

# KAMU İHALE HUKUKUNA HAKİM OLAN İLKELER



**Yaşar GÖK**

Sayıştay Uzman Denetçisi

Kamu İhale Kurulu E. Üyesi, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu Üyesi

## 1.GİRİŞ

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 5 inci maddesinde ihale işlemlerinde gözetilmesi gereken temel ilkeler aşağıdaki şekilde belirlenmiştir:

*"İdareler, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur.*

*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 Kanuna göre yapılacak ihalelerde açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulü temel usullerdir. Diğer ihale usulleri Kanunda belirtilen özel hallerde 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."*

Maddenin gerekçe metninde de ifade edildiği gibi, temel ilkeler, kanunun hazırlanma amacının gerçekleştirilmesini güvence altına alan, bu amaca yönelik olmak üzere, diğer hükümlerin uygulanmasında, yorumlanmasında referans değerler olarak gözetilmesi gereken hukuki düzenlemelerdir.

İhaleyi, genel anlamıyla, idarenin mal, hizmet ya da yapım işi niteliğindeki ihtiyaçlarının en uygun fiyatla temin edilmesi, bir başka ifadeyle paranın karşılığının tam olarak alınması yöntemi olarak tanımlamak mümkün olduğuna göre, temel ilkelerin bu sonucun sağlanmasını amaçladığı ifade edilebilir.

Temel ilkeler ihale hukukunun referans değerlerini temsil ettiğinden, hem ihale sürecini düzenleyen diğer teknik nitelikli hükümlerin bu ilkeleri güvence altına alacak bir içeriğe sahip olması hem de uygulayıcıların her türlü iş ve işlemlerinde temel ilkelerin amacına uygun bir davranış ve tutum içinde bulunmaları gerekmektedir.

Kanunun ihale sürecini tarif eden hükümlerine baktığında, esas itibarıyla getirilen düzenlemelerin, önemli ölçüde, temel ilkelerle uyumlu bir içeriğe sahip olduğu, bu ilkelerle uyumsuzluk arz eden (ilan yapılmasının zorunlu olmadığı haller, doğrudan temine ilişkin düzenlemeler gibi) uygulamaların ise belli şartların gerçekleşmesine bağlı olduğu ve istisnai hallerle sınırlandırıldığı görülmektedir.

Öte yandan, Kanunun 5 inci maddesindeki temel ilkelere ilaveten, 62 nci maddesinde idarelerce uyulması gereken diğer kurallara yer verilmiştir.

Her iki maddede yer alan ve ihale süreciyle ilgili temel kuralları belirleyen hükümlerin hangi ölçütlere göre tasnif edildiği hususu kısmen belirsizlik arz etmekle birlikte, kanaatimizce temel ilkeler daha soyut ve genel nitelikli üstün değerleri ifade etmekte, idarelerce uyulması gereken diğer kurallar ise daha teknik ve özel nitelikli hususları belirlemektedir. Bu tespitten hareketle, madde içeriklerinin tayini açısından, temel ilkeler kapsamında yer alan; ödeneği bulunmayan hiçbir iş için ihaleye çıkılmaz kuralı ile ilgili mevzuatı gereğince Çevresel Etki Değerlendirme (ÇED) raporu gerekli olan işlerde ihaleye çıkılabilmesi için ÇED olumlu belgesinin alınmış olması zorunluluğunun teknik nitelikli hususlar olduğu ve bu yönleriyle de 62 nci maddenin çerçevesine daha uygun düştüğü söylenebilecektir.

## 2. TEMEL İLKELER

### 2.1. Saydamlık

2886 sayılı Devlet İhale Kanununda “*ihalede açıklığın .... sağlanması esastır*” şeklinde ifade edilen bu ilke, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununda “*idareler, ihalelerde; saydamlığı .... sağlamakla sorumludur*” şeklinde hüküm altına alınmıştır.

Şeffaflık, açıklık, aleniyet terimleriyle de açıklanabilecek olan saydamlık ilkesi, esas itibarıyla “rekabet” ilkesinin hayata geçirilebilmesi için olmazsa olmaz önemi haizdir.

Zira, rekabet ilkesi ihaleye azami katılımın sağlanmasını, bu çerçevede potansiyel isteklilerin hem ihaleye katılma hem de tekliflerini hazırlama noktasında özgürce karar alabilmelerini güvence altına alan bir ilke olduğuna göre, ihalenin ve ihaleyle ilgili her türlü hukuki ve teknik içerikli bilgilerin isteklilere sunulmasını ve ihale sürecinin ilgililerin denetimine açık biçimde yönetilme-

sini zorunlu kılan saydamlık ilkesinin, rekabet ilkesinin amaçladığı sonucun sağlanması için vazgeçilmez olduğu aşikardır.

Saydamlık ilkesi, ihale sürecinde gözetilmesi gereken aşağıdaki temel kuralları bünyesinde taşımaktadır :

#### **a) İhale ve ihaleye katılma şartlarıyla ilgili bilgi ve belgeler ile yeterlik kriterleri duyurulmalıdır.**

Bu zorunluluğun gereği olarak, ihalenin yapılacağı hususu usulüne uygun ilan işlemiyle potansiyel isteklilere duyurulur. Usulüne uygun şekilde ilan edilmeyen bir ihalede saydamlık ilkesinin gözetildiğinden söz edilemez.

Nitekim, saydamlık ilkesini güvence altına alacak biçimde 4734 sayılı Kanun’un;

- 13 üncü maddesinde ilan süre ve kuralları,

- 24 ve 25 inci maddelerde ilanlarda bulunması gereken zorunlu hususlar,

- Aynı maddelerde “İhale dokümanında belirtilmeyen hususlara ilânlarda yer verilemez” denilmek suretiyle ihale dokümanı ve ilan metinleri arasındaki uyum zorunluluğu,

- 26 ncı maddede 13, 24 ve 25 inci maddelerdeki hükümlere uygun olmayan ilânların geçersiz olacağı ve ilân bu maddelere uygun bir şekilde yenilenmedikçe ihale veya ön yeterliğin yapılamayacağı; ancak, 13 üncü maddede belirtilen ilânın yapılmaması veya ilân sürelerine uyulmaması halleri hariç, yapılan ilânlarda 24 ve 25 inci madde hükümlerine uygun olmayan hatalar bulunması durumunda, idarelerce hatalı hususlar için düzeltme ilânı yapılmak suretiyle ihale veya ön yeterlik işlemlerinin gerçekleştirilebileceği,

hususları ayrıntılı düzenlenmiştir.

İlan işlemleriyle ilgili kural ihlalleri ihalenin iptali sonucunu doğurmakta, Kamu İhale Kurumu (KİK) da bu konudaki yaklaşımını istikrarlı biçimde muhafaza etmektedir.

Öte yandan Kanunda ilan yapılması zorunlu olmayan özel usullere de imkan verildiği görülmektedir. Kanunun 21 inci maddesinin (b), (c) ve (f) bentleri uyarınca ilan yapılmaksızın en az üç istekli davet edilerek gerçekleştirilen pazarlık usulü ihale ile 22 nci maddedeki doğrudan temin uygulamaları bu cümledendir. Bahse konu tedarik yöntemleri başta saydamlık olmak üzere temel ilkelerle çelişir gözükmeyle birlikte, söz konusu yöntemlerin işin özelliğinin gerektirdiği zorunluluklar dikkate alınarak ve istisnai hallerle sınırlı biçimde belirlendiği anlaşılmakta, Kanunda öngörülen şartlar gerçekleşmeden idare tercih ve takdirıyla kullanılma imkanları bulunmamaktadır.

**b) İhale dokümanı, ihale konusu için teknik niteliklerini ve ihale sürecinde izlenecek hukuki prosedürü her hangi bir tereddüde, şüpheye ve müphemliğe meydan bırakmayacak açıklıkta tanımlamalıdır.**

İstekliler ihale dokümanını incelemek ve dokümanda yer alan teknik ve hukuki içerikli kuralları değerlendirmek suretiyle ihaleye katılma veya katılmama kararı verdikleri için dokümanın yeterliliği son derece önemlidir.

İhale dokümanındaki müphemlik ve çelişkiler hem isteklilerin doğru bilgiye ulaşmalarına mani olur hem de mevcut belirsizliklerin sebep olduğu risk baskısı ihaleye ilgiyi ve katılma isteğini olumsuz etkiler. Ayrıca, bahse konu belirsizliklere rağmen ihaleye teklif veren istekliler açısından ise, mevcut risk maliyetinin teklif tutarlarına yansıtılması nedeniyle "ihtiyaçların uygun şartlarla karşılanması" ve "kaynakların verimli kullanılması" ilkeleri de zedelenir.

**c) İhale sürecindeki iş ve işlemler daha önce ilanla duyurulmuş ve ihale dokümanı ile isteklilerin bilgisine sunulmuş kurallara uygun biçimde gerçekleştirilmelidir.**

İhale sürecinin ilanla duyurulmuş ve/veya ihale dokümanı ile hüküm altına alınmış kurallar çerçevesinde yürütülmesi, belirlenmiş kurallardan ihale aşamasında sapılmaması hem saydamlık hem de güvenilirlik ilkelerinin bir gereğidir.

İlanla duyurulmuş ve/veya ihale dokümanı hükmü haline getirilmiş olan bir kısım düzenlemelerin hatalı olduğunun sonradan tespit edilmesi halinde ise; usulü dairesinde düzeltme ilanı veya zeyilname yapılması imkanı varsa bu işlemler gerçekleştirilerek ihale sürecine devam edilmeli, yasal takvim içerisinde düzeltme imkanı kalmamışsa ve hatalı hususlar ihalenin esasını etkileyecek nitelikte ise, ihale (Kanunun 16 veya 39 uncu maddesine göre) iptal edilerek, gerekli düzeltmeler yapılmak suretiyle yeniden ihaleye çıkılmalıdır.

**d) "Gizlilik" ilkesinin koruması dışında kalan iş ve işlemler isteklilere açık biçimde gerçekleştirilmelidir.**

Bu amaca yönelik olarak, Kanunun 36 ncı maddesi uyarınca; ihale komisyonunca ihale dokümanında belirtilen saatte kaç teklif verilmiş olduğu bir tutanakla tespit edilerek, hazır bulunanlara duyurulur ve hemen ihaleye başlanır. İhale komisyonu teklif zarflarını alınış sırasına göre inceler. 30 uncu maddenin birinci fıkrasına uygun olmayan zarflar bir tutanak ile belirlenerek değerlendirilmeye alınmaz. Zarflar isteklilerle birlikte bulunanlar önünde alınış sırasına göre açılır. İsteklilerin belgelerinin eksik olup olmadığı ve teklif mektubu ile geçici teminatlarının usulüne uygun olup olmadığı kontrol edilir. Belgeleri eksik veya teklif mektubu ile geçici teminatı usulüne uygun olmayan istekliler tuta-

nakla tespit edilir. İstekliler ile teklif fiyatları ve yaklaşık maliyet tutarı açıklanır. Bu işlemlere ilişkin hazırlanan tutanak ihale komisyonunca imzalanır.

Uygulama yönetmeliklerinde hüküm altına alındığı üzere, bu tutanakların komisyon başkanınca onaylanmış suretleri, isteyenlere imza karşılığı verilmeden oturma kapatılamaz.

İlk oturumun ve bu oturumda yapılması gereken iş ve işlemlerin katılanların huzurunda gerçekleşmesi saydamlık ilkesi açısından temel koşul niteliğinde olduğundan, bu oturumun düzeltici işleme ihya edilmesi mümkün bulunmamakta, ilk oturumdaki iş ve işlemlerin usulüne uygun yapılmadığının sonradan tespit edildiği durumlarda ihalenin iptali zorunlu hale gelmektedir.

**e) İhale sonucuyla ilgili gerekçeli bilgi verilmesi ve ihale sonucunun ilan edilmesi şeklindeki zorunlu işlemler yapılmalıdır.**

Teklifi değerlendirmeye alınmayan veya uygun görülmeyenlerin şikayet ve itirazın şikayet başvuru yoluyla kullanabilmeleri için bu sonuçtan ve gerekçelerinden haberdar olmaları zorunlu bulunduğundan, Kanunun 41 inci maddesi uyarınca, kesinleşen ihale kararının bildirilmesi ve bildirim yazısında tekliflerin değerlendirmeye alınmama veya uygun bulunmama gerekçelerine de yer verilmesi gerekir.

Keza, saydamlık ilkesinin bir gereği olarak Kanunun 47 nci maddesi uyarınca ihale sonuçları Kamu İhale Bülteninde ilan edilmelidir.

## 2.2. Rekabet

Kamu ihaleleri açısından rekabeti, genel bir tarifleye, isteklilerin kamu alımları sürecine özgürce katılmaları ve karar alabilmelerine imkan sağlayacak bir ortamın oluşturulması şeklinde ifade etmek mümkündür.

Rekabet olgusu inkar edilemez önem ve önceliği dolayısıyla tüm ihale kanunlarında temel ilkeler kapsamında sayılmış, tedarik süreçlerinin bu ilkeyi yaşatma ve güvence altına alma kabiliyetlerinin ölçüsü uygulanan ihale modelinin başarısının ve çağdaşlık düzeyinin bir göstergesi olarak değerlendirilmiştir.

Bu bağlamda rekabetçi bir ihale modelinden sayısız fayda beklentisi bulunmakla birlikte, bunlardan vazgeçilmez önemi haiz olanları aşağıdaki şekilde sıralamak mümkündür :

- İhale sürecinden, kamunun en uygun malı en uygun fiyatla temin etmesi ve böylece paranın karşılığının alınması beklendiğine göre, bu sonuç ancak etkin bir rekabet ortamı içerisinde gerçekleşecek yarışla mümkün olabilecektir.

- Kamu alımlarının gayri safi milli hasıla içerisindeki önemli payı da dikkate alındığında, bu yolla ciddi bir kaynak dağıtımının yapıldığı, rekabetsiz veya kısıtlı rekabet ortamı içerisinde bu imkandan yararlanan ticari işletmelerin büyüyeceği ve gelişeceği, diğerlerin ise küçüleceği ve sektörden çekileceği gerçeği karşısında, rekabetsiz ihale uygulamaları uzun dönemde piyasada hakim durumlar yaratabilecek ve bunun sonucu olarak da kamu alımları daha pahalı ve gayri ekonomik hale gelebilecektir.

- Rekabet ilkesinin ihlal edilmesi hiçbir hukuki ve rasyonel sebebe dayanmadığından, kimi gerekçelerle, mevzuatın bazı özel durumlar için verdiği takdir yetkileri de kötüye kullanılarak bu ilkenin dışına çıkılması gayri hukuki ve gayri ahlaki ilişkileri de beraberinde getirebilecek ve yolsuzluk uygulamalarına zemin hazırlayabilmektedir.

- Nihayet, kamu kaynaklarının tasarruf ve kullanımında sosyal bir sorumluluk olarak Devletin tüm isteklilerin ihaleye katılımına fırsat verecek bir uygulamayı gerçekleştirmesi, tarafsızlığının ve ayrımcılık yapmama sorumluluğunun bir gereği olarak ortaya çıkmaktadır.

Kuşkusuz ihale uygulamaları açısından rekabet, somut bir değeri değil işleyen, somut bir sistemi ifade etmektedir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu bu açıdan değerlendirildiğinde, taşıdığı bir kısım eksiklik ve yetersizliklere rağmen, getirdiği usuller, disiplinler ve güvenceler bakımından rekabet ilkesini soyut bir değer olmaktan öte, işleyen bir mekanizma haline getirme amaç ve anlayışı içerisinde görülmektedir.

Bu çerçevede, 4734 sayılı Kanun'un;

- 5 inci maddesinde hüküm altına alınan temel ilkelerin etkin bir rekabet ortamı sağlayacak güvenceler içermesi,

- 10 uncu maddesiyle ihaleye katılım şartlarının daha somut hale getirilmesi ve isteklilerin ekonomik ve mali gücü ile mesleki ve teknik yeterliğini ölçecek kriterlerle sınırlandırılması,

- 11 inci maddesiyle ihaleyi yapan idare görevlileri ile akrabalık veya ortaklık ilişkisi bulunanların ihaleye katılmalarına engel getirilerek eşit muameleyi bozabilecek yanlı ve koruyucu uygulamaların önüne geçilmesi,

- 12 nci maddesiyle şartnamelerde belirli isteklilerin ihaleye katılmalarına imkan verecek ve diğerlerini engelleyecek biçimde marka, model, menşei, patent, kaynak ve ürün belirtilmesine veya dolaylı tanımlamalar yapılmasına engel getirilmesi,

- 13 üncü maddesiyle tüm ihaleler için (21/b, c, f ve 22 nci maddelerde düzenlenen özel durumlar hariç) ilan zorunluluğu öngörülmesi,

- 28 inci maddesiyle ihale dokümanının isteyen herkes tarafından görülmesine imkan sağlanması ve satış bedelinin basım maliyeti ve rekabeti engellemeye ölçüleriyle sınırlandırılması,

- 29 uncu maddesiyle ilan yapıldıktan sonra ihale kurlarının değiştirilmesinin önüne geçilmesi,

- 53-56 madde hükümleriyle ihale sürecindeki hak ihlallerini inceleyecek, idari ve mali bağımsızlığa sahip KİK'in kurulması,

- 57 nci maddesiyle KİK kararları üzerinde yargısal denetime imkan sağlanması,

- 60 ıncı maddesiyle ihale sürecinde kural dışı davranışlarda bulunan kamu görevlilerine cezai yaptırım hükümleri getirilmesi,

- 17, 58 ve 59 uncu madde hükümleriyle ihale sürecinde rekabeti bozacak şekilde danışıklı teklif, uyumlu eylem, yasak fiil veya davranış gibi kural dışı eylemlerde bulunan isteklilere uygulanacak yaptırım hükümlerinin etkinleştirilmesi,

Rekabetçi bir ihale sistemini oluşturma ve işletmeye yönelik başlıca mekanizmaları ifade etmektedir.

Esas itibarıyla Kanunun 5 inci maddesinde yer alan diğer temel ilkelerin ortak amacının gerçek rekabetin sağlandığı bir ihale sürecini işletmek olduğu anlaşılabilir, rekabet ilkesi ise ihtiyaçların uygun şartlarla karşılanması ve kaynakların verimli kullanılması ilkeleriyle ulaşılmak istenen sonucu hedeflemektedir.

Kuşkusuz rekabet ilkesinin gerçek anlamda hayata geçirilmesi Kanunun yukarıya alınan maddelerindeki teknik nitelikli düzenlemelerin bu ilke ile uyumlu biçimde tatbik edilmesiyle mümkün olacaktır.

Bu çerçevede, özellikle ihaleye katılımı istenen bilgi ve belgeler ile bu belgelerin taşınması gereken kriterlerin Uygulama Yönetmeliklerindeki sınırlar içerisinde ve amaca uygun biçimde belirlenmesi büyük önem arz etmektedir.

Nitekim Uygulama Yönetmeliklerinin "Yeterliğin belirlenmesinde uyulacak ilkeler" başlıklı maddesinde;

*"Ekonomik ve mali yeterlik ile mesleki ve teknik yeterliğin saptanması amacıyla öngörülecek değerlendirme kriterleri ve istenecek belgeler, rekabeti engelleyecek şekilde belirlenemez."*

Denilmek suretiyle bu hususa işaret edilmiştir.

Keza, Kanunun 10 uncu maddesinin gerekçe metninde "İhalelerde, bu maddede sayılan bilgi ve belgeler dışında herhangi bir belge istenilmesi mümkün bulunmamaktadır" denildiğinden, 10 uncu madde ve bu maddede işlerlik kazandıran Uygulama Yönetmeliklerinin

istenecek bilgi ve belgeleri düzenleyen maddelerinde belirtilen belgeler dışında bilgi veya belge istenilmesi mümkün bulunmamaktadır.

Ayrıca, kısmi teklife açık yapılması halinde istekli sayısının artacağı ve fiyat yarışının daha etkin biçimde gerçekleşeceği beklenen ihalelerde kısmi teklife imkan verilmesi rekabet ilkesi açısından gereklidir.

Öte yandan ihalelerde rekabetin sağlanması bağlamında; doküman alan, teklif veren, teklifi geçerli sayılan istekli sayısı ile verilen tekliflerin kompozisyonu, kendi aralarındaki dağılım karakteri, yaklaşık maliyetin isabetli hazırlandığı kabulüyle ekonomik açıdan en avantajlı teklifin yaklaşık maliyete göre durumu gibi faktörler önem arz etmektedir.

Kuşkusuz salt bu faktörlerden ve ortaya çıkan tablodan hareketle somut bir sonuca varmak mümkün görülmemekle birlikte, ihale sürecinde gerçekleşen ve sürecin doğal ve objektif biçimde işleyip işlemediği konusunda fikir veren diğer veriler, başka benzer ihalelerde ortaya çıkan teklif tutarları gibi hususlarda gözetilmek suretiyle bir değerlendirmenin yapılması gerekecektir.

Her ihalede bu değerlendirmenin ve rekabet ilkesinin gerçekleşip gerçekleşmediği noktasındaki karar verme yetki ve sorumluluğu ihale komisyonu ve ihale yetkilisine ait bulunmakla birlikte, özellikle 5812 sayılı Kanun değişikliğinden önce, eski İhalelere Yönelik Yapılacak Başvurular Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre yapılan incelemeler neticesinde KİK' in sıklıkla salt rekabet ilkesinin gerçekleşmediği gerekçesiyle verdiği iptal kararları bulunduğu hususunu hatırlatmak gerekir.

Rekabet ilkesi ve ekonomik açıdan en avantajlı teklif ilişkisi bağlamında aşağıdaki hususlara da işaret etmek yarar görülmektedir:

İhale teorisinde, rekabetçi bir ihale modelinden azami katılım ve yarış beklenmekle birlikte, bu beklenti salt fiyat yarışını merkeze alan ve idareyi en düşük fiyat teklifini kabule zorlayan bir amaca yönelmiş değildir.

İdare, ihale konusu için gerekleriyle de uyumlu biçimde katılımcıların niteliklerini belirleme ve teklif edilen fiyatın rasyonelliğini analiz etme görev ve yetkisine sahip bulunmaktadır.

Kamu kaynaklarının optimum kullanılması ve paranın karşılığının alınması anlayışı içerisinde tüm ihale kanunlarında en düşük fiyatın değil, işin yapılabilirlik değerine karşılık gelen fiyatın kabul edilmesi ilkesi benimsenmiştir.

2886 sayılı Devlet İhale Kanununda "uygun bedel" kavramıyla, teklif edilen bedellerin tercihe layık görüleni şeklinde ifade edilen bu ilke, 4734 sayılı Kanunda "ekonomik açıdan en avantajlı teklif" kavramıyla açıklanmıştır.

Konuya ilişkin olarak, 4734 sayılı Kanun'un 40 ıncı maddesinde;

*"37 ve 38 inci maddelere göre yapılan değerlendirme sonucunda ihale, ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren isteklinin üzerinde bırakılır.*

*Ekonomik açıdan en avantajlı teklif, sadece fiyat esasına göre veya fiyat ile birlikte işletme ve bakım maliyeti, maliyet etkinliği, verimlilik, kalite ve teknik değer gibi fiyat dışındaki unsurlar da dikkate alınarak belirlenir. Ekonomik açıdan en avantajlı teklifin fiyat dışındaki unsurlar da dikkate alınarak belirleneceği ihalelerde, ihale dokümanında bu unsurların parasal değerleri veya nispi ağırlıklar belirlenir."*

Denilmektedir.



Madde hükmüne göre, ekonomik açıdan en avantajlı teklif salt fiyat esasına göre belirlenmemekte, fiyat dışındaki unsurlara göre tespiti mümkün olduğu gibi, her durumda öncelikle 38 inci madde uyarınca bir değerlendirme yaparak aşırı düşük tekliflerin elimine edilmesi gerekmektedir. Bir başka ifadeyle sistem en düşük fiyatı değil, aşırı düşük tekliflerden arındırılmış bir teklif kompozisyonu içerisinde en uygun fiyatı benimsemektedir.

### 2.3. Eşit Muamele

Eşit muamele ilkesi, idarenin ihale sürecindeki tüm iş ve işlemlerinde, yaptığı değerlendirme ve kullandığı takdirlerde isteklilere eşit davranması, tarafsız olması, her türlü ayrımcılıktan kaçınması zorunluluğunu ifade eder.

Bu ilke gereğince idare görevlileri, istekliler arasında; ırk, din, mezhep, milliyet, siyasi düşünce, coğrafi bölge, akrabalık ilişkileri gibi sebeplerle ayrımcılık ve kayırmacılık yapamaz. Kanununun 63 üncü maddesi uyarınca, eşik değerlerin altındaki ihalelere sadece yerli isteklilerin katılabileceğine yönelik kısıtlama getirilmesi ve eşik değerlerin üzerindeki ihalelerde yerli istekliler lehine fiyat avantajı uygulanması halleri hariç, yabancı isteklilerin ihaleye katılmasına engel getirilemez ve yerli isteklileri koruyucu uygulamalar yapılamaz.

Eşit muamele ilkesi, ihale dokümanının hazırlanması aşamasından başlayarak, tekliflerin alınması, değerlendirilmesi, ihalenin karara bağlanması ve sözleşmenin imzalanması aşamalarının tamamını kapsayacak biçimde hükümlerini icra eder.

Bu çerçevede; ihale dokümanında, bir kısım isteklilere avantaj sağlayan veya diğer bir kısım isteklilerin ihaleye katılmalarını engelleyen ya da teklif maliyetlerini artıran düzenlemelere yer verilemez. İsteklilerden istenecek belgeler ile bu belgelerin taşınması gereken yeterlik kriterleri ve ihale konusu işi tanımlayan teknik şartname kuralları işin gereğine uygun biçimde, objektif ölçütlere göre tespit edilir.

Tekliflerin alınması, açılması, değerlendirilmesi ve ihalenin karara bağlanması sürecinde de, aynı durumda olan tüm isteklilere eşit imkan ve fırsatların sağlanması, Kanunda öngörülen yaptırımların eşit ve adil biçimde uygulanması, yapılan değerlendirmelerin ve kullanılan takdirlerin objektif ölçütlere dayanması gerekir.

Örneğin; aşırı düşük teklif sorgulama sürecinde aynı nitelikli açıklamalarda bulunan isteklileri farklı değerlendirmeye tabi tutmak, aynı belge veya bilgi eksikliği bulunan isteklilerden bazıları bu sebeple değerlendirme dışı bırakılırken bir kısmına bu yönde işlem yapmama, aynı veya benzer nitelikli bilgi eksiklikleri bulunan isteklilerin bir kısmına tamamlama fırsatı verilirken diğerlerine vermemek, aşırı düşük teklifle ilgili açıklama veya bilgi tamamlama için verilen süreleri farklı belirlemek gibi eşitliği ve tarafsızlığı bozan davranışlar söz konusu ilkeye aykırılık teşkil eder.

Öte yandan, hem Kanununun 56 ncı maddesi hem de İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin 18 inci maddesi uyarınca KİK, kendisine yapılan itirazın şikayet başvurularıyla ilgili olarak, şikayet konuları dışında, itiraz edilen işlemler bakımından idarece eşit muamele ilkesinin ihlal edilip edilmediği yönünden de inceleme yapmak zorundadır.

#### 2.4. Güvenirlilik

Güvenirlilik ilkesi, idarenin işlem ve eylemlerinde potansiyel isteklilere ve isteklilere güven vermesi, objektif, hukuka uygun, istikrarlı niyet ve davranışlarıyla kendisi hakkında müspet bir kanı oluşturması gereğini ifade eder.

Esas itibarıyla ihaleyi yapan idareye duyulan güven, o idarenin yapı geldiği iş ve işlemlerin muhatabı olan kişilerin yeni iş ilişkisine girme konusundaki istek ve kararlarını etkileyen tecrübi bir olgudur. Güven derecesinin yüksekliği isteklilerin her hangi bir endişe, tereddüt, çekingenlik taşımadan açılan ihalelere katılmasını temin ederken; güven derecesinin düşüklüğü aksi yöndeki etkiye isteklilerin ilgi ve isteğini azaltır.

İhale uygulamaları bakımından diğer temel ilkeleri özenle gözetilen, iş ve işlemlerinde objektif, hukuka uygun, istikrarlı bir çizgi sürdüren idarenin ilgililer nezdindeki güven derecesinin yüksek olacağına kuşku yoktur.

Güvenirlilik ilkesi, somut ihale açısından da son derece önemlidir. İhale sürecinin temel ilkelere uygun ve özellikle saydamlık ve eşit muamele ilkeleri gözetilerek yürütülmesi, idarece gerçekleştirilen işlemler ve alınan kararlara güven ve teslimiyetle bakılmasını temin eder. Aksi durumlarda, hasıl olan güvensizlik, muhtemel ihtilafların artmasına ve şikayet başvuru yolunun sıklıkla kullanılmasına sebebiyet verir.

#### 2.5. Gizlilik

Gizlilik ilkesi, her ne kadar saydamlık ilkesiyle çelişir gözükse de bu ilkeyle korunan gizliliği, ihale sürecinin hukuka uygun ve objektif biçimde işletilmesiyle sınırlı bir çerçevede görmek gerekir.

Nitekim bu sınırlar Kanunda, gizliliğin gerekli olduğu hallere işaret edilmek suretiyle belirlenmiştir. Bu belirlemeler dışında saydamlık ilkesinin ihlali anlamına gelecek bir gizlilik uygulaması söz konusu olamaz.

4734 sayılı Kanun'un gizlilik öngören hükümlerine göre;

- Yaklaşık maliyete ihale ve ön yeterlik ilanlarında yer verilmez, isteklilere veya ihale süreci ile resmi ilişkisi olmayan diğer kişilere açıklanmaz. (md. 9)

- KİK üyeleri ile Kurum personeli görevlerini yerine getirmeleri sırasında ilgililere ve üçüncü kişilere ait edindikleri gizli kalması gereken bilgi ve belgeleri, bu konuda kanunen yetkili kılınan mercilerden başkasına açıklayamazlar, kendilerinin veya üçüncü şahısların yararına kullanamazlar. Bu yükümlülük görevden ayrılımlarından sonra da devam eder. (md. 53)

- Görevliler ile danışmanlık hizmeti sunanlar; ihale süreci ile ilgili bütün işlemlere, isteklilerin iş ve işlemleri ile tekliflerin teknik ve mali yönlerine ilişkin olarak gizli kalması gereken bilgi ve belgelerle işin yaklaşık maliyetini ifşa edemezler, kendilerinin veya üçüncü şahısların yararına kullanamazlar. Aksine hareket edenler hakkında ilgisine göre 58 ve 60 inci maddelerde belirtilen müeyyideler uygulanır. (md. 61)

- Her türlü bilgi alışverişi ile bilginin muhafazasında; verilerin bütünlüğü ile tekliflerin ve başvuru belgelerinin gizliliğinin sağlanması esastır. (md. 65)

#### 2.6. Kamuoyu Denetimi

İdari işlem ve eylemler yasama denetimi, yargı denetimi ve idari denetim yanında kamuoyu denetimine de tabidir.

İdarenin kamuoyunu bilgilendirme yükümlülüğü ve kamuoyunun da hem bilgiye erişim hem de hak arama yollarını kullanma faaliyeti bağlamında denetim işlevini yerine getirebilmesi son yıllarda gerçekleştirilen yasal düzenlemelerle daha açık ve somut mekanizmalara bağlanmıştır.

Bu çerçevede;

5018 Sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun "Mali Saydamlık" başlığını taşıyan 7 nci maddesinde;

*"Her türlü kamu kaynağının elde edilmesi ve kullanılmasında denetimin sağlanması amacıyla kamuoyu zamanında bilgilendirilir. Bu amaçla;*

a) Görev, yetki ve sorumlulukların açık olarak tanımlanması,

b) Hükümet politikaları, kalkınma planları, yıllık programlar, stratejik planlar ile bütçelerin hazırlanması, yetkili organlarda görüşülmesi, uygulanması ve uygulama sonuçları ile raporların kamuoyuna açık ve ulaşılabilir olması,

c) Genel yönetim kapsamındaki kamu idareleri tarafından sağlanan teşvik ve desteklemelerin bir yılı geçmemek üzere belirli dönemler itibarıyla kamuoyuna açıklanması,

d) Kamu hesaplarının standart bir muhasebe sistemi ve genel kabul görmüş muhasebe prensiplerine uygun bir muhasebe düzenine göre oluşturulması, zorunludur.

*Mali saydamlığın sağlanması için gerekli düzenlemelerin yapılması ve önlemlerin alınmasından kamu idareleri sorumlu olup, bu hususlar Maliye Bakanlığınca izlenir."*

4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanununun; "Bilgi edinme hakkı" başlıklı 4 üncü maddesinde;

*"Herkes bilgi edinme hakkına sahiptir.*

*Türkiye'de ikamet eden yabancılar ile Türkiye'de faaliyette bulunan yabancı tüzel kişiler, isteyecekleri bilgi kendileriyle veya faaliyet alanlarıyla ilgili olmak kaydıyla ve karşılıklılık ilkesi çerçevesinde, bu Kanun hükümlerinden yararlanırlar.*

*Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerden doğan hak ve yükümlülükleri saklıdır."*

"Bilgi verme yükümlülüğü" başlıklı 5 inci maddesinde;

*"Kurum ve kuruluşlar, bu Kanunda yer alan istisnalar dışındaki her türlü bilgi veya belgeyi başvuranların yararlanmasına sunmak ve bilgi edinme başvurularını etkin, süratli ve doğru sonuçlandırmak üzere, gerekli idari ve teknik tedbirleri almakla yükümlüdürler.*

*Bu Kanun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren diğer kanunların bu Kanuna aykırı hükümleri uygulanmaz."*

Hükümleri yer almaktadır.

Aynı Kanunun 15 inci maddesinden başlayan hükümlerle ise bilgi edinme hakkının sınırları düzenlenmektedir.

Öte yandan, 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanunla getirilen dilekçe hakkı ile de vatandaşlara kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında, Türkiye Büyük Millet Meclisine ve yetkili makamlara yazı ile başvurma imkanı verilmiştir. Söz konusu Kanunun 3 üncü maddesine göre;

*"Türk vatandaşları kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında, Türkiye Büyük Millet Meclisine ve yetkili makamlara yazı ile başvurma hakkına sahiptirler."*

Ayrıca, kamuoyunu bilgilendirme amaçlı faaliyette bulunan yazılı ve görsel medyanın, başta meslek örgütleri olmak üzere sivil toplum kuruluşlarının kamuoyu denetiminin araçları olduğu hususunda kuşku yoktur.

Genel çerçevesini verdiğimiz kamuoyu denetiminin ihale uygulamaları açısından nasıl gözetilmesi gerektiği hususuna gelince; yukarıda ifade edilen kamuoyu denetimi yöntem ve araçları yanında, ihale sürecinde;

- Gerekli düzen ve disiplin sağlanmak kaydıyla, tekliflerin açıldığı ilk oturumu izlemek isteyenlere herhangi bir kısıtlama getirilmemesi,

- İhalelerin ve ihale sonuçlarının zorunlu ilanlar dışında, başta internet ortamı olmak üzere başka araçlarla da duyurulması ve bu bilgilere erişim imkanının sağlanması,

- Basın yayın organlarının kamuoyunu bilgilendirme amaçlı bilgi taleplerinin karşılanması,

- Gizlilik ilkesi uyarınca saklanması gerekenler hariç olmak üzere, saydamlık ilkesinin gereklerinin yerine getirilmesi,

Şeklindeki uygulamalar da kamuoyu denetiminin sağlanması ilkesinin bir gereği olarak değerlendirilmelidir.

## **2.7. İhtiyaçların Uygun Şartlarla ve Zamanında Karşılanması ve Kaynakların Verimli Kullanılması**

Kamu kaynaklarının etkili, ekonomik ve verimli bir şekilde kullanılması sonucunun elde edilmesi, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasına bağlıdır.

Söz konusu ilke ile Kanun, ihtiyaçların karşılanmasında, gerekli niteliklere sahip mal, hizmet ya da yapım işinin en uygun maliyetle temin edilmesini; bir başka deyişle, harcanan paranın karşılığında azami faydanın sağlanmasını amaçlamaktadır. Hedeflenen en düşük fiyat üzerinden alım yapmak değil, istenen kalitedeki ürünü tercih edilebilir bir bedelle temin etmektir. Böylece fiyat ve kalite dengesinin sağlanması öngörülmektedir.

Kanunun 5 inci maddesinde yer alan diğer temel ilkelere ortak amacının gerçek rekabetin sağlandığı bir ihale sürecini işletmek olduğu anlaşılmakta, rekabet ilkesi ise ihtiyaçların uygun şartlarla karşılanması ve kaynakların verimli kullanılması ilkeleriyle ulaşılmak istenen sonucu hedeflemektedir. Dolayısıyla rekabet ilkesinin gerçekleştirilemediği bir ihalede, uygun şartlarla temin ve kaynakların verimli kullanılması sonucundan da söz edilemeyecektir.

İhtiyaçların uygun şartlarla karşılanması ve kaynakların verimli kullanılması amacını gerçekleştirmede en önemli faktör zamanlamadır. En uygun zamanın seçilememesi uygun şartlarla temini güçleştirecek veya imkansız hale sokabilecektir.

Yapım işlerinde gerekli planlamayı yaparak en uygun zamanda ihalenin gerçekleştirilmesi ve çalışılabilir dönemin başlangıcında yer tesliminin yapılabilmesi büyük önem arz etmektedir.

Bu hususun temini, yatırımın, programa uygun biçimde, aksatılmadan yürütülüp tamamlanabilmesi için zorunlu olmanın yanında; fiyat farkları, süre uzatımı ve ödenek aktarılması gibi zaman kaybına ve maliyet artışına neden olacak külfetlerin önlenmesi bakımından da gereklidir.

Mal ve hizmet alımlarında ise, arz piyasasındaki şartlar dikkate alınarak ihtiyacın konusu ve miktarı ile izlenecek ihale takvimi belirlenmelidir.

Özellikle yıl içerisinde mevsim şartları itibariyle fiyatı değişkenlik arz eden veya geçmiş yıl verilerine göre sağlıklı fiyat tahmini yapılması imkanı bulunmayan ihtiyaçların uygun olmayan mevsimlerde ihale edilmesi ve uzun süreli sözleşmelere bağlanması idare zararına sebebiyet verebilir.

Bu nedenle, yaş sebze ve meyve alımları, inşaat malzeme ve gereçleri gibi fiyatları mevsimsel etkilere açık ihtiyaçların uygun oldukları zamanlarda ihale edilmesi ve sözleşmenin de öngörülebilir bir süreyle sınırlı olması gereklidir.

Bu tür ihtiyaçların kısa süreli sözleşmelere bağlanacak biçimde ihale edilmesi, bir başka ifadeyle ihtiyaç miktarının kısımlara bölünmesi, ihalelerin temel usullere göre yapılması kaydıyla, mevzuata aykırılık taşımamaktadır.

Ancak, planlanabilir durumdaki ihtiyaçlar bölünecek temel usuller yerine 22 nci maddenin (d) bendine göre doğrudan temin veya 21 inci maddenin (f) bendine göre pazarlık usulüyle karşılanması temel ilkelere aykırılık teşkil eder.

İhtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması, böylece kamu kaynaklarının etkili, ekonomik ve

verimli bir şekilde kullanılması ilkesinin diğer mali mevzuat hükümleriyle de güvence altına alındığı ve bu ilkenin ihlalinin sorumluluk sebebi sayıldığı görülmektedir.

Nitekim 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununun "Hesap verme sorumluluğu" başlıklı 8 inci maddesinde;

*"Her türlü kamu kaynağının elde edilmesi ve kullanılmasında görevli ve yetkili olanlar, kaynakların etkili, ekonomik, verimli ve hukuka uygun olarak elde edilmesinden, kullanılmasından, muhasebeleştirilmesinden, raporlanmasından ve kötüye kullanılmaması için gerekli önlemlerin alınmasından sorumludur ve yetkili kılınmış mercilere hesap vermek zorundadır."*

Denilmekte, 10 uncu maddede bakanların, 11 inci maddede üst yöneticilerin ve 32 nci maddede ise harcama yetkililerinin kamu kaynaklarının etkili, ekonomik ve verimli kullanılmasından sorumlu oldukları belirtilmektedir.

Aynı Kanunun 71 inci maddesinde de, kamu zararı; *"kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır"* şeklinde tanımlandıktan sonra, kamu zararına sebebiyet veren bir fiil olarak *"iş, mal veya hizmetin rayiç bedelinden daha yüksek fiyatla alınması veya yaptırılması"* gösterilmektedir.

## 2.8. Farklı Nitelikteki İhtiyaçların Aynı İhalede Toplanamaması

Aynı amacı sağlamaya yönelik hüküm 2886 sayılı Devlet İhale Kanununda *"başka başka istekliler tarafından karşılanması mutlak olan muhtelif işler bir eksiltmede toplanamaz"* şeklinde yer almaktadır.

Öngörülen düzenlemede, ihtiyacın doğrudan kaynağından karşılanması, bu çerçevede; yapım işinin yapım müteahhidine, mal alım işinin tedarikçiye ve hizmet alım işinin hizmet sunucusuna gördürülmesi şeklinde gerçekleşecek daha ekonomik, rasyonel ve katılımcı bir sonucun sağlanması amaçlanmaktadır.

Farklı ihtisas konularına ilişkin ihtiyaçların bir ihalede toplanması; sadece kendi alanına ilgi duyan ve işin kendisinin iştiğal sahasına girmeyen bölümlerine teklif vermekten çekinen kişilerin ihaleye katılımını engelleyeceği için rekabeti kısıtlayacağı gibi, ihaleye katılan istekliler açısından da kendilerinin doğrudan sağlayacakları unsurlar dışındakileri bir başka kaynaktan temin ederek gerçekleştirecekleri kabulüyle, kendi ticari kârlarını da içeren daha yüksek bir fiyatı teklif etmeleri sonucunu doğurabilmektedir.

Ayrıca aralarında doğal bir bağlantı bulunmayan mal, hizmet veya yapım işlerinin aynı ihalede toplanması yeterlik kriteri olarak aranan benzer iş tespitini de sorunlu hale getirmektedir. Zira;



- İhalenin konusunu oluşturan işler bir bütün olarak kabul edildiğinde ve işin tamamına benzerlik arandığında mal, hizmet veya yapım işlerine ait arz piyasalarında bu işleri bir bütün olarak gerçekleştirenler sınırlı sayıda bulunacağı için yapılan benzer iş tanımı rekabeti kısıtlamakta,

- İşin ağırlıklı kısmı dikkate alınarak benzer iş tanımı yapıldığında, birbirlerinden zaten ayrılabilen bu işlerde, diğer kısmını müstakilen gerçekleştirenler yönüyle katılım kısıtlanmakta,

- İşin her hangi bir kısmını yapmış olmayı yeterli gören bir benzer iş tanımında ise, katılım genişliği sağlanmakla birlikte, belirlenen benzer iş kriteri, isteklilerin ihale konusu işe benzer iş tecrübesine sahip olma yeterliğini tevsik yönüyle amaca hizmet etmemektedir.

Örneğin, bir yapım projesinin bünyesine, yapım işiyle doğrudan bağlantısı olmayan hareketli mobilya ve tefrişat malzemesi cinsinden masa, sandalye, koltuk, perde, parça halı, kütüphane gibi malzemelerin; yine aynı nitelikteki makine, teçhizat, taşıt gibi unsurların dahil edilmesi belirtilen ilkeye aykırılık teşkil eder.

Zira bu tür ihtiyaçların temininde araya bir yapım müteahhidinin girmesine gerek yoktur ve idarece doğrudan satın alma yoluyla temin edilmeleri mümkündür.

Kanun söz konusu ilkenin istisnasını *"aralarında kabul edilebilir doğal bir bağlantı..."* bulunması koşuluna bağlamaktadır.

İhale konusu ana işin ayrılmaz parçası (mütemmim cüzü) niteliğindeki iş ve ihtiyaçlar farklı nitelik arz etseler dahi ana işin bünyesine dahil edilerek ihale konusu yapılabilir. Örneğin, bina inşaatı kapsamında yapılan ahşap duvar bandı, sabit masa, koltuk ve dolap sistemi, zemine yapıştırılmış halı gibi imalatlar demirbaş ve tefrişat niteliği bulunmasına rağmen kanaatimizce yapım işi kapsamında ihale edilebilirler.

Sayıştay Daireler Kurulu 2886 sayılı Kanun uygulamasına ilişkin olarak vermiş olduğu benzer bir konuya ilişkin kararında<sup>1</sup>, çevre duvarı yaptırılması, çevre aydınlatılması, seslendirme ve kapalı devre televizyon sistemleri ve telefon santrali kurulması işlerinin hizmet binası inşaatının mütemmim cüzünden olması ve birbirleriyle bağlantılı ve yapım esnasında birbirini takip etmesi gereken nitelikte bulunması gerekçeleriyle bir bütünlük içerisinde ihale edilmesinde mevzuata aykırılık bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır.

Sayıştay Temyiz Kuruluna<sup>2</sup> göre de; park yapım işinin mütemmiminden olan ve asli ve tali imalatlar olarak ayrılması mümkün bulunmayan işlerin (çevre du-

varı, yürüyüş yolları, oturma, dinlenme üniteleri, çocuk oyun alanı ve elemanları, bank, çöp kutusu, aydınlatma elemanı gibi donatı ve donanımlar) asıl iş kapsamında yaptırılması ve bedelinin ödenmesi mümkündür.

Birim fiyat teklif almak suretiyle ihale edilen bir yapım işinde, ihale dokümanında belirtilmek kaydıyla, bir hizmet işi olmasına karşın, uygulama projeleri, yapım sözleşmesi kapsamında aynı yükleniciye yaptırılabilir. Buna imkan veren düzenlemeler Yapım İşleri Genel Şartnamesinde de yer almaktadır.

Makine, teçhizat ve sistem alımlarıyla ilgili olarak, bunların yerine montajı ve çalışır halde teslimiyle ilgili hizmetler, mal alım ihalesi kapsamına dahil edilebilir.

Yemek servis ihalesinde gıda malzemelerinin alımı ile bunların pişirilmesi ve servise sunulması hizmetleri hizmet ihalesi bünyesinde gerçekleştirilebilir.



Benzer biçimde, temizlik hizmeti alınması ihalesi kapsamına temizlik işinde kullanılacak malzemelerin de dahil edilmesi mümkündür.

Kamu İhale Genel Tebliğine göre<sup>3</sup>; Tebliğin ilgili maddesinde belirtilen kayıt ve şartlar dahilinde, sağlık hizmeti sunan idareler kit ile birlikte cihaz temin edilebilirler.

Aralarında kabul edilebilir doğal bir bağlantı bulunması nedeniyle ihalesi birlikte yapılan mal veya hizmet alımı ile yapım işlerinde ihalenin hangi tedarik türü (mal, hizmet, yapım) dikkate alınarak gerçekleştirilmesi gerektiği hususuna gelince;

Bu tür durumlarda kriter olarak ihale konusu işin yaklaşık maliyeti içerisindeki ağırlık oranlarını esas almak mümkün görülmeyle birlikte, kimi durumlarda işin mahiyetinin ve teknik gereklerinin de belirleyici olabileceği anlaşılmaktadır. Örneğin, malzeme dahil yemek

1 Sayıştay Daireler Kurulunun 28.12.1993 tarih ve 856 sayılı kararı.

2 Sayıştay Temyiz Kurulunun 13.10.2003-14.10.2003 tarih ve 26685 Tutanak Sayılı Kararı.

3 Kamu İhale Genel Tebliği md.60.

servis içinde malzeme unsurlarının toplam yaklaşık maliyet içerisindeki ağırlığı hizmet unsurundan fazla da olsa işin mahiyeti gereği ihalenin hizmet ihalesi biçiminde yapılması gerekir. Ancak nihai ürünün karakterine bakılarak belirleme yapılabilecek benzer durumlar dışında yaklaşık maliyet içerisindeki ağırlıklarına itibar edilmesi objektif bir ölçü olarak görülmektedir.

## 2.9. Planlanabilir İhtiyaçların Kısımlara Bölünmemesi

4734 sayılı Kanun'un 8 inci maddesinde eşik değerler yer almaktadır. Söz konusu tutarlar, Kanununun 63 üncü madde hükmü uyarınca ihalenin yabancı isteklilere de açık yapılabileceğinin tespiti açısından belirleyicidir. Yaklaşık maliyeti eşik değerinin altında kalan ihalelere sadece yerli isteklilerin katılabileceğine ilişkin olarak idarece bir belirleme yapılması mümkünken, eşik değeri aşan ihalelerde yabancı isteklilerin katılımına kısıtlama getirilmesi imkanı bulunmamaktadır.

Diğer yandan Kanununun 13 üncü maddesinde, eşik değerlere de atıf yapılarak ihalenin yaklaşık maliyet tutarına bağlı şekilde farklı ilan süre ve kuralları belirlenmiştir.

Söz konusu düzenlemeler uyarınca, işin kısımlara bölünerek yaklaşık maliyetin eşik değerlerinin altına çekilmesi veya ilan süre ve kurallarının değiştirilmesi Kanununun ifade edilen ilkesine aykırı düşer. Bu nedenle ihtiyaç bir bütün olarak belirlenmeli ve belirlenen ihtiyaca ilişkin gerçekçi bir yaklaşık maliyet tespitinden sonra eşik değer ve ilan kuralları uygulanmalıdır.

İhtiyacın bir bütün olarak nasıl tespit edilmesi gerektiği hususuna gelince;

Yapım işlerinde, bir proje bütünlüğü içerisinde yapılması gereken bütün işler o projeye dahil edilmeli ve tek bir ihale konusu yapılmalıdır.

Hizmet alımlarında, aynı hizmet türleri itibarıyla, ihale konusu hizmet işi, hizmetin nihai anlamda sunumu sağlanacak ve ihtiyaç konusu hizmetin tümünü (ihtiyaç süresi ve hizmetin çerçevesi itibarıyla) kapsayacak şekilde belirlenmelidir.

Mal alımlarında ise, ihtiyacın niteliği itibarıyla aynı satıcıdan temin edilmesi gereken mallar, ihtiyaç süresi de dikkate alınmak suretiyle planlanmalı ve bir ihale kapsamında temin edilmelidir.

Ancak burada ifade etmek gerekir ki, eşik değerlerinin altında kalma ya da ilan kurallarını değiştirme şeklinde bir sonucun ortaya çıkmadığı durumlarda ihtiyacın bölünerek ihale edilmesinde her hangi bir sakınca bulunmamaktadır. Aksine bu tarz bir uygulamada daha küçük ölçekli isteklilerin de ihaleye katılabilmeleri mümkün olacağından katılımı ve rekabeti artırıcı bir sonuçta sağlanış olacaktır. Örneğin, ihtiyacın bir bütün olarak tes-

pit edildiğinde dahi eşik değerlerinin altında kaldığı veya ihtiyacın bölünmesine rağmen bölünmüş kısımların eşik değerlerinin üzerinde kaldığı durumlarda, Kanununun 13 üncü maddesinde belirtilen ilan süre ve kuralları da bölünme nedeniyle değişmemişse Kanununun belirtilen ilkesine aykırılıktan söz edilemez.

Bu ilke çerçevesinde açıklanması gereken bir başka husus, ihtiyacın kısımlara bölünerek pazarlık veya doğrudan temin limitinin altına çekilmesi uygulamasıdır. Kanununun 21 inci maddesinin (f) bendi uyarınca gerçekleştirilecek pazarlık yönteminde ilan yapılma zorunluluğunun bulunmaması, 22 nci maddenin (d) bendine göre yapılacak doğrudan teminde ise ilan ve rekabete açık bir ihale yapılmaması nedeniyle, bu tarz bir uygulama da, hem söz konusu ilkeye hem de Kanununun aynı maddesinde ifade edilmiş olan saydamlık, rekabetin sağlanması, ihtiyaçların uygun şartlarla karşılanması, kaynakların verimli kullanılması ve yapılacak ihalelerde açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulünün temel usuller olduğu ve diğer ihale usullerinin Kanunda belirtilen özel hallerde kullanılabileceği ilkeleri aykırılık teşkil eder<sup>4</sup>.

## 2.10. Temel Usullerin Önceliği

Madde hükmüne göre;

*"Bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulü temel usullerdir. Diğer ihale usulleri Kanunda belirtilen özel hallerde kullanılabilir."*

Kanununun 19 uncu maddesinde açık ihale usulü, bütün isteklilerin teklif verebildiği usul olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla bu usulün uygulanmasında her hangi bir nitelik ve şart aranmadığından ve tüm ihalelerin bu usule göre yapılması mümkün bulunduğundan, açık ihalenin en temel usul olduğu söylenebilir.

Diğer temel usul olan belli istekliler arasında ihale usulü ise Kanununun 20 ncu maddesinde düzenlenmiştir. Madde hükmü, belli istekliler arasında ihale usulünün uygulanabilmesini belli şartlara bağlamaktadır.

4 Sayıştay Daireler Kurulunun 28.12.1993 tarih ve 856 sayılı kararı Sayıştay Temyiz Kurulunun 13.10.2003-14.10.2003 tarih ve 26685 Tutanak Sayılı Kararı

Kamu İhale Genel Tebliği md.60

Konuya ilişkin olarak, Kamu İhale Genel Tebliğinin (22.5.1.2) maddesinde; "... 4734 sayılı Kanun'un 19 uncu maddesine göre açık ihale usulü ile temini gereken ihtiyacın, Kanununun 22 nci maddesinin (d) bendi için öngörülen parasal sınırların altında kalacak şekilde, adet bazında veya aynı ihale konusu içinde yer alabilecek nitelikteki mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinin, kalemlere veya gruplara bölünmek suretiyle aynı Kanununun 22 nci maddesinin (d) bendine göre temini, 4734 sayılı Kanun'un temel ilkelerine aykırılık teşkil ettiğinden, bu yönde uygulamaların sorumluluk doğuracağı hususuna dikkat edilmesi gereklidir." denilmektedir.

Buna göre;

- Yapım işleri, hizmet ve mal alım ihalelerinden işin özelliğinin uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektirmesi nedeniyle açık ihale usulünün uygulanamadığı işlerin ihalesi bu usule göre gerçekleştirilebilecektir. Bu kategoriye giren işler bakımından işin yaklaşık maliyet tutarının bir önemi yoktur. Küçük ölçekli işler bile olsa, "uzmanlık ve/veya ileri teknoloji" gerektiren nitelikte ise belli istekliler arasında ihale usulüyle yaptırılabilir.

- 20/11/2008 tarih ve 5812 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle belli istekliler arasında ihale usulüyle ihale edilebilecek işlere bir kategori daha eklenmiştir. Getirilen düzenlemeye göre, yaklaşık maliyeti eşik değerinin yarısını aşan yapım işi ihaleleri de bu usule göre yaptırılabilir. Uygulamada gözetilecek tek ölçü işin yaklaşık maliyet tutarıdır. Yaklaşık maliyeti eşik değerinin yarısını aşan işlerin "uzmanlık ve/veya ileri teknoloji" gerektirmesi şartı aranmadan idarenin tercihi ve takdiri doğrultusunda belli istekliler arasında ihale usulüyle yaptırılması mümkündür.

Tabiatıyla, belli istekliler arasında ihale usulüyle yapılabilecek olan ihalelerin en temel usul olan açık ihale usulüyle ihale edilmesi her zaman mümkündür. Bu tercihi yapan idarenin uygulaması asla eleştirilemez.

Keza, yukarıda ifade edilen şartları sağlayan işler bakımından ihalenin belli istekliler arasında ihale usulüyle gerçekleştirilmesi de hukuken kabul gören bir uygulamadır. Dolayısıyla bu tür durumlarda idarenin bu takdirinin değil, belli istekliler arasında ihale usulünün uygulanabilmesi için kanunun aradığı kriterlerin somut iş bakımından var olup olmadığının incelenmesi gerekir.

Diğer usuller ise Kanunda belirtilen özel hallerde kullanılabilir. Bilindiği üzere bu usuller; Kanunun 21 inci maddesinde düzenlenen pazarlık usulü ve özel bir alım yöntemi olarak getirilmiş olan doğrudan temindir. Temel usuller yerine bu yöntemlere göre alım yapan idarenin Kanunun 21 ve 22 nci maddesinde aranan şartların tahakkuk ettiğini ortaya koyması ve uygulamasını gerekçelendirmesi gerekir.

### 2.11. Ödeneksiz İhaleye Çıkılamama Kuralı

Esas itibarıyla, Kanunun "ödenegi bulunmayan hiçbir iş için ihaleye çıkılamaz" şeklinde öngördüğü disiplin, kamu görevlilerinin, bütçe yapıcıların tasarrufu dışında idareyi taahhüt ve borç altına sokmamaları, bütçe ile belirlenmiş ihtiyaçlara yine bütçede öngörülen limitler dahilinde harcama yapılabilmesi temel mantığına dayanmaktadır.

Düzenlemenin gereği olarak, bir bütçe yılı içerisinde gerçekleştirilecek olan mal veya hizmet alımı ile yapım işlerinde işin tamamını karşılayacak şekilde ödeneğinin bütçesinde tertip edilmiş olması zorunludur.

Kanunun 62 nci maddesinin (d) bendinde, bütçenin, işin yaklaşık maliyet değeri dikkate alınarak programlanması gerektiği ifade edilmektedir.

Kanunun 5 ve 62 nci madde hükümleri ile Uygulama Yönetmeliğinde yer alan düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, bütçe planlamasının gerçekçi biçimde yapılması, işin ihalesine çıkılması aşamasında da asgari, yaklaşık maliyet değerine eşit bir ödeneğin bütçede yer alması gerektiği anlaşılmaktadır.

Getirilen ödenek zorunluluğu, nakit zorunluluğu şeklinde anlaşılmamalıdır. Amaç ödeneğin bütçesinde tahsis edilmiş olmasıdır. Nakdin daha sonra elde edilecek olması veya ödeneğin bilahare serbest bırakılması gibi hususlar ödenek yokluğu olarak değerlendirilmemelidir.



Ödenegi bulunmayan hiçbir iş için ihaleye çıkılamaz hükmünün istisnası Kanunun 62 nci maddesinin (b) bendinde;

*"Ancak ertesi mali yılda gerçekleştirilecek süreklilik arz eden mal ve hizmet alımları için bir önceki mali yıl sona ermeden ihaleye çıkılabilir."*

şeklinde düzenlenmiştir.

Söz konusu hüküm uyarınca, idarelerin periyodik biçimde temin etmek zorunda oldukları süreklilik arz eden; akaryakıt alımı, personel taşıması, yemek servisi, temizlik hizmeti, güvenlik hizmeti, bakım hizmeti gibi mal ve hizmet alım ihaleleri için bütçe ödenekleri kesintisiz bir önceki mali yıl içerisinde ihaleye çıkılabilecektir.

Diğer yandan Kanunun 62 nci maddesinin (a) bendi hükmü gereğince de birden fazla yılı kapsayan işlerde ilk yıl (ihalenin yapılacağı yıl) için işin proje maliyetinin asgari %10 u oranında bir tutarın bütçede yer alması gerekmektedir.

## 2.12. Çevresel Etki Değerlendirme (ÇED) Uygunluğunun Sağlanması

4734 sayılı Kanun'un 5 inci maddesinin son fıkrasında;

*"İlgili mevzuatı gereğince Çevresel Etki Değerlendirme (ÇED) raporu gerekli olan işlerde ihaleye çıkılabilemesi için ÇED olumlu belgesinin alınmış olması zorunludur. Ancak, doğal afetlere bağlı olarak acilen ihale edilecek yapıım işlerinde ÇED raporu aranmaz."*

denilmektedir.

2872 sayılı Çevre Kanununun 10 uncu maddesinde ise;

*"Gerçekleştirmeyi planladıkları faaliyetleri sonucu çevre sorunlarına yol açabilecek kurum, kuruluş ve işletmeler bir "Çevresel Etki Değerlendirme Raporu" hazırlarlar. Bu raporda çevreye yapılabilecek tüm etkiler göz önündü bulundurulurken çevre kirlenmesine sebep olabilecek atık ve artıkların ne şekilde zararsız hale getirilebileceği ve bu hususta alınacak önlemler belirtilir."*

*Çevresel Etki Değerlendirme Raporunun; hangi tip projelerde isteneceği, ihtiva edeceği hususlar ve hangi makamca onaylanacağına dair esaslar yönetmelikle belirlenir."*

hükmü yer almaktadır.

Konuya ilişkin olarak Çevre Bakanlığınca hazırlanan Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği ve diğer ilgili mevzuata uygun şekilde ÇED çalışmalarının yapılması ve gerekli hallerde ÇED olumlu belgesinin alınması zorunludur.

Ancak yine 4734 sayılı Kanun'un 5 inci maddesinde ifade edildiği üzere, doğal afetlere bağlı olarak acilen ihale edilecek yapıım işlerinde ÇED raporu aranmadan ihaleye çıkılabilecektir.

## 3. SONUÇ

Kamu İhale Kanunu hükümleri incelendiğinde, idarenin öncelikli görevinin temel ilkelerle amaçlanan sonucun elde edildiği bir ihale sürecinin gerçekleştirilmesi olduğu anlaşılmakta, ilkelerin ihlali sayılabilecek olguların ortaya çıkması halinde ise, yasal çerçeve içinde gerekli düzeltmelerin yapılması imkanı yoksa ihalenin iptal edilmesi gerekmektedir.

İhale sürecinde görev alan ve yetki kullanan kamu görevlilerinin temel ilkelerin gözetilmesi hususunda tartışmasız sorumlulukları bulunmaktadır. Bu sorumluluk, hem Kamu İhale Kanunu hem de diğer ilgili mevzuat hükümleriyle disiplin altına alınmıştır.

Kanunun 60 ıncı maddesinde, ihale yetkilisi ve ihale komisyonlarının başkan ve üyeleri ile ihale işlemlerinden sözleşme yapılmasına kadar ihale sürecindeki her

aşamada görev alan diğer tüm ilgililerin tazminat ve ceza sorumluluğuna işaret edildikten sonra, maddenin son fıkrasında "5 inci maddede belirtilen ilkelere ve 62 nci maddede belirtilen kurallara aykırı olarak ihaleye çıkılmasına izin verenler ve ihale yapanlar hakkında da yukarıda belirtilen müeyyideler uygulanır" denilmek suretiyle ihale ilkelerine aykırı davranışlara özel bir vurgu yapıldığı görülmektedir.

Keza, sebep olunan zararın ödettilmesi bağlamında 5018 sayılı Kanun'un 71 inci maddesinde ve Borçlar Kanununda; ceza sorumluluğuna ilişkin olarak ise, Türk Ceza Kanununda yaptırım hükümleri bulunmaktadır.

İhale sürecindeki işlem ve eylemlerin, idare görevlilerince kullanılan takdirin temel ilkelere uygunluğu hususunun başta KİK olmak üzere, diğer tüm denetim, inceleme ve yargı yetkisi kullanan mercilerce de özenle gözetildiğini belirtmek gerekir.

Esas itibarıyla, zincirleme işlemlerden oluşan ihale sürecinde esasa etkili her türlü aykırılığın, doğrudan veya dolaylı olarak, temel ilkelerle güvence altına alınan amaca zarar vereceği söylenebilecektir.

Bu çerçevede örneğin, ilan süre ve kurallarında ortaya çıkan, ihaleye ilgiyi ve katılımı kısıtlayıcı mevzuata aykırılıklar doğrudan saydamlık ve rekabet ilkesini ihlal ederken, bu ilkelerin ihlalinin doğal sonucu olarak idarenin güvenilirliği, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve kaynakların verimli kullanılması ilkeleri de dolaylı biçimde zedelenecektir. Keza, ihaleye katılımda istenen belgeler ile bu belgelerin taşınması gereken kriterlerin mevzuata aykırı şekilde belirlenmesi, değerlendirmelerin hatalı veya eşit muameleyi ihlal eder biçimde yapılması gibi uygulamalar da benzer sonuçlar doğurabilecektir.

Ancak yaptığımız değerlendirmeden ihale sürecindeki önemli önemsiz her türlü aykırılığın ihale ilkelerinin ihlali anlamına geleceği ve ihalenin sürdürülmesini imkansız kılacağı, ayrıca bu tür durumlarda 4734 sayılı Kanun'un 60 ıncı maddesindeki yaptırım hükümlerinin mutlaka işletilmesi gerektiği sonucu çıkarılmamalıdır.

İhale sürecinin devamı açısından, mevzuata aykırı işlemin esasa etkili olması, bir başka ifadeyle, temel ilkelerle amaçlanan sonuçların sağlanmasını olumsuz etkileyen veya imkansız kılan önem ve ağırlıkta bulunması, Kanunun emredici hükümlerine aykırılık taşınması gibi olguların varlığına bakılmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir.