

KAMU İHALE KANUNU'NUN 21'İNCİ MADDESİNİN (b) BENDİNDE YAPILAN DÜZENLEMENİN DEĞERLENDİRİLMESİ

(Evaluation Of The Regulation On The Clause (b) Of The Article 21 Of The Public Procurement Law)

Hakkı YILDIRIM¹

ÖZ

Kamu kaynaklarının kısıtlı olması ve toplumsal beklentilerin gün geçtikçe artmasıyla birlikte kamu kaynaklarının etkin, verimli ve ekonomik kullanılması gerekliliği daha da önem kazanmıştır. Bu kapsamda Türkiye’de kamu alımlarını düzenleyen ihale kanunu olan 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu düzenlenmiştir. Kamu İhale Kanunu’nun yürürlüğe girmesiyle; kamu hukukuna tâbi olan, kamunun denetimi altında bulunan veya kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihaleler bu kanun kapsamına alınmıştır. Kamu İhale Kanunu’nun 18’inci maddesinde, idarelerce mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalelerinde uygulanacak ihale usulleri; “açık ihale usulü”, “belli istekliler arasında ihale usulü” ve “pazarlık usulü” olarak belirlenmiştir. Kanun’un 5’inci maddesinde açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulünün temel usul olduğu, diğer ihale usulü olan pazarlık usulünün Kanun’da belirtilen özel hallerde kullanılabileceği hüküm altına alınmıştır. 16/05/2018 tarihinde kabul edilen 7144 sayılı Kanun ile 4734 sayılı Kanun’un 21’inci maddesinin (b) bendine ek düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemeyle birlikte idarelere geniş bir takdir yetkisi verilmiş fakat idarece belirlenecek durumların hangi kriter ve ölçütlere göre değerlendirileceği belirtilmemiştir. Bu sebeple Kamu İhale Kurumu’nun ilgili düzenlemeyi tekrar değerlendirerek hangi kriter ve ölçütlerin referans alınacağı yönünde, uygulamayı şekillendirecek açıklama ve düzenlemeler yapması uygun olacaktır. Ayrıca idarelerin de hem ihale usulünün belirlenmesinde hem de Kanun’un 21/b maddesi kapsamında ihale yapılmasında Kanun’un temel ilkeleri doğrultusunda hareket etmesi gerekir.

1 Yük. İnşaat Mühendisi/Hukuk Fakültesi Öğrencisi Üsküdar Belediyesi İhale ve Satın Alma Sorumlusu, hakkiyildirim1987@hotmail.com



Anahtar Kelimeler: 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu, Temel İlkeler, İhale Usulleri, Pazarlık Usulü, Gerekçe ve Sebep Unsurları

ABSTRACT

Taking into account the restrictions on public resources, and ever increasing social expectations as the day goes on, the necessity to utilize public resources in an effective, efficient, and affordable way has become more important than ever. In this regard, the Public Procurement Law No 4734 has been prepared which regulates public procurement in Turkey. Upon coming into force the Public Procurement Law, tenders which will be put by public institutions and organizations who are subject to the public law, who are supervised by public, or who use public resources have been taken to the scope of this law. In the article 18 of the Public Procurement Law, tendering procedures to be applied by administrators for tenders of goods or services and construction works have divided into three groups: "open tender procedure", "restricted tender procedure", and "negotiated tender procedure". In the article 5 of the Law, the open tender procedure and restricted tender procedure are the principal procedures, and the other procedure which is the negotiated tender procedure will be used under certain conditions. Through the Law No 7144 which is enacted on 16/05/2018, an additional regulation has been made for the clause (b) of the article 21 of the Law No 4734. With this regulation, a broad discretion has been granted to the administrations, however which criteria should be used for the situations to be evaluated by the administration have not been defined. Therefore, it will be good idea to make extra clarifications and regulations on which criteria should be referred to in a manner to develop the procedure by re-evaluating the relevant regulation of the Public Procurement Law. Also, the administrations should act in line with fundamentals of the Law for determining tendering procedures and for tendering within the scope of the article 21/b of the Law.

Keywords: Public Procurement Law No 4734, Basic Principles, Tendering Procedures, Negotiated Tendering, Justification and Reason Factors

GİRİŞ

Ülkemizde, kamu hukukuna tâbi olan, kamunun denetimi altında bulunan veya kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygulanacak esas ve usulleri belirlemek amacıyla, Avrupa Birliği ve uluslararası standartlara uygun 4734 sayılı Kamu İhale

Kanunu² düzenlenmiş olup, 2003 yılında yürürlüğe girmiştir. Kamu kurum ve kuruluşlarının kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihaleleri bu Kanun hükümlerine göre yürütüleceği hüküm altına alınmıştır.

Kamu alımlarında kullanılan kaynağın kamu kaynağı olması hasebiyle kamu ihale mevzuatının, kamu kaynağının en iyi şekilde kullanılmasına matuf sıkı kurallar içermesi tabii ve beklenen bir durum olmakla beraber, bu kurallar aynı zamanda dinamik ve değişime paralel olmalı ki kamu kurumları da ihtiyaçlarını hızlı ve kolay temin edebilsin. Bu özellikleri nedeniyle kamu ihale kanunları çok temel düzenlemeler olup, bu kanunları uygulayacak kurumların da çok dikkatle ve özenle yapılandırılmaları elzemdir³. Kamu alımlarının, ülke ekonomisinde büyük bir paya sahip olması sebebiyle, kamu alımlarını düzenleyen ihale mevzuatının ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını, kaynakların verimli kullanılmasını sağlayacak düzenlemeler içermesi beklenmekle birlikte, kamu kaynaklarının etkin, verimli ve ekonomik olarak kullanılması, kamuoyu denetimine açık, şeffaf ve rekabet koşulları içerisinde gerçekleştirilmesi gerekir.

Kamu İhale Kanunu ve ikincil mevzuatı ile amaçlanan, harcanan kamu kaynaklarıyla ihtiyaçların uygun koşullarda ve zamanında karşılanması ile kamu kaynaklarının etkin, verimli ve ekonomik olarak kullanılmasını sağlamaktır. Kamu alımlarının optimum bir düzeyde gerçekleştirilebilmesi için bütün isteklilerin katılımına açık olacak şekilde rekabetin sağlanması, ihale sürecinin bütün aşamalarında da saydamlığın, güvenilirliğin ve hesap verilebilirliğin egemen kılınması, etkinlik ve verimliliğin ön planda tutulması gerekir⁴.

Bu yazımızda öncelikle pazarlık usulü ile ihale hakkındaki mevzuat düzenlemesi ile Kanun'un 21'inci maddesinin (b) bendi kapsamında yapılan pazarlık usulünün hangi durumlarda ve şartlarda kullanılabileceği açıklanmış, 16/05/2018 tarihinde kabul edilen 7144 sayılı Kanun⁵ ile 4734 sayılı Kanun'un 21'inci maddesinin (b) bendine eklenen düzenleme incelenmiştir. Pazarlık usulü ile ihalenin (b) bendine eklenen ek ibare hakkında eksik bulunan kısımlara ve bu

2 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu(KİK), RG Tarihi:22.01.2002, RG No:24648

3 KAPLAN Sami "İdeal Bir Kamu İhale Kanunu ve İdeal Bir Kamu İhale Kurumu ve Kurulu Nasıl Olmalıdır? Fonksiyonel Bir Model Çalışması", **Maliye Dergisi**, S.162, 2012, s.21.

4 DEMİRCİOĞLU M. Yaşar "İhale Yolsuzluklarında Yeni Trend; Açık İhale Usulünün Terki, Pazarlık Yolu İle İhale Usulünün Keşfi", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.2014/115, Ankara, 2014, s.128.

5 7144 sayılı Kanun, RG Tarihi: 25.05.2018, RG No: 30431



konu hakkında dikkat edilmesi gereken hususlara değinilmiştir. Sonuç kısmında ise 21'inci maddenin (b) bendi kapsamında yapılan pazarlık usulü ile ihalenin genel değerlendirilmesi ve 7144 sayılı Kanun ile eklenen düzenleme hakkında öneriler sunulmuştur.

I. PAZARLIK USULÜ İLE İHALE

Kamu İhale Kanunu'nun 18'inci maddesinde, idarelerce mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalelerinde uygulanacak ihale usulleri; "açık ihale usulü", "belli istekliler arasında ihale usulü" ve "pazarlık usulü" olarak belirlenmiştir. Kanun'un 19'uncu maddesinde, açık ihale usulünün, bütün isteklilerin teklif verebildiği usul olduğu; 20'nci maddesinde, belli istekliler arasında ihale usulünün, yapılacak ön yeterlik değerlendirmesi sonucunda idarece davet edilen isteklilerin teklif verebildiği usul olduğu, işin özelliğinin uzmanlık ve/veya yüksek teknoloji gerektirmesi nedeniyle açık ihale usulünün uygulanmadığı mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalesinin bu usule göre yaptırılabilmesi; yine Kanun'un 21'inci maddesinde belirtilen özel durumların var olması halinde pazarlık usulü ile ihale yapılabilmesi hüküm altına alınmıştır.

İhalelerde şeffaflık, eşitlik ve rekabet ilkesi gereği, istekliler arasında ayırım yapmadan ihaleye katılım yeterliliği olan herkese ihalelere katılma fırsatı tanınması gerekir. Fakat bu durumun istisnası olarak, Kanun'da belirtilen durumlarda ihalelere yalnızca idare tarafından davet edilen isteklilerin teklif verebilmesi imkânı da tanınmıştır⁶. Bu açıdan Kanun'da belirtilen özel durumların var olması halinde davet yöntemi olan pazarlık usulü ile ihale yapılabilmesi de düzenlenmiştir.

4734 sayılı Kanun, hangi şartların varlığı halinde pazarlık usulü ile ihale yapılabilmesini, ilgili Kanun'un 21'inci maddesinde hüküm altına almış olup, bunlar;

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

b) Doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya (Ek ibare: 16/05/2018-7144/11 md.) yapım tekniği açısından özellik arz eden veya yapı veya can ve mal güvenliğinin sağlanması açısından ivedilikle yapılması gerekliliği idarece belirlenen hallerde veyahut idare tarafından önceden

6 SEZER Yasin "Kamu İhalelerine Katılmada Davet Yöntemi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.16/2014, İzmir, 2015, s.3914.



öngörülemeyen olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması.

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

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

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

f) İdarelerin yaklaşık maliyeti İki yüz yirmi beş bin dört yüz üç Türk Lirası'na⁷ kadar olan mamul mal, malzeme veya hizmet alımları olarak belirlenmiştir.

İhale mevzuatında esas olan; ihalenin ilan yapılarak, Kanun'un temel ilkelerinde belirtilen ve yeterliliği olan herkesin teklif verebildiği açık ihale usulü ile alımın yapılmasıdır. Fakat Kanun, bazı özel durumların gerçekleşmesi halinde ilan yapılması zorunluluğunu kaldırarak, davet yöntemiyle alım yapılabilecek istisnalar getirmiştir. Bu çerçevede, Kanun'un 21'inci maddesinin ikinci fıkrasında“(b), (c) ve (f) bentlerinde belirtilen hallerde ilan yapılması zorunlu değildir. İlan yapılmayan hallerde en az üç istekli davet edilerek, yeterlik belgelerini ve fiyat tekliflerini birlikte vermeleri istenir” denilmiştir. İdareler, (b), (c) ve (f) bentlerinde belirtilen hallerde ilan yapmadan, tespit ettiği en az üç istekliyi davet ederek, yeterlik belgelerini ve fiyat tekliflerini birlikte vermelerini ister. Bunun üzerine ilk oturumda yeterlilik şartlarını sağlayan bu isteklilerden ilk fiyat tekliflerini aşmamak üzere ihale kararına esas olacak son yazılı fiyat teklifleri alınarak, ihale bu isteklilerden birisi üzerine sonuçlandırılır.

Kanun'un 21'inci maddesinin (b), (c) ve (f) bentlerinde belirtilen hallerde ilan yapılması zorunlu olmayıp, ilan yapılmayan ihalelerde, ihale dokümanının sadece idare tarafından davet edilenlere satılacağı hüküm altına alındığından, davet usulüyle yapılan ihalelere sadece idare tarafından doküman almaya davet edilenler katılabilecektir.⁸ Ayrıca, ihaleye davet edilmeyenler ihale dokümanını satın alamadığından, hem ihaleye katılamayacak hem de istekli olabilecek statüsüne ve şikâyet/itirazın şikâyet başvuru ehliyetini haiz olamayacaktır.

7 Kamu İhale Kurumu'nun 2018/1 sayılı Tebliği ile 19/01/2018 tarihli ve 30306 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmış olup 01.02.2018 – 31.01.2019 dönemini kapsamaktadır.

8 Kamu İhale Kurulu, 2016/UH.IV-1816 sayılı kararında bu konuya açıklık getirmiştir.



İdarelerin ihaleyi en uygun şartlarla ve bedelle yapabilmesi, şeffaf ve tarafsız olması ile istekliler arasında serbest rekabete imkân verecek ortamı oluşturmasına bağlıdır⁹. Pazarlık usulü ihalelerinde davet yönteminin uygulanabildiği hallerde, ilan yapma konusunda kanuni bir zorunluluk olmadığı için, idareler ilansız ihale yapmakta; sürekli belli firmaları teklif vermeye davet ederek, ihaleyi başvuruçulardan birine verebilmektedir¹⁰. Bu durum, ilansız olarak yapılan ihalelerde Kanun'un aradığı anlamda ve amaçladığı şekilde rekabet ortamının sağlanamaması ve eşit muamele ilkesinin ihlal edilmesine sebep olabilmektedir.

Kamu ihale mevzuatında pazarlık usulünün seçilmesi ve bu usulle ihalelerin yapılmasında söz konusu alımın gerekçesi veya sebep unsuru ön plana çıkmaktadır. Sebep unsuru; idareyi böyle bir işlemi yapmaya yönelten etken veya işlemin gerekçesi¹¹ olarak tanımlanabilir. Pazarlık usulü, Kanun'da belirtilen özel durumların var olması halinde kullanılabilir istisnai bir ihale usulü olduğundan, ihalelerde pazarlık usulünün kullanılması durumunda, pazarlık usulünün kullanılma gerekçesinin onay belgesinde belirtilmesi gerekir¹².

Pazarlık usulü ile yapılacak olan ihalelerin onay belgesinde ihale usulünün belirlenmesi hakkında "4734 sayılı Kanununun 21'inci maddesinin (b), (c) ve (f) bentlerine göre yapılacak ihalelerde ilan yapılmaması durumunda davet edilenlerin listesi bu belgenin ekinde yer alacaktır. Pazarlık usulü ile yapılan ihalelerde bu usulün kullanılmasının gerekçesi açık olarak burada belirtilerek, bu hususa ilişkin bilgi ve belgeler onay ekine konulacaktır." düzenlemesi bulunmaktadır. Anılan düzenleme gereği ve pazarlık usulünün özel durumlarda kullanılacak olması sebebiyle, Kanun'un 21'inci maddesinin (b), (c) ve (f) bentlerine göre yapılacak olan ihalelerde bu usulün kullanılmasının gerekçesi açık, gerçekçi ve objektif verilere göre tespit edilmelidir. Pazarlık usulü ile ihale yapılmasını gerektiren özel durumun olmaması veya gerçekçi gerekçelerin bulunmaması halinde, Kanunda belirtilen diğer ihale usulleri ile alım yapılması gerekir.

9 DEMİRCİOĞLU, s. 152

10 SEZER, s. 3926

11 DEMİRCİOĞLU, s. 146

12 ARAPGİRLİ Murat, **Hizmet Alımı İhaleleri**, İksan Matbaası, Ankara, 2015, s. 286

II. KANUN'UN 21/b MADDESİ KAPSAMINDA İHALE YAPILMASI VE BU BENT HAKKINDA 16/05/2018 TARİHİNDE YAPILAN DÜZENLEME

4734 sayılı Kanun kapsamındaki idarelerce yapılacak ihalelerde öncelikle açık ihale usulünün esas alınacağı, diğer ihale usullerinin Kanun'da belirtilen özel hallerde kullanılacağı belirtilmiştir. 4734 sayılı Kanun'un 21'inci maddesinin (b) bendinde, *“Doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya (Ek ibare: 16/05/2018-7144/11 md.) yapım tekniği açısından özellik arz eden veya yapı veya can ve mal güvenliğinin sağlanması açısından ivedilikle yapılması gerekliliği idarece belirlenen hallerde veyahut idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması”* durumunda pazarlık usulü ile ihale yapılabileceği hüküm altına alınmıştır¹³.

4734 sayılı Kanun ilk yayımlandığında, Kanun'un 21'inci maddesinin (b) bendi *“Doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması”* şeklinde düzenlenmişken, 16/05/2018 tarihinde kabul edilen 7144 sayılı Kanun ile (b) bendine ek düzenleme yapılmıştır. 7144 sayılı Kanun'un 11'inci maddesiyle 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 21'inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde yer alan *“beklenmeyen veya”* ibaresinden sonra gelmek üzere *“yapım tekniği açısından özellik arz eden veya yapı veya can ve mal güvenliğinin sağlanması açısından ivedilikle yapılması gerekliliği idarece belirlenen hallerde veyahut”* ibaresi eklenmiştir.

4734 sayılı Kanun'un 21'inci maddesinin (b) bendine 7144 sayılı Kanun'un 11'inci maddesiyle eklenen değişikliğin gerekçesi: *“4734 sayılı Kamu İhale Kanun'un “Pazarlık usulü” başlıklı 21'inci maddesinin (b) bendinde yer alan “Doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi*

13 Avrupa Birliği'nin 2004/18/EC sayılı Kamu Satın Alma Yönergesi'nin 28'inci maddesine göre de pazarlık usulü ile ihale; yalnızca Yönergenin 30 ve 31'inci maddelerinde belirtilen durumlarla sınırlı olarak başvurulacak istisnai bir yol olarak düzenlenmiştir. Avrupa Birliği uygulaması ile Türk Kamu İhale uygulamasındaki temel fark; Avrupa Birliği uygulamasında *“acil durum”* kavramının çok katı ve dar yorumlanmasıdır. Bu durumda acil durumu gerekçelendirmek için gösterilen koşullar hiçbir şekilde idarenin eylemleriyle alakalı olmamalıdır. Bu öngörülmeyen olaylara ilişkin gerekçeler Adalet Divanı tarafından çok dar, sıkı ve katı yoruma tabi tutulmaktadır. Divan, acil durumla ilgili çok dar bir tanım yapmış olup bu usule başvurunun acil durumun öngörülemeyen olaylar sebebiyle gerçekleşmediği durumlarda yasal olmadığını belirtmiştir. Bu usule başvurulmasına ilişkin gerekli koşulların oluştuğunu ispat etmek de idareye aittir (DEMİRCİOĞLU s.138, 154 ve 155 /ALYANAK Servet, *Avrupa Birliği Kamu İhalesi Hukukunun Genel İlkeleri*, (Doktora Tezi), Ankara, 2009, s.171 ve 175.).



gibi ani ve beklenmeyen veya idare tarafından önceden öngörülemez olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması” hükmü yorumuna açık olup, değişiklik ile uygulamaya netlik kazandırılması amaçlanmıştır.

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

Pazarlık usulü ancak Kanun’da belirtilen özel durumlarda kullanılabilir alım usulü olduğundan, (b) bendi ile ihale yapılabilmesi için söz konusu alımın gerekçesi ve sebep unsuru açıkça tespit edilmelidir. Söz konusu alımın gerekçesi ve sebep unsuru Kanun’un 21’inci maddesi (b) bendinde hüküm altına alınan, doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya idare tarafından önceden öngörülemez olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması durumlarını içermelidir. Buna ilave olarak *yapım tekniği açısından özellik arz eden yapı veya can ve mal güvenliğinin sağlanması açısından ivedilikle yapılması gerekliliği idarece belirlenen durumlarda da pazarlık usulünün (b) bendi ile ihale yapılabilir.*

Kanunda belirtilen önceden öngörülemez ve ivedilik arz eden durumlarda pazarlık usulü ile ihale yapılabilmesinde, idareler her somut olayda hangi durumların önceden öngörülemez olaylar olduğuna ve ihalenin ivedi olarak yapılması gerektiğine karar verecektir. Bu konuda idareye kamu hukukuna uygun olarak takdir yetkisi tanınmakla birlikte, takdir yetkisi keyfi ve dilediğince kullanılabilir bir yetki olmayıp, bu yetkinin Kanun’un belirlediği sınırlar içerisinde kamu yararını gözeterek kullanılması gerekir. Başka bir ifadeyle idarelerin işlem tesis ederken kendilerine Anayasa ve kanunlarla çizilen çerçevede verilen takdir hakkının serbestçe kullanılabilen bir keyfiyeti ifade etmemekte olup kamu yararı ve hizmet gerekleri açısından hukuka uygun olarak temellendirilmiş olgularla desteklenmesi gerekmektedir¹⁴.

7144 sayılı Kanun’un 11’inci maddesiyle eklenen değişiklik öncesinde Kanun’un 21’inci maddesinin (b) bendine göre ihale yapılabilmesi için; Doğal afet, salgın hastalık, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve

14 AKEL Y. Neslihan “İdari Usul ve İhale İlkeleri Temelinde Pazarlık Usulü Hakkında Bir Değerlendirme”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S.11, Ankara, 2018, s.33.

beklenmeyen veya idare tarafından önceden öngörülemez olayların ortaya çıkması ile ihalenin ivedi olarak yapılması zorunluluğunun doğması olarak belirtilen bu iki şartın bir arada ve birbirine bağlı olarak gerçekleşmesi zorunludur¹⁵. Bu şartların birinin varlığı pazarlık usulü ile ihale yapılabilmesi için yeterli değildir¹⁶. Ayrıca, Kanunun 21'inci maddesinin (b) bendi ile ihale yapılabilmesinde; ani ve beklenmeyen veya idare tarafından önceden öngörülemez olay olarak değerlendirilmesinde, öngörülemez halinin idarenin iradesinden bağımsız olarak ortaya çıkması ve objektif kriterlere göre yerinde bulunması gerekir. Buna rağmen, 4734 sayılı Kanun'un 21/b maddesi kapsamında pazarlık usulü ile ihale yapılmış olan fakat Kamu İhale Kurulu ve yargıya taşınması üzerine söz konusu ihalelerde ihtiyaçların 4374 sayılı Kanun'un 21/b maddesine göre pazarlık usulü ile temin edilmesi gerektiğine ilişkin idarece gösterilen gerekçelerin önceden öngörülmemiş olay ve ivedilik kapsamında değerlendirilemeyeceği belirtilmiş olmasına rağmen birçok ihalenin Kanun'un 21'inci maddesinin (b) bendi ile pazarlık usulü kapsamında yapıldığı görülmektedir¹⁷.

Kanun metninde, 21/b maddesi kapsamında pazarlık usulü ile ihale yapılabilmesi için şartlar açıkça belirtilmiş olmasına ve bu konu üzerine alınmış olan Kamu İhale Kurulu ve idare mahkemeleri kararlarına rağmen¹⁸, ihale yapılmadan önce idarenin iradesinden

15 Danıştay 13. Dairesi, E:2009/4101, K:2010/8217, Ankara Böl. İdare Mah. 2011/1209

16 SEZER, s. 3923

17 4734 sayılı Kanununun 21/b maddesine göre pazarlık usulü ile temin edilmesi gerektiğine ilişkin idarece gösterilen gerekçelerin Kanun'da belirtilen özel durumların ve şartın gerçekleşmediği halde pazarlık usulü ile yapılan fakat Kamu İhale Kurulu ve idare mahkemesi tarafından uygun bulunmayan ihaleler hakkında örnek kararlar; Ankara Bölge İdare Mahkemesi, 16.03.2011 tarih ve 2011-1209 sayılı kararı, Ankara 17. İdare Mahkemesi, E:2014/216, K:2014/203, Danıştay 13. Dairesi, E:2009/4101, K:2010/8217, Kamu İhale Kurulu, 2008/UY.II-4511 sayılı kararı.

Yine ihale yapılmadan önce idarenin iradesinden bağımsız olarak ortaya çıkan ve objektif kriterlere göre öngörülemez nitelikte olan olaylarla bir ilgisi de bulunmadığı halde, 4734 sayılı Kanun'un 21/b maddesine göre pazarlık usulü ile ihale yapılmasına gerekçe olarak gösterilen 2017 yılına ait örnek için Mahalli İdareler Dergisinin 64.sayısının 70.sayfasına bakılabilir. (YILDIRIM Hakkı "KAMU İDARELERİ, KAMU İHALE KANUNUNUN 21 İNCİ MADDESİNİN (b) BENDİNE UYGUN OLMAYAN GEREKÇELERLE PAZARLIK USULÜNE GÖRE İHALE YAPMAMALIDIR", Mahalli İdareler Dergisi, S.64, Ankara, 2018, s.70)

Ayrıca EKAP'ta yayımlanan 4734 sayılı Kanun'un 21/b maddesine göre yapılmış olan ihaleler de incelenebilir. (<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Ortak/IhaleArama/index.html>)

18 Örnek Kamu İhale Kurulu kararı; Dr. Sami Ulus Kadın Doğum, Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Eğitim ve Araştırma Hastanesi Başhekimliği tarafından Kadın Doğum Bölümü 1. Kat Tadilat işi, 4734 sayılı Kanun'un 21/b maddesine göre pazarlık usulü ile yapıldığı, ihalenin pazarlık usulü ile yapılmasına ilişkin



bağımsız olarak ortaya çıkan ve objektif kriterlere göre öngörülemez nitelikte olan olaylarla bir ilgisi de bulunmadığı halde ve yine 2017 yılına ait Elektronik Kamu Alımları Platformu'nda (EKAP) yayımlanan söz konusu işin adından bile değerlendirme yapılabilecek birçok ihalelerin¹⁹ gerçekçi olmayan gerekçelerle pazarlık usulü ile yapıldığı görülmektedir. Pazarlık usulü ile yapılan ihalelere gerekçe olarak gösterilen olayların çoğunda da ortada henüz fiilen gerçekleşmiş bir olay bulunmamasına rağmen ihtimallerden, faraziyelerden yola çıkılarak ihale konusu işlerin çoğunlukla idarece davet edilen

gerekçenin ise *"hastanede hizmetin kesintisiz devam edebilmesi", "ihale sürecinin kısaltılarak ameliyathane çalışmalarının planlı bir şekilde devamının sağlanması (ameliyat randevularının verilme sürecindeki belirsizliğin ortadan kaldırılması)", "hastanelerin birleştirilmesi nedeniyle daha Önceden planlanmayan işin ihale sürecinin mali yıl içerisinde tamamlanması (2008 mali yılı bitiminin yaklaşması)", "tadilat ve onarım iş sürecinin hızlandırılarak daha fazla hastanın sağlık hizmetlerinden yararlanmalarının sağlanması (can ve mal kayıplarının azaltılması)"* olarak gösterilmiştir.

Kadın Doğum Bölümü 1. Kat Tadilat işi ihalesinin pazarlık usulü ile yapılmasına gerekçe gösterilen açıklama hakkında, Kamu İhale Kurulu, *"hastanede hizmetin kesintisiz devam edebilmesi", "ihale sürecinin kısaltılarak ameliyathane çalışmalarının planlı bir şekilde devamının sağlanması (ameliyat randevularının verilme sürecindeki belirsizliğin ortadan kaldırılması)", "hastanelerin birleştirilmesi nedeniyle daha önceden planlanmayan işin ihale sürecinin mali yıl içerisinde tamamlanması (2008 mali yılı bitiminin yaklaşması)", "tadilat ve onarım iş sürecinin hızlandırılarak daha fazla hastanın sağlık hizmetlerinden yararlanmalarının sağlanması (can ve mal kayıplarının azaltılması)"* hususları, ihale konusu işin hasta sağlığını yakından ilgilendiren kadın doğum bölümü hasta odaları ve kadın doğum bölümü ameliyathanesini içermesi nedeniyle her ne kadar önem arz etse de, ihalede Kanun'un 21'inci maddesinin (b) bendinde işaret edilen ihale usulünün kullanılmasına gerekçe gösterilecek durumlardan olmadığı" sonucuna varılmıştır.

Örnek İdare Mahkemesi kararı; Trabzon Belediyesi Etüd Proje Müdürlüğü, Trabzon 2011 Eyof Spor Hatıra Parkı İnşaatı" ihalesini

"Bakanlıkça tahsis edilen ödeneğin zamanında (yeni yıldan önce) kullanılması" gerekçesiyle 4734 sayılı Kanun'un 21'inci maddesinin

(b) bendi ile pazarlık usulüyle 30.09.2011 tarihinde yapmıştır. Ankara 17. İdare Mahkemesi, Trabzon 2011 Eyof Spor Hatıra Parkı İnşaatı ihalesini pazarlık usulü ile yapılması hakkında, *"... 4734 sayılı Kanun'un 21'inci maddesindeki şartların oluşması halinde ihalenin pazarlık usulü ile yapılması mümkün bulunmaktadır. ...Olayda, dava konusu ihalede "doğal afet, salgın hastalık, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen" bir durumun söz konusu olmadığı, idare tarafından "Bakanlıkça tahsis edilen ödeneğin" zamanında (yeni yıldan önce) kullanılması nedeniyle ihalenin pazarlık usulü ile yapıldığı yönündeki gerekçesinin ise yerinde olmadığı anlaşılmıştır. ... Mevzuat hükümleri birlikte değerlendirildiğinde pazarlık usulünün, ani ve beklenmeyen veya idarece önceden öngörülmemeyen olayların ortaya çıkması halinde kullanılabileceği dikkate alındığında, dava konusu ihalenin bu nitelikte bir ihale olmadığı ve bu nedenle ihalenin açık ihale usulü ile yapılması gerektiği, idarece seçilen söz konusu ihale usulünün 4734 sayılı Kanununun 5'inci maddesinde sayılan temel ilkelere aykırı olduğu anlaşıldığından, ... "* şeklinde gerekçe belirterek, dava konusu işlemin iptaline karar vermiştir.

- 19 Örnek verilebilecek ihaleler; Trabzon 2011 Eyof Spor Hatıra Parkı İnşaatı, Bağlarbaşı Kavşağı Kısıklı Caddesi Altgeçidi, Bağlantı Yolları ve Ortak Altyapı İnşaatı, Gebze Yüksek Teknoloji Enstitüsü Rektörlüğü, İdare Bina İnşaatı Yapım İş, 1 Adet Halı Saha 2 Adet Çok Amaçlı Saha Yapım İş, Beton Saha Kaplaması Yapılması, 20000 Metrekare Parketaşı Döşeme İş ve 1 Adet 2 Katlı 650 m2 Yüz Ölçüme Sahip Düşün Salonu ile EKAP'ta yayımlanan diğer 4734 sayılı Kanun'un 21/b maddesine göre yapılmış olan ihaleler de incelenebilir.

firmalara yaptırıldığı söylenebilir²⁰. Kanun'un 21'inci maddesinin (b) bendinde belirtilen hallerde ilan yapılması zorunlu olmayıp, ilan yapılmayan ihalelerde, ihale dokümanının sadece idare tarafından davet edilenlere satılacağı hüküm altına alındığından, davet usulüyle yapılan ihalelere sadece idare tarafından doküman almaya davet edilenler katılabilecektir. Ayrıca, ihaleye davet edilmeyenler ihale dokümanını satın alamadığından, hem ihaleye katılamayacak hem de istekli olabilecek statüsüne ve şikâyet/itirazın şikâyet başvuru ehliyetini haiz olamayacaktır²¹. Mevcut hukuki durum itibariyle ihaleye davet edilmeyen kişilerin bu ihale sürecini dava etmeleri mümkün olmadığından hiç kimse; "bu ihalelerin pazarlık usulü ile yapılamayacağını", bir başka ifade ile açık ihale usulüne tabi olduğunu iddia ve dava konusu yapmamaktadır²².

İhale mevzuatı suistimale açık bir alan olması nedeniyle ve öngörülen sistemin insicamının bozulmaması için ihale uygulamalarına ilişkin kanunların hiç değiştirilmemesi veya çok nadir olarak ve ancak zorunlu hallerde münhasır olmak üzere değiştirilmesi gerektiği halde, 4734 sayılı Kanun'da bugüne kadar kırktan fazla değişiklik yapılmıştır ki bu durum ihale mevzuatının uygulamada takibini ve öngörülen sistemseller yapıların kalıcı hale gelmesini zorlaştırmaktadır²³. Ayrıca süreç içerisinde yapılan değişikliklerin sağlıklı bir ihale sürecinin gerçekleşmesini engelleyen, uygulamada belirsizlikleri, tereddütleri ve suistimalleri artıracak şekilde olmamasına da özen gösterilmelidir.

Kanun'un 21'inci maddesinin (b) bendinde yer alan "Doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması" hükmünün yoruma açık olduğu ve bu sebeple değişiklik ile uygulamaya netlik kazandırılması amaçlandığı belirtilmiş olsa da 7144

20 DEMİRCİOĞLU, s. 147

21 İlansız olarak yapılan pazarlık usulü ihalelerde ihale dokümanı sadece idare tarafından davet edilenlere satılacağı ve ihale dokümanı satın alamayanların başvuru ehliyeti olamayacağı hakkında Kamu İhale Kurulu'nun 13.07.2016 tarih ve 2016/UH.IV- 1816 sayılı kararında, "... 4734 sayılı Kanun'un "İhale ve ön yeterlik dokümanının verilmesi" başlıklı 28'inci maddesinde ise, ilan yapılmayan ihalelerde ihale dokümanının sadece idare tarafından davet edilenlere satılacağı hükmüne yer verilmiştir. İtirazın şikâyet dilekçesi üzerinde yapılan incelemede, pazarlık usulü ile ve ilansız şekilde gerçekleştirilen ihalede başvuru sahibinin ihaleye davet edilmediği ve anılan Kanun'un 28'inci maddesinde yer alan emredici hüküm kapsamında ihale dokümanının kendisine satılmadığı, ilgilinin istekli olabilecek statüsünü haiz olmadığı, dolayısıyla başvuru ehliyetini haiz olmadığı anlaşılmıştır. ..." şeklinde ifade edilmiştir.

22 DEMİRCİOĞLU, s.159

23 KAPLAN, s.23.



sayılı Kanun'la yapılan ek ibare düzenlemesiyle pazarlık usulünün (b) bendi ile ihale yapılmasına bir kapı daha açılmıştır. Çünkü 4734 sayılı Kanun'un ilgili maddesine "veya" bağlacıyla birlikte yeni bir durum tanımlaması yapılmıştır²⁴. İlgili bende eklenen "yapım tekniği açısından özellik arz eden veya yapı veya can ve mal güvenliğinin sağlanması açısından ivedilikle yapılması gerekliliği idarece belirlenen durumlarda" pazarlık usulü ile ihale yapılabilme düzenlemesi idarelere geniş bir takdir yetkisi imkânı vermiştir. Ayrıca, idarece belirlenen durumlarda pazarlık usulü ile ihale yapılabileceği düzenlenmiş fakat bu konuda hangi kriterlerin ve ölçütlerin baz alınacağı belirtilmemiştir. Yapılan değişiklik ile uygulamaya netlik kazandırılması amaçlanmış olsa da aksine yeni belirsizlikler de getirmiştir. Çünkü yapım tekniği açısından özellik arz eden ifadesi genel bir ifade olup, uygulama tekniği açısından mı yoksa yapım işinin özgün nitelikte ve karmaşık olması nedeniyle teknik ve malî özelliklerinin gerekli olan netlikte belirlenemeyen işler olarak mı değerlendirilecektir?

İhale mevzuatında sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanması aşamalarını düzenleyen 4735 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesinde mücbir sebep olarak kabul edilebilecek haller sayma yoluyla (doğal afetler, kanuni grev, genel salgın hastalık gibi) belirtilmiş ve sayılan durumlar dışında da gerektiğinde Kamu İhale Kurumu tarafından belirlenecek benzeri diğer haller olarak belirlenmiştir. Mücbir sebep halleri için genel çerçeve belirlenmiş ve belirlenen durumlar dışında kalan haller için takdir yetkisi idarelere değil Kuruma verilmişken, benzer durumda değerlendirilebilecek *ivedilikle yapılması gerekliliği idarece belirlenen durumlar* konusunda referans kriterler/ölçütler düzenlenmemiş, idarelere bırakılmıştır.

Bu itibarla, Kanun'un 21/b maddesi kapsamında ihale yapılabilmesi için aranan yapım tekniği açısından özellik arz eden veya yapı veya can ve mal güvenliğinin sağlanması açısından ivedilikle yapılması gerekliliği idarece belirlenirken, teknik ve bilimsel verilerin dayanak olarak gösterilmesi veya söz konusu gerekçenin resmi rapora dayandırılmış

24 Kanun hükmünün yoruma açık olması durumunda ve uygulamaya netlik kazandırılması gerekliliğinin ortaya çıkması halinde, bu konudaki düzenlemenin ilgili Kanuna dayanak olarak hazırlanan yönetmelik ve tebliğlerde yapılması gerekir. Çünkü yönetmeliğin konusu kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamaktır. Yine tebliğ, Kanunların nasıl anlaşılması, uygulanması gerektiği konusunda ilgili Bakanlıkça yapılan genel açıklamalardır. Bu konuya; 4734 sayılı Kanun'un 40'inci maddesinin açıklanması ve örneklendirilmesi amacıyla Kamu İhale Genel Tebliği'nin 53'üncü maddelerinde değişikliğe gidilerek 53.3'üncü maddesinin eklenmesini örnek olarak gösterebiliriz. Bu örnekte görüldüğü üzere Kanun'un ilgili maddesinin açıklanması ve örneklendirilmesi tebliğ düzenlemesi ile yapılmıştır.

olması şartının aranması uygun olacaktır. İhale mevzuatında bu yönde bir düzenleme yapılması, ihale sürecinin daha sağlıklı yürütülmesini sağlayacaktır.

4734 sayılı Kanun kapsamındaki kamu alımları tutar bazında değerlendirildiğinde, toplam kamu alımlarının 2015 yılında %7,46'sının, 2016 yılında %11,15'inin ve 2017 yılında ise %17,57'sinin 21/b maddesi kapsamındaki alımlara ayrıldığı görülmektedir²⁵. Kanun'un 21/b maddesi kapsamında gerçekleştirilen alımlar tür bazında değerlendirildiğinde 2017 yılında en büyük oran %68,30 ile yapım işlerine aittir. Kanun'un 21/b maddesi kapsamındaki alımlarda limit sınırı olmadığından, 21/f kapsamı dâhilinde gerçekleştirilen alımlarla kıyaslandığında adet olarak oran düşük olmasına rağmen tutar bazında gerçekleşme oranı çok yüksektir. Kamu İhale Kurumu'na gönderilen bilgilere göre 2017 yılında önceki yıla göre hem adet hem de tutar bazında pazarlık usulünde dikkate değer bir artış meydana gelmiştir. Gerçekleşme sonuçlarına göre, pazarlık usulü, açık ihale usulünden sonra en fazla başvuru ihale usulü olmuştur. Bu sonuç, ihale yapmak isteyen idarelerin, açık ihale usulüne ilişkin usul/şekil kurallarına tabi olmaksızın, pazarlık usulüne getirilen kolaylıklardan yararlanarak ihale yapma yolunu tercih ettiklerini göstermektedir²⁶.

Ek düzenleme öncesinde birçok ihalenin Kanun'un 21'inci maddesinin (b) bendinde belirtilen şartları sağlamadığı halde pazarlık usulü ile yapıldığı ve özellikle yapım işlerinin 21/b ile ihale edilmesinde son yıllarda dikkate değer bir oranda artış olduğu düşünüldüğünde, yapılan bu değişiklik ile 21/b maddesi kapsamında gerçekleştirilen ihalelerin daha da artacağını söyleyebiliriz. Bu durum ise pazarlık usulü ile yapılan birçok ihalede katılımcılık, rekabet, şeffaflık, açıklık gibi Kanunun temel ilkelerinin devre dışı bırakılmasına sebep olabilecektir.

Pazarlık usulünün (b) bendi ile ihale yapılabilmesinde, Kanun'da belirtilen önceden öngörülemeyen olaylar olup olmadığı ve *yapım tekniği açısından özellik arz eden veya yapı veya can ve mal güvenliğinin sağlanması açısından ivedilikle yapılması gerekliliği hallerinde ihalenin ivedi olarak yapılması zorunluluğunun doğup doğmadığının tespit edilmesi gerekir. Hangi durumların önceden öngörülemeyen, yapım tekniği açısından özellik arz eden veya yapı veya can ve mal güvenliğinin sağlanması gerekliliği ve ivedi olduğu her somut olayda idarece değerlendirilmesi, gerekçeleriyle*

25 Kamu İhale Kurumu'nca yayınlanan 2015, 2016 ve 2017 yılı Kamu Alımları İzleme Raporu, Bkz. <http://dosyalar.kik.gov.tr/genel/Raporlar>

26 SEZER, s. 3921



beraber teknik ve bilimsel olarak tespit edilmesi ve bu hususa ilişkin bilgi ve belgelerin de ihale onay belgesi ekine konulması gerekir. Pazarlık usulü ile ihale yapılabilmesinde, hangi durumların önceden öngörülemeyen olaylar olduğuna ve ihalenin ivedi olarak yapılması gerektiğine karar verilmesinde idareye kamu hukukuna uygun olarak takdir yetkisi tanınmıştır. Fakat idareler bu takdir yetkisini kullanma ve karar verme konusunda kamu yararını gözeterek söz konusu durumları gerçekçi gerekçelere ve objektif verilere dayandırılarak Kanunda yer alan hukuki sebeplerin mevcut olduğu yönündeki gerekçesini belirtmek ve ispat etmek durumundadır.

Pazarlık usulü ile yapılan ihalelerde rekabet, açıklık, şeffaflık ve ihaleye katılımcılık gibi ilkelere riayet edilerek, kamuya mali ve toplumsal boyutta zarar verilmemiş olmasına dikkat edilmelidir²⁷. Bu sebeple ihtimallerden, olasılıklardan, faraziyelerden yola çıkılarak pazarlık usulü yerine açık, adil, rekabetçi ve güvenilir ihale kurallarının belirlendiği açık ihale usulü tercih edilmelidir²⁸.

Bu itibarla, ihalenin 4734 sayılı Kanun'un 21/b maddesi kapsamında pazarlık usulü ile gerçekleştirilebilmesi için, madde metninde yer alan şartların oluşması ve önceden öngörülmemiş ve ivedilik arz eden durumların idarelerin iradesinden kaynaklanmaması gerekir. Ayrıca, idare tarafından önceden öngörülmemiş olayların ortaya çıkması ve yapım tekniği açısından özellik arz eden veya yapı veya can ve mal güvenliğinin sağlanması açısından ivedilikle yapılması gerekliliği durumu üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması gerekçesi de kabul edilebilir kriterlere göre belirlenmelidir.

SONUÇ

4734 sayılı Kanun kapsamındaki idarelerce yapılacak ihalelerde öncelikle açık ihale usulünün esas alınacağı, diğer ihale usullerinin ancak Kanunda belirtilen özel hallerde²⁹ kullanılabileceği, anılan Kanun'un 21'inci maddesinde ise altı bent halinde hangi hukuki

27 DEMİRCİOĞLU, s.157.

28 EMEK Uğur "Kamu İhalelerinde Rekabetin Sağlanması ve Korunması", İktisadi Sektörler ve Koordinasyon Genel Müdürlüğü Hukuki Tedbirler ve Kurumsal Düzenlemeler Dairesi Başkanlığı, Yayın No Dpt:2657, Ankara, 2002, s.10.

29 4734 sayılı Kanun'un 5'inci maddesinde "Bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulü temel usullerdir. Diğer ihale usulleri Kanunda belirtilen özel hallerde kullanılabilir." hükmü bulunmaktadır. Özel haller 4734 sayılı Kanun'un 21'inci ve 22'nci maddelerinde belirtilmiştir. Ancak ihale usulleri arasında sayılan ve Kanun'un 22'nci maddesinde düzenlenen doğrudan temin usulü 30.07.2003 tarihinde 4964 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik sonrası ihale usulü olmadığı gerekçesi ile ihale usulleri arasından çıkartılmış ve ayrı bir alım yöntemi olarak yeniden düzenlenmiştir.

sebeplerin ortaya çıkması halinde pazarlık usulü ile ihale yapılabileceği hüküm altına alınmıştır. Kanun'un 21'inci maddesinin (b) bendi kapsamında ihale yapılabilmesi için Kanun metninde yer alan durumların gerçekleşmesi ve bu nedenlerle ihalenin ivedi olarak yapılması zorunluluğunun doğması gerekmektedir.

İhale mevzuatının günümüzün değişen ve gelişen ihtiyaçlarına cevap verebilmesi, uygulamada karşılaşılan sorunların giderilmesi ve modern gelişmelerle paralellik sağlayabilmesi amacıyla kanun ve ikincil mevzuatlarda değişiklikler ve ek düzenlemeler yapılması olağan bir durumdur. Ancak yapılan değişiklik ve ek düzenlemeler belirsizlik ve tereddütleri gidermeli, ihalelerde saydamlığın, rekabetin, eşit muamelenin, güvenirliliğin, gizliliğin, kamuoyu denetiminin sağlanmasına ve kaynakların verimli kullanılmasına hanel getirecek yönde olmamasına özen gösterilmelidir.

7144 sayılı Kanun ile 4734 sayılı Kanun'un 21'inci maddesinin (b) bendine eklenen *"yapım tekniği açısından özellik arz eden veya yapı veya can ve mal güvenliğinin sağlanması açısından ivedilikle yapılması gerekliliği idarece belirlenen durumlarda"* ibaresiyle birlikte bu bent kapsamında ihale yapılabilmesi yeniden düzenlenmiştir. Bu düzenlemeyle birlikte idarelere geniş bir takdir yetkisi verilmiş; fakat idarece belirlenecek durumların hangi kriter ve ölçütlere göre değerlendirileceği belirtilmemiştir.

Bu sebeple Kamu İhale Kurumu'nun ilgili düzenlemeyi tekrar değerlendirerek hangi kriter ve ölçütlerin referans alınacağı yönünde, uygulamayı şekillendirecek açıklama ve düzenlemeler yapması uygun olacaktır.

Kanunda ifade edildiği gibi, yapım tekniği açısından özellik arz eden veya yapı veya can ve mal güvenliğinin sağlanması açısından ivedilikle yapılması gerekliliği şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğine dair teknik ve bilimsel gerekçeler olması, bu durumun da objektif kriterlere göre belirlenmesi halinde pazarlık usulü ile ihale yapılması uygun olacaktır. Aksi takdirde kolay yoldan ve sadece idarenin davet ettiği firmalarla ihale gerçekleştirilecek olup, bu uygulama ise suistimale açık olduğundan katılımcılık, şeffaflık, rekabet ve eşit muamele gibi ilkelerin ihlal edilmesiyle sonuçlanabilecektir.

4734 sayılı Kanun'un 21'inci maddesinin (b) bendine göre yapılacak olan ihalelerin onay belgesinde bu usulün kullanılma gerekçesinin açık olarak belirtilmesi, Kanun'da belirtilen önceden öngörülemeyen olaylar olup olmadığı ve ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunluluğu gibi durumların doğruğ doğmadığının tespit edilmesi ve bu hususa ilişkin



bilgi ve belgelerin de ihale onay belgesi ekine konulması gerekir. Bu kapsamda ihalenin pazarlık usulü ile yapılma gerekçesi olarak idarece belirtilen nedenlerin Kanun metninde ifade edilen şartlara uygunluğunun Kamu İhale Kurumu tarafından incelemesi amacıyla, ihalenin pazarlık usulü ile yapılma gerekçesi de EKAP'a yüklenebilir. Ayrıca, şeffaflık ve hukuka uygunluk gereği ihalenin pazarlık usulü ile yapılma gerekçesi de ihale ile birlikte EKAP'ta ilan edilebilir. Bununla birlikte, Kanun'un 21'inci maddesinin (b) bendi kapsamında yapılan ihalelerde her ne kadar sadece davet edilenler ihaleye katılabilecek olsa da, şeffaflık, katılımcılık ve rekabet ilkeleri gereği, ihale konusu alanda faaliyet gösterdiğini, ihaleye katılımında belirli bir yeterliliği ve ehliyeti olduğunu belgeleriyle beraber idareye sunması halinde ilgili firmanın ihale dokümanını satın alabilmesi ve ihaleye katılması sağlanabilir. İhale mevzuatında bu yönde düzenlemeler yapılabilir.

Her ne kadar mevzuatta eksiklikler bulunsa da, Kanun'un 5'inci maddesinde idarelerin, 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 sorumlu olduğu belirtilmiştir. Ayrıca anılan maddede kamu harcamalarında temel ihale düzeni ilkeleri olan diğer ilkeler de belirtilmiş olup, ihalelerde yapılan/yapılacak olan bütün işlem ve düzenlemelerin bu ilkelere uygun olarak gerçekleştirilmesi gerekir. Kanun'da belirtilen temel ilkeleri göz ardı ederek ihale yapanlar ve yapılmasına izin verenler hakkında uygulanacak yaptırımlar da Kanun'un 60'ıncı maddesinde hüküm altına alınmıştır. Bu sorumluluklar çerçevesinde idarelerce, Kanun'un 21/b maddesi kapsamında pazarlık usulü ile ihale yapılabilmesi için, madde metninde yer alan durumların gerçekleştiğinin teknik ve bilimsel veriler çerçevesinde objektif kriterlere göre değerlendirilerek tespit edilmiş olması gerekir. Ancak madde metninde belirtilen özel durumun bulunmadığı ve gösterilen gerekçenin öngörülemez olduğu veya ivedilik niteliği taşımadığı durumlarda, söz konusu alım, o iş alanında faaliyet gösteren ve yeterlik kriterlerini sağlayan tüm firmaların katılabileceği ihale usulü ile gerçekleştirilmelidir.

Ayrıca, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 53'üncü maddesinin a ve b bentlerinde, Kanun'da belirtilen esas, usul ve işlemlerin doğru olarak uygulanması konusunda görevli ve yetkili kılınan Kamu İhale Kurumu, idarelerin uyguladığı ihale usullerinin mevzuata uygun olup olmadığına yönelik denetimi ve pazarlık usulünün idarelerce suistimal edilmesini önleyecek mevzuat düzenlemeleri gerçekleştirmelidir.

KAYNAKLAR

AKEL Y. Neslihan, “İdari Usul ve İhale İlkeleri Temelinde Pazarlık Usulü Hakkında Bir Değerlendirme”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S.11, Ankara, 2018.

ALYANAK Servet, **Avrupa Birliği Kamu İhalesi Hukukunun Genel İlkeleri**, (Doktora Tezi), Ankara, 2009.

ARAPGİRLİ Murat, **Hizmet Alımı İhaleleri**, İlksan Matbaası, Ankara, 2015.

DEMİRCİOĞLU M. Yaşar, “İhale Yolsuzluklarında Yeni Trend; Açık İhale Usulünün Terki, Pazarlık Yolu İle İhale Usulünün Keşfi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.2014/115, Ankara, 2014.

EMEK Uğur, “Kamu İhalelerinde Rekabetin Sağlanması ve Korunması”, **İktisadi Sektörler ve Koordinasyon Genel Müdürlüğü Hukuki Tedbirler ve Kurumsal Düzenlemeler Dairesi Başkanlığı**, Yayın No Dpt:2657, Ankara, 2002.

KAPLAN Sami, “İdeal Bir Kamu İhale Kanunu ve İdeal Bir Kamu İhale Kurumu ve Kurulu Nasıl Olmalıdır? Fonksiyonel Bir Model Çalışması”, **Maliye Dergisi**, S.162, Ankara, 2012.

SEZER Yasin, “Kamu İhalelerine Katılmada Davet Yöntemi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.16, (Özel Sayı 2014), İzmir, 2015.

Danıştay 13. Dairesi, E:2009/4101, K:2010/8217 sayılı kararı

Ankara Bölge İdare Mahkemesi, 16.03.2011 tarih ve 2011-1209 sayılı kararı Ankara 17. İdare Mahkemesi, E:2014/216, K:2014/203 sayılı kararı

Kamu İhale Kurulu 2016/UH.IV-1816 sayılı kararı Kamu İhale Kurulu, 2008/UY.II-4511 sayılı kararı

Kamu İhale Kurumu, Kamu Alımları İzleme Raporu, Ankara, 2017. (<http://www.ihale.gov.tr>) Kamu İhale Kurumu, Kamu Alımları İzleme Raporu, Ankara, 2016. (<http://www.ihale.gov.tr>)

Kamu İhale Kurumu, Kamu Alımları İzleme Raporu, Ankara, 2015. (<http://www.ihale.gov.tr>)

