığı görülmektedir<sup>26</sup>. Kamu ihalesi, *sözleşme yapma usulleri*<sup>27</sup>, *idarenin sözleşme yaparken izleyeceği usuller*<sup>28</sup>, *belli ve farklı usullere göre yaptığı sözleşmeler*<sup>29</sup>, *idare sözleşmelerinin hukuksal rejimi (sözleşmenin yapılması)*<sup>30</sup> başlıkları altında açıklanmaktadır<sup>31</sup>.

Mevzuatımızda kamu ihale usullerini düzenleyen birden çok kanun yürürlüktedir<sup>32</sup> ve bu sebeple kamu ihale mevzuatı dağınık bir yapı arz etmektedir. Ayrıca mevzuatımızda idarenin akdedeceği tüm sözleşmeleri düzenleyen genel bir ihale usulü kanunu da bulunmamaktadır. Bu dağınık yapı ile ilgili belirtebileceğimiz husus, genel olarak idarelerin sözleşme akdederken izlemesi gereken genel usul kurallarının, *kamu ihale usulü* olarak ifade ediliyor olmasıdır<sup>33</sup>. Mevcut durumda, belli konu veya işlemlerde akdedilecek sözleşmeleri düzenleyen bazı özel kanunlar bulunmaktadır<sup>34</sup>. Başka ifade ile kamu ihale usulü, özel bir kanunî düzenleme konusu yapılmaktadır<sup>35</sup>. Bu başlık altında bu özel kanunların neler olduğu açıklanacaktır.

#### A. 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu

Kamu ihale usullerini düzenleyen kanunlar arasında, uygulamada en sık başvurulan iki Kanun bulunmaktadır<sup>36</sup>. Bunlardan ilki, 2886

26 ONAR Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumî Esasları**, Cilt: 3, Üçüncü Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s. 1590.

27 DURAN Lütfi, **İdare Hukuku Ders Notları**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 435-437.

28 GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, TAN Turgut, **İdare Hukuku: Genel Esaslar**, Cilt: I, Güncelleştirilmiş 11. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, Ekim 2016, s. 520; TAN Turgut, **İdare Hukuku**, Güncelleştirilmiş 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, Ekim 2016, s. 312-323.

29 YAYLA Yıldızhan, **İdare Hukuku**, Tıpkı 2. Basım, Beta Yayıncılık, Ankara, Eylül 2010, s. 164-165.

30 GİRİTLİ İsmet vd., **İdare Hukuku**, Altıncı Basımdan Yedinci Tıpkı Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2015, s. 1317-1334.

31 İdare hukuku doktrininde diğerlerinden farklı olarak *İdarenin Özel Hukuk Sözleşmeleri (Kamu İhaleleri)* başlığı altında ele alınan çalışma için bkz.: GÜNDAY Metin, **İdare Hukuku**, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2015, s. 195-221; ATAY Ender Ethem, **İdare Hukuku**, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 563-580. Benzer şekilde *İdarî Sözleşmelerin Akdedilmesi: Kamu İhalesi* başlığı altında ele alınan çalışma için, bkz.: GÖZLER Kemal, KAPLAN Gürsel, **İdare Hukuku Dersleri**, Güncellenmiş ve Düzeltilmiş Onsekizinci Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, Ağustos 2016, s. 467-468. Eserde, idarenin sözleşmecî kişiyi seçmek üzere izleyeceği usuller, "kamu ihalesi" olarak tanımlanmış ve sözleşmelerin akdedilmesi yerine kamu ihalesi kavramı kullanılmıştır.

32 KALABALIK, s. 437; GÖZLER/KAPLAN, s. 469; YILDIRIM, s. 653.

33 GÖZÜBÜYÜK/TAN, Cilt: I, s. 521.

34 GÖZLER/KAPLAN, s. 469-470.

35 GÖZÜBÜYÜK/TAN, Cilt: I, s. 521.

36 GÖZLER/KAPLAN, s. 470.



*sayılı Devlet İhale Kanunu'dur.* Genel bütçeye dâhil daireler ve katma bütçeli idareler<sup>37</sup> ile özel idare ve belediyelerin satım, kiralama, trampa, mülkiyetin gayri aynî hak tesisi ile kamu bütçesinden gider oluşturmayan iş ve işlemlerine<sup>38</sup> ait ihaleler, bu Kanun'da yazılı hükümlere göre yürütülmektedir. Başka ifade ile bu iş ve işlemlerin kamu ihale usulünü düzenleyen hükümler 2886 sayılı Kanun'da yer almakta olup, Kanun'un 4. maddesine göre *ihale*, Kanun'da yazılı usul ve şartlarla işin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve yetkili mercilerin onayı ile tamamlanan sözleşmeden önceki işlemleri ifade etmektedir.

### B. 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu

Kamu ihale usullerini düzenleyen kanunlar arasında uygulamada en sık başvurulanan bir diğer Kanun<sup>39</sup> da *4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'dur*<sup>40</sup>. Kanun, kamu hukukuna tâbi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veya kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ve idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalelerinde uygulanacak esas ve usulleri belirleme amacıyla yürürlüğe girmiştir. Kanun'un 4. maddesine göre *ihale*, Kanun'da yazılı usul ve şartlarla mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve ihale yetkilisinin onayını müteakip sözleşmenin imzalanması ile tamamlanan işlemleri ifade etmektedir. Bu bağlamda 4734 sayılı Kanun'da düzenlenen ihale tanımının, 2886 sayılı Kanun'da hükme bağlanan ihale tanımı ile örtüştüğü görülmektedir.

37 Mülga 1050 sayılı Muhasebei Umumiye Kanunu'nda düzenlenmiş olan katma bütçe şeklinde bir bütçe sınıflandırması artık mevzuatımızda bulunmamaktadır. 1050 sayılı Kanun'u ilga eden 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte, katma bütçede yer alan idarelerin bir kısmı genel bütçeli, bir kısmı ise özel bütçeli idareler olarak düzenlenmiştir.

38 Kamu İhale Genel Tebliği'nin 4734 sayılı Kanun'un kapsamına ilişkin düzenleme getiren *İdarelerin Kamu Kaynağı Kullanımını Gerektirmeyen İşleri* başlıklı 3. maddesinde, kamu harcaması yapılmasını gerektirmeyen ve bütçeden ödenek kullanımı olmayan kat ve/veya arsa karşılığı yapım işlerinin; kamu kaynağı kullanılmayan, bedeli okul idaresi tarafından ödenmeyen ve sadece talep edenlerin faydalandığı öğrenci taşıma hizmeti ve yemek hizmeti alımlarının 4734 sayılı Kanun kapsamında yer almadığı belirtilmiştir.

39 GÖZLER/KAPLAN, s. 470. Eserde, 2886 ve 4734 sayılı Kanunların özel *ihale usulleri* olduğunu belirtmiştir.

40 Ayrıca 4734 sayılı Kanun uyarınca yürütülen ihalelere ilişkin sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanması ile ilgili esas ve usulleri belirlemek üzere, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu bulunmaktadır.





### C. Kamu İhale Usullerini Düzenleyen Diğer Kanunlar

2886 ve 4734 sayılı Kanunlardan ayrı olarak kamu ihale usullerini düzenleyen başka kanunlar da bulunmaktadır ve burada yalnızca bu kanunların isimleri belirtilecektir. Bunlar, 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtım ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun, 3465 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi İle Görevlendirilmesi Hakkında Kanun, 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun, 4283 sayılı Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun<sup>41</sup>, 5710 sayılı Nükleer Güç Santrallerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışına İlişkin Kanun'dur.

### III. KAMU İHALELERİNE HÂKİM OLAN İLKELER VE ÖZELLİKLERİ

Çalışmamızda, 4734 sayılı Kanun uyarınca yürütülen ihalelerde başvuru pazarlık usulü ele alınacak olup ilgili olduğu ölçüde de 2886 sayılı Kanun'da yer alan düzenlemelere değinilecektir. Bu açıklamaların bir temele kavuşabilmesi adına, öncelikle kamu ihalelerine hâkim olan ilkelerin nasıl ortaya çıktığı, neler olduğu ve var olma amaçları irdelenecektir.

#### A. Kamu İhalelerine Hâkim Olan İlkelerin Varlık Sebebi

Kamu ihale usullerine başvurularak akdedilen sözleşmeler de kamu parasına ve kamu yararına ilişkin oldukları için, belli ölçüde kamu hukuku (idare hukuku) kural ve kaidelerine tabidir<sup>42</sup>. İdarenin sözleşme yapma iradesini oluştururken izlemesi gereken kuralların, idarelerin iradesinden bağımsız olarak kanunlarca belirlenmesi ve yöntemler arasında seçim yapma serbestliğinin sınırlandırılması Anayasa Mahkemesi kararıyla<sup>43</sup> Anayasal değerlerde ilkelere dönüştürülmüştür.

41 Buraya kadar yer verdiğimiz diğer kanunların *en özel ihale usulleri* olduğu belirtilmiştir. Bkz.: GÖZLER/KAPLAN, s. 470-471.

42 GÜNDAY, s. 195; ATAY, s. 553.

43 Anayasa Mahkemesinin kararına esas olayda, Özelleştirme Yüksek Kurulu kararının iptali istemiyle açılan davada, Anayasa'ya aykırılık savını ciddi bulan İdare Mahkemesi, 4046 sayılı Kanun'un 18. maddesinin (B) ve (C) bentlerinin iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. Kararda özetle, Kanun'da ihale usul türlerinin belirlenmesinin yanı sıra, durum ve konuma göre bunlarda hangilerinin uygulanacağını açıkça saptanmasının gerektiği, bunlardan birini seçme olanağının verilmesinin gerçek değere ulaşmayı



Ayrıca Danıştay'ın bir kararında da ihale ilkelerinin bazılarının kanundan kaynaklanmayacağı; bunların evrensel ilkeler olduğu belirtilmiştir<sup>44</sup>. Kamu ihaleleri için öngörülen bu ilkelerin, *ihale düzenini sağlama, ihale sürecinin*<sup>45</sup> *tümüne uygulanma, uyulmaması hâlinde sorumluluk doğurma, idare hukukuna tabi olma ve ihale suçlarının önlenmesini temin etme* şeklinde sıralanabilecek genel özellikleri bulunmaktadır<sup>46</sup>.

İdarelerin sözleşme iradesini oluşturma yöntemi olan kamu ihalelerinde<sup>47</sup> idarelerin sözleşmenin diğer tarafını seçme serbestliği, bu alanda yer alan kanun hükümleriyle büyük ölçüde sınırlandırılmıştır<sup>48</sup> ve kamu ihalelerine hâkim olan ihale ilkelerinin, bu sınırlandırmada büyük bir işlevi bulunmaktadır.

İdare sözleşmelerinin tabi olduğu şekil ve usullerin esasında artırma, eksiltme ve ihale ilkesine dayandığı belirtilmiştir<sup>49</sup>. Bu ilke, yapılacak işlerin ilan edilmesiyle kamunun ve ilgililerin haberdar edilmesi, serbest rekabet esasının uygulanması yoluyla idare lehine en düşük veya en yüksek fiyatın elde edilmesi ve sözleşmenin bu süreç sonunda belirlenen şekilde yapılmasını içermektedir. Bu ilkeye dayanan ihale usulünde idarelerin sözleşmecisini ve içeriğini seçme hakkı ve imkânı ortadan kalkmaktadır. Böylece sözleşme serbestisinin ve irade özgürlüğünün olmaması sonucu ortaya çıkmaktadır ki bu durum da

---

zorlaştıran belirsizlikler yarattığı söz konusu maddedeki ihale usullerine ilişkin belirsizliğin giderilmemesinin ve yasama organınca kurallara bağlanmamasının yasama yetkisinin devri niteliğinde olduğu belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi, 09.04.1997 Tarihli ve E. 1997/35, K. 1997/45 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/23074.pdf&main=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/23074.pdf>, 01.11.2017.

44 Kararda özetle, idare hukukunun tedvin edilmemiş karakteri nedeniyle, bu sebepten kaynaklanan ve gelişen-değişen ihtiyaçlara cevap vermesi bakımından idarî yargı organlarınca geliştirilmiş ilkelerin bulunduğu ve bu ilkelerin muhakemede dikkate alınması gerektiği; bu ilkelerin niteliğinin tüm demokratik ülkelerce kabul edildiği, gerçek, soyut ve evrensel nitelikte olduğu belirtilmiştir. Danıştay 10. Dairesi, 10.01.1995 Tarihli ve E. 1996/4274, K. 1998/5478 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMT2gFWlnEsBd88JGeXwJ9I4!ROGVQ~~>, 19.11.2017.

45 İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik'in *tanımların* düzenlendiği madde 3/1-a hükmüne göre, *ihale süreci*, ihale yetkilisince ihale onayının verildiği tarihten itibaren başlayan, sözleşmenin veya çerçeve anlaşmanın taraflarca imzalanıp notere onaylatılması ve tescilli ile noter onayı ve tescilli gerekmeyen hâllerde ise sözleşmenin veya çerçeve anlaşmanın taraflarca imzalanmasıyla tamamlanan süreci ifade ettiği belirtilmiştir.

46 ÖZKAN Gürsel, **Kamu İhale Hukukuna Egemen Olan Temel İlkeler**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 162-172.

47 KARAHANOĞULLARI, s. 214.

48 GÖZLER Kemal, **İdare Hukuku**, Cilt: 2, İkinci Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2009, s. 112.

49 ONAR, Cilt:3, s. 1591.



idarenin sözleşmeleri ile özel sözleşmeler arasındaki en önemli farkı oluşturmaktadır<sup>50</sup>.

İdarelerin yürütmüş oldukları ihaleler sonucunda akdedeceği sözleşmelerde, rekabet, yarışma, açıklık ve nesnellik gibi esasların gözetilmesi sonucunda ortaya çıkması gereken bir diğer taraf bulunmaktadır ve mevzuat tarafından yapılan bu sınırlandırma, hem idare hem de sözleşmenin diğer tarafı için geçerli olmaktadır. Zira sözleşmeye katılan taraf da kamunun mal ve yararlarına hükmetmekte ve ayrıca daha önceden idarelerce tek taraflı belirlenmiş olan şartname ve sözleşmeye katılmaktadır<sup>51</sup>.

Yapılan bu açıklamalar ışığında ihale ilkeleri aracılığıyla *olması gereken ihale ortamının; başka ifade ile sağlıklı bir ihale sürecinin* hukukî bir çerçevesi çizilmektedir. Danıştay bir kararında, 4734 sayılı Kanun ile getirilen ihale sisteminde saydamlık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik, gizlilik, kamuoyu denetimi, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve kaynakların verimli kullanılmasının Kanun'un 5. maddesinde ihalelerde uygulanacak temel ilkeler olarak düzenlenmiş olması sebebiyle, bu ilkelere zarar verecek uygulamalardan kaçınılmasının zorunlu olduğunu belirtmiştir<sup>52</sup>. Bu bağlamda, kanun düzeyinde getirilen istisnalar ile bu hukukî çerçevenin zedelenmesi ya da oluşmasının önlenmesi, ele alınması gereken bir sorunu oluşturmaktadır.

## B. Kamu İhalelerine Hâkim Olan İlkelerin Ortaya Çıkması

Kamu ihale hukukunu düzenleyen kanun hükümlerine bakıldığında, iş ve işlemlerin daha çok usul kısmının düzenlendiği; kamusal ihtiyacın ortaya çıkışı ile tespiti hususunda açık kuralların bulunmadığı görülmektedir. Açık bir şekilde düzenlenmeyen bu alana ilişkin ise ihale ilkeleri çerçevesinde yönlendirme yapılmaktadır<sup>53</sup> ve bu ilkelere ilişkin düzenlemeler, belli bir birikimin sonucu olarak ortaya çıkmıştır.

Ulusal mevzuatımızda bugüne dek kamu ihaleleriyle ilgili hükümlerin yer aldığı dört kanunî düzenleme yapılmıştır. Yürürlük sırasına göre bunlardan ilki, *661 sayılı Hükûmet Nâmına Vukû' Bulacak Müzayede ve Münakasa ve İhalât Kanunu'dur*<sup>54</sup>. Bahsi geçen Kanun

50 ONAR, Cilt: 3, s. 1614-1615.

51 YAYLA, s. 164.

52 Danıştay 13. Dairesi, 20.09.2011 Tarihli ve E. 2008/10266, K. 2011/3889 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4lpMX%2B7NMT2gFWlnEsBd88JGeWdnBHjVF9iDA~>, 04.11.2017.

53 TOPRAK, s. 98.

54 Bkz.: 28.04.1925 Tarihli ve 97 Sayılı Resmî Gazete.



2490 sayılı Artırma, Eksiltme ve İhale Kanunu<sup>55</sup> ile ilga edilmiş olsa da günümüzde uygulanan temel ilkelerin hukukî varlık kazanma serüveninin nasıl olduğu konusunda aydınlatıcıdır. Kanun metni incelendiğinde, henüz “ilkeler” madde başlığına yer verilmemekle birlikte, Kanun’da ilkeleri işaret eden hiçbir düzenleme bulunmadığını söylemek güçtür; zira ilkeler dağınık bir şekilde olsa dâhi Kanun metninde hüküm altına alınmıştır<sup>56</sup>.

2886 sayılı Kanun ile ilga edilen 2490 sayılı Kanun’un da metni incelendiğinde, tıpkı 661 sayılı Kanun gibi “ilkeler” madde başlığı tesis edilmediği görülmekle beraber, yine ilkelerle ilgili normatif düzenlemelerin mevcut olduğu anlaşılmaktadır<sup>57</sup>. Dolayısıyla kamu ihale mevzuatında uygulanmakta olan ve ihale ilkeleri olarak adanmış olduğumuz bu ilkeler, yeni oluşturulmuş değerdir<sup>58</sup>.

Kamu ihale mevzuatında yürürlüğü devam eden 2886 sayılı Kanun’da ise “ilkeler” madde başlığı altında ihale ilkeleri düzenlenmiş olup bu anlamda bir ilki oluşturmuştur. Durum bu olmakla birlikte ilkelerle ilgili en geniş ve rasyonel düzenlemenin ise 2886 sayılı Kanun’un uygulama alanını daraltan 4734 sayılı Kanun ile yapılmış olduğunu belirtmek gerekir.

55 Bkz.: 10.06.1934 Tarihli ve 2723 Sayılı Resmî Gazete.

56 Örneğin 2490 sayılı Kanun’un 2. maddesinde, artırma veya eksiltmesi yapılacak mal veya işin her türlü ayrıntılarını içeren şartnamelerin başlangıçta ilan edeceği ve onaylı suretinin artırma ve eksiltmeye istekli olduğunun açıklayan herkese beklentiden verileceği belirtilmiştir. Kanun’un 4. maddesinde de eksiltme veya arttırmanın ihale gününden en az (yirmi gün) evvel alışılmış vasıtalarla eşit aralarla dört defa ilan olunacağı; belirlenen meblağı geçen artırma veya eksiltmelerde gerekli görülecek yerel gazetelerden başka idarelerin belirleyeceği iki gazete ile ayrıca mutlaka yayımlanacağı ve hangi hususların ilanlarda bulunmasının zorunlu olduğu belirtilmiştir. Bu hükümler ile adı konmamış; ancak günümüzde normatif olarak düzenlenmiş olan açıklık (şeffaflık, saydamlık, aleniyet), rekabet, eşit muamele ve kamuoyu denetimi ilkelerine hizmet eden içeriğe ve hukukî sonuçlara sahip düşünmekteyiz.

57 2490 sayılı Kanun’un ülkemizde yürürlükte olduğu sırada yazılan eserlerde yer alan bilgiler, Kanun’da yer alan ilkelere ilişkin açıklamalarda yol gösterici olmaktadır. İdare sözleşmelerinin oluşumunda aleniyet, serbest rekabet ve en ehven fiyatın bulunması olmak üzere üç adet ilke bulunduğunu belirtmiştir. ONAR, Cilt: 3, s. 1617. Örneğin bahsi geçen Kanun’un 6. maddesinde, şartnamelerde taahhüt ile ilgili maddelerin mahiyetine göre konulacak özel ve teknik şartlardan başka genel olarak gösterilmesi zorunlu tutulan hususların neler olduğu belirtilmiştir. Kanun’un 7. maddesinde bazı hâller istisna olmak üzere, artırma ve eksiltme veya pazarlığın yapılacağı günden evvel aralıkla dört defa o yerde çıkan (günelik gazete ile) ilân olunacağı, tahmin edilen bedeli belli bir tutarı aşmayan artırma ve eksiltme ve pazarlıklarda mahallî bir gazeteden başka büyük şehirlerde çıkan ve Hükümetçe seçilen gazetelerin ikisinde (iki gazeteden biri Devlet merkezinde çıkan gazete olmak üzere) ilan edileceği belirtilmiştir ve 10. maddesinde de ilanlarda bulunması zorunlu olan hususlar bildirilmiştir. Bu hükümler ile adı konmamış; ancak günümüzde normatif olarak düzenlenmiş olan açıklık (şeffaflık, saydamlık, aleniyet), rekabet, eşit muamele ve kamuoyu denetimi ilkelerine hizmet eden içeriğe ve hukukî sonuçlara sahip düşünmekteyiz.

58 ODER Burak, “Kamu İhale Hukuku”, *Günüşünde Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 558.



### C. Kamu İhalelerine Hâkim Olan İlkeler

Bu başlık altında yürürlüğü devam eden ve kamu ihale usullerini düzenleyen 2886 ve 4734 sayılı Kanunlarda yer alan ilkelerin neler olduğu belirtilecektir. Ancak belirtilen bu ilkeler, kamu ihalelerinin başından sonuna dek<sup>59</sup> uygulanabilme kabiliyetine sahip olan ve *birincil ilkeler* olarak addedebileceğimiz ilkeler olacaktır. Zira bunların dışında, ihalenin ilgili olduğu iş ve işleme göre değişebilen ve genel olarak ihalenin tümünde uygulanmaya muktedir olmayan *tali ilkeler* de mevcuttur<sup>60</sup>. Karşılaştırılmalarını da mümkün kılmak amacıyla, bu ilkeler aşağıda yer alan tabloya<sup>61</sup> işlenmiştir:

2886 Sayılı Kanun	4734 Sayılı Kanun
İlkeler - Madde 2	Temel ilkeler - Madde 5
<ul style="list-style-type: none"> <li>* İhalede Açıklığın Sağlanması</li> <li>* İhalede Rekabetin Sağlanması</li> <li>* İhtiyaçların En İyi Şekilde, Uygun Şartlarla ve Zamanında Karşlanması</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>* İhalede Saydamlığın Sağlanması</li> <li>* İhalede Rekabetin Sağlanması</li> <li>* İhalede Eşit Muamelenin Sağlanması</li> <li>* İhalede Güvenirliğin Sağlanması</li> <li>* İhalede Gizliliğin Sağlanması</li> <li>* İhalede Kamuoyu Denetiminin Sağlanması</li> <li>* İhtiyaçların Uygun Şartlarla ve Zamanında Karşlanması ve Kaynakların Verimli Kullanılmasını Sağlama</li> </ul>

59 Birincil ilkeler arasında 4734 sayılı Kanun'da hükme bağlanan gizlilik ilkesini istisna tutmak gerekmektedir. Zira Kanun'un *yaklaşık maliyetin* düzenlendiği 9. maddesinde belirtildiği üzere, yaklaşık maliyete ihale ve ön yeterlik ilanlarında yer verilmeyecek ve isteklilere veya ihale süreci ile resmî ilişkisi olmayan diğer kişilere açıklanmayacaktır. Bu amir hükmünün bir yansıması olarak *gizlilik ilkesi* ortaya çıkmaktadır. Ancak yaklaşık maliyete ilişkin gizlilik, tüm ihale sürecinde değil; tekliflerin değerlendirilmesine dek idarelerce sağlanmalıdır. 4734 sayılı Kanun'un *tekliflerin alınması ve açılmasının* düzenlendiği 36. maddesinde, istekliler ile teklif fiyatları ve yaklaşık maliyet tutarının açıklanacağı hükme bağlanmış olup burada artık gizlilik ilkesi yerini, saydamlık ilkesine bırakmaktadır.

60 4734 sayılı Kanun'un 5. maddesinde yer alan tali ilkeler şu şekildedir:

- \* *Aralarında kabul edilebilir doğal bir bağlantı olmadığı sürece mal alımı, hizmet alımı ve yapım işleri bir arada ihale edilemez.*
- \* *Eşik değerlerin altında kalmak amacıyla mal veya hizmet alımları ile yapım işleri kısımlara bölünemez.*
- \* *Bu Kanun'a göre yapılacak ihalelerde açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulü temel usullerdir. Diğer ihale usulleri Kanun'da belirtilen özel hâllerde kullanılabilir.*
- \* *Ödeneği bulunmayan hiçbir iş için ihaleye çıkılamaz.*
- \* *İlgili mevzuatı gereğince Çevresel Etki Değerlendirme (ÇED) raporu gerekli olan işlerde ihaleye çıkılabilmesi için ÇED olumlu belgesinin alınmış olması zorunludur. Ancak, doğal afetlere bağlı olarak acilen ihale edilecek yapım işlerinde ÇED raporu aranmaz.*

61 İhale süreci genel olarak hazırlık, tekliflerin sunulması ve değerlendirilmesi ile ihalenin sonuçlandırılması olarak ifade edebileceğimiz temel üç aşamadan oluşmaktadır. Bu bağlamda tabloda yer verilen ilkeler, -gizlilik ilkesi hariç- tüm aşamalarda her zaman ve dolayısıyla bu aşamalarda ortaya çıkan tüm idarî işlem ve eylemlerde sağlanması gereken niteliktedir.



## IV. İHALE İLKELERİ VE PAZARLIK USULÜ

### A. Pazarlık Usulü

4734 sayılı Kanun'un *uygulanacak ihale usullerinin* düzenlendiği 18. maddesine göre, idarelerce mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalelerinde *açık ihale, belli istekliler arasında ihale ve pazarlık usulünün* uygulanacağı belirtilmiştir. Ayrıca Kanun'da *temel ilkelerin* düzenlendiği 5. maddesinde de Kanun'a göre yapılacak ihalelerde açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulünün temel usuller olduğu; diğer ihale usullerinin<sup>62</sup> ise Kanun'da belirtilen özel hâllerde kullanılabilceği hükme bağlanmıştır. Yer verilen bu ihale usulleri, doğrudan "kamu ihale usulleri" olarak ele alınmaktadır<sup>63</sup>. Bu düzenlemeler göz önüne alındığında, tespit etmiş olduğumuz bir hususa değinilmekte fayda görülmektedir.

Öncelikle hem 2886 hem de 4734 sayılı Kanunlar uyarınca yürütülecek ihaleler için başvurulabilecek usuller, ilgili madde başlıklarında *ihale usulleri* lafzı kullanılarak düzenlenmiştir. Ancak 2886 sayılı Kanun'da bu usuller belirtilirken yalnızca *usul* lafzına yer verilmiştir; bu bağlamda "pazarlık ihale usulü" değil, yalnızca "pazarlık usulü" kavramı kullanılmıştır. 4734 sayılı Kanun'da ise açık ve belli istekliler arasında olarak düzenlenen usuller için "ihale usulü" kavramı kullanılırken, "pazarlık ihale usulü" kavramı değil, yalnızca "pazarlık usulü" kavramı kullanılmıştır<sup>64</sup>. 4734 sayılı Kanun'da 2886 sayılı Kanun'dan farklı olarak *ihale usulü* lafzını içeren düzenlemeye yer verilmesine karşılık, her iki Kanun'da da pazarlık usulünde "ihale usulü" nitelendirmesinin olmaması dikkat çekicidir.

4734 sayılı Kanun'da hükme bağlanan pazarlık usulünün, diğer ihale usulleri -temel ihale usulleri- ile kıyaslandığında ihale sürecini basitleştiren kanunî düzenlemeler bulunmaktadır. Bunlardan ilk düzenleme, genel olarak pazarlık usulünün 4734 sayılı Kanun'un 21.

62 Düzenlemede "diğer ihale usulleri" şeklinde çoğul bir ifade kullanılmıştır. Ancak şu an yürürlükte bulunan ihale usulleri temelinde değerlendirme yapıldığında ise açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulünün *temel usuller* olarak hükme bağlanması sebebiyle, Kanun'da belirtilen ve özel hâllerde kullanılacak tek bir ihale usulü bulunmaktadır ki o da pazarlık usulüdür. Bu çoğul ifadenin nedeni ise 4734 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte, *doğrudan temin* usulünün başlı başına bir ihale usulü olarak düzenlenmiş olmasıdır; ancak bu usul 4964 sayılı *Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun* ile 15.08.2003 tarihinden geçerli olmak üzere, bir ihale usulü olmaktan çıkarılmıştır.

63 ATAY, s. 570-576.

64 Aynı şekilde 4964 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce bir ihale usulü olarak hükme bağlanmış olan doğrudan temin için de "doğrudan temin usulü" lafzı kullanılarak "ihale usulü" olarak ifade edilmemiştir.

maddesinde düzenlenen tüm sebep unsurları için; diğer düzenleme ise Kanun'un madde 21/b-c-f hükümleri için geçerli olmaktadır. İlk düzenlemeye göre, pazarlık usulünde ihale ilanının yayımlandığı hâllerde, ihale ilan sürelerinin daha kısa öngörülmüş olmasıdır. 4734 sayılı Kanun'un 13. maddesine göre yaklaşık maliyeti, aynı Kanun'un 8. maddesinde yer alan eşik değerlere eşit veya bu değerleri aşan ve pazarlık usulü ile yapılan ihalelerde diğer usullere göre, daha kısa (yirmi beş gün) ilan süresi belirlenmiştir<sup>65</sup>. Pazarlık usulünde idarelerce ihale ilanı yayımlamama kararının alınması ve bu karara istinaden ilgili ihaleye istekli davet edebilme yetkisi tanınması, 4734 sayılı Kanun'un madde 21/b-c-f hükümleri özelinde, bu usulün ihale sürecini basitleştiren diğer düzenlemeyi oluşturmaktadır.

Çalışmamızda kamu ihalelerinde başvuru pazarlık usulüne ilişkin işlemlerde bazı durumların ayrıca ele alınması ihtiyacı doğmuş olduğunu ve idarî usul ilkelerinden *aleniyet* ve *denge* ilkelerinin irdelenmesinin gerektiğini; ayrıca bahsi geçen bu ilkelerin, ihale ilkeleri ile benzer içeriklere sahip olduğunu belirtmiştik. Bu sebeple bu başlık altında pazarlık usulü temelinde, bahsi geçen idarî usul ilkeleri ve bu ilkelerin *açıklık* ve *rekabet* ihale ilkeleri ile olan etkileşimleri ele alınacaktır.

## B. Pazarlık Usulü ve Açıklık İlkesi

İdarî usul ilkeleri temelinde ortaya çıkan anlamı açısından bakıldığında açıklık ilkesi ile idarî faaliyetlerin belirliliği sağlanmakta, idarenin kamu gücüne dayalı olarak gerçekleştirdiği işlem veya eylemlerin önceden belirli ölçüde görülebilir olması temin edilmektedir. Bu bağlamda açıklık ilkesi, idarelerce izlenecek olan yolun ve usulün önceden kanunlarla belirlenmesini zorunlu kılmaktadır<sup>66</sup>. Bunun dışında ayrıca idarî usulde açıklık ilkesi, idarî karar ve eylemler ile dayandığı bilgi ve belgelerin zamanında ve ivedilikle yayımlanması ve bireysel işlemlerde de ilgililere tebliği suretiyle etkin kılınmaktadır<sup>67</sup>.

İhale ilkeleri temelinde ortaya çıkan anlamı açısından bakıldığında, 2490 sayılı Kanun'da dâhi açıklık ilkesini düzenleyen hükümlere yer verilmiş olduğu ve bu bağlamda kamu ihale usullerini düzenleyen

65 Yaklaşık maliyetin tutarına göre değerlendirme yapıldığından, ilan süresini diğer ihale usullerine kıyasla azaltan bu hüküm, 4734 sayılı Kanun'un madde 21/f hükmü için geçerli değildir. Zira bu hükümdeki yaklaşık maliyetin tutarı, öngörülen parasal limit göz önüne alındığında eşik değerin altındadır.

66 KALABALIK, s. 30.

67 DURAN, *İdari Usulün İlkeleri*, s. 4.



kanunlarda bu ilkeye önem atfedildiği görülmektedir. 4734 sayılı Kanun'un 5. maddesinde, bu Kanun'a göre yapılacak ihalelerde, idarelerin *saydamlığı* sağlamakla zorunlu olduğu ve 2886 sayılı Kanun'un 2. maddesinde de bu Kanun'un yürütülmesinde *açıklığın* sağlanmasının esas olduğu hükme bağlanmıştır. Kamu ihale hukukunda açıklık ilkesinin tesisine hizmet eden birincil araç, yürütülen ihalelerin ilanının yayımlanması suretiyle ilgililerin haber edilmesidir<sup>68</sup>. Bunun dışında açıklık ilkesinin tesisi için, idarelerce yapılan ihale işlemlerinin açık bir şekilde yapılması, ilgililerin komisyon huzurundaki işlemleri izleyebilmeleri sağlanmalıdır<sup>69</sup>. Bu açıklamalar ışığında idarî usul ilkelerinden biri olan *açıklık ilkesi*, *şeffaflık*, *saydamlık* ya da *aleniyet ilkesi*<sup>70</sup> olarak da ifade edilmekte olup<sup>71</sup> ayrıca bir ihale ilkesi olarak da karşımıza çıkmaktadır ve temel olarak aynı anlamı ve amacı ihtiva etmektedir.

4734 sayılı Kanun'un pazarlık usulünün hukukî sebeplerini oluşturan madde 21-b-c-f hükümlerinde belirtilen hâllerde, ilan yayımlanmasının zorunlu olmadığı ve ilan yayımlanmadığı durumda da en az üç isteklinin davet edilerek, yeterlik belgelerini ve fiyat tekliflerini birlikte vermelerinin isteneceğinin hükme bağlandığı görülmektedir<sup>72</sup>. Burada hükmün düzenleniş biçimi dikkate alındığında, idarelerin pazarlık usulünü seçme veya bu usulü seçmelerine rağmen

68 ONAR, Cilt: 3, s. 1617-1618.

69 ONAR, Cilt: 3, s. 1618. Ayrıca Danıştay'ın bir kararında da bahsedildiği üzere, idarece düzenlenen ihale dokümanlarında açıklık ilkesine aykırı ve ihale usulünü değiştirecek türden çelişkilerin bulunmaması gerekmektedir. Bkz.: Danıştay 13. Dairesi, 06.04.2010 Tarihli ve E. 2009/7074, K. 2010/2940 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWInEsBd88JGeVXb71Z72ijvQ~~,11.11.2017>.

70 İdare hukukuna da hâkim olan temel ilkeler mevcuttur ve bu ilkelere biri de *hukuk devleti ilkesi* (*idarenin hukuka bağlılığı*) olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu temelde *açıklık ilkesi*, bir hukuk devletinin asgarî varlık şartlarından biri olarak kabul dilmektedir. Bkz.: KALABALIK, s. 21-31. Ayrıca Danıştay bir kararında, hukuk devleti olmanın bir diğer gereğinin de idarelerin yapacağı işlemlerde hukukî güvenlik ve açıklık ilkelerine uyması olduğunu ve bunun da idare tarafından kullanılan kamusal yetkinin, hukuken birey için öngörülebilir olması ile sağlanabileceğini belirtmiştir. Bkz.: Danıştay 8. Dairesi, 30.04.2015 Tarihli ve E. 2014/8893, K. 2015/3715 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWInEsBd88JGeVudRMN736!KQ~~,19.10.2017>.

71 Ayrıca kamu ihale usullerini düzenleyen kanunlardan doktrinde ifade edildiği şekilde en özel ihale usullerinden biri olan 4046 sayılı Kanun'un *ilkelerin* düzenlendiği madde 2/1 hükmünde de özelleştirme işlemlerinin değer saptaması da dâhil *aleniyet* içinde yürütülmesi gerektiği belirtilmiştir.

72 2886 sayılı Kanun'un madde 17/5 hükmünde de pazarlık usulü ile yapılacak ihaleler için idarelerin ilan yayımlayıp yayımlamamakta serbest olduğu belirtilmiştir. Bu bağlamda bu Kanun'a göre bir ilke olarak tesis edilen açıklığın sağlanmasına, pazarlık usulü için kanunî düzeyde öngörülen ilana yönelik bu istisnanın bir engel oluşturduğu kanaatindeyiz.





ihale ilanı yayımlayıp yayımlamama konusunda takdir yetkisinin bulunduğu<sup>73</sup> anlaşılmaktadır. Ancak idarenin takdir yetkisini pazarlık usulü ile ihale yapma ve bu usule istinaden ihale ilanı yayımlamama yönünde kullandığında, ihale ilkeleri açısından ciddi sakıncalar ortaya çıkmaktadır. Başka ifade ile 4734 sayılı Kanun'un madde 21/b-c-f hükümleri için ilanın yayımlanma zorunluluğunu ve bu suretle ihalelerde açıklık ilkesinin tesisi için gerekli olan araçlardan birini ortadan kaldıran pazarlık usulü, bu ilkenin bir istisnasını oluşturmaktadır<sup>74</sup>. Bu bağlamda pazarlık usulünün tanıdığı takdir yetkisi kullanıldığında, 4734 sayılı Kanun uyarınca yapılan ihalelerde, aynı Kanun'da yer alan açıklık ilkesinin uygulanmasını temin eden ayrıntılı düzenlemeler ve bu ilkenin gerekleri, idarelerce kanunî bu hükme dayanarak atlanabilmekte ve böylece ihale süreci basitleşmektedir. Durum bu olmakla birlikte, idarelerce sağlanması gereken açıklık ilkesi de tesis edilememektedir.

Danıştay vermiş olduğu bir kararında, idarenin kanunîliği ilkesinin en sıkı uygulanması gereken alanlardan birisinin de ihaleler olduğunu belirtmiştir. Bu sebeple ihale kararının alınması, ihale koşullarının belirlenmesi, şartnamelerin hazırlanması, tahmini bedelin tespiti, ihale komisyonunun oluşumu, ihalenin ilanı, tekliflerin değerlendirilmesi, ihale kararı, ihale kararının onayı gibi bir dizi işlemde oluşan ihale sürecinin belirgin olması gerektiğine ve bu gereklilik yerine getirilmediğinde de ihale işlemlerinin şeffaf biçimde yürütülmesi anlamına gelen açıklık ilkesinin gerçekleşme olanağı olmadığına kararda yer verilmiştir. Aynı kararın devamında açıklık ilkesinin ihale üzerindeki her türlü baskı, yolsuzluk ve şüphenin önüne geçilmesini, ihaleye katılımın en üst düzeyde gerçekleşmesini ve ihalenin kamu için en uygun koşullarda yapılmasını sağlayan bir ilke olduğu; bu ilkenin gerçekleşmesinde rol oynayan en önemli aracın ise ihalenin herkese duyurulması için yapılacak olan ihale ilanı olduğu ve ihalelerde istisnai usullerden olan pazarlık usulüne doğası gereği ilan istisnası getirilebilirse de esas olanın açıklık ilkesinin bir gereği olarak ihalenin herkese duyurulması olduğu belirtilmiştir<sup>75</sup>. Bu bağlamda pazarlık usulünün idarelere tanıdığı takdir yetkisinin ihale ilanlarının yayımlanması yönünde ve bu sebeple açıklık ilkesinin tesisini

73 Zira 4734 sayılı Kanun'un 21. maddesinde, "(b), (c) ve (f) bentlerinde belirtilen hâllerde ilan yapılması zorunlu değildir." hükmü yer almaktadır.

74 GÖZLER, s. 113-114.

75 Bkz.: Danıştay 13. Dairesi, 10.02.2010 Tarihli ve E. 2007/1724, K. 2010/1168 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4lpMX%2B7NMt2gFWlnEsB-d88JGeVQUZKmuğrmcA~>, 02.09.2017.



engelleyen şekilde kullanımında, idarede şeffaflığın, saydamlığın, aleniyetin ve denetimin sağlanmasına yönelik<sup>76</sup> bu ilkenin etkileri ortadan kalkmaktadır.

Konu ile olan bağlantısı nedeniyle, Kamu İhale Kurumu tarafından yayımlanan *Kamu Alımları İzleme Raporlarında* yer alan istatistiksel verilere yer verilmesinde fayda görülmektedir. 2017 yılına ait Kamu Alımları İzleme Raporu'na<sup>77</sup> göre, 4734 sayılı Kanun uyarınca 01.01.2017 - 31.12.2017 tarihleri arasında pazarlık usulü ile **25.475 adet** ihale gerçekleşmiştir. Pazarlık usulü ile yürütülen bu ihalelerden **328 adedi** için Kamu İhale Bülteni'nde ihale ilanı yayımlanmış olup **523 adet** ihale ilanının da yerel gazetelerde yayımlanmış olması beklenmiştir. O hâlde 25.475 adet ihale için yaklaşık olarak **851 adet** ihale ilanı yayımlanmıştır ya da yayımlanmış olması beklenmektedir. Bu bağlamda total rakam, pazarlık usulü ile gerçekleşen ihalelerin yalnızca **%3,34**'ünü<sup>78</sup> oluşturmaktadır. Bu verilerden hareketle pazarlık usulü ile yürütülen ihalelerde ilan yayımlanması ile varlık kazanan açıklık ilkesinin tesisinin ne denli az düzeyde gerçekleştiği anlaşılmaktadır<sup>79</sup>. Ayrıca Rapor'a göre,

76 DURAN, *İdari Usulün İlkeleri*, s. 4.

77 Bkz.: Kamu İhale Kurumu, Kurumsal Gelişim ve Araştırma Dairesi Başkanlığı, **Kamu Alımları İzleme Raporu - 2017**, Dönem: 01.01.2017 - 31.12.2017, Şubat 2017, Ankara, (Çevrimiçi), [http://dosyalar.kik.gov.tr/genel/Raporlar/2017\\_kamu\\_al%C4%B1mlar%C4%B1\\_izleme\\_raporu\\_rev3.pdf](http://dosyalar.kik.gov.tr/genel/Raporlar/2017_kamu_al%C4%B1mlar%C4%B1_izleme_raporu_rev3.pdf), 21.03.2018.

78 Aslında ihale ilanı temelinde %3,34 olarak tespit ettiğimiz bu oran, azamî düzeyi göstermektedir ve kanaatimize göre, bu oran daha da alt düzeyde gerçekleşmiştir. Çünkü 4734 sayılı Kanun'un *ihale ilan süreleri ve kurallarının* düzenlendiği 13. maddesine göre, yaklaşık maliyeti Kanun'un 8. maddesinde yer alan eşik değerlere eşit veya bu değerleri aşan ihalelerin Kamu İhale Bülteni'nde en az bir defa yayımlanması gerekmektedir. Yaklaşık maliyeti Kanun'un 8. maddesinde belirtilen eşik değerlerin altında kalmakla birlikte Kanun'un 13. maddesinde öngörülen bedellerin üzerinde olan ihalelerin, hem Kamu İhale Bülteni'nde hem de işin yapılacağı yerde çıkan gazetelerin birinde az bir defa yayımlanması gerekmektedir. Bunun dışında ayrıca yaklaşık maliyeti Kanun'un 8. maddesinde belirtilen eşik değerlerin ve yine Kanun'un 13. maddesinde öngörülen bedellerin altında olan ihalelerin de ihalenin ve işin yapılacağı yerde çıkan gazetelerin en az ikisinde yayımlanması gerekmektedir. Yer verilen hükümden anlaşılacağı üzere, yaklaşık maliyet ve eşik değer oranına göre bazı ihaleler aynı anda hem Kamu İhale Bülteninde hem de yerel gazetede yayımlanmakta, bazı ihaleler de iki kez yerel gazetede yayımlanmaktadır. Dolayısıyla istatistiksel verilerde Kamu İhale Bülteni ile yerel gazetelerde yayımlandığı belirtilen ya da yayımlanması beklenen ihale ilan adedine ilişkin sayıların içinde, tek bir ihaleye ait iki ilan birden yer alabilmektedir.

79 Benzer istatistikî sonuç oluşturması bakımından Kamu İhale Kurumu tarafından yayımlanan *Kamu Alımları İzleme Raporu - 2016*'da yer alan istatistiksel bilgilere de bakılmasında fayda görülmektedir. Rapor'a göre, 2016 yılında 01.01.2016 - 31.12.2016 tarihleri arasında pazarlık usulü ile **23.547 adet** ihale gerçekleşmiş olup bu ihalelerden **304 adedi** için Kamu İhale Bülteni'nde ihale ilanı yayımlanmış olup **503 adet** ihale ilanının da yerel gazetelerde ihale ilanı yayımlanması beklenmiştir. O hâlde 23.547 adet ihale için yaklaşık olarak **807 adet** ihale ilanı yayımlanmıştır ya da yayımlanmış olması beklenmektedir. Bu bağlamda, pazarlık usulü ile gerçekleşen ihalelerin yalnızca **%3,5**'inin ilanlarının yayımlandığı ya da yayımlanmış olmasının beklediği anlaşılmaktadır. Ayrıca Rapor'da 2016 yılında 4734



2017 yılında 4734 sayılı Kanun'da yer alan ihale usullerine başvurulmak suretiyle totalde, 210.299.780.000,00 TL'lik kamusal alım yapılmıştır. Bu tutarın 45.343.965.000,00 TL'si pazarlık usulü ile yürütülen ihalelerde gerçekleşmiş olup bu bağlamda toplam kamusal alımların %21,56'sını pazarlık usulü ile yapılan alımlar oluşturmaktadır. Yine bu verilerden hareketle, ihale ilanı yayımlanma oranını göz önüne aldığımızda, asgarî 45.208.205.000,00 TL'lik kamusal alımlarda, idarî usul ve ihale ilkelerinin etkin kılınmadığı anlaşılmaktadır.

### C. Pazarlık Usulü ve Rekabet İlkesi

4734 sayılı Kanun'un 5. maddesinde bu Kanun'a göre yapılacak ihalelerde, idarelerin *rekabeti* sağlamakla zorunlu olduğu ve 2886 sayılı Kanun'un 2. maddesinde de bu Kanun'un yürütülmesinde *rekabetin* sağlanmasının esas olduğu hükme bağlanmıştır. Ayrıca idarî usul ilkelerinden biri de *denge ilkesi* olarak karşımıza çıkmakta olup yine bahsi geçen tüm bu kavramlar, temel olarak aynı anlamı ve amacı ihtiva etmektedir.

İdarî usul kurallarının etkin kılınmasıyla, kendiliğinden gelen bir denge karşımıza çıkmaktadır. Başka ifade ile idarî usul kuralları iten ve çeken bir çerçeve oluşturmaktadır; zira idarî usul kurallarının bir yandan bireylerin menfaatlerini koruyan, bir yandan da bu özelliğin gerçekleşmesi için idarelere ödev ve yükümlülük getiren sonuçları bulunmaktadır. Bu bağlamda idarelerin sağlanmasının zorunlu olduğu kamu düzeni ve kamu hizmeti konularında, etkinlik sağlanabilmesi ve idarenin sorumluluğunu doğurabilecek gecikmenin ya da hareketsizliğin ortaya çıkmaması için, bireysel yararlar ile kamusal yarar arasında da adil bir dengenin<sup>80</sup> kurulması, gözetilmesi ve sürdürülmesi gerekmektedir<sup>81</sup>.

İhale sürecinde de denge ilkesi temelinde kamu yararı ile ilgililerin ihalelerden haberdar olmamaları ve/veya ihalelere katılımını

---

sayılı Kanun'da yer alan ihale usullerine başvurulmak suretiyle totalde 155.661.190.000,00 TL'lik kamusal alım yapılmıştır. Bu tutarın 21.712.220.000,00 TL'si pazarlık usulü ile yürütülen ihalelerde gerçekleşmiş olup bu bağlamda toplam kamusal alımların 13,95'ini pazarlık usulü ile yapılan alımlar oluşturmaktadır. Bkz.: Kamu İhale Kurumu, Kurumsal Gelişim ve Araştırma Dairesi Başkanlığı, **Kamu Alımları İzleme Raporu - 2016**, Dönem: 01.01.2016 - 31.12.2016, Şubat 2017, Ankara, (Çevrimiçi), [http://dosyalar.kik.gov.tr/genel/Raporlar/kamu\\_alimlari\\_izleme\\_rapor\\_2016\\_y%C4%B1lsonu.pdf](http://dosyalar.kik.gov.tr/genel/Raporlar/kamu_alimlari_izleme_rapor_2016_y%C4%B1lsonu.pdf), 21.11.2017.

80 4734 sayılı Kanun'un 58. maddesinde düzenlenen ve ayrıca 2886 sayılı Kanun'da da hükme bağlanmış olan ve idarelere ilgililerin idare sürecinde gerçekleşen bazı fiil ve davranışlarına istinaden kamu ihalelerinden yasaklama kararı verebilmesi şeklinde tanınan yetkinin de denge ilkesinin sağlanabilmesi için bahşedildiği kanaatindeyiz.

81 DURAN, *İdari Usulün İlkeleri*, s. 10.



engelleme şeklindeki takdir yetkisi bahşeden ve bir kanunî istisna olan pazarlık usulü kararı sonucunda idarenin gücü ile gerçek kişi/tüzel kişilerin yararları arasında olması gereken orantılılık-adil denge ilkesinin<sup>82</sup> bozulduğu söylenebilir. Bu bağlamda idarelerin kendilerine verilmiş olan takdir yetkisini kullanmaları sonucunda, çalışmamızın devamında da belirtileceği üzere ilgililerin ihale sürecine iştirakleri, gerek ihale ilanının yayımlanmaması ve bu karara istinaden ihalelere davet edilmemeleri suretiyle engellenmektedir. Bu sebeple de ilgililer iradelerinden bağımsız şekilde, kamusal alış veriştin; başka ifade ile yararlanabilecekleri kamusal kaynaklardan mahrum bırakılmaktadır.

Rekabet ilkesi ile ihalelerde gerçekleşen bir yarışma ortamı ifade edilmektedir<sup>83</sup>. Bahsi geçen ilkenin tesisi için, ihalelere katılımın en üst düzeyde gerçekleştirilmesi gerekmekte olup bu bağlamda aslında açıklık ilkesi, rekabet ilkesinin tesisine hizmet etmektedir. Başka ifade ile rekabetin varlığı için açıklık ilkesi geliştirilmiştir<sup>84</sup>; zira ilgililerin haberdar edilmesiyle sağlanan açıklığın olmadığı ihalelerde rekabetin varlığından bahsedilmesi oldukça zordur. O hâlde bir üst başlıkta açıklık ilkesinin sağlanamamasına ilişkin ihale ilanı temelinde yaptığımız tüm gerekçeler, ayrıca rekabet ilkesinin sağlanamama gerekçelerini de oluşturmaktadır. Zira ilanın yayımlanmamasıyla ilgililer, ihalelerle ilgili bilgilere ulaşamamakta ve bu sebeple de ihaleye de katılım iradesine sahip olamamaktadırlar.

Danıştay vermiş olduğu bir kararında, ihale sürecinin belirgin olması gerektiğini ve bu gereklilik yerine getirilmediğinde ise ihaleye mümkün olduğu kadar çok isteklinin katılması ve bu isteklilerin hiçbir etki ve baskı altında kalmaksızın tekliflerini yapabilmesi anlamına gelen tarafsızlık ve rekabet ilkesinin ihalede gerçekleşme olanağının bulunmadığını; ihaleye çıkılan işin isteklilere duyurulmasına bağlı olarak ihalede rekabet ilkesinin gerçekleşmekte olduğunu ve işin en uygun bedelle en yetkin kişiye verilebilmesinin mümkün hâlde geldiğini belirtmiştir<sup>85</sup>. Bu sebeptir ki ihalelerde açıklığın tesis edilememesi

82 Bkz.: Anayasa Mahkemesi, 13.11.2014 Tarihli ve E. 2013/95, K. 2014/176 Sayılı Karar, R.G. Tarih-Sayı: 13.3.2015-29294.

83 KUTLU GÜRSEL Meltem, "Kamu İhale Sürecinde Rekabetin Bozulmasının Cezai Yaptırımları", **Bilgi Toplumunda Hukuk**, Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt: III, İstanbul, 2003, s. 597-598.

84 ONAR, Cilt: 3, s. 1618.

85 Bkz.: Danıştay 13. Dairesi, 10.02.2010 Tarihli ve E. 2007/1724, K. 2010/1168 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsB-d88JGeVQUZKmuğrncA~>, 03.10.2017. Ayrıca Danıştay başka bir kararında 4046 Kanun'un madde 2/1 hükmünde belirtilen aleniyet ilkesine ve dolayısıyla rekabetin sağlanması esasına



beraberinde, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik, kamuoyu denetimi, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve kaynakların verimli kullanılması sorumluluğu getiren ilkelerin de uygulanamaması ile sonuçlanmaktadır.

Ayrıca 4734 sayılı Kanun'un madde 21/b-c-f hükümlerine giren hâllerde pazarlık usulü ile yürütülen ihalelerde ilan yayımlanmadığında, istekli olabileceklerin ihalenin varlığından haberdar olamamasının yanı sıra, idarece en az üç istekli davet edilerek yeterlik belgelerini ve fiyat tekliflerini birlikte vermeleri istenmekte olduğundan, davet edilecek isteklilerin kimler olacağı konusunda da idareye takdir yetkisi tanınmaktadır<sup>86</sup>. Bu durumlarda ihale dokümanı<sup>87</sup> alabilecek kişilerin neye göre ve nasıl belirleneceğine, Kamu İhale Kurulu ile Danıştay'ın vermiş olduğu kararlar ışığında bir cevap bulunabilecektir.

Kamu İhale Kurulunun bir kararında, 4734 sayılı Kanun'un madde 21/f hükmü uyarınca çıkarılan ihalede idare tarafından en az üç isteklinin davet edilmesi gerektiği ve davet edilmediği hâlde, ihale dokümanı satın almak isteyen gerçek veya tüzel kişilerin ihaleye davet edilip edilemeyeceği veya bu isteklilere ihale dokümanı satılıp satılmayacağı konusunda kamu ihale mevzuatında herhangi bir düzenleme bulunmadığı belirtilmiştir. Bununla birlikte, 4734 sayılı Kanun'un 5. maddesinde rekabet ve eşit muamelenin temel ilkelerden sayıldığı, ihalelerde sağlanması gereken eşit muamele ve rekabet ilkesi uyarınca ihaleye davet edilmeyen; ancak ihale dokümanı satın almak için idareye müracaat eden ve doküman isteyen gerçek veya tüzel kişilere ihale dokümanı satılması ve ihaleye katılımının sağlanmasının temel ilkelerin gereği olduğu, aksi hâlde rekabet ve eşit muamele ilkesinin ihlal edilmiş olacağı bildirilmiştir. Bu sebeple Kurul, başvuru konusu ihaleye ait ihale dokümanının, talebine rağmen başvuru sahibine satılmadığı, dolayısıyla

---

uygun davranılmadığı gerekçesine yer vererek, açıklık ilkesi ile rekabet ilkesi arasındaki bağı işaret etmiştir. Bkz.: Danıştay 1. Dairesi, 06.12.2005 Tarihli ve E. 2005/1072, K. 2005/1441 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), [86 2886 sayılı Kanun'un \*pazarlık usulünde ihalenin\* düzenlendiği madde 50/1 hükmünde de pazarlık usulü ile yapılan ihalelerde teklif alınmasının belli bir şekle bağlı olmadığı ve ihalelerin, komisyon tarafından işin nitelik ve gereğine göre bir veya daha fazla istekliden yazılı veya sözlü teklif almak ve bedel üzerinde anlaşmak suretiyle yapılacağı belirtilmiştir.](http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt-2gFWlnEsBd88JGeW6BRUKLHhn!g~~, 11.10.2017.</a></p>
</div>
<div data-bbox=)

87 4734 sayılı Kanun'da *tanımların* düzenlendiği 4. maddede *ihale dokümanı*, ihale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinde, isteklilere talimatları da içeren idarî şartnameler ile yaptırılacak işin projesini de kapsayan teknik şartnameler, sözleşme tasarısı ve gerekli diğer belge ve bilgileri ifade etmektedir.



ihaleye katılımının engellendiği, bu aşamadan sonra ihale işlemlerinin tekrar ihya edilmesi suretiyle başvuru sahibinin söz konusu ihaleye katılımının sağlanması imkânı kalmadığından ihalenin iptal edilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir<sup>88</sup>.

Danıştay'ın vermiş olduğu bir karara esas dava, pazarlık usulü ile yapılan hizmet alım ihalesine teklif verebilmek için davetiye ve ihale dokümanı verilmesi istemiyle yapılan başvurunun cevap verilmemek suretiyle zımnen reddine ilişkin işlem ile yapılan ihalenin iptali istemiyle açılmıştır. İdare Mahkemesi, pazarlık usulüyle yapılan ihalelere davet edilecekleri belirleme hususunda idarelerin sınırsız bir takdir yetkisinin olmadığını, bu yetkinin saydamlık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik, gizlilik, kamuoyu denetimi, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve kaynakların verimli kullanılması ilkeleri ile sınırlı ve kamu yararı ile hizmet gerekleri gözetilerek tesis edilmesi gerektiğinin tartışmasız olduğunu; pazarlık usulü ile yapılan ihalelerin yargısal denetiminin şekli unsurlarla sınırlı kalamayacağını belirtmiştir. Ayrıca kararda, 4734 sayılı Kanun'un madde 21/b hükmüne istinaden pazarlık usulü ile yapılacak ihalelerde ilan yayımlanmasının zorunlu olmadığı; ancak ilan yayımlanmadığı takdirde en az üç isteklinin davet edilmesi gerektiği ve bu ihalelerde, ihale dokümanının sadece idare tarafından davet edilenlere satılacağı belirtilmiştir. Diğer yandan ilan yayımlanan hâllerde ise ihaleye katılım ve ihale dokümanı ile davetiyenin verilmesi hususunda idareye takdir hakkı tanınmadığı belirtilmiştir. Bu bağlamda davacının başvurusunun *başvurucunun ihaleye daveti gerektirir şartları taşıyıp taşımadığı ve ihalede rekabeti artırıp artıramayacağı değerlendirilmeksizin*<sup>89</sup> zımnen reddine ilişkin dava konusu işlemde ve 4734 sayılı Kanun'a aykırı biçimde gerçekleştirilen ihale işleminde saydamlık, rekabet ve eşit muamele ilkeleri yönünden hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle, dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir. İdare Mahkemesinin bu kararı, Danıştay tarafından onanmıştır<sup>90</sup>.

88 Bkz.: Kamu İhale Kurulu Uyuşmazlık Kararı, 11.06.2012 Tarihli ve 2012/UH.III-2456 No.lu Karar, (Çevrimiçi), <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 10.11.2017.

89 Yargısal kararda geçen bu ifadenin ayrıca idarî usul ilkelerinden olan "*inceleme ve araştırma ilkesi*" ile denk düştüğü kanaatindeyiz. Zira bu ilke ile idarelerin herhangi bir işlem tesis ederken, bu girişiminde doğru ve yerinde bir sonucu yaratabilmesi için, ciddi bir araştırma ve inceleme yükümlülüğü bulunmaktadır. DURAN, *İdarî Usulün İlkeleri*, s. 7.

90 Bkz.: Danıştay 13. Dairesi, 10.09.2015 Tarihli ve E. 2015/2659, K. 2015/3052 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP41pMX%2B7NMt2gFWlnEsB-d88JGeWKDcnOsoV!TQ~~>, 23.09.2017.



Yukarıdaki açıklamalar ve kararlar ışığında ilan yayımlanması hususunda takdir yetkisi tanıyan 4734 sayılı Kanun'un hükümlerinde öncelikle açıklık ilkesi işlerliğini kaybetmektedir. Bu durumda ilanın yayımlanmaması sebebiyle ihaleye katılma iradesinin oluşmamasının yanı sıra, ayrıca idarelere yürütmüş oldukları ihaleler için istekli davet etme şeklinde hükme bağlanan takdir yetkisi de hem denge hem de rekabet ilkelerinin işlevsel olmasını engellemektedir. Özellikle ilanın yayımlanmaması kararının alınmış olması sebebiyle, idare karşısında kamu ihale sözleşmesinin diğer tarafını seçebilmek için idareler tarafından istekli davet edebilmelerine olanak sağlayan düzenlemenin, belirli idare ve düzenli idare ilkeleriyle çatıştığı açıktır. Zira Danıştay'ın bir kararında, Anayasa'nun 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin nitelikleri arasında sayılan hukuk devletinin, öğretisi ve uygulamada, idarî faaliyetlerin belirliliği (*düzenli idare*) ilkesi ile hukukî güvenlik ilkesi olmak üzere iki unsurunun bulunduğu ve düzenli idare ilkesiyle, idarenin faaliyetlerinin belli ölçüde tayin edilebilir ve önceden öngörülebilir olması; idarenin sürekli uygulamaları ile hukukî istikrarı tesis etmesi gereğinin anlatıldığı belirtilmiştir<sup>91</sup>. Bu bağlamda "konu" temelinde idarî usulün düzenlenmiş hâli olarak karşımıza çıkan ve kamu ihale usullerini düzenleyen kanunlarda da açıklamaya çalıştığımız hususlar yönünden, sağlıklı bir ihale sürecinde gerçekleşmesini engelleyen sonuçlar ortaya çıkaran kanunî düzenlemeler yapılmış olduğu anlaşılmaktadır. Başka ifade ile pazarlık usulünün normatif düzenleme temelindeki biçimi, idarelerin ihalelere yönelik işlem ve eylemlerinin kişilerce öngörülebilirliğini azaltmaktadır. Bu noktada idarelere tanınmış olan takdir yetkisinin sınırlandırılması konusunda kanun koyucunun dikkatine sunulmak üzere, bir önerimiz bulunmaktadır.

Uygulamada idarelerin ihtiyaçlarının çoğunluğunun süreklilik arz ettiği görülmektedir ve aynı iş ve işlemlere ilişkin ihaleler tekrarlandıkları için, ihaleyi yürüten idarelerde bir *istekli havuzu* oluşmaktadır. Burada, kanun hükmünün en az üç istekli davet edilmesi ibaresini koruyarak ***daha önce benzer ihalelerde teklif sunmuş isteklilerin de davet edilmesini zorunlu tutması***<sup>92</sup>, en azından ilan

91 Bkz.: Danıştay 15. Dairesi, 11.10.2016 Tarihli ve E. 2016/5790, K. 2016/4825 Sayılı Karar, (Çevrimiçi),

92 İletişimde gerçekleşen teknolojik gelişmeler ve hukukî düzenlemelerde de bu vasıtaların kullanımının öngörülmesi göz önüne alındığında, bu önerimizin bir normatif düzenleme hâline getirilmesinin, idarelere bir külfet yüklediği gibi ihale ilkelerinin etkin kılınmasında da rolü büyüktür. İdareler ile kamu alımları sürecine taraf olanların bu süreçle ilişkin işlemleri



yayımlanmaması sebebiyle oluşan sakıncanın giderilmesine hizmet edebilir<sup>93</sup>.

Ayrıca 4734 sayılı Kanun'da idarelerin en az üç istekli davet etmelerinin zorunlu olduğu belirtilmişse de davet edilenlerden yalnızca birinin katılması ya da birinin ihale sonucunda belirlenen şartları taşıyarak ihaleyi alması yönünde de engel teşkil eden bir hüküm bulunmamaktadır<sup>94</sup>. Bu durumun da rekabet ilkesinin ihlaline etkisinin olduğu açıktır<sup>95</sup>. Bu konudaki önerimiz ise Kanun'un temel ihale usullerinden biri olarak öngördüğü ve 20. maddesinde belli istekliler arasında ihale usulü için getirilmiş olan hükümdür. Belli istekliler arasında ihale usulünde özetle, ön yeterlik dokümanı ile ön yeterlik ilanında belirtilen değerlendirme kriterlerine göre adayların ön yeterlik değerlendirmesi yapılmakta ve belirtilen asgarî yeterlik koşullarını sağlayamayanlar yeterli kabul edilmemektedir. Daha sonra idare tarafından yeterlikleri tespit edilenler arasından, dokümanda belirtilen kriterlere göre sıralanarak listeye alınan belli sayıda istekli veya yeterli bulunan isteklilerin tamamı teklif vermeye davet edilebilmektedir ve ihaleye davet edilebilecek aday sayısının beşten

---

internet üzerinden gerçekleştirebilecekleri ve Kamu İhale Kurumu tarafından yönetilen elektronik ortama ifade eden *Elektronik Kamu Alımları Platformu (EKAP)*, birçok hususta idarelerin ihale işlemlerinde hemen her zaman ulaşılabilen oldukça başarılı ve kolaylaştırıcı bir araç olarak karşımıza çıkmaktadır. İdareler yaptıkları tüm ihalelere, doküman satın alan ve teklif veren tüm isteklilere ve onların bilgilerine çok kısa sürede ulaşabilmektedirler.

- 93 Kamu İhale Kurulunun bu önerimizi destekleyen bir kararı bulunmaktadır. Kararda daha önce açık ihale usulü ile yapılmış olan ihaleyi kazanmış firmanın, bu defa 4734 sayılı Kanun'unun madde 21/f hükmüne göre pazarlık usulü ile yürüttüğü ihaleye katılma konusundaki talebi reddedilmiştir. Kurul, bahsi geçen ihalede öngörülen en az üç istekli davet edilmesi şartına uyularak idarece yedi firmanın davet edilmiş olmasıyla birlikte, idarece yapılan daha önceki başka ihalede istekli sıfatını taşıyan başvuru sahibi firmanın ve diğer iki isteklinin de davet edilmemesinin, 4734 sayılı Kanunun 5. maddesinde sayılan saydamlık, rekabet, eşit muamele ve güvenilirlik temel ilkelerine aykırılık teşkil ettiğini kabul etmiştir. Bkz.: Kamu İhale Kurulu Uyuşmazlık Kararı, 30.10.2007 Tarihli ve 2007/UH.Z-3499 No.lu Karar, (Çevrimiçi), <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 09.11.2017.
- 94 Kamu İhale Kurulunun kısmen karşı oy kararında, 4734 sayılı Kanun'un madde 21/b-c-f hükümlerine göre pazarlık usulüyle yapılan ihalelerde, ihaleye en az üç isteklinin davet edilme şartı getirilmiş olduğu; ancak ihaleye teklif verecek istekli sayısına yer verilmediği belirtilmiştir. Bu sebeple ihaleye bir istekli tarafından dâhi teklif verilebileceği; ancak söz konusu durumda ihale komisyonunca 4734 sayılı Kanun'un 5. maddesinde yer alan "İdareler, bu Kanun'a göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur." hükmü çerçevesinde işlem yapılması gerektiği ileri sürülmüştür. Bkz.: Kamu İhale Kurulu Uyuşmazlık Kararı, 03.02.2014 Tarihli ve 2014/UH.I-657 No.lu Karar, (Çevrimiçi), <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 11.11.2017.
- 95 2886 sayılı Kanun'a göre hükme bağlanan pazarlık usulünde de bir istekliden teklif alınarak dâhi ihalenin sonuçlandırılabilen olduğundan, rekabet ilkesinin tesisinin sağlanmış olup olmadığına ilişkin bir değerlendirmenin yapılması mümkün olmamaktadır.



az olması veya teklif veren istekli sayısının üçten az olması hâlinde de ihale iptal edilmektedir<sup>96</sup>. Bizim önerimiz de 4734 sayılı Kanun'un madde 21/b-c hükümleri için olmasa da madde 21/f hükmü uyarınca ilan yayımlanmamasına yönelik kararın alındığı pazarlık usulünün uygulandığı ihalelerde de *teklif veren istekli sayısının ikiden az olması hâlinde ihalenin iptal edilmesi* şeklinde bir düzenleme getirilmesidir. Burada davet edilecek istekli sayısına ilişkin asgarî belirlemeden çok, ihaleye teklif sunan istekli sayısının birden çok olması yönündeki düzenlemenin çok önemli olduğunu düşünmekteyiz. Bunun dışında 4734 sayılı Kanun'un madde 21/f hükmü için Kanun'da belli istekliler arasında ihale usulünde yer alan düzenlemelerden esinlenilerek yapmış olduğumuz bu öneri, hüküm ile getirilen takdir yetkisinin uygulamadaki idarî usul ve ihale ilkeleri üzerindeki olumsuz sonuçları üzerinde yalnızca azaltıcı etki gösterebilmektedir. Bu bağlamda bu olumsuz sonuçların tamamen bertaraf edilmesi için, 4734 sayılı Kanun'un madde 21/f hükmünün, ihalelerde uygulanacak bir pazarlık usulü sebep unsuru olarak düzenlenmemesi ve bu sebeple bu hükmün metinden çıkarılması gerektiğini düşünmekteyiz.

Son olarak 4734 sayılı Kanun'un madde 21/f hükmünde yaklaşık maliyet tutarına göre hükme bağlanan düzenlemenin, pazarlık usulünün aynı maddede yer alan diğer sebep unsurlarına kıyasla, idarî usul ilkelerinden denge ve bu bağlamda ihale ilkelerinden rekabet ilkesine en çok zarar veren sonuçları olduğunu düşünmekteyiz. Zira ihalelere yönelik işlemlerde mevzuatımızda geçerli olan adem-i merkezîyetçi sistem; başka ifade ile her idarenin kamu ihalelerini kendi birimleri ve personeli ile yürütmeleri sebebiyle tek tek düşünüldüğünde kanun koyucunun takdiri ile görece düşük gözükken 225.403,00 TL olan yaklaşık maliyet tutarı, ülke düzeyinde total olarak düşünüldüğünde ciddi bir kamusal harcamaya tekabül eden bir düzenleme olmaktadır<sup>97</sup>. Pazarlık usulünün diğer sebepleri incelendiğinde, doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya avunma ve güvenlikle ilgili ivedilik içeren durumlar ya da idareyi zorlayan bir ihtiyacın bulunduğu ve bu bağlamda kamu yararı ve

96 Maddenin devamında da teklif veren istekli sayısının üçten az olması nedeniyle ihalenin iptal edilmesi durumunda, ihale dokümanı gözden geçirilerek varsa hatalar ve eksiklikler giderilmek suretiyle, ön yeterliği tespit edilen bütün isteklilerin tekrar davet edilerek ihale sonuçlandırılabilmesi belirtilmiştir.

97 2017 yılına ait Kamu Alımları İzleme Raporu'nda yer alan istatistiksel bilgilere göre, 4734 sayılı Kanun kapsamında pazarlık usulü ile yapılan kamu alım tutarı 45.343.965.000,00 TL olarak gerçekleşmiştir. Bu alımların 2.126.878.000,00 TL'si de Kanun'un madde 21/f hükmü uyarınca gerçekleşmiştir.



hizmet gereklerine ilişkin bir değerlendirmeyi içerecek takdir yetkisinin varlığı kabul edilebilmektedir. Ancak belli bir yaklaşık maliyetin altında olan mal ve hizmet alımları için tanınan bu takdir yetkisinde geçerli olması gereken denge ilkesinde, ilgililerin aleyhine oluşan durum karşısında idarenin lehine oluşan bir durum da tespit edememiş bulunmaktayız. Başka ifade ile çalışmamızda buraya dek açıklamaya çalıştığımız üzere, Kanun'un madde 21/b-c-f hükümlerine uyarınca pazarlık usulüne göre yürütülen ihalelerde idarelere tanınan takdir yetkisinin kullanımıyla rekabet ilkesinin, aynı ihalenin açık ihale usulü ile yürütüldüğü duruma kıyasla aynı oranda tesis edildiğini söylemek çok güçtür. Bu bağlamda istenilen rekabet düzeyinin bir amacı da yarışma ortamı içinde ekonomik açıdan en avantajlı teklifin elde edilmesi olduğuna göre, bahsettiğimiz şartlarda gerçekleşen ihalede bu teklifin elde edilmesi de güçleşecektir. Bu sebeple de yaklaşık maliyet tutarı görece olarak düşük olan bu ihaleler için, idarî usul ve ihale ilkelerinin bertaraf edilerek teklif edilen bedellerde ekonomik olarak en avantajlı teklifi elde etme ihtimali düşük olan bu usulün kanunî bir istisna yaratılarak uygulanmasını doğru bulmamaktayız.

## V. İDARÎ İŞLEM TEORİSİ VE PAZARLIK USULÜ

Hem 2886 sayılı hem de 4734 sayılı Kanun uyarınca yürütülecek ihaleler için pazarlık usulüne başvurulması; başka ifade ile bu usulün tercih edilmesi bir idarî işlem olarak karşımıza çıkmaktadır. İdarî işlemlerin geçerli ve hukuka uygun olmaları için, bu işlemlerin unsurları olan yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden sakat olmamaları gerekmektedir<sup>98</sup>. Bahsetmiş olduğumuz bu unsurlar, idarî işlemlerin anatomisini oluşturmakta<sup>99</sup> olup normatif düzenleme olarak dayanağını da 2577 sayılı *İdari Yargılama Usulü Kanunu*'nun madde 2/1-a hükmünde bulunmaktadır. Çalışmamızda bu başlık altında kamu ihalelerinde başvuru pazarlık usulüne ilişkin bu unsurlar temelinde bir irdeleme yapılacaktır.

### A. Pazarlık Usulünde Yetki Unsuru

İdare hukukunda hukukî iktidar olarak ifade edilen yetki, sahibine bir hukukî yetenek vermektedir ve bu hukukî iktidarın kullanılması da irade açıklaması ile mümkün olmaktadır<sup>100</sup>. Yetki unsuru, idarî işlemlerdeki irade beyanının kim ya da kimler tarafından yapılacağına

98 GÖZÜBÜYÜK/TAN, Cilt: I, s. 370.

99 ÖZAY, s. 450.

100 ÖZYÖRÜK Mükbil, *İdare Hukuku Dersleri*, Teksir-Daktilo-Fotokopi, Ankara, 1972-1973, s. 18-19.



ilişkindir<sup>101</sup>. İdarî işlemlerdeki yetki unsuru, belli organ ve makamlara Anayasa ve kanunlar tarafından tanınmış karar alma gücünü ifade etmektedir<sup>102</sup>.

Pazarlık usulü ile ihale yapılması kararı şeklinde tesis edilen idarî işlemde yetkili makam, ihaleyi yürüten idare<sup>103</sup> olmaktadır. Daha önce belirttiğimiz üzere, 4734 sayılı Kanun kapsamında yer alan kamu hukukuna tâbi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihaleleri, bu Kanun hükümlerine göre yürütülmektedir. Bahsi geçen mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalelerinde uygulanacak usul ve esasları düzenlemek amacıyla ayrıca Yönetmelikler<sup>104</sup> hazırlanmıştır ve bu Yönetmeliklerin ekinde *Standart Formlar* yer almaktadır. Standart formlardan birisi de ihale yetkilisinden alınan *İhale Onay Belgesi* olup bu belge, 4734 sayılı Kanun'un 7. maddesinde belirtildiği üzere, ihale işlem dosyasında yer almak zorundadır. İhale onay belgesi, idarelerce yürütülecek ihalenin bir nevi *kimlik belgesidir*. Bu belgede ihalelere ait detaylı tüm bilgilerin yanı sıra, ihalenin yapılacağı usul de gösterilmek zorundadır ve bu usulün belirlenmesinde belgeden de anlaşılacağı üzere, ihaleyi yürütecek olan idare yetkili kılınmıştır.

## B. Pazarlık Usulünde Şekil Unsuru

Hukuk sistemimizde yerleşmiş bir idarî usul teorisi mevcut olmadığı için idarî usul kavramı, idarî işlemin yetki ve şekil unsuru ile işlemin içeriğine yönelik iradenin oluşumuna yönelik işler olmak üzere iki farklı manada kullanılmaktadır<sup>105</sup>. Bu bağlamda çalışmamızın başında idarî usul ilkelerine yönelik yapmış olduğumuz açıklamalar, pazarlık usulü şeklinde tesis edilen kararın şekil unsuru için de geçerlidir. Çalışmamızda da 2577 sayılı Kanun'un şekil unsuru lafzına yer vermesi ve bu bağlamda hükümdeki terminolojiye uygun olması amacıyla idarî işlemlerde şekil unsurunu, şekil ve usul kurallarını içerecek şekilde<sup>106</sup> ele alınmaktadır.

101 GÖZLER/KAPLAN, s. 305.

102 TAN, s. 233.

103 4734 sayılı Kanun'un 4. maddesine göre *idare*, ihaleyi yapan ve bu Kanun kapsamındaki kurum ve kuruluşları ifade etmektedir.

104 Bkz.: Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği ve Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği; 04.03.2009 Tarihli ve 27159 Mükerrer Sayılı Resmî Gazete.

105 KALABALIK, s. 300.

106 YILDIRIM, s. 446. Ayrıca 2577 sayılı Kanun'da düzenlenen şekil unsurunun aynı



İdarî işlemlerde şeklin, idarî işlemin özünü oluşturan iradenin dış dünyaya yansımalarının maddî biçimi ile idarî işlemin yapılmasında izlenen usulü ifade eden iki anlamı bulunduğu belirtilmektedir<sup>107</sup>. Bahsi geçen her iki anlamı içerecek şekilde şeklin, idarî işlemin hukuk düzeninde gözükmesi gereken düzeni ifade ettiği belirtilmiştir<sup>108</sup>. İdare hukuku doktrininde ve bazı yargısal kararlarda, 2577 sayılı Kanun'da düzenlenmemiş olan ve usul unsuru olarak ifade edilen altıncı bir idarî işlem unsuru da ele alınmaktadır. Başka deyişle şekil unsuru ile usul unsuru ayrı ayrı incelenmektedir<sup>109</sup>. Ayrıca doktrinde, şekil ve usul unsurlarını *biçim başlığı* altında irdeleyen eserler de mevcuttur<sup>110</sup>.

İdarî işlemlerin tesisinde izlenecek usul ile idarî işlemin bürüneceği şekil kuralları, *yargısal olmayan idarî usul* olarak ifade edilmekte olup idarî usulün, idarenin yargısal denetimi kadar önem kazandığı ileri sürülmektedir<sup>111</sup>. İdarî işlemlerin belli usuller izlenerek yapılmasının zorunlu olduğu<sup>112</sup> ve bu bağlamda idarenin düzenli, objektif ve güvenilir niteliğe sahip faaliyetlerinin olabilmesinde şekil kurallarına bağlılığın esas olduğu vurgulanmaktadır<sup>113</sup>. Şekil unsurunun varlığı, idarî işlemi tesis etmeye yetkisi olan makam ve kişilerin kararlarının sonuçlarını iyice hesap etmesini sağlamaktadır<sup>114</sup>.

Özel idarî usuller getiren düzenlemelere örnek teşkil eden 2886 ve 4734 sayılı Kanunlar uyarınca yürütülen ihale sürecinde sözleşme akdedilene dek alınan kararlar ile uygulanacak kuralların, idare hukuku ilkeleri ile bağdaşan idarî usul kuralları olduğu belirtilmelidir<sup>115</sup> ve bu bağlamda ihale usulünün pazarlık usulü olarak seçilmesi kararı da bu usule tabidir. Bu açıklamalar temelinde çalışmamızın başında belirtmiş olduğumuz ve idarî usul hukukunun konuları içinde yer alan *tesis edilecek idarî işlem ile menfaat ilişkisi bulunan ilgililerin yetkili idare makamı karşısındaki hukukî durumlarının idarî işlemin şekil unsuru*

---

zamanda usulü de içeren geniş kapsamlı bir kavram olduğu belirtilen çalışma için bkz.: GÖZÜBÜYÜK/TAN, Cilt: I, s. 392-393.

107 GÜNDAY, s. 144.

108 GİRİTLİ, s. 1272.

109 ONAR Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumî Esasları**, Cilt: 1, Üçüncü Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s. 307; ÖZAY, s. 491; GÜNDAY, s. 144; GÖZLER/KAPLAN, s. 304.

110 GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, **Yönetim Hukuku**, 34. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, Ağustos 2016, s. 313; ÖZAY, s. 490; GİRİTLİ, s. 1272; TAN, s. 225.

111 GÖZÜBÜYÜK/TAN, Cilt: I, s. 393.

112 Eserde, idarî işlemlerde şeklin iki anlama geldiği; bunlardan ilkinin maddî biçimi, diğerinin idarî işlemin yapılmasında izlenen usulü ifade ettiği belirtilmiştir. Bkz.: GÜNDAY, s. 144.

113 GÖZÜBÜYÜK/TAN, Cilt: I, s. 393.

114 ONAR, Cilt: 1, s. 308.

115 KUTLU GÜRSEL, "Kamu İhale Süreci", s. 23.

ile ilgili doğrudan bağlantılı olduğu anlaşılmaktadır. Başka ifade ile pazarlık usulü kararlarının şekil unsurundan kaynaklanan özellikleri ve sonuçları, bu karar ile menfaat ilişkisi bulunan ilgililerin ihaleyi yürüten idare karşısındaki hukukî durumlarına ilişkin olmaktadır. Zira 4734 sayılı Kanun'da hükme bağlanan ve açıklık ile rekabet ilkelerine olan etkilerine yer verdiğimiz pazarlık usulünün özellikleri, ihale sürecinin geneli ve bu sürece dâhil olmak isteyen kişiler üzerinde ayrıksı sonuçlar yaratmaktadır.

### 1. Şekil Kuralları

İdarî işlemin şekil unsurunda, *şekil kuralları* ele alınmaktadır<sup>116</sup>. Bu bağlamda, *yazılılık, gerekçe, hazırlık işlemleri, ilgilinin görüş ve savunmasının alınması, şekil ve usulde paralellik ilkeleri, şekil kuralları*<sup>117</sup> olarak belirtilmektedir<sup>118</sup>. Çalışmamızın konusu ve amacına uygun olarak pazarlık usulünün irdelenmesinde bu şekil kurallarından yalnızca *gerekçe ilkesi* irdelenecektir.

### 2. Gerekçe İlkesi

İdarî usul ilkelerinden biri olan gerekçe, idarî işlemlerin tesisindeki maddî ve hukukî olayların işleme esas metinde gösterilmesi olarak ifade edilmektedir<sup>119</sup>. Ayrıca gerekçe, idarî işlemlerin özlü bir şekilde bildirilmesi ödevi olarak tanımlanmaktadır<sup>120</sup>. Gerekçe, genel olarak idarî işlemin maksat unsurunu; somut durumlarda da işlemin sebep unsurunu ortaya çıkarmaktadır<sup>121</sup>. Bu bağlamda gerekçe ilkesi, idarî işlemin şekil, sebep ve maksat unsurları ile doğrudan ilişkilidir.

Gerekçe ilkesi, idarî işlemler için genel bir şekil kuralı ve bu bağlamda aslî bir şekil unsuru olmamakla birlikte, bazen hukukî düzenlemelerde gerekçelendirmenin zorunlu tutulmuş olduğu görülmektedir<sup>122</sup>. 4734 sayılı Kanun uyarınca pazarlık usulü ile yürütülen ihaleler için gerekçe ilkesi ile belirtilebilecek ilk husus, yapılan ihalenin *EKAP* kaydının yapılmış olduğu ve bu bağlamda

116 GÜNDAY, s. 143. Ayrıca idarî işlemin gerekçesini, idarî işlemin şekli başlığı altında ele alan çalışma için bkz.: AKYILMAZ, *İdari Usul İlkeleri*, s. 187-211.

117 GÜNDAY, s. 144-149.

118 Başka bir eserde şekil ve usul kuralları ayrı ayrı ele alınmış olup *yazılı şekil, gerekçe, hazırlık işlemlerinin şekil kurallarını; savunma hakkı, danışma, şekil ve usulde paralellik ilkesinin usul kurallarını* oluşturduğu belirtilmiştir. Bkz.: KALABALIK, s. 350-358.

119 GÖZÜBÜYÜK/TAN, Cilt: I, s. 401.

120 KALABALIK, s. 178.

121 ÖZAY, s. 491-492; KALABALIK, s. 351.

122 YILDIRIM, s. 451.



ihale ilanının yayımlandığı hâllerde ilgililerin, ulaştıkları ihale dokümanlarından o ihalenin, Kanun'un 21. maddesinde düzenlenen hangi hukukî sebebe göre yapılmış olduğunu görebilmekte olduğudur. Başka ifade ile ihale dokümanları aracılığıyla ile ilgililer, pazarlık usulü kararının sebep unsurunu anlayabilmektedir. Diğer taraftan 4734 sayılı Kanun'un madde 21/b-c-f hükümlerine istinaden pazarlık usulü ile yapılan ve ilanı yayımlanmayan ihalelerde ise sebep unsuru, yalnızca idarelerce söz konusu ihaleye davet edilen isteklilerce öğrenilebilmektedir. Zira ihale ilanı yayımlanmadığı için ihaleye davet edilmeyen ilgililer, pazarlık usulünün hukukî sebebinden haberdar olamamaktadır.

Yukarıda yer alan açıklamalardan sonra, 4734 sayılı Kanun'da pazarlık usulü ile yürütülen ihalelerde *gerekçe kuralının zorunlu olduğunu ve gerekçe ilkesinin mevcut olduğunu* belirtmeliyiz. Bu gerekçe zorunluluğu da kanun düzeyinde değil; yönetmelik düzeyinde getirilmiştir. Zira kamu ihale mevzuatında bulunan uygulama yönetmeliklerinin ekinde yer alan ihale onay belgesinde, 4734 sayılı Kanun'un 21. maddesi uyarınca pazarlık usulü ile yapılan ihalelerde, bu usulün kullanılmasının gerekçesinin idarelerce açık olarak bu belgede belirtileceği ve bu hususa ilişkin bilgi ve belgelerin onay ekine konulacağı emredilmiştir. Ancak pazarlık usulünün kararının alınmasına gerekçe zorunluluğu getirilmiş olsa da onay belgesinde belirtilen bu gerekçenin ne olduğundan ilgililer haberdar olmamaktadır. Şöyle ki pazarlık usulünün gerekçesinin yer aldığı ihale onay belgesi, ihalelerin hazırlık aşamasında yer almakta olup henüz ilgililerin ihale sürecine dâhil olması söz konusu değildir. Bunun dışında ilgililerin yer aldıkları hazırlık aşamasından sonraki diğer ihale süreci aşamalarında da bu belgede yer alan bilgilerden biri olan yaklaşık maliyet tutarının tekliflerin değerlendirilmesine dek gizliliğinin temin edilmesi esas olduğundan, yine pazarlık usulünün gerekçesinin bu belge üzerinden öğrenilmesi mümkün olmamaktadır. Durum bu olmakla birlikte, idarelerce alınan pazarlık usulü kararı için yönetmelik düzeyinde getirilmiş olan gerekçe zorunluluğunun işlevsiz olduğunu düşünmemekteyiz. Zira getirilmiş olan bu gerekçe ilkesi ile henüz ihale işlemlerinin başladığı anda, Kanun'da istisnai bir usul olarak düzenlenen pazarlık usulüne başvurma yönünde takdir yetkisi kullanan idarelerin, Kanun'da yer alan hukukî sebeplerden birinin mevcut olduğu yönündeki gerekçesini belirtmesi ve bu gerekçeye ait bilgi ve belgeleri hazırlaması sağlanmaktadır. Bu durumda pazarlık usulü kararına yönelik bir yargısal uyuşmazlık olmadan evvel, idarelerin



pazarlık usulü ile ihale yürütme kararını, ciddi bir biçimde ele almalarını sağlayan bir gerekçe zorunluluğu bulunduğunu belirtebiliriz. Bu bağlamda bu usulün uygulanmasına ilişkin kararlar idarî yargı mercilerinde dava konusu edildiği takdirde, 2577 sayılı Kanun'un *dosyaların incelenmesinin* düzenlendiği madde 20/1 hükmüne göre, Danıştay ve idarî mahkemeler, bakmakta oldukları davalara ait her türlü incelemeyi kendiliğinden yaptıkları ve mahkemeler belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebildikleri için de idareler tarafından bu kararların gerekçesi, uyuşmazlığın görüldüğü mahkemeye bildirilmek zorunda olup idareler, aldıkları kararın gerekçesini henüz böyle bir ihtilaf olmadan evvel bilgi ve belgeleriyle belirtmek zorunda olduğu ihale onay belgesi ve eklerini uyuşmazlığın görüldüğü mahkemeye sunacaktır.

### C. Pazarlık Usulünde Sebep Unsuru

İdarî işlemlerde sebep unsuru, henüz işlem tesis edilmeden önce mevcut olan maddî ya da hukukî bir durumdur<sup>123</sup>. Bu maddî veya hukukî durum, idarî işlemlerin yapılmasına yol açmaktadır<sup>124</sup>. Bu bağlamda da sebep unsuru, idarî işlemlerin dayanağını ve gerekçesini oluşturmaktadır<sup>125</sup>. Sebep unsuru ile gerekçe bir bütün oluşturmaktadır; zira sebep unsurunun somut olayla ilişkilendirilmesi, somut olayda sebep unsurunun nasıl gerçekleştiğinin belirtilmesi idarî işlemin gerekçesini oluşturmaktadır<sup>126</sup>. Gerekçe kuralı daha çok ilgiliye, idarî işlemin sebep unsurunu oluşturan maddî veya hukukî durumlar ise daha çok uyuşmazlığın çözümünde hakîme hitap etmektedir<sup>127</sup>.

4734 sayılı Kanun'un 4. maddesinde *pazarlık usulü*, Kanun'da belirtilen hâllerde kullanılabilen, ihale sürecinin iki aşamalı olarak gerçekleştirildiği ve idarenin ihale konusu işin teknik detayları ile gerçekleştirme yöntemlerini ve belli hâllerde fiyatı isteklilerle görüştüğü usulü ifade etmektedir. Bu tanımda yer alan ve bu usulün kullanılabileceği *Kanun'da belirtilen hâllere* ilişkin düzenleme de Kanun'un *pazarlık usulünün* düzenlendiği 21. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Bu maddede idarelerce pazarlık usulü ile ihale yapılabilmesine kanunî düzeyde imkân veren ve tek tek hüküm altına

123 ÖZAY, s. 453.

124 YILDIRIM, s. 454.

125 YILDIRIM, s. 454.

126 ATAY, s. 495.

127 AKYILMAZ, "İdari Usul İlkeleri", s. 200.



alınmış olan bu hâller, aslında bu usulün sebep unsurunu; başka ifade ile hukukî dayanağını oluşturmaktadır. Bu sebeplerin neler olduğuna ilişkin açıklamalara geçmeden önce, bahsi geçen hükümlerde yer alan özellikli bir durumun irdelenmesinde fayda görülmektedir.

4734 sayılı Kanun'da pazarlık usulünün tanımının yer aldığı maddede *"Bu Kanun'da belirtilen hâllerde kullanılabilen"* ve usulün düzenlendiği maddede de *"Aşağıda belirtilen hâllerde pazarlık usulü ile ihale yapılabilir"* ifadeleri mevcuttur<sup>128</sup>. Bu ifadelerden anlaşılacağı üzere, idarelerin bu usulü tercih etmeleri bir zorunluluk olmayıp tercihlerine bırakılmıştır. Dolayısıyla idarelere pazarlık usulüne başvurmalarında bir *takdir yetkisi* tanınmış olmaktadır.

Takdir yetkisi, idarelere kanunî olarak kabul edilebilir kararlar arasından tercihe şayan gördüğünü seçme imkânı vererek alacağı karar hususunda belli ölçüde serbesti tanıyan bir yetki olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>129</sup>. Bu sebeptendir ki pazarlık usulüne ilişkin idarî işlemlerin yargısal denetiminde 2577 sayılı Kanun'un madde 2/2 hükmü uygulama alanı bulacaktır. Bu bağlamda, bu işlemlerin yalnızca hukuka uygunluğu denetlenecek ve burada yer alan idarenin takdir yetkisini kaldıracak biçimde bir yargısal karar verilemeyecektir. Durum bu olmakla birlikte takdir yetkisi, idarenin hukuka bağlılığının bir istisnasını teşkil etmemektedir. Takdir yetkisi de yine bir hukuk kuralından doğmakta<sup>130</sup> olup hukuk kuralları içindeki hareket özgürlüğünü ifade etmektedir<sup>131</sup>. Zira takdir yetkisi, Devlet yetkisinin bir kullanış biçimi olup özel bir yetki türü değildir<sup>132</sup>. Danıştay kararlarında da<sup>133</sup>, idarelerin tesis ettikleri işlemlerin unsurlarından olan sebep unsurunun idareyi işlem yapmaya iten hukukî bir neden, işlemle gerçekleştirilmeye çalışılan kamu yararına dayanan hukukî ve somut bir durum olduğu ve idarî işlemin sebep unsurundaki hukuka

128 2886 sayılı Kanun'un pazarlık usulüyle yapılacak işlerin düzenlendiği 51. maddesinde de *"Aşağıda yazılı işlerin ihalesi, pazarlık usulüyle yapılabilir"* ifadesi bulunmaktadır.

129 YILDIRIM, s. 456.

130 ONAR, Cilt: 1, s. 432.

131 ÖZAY, s. 456.

132 Devlet yetkisinin bir subjektif hak olmadığı da düşünüldüğünde, bundan türeyen tüm yetkilerin kullanılmalarda kişilerin kendi subjektif dürtüleri, düşünceleri veya yorumları yer alamamaktadır ve bu bağlamda takdir yetkisi kullanılırken bazı hukukî şart ve şekillere uyulması zorunludur. Bkz.: ÖZYÖRÜK, s. 132; 211.

133 Bkz.: Danıştay 8. Dairesi, 18.05.2010 Tarihli ve E. 2010/106 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFW1nEsBd88GeWLxWF4zcv!vw~~>; Danıştay 8. Dairesi, 19.04.2010 Tarihli ve E. 2009/10357 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFW1nEsBd88JGeW%2BvJbzLgjsjg~~>, 01.12.2017.





aykırılığın yargısal muhakemede resen dikkate alınacağı belirtilmiştir. Ayrıca idarî işlemlerin bir sebebe ve gerekçeye dayalı olmasının hukukun genel ilkelerinden olduğu; bu ilkenin idareleri uyguladığı ve düzenleme yaptığı alanda doğru ve anlamlı olgular ortaya koymaya ve denetim yapmaya zorladığı ve işlemlerde gösterilen sebep ve gerekçenin işlemin kanunlara uygunluğunu ve dayanağını değerlendirmede, itiraz edip etmeme konusunda ilgililere yardımcı olmakla birlikte idarenin saydamlığı, savunma hakları ve idareye güven ilkeleri ve hukuk devleti anlayışının oluşumu noktalarında da büyük öneme sahip olduğu belirtilmiştir. Bu bağlamda, idarelerin işlem tesis ederken kendilerine Anayasa ve kanunlarca çizilen çerçeve içinde verilen takdir hakkının serbestçe kullanılabilen bir keyfiyeti ifade etmemekte olup kamu yararı ve hizmet gerekleri açısından hukuka uygun olarak temellendirilmiş olgularla desteklenmesi gerekmektedir.

Son olarak 2017 yılına ait Kamu Alımları İzleme Raporu'nda yer alan istatistiksel bilgilere göre 01.01.2017 - 31.12.2017 tarihleri arasında, 4734 sayılı Kanun kapsamında yapılan ihalelerin %71,07'si açık ihale usulü ile %0,41'i ise belli istekliler arasında ihale usulü ile ve %28,52'si de pazarlık usulü ile gerçekleştirilmiştir. Bu bağlamda bahsi geçen dönemde her dört ihaleden en az birinin<sup>134</sup> yürütüldüğü pazarlık usulünün dayanağını oluşturan hukukî sebepler, *diğer ihale usulleri ile yapılan ihaleler sonucunda teklif çıkmaması, ivedi hâllerin ortaya çıkması, ihalenin ya da ihale iş ve işleminin niteliği ile yaklaşık maliyetin tutarı* şeklindeki başlıklar altında irdelenebilir.

### 1. Diğer İhale Usulleri ile Yapılan İhaleler Sonucunda Teklif Çıkmaması

4734 sayılı Kanun'un madde 21/a hükmüne<sup>135</sup> göre, Kanun'daki diğer ve temel usuller olduğu hükme bağlanan açık ihale usulü veya belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan ihale sonucunda teklif çıkmaması hâlinde, idarelerin aynı iş ve işlem için pazarlık usulü ile

134 Benzer istatistikî sonuç oluşturması bakımından Kamu İhale Kurumunca yayımlanan 2016 yılına ait Kamu Alımları İzleme Raporu'nda yer alan istatistiksel bilgilere göre, 01.01.2016 – 31.12.2016 tarihleri arasında, 4734 sayılı Kanun kapsamında yapılan ihalelerin %73,26'sı açık ihale usulü ile %0,38'i ise belli istekliler arasında ihale usulü ile ve %26,36'sı pazarlık usulü ile gerçekleştirilmiş olup 4734 sayılı Kanun kapsamında her dört ihaleden birinin pazarlık usulü ile yürütülmüş olduğu ve 2017 yılında pazarlık usulü yapılan ihalelerin sayısında bir önceki yıla göre artış olduğu görülmektedir.

135 2017 yılına ait Kamu Alımları İzleme Raporu'nda yer alan istatistiksel bilgilere göre, 4734 sayılı Kanun kapsamında pazarlık usulü yapılan 25.475 adet ihalenin 36 adedi, bu hükme istinaden yapılmıştır.



ihale yapabilmesine imkân tanınmıştır<sup>136</sup>. Burada idarelerin pazarlık usulü ile ihale kararındaki sebep unsurunu, diğer ihale usulleri yapılmış olan ihalelerde teklif çıkmaması oluşturmaktadır. Durum bu olmakla birlikte, idarelerin bu hâllerde de pazarlık usulü ile ihale yapması bir zorunluluk olmayıp bu usulün tercihinde bir takdir yetkisi bulunduğunu belirtmek gerekmektedir.

## 2. İvedi Hâllerin Ortaya Çıkması

4734 sayılı Kanun'un madde 21/b hükmünde<sup>137</sup>, *“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”*<sup>138</sup> ve 21/c hükmünde<sup>139</sup> de *“Savunma ve güvenlikle ilgili özel durumların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması”*<sup>140</sup> hâllerinde idarelerin pazarlık usulü ile ihale yapabilecekleri belirtilmiştir. Hükümlerden anlaşılacağı üzere pazarlık usulü ile ihale kararının alınmasının sebep unsurunu, ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunluluğu oluşturmaktadır ve Kanun'da bu sonucu doğurabilen bazı durumlar bildirilmiştir. Bu bağlamda doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya idare tarafından önceden öngörülemeyen olaylar veya savunma ve güvenlikle ilgili özel durumların varlığının,

136 2886 sayılı Kanun'un 43. maddesinde kapalı teklif usulü ile yapılan ihalelerde, istekli çıkmadığı veya teklif olunan bedelin komisyonca uygun görülmediği hâllerde, ya yeniden aynı usulle ihale açılacağı veya idare yararı görüldüğü takdirde ihalenin bitiş tarihinden itibaren 15 gün içinde işin pazarlıkla yaptırılacağı; Kanun'un 49. maddesinde de açık teklif usulüyle yapılan ihalelerde istekli çıkmadığı ya da isteklilerin belgelerinin veya son tekliflerinin uygun görülmediği hâllerde yeniden aynı usulle ihale açılacağı veya idare yararı görüldüğü takdirde ihalenin bitiş tarihinden itibaren 15 gün içinde işin pazarlıkla yaptırılacağı hükme bağlanmıştır.

137 2017 yılına ait Kamu Alımları İzleme Raporu'nda yer alan istatistiksel bilgilere göre, 4734 sayılı Kanun kapsamında pazarlık usulü yapılan 25.475 adet ihalenin 6.804 adedi, bu hükme istinaden yapılmıştır.

138 2886 sayılı Kanun'un madde 51/c hükmünde, önceden düşünülmesi mümkün olmayan ani ve beklenmeyen olayların ortaya çıkması üzerine acele olarak yapılması gerekip, kapalı veya açık teklif usulünün uygulanmasına yeterli süre bulunmayan işlerin ihalelerinin, pazarlık usulü ile yapılabileceği belirtilmiştir.

139 2017 yılına ait Kamu Alımları İzleme Raporu'nda yer alan istatistiksel bilgilere göre, 4734 sayılı Kanun kapsamında pazarlık usulü yapılan 25.475 adet ihalenin 778 adedi, bu hükme istinaden yapılmıştır.

140 2886 sayılı Kanun'un madde 51/g hükmünde kullanıcılarının özelliği, idarelere yararlı olması veya ivediliği nedeniyle kapalı veya açık teklif yöntemleriyle ihalesi uygun görülmeyen Devlet'in özel mülkiyetindeki taşınır ve taşınmaz malların kiralınması, trampası ve mülkiyetin gayri aynı hak tesisi ile Devlet'in hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerin kiralınması ve mülkiyetin gayri aynı hak tesisi işlerinin ve madde 51/n hükmünde de Milli Güvenlik nedeniyle gizli tutulması zorunluluğu Bakanlar Kurulunca kabul edilen işlerin ihalelerinin, pazarlık usulü ile yapılabileceği belirtilmiştir.



ivedi bir şekilde ihale yapılmasını zorunlu kıldığı hâllerde, idarelere bu usulün tercihinde takdir yetkisi tanınmıştır. Ayrıca daha önce değindiğimiz üzere, Kanun'un madde 21/b-c hükümleri uyarınca pazarlık usulünün uygulandığı ihaleler için, idarelere ayrıca ihale ilanı yayımlanıp yayımlanmaması hususunda da takdir yetkisi tanınmakta olup bu durumda da ihalelere idarelerin davet edeceği kişiler katılmaktadır. Bu sebeple idarelerin yürüttüğü ihaleleri pazarlık usulü ile yapmalarında sebep unsurunu bu hükümlerin oluşturduğu hâllerde, idarelerce gösterilecek gerekçede tereddüde düşüren hususların bulunmaması; başka ifade ile bu hükümlerin geniş yorumlanmaması gerektiğini düşünmekteyiz. Burada konuyla ilgili bir Danıştay kararına yer vermek istiyoruz.

... Büyükşehir Belediye Başkanlığı tarafından, 12.09.2005 tarihinde 4734 sayılı Kanun'un madde 21/b hükmü uyarınca pazarlık usulü ile yapılan yapım işi ihalesinin iptali istemiyle açılan dava İdare Mahkemesince reddedilmiştir. Temyiz talebi üzerine Danıştay, İstanbul'un hızla artan nüfusu ile gelişen ve değişen hizmet kategorilerinin doğurduğu ihtiyaç karşısında alt yapı hizmetlerinin yetersiz olması nedeniyle, Büyükşehir Belediye Başkanlığı tarafından ihale konusu yapım işinin bir an önce bitirilmesinin zorunlu olduğu ve uluslararası platformda üstlenilen organizasyonlar nedeniyle gerekli alt yapının tamamlanarak bir an önce uygulamaya geçilmesinin gerekli olduğu konusundaki idarenin mahkemeye bildirilen gerekçesinde bir tartışma bulunmadığını belirtmiştir. Ancak aynı kararda dava konusu ihaleden önce, "doğal afet, salgın hastalık, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen" bir durumun söz konusu olmadığı; dava konusu yapım işinin, ihale yapılmadan önce idarenin iradesinden bağımsız olarak ortaya çıkan ve objektif kriterlere göre öngörülemez nitelikte olan olaylarla bir ilgisinin bulunmadığı ve idarece işin ivedilik gerektirme sebepleri arasında deprem riskinden de bahsedilmekte ise de İstanbul'da 1999 yılında yaşanan büyük deprem felaketinden altı yıl geçtikten sonra gerçekleştirilen ihalede, belirtilen gerekçenin kabulüne de olanak bulunmadığı belirtilmiştir. Bu açıklamalardan sonra, dava konusu yapım işinin, bu alanda faaliyet gösteren ve şartnamede belirlenen yeterlik kriterlerini sağlayan tüm firmaların katılımını sağlayacak usulde ihale edilmesi gerekirken, 4734 sayılı Kanun'un madde 21/b hükmünde düzenlenen şartların oluştuğuna dair hukuken geçerli bir sebep gösterilmeksizin, Kanun'un 5. maddesinde belirtilen temel ilkelere aykırı olarak pazarlık usulü ile gerçekleştirilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığına ve davanın reddi yolundaki İdare



Mahkemesi kararında hukukî isabet görülmediğine karar verilmiştir<sup>141</sup>.

Danıştay'ın başka bir kararında, 2886 sayılı Kanun uyarınca yapılacak ihalelerde kapalı teklif usulünün esas olduğu, pazarlık usulünün uygulanabilmesi bakımından *kullanışlarının özelliği* ve *idareye yararlı olması* şeklinde Kanun'da belirlenen kriterlerin, Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik'in madde 67/3 hükmünde somutlaştırıldığı; ancak bu özelliklerin bulunması hâlinde dahi pazarlık usulünün uygulanmasının zorunluluk olmayıp idarenin takdir yetkisinin bulunduğu belirtilmiştir. Kararın devamında pazarlık usulünde bir veya birden fazla istekliden şekle bağlı olmaksızın teklif alınabilmesi ve ilan yayımlanması zorunluluğu bulunmaksızın ihale yapılabilmesinin, ihalelerde rekabet ilkesinin dikkate alınmaması sonucunu doğurabileceğinden dolayı, temel ilkeler bakımından değerlendirildiğinde açık teklif usulünün, pazarlık usulüne göre daha objektif nitelikte bir ihale yöntemi olduğu belirtilmiştir<sup>142</sup>.

### 3. İhalenin ya da İhale İş ve İşleminin Niteliği

4734 sayılı Kanun'un madde 21/d hükmünde<sup>143</sup>, *“İhalenin, araştırma ve geliştirme sürecine ihtiyaç gösteren ve seri üretime konu olmayan nitelikte olması”* ve madde 21/e hükmünde<sup>144</sup> de *“İhale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin özgün nitelikte ve karmaşık olması nedeniyle teknik ve malî özelliklerinin gerekli olan netlikte belirlenememesi”* hâllerinde idarelerin pazarlık usulü ile ihale yapabilecekleri belirtilmiştir<sup>145</sup>.

### 4. Yaklaşık Maliyetin Tutarı

141 Danıştay 13. Dairesi, 03.12.2010 Tarihli ve E. 2009/4101, K. 2010/8217 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsBd88J-GeU320Die1GfFQ~>; <http://kararara.com/forum/viewtopic.php?f=23&t=21656>, 21.10.2017.

142 Danıştay 13. Dairesi, 02.03.2011 Tarihli ve E. 2009/1028, K. 2011/858 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://kararara.com/forum/viewtopic.php?f=3&t=2502>, 11.10.2017.

143 2017 yılına ait Kamu Alımları İzleme Raporu'nda yer alan istatistiksel bilgilere göre, 4734 sayılı Kanun kapsamında pazarlık usulü yapılan 25.475 adet ihalenin 4 adedi, bu hükme istinaden yapılmıştır.

144 2017 yılına ait Kamu Alımları İzleme Raporu'nda yer alan istatistiksel bilgilere göre, 4734 sayılı Kanun kapsamında pazarlık usulü yapılan 25.475 adet ihalenin 25 adedi, bu hükme istinaden yapılmıştır.

145 2886 sayılı Kanun'un madde 51/f hükmünde idarelerin, müştereken veya iştirak halinde sahibi buldukları taşınmaz mallardaki paylarının paydaşlara kiraya verilmesi; madde 51/h hükmünde de Hazinesin veya Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğünün mülkiyetinde veya Devlet'in hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerdeki baraj, dalyan, voli yerleri, göller, havuzlar, nehirler ve nehir ağzlarındaki av yerleri ile deniz ve iç sularda belirlenmiş yerlerdeki su ürünleri üretim hakkının, 22.03.1971 tarihli ve 1380 sayılı Su Ürünleri Kanunu'na göre il özel idarelerince kiraya verilmesi işlerinin ihalelerinin, pazarlık usulü ile yapılabilmesi belirtilmiştir.

4734 sayılı Kanun'un madde 21/f hükmünde<sup>146</sup> yaklaşık maliyetle ilgili de bir ölçüt getirilmiştir<sup>147</sup>. Hükümde, "İdarelerin yaklaşık maliyeti 225.403,00 TL'ye<sup>148</sup> kadar olan mamul mal, malzeme veya hizmet alımları"nın pazarlık usulü ile yaptırılabilmesi belirtilmiştir. Bu bağlamda 2017 yılı için 4734 sayılı Kanun kapsamındaki idarelerin, yine bu Kanun kapsamındaki mamul mal, malzeme veya hizmete ilişkin ihalelerinin<sup>149</sup> yaklaşık maliyetinin 225.403,00 TL'nin altında kalması hâlinde idarelerin pazarlık usulü ile ihale yapmalarında takdir yetkisi bulunmaktadır ve yaklaşık maliyetin dışında hiçbir şarta yer verilmediği görülmektedir. Kanaatimize göre, 4734 sayılı Kanun'un madde 21/f hükmü, *doğrudan temin* özellikleri gösteren bir pazarlık usulü düzenlemesi olmaktadır<sup>150</sup>. Bu bağlamda bir ihale usulü olan pazarlık usulünün bu sebep unsuruna istinaden idarî usul ile ihale ilkelerini zedeleyen hukukî sonuçlar yaratan takdir yetkisini idarelere tanıyan bu düzenleme ile aynı anda ihale dışı bir usul olarak hükme bağlanan doğrudan teminin aynı Kanun içinde yer almasını doğru bulmamaktayız.

Burada da konuyla ilgili Danıştay'ın bir kararına yer vermek istiyoruz. 4734 sayılı Kanun'un madde 21/f hükmü uyarınca pazarlık

146 2017 yılına ait Kamu Alımları İzleme Raporu'nda yer alan istatistiksel bilgilere göre, 4734 sayılı Kanun kapsamında pazarlık usulü yapılan 25.475 adet ihalenin 17.823 adedi, bu hükme istinaden yapılmıştır. Bu verilerden hareketle 4734 sayılı Kanun kapsamında pazarlık usulü yapılan her on ihaleden yedisinin hukukî sebebinin, Kanun'un madde 21/f hükmü olduğu anlaşılmaktadır. Benzer istatistikî sonuç oluşturması bakımından 2016 yılına ait Kamu Alımları İzleme Raporu'nda yer alan istatistiksel bilgilere göz atıldığında, 2016 yılında 4734 sayılı Kanun kapsamında pazarlık usulü yapılan 23.547 adet ihalenin 16.571 adedinin bu hükme istinaden yapılmış olduğu ve bu verilerden hareketle, 4734 sayılı Kanun kapsamında pazarlık usulü yapılan her on ihaleden yedisinin hukukî sebebinin yine Kanun'un madde 21/f hükmü olduğu görülmektedir.

147 2886 sayılı Kanun'un madde 51/a hükmünde "Yer, özellik (askerî birliklerin kuruluş özellikleri dâhil) ve nitelikleri itibarıyla her yıl Genel Bütçe Kanunu'nda gösterilecek belli tutarları aşmayan ve süreklilik göstermeyen, bu Kanun'un 1. maddesinde gösterilen işler" in ihalelerinin, pazarlık usulü ile yapılabileceği belirtilmiştir.

148 4734 sayılı Kanun'da belirtilen eşik değerler ve parasal limitler, her yıl Türkiye İstatistik Kurumu tarafından açıklanan Aralık ayı Yurt İçi Üretici Fiyat Endeksi yıllık değişim oranında arttırılarak güncellenmektedir. 2017 yılı (Yİ-ÜFE) yıllık değişim oranı %15,47 olarak gerçekleşmiş olup 2018 yılının 1 Şubat tarihinden itibaren geçerli olacak eşik değerler ve parasal limitler, Kamu İhale Tebliği - Tebliğ No: 2018/1'de belirtilmiştir. Bkz.: 19.01.2018 Tarihli ve 30306 Sayılı Resmî Gazete.

149 Hükümden anlaşılacağı üzere, yapım işleri için mamul mal, malzeme veya hizmet alımlarında olduğu gibi yaklaşık maliyetin tutarına göre pazarlık usulü tercihi mümkün olmamaktadır.

150 4734 sayılı Kanun'un *doğrudan temin* düzenlendiği madde 22/d hükmünde de büyükşehir belediyesi sınırları dâhilinde bulunan idarelerin, 67.613,00 TL, diğer idarelerin 22.524,00 TL'yi aşmayan ihtiyaçları ile temsil ağrılama kapsamında yapılacak konaklama, seyahat ve işeyle ilişkin alımlarda ilan yapılmaksızın ve teminat alınmaksızın doğrudan temini usulüne başvurulabileceği belirtilmiştir. Bu bağlamda her iki usule başvuru konusunda, yalnızca yaklaşık maliyet tutarına göre bir sebep unsuru getirilmiş olduğu anlaşılmaktadır. Bkz.: Kamu İhale Tebliği - Tebliğ No: 2018/1.



usulüyle yapılan hizmet alımı ihalesi için tarafına ihale davetiyesi ve dokümanların verilmesi talebiyle yapmış olduğu başvurusu idarece reddedilmiş olan davacı, tarafının davet edilmeksizin gerçekleştirilmiş olan ihalenin iptali istemiyle dava açmıştır. İdare Mahkemesi, pazarlık usulüyle yapılan ihalelerin 4734 sayılı Kanun'un 5. maddesinde belirtilen temel ilkelere uygun olması gerektiğini, davet edilecekleri belirleme hususunda idarelerin sınırsız bir takdir yetkisinin olmadığını, bu yetkinin kamu yararı ve hizmet gerekleri doğrultusunda kullanılması gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca davacının idareye yaptığı başvurusunun *ihaleye daveti gerektirir şartları taşıyıp taşımadığı ve ihalede rekabeti artırıp artırmayacağı hususları değerlendirilmeksizin* reddedilmesinin, dava konusu ihalenin gerçekleştirilmesinin ihale mevzuatının temel ilkelerinden olan eşit muamele ve rekabet ilkeleri ile bağdaşmadığını belirtmiştir. Bu açıklamalardan sonra, dava konusu ihalenin yapılacağı tarihten önce ihaleye davet ve ihale dokümanlarının verilmesi talebiyle idareye başvuruda bulunan davacının başvurusunun göz önünde bulundurularak "eşit muamele ve rekabet" ilkeleri doğrultusunda idarece bir değerlendirme yapılması gerekirken, bu talep değerlendirilmeksizin davacının yokluğunda yapılan ihalede mevzuata ve hukuka uygunluk bulunmadığına ve dava konusu idarî işlemin iptaline karar verilmiş olup, bu karar Danıştay tarafından da onanmıştır<sup>151</sup>.

Yukarıda yer verdiğimiz karar, pazarlık usulü ile yapılan ihalelerde sebep unsurunun 4734 sayılı Kanun'un madde 21/f olduğu hâllerde idarelerin ihale ilanının yayımlanmaması yönünde tercih kullanması ve bu durumdan kaynaklanan ihaleye katılım için idarelerin ihaleye davet ettiği isteklilerin tercihi hususundaki bir uyuşmazlığa yöneliktir. Bu sebeple kararda, yaklaşık maliyet tutarının Kanun'da belirtilen parasal limitin altında kalması durumunda idarelere tanınan takdir yetkisine; başka ifade ile alınan kararın sebep unsuruna yönelik bir muhakeme değildir. Zira Kanun'un madde 21/f hükmüne istinaden alınan pazarlık usulü ile ihale kararına yönelik yargısal denetim, 2577 sayılı Kanun'un madde 2/2 hükmü gereğince yapılacaktır. Bu bağlamda yalnızca idarelerce hesaplanan yaklaşık maliyetin, Kanun'da belirtilen parasal limitin üstünde veya altında kalmasına yönelik bir değerlendirme sonucunda pazarlık usulünün tercihinin hukuka uygun olup olmadığına karar verecektir. Bunun dışında yaklaşık

151 Danıştay 13. Dairesi, 16.09.2015 Tarihli ve E. 2015/2762, K. 2015/3166 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMT2gFWInEsBd88J-GeU8Iv7IW1IWOA~~>, 16.09.2017.



maliyetin tutarıyla ilgili Kanun'da belirtilen parasal limitlere riayet edildiği takdirde, yerindelik denetimi yapılamayacak ve bu usulün tercihinde idarelere tanınmış olan takdir yetkisini kaldıracak biçimde bir yargısal karar verilemeyecektir. Durum bu olmakla birlikte, başta açıklık ve devamında rekabet ilkesini zedeleyen ihale ilanının yayımlanması yönünde karar alındığı durumlarda, 4734 sayılı Kanun'un 21. maddesinde düzenlenen ve ilgili ihaleye idarelerce istekli davet edilebilmesine yönelik takdir yetkisinin kullanımında ise yer verdiğimiz yargısal kararda görüleceği üzere, ihale ilkeleri yönünden alınan kararın denetiminin yapılmış olduğu ve bu denetimde ihale ilkelerine zarar verildiği yönünde karar alınmış olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

#### D. Pazarlık Usulünde Konu Unsuru

İdarî işlemlerin konusunun, ilgili işlemin doğurması gereken hukukî sonuç ve hüküm olduğu belirtilmiştir<sup>152</sup>. Başka bir deyişle idarî işlemin konusu, idarî işlemin hukuk âleminde meydana getirdiği yeniliği<sup>153</sup> veya değişikliği ifade etmektedir<sup>154</sup>. İdarî işlemlerin sebep ve konu unsurları arasında yakın ilişki ve nedensellik bağı bulunmakta olup bu ilişki de idarenin yetkisinin türünü; başka ifade ile idarenin takdir yetkisinin ya da bağı yetkisinin olup olmadığını tayin etmektedir.

İdarenin bazı sebepler vuku bulduğunda bazı işlemleri yapmak zorunda olmadığı hâllerde idarenin takdir yetkisi bulunmaktadır<sup>155</sup>. Takdir yetkisinde hukuk, idareyi belli şart ve durumların varlığında, uygun çözümün tercihinde az ya da çok serbest bırakmaktadır<sup>156</sup>. İdare bu yetkisine dayanarak çeşitli hâllerden birini seçebilmekte veya herhangi bir karar alıp almama noktasında tercih hakkını kullanabilmektedir<sup>157</sup>. Başka deyişle takdir yetkisinde alınacak karar konusunda idarenin belli ölçüde serbestliği bulunabileceği gibi, kanunî olarak kabul edilebilir kararlar arasından da idare, uygun bulduğunu seçme imkânına sahiptir<sup>158</sup>.

Diğer taraftan ise idarenin bazı sebepler ortaya çıktığında, yapmak zorunda olduğu işlemler mevcut ise bağı yetkiden bahsedilmektedir<sup>159</sup>.

152 ONAR, Cilt: 1, s. 311.

153 ATAY, s. 507.

154 GÜNDAY, s. 157.

155 GÖZLER/KAPLAN, s. 354.

156 BALTA, s. 134.

157 ONAR, Cilt: 1, s. 420-421.

158 YILDIRIM vd., s. 456.

159 GÖZLER/KAPLAN, s. 354.



Başka ifade ile hukuk kurallarınca yapılması ya da yapılmaması emredilen hususlarda idarenin takdir yetkisinden bahsedilememektedir; zira burada bağlı yetki bulunmaktadır<sup>160</sup>. Bu bağlamda bağlı yetkide, idarenin bir şey yapması ya da belli bir davranışta bulunması kesin bir biçimde emredilmekte ve başka türlü hareket etme imkânı bulunmamaktadır<sup>161</sup>.

4734 sayılı Kanun'un 21. maddesinde de altı bent hâlinde hangi hukukî sebeplerin ortaya çıkması hâlinde idarelerce pazarlık usulü ile ihale yürütülebileceği ve bu suretle takdir yetkilerini kullanabilecekleri hükme bağlanmıştır. Bu bağlamda bu bentlerde yer alan sebep unsurlarına istinaden alınan pazarlık usulü ile ihale yürütme kararı da bu işlemin konu unsurunu oluşturmaktadır.

Pazarlık usulü ile ihale kararı alınmasında, işlemin sebep ve konu unsurları arasındaki ilişki değerlendirildiğinde de idarenin bağlı yetkisinden söz edilemeyecektir. Durum bu olmakla birlikte, pazarlık usulü ile bir ihale yapılması kararının alınması ve bu kararın sebep unsuruna istinaden bahsedilen takdir yetkisi ile çalışmamızda belirttiğimiz ihale ilkelerinin tesisini engelleyen ihale ilanının yayımlanmaması yönündeki ikinci bir kararın alınmasında, idareler sağlamakla sorumlu oldukları ihale ilkelerini göz ardı edememektedirler. Danıştay bir kararında, ihale işlemlerinde idarelerin takdir yetkisinin denetiminde 4734 sayılı Kanun'un 5. maddesinde yer alan ihale ilkelerinin gözetilmesi ve ayrıca idare hukukuna hâkim olan hukukî güvenilirlik, idarî istikrar gibi ilkelerin de dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir<sup>162</sup>.

### E. Pazarlık Usulünde Maksat Unsuru

Maksat unsuru idarî işlemde beklenen nihai sonuç<sup>163</sup>; son amaç olarak tanımlanmaktadır<sup>164</sup>. Maksat unsurunun genel ve özel olmak üzere iki türü bulunduğu; genel maksadın kamu yararını ifade ettiği ve özel maksadın da genel maksada aykırı olmamak, onun alan ve amacı içinde kalmak koşuluyla, idareye belli bir idarî işlemin yapılmasında yetki veren, sebep gösteren normun yönlendirdiği ve daha kısa nitelikli

160 ONAR, Cilt: 1, s. 433.

161 GÖZÜBÜYÜK, s. 331-332.

162 Bkz.: Danıştay 13. Dairesi, 26.05.2010 Tarihli ve E. 2007/13697, K. 2010/4422 Sayılı Karar; ÖZKAN, "Kamu İhale Hukukuna Egemen Olan Temel İlkeler", s. 162; 164.

163 ONAR, Cilt: 1, s. 316.

164 GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, TAN Turgut, **İdare Hukuku: İdari Yargılama Hukuku**, Cilt: II, Güncelleştirilmiş 11. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, Ekim 2016, s. 486.





bir maksat olduğu belirtilmektedir<sup>165</sup>. Bu bağlamda özel maksat, genel maksat olan kamu yararı alanı ve amacı içinde kalmakta; somut şekilde ifade edilen ve daha dar, kısa nitelikte kamu yararını ifade etmektedir<sup>166</sup>.

4734 sayılı Kanun'un madde 5/1 hükmünün *madde gerekçesinde*, Kanun'un hazırlanma amacının gerçekleştirilebilmesi için idarelerin ihalelerde saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarda ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumlu kılınmasının gerekli görüldüğü belirtilmiştir<sup>167</sup>. Ayrıca Danıştay'ın bir kararında da 4734 sayılı Kanun ile yapılacak ihalelerde daha fazla saydamlık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik, gizlilik, kamuoyu denetimi, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve kaynakların verimli kullanılmasının amaçlandığı belirtilmiştir<sup>168</sup>.

Yukarıda yer verilen açıklamalardan anlaşılacağı üzere, 4734 sayılı Kanun'un 5. maddesinde yer alan birincil nitelikteki ihale ilkeleri, Kanun'un özel amacını oluşturmaktadır. Bu özel amaç da kamu yararı kapsamında gerçekleştirilecektir. Bu durumda pazarlık usulü ile yürütülen ihalelerde de Kanun'un özel amacının gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda her ne kadar pazarlık usulünde kanunî bir istisna yaratılarak ihale ilkelerini bertaraf edici kararlar alınmasına hukuken izin verilmiş olsa da idarelerin almış oldukları kararlarda kullandıkları takdir yetkisi, 4734 sayılı Kanun'un özel amacı olarak belirtilen ihale ilkeleri yönünden de denetlenecektir.

## SONUÇ

4734 sayılı Kanun'da düzenlenen ve tercihi idarelerin takdir yetkisine bırakılmış olan pazarlık usulünün, ayrıca Kanun'un madde 21/b-c-f hükümlerinde yer alan hukukî sebeplerden birine istinaden uygulanması hâlinde de söz konusu ihalenin ilanının yayımlanmaması şeklinde de bir takdir yetkisi mevcut olmaktadır. Bu bağlamda ihale ilanının yayımlanmaması kararı ile ihale sürecinin şeffaflaşmasına, saydamlaşmasına ket vurulmakta olup genel olarak kamuoyunun,

165 ÖZYÖRÜK, s. 198.

166 AKYILMAZ Bahtiyar, SEZGİNER Murat, KAYA Cemil, **Türk İdare Hukuku**, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 441.

167 Bkz.: (Çevrimiçi) <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d21/c082/tbmm21082047ss0794.pdf>, 02.01.2018.

168 Bkz.: Danıştay 13. Dairesi, 11.02.2011 Tarihli ve E. 2010/3670, K. 2011/557 Sayılı Karar, (Çevrimiçi), <http://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlnEsB-d88JGeW7omGcOjfmw~~>, 04.11.2017.



özel olarak ilgililerin gözetim ve denetimi de mümkün olmadığını, bu sürece yönelik keyfî uygulamaların oluşması riskini beraberinde getirmektedir. İlaveten 4734 sayılı Kanun uyarınca pazarlık usulü ile yürütülecek ihalelerde ilan yayımlanmaması kararı alındığında, yeterlik belgelerini ve fiyat tekliflerini birlikte vermeleri beklenen en az üç isteklinin idarelerce davet edilmesi gerekmektedir. Bu durumda da yine idarelerin dilediği kişileri ilgili ihaleye davet etmelerinde hareket serbestisi bulunmakta olup idarelere bu işlemde de idarelere takdir yetkisi tanındığı anlaşılmaktadır. Bu sebeple, ihale ilanının yayımlanmamasının oluşturabileceği keyfiliği ve idarî usul ilkeleri ile ihale ilkeleri temelindeki olumsuz hukukî sonuçları destekler ve güçlendirir bir şekilde, isteklilerin idarelerce seçimine ilişkin takdir yetkisi de hükme bağlanmıştır.

4734 sayılı Kanun'un madde 21/f hükmünde ise idarelerin yalnızca hesapladıkları yaklaşık maliyet gerekçesiyle pazarlık usulünü tercih etmesi mümkün olmaktadır. Bu bağlamda yaklaşık maliyet tutarıyla ilişkilendirilen sebep unsurunu düzenleyen Kanun'un madde 21/f hükmü ile Kanun'un madde 21/b-c hükümlerinde hassasiyet taşıyan iş ve işlemler için idarelere tanınan ve ihale ilanının yayımlanmamasına yönelik takdir yetkisi, kanunî düzeyde eşitlenmektedir. Ancak pazarlık usulünün hukukî sebebini oluşturan 4734 sayılı Kanun'un madde 21/b-c ile madde 21/f hükümleri için, idarelere aynı içerikte takdir yetkisinin tanınmış olmasını doğru bulmamaktayız. Zira kanaatimize göre, 4734 sayılı Kanun'un madde 21/f hükmünde yer alan pazarlık usulü kararının alınmasındaki sebep unsuru, Kanun'un 21. maddesinde bulunan diğer sebep unsurları ile kıyaslandığında, idarî usul ve ihale ilkeleri nezdinde en çarpık sonuçlara sebebiyet verecek serbestiyi içermektedir. Çalışmamızda yer verdiğimiz istatistiksel verilere göz atıldığında da pazarlık usulünün sebep unsurunu en çok 4734 sayılı Kanun'un madde 21/f hükmünün oluşturduğu ve idarelerin bu sebep unsurunu sıkça tercih etmiş oldukları anlaşılmaktadır. Bu verilerden hareketle, daha düşük yaklaşık maliyet gerekçesi ile kanunî bir istisna getirilerek başta idarî usul ve sonrasında ihale ilkelerinin bertaraf edilmesine, çalışmamızda çizmiş olduğumuz hukukî çerçeve temelinde destek vermemekteyiz.

4734 sayılı Kanun'un madde 21/b-c hükümlerinde yer alan sebep unsurları; yani ivedilik içeren doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya savunma ve güvenlikle alakalı durumların hassasiyeti dikkate alındığında, pazarlık usulünün genel olarak sağladığı ihale sürecini basitleştiren



genel düzenlemelere yer verilmesini desteklemekle birlikte; Kanun'un madde 21/b-c-f hükümleri uyarınca yürütülen ihalelerin ilanının yayımlanmaması şeklinde alınan karar ve bu karara istinaden söz konusu ihaleye istekli davet edebilmeye ilişkin idarelere tanınan takdir yetkisi için ise kanun koyucunun dikkatine sunulmak üzere öneriler getirmiş durumdayız. Zira 4734 sayılı Kanun'un madde 21/b-c-f hükümleri uyarınca pazarlık usulü ile yürütülen ve ilan yayımlanmaması kararı alınan ihalelerde, idarelerin daha önce açmış olduğu ihaleler ile kendiliğinden oluşan istekli havuzunda yer alan kişilerin davetinin zorunlu tutulması ve Kanun'un madde 21/f hükmü uyarınca pazarlık usulü ile yürütülen ihaleye en az iki teklif sunulması şartıyla ihale kararının alınabilmesine yönelik 4734 sayılı Kanun'un metnine eklenmesini önerdiğimiz normatif düzenlemeler aracılığıyla, ihale ilanının yayımlanmaması ile zedelenmiş olan açıklık ve rekabet ilkelerinin telafisine yönelik bir hukukî sonuç yaratılabilecektir. Durum bu olmakla birlikte, 4734 sayılı Kanun'un madde 21/f hükmünün, idarelerin pazarlık usulü tercihinde bir sebep unsuru olmaması ve bu usulün idarelere ihale sürecini kolaylaştırmak üzere sağlamış takdir yetkisini içeren düzenlemelerin bulunmaması gerektiğini düşünmekteyiz.

Ayrıca 4734 sayılı Kanun'un madde 21/b-c-f hükümleri uyarınca pazarlık usulü ile yürütülen ihaleler için idarelere tanınan takdir yetkisinin, çalışmamızda aldığımız açıklık ve denge olarak ifade edilen idarî usul ilkeleri ile açıklık ve rekabet olarak ifade edilen ihale ilkelerinin tesisini engeller şekilde kullanıldığı hâllerde, pazarlık usulü kararı ile bu karara istinaden yapılan işlemlerin hukuka aykırılığından bahisle yargısal merciler önünde uyuşmazlık konusu yapılması durumunda, bu usulün özellikle 4734 sayılı Kanun'un madde 21/b ile 21/c hükümlerindeki işlemlerin niteliği olan ivedilik de gerçekleşmemektedir. Başka ifade ile ivedi işlemlerin temini için başvurulabilen pazarlık usulü ile ortaya çıkan ihale süreci, yargısal uyuşmazlıklar ile durdurulmakta, bu süreçte zaman kaybı yaşanmakta; bu bağlamda da kamu hizmetinin yürütülmesi için idarelerce ihtiyaç duyulan mal, hizmet veya yapım işi kısa sürede ve zamanında tedarik edilememektedir.

Çalışmamızda yer verdiğimiz ve 4734 sayılı Kanun'un 21. maddesi uyarınca pazarlık usulünün idarelerce tercih edildiği hâllerde ortaya çıkan uyuşmazlıklarda görüleceği üzere, Kanun'da hükme bağlanan ve idarenin belirttiği sebep unsurunun oluşup oluşmadığının muhakemesi yapılmaktadır ve bu bağlamda idareler, sebep unsurunu bu hükümlerin



oluşturduğuna yönelik gerekçelerini bildirmek ve ispat etmek durumunda olmaktadır. Bu sebeple de bu hükümlerin, uygulanmasına karar verilen pazarlık usulüne dayanak oluşturup oluşturmadığı noktasında, idarelerin henüz ihale açılmadan bir değerlendirme yapması gerekmektedir. Ayrıca 4734 sayılı Kanun'un madde 21/b-c-f bentlerinde düzenlenen takdir yetkisi ile ihale ilkelerinin tesisini engelleyen kanunî istisnalar getirilmiş olsa dâhi, idarelerin işlemlerinde idarî usul ilkeleri ve bu ilkeler ile benzer içeriğe sahip olan ihale ilkelerine riayet edip etmediklerini, ciddi şekilde ele almaları gerekmektedir. Zira çalışmamızda yer verdiğimiz yargısal kararlardan anlaşılacağı üzere, kanunî olarak getirilen ve takdir yetkisi içeren istisnalara idarelerce başvurulduğu durumlarda alınan kararlar, 4734 sayılı Kanun'un özel amacını oluşturan ihale ilkeleri yönünden denetime tabi tutulmaktadır. Başka ifade ile bahsedilen takdir yetkisi ile alınan kararlar için ihale ilkeleri yönünden bir denge oluşup oluşmadığına bakılmakta ve bu bağlamda ihale ilkeleri ile benzer içeriğe sahip idarî usul ilkeleri de ön plana çıkmaktadır.



## KAYNAKLAR

### Kitap ve Makaleler

AKYILMAZ Bahtiyar, **İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000, (*"İdari Usul İlkeleri"*).

AKYILMAZ Bahtiyar, SEZGİNER Murat, KAYA Cemil, **Türk İdare Hukuku**, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

ATAY Ender Ethem, **İdare Hukuku**, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.

AZRAK A. Ülkü, "Umumî İdarî Usul ve Kodifikasyonu Meselesi," **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 33, Sayı: 1-2, İstanbul, 1967.

BALTA Tahsin Bekir, **İdare Hukukuna Giriş**, Türkiye ve Orta Doğu Âmme İdaresi Enstitüsü Yayınları No: 117, Ankara, 1968/1970.

DURAN Lûtfi, **İdare Hukuku Ders Notları**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.

DURAN Lûtfi: "İdari Usulün İlkeleri ve Kapsadığı Konular", **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt: 31, Sayı: 2, Haziran 1998, (*"İdari Usulün İlkeleri"*).

GİRİTLİ İsmet, BİLGİN Pertev, AKGÜNER Tayfun, BERK Kahraman, **İdare Hukuku**, Altıncı Basımdan Yedinci Tıpkı Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2015.

GÖZLER Kemal, **İdare Hukuku**, Cilt: 2, İkinci Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2009.

GÖZLER Kemal, KAPLAN Gürsel, **İdare Hukuku Dersleri**, Güncellenmiş ve Düzeltilmiş Onsekizinci Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, Ağustos 2016, (*"İdare Hukuku Dersleri"*).

GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, **Yönetim Hukuku**, 34. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, Ağustos 2016.

GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, TAN Turgut, **İdare Hukuku: Genel Esaslar**, Cilt: I, Güncelleştirilmiş 11. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, Ekim 2016.

GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, TAN Turgut, **İdare Hukuku: İdari Yargılama Hukuku**, Cilt: II, Güncelleştirilmiş 11. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, Ekim 2016.

GÜNDAY Metin, **İdare Hukuku**, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2015.



KUTLU GÜRSEL Meltem, “Kamu İhale Sürecinde Rekabetin Bozulmasının Cezai Yapıtları”, **Bilgi Toplumunda Hukuk**, Ünal Tekinalp’e Armağan, Cilt: III, İstanbul, 2003.

KUTLU GÜRSEL Meltem, “Kamu İhale Süreci’nin Hukuki Açısından Genel Olarak Değerlendirilmesi”, **Güncel Mevzuat**, 2006, Sayı: 3, (“Kamu İhale Süreci”).

KUTLU Meltem, **İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 75, İzmir, 1997.

KALABALIK Halil, **İdare Hukukunun Temel Kavram ve Kurumları**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 5. Baskı, Sayram Yayınları, Konya, Mart 2014.

KARAHANOĞULLARI Onur, **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler**, Güncelleştirilmiş 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, Ağustos 2015.

ODER Burak, “Kamu İhale Hukuku”, **Günüşğında Yönetim**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.

ODYAKMAZ Zehra, “Hazırlanmakta Olan İdarî Usûl Kanunu Açısından Demokratikleşme Sürecinde Şeffaflaşma ve Bireye Tanınan Haklar”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Naci KINACIOĞLU’na Armağan, Cilt: 1, Sayı: 2, Aralık 1997, (“Hazırlanmakta Olan İdarî Usûl Kanunu”).

ONAR Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumî Esasları**, Cilt: 1, Üçüncü Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.

ONAR Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumî Esasları**, Cilt: 3, Üçüncü Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.

ÖZAY İl Han, **Günüşğında Yönetim**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.

ÖZKAN Gürsel, “İdari Rejim Olarak Örnek Aldığımız Fransa’da, İdari Usul ve Bilgi Edinme Hakkına İlişkin Düzenlemeleri”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 2, Sayı 1-2, Haziran-Aralık 1998.

ÖZKAN Gürsel, **Kamu İhale Hukukuna Egemen Olan Temel İlkeler**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, (“Kamu İhale Hukukuna Egemen Olan Temel İlkeler”).

ÖZYÖRÜK Mükbil, **İdare Hukuku Dersleri**, Teksir-Daktilo-Fotokopi, Ankara, 1972-1973.



TAN Turgut, **İdare Hukuku**, Güncelleştirilmiş 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, Ekim 2016.

TOPRAK Eren, **Kamu İhaleleri**, Turhan Kitabevi, Ankara, Ocak 2016.

YAYLA Yıldızhan, **İdare Hukuku**, Tıpkı 2. Basım, Beta Yayıncılık, Ankara, Eylül 2010.

YILDIRIM Turan, MELİKŞAH Yasin, NUR Kaman, ÖZDEMİR H. Eyüp, ÜSTÜN Gül, OKAY TEKİNSOY Özge, **İdare Hukuku**, Güncellenmiş 6. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, Yayın No: 60, İstanbul, Ekim 2015.

### Diğer Kaynaklar

ÇOLAK Nusret İlker, “İdari Uyuşmazlıklarda Alternatif Çözüm Yolları”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu: 144. Yıl Sempozyumu**, Danıştay Yayınları No: 83, Ankara, 11 Mayıs 2012, (Çevrimiçi), [http://www.danistay.gov.tr/upload/yayinlar/12\\_03\\_2014\\_105422.pdf](http://www.danistay.gov.tr/upload/yayinlar/12_03_2014_105422.pdf).

ODYAKMAZ Zehra, “30. Yılda İdarî Yargı ile İlgili Öneriler”, **İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 30. Yılında İdari Yargı Sempozyumu**, Ankara Barosu – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, 09 Mart 2012, (Çevrimiçi), <http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/2012yayin/2011sonrasikitap/idari-yargi-sempozyumu-9-mart-2012-ankara.pdf>.

Kamu İhale Kurumu, Kurumsal Gelişim ve Araştırma Dairesi Başkanlığı, **Kamu Alımları İzleme Raporu - 2016**, Dönem: 01.01.2016 - 31.12.2016, Şubat 2017, Ankara, (Çevrimiçi), [http://dosyalar.kik.gov.tr/genel/Raporlar/kamu\\_alimlari\\_izleme\\_rapor\\_2016\\_y%C4%B1lsonu.pdf](http://dosyalar.kik.gov.tr/genel/Raporlar/kamu_alimlari_izleme_rapor_2016_y%C4%B1lsonu.pdf).

Kamu İhale Kurumu, Kurumsal Gelişim ve Araştırma Dairesi Başkanlığı, **Kamu Alımları İzleme Raporu - 2017**, Dönem: 01.01.2017 - 31.12.2017, Şubat 2017, Ankara, (Çevrimiçi), [http://dosyalar.kik.gov.tr/genel/Raporlar/2017\\_kamu\\_al%C4%B1mlar%C4%B1\\_izleme\\_raporu\\_rev3.pdf](http://dosyalar.kik.gov.tr/genel/Raporlar/2017_kamu_al%C4%B1mlar%C4%B1_izleme_raporu_rev3.pdf), 21.03.2018.

