

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNU UYARINCA YAPILAN
İHALELERDE REKABET İLKESİNİN NİTELİKLERİ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Selman GÜNAYDIN

Tez Danışmanı: Dr. Öğretim Üyesi Özge AKSOYLU ÜRGER

OCAK 2023

ÖNSÖZ

Bir konuya dair gerçek ilginin, ufuk açıcı ve yüreklendirici bir rehberlik eşliğinde yoğun emekle buluştuğu bu çalışma, takdirlerinize sunulmuştur.

Beni talebeliğine kabul eden, karmaşık düşüncelerimi derleyip toparlayarak yolumu aydınlatan, vermiş olduğu eşi benzeri olmayan, yeri doldurulamaz katkılarını çalışma ilerken daha iyi anladığım ve çalışmanın hazırlanması sürecinde en başından en sonuna kadar hep anlayışla ve destekle rehberlik eden değerli hocam ve tez danışmanım Dr. Öğretim Üyesi Özge Aksoylu Ürger'e hürmetlerimle en içten şükranlarımı sunarım.

Yüksek lisans öğrenimimi, BİDEB 2210-A Genel Yurt İçi Yüksek Lisans Burs Programı'yla destekleyen TÜBİTAK'a teşekkür ederim.

Tarifi mümkün olmayan desteklerle bugünlere ulaşmamı mümkün kılan, hayatım boyunca sevgileriyle şımartığım, evlada sabrın birer timsali olan sevgili anneciğime ve babacığımın tüm emekleri ve fedakarlıkları için en kalbi şükranlarımı sunarım.

Kardeşe, dosta, ahababa. Destegini esirgemeyenlere içtenlikle teşekkür ederim.

Ne düne, ne bugüne, ne de yarına... Hayata... Her daim hayat arkadaşına.

Selman Günaydın
Ocak, İstanbul

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	ii
İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR	vi
RÉSUMÉ.....	vii
ABSTRACT	xiv
ÖZET.....	xx
GİRİŞ	1
I. 4734 SAYILI KANUN UYARINCA SAYDAM REKABETİN SAĞLANMASI.....	36
A. İhale Dokümanının Saydamlığı	39
1. İhale Dokümanının Ulaşılabilirliği.....	40
2. İhale Dokümanının Anlaşılabilirliği.....	45
B. İhale Usulünün Saydamlığı.....	50
1. Temel İhale Usullerinin Önceliği	54
a. Temel İhale Usullerinin Önceliğinin Amacı.....	56
b. Pazarlık Usulünün İstisnailiği	60
2. Elektronik Uygulama Yöntemlerinin Önceliği: e-ihale	68
II. 4734 SAYILI KANUN UYARINCA EŞİTLER ARASI REKABETİN SAĞLANMASI.....	77
A. İhalede Tarafsızlığın Sağlanması	80
1. Teknik Kriterlerin Objektifliği Yoluyla İhalede Tarafsızlığın Sağlanması	83
2. Gizlilik İlkesinin Herkes İçin Sağlanması Yoluyla İhalede Tarafsızlığın Sağlanması	87

a. Yaklaşık Maliyetin Gizliliği.....	88
b. İsteklilere İlişkin Bilgi ve Belgelerin Gizliliği.....	95
B. İhaleye Katılımın Sınırlandırılması.....	98
1. İhalenin Dürüstlüğü'nün Sağlanması Amacıyla Getirilen Sınırlandırmalar.....	101
a. Bazı Fiil veya Davranışların Yasaklanması Yoluyla Dürüstlüğü'nün Sağlanması.....	102
b. Bazı Kişilerin İhaleye Katılımının Engellenmesi Yoluyla Dürüstlüğü'nün Sağlanması.....	110
2. Milli Ekonominin ve Güvenliğin Korunması Amacıyla Getirilen Sınırlandırmalar.....	116
a. Yabancılar'a Yönelik Sınırlandırmalar	117
b. Terör Suçlarından Hükümlü Bulunanlara Yönelik Sınırlandırmalar	121
III. 4734 SAYILI KANUN UYARINCA İHTİYACA UYGUN REKABETİN SAĞLANMASI.....	125
A. İsteklilerin Yeterliliğinin Sağlanması	128
1. İsteklilerin Mesleki ve Teknik Yeterliliğinin Sağlanması.....	130
2. İsteklilerin Ekonomik ve Mali Yeterliliğinin Sağlanması.....	136
B. Tekliflerin Verimliliğinin Sağlanması	138
1. Teklif Kapsamının Belirlenmesi.....	139
a. Birleştirilemezlik.....	140
b. Kısmi Teklif	143
2. Ekonomik Açıdan En Avantajlı Teklif Uygulaması	147
a. Aşırı Düşük Teklifler	150
b. Yaklaşık Maliyetin Üzerindeki Teklifler	154
SONUÇ.....	158
KAYNAKÇA	162
Kitaplar	162
Tezler	165

Makaleler ve Bildiriler	165
Elektronik Kaynaklar	169
Kararlar	170



KISALTMALAR

Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
ÇED	: Çevresel Etki Değerlendirmesi
E.	: Esas numarası
Ed.	: Editör
EKAP	: Elektronik Kamu Alım Platformu
Haz.	: Hazırlayan
Ibid.	: aynı yerde
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
K.	: Karar numarası
Kurul	: Kamu İhale Kurulu
Kurum	: Kamu İhale Kurumu
md.	: madde
op. cit.	: adı geçen eser
passsim	: bütününe atıf
R.G.	: Resmî Gazete
S.	: Sayı
s.	: sayfa
ss.	: sayfadan sayfaya
T.	: Tarih
Y.	: Yıl

RÉSUMÉ

Dans la littérature juridique, la loi sur les marchés publics numérotée 4734 a été étudiée sous l'angle de ses procédures et de ses principes fondamentaux. Dans la littérature, il a été déterminé que certains de ces principes fondamentaux ont des qualités universelles, mais leurs relations entre eux ont rarement été abordées. Dans cette étude, les caractéristiques de la concurrence, qui est le principe fondamental et l'objectif principal d'un appel d'offres, ont été recherchées. Dans ce contexte, il a été évalué que la question de savoir quel type de concurrence est recherché dans les marchés publics dans le cadre de la Loi sert de guide. Il a été compris qu'il est fonctionnel d'examiner les relations de la concurrence avec d'autres principes afin de trouver la réponse. Cependant, en premier lieu, un cadre conceptuel fut créé en termes d'appel d'offres, de marché public et de concurrence, qui entrent dans le champ d'étude de différentes disciplines.

Le terme "appel d'offres" est utilisé comme un terme économique et juridique. Sur le plan économique, il s'agit d'un mécanisme de détermination des prix qui inclut la concurrence. Sur le plan juridique, il s'agit de l'attribution d'une tâche à une personne déterminée par une augmentation ou une diminution. Par conséquent, plusieurs parties sont impliquées dans un appel d'offres et elles sont en concurrence pour être le gagnant. L'appel d'offres, que l'on retrouve dans différentes disciplines juridiques, est examiné dans le cadre des contrats administratifs en droit administratif. La signification et l'incertitude des limites de l'appel d'offres ont été reflétées dans la doctrine et la législation. Du point de vue du droit administratif, l'appel d'offres est défini comme une procédure administrative qui comprend les règles de méthode et les principes universels que l'administration doit respecter pour créer un environnement de concurrence lors de la détermination de l'objet, des conditions et surtout, du cocontractant du contrat.

En général, le terme "appel d'offres" est associé aux contrats dont l'objet est des marchés publics. L'État effectue divers achats, tels que des biens, services et travaux de construction dans le but de s'acquitter de ses obligations et responsabilités. Ces achats, qui dépassent souvent 10 % du produit intérieur brut, sont généralement désignés comme des marchés publics dans la plupart des pays. Depuis plus de 20 ans, ce terme est utilisé dans la législation turque, quant au domaine qu'il réglemente est appelé "appel d'offres" depuis longtemps. Actuellement, la Loi est couramment utilisée dans les appels d'offres de marchés publics. Dans ce contexte, la valeur monétaire des appels d'offres réalisés en 2021 a atteint 255 milliards de livres turques.

L'objectif de la Loi est d'aligner les réglementations relatives à la passation de marchés de biens ou de services et de travaux de construction des institutions et organisations qui sont sous la supervision d'une personne publique ou soumises au droit public ou utilisant des ressources publiques, sur les réglementations des organisations internationales. À cette fin, des principes universels sont inclus. Ces

principes, qui rendent possible un appel d'offres équitable et rationnel, sont des règles obligatoires qui doivent être suivies à chaque étape ainsi que dans l'interprétation de la Loi. Parmi eux, le principe de la concurrence est mis en évidence et sa valeur dans le processus d'appel d'offres est évaluée.

La concurrence est utilisée comme un terme économique et juridique. Dans ces domaines qui se recoupent, la concurrence est associée à une enchère ou à un concours. Ce terme, qui est défini au niveau de la Loi, est également inclus dans le sens de l'article 167 de la Constitution. La liberté de chacun de posséder des biens, d'hériter, de travailler, de contracter, de créer et d'exploiter une entreprise est considérée comme une condition préalable à la concurrence économique. Étant donné que ces libertés étant illimitées, elles peuvent empêcher l'émergence des résultats attendus de la concurrence, l'État a pour mission de prendre des mesures qui garantissent le bon et régulier fonctionnement des marchés et empêchent les monopoles et les cartels.

En droit turc, la concurrence est examinée sous les rubriques de la concurrence déloyale, de l'interdiction de la concurrence et de la loi antitrust. Celles-ci ont un lien et une relation indirecte avec le principe de concurrence de la loi pour empêcher la perturbation de la concurrence sur les marchés. Dans cette étude, étant donné que le principe de concurrence dont l'administration a la charge d'assurer est examiné, ils ne sont pas traités séparément à cet égard.

Le principe de concurrence, qui impose d'augmenter la participation à l'appel d'offres au gré libre et d'éviter les actions qui l'empêchent, est essentiel pour obtenir l'objet de l'appel d'offres au prix le plus raisonnable de la part de la personne la plus compétente grâce à une concurrence loyale. Il a été déterminé que la concurrence, qui est l'objectif principal de l'appel d'offres, est en interaction avec d'autres principes et présente des caractéristiques de transparence, d'égalité et d'adéquation en termes d'appels d'offres dans le cadre de la Loi.

La transparence, qui est le reflet du principe de transparence de l'administration dans l'appel d'offres, vise à ce que la concurrence ne soit pas à huis clos mais qu'elle soit visible. Pour cette raison, la transparence du dossier de consultation, qui comprend les conditions administratives et techniques de l'appel d'offres, et de la procédure d'appel d'offres, qui détermine les règles à appliquer, doit être assurée. Le dossier d'appel d'offres doit être accessible et compréhensible car il contient les informations nécessaires à la formation des offres. Les offres électroniques et les méthodes d'appel d'offres de base, qui permettent des pratiques plus transparentes, doivent être privilégiées.

Accéder aux documents d'appel d'offres est de prendre connaissance des conditions du concours. Les documents d'appel d'offres peuvent être consultés gratuitement auprès de l'administration et peuvent être achetés au prix de l'impression. Aujourd'hui, on peut y accéder facilement par le biais d'EKAP (plateforme électronique de marchés publics) et la participation à l'appel d'offres peut se faire par téléchargement par la vérification de l'identité. En 2012, une disposition a été ajoutée à la Loi selon laquelle les documents d'appel d'offres ne seraient vendus qu'aux personnes invitées aux appels d'offres. Depuis lors, les demandes faites par les personnes qui n'ont pas été invitées à acheter ont été rejetées. Le Conseil d'État n'a pas jugé approprié le fait que l'administration n'évalue pas les candidatures et a évalué que le pouvoir discrétionnaire devrait être utilisé de manière à permettre à davantage de candidats de participer. En résumé, il est déterminé que nombreuses dispositions

importantes ont été apportées à la loi pour rendre les documents d'appel d'offres accessibles et que cette compréhension est protégée par l'approche du Conseil d'État, et donc que l'objectif est de réaliser une concurrence transparente.

L'inclusion de règlements peu clairs et auto-contradictaires dans les documents d'appel d'offres peut entraîner une confusion chez les soumissionnaires. Les règles doivent être cohérentes, claires et ne pas prêter à confusion, car le Conseil d'État estime nécessaire d'assurer une pleine concurrence. Puisque la compétition est engagée dans ces conditions, elles doivent être déterminées avec une clarté et une transparence qui peuvent être comprises par tous. Selon la Loi, des explications peuvent être demandées à l'administration en cas d'incertitude afin d'assurer une compréhension commune des conditions. L'organisation a permis de faciliter la compréhension des documents de sollicitation en les standardisant et en hiérarchisant les documents qu'ils contiennent. En résumé, il est établi que des dispositions importantes ont été prises par le législateur et l'organisation pour rendre les documents d'appel d'offres compréhensibles, et que la transparence des appels d'offres est recherchée en tenant compte du lien établi par le Conseil d'État dans ce contexte.

L'annonce de l'appel d'offres, l'ouverture des offres en présence des personnes présentes et l'annonce des résultats avec la fourniture d'informations motivées assurent la transparence de l'appel d'offres. Il s'agit des procédures de base, qui peuvent également être exécutées sans préavis, tandis que la méthode de négociation est une procédure utilisée dans des cas particuliers. Les procédures de base sont prioritaires dans la Loi et cette approche est réglementée comme un simple principe. Dans ce contexte, les données numériques de 2014 à 2021 ont été examinées. Aucun changement significatif n'a été observé dans le nombre de cas au cours de cette période, mais il fut observé que le ratio de la valeur monétaire de la méthode de négociation a été multiplié environ par trois. En 2018, une exception a été faite pour les achats présidentiels, dont la finalité ne pouvait être comprise, et il a été démontré que cela ne répondait à aucun besoin en utilisant des données numériques. En résumé, il a été déterminé que l'objectif est de mettre en œuvre les principes de base et de garantir une concurrence transparente en donnant la priorité aux procédures de base, qui sont plus transparentes et honnêtes au regard de la Loi.

La méthode de négociation exceptionnelle, qui est réglementée dans la Loi en limitant les conditions par un décompte restrictif, est destinée à la mise en œuvre de la passation de marchés de biens qui doivent être acquis de manière urgente parallèlement aux réglementations internationales ou qui présentent des caractéristiques spécifiques. Dans certains cas, la nécessité de faire une annonce a conduit à la séparation de la procédure en deux, annoncée et non annoncée. Il a été compris que le recours à la négociation sur place est nécessaire pour répondre aux besoins publics. Puisque la transparence totale ne peut être assurée en l'absence d'annonce, il est obligatoire d'inviter au moins trois personnes et d'essayer de créer une concurrence en les considérant comme suffisantes. Comme il est possible d'inviter plus de trois soumissionnaires lorsqu'une annonce est faite et appliquée, il est généralement considéré que la méthode de négociation n'est pas en contradiction avec la concurrence transparente et qu'elle a des fonctions importantes pour répondre aux besoins de l'administration en prenant des mesures pour son utilisation dans des cas exceptionnels.

En 2008, les enchères électroniques et les systèmes d'achat dynamiques ont été réglementés dans la Loi, et ces études ont été établies sur une certaine base avec

l'EKAP. La mise aux enchères électronique, dans laquelle les offres suffisantes sont abaissées et la concurrence se poursuit, a été mise en œuvre entre 2018 et 2021. En 2022, une nouvelle ère est entrée dans les méthodes de candidature électronique, et il est devenu obligatoire pour environ 99% des appels d'offres dans le cadre de la Loi d'être effectués par des méthodes de candidature électronique sur l'EKAP. Au cours des années précédentes, la priorité a également été donnée à ces méthodes, et un développement continu a été assuré. Il est évalué que la facilité d'accès et de paperasserie que ces méthodes apportent en termes de temps, de lieu et de documentation augmentera la participation aux appels d'offres, diminuera le risque d'actes ou de comportements interdits, et éliminera les limitations physiques de la transparence. Pour ces raisons, il est entendu que la priorité est donnée aux méthodes de candidature électronique afin d'assurer une concurrence transparente.

Le principe d'égalité, qui domine la Constitution et l'État, exige un traitement égal de ceux qui se trouvent dans la même situation juridique, et est accepté comme un principe de base dans la Loi. Pour qu'une compétition équitable ait lieu, des procédures égales doivent être appliquées à ceux qui sont dans des situations égales, et ceux qui ne peuvent pas être égaux ne doivent pas être traités comme tels. Pour cette raison, il a été déterminé que la participation aux appels d'offres est limitée dans la Loi et des règles sont prévues pour assurer l'impartialité des appels d'offres, de sorte que la concurrence entre égaux soit achevée.

L'administration doit agir de manière équitable envers tous dans toutes ses procédures et évaluations et ne doit discriminer personne afin de garantir l'impartialité des offres. Dans ce contexte, l'objectivité doit être assurée dans les critères techniques et le principe de confidentialité doit être appliqué à tous.

Selon la Loi, les critères techniques doivent viser à assurer l'efficacité et la fonctionnalité, et ne doivent contenir de déterminations qui entravent la concurrence. Les normes techniques doivent être mentionnées dans les règlements et une marque ou un modèle spécifique ne doit pas être indiqué. Dans le respect de ces règles et de l'objectivité des critères techniques, l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour déterminer les qualités de ses besoins. La question de savoir si ce pouvoir discrétionnaire est utilisé dans le respect de la Loi est examinée par le Conseil avec les avis techniques qu'il reçoit. Le Conseil d'État souligne que seuls les avis techniques qui ne sont pas fondés sur des hypothèses et qui contiennent des explications claires peuvent servir de base à une décision. En résumé, on peut comprendre que le législateur a inclus des règles importantes pour garantir l'objectivité des critères techniques, que le pouvoir discrétionnaire de l'administration peut être examiné par la Commission au moyen d'avis techniques qui ne laissent aucun doute, et que l'on vise à garantir l'impartialité et la concurrence entre égaux dans les appels d'offres.

Selon la Loi, le coût approximatif de l'offre et les informations et documents relatifs aux soumissionnaires sont couverts par le principe de confidentialité. Ce principe, qui se limite à ceux-ci, vise à assurer l'égalité et l'impartialité des offres et des sanctions administratives et pénales sont prévues en cas de comportements opposés.

L'objectif est de créer une concurrence loyale en assurant la confidentialité du coût approximatif déterminé par le relevé des prix pour tous et de recevoir des offres adaptées aux conditions du marché. Ceux qui s'opposent à la structure de la Loi à cet

égard plaident pour la suppression de la confidentialité du coût approximatif. Il a été établi qu'avec les règles de la Loi visant à garantir la confidentialité du coût approximatif pour tous, l'objectif est de garantir la concurrence entre égaux. Il a été critiqué que le coût approximatif ait été annoncé après le contrôle des enveloppes de proposition lors de la première session. Il a été suggéré qu'après avoir constaté qu'il n'y avait pas de manque d'informations ou de documents dans l'offre valide, le coût approximatif devrait être annoncé et la confiance dans l'administration devrait être assurée par des transactions électroniques dans ce contexte, tant que cela est conforme à son objectif.

Les informations et documents relatifs aux soumissionnaires sont couverts par le principe de confidentialité conformément à la Loi. Leur confidentialité a été protégée dans le processus de traitement de l'information et il a été interdit aux fonctionnaires de les divulguer et d'encourir des sanctions. De même, l'identité des soumissionnaires qui ont demandé des explications aux autorités a été dissimulée. Certaines informations et certains documents relatifs aux soumissionnaires sont divulgués à certaines étapes, comme l'exige le concours, mais ils restent confidentiels jusqu'à la séance où les offres sont révélées. Les informations commerciales techniques et financières ne peuvent naturellement pas être révélées du fait de la participation à l'appel d'offres. En résumé, il est entendu que la confidentialité des informations et des documents relatifs aux soumissionnaires prévue par la loi vise à éliminer les doutes sur la participation et à protéger l'égalité dans les appels d'offres, c'est-à-dire à assurer une concurrence égale entre égaux.

Pour la concurrence entre égaux, la participation égale des égaux doit être assurée, l'égalité entre eux doit être protégée et la participation des non-égaux doit être empêchée. Dans ce contexte, il a été déterminé dans la Loi que la restriction de la participation dans le but d'assurer l'intégrité des offres et de protéger l'économie et la sécurité nationales est dans l'intérêt public et que la concurrence entre égaux est recherchée.

Pour garantir l'intégrité des appels d'offres, la participation de personnes présentant certaines caractéristiques susceptibles de l'affecter doit être limitée et les conduites ou comportements susceptibles de perturber la concurrence doivent être interdits aux parties impliquées dans les appels d'offres. L'objectif de garantir une concurrence loyale en excluant ceux qui adoptent une conduite ou un comportement qui perturbe la concurrence loyale et en imposant des sanctions administratives et pénales est compris dans l'article 17 de la loi. Dans le passé, certaines personnes ont été identifiées comme inadmissibles à la participation aux appels d'offres, conformément à l'article 11 de la loi, en raison de leur comportement ou de leur statut antérieur. En résumé, en empêchant la participation des non-égaux et de ceux qui perturbent l'égalité, l'intégrité des appels d'offres et la concurrence loyale entre sont recherchées dans la Loi.

La capacité du marché public à servir un tant qu'un outil politique permet de réglementer afin de protéger l'économie nationale. Dans ce contexte, l'article 63 de la loi constitutionnelle accorde aux autorités le pouvoir discrétionnaire de limiter la participation aux appels d'offres aux seuls soumissionnaires nationaux, et de restreindre les soumissionnaires étrangers, pour les appels d'offres dont le coût approximatif ne dépasse pas un certain seuil. Pour répondre aux besoins publics, il est possible d'imposer certaines conditions de sécurité aux participants, dans le respect des règles constitutionnelles. Dans ce contexte, la participation des personnes condamnées

pour des délits de terrorisme a été interdite par la loi. Par conséquent, il est déterminé que ces réglementations constitutionnelles limitent la participation aux appels d'offres pour l'intérêt public et n'entravent pas la concurrence loyale.

Assurer la satisfaction des besoins dans des conditions appropriées et en temps utile implique également une utilisation efficace des ressources, qui sont des principes de base obligatoires de la loi. La concurrence créée par ces principes, dans le but d'acheter aux conditions de coût les plus avantageuses, comporte certaines exigences. Dans ce contexte, la loi permet l'examen des qualifications des soumissionnaires et des offres. Il est entendu que la concurrence visée est celle qui est compatible au besoin, en assurant la qualification des soumissionnaires et l'efficacité des offres.

Il est naturel que certaines capacités et caractéristiques soient recherchées chez les soumissionnaires et ceux-ci sont désignés sous le nom de critères de qualification. Dans la Loi, des critères de qualification économique et financière ainsi que professionnelle et technique ont été prévus pour la mise en concurrence de ceux qui sont jugés adéquats pour l'achat en question. Il a été déterminé que cela vise à assurer une concurrence qui répond aux besoins. Les informations et les documents qui peuvent être demandés pour les qualifications sont énumérés dans la Loi. Les critères à déterminer par l'autorité ne doivent pas entraver la concurrence et doivent permettre l'achat le plus approprié possible. Les critères de qualification qui peuvent être facilement vérifiés lors de la mise en œuvre de l'achat, ou qui dépassent les exigences de l'emploi, tels que les critères de qualification économique et professionnelle qui ne mesurent pas la capacité du candidat à exécuter, limitent la participation à l'enchère et empêchent la formation d'une concurrence qui répond aux besoins. En résumé, il a été déterminé que dans la Loi, les critères de qualification sont prévus pour déterminer les candidats qui n'auront pas de problèmes lors de la mise en œuvre de l'achat et que l'objectif est d'assurer une concurrence qui répond aux besoins.

Selon la Loi, l'objectif est d'assurer l'efficacité des offres en mettant en œuvre la pratique de l'offre économiquement la plus avantageuse et en déterminant la portée des offres. De cette façon, il est possible de répondre aux besoins par les offres les plus appropriées et les plus avantageuses dans les appels d'offres.

Dans la Loi, il est principalement interdit d'inclure dans le même appel d'offres des achats qui n'ont aucun lien naturel entre eux, et il est possible de diviser les besoins en parties plus petites dans le même appel d'offres. Le principe d'incombinaison vise à satisfaire les besoins de la manière la plus appropriée et à éviter les conditions qui limitent la participation. Avec l'application de l'offre partielle, il est possible de faire une offre sur des parties plus petites de l'achat en question, et l'objectif est d'obtenir les offres les plus appropriées par plus de soumissionnaires. En résumé, dans la loi, il est déterminé que la portée des offres est déterminée par le principe d'incombinaison vise à satisfaire les besoins de la manière la plus appropriée et à éviter les conditions qui limitent la participation. et l'application de l'offre partielle, et il est visé à assurer une concurrence appropriée pour les besoins.

Dans la Loi, fut adoptée l'application de l'offre économiquement la plus avantageuse, qui peut être déterminée par le prix et d'autres facteurs non tarifaires. Dans ce contexte, il est possible de remettre en question les offres anormalement basses et d'évaluer les offres supérieures au coût approximatif afin d'obtenir l'achat le plus approprié dans les conditions les plus avantageuses. En remettant en question les offres anormalement basses, les offres qui s'avèrent adaptées au besoin sont protégées

de l'élimination. Si une concurrence loyale a eu lieu, les offres supérieures au coût approximatif sont également considérées comme appropriées et économiquement les plus avantageuses pour le besoin. En résumé, il est entendu que dans la Loi, l'objectif est de fournir une concurrence appropriée par le biais de l'application de l'offre économiquement la plus avantageuse.

En conclusion, selon la Loi, les appels d'offres réalisés sont censés être transparents, égaux et adaptés aux besoins. Il est déterminé que si l'une des qualités de la concurrence qui doit être formée par l'appel d'offres est endommagée, elle mettra également en danger les autres, rendant difficile la réalisation de l'objectif de l'appel d'offres. Par conséquent, il est évalué qu'il est nécessaire de réaliser les appels d'offres avec les qualités établies afin d'atteindre l'objectif de la compétition.



ABSTRACT

In the legal literature, the Public Procurement Law numbered 4734 has been studied in terms of its procedures and fundamental principles. In doctrine, it has been determined that some of these fundamental principles have universal qualities, but their relationships with each other have rarely been addressed. In this study, the characteristics of the competition, which is the fundamental principle and the main goal of a tender, have been researched. In this context, it has been evaluated that the question of what kind of competition is sought in public procurements within the scope of the Law serves as a guide. It has been understood that it is functional to examine the relationships of competition with other principles in finding the answer. However, firstly, a conceptual framework has been created with the terms of tender, public procurement, and competition, which fall within the scope of study of different disciplines.

The term "tender" is used as an economic and legal term. Economically, it is a mechanism for determining prices that includes competition. Legally, it is the assignment of a task to a person determined by increase or decrease. Therefore, there are multiple parties involved in a tender and they compete to be the winner. The tender, which is found in different legal disciplines, is examined under the contracts of the administration in administrative law. The meaning and uncertainty of the limits of the tender has been reflected in doctrine and legislation. From the perspective of administrative law, the tender is defined as an administrative procedure that includes the method rules and universal principles that the administration must comply with in creating an environment for competition when determining the subject, conditions, and especially the other party of the contract.

The term "tender" is generally associated with contracts whose subject-matter is public procurements. The state makes various purchases such as goods, services, and construction work to fulfil its duties and responsibilities. These purchases, which often exceed 10% of the gross domestic product, are generally referred to as public procurement in most countries. The term has been used in Turkish law for over 20 years, and the area it regulates has been referred to as "tender" for a long time. Currently, the Law is commonly used in public procurement tenders. In this context, the monetary value of tenders carried out in 2021 reached 255 billion Turkish Lira.

The aim of the Law is to align the regulations regarding the procurement of goods or services and construction works of institutions and organisations that are under the supervision of the public or subject to public law or using public resources, with the regulations of international organisations. For this purpose, universal principles are included. These principles, which make a fair and rational tender possible, are mandatory regulations that must be followed at every stage and in the interpretation of the Law. Among them, the principle of competition is emphasised and its value in the tender process is evaluated.

Competition is used as an economic and legal term. In these overlapping fields, competition is associated with an auction or contest. The term, which is defined at the level of law, is also included in the rationale of Article 167 of the Constitution. The freedom of everyone to own property, inherit, work, contract, establish and operate a business is considered as a prerequisite for economic competition. Since these freedoms being unlimited can prevent the expected results of competition from emerging, the State is given the task of taking measures that ensure the healthy and regular functioning of the markets and preventing monopolies and cartels.

In Turkish law, competition is examined under the headings of unfair competition, prohibition of competition, and antitrust law. These have a connection and indirect relationship with the competition principle of the Law to prevent the disruption of competition in the markets. In this study, since the competition principle that the administration is responsible for ensuring is examined, these are not evaluated separately in this regard.

The competition principle, which makes it mandatory to increase participation in the tender with free will and to avoid actions that prevent this, is essential for obtaining the subject of the tender at the most reasonable price from the most capable person as a result of fair competition. It has been determined that the competition, which is the main purpose of the tender, is in interaction with other principles and has transparency, equality, and suitability characteristics in terms of tenders within the scope of the Law.

Transparency, which is the reflection of the principle of transparency of the administration in the tender, aims to keep the competition from being behind closed doors but to be visible. For this reason, the transparency of the solicitation documents, which includes the administrative and technical conditions of the tender, and the tender procedure, which determines the rules to be applied, must be ensured. The solicitation documents must be accessible and understandable as it contains the information necessary for the formation of the offers. Electronic tenders and basic tendering methods, which enable more transparent practices, should be given priority.

Accessing the solicitation documents means learning about the competition conditions. The solicitation documents can be viewed free of charge at the administration and can be purchased at the cost of printing. Today, it can be easily accessed through EKAP (Electronic Public Procurement Platform) and participation in the tender can be provided by downloading with identity verification. In 2012, a provision was added to the Act that tender documents would only be sold to persons invited to tenders. Since then, applications made by those who were not invited to purchase have been rejected. The Council of State did not find the administration's not evaluating the applications appropriate and evaluated that the discretion should be used in a way that would allow more applicants to participate. In summary, it is determined that important regulations have been made in the Law to make the solicitation documents accessible and that this understanding is protected with the approach of the Council of State, and therefore, the aim is to realise transparent competition.

The inclusion of unclear and self-contradictory regulations in the solicitation documents can lead to confusion among tenderers. Regulations must be consistent, clear, and not cause confusion, as it is deemed necessary for the Council of State to ensure full competition. Since the competition is entered under these conditions, they must be determined with a clarity and transparency that can be understood by

everyone. According to the Law, explanations can be requested from the administration in uncertain matters to ensure a common understanding of the conditions. The organisation has made it possible to understand the solicitation documents more easily by standardising it and prioritising the documents it contains. In summary, it can be understood that important regulations have been made by the law maker and the organisation to make the solicitation documents comprehensible, and that transparency in tenders is aimed for by taking into account the connection established by the Council of State in this context.

The announcement of the tender, the opening of offers in the presence of those present, and the announcement of results with the provision of reasoned information ensure transparency in the tender. These are the basic procedures, which can also be carried out without notice, while the negotiation method is a procedure used in special cases. The basic procedures are given priority in the Law and this approach is regulated as a basic principle. In this context, numerical data from 2014-2021 were examined. No significant change was observed in the number of cases during this period, but it was observed that the ratio of the monetary value of the negotiation method increased approximately threefold. In 2018, an exception was made for purchases to be made by the Presidency, which could not be understood in terms of its purpose, and it was shown that this did not meet any need using numerical data. In summary, it has been determined that the aim is to implement the basic principles and ensure transparent competition by giving priority to basic procedures, which are more transparent and honest in terms of the Law.

The exceptional negotiation method, which is regulated in the Law by limiting the conditions through a restrictive count, is intended for the implementation of procurement of items that urgently need to be procured in parallel with international regulations or that have specific features. In some cases, the necessity of making an announcement has led to the separation of the procedure into two, announced and unannounced. It has been understood that the use of negotiation on the spot is necessary to meet public needs. Since full transparency cannot be ensured in the absence of an announcement, it is mandatory to invite at least three people and to try to create competition by considering them sufficient. Since it is possible to invite more than three tenderers when an announcement is made and applied, it is generally considered that the negotiation method is not in contradiction to transparent competition and that it has important functions in meeting the needs of the administration by taking measures for its use in exceptional cases.

In 2008, electronic adjudication and dynamic purchasing systems were regulated in the Law, and these studies were established on a certain ground with the EKAP. Electronic adjudication, in which sufficient offers are lowered and the competition continues, was implemented between 2018 and 2021. In 2022, a new era was entered in electronic application methods, and it became mandatory for approximately 99% of the tenders within the scope of the Law to be carried out through electronic application methods on EKAP. In previous years, priority was also given to these methods, and continuous development was ensured. It is evaluated that the ease of access and paperwork that these methods bring in terms of time, place and documentation will increase participation in tenders, decrease the risk of prohibited acts or behaviours, and eliminate the physical limitations of transparency. For these reasons, it is understood that priority is given to electronic application methods in order to ensure transparent competition.

The principle of equality, which is dominant over the Constitution and the state, requires equal treatment of those in the same legal situation, and is accepted as a basic principle in the Law. In order for a fair competition to take place, equal procedures should be applied to those in equal situations, and those who cannot be equal should not be treated as equals. For this reason, it has been determined that the participation in tenders is limited in the Law and rules are foreseen to ensure impartiality in tenders, so that competition among equals is aimed to be achieved.

The administration must act fairly towards everyone in all its procedures and evaluations and should not discriminate against anyone in order to ensure impartiality in tenders. In this context, objectivity should be ensured in technical criteria and the principle of confidentiality should be applied to everyone.

According to the Law, technical criteria should aim to ensure efficiency and functionality, and should not contain any determinations that impede competition. Technical standards should be referred to in regulations and a specific brand or model should not be indicated. With compliance with these rules and the provision of objectivity in technical criteria, the administration is given the discretion to determine the qualities of their needs. Whether this discretion is used in compliance with the law is examined by the Board with the technical opinions it receives. The Council of State emphasizes that only technical opinions which are not based on assumptions and which contain clear explanations can serve as the basis for a decision. In summary, it can be understood that the lawmaker has included important rules to ensure objectivity in technical criteria, that the discretion of the administration can be examined by the Board with technical opinions that leave no doubt, and that impartiality and competition among equals is aimed to be ensured in tenders.

According to the Law, the approximate cost of the tender and the information and documents related to the tenderers are covered by the principle of confidentiality. This principle, which is limited to these, aims to ensure equality and impartiality in tenders and administrative and criminal sanctions are provided for in case of opposing behaviours.

The goal is to create a fair competition by ensuring the confidentiality of the approximate cost determined by the price survey for everyone and to receive offers that are suitable for market conditions. Those who oppose the structure of the Law in this regard argue for the removal of the confidentiality of the approximate cost. It has been determined that with the rules in the Law for ensuring the confidentiality of the approximate cost for everyone, the aim is to ensure competition among equals. It was criticised that the approximate cost was announced after the control of the proposal envelopes in the first session. It was suggested that after it was seen that there was no lack of information or documents in the valid offer, the approximate cost should be announced and the trust in the administration should be ensured with electronic transactions in this context, as long as it is in line with its purpose.

The information and documents related to tenderers are covered by the principle of confidentiality according to the Law. Their confidentiality has been protected in the information processing process and prohibited from being disclosed by the officials and subject to penalties. Also, the identity of tenderers who have requested explanations from the authorities has been concealed. Some of the information and documents related to tenderers are disclosed at certain stages as required by the competition, but they are kept confidential until the session where the offers are

revealed. Technical and financial commercial information is naturally prevented from being revealed as a result of participating in the tender. In summary, it is understood that the confidentiality of information and documents related to tenderers in the Law is aimed at eliminating doubts about participation and protecting equality in tenders, that is, to ensure competition among equals.

For competition among equals, equal participation of equals should be ensured, equality among them should be protected and participation of non-equals should be prevented. In this context, it has been determined in the Law that restricting participation for the purpose of ensuring the integrity of tenders and protecting the national economy and security is in the public interest and that competition among equals is sought.

To ensure the integrity of tenders, participation of individuals who have certain characteristics that may affect it should be restricted and the conduct or behaviour that may disrupt competition should be prohibited for the parties involved in the tenders. The aim of ensuring fair competition by excluding those who engage in conduct or behaviour that disrupt fair competition and imposing administrative and criminal penalties is understood from article 17 of the Law. In the past, some individuals have been identified as ineligible to participate in tenders as per article 11 of the Law due to their past conduct or status. In summary, by preventing the participation of non-equals and those who disrupt equality, integrity of tenders and fair competition among equals are sought in the Law.

The ability of public procurement to serve as a policy tool makes it possible to regulate in order to protect the national economy. In this context, the 63rd article of the constitution-based Law grants authorities the discretion to limit participation in tenders to only domestic tenderers, and restrict foreign tenderers, for tenders whose approximate cost does not exceed a certain threshold. In fulfilling public needs, it is possible to impose certain security conditions on those participating, in compliance with constitutional regulations. In this context, the participation of those convicted of terrorism offences has been prohibited under the Law. Therefore, it is determined that these constitutional-based regulations limit participation in tenders for the public interest and do not impede fair competition.

Ensuring that needs are met under appropriate conditions and in a timely manner also includes using resources efficiently, which are mandatory basic principles of the Law. The competition created by these principles, with the aim of purchasing at the most advantageous cost conditions, has certain requirements. In this context, the Law allows for the examination of the qualifications of tenderers and offers. It is understood that the competition aimed at is one that is appropriate to the need, by ensuring the qualifications of tenderers and the efficiency of offers.

It is natural for certain abilities and characteristics to be sought out in tenderers, and these are referred to as qualifications criteria. In the Law, economic and financial as well as professional and technical qualifications criteria have been provided for the competition of those who are deemed adequate for the purchase in question. It has been determined that this is aimed at ensuring competition that meets the needs. Information and documents that can be requested for qualifications are listed in the Law. The criteria to be determined by the authority should not impede competition and should make the most suitable purchase possible. Qualifications criteria that can easily be verified during the implementation of the purchase, or that exceed the requirements

of the job, such as economic and professional qualifications criteria that do not measure the applicant's ability to perform, limit participation in the auction and prevent the formation of competition that meets the needs. In summary, it has been determined that in the Law, qualifications criteria are foreseen for determining applicants who will not have problems during the implementation of the purchase and that the aim is to ensure competition that meets the needs.

According to the Law, the aim is to ensure efficiency in the offers by implementing the practice of the most economically advantageous offer and by determining the scope of the offers. This way, it is possible to meet the needs through the most suitable and advantageous offers in the tenders.

In the Law, it is principally prohibited to include purchases that have no natural connection between them in the same tender, and it is possible to divide the needs into smaller parts in the same tender. The principle of incompatibility aims to meet the needs in the most suitable way and to prevent conditions that limit participation. With the application of partial offer, it is possible to offer on smaller parts of the purchase in question, and it is aimed to obtain the most suitable offers by more tenderers. In summary, in the Law, it is determined that the scope of the offers is determined by the principle of incompatibility and the application of partial offer, and it is aimed to ensure suitable competition for the needs.

In the Law, the economic most advantageous offer application which can be determined by price and other non-price factors has been adopted. In this context, it is possible to question abnormally low offers and evaluate offers above the approximate cost in order to obtain the most suitable purchase under the most advantageous conditions. Through questioning abnormally low offers, offers that prove to be suitable for the need are protected from elimination. If fair competition has taken place, offers above the approximate cost are also considered to be suitable and economically most advantageous for the need. In summary, it is understood that in the Law, the aim is to provide suitable competition by means of the economic most advantageous offer application.

In conclusion, according to the Law, the tenders carried out are intended to be transparent, equal, and suitable for the needs. It is determined that if one of the qualities of the competition that is intended to be formed with the tender is damaged, it will also endanger the others, making it difficult to achieve the purpose of the tender. Therefore, it is evaluated that it is a necessity to carry out the tenders with the established qualities in order to achieve the purpose of the competition.

ÖZET

Hukuk yazınında 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, usulleri ve temel ilkeleri bakımından inceleme konusu yapılmıştır. Literatürde bu temel ilkelerin bir kısmının evrensel nitelikte olduğu tespit edilmiş ancak birbirleriyle olan ilişkileri nadiren ele alınmıştır. Bu çalışmada temel ilke ve ihalenin ana amacı olan rekabetin nitelikleri araştırılmıştır. Bu bağlamda Kanun kapsamındaki ihalelerde nasıl bir rekabetin arandığı sorusunun yol gösterici olduğu değerlendirilmiştir. Cevabın aranmasında rekabetin diğer ilkelerle ilişkilerini incelemenin işlevsel olduğu anlaşılmıştır. Ancak ilk olarak, farklı disiplinlerin inceleme alanına giren ihale, kamu alımları ve rekabet terimleriyle kavramsal çerçeve oluşturulmuştur.

İhale, ekonomik ve hukuki bir terim olarak kullanılmaktadır. Ekonomik olarak yarışma içeren bir fiyat belirleme mekanizmasıdır. Hukuki olarak konusu olan işin artırmayla veya eksiltmeyle belirlenen kişiye havale edilmesidir. Dolayısıyla ihalede birden fazla süje bulunmakta ve kazanacak kişi olmak için yarışılmaktadır. Farklı hukuk disiplinlerinde yer bulan ihale, idare hukukunda idarenin sözleşmeleri altında incelenmektedir. İhalenin anlamı ve sınırlarındaki belirsizlik doktrine ve mevzuata yansımıştır. İdare hukuku bakımından ihale; idarenin sözleşmelerini akdederken sözleşmenin konusunu, şartlarını ve özellikle diğer tarafını belirlemek için iradesini oluştururken sağlayacağı yarışma ortamında uyması gereken yöntem kurallarını ve evrensel nitelikteki ilkeleri ihtiva eden idari bir usul olarak tanımlanmıştır.

Genellikle ihale terimi, konusunu kamu alımlarının oluşturduğu sözleşmelerle ilişkilendirilmektedir. Devlet, görev ve yükümlülüklerini yerine getirmek için mal, hizmet ve yapım işi gibi çeşitli alımlar yapmaktadır. Gayri safi yurt içi hasılaya oranı genellikle %10'u aşan bu alımlar hemen her ülkede kamu alımları olarak adlandırılmaktadır. 20 yılı aşkındır Türk hukukunda kullanılan terimin düzenlediği alan, uzun zamandır ihale terimiyle birlikte anılmaktadır. Günümüzde kamu alımı ihalelerinde sıklıkla Kanun kullanılmaktadır. Bu kapsamda gerçekleştirilen ihalelerin parasal büyüklüğü 2021 yılında 255 milyar Türk lirasına dayanmıştır.

Kanun ile kamunun denetimi altında olan veya kamu hukukuna tabi yahut kamu kaynağı kullanan kurum ve kuruluşların ihtiyaç duyduğu mal veya hizmet alımı ile yapım işlerine ilişkin mevzuatın uluslararası kuruluşların düzenlemeleriyle paralel hale getirilmesi amaçlanmıştır. Bunun için evrensel nitelikte temel ilkelere yer verilmiştir. Adil ve rasyonel bir ihaleyi mümkün kılan bu ilkeler; her aşamada ve Kanun'un uygulanmasıyla yorumlanmasında uyulması zorunlu düzenlemelerdir. İçlerinden rekabet ilkesinin ön plana çıktığı ve ihaleye kimliğini verdiği değerlendirilmiştir.

Rekabet, ekonomik ve hukuki bir terim olarak kullanılmaktadır. Kesişen bu alanlarda rekabet; yarışma veya yarış ile özdeşleştirilmektedir. Kanun düzeyinde tanımlı yapılan terim, ayrıca Anayasa'nın 167. maddesinin gerekçesinde yer almıştır. Herkesin mülkiyet, miras, çalışma, sözleşme, teşebbüs kurabilme ve işletebilme hürriyetlerine sahip olması; ekonomik rekabetin ön şartı olarak kabul edilmektedir. Bunların sınırsız

olması rekabetten beklenen sonuçların ortaya çıkmasını engelleyebileceği için Devlet'e; piyasaların sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alma ve tekelleşme ile kartelleşmeyi önleme görevi verilmiştir.

Türk hukukunda rekabet; haksız rekabet, rekabet yasağı ve rekabet hukuku altında incelenmektedir. Bunlar ile Kanun'un rekabet ilkesinin piyasalarda rekabetin bozulmasına karşı birlikteliği ve dolaylı ilişkisi bulunmaktadır. Çalışmada idarenin sağlamakla sorumlu olduğu rekabet ilkesi incelendiği için bunlar bakımından ayrıca değerlendirme yapılmamıştır.

İhaleye özgür iradeyle katılımın artırılmasını ve bunu engelleyen işlemlerden kaçınılmasını zorunlu kılan rekabet ilkesi; ihale konusunun adil yarışma sonucunda en uygun bedelle en yetkin kişiden alınması için olmazsa olmazdır. İhalenin ana amacı olan rekabetin, diğer ilkelerle etkileşim içerisinde olduğu ve Kanun kapsamındaki ihaleler bakımından saydamlık, eşitler arasılık ve ihtiyaca uygunluk niteliklerini haiz olduğu tespit edilmiştir.

İdarenin açıklığı ilkesinin ihaleye yansıması olan saydamlık; yarışmanın kapalı kapılar arkasında kalmamasını, görünür olmasını amaçlamaktadır. Bunun için ihalenin idari ve teknik koşullarını içeren ihale dokümanının ve uygulanacak kuralları belirleyen ihale usulünün saydamlığının sağlanması gereklidir. İhale dokümanı, tekliflerin oluşturulması için gerekli olan bilgileri içermesi sebebiyle ulaşılabilir ve anlaşılabilir olmalıdır. Daha saydam uygulamaları mümkün kıldığı için temel ihale usullerine ve elektronik ihale uygulamalarına öncelik verilmelidir.

İhale dokümanına ulaşmak, rekabet koşullarını öğrenmek anlamına gelir. İhale dokümanı, idarede bedelsiz görülebilmekte ve basım maliyetine satın alınabilmektedir. Günümüzde EKAP üzerinden kolaylıkla ulaşmakta ve kimlik doğrulamasıyla indirilerek ihaleye katılım sağlanmaktadır. 2012 yılında Kanun'a ilan yapılmayan ihalelerde, ihale dokümanının sadece davet edilenlere satılacağına dair hüküm eklenmiştir. Bundan sonra, davet edilmeyenlerin satın almak için yaptığı başvurular reddedilmiştir. Başvurular hakkında idarelerin hiç değerlendirme yapmamasını Danıştay isabetli bulmamış ve takdir yetkisinin daha fazla isteklinin katılmasına olanak sağlayacak şekilde kullanılması gerektiği değerlendirilmiştir. Özetle, Kanun'da ihale dokümanının ulaşılabilir kılmak için önemli düzenlemeler yapıldığı ve bu anlayışın Danıştay'ın yaklaşımıyla korunduğu dolayısıyla saydam rekabetin gerçekleştirilmesinin amaçlandığı tespit edilmiştir.

Açık ve net olmayan, kendi içinde yahut üst normlarla çelişkili düzenlemelerin ihale dokümanında yer alması isteklileri tereddüde düşürebilmektedir. Düzenlemelerin birbiriyle uyumlu, açık ve net olarak yapılması ve tereddüde yol açmaması Danıştay'ca rekabetin tam olarak sağlanabilmesi için gerekli görülmektedir. Yarışmaya bu koşullara göre girildiği için bunlar, herkes tarafından anlaşılabilir açık ve netlikte belirlenmelidir. Kanun'a göre koşulların ortak şekilde anlaşılabilmesi için tereddütlü hususlarda idareden açıklama istenebilmektedir. Kurum, ihale dokümanını standardize ederek ve içerdiği belgeleri öncelik sırasına koyarak daha kolay anlaşılmasını mümkün kılmıştır. Özetle, kanun koyucu ve Kurum tarafından ihale dokümanını anlaşılabilir kılmak için önemli düzenlemeler yapıldığı ve Danıştay'ın bu bağlamda rekabetle kurduğu bağlantı dikkate alındığında ihalelerde saydam rekabetin gerçekleştirilmesinin amaçlandığı anlaşılmıştır.

İhalenin ilanı, tekliflerin hazır bulunanlar önünde açılması ve gerekçeli bilgi verilerek sonuçların ilanı ihalede saydamlığı sağlamaktadır. Bunların eksiksiz uygulandığı açık ve belli istekliler arasında ihale usulleri, temel usuller; ilansız da gerçekleştirilebilen pazarlık usulü ise özel hallerde kullanılan bir usul olarak belirlenmiştir. Kanun'da temel usullere öncelik verilmiş ve bu yaklaşım bir temel ilke olarak düzenlenmiştir. Bu bağlamda 2014 – 2021 yıllarına ait sayısal veriler incelenmiştir. Bu dönemde adet oranlarında önemli bir değişiklik bulunmazken; pazarlık usulünün parasal büyüklük oranının yaklaşık üç katına çıktığı gözlemlenmiştir. Temel usullerin önceliği ilkesine, 2018 yılında Cumhurbaşkanlığınca gerçekleştirilecek alımlara ilişkin amacı anlaşılamayan bir istisna getirilmiş; sayısal veriler de kullanılarak bunun herhangi bir zorunluluğu karşılamadığı gösterilmiştir. Özetle, Kanun'da saydamlık ve dürüstlük bakımından daha güvenceli olan temel usullere öncelik verilerek temel ilkelerin uygulanmasının ve saydam rekabetin sağlanmasının amaçlandığı tespit edilmiştir.

Koşulları sınırlayıcı sayım yoluyla Kanun'da düzenlenmiş istisnai pazarlık usulüyle; uluslararası mevzuata paralel olarak ivedilikle temini gereken veya özellikli alımların gerçekleştirilmesi amaçlanmıştır. Kimi hallerde ilan yapılmasının zorunlu olmaması; usulün ilanlı ve ilansız olarak ikiye ayrılmasına neden olmuştur. Pazarlığın yerinde kullanılması şartıyla kamusal ihtiyacın karşılanması için gerekli olduğu anlaşılmıştır. İlan yapılmadığında saydamlık tam olarak sağlanamadığı için en az üç kişinin davet edilmesi zorunlu ve yeterli kabul edilerek rekabet oluşturulmak istenmiştir. İlan edilmesi ve uygulamasında üçten fazla isteklinin davet edilmesi mümkün olduğu için kural olarak pazarlık usulünün saydam rekabete aykırı olmadığı ve istisnai durumlarda kullanılması için önlemler alınması halinde idarenin ihtiyaçlarının karşılanmasında önemli işlevleri olduğu değerlendirilmiştir.

2008 yılında Kanun'da elektronik eksiltme ile dinamik alım sistemi düzenlenmiş ve kurulan EKAP ile bu çalışmalar belli bir zemine oturtulmuştur. Yeterli tekliflerin düşürülerek yarışmanın devam ettiği elektronik eksiltme, 2018 – 2021 yıllarında uygulanmıştır. 2022 yılında elektronik uygulama yöntemlerinde yeni bir döneme girilmiş ve Kanun kapsamındaki ihalelerin yaklaşık %99'unun elektronik uygulama yöntemleriyle EKAP'ta gerçekleştirilmesi zorunlu kılınmıştır. Önceki yıllarda da bu yöntemlere öncelik verilerek sürekli gelişmesi sağlanmıştır. Bunların zaman, mekân ve evrak temini bakımından getirdiği kolaylıkların ihaleye katılımı artıracağı, yasak fiil veya davranışlarda bulunulması riskini azaltacağı ve saydamlığın fiziki sınırlarını ortadan kaldıracağı değerlendirilmiştir. Bu nedenlerle elektronik uygulama yöntemlerine öncelik verilerek saydam rekabetin sağlanmak istendiği anlaşılmıştır.

Anayasa'ya ve devlete egemen eşitlik ilkesi; aynı hukuki durumda olanlara eşit muamele yapılmasını zorunlu kılmakta ve Kanun'da bir temel ilke olarak kabul edilmektedir. Adil bir yarışma gerçekleştirilebilmesi için eşit durumda olanlara denk işlemler uygulanmalı, eşit olamayacaklar eşitmiş gibi muamele görmemelidir. Bu nedenle Kanun'da ihaleye katılımın sınırlandırıldığı ve ihalede tarafsızlığı sağlamaya yönelik kurallar öngörüldüğü böylece eşitler arası rekabetin gerçekleştirilmesinin amaçlandığı tespit edilmiştir.

İdare ihalede tarafsızlığı sağlamak için tüm işlemlerinde ve değerlendirmelerinde herkese eşit muamelede bulunmalı kimseye ayrımcılık yapmamalıdır. Bu bağlamda, teknik kriterlerde objektiflik sağlanmalı ve gizlilik ilkesi herkes için uygulanmalıdır.

Kanun'a göre teknik kriterler; verimliliği ve fonksiyonelliği sağlamaya yönelik olmalı ve rekabeti engelleyici belirlemeler içermemelidir. Düzenlemelerde gerekli teknik standartlara referans verilmeli ve belli bir marka veya model işaret edilmemelidir. Bu kurallara uyulması ve teknik kriterlerde objektifliğin sağlanması şartıyla idarelere ihtiyaçlarının niteliklerini belirleme bakımından takdir yetkisi tanınmaktadır. Bu yetkinin hukuka uygun kullanılıp kullanılmadığı, Kurul tarafından alınan teknik görüşlerle incelenmektedir. Danıştay, ihtimale dayalı olmayan ve net açıklamalar içeren teknik görüşlerin karara esas alınabileceğini vurgulamaktadır. Özetle, kanun koyucunun teknik kriterlerin objektifliğini sağlamaya yönelik önemli kurallara yer verdiği, idarelerin takdir yetkisinin Kurul tarafından şüpheye yer bırakmayan teknik görüşlerle irdelenebildiği ve böylece ihalede tarafsızlığın ve eşitler arası rekabetin sağlanmasının amaçlandığı anlaşılmıştır.

Kanun'a göre ihalenin yaklaşık maliyeti ve isteklilere ilişkin bilgi ve belgeler gizlilik ilkesi kapsamındadır. Bunlarla sınırlı olan ilkeyle ihalede eşitliğin ve tarafsızlığın sağlanması amaçlanmış ve aksi davranışlar bakımından idari ve cezai müeyyideler öngörülmüştür.

Fiyat araştırmasıyla belirlenen yaklaşık maliyetin herkes için gizliliği sağlanarak adil bir yarışma oluşturulması ve piyasa koşullarına uygun teklifler alınması hedeflenmiştir. Kanun'un bu kurgusuna muhalefet eden uygulayıcılar, yaklaşık maliyetin gizliliğinin kaldırılmasını savunmaktadır. Kanun'da yaklaşık maliyetin gizliliğinin herkes için sağlanmasına yönelik kurallarla, eşitler arası rekabetin sağlanmasının amaçlandığı tespit edilmiştir. İlk oturumda teklif zarfları kontrol edildikten sonra yaklaşık maliyetin açıklanması eleştirilmiştir. Amacına uygun olabilmesi için bilgi veya belge eksikliği bulunmayan geçerli teklif çıktığı görüldükten sonra yaklaşık maliyetin açıklanması ve bu esnada idareye güvenin ise elektronik işlemlerle sağlanması önerilmiştir.

İsteklilere ilişkin bilgi ve belgeler, Kanun'a göre gizlilik ilkesi kapsamındadır. Bunların bilgi işlem süreçlerinde gizliliği korunmuş ve görevlilerce ifşası yasaklanarak yaptırıma bağlanmıştır. Ayrıca idareden açıklama talebinde bulunan isteklilerin kimliği gizlenmiştir. İsteklilere ilişkin bilgi ve belgelerin bir kısmı belli aşamalarda yarışma gereği açıklanmaktadır. Ancak tekliflerin açıklanacağı oturuma kadar gizli tutulmaktadır. Teknik ve mali ticari bilgilerin ise ihaleye katılımı ile açığa çıkması doğal olarak engellenmektedir. Özetle, Kanun'da isteklilere ilişkin bilgi ve belgelerin gizliliğiyle; katılıma dair tereddütlerin giderilmesinin ve ihalede eşitliğin korunmasının istendiği, yani eşitler arası rekabetin sağlanmasının hedeflendiği anlaşılmıştır.

Eşitler arası rekabet için eşitlerin katılımı sağlanmalı, aralarındaki eşitlik korunmalı ve eşit olmayanların katılımı engellenmelidir. Bu bağlamda, Kanun'da ihalenin dürüstlüğünün sağlanması ve milli ekonominin ve güvenliğinin korunması amaçlarıyla katılımın sınırlandırılmasında kamu yararı bulunduğu ve eşitler arası rekabetin oluşturulmak istendiği tespit edilmiştir.

İhalenin dürüstlüğünün sağlanması için buna hâlel getirebilecek belli vasıfları taşıyan kişilerin katılımı sınırlandırılmalı ve ihalenin süjelerinin rekabeti bozucu fiil veya davranışları yasaklanmalıdır. Dürüst yarışmayı bozucu fiil veya davranışlarda bulunanların değerlendirme dışı bırakılmasını ve haklarında idari ve cezai yaptırım uygulanmasını mümkün kılan Kanun'un 17. maddesiyle eşitler arası rekabetin sağlanmasının hedeflendiği anlaşılmıştır. Geçmişte dürüstlüğü aykırı bazı fiillerde bulunanların ve içinde bulundukları statülerden ötürü birtakım kişilerin Kanun'un 11.

maddesiyle ihaleye katılamayacak kişiler olarak belirlendiği gözlemlenmiştir. Özetle, Kanun'da eşit durumda olmayanların ve eşitliği bozanların katılımı engellenerek ihalenin dürüstlüğüne ve eşitler arası rekabetin sağlanmasının amaçlandığı anlaşılmıştır.

Kamu alımlarının bir politika aracı olması, milli ekonominin korunması amacıyla düzenlemeler yapılmasını mümkün kılmaktadır. Bu bağlamda, anayasal dayanağı bulunan Kanun'un 63. maddesiyle idarelere; yaklaşık maliyeti eşik değeri aşmayan ihalelere, yalnızca yerli isteklilerin katılımı ve yabancı isteklilerin katılımının sınırlandırılması bakımından takdir yetkisi tanınmıştır. Kamusal ihtiyacın karşılanmasında, Anayasa'ya aykırı olmayan kanuni düzenlemelerle katılacak kişilerde bazı güvenlik koşullarının aranması mümkündür. Bu minvalde, terör suçlarından hükümlü bulunanların Kanun kapsamındaki ihalelere katılımı engellenmiştir. Özetle, anayasal dayanağı olan bu düzenlemelerle ihaleye katılımın sınırlandırılmasında kamu yararı bulunduğu ve eşitler arası rekabete hâle getirilmediği tespit edilmiştir.

İhtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması, kaynakların verimli kullanılmasını da içermekte olup; bunlar Kanun'un uyulması zorunlu temel ilkeleridir. En uygun alımın en avantajlı maliyet koşullarında alınmasını amaçlayan bu ilkelerle oluşturulacak yarışmanın bazı şartları belirlenmektedir. Bu bağlamda Kanun'a göre istekliler ve teklifler bakımından nitelikli koşullar aranması mümkündür. İsteklilerin yeterliliğinin ve tekliflerin verimliliğinin sağlanmasıyla ihtiyaca uygun bir rekabetin amaçlandığı anlaşılmıştır.

İsteklilerde belli yetenekler ve özellikler aranması doğal olup; bunlara yeterlilik kriterleri adı verilmektedir. İhale konusu alımı gerçekleştirme bakımından yeterli olanların yarışması için Kanun'da ekonomik ve mali ile mesleki ve teknik yeterlilik kriterlerine yer verilmiştir. Böylece ihtiyaca uygun rekabetin sağlanmasının amaçlandığı tespit edilmiştir. Yeterlilik için istenebilecek bilgi ve belgeler Kanun'da sayılmıştır. İdarenin belirleyeceği kriterlerin; rekabeti engelleyici olmaması ve ihtiyaca en uygun alımı mümkün kılması gerekir. İhale konusu alımın ifasında kolaylıkla tevsik edilmesi mümkün olan veya işin gereklerini aşan, yani isteklinin uygulama kapasitesini ölçmeyen ekonomik ve mesleki yeterlilik kriterleri, ihaleye katılımı sınırlandırarak ihtiyaca uygun rekabetin oluşmasını engellemektedir. Özetle Kanun'da, ihale konusu alımın ifasında sorun yaşamayacak isteklilerin belirlenmesi için yeterlilik kriterleri öngörüldüğü ve ihtiyaca uygun rekabetin sağlanmasının amaçlandığı tespit edilmiştir.

Kanun'da ekonomik açıdan en avantajlı teklif uygulaması ve tekliflerin kapsamını belirlemeye yönelik kurallarla tekliflerde verimlilik sağlanmak istenmiştir. Böylece ihaleyle ihtiyacın en uygun ve en avantajlı tekliflerle karşılanması mümkün kılınmıştır.

Kanun'da tekliflerin kapsamının belirlenmesi bakımından aralarında doğal bağlantı bulunmayan alımların birlikte karşılanması ilkesel olarak yasaklanmış ve aynı ihalede ihtiyacın daha küçük kısımlara bölünmesi mümkün kılınmıştır. Birleştirilemezlik ilkesiyle ihtiyacın en uygun şekilde karşılanması ve katılımı sınırlayıcı durumların önlenmesi amaçlanmıştır. Kısmi teklif uygulamasıyla ihale konusu alımın daha küçük kısımlarına teklif sunulabilmesi mümkün kılınarak en uygun tekliflerin daha fazla isteklinin yarışması sonucunda elde edilmesi hedeflenmiştir. Özetle, Kanun'da birleştirilemezlik ilkesi ve kısmi teklif uygulamasıyla teklif kapsamlarının belirlendiği ve ihtiyaca uygun rekabetin sağlanmasının amaçlandığı tespit edilmiştir.

Kanun’da fiyata ve bununla birlikte fiyat dışı unsurlara göre belirlenebilen ekonomik açıdan en avantajlı teklif uygulaması benimsenmiştir. Bu bağlamda en uygun alımın en avantajlı koşullarla elde edilebilmesi için aşırı düşük tekliflerin sorgulanması ve yaklaşık maliyetin üzerindeki tekliflerin değerlendirilmesi mümkün kılınmıştır. Aşırı düşük teklif sorgulamasıyla, ihtiyaca uygun olduğunu kanıtlayan teklifler elenmekten kurtarılmıştır. Adil bir yarışma gerçekleşmişse yaklaşık maliyetin üzerindeki tekliflerin de ihtiyaca uygun ve ekonomik açıdan en avantajlı teklif olabileceği değerlendirilmiştir. Özetle, Kanun’da ekonomik açıdan en avantajlı teklif uygulamasıyla ihtiyaca uygun rekabetin sağlanmak istendiği anlaşılmıştır.

Sonuç olarak, Kanun uyarınca gerçekleştirilen ihalelerde; saydam, eşitler arası, ihtiyaca uygun bir rekabetin amaçlandığı tespit edilmiştir. İhaleyle oluşturulmak istenen rekabetin niteliklerinden birinin zarar görmesi diğerlerini de tehlikeye sokarak ihalenin amacına ulaşmasını önemli ölçüde güçleştirdiği için ihalenin olmazsa olmazı rekabetin amacına ulaşabilmesi için tespit edilen nitelikleriyle birlikte yürütülmesinin bir zorunluluk olduğu değerlendirilmiştir.



GİRİŞ

Kelime olarak ihale; bir iş, mal ve benzerini “*birçok istekli arasından en uygun şartlarla kabul edene verme*”, “*eksiltme veya artırma*” anlamlarına gelmektedir.¹ Osmanlıca – Türkçe sözlükte Arapça “*havl*”den türediği ve “*bir işi birçok isteklilerin arasından en uygun görülen şartlarla kabul edene bırakma*” şeklinde tanımlandığı da görülmektedir.²

Terim olarak ihale; ekonomi sözlüğünde “*artırma ve eksiltme yoluyla yapılan alımsatımlarda en çok artıranın ya da eksiltenin önerisini kabul ederek işi ona verme*”³; hukuk sözlüğünde ise “*iş i uygun olana vermek*” veya “*havaled e bulunmak*” şeklinde tanımlanmaktadır.⁴

Ekonomik bir terim olarak ihale, alıcılar veya satıcılar arasında fiyat rekabetinin esas alındığı bir sistem olarak ele alınmakta; bu açıdan en önemli fiyatlama modeli ve dağıtım yöntemlerinden biri olarak kabul edilmektedir.⁵ Bu nedenle değişimin sürekli olduğu ve bilginin asimetrik paylaşılması sebebiyle değ erin belirsiz olduğu durumlar mikro iktisat içerisinde ihale teorisi altında değerlendirilmektedir.⁶ Baş ka bir deyiş le ekonomik bir terim olarak ihale, piyasa araç ları ile değ er tespitinin sağ landığı⁷ ve dolayısıyla yarış ma iç eren bir fiyatlandırma mekanizmasıdır.

Ç ok yönlü bilimsel bir terim olan ihalenin⁸ artırma, eksiltme anlamlarının yanında bu iş lemlerin sona erme anı veya gerç ekleş tiği oturma anlamlarına da geleecek

¹ Türk Dil Kurumu, **Güncel Türkçe Sözlük**, <https://sozluk.gov.tr>.

² Ferit Devellioğlu, **Osmanlıca – Türkçe Ansiklopedik Lügat**, 23. Baskı, Ankara, Aydın Kitabevi Yayınları, 2006, s. 415.

³ İhale teriminden üsterme terimine göndermeyle yapılan tanım için bkz. Orhan Hançerlioğlu, **Ekonomi Sözlüğü**, 5. Basım, İstanbul, Remzi Kitabevi, 1993, s. 463.

⁴ Abdullah Demir, **Hukuki Terimler Sözlüğü**, Ankara, Astana Yayınları, 2017, s. 523.

⁵ Hakan Bilir, **İhale Piyasalarında Rekabet Politikaları Rekabetin Sağ lanması ve Korunması**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2004, s. 9.

⁶ Uğ ur Emek, **Kamu İhalelerinde Rekabetin Sağ lanması ve Korunması**, Devlet Planlama Teş kilatı Yayınları, 2002, s. 13.

⁷ Abdullah Uz, **Kamu İhale Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2005, s. 12.

⁸ Eren Toprak, **Kamu İhale Hukuku (Türkiye’de Kamu İhalelerinin Genel Yapısı ve Hukuki Rejimi)**, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 19.

şekilde kullanıldığı açıktır. Hukuki bir terim olarak ihale, artırma ve eksiltme sonucunda ortaya çıkan kişiye, artırma veya eksiltme konusunun bırakıldığını anlatan hukuki bir tasarruf olarak⁹ nitelenebilir.

İhalenin bir kelime ve bir terim anlamından hareketle bazı çıkarımlar yapılabilir. İlk olarak; bir yanda istekli diğer yanda işi veren, bırakan veya havale eden şeklinde birden fazla taraf ya da süje bulunmaktadır.¹⁰ Aynı zamanda birden çok isteklinin de bulunması mümkündür ve hatta olması tercih edilmektedir. Dolayısıyla ikinci olarak, istekliler arasından en uygun olana işin verilmesi yahut en çok artırma veya eksiltme önerisinde bulunana havale edilmesi de istekliler arasında bir yarışmayı yahut rekabeti zorunlu kılmaktadır.

Türk hukukunda ihale terimi, farklı hukuk disiplinlerinde yer bulmaktadır.¹¹ 2004 sayılı İcra İflas Kanunu¹² uyarınca cebri icra ile haczedilen mallarının artırma yöntemiyle satılması ihale olarak ifade edilebilir.¹³ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu¹⁴ mucibince de açık artırma yoluyla satışta en yüksek bedeli önerenle sözleşmenin kurulması, ihale edilmesi olarak anılır.¹⁵ 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu¹⁶ kapsamında ihale, “işin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığı” ve “yetkili mercilerin onayı ile tamamlanan sözleşmeden önceki işlemler” olarak 4. maddede tanımlanmaktadır. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun¹⁷ 4. maddesinde ise ihale, Kanun kapsamındaki işlerin “istekliler arasından seçilecek birisi üzerine

⁹ Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumî Esasları**, C. 3, 3. Bası, İstanbul, İsmail Akgün Matbaacılık, 1966, ss. 1619-1620.

¹⁰ Toprak, **Kamu İhale Hukuku (Türkiye’de Kamu İhalelerinin Genel Yapısı ve Hukuki Rejimi)**, s. 23.

¹¹ Türk hukukunda ihale terimi üzerinden mevzuat taraması yapıldığında kamu harcama usullerine ilişkin ihale işlemleri, devlet borçlanmasına ilişkin ihale işlemleri, gelir getirici ihale işlemleri ve özel hukuk kişilerinin ihale işlemlerinin yer aldığı dört farklı başlık altında inceleme yapılabileceği ve en yaygın kullanımın da 4734 sayılı Kanun kapsamındaki işlemlere ilişkin olduğu yönündeki gözlem ve sonuç için bkz. **Ibid.**, ss. 24-26.

¹² R.G., T. 19.06.1932, S. 2128.

¹³ Kanunda ihale teriminin, artırma anlamının yanında ayrıca oturum anlamına gelecek şekilde de kullanıldığı görülmektedir.

¹⁴ R.G., T. 04.02.2011, S. 27836.

¹⁵ Kanunda ihaleye ilişkin düzenlemeler “(b)azı (s)atış (t)ürleri” kapsamında “(a)çık artırma yoluyla satış” başlığı altında 274-281 maddeler arasında yer almaktadır.

¹⁶ R.G., T. 10.09.1983, S. 18161.

¹⁷ R.G., T. 22.01.2002, S. 24648.

birakıldığıını gösteren” ve “ihale yetkilisinin onayını müteakip sözleşmenin imzalanması ile tamamlanan işlemler” şeklinde tarif edilmiştir.¹⁸

İdare hukukunda ise ihale, çoğunlukla özel hukuk ve idari ayrımıyla incelenen idarenin sözleşmeleri¹⁹ veya idare sözleşmelerinin²⁰ bir tarafı olan idarenin, sözleşme yapma iradesini ortaya çıkarma yöntemidir.²¹ Türk idare hukuku doktrininde kimi yazarlarca, ihale terimiyle açıkça ilişkilendirilmeden, hatta bir “*usul*” olarak anılmadan idarenin tüm işlemleri gibi sözleşmelerinin de belli başlı yöntem ve biçim kurallarına bağlı olduğu ifade edilmiştir.²² Kimi yazarlarca, idarenin belirli bir tür sözleşmelerinin konusunu oluşturan işin karşı tarafa verilmesi işlemi “*ihale*”²³, ne türden olursa olsun idarenin sözleşmelerinin karşı tarafının seçilmesi “*kamu ihalesi*”²⁴ veya belirlenmesi bir usul olarak “*ihale yöntemi*”²⁵, bu esnada katı şekil kurallarına uyularak istisnai haller haricinde müzakere yapılmaması ise “*kamu ihale prosedürü*”²⁶ olarak ele

¹⁸ İşlemler bütünü anlamına gelecek şekilde tanımlanan ihalenin 4734 sayılı Kanun’un 36. maddesinin 1. fıkrasında “(t)eklifler ihale dokümanında belirtilen ihale saatine kadar idareye verilir. (...) hemen ihaleye başlanır” şeklinde “*oturum*” anlamında kullanılmış olmasının, sınırları tespit edilmiş olan tanımdan saptığı için yerinde olmadığı yönündeki görüş için bkz. Ozan Can, **Kamu İhale Hukuku**, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2019, s. 1.

¹⁹ Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, **Türk İdare Hukuku**, Yenilenmiş 10. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, 2019, s. 463; Halil Kalabalık, **İdare Hukuku Dersleri**, C. 2, Gözden Geçirilmiş, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 192; İl Han Özay, **Günışığında Yönetim**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004, s. 508; İsmet Giritli/Pertev Bilgen/Tayfun Akgüner/Kahraman Berk, **İdare Hukuku**, Güncellenmiş 6. Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2013, s. 1304; Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, C. 2, Güncellenmiş 3. Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi, 2019, s. 2; Kemal Gözler/Gürsel Kaplan, **İdare Hukuku Dersleri**, Güncellenmiş 23. Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi, 2021, s. 419; Metin Günday, **İdare Hukuku**, 11. Baskı, Ankara, İmaj Yayınevi, 2017, s. 183; Murat Sezginer, **İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 31; Onur Karahanoğulları, **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)**, Güncelleştirilmiş 4. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2018 s. 217; Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, **İdare Hukuku (Genel Esaslar)**, C. 2, Güncelleştirilmiş 12. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2018, s. 515; Tayfun Akgüner, **İdare Hukuku**, 9. Bası, İstanbul, Der Yayınları, 2021, s. 1106; Turan Yıldırım, “İdari İşlemler”, İçinde: Turan Yıldırım/Melikşah Yasin/Nur Kaman/H. Eyüp Özdemir/Gül Üstün/Özge Okay Tekinsoy, **İdare Hukuku**, Güncellenmiş 6. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 466; Turgut Tan, **İdare Hukuku**, Güncelleştirilmiş 7. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2018; s. 296; Yıldızhan Yayla, **İdare Hukuku**, Tıpkı 2. Basım, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2010, s. 163; Zehra Odyakmaz/Ümit Kaymak/İsmail Ercan, **Anayasa Hukuku - İdare Hukuku**, Genişletilmiş Güncelleştirilmiş 13. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s. 265.

²⁰ Akgüner, **op. cit.**, s. 1117; Giritli/Bilgen/Akgüner/Berk, **op. cit.**, s. 1317; Meltem Kutlu, **İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1997, s. 11; Onar, **op. cit.**, s. 1591.

²¹ Onur Karahanoğulları, “Özelleştirme Yöntemi Olarak İhale”, **Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi**, C. 7, S. 1, Y. 1998, s. 106, 109; Karahanoğulları, **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)**, s. 213.

²² Akgüner, **op. cit.**, s. 1117; Giritli/Bilgen/Akgüner/Berk, **op. cit.**, s. 1317.

²³ Yayla, **op. cit.**, ss. 164-165;

²⁴ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, **op. cit.**, s. 488.

²⁵ H. Eyüp Özdemir/Gül Üstün, “İdari Usuller”, İçinde: Yıldırım/Yasin/Kaman/Özdemir/Üstün/Tekinsoy, **op. cit.**, s. 653.

²⁶ Murat Sezginer, “İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 11, S. 1-2, Y. 2007, s. 1088.

alınmıştır. Bazı yazarlarca, idarenin sözleşmelerinin akdedilmesi anlamıyla birlikte bunların karşı tarafının seçilmesinde takip edilecek usuller “*kamu ihalesi*”²⁷ ya da kısaca “*ihale*”²⁸ ve bir usul olarak “*kamu ihalesi usulü*”²⁹ şeklinde ifade edilmiştir. Başka yazarlarca da idarenin sözleşmelerini yaparken uymak zorunda olduğu ilke ve kurallar “*ihale usulleri*”³⁰ veya izleyeceği genel usul kuralları “*kamu ihale usulü*”³¹ ya da idarenin sözleşmelerinin yapılış usulü olarak “*kamu ihaleleri*”³² şeklinde değerlendirme yapılmıştır. Bahsi geçen tüm görüşlerde ihale kavramı ortak olarak idarenin sözleşmeleri³³ bakımından kullanılırken; bazı yazarlar tarafından ise “*kamu ihaleleri*”³⁴ idarenin yalnızca özel hukuk sözleşmeleri³⁵ veya yalnızca bunların yapılması anlamına gelecek şekilde de incelenmiştir.

İdari sözleşmelerin yapılmasında izlenecek genel bir usul yasası bulunmamakta olup³⁶ kimi zaman dağınık kuralların bulunduğu kimi zaman ise kurallardan hiç söz edilmediği görülmektedir.³⁷ İdari sözleşmeler bakımından ihale mevzuatının bulunmamasının çeşitli sorunlara neden olduğu ifade edilmektedir.³⁸ Bu durum ve ihale teriminin isminde yer aldığı yasaların uygulanması neticesinde özel hukuk

²⁷ “(İ)darenin sözleşmeci kişiyi seçmek için izleyeceği usuller “*kamu ihalesi (marchés publics)*”ni oluşturmaktadır. (...) (b)undan sonraki açıklamalarımızda “*sözleşmelerin akdedilmesi*” yerine “*kamu ihalesi*” kavramını”n kullanılacağı yönündeki görüş için bkz. Gözler, **op. cit.**, s. 106; Gözler/Kaplan, **op. cit.**, s. 438.

²⁸ “İdarenin, sözleşmenin karşı tarafını seçme usulü “*kamu ihalesi*” ya da kısaca “*ihale*” denilen bir süreçle gerçekleştirilmektedir. (...) Sözleşmelerin akdedilmesine “*ihale*” adı verilmektedir.” bkz. Ramazan Çağlayan, **İdare Hukuku Dersleri**, Güncellenmiş 7. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019, s. 445.

²⁹ Gözler, **op. cit.**, s. 106; Gözler/Kaplan, **op. cit.**, s. 438.

³⁰ Özay, **op. cit.**, ss. 508-510.

³¹ Gözübüyük/Tan, **op. cit.**, s. 570; Tan, **İdare Hukuku**, s. 323.

³² Kalabalık, **op. cit.**, s. 215.

³³ Sözleşmelerin geleneksel olarak özel hukuk sözleşmeleri ve idari sözleşmeler şeklinde ayrıma tabi tutulmasına karşın bu ayrıma uymayan ve bir özel hukuk sözleşmesinin hükmü niteliğinde idari işlemler de içeren karma nitelikli sözleşmeler de bulunduğu yönündeki görüş için bkz. Murat Sezginer, “İdarenin Müdahale Ettiği Özel Hukuk Sözleşmeleri (Birleşik İradeli “Birleşme” Sözleşmeler)”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 17, S. 1-2, passim.

³⁴ Günday, **op. cit.**, s. 195; Ender Ethem Atay, **İdare Hukuku**, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 6. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2018, s. 569; Odyakmaz/Kaymak/Ercan, **op. cit.**, s. 270; Tahsin Bekir Balta, **İdare Hukukuna Giriş I**, Ankara, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, 1968/1970, s. 187.

³⁵ İhalenin bir sözleşme olmadığı, Anglo-Amerikan sistemindeki contracting-out uygulamasının ihale yöntemi olarak anlaşılmasının yanlış bir çeviri olduğu, bunun kamu hizmetlerinin özel kişilere sözleşmeyle gördürülmesi anlamına geldiği; Fransız hukukunda da contrats des marchés publics (ihale sözleşmeleri)nin kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi yöntemlerinden biri olarak kullanıldığı yönündeki görüş için bkz. Karahanoğulları, “Özelleştirme Yöntemi Olarak İhale”, s. 106.

³⁶ Yasin Sezer, “Kamu İhale Kanunu: Şeffaflık ve Rekabet”, **Amme İdaresi Dergisi**, C. 35, S. 4, Y. 2002, s. 58.

³⁷ Gözübüyük/Tan, **op. cit.**, s. 570; Tan, **İdare Hukuku**, s. 323.

³⁸ Sezginer, **İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar**, s. 32.

sözleşmeleri ortaya çıktığına ilişkin kabul; ihale terimini idarenin özel hukuk sözleşmelerine yaklaştırmakta ve karmaşaya sebep olmaktadır.

Doktrinde yer verilen görüşler ve mevzuattaki farklı kullanımlardan hareketle ihale teriminin anlamı ve sınırları konusunda bir karmaşa³⁹ olduğu söylenebilir. Hem Türk hukukunda hem de yabancı hukuk sistemlerinde tartışmalı olan terim⁴⁰; sistematik inceleme yapmayı ve doktrindeki görüşleri sağlıklı şekilde değerlendirmeyi güçleştirmektedir. İdare hukukunda ihale terimi idarenin sözleşmeleri ile yakından ilgili olduğundan öncelikle bu ilişkinin incelenmesi anılan karmaşanın giderilmesine katkı sağlayacaktır.

Köken olarak medeni hukuk alanına ait bulunan⁴¹ bir terim olarak sözleşme; Türk Borçlar Kanunu'nun 1. maddesine göre tarafların karşılıklı ve birbirine uygun olarak iradelerini açıklamalarıyla kurulan bir ilişkidir. Anayasa'nın 48. maddesine göre herkes sözleşme hürriyetine sahiptir. Özel hukuk sözleşmelerinde bir sözleşmenin yapılıp yapılmaması ve yapılmasına karar verilirse kiminle sözleşme yapılacağını belirleme özgürlüğü herkes için geçerlidir.⁴² Türk Borçlar Kanunu'nun 26. ve 27. maddelerinde⁴³ bu serbestinin en genel anlamda sınırları çizilmişse de özel hukukta esas olan akit serbestisidir. İdarenin sözleşmeleri ise yalnızca borçlar hukukuyla açıklanamadığı⁴⁴ gibi terim de idarenin faaliyetlerinin gerektirdiği ölçüde

³⁹ Doğrudan karmaşa ifadesi kullanmadan “(k)amu ihalesi teriminin kapsamı öğretide netleşmediğinden ve mevcut kullanım sistematik ve öğretim tekniği bakımından yerinde olmadığı”ndan dar ve geniş anlamda iki türlü “kamu ihalesi” kullanımına yer veren görüş için bkz. Can, **Kamu İhale Hukuku**, s. 2-3; Buradaki kullanımdan farklı olarak hukuksal bir terim olarak “ihale”nin geniş-dar anlamlarına yer veren görüş için bkz. Burak Oder, “Kamu İhale Hukuku”, İçinde: İl Han Özay, **Günışığında Yönetim**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004, s. 549.

⁴⁰ Kamu ihalesi kavramının “hukumumuzda olduğu gibi diğer hukuk sistemlerinde de oldukça tartışmalı olan kavramlardan biri” olduğu yönündeki görüş için bkz. Kutlu, **op. cit.**, s. 67.

⁴¹ “Amme hizmeti mefhumunun değişmesi ve amme hizmetlerinin yayılması neticesi olarak bir çok medeni hukuk müesseseleri gibi akit müessesesi de idare hukukuna geçmiş ve fakat diğer müesseselerde olduğu gibi bu müessese de medeni hukuktaki mahiyetini değiştirerek amme hizmetlerinin ve idare hukukunun bünyesine uygun bir şekil almıştır.” bkz. Onar, **op. cit.**, s. 1591.

⁴² Vedat Buz, **Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007, s. 116.

⁴³ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun “(s)özleşme (ö)zgürlüğü” başlıklı 26. maddesine göre “(t)araflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.” ve “(k)esin hükümsüzlük” başlıklı 27. maddesinin 1.fıkrasına göre ise “(k)anunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür”.

⁴⁴ Karahanoğulları, **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)**, s. 212; Ayrıca idari sözleşmenin tanımlanması ve niteliği konusunda ortaya çıkan sıkıntının “(i)dari” nitelemesinin doğrudan kamu hukuku ilke ve kuralarıyla belirlenen özel bir hukuksal rejime atıf yaparken “sözleşme”nin özel hukukun tipik ve temel bir terimi olmasından kaynaklandığı ve idari sözleşmenin bu iki terimin bir araya gelmesi anlamına gelerek iki farklı hukuk anlayışının veya yaklaşımının da karşılaşması ve kaynaşması olduğu yönündeki görüş için bkz.

değişime ve dönüşüme uğradığından, idare hukukunda sözleşme, özel hukukta olduğu gibi saf biçimde görülmez.⁴⁵

İdarenin sözleşmelerine taraf olmak isteyen kişiler, idarenin belirlemiş olduğu koşulları tartışma olanağına sahip olmayıp tümüyle reddedebilir veya kabul edebilirler.⁴⁶ İdare, genel olarak sözleşmelerini katımlı sözleşme olarak yaptığı için bu sözleşmeler tarafların gerçek ve serbestçe müzakeresi sonucunda oluşmaz.⁴⁷ İdarenin iradesinin sözleşmenin diğer tarafından üstün olması sebebiyle de sözleşmeci, idare tarafından tüm hükümleri belirlenmiş sözleşmeye imza atarak katılmaktadır.⁴⁸

İdarenin özel hukuk kişileriyle müsavî bir düzeyde⁴⁹ sözleşme yapıyor olması, iradesini oluşturma açısından bağlı olduğu yöntemleri yok saymasına imkân vermez.⁵⁰ İdare, hiçbir kurala bağlı olmaksızın tam bir irade serbestisi içinde akidini seçemez⁵¹, sözleşmenin konusunu⁵² ve içeriğini belirleyemez.⁵³ Diğer bir deyişle idarenin özel kişiler gibi tam bir serbestiye sahip olduğu söylenemez.⁵⁴ Zira, idarenin sözleşme konusu iş için isteklileri bulması ve aralarından uygun olanı seçmesi ile sözleşme kurulması aşamalarının her biri ayrıntılı kurallarla belirlenmiş bulunmaktadır.⁵⁵ Başka

Ayhan Tekinsoy, “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 55, S. 2, Y. 2006, s. 184; Tekinsoy’un görüşünün aslında idarenin tarafı olduğu tüm sözleşmeler için geçerli olacağı yönündeki görüş için bkz. Abdullah Uz, **İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmelerin Hukuksal Rejimi Bakımından Kamu İhale Sözleşmeleri**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2010, s. 6.

⁴⁵ **Ibid.**, s. 5.

⁴⁶ Akgüner, **op. cit.**, s. 1119; Giritli/Bilgen/Akgüner/Berk, **op. cit.**, s. 1320.

⁴⁷ Kalabalık, **op. cit.**, s. 199.

⁴⁸ Özay, **op. cit.**, s. 511; Yayla, **op. cit.**, s. 164.

⁴⁹ Müsavî ifadesi bir taraf olarak idare ve sözleşmeci kişi için kullanılmış olup; Anayasa Mahkemesi’nce idare ile sözleşmenin karşı tarafı gerçekte tam olarak eşit değildir. Yüksek mahkemeye göre “taşınmazını kiraya veren belediyeler ile diğer kişiler aynı hukuksal konumda değildirler. Belediyeler ile belediyelere ait taşınmazlar arasında sorumluluk, yönetim ve tasarruf biçimi yönünden kamu hukuku ilişkisi bulunmakta ve bu emlakten elde edilen gelir kamu hizmetine ayrılmaktadır. Bu nedenle, diğer kişiler ile aynı hukuksal konumda bulunmayan belediyelerin, kiraya verdikleri taşınmazlar hakkında, kira sözleşmesi sonunda farklı bir tahliye usulü öngörülerek ayrı hukuksal işleme tabi tutulmasında eşitlik ilkesine aykırılıktan söz edilemez.” Bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2010/77, K. 2011/163, T. 08.12.2011, R.G., T. 25.01.2012, S. 28184.

⁵⁰ Karahanoğulları, “Özelleştirme Yöntemi Olarak İhale”, s. 107.

⁵¹ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, **op. cit.**, s. 488; Zehra Odyakmaz, “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, S. 1-2, Y. 1998, s. 162; Yayla, **op. cit.**, s. 164; Gözler, **op. cit.**, s. 106; Gözler/Kaplan, **op. cit.**, s. 438.

⁵² Sezginer, **İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar**, s. 33.

⁵³ Günday, **op. cit.**, s. 195, 216; Karahanoğulları, **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)**, s. 211.

⁵⁴ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, **op. cit.**, s. 464; Sezginer, **İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar**, s. 33; Atay, **op. cit.**, s. 558; Kutlu, **op. cit.**, s. 18; Aziz Taşdelen, **Kamu Harcamaları Hukukunda İhale Süreci**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2004, s. 27.

⁵⁵ Karahanoğulları, **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)**, s. 213.

bir deyişle idare, gerek özel hukuk gerek idari sözleşmelerinde sözleşme serbestisi yönünden çeşitli sınırlamalara tabidir.⁵⁶

Kamu yararı düşüncesi ve bu maksatla oluşturulmuş kurallar idarenin iradesini sınırlar.⁵⁷ İdari sözleşmeler borçlar hukukundan tamamen bağımsızken; idarenin özel hukuk sözleşmeleri ise tam olarak bu hukuk alanına tabi değildir.⁵⁸ İdarenin özel hukuka tabi sayılan sözleşmeleri dahi kamu kaynaklarının kullanımı ve kamu yararı söz konusu olduğu için belli ölçüde idare hukukunun kurallarına bağlıdır.⁵⁹ İdarenin özel hukuk sözleşmelerinin de hazırlık işlemleri idari nitelikte olduğu için bu işlemlere de idare hukuku ilke ve kurallarının uygulanması gerekmektedir.⁶⁰

İdarenin sözleşme yapma iradesinin oluşum süresinde kamu yararının ortaya çıkmasını teminat altına almaya yönelik kurallara riayet etmesi, bu kuralların idarenin iradesinden bağımsız olarak kanunlarla belirlenmesi ve idarenin yöntemler arasında seçim yapma iradesinin sınırlanması anayasal değerlerde ilkelere dönüşmüştür.⁶¹ Uyuşmazlık Mahkemesi'nce de, gerek idarede kanunilik ilkesi gerek idarelerin yapısı gereği, hangi türden olursa olsun sözleşme yapmadan önce bir takım usul kurallarına uyulmak zorunda olduğuna karar verilmiştir.⁶²

İdarece yürütülen ihalelerin, idarenin mal varlığını etkileyen işlemlerden oluşması sebebiyle Anayasa'nın 123. maddesi 1. fıkrasının⁶³ yanı sıra 161. maddesi 2. fıkrası⁶⁴ hükmü uyarınca da kanunla düzenlenmesi gerekmektedir.⁶⁵ Ancak Türk hukukunda bu zorunluluk yaygın biçimde görmezden gelinmektedir. Nitekim Anayasa

⁵⁶ Kutlu, **op. cit.**, s. 42; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, **op. cit.**, s. 488.

⁵⁷ Akgüner, **op. cit.**, s. 1114; Giritli/Bilgen/Akgüner/Berk, **op. cit.**, s. 1315, 1319; Yıldırım, "İdari İşlemler", **op. cit.**, s. 466.

⁵⁸ Karahanoğulları, **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)**, s. 212.

⁵⁹ Kalabalık, **op. cit.**, s. 216; Günday, **op. cit.**, s. 195; Atay, **op. cit.**, s. 570; Lütfi Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1982, s. 447.

⁶⁰ Özay, **op. cit.**, ss. 508-509.

⁶¹ Karahanoğulları, **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)**, s. 215; Yazarın bu görüşüyle birlikte yer verdiği karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 1997/35, K. 1997/45, T. 09.04.1997, R.G., 08.08.1997, S. 23074.

⁶² Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, E. 1998/8, K. 1999/17, T. 21.06.1999, R.G., 21.09.1999, S. 23823.

⁶³ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 123. maddesinin 1. fıkrası: "İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir."

⁶⁴ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 161. maddesinin 2. fıkrası: "Malî yıl başlangıcı ile merkezi yönetim bütçesinin hazırlanması, uygulanması ve kontrolü ile yatırımlar veya bir yıldan fazla sürecek iş ve hizmetler için özel süre ve usuller kanunla düzenlenir. Bütçe kanununa, bütçe ile ilgili hükümler dışında hiçbir hüküm konulamaz."

⁶⁵ Oder, **op. cit.**, ss. 550-551.

Mahkemesi, yerleşik içtihatlarında Anayasa’da kamu kurumlarının görev ve yetkisi kapsamında bulunan ihale konusu işlerle ilgili olarak kamu yararının mutlaka kanun uygulanarak sağlanacağına ilişkin bir hüküm bulunmadığını kabul etmektedir.⁶⁶ Danıştay’a göre idarenin sözleşme yapacağı kişiyi seçerken izlemek zorunda olduğu bir usul öngörülmemiş olsa da idarenin yetkisini kamu yararına uygun kullanması gerekmektedir.⁶⁷ Dolayısıyla idarenin sözleşmelerinin yapılmasında kanunla belirlenmiş bir ihale usulü bulunmadığında; idare hukukunun temel ilkeleri (kamu yararı, kamu hizmetinin devamlılığı, hukuk devleti, eşitlik, açıklık, vs.) ile, özel hukuktaki sözleşme yapma kurallarına uyularak sözleşme yapılabileceğini⁶⁸ ve karşı tarafının belirlenmesinde objektif esasların dikkate alınmasının zorunlu olduğunu⁶⁹ kabul etmek gerekir.

İdarenin sözleşmeleri öncesindeki sürecin tamamının mı yoksa içerisindeki bir bölümünün mü ya da artırma veya eksiltmenin yapıldığı zamanın mı ihale teriminin karşılığı olduğunu tespit etmek önemlidir. İdarenin bir sözleşme akdetmesini gerektirecek durumun ortaya çıkması ve ihale usulünün seçilmesi ile ihale süreci başlar. İhale terimi sözleşmenin içeriğini de kapsadığından; işin niteliği, konusu, miktarı ve karşılığı bu süreçte belirlendikten sonra nihai olarak en uygun teklif seçilir.⁷⁰ Başka bir deyişle şartları belirli olan sözleşmeye taraf olma yarışı, en uygun ve en avantajlı olanın bulunması ile sonuçlanır.

İdarenin sözleşmeleri öncesinde irade beyanının belirli bir şekle bağlı bir dizi işlemlerin takip edilerek tamamlandığı⁷¹ ihale süreci, idari bir usul olarak ele alınmaktadır.⁷² Zira idari usul, idarenin kararlarının oluşmasında izlenmesi gereken

⁶⁶ “Anayasa’da, Milli Eğitim Bakanlığı da dâhil, kamu kurumlarının görev ve yetkisi kapsamında bulunan ihale konusu işlerle ilgili olarak kamu yararının mutlaka ‘kanun’ ya da 2886 ve 4734 sayılı kanunlar uygulanarak sağlanacağına ilişkin emredici bir hüküm de bulunmamaktadır.” Bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2011/123, K. 2013/26, T. 06.02.2013, R.G., T. 31.12.2013, S. 28868; Benzer yönde “MTA’nın yurt dışında arama ve araştırma faaliyetiyle sınırlı olarak gerçekleştireceği harcamalara ilişkin usul ve esasların yönetmelikle düzenlenmesinin öngörülmesi yasama yetkisinin devri olarak nitelendirileme”yeceği belirlenmesinin yer aldığı karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2016/150, K. 2017/179, T. 28.12.2017, R.G., T. 15.02.2018, S. 30333.

⁶⁷ Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, 07.05.1999, Yürütmenin Durdurulması İtiraz No. 1999/226, aktaran Gözübüyük/Tan, **op. cit.**, s. 572; Tan, **İdare Hukuku**, s. 325.

⁶⁸ Gözler, **op. cit.**, ss. 107-108; Gözler/Kaplan, **op. cit.**, s. 439.

⁶⁹ Kutlu, **op. cit.**, s. 97.

⁷⁰ **Ibid.**, s. 75.

⁷¹ **Ibid.**, s. 42.

⁷² Özdemir/Üstün, **op. cit.**, s. 653; Uz, **İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmelerin Hukuksal Rejimi Bakımından Kamu İhale Sözleşmeleri**, s. 9.

yol ve yordamlar içeren süreçtir.⁷³ Başka bir deyişle, bir idari faaliyetin hangi idari makam tarafından hangi aşamalar geçilerek hangi biçimde ve ne şekilde gerçekleştirileceğini ortaya koyan kurallar bütünü idari usuldür.⁷⁴ İhale terimi ise idarenin sözleşmeleri öncesinde icaba davet ve kabul iradelerini oluştururken ve süreci yönetirken uymak mecburiyetinde olduğu yöntemleri ve kuralları ihtiva eder.⁷⁵

Sonuç olarak, bir kelime olarak havale anlamına gelen, artırma veya eksiltmelerde oturum anlamında kullanılan, ekonomik bir terim olarak fiyat belirleme mekanizması olarak nitelenen ihalenin; idare hukukunda “*kamu ihalesi*” veya “*kamu ihaleleri*” olarak idarenin sözleşmelerinde bunları önceleyen süreç anlamında da kullanıldığı⁷⁶ açıktır. Açıklanan nedenlerden ötürü idare hukuku bakımından ihale; idarenin sözleşmelerini akdederken sözleşmenin konusunu, şartlarını ve özellikle diğer tarafını sağlayacağı yarışma ortamıyla belirlemek için iradesini oluşturma sürecinde uyması gereken yöntem kurallarını ve evrensel nitelikteki ilkeleri ihtiva eden idari usul olarak tanımlanabilir. Dolayısıyla ihale öncelikle ve hatta esas olarak idare hukukunun konusunu oluşturmaktadır.⁷⁷

İdarenin sözleşmelerinden bir kısmının ihale ifadesini de içerecek şekilde adlandırıldığı görülmektedir. Önceleri Türk hukukunda “*ihale sözleşmeleri*” bulunmadığı ifade edilmişse de⁷⁸ 4734 sayılı Kanun kapsamında gerçekleştirilen ihaleler sonucunda ortaya çıkan sözleşmeler, günümüzde “*kamu ihale sözleşmeleri*”⁷⁹

⁷³ Lütfi Duran, “İdari Usulün İlkeleri ve Kapsadığı Konular”, **Amme İdaresi Dergisi**, C. 41, S. 2, Y. 1998, s. 3.

⁷⁴ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, **op. cit.**, s. 508.

⁷⁵ Karahanoğulları, **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)**, ss. 213-214; İdarenin sözleşmelerinde ihalenin açılmasının icaba davet, katılanların tekliflerinin her birinin bir icap ve aralarından en uygun olanın belirlenmesinin Borçlar Kanunu anlamında kabul varsayılabilirliğine ilişkin görüş için bkz. Kutlu, **op. cit.**, s. 99.

⁷⁶ “(K)amu ihalesi kavramı, idarenin sözleşme yapma tekniğini kullanmak istediği durumlarda, sözleşmenin imzalanmasından önce yasada öngörülen usullere uygun olarak akidini ve sözleşmenin içeriğini belirlemesine yönelik bir dizi tek yanlı idari işlemlerden oluşan süreci ifade eder. (...) (K)amu ihaleleri, idare tarafından yapılacak bir sözleşmenin imzalanmasından önceki aşamayı oluşturmaktadır.” Bkz. **Ibid.**, ss. 109-110.

⁷⁷ Uz, **Kamu İhale Hukuku**, s. 4.

⁷⁸ 4735 sayılı Kanun’dan önceki dönemde Türk hukukunda idarenin sözleşmeleri arasında ihale sözleşmeleri şeklinde bir “*kavram*” bulunmadığı, sözleşmelerin yapım, kira, satım vb. adlarla adlandırıldığı ancak Fransız hukukunda bu tür sözleşmelerin “*ihale sözleşmeleri*” olarak adlandırıldığı ve bunların kamu hizmetlerinin özel kişiler eliyle gördürülmesi yöntemlerinden biri olduğu yönündeki görüş için bkz. Kutlu, **op. cit.**, ss. 63-65; Yazara göre Fransız hukukunda ihale sözleşmeleri (contrats des marchés publics) bir taahhüt sözleşmesi olup buna ilişkin düzenlemeler Kamu İhalesi Kanununda (Code des marchés publics) bayındırlık, malzeme alımı, kamu hizmeti ihaleleri şeklinde alt bölümlere ayrılarak ele alınmaktadır. Bkz. Kutlu, **op. cit.**, s. 19, dipnot 59.

⁷⁹ 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’na göre gerçekleştirilen ihaleler sonucunda düzenlenen sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanması ile ilgili esas ve usullerin belirlenmesi için 4735 sayılı Kamu İhale

olarak nitelenmektedir. İdarenin yalnızca tedarik için gerçekleştirdiği sözleşmelerini önceleyen ihale sürecini, “*kamu ihaleleri*”⁸⁰ olarak nitelemek yerinde olmadığı için bunun “*kamu alımı süreci*”⁸¹ şeklinde de tanımlandığı görülmektedir. Buna rağmen “*kamu alımı*” ile “*kamu ihalesi*” ifadelerinin birbirini karşılayan terimler olarak da kullanıldığı⁸² görülmektedir.⁸³ Yapılan çalışmalarda “*kamu alımları*” ile “*kamu ihaleleri*”nin eş anlamlı olarak kullanılacağı belirtilmekte ardından uygulama ve doktrinde de bu eğilimin bulunduğu tespit edilmektedir.⁸⁴ Türkiye’de “*kamu alımları*” yerine “*kamu ihaleleri*” yerleşik bir terim olarak kullanılıyor olsa da bu iki kavram aynı anlam ve kapsama sahip değildir.⁸⁵ İhale, yarışmanın esas olduğu bir usul olduğundan⁸⁶ ve alımın kendisi olmadığından sadece alımlara özgülenmesi mümkün değildir.⁸⁷ Keza 4734 sayılı Kanun’un fonksiyonel açıdan kapsamını kamu alımları oluşturmaya rağmen; tüm kamu alımları 4734 sayılı Kanun kapsamında değildir. Dolayısıyla ihale teriminin yerine kullanılarak karmaşayı artıran kamu alımlarının ayrıca açıklanmasında yarar vardır.

Devlete, harcama yapmasını gerektiren bazı görev ve yükümlülükler verilmiştir.⁸⁸ Bu görevlerin yerine getirilebilmesi amacıyla çeşitli mal ve hizmet alımı

Sözleşmeleri Kanunu (R.G., T. 22.01.2002, S. 24648.) yayımlanmıştır. Bu sayede 4734 sayılı Kanun’da uluslararası mevzuat gereği sadece sözleşmelerin imzalanmasına kadar olan ihale süreci ile ilgili hükümlere yer verildiği, sözleşmeler ile ilgili hususlarda bir boşluğa neden olunmaması için bu konuyla ilgili hükümlerin ayrı bir kanun ile düzenlenmesi ihtiyacının giderildiği yönündeki genel gerekçesi için bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d21/c082/tbmm21082047ss0795.pdf>, Erişim Tarihi: 26.12.2022.

⁸⁰ “*Hukumumuzda kamu ihaleleri kavramı, idarenin görev alanına giren hizmetlerin yürütülmesi amacıyla, karşılığı idare tarafından ödenmek üzere gerekli mal ve hizmetlerin veya bir işin yasada öngörülen usul kurallarına uymak suretiyle oluşturulan rekabet ortamı içerisinde katılan adaylardan en uygun teklifi sunan özel bir kişiye yaptırılmasına yönelik olarak imzalanan sözleşmelerin oluşum sürecini ifade eden bir dizi işlemleri ifade eder.*” Bkz. Kutlu, **op. cit.**, s. 76.

⁸¹ Bekir Mustafa Yılmaz, **Kamu Alımlarında İdari Denetim**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007, s. 39.

⁸² Muzaffer Akdoğan, **Avrupa Birliği Uyum Sürecinde Türk İhale Rejiminin Şeffaflık Açısından Değerlendirilmesi**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 49, dipnot 12.

⁸³ Gürsel Özkan, **Danıştay Kararları Işığında Kamu İhale Hukukuna Egemen Olan Temel İlkeler**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, s. 32.

⁸⁴ Uz, **Kamu İhale Hukuku**, s. 8.

⁸⁵ **Ibid.**, s. 1; Destekleyici mahiyette “*kamu ihaleleri*”nin literatürde 4734 sayılı Kanun ile sınırlandırıldığı, ilgili alanın daha fazla kodifiye edilmesi ve çerçeve bir yasal metin bulunmaması nedeniyle bunun olabileceği, özellikle kamu özel ortaklığı şeklinde adlandırılan işlemlerin de birer “*kamu ihalesi*” olduğu yani “*kamu ihaleleri*”nin inceleme alanının 4734 sayılı Kanun’dan daha geniş olduğunu ifade eden görüş için bkz. Toprak, **Kamu İhale Hukuku (Türkiye’de Kamu İhalelerinin Genel Yapısı ve Hukuki Rejimi)**, s. 28; Aynı yönde “*kamu hizmetinin tamamının özel girişimciye gördürülmesi ile kamu hizmetinin ihtiyaç duyduğu mal ve hizmetlerin piyasadan karşılanması arasında ayırım kaldırılmaya çalışılarak*” konunun “*kamu alımları kavramıyla*” anlatılabileceğine ilişkin görüş için bkz. Karahanoğulları, **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)**, s. 213.

⁸⁶ Taşdelen, **Kamu Harcamaları Hukukunda İhale Süreci**, s. 27.

⁸⁷ Yılmaz, **Kamu Alımlarında İdari Denetim**, ss. 26-27.

⁸⁸ Bu kapsamda Anayasa’nın 42, 128, 130, 166, 167, 168 ve 170. maddelerini örnek gösteren görüş için bkz. **Ibid.**, s. 25.

ile yapım işleri gerçekleştirilmek zorundadır.⁸⁹ Kamunun ihtiyaç duyduğu mal, hizmet ve yapım işleri için belli kurallara tabi bir usulün uygulanması sonucu ortaya çıkan bedelin ödenmesi suretiyle özel kişilerden satın alınması, neredeyse her ülkede kamu alımları olarak nitelenmektedir.⁹⁰ Diğer bir deyişle devlet, kamu hizmeti üretimini tümüyle doğrudan gerçekleştirebileceği gibi bunun gerçekleştirilmesi için ihtiyaç duyulan unsurları özel sektörden de satın alabilir. Bu ikinci halde bir kamu alımı söz konusudur.⁹¹ Kamunun ihtiyaç duyduğu mal, hizmet ve yapım işleri konusunda tedarik sürecini ifade eden kamu alımları; Fransızca’da “*marchés publics*”, Almanca’da “*öffentlichen auftragswesen*”, Dünya Ticaret Örgütü metinlerinde “*government procurement*”, AB düzenlemelerinde “*public procurement*”, Anglo Amerikan literatüründe “*government contracts*”, “*public purchasing*” veya “*government purchasing*” şeklinde yer almaktadır.⁹² “*Public/government procurement*” tamlaması kamu alımları⁹³ yahut kamu tedarikleri şeklinde tercüme edilebilir.⁹⁴

Kamu alımlarının en uygun fiyatla, en uygun kalitede, en uygun kişiden ve en uygun zamanda karşılanması yani optimum şekilde gerçekleştirilmesi için bütün isteklilerin katılımına imkân sağlayacak şekilde rekabetin sağlanması, ihale sürecinin tümünde saydamlığın, güvenilirliğin ve hesap verilebilirliğin egemen kılınması, etkinlik ve verimliliğin ön planda tutulması ile işler bir denetim mekanizmasının oluşturulması gerekmektedir.⁹⁵ Bu nedenlerden ötürü kamu alımlarında çoğunlukla ihale usulü uygulanarak yarışma ortamı sağlanmaktadır.

İhale usulünün kullanıldığı kamunun satım, kiraya verme vb. gelir getirici işlemleri ile bunlara istinaden imzalanan sözleşmelerin konusu, kamu alımları olarak nitelenemez.⁹⁶ Kamu kaynağının⁹⁷ harcanması halinde kamu alımı kavramının tercih edilmesi daha doğru bir kullanım olacaktır.⁹⁸ Diğer bir ifadeyle, kamu hizmetlerinin

⁸⁹ Akdoğan, **op. cit.**, s. 47.

⁹⁰ Uz, **Kamu İhale Hukuku**, s. 1.

⁹¹ Eren Toprak, **Kamu İhaleleri (Kamu Alımlarının Hukuki, Yönetsel ve Siyasi Boyutu)**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2016, s. 3.

⁹² Uz, **Kamu İhale Hukuku**, s. 7.

⁹³ Hüsnü Aldemir/Musa Aldemir, **Türkçe - İngilizce Hukuki Terimler Sözlüğü**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018, s. 548.

⁹⁴ Uz, **Kamu İhale Hukuku**, s. 7.

⁹⁵ **Ibid.**, s. 3.

⁹⁶ **Ibid.**, s.1.

⁹⁷ 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu (R.G., T. 24.12.2013, S. 25326) 3. maddesiyle kamu kaynaklarını; “*borçlanma suretiyle elde edilen imkânlar dahil kamuya ait gelirler, taşınır ve taşınmazlar, hesaplarda bulunan para, alacak ve haklar ile her türlü değerler*” olarak tanımlanmaktadır.

⁹⁸ Toprak, **Kamu İhale Hukuku (Türkiye’de Kamu İhalelerinin Genel Yapısı ve Hukuki Rejimi)**, s. 27.

gerektirdiği ihtiyaçların temininde kamu kaynağının kullanılacağı kamu alımları, kamu harcaması gerektirir. Kamu harcamalarının içeriği ve bütçe tutarlarının belirlenmesi maliye politikasının konusunu oluştururken; bu harcamaların gerçekleştirilmesi usulü hukuki bir konudur.⁹⁹

Kapsamı ve konusu oldukça geniş olan kamu alımlarının, ülkelerin kamu harcamaları payı içerisindeki büyüklüğü hiç de şaşırtıcı değildir.¹⁰⁰ Kamu hizmetinin sürekliliği ve sosyal devlet ilkesi gereği kamu harcamaları sürekli şekilde artmaktadır.¹⁰¹ Ülke ekonomileri ve uluslararası ticaret içinde önemi artan bir alan olarak kamu alımlarının ülkelerin gayri safi yurt içi hasılları içerisindeki payı %10 ile %20 arasında değişmektedir.¹⁰² Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü'nün verilerine göre bu oran 2019 yılında Türkiye¹⁰³ için %11,53 şeklinde gerçekleşirken; örgüt üyelerinin ortalaması %13,02 düzeyindedir.¹⁰⁴ Kamu alımlarının harcamalar içerisindeki payının oldukça büyük olması sebebiyle bunların ülke ekonomileri ve uluslararası ticaret içindeki önemi de her geçen gün artmaktadır.¹⁰⁵ 2021 yılında 4734 sayılı Kanun kapsamındaki ihalelerin parasal büyüklüğü 255 milyar Türk lirasına dayanmış; doğrudan temin ve istisna kapsamındaki alımlar da dahil edildiğinde bütçeye getirdiği yük 300 milyar Türk lirasını aşmıştır.¹⁰⁶

Kamu alımlarında kamu bütçesi, yani kamu kaynağı kullanıldığından, bu harcamaların hem gerekli olması hem de etkin ve verimli şekilde gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu minvalde kamu kaynaklarının etkin ve verimli kullanımını temin etmek amacıyla, çeşitli kanunlar çıkarılmaktadır.¹⁰⁷ Nitekim kamu alımları Türk hukukunda son 20 yıldır bir terim olarak yer alsa da muhtevası itibarıyla aslında uzun zamandır düzenleme konusu yapılan bir alandır. Bu düzenlemeler incelendiğinde kamu alımları ile ihale terimlerinde ortaya çıkan karışıklığın sebebi de bir yönüyle

⁹⁹ Taşdelen, **Kamu Harcamaları Hukukunda İhale Süreci**, s. 5.

¹⁰⁰ Uz, **Kamu İhale Hukuku**, s. 2.

¹⁰¹ Taşdelen, **Kamu Harcamaları Hukukunda İhale Süreci**, s. 181.

¹⁰² Uz, **Kamu İhale Hukuku**, s. 2.

¹⁰³ 2009-2019 yıllarını kapsayan 11 yıllık süreçte bu oran en düşük %10,41 ile 2011 yılında en yüksek ise %12,36 ile 2009 yılında gerçekleşmiştir. Bkz. <https://stats.oecd.org/Index.aspx?QueryId=107598>, Erişim Tarihi: 26.12.2022.

¹⁰⁴ **Ibid.**

¹⁰⁵ Uz, **Kamu İhale Hukuku**, s.2.

¹⁰⁶ Kamu İhale Kurumu, Kamu Alımları İzleme Raporu 2021, https://dosyalar.kik.gov.tr/genel/Raporlar/Kamu_alimlari_izleme_raporu_2021_yilsonu.pdf, s. 2, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

¹⁰⁷ Uz, **Kamu İhale Hukuku**, s. 127.

anlaşılmaktadır. Zira kapsamında kamu alımlarının da yer aldığı kanunların isimlendirilmesinde sıklıkla ihale terimine müracaat edilmiştir.

Osmanlı döneminde kamunun ihtiyaçlarına ilişkin ilk düzenleme 1857 tarihli Nizamname ile yapılmış ardından bunun dar kapsamı ve gereksinimlere cevap verememesinden ötürü 1914 yılında ek bir Nizamname çıkarılmıştır. Daha sonra, 4 Haziran 1919 tarihinde çıkarılan ve 1921 yılında yürürlüğe girerek ihtiyaçların karşılanmasında merkezi bir yöntemi öngören Kararname ile buna ilaveler yapılmış; yine aynı yıl içerisinde çıkarılan başka bir Kararname ile de acil ihtiyaçlar için bazı istisnalar getirilecek şekilde düzenlenme öngörülmüştür.¹⁰⁸

Cumhuriyet öncesinde Nizamname düzeyinde ve dağınık şekilde düzenlenen kamu alımlarının esaslı bir surette kanuni düzenleme konusu yapılması 1925 yılına tekabül etmektedir.¹⁰⁹ Cumhuriyet döneminde, ilk olarak 22 Nisan 1925 tarihli ve 661 sayılı Hükümet Namına Vuku Bulacak Müzayede, Münakasa ve İhale Kanunu¹¹⁰ ile yasal çerçeve kurulmaya çalışılmıştır.¹¹¹ Daha sonra mali menfaatlerin korunması yaklaşımını benimseyen¹¹² 2490 sayılı Artırma, Eksiltme ve İhale Kanunu¹¹³ 10 Aralık 1934 tarihinde yürürlüğe girmiş ve 74. maddesiyle 611 sayılı Kanun ile bu Kanun'da değişiklik yapan diğer kanunları ilga etmiştir. Elli yıl yürürlükte kalan 2490 sayılı Kanun'un yerine bir tasarı hazırlanmıştır. Esneklikten mahrum oluşundan ötürü istisnai yetkilerle kanunun dışına çıkılması, ikinci dünya savaşı sonrasında meydana gelen değişiklikler ve planlı kalkınma devresinin de etkisiyle pratik usullerin uygulanması lüzumu ile kanunun günün ihtiyaçlarına cevap verememesi yeni bir kanun hazırlanmasının başlıca nedenlerini oluşturmuştur.¹¹⁴ Bu düşünceyle hazırlanan 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu 01.01.1984 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bundan on

¹⁰⁸ **Ibid.**, ss. 127-128.

¹⁰⁹ Yılmaz, **Kamu Alımlarında İdari Denetim**, s. 61.

¹¹⁰ R.G., T. 28.04.1925, S. 97.

¹¹¹ Kanunun 1. maddesinde yer verilen işlerde (*idare adına yapılacak her çeşit satın almalar; satış kira, inşaat, tamirat, keşifler ve imalat (üretim) ve işletme, nakliyat ve benzeri işler*) uygulanacak usulleri ve kanunun genel olarak değerlendirmesi için bkz. Özhan Çalışkan/Murat Filibe/Kamuran Üstün, "Tarihsel Boyutu ile Kamu Alım Usullerindeki Gelişmeler ve Günümüzdeki Yapının Değerlendirilmesi", **Marmara Üniversitesi Siyasal Bilimler Dergisi**, C. 6, S. 1, Y. 2018, ss. 315-316.

¹¹² Oder, **op. cit.**, s. 557.

¹¹³ R.G., T. 10.06.1934, S. 2723.

¹¹⁴ 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun tasarısına ve genel gerekçesine ulaşmak için bkz. https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/DM_d02/c020/dm_02020135ss0483.pdf, Erişim Tarihi: 26.12.2022.

dokuz yıl sonra da 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu uygulanmaya başlanmış ve günümüze kadar bu birliktelik devam etmiştir.

Harcama gerektiren alım ve gelir getirici satım işlemlerinin birlikte düzenlendiği 661, 2490 ve 2886 sayılı kanunların adında bir ölçüde kabul edilebilir olarak kullanılmış olan ihale ifadesi; 4734 sayılı Kanun kamu alımlarına mahsus olmasına rağmen, Kanun'un adında yer almaya devam etmiştir.¹¹⁵ Ancak hali hazırda günümüzde bir ihaleden bahsedilince ilk olarak 2886 sayılı Kanun ve 4734 sayılı Kanun akla gelmektedir.¹¹⁶ Nitekim bu kanunlar kapsam ve mahiyetleri itibariyle idarenin pek çok sözleşmesinin oluşmasında uygulanma olanağına sahip, hatta en çok uygulanan iki kanundur.¹¹⁷ Doktrinde bu iki kanun için “*özel ihale usulleri*”¹¹⁸, “*temel ihale kanunları*”¹¹⁹ ve “*temel kanun*”¹²⁰ ifadelerinin kullanıldığı ayrıca bunlardan kaynaklanan mevzuat için “*kamusal ihale mevzuatı*”¹²¹ ifadesine de yer verildiği görülmektedir.

Türk hukukunda adında ihale sözcüğünün yer aldığı bu iki kanuni düzenleme arasında da öncelik-sonralık ilişkisi mevcuttur.¹²² 2886 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği dönemdeki kapsamı; 4734 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi sonrasında değişmiştir.¹²³ 2886 sayılı Kanun, konusu itibariyle alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetten gayri ayni hak tesisi ve taşıma işlerini kapsayacak nitelikte bir

¹¹⁵ Akdoğan, **op. cit.**, s. 49.

¹¹⁶ Emek, **op. cit.**, s.4.

¹¹⁷ Gözler/Kaplan, **op. cit.**, s. 440; Bu kanunlarda yer alan ihale usullerinin, bu kanunların kapsamına girdiği ölçüde idarenin özel hukuk veya idari sözleşmelerine uygulanabileceği yönündeki görüş için bkz. Gözler, **op. cit.**, s. 107; Gözler/Kaplan, **op. cit.**, s. 438.

¹¹⁸ İhale usullerine ilişkin 2886 ve 4734 sayılı iki temel kanunun; genel kanunlar ve idarenin tüm sözleşmelerine uygulanabilecek genel usuller olmadığı, bunların “*özel ihale usulleri*” olduğu ve bunlara kıyasla bazı kanunların ise “*en özel ihale usulleri*” olduğu yönündeki görüş için bkz. Gözler, **op. cit.**, s. 108; Gözler/Kaplan, **op. cit.**, s. 440.

¹¹⁹ Özdemir/Üstün, **op. cit.**, s. 653; Sezginer, **İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar**, s. 28; Oder, **op. cit.**, s. 564.

¹²⁰ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, **op. cit.**, s. 488; Gözler, **op. cit.**, s. 108; Gözler/Kaplan, **op. cit.**, s. 440.

¹²¹ İki temel ihale kanunu bulunmakla birlikte; 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu kaynaklı mevzuatı “*devlet ihale mevzuatı*”; 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu kaynaklı mevzuatı ise “*kamu ihale mevzuatı*”; bu iki kavramı kapsayan bir üst kavram olarak da “*kamusal ihale mevzuatı*” terimlerini ve bahsi geçen kanunların kapsam ve muafiyet hükümleri dolayısıyla oluşan ihale alanının da kamusal niteliğinden ötürü “*özel kamusal ihale mevzuatı*” veya “*özel ihale mevzuatı*” olarak niteleyen görüş için bkz. Oder, **op. cit.**, s. 564.

¹²² İdarenin sözleşme yaparken uyması gereken kurallar bütünü idarenin ihale usulleri; bu ihale kanunlarını da idarenin alımlarına ve gelir getirici işlemlerine ilişkin idari usul yasaları olarak nitelemenin mümkün olduğu yönündeki görüş için bkz. Uz, **Kamu İhale Hukuku**, s. 9; Aynı yönde Türkiye’de uygulanan ihale kanunlarının “*aslında birer idari usul kanunu görünümünde*” olduğu yönündeki görüş için bkz. Özkan, **op. cit.**, s. 28.

¹²³ 2886 sayılı Kanun’un “*kamu gelirlerinin elde edilmesindeki ihale usullerini düzenleyen bir kanuna dönüş*”tüğü yönündeki görüş için bkz. Taşdelen, **Kamu Harcamaları Hukukunda İhale Süreci**, s. 12.

düzenlemeydi.¹²⁴ Dolayısıyla ilk düzenleme alanı itibariyle hem kamunun ihtiyaç duyduğu mal ve hizmet alımları ile yapım işlerini hem de kamuya gelir getirici işlemleri kapsamaktaydı. Başka bir deyişle 2886 sayılı Kanun kapsamındaki ihalelerde hem mal ve hizmet alımı ile yapım işleri hem de kamunun tasarrufunda bulunan menkul veya gayrimenkul malların kiralanması, satılması, trampası ve mülkiyetinden gayri ayni hak tesisi gibi uygulamaların gerçekleştirilmesi imkânı mevcuttu. Ancak 4734 sayılı Kanun ile 2886 sayılı Kanun'un uygulama alanı daraltılmıştır.¹²⁵ 4734 sayılı Kanun, kapsamında yer alan işlerin ihalelerinde 2886 sayılı Kanun'un uygulanmayacağına dair 68. maddesinin (a) bendi ile 2886 sayılı Kanun'u yürürlükten kaldırmamış kendi uygulama alanında uygulanamaz kılmıştır.¹²⁶

2886 sayılı Kanun'un değişen ve gelişen ihtiyaçlara cevap veremediği, Avrupa Birliği ve uluslararası ihale uygulamalarına paralellik göstermediği, uygulamada ortaya çıkan aksaklıkları gidermede yetersiz kaldığı ve bütün kamu kurumlarını kapsamadığı görülmüş; bu nedenlerle yeni bir kanun hazırlanmıştır. Zaten pek çok kamu kurumunun 2886 sayılı Kanun'un uygulama alanı dışına çıkarılmış olması¹²⁷ ve Kanun'da gözlenen eksiklikler, kamu alımları konusunda yeni bir düzenlemeyi gerekli kılmaktaydı.¹²⁸ 4734 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde farklı nitelikteki kamuya gelir sağlamaya ve kamu harcaması yapılmasına yönelik işlerin aynı kanunda düzenlenmesinin uygulamada neden olduğu sorunların giderilmesi, kamu harcamasına yönelik yeni uygulamalarla bu alana özgülenen kurallara olan ihtiyacın ayrı bir kanunla karşılanması ve bu bağlamda Türkiye'nin bu konudaki mevzuatının uluslararası kuruluşların mevzuatıyla paralel hale getirilmesi maksadı ortaya konulmuştur.¹²⁹ Netice itibariyle, kamu kaynağı kullandığı halde devlet tüzel kişiliği içinde yer almayan ve 2886 sayılı Kanun'un dışına çıkarılan kamu kurumlarının da

¹²⁴ 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun "(k)apsam" başlıklı 1. maddesinde "(g)enel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işleri bu Kanunda yazılı hükümlere göre" yürütüleceği ifade edilerek Kanun'un organik ve fonksiyonel açıdan kapsadığı alanlar belirlenmiştir.

¹²⁵ Akgüner, **op. cit.**, s. 1117; Giritli/Bilgen/Akgüner/Berk, **op. cit.**, s. 1318; Günday, **op. cit.**, s. 196; Özkan, **op. cit.**, s. 51; Şeref Gözübüyük, **Yönetim Hukuku**, 34. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2016, s. 276.

¹²⁶ Oder, **op. cit.**, s. 563.

¹²⁷ Gözler, **op. cit.**, s. 110; Gözler/Kaplan, **op. cit.**, s. 441; Turgut Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, 2. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2015, s. 368.

¹²⁸ Gözübüyük/Tan, **op. cit.**, s. 572; Tan, **İdare Hukuku**, s. 325.

¹²⁹ 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun tasarısına ve genel gerekçesine ulaşmak için bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d21/c082/tbmm21082047ss0794.pdf>, Erişim Tarihi: 26.12.2022.

4734 sayılı Kanun'un kapsamına alınmasıyla “devlet”ten “kamu”ya geçiş gerçekleşmiştir.¹³⁰

4734 sayılı Kanun'un 1. maddesi uyarınca Kanun'un amacı “*kamu hukukuna tâbi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının*” yapacakları ihalelerde uygulanacak esas ve usulleri belirlemektir. Başlığı “amaç” olan bu maddede bir anlamda Kanun'un kapsamına ilişkin çok geniş bir belirleme yapılmıştır. Kamu kurum ve kuruluşlarını nitelemek için kamu hukukuna tabi olma, kamunun denetimi altında bulunma veya kamu kaynağı kullanma şeklinde üç farklı ölçüt belirlenmiştir. Bu ölçütler Kanun'un kapsamının tespitinde en az birinin gerçekleşmesi yeterli bulunan üç şart olarak idarelerin Kanun'a tabi olup olmadığının yorumlanmasında kullanılabilir. ¹³¹

4734 sayılı Kanun'un kapsamı asıl olarak 2. maddesinde¹³² organik ve fonksiyonel olarak belirlenmiş; 3. maddesinde ise Kanun kapsamına pek çok istisna

¹³⁰ Yılmaz, **Kamu Alımlarında İdari Denetim**, s. 68.

¹³¹ “Kanun'un amacının belirlendiği 1. maddedeki; “*kamu hukukuna tabi olan, kamunun denetimi altında bulunan ve kamu kaynağı kullanan*” ifadelerinin kamu kurum ve kuruluşlarını nitelediği, yine Kanun'un 2. maddesinde “*aşağıda belirtilen idareler*” ibaresindeki idarelerin de bu çerçevede kamu idareleri, yani kamu kurum ve kuruluşları olduğu, bu çerçevede aşağıda irdelenecek istisnalar dışında, Kanun'un özel hukuk tüzel kişilerinin Kanun kapsamında bulunmasını amaçlamadığı anlaşılmakta olup; bu noktada, Kanun'un kapsamının amacından bağımsız olarak değerlendirilmemesi ve Kanun'un amacının belirlendiği 1. maddedeki kriterlerin 2. maddede belirtilen idarelerin Kanun kapsamında olup olmadığının yorumlanmasında dikkate alınması gerektiği açıktır.” bkz. Danıştay 13. Daire, E. 2013/811, K. 2013/2659, T. 25.10.2013, Danıştay Dergisi, S. 135, Y. 2014, ss. 238-248.

¹³² “Aşağıda belirtilen idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihaleleri bu Kanun hükümlerine göre yürütülür:

a) (Değişik: 1/6/2007-5680/1 md.) Genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ile özel bütçeli idareler, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı; döner sermayeli kuruluşlar, birlikler (meslekî kuruluş şeklinde faaliyet gösterenler ile bunların üst kuruluşları hariç), tüzel kişiler.

b) (Değişik: 30/7/2003-4964/1 md.) Kamu iktisadi kuruluşları ile iktisadi devlet teşekküllerinden oluşan kamu iktisadi teşebbüsleri.

c) (Değişik: 30/7/2003-4964/1 md.) Sosyal güvenlik kuruluşları, fonlar, özel kanunlarla veya Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle kurulmuş ve kendilerine kamu görevi verilmiş tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar (meslekî kuruluşlar ve vakıf yüksek öğretim kurumları hariç) ile bağımsız bütçeli kuruluşlar.

d) (Değişik: 12/6/2002-4761/10 md.) (a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilenlerin doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip bulundukları her çeşit kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketler.

e) (Değişik: 13/2/2011-6111/176 md.) 4603 sayılı Kanun kapsamındaki bankalar ile bu bankaların doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip bulundukları şirketlerin yapım ihaleleri.

(Değişik ikinci fıkra: 13/2/2011-6111/176 md.) Ancak, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu ve bu Fonun hisselerine kısmen ya da tamamen sahip olduğu bankalar, 4603 sayılı Kanun kapsamındaki bankalar ve bu bankaların doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip bulundukları şirketler (e) bendinde belirtilen yapım ihaleleri hariç) 4603 sayılı Kanun kapsamındaki bankaların 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununa tabi gayrimenkul yatırım ortaklıkları ile enerji, su, ulaştırma ve telekomünikasyon sektörlerinde faaliyet gösteren teşebbüs, işletme ve şirketler bu Kanun kapsamı dışındadır.”

getirilmiştir. Fonksiyonel bakımdan kapsam “*idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihaleleri*” şeklinde 2. maddede belirlenmiştir.¹³³ Burada yer verilen mal¹³⁴ ve hizmet¹³⁵ alımı ile yapım¹³⁶ işlerinin karşılığı “(t)*anımlar*” başlıklı 4. maddede yer almıştır. Hizmet alımı ve yapım işleri örnekleyici sayım; mal alımı sınırlayıcı sayım yoluyla tanımlanmıştır.

4734 sayılı Kanun’da “*ihaleyi yapan bu Kanun kapsamındaki kurum ve kuruluşlar*” şeklindeki idare tanımı, idare hukukundaki klasik idare kavramından farklı kullanılmıştır.¹³⁷ Ayrıca Kanun’un istisnaları esas itibarıyla 3. maddesinde düzenlenmiş olmasına rağmen “(k)*apsam*” başlıklı 2. maddesinde istisna olarak nitelenebilecek kapsam dışında kalan idare ve alımlar da yer almıştır.

4734 sayılı Kanun’un 2. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendinde aynı fıkranın (a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilenlerin doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip bulundukları her çeşit kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketleri de kapsama alınmıştır. Böylece kamu idaresinin hâkim konumunda olduğu tüzel kişiler veya tüzel kişiliği bulunmasa dahi her türlü girişim Kanun kapsamına alınmıştır.¹³⁸

Kapsama alınmayan kamu kurum ve kuruluşları da bulunmaktadır. Nitekim 2. maddenin 1. fıkrasının (a) ve (c) bendine göre kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, bunların üst kuruluşları ile vakıf yüksek öğretim kurumları Kanun’un

¹³³ Fonksiyonel bakımdan mal veya hizmet alımı ile yapım işi olarak nitelendirilemeyecek taşınmaz kiralınması; 4734 sayılı Kanun’un 22. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendinde doğrudan temin kapsamında gerçekleştirilmektedir. Mal ve hizmet alımları ile yapım işleri genel olarak 4734 sayılı Kanun’un fonksiyonel açıdan kapsamını oluştururken; Kanun kapsamında bir ihale usulü ile gerçekleştirilmese de taşınmaz kiralınmasında da kamu harcaması ve bir ihtiyacın karşılanması söz konusu olduğundan 4734 sayılı Kanun’un fonksiyonel açıdan kapsamına dahildir.

¹³⁴ 4734 sayılı Kanun’un 4. maddesinde mal “*satın alınan her türlü ihtiyaç maddeleri ile taşınır ve taşınmaz mal ve hakları*” şeklinde tanımlanmıştır.

¹³⁵ 4734 sayılı Kanun’un 4. maddesinde hizmet; “*bakım ve onarım, taşıma, haberleşme, sigorta, araştırma ve geliştirme, muhasebe, piyasa araştırması ve anket, danışmanlık, tanıtım, basım ve yayım, temizlik, yemek hazırlama ve dağıtım, toplantı, organizasyon, sergileme, koruma ve güvenlik, meslekî eğitim, fotoğraf, film, fîkrî ve güzel sanat, bilgisayar sistemlerine yönelik hizmetler ile yazılım hizmetlerini, taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralınmasını ve benzeri diğer hizmetler*” olarak açıklanmıştır.

¹³⁶ 4734 sayılı Kanun’un 4. maddesinde yapım; “*bina, karayolu, demiryolu, otoyol, havalimanı, rıhtım, liman, tersane, köprü, tünel, metro, viyadük, spor tesisi, alt yapı, boru iletim hattı, haberleşme ve enerji nakil hattı, baraj, enerji santrali, rafineri tesisi, sulama tesisi, toprak ıslahı, taşkın koruma ve dekapaj gibi her türlü inşaat işleri ve bu işlerle ilgili tesisat, imalat, ihzarat, nakliye, tamamlama, büyük onarım, restorasyon, çevre düzenlemesi, sondaj, yıkma, güçlendirme ve montaj işleri ile benzeri yapım işleri*” olarak açıklanmıştır.

¹³⁷ Taşdelen, **Kamu Harcamaları Hukukunda İhale Süreci**, s. 18.

¹³⁸ Toprak, **Kamu İhale Hukuku (Türkiye’de Kamu İhalelerinin Genel Yapısı ve Hukuki Rejimi)**, s. 76.

kapsamı dışında bırakılmıştır. Ayrıca aynı maddenin 2. fıkrasına göre Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu ve bunun hisselerine kısmen veya tamamen sahip olduğu bankalar, 4603 sayılı Kanun kapsamındaki bankalar ve bunların doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip bulundukları şirketler¹³⁹ ile 2499 sayılı Kanun'a tabi gayrimenkul yatırım ortaklıkları ve son olarak enerji, su, ulaştırma ve telekomünikasyon sektörlerinde faaliyet gösteren teşebbüs, işletme ve şirketler de Kanun kapsamı dışında tutulmuştur.

Öte yandan 4734 sayılı Kanun'un 3. maddesinde sayılan bazı idareler, bazı konular yahut bazı idarelerin kimi konulardaki alımları istisna olarak nitelenmiş ve Kanun'un uygulama alanı dışına çıkarılmıştır.¹⁴⁰ Ancak bu istisnalar da ceza ve ihalelerden yasaklanma hükümleri bakımından Kanun'a tabidir.¹⁴¹

4734 sayılı Kanun'un istisnalarının tamamını ortak bir gerekçeye bağlamak mümkün değildir. Finansmanın şekli, doğrudan üreticiden alınma hali, alımın yapılacağı yerin yabancı ülkede olup olmaması gibi hususlara göre istisnai düzenlemeler mevcuttur.¹⁴² Söz konusu istisnaların bazıları hakkında uygulanacak usul ve esasların hangi idare tarafından düzenleneceği Kanun'un geçici 4. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Kanun'dan istisna tutulan alımlar Kanun kapsamında gerçekleştirilemez. Başka bir deyişle, idarelerin istisnalar bakımından Kanun'un

¹³⁹ 4603 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası, Türkiye Halk Bankası Anonim Şirketi ve Türkiye Emlak Bankası Anonim Şirketi Hakkında Kanun (R.G., T. 25.11.2000, S. 24241) kapsamındaki anonim şirket statüsündeki bankalar ile bu bankaların doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip bulundukları şirketleri yalnızca yapım işleri bakımından Kanun'un kapsamına alınmıştır. Ancak Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası ve Türkiye Halk Bankası Anonim Şirketi; Türkiye Varlık Fonu Yönetimi Anonim Şirketi'ne aktararak 6741 sayılı Türkiye Varlık Fonu Yönetimi Anonim Şirketinin Kurulması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (R.G., T. 26.08.2016, S. 29813) md. 27/5 hükmü uyarınca 4734 sayılı Kanun'un uygulama alanından çıkarılmıştır.

¹⁴⁰ Kanun'un yasalaştığı 2002 yılında 3. maddenin ilk halinde 6 bent halinde istisna mevcut iken; henüz yürürlüğe girmeden 1 bent daha eklenmiştir. Sonraki dönemlerde de bu maddeye birçok yeni istisna eklenerek son olarak 25 bent halinde düzenlenmiş ve bu süreçte maddede 30'dan fazla değişiklik yapılmıştır.

¹⁴¹ Bkz. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu md. 3/son.

¹⁴² Alım yapılan sektörün ve alım yapan idarenin niteliğinden kaynaklanan durumların, savunma ve gizlilik durumlarının, Kanun'da bulunmayan alım kurgusunun gerekli olmasının, idarenin kendi örgütünden alımının ve tedarikçinin tekeli olmasının istisna gerekçesi olabileceği yönündeki görüş için bkz. Toprak, **Kamu İhale Hukuku (Türkiye'de Kamu İhalelerinin Genel Yapısı ve Hukuki Rejimi)**, ss. 83-84.

uygulanması için idari bir karar alması mümkün olmayıp bu konuda herhangi bir takdir yetkileri yoktur.¹⁴³

4734 sayılı Kanun'un 66. maddesinde, bu Kanun hükümlerine ilişkin değişikliklerin yalnızca bu Kanun'a hüküm eklenerek veya bu Kanun'da değişiklik yapılmak suretiyle düzenleneceği belirtilmiştir. Böylece kapsam dışına çıkabilecek alımların da yalnızca Kanun'da düzenlenmesi hedeflenmiş; ancak anayasal dayanağı olmayan bu hükümle ulaşılmak istenen amaç sıklıkla ihlal edilmiştir.¹⁴⁴ Nitekim bir çok özel kanunda, kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile uygulanması sırasında gerçekleştirilen bazı faaliyetlerde veya alımlarda 4734 sayılı Kanun'un uygulanmayacağına dair hükümler getirilmiştir.¹⁴⁵ Ayrıca Kanun'un “(i)stisnalar” başlıklı 3. maddesinde yer verilenlerin yanı sıra ek ve geçici maddelerinde¹⁴⁶ de Kanun'un kapsamı dışına çıkarılan alımlar yer almaktadır.

İhdaş edildiği dönemde oldukça geniş olarak belirlenmiş Kanun kapsamında, aslında yer alması gereken birçok kurum ve kuruluş ile alımın yapılan değişikliklerle 4734 sayılı Kanun'a tabi olmaktan çıkarıldığı görülmektedir.¹⁴⁷ Diğer bir ifadeyle, başlangıçta devlet örgütünün tümüne denk gelecek şekilde olabildiğince geniş tutulan¹⁴⁸ Kanun kapsamının, günümüze kadar çeşitli şekillerde daraltıldığı anlaşılmaktadır. İstisna tutulan kamu kurum ve kuruluşları bir yana bırakıldığında, yine de 4734 sayılı Kanun'un kamu kurum ve kuruluşlarının genel nitelikte harcama hukuku kurallarını oluşturduğu söylenebilir.¹⁴⁹

¹⁴³ Kamu İhale Kurulu'na göre “4734 sayılı Kanun'da idarelere istisna kapsamındaki ihaleleri yukarıda aktarılan istisnai usule veya Kanun'a göre yapma konusunda herhangi bir takdir hakkı tanınmamıştır. İdarelerce istisna kapsamındaki bir ihalenin, öngörülen istisnai usule göre gerçekleştirilmesi yasal bir zorunluluktur. Kanun kapsamındaki bir ihale idare kararı ile Kanun'dan istisna tutulamayacağı gibi, istisna olarak tanımlanmış bir ihalenin de idare kararı ile 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında gerçekleştirilmesine olanak bulunmamaktadır.” Bkz. Kurul., K. 2015/UH.III-650, T. 25.02.2015, **EKAP**.

¹⁴⁴ Toprak, **Kamu İhale Hukuku (Türkiye’de Kamu İhalelerinin Genel Yapısı ve Hukuki Rejimi)**, s. 85.

¹⁴⁵ 4691 sayılı Teknoloji Geliştirme Bölgeleri Kanunu md. 10 (R.G., T. 06.07.2001, S. 24454); 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun md. 8/2 (R.G., T. 31.05.2012, S. 28309); 6358 sayılı EXPO 2016 Antalya Kanunu md. 13/2 (R.G., T. 10.11.2012, S. 28463); 5449 sayılı Kalkınma Ajanslarının Kuruluşu, Koordinasyonu ve Görevleri Hakkında Kanun md. 27 (R.G., T. 08.02.2006, S. 26074).

¹⁴⁶ Bkz. 4734 sayılı Kanun Ek Madde 9, Ek Madde 10, Geçici Madde 7, Geçici Madde 13 ve Geçici Madde 16.

¹⁴⁷ Özkan, **op. cit.**, s. 54.

¹⁴⁸ Yılmaz, **Kamu Alımlarında İdari Denetim.**, s. 67.

¹⁴⁹ Taşdelen, **Kamu Harcamaları Hukukunda İhale Süreci**, s. 9.

4734 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği ilk halinde “(u)ygulanacak ihale usulleri” başlıklı 18. maddesinde açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü, pazarlık usulü ve doğrudan temin olmak üzere dört ihale usulü öngörülmüştü. Ancak yürürlüğünün üzerinden henüz bir yıl geçmemişken ihale usulü olarak tanımlanmış olan doğrudan temin; 4964 sayılı Kanun¹⁵⁰ ile ihale usullerinin sayıldığı 18. maddeden çıkarılarak bir ihale usulü olma vasfını yitirmiş ve 4734 sayılı Kanun kapsamında piyasadan fiyat araştırması yapılarak ihtiyaçların karşılandığı bir alım usulüne dönüşmüştür. Kanun'un 22. maddesinin ilk gerekçesinde doğrudan temin usulünün uluslararası mevzuat paralelinde ihtiyacın belirli bir kişiden sağlanması ve ayrıca her yıl güncellenen tutarları geçmemek üzere küçük ölçekli bakım onarım ile günlük ihtiyaçların temininin kolaylaştırılması için düzenlendiği ifade edilmiştir.¹⁵¹ İlan yapılması, teminat alınması, komisyon kurulması, isteklilerde yeterlilik kriterlerinin aranması idarenin takdirinde olan bu alım usulünde katılma yasağı sorgulaması da zorunlu değildir.¹⁵² Böylece Kanun'da belirtilen hallerle sınırlı olarak idarelerin daha az prosedür içeren ve hızla karşılanması gerekli ihtiyaçlarının pratik olarak giderilmesi sağlanmaktadır.¹⁵³ Kamu kaynaklarının kamu yararı amacı doğrultusunda harcanması temel kuralından¹⁵⁴ hareketle doğrudan temin yoluyla yapılan alımlar kamuoyuna ilan

¹⁵⁰ 4964 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, R.G., T. 15.08.2003, S. 25200.

¹⁵¹ 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun tasarısına ve 22. maddesi gerekçesine ulaşmak için bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d21/c082/tbmm21082047ss0794.pdf>, Erişim Tarihi: 26.12.2022.

¹⁵² Uz, **Kamu İhale Hukuku**, s. 270; Yasin Sezer, **Kamu İhalelerine Katılma Yasağı**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, ss. 185-186; 22.08.2009 tarihli ve 27327 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Kamu İhale Genel Tebliği'nde “4734 sayılı Kanunun 22 nci maddesi uyarınca doğrudan temin yoluyla alım yapılması halinde alım yapılacak kişi ya da firmanın ihalelere katılmaktan yasaklı olup olmadığı teyit ettirilmeyeceği (...) birinci fıkrasının (d) bendinde belirtilen parasal limit dahilinde yapılan alımlarda, alım yapılacak gerçek veya tüzel kişinin Kurumun internet sayfasındaki yasaklılar listesinde bulunup bulunmadığının kontrol edilmesi ve yasaklı olduğunun belirlenmesi durumunda, söz konusu kişiden alım yapılmaması” gerektiği düzenlenmiş ve bu yaklaşım günümüze kadar korunmuştur.

¹⁵³ Süleyman Üstün/Hande Sena Çalış, “4734 Sayılı Kamu İhale Kanununda Doğrudan Temin”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 27, S. 1, Y. 2019, s. 13; Kanun'un 62. maddesinin (ı) bendinde eklenen “Kanunun 21 ve 22 nci maddelerindeki parasal limitler dahilinde yapılacak harcamaların yıllık toplamı, idarelerin bütçelerine bu amaçla konulacak ödeneklerin %10'unu Kamu İhale Kurulunun uygun görüşü olmadıkça aşama”yacağına ilişkin hükmün bu usulün sağlayacağı kolaylıklardan sınırsız şekilde yararlanılması ihtimali gözetilerek konulduğu ve mutlak bir sınırlama olmadığı yönündeki görüş için bkz. İbrahim Çeliktaş, “4964 Sayılı Kanunla 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununda Yapılan Değişikliklerin, İhale Usulleri ve Bunların Sözleşmeye Bağlanmaları Açısından Değerlendirilmesi”, **Sayıştay Dergisi**, S. 50-51, Y. 2003, s. 117.

¹⁵⁴ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, **op. cit.**, s. 492; Sezginer, **İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar**, s. 53.

edilebilir.¹⁵⁵ Nitekim bu alımların, Elektronik Kamu Alımları Platformu (EKAP) üzerinden duyurulabilmesinin de önü açılmıştır.¹⁵⁶

Kanun kapsamında bir ihale usulü olmadığı için¹⁵⁷ doğrudan teminle ilgili olarak Kamu İhale Kurumu’nun inceleme görev ve yetkisi bulunmamaktadır.¹⁵⁸ Aynı nedenden ve alım sürecinde gerçek bir yarışma olmamasından¹⁵⁹ hareketle; doğrudan temin alım usulü, 4734 sayılı Kanun kapsamında gerçekleştirilen ihalelerle sınırlanmış olan bu çalışmanın inceleme alanının dışında bırakılmıştır.

Genellikle idarenin bir sözleşmesinin oluşumunda uygulanan ve ihale mevzuatının bir parçası olan 4734 sayılı Kanun’un amacı, kapsamı ve ihalelerinde uygulanması gereken ilkeler ve kurallar “*kamu ihale usulü*”nü¹⁶⁰ oluşturmaktadır. Bu idari usul kanunu ve genel olarak idarenin ihale usulleri, uygun olan isteklinin oluşturulacak yarışma ortamında seçilmesine de yönelen birtakım ilkeleri içermektedir. Rekabet ve saydamlık¹⁶¹ gibi tüm demokratik ülkelerce kabul edilen,

¹⁵⁵ Sezer, **Kamu İhalelerine Katılma Yasağı**, s. 186.

¹⁵⁶ “4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 22 nci maddesi kapsamında yapılacak doğrudan teminler ile istisna ve kapsam dışındaki doğrudan teminlerin alım öncesi EKAP üzerinden duyurulabilmesine yönelik uygulama 1 Şubat 2022 itibarıyla devreye alınmıştır.” Bkz. <https://www.ihale.gov.tr/Duyuru/440/dogrudan-teminler-ekap-uzerinden-duyurulabilecek.html>, Erişim Tarihi: 26.12.2022.

¹⁵⁷ Pazarlık usulü ve doğrudan teminin tanımlarının oldukça benzer olduğu, her ikisinde de “istekliler” şeklinde sadece ihaleler ve ihale usulleri bakımından kullanılabilecek kavramların yer aldığı, doğrudan teminin ihale usulü olmaktan çıkarılırken bazı alımların da yeniden düzenlenmesi gerekirken bütüncül yaklaşımla gerçekleştirilerek tutarsızlıklara sebebiyet verildiği ve doğrudan teminin bir ihale usulü olduğu izlenimi verebilecek hükümlerin de yer aldığı yönündeki görüş için bkz. Uz, **Kamu İhale Hukuku**, ss. 212-213.

¹⁵⁸ “Başvuruya konu alımın, 4734 sayılı Kanunun “Doğrudan Temin” başlıklı 22 nci maddesi kapsamında gerçekleştirildiği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, bir ihale usulü olmayan doğrudan temin ile ilgili olarak Kurumun inceleme görev ve yetkisi bulunmamaktadır.” Bkz. Kurul., K. 2012/UH.I-2833, T. 11.07.2012, **EKAP**; Kurul., K. 2015/UM.IV-1321, T. 06.05.2015, **EKAP**; Kurul., K. 2017/UM.IV-2348, T. 25.08.2017, **EKAP**; Kurul., K. 2019/UH.IV-1536, T. 28.11.2019, **EKAP**.

¹⁵⁹ İhale kavramının “istekliler” arasında bir yarış yapılması anlamına geldiği ve bu nedenle doğrudan temin kavramının ihale kavramıyla anlam olarak hiçbir ilgisi bulunmadığı yönündeki görüş için bkz. Özge Aksoylu Ürger, “Principles Prevailing in Turkish Public Procurement Law in The Light of Rulings of The Council of State (Danıştay Kararları Işığında Türk Kamu İhale Hukukuna Egemen Olan İlkeler)”, **Current Debates in International Relations & Law**, Ed. Övgü Kalkan Küçüksolak/Abdullah Muhsin Yıldız, London, IJOPEC Publication Limited, 2018, s. 210.

¹⁶⁰ Bu usulü de kapsayan hukuk alanına kamu ihale hukuku adı verilerek; sözleşme aşaması da düşünülerek hem kamu hukuku hem özel hukuk sahasında bulunan bir hukuk dalı olduğu (Sezginer, **İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar**, s. 29) aynı zamanda idare hukuku, rekabet hukuku, borçlar hukuku ve iktisat ile maliye disiplinleriyle çatıştığı bazen de çatıştığı (Buz, **op. cit.**, s. 36) değerlendirilmektedir.

¹⁶¹ Gözübüyük/Tan, **op. cit.**, s. 570; Tan, **İdare Hukuku**, s. 323; Onar, **op. cit.**, s. 1617; Özay, **op. cit.**, s. 510; Odyakmaz, **op. cit.**, s. 143; Yayla, **op. cit.**, s. 164; Günday, **op. cit.**, ss. 199-201; Atay, **op. cit.**, ss. 573-575; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, **op. cit.**, s. 489; Sezginer, **İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar**, s. 28.

gerçek, soyut ve evrensel ilkelerin¹⁶² bir kısmı ihaleleri düzenleyen ulusal ve uluslararası metinlerde yer bulmakta¹⁶³ ve bu alanda yapılan çalışmalarda sıklıkla vurgulanmaktadır.¹⁶⁴

Doktrinde yer alan görüşler ve yargı kararları ışığında idarenin sözleşmelerini akdederken uymak zorunda olduğu bazı ihale ilkelerinin olduğu açıktır. Öyle ki idarece uyulacak bir ihale usulü öngörülmemişse dahi uyulması halinde ihalenin amaç unsurunun hukuka uygunluğunu sağlayan¹⁶⁵, idarenin kanuniliği¹⁶⁶ ve daha genel anlamda hukuk devleti ilkelerinin ihale alanındaki güvenceleri olan ilkelerle¹⁶⁷ adil bir yarışma ortamı yaratılmakta, böylece idari yarar sağlanırken¹⁶⁸ katılımcılar nezdinde de güvenli bir ortam oluşturulması ve idareye güvenin korunması mümkün olmaktadır.¹⁶⁹

Türk hukukunda ihale ilkelerinin geçmişi cumhuriyetin ilk dönemlerine kadar uzanmaktadır. 2886 sayılı Kanun'dan önceki dönemde doktrin tarafından idarenin ihale usulleri, Fransız idare hukukunun da etkisiyle idarenin sözleşmeleri teorisiyle birlikte ele alınmış ve o dönemde (2490 sayılı Kanun) geçerli olan mali menfaatlerin

¹⁶² “(İ)dare hukukunun kodifiye edilmemiş olmasından kaynaklanan ve gelişen ihtiyaçlara cevap vermesi açısından idari yargı yerlerince geliştirilen birtakım ilkelerin yargı denetiminde dikkate alınması kaçınılmazdır. Bu ilkeler tüm demokratik ülkelerce kabul edilen, gerçek, soyut ve evrensel ilkelerdir. İhale Hukuku açısından bu ilkeler; ihalenin herkese açık olarak yapılması, rekabet kurallarına aykırı olmaması, ihale aşamasında gizliliğe uyulmasıdır.” Bkz. Danıştay 10. Daire, E. 1996/4274, K. 1998/5478, T. 28.10.1998, Danıştay Dergisi, S. 99, Y. 1999, ss. 511-515.

¹⁶³ Dünya Ticaret Örgütü, Kamu Alımları Anlaşması, https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/rev-gpr-94_01_e.pdf, Erişim Tarihi: 26.12.2022; Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü, Kamu Alımlarına İlişkin Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü Konsey Tavsiyesi, <https://www.oecd.org/gov/public-procurement/OECD-Recommendation-on-Public-Procurement.pdf>, Erişim Tarihi: 26.12.2022; Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu, UNCITRAL Kamu Alımları Model Kanunu, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/2011-model-law-on-public-procurement-e.pdf>, Erişim Tarihi: 26.12.2022; Avrupa Birliği, 2014/24/AB Sayılı Direktif, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32014L0024>, Erişim Tarihi: 26.12.2022; Türkçe çevirileri için bkz. https://www.ihale.gov.tr/uluslararasi_mevzuat-149-1.html, Erişim Tarihi: 26.12.2022.

¹⁶⁴ Uz, **Kamu İhale Hukuku**, s. 3.

¹⁶⁵ Bu ilkelere aykırı olarak yapılan bir ihalenin amaç unsuru bakımından hukuka aykırı hale geleceği yönündeki görüş için bkz. Gözler, **op. cit.**, s. 108; Gözler/Kaplan, **op. cit.**, s. 439.

¹⁶⁶ “İdarenin yasallığı ilkesinin en sıkı uygulanması gereken alanlardan birisi de ihaledir. (...) İhale kararının alınması, ihale koşulların[ın] belirlenmesi, şartnamelerin hazırlanması, tahmini bedel tayini, ihale komisyonunun oluşumu, ihalenin ilanı, tekliflerin değerlendirilmesi, ihale kararı, ihale kararının onayı gibi bir dizi işlemde oluşan bu sürecin belirgin olması[nın] gerekmekte” olduğu gerekçesine yer verilen yüksek mahkeme kararı için bkz. Danıştay 13. Daire, E. 2007/1724, K. 2010/1168, T. 10.02.2010, **Legal Online Veritabanı**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

¹⁶⁷ Kutlu, **op. cit.**, s. 57.

¹⁶⁸ Onar, **op. cit.**, s. 1618.

¹⁶⁹ Meltem Kutlu Gürsel, “Kamu İhale Sürecinde Rekabetin Bozulmasının Cezai Yaptırımları”, İçinde: **Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan**, C.3, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2003, s. 599.

korunması amacından hareketle rekabet ve saydamlık gibi öncelikleri türetilmiştir.¹⁷⁰ Günümüzde ihale ilkeleriyle 2886 ve 4734 sayılı kanunlarda karşılaşmak mümkündür. 2886 sayılı Kanun'un 2. maddesine göre Kanun'un yürütülmesinde *“ihtiyaçların en iyi şekilde, uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve ihalede açıklık ve rekabetin sağlanması esas”* olup bu şekilde genel nitelikteki ilkeler düzenlenmiştir. 4734 sayılı Kanun'un 5. maddesinin 1. fıkrasına göre de idareler; bu Kanun'a göre *“yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenirliliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumlu”* kılınmaktadır.¹⁷¹

4734 sayılı Kanun'un, genel-özel olup olmadığı tartışmasına girmeksizin, değişik ülkelerde dahi farklı anlamlar içermeyecek şekilde açık, net ve evrensel mahiyette¹⁷² bazı ihale ilkelerini içerdiği söylenebilir. Bu fıkra da yer verilen evrensel nitelikteki temel ilkeler, doktrin tarafından ve yargı yerlerince genel nitelikte değerlendirilmektedir. Nitekim Sayıştay vermiş olduğu bir kararda bu temel ilkelerin *“bütün kamu ihaleleri için geçerli”* olduğunu belirterek bunların genel niteliğine işaret etmiştir.¹⁷³

Anayasa Mahkemesi'ne göre de ihalelerde *“saydamlığın, rekabetin, eşit muamelenin, güvenilirliğin, gizliliğin, kamuoyu denetiminin, kaynakların verimli kullanılmasının sağlanması kamu yararının ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir”*¹⁷⁴. Kanun koyucu, *“farklı nitelikteki mal ve hizmetler yönünden durumun gerektirdiği ölçüde farklılaşan ihale usulleri belirleyebilir”*¹⁷⁵ ve buna *“anayasal açıdan bir engel yoktur”*¹⁷⁶. Doğal olarak *“hangi ihale usulünün uygulanacağını belirlenmesi kanun koyucunun takdirinde”*¹⁷⁷ olsa da yapılacak düzenlemelerde *“kamu yararının en iyi şekilde gerçekleşmesini sağlayacak yöntemleri araştırmak ve göz*

¹⁷⁰ Oder, **op. cit.**, s. 557.

¹⁷¹ 4734 sayılı Kanun'da yer alan saydamlık, rekabet, eşit muamele, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve kaynakların verimli kullanılması ilkelerinin Türk ihale hukukunda daha önce de var olduğu ve yeni yaratılmadığı yönündeki görüş için bkz. **Ibid.**, s. 558; Aksi yönde “4734 sayılı Kanun ile saydamlık, gizlilik, eşit muamele, kamuoyu denetimi, kaynakların verimli kullanılması gibi pek çok yeni ilke girmiş” olduğu yönündeki görüş için bkz. Özkan, **op. cit.**, s. 173.

¹⁷² Uz, **Kamu İhale Hukuku**, s. 157.

¹⁷³ Sayıştay Daireler Kurulu, K. 2006/1218-1, T. 12.12.2006, **Legal Online Veritabanı**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

¹⁷⁴ Anayasa Mahkemesi, E. 2013/50, K. 2015/38, T. 01.04.2015, R.G., T. 15.04.2015, S. 29327.

¹⁷⁵ Anayasa Mahkemesi, E. 2016/133, K. 2017/155, T. 15.11.2017, R.G., T. 11.01.2018, S. 30298.

¹⁷⁶ Anayasa Mahkemesi, E. 2012/18, K. 2013/80, T. 18.06.2013, R.G., T. 28.12.2013, S. 28865.

¹⁷⁷ Anayasa Mahkemesi, E. 2013/50, K. 2015/38, T. 01.04.2015, R.G., T. 15.04.2015, S. 29327.

önünde tutmak zorundadır”¹⁷⁸. Başka bir deyişle 4734 sayılı Kanun’a tabi bir alım, Kanun’da “*belirlenen usullerin dışına çıkarılırken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan kamu yararı amacı gözetilmez*”¹⁷⁹. Zira kanun koyucu verilen bu yetki, kanun koyucunun “*hiçbir anayasal ilkeyle bağlı olmayacağı anlamına gelmez*”¹⁸⁰. Sonuç olarak kanun koyucunun “*kendisine tanınan takdir yetkisini, rekabeti artırıcı tedbirlerle kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak anayasal sınırlar içinde kullanması*”¹⁸¹ ve “*yukarıda belirtilen ilkeleri birlikte karşılaması gerekir*”¹⁸². Bu açıdan evrensel nitelikteki temel ilkelerin genelliği nedeniyle uygulandığı alanın, Kanun’da yer alan diğer usul kurallarından daha geniş olduğu söylenebilir.

İhaleye ilişkin genel nitelikteki temel ilkelerin dışında Kanun’un 5. maddesinin diğer fıkralarında başkaca temel ilkelere de yer verilmiştir.¹⁸³ Bunlar Kanun’daki sırasına göre; birleştirilemezlik, bölünemezlik¹⁸⁴, temel usullerin önceliği, ödeneği bulunmayan bir iş için ihaleye çıkılamaması ve ÇED raporu alma zorunluluğudur.¹⁸⁵

İhalelerin adil ve rasyonel şekilde gerçekleşmesini sağlayan¹⁸⁶ temel ilkeleri, kendi içinde tasnife tabi tutmak mümkündür. 4734 sayılı Kanun’un 5. maddesinin 1. fıkrasında yer verilen ilkeler her ihalede her aşamada değerlendirmeye katılması

¹⁷⁸ Anayasa Mahkemesi, E. 2009/45, K. 2011/88, T. 02.06.2011, R.G., T. 28.03.2013, S. 28601.

¹⁷⁹ Anayasa Mahkemesi, E. 2017/33, K. 2019/20, T. 10.04.2019, R.G., T. 17.07.2019, S. 30834.

¹⁸⁰ Anayasa Mahkemesi, E. 2012/18, K. 2013/80, T. 18.06.2013, R.G., T. 28.12.2013, S. 28865.

¹⁸¹ Anayasa Mahkemesi, E. 2009/45, K. 2011/88, T. 02.06.2011, R.G., T. 28.03.2013, S. 28601.

¹⁸² Anayasa Mahkemesi, E. 2012/87, K. 2014/41, T. 27.02.2014, R.G., T. 26.07.2014, S. 29072.

¹⁸³ Burada yer verilen temel ilkelere ek olarak Kanun’un 62. maddesinde de idarelerce uyulması gereken diğer bazı kurallar düzenlenmiştir. Temel ilkelerin, daha teknik ve özel nitelikli hususları belirten bu kurallara oranla daha soyut, genel nitelikli ve üstün değerleri ifade ettiği yönündeki görüş için bkz. Yaşar Gök, “Kamu İhale Hukukuna Hakim Olan İlkeler”, *Dış Denetim Dergisi*, S. 2, Y. 2010, s. 13; Özkan, *op. cit.*, s. 173.

¹⁸⁴ Halit Eyüp Özdemir, *Kamu İhale Kanunu’nda Düzenlenen İhale İşlemleri*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), 2005, s. 72.

¹⁸⁵ “*Aralarında kabul edilebilir doğal bir bağlantı olmadığı sürece mal alımı, hizmet alımı ve yapım işleri birarada 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. (Ek cümle: 2/7/2018-KHK-703/171 md.) Cumhurbaşkanlığı hizmetlerinin özelliği ve güvenlik şartlarına uygun şekilde yerine getirilme zorunluluğu nedeniyle Cumhurbaşkanlığınca gerçekleştirilecek her türlü mal ve hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin ihaleler bu Kanunun 21 inci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendine göre yapılabilir. Diğer ihale usulleri Kanunda belirtilen özel hallerde kullanılabilir.

Ödeneği bulunmayan hiçbir iş için ihaleye çıkılamaz.

(Değişik altıncı fıkra: 30/7/2003-4964/4 md.) 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.”

¹⁸⁶ Aksoylu Ürger, *op. cit.*, s. 206.

gereken yorum ilkeleridir.¹⁸⁷ Keza bu ilkeler uluslararası düzenlemelerde de yer alan ve yargı kararlarına esin kaynağı olan temel ilkelerdir. İhalenin her aşamasında yahut her ihalede kullanılmayan, belli şartların varlığı halinde ya da belli aşamalarda aranan birtakım ilkeler de bulunmaktadır ki bunlara uygulama ilkeleri adı verilir.¹⁸⁸ Diğer bir ifadeyle, maddenin ilk fıkrasındakiler görece soyut ilkeler, diğer fıkralarındakiler ise uygulama kurallarıdır.¹⁸⁹ Başka bir açıdan Kanun'un 5. maddesinde yer verilen tüm ilkeler; ihaleye çıkılmasının ön koşulu niteliğinde, ihalede dürüstlüğü korumaya yönelik, ihale konusu işi korumaya yönelik ve ekonomik kamu düzenini korumaya yönelik şeklinde dörtlü bir ayrım ile incelenmektedir.¹⁹⁰

Kamu ihale hukukunu düzenleyen kanun hükümlerinde, ihtiyacın ortaya çıkışı ile tespiti hususlarında açık kurallar bulunmazken; bundan sonra yapılacak iş ve işlemlerde izlenecek usulün düzenlendiği görülmektedir.¹⁹¹ İhtiyacın tam olarak tespiti ve en uygun şekilde karşılanması bir araştırmayı ve beraberinde belirli kararlar almayı gerektirdiğinden temel ilkeler, burada da gözetilmelidir. İhalenin iptal kararı ile sona ermesi¹⁹² de dahil ihalenin bütününe uygulanmakta olan temel ilkeler, sözleşme sürecini etkileyen tüm işlemlerde dikkate alınmalı ve bunlara zarar verecek uygulamalardan kaçınılmalıdır.¹⁹³ Zira idarenin takdir yetkisinin kamu yararı ve hizmet gereklerine uygunluğunun denetlenmesinde temel ilkeler açısından da

¹⁸⁷ Özkan, **op. cit.**, s. 174,

¹⁸⁸ Doğal bağlantısı olmayan işlerin bir arada ihale edilmemesi ilkesi, eşik değerlerin altında kalmak amacıyla ihale konusu işlerin bölünmemesi ilkesi, ödeneği bulunmayan hiçbir iş için ihaleye çıkılmaması ilkesi ve çevresel etki değerlendirme raporu gerekli olan işlerde ihaleye çıkılabilmesi için olumlu belgesinin alınmış olması şartının uygulama ilkeleri olduğu yönündeki görüş için bkz. **Ibid.**

¹⁸⁹ Toprak, **Kamu İhale Hukuku (Türkiye’de Kamu İhalelerinin Genel Yapısı ve Hukuki Rejimi)**, s. 104.

¹⁹⁰ Aksoylu Ürger, **op. cit.**, passim; Yazara göre ödeneği bulunmayan bir iş için ihaleye çıkılmaması ve ÇED olumlu belgesi alınması ihaleye çıkılmasının ön koşulu niteliğinde ilkelerdir. Temel usullerin önceliği, saydamlık, gizlilik, güvenilirlik ve kamuoyu denetimi ise ihalede dürüstlüğü sağlamaya yönelik ilkeler olarak belirlenmiştir. İhtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması, birleştirilemezlik ve bölünemezlik ihale konusu işi korumaya yönelik ilkeler olarak nitelenmiştir. Rekabet, eşit muamele, kaynakların verimli kullanılması ilkelerini ise ekonomik kamu düzenini korumaya yönelik ilkeler olarak adlandırılmıştır.

¹⁹¹ Toprak, **Kamu İhaleleri (Kamu Alımlarının Hukuki, Yönetmelik ve Siyasi Boyutu)**, s. 98; Yeliz Neslihan Akel, “İdari Usul ve İhale İlkeleri Temelinde Pazarlık Usulü Hakkında Bir Değerlendirme”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S. 11, Y. 2018, s. 11.

¹⁹² Danıştay 13. Daire, E. 2008/678, K. 2011/3674, T. 13.09.2011, Danıştay Dergisi, S. 128, Y. 2011, ss. 340-344.

¹⁹³ Danıştay 13. Daire, E. 2008/10266, K. 2011/3889, T. 20.09.2011, Danıştay Dergisi, S. 129, Y. 2012, ss. 221-226.

değerlendirme yapılmakta¹⁹⁴ ve bunlar arasındaki olası çatışmaların dengelemesi de büyük oranda idare yargısına düşmektedir.¹⁹⁵

Kanun'un amacının gerçekleşmesini güvence altına almaya yönelik temel ilkeler, Kanun'un uygulanması ve yorumlanmasında gözetilmesi gereken hukuki düzenlemelerdir.¹⁹⁶ Başka bir deyişle Kanun'un amacını gerçekleştirirken¹⁹⁷ Kanun'da yer alan düzenlemelerin de bu ilkeler ışığında yorumlanıp uygulanması gerekir.¹⁹⁸ İhale sürecinin üzerine kurulu olduğu bu ilkeler, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ile kaynakların verimli kullanılmasını temin etmeye yönelik olup; bunlardan birinin ihlali işlemlerin hukuka aykırılığına sebep olacaktır.¹⁹⁹ Nitekim ihale, kamu bütçesinin karşılığının tam olarak alınması yöntemi olarak da ele alınabilir ve temel ilkeler de yine bu sonucu sağlama amacına yöneliktir.²⁰⁰

Sonuç olarak 4734 sayılı Kanun'da yer alan ilkelerin; idare hukukuna tabi olarak ihale düzenini sağlama, bütünsel olarak ihale sürecinin tümüne uygulanma, aksi halde sorumluluk doğurma ve ihale suçlarının önlenmesini sağlama şeklinde genel özellikleri sıralanabilir.²⁰¹

Kamu ihalelerine egemen olan ilkeler, aynı zamanda kamu ihale sisteminin amaçlarına da işaret etmekte olup; hükümetlerin önceliklerine göre bir takım amaç ve ilkelerin diğerlerine nazaran ön plana çıkması ve ihalelere kimliğini vermesi mümkündür.²⁰² 4734 sayılı Kanun açısından rekabet ilkesinin bu niteliği haiz olduğu ifade edilebilir.

Rekabet, kelime olarak “*aynı amacı güden kimseler arasındaki çekişme*”, “*yarışma*” ve “*yarış*” anlamlarına gelmektedir.²⁰³ Osmanlıca – Türkçe sözlükte ise Arapça kökenli olduğu “*gözleme, gözetleme*”, “*rekibolma hali, birbirini çekememe*”, “*kıskanma*” ve “*benzerleriyle yarışa çıkma*” şeklinde tanımlandığı görülmektedir.²⁰⁴

¹⁹⁴ Danıştay 13. Daire, E. 2008/678, K. 2011/3674, T. 13.09.2011, Danıştay Dergisi, S. 128, Y. 2011, ss. 340-344.

¹⁹⁵ Aksoylu Ürger, **op. cit.**, s. 221.

¹⁹⁶ Uz, **Kamu İhale Hukuku**, s. 157; Gök, **op. cit.**, s. 12.

¹⁹⁷ Can, **Kamu İhale Hukuku**, s. 18.

¹⁹⁸ Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, s. 369.

¹⁹⁹ Özdemir/Üstün, **op. cit.**, ss. 654-655.

²⁰⁰ Gök, **op. cit.**, s.12.

²⁰¹ Özkan, **op. cit.**, ss. 162-163.

²⁰² Uz, **Kamu İhale Hukuku**, s. 26.

²⁰³ Türk Dil Kurumu, **Güncel Türkçe Sözlük**, <https://sozluk.gov.tr>.

²⁰⁴ Devellioğlu, **op. cit.**, s. 884.

Rekabet, hukuk ve ekonomi disiplinlerinin temel terimlerindendir.²⁰⁵ Bu açıdan birbirinden ayrı iki dünya olmayan hukuk ve ekonominin²⁰⁶ temas ettiği alanlarda sıklıkla yer almaktadır. Bir terim olarak rekabet, ekonomi sözlüğünde “*benzerlerinden daha çok satmak ve daha çok kar etmek için yarışmak*” anlamına gelmekte ve rekabetin “*yarışma deyimiyle özleştirilmiş*” olduğu da ifade edilmektedir.²⁰⁷ Hukuk sözlüğünde ise bir terim olarak “*yarışma*” şeklinde tanımlanmaktadır.²⁰⁸

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 3. maddesinde rekabet tanımlanmıştır. Buna göre rekabet, “*mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında özgürce ekonomik kararlar verilebilmesini sağlayan yarış*” ifade eder. Dolayısıyla en genel anlamıyla rekabet, teşebbüsler arasındaki yarış olarak tanımlanabilir.²⁰⁹

Yasa düzeyinde rekabetin tanımlamasının yapılmış olmasına karşın; hukuk ve ekonomi alanının ana hatlarının yer aldığı Türk anayasalarında doğrudan rekabet terimine yer verilmemiş yahut rekabetten açıkça söz edilmemiştir. Ancak Anayasa’nın 167. maddesi 1. fıkrasının gerekçesinde²¹⁰ söz konusu düzenlemenin rekabet ile ilişkisi açıkça kurulmuştur.

Ekonomik olarak rekabetten bahsedilebilmesi için herkesin mülkiyet ve miras hakkına, dilediği alanda çalışma, sözleşme, özel teşebbüs kurabilme ve işletebilme hürriyetine sahip olması gerekir.²¹¹ Nitekim Anayasa’nın 48. maddesi teşebbüslerin kurulmasını ve sözleşme serbestisini; 35. maddesi ise mülkiyet ve miras hakkını güvence altına almaktadır. Ancak Anayasa’nın 48. maddesi bir taraftan iktisadi, ticari veya sınai amaçlı faaliyette bulunma özgürlüğünü güvence altına alırken; diğer taraftan bu faaliyetlerin milli ekonominin gereklerine, sosyal amaçlara uygun, güvenlik ve kararlılık içinde yürütülmesini temin edecek tedbirlerin de devlet

²⁰⁵ Ozan Can, “Rekabetin Korunmasına İlişkin Anayasal Düzenlemeler: Yeni Anayasada Nasıl Bir Rekabet?”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 29, S. 2, Y. 2013, s. 98.

²⁰⁶ Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, s. 11.

²⁰⁷ Hançerlioğlu, **op. cit.**, s. 342.

²⁰⁸ Demir, **op. cit.**, s. 964.

²⁰⁹ Neyzar Ünübol, **Kamu Alım Piyasalarının Etkinliğinde Rekabetin Rolü: Rekabetin Korunması, Sağlanması ve Rekabet Savunuculuğu**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2012, s. 19.

²¹⁰ **Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)**, Haz. Yunus Emre Yılmazoğlu/İsmail Emrah Perdecioğlu, 2. Baskı, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2019, s. 1073.

²¹¹ Can, “Rekabetin Korunmasına İlişkin Anayasal Düzenlemeler: Yeni Anayasada Nasıl Bir Rekabet?”, s. 103.

tarafından alınması gereğini ortaya koymaktadır.²¹² Diğer bir ifade ile Anayasa, bu hak ve özgürlüklere yer verdiği gibi çağdaş anayasalarda da benimsenen kamu yararı amacıyla sınırlama ile özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini sağlayacak tedbirlerin alınabilmesini de kabul eder.²¹³

Milli ekonominin gereklerinin genel çerçevesinin çizilebildiği²¹⁴ Anayasa'nın 167. maddesiyle piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önleme yükümlüğü de devlete verilmiştir. Bu hükümle “*özel teşebbüsün rekabet koşulları içinde yararlı yönde gelişmesine yardımcı olmak, bu bağlamda rekabet koşullarını sağlayabilmek için de piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu bir mal veya hizmetin “tek” kuruluşun elinde bulunması*”²¹⁵ ve “*yalnız, tekelleşme değil, tekel oluşturmayan üretim ve hizmet kuruluşlarının 'fiyat anlaşmaları', 'coğrafi bölge paylaşma' ve 'benzeri suretle' gerçekleştirilecek kartelleşme de yasaklanmış; Devlet, bunu engelleyici önlemleri almakla yükümlü tutulmuştur. Böylece rekabetin ortadan kaldırılması, tekellerin ve kartellerin fiyatları oluşturmaları ve etkilemesi önlenmek*”²¹⁶ istenmiştir. Zira rekabetin olmadığı ve “*tekelleşmeye veya kartelleşmeye olanak veren ortamlarda piyasa ekonomisi etkinliğini yitirir.*”²¹⁷ Başka bir deyişle, kaynakların etkin dağılımı, daha kaliteli mal ve hizmetin daha ucuza sunulması, arz ve talebin müdahale olmaksızın oluşması, araştırma-geliştirme faaliyetlerine kaynak aktarılması, küçük ve orta büyüklükteki işletmelerin devamlılığı ve tüketicilerin azami fayda sağlamasına olanak sunan bir yapının oluşması gibi rekabetten beklenen sonuçlar²¹⁸ ortaya çıkmaz.

²¹² Oder, **op. cit.**, s. 555.

²¹³ Turgut Tan, “Anayasal Ekonomik Düzen”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 7, Y. 1990, s. 166.

²¹⁴ Oder, **op. cit.**, s. 555.

²¹⁵ Anayasa Mahkemesi, E. 2002/100, K. 2004/109, T. 21.09.2004, R.G., T. 04.08.2006, S. 26249.

²¹⁶ Anayasa Mahkemesi, E. 2000/17, K. 2002/46, T. 07.05.2002, R.G., T. 26.03.2003, S. 25060; Anayasa Mahkemesi, E. 2009/9, K. 2011/103, T. 16.06.2011, R.G., 19.05.2012, S. 28297.

²¹⁷ Anayasa Mahkemesi, E. 2000/17, K. 2002/46, T. 07.05.2002, R.G., T. 26.03.2003, S. 25060.

²¹⁸ Gamze Aşçıoğlu Öz, **Avrupa Birliği Türk Rekabet Hukuku Çerçevesinde Pazarda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması**, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, 2000, s. 15; Benzer yönde rekabet kanunlarının işlevine ilişkin görüş için bkz. İsmail Yılmaz Aslan, **Rekabet Hukuku Dersleri**, Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi, 2020, ss. 3-6; Benzer yönde “(m)al ve hizmet üretiminde verimliliğin artırılması, kaynak dağılımında etkililiğin sağlanması ve teknolojiden yararlanmanın azami düzeye çıkarılabilmesi bakımından rekabetin esas olduğu bir serbest piyasa modelinin varlığı zorunludur. Rekabetin hüküm sürdüğü bir ortam, üretilen ve tüketicilere sunulan mal ve hizmetlerin belli bir kalitede olmasını ve fiyatının makul düzeylerde kalmasını sağladığından aynı zamanda tüketicinin korunmasına da hizmet etmekte” olduğu yönündeki yüksek mahkeme kararı için bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2013/50, K. 2015/38, T. 01.04.2015, R.G., T. 15.04.2015, S. 29327.

Anayasa'nın sosyal hukuk devletine ilişkin 2. maddesi, sözleşme özgürlüğü ile ilgili 48. maddesi, piyasaların denetimine dair 167/1. maddesi ve tüketicinin korunmasına ilişkin 172. maddeleri ile somutlaştırılabilen ekonomik kamu düzeni; özel teşebbüs ve sözleşme özgürlüğüne yönelen müdahalelerin amacıdır.²¹⁹ Özetle, rekabet için öncelikle teşebbüs ve sözleşme özgürlüğü gerekmekte ise de bunun sınırsızlığı da ekonomik kamu düzenini ortadan kaldırarak tekelleşme veya kartelleşme sonucunu doğurabilir.

Türk hukukunda rekabet terimi; haksız rekabet²²⁰, rekabet yasağı²²¹ ve rekabet hukuku²²² (rekabet sınırlandırmaları)²²³ olmak üzere üç hukuki müessese altında incelenmektedir.²²⁴ Haksız rekabet²²⁵, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun²²⁶ 2. maddesinde yer verilen doğruluk ve dürüstlük kuralının özel bir alana uygulanması olup; serbestçe rekabet edebilme hakkının kötüye kullanılması olarak tanımlanabilir.²²⁷ Rekabet yasağı²²⁸ ise bir sözleşmenin varlığını zorunlu kılmakta olup; sözleşme ilişkisi nedeniyle içinde bulunulan durumun ortaya çıkardığı sadakat borcunun diğer taraf olan kişilerle rekabet etmek suretiyle ihlal edilmesini önleyici bir

²¹⁹ Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, s. 53.

²²⁰ Haksız rekabetin “(t)icari rekabetin kötüye kullanılması, rakiplerden birinin yanlış veya iyiniyet kuralları ile bağdaşmayan davranışları dolayısıyla bir avantaj elde etmesi ya da karşı tarafı zarara uğratması” olarak açıklandığı tanım için bkz. Demir, **op. cit.**, s. 416.

²²¹ Rekabet yasağının “(a)ynı konuda, aynı alanda çalışma yasağı” olarak açıklandığı tanım için bkz. **Ibid.**, s. 963.

²²² Rekabet hukukunun “serbest pazar ekonomisinin vazgeçilmez unsuru olan rekabetin korunması ve işlerliğinin sağlanmasını hedefle”yen kurallar olarak açıklanması için bkz. **Ibid.**

²²³ Türk hukuku açısından rekabet yasağı, haksız rekabet ve 4054 sayılı Kanun hükümleri ayrımının yerinde yapılabilmesi ve kavram kargaşasına sebep olunmaması için “(r)ekabet (h)ukuku” yerine “(r)ekabet (s)ınırlandırmaları (h)ukuku” ifadesinin uygun olacağı yönündeki görüş için bkz. Can, **Kamu İhale Hukuku**, s. 24, dipnot 49.

²²⁴ Aşçıoğlu Öz, **op. cit.**, s. 5; Can, **Kamu İhale Hukuku**, s. 23.

²²⁵ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun birinci kitabının “(h)aksız (r)ekabet” başlıklı 4. kısmında yer alan 54. maddesinin 2. fıkrasında “(r)akipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırı” olarak nitelenmiş, yani haksız rekabet tanımlanarak yasaklanmıştır. Ayrıca 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun “(g)enel (h)ükümler” başlıklı birinci kısmında yer alan “(h)aksız rekabet” başlıklı 57. maddesinin 1. fıkrasında “(g)erçek olmayan haberlerin yayılması veya bu tür ilanların yapılması ya da dürüstlük kurallarına aykırı diğer davranışlarda bulunulması yüzünden müşterileri azalan veya onları kaybetme tehlikesiyle karşılaşan kişi, bu davranışlara son verilmesini ve kusurun varlığı hâlinde zararının giderilmesini isteyebilir”eceği hükmüyle yer almıştır.

²²⁶ R.G., T. 08.12.2001, S. 24607.

²²⁷ Aşçıoğlu Öz, **op. cit.**, s. 18.

²²⁸ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 444-447 maddeleri arasında hizmet akdinde işçiye, 553. maddesinde ticari temsilciler, ticari vekiller veya diğer tacir yardımcılara, 626. maddesinde de adi ortaklık ilişkisinde ortaklara ilişkin olarak rekabet yasağı düzenlenmiştir. Yine 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 104. maddesinde acenteler, 230. ve 231. maddelerinde kolektif şirket ortakları, 308. maddesi yollaması ve 572. maddeleriyle komandit şirket ortakları, 396. maddesinde anonim şirketlerde yönetim kurulu üyeleri ve 626. maddesinde limited şirket müdürleri açısından rekabet yasağı düzenlenmiştir.

yükümlülük olarak ele alınmaktadır.²²⁹ Önemli bir bölümü rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar ve kararlar olan²³⁰ rekabet hukuku²³¹, piyasa ekonomisi modelinin dolayısıyla serbest rekabetin benimsendiği sistemlerde, sağlıklı bir rekabet ortamının tesis edilmesi ve muhafazası için gerekli olan düzenlemelerden oluşmaktadır.²³²

4734 sayılı Kanun'da idarelerin rekabeti sağlamakla yükümlü olduğuna dair hükmün; rekabetle ilgili bu üç hukuk müessesinden herhangi birine işaret edip etmediğine ilişkin bir açıklama yoktur.²³³ Bunların, Kanun kapsamındaki ihalelerde bir temel ilke olarak rekabetin işletilmesiyle dolaylı olarak ilişkisi bulunmaktadır. Zira rekabetin bulunmadığı bir piyasada, ihalelerde rekabet ilkesi işletilerek yarışma ortamı oluşturulamayacak; rekabet ilkesinin işletilemediği ve yarışma ortamının sağlanamadığı ihaleler de zamanla piyasadaki rekabet ortamını bozacaktır.

Her ne kadar rekabet hukukunun, diğer iki gruptan (haksız rekabet, rekabet yasağı) süreçte yer alan kişileri değil doğrudan rekabet düzenini korumak bakımından ayrılması mümkünse de hepsinin birlikte rekabetin bozulmasına karşı olduğu söylenebilir.²³⁴ Yine kamu alımları konusunda yürütülen ihale işlemlerinde rekabet ilkesine uyulması da piyasalarda rekabet düzeninin korunması açısından önem arz etmektedir. Zira ekonomik olarak önemli bir büyüklüğe sahip bir alanda rekabeti bozacak davranış veya herhangi bir nedenle bazı firmaların kayırılması, piyasadaki rekabeti bozabileceği gibi ekonomik ve sosyal dengeyi değiştirebilir.²³⁵ Rekabet ilkesinin işletilmesi ile rekabete ilişkin üç hukuk müessesesi arasında rekabetin bozulmasına karşı birliktelik ve dolaylı bir ilişki olduğu sonucuna varılabilir.

²²⁹ Aşçıoğlu Öz, **op. cit.**, s. 11.

²³⁰ Aslan, **op. cit.**, s. 14.

²³¹ 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un "(y)asaklanan (f)aaliyetler" başlıklı birinci bölümünde düzenlenen "(r)ekabeti (s)ınırlayıcı (a)nlaşma, (u)yumlu (e)ylem ve (k)ararlar" başlıklı 4. maddesi, "(h)akim (d)urumun (k)ötüye (k)ullanılması" başlıklı 6. maddesi ve "(b)irleşme veya (d)evralma" başlıklı 7. maddesi rekabet sınırlandırmaları veya rekabet hukuku olarak ele alınmaktadır.

²³² Aşçıoğlu Öz, **op. cit.**, s. 15; Yazarın rekabet hukukunun geniş ve dar anlamlarının bulunduğu, geniş anlamda işletmelerin davranışlarının yanında devletlerin yardımları, kamu alımları vb. piyasalarda rekabetin bozulması sonucu doğuran uygulamaları da kapsadığı; dar anlamda ise konusunun işletmeler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler, işletme birliklerinin kararları, birleşme ve devralmaların kontrolü ile hâkim durumun kötüye kullanılmasının yasaklanması oluşturduğu yönündeki görüşü için bkz. **Ibid.**, ss. 15-18.

²³³ Can, **Kamu İhale Hukuku**, s. 25.

²³⁴ Aslan, **op. cit.**, ss. 12-13.

²³⁵ Tunay Köksal, "Avrupa Birliğine Tam Üyelik Sürecinde Devlet İhalelerinde Rekabetin Sağlanması", **Rekabet Bülteni**, C. 3, S. 6, Y. 2001, s. 10.

Kamu ihalelerinde rekabet ilkesinin işletilmesi ile rekabet hukuku arasında dolaylı ilişki nedeniyle teşebbüslerin ihalelerdeki rekabeti engelleme, bozma veya kısıtlama amacını taşıyan her türlü anlaşma ve uyumlu eylemlerinin incelenmesi Rekabet Kurumu'nun görev ve yetkisindedir.²³⁶ Ancak Rekabet Kurulu'na gerçekleştirilen incelemelerden²³⁷ hareketle bu yetkinin bir veya daha fazla ihaleyi de kapsayacak şekilde genelde sektörel ve kapsamlı değerlendirmeleri konu aldığı söylenebilir.

İhalede rekabet ilkesinin işletilmesi idarenin göreviyken; rekabete ilişkin bu üç hukuk müessesesinde teşebbüsler faaliyetlerini rekabete uygun yürütmekle yükümlüdür. Bu ayrımdan hareketle bu çalışmada, 4734 sayılı Kanun kapsamında gerçekleştirilen ihalelerde bir süje olarak idarenin sağlamakla sorumlu olduğu rekabet ilkesine ve onun niteliklerine odaklanılacak olup; rekabet ilkesi ile dolaylı ilişkileri olsa da bu üç hukuk müessesesi açısından ayrıca bir değerlendirme yapılmayacaktır.

Bir ilke olarak rekabet, idare hukuku doktrininde “yarışma”²³⁸, “serbest rekabet”²³⁹, “rekabet serbestisi”²⁴⁰, “rekabet özgürlüğü”²⁴¹ ve yalnızca “rekabet”²⁴² ifadeleriyle yer almıştır.

Klasik bir ilke²⁴³ olan rekabet ilkesi, ihalenin olmazsa olmazı²⁴⁴ olarak nitelenebilecek ve asgari bir gerek olarak tanımlanabilecektir. Zira ihale, istekliler arasında bir yarışır ve rekabet de ihalelerin yapılmasında temel ilkedir.²⁴⁵ Hatta rekabet, bir ilke olmanın da ötesinde bir kural olarak değerlendirilmektedir.²⁴⁶

²³⁶ Danıştay 13. Daire, E. 2006/4599, K. 2008/4465, T. 28.05.2008, Danıştay Dergisi, S. 119, Y. 2008, ss. 451-454.

²³⁷ Rekabet Kurulu, K. 10-72/1503-572, T. 11.11.2010; Rekabet Kurulu, K. 07-34/349-129, T. 24.04.2007; Rekabet Kurulu, K. 08-74/1180-455, T. 19.12.2008; Rekabet Kurulu, K. 10-78/1625-625, T. 16.12.2010.

²³⁸ Kalabalık, **op. cit.**, s. 222, 224; Gözübüyük, **op. cit.**, s. 277, 280.

²³⁹ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, **op. cit.**, s. 489; Sezginer, **İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar**, s. 808; Kalabalık, **op. cit.**, ss. 222-224; Onar, **op. cit.**, s. 1617; Odyakmaz, **op. cit.**, s. 163; Oğuz Sancakdar/Lale Burcu Önüt/Eser Us Doğan/Mine Kasapoğlu Turhan/Serkan Seyhan, **İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı**, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 11. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 645.

²⁴⁰ Onar, **op. cit.**, ss. 1618-1619.

²⁴¹ Özey, **op. cit.**, s. 510.

²⁴² Günday, **op. cit.**, ss. 200-201; Sezginer, **İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar**, s. 28.

²⁴³ Kutlu, **op. cit.**, s. 192.

²⁴⁴ Can, **Kamu İhale Hukuku**, s. 28.

²⁴⁵ Özdemir, **Kamu İhale Kanunu'nda Düzenlenen İhale İşlemleri**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), 2005, s. 57.

²⁴⁶ Kutlu Gürsel, **op. cit.**, s. 601.

Temel ilkelerin ortak amacının, rekabetin gerçekten sağlandığı bir ihale usulünü gerçekleştirmek olduğu anlaşılmakla beraber; bu sayede ihtiyaçların uygun şartlarla karşılanması ile kaynakların verimli kullanılması ilkelerinin yöneldiği sonucun ise rekabet ilkesinin hedefi olduğu görülmektedir.²⁴⁷ Rekabetin sağlanmasının en önemli amacı ihaleye katılımın artırılması ve bunun da en önemli sonucu en uygun veya avantajlı teklifin elde edilmesidir.²⁴⁸ Bu nedenle, ihale kapsamındaki işin mümkün olduğu ölçüde en elverişli bedelle en yetkin kişiye bırakılabilmesi rekabetin sağlanmasıyla mümkündür.²⁴⁹ Diğer bir ifadeyle, kamu kaynaklarının hem kalite hem maliyet açısından en iyi sonuçlara imkan sağlayacak şekilde etkin kullanılması rekabetin sağlanmasına bağlıdır.²⁵⁰ Yeterli rekabetin sağlanamaması halinde ise ihalenin ana amacı gerçekleşmeyecek ve ihaleden beklenen fayda elde edilemeyecektir.²⁵¹

Doktrindeki görüşlerden hareketle rekabet ilkesiyle; istekliler arasında olumsuz etki ve baskının bertaraf edilmesi²⁵² ve ihaleyi yapanların da olumsuz etki ve baskıdan uzak tutulması²⁵³ ile oluşacak yarışma ortamı içerisinde²⁵⁴ mümkün olduğu kadar çok isteklinin katılması²⁵⁵ ve bunların özgür iradeleriyle tekliflerini oluşturabilmeleri²⁵⁶ sonucunda ihale bedelinin hiçbir müdahale olmaksızın serbestçe oluşmasının hedeflendiği anlaşılmaktadır.

²⁴⁷ Gök, **op. cit.**, s. 15.

²⁴⁸ Kalabalık, **op. cit.**, s. 222.

²⁴⁹ Atay, **op. cit.**, s. 574; Sezginer, **İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar**, s. 808.

²⁵⁰ Danıştay 13. Daire, E. 2017/102, K. 2022/3487, T. 05.10.2022, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

²⁵¹ “İhale işlemleri bakımından takdir yetkisinin yargısal denetiminde, temel ihale ilkelerinin gözetileceği, yeterli rekabetin sağlanamaması hâlinde ise ihalenin ana amacının gerçekleşemeyeceği ve dolayısıyla ihaleden beklenen faydanın sağlanamayacağı”nın açık olduğu yönündeki kararlar için bkz. Danıştay 13. Daire, E. 2018/3298, K. 2019/121, T. 15.01.2019, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023; Danıştay 13. Daire, E. 2019/4108, K. 2020/58, T. 08.01.2020, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023; Danıştay 13. Daire, E. 2021/2699, K. 2021/2629, T. 05.07.2021, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 09.01.2023.

²⁵² Günday, **op. cit.**, s. 200; Atay, **op. cit.**, s. 574; Kalabalık, **op. cit.**, s. 222; Sezginer, **İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar**, s. 808; Sezer, “Kamu İhale Kanunu: Şeffaflık ve Rekabet”, s. 157.

²⁵³ Atay, **op. cit.**, s. 574; Sezginer, **İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar**, s. 808.

²⁵⁴ Akgüner, **op. cit.**, s. 1120; Giritli/Bilgen/Akgüner/Berk, **op. cit.**, s. 1321; Kutlu Gürsel, **op. cit.**, s. 598.

²⁵⁵ Günday, **op. cit.**, s. 200; Kalabalık, **op. cit.**, s. 222; Akgüner, **op. cit.**, s. 1120; Giritli/Bilgen/Akgüner/Berk, **op. cit.**, s. 1321; Kutlu Gürsel, **op. cit.**, s. 598; Sezginer, **İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar**, s. 808; Onar, **op. cit.**, s. 1618; Sezer, “Kamu İhale Kanunu: Şeffaflık ve Rekabet”, s. 157.

²⁵⁶ Günday, **op. cit.**, s. 200; Kalabalık, **op. cit.**, s. 222.

Danıştay'a göre de ihalede rekabetin sağlanmasının göstergelerinden biri katılımcı sayısı olup²⁵⁷; bu nedenle ihaleye katılımı artıracak tedbirlerin alınması²⁵⁸ ve katılımı engelleyen düzenlemelerin ihale dokümanında yer almaması²⁵⁹ gerekmektedir. Ancak bu tedbirlerin alınması kaydıyla verilecek teklif adedinin ihale konusu alımın sektörel yapısıyla faal işletme sayısına bağlı olacağı gözetilmeden ihaleye tek geçerli teklif verilmesini ihalede rekabetin oluşmadığı şeklinde yorumlamak eksik ve yanıltıcı olacaktır.²⁶⁰ Öte yandan, rekabetin her isteklinin özgür iradesiyle gerçekçi ve piyasa şartlarına uygun teklif vermesi ile sağlanabilmesi²⁶¹ için katılımcıların fiili ya da hukuksal engellerle karşılaşmadan teklif verebilmeleri hususunun şartnamelerin düzenlenmesinde dikkate alınması²⁶² ve katılımcılar arasında organik bağ ya da temsil ilişkisinin olmaması²⁶³ gerekmektedir.

Doktrin ve yargı kararlarından hareketle rekabetin geniş çapta katılım içerisinden seçim yapılmasını²⁶⁴, hiç olmazsa birden fazla kişinin²⁶⁵ ihaleye katılmasını zorunlu kıldığı sonucuna ulaşılabılır. Ancak bir yandan rekabet ilkesinin gereği olarak olabildiğince çok isteklinin katılması istenirken; diğer yandan ihale konusu iş ile ilgisi gözetilmeksizin herkesin ihaleye katılabilmesinin de kamu yararına uygun düşmeyeceği düşünülerek bazı sınırlandırmalar getirilmiştir.²⁶⁶ Daha özlü bir ifadeyle; 4734 sayılı Kanun'da rekabet, idarenin çıkarları gözetilerek, objektif biçimde sınırlandırılmıştır.²⁶⁷

4734 sayılı Kanun incelendiğinde rekabet ilkesinin diğer ilkelerle etkileşimi ortaya çıkmaktadır. Rekabet ilkesinin ihalenin sağlıklı işleyebilmesi için tek başına

²⁵⁷ Danıştay 13. Daire, E. 2017/1007, K. 2017/3032, T. 16.11.2017, **Danıştay Karar Arama**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

²⁵⁸ Danıştay 13. Daire, E. 2020/3562, K. 2021/272, T. 26.01.2021, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023; Danıştay 13. Daire, E. 2020/3373, K. 2021/1333, T. 13.04.2021, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023; Danıştay 13. Daire, E. 2020/2809, K. 2021/1335, T. 13.04.2021, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

²⁵⁹ Danıştay 13. Daire, E. 2007/6917, K. 2010/3536, T. 26.04.2010, aktaran Sezginer, **İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar**, s. 1442.

²⁶⁰ Danıştay 13. Daire, E. 2018/461 K. 2018/1301 T. 09.04.2018, Danıştay Dergisi, S. 148, Y. 2018, ss. 224-230.

²⁶¹ Danıştay 13. Daire, E. 2009/6170, K. 2010/8505, T. 14.12.2010, Danıştay Dergisi, S. 126, Y. 2011, ss. 417-420.

²⁶² Danıştay 13. Daire, E. 2007/6917, K. 2010/3536, T. 26.04.2010, aktaran Sezginer, **İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar**, s. 1442.

²⁶³ Danıştay 13. Daire, E. 2009/5621, K. 2010/3534, T. 26.04.2010, Danıştay Dergisi, S. 125, Y. 2010, ss. 416-419.

²⁶⁴ Kutlu, **op. cit.**, s. 197.

²⁶⁵ Gözler, **op. cit.**, s. 118; Gözler/Kaplan, **op. cit.**, s. 445.

²⁶⁶ Odyakmaz, **op. cit.**, s. 163; Sezginer, **İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar**, s. 809.

²⁶⁷ Günday, **op. cit.**, s. 201.

yeterli olmadığı, diğer ilkelerle güçlendirilmesi ile karşılıklı etkileşiminin sağlanması gerektiği ve özellikle açıklık, tarafsızlık, eşitlik gibi ilkelerle çok sıkı bağlantıları bulunduğu ifade edilmektedir.²⁶⁸ Aslında bu ilişki ve etkileşimi, ihalenin ana amacı olan yarışma ortamının sağlanması anlamına gelen rekabet ilkesine diğer ilkelerin kattığı nitelikler olarak tespit etmek mümkündür. Buradan hareketle Kanun'da yer alan diğer ilkelerin Kanun kapsamındaki ihalelerde nasıl bir rekabetin sağlanması gerektiği sorusunun cevabını somutlaştırdığı söylenebilir. Başka bir deyişle rekabet ilkesi, koşulsuz bir yarışma ortamı amacına matuf olmadığı için 4734 sayılı Kanun'da yer alan ilkelerin, yerine göre bir bütün olarak uygulanması ana amaç olan rekabet ilkesinin koşullarını veya niteliklerini oluşturmaktadır. Bu nedenle, çalışmada 4734 sayılı Kanun kapsamında gerçekleştiren ihalelerde rekabet ilkesinin nitelikleri tespit edilmeye çalışılmıştır. Kanun ışığında, Kurul ve mahkeme kararları incelendiğinde rekabet ilkesinin; saydamlık, eşitler arasılık ve ihtiyaca uygunluk şeklinde üç niteliğinin öne çıktığı görülmektedir.

4734 sayılı Kanun kapsamında gerçekleştirilecek ihalelerde rekabetin kapalı kapılar ardında gerçekleşmesinin istenmediği ve görünür olması gerektiği düşüncesi yer almaktadır. Bu bağlamda ihale dokümanının ve usulünün saydamlığı ilkesi, rekabet ilkesinin bir niteliği olarak kabul edilmeli ve 4734 sayılı Kanun'da öngörülen düzenlemeler saydam bir rekabetin sağlanması bakımından değerlendirilmelidir (I).

4734 sayılı Kanun kapsamında gerçekleştirilecek ihalelerde rekabetin sağlanabilmesi için istekliler arasında eşitsizlik yaratabilecek durumların önlenmesi ve mevcut olan eşitsizliklerin de ortadan kaldırılması gerekmektedir. Eşitler arasında gerçekleşmeyen görünürde bir rekabetin, Kanun'un öngördüğü nitelikte bir rekabet olarak kabul edilemeyeceği açıktır. Bu bağlamda herkese eşit muamele edilerek ihalede tarafsızlığın sağlanması ve ihaleye katılımın objektif olarak sınırlanması suretiyle, rekabet ilkesinin herhangi bir rekabeti değil de eşitler arası bir rekabeti gerçekleştirme amacı hayata geçirilebilecektir (II).

4734 sayılı Kanun kapsamında gerçekleştirilecek ihalelerde rekabetin gerçekleşmesinde öncelikle idarece ihtiyacın doğru tespit edilmiş olması, ihtiyacın uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ilkesinin gerçekleşmesi için zorunlu bulunmaktadır. Keza alıma dair isteklilere ve tekliflere dair koşulların belirlenmesi bir

²⁶⁸ Kutlu Gürsel, **op. cit.**, s. 597.

anlamda yarışılacak koşulların da belirlenmesi olduğu için ihtiyacın nitelikleri doğrudan rekabet ilkesi ile ilişkilidir. Bu bağlamda isteklilerin yeterliliğinin sağlanması ve tekliflerde verimliliğinin esas alınmasıyla herhangi bir rekabetin değil de ihtiyaca uygun bir rekabetin gerçekleştirilmesi sağlanabilecektir (III).



I. 4734 SAYILI KANUN UYARINCA SAYDAM REKABETİN SAĞLANMASI

Saydam, “içinden ışığın geçmesine ve arkasındaki şeylerin görünmesine engel olmayan” ve “şeffaf” olarak; saydamlık ise “saydam olma durumu” ve “şeffaflık” şeklinde tanımlanmaktadır.²⁶⁹ 4734 sayılı Kanun’da temel ilkeler arasında yer verilen saydamlık; açıklık, aleniyet ve şeffaflık olarak da adlandırılmakta olup, idare hukukunda genel kabul gören idarenin açıklığı/şeffaflığı ilkesinin ihalelerdeki yansıması olarak değerlendirilmektedir.²⁷⁰

Bir taraftan bakıldığında diğer tarafın görülebildiği saydamlık, aslında idare işlemlerinde arzulanan yönetim anlayışıdır.²⁷¹ Yönetimde açıklık, kapalılığın yol açabileceği hukuk dışına çıkma eğilimini kısıtıcı ve önleyici bir rol oynamaktadır.²⁷² Zira açıklık ile perdeler kaldırıldığında; arkada olanlar görünür ve saklanan şeyler bilinir hale gelir.²⁷³ Bunun sonucunda kapalı karar alma yöntemlerinden kaynaklanan kuşku, olumsuz söylentiler ve yıpratma gerekçeleri azalarak önemli ölçüde ortadan kalkacaktır.²⁷⁴

Genel olarak ihalelerde saydamlık ilkesi ile yolsuzlukların önüne geçilmesi²⁷⁵, ayrımcılık, kayırmacılık, rüşvet ve gizli anlaşma gibi uygulamaların engellenmesi amaçlanmıştır.²⁷⁶ Diğer bir ifadeyle, saydamlığın artması halinde yolsuzluk da azalacak²⁷⁷ ve benzeri hukuk dışı uygulamaların önüne geçilecektir.²⁷⁸ Zira saydamlık ile kapalı kapılar ardında bilinmezlik içinde takdir yetkisinin kötüye kullanılması

²⁶⁹ Türk Dil Kurumu, **Güncel Türkçe Sözlük**, <https://sozluk.gov.tr>.

²⁷⁰ Atay, **op. cit.**, s. 573.

²⁷¹ Akdoğan, **op. cit.**, s. 6.

²⁷² Sait Güran, “Yönetimde Açıklık”, **İdare Hukuku İlimler Dergisi**, C. 3, S. 1-3, Y. 1982, s. 103.

²⁷³ Musa Eken, “Kamu Yönetiminde Gizlilik Geleneği ve Açıklık İhtiyacı”, **Amme İdaresi Dergisi**, C. 27, S. 2, Y. 1994, s. 39.

²⁷⁴ Güran, **op. cit.**, s. 102.

²⁷⁵ Gözler, **op. cit.**, s. 117.

²⁷⁶ Özkan, **op. cit.**, s. 176.

²⁷⁷ Akdoğan, **op. cit.**, s. 59.

²⁷⁸ Atay, **op. cit.**, s. 573.

önlenmektedir.²⁷⁹ İhalelerde kapalılıktan açıklığa geçiş; yönetime olan güveni ve inancı tesis etmenin yanında işlemlerde ve işleyişte objektifliği, dürüstlüğü, adilliği, isabeti, kararlılığı, ekonomiyi ve etkinliği sağlayacaktır.²⁸⁰

İhale özelinde saydamlık ilkesinin hayata geçirilebilmesi için evvela konuyla ilgili olan herkesin ihaleden haberdar olması²⁸¹, ihalenin katılımcılar huzurunda başlayıp sonuçlanması²⁸² ve tüm aşamalarında²⁸³ alınacak kararların gerekçelerinin ilgililere bildirilmesi²⁸⁴ gerekir. Bu sayede istekliler açıklanan şartlara göre rekabete çağırılmakta ve her yönüyle görünür bir rekabetin gerçekleştirilmesi temin edilmektedir.

Sözleşme konusu işin veya ihalenin herkese duyurularak mümkün olduğu kadar çok isteklinin iştirakinin sağlanması gerekir.²⁸⁵ Bu yönüyle saydamlığın, ihale konusu işi gerçekleştirmede en yetenekli kişilerin belirlenmesini de amaçlandığı iddia edilmektedir.²⁸⁶ Elbette, ihalelere istekli olanların artması ve bunun sonucunda ekonomik açıdan en uygun olanın seçilmesinde saydamlığın etkisi yadsınamaz.²⁸⁷ Başka bir deyişle, saydamlık daha fazla isteklinin ihalelerde yer almasını sağladığından rekabet ile yakından ilgilidir.²⁸⁸ Bu nedenle saydamlığın, rekabet ilkesiyle amaçlanan sonucun ortaya çıkarılması için vazgeçilmez olduğu apaçıktır.²⁸⁹

Saydamlığa, temel ilkelerin yer aldığı metinlerde ilk sırada yer verilmekte olup; bunun nedeni saydamlık olmadan eşit muamelenin, rekabetin ve tarafsızlığın sağlanamayacak olmasıdır.²⁹⁰ Gerçekten de saydamlık, ihalelerde rekabetin sağlanmasının yanında idarenin, ihaleye katılacak kişilere eşit uzaklıkta durmasını ve ayırım gözetilmemesini de sağlar.²⁹¹ Başka bir deyişle, saydamlık ilkesi diğer ilkelerin

²⁷⁹ Özkan, **op. cit.**, s. 179.

²⁸⁰ Güran, **op. cit.**, s. 105.

²⁸¹ Giritli/Bilgen/Akgüner/Berk, **op. cit.**, s.1321; Akgüner, **op. cit.**, s. 1120.

²⁸² Sayıştay Daireler Kurulu, K. 1984/586-1, T. 19.09.1984, **Legal Online Veritabanı**, Erişim Tarihi: 16.01.2023; Aynı yönde “(a)çıklık ilkesi ilan yoluyla sağlandığı gibi, ihale sırasında tekliflere ilişkin zarfların açılması ve ihalenin hazır bulunan istekliler önünde yapılması ile de gerçekleş”eceği yönündeki görüş için bkz. Giritli/Bilgen/Akgüner/Berk, **op. cit.**, s.1321; Akgüner, **op. cit.**, s. 1120.

²⁸³ Özkan, **op. cit.**, s. 174.

²⁸⁴ Giritli/Bilgen/Akgüner/Berk, **op. cit.**, s. 1321; Akgüner, **op. cit.**, s. 1120.

²⁸⁵ Günday, **op. cit.**, s. 199.

²⁸⁶ Atay, **op. cit.**, s. 573.

²⁸⁷ Özkan, **op. cit.**, s. 181.

²⁸⁸ Taşdelen, **Kamu Harcamaları Hukukunda İhale Süreci**, s. 55; Akdoğan, **op. cit.**, s. 62.

²⁸⁹ Gök, **op. cit.**, s.13; Özkan, **op. cit.**, s. 184.

²⁹⁰ Akdoğan, **op. cit.**, s. 58; Özkan, **op. cit.**, s. 186.

²⁹¹ Yasin Sezer, “İyi İdare İçin Yönetimde ve Kamu İhalelerinde Açıklık (Şeffaflık)”, **İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, S. 26, Y. 2002, s. 157.

işlerliğine de katkı sunmaktadır.²⁹² Bu açıdan saydamlık, aslında rekabet ve eşit muamele ilkelerinin tamamlayıcısı niteliğindedir.²⁹³ Ancak, saydamlığın ihaleler açısından asıl önemi, rekabet ve dürüstlüğü destekleyen kilit bir unsur olmasıdır.²⁹⁴

İhalenin bütün aşamaları için geçerli olan saydamlığın²⁹⁵ rekabet ilkesinin hayata geçirilebilmesi için olmazsa olmaz önemi haiz olması²⁹⁶ rekabetin bir niteliği olarak ele alınmasına da imkân sağlamaktadır. Saydam olmayan bir ihale; her zaman zan altında kalacağına²⁹⁷ göre bunun bertaraf edilmesi için ihale ile oluşturulmak istenen yarışma ortamının aydınlatılması, yarışmanın her yönüyle görünür kılınması yani saydam rekabetin işletilmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle, ihalenin hukuk dışı uygulamalar olmadan üst düzeyde katılım sonucunda en ehil kişiye tevdi edilmesi amacı²⁹⁸, saydam rekabetin uygulanmasını da zorunlu kılar.

4734 sayılı Kanun'da ihale usulünün seçilmesi buna göre ihale dokümanının hazırlanması, ihalenin ilanı, ihale dokümanına ulaşmak isteyenlerin bunu görüp, satın alabilmesi, tekliflerin hazırlanması için makul süre tanınması, tekliflerin isteklilerin huzurunda açıklanarak tutanağa bağlanması ve sonuçların ilanı; gerçekleştirilecek rekabetin saydamlığını ortaya koyan önemli düzenlemelerden bazılarıdır.²⁹⁹ Saydam rekabetin sağlanması amacını taşıyan Kanun'daki bu düzenlemelerin, ihale dokümanının (A) ve ihale usulünün (B) saydamlığı başlıkları altında incelenmesi mümkündür.

²⁹² Can, **Kamu İhale Hukuku**, s. 21.

²⁹³ Sezer, “İyi İdare İçin Yönetimde ve Kamu İhalelerinde Açıklık (Şeffaflık)”, s. 157; Özkan, **op. cit.**, s. 185.

²⁹⁴ Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü, Kamu Alımlarında Dürüstlük, <https://www.oecd.org/development/effectiveness/38588964.pdf>, s. 11, Erişim Tarihi: 16.01.2023; Özkan, **op. cit.**, ss. 180-181; Akdoğan, **op. cit.**, s. 56.

²⁹⁵ Sezer, “İyi İdare İçin Yönetimde ve Kamu İhalelerinde Açıklık (Şeffaflık)”, s. 159; Aynı yönde ancak ihale kavramını tekliflerin açıldığı oturum anlamında kullanarak saydamlığı, ihale öncesi, ihale esnasında ve ihale sonrası şeklinde üç aşamalı olarak ele alan görüşler için bkz. Akdoğan, **op. cit.**, s. 73; Özkan, **op. cit.**, s. 192.

²⁹⁶ Gök, **op. cit.**, s. 13; Özkan, **op. cit.**, s. 183.

²⁹⁷ Can, **Kamu İhale Hukuku**, s. 20.

²⁹⁸ Atay, **op. cit.**, ss. 573-574.

²⁹⁹ Benzer yönde “(i)hale dokümanının yayınlanması, şartnamelerin hazırlanması, bunun satın alınması imkânının sunulması, tekliflerin istekliler önünde açılması, ihaledeki teklif sahiplerinin tekliflerinin sıralamasının yapılması, ihaledeki sıralamanın, ihaleye katılan isteklilerden teklifi değerlendirilmeye alınmayanlar veya uygun görülmeyenlerin, ihaleyi kazananların kimliklerinin ve ihale bedellerinin teklif sahiplerine bildirilmesi gibi hususlar”ı saydamlık ilkesinin birer yansıması olarak değerlendiren görüş için bkz. Can, **Kamu İhale Hukuku**, s. 22.

A. İhale Dokümanının Saydamlığı

4734 sayılı Kanun’a göre yapılacak her bir ihalede, ihale dokümanı hazırlanması zorunlu olup buna göre ihale usulü seçilerek ihale onayı alınmaktadır. İsteklilerin uyması gereken talimatların da yer aldığı idari şartnameler, alım konusu işin muhtevasını ve niteliklerini içeren teknik şartnameler ve ihale sonucunda imzalanacak sözleşme tasarısı ile gerekli diğer bilgi ve belgelerin tamamı ihale dokümanını oluşturur.³⁰⁰ İhale dokümanının parçası olan idari şartnamede hem ihaleye hem de uygulamaya yönelik düzenlemeler; teknik şartnamede ise alım konusu ihtiyacın tam olarak karşılanmasına ilişkin şartlar yer almaktadır.³⁰¹ İhaleden haberdar olan kişiler, istekliler hakkında aranılan yeterlilik koşullarını, alım konusuna ilişkin teknik özellikleri ve sonrasında imzalanacak sözleşme şartlarını ihale işlem dosyasının da bir parçası olan ihale dokümanından³⁰² detaylı olarak öğrenebilmektedir.

İhaleye teklif vererek istekli olma niyeti olan bir kişinin, muhtevası itibarıyla doğrudan ilgilenebileceği tüm bilgiler ihale dokümanında yer alır. Bu nedenle istekli olabilecekler, ihaleye teklif vermeden önce doğal olarak ihale dokümanına ulaşmayı ve buradaki şartları öğrenmeyi ister. Zira teklif vermek isteyenler, ihaleye nasıl katılacaklarını, tekliflerinin hangi ölçütlere göre nasıl değerlendirileceğini bilerek ve elde edebilecekleri muhtemel geliri hesaplayarak katılım kararı verecektir.³⁰³ Öte yandan, 4734 sayılı Kanun’a göre ihaleye teklif vererek istekli sıfatının kazanılmasından önce istekli olabilecek sıfatının kazanılması ve bunun için ihale dokümanının yahut belirli hallerde ön yeterlilik dokümanının satın alınmış olması zorunludur. Günümüzde bunların EKAP üzerinden kişi doğrulamasına imkân verecek şekilde edinilmiş olması³⁰⁴ da bu şartın gerçekleşmesini sağlamaktadır.

İhale dokümanında yer alan düzenlemelerin birçoğu, isteklilerin tekliflerini oluşturmada etkili olabilecek nitelikte olduğu için burada yer alan düzenlemelerin farklı anlaşılmaya veya yorumlanmaya açık olmaması gerekir. Muğlak ifadeler, çelişkiler veya belirsizlikler ihale dokümanından objektif anlamlar çıkarılmasını güçleştirir. Bu nedenle ihale dokümanı, ihale konusu işin teknik niteliklerini ve ihale

³⁰⁰ Bkz. 4734 sayılı Kanun md. 4.

³⁰¹ Dilşat Yılmaz, **Kamu İhale Hukukunda Şartnameler**, Ankara, Gazi Kitabevi, 2013, ss. 100-101.

³⁰² Bkz. 4734 sayılı Kanun md. 7.

³⁰³ Sezer, “İyi İdare İçin Yönetimde ve Kamu İhalelerinde Açıklık (Şeffaflık)”, s. 161.

³⁰⁴ EKAP’a giriş yapılarak doküman indirme işlemlerinin kullanıcı sayfasından gerçekleştirilmesi, e-imza kullanılmasına gerek olmaksızın, istekli olabilecek sıfatıyla dokümanın indirilmesi için yeterli kabul edilmektedir. Bkz. Kurul, K. 2020/DK.D-373, T. 18.11.2020, **EKAP**.

sürecinde izlenecek hukuki prosedürü herhangi bir tereddüde, şüpheyeye ve müphemliğeye meydan bırakmayacak açıklıkta tanımlamalıdır.³⁰⁵

İhale dokümanının ihaleye dair birçok hususu içermesi sebebiyle kişilerin ihaleye katılma kararını etkilemesi, ortak şekilde anlaşılabilmesini ve ona kolayca ulaşılabilmesini gerekli kılar. İhale dokümanına daha kolay ulaşılabilğinde, daha fazla istekli olabilecek kişinin ortaya çıkacağı ve bunun da ihaleye katılımı artırabileceği açıktır. Benzer şekilde ihale dokümanında yer alan düzenlemelerin açık ve net olması da belirsizlikleri ortadan kaldırdığı için tekliflerin oluşturulmasını kolaylaştırarak ihaleye katılımı artırır. Bu nedenlerden ötürü ihale dokümanının saydamlığı ile isteklilerin ihaleye katılımı ve dolayısıyla ihalede rekabetin sağlanması arasında doğrudan bir ilişki vardır.

Sonuç olarak, saydam rekabetin sağlanabilmesi için haberdar olunan ihaleye ilişkin gerekli bütün bilgilerin yer aldığı ihale dokümanına ulaşılabilmesi (1) ve bunun objektif şekilde anlaşılabilmesi (2) gerekir.

1. İhale Dokümanının Ulaşılabilirliği

4734 sayılı Kanun kapsamında bir ihtiyacın karşılanması amacıyla alıma ilişkin koşulların belirlenmesinden ve ihale onayının alınarak komisyon oluşturulmasından sonra genellikle ihale ilan edilir. İhale ilanında, ihale dokümanının nerede görülebileceğine ve hangi bedelle satın alınabileceğine ilişkin bilgilere de yer verilmek zorundadır.³⁰⁶ İlanla bir ihalenin varlığından haberdar olup ihale dokümanının içeriği hakkında da bilgi sahibi olmak isteyenler, bu sayede ihale dokümanına nasıl ulaşılacağını öğrenmiş olur.

İhale ve ön yeterlilik dokümanı herhangi bir bedel ödenmeksizin idarede veya EKAP'ta görülebilir. Bu sayede herkes, maddi bir külfete girmeden ihale şartlarını detaylıca inceleyebilir. İhale koşullarına herkes tarafından kolayca erişilebilmesi, saydamlığına katkı sunarak ihalenin kamuoyu açısından görünür kılınmasına imkân sağlar.

İhale dokümanı sayesinde ihalenin koşulları hakkında detaylı bilgilere erişmek mümkün olduğu ve dolayısıyla ihaleye katılma kararının verilmesinde öncelikle ihale

³⁰⁵ Gök, **op. cit.**, s. 14.

³⁰⁶ Bkz. 4734 sayılı Kanun md. 24/1-(h).

dokümanına ulaşılması gerektiği için, ihale dokümanına ulaşılması her yönüyle rekabet koşullarını da öğrenmek anlamına gelmektedir. Bu nedenle ihale dokümanının ulaşılabilirliği katılımı ve rekabetle doğrudan ilişkilidir. İhale dokümanına ne kadar kolay ulaşırsa ve ihale koşullarına ne kadar çok kişi vakıf olabilirse o kadar çok kişinin de istekli olması ihtimali artar.

İhaleye teklif vermek isteyenlerin ihale dokümanını satın almaları veya EKAP üzerinden indirmeleri zorunludur. Böylece ihale dokümanında meydana gelebilecek değişikliklerden haberdar edilmesi gereken kişilerin tespit edilmesi ve bu kişilerin bilgilendirilmesi sağlanmaktadır.

İhale dokümanının istekli olabilecekler tarafından kolayca edinilebilmesi için ihale dokümanının satım bedeli, basım maliyetini aşmayacak şekilde idarelerce belirlenir.³⁰⁷ Kanun'un ilk halinde hazırlanma maliyeti ifadesi yer almakta iken; istekli olabileceklerin çoğalması ve dolayısıyla rekabetin artırılması için söz konusu ifade, basım maliyeti şeklinde değiştirilmiştir. Böylece hazırlanma maliyeti içerisinde değerlendirilebilecek ihale dokümanının hazırlanması esnasında danışmanlık hizmeti alınması, ilan bedeli gibi giderlerin³⁰⁸, istekli olabileceklere yansıtılması imkânı kalmamıştır. Bu değişiklik, Kanun yürürlüğe girdikten yedi ay sonra gerçekleştirilmiş olup; hazırlanma maliyetinin yüksek olabileceği durumların katılımı olumsuz etkilemesi ihtimali ortadan kaldırılmıştır. Böylece söz konusu bedelin aynı zamanda rekabeti engellemeyecek şekilde belirlenmesi gerektiğine ilişkin Kanun'un ilk halinden beri varlığını koruyan şartın uygulanması da daha kolaylaşmıştır.³⁰⁹ Öte yandan 1 Haziran 2019 tarihinden itibaren idarelerden ihale dokümanı satın alınması uygulaması yerini EKAP'tan kişi doğrulaması yapılması şartıyla ihale dokümanının indirilmesi uygulamasına bırakmıştır.³¹⁰

³⁰⁷ Bkz. 4734 sayılı Kanun md. 28.

³⁰⁸ “(D)okümanın basımı ve çoğaltılması sırasında gerçekleşmeyen giderler ve ilan bedeli gibi basım maliyetine ilişkin olmayan diğer giderlerin doküman bedelinin belirlenmesinde dikkate alınması” mümkün bulunmadığı için ihale dokümanı kapsamındaki belgelerin 120 sayfa ve 14 krokiden oluştuğu göz önüne alındığında idarece 2.500 TL doküman bedeli belirlenmiş olması Kanun'un hükmüne aykırılık teşkil edecektir. Bkz. Kurul, K. 2016/UH.I-3260, T. 28.12.2016, **EKAP**.

³⁰⁹ Kamu İhale Kurulu, idarelerce “compact disc (CD)” ortamında ihale dokümanın satılması imkanının bulunduğu dönemde ihale dokümanının yer aldığı CD'lerin 250 Türk Lirası karşılığı satılmasının rekabeti engelleyecek nitelikte olduğuna ilişkin iddialar hakkında bu bedelin yalnızca CD olarak algılanmaması gerektiği ve söz konusu bedelin rekabeti engelleyecek bir meblağ da olmadığı yönünde kararlar vermiştir. Bkz. Kurul, K. 2012/UY.I-595, T. 26.01.2012, **EKAP**; Kurul, K. 2014/UH.III-1949, T. 30.04.2014, **EKAP**.

³¹⁰ https://www.ihale.gov.tr/Duyuru/306/1_haziran_2019_itibariyle_ihale_dokumanlarinin_idarelerde_n_satin_alinmasi_uygulamasi_kaldiriliyor.html, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

İhalenin ilanından sonra ihale dokümanında değişiklik yapılmaması esas olmasına karşın; bu konuda bir zorunluluk ortaya çıkarsa, buna ilişkin sebep ve zorunluluklar bir tutanakla kayıt altına alınarak önceki ilanlar geçersiz sayılacak şekilde ihale yeniden ilan edilir.³¹¹ Böylece aynı alıma ilişkin ihale ilanını görmüş olan herkes, ihaleye dair doğru bilgileri aynı şekilde öğrenmiş olur. Aksi halde düzeltme ilanı yapılması gerekirken ihale koşullarında ortaya çıkan değişikliğin genele şamil olacak şekilde alenileştirilmemesi sebebiyle ihaleye katılım kısıtlanmış olur.³¹²

Kanun'un 29. maddesine göre tekliflerin hazırlanmasına ve işin gerçekleştirilmesine etkisi olabilecek maddi veya teknik hatalar ile eksikliklerin istekliler yahut idarece tespit edilmesi halinde ihale dokümanında değişiklik yapılabilir. Bu değişiklikler zeyilname adı altında ihale dokümanının bir parçası olarak ihale dokümanını edinmiş olanların tamamına ulaştırılır. İhale dokümanının zeyilnameyle değiştirilmiş halinin, istekli olabilecek kişilere verilmemiş olması ihalenin iptal edilmesini gerektirir.³¹³ Ayrıca değişiklikten önce teklif vermiş olanlar var ise bu isteklilere, tekliflerini geri almaları ve yeni bir teklif sunmaları imkânı verilir.

İhale dokümanında maddi veya teknik bir hata ya da eksiklik nedeniyle bir değişiklik meydana gelmesi halinde zeyilnamenin bildirim tarihinden en az on gün sonra ihale oturumu gerçekleştirilmelidir.³¹⁴ Aksi halde ihale dokümanında değişiklik yapan ve onun bağlayıcı bir parçası olan zeyilnameye zamanında ulaşamadığı kabul edilir. Nitekim Danıştay, zeyilnamenin ihale oturumuna dokuz gün kala istekli olabileceklere ulaştırılmış olmasının; tekliflerin hazırlanmasında tereddüde neden olarak sağlıklı şekilde tekliflerin oluşturulmasına engel olduğuna dair verilen kararı onamıştır.³¹⁵

Saydamlık ilkesinin bir gereği olarak idarenin bir şekilde açıkladığı tüm bilgilerin istekli olabilecek herkese ulaştırılması gerekir. Bu nedenle istekli olabileceklerden birinin idareye yaptığı başvuru üzerine idare tarafından yapılan açıklama, başvuru yapan belirtilmeksizin ihale dokümanı almış olanların tamamına

³¹¹ Bkz. 4734 sayılı Kanun md. 29/1.

³¹² Kurul, K. 2007/UM.Z-4257, T. 31.12.2007, **EKAP**.

³¹³ Kurul, K. 2014/UH.I-1116, T. 26.02.2014, **EKAP**.

³¹⁴ Bkz. 4734 sayılı Kanun, md. 29/3.

³¹⁵ Danıştay 13. Daire, E. 2016/2524, K. 2016/3288, T. 17.10.2016, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

ihale oturumundan en az on gün önce bilgi sahibi olmalarını temin edecek şekilde ulaştırılır.³¹⁶

İhale dokümanında yer alan bütün bilgi ve belgeler istisnasız olarak ulaşılabilir olmalıdır. İstekli olabilecek kişiye ihale dokümanında yer aldığı belirtilen belgelerin verilmemiş olması ve söz konusu belgelerin EKAP'a yüklenen ihale dokümanı kapsamında da yer almaması saydamlık ilkesini ihlal eder.³¹⁷

İhale dokümanına, idare nezdinde yahut EKAP üzerinden erişmek her zaman mümkün olmamaktadır. 2012 yılında 6353 sayılı Kanun³¹⁸ ile 4734 sayılı Kanun'un 28. maddesine, ilan yapılmayan hallerde³¹⁹ ihale dokümanının sadece idare tarafından davet edilenlere satılacağına dair hüküm eklenmiştir. Bu ek cümle ile ilan yapılmayan ihalelere davet edilmemesine karşın ihaleden haberdar olanların ihale dokümanı satın alma taleplerinin de yasal olarak önüne geçilmiştir.

2012 yılındaki değişiklik öncesinde ilan yapılmayan hallerde bir şekilde ihaleden haberdar olanların, doküman satın almak için idareye başvurması ve bunu belgelendirmesi halinde itirazın şikâyet başvuruları Kurul tarafından değerlendirilmekteydi.³²⁰ İdarenin doküman satılmamasına ilişkin somut bir gerekçesi yoksa veya doküman satın almak isteyenlerin bu talebini geçersiz kılabilecek başkaca bir aykırılık söz konusu değilse; idare tarafından bu kişilere ihale dokümanı satılması gerektiğine, aksi bir yaklaşımın katılımın engellenmesi ve rekabet ile eşit muamele ilkelerini ihlal edeceğine dair kararlar veriliyordu.³²¹

İlan yapılmayan ihalelerde davet edilmediği halde ihaleden haberdar olarak ihale dokümanı satın almak için idareye başvurulmasını engelleyen düzenlemenin, bu

³¹⁶ Bkz. 4734 sayılı Kanun, md. 29/3.

³¹⁷ Kurul, K. 2012/UH.III-4913, T. 20.12.2012, **EKAP**.

³¹⁸ R.G., T. 12.07.2012, S. 28351.

³¹⁹ 4734 sayılı Kanun'un 21. maddesinin (b), (c) ve (f) bentleri kapsamında gerçekleştirilen ve ilanın zorunda olmadığı ihalelerde ihale dokümanı idarece davet edilenlere satılmaktadır.

³²⁰ Kamu İhale Kurulu tarafından bu tarz başvurular hakkında başvuru ehliyetinin yokluğundan başvurunun reddine dair kararlar veriliyordu. Örnek için bkz. Kurul, K. 2006/UM.Z-1526, T. 26.06.2006, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023. Başvuru yaptığı halde ihale dokümanı edinmemiş kişiler için Ankara 4. İdare Mahkemesi'nce "*satın alamayanlar*" şeklinde değerlendirme yapılmış (Ankara 4. İdare Mahkemesi, E. 2008/1407, T. 10.11.2008, İçinde: Kurul, K. 2008/MK-151, T. 18.12.2008, **EKAP**) sonraki dönemde de Kamu İhale Kurulu tarafından idareye başvuru da bulunduğu halde kendisine ihale dokümanı satılmayanların başvuru ehliyetinin var olduğu yönünde bir çok karar, karşı oylara rağmen oy çokluğu ile alınmıştır.

³²¹ Kurul, K. 2009/UM.III-2836, T. 23.11.2009, **EKAP**; Kurul, K. 2010/UH.II-3223, T. 18.10.2010, **EKAP**; Kurul, K. 2011/UM.II-2286, T. 04.07.2011, **EKAP**; Kurul, K. 2010/UH.II-2003, T.12.07.2010, **EKAP**; Kurul, K. 2010/UH.I-739, T. 09.03.2010, **EKAP**.

kişilerin davet edilmek için idareye başvuruda bulunması imkânını bütünüyle ortadan kaldırdığı söylenemez. Ancak bu yönde yapılan başvurular sonucunda doküman satmayan idarenin, davet etmeyen konumuna geçtiği; aynı zamanda yasal bir düzenlemeye ve daha geniş bir takdir yetkisine kavuşmuş olduğu söylenebilir. Diğer yandan daha önce istekli olabilecek sıfatına sahip olan kişilerin, davet edilmeyi bekleyene dönüştüğü ve bu durumun itirazen şikâyet başvuruları için ehliyetlerinin olmadığına dair kararlar verilmesine sebep olduğu görülmektedir.³²²

Bu değişiklikten sonra Danıştay, idarenin davet edilecekleri belirleme konusunda sınırsız bir takdir yetkisi olmadığını³²³, davet etmeme yönünde kullanacağı takdir yetkisinin de mutlak ve sınırsız olmadığını, temel ilkelerin gereği olarak daha fazla isteklinin ihaleye katılarak teklif sunmasına olanak sağlaması gerektiğini³²⁴ içtihadı bağlamış ve davet edilmemesini haklı ve makul gösterecek sebeplerin varlığı halinde bunların da belirtilerek işlem tesis edilmesi gerekirken bu kişilerin davet edilme başvuruları hakkında hiçbir değerlendirme yapılmamasını isabetli görmemiştir.³²⁵ Benzer şekilde idareye başvurarak davet edilmek isteyen kişinin, daveti gerektirir şartları taşıyıp taşımadığı ve ihalede rekabeti artırıp artırmayacağına ilişkin değerlendirme yapılmaması gerekçesiyle işlemin iptaline ilişkin yerel mahkeme kararını onamıştır.³²⁶

İlan yapılmayan ve ihale dokümanının sadece davet edilenlere satıldığı ihalelerde, rekabet ve saydamlık ilkelerinin tamamen devre dışı bırakıldığı iddia edilmektedir.³²⁷ Gerçekten de söz konusu değişiklik, ihale dokümanının ulaşılabilirliğini ve dolayısıyla ihalenin saydamlığını açıkça kısıtlamaktadır. Zira ihaleye yalnızca davet edilenler katılabildiği için rekabet sınırlanmakta ve kapalı kapılar arkasında kalmaktadır. Başka bir deyişle 2012 yılında eklenen cümlelerin, 4734

³²² Kurul, K. 2012/UH.I-3424, T. 29.08.2012, **EKAP**; Kurul, K. 2014/UH.IV-4164, T. 24.12.2014, **EKAP**; Kurul, K. 2020/UH.IV-896, T. 22.05.2020, **EKAP**.

³²³ Danıştay 13. Daire, E. 2016/2551, K. 2016/4223, T. 15.12.2016, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

³²⁴ Danıştay 13. Daire, E. 2019/4200, K. 2020/18, T. 06.01.2020, **Danıştay Karar Arama**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

³²⁵ Danıştay 13. Daire, E. 2019/4203, K. 2020/383, T. 10.02.2020, **Danıştay Karar Arama**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

³²⁶ Danıştay 13. Daire, E. 2015/2762, K. 2015/3166, T. 16.09.2015, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023; Danıştay 13. Daire, E. 2016/4201, K. 2021/524, T. 17.02.2021, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023; Danıştay 13. Daire, E. 2016/2766, K.2016/4225, T. 15.12.2016, **Danıştay Karar Arama**, Erişim Tarihi: 01.11.2021.

³²⁷ Mustafa Yaşar Demircioğlu, “İhale Yolsuzluklarında Yeni Trend “Açık İhale” Usulünün Terki “Pazarlık Yoluyla İhale” Usulünün Keşfi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 115, Y. 2014, s. 160.

sayılı Kanun'un ulaşmak istediği saydam rekabete aykırılık teşkil ettiği söylenebilir. Buna rağmen Danıştay'ın davet edilme talebi değerlendirilirken takdir yetkisinin kullanılması ve gerçek bir değerlendirme sonucunda kararın sebepleriyle açıklanması yönündeki yaklaşımıyla, saydam rekabetin korunabilmesi için uygulamaya yol gösterici olduğu da bir gerçektir.

Sonuç olarak, ihale dokümanının ulaşılabilirliğinin 2012 yılında yapılan değişiklikle kısıtlanmasına rağmen; Danıştay'ın bu konuda rekabet açısından değerlendirmeyi gerekli kılan genişletici yaklaşımı da göz önüne alındığında 4734 sayılı Kanun'da ihale dokümanına kolayca ulaşılabilmesine ilişkin önemli ve tutarlı düzenlemelerin yer aldığı ve bunun da saydam rekabetin gerçekleşmesi amacına hizmet ettiği söylenebilir.

2. İhale Dokümanının Anlaşılabilirliği

Bir yarışmaya girmeyi düşünen kişiler ilk olarak yarışmanın koşullarını doğru şekilde öğrenmek ister. Bu koşulların herhangi bir tereddüde yer bırakmayacak netlikte belirlenmesi ve ortak olarak anlaşılması gerekir. Aksi halde yarışmaya girme düşüncesine sahip olanlar yorum yapmak durumunda kalır ve rekabet koşullarından emin olamaz. Bu durumun, adil bir yarış isteyenlerin yarışa katılıp katılmama kararını olumsuz yönde etkilemesi doğaldır. İhale bir yarışma olduğuna göre; bu açıklamaların 4734 sayılı Kanun kapsamındaki ihaleler için de geçerli olduğu söylenebilir.

4734 sayılı Kanun'a göre ihaleye katılmak; geçici teminatın getireceği belirli bir mali yüke katlanmak³²⁸ ve teklifin hazırlanması için emek ve mesai harcamak anlamına gelmektedir. Bu külfetlerin boşa çıkması ihtimali, doğal olarak kişilerin ihaleye dair kararlarını etkiler. Dürüst bir şekilde rekabet etmeye çalışanlar; ihale şartlarındaki belirsizliklerden rahatsızlık duyar. Tüm bunları göze alarak ihaleye katılanlar, belirsizlik ve tereddütlerin giderilememesi halinde zarar etmek istemeyeceği için gerçekçi bir teklif hazırlayamaz. Başka bir deyişle, ihale dokümanında farklı anlaşılmaya müsait ifadelere yer verilmesi yahut anlaşılması mümkün olmayan düzenlemelerin yer alması isteklilerin tekliflerini ve ihaleye katılma kararlarını etkiler.

³²⁸ Bkz. 4734 sayılı Kanun md. 33.

İhale dokümanında yer alan koşulların doğru şekilde anlaşılabilmesi için mesleki ve ticari bilginin yanı sıra; kapsamlı ve detaylı düzenleme konusu yapılan ihaleler hakkında da genel mahiyette bilgiye sahip olunmalıdır. Başka bir deyişle ihale dokümanında yer alan koşulların en doğru şekilde anlaşılabilmesi için Kurum tarafından çıkarılanlar başta olmak üzere pek çok düzenlemenin de bilinmesi gerekir.

Kurum, 4734 sayılı Kanun kapsamındaki ihalelerin doğru şekilde icra edilebilmesi için yönetmelik, tebliğ, standart ihale dokümanları, tip sözleşmeler ve benzeri birçok düzenleyici işlemle uygulamayı yönlendirme konusunda görevli ve yetkilidir.³²⁹ Kurum'un hazırlamış olduğu standart belgelerde, idareler tarafından ihtiyaçlara göre doldurulması için bazı boşluklar bırakılmakta; bunun dışında herhangi bir değişiklik yapılamamaktadır. İhale dokümanının neredeyse tamamı bu şekilde hazırlanmaktadır. Böylece alım konusuna ilişkin şartlar dışındaki düzenlemeler açısından tutarlılık sağlanarak ihale dokümanının herkes tarafından aynı şekilde anlaşılabilmesi için ortak bir birikim de oluşturulmaktadır.

İhale dokümanın önemli bir parçası olan şartnamelerde, idarenin yüklenici olarak seçilecek kişiden taleplerini şüpheyi yer vermeyecek şekilde açıklanmalıdır.³³⁰ Zira ihale sonucunda imzalanacak sözleşmede, ihalenin niteliği gereği ihale dokümanında yer alan şartlara aykırı hükümlere yer verilemez.³³¹ İhale dokümanı ve sözleşme arasında herhangi bir çelişki veya farklılık olması halinde ise ihale dokümanındaki düzenlemeler esas alınır. İhale dokümanı kendi içinde birçok bilgi ve belgeden oluştuğu için Kurum tarafından hazırlanan tip sözleşmelerde, ihale dokümanını oluşturan belgeler açısından öncelik sırasına yer verilmektedir.³³² Alım konusuna göre ihale dokümanını oluşturan belgelerde farklılaşma olduğu için tip sözleşmeler ve burada yer alan sıralamalar değişiklik göstermektedir. Başka bir deyişle ihale dokümanı içerisinde bir hiyerarşi kurularak sözleşmenin uygulanması aşaması aydınlatılmaya çalışılmıştır.

Sözleşmede ihale dokümanına aykırı bir düzenlemeye yer verilememesi ve uygulama aşamasına yönelik ihale dokümanı içinde kurulan hiyerarşi, ortak bir amaca hizmet etmektedir. Bu düzenlemeler sayesinde ihaleye katılarak yüklenici olma

³²⁹ Bkz. 4734 sayılı Kanun md. 53.

³³⁰ Yılmaz, **Kamu İhale Hukukunda Şartnameler**, s. 103.

³³¹ Bkz. 4734 sayılı Kanun md. 46/2 ve 4735 sayılı Kanun md. 4/1.

³³² Bkz. Kurum tarafından hazırlanan uygulama yönetmeliklerinin ekinde bulunan tip sözleşmelerin “(s)özleşmelerin (e)kleri” başlıklı maddeleri.

niyetinde olan istekliler, hesaplamalarını yaparken sözleşmenin uygulanması esnasını dikkate alacağı için tüm isteklilerin aynı öngörüyü paylaşarak rekabete girmesi sağlanmaktadır. Aksi bir yorum, belirli koşullara göre bir yarışma düzenlenmesi sonucunda sözleşme imzalanmasını, yani ihaleyi anlamsız kılar.

İhale koşullarının objektif şekilde anlaşılmasına yönelik bu çaba her zaman başarıya ulaşamaz. İhale dokümanında karışıklık veya anlaşılma sorunu çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. İhale dokümanı kapsamındaki bilgi ve belgelerde bazen açık ve net olmayan ifadeler kullanılır. Kimi zaman bunlar kendi içinde kimi zaman Kurum'un düzenlemeleri veya üst normlarla çelişir. Bu gibi durumlarda, istekliler ihale dokümanında açıklanmasına ihtiyaç duyulan hususlarla ilgili son teklif verme gününden yirmi gün öncesine kadar idareden yazılı şekilde açıklama talep edebilir.³³³ Başka bir deyişle çelişki veya başka bir sebepten ötürü anlaşılma sorunu olması halinde, idareye soru sorularak açıklama istenebilir. Böylece ihaleden haberdar olan istekli, ihalenin tüm koşullarını ihale dokümanından öğrenip varsa tereddütlü hususların açıklanması sonucunda sağlıklı şekilde teklif verebilir ve bu sayede gerçek bir rekabet tesis edilir.

Mal ve hizmet alımı ile yapım işleri şeklinde üç başlık altında basitçe toplanabilen 4734 sayılı Kanun kapsamındaki ihaleler, aslında idarelerin ihtiyaçlarının çeşitliliğinden ötürü konu bakımından oldukça zengindir. Bu durum ihale dokümanına ve koşullarına ilişkin Kurul kararlarına da yansımaktadır. Bu bağlamda, ihale dokümanının anlaşılabilirliği bakımından sıklıkla benzer sorunların ortaya çıktığını söylemek mümkündür. Bu sorunlar alıma ilişkin şartlarda eksiklik veya belirsizlik, ihale dokümanı kapsamındaki bilgi ve belgelerin kendi içinde çelişmesi veya bunların Kurul'un düzenlemeleri ve diğer mevzuatla çelişmesi olarak sıralanabilir.

Kurul'a göre alım konusunun niteliğine ve niceliğine yönelik özelliklerin tereddüde mahal bırakmayacak şekilde düzenlenmesi gerekmektedir.³³⁴ Aksi halde isteklilerin sunacağı tekliflerde sübjektif değerlendirmeler ortaya çıkar. Örneğin yemek hizmeti alımının söz konusu olduğu bir ihalede, yemek malzemelerinin çeşitleri ve miktarı konusundaki belirsizlik istekliler tarafından farklı gramaj ve malzemelere göre açıklama yapılmasına sebep olmuştur.³³⁵ Kurul'a göre ihale dokümanında

³³³ Bkz. 4734 sayılı Kanun md. 50/2.

³³⁴ Kurul, K. 2008/UM.Z-137, T. 14.01.2008, **EKAP**.

³³⁵ Kurul, K. 2013/UH.II-3386, T. 28.08.2013, **EKAP**.

kahvaltılık malzemeler için iki farklı gramaj belirlenmesi, poğaçanın gramajına yer verilmesine karşın çiğ girdi miktarına³³⁶ ve içeriğine yer verilmemesi sağlıklı şekilde teklif fiyatı oluşturulmasına engeldir.³³⁷ Benzer şekilde ihale konusu iş kapsamında gerekli personel ve kıyafet sayısının açık şekilde belirlenmemesi³³⁸, işçi sayısının ve işçilerin minimum ücret tutarının açık olarak belirtilmemesinin isteklileri tereddüde düşürdüğü sonucuna varılmıştır.³³⁹ Yine genel temizlik hizmeti alımı kapsamında ilaçlama hizmeti de yapılacak olmasına rağmen bunun bir maliyet bileşeni olarak hesaplanmaması, sağlıklı teklif verilmesine engel olan bir durum olarak değerlendirilmiştir.³⁴⁰

İhale dokümanındaki bilgi ve belgeler, isteklilerin sağlıklı teklif vermesine engel olmamalıdır. İhalede sunulacak belgelerin teklifle birlikte verilmesi isteniyorsa bu kapsamda değerlendirilecek belgelerin şekil ve içerik açısından idarece net bir şekilde belirlenmesi gerekmektedir.³⁴¹

İhale dokümanında yer alan birim fiyat teklif cetveli ve diğer düzenlemelerin birbiriyle çelişmesi halinde istekliler tekliflerini hazırlarken tereddüde düşeceklerdir.³⁴² İdari şartnameye göre üç farklı ücret ödenmesi gerektiği ifade edilmesine karşın birim fiyat teklif cetvelinde farklı ücret gruplarına ayrı satır açılmaması³⁴³ da aynı sonucu doğurur. Öte yandan, birim fiyat teklif cetvelinde satırlar açılmasına karşın ihale dokümanında düzenleme yapılmayan bir hususun cetvelde başka bir ad altında yer alan sayılara dahil edilmesi ve bunun için ayrı satır açılmaması da ihaleye sağlıklı teklif verilmesine engel olacaktır.³⁴⁴

İhale dokümanındaki düzenlemeler; Kanun'a, Kurum'un düzenleyici işlemlerine ve emredici diğer üst normlara aykırı olmamalıdır. İhale dokümanının parçası olan şartnameler ile diğer düzenlemelerin tamamının mevzuata uygun şekilde hazırlanması gerekmekte olup; buna aykırı düzenlemeler çelişki oluşturarak rekabeti engelleyecektir.³⁴⁵ Örneğin, ihale dokümanında en avantajlı teklifin en düşük fiyat

³³⁶ Kurul, K. 2021/UH.I-1449, T. 29.07.2021, **EKAP**.

³³⁷ Kurul, K. 2021/UH.II-781, T. 07.04.2021, **EKAP**.

³³⁸ Kurul, K. 2013/UH.II-2264, T. 29.05.2013, **EKAP**.

³³⁹ Kurul, K. 2010/UH.III-4003, T. 30.12.2010, **EKAP**.

³⁴⁰ Kurul, K. 2012/UH.II-619, T. 26.01.2012, **EKAP**.

³⁴¹ Kurul, K. 2014/UM.II-2307, T. 11.06.2014, **EKAP**.

³⁴² Kurul, K. 2011/UH.III-73, T. 06.01.2011, **EKAP**.

³⁴³ Kurul, K. 2011/UH.II-875, T. 28.02.2011, **EKAP**.

³⁴⁴ Kurul, K. 2017/UH.II-3433, T. 19.12.2017, **EKAP**.

³⁴⁵ Kurul, K. 2009/UH.I-1046, T. 09.03.2009, **EKAP**.

esasına göre mi yoksa fiyat ile birlikte fiyat dışı unsurların da dikkate alınarak mı belirleneceği konusunda belirsizlik bulunması ve mevzuata aykırı, birbiriyle çelişkili düzenlemelere yer verilmesi halinde ihalenin sonuçlandırılması mümkün değildir.³⁴⁶ Yine, 4857 sayılı İş Kanunu'na³⁴⁷ göre hafta tatili verilmesi zorunluluğuna ve fazla çalışmaya ilişkin yıllık üst sınıra aykırı şartname koşulları, tekliflerin sağlıklı hazırlanmasını engelleyecektir.³⁴⁸ İhale dokümanında yürürlükten kaldırılmış olan düzenlemelere atıf yapılması da teklif fiyatının oluşturulmasında tereddüde neden olacaktır.³⁴⁹

Yukarıda yer verilen Kurul kararlarını çoğaltmak mümkündür. Ancak bu kararlar Kurul'un yaklaşımını özetlemek için yeterlidir. Kurul'a göre ihalelere sağlıklı teklif verilebilmesi için ihale dokümanındaki düzenlemeler; açık ve net olmalı, belirsizlik veya çelişki içermemeli, diğer normlara aykırı olmamalı ve isteklilerde tereddüde sebep olmamalıdır. Başka bir deyişle, idare tarafından hazırlanan ihale dokümanının açık, herkes tarafından anlaşılabilir olması gerekmektedir.³⁵⁰ Zira ihale dokümanında çelişki, katılacak kişilerde tereddüde neden olmakta ve tam rekabet ortamının oluşmasını engellemektedir.³⁵¹

Danıştay'a göre ihale dokümanını oluşturan belgelerde yer alan düzenlemelerin birbiriyle uyumlu olması gerekir.³⁵² Aynı zamanda ihale koşulları, 4734 sayılı Kanun'un 5. maddesinde yer alan temel ilkelere hâle getirmeyecek şekilde açık ve net düzenlenmelidir.³⁵³ İhale dokümanında yer alan kurallar, tekliflerin hazırlanması ve değerlendirilmesi ile sözleşmenin uygulanması aşamalarında herhangi bir tereddüt veya çelişkiye yol açmamalıdır.³⁵⁴ Başka bir deyişle, ihalede katılımın ve dolayısıyla rekabetin tam olarak sağlanabilmesi için ihale dokümanının herkes tarafından anlaşılabilir olacak açıklıkta ve netlikte hazırlanması gerekmekte olup; ihale dokümanı bu

³⁴⁶ Kurul, K. 2009/UM.II-2731, T. 09.11.2009, **EKAP**.

³⁴⁷ R.G., T. 10.06.2003, S. 25134.

³⁴⁸ Kurul, K. 2012/UH.I-1066, T. 20.02.2012, **EKAP**.

³⁴⁹ Kurul, K. 2020/UH.II-101, T. 15.01.2020, **EKAP**.

³⁵⁰ Kurul, K. 2012/UH.I-2345, T. 04.06.2012, **EKAP**.

³⁵¹ Taşdelen, **Kamu Harcamaları Hukukunda İhale Süreci**, ss. 92-93.

³⁵² Danıştay 13. Daire, E. 2019/4171, K. 2020/42, T. 07.01.2020, Danıştay Kararlar Dergisi, S. 4, Y. 2020, ss. 294-303.

³⁵³ Danıştay 13. Daire, E. 2018/2994, K. 2018/2742, T. 09.10.2018, Danıştay Dergisi, S. 150, Y. 2019, ss. 188-196.

³⁵⁴ Danıştay 13. Daire, E. 2021/235, K. 2021/1192, T. 06.04.2021, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

şekilde hazırlanmamış ihaleler, Kanun'un öngördüğü amaçları gerçekleştirmekten uzak olacaktır.³⁵⁵

İhalede görünür bir rekabetin sağlanabilmesi için alım konusuna, isteklilere ve ihale sürecine ilişkin tüm açıklama ve kuralların herkes tarafından aynı şekilde anlaşılacak netlikte belirlenmiş olması zorunludur. Bu nedenle idarenin ihaleye ilişkin yaptığı düzenlemelerde anlaşılabilirliği gözetmesi gerekir. Ayrıca idareye yapılan şikayetler de ciddiyetle ele alınmalı ve ihale dokümanına ilişkin bilginin, istekli olabilecekler tarafından ortak şekilde anlaşılıp paylaşılabilecek nitelikte olduğundan emin olunmalıdır. Zira ihaleye ilişkin birçok koşulun yer aldığı ihale dokümanının anlaşılabilir olması açıklığın bir gereği olup bu şekilde kuşkuların giderilmesiyle ihaleye katılım artacak ve saydam rekabet gerçekleşecektir. Müphemlik ve çelişkiler isteklilerin doğru bilgiye ulaşmasını engellemenin yanında ihaleye katılma kararını olumsuz yönde etkilemekte yahut risk maliyetinin de tekliflere yansımaya sebep olmaktadır.³⁵⁶

Sonuç olarak, ihale koşullarının detaylı olarak belirlenmesine ilişkin kurallar, bunların belirsizlik yahut çelişki içermeden açık ve net olarak yapılmasına yönelik Kurum düzenlemeleri, tereddütlü hususlarda idareden açıklama talep edilebilmesi ve hem Kurul hem de Danıştay'ın ihale koşullarının anlaşılabilirliği ile katılım arasında kurmuş olduğu bağlantı göz önüne alındığında 4734 sayılı Kanun'da ihale dokümanının anlaşılabilirliğinin sağlanması açısından önemli ve tutarlı düzenlemelerin yer aldığı, bunun da saydam rekabetin gerçekleşmesi amacına hizmet ettiği söylenebilir.

B. İhale Usulünün Saydamlığı

4734 sayılı Kanun'un bir temel ilkesi olan saydamlık, tüm ihale usullerinde sağlanmalıdır. Bu bağlamda Kanun'da ihalenin ilanı ile tekliflerin aleni olarak

³⁵⁵ Danıştay 13. Daire, E. 2009/774, K. 2012/1947, T. 28.06.2012, Danıştay Dergisi, S. 132, Y. 2013, ss. 262-269.

³⁵⁶ Özkan, **op. cit.**, s. 189.

açılmasına³⁵⁷ ve ayrıca gerekçeli bilgi verilmesi ile sonuçların ilanına³⁵⁸ ilişkin kurallar öngörülmüştür.³⁵⁹

İhalede saydamlıktan bahsedilebilmesi için her şeyden önce usulüne uygun olarak ihalenin ilan edilmiş olması gerekir. İdarenin menfaati mümkün olduğu kadar çok isteklinin iştirakini icap ettirdiğinden; saydamlık ve bunun esaslı bir şekli olan ilanla bu maksat yerini bulur.³⁶⁰ Bu en önemli araç sayesinde ihalenin herkese duyurulması ve buna bağlı olarak gerçekleşen rekabet sonucunda en uygun bedelle en yetkin kişinin bulunması mümkün olmaktadır.³⁶¹ Başka bir deyişle ilan aracılığıyla ihaleye katılma potansiyeli olan bir çoğunluk arasında rekabet ortamı yaratılmakta³⁶² ve herkesle eşit mesafe kurulmaktadır. Bu nedenle ihalenin ilan edilmemesi, saydamlığı olumsuz etkileyeceği gibi diğer temel ilkeler de bu eksiklikten etkilenir.³⁶³

İlanda; yarışmaya dair koşullara, aday veya isteklilerde aranılan tüm özelliklere ve onlar için yararlı ve gerekli bilgilere rekabet ortamının tam olarak sağlanabilmesi için yer verilmek zorundadır.³⁶⁴ İlan, istekli olabilecekler için gerekli ve yeterli bilgileri içeren kısa bir belge olarak nitelenmekte ve ilanın amacının ihaleye katılıp katılmama konusunda yeterli bilginin duyurulması olduğu ifade edilmektedir.³⁶⁵ Ancak bu işlevi asıl olarak ihale dokümanının sağladığını söylemek daha doğru olacaktır. İlanın amacı ise bir ihalenin varlığını duyurarak temel koşullarını ve detaylı bilgiye nasıl ulaşılabileceğini göstermektir.

4734 sayılı Kanun'da ihalenin ilanına ilişkin düzenlemelere dağınık şekilde yer verilmiş olup³⁶⁶; ilanda, idareye ve ihaleye ilişkin tanımlayıcı bilgilere, ihalenin usulüne, ihale dokümanına nasıl ulaşılabileceğine, işe başlama ve bitiş tarihleri ile teslim veya ifa yerine, aranılan yeterlilik kriterlerine yer verilir. Ayrıca tekliflerin geçerlilik

³⁵⁷ Gözler, **op. cit.**, s. 117; Gözler/Kaplan, **op. cit.**, s. 444; Odyakmaz/Kaymak/Ercan, **op. cit.**, s. 273; Günday, **op. cit.**, s. 199; Giritli/Bilgen/Akgüner/Berk, **op. cit.**, s. 1321; Akgüner, **op. cit.**, s. 1120; Yılmaz, **op. cit.**, s. 91; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, **op. cit.**, ss. 498-499.

³⁵⁸ Sezer, **Kamu İhalelerine Katılma Yasağı**, ss. 47-48.

³⁵⁹ Özkan, **op. cit.**, s. 188; Aksoylu Ürger, **op. cit.**, s. 211.

³⁶⁰ Onar, **op. cit.**, s. 1618.

³⁶¹ Danıştay 13. Daire, E. 2007/1724, K. 2010/1168, T. 10.02.2010, **Legal Online Veritabanı**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

³⁶² Kutlu, **op. cit.**, s. 187.

³⁶³ Akdoğan, **op. cit.**, s. 60; Özkan, **op. cit.**, s. 186.

³⁶⁴ Kutlu, **op. cit.**, s. 189.

³⁶⁵ **Ibid.**, ss. 189-190.

³⁶⁶ Kanun'un 13. maddesinde ihale ilan süreleri ve kuralları ile ön ilana; 24. ve 25. maddelerinde ilanlarda bulunması gereken zorunlu unsurlara; 26. maddede ise ilanın uygun olmaması durumuna ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

süreleri, geçici teminat verileceği, teklif ve sözleşme türü, tekliflerin nereye verileceği, konsorsiyumların teklif verip veremeyeceği ve yerli isteklilere ilişkin düzenlemeler de ilanda bulunur. Ön yeterlilik ilanında ise ön yeterliliğe katılma şartları ve istenilen belgeler ve bunların değerlendirilmesinde uygulanacak kriterlere ve bu başvurunun nereye ve ne zamana kadar yapılabileceğine ilişkin bilgilere yer verilir.

Kanun'da ihale konusu alımın yaklaşık maliyeti, ihale usulü ve elektronik araçların kullanılması durumlarına göre çeşitli ilan süreleri ve kuralları belirlenmiştir. İlanla saydam rekabetin sağlanabilmesi için ilanın verileceği yer ve ilandan sonraki zaman da önem arz etmektedir.³⁶⁷ İsteklilerin teklif hazırlayabilmek için belirli bir zamana ihtiyaç duyacağı muhakkaktır. İlan ile son teklif verilme zamanı arasında yeterli sürenin bulunmaması, ilanla yaratılan potansiyel rekabetten beklenen sonuçlara ulaşmayı güçleştirir. Bu açıdan Kanun'da gerçekçi teklifler hazırlanabilmesi için yeterli sürelerin öngörüldüğünü söylemek mümkündür.³⁶⁸ Öte yandan, ihale ilanının yayınlanacağı yerler bakımından Kanun'da asgari koşullar düzenlenmiştir. Alım konusunun niteliğine ve yaklaşık maliyete göre işin yapılacağı yerde çıkan gazetelerde ve/veya Kamu İhale Bülteni'nde ihale ilan edilmektedir. Aynı zamanda EKAP üzerinden de ihale ilanlarına ulaşılması mümkündür. Bu açıdan ihale ilanlarına kolaylıkla erişilebildiği ve saydam rekabetin sağlanabilmesi için Kanun'da gerekli ilan kurallarına yer verildiği söylenebilir.

Kanun'un 13. maddesiyle, idarelere yıl içerisinde ihale edilmesi planlanan ve yaklaşık maliyeti eşik değerlere eşit veya daha fazla olan alımları mali yılın başında, olabilecek en kısa sürede ön ilanla duyurma imkânı da verilmiştir. Düzenlemeye göre ön ilanda; idare bilgilerine, çerçeve anlaşma yapılıp yapılmayacağına, ihalenin adına, niteliğine, türüne, yapılacağı yere, hangi çeyrekte yapılacağına ve alım konusuna ilişkin tahmini miktarlara yer verilmesi zorunludur. Bu konuda idarelere takdir yetkisi tanınmış olup; kaynakların verimli kullanılması için gerekli olması halinde bu yetki ile ön ilan gerçekleştirilerek ihalede saydamlık ve rekabet artırılabilir.

Öte yandan, ihalede saydamlıktan bahsedilebilmesi için tekliflerin istekliler huzurunda açılması gerekir.³⁶⁹ Böylece bütün istekliler ve orada hazır bulunan

³⁶⁷ Sezer, "İyi İdare İçin Yönetimde ve Kamu İhalelerinde Açıklık (Şeffaflık)", s. 161.

³⁶⁸ Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, s. 371.

³⁶⁹ 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun tasarisına ve 36. maddesi gerekçesine ulaşmak için bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d21/c082/tbmm21082047ss0794.pdf>, Erişim Tarihi: 26.12.2022.

kimseler, ihale konusu alım için verilmiş olan fiyat tekliflerini öğrenmiş olur. Başka bir deyişle yarışmaya katılanların, yarışmanın koşullarına uymak için sunduğu evraklar ve hangi fiyat teklifiyle yarıştığı aydınlatılmış olur.

Kanun'un 36. maddesinin 1. fıkrası uyarınca teklifler, ihale dokümanında gösterilen oturum saatine kadar idareye teslim edilir. Belirtilen saatte kaç teklif verilmiş olduğu ihale komisyonu tarafından bir tutanakla tespit edilerek hazır bulunanlara duyurulur. Ardından ihale komisyonu, teklif zarflarını teslim alma sırasına göre inceleyerek uygun olmayanları bir tutanağa bağlar ve bunlar değerlendirmeye alınmaz. Zarflar alınış sırasına göre istekliler ve hazır bulunanlar önünde açılır. Aynı maddenin 2. fıkrasına göre ihale komisyonu tarafından belgelerin eksik olup olmadığı, teklif mektuplarının ve geçici teminatların usulüne uygun olup olmadığı incelenir. Bunlardan eksik veya usulüne uygun olmayanlar tutanakla tespit edilir. Ardından isteklilerin teklif fiyatları ve yaklaşık maliyet açıklanır. Bu aşamada tekliflerin reddi veya kabulüne karar verilmez. İhale komisyonunca tekliflerin detayları değerlendirilmek üzere ilk oturum kapatılır.

Kanun'un 37. maddesinin 1. fıkrasına göre tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında, tekliflere ilişkin net olmayan hususlarda isteklilerden yazılı olarak tekliflerini açıklamaları istenebilir. Ancak bu açıklama, teklif fiyatının değişmesi veya dokümana uygun olmayan teklifin uygun hale getirilmesi sonucunu doğuramaz. Aynı maddenin 2. fıkrası uyarınca ihale komisyonu tarafından teklifler değerlendirilirken belge eksikliği, teklif mektubu veya geçici teminatında usule aykırılık bulunanların değerlendirme dışı bırakılmasına karar verilir. Belgelerinde teklifin esasını değiştirmeyecek bilgi eksikliği bulunanlardan bunları tamamlaması yazılı olarak istenir. Eksik belgesi bulunmayan ve ayrıca teklif mektubu ile geçici teminat mektubu usulüne uygun olanların teklifleri ayrıntılı olarak incelenir.

Kanun'un 41. maddesine göre ihalenin ekonomik açıdan en avantajlı teklif seçilerek ihale yetkilisi tarafından onaylanmasından sonra, en geç üç gün içerisinde tüm isteklilere ihale sonucu, tekliflerin değerlendirmeye alınmama ve uygun bulunmama gerekçelerine de yer verilerek bildirilir. Tüm bu süreci izleyenler, istekliler arasında kurallı bir yarışma yapıldığına şahit olur.

İhalede saydamlığın ilan ve tekliflerin aleni olarak açılması sebebiyle sınırlanması mümkün değildir. Bu işlemler takip edilerek bir sonuca ulaşılır ve bu

sonucun ilan edilmesi de sürecin görünürlüğüne katkı sunar. Bu nedenle ihale sonucu Kurum'a bildirilir ve Kamu İhale Bülteni'nde yayımlanır.³⁷⁰

İhalenin ilan edilmesi, tekliflerin hazırlanabilmesi için yeterli süre tanınması, tekliflerin aleni oturumda açılması, kararlara ilişkin gerekçelerin bildirilmesi ve ihale sonucunun ilanı; temel ihale usullerinde eksiksiz olarak uygulanmaktadır. Öte yandan, sürekli değişen dünya koşullarında bu işlemlerin gerçekleştirilmesi yöntemleri de değişmekte ve bazılarının saydamlık ilkesini daha işler hale getirdiği gözlemlenmektedir. Nitekim gelişen teknolojik araçlar; bilginin hızla paylaşılmasına, süreçlerden daha kolay haberdar olunmasına ve daha az eforla daha etkili işlemler gerçekleştirilmesine olanak sağlamaktadır. İhalelerde gelişen elektronik uygulama yöntemlerinin daha fazla yer bulması sonucunda bir yandan ihale masrafları azalırken diğer yandan saydamlığın sağlanması kolaylaşmaktadır.

Sonuç olarak ihalelerde saydam rekabetin sağlanabilmesi için saydamlık ilkesinin tam manasıyla işletildiği temel ihale usullerine (1) ve saydamlık ilkesinin ulaşmak istediği amaçlara erişmeyi kolaylaştıran elektronik uygulama yöntemlerine (2) öncelik verilmesi gerekir.

1. Temel İhale Usullerinin Önceliği

4734 sayılı Kanun'a göre yapılacak ihalelerde açık ve belli istekliler arasında ihale usulleri temel usullerdir. Bu iki usul dışında kalan ihale usulleri, Kanun'da belirtilen özel durumlarda kullanılabilir. Temel usullere ilişkin bu düzenleme, Kanun'un 5. maddesinin 4. fıkrasında bir temel ilke olarak düzenlenmiştir.

Artık doğrudan temin bir ihale usulü olmadığı için diğer ihale usullerinden yalnızca pazarlık usulünün anlaşılması gerekir. Başka bir deyişle, açık ve belli istekliler arasında ihale usulleri temel usul; pazarlık usulü ise istisnai bir ihale usulüdür.

Bu temel ilkenin düzenlendiği 4. fıkraya 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname³⁷¹ ile bir cümle eklenmiştir. Kanun'da birçok değişiklik yapılmış olmasına karşın 5. maddesinin, 703 sayılı KHK ile eklenen cümleye kadar neredeyse hiç

³⁷⁰ Bkz. 4734 sayılı Kanun md. 47.

³⁷¹ R.G., T. 09.07.2018, S. 30473.

değişikliğe uğramadığı söylenebilir.³⁷² Söz konusu KHK ile Kanun'un 5. maddesinin 4. fıkrasına aşağıdaki cümle eklenmiştir:

“Cumhurbaşkanlığı hizmetlerinin özelliği ve güvenlik şartlarına uygun şekilde yerine getirilme zorunluluğu nedeniyle Cumhurbaşkanlığınca gerçekleştirilecek her türlü mal ve hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin ihaleler bu Kanunun 21 inci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendine göre yapılabilir.”

Eklenen cümlelerin ilk kısmında bir zorunluluğa işaret edilerek 21. maddenin (c) bendine göre, yani savunma ve güvenlikle ilgili özel durumların ortaya çıkması ve ihalenin ivedi olarak yapılması zorunluluğunda da başvurulabilen istisnai pazarlık usulünün uygulanabileceği ifade edilmektedir. Yalnızca organik bakımdan bir belirleme yapılarak temel ilkenin dışına çıkılabilmesi için Cumhurbaşkanlığı'na takdir yetkisi verilmekte ve temel ilkeye istisna getirilmektedir.

Eklenen cümlede bahsedilen zorunluluğun gerçek bir zorunluluk olup olmadığı da ayrı bir tartışma konusudur. Böyle bir düzenlemenin ancak gerekçesinde yer alması makul kabul edilebilecek bir nedenin, madde metnine eklenmiş olması da izaha muhtaçtır. Zaten Kanun'da, organik ve fonksiyonel açıdan bir sınırlama yapılmadan 21. maddenin (c) bendi uygulanmaktadır. 2014 – 2021 yılları³⁷³ arasındaki kamu alımları izleme raporları incelendiğinde, getirilen istisna öncesi ve sonrası bakımından bir ayırım yapmak da mümkün gözükmemektedir.³⁷⁴ Başka bir deyişle söz konusu düzenlemenin herhangi bir pratik ihtiyacı karşıladığı söylenemez. Bu somut örnekten hareketle artık kanun koyucunun 4734 sayılı Kanun'a ilişkin bir düzenleme yaparken, Kanun'un sistematığına ve amacına uygun olarak tasarlama kaygısını iyice elden bıraktığı söylenebilir.

³⁷² Bu cümle, Kanun'un yürürlüğe girdiği dönemden bu yana söz konusu maddede gerçekleşen ikinci ve son değişikliktir. 4964 sayılı Kanun ile yapılan ilk değişiklikte, ÇED raporu alma zorunluluğunun uygulanmayacağı özel durumlar daha somut hale getirilmiştir.

³⁷³ Kamu alımları izleme raporlarında, 2014 yılından itibaren günümüze kadar pazarlık usulünün hangi bent kapsamında gerçekleştirildiğine ilişkin adet ve parasal büyüklük bakımından verilere yer verilmektedir.

³⁷⁴ 2018 yılında pazarlık usulüyle yapılan ihaleler içinde 21. maddenin (c) bendi kapsamında yapılan ihaleler, parasal büyüklük açısından %12,89'a ulaşarak bu yıllardaki (2014 - 2021) en yüksek oranda gerçekleşmiştir. (Kamu İhale Kurumu, Kamu Alımları İzleme Raporu 2018, https://dosyalar.kik.gov.tr/genel/Raporlar/Kamu_al%C4%B1mlar%C4%B1_izleme_raporu_2018_y%C4%B1lsonu_rev8.pdf, s. 4, Erişim Tarihi: 16.01.2023) Ancak 2018 yılında Cumhurbaşkanlığı'nca 4734 sayılı Kanun kapsamında yalnızca 9 adet ihale gerçekleştirildiği için bu artışın başka bir sebebi olduğu düşünülebilir. Bkz. *Ibid.*, s. 13, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

2014 – 2021 yıllarına ilişkin sekiz yıllık kamu alımları izleme raporları incelendiğinde, temel veya istisnai ihale usulü ayrımının uygulama açısından pek bir önemi kalmadığı anlaşılmaktadır. Zira bu yıllarda adet olarak açık ihale usulü %70-74 arasında değişen oranlarda ve belli istekliler arasında ihale usulü %1'in altında gerçekleşirken; aynı oran, pazarlık usulünde %25-29 arasında değişiklik göstermektedir. Başka bir deyişle 4734 sayılı Kanun kapsamında gerçekleştirilen ihalelerin adet olarak en az dörtte biri pazarlık usulü ile gerçekleştirilmektedir. Ayrıca oranlardaki değişkenliğin %4'le sınırlı kaldığı, yani bu yıllarda ihale adedi oranları bakımından büyük bir değişiklik olmadığı söylenebilir. Ancak aynı sonuca ihalelerin parasal büyüklüğü açısından ulaşmak mümkün değildir. 2014 yılında gerçekleştirilen ihalelerin, adet olarak %28,31'i ve parasal büyüklük açısından %9,52'si pazarlık usulüyle gerçekleştirilmiştir. 2021 yılında adet olarak benzer şekilde %27,82'si pazarlık usulüyle gerçekleştirilirken bunun parasal büyüklüğü %27,44'e ulaşmıştır. Başka bir deyişle 2014 ve 2021 yılları kıyaslandığında, pazarlık usulü ile yapılan ihale adedi bakımından oransal olarak önemli bir fark bulunmazken; söz konusu ihalelerin parasal büyüklüğü oransal olarak yaklaşık üç katına çıkmıştır.

Uygulama sonucunda ortaya çıkan istatistiki veriler durumu özetlemektedir. Pazarlık usulünün hem adet hem de parasal büyüklük açısından ulaştığı seviye düşündürücüdür. Ancak Kanun'un, 5. maddesinin 4. fıkrasının bu sonucu hedeflemediği, daha açık uygulamalara imkân sağladığı için temel usulleri önelediği ve temel usullerle saydam rekabetin gerçekleştirilmesini amaçladığı anlaşılmaktadır.

Sonuç olarak, 4734 sayılı Kanun'da bir temel ilke olarak temel ihale usullerine öncelik verildiği ve diğer ihale usulü olan pazarlığın istisnai nitelikte öngörüldüğü; temel usullere öncelik verilerek saydam rekabetin sağlanmasının amaçlandığı (a) ve dolayısıyla idarelerin tercihleri sebebiyle kimi hallerde bunu sağlayamayan pazarlık usulünün de istisnai hallerle sınırlandığı (b) söylenebilir.

a. Temel İhale Usullerinin Önceliğinin Amacı

Açık ihale usulü, Kanun'un yürürlüğe girmesinden bu yana bir ihale usulü olma niteliği ve ilgili maddesi hiç değişmemiş, bütün isteklilerin teklif verebildiği herkese açık temel ihale usulüdür.³⁷⁵ Bu nedenle idareye başvuran herkes, ihale dokümanı

³⁷⁵ Bkz. 4734 sayılı Kanun md. 19.

olarak istekli olabilecek sıfatını kazanabilmektedir. Doğal olarak yeterlilik şartlarını sağlasın veya sağlamasın doküman alan herkes teklif de sunarak istekli olabilmektedir.

Kanun'un 20. maddesine göre belli istekliler arasında ihale usulü, idare tarafından yapılan bir ön yeterlilik değerlendirmesi sonucunda seçilenlerin teklif verebildiği usuldür. Bu usulde idare, ön yeterlilik dokümanı ile ön yeterlilikte gözetilecek koşulları belirler. Ön yeterlilik değerlendirmesine katılmak isteyen adaylardan asgari yeterlilik koşullarını sağlayamayanlar, devam eden aşamalara katılmak için yeterli kabul edilmez. Yeterli olduğu tespit edilenlerin de ön yeterlilik dokümanında açıklanmış olan kriterlere göre sıralanması sonucunda, bir kısmının veya tamamının teklif vermeye davet edilmesi mümkündür. Teklif vermeye davet edilmeyenlere, bu durum gerekçeleri ile birlikte yazılı olarak bildirilir. Bu işlemler sonucunda aday sayısının beşten az olması veya teklif veren istekli sayısının üçten az olması halinde ihale iptal edilir. Ancak isteklilerin sayısının üçten az olması durumunda, ihale dokümanı gözden geçirilerek varsa hataların ve eksikliklerin giderilmesi sonucunda, daha önce yeterli kabul edilen adaylar, teklif vermeye tekrardan davet edilebilir.

Kanun'un 20. maddesinin 1. fıkrasına göre belli istekliler arasında ihale usulü, alım konusunun uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektirmesinden ötürü açık ihale usulünün uygulanamadığı durumlarda ve ayrıca yaklaşık maliyeti eşik değerin yarısını aşan yapım işlerinin gerçekleştirilmesinde uygulanabilir.

İlk durumda, uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektirip gerektirmediğinin tespiti, idarenin takdir yetkisinde olup; açık ihale usulünün uygulanamaması sonucunu doğuracak bu tespitin tereddüt oluşturmayacak şekilde objektif olarak yapılması ve gerekçelendirilmesi gerekir.³⁷⁶

Yaklaşık maliyeti eşik değerin yarısını aşan yapım işi ihalelerinde ise, belli istekliler arasında ihale usulünün uygulanması zorunlu olmayıp idarenin, açık veya belli istekliler arasında ihale usullerinden birini seçme konusunda takdir yetkisi vardır.³⁷⁷ Başka bir deyişle yaklaşık maliyeti eşik değerin yarısını aşan yapım işlerinin açık ihale usulü ile de yapılması mümkündür.

³⁷⁶ Uz, **Kamu İhale Hukuku**, s. 194.

³⁷⁷ Kurul, K. 2010/UY.I-1122, T. 20.04.2010, **EKAP**.

Açık ihale usulünde de yeterlilik kriterlerine yer verilmekte olup; belli istekliler arasında ihale usulünde gerçekleştirilen ön yeterlilik süreci, aslında daha özel bir yeterlilik değerlendirmesidir. Bu iki yeterlilik değerlendirmesini birbirinden ayıran en önemli fark; birinin değerlendirmesinin tekliflerin sunulduğu aşamada ötekinin ise henüz teklifler alınmadan gerçekleştiriliyor olmasıdır.

Açık ve belli istekliler arasında ihale usullerinin, temel ihale usulü olarak belirlenmesinin 4734 sayılı Kanun'un amaçladığı sonucun gerçekleştirilmesinde önemli işlevleri bulunmaktadır. Her ikisinin de saydamlığı öncelediği ve bu nedenle temel ihale usulü olarak belirlendiği anlaşılmaktadır.

Öte yandan, açık ihale usulü dışında saydamlığın ve rekabetin tam olarak sağlanamadığı da iddia edilmektedir.³⁷⁸ Belli istekliler arasında ihale usulünün tamamını kapsayan bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira belli istekliler arasında ihale usulünün gerçekleştirildiği birinci durumda (işin uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektirmesi) açık ihale usulünün uygulanamıyor olması gerekir. Ancak ikinci durum bakımından (yaklaşık maliyeti eşik değerin yarısını aşan yapım işi ihaleleri), açık ihale usulünün uygulanması imkânı varken belli istekliler arasında ihale usulünün seçilmesi ve bu usulde davet edilenlerin sınırlandırılması rekabeti daraltabilecektir.

Temel ihale usulleri olan açık ve belli istekliler arasında ihale usullerinin her ikisinde de ihale ilan edilmekte, teklifler aleni olarak açıklanmakta ve sonuçlar yayınlanmaktadır. Ancak uygulanmasında herhangi bir nitelik ve şart aranmadığı için açık ihale usulünün en temel usul olduğu söylenebilir.³⁷⁹ Nitekim Danıştay da yapılacak ihalelerde öncelikle açık ihale usulünün esas alınması³⁸⁰ veya uygulanması³⁸¹ gerektiğine işaret etmektedir.

Özetle, açık ve belli istekliler arasında ihale usulleri, ihalede dürüstlüğü sağlanması açısından daha güvenceli usuller olduğu için temel usul olarak

³⁷⁸ Taşdelen, **Kamu Harcamaları Hukukunda İhale Süreci**, s. 77.

³⁷⁹ Gök, **op. cit.**, s. 21.

³⁸⁰ Danıştay 13. Daire, E. 2009/4101, K. 2010/8217, T. 03.12.2010, Danıştay Dergisi, S. 126, Y. 2011, ss. 414-417; Danıştay 13. Daire, E. 2021/103, K. 2021/621, T. 23.02.2021, Danıştay Kararlar Dergisi, S. 6, Y. 2021, ss. 397-403.

³⁸¹ Danıştay 13. Daire, E. 2021/1242, K. 2021/2094, T. 07.06.2021, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023; Danıştay 13. Daire, E. 2021/5112, K. 2022/841, T. 03.03.2022, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023. Öte yandan Danıştay bazı kararlarında öncelikle uygulanacak ihale usulü olarak açık ihale usulünün yanında belli istekliler arasında ihale usulünü de saymaktadır. Bkz. Danıştay 13. Daire, E. 2021/2112, K. 2021/2178, T. 10.06.2021, **Danıştay Karar Arama**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

belirlenmiştir.³⁸² Temel usuller, 4734 sayılı Kanun'da yer alan temel ilkelerin de tam olarak uygulanmasının amaçlandığı usullerdir. Bu nedenlerden ötürü Kanun'da temel usullerin önceliği ilkesine yer verilmiştir.

Açık ve belli istekliler arasında ihale usullerinin temel usuller olarak belirlenmesinin bir amacı da kaynakların verimli kullanılmasını sağlamaktır. Nitekim 2014 yılı istatistiklerinin esas alındığı bir çalışmaya göre, sözleşmelerin yaklaşık maliyete göre ortalama %20 daha düşük bir bedelle imzalanmış olması açık ihale usulünün etkinliğini göstermektedir.³⁸³ Aynı yılda bu oran, belli istekliler arasında ihale usulünde %24 oranında gerçekleşmiş olmasına karşın; bu usulle yapılan alımların yüksek meblağlı olmasının anlaşmalı teklif sunulması ve yolsuzluk riskini artırabileceğine o yıllarda dikkat çekilmiştir.³⁸⁴ Gerçekten de yaklaşık maliyetle sözleşme bedeli arasındaki oran 2014 yılında %24 gibi yüksek bir oran iken, 2021 yılında %1'lere kadar düşmüştür.³⁸⁵

Tüm usuller açısından daha sağlıklı bir değerlendirme yapabilmek için 2014 – 2021 yıllarına ilişkin kamu alımları izleme raporlarında yer alan sözleşme bedeli ile yaklaşık maliyet arasındaki ortalama farklara bakılabilir.³⁸⁶ Açık ihale usulünde %18-21 arasında değişen oranların, pazarlık usulünde %9-16 seviyelerinde kaldığı, bu nedenle ortalamalara göre yaklaşık maliyete oranla sözleşme bedelinin açık ihale usulünde objektif olarak çok daha fazla düştüğü açıktır. Belli istekliler arasında ihale usulünde ise %12-25 arasında değişen oranların³⁸⁷ kimi zaman açık ihale usulünü geçtiği kimi zaman pazarlık usulünün altında kaldığı görülmektedir. Bu nedenle belli istekliler arasında ihale usulü için açık ihale usulü bakımından yapılan tespiti yapmak

³⁸² Aksoylu Ürger, **op. cit.**, s. 209.

³⁸³ Barış Özer/Mustafa Mıynat, "Türkiye'de Uygulanan Kamu Tedarik Usullerinin Yolsuzluk Riski Açısından Analizi", **Celal Bayar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, C. 14, S. 2, Y. 2016, s. 41.

³⁸⁴ **Ibid.**, s. 42.

³⁸⁵ Kamu İhale Kurumu, Kamu Alımları İzleme Raporu 2021, https://dosyalar.kik.gov.tr/genel/Raporlar/Kamu_alimlari_izleme_raporu_2021_yilsonu.pdf, s. 8, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

³⁸⁶ Kamu İhale Kurumu, Kamu Alımları İzleme Raporu 2014 – 2021, https://ihale.gov.tr/kamu_alimlari_izleme_raporlari-45-1.html, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

³⁸⁷ 2021 yılına ilişkin Kamu Alımları İzleme Raporu'na göre belli istekliler arasında ihale usulü sonucunda imzalanan sözleşmelerin bedeli, yaklaşık maliyetlerden ortalama %1 daha düşüktür. Bu oran belli istekliler arasında ihale usulü açısından ilk kez karşılaşılmış bir orandır. Bu nedenle belli istekliler arasında ihale usulü için 2014 – 2020 yılları dikkate alınarak %12-25 arasında değişen oranlar bulunmuştur. Şayet 2014 – 2021 yılları esas alınsaydı bu aralığın %1-25 şeklinde ifade edilmesi gerekecekti. Ancak yalnızca bir yılın geri kalan yedi yılda ortaya çıkan sonucu tam olarak yansıtmayan bir görünüm vermesi doğru olmayacağı için 2014 – 2020 yılları esas alınmıştır.

mümkün olmasa da kimi zaman açık ihale usulüne göre daha yüksek oranlarda düşüş sağladığı da bir gerçektir.

4734 sayılı Kanun’a göre temel usullerde ihalenin ilanı, tekliflerin aleni olarak açılması ve sonuçların duyurulmasıyla saydam rekabetin sağlandığı; bu sayede sözleşme bedellerinin yaklaşık maliyete göre daha fazla düşmesi mümkün kılınarak ihalede rekabetin sağlanmasıyla ulaşılmak istenen amacın da tam olarak gerçekleştirildiği söylenebilir.

b. Pazarlık Usulünün İstisnailiği

4734 sayılı Kanun’un “(t)*anımlar*” başlıklı 4. maddesine göre pazarlık usulü, Kanun’un 21. maddesinde yer alan hallerde kullanılabilen; ihale konusu işe ilişkin teknik detayların, uygulama yöntemlerinin, belli hallerde fiyatın isteklilerle görüşüldüğü ve ihale sürecinin iki aşamalı olarak gerçekleştirildiği usul olarak tanımlanmıştır. Madde gerekçesinde ve 4734 sayılı Kanun’un genel gerekçesinde yer verildiği üzere pazarlık usulü; uluslararası mevzuata paralel olarak, özelliği olan ve ivedilikle yapılması gereken işlerle sınırlı bir usul olarak öngörülmüştür.³⁸⁸

Pazarlık usulünün uygulanabileceği haller, sınırlayıcı sayım yoluyla altı bent halinde Kanun’da belirlenmiştir. Bu halleri; temel usullerin uygulanması sonucunda teklif çıkmaması, idarece öngörülemeyen olaylar nedeniyle ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması, savunma ve güvenlikle ilgili özel bir durumun ortaya çıkması, alım konusunun özgün ve karmaşık oluşunun alıma ilişkin özelliklerin belirlenmesini engellemesi, alımın araştırma-geliştirme gerektirmesi ve seri üretime konu olmaması ve son olarak mal ve hizmet alımlarında yaklaşık maliyetin 1.439.543 TL’yi³⁸⁹ aşmaması şeklinde Kanun’a göre sıralamak mümkündür.

Bu usulün uygulanabilmesi için 21. maddede sayılan koşullardan birinin gerçekleşmesi zorunlu olup; somut olayda sebebin gerçekleştiği sağlıklı şekilde ortaya konulmalıdır.³⁹⁰ Bu sebeplerden birinin ortaya çıkması bu usulün uygulanmasını zorunlu kılmamakta, belirli hallerde kamu yararının açık ihale usulü yerine pazarlık

³⁸⁸ Danıştay 13. Daire, E. 2019/4191, K. 2021/369, T. 09.02.2021, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

³⁸⁹ 2023/1 nolu Kamu İhale Tebliği, R.G., T. 25.01.2023, S. 32084.

³⁹⁰ Uz, **Kamu İhale Hukuku**, s. 196.

usulü ile tesis edilebileceği³⁹¹ düşünülerek idarelere bu konuda bir takdir yetkisi tanınmaktadır.³⁹²

Pazarlık usulü, ilansız ve ilanlı olmak üzere ikiye ayrılabilir. Kanun koyucu, 21. maddenin (b), (c) ve (f) bentlerinde yer alan hallerde ilan yapılmasını zorunlu tutmamıştır. Bu nedenle bu usul ilansız pazarlık usulü olarak da anılmaktadır. İlansız pazarlık usulünün uygulandığı hallerde, idarelerin ilan yayınlamasını engelleyen bir düzenleme olmayıp; ihalenin ilan edilmesi halinde Kanun'un ilan kuralları ve usulüne uyulmalıdır.³⁹³ Pazarlık usulünde herhangi bir teklif sınırlaması bulunmamasına rağmen ilansız pazarlık usulünde en az üç kişinin davet edilerek, fiyat tekliflerini ve yeterlilik belgelerini birlikte vermesi istenir. Tüm bu işlemlerde; rekabet, eşit muamele ve kaynakların verimli kullanılması gibi ilkelere ve Kanun'un amir hükümlerine uyulması gerekir.³⁹⁴

Üçten fazla isteklinin davet edilmesi idarenin takdir yetkisi kapsamındadır.³⁹⁵ Kanun'da en az kaç isteklinin ihaleye katılması ve/veya yeterli görülmesi halinde rekabetin oluşacağına ilişkin bir düzenleme yoktur.³⁹⁶ Bu nedenle, üç istekliyi davet etmek yeterli görülüp; bunlardan iki tanesi teklif göndermese ve biri teklif gönderse bile ihale gerçekleştirilmektedir.³⁹⁷ Ancak davet edilenlerin vermiş olduğu teklif zarflarının yalnızca birinin fiyat teklifi içermesi durumunda, rekabet koşulları oluşmadığı için ihalenin idarelerce iptal edilebileceği ve Kurul'un idarenin iptal kararında mevzuata aykırılık görmeyeceği³⁹⁸ söylenebilir.

Kanun'un ilk halinden beri değişmeden yer alan (c) bendi, ilansız pazarlık usulünün uygulanması sebeplerinden biridir. Bu bende göre savunma ve güvenlikle ilgili özel durumların ortaya çıkması sonucunda ihalenin ivedilikle yapılmasının zorunlu olması gerekir. İvedilik şartı aranmaksızın savunma ve güvenlikle ilgili durumlara, Kanun'un “(i)stisnalar” başlıklı 3. maddesinin (b) bendinde de yer verilmektedir. Kanun'un kapsamı dışına çıkılmasını mümkün kılan 3. maddenin (b) bendindeki istisna ile 21. maddenin (c) bendine yer alan bu hükmün uygulama alanı

³⁹¹ Demircioğlu, **op. cit.**, s. 158.

³⁹² Akel, **op. cit.**, s. 32.

³⁹³ Kurul, K. 2007/UM.Z-3644, T. 12.11.2007, **EKAP**.

³⁹⁴ Kurul, K. 2008/UY.Z-910, T. 25.02.2008, **EKAP**.

³⁹⁵ Kurul, K. 2010/UH.I-686, T. 02.03.2010, **EKAP**.

³⁹⁶ Kurul, K. 2012/UH.I-3635, T. 19.09.2021, **EKAP**.

³⁹⁷ Demircioğlu, **op. cit.**, s. 130.

³⁹⁸ Kurul, K. 2016/UH.I-980, T. 06.04.2016, **EKAP**.

daraltılmıştır.³⁹⁹ Nitekim bu iki düzenlemeye göre yapılan alımların kıyaslaması yapıldığında bu durum gözlemlenmektedir.⁴⁰⁰

Parasal büyüklük bakımından pazarlık usulü kapsamında yapılan harcamaların büyük çoğunluğu⁴⁰¹ (b) bendi uyarınca gerçekleştirilmektedir. Bu nedenle ilansız pazarlık usulü açısından bu bendin daha yakından incelenmesi isabetli olacaktır. Bu esnada ivedilik bakımından yapılan açıklamaların, (c) bendinde de ivedilik şartının yer alması sebebiyle iki bent için ortak olduğunu söylemek mümkündür.

Kanun'un yürürlüğe girdiği ilk halinde 21. maddenin (b) bendinde iki sebebe yer verilmiştir. Kanun tasarısında doğal afet, salgın hastalık, can ve mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen olayların ortaya çıkması şeklinde yalnızca bir sebep düzenlenmişken; komisyon görüşmelerinde idarece önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması ihtimali de ikinci sebep olarak kabul edilmiştir.⁴⁰² 2018 yılında 7144 sayılı Kanun⁴⁰³ ile iki sebep daha eklenmiş; alım konusunun yapım tekniği açısından özellik arz etmesi ile idarenin yapı veya can ve mal güvenliğinin sağlanması açısından ihalenin ivedilikle yapılması gerekliliğini tespit etmesi halleri de bent kapsamına alınmıştır.⁴⁰⁴ Bu dört sebepten biri veya birkaçıyla birlikte ivedilik şartının da sağlanması gerekmektedir. Başka bir deyişle, sebep ile ivedilik şartının bir arada ve birbirine bağlı olarak gerçekleşmesi zorunlu olup⁴⁰⁵, birinin varlığı bu usulün uygulanabilmesi için yeterli değildir.⁴⁰⁶

³⁹⁹ Yasin Sezer, "Kamu İhalelerine Katılmada Davet Yöntemi", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, Özel Sayı, Y. 2014, s. 3929.

⁴⁰⁰ Erkan Özdemir, "Davet Usulüyle Yapılan İhalelerde Dikkat Edilecek Hususlar", **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 9, S. 90, Y. 2014, s. 72.

⁴⁰¹ 2014 – 2021 yılları arasında parasal büyüklük bakımından (b) bendinin kullanıldığı ihalelerin pazarlık usulü ile gerçekleştirilen tüm ihalelere oranı %77-91 aralığında değişen oranlarda gerçekleşmiştir. Bkz. Kamu İhale Kurumu, Kamu Alımları İzleme Raporu 2014 - 2021, https://ihale.gov.tr/kamu_alimlari_izleme_raporlari-45-1.html, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

⁴⁰² Bayındırlık, İmar, Ulaştırma ve Turizm Komisyonu Raporu, T. 02.01.2002, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d21/c082/tbmm21082047.pdf>, Erişim Tarihi: 26.12.2022.

⁴⁰³ 7144 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, R.G., T. 25.05.2018, S. 30431.

⁴⁰⁴ Bu değişikliğin gerekçesinde hükmün yoruma açık olduğu ve uygulamaya netlik kazandırılmasının amaçlandığı ifade edilmiş olmasına karşın amacının aksine yeni belirsizlik getirdiği yönündeki görüş için bkz. Hakkı Yıldırım, "Kamu İhale Kanunu'nun 21'inci Maddesinin (b) Bendinde Yapılan Düzenlemenin Değerlendirilmesi", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S. 12, Y. 2018, s. 734; Toprak, **Kamu İhale Hukuku (Türkiye'de Kamu İhalelerinin Genel Yapısı ve Hukuki Rejimi)**, s. 181.

⁴⁰⁵ Danıştay 13. Daire, E. 2009/4101, K. 2010/8217, T. 03.12.2010, Danıştay Dergisi, S. 126, Y. 2011, ss. 414-417; Danıştay 13. Daire, E. 2021/103, K. 2021/621, T. 23.02.2021, Danıştay Kararlar Dergisi, S. 6, Y. 2021, ss. 397-403.

⁴⁰⁶ Sezer, "Kamu İhalelerine Katılmada Davet Yöntemi", s. 3923.

İdarenin ihtiyaç duyduğu alımların önemli bir kısmı, planlı olarak temin edilmesine imkân sağlayacak nitelikte olmasına karşın kimi hallerde idarece öngörülemeyen ihtiyaçların ortaya çıktığı da bir gerçektir. Bir ihtiyacın öngörülememesi ile öngörülememiş bir ihtiyacın ivedilikle temininin gerekmesi başka meselelerdir. Zorunluluktan doğan bu istisnai yöntemde her somut olaya göre öngörülemezlik⁴⁰⁷ ve ivediliğin ayrıca değerlendirilmesi gerekir.⁴⁰⁸ İdareler de bu iki şart bakımından takdir yetkisi kapsamında karar vermektedirler.

Olağan faaliyetleri kapsamında yürütülen hizmetin gereklerinin ve koşullarının bilinmesinden idareler sorumludur. Ancak bu olağan bilgi durumunun dışındaki hallerde, öngörülemezlik mevzu bahis olabilir.⁴⁰⁹ İdarelerce her yıl tekrarlanan alımlarda; ihalenin erken bir tarihte yapılmasını engelleyen bir durum ortaya çıkmamışsa, ihtiyacın karşılanması için planlama yapılabilmesi mümkün olduğu için 21. maddenin (b) bendine göre pazarlık usulünün uygulanması imkânı yoktur.⁴¹⁰

Süreklilik arz eden mal ve hizmet alımlarının⁴¹¹ kesintiye uğratılmadan temini için Kurum tarafından tebliğ düzeyinde yapılan düzenlemeyle⁴¹² 21. maddenin (b) bendi kapsamında ihale yapılabilmektedir. İdarelerce önceden öngörülemeyen nedenlerle ihale sürecinin uzadığı durumlarda ihale sonuçlandırılıncaya kadar geçecek sürede ihtiyacın bu bent kapsamında karşılanması mümkün gözükmemektedir.⁴¹³ Bu süreyi aşacak biçimde ihtiyacın tamamının bu usul kapsamında karşılanması mevzuata aykırıdır.⁴¹⁴ Bu düzenleme; Kanun'da yer alan öngörülemezlik koşulunu karşılamadığı, ihtiyaçların programlanması ve şikâyet ile itirazın şikâyet süreci gibi olasılıkların hesaplanması sonucunda makul bir süre öncesinde ihaleye çıkılması

⁴⁰⁷ Öngörülemezlik kavramı, idari sözleşmelerin akdedilmesinden sonra ortaya çıkan olağanüstü durumlar nedeniyle ve kamu hizmetlerinin devamlılığı ilkesine dayanılarak oluşturulduğu yönündeki tespit için bkz. Uz, **Kamu İhale Hukuku**, s. 197.

⁴⁰⁸ Sezer, "Kamu İhalelerine Katılmada Davet Yöntemi", s. 3928.

⁴⁰⁹ Toprak, **Kamu İhale Hukuku (Türkiye'de Kamu İhalelerinin Genel Yapısı ve Hukuki Rejimi)**, s. 182.

⁴¹⁰ Kurul, K. 2005/UH.Z-1364, T. 18.07.2005, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023. Sayıştay, belirli bir miadı bulunan ve mutad olarak temin edilen askeri bot alımının önceden öngörülemeyen ve idarece beklenmeyen olaylar kapsamında değerlendirilerek 21. maddenin (b) bendine göre ihale yapılmasını mümkün görmemiş ve sözleşmenin tescil edilmemesine karar vermiştir. Bkz. Sayıştay Daireler Kurulu, K. 1149/1, T. 02.06.2004, Sayıştay Dergisi, S. 53, Y. 2004, ss. 171-174.

⁴¹¹ Bu düzenlemenin süreklilik arz eden mal ve hizmet alımlarına münhasır olduğu dikkate alındığında süreklilik arz eden işin aksamaması amacıyla yapım işi ihalesinin bu kapsama sokulabilmesi mümkün değildir. Bkz. Kurul, K. 2009/UY.I-1030, T. 05.03.2009, **EKAP**.

⁴¹² Bkz. Kamu İhale Genel Tebliği md. 20.

⁴¹³ Daha önce iki ihalenin iptal edilmesi üzerine esas ihale yapılıncaya kadar üç aylık süre için 4734 sayılı Kanun'un 21. maddesinin (b) bendi uyarınca ihale yapılmasında Kanun'a aykırılık görülmemiştir. Bkz. Kurul, K. 2003/UK.Z-121, T. 03.06.2003, R.G., T. 17.06.2003, S. 25141.

⁴¹⁴ Kurul, K. 2006/UH.Z-3007, T. 28.11.2006, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

mümkün olduğu, Kanun'un lafzına, amacına ve sistematığına ters düştüğü için eleştirilmektedir.⁴¹⁵

Pazarlık usulü, kesintiye uğrayan idari faaliyetlerin ve kamu hizmetlerinin devamlılığının bir an önce sağlanması amacına yönelmiştir.⁴¹⁶ Fakat uygulamada ihtimallerden veya faraziyelerden yola çıkılarak bu usule başvurulduğu gözlemlenmektedir.⁴¹⁷ Bu gibi işlemlerin; henüz fiili bir durum mevcut değilken, olası tehlikeler veya projelerden hareketle pazarlık usulüne göre ihale edilmesinde kamu menfaatlerine uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle⁴¹⁸ iptal edilmesi gerekir. Her zaman mevcut olan bir deprem riski bu usulün kullanılabilmesi için sebep teşkil edemeyeceği⁴¹⁹ gibi yıllar önce gerçekleşmiş bir depremle de pazarlık usulü uygulamasına gerekçe oluşturulamaz.⁴²⁰ İlansız pazarlık usulünün uygulanmasına sebep olan olay, ihale yapılmasını gerektiren durumdan önce idare tarafından öngörülemez nitelikte olmalı ve idarenin iradesinden bağımsız olarak gerçekleşmeli; aynı zamanda bu olayın öngörülememesi de objektif kriterlere dayanmalıdır.⁴²¹

Öte yandan öngörülemezliğin yanında ve onunla bağlantılı olarak ivediliğin ortaya çıkmış olması gerekir. İvedilik şartı, ihale konusu mal veya hizmetin hızlıca temin edilmesini veya işin bir an önce bitirilmesini sağlamaya yöneliktir.⁴²² Danıştay'a göre, ivedilik şartının niteliği gereği ihale konusu işin de bir an önce sonuçlandırılması ve örneğin 1460 gün (48 ay) gibi uzun bir süreye yayılmaması gerekir.⁴²³ Öte yandan

⁴¹⁵ Uz, **Kamu İhale Hukuku**, s. 200, 207.

⁴¹⁶ Danıştay 13. Daire, E. 2021/883, K. 2021/1566, T. 26.04.2021, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023; Danıştay 13. Daire, E. 2021/2848, K. 2021/5269, T. 22.12.2021, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023; Danıştay 13. Daire, E. 2021/4793, K. 2022/1591, T. 12.04.2022, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

⁴¹⁷ Demircioğlu, **op. cit.**, s. 147.

⁴¹⁸ Danıştay 13. Daire, E. 2008/191, K. 2011/190, T. 21.01.2011, aktaran Aksoylu Ürger, **op. cit.**, s. 211.

⁴¹⁹ Danıştay 13. Daire, E. 2021/5112, K. 2022/841, T. 03.03.2022, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

⁴²⁰ Danıştay 13. Daire, E. 2009/4101, K. 2010/8217, T. 03.12.2010, Danıştay Dergisi, S. 126, Y. 2011, ss. 414-417.

⁴²¹ Kurul, K. 2007/UM.Z-1544, T. 04.05.2007, **EKAP**.

⁴²² Danıştay 13. Daire, E. 2021/883, K. 2021/1566, T. 26.04.2021, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023; Danıştay 13. Daire, E. 2021/4793, K. 2022/1591, T. 12.04.2022, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

⁴²³ Danıştay 13. Daire, E. 2021/103, K. 2021/621, T. 23.02.2021, Danıştay Kararlar Dergisi, S. 6, Y. 2021, ss. 397-403; Aynı yönde ihale konusu işin 1100 gün (3 yıl) gibi uzun bir sürece yayıldığı, bu nedenle 21. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde öngörülen şartların oluşmadığı yönündeki karar için bkz. Danıştay 13. Daire, E. 2021/2112, K. 2021/2178, T. 10.06.2021, **Danıştay Karar Arama**, Erişim Tarihi: 16.01.2023; Aynı yönde ihale konusu yol ve köprü gibi yapım işlerinin bitirilme süresinin 900, 800 ve 400 gün olarak belirlenmesinin ivedilik şartı ile bağdaşmadığı yönündeki kararlar için bkz. Danıştay 13. Daire, E. 2021/2848, K. 2021/5269, T. 22.12.2021, **Kanunum**,

işin bitirilme süresinin 300 gün olarak belirlenmiş olmasının ivedilik şartıyla bağdaşmadığı da söylenemez.⁴²⁴ Bu kararlardan hareketle ivedilik şartının sağlanabilmesi için idare tarafından ihalenin bir an önce yapılması ve ihale konusu alımın yıllarca sürmemesi gerektiği sonucuna ulaşılabilir.

İdarelerin yaklaşık maliyeti 1.439.543 TL'yi aşmayan mal veya hizmet alımları pazarlık usulüyle ihale edilebilir. Maddenin (f) bendinde yer alan bu hükmün kapsamına, yapım işleri dahil değildir. 4734 sayılı Kanun'un 62. maddesi (1) bendi uyarınca idarelerin Kanun'un 21. ve 22. maddelerinde yer alan parasal limitler dahilinde yapacakları harcamaların yıllık toplamı; Kurul'un uygun görüşü olmadıkça bütçelerine bu amaçla koyulan ödeneklerin %10'unu aşamaz. Böylece kanun koyucu bu usulün sağlayacağı kolaylıklardan sınırsız şekilde yararlanılması ihtimalini gözeterek idareleri mutlak olmasa da belli bir ölçüde sınırlamıştır.⁴²⁵

İvedilik şartının yer aldığı (b) ve (c) bentleri açısından yalnızca üç kişinin davet edilmesi koşulunun aranması ve en az geçerli teklif sayısı öngörülmemesi, ivedilik sebebiyle bir ölçüde kabul edilebilir olmakla beraber, belirli bir üst parasal limit öngören (f) bendi kapsamında gerçekleştirilen ihalelerde teklif veren istekli sayısının ikiden az olmaması için düzenleme yapılması önerilmektedir. Böylece takdir yetkisinden kaynaklanan keyfiliklerin de önüne geçilebilecektir.⁴²⁶

Öte yandan kanun koyucu, 21. maddenin (a), (d) ve (e) bentlerinde yer alan hallerde ilan yapılmasını zorunlu tutmuştur. Açık veya belli istekliler arasında ihale usulünde teklif çıkmaması sonucunda (a) bendine göre ilanlı pazarlık usulü gerçekleştirilebilir. Bu sebebe dayanılabilmesi için söz konusu ihalelerde, hiç teklif çıkmamış olması gerekir. Önceki ihaleye teklif(ler) verilmesi ve idarece bu teklif(ler)in yüksek bulunarak ihalenin iptal edilmesi bu koşulun gerçekleşmesini engeller.⁴²⁷

Erişim Tarihi: 16.01.2023; Danıştay 13. Daire, E. 2021/883, K. 2021/1566, T. 26.04.2021, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023; Danıştay 13. Daire, E. 2021/3882, K. 2021/3059, T. 29.09.2021, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

⁴²⁴ İdare mahkemesince, işin bitirilme süresinin 300 gün olarak belirlenmesinin ivedilik şartıyla bağdaşmadığı da ifade edilerek verilmiş olan iptal kararı; Danıştay tarafından, ihalede 21. maddenin (b) bendinde sayılan şartların gerçekleştiği ve hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle bozulmuştur. Bkz. Danıştay 13. Daire, E. 2021/4793, K. 2021/1591, T. 12.04.2022, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

⁴²⁵ Çeliktaş, **op. cit.**, s. 117.

⁴²⁶ Akel, **op. cit.**, s. 25.

⁴²⁷ Uz, **Kamu İhale Hukuku**, s. 196.

İlanlı pazarlık usulünün uygulandığı (d) ve (e) bentleriyle idarenin ihtiyaçlarının çeşitliliği ve kimi durumlarda ihtiyacı karşılayabilecek alımın istisnai özelliği düşünülmüştür. Öyle ki idarenin ihtiyacı belirli bir araştırma ve geliştirme sürecini gerektiren ve seri üretimi olmayan nitelikte olabilir. Yine alım konusunun özgünlüğü ve karmaşıklığı nedeniyle teknik ve mali özellikleri gerekli olan netlikte belirlenemeyebilir. Ancak, ihale konusu alımın özgün ve karmaşık olması ve bu nedenle teknik ve mali özelliklerinin belirlenememesi, bilgi ve teknoloji düzeyinin de dikkate alınması ile objektif olarak değerlendirilmelidir.⁴²⁸

İlanlı pazarlık usulü için Kanun'da yer verilen sebepler incelendiğinde, idarenin ihtiyacının karşılanması için yapılacak alımın sıradan olmaması yahut alımın özgün olması gibi nedenlerin bu usulün uygulanmasını gerekli kıldığı söylenebilir. Açık veya belli istekliler arasında ihale usulünde teklif çıkmamasının sebebi, (d) ve (e) bentlerinde yer alan durumlardan veya benzerlerinden kaynaklanabilir. Doğal olarak, bu bentlerde yer alan sebeplerin hepsinde, alım konusuna ilişkin şartların müzakeresinin gerektiği söylenebilir. Dolayısıyla bu üç bent kapsamında yapılacak ihalelerde iki aşama bulunur. İlk aşamada idareye, alım konusuna ilişkin teknik detayların ve uygulama yöntemlerinin yer aldığı fiyat içermeyen ilk teklifler sunulur. Başka bir deyişle, istekliler alım konusuna ilişkin kendi yaklaşımlarını, yöntem ve çözüm önerilerini oluştururlar. İhale komisyonu, isteklilerle tekliflerini görüşüp, alıma ilişkin koşulları belirleyerek ikinci aşamaya geçer. Belirlenen bu şartları karşılayabilecek isteklilerden şartnameye dayalı fiyat teklifleri alınır. Klasik bir alım sürecinden farklı olarak taraflar arasında müzakere ile gerçekleştirilen⁴²⁹ bu usulün uygulanmasıyla, idarenin ihtiyacına en uygun şartlarla ve en avantajlı teklifle ulaşması amaçlanmıştır.

Pazarlık usulünün, öngörülemeyen olaylar, sıklıkla karşılaşılmayan özel nitelikteki durumlar için öngörüldüğü ve ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması amacına yöneldiği söylenebilir. Hatta yerinde kullanılması halinde pazarlık usulü, temel ihale usullerine göre kamu kaynaklarının daha verimli kullanılması sonucunu doğurabilir. Bunun için Kanun'da altı bent halinde yer alan sebeplerin idarelerce doğru şekilde kullanılması gerekir. Ancak uygulamada getirdiği kolaylıklar nedeniyle, istisnai bir ihale usulü olmasına karşın idarelerce pazarlık usulü

⁴²⁸ Ibid.

⁴²⁹ Toprak, **Kamu İhale Hukuku (Türkiye'de Kamu İhalelerinin Genel Yapısı ve Hukuki Rejimi)**, s. 175.

tercih edilmektedir.⁴³⁰ Nitekim yukarıda temel usullerin önceliği başlığı altında yer alan istatistiki veriler de bunu gözler önüne sermektedir.

Pazarlık usulünde saydamlık ilkesinin tam olarak uygulanamayacağı iddia edilmektedir.⁴³¹ Pazarlık usulünün bütünü için bunu söylemek mümkün olmasa da eşitlik ve rekabet gibi temel ilkeleri de zedeler nitelikteki davet yönteminin⁴³² uygulandığı ilansız pazarlık usulünde; saydamlık ilkesinin uygulanmasına yönelik düzenlemeler atlanarak, ihale süreci basitleşmekte ve bu ilke hayata geçirilememektedir.⁴³³ İlan yapılmaması ve sınırlı sayıda katılımcının bulunması bu usulün, uyumlu eylemlere ve danışıklı anlaşmalara en müsait ihale usulü olarak nitelenmesine sebep olmaktadır.⁴³⁴ Bu nedenle davet edilmediği için teklif veremeyen kişilerin rekabetin engellediğine ilişkin ciddi iddiaları, kamu yararı dikkate alınarak değerlendirilmelidir.⁴³⁵

Şartlara göre pazarlık usulünde de katılımın artırılması, ihalenin ivedi olarak yapılmasına engel teşkil etmeyecek ve idareleri ek bir külfete sokmayacaktır.⁴³⁶ Daha açık bir ifadeyle, 4734 sayılı Kanun'da yer alan temel ilkeler, pazarlık usulü ile gerçekleştirilen ihalelerde de geçerli olup; prensip olarak bu usulde de daha fazla isteklinin ihaleye katılmasına ve teklif vermesine imkân sağlanması gerekir.⁴³⁷

Sonuç olarak, 4734 sayılı Kanun'a göre pazarlık usulü, olağan alımlar için değil istisnai alımlar için öngörülen ikincil bir ihale usulü⁴³⁸ olarak nitelenebilir. Kanun'da ilan yapılmasını yasaklayan herhangi bir kural olmaması, pazarlık usulünün kural olarak saydamlığa aykırı olmadığını ve ihtiyaçların zorunlu kıldığı bir usul olarak ele alınması gerektiğini göstermektedir. Öte yandan rekabetin sağlanabilmesi için

⁴³⁰ Sezer, "Kamu İhalelerine Katılmada Davet Yöntemi", s. 3921.

⁴³¹ Gözler, **op. cit.**, s. 117; Gözler/Kaplan, **op. cit.**, s. 444.

⁴³² Sezer, "Kamu İhalelerine Katılmada Davet Yöntemi", s. 3914.

⁴³³ Akel, **op. cit.**, s. 17.

⁴³⁴ Demircioğlu, **op. cit.**, s. 134.

⁴³⁵ Sezer, "Kamu İhalelerine Katılmada Davet Yöntemi", ss. 3935-3936.

⁴³⁶ "(İ)ptal edilen ihaleye katılmak için doküman satın alan diğer firmaların pazarlık usulü ile yapılan ihaleye davet edilerek ihaleye katılımın artırılması, bahse konu ihalenin ivedi olarak yapılmasına engel teşkil etmeyeceği gibi idareyi ek bir külfete sokarak ihale sürecini de uzatmayacaktır. Aksine, hem yapılacak ihaleye katılımın artırılmasıyla istekliler arasında rekabet sağlanarak, idarelerin kullanımında bulunan kamu kaynaklarının etkin ve verimli şekilde kullanılması sağlanacak, hem de ilansız olarak çıkılan ihale ile kamu kaynaklarının belli kişilere haksız şekilde aktarıldığına yönelik kamuoyunda oluşabilecek algılamaların önüne geçilecektir." Bkz. Kurul, K. 2006/UH.Z-3007, T. 28.11.2006, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

⁴³⁷ Danıştay 13. Daire, E. 2019/4191, K. 2021/369, T. 09.02.2021, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

⁴³⁸ Danıştay 13. Daire, E. 2021/2112, K. 2021/2178, T. 10.06.2021, **Danıştay Karar Arama**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Kanun’da asgari koşulların öngörölmüş olmasının ve istisnai de olsa bir ihale usulü olarak nitelenmesinin yanı sıra, yargı yerlerince katılımın artırılması için tedbirler alınmasına yönelik kararlar verilmesi de pazarlık usulünün, rekabet ilkesinin dışında kalmadığını ortaya koymaktadır. İdarelere istisnai durumlar öngörölerek verilmiş olan geniş takdir yetkisinin bu usulün sağladığı kolaylıklardan yararlanmak için kullanılması; bu usulün ve Kanun’un amacına uygun olmadığı için Kanun’da bu amaca aykırı kullanılmaları önleyecek tedbirlerin artırılması gerekmektedir. Böylece kural olarak saydam rekabete aykırı olmayan pazarlık usulünün istisnai niteliğinin korunması sağlanacaktır.

2. Elektronik Uygulama Yöntemlerinin Önceliğı: e-ihale

4734 sayılı Kanun kapsamındaki ihalelerin elektronik ortamda yürütülebilmesi için 5812 sayılı Kanun⁴³⁹ ile önemli adımlar atılmıştır.⁴⁴⁰ Bu düzenlemeyle 4734 sayılı Kanun’a dinamik alım sistemi, elektronik eksiltme ve Elektronik Kamu Alımları Platformu (EKAP) eklenmiştir. Bu kapsamda gerekli hazırlıklar tamamlanarak 2010 yılında, kamu alımları sürecine taraf olan kişiler ile idarelerin bu sürece ilişkin işlemlerinin çevrimiçi gerçekleştirebildikleri Kurum tarafından yönetilen EKAP devreye alınmıştır. Bu sayede elektronik uygulama yöntemlerinin önü açılmış ve bu işlemlerin gerçekleştirileceğı altyapı çalışmaları belirli bir zemine oturmuştur.

Kanun’da 2008 yılında yapılan düzenlemeden günümüze kadar dinamik alım sistemi devreye alınmamıştır. Dinamik alım sistemi; mamul olarak piyasada bulunan malların tedarik edilebilmesi için elektronik ortamda oluşturulan ve sistemin geçerlik süresi boyunca yeterlilik kriterlerini sağlayan bütün isteklilerin sisteme kabul edilerek teklif verebildiğı elektronik uygulama yöntemidir.⁴⁴¹ Türkiye’de henüz uygulanmamış

⁴³⁹ 5812 sayılı Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değışiklik Yapılmasına Dair Kanun, R.G., T. 05.12.2008, S. 27075.

⁴⁴⁰ Elektronik Kamu Alımları Platformu’nun kurulabilmesi ve elektronik ihale uygulamalarının geliştirilebilmesi için önceki yıllarda pek çok çalışma gerçekleştirilmiştir. 2003 yılında İhale Bilgi Sistemi, 2005 yılında İhale Kontrol Sistemi ve Kamu Satınalma Platformu aşamalarından geçilmiştir. Bu süreçte ihale kayıt numarası, yasaklılık teyidi, ilan hazırlama, ilan arama, sonuçlanan ihale bilgileri, uyuşmazlık kararları ve benzeri pek çok işlem üç ana bileşenin (idare, istekli, vatandaş) hizmetine sunulmuştur. Kamu İhale Kurumu ile kamu kurum ve kuruluşları arasında iş birliğı protokolleri imzalanmış ve 2007 yılında elektronik ihalelere geçiş için sağlık alanında ilaç ve tıbbi cihaz kodlama sistemi ile entegrasyon sağlanarak pilot uygulama devreye alınmıştır. Aslında tüm bu süreçte, Kamu Satınalma Platformu ile de bilgi teknolojilerinin desteğı sağlanarak elektronik ihaleye alt yapı oluşturulmaya devam edilmiştir. Nitekim Kamu İhale Kurumu’nun faaliyet raporları incelendiğinde çeşitli dönemlerde “Kamu Satın Alımlarında Elektronik Dönüşüm” başlığı altında yıllara göre ilerlemeler ve hedefler yer bulmuştur. Bkz. Kamu İhale Kurumu, 2008 Yılı Faaliyet Raporu, http://www2.ihale.gov.tr/arge/2008_Faaliyet%20Raporu.zip, ss. 250-257, Erişim Tarihi: 16.01.2023

⁴⁴¹ Bkz. 4734 sayılı Kanun md. 4 ve Ek md. 4.

bu yöntemin, diğer ülkelerdeki örnekleri bakımından karşılaştırmalı analizi yapılarak; isteklilerce kavranması halinde, çerçeve anlaşmalar başta olmak üzere birçok yöntemin yerini alma potansiyeli olduğu iddia edilmektedir.⁴⁴²

Yaklaşık on yıl boyunca devreye alınmamış elektronik eksiltme ise 2018 yılının Kasım ayından itibaren uygulanmaya başlanmıştır. Elektronik eksiltme, teklifler değerlendirildikten sonra yeterli kabul edilen isteklilerin, elektronik ortamda eksilterek yeni teklifler vermesi ve bunların otomatik değerlendirme metotları kullanılarak yeniden değerlendirilmesi ve sıralanmasıdır.⁴⁴³ Daha açık bir ifadeyle, ihaleye teklif sunan isteklilerden teklifleri yeterli olanların davet edilerek, eksiltme suretiyle yarışmaya devam ettiği elektronik uygulama yöntemidir. Bir ihalede bu yöntemin uygulanabilmesi için ihale ilanı ve ihale dokümanında belirtilmiş olması gerekir. Eksiltme davetinde günü, saati, açılış değeri ve yeni bir teklif verebilmek için asgari fark isteklilere bildirilir. İstekliler elektronik eksiltme esnasında diğer isteklilerin kimliklerini göremez ancak kendi tekliflerinin kaçınıcı sırada olduğunu bilebilirler.⁴⁴⁴

Elektronik eksiltmenin, bir ihale sonuçlandırma mekanizması olarak sağlıklı rekabet düzeyi olan piyasalarda kaynakların verimli kullanılmasına katkı sağlayacağı öngörülmektedir.⁴⁴⁵ Aynı zamanda ihalelerde rekabet ilkesinin tesisini güçlendirdiği ve katmanlı rekabete imkân sağladığı iddia edilmektedir.⁴⁴⁶ Devreye alındıktan sonra yaklaşık üç yıl boyunca beş binden fazla ihalede uygulanmıştır. Uygulandığı ihalelerde yıllık bazda son fiyat teklif tutarları toplamalarının, ilk fiyat teklif tutarları toplamalarına oranı %77-87 arasında değişen oranlarda⁴⁴⁷ gerçekleşmiştir.⁴⁴⁸ Ancak yürütülmesi

⁴⁴² Aysun Gürbüz, “E-İhale Kapsamında Avrupa Birliği ve Türk Kamu Alımları’nda Dinamik Alım Sistemi’nin Karşılaştırmalı Analizi”, **Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi**, C. 4, S. 2, Y. 2019, s. 352.

⁴⁴³ Bkz. 4734 sayılı Kanun md. 4.

⁴⁴⁴ Bkz. 4734 sayılı Kanun Ek md. 5.

⁴⁴⁵ Toprak, **Kamu İhale Hukuku (Türkiye’de Kamu İhalelerinin Genel Yapısı ve Hukuki Rejimi)**, s. 209.

⁴⁴⁶ Yeliz Neslihan Akın, “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında 2019 Yılı Cumhurbaşkanlığı Yıllık Programı Hedefleri Açısından Kamu İhalelerinde Rekabet İlkesi Hakkında Bir Değerlendirme”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 36, S. 2, Y. 2019, s. 96.

⁴⁴⁷ Elektronik eksiltme, 2018 yılının Kasım ayında uygulanmaya başlandığı halde 2018 yılına ilişkin kamu alımları izleme raporunda ayrı bir başlık açılmamıştır. Sonraki yıllarda izleme raporlarında ayrı bir başlık altında yer bulmuştur. Bu raporlarda yer verilen rakamların toplamına göre 5.227 adet ihalede ve 25.195 kısımda uygulanmıştır. Öte yandan yıllık bazda son fiyat teklif toplamalarının, ilk fiyat teklif fiyatlarına oranlaması sonucunda 2019 yılında %87, 2020 yılında %77 ve 2021 yılında %80 oranlarına ulaşılmıştır. Bkz. Kamu İhale Kurumu, Kamu Alımları İzleme Raporu 2019 - 2021, https://www.ihale.gov.tr/faaliyet_raporlari-25-1.html, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

⁴⁴⁸ Yöntemin başarısının daha doğru şekilde tespit edilebilmesi için elektronik eksiltmeyi kazanan son fiyat tekliflerinin yaklaşık maliyete oranlarının da incelenmesi gerekmektedir. Ancak kamu alımları izleme raporlarında bu konuda bilgiye yer verilmemiştir.

idarenin takdir yetkisinde olan elektronik eksiltme, 2022 yılında Kanun kapsamında hiçbir idare tarafından kullanılmamıştır.

2022 yılında elektronik uygulama yöntemlerinde yeni bir döneme girilmiştir. Zira 2011 yılında yürürlüğe giren Elektronik İhale Uygulama Yönetmeliği'ne⁴⁴⁹, “(e)lektronik ihale zorunluluğu” başlıklı ek madde getirilerek iki fıkra halinde kademeli bir geçiş öngörülmüştür.⁴⁵⁰ Bu maddeye göre artık açık ihale usulü ve Kanun'un 21. maddesinin (b), (c) ve (f) bentleri uyarınca gerçekleştirilen ilansız pazarlık usulü kapsamındaki ihalelerin; uygulama yönetmeliklerinin “(e)lektronik ihale” başlıklı maddelerine göre gerçekleştirilmesi zorunludur.⁴⁵¹

4734 sayılı Kanun'da “elektronik ihale” terimi tanımlanmamıştır. Kamu İhale Kurumu tarafından 2019 yılı için elektronik ihale, “*kamuda yapılan alımların elektronik ortam üzerinden gerçekleştirilmesine verilen ad*” olarak tanımlanmış ve e-ihalenin; geleneksel sistemden farklı olarak bilgi işlem teknolojileri kullanılarak ihalenin başlaması, tekliflerin verilmesi ile sanal ortam üzerinden tamamlanmasını ifade ettiği belirtilmiştir.⁴⁵² Kurum, 2020 yılı için bu tanımda değişiklik yaparak, e-tekliflerin⁴⁵³ sunulduğu ve değerlendirilmesinin EKAP üzerinde gerçekleştirildiği ihale yönetimini, “e-ihale” olarak tanımlamıştır.⁴⁵⁴ Böylece e-ihale kavramı ile e-teklif kavramı arasında yakın bir ilişki kurulmuştur.

İhalelerde tekliflerin elektronik ortamda alınabilmesi, elektronik uygulama yöntemleri bakımından oldukça önemli bir aşamadır. Ancak ihale kavramı, tekliflerin alınmasından ibaret olmayıp, EKAP üzerinden gerçekleştirilen işlemler de bununla sınırlı değildir. İdareler tarafından ihtiyaç raporu oluşturulmasından, sözleşme

⁴⁴⁹ R.G., T. 25.02.2011, S. 27857.

⁴⁵⁰ Elektronik İhale Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik, R.G., T. 18.05.2022, S. 31839.

⁴⁵¹ Belli istekliler arasında ihale usulü ve Kanun'un 21. maddesinin (a), (d), (e) bentleri uyarınca gerçekleştirilen ilanlı pazarlık usulü kapsamındaki ihalelerin %1'den az olduğu göz önüne alındığında, 4734 sayılı Kanun kapsamındaki ihalelerin %99'nun bu kapsama girebileceği söylenebilir.

⁴⁵² Şubat 2020 tarihli rapor için bkz. Kamu İhale Kurumu, Kamu Alımları İzleme Raporu 2019, https://dosyalar.kik.gov.tr/genel/Raporlar/kamu_ihale_kurumu_2019_12_aylik_kamu_alimlari_istatistikleri.pdf, s. VI, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

⁴⁵³ Elektronik İhale Uygulama Yönetmeliği'nde e-teklif; “(e)lektronik ortamda EKAP üzerinden hazırlanarak istekli veya istekli adına yetkili kişi veya kişilerce e-imza ile imzalanmış teklif” olarak tanımlanmaktadır.

⁴⁵⁴ E-ihale; “(t)ekliflerin elektronik ortamda, EKAP üzerinden hazırlanarak istekli veya istekli adına yetkili kişi veya kişilerce e-imza ile imzalandığı, teklif değerlendirme işlemlerinin de EKAP üzerinden tamamlandığı ihale yöntemidir.” Bkz. Kamu İhale Kurumu, Kamu Alımları İzleme Raporu 2020, https://dosyalar.kik.gov.tr/genel/Raporlar/Kamu_alimlari_izleme_raporu_2020_yilsonu.pdf, s. VI, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

yönetimine kadar pek çok işlemde EKAP kullanılmaktadır. Yönetmelikte düzenlenen “*elektronik ihale zorunluluğu*”na kadar idarelere ve isteklilere bakan yönüyle EKAP’ta pek çok aşama kat edilmiştir.⁴⁵⁵ 2016 yılında uygulama yönetmeliklerine “*elektronik ortamda teklif alınan beyan usulü*” eklenmiş⁴⁵⁶ ve pilot idareler bakımından devreye alınmıştır.⁴⁵⁷ Ardından bu yöntemin yer aldığı madde başlıkları da “*elektronik ihale*”ye dönüştürülmüş ve 2019 yılında yürürlüğe girecek şekilde ihale uygulama yönetmeliklerinde düzenlenmiştir.⁴⁵⁸

Elektronik uygulama yöntemleri, yani e-ihale; yönetmeliklerde düzenlenen “*elektronik ihale*”yi de içine alan, daha geniş bir terimdir. İhalelerde elektronik uygulama yöntemlerine başvurulması halinde elektronik ihaleden bahsedilir. Günümüzde Kanun’da düzenlenen elektronik eksiltme ve dinamik alım sistemi, bu terimin içinde kaldığı gibi ilerleyen zamanlarda daha farklı uygulama yöntemlerinin bu terime dahil olması da mümkündür. İhalenin kısmen veya tamamen elektronikleşmesi için gerçekleştirilen tüm işlemler, elektronik ihale (e-ihale) serüveninin bir parçasıdır. Elektronik İhale Uygulama Yönetmeliği ve buradaki usul kuralları da bu serüvenin önemli bir aşamasını oluşturmaktadır.

Elektronik İhale Uygulama Yönetmeliği’nin 4. maddesine göre; ihtiyaç raporu hazırlanması, ihale kaydının yapılarak ihale kayıt numarası alınması, teknik şartnamenin yüklenmesi, ihale dokümanının hazırlanması, ilan işlemleri ve dokümanda açıklama veya değişiklik yapılması EKAP üzerinden gerçekleştirilmektedir. Bu esnada sözleşme tasarısı, idari şartname gibi elektronik belgelerde yer alan bilgilerin, ilgili hukuk kurallarıyla uyumluluğu otomatik olarak kontrol edilerek, bağlı yetki kapsamında kurgulanmış kısımlarda idarelerce hatalı işlem yapılması engellenmektedir.⁴⁵⁹ Ayrıca başvuru ve teklifler ile bunların

⁴⁵⁵ Bu aşamalara ulaşmak için bkz. <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/ButunYenilikler.aspx>, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

⁴⁵⁶ Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik, R.G., T. 27.05.2016, S. 29724; Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik, R.G., T. 27.05.2016, S. 29724.

⁴⁵⁷ Kamu İhale Kurumu, 2016 Yılı Faaliyet Raporu, http://dosyalar.kik.gov.tr/genel/IhaleGovTr/2016_Faaliyet_Raporu.pdf?1, s. 49, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

⁴⁵⁸ R.G., T. 19.06.2018, S. 30453.

⁴⁵⁹ Toprak, **Kamu İhale Hukuku (Türkiye’de Kamu İhalelerinin Genel Yapısı ve Hukuki Rejimi)**, s. 206.

değerlendirilmesine ilişkin işlemlerin kaydedilmesi, teyit işlemleri, sonuç bildirimi ve itirazın şikâyet başvurularının kaydedilmesi de EKAP üzerinden yürütülmektedir.

İhale dokümanının EKAP'ta görülmesi veya indirilmesi için herhangi bir ücret talep edilemez. Ancak ihalelere katılabilmek için söz konusu dokümanının EKAP'a kayıtlı bir kişi tarafından usulüne uygun şekilde indirilmesi gerekir. Elektronik İhale Uygulama Yönetmeliği'nin 17. maddesine göre ihale dokümanında bir değişiklik veya açıklama yapılması halinde usulüne uygun olarak dokümanı edinmiş olan kişilere EKAP üzerinden bildirim yapılır. Zeyilname düzenlenmesi halinde isteklilere, EKAP'ta sunmuş oldukları tekliflerini silerek geri alma imkânı verilir.

İsteklilerin mali durumlarını gösteren belgelerin ve geçici teminat mektuplarının EKAP üzerinden bankalar aracılığıyla sunulması mümkündür.⁴⁶⁰ Protokol imzalamış olanlar, Elektronik İhale Uygulama Yönetmeliği'nin 20. ve 21. maddelerine göre söz konusu belgelere ayırt edici bir numara vererek EKAP'a gönderir. İstekliler de belge sunmak yerine bu ayırt edici numaraları tekliflerinde belirtirler. Aday ve isteklilerin katılım ve yeterliliğe ilişkin bilgileri, ilgili kurum ve kuruluşlarla veri paylaşımına imkân veren iş birliği protokolleri sayesinde elektronik ortamda sorgulanarak teyit edilir. Elde edilen bilgiler EKAP'a aktarılır. Kurum tarafından hangi bilgilerin bu kapsamda değerlendirileceği belirlenir ve duyurulur. Bu nedenle aday ve isteklilerce bunlara ilişkin ayrıca belge sunulmaz.

Hazırlanmış olan yaklaşık maliyet EKAP'a kaydedilerek, açıklanacağı zamana kadar şifreli olarak muhafaza edilir.⁴⁶¹ Benzer şekilde elektronik teklifler, istekliler tarafından EKAP üzerinden hazırlanır ve son teklif verme zamanına kadar elektronik imzalanarak şifrelenmiş şekilde gönderilir. EKAP tarafından teklifin şifrelenmesi ve açılabilmesi için oluşturulan elektronik anahtar, istekli tarafından kaydedilir. Böylece tekliflerin açılacağı oturuma kadar EKAP sisteminde teklifler şifreli ve güvenli olarak muhafaza edilir. Elektronik anahtar, tekliflerin açılacağı zamana kadar istekli tarafından EKAP üzerinden idareye gönderilir. Zamanında elektronik anahtarı gönderilmeyen teklifler değerlendirme dışında bırakılır.⁴⁶²

⁴⁶⁰ Bunun için Kurum ile banka arasında EKAP üzerinden “Online Bilgi Alışverişine Yönelik İşbirliği Yapılmasına Dair Protokol” imzalanmış olması gerekir.

⁴⁶¹ Bkz. Elektronik İhale Uygulama Yönetmeliği md. 8.

⁴⁶² Bkz. Elektronik İhale Uygulama Yönetmeliği md. 19.

Elektronik İhale Uygulama Yönetmeliği'nin 23. maddesine göre elektronik teklifler, istekliler ve hazır bulunanlar önünde ihale komisyonu tarafından EKAP üzerinden açılır. Açılmayan teklifler açılmama gerekçeleri de belirtilerek tutanağa bağlanır. Toplam kaç teklif verilmiş olduğu duyurulur. İsteklilerin teklif mektubu ile geçici teminatlarının usulüne uygun olup olmadığı ve belgelerinde herhangi bir eksiklik olup olmadığı kontrol edilerek tutanağa bağlanır. Ardından isteklilerin teklif fiyatları ve yaklaşık maliyet açıklanarak bu işlemler de tutanağa bağlanır. Çıktısı alınan bu tutanakların ihale komisyonu üyelerince imzalanmasının ardından tekliflerin değerlendirmesi yapılmak üzere ilk oturum kapatılır. Hazırlanan bu tutanaklar, EKAP üzerinde kayıt altına alınır ve isteklilerce de görüntülenebilir.

Elektronik İhale Uygulama Yönetmeliği'nin 24. maddesine göre tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında açılmayan ve usulüne uygun olmadığı tespit edilerek daha önce tutanağa bağlanan teklifler değerlendirme dışı bırakılır. İsteklilerin yeterlilik kriterlerine ilişkin değerlendirmesi yapılırken şartları karşılayamayanlar gerekçesi açıklanmak suretiyle değerlendirme dışı bırakılır. Bu işlemlerin tamamı EKAP'a kaydedilir. Yapılan değerlendirme sonucunda ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlendiği karar tutanağa bağlanır. Bu tutanağın bir çıktısı alınarak komisyon üyelerince imzalanır ve karar ihale yetkilisinin onayına sunulur.⁴⁶³

EKAP'ta gerçekleştirilen belli işlemler kayıt altına alınarak ihale sürecinde dikkate alınır. Elektronik imza kullanılan işlemler aksi ispat edilinceye kadar kesin delil sayılır.⁴⁶⁴ Elektronik kayıtlarda, verinin oluşturulma, gönderilme, alınma, kaydedilme veya değiştirilme anı en az hatayla atom saati kullanılarak tespit edilir ve buna göre zaman damgası oluşturulur. Böylece elektronik uygulama yöntemlerinde işlem güvenliği sağlanır.

İhalelerin, Elektronik İhale Uygulama Yönetmeliği'ne göre yürütülmesi sonucunda, katılımın kolaylaşması ve rekabetin artması gibi pek çok açıdan fayda sağlanması beklenmektedir.⁴⁶⁵ İdarelerin önceki ihalelerde yer alan fiyatları

⁴⁶³ Bkz. Elektronik İhale Uygulama Yönetmeliği md. 25.

⁴⁶⁴ Bkz. Elektronik İhale Uygulama Yönetmeliği md. 4/5.

⁴⁶⁵ İstekliler arasında tam eşitliğin ve teklif verme kolaylığının sağlanması, ilan sürelerinin kısaltılarak prosedürün basitleştirilmesi, bürokratik işlemlerin azaltılması ve yazılı olarak saklama külfetinin kaldırılması, etkin ve süratli şekilde ihalenin sonuçlandırılması, iş ve işlem maliyetleri azaltılarak parasal açıdan tasarruf sağlanması gibi elektronik ihaleden beklentilerin yer aldığı Kurum yayını için bkz. Kamu İhale Kurumu, Elektronik İhale, 2022, <http://ekapakademi.kik.gov.tr/elektronik-ihale/#1574634769280-97515e1a-1c49>, ss. 3-4, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

karşılaştırması, uzun dönemli yaklaşık maliyet analizi yapması ve maliyet, kalite gibi konularda aralarında bilgi paylaşması⁴⁶⁶ buna örnek gösterilebilir.

Elektronik uygulama yöntemlerinin temel amacı, uzun ve karmaşık ihale süreçlerinin; elektronik sistem aracılığıyla daha hızlı ve basit şekilde, 4734 sayılı Kanun'da yer alan usul ve esaslar çerçevesinde asgari maliyet ve iş yükü ile gerçekleştirilmesidir.⁴⁶⁷ Bu amaç doğrultusunda yürütülen elektronik uygulama yöntemleri, aynı zamanda saydam rekabete ve kaynakların verimli kullanılmasına⁴⁶⁸ hizmet edebilecektir.

Elektronik uygulama yöntemlerinin yürütülmesinde kapalı elektronik sistemlerin ve dijital verilerin kullanılmasının, saydamlık ilkesinin hayata geçirilmesi bakımından olumsuz bir yönü olduğu düşünülemez. Zira seçilen ihale usulüne göre işlemler kısmen veya tamamen elektronik olarak gerçekleştirilmektedir. Başka bir deyişle elektronik uygulama yöntemlerinin kullanılması; ihalenin ilanı, tekliflerin aleni olarak açılması ve sonuçların yayınlanmasına engel değildir.

Elektronik uygulama yöntemlerinin kullanıldığı ihalelerde de ihale komisyonları, tekliflerin açılması esnasında istekliler ve hazır bulunanlar önünde işlemlerini gerçekleştirir. Teklif zarfının açılması ve içindekilerin kontrol edilmesi yerine elektronik teklif, elektronik anahtarla açılarak aynı kontroller yapılmaktadır. İstekli olduğu halde hazır bulunmayanlar, oturum sonunda oluşturulan tutanağa uzaktan erişebilmektedir. Tutanakların da elektronik tekliflere göre otomatik olarak doldurulduğu ve neredeyse hiç hata olmayacağı göz önüne alındığında; hazır bulunulmayan bir ortamda gerçekleştirilen işlem dahi kısa sürede görünür hale

⁴⁶⁶ Toprak, **Kamu İhale Hukuku (Türkiye’de Kamu İhalelerinin Genel Yapısı ve Hukuki Rejimi)**, s. 199.

⁴⁶⁷ Kamu İhale Kurumu, Elektronik İhale, 2022, <http://ekapakademi.kik.gov.tr/elektronik-ihale/#1574634769280-97515e1a-1c49/>, s. 3, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

⁴⁶⁸ 2018 ve 2019 yıllarına ilişkin kamu alımları izleme raporlarında, “(e)lektronik (i)hale (u)ygulaması”nın gerçekleştirildiği ihalelerde sözleşme bedelinin yaklaşık maliyete oranı sırasıyla %74,87 ve %79,66 olarak tespit edilmiştir. 2020 ve 2021 yıllarına ilişkin kamu alımları izleme raporlarında, “(e)-ihale (i)le (g)erçekleştirilen (i)haleler”de sözleşme bedelinin yaklaşık maliyete oranı sırasıyla %75,52 ve %80,15 olarak tespit edilmiştir. (Kamu İhale Kurumu, Kamu Alımları İzleme Raporu 2018 – 2021, https://ihale.gov.tr/kamu_alimlari_izleme_raporlari-45-1.html, Erişim Tarihi: 16.01.2023) Bu dört yılda sözleşme bedelinin yaklaşık maliyete oranının %74-81 aralığında değişen oranlarda gerçekleştiği; bu haliyle açık ihale usulünde ortaya çıkan sonuçlardan daha başarılı olduğu ve kaynakların verimli kullanılması ilkesine daha uygun olduğu düşünülebilir. Ancak daha sağlıklı ve net bir sonuca ulaşmak için ilerleyen yıllarda ortaya çıkacak verilerin beklenmesi gerekir.

gelmektedir.⁴⁶⁹ Elektronik uygulama yöntemleri sayesinde ihalede saydamlığın görülebildiği alan genişlemekte ve bu alanın fiziki sınırları kaybolmaktadır.⁴⁷⁰

İhalede mekânsal sınırların kaybolmasının, rekabetin ve ihale düzeninin sağlanması bakımından olumlu etkileri olacağı söylenebilir. Elektronik uygulama yöntemlerinin; istekli olabileceklerin, adayların veya isteklilerin birbirleriyle ve ihale komisyonuyla etkileşimini azaltacağı düşünülmektedir. Buradan hareketle, 4734 sayılı Kanun'da yasaklanmış fiil veya davranışlarla karşılaşılması ihtimalinin de düşeceği ve elektronik uygulama yöntemlerinin ihalede rekabet ilkesinin tesisinde işlevsel olacağı öngörülmektedir.⁴⁷¹

Elektronik uygulama yöntemleri ile ihale dokümanına, güçlüklerle veya bürokratik engellerle karşılaşmadan erişme imkânı sağlanmıştır.⁴⁷² Aynı zamanda tekliflerin elektronik olarak sunulabilmesi sayesinde istekliler üzerindeki yer ve zaman baskısı da azaltılmıştır.⁴⁷³ Dolayısıyla, elektronik uygulama yöntemlerinin daha fazla kişinin ihale dokümanına ulaşabilmesine ve teklif sunabilmesine imkân sağlaması sonucunda katılımı artıracığı açıktır.

İsteklilerin ihalelere katılmak için hazırlaması gereken belgelerin çokluğu zaman ve para israfına sebep olurken; elektronik uygulama yöntemleri ile klasik usul değişerek bilgi ve evrakın dijital olarak toplanması sağlanır.⁴⁷⁴ Ayrıca katılım aşamasında belge temin etme ve sunma zorunluluğu kaldırılarak taahhüdün yeterli kabul edilmesi ve yeterliliğin sertifikalarla tevsik edilebileceğine ilişkin düzenlemeler; tamamlanamayan belgelerin katılımı engellemesi sorununu ortadan kaldırmaktadır.⁴⁷⁵ Dolayısıyla, işlem maliyetlerinin azaltılmasını da amaçlayan elektronik uygulama yöntemleri; isteklilere önemli kazanımlar sunarak rekabetin artmasına sebep olur.⁴⁷⁶

⁴⁶⁹ İlerleyen süreçte bu işlemlerin eş zamanlı olarak görüntülenmesinin mümkün olacağı söylenebilir.

⁴⁷⁰ Tekliflerin açıldığı oturumların çevrimiçi görüntü ve ses aktararak yayınlanması da elektronik aygıtlar aracılığıyla yarışmanın görünür kılınmasına ve fiziki sınırların ortadan kaldırılmasına örnek teşkil etmektedir.

⁴⁷¹ Akın, *op. cit.*, s. 94.

⁴⁷² Yücel Oğurlu, "Kamu İhaleleri Alanında "E-Devlet" Uygulamaları", **Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Kamu İhale Uygulamaları**, İstanbul, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, s. 201.

⁴⁷³ Akın, *op. cit.*, s. 93.

⁴⁷⁴ Oğurlu, *op. cit.*, s. 201.

⁴⁷⁵ Akın, *op. cit.*, s. 93.

⁴⁷⁶ Toprak, **Kamu İhale Hukuku (Türkiye'de Kamu İhalelerinin Genel Yapısı ve Hukuki Rejimi)**, s. 206.

Özetle, elektronik uygulama yöntemleri, ihalelere giriş engellerinin azalmasına, geniş pazarlara erişilebilmesine, eksiltme gibi gelişmiş araçların kullanılmasıyla rekabetçi fiyatların oluşmasına ve alımın kalitesinin artmasına katkı sunar.⁴⁷⁷ Aynı zamanda, ihalede saydamlığın fiziki sınırlarının ortadan kalkmasına imkân sağlar. Başka bir deyişle elektronik uygulama yöntemlerinin, saydam rekabetin sağlanması bakımından önemli işlevleri olduğu söylenebilir. Sonuç olarak, 4734 sayılı Kanun’la ulaşılmak istenen saydam rekabetin, elektronik uygulama yöntemleriyle örtüştüğü ve bu nedenle elektronik uygulama yöntemlerine öncelik verilmesi gerektiği ve hatta verildiği söylenebilir.



⁴⁷⁷ Arif Erdoğan/Osman Kılıç/Sinem Dursun/Abdurrahman Aydın/Ayşe Soylu/Mehmet Lafçı/Mehmet Sami Ecevit/Yasemin Şengüder/Aytekin Dönmez, “Kore E-İhale Sistemi: Koneps”, **Kamu İhale Hukukunda Temel Konular**, Ed. Mustafa Çolak/Dursun Ali Demirboğa, Ankara, Kamu İhale Kurumu Yayınları, 2014, ss. 230-231.

II. 4734 SAYILI KANUN UYARINCA EŞİTLER ARASI REKABETİN SAĞLANMASI

Eşit, “*aynı haklardan yararlanan, aynı düzeyde olan kimse*” ve “*müsavi*”; eşitlik ise “*iki veya daha çok şeyin eşit olması durumu*” ve “*müsavat*” olarak tanımlanmaktadır.⁴⁷⁸ Dolayısıyla eşitler, aynı haklardan yararlanan ve aynı düzeyde yer alan kişilere karşılık gelirken; bunların içinde bulundukları veya eşitlerin eşit olması durumu da eşitliktir.

İhalelerde eşitler arası rekabetin sağlanabilmesi için eşit durumda olanlara her yönüyle denk işlemlerin uygulanması ve eşit durumda olamayacakların eşitmiş gibi muamele görmemesi gerekir. Diğer bir ifadeyle hem eşitlik ilkesi uygulanmalı hem de eşitliği bozucu durumlar engellenmelidir.

Anayasa’nın 10. maddesine göre “(h)erkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit” olup “(h)içbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz”. Böylece bir yandan ayrımcılık yasağı diğer yandan ayrıcalık yasağı getirilmektedir.⁴⁷⁹

Eşitlik ilkesi, muhatapları bakımından eşit işlem görmeyi ve ayırım gözetilmemesini isteme hakkını doğurmaktadır.⁴⁸⁰ Bir hak olmasının yanı sıra Anayasa’nın “(g)enel (e)saslar”ında düzenlenmesi sebebiyle Anayasa’nın tümüne ve devlete egemen bir ilkedir.⁴⁸¹ Başka bir deyişle eşitlik ilkesi, devlet organları ile idare makamları bakımından anayasal bir buyruk ve devlet yönetimine egemen temel bir ilkedir.⁴⁸²

⁴⁷⁸ Türk Dil Kurumu, **Güncel Türkçe Sözlük**, <https://sozluk.gov.tr>.

⁴⁷⁹ Bülent Tanör/Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2001, s. 121.

⁴⁸⁰ Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 19. Basım, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019, s. 154.

⁴⁸¹ Tanör/Yüzbaşıoğlu, **op. cit.**, s. 121.

⁴⁸² Özbudun, **op. cit.**, s. 154.

Anayasa Mahkemesi'ne göre eşitlik, herkesin aynı hak ve yükümlülüklerle sahip olması anlamına gelmemekte; her bakımdan aynı hukuki durumda olanlar arasında söz konusu olmaktadır.⁴⁸³ 4734 sayılı Kanun'da yapılan düzenlemeler bakımından Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararlarla⁴⁸⁴ aynı yaklaşımın korunduğunu söylemek mümkündür:

“Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.”

Anayasa'dan kaynaklanan ve ekonomik kamu hukukunun bir ilkesi olan eşitlik, ihalelerin yapılmasında da temel bir ilkedir.⁴⁸⁵ Zira rekabetçi ekonomik düzende faaliyet gösterenler, ayrımcı muameleyle ayrıcalıklı konuma getirilmemeli ve eşit muamelenin muhatabı olmalıdır.⁴⁸⁶ Bu nedenle, Kanun'un temel ilkeleri arasında Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan kanun önünde eşitliğin uygulanması olarak eşit muamele ilkesine yer verilmiştir.⁴⁸⁷

Potansiyel tüm katılımcılara eşit rekabet şansı sunulması hem katılımcı sayısının artması hem de ihalenin etkin sonuçlanması bakımından önem taşımaktadır.⁴⁸⁸ Başka bir deyişle gerçek bir rekabetin işletilebilmesi için ihalede eşit muamele ilkesine uyularak yarışma ortamı sağlanması zorunludur.⁴⁸⁹

⁴⁸³ Tanör/Yüzbaşıoğlu, **op. cit.**, s. 122; Özbudun, **op. cit.**, s. 155.

⁴⁸⁴ Anayasa Mahkemesi, E. 2005/138, K. 2008/124, T. 19.06.2008, R.G., T. 06.11.2008, S. 27046; Anayasa Mahkemesi, E. 2007/68, K. 2010/2, T. 14.01.2010, R.G., T. 28.04.2010, S. 27565; Anayasa Mahkemesi, E. 2009/9, K. 2011/103, T. 16.06.2011, R.G., 19.05.2012, S. 28297.

⁴⁸⁵ Kutlu, **op. cit.**, s. 180.

⁴⁸⁶ Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, s. 69.

⁴⁸⁷ Günday, **op. cit.**, s. 202.

⁴⁸⁸ Ünübol, **op. cit.**, s. 39.

⁴⁸⁹ Kutlu, **op. cit.**, s. 180.

İhalede seçimin eşit muameleyle yapılmasının hem bir Anayasa kuralı hem de rekabetin bir gereği⁴⁹⁰ olması; bu ilkenin, özel bir öneme sahip olmasına sebep olmaktadır. Bunun açık göstergelerinden biri, Kanun'un 56. maddesinin 2. fıkrasında yer alan düzenlemedir. Fıkarda, Kurul'un itirazın şikâyet başvurularını eşit muamele ilkesinin ihlal edilip edilmediği açısından da inceleyeceği hüküm altına alınmıştır.⁴⁹¹ Dolayısıyla Kurul, başvuru sahibinin iddialarının yanında idarenin şikâyet başvurusu üzerine aldığı kararda belirlenen hususları ve itiraz edilen işlemleri bu açıdan inceleyerek, ihalede eşitler arasında yarışma yapılmasını denetlemekte ve buna katkı sunmaktadır.

Aynı nitelikte belgeler ya da aynı hukuki sorunu barındıran teklifler eşit muamele ilkesine tabi olmakta⁴⁹²; kişilere aynı durumdan ötürü farklı muamele edilmesi bu ilkeyi ihlal etmektedir.⁴⁹³ Bu nedenle ihale dokümanının hazırlanması, tekliflerin alınması, değerlendirilmesi ve karara bağlanarak sözleşme imzalanması aşamalarında bu ilkenin uygulanması gerekir.⁴⁹⁴ Başka bir deyişle idarece, katılımcılara eşit davranılması zorunlu olup⁴⁹⁵; ihalede eşitler arası rekabetin sağlanabilmesi için eşit muamele ilkesine uyulmalıdır.

Eşit muamele ilkesinin özünde eşit davranma zorunluluğu bulunmasından⁴⁹⁶ ve Anayasa'nın kişiler arasında sübjektif nedenlerle ayırım yapılmasını yasaklamasından⁴⁹⁷ ötürü idare; sözleşmeci tarafı seçerken dini, etnik kökeni, siyasi düşüncesi ve benzer bakımlardan ayrımcılık yapamaz⁴⁹⁸, idare ajanları akrabalık ilişkisi olanları kayıramaz.⁴⁹⁹ Daha açık bir ifadeyle, ihalede eşit muamele ilkesinin

⁴⁹⁰ Taşdelen, **Kamu Harcamaları Hukukunda İhale Süreci**, s. 57.

⁴⁹¹ Bununla birlikte Kurul, itirazın şikâyet başvurularını; başvuru sahibinin iddiaları, idarenin şikâyet başvurusu üzerine aldığı kararda yer alan hususlar ve itiraz edilen işlemler bakımından incelemektedir.

⁴⁹² Danıştay 13. Daire, E. 2010/2738, K. 2010/8376, T. 08.12.2010, İçinde: Kurul, K. 2011/MK-39, T. 24.02.2011, **EKAP**.

⁴⁹³ Kurul, K. 2007/UY.Z-683, T. 26.02.2007, **EKAP**.

⁴⁹⁴ Gök, **op. cit.**, s. 17; Sancakdar/Önüt/Us Doğan/Kasapoğlu Turhan/Seyhan, **op. cit.**, s. 646; Özkan, **op. cit.**, s. 246.

⁴⁹⁵ Gözler, **op. cit.**, s. 119; Gözler/Kaplan, **op. cit.**, s. 451; Odyakmaz/Kaymak/Ercan, **op. cit.**, s. 273.

⁴⁹⁶ Akdoğan, **op. cit.**, s. 64.

⁴⁹⁷ Ayhan Kortunay/Yasin Sezer, "Kamu İhale Kanununun 63. Maddesinin AB Hukuku Perspektifinden Değerlendirilmesi", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 56, S. 3, Y. 2007, s. 157.

⁴⁹⁸ Gözler, **op. cit.**, s. 119; Gözler/Kaplan, **op. cit.**, s. 446; Günday, **op. cit.**, s. 202.

⁴⁹⁹ Gök, **op. cit.**, s. 16; Özkan, **op. cit.**, s. 247.

hayata geçirilebilmesi için idare tarafından ihaleye katılanlara tarafsız ve eşit şekilde davranılmalı, aralarında herhangi bir ayrımcılık yapılmamalıdır.⁵⁰⁰

Eşitlik ve rekabet ilkeleri ihaleye katılma hakkı ile yakın ilişki içerisindedir.⁵⁰¹ Ancak farklı hukuksal durumları olanlara farklı kurallar uygulanması eşitlik ilkesine aykırı olmadığı için eşit muamele ilkesinin de herkesin ihaleye katılabileceği şeklinde yorumlanmaması⁵⁰² gerekir. Aynı değerlendirmeyi mümkün olduğunca çok isteklinin katılımına yönelik rekabet ilkesi için de yapmak mümkündür.⁵⁰³ Kamu yararının zorunlu kıldığı durumlarda bazı kişilerin ihalelere katılması engellenebilir.⁵⁰⁴ Eşitliğin bozulmaması amacıyla eşit koşullarda yarışmayanlar yasaklanabilir.⁵⁰⁵ Böylece bazı kişilerin ihaleye katılması sonucunda eşitler arası yarışma ortamının bozulması⁵⁰⁶ önlenmiş olur.

4734 sayılı Kanun'da eşit muamele ilkesinin işletilerek ve eşitliği bozucu durumlar önlenerek eşitler arası rekabetin sağlanabilmesi için pek çok düzenlemeye yer verilmiştir. İhalede dürüstlüğü sağlamak için katılımın sınırlandırılması, tarafsızlığı sağlamak için objektif kriterler belirlenmesi ve gizlilik ilkesinin herkese uygulanması bunlara örnek gösterilebilir. Eşitler arası rekabetin sağlanması amacını taşıyan bu düzenlemeler, ihalede tarafsızlığın sağlanması (A) ve ihaleye katılımın sınırlandırılması (B) başlıkları altında incelenebilir.

A. İhalede Tarafsızlığın Sağlanması

İdare ve yüklenici ihale sonucunda imzalanacak sözleşmenin iki tarafıdır. Bu açıdan katılanlar birer taraf adayları olup; idare, katılanlar arasından kazananı adil bir şekilde belirlemek durumundadır. Başka bir deyişle idare sözleşmenin bir tarafı olarak, diğer tarafın belirlenmesinde katılanlara tarafsız davranmak zorundadır. Zira 4734 sayılı Kanun'un temel ilkelerinin sağlanmasından idareler sorumlu olduğu için eşit muamele ve rekabet ilkelerinin bir gereği olarak tarafsızlığın da idarelerce sağlanması gerekir.

⁵⁰⁰ Çağlayan, **op. cit.**, s. 451.

⁵⁰¹ Sezer, **Kamu İhalelerine Katılma Yasağı**, s. 5.

⁵⁰² Odyakmaz/Kaymak/Ercan, **op. cit.**, s. 273.

⁵⁰³ Özkan, **op. cit.**, s. 214.

⁵⁰⁴ Sezer, **Kamu İhalelerine Katılma Yasağı**, s. 59.

⁵⁰⁵ Özkan, **op. cit.**, s. 245.

⁵⁰⁶ Sezer, **Kamu İhalelerine Katılma Yasağı**, s. 59.

İhalede tarafsızlığın ihlali idarenin tutum ve davranışlarından kaynaklanmakta olup tarafsızlığın bu şekilde ihlal edilmesi aynı zamanda rekabet ilkesinin de ihlal edilmesi anlamına gelmektedir.⁵⁰⁷ Bu durum birçok işlemin yer aldığı ihalede çeşitli şekillerde ortaya çıkmaktadır. İdarenin aynı belge veya bilgi eksikliği bulunan isteklilere farklı işlem yapması, aynı nitelikteki açıklamalara farklı değerlendirmede bulunması veya aşırı düşük teklif açıklamaları için farklı süreler belirlemesi buna örnek gösterilebilir.⁵⁰⁸ Bu çeşitlilik Kurul'un kararlarına da yansımaktadır.

Kurul'a göre ihale dokümanının istekliye eksik verilmiş olması⁵⁰⁹, isteklilerin sunduğu aynı mahiyetteki taahhütnamenin kabul edilmemesi⁵¹⁰, demo işleminde her bir istekliye farklı sayıda soru sorulması⁵¹¹ ve usulüne uygun olarak gerçekleştirilmeyen iş deneyim belgesi tasdik işleminin kabulü eşit muamele ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.⁵¹² İsteklinin sunduğu Türkçe katalogda noter onayı bulunmaması değerlendirme dışı bırakılma gerekçesi sayılırken; yabancı dilde sunulan ve Türkçe tercümesi bulunmayan katalogların kabulü⁵¹³ veya ihalede değerlendirme dışı bırakılan isteklinin analizi bakımından yapılan tespitin benzerinin ihale üzerine bırakılan istekli bakımından yapılmış olması⁵¹⁴ da aynı sonucu doğurmaktadır.

İsteklilerden açıklama istenilen teklif bileşenleri belirtilmeden⁵¹⁵, tekliflerinde önemli gördükleri bileşenler bakımından⁵¹⁶ veya ayrı iş kalemlerine göre⁵¹⁷ aşırı düşük teklif açıklaması talep edilmesi ve verilen sürenin kısa gelmesi sebebiyle uzatılması sonucunda bu ek sürenin yalnızca kısa süre içerisinde cevap veren isteklilere tanınmış olması⁵¹⁸ eşit muamele ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.⁵¹⁹ Açıklamaları uygun

⁵⁰⁷ Kutlu, **op. cit.**, s. 175.

⁵⁰⁸ Gök, **op. cit.**, s.17; Sancakdar/Önüt/Us Doğan/Kasapoğlu Turhan/Seyhan, **op. cit.**, s. 647.

⁵⁰⁹ Kurul, K. 2009/UH.III-2196, T. 31.08.2009, **EKAP**.

⁵¹⁰ Kurul, K. 2008/UH.Z-1078, T. 03.03.2008, **EKAP**.

⁵¹¹ Kurul, K. 2020/UH.I-35, T. 08.01.2020, **EKAP**.

⁵¹² Danıştay 13. Daire, E. 2017/443, K. 2017/2099, T. 22.06.2017, İçinde: Kurul, K. 2017/MK-362, T. 09.08.2017, **EKAP**.

⁵¹³ Kurul, K. 2011/UY.II-2856, T. 22.08.2011, **EKAP**.

⁵¹⁴ Kurul, K. 2007/UY.Z-2298, T. 09.07.2007, **EKAP**.

⁵¹⁵ Kurul, K. 2012/UH.II-699, T. 02.02.2012, **EKAP**; Kurul, K. 2014/UH.III-699, T. 03.02.2014, **EKAP**.

⁵¹⁶ Kurul, K. 2012/UH.II-192, T. 09.01.2012, **EKAP**.

⁵¹⁷ Kurul, K. 2012/UH.II-2069, T. 14.05.2012, **EKAP**; Kurul, K. 2010/UY.KİKDB-4000, T. 30.12.2010, **EKAP**.

⁵¹⁸ Kurul, K. 2020/UY.I-528, T. 11.03.2020, **EKAP**.

⁵¹⁹ Öte yandan Kurul, idare tarafından aşırı düşük teklif açıklamasının esasını oluşturan “önemli teklif bileşeninin istekliler için aynı unsuru içerecek” şekilde belirlendiğini ve “her iki isteklinin verilen süre içerisinde açıklamada bulunduğu”nu dikkate alarak, isteklilere açıklama yapmaları için farklı süreler tanınmasında hak kaybı yaşanmadığına, yeniden aşırı düşük teklif açıklaması istenmesinin

görülme yen isteklilerle, ihale üzerine bırakılan isteklinin aynı durumda olması⁵²⁰, mevzuata aykırı aşırı düşük teklif açıklamasının yeterli bulunması⁵²¹ veya benzer açıklamaların kabul edilmemesi⁵²² eşit muameleyi ve tarafsızlığı ihlal edecektir.

Eşit muamele ilkesi gereğince idareler ihale sürecindeki tüm iş, işlem, değerlendirme ve takdirlerinde katılanlara eşit davranmak, tarafsız olmak ve her türlü ayrımcılıktan kaçınmak zorundadır.⁵²³ Bu zorunluluk, aynı zamanda bir yarışma olan ihalenin adil şekilde sonuçlanması ve Kanun'un bir temel ilkesi olan rekabetin sağlanması için elzemdir.

Kanun'da ihalede tarafsızlığın korunabilmesi için eşit muamele ilkesine aykırı davranışlarda bulunanları da kapsayacak şekilde bazı müeyyideler düzenlenmiştir. Kanun'un 60. maddesiyle; ihale komisyonu, ihale yetkilisi ve ihalede görev alan diğer ilgililer bakımından ceza sorumluluğunun yanında disiplin ve tazminat sorumluluğu getirilmiştir. Böylece ihalede kanuni gereklere uygun şekilde tarafsızlığın sağlanmasına ve buna aykırı uygulamaların da önlenmesine çalışılmıştır.

İhalede tarafsızlığın sağlanabilmesi için katılanların hepsine mevzuata uygun eşit muamelede bulunulması ve eşitliği bozucu uygulamalardan kaçınılması gerekir. İhaleye ve isteklilere ilişkin gizli kalması gereken bilgilerin öğrenilmesi veya alım konusuna ilişkin teknik özelliklerin sübjektif, yanlı olarak belirlenmesi katılanlar arasındaki eşitliği bozar. Bu nedenle ihalede tarafsızlığın sağlanması sonucunda eşitler arasında rekabetin gerçekleştirilebilmesi için teknik kriterlerin objektif olarak belirlenmesi (1) ve gizlilik ilkesinin herkes için uygulanması (2) gerekir. Böylece katılımcılara farklı ve keyfi uygulamalarda bulunulması önlenerek⁵²⁴, herhangi birine üstünlük sağlanmadan eşit şartlarda rekabet etmeleri sağlanmış olur.⁵²⁵

ihale işlemlerini ve ihale sürecini uzatacağına ve ihtiyaçların uygun şartlarda ve zamanında karşılanması ilkesini de zedeleyeceğine karar vermiştir. Bkz. Kurul, K. 2016/UH.II-1352, T. 18.05.2016, **EKAP**.

⁵²⁰ Kurul, K. 2010/UY.I-1484, T. 24.05.2010, **EKAP**.

⁵²¹ Kurul, K. 2007/UY.Z-2310, T. 09.07.2007, **EKAP**.

⁵²² Kurul, K. 2008/UY.Z-2958, T. 15.07.2008, **EKAP**; Kurul, K. 2008/UH.Z-743, T. 11.02.2008, **EKAP**.

⁵²³ Gök, **op. cit.**, s. 16; Özkan, **op. cit.**, s. 247.

⁵²⁴ Özkan, **op. cit.**, s. 245.

⁵²⁵ Özdemir, **Kamu İhale Kanunu'nda Düzenlenen İhale İşlemleri**, s. 65; Özdemir/Üstün, **op. cit.**, s. 655.

1. Teknik Kriterlerin Objektifliği Yoluyla İhalede Tarafsızlığın Sağlanması

İdareler ihtiyaçlarını tespit ettikten sonra bunları karşılamaya yönelik detaylı koşulları belirleyerek alım konusuna ilişkin teknik özelliklerin, tanımlamaların ve koşulların yer aldığı ihalenin teknik şartnamesini oluştururlar. Diğer bir ifadeyle, teknik şartnamelerde sözleşmenin tam olarak ifa edilebilmesi için teknik kriterlere yer verilmektedir.⁵²⁶ İhaleden haberdar olduktan sonra yarışmayı kazanmak ve yüklenici olmak amacıyla teknik şartnameyi inceleyenler bakımından teknik kriterler oldukça önemlidir. Kazanan bu kriterlere uymak zorunda olacağı için istekli olma kararının verilmesinde ve teklifin içeriğinin belirlenmesinde teknik kriterler etkilidir.⁵²⁷ Bu nedenle, 4734 sayılı Kanun’da teknik kriterlerin belirlenmesinde uyulması gereken bazı kurallara yer verilmiş olup bu kurallar rekabet ve eşit muamele ilkeleri ile de yakından ilgilidir.⁵²⁸

Kanun’un 12. maddesine göre idareler; teknik kriterleri verimliliği ve fonksiyonelliği sağlamaya uygun bir şekilde düzenlemelidir. Belirlenecek kriterler, bütün istekliler için fırsat eşitliği sağlamalı ve rekabeti engelleyici hususlar içermemelidir. Bu nedenle belirli bir marka, model veya ürün belirtilemeyeceği gibi buna yönelik özelliklere ve tanımlamalara yer verilemez. Ayrıca teknik kriterler içerisinde belirli bir patent, menşei veya kaynak belirtilmesi mümkün değildir.

Teknik şartnamelerde varsa uluslararası ve/veya ulusal teknik standartlara yer verilerek bunlara uygunluğun sağlanması için düzenlemeler yapılabilir. Teknik standart bulunmaması veya teknik özelliklerin belirlenememesi halinde “veya dengi” ifadesi kullanılmak suretiyle marka veya model belirtilebilir. Diğer bir ifadeyle bu haller, belirli bir marka veya model belirtilemeyeceğine veya tarif edilemeyeceğine ilişkin kuralın istisnasıdır.

Kanun’da yer alan kuralların amacı, teknik kriterlerin objektifliği yoluyla eşit muamelenin sağlanması ile rekabetin gerçekleştirilmesidir. Bu nedenle teknik şartnamede; bir kısım isteklilere avantaj sağlayan veya teklif maliyetlerini artıran ya

⁵²⁶ Yılmaz, **Kamu İhale Hukukunda Şartnameler**, ss. 100-101.

⁵²⁷ İstekliler hangi maliyet bileşenlerini esas alarak tekliflerini sunmaları gerektiğini bu kriterler sayesinde belirleyeceklerdir. Bkz. Kurul, K. 2008/UM.Z-3336, T. 12.08.2008, **EKAP**.

⁵²⁸ Toprak, **Kamu İhale Hukuku (Türkiye’de Kamu İhalelerinin Genel Yapısı ve Hukuki Rejimi)**, s. 154.

da diğer bir kısım isteklilerin ihaleye katılmalarını engelleyen düzenlemelere yer verilemez.⁵²⁹

İdareler, düzenlenecek kriterlerin seçilmesinde ve ihtiyacı karşılamak için yeterli olup olmadığının belirlenmesinde Kanun'un 12. maddesindeki sınırlar dahilinde belli bir serbestiye sahiptir.⁵³⁰ Ancak subjektif değerlendirmelerin önüne geçilebilmesi için⁵³¹ teknik kriterlerin; objektif, belirlenebilir, ölçülebilir olması⁵³² ve tekliflerin objektif olarak değerlendirilmesini mümkün kılması gerekir.⁵³³ Diğer bir ifadeyle teknik kriterler, kişisel gözleme ve subjektif özelliklere değil; standardize edilmiş bilgi, teknik oran ve verilere dayandırılmalıdır.⁵³⁴ Bu şekilde rekabeti kısıtlamayacak nitelikte objektif kriterlerle alımı yapılmak istenen ihtiyacın belirlenmesi mevzuata uygundur.⁵³⁵

Kurul'a göre, *“beğenilir olmalıdır”* veya *“kullanıcı tarafından beğenilmelidir”* düzenlemeleri nesnel bir değerlendirme kriteri içermeyip keyfiliğe yol açabilecek niteliktedir.⁵³⁶ Benzer şekilde *“kullanım kolaylığı”*, *“tercih nedenidir”* veya *“tercih sebebidir”* ifadeleri subjektif olduğu için tekliflerin sağlıklı şekilde değerlendirilmesi mümkün değildir.⁵³⁷ Belirsizlik içeren *“en üst seviyede”* ve *“en hızlı”* ifadelerinin⁵³⁸, farklı değerlendirilmeye müsait ve subjektif nitelikte *“en yeni ve en üst model”* düzenlemesinin⁵³⁹ ve *“son teknoloji ile üretilmiş”* olma şartının yerine objektif ve somut teknik kriterlerin ortaya konulması gerekmektedir.⁵⁴⁰

Teknik kriterlerin belirlenmesinde önemli olan ihtiyaçlara göre alt ve üst sınırlar dahilinde fonksiyonellik ve fırsat eşitliğinin sağlanmasıdır.⁵⁴¹ Ancak mukayese edilebilmesi veya ölçülebilir olması kaydıyla asgari teknik kriterler belirlenmesi de

⁵²⁹ Gök, **op. cit.**, s. 17; Sancakdar/Önüt/Us Doğan/Kasapoğlu Turhan/Seyhan, **op. cit.**, s. 647.

⁵³⁰ Kurul, K. 2020/UH.II-628, T. 01.04.2020, **EKAP**.

⁵³¹ Kurul, K. 2003/UK.Z-476, T. 02.10.2003, R.G., T. 06.11.2003, S. 25281.

⁵³² Kurul, K. 2012/UM.I-1307, T. 12.03.2012, **EKAP**.

⁵³³ Kurul, K. 2006/UM.Z-3134, T. 11.12.2006, **EKAP**.

⁵³⁴ Kurul, K. 2012/UM.II-1743, T. 16.04.2012, **EKAP**.

⁵³⁵ Kurul, K. 2007/UM.Z-129, T. 15.01.2007, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

⁵³⁶ Kurul, K. 2003/UK.Z-814, T. 11.12.2003, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023; Kurul, K. 2020/UM.I-2162, T. 30.12.2020, **EKAP**.

⁵³⁷ Kurul, K. 2010/UM.II-2202, T. 26.07.2010, **EKAP**; Kurul, K. 2008/UM.I-5011, T. 18.12.2008, **EKAP**; Kurul, K. 2005/UM.Z-1958, T. 17.10.2005, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

⁵³⁸ Kurul, K. 2012/UM.II-3960, T. 17.10.2012, **EKAP**.

⁵³⁹ Kurul, K. 2008/UH.Z-3299, T. 05.08.2008, **EKAP**.

⁵⁴⁰ Kurul, K. 2014/UM.III-2088, T. 14.05.2014, **EKAP**.

⁵⁴¹ Kurul, K. 2010/UM.I-2040, T. 12.07.2010, **EKAP**.

idarelerin yetki ve sorumluluğundadır.⁵⁴² Bu açıdan “*en az*” veya “*minimum*” gibi düzenlemeler, ihaleye katılımı daraltmayacağı gibi rekabet ortamının tesis edilmesini de engellemiş olmaz.⁵⁴³

Teknik kriterlerin belirlenmesinde tek bir markaya yönelik özelliklerin tarif edilmesi Kanun’un 12. maddesine aykırı olduğu⁵⁴⁴ için performans değeri gibi objektif düzenlemelere yer verilmesi⁵⁴⁵ ve oldukça dikkatli olunması gerekmektedir. Zira kimi zaman idarenin altyapısı ile uyumlu çalışması için verimlilik ve fonksiyonellik açısından herhangi bir zorunluluğu olmadığı halde⁵⁴⁶, kimi zaman teknoloji tercihi gibi görünen bir düzenlemeyle nesnel bir gerekçe veya zaruret olmadığı halde belirli bir markaya işaret edilmektedir.⁵⁴⁷

Özetle, teknik kriterlerin soyut, sübjektif ve ihtiyaca göre oldukça geniş veya herhangi bir zorunluluk olmadığı halde rekabeti kısıtlayacak biçimde dar belirlenmemesi gerekir. İlk halde teknik kriterlerle oluşturulmak istenen belirliliğin engellenmesi; ikinci halde belirli bir marka veya modelin tarif edilmesi sonucu ortaya çıkabilecektir. Ancak her şekilde objektiflik ortadan kalktığı için eşitler arasında bir yarışma olanağı yok olacaktır. Dolayısıyla ihalenin amacına ulaşabilmesi için idarece teknik kriterlerin objektifliği yoluyla fırsat eşitliğinin sağlanması gerekir.

Teknik kriterlerin belirlenmesinde verimliliği ve fonksiyonelliği dikkate almak kaydıyla idarelere ihtiyaç duyduklarının vasfını belirleme konusunda takdir yetkisi tanınmıştır.⁵⁴⁸ Kurul idarelerin bu takdir yetkisini, yapılan itirazın şikâyet başvurularındaki iddialar bakımından incelemekte olup; somut olaya göre farklı sonuçlara ulaşmaktadır.⁵⁴⁹ Ancak bu başvurularda idarenin hangi düzenlemelerle Kanun’un 12. maddesinde yer alan kuralları ihlal ettiği açıkça ortaya konulmadan

⁵⁴² Kurul, K. 2012/UM.II-3731, T. 26.09.2012, **EKAP**; Kurul, K. 2016/UM.III-1869, T. 27.07.2016, **EKAP**.

⁵⁴³ Kurul, K. 2017/UH.II-2996, T. 08.11.2017, **EKAP**.

⁵⁴⁴ Kurul, K. 2016/UM.II-313, T. 28.01.2016, **EKAP**.

⁵⁴⁵ Kurul, K. 2008/UM.II-3986, T. 24.09.2008, **EKAP**.

⁵⁴⁶ Kurul, K. 2020/UH.II-319, T. 12.02.2020, **EKAP**.

⁵⁴⁷ Kurul, K. 2019/UH.II-1698, T. 26.12.2019, **EKAP**.

⁵⁴⁸ Danıştay 13. Daire, E. 2014/3141, K. 2019/3797, T. 21.11.2019, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023; Danıştay 13. Daire, E. 2014/3071, K. 2019/3793, T. 21.11.2019, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

⁵⁴⁹ Uz, **Kamu İhale Hukuku**, s. 230.

ihtiyacına yönelik sorgulama yapılması mümkün olmamakta ve bunun yerindelik denetimi kapsamında kalacağı değerlendirilmektedir.⁵⁵⁰

Kanun'un 12. maddesine aykırılığı itirazen şikâyet dilekçesinde açıklanmış teknik kriterler hakkında Kurul tarafından inceleme yapılmaktadır. Bu incelemenin sağlıklı şekilde yapılabilmesi için Kurul, Kanun'un 53. ve 56. maddeleri uyarınca resmi ve özel kurum, kuruluş veya kişilerden belge, bilgi, görüş isteyebilir ya da özel uzmanlık gerektiren teknik hususlarla ilgili ihtisas sahibi kişilerin görüşüne başvurabilir. Bu bir zorunluluk olmayıp, itirazen şikâyet başvurusunda yer alan iddiaların karşılanması için uyuşmazlığın niteliğine bağlı olarak takdir yetkisi kullanılmaktadır.⁵⁵¹ Ancak itirazen şikâyet dilekçesinde somut ve ciddi nitelikte açıklamalara yer verilmiş olması, aynı zamanda incelemenin teknik uzmanlık gerektirmesi halinde Kurul'un ihtisas sahibi kişilerin görüşüne başvurması gerekmektedir.⁵⁵²

Kurul tarafından teknik görüş alınmasına karar verilmesi halinde, teknik görüşün amacına ulaşabilmesi ve karara esas alınabilmesi için ihtilafın özünü, bilimsel gerekçeleri içerecek ve hiçbir tereddüde yer vermeyecek şekilde aydınlatması gerekir.⁵⁵³ Teknik kriterler bakımından rekabeti daraltıcı nitelikte olduğuna ilişkin açık bir tespite yer verilmeden, ihtimale dayalı ve rekabeti artırıcı önerilerin yer aldığı teknik görüş ihalenin iptalini gerektirecek nitelikte değildir.⁵⁵⁴ Bu gibi durumlarda tahmine dayalı olmayan ve net bit teknik görüş alınarak karar verilmesi gerekir.⁵⁵⁵

Sonuç olarak, 4734 sayılı Kanun'da teknik kriterlerde objektifliğin ve ihalede tarafsızlığın sağlanabilmesi için teknik kriterler bakımından detaylı kurallara yer verildiği ve idarenin belirlediği koşulların objektifliğinin teknik görüş alınarak Kurul tarafından incelenmesinin mümkün olduğu anlaşılmaktadır. Diğer bir ifadeyle, rekabeti engelleyici teknik kriterler belirlenmesini engelleyen kurallara uyulmasıyla Kanun'un eşitler arası rekabetin gerçekleştirilmesini amaçlandığı sonucuna ulaşılmaktadır.

⁵⁵⁰ Kurul, K. 2020/UM.I-1358, T. 12.08.2020, **EKAP**.

⁵⁵¹ Danıştay 13. Daire, E. 2021/340, K. 2021/482, T. 15.02.2021, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

⁵⁵² Danıştay 13. Daire, E. 2021/4738, K. 2021/4486, T. 13.12.2021, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

⁵⁵³ Danıştay 13. Daire, E. 2021/2898, K. 2021/2741, T. 09.09.2021, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

⁵⁵⁴ Danıştay 13. Daire, E. 2022/2444, K. 2021/2768, T. 21.06.2022, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

⁵⁵⁵ Danıştay 13. Daire, E. 2020/1452, K. 2020/1921, T. 13.07.2020, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

2. Gizlilik İlkesinin Herkes İçin Sağlanması Yoluyla İhalede Tarafsızlığın Sağlanması

4734 sayılı Kanun'un temel ilkeleri arasında birbirine çelişik gibi gözüken⁵⁵⁶ saydamlık ile gizlilik ilkelerine yer verilmiştir. Ancak saydamlık her türlü bilginin kamuoyuna açıklanması anlamına gelmemekte ve ihalede bazı bilgilerin gizli kalması gerekmektedir.⁵⁵⁷ Dolayısıyla bu ilkelere birinin uygulanması doğrudan diğerinin ihlali olmadığı gibi her ikisinin de yerine göre uygulanması sonucunda ihale amacına ulaşmaktadır.

Kanun'un 61. maddesiyle, Kanun'un uygulanmasında görevliler⁵⁵⁸ ile danışmanlık hizmeti sunanlara yönelik yasaklama getirilmiştir. Düzenlemeye göre bu kişiler; bütün ihale işlemlerine, isteklilerin iş ve işlemleri ile tekliflerin teknik ve mali yönlerine ilişkin gizli kalması gerekli olan bilgi ve belgelerle yaklaşık maliyeti ifşa edemezler. Aynı zamanda kendileri veya üçüncü şahıslar lehine de kullanamazlar.

Adil bir yarışma gerçekleştirilebilmesi ve kaynakların verimli kullanılabilmesi için yaklaşık maliyetin ve isteklilere ilişkin bilgi ve belgelerin gizliliğinin sağlanması gerekli olup bunun sorumluluğu idarededir. Zira isteklilere ilişkin bilgi ve belgeler idareye sunulmakta ve yaklaşık maliyet idarece hazırlanmakta veya alınan danışmanlık hizmeti kapsamında hazırlanarak idareye sunulmaktadır.

Bu sorumluluğun eksiksiz olarak yerine getirilmesi halinde, istekliler arasındaki eşitlik korunmaktadır. Başka bir deyişle gizlilik ilkesi ihalede tarafsızlığın ve kamu yararının sağlanması amacıyla getirilmiştir. Dolayısıyla gizlilik ilkesinin ihlal edilmesiyle eşitliğin bozulması sonucunda ihalede tarafsızlığın sağlanması da mümkün değildir.

Bu nedenle gizlilik ilkesinin ihlal edilmesi durumunda ihlal edenler bakımından Kanun'un 58. ve 60. maddelerinde yer alan idari ve cezai müeyyideler uygulanır. 5237

⁵⁵⁶ Gök, *op. cit.*, s. 17; Özkan, *op. cit.*, s. 255.

⁵⁵⁷ Sezer, *Kamu İhalelerine Katılma Yasağı*, s. 44.

⁵⁵⁸ Kanun'un uygulanmasında görevli olanlar, ihale ile birlikte hukuki uyumsuzlukların çözümü aşamasında yer alanları da içermekte olup; bu kapsamda şikâyet başvurusunu alan görevliler, itirazın şikâyet başvurularında Kurul'un üyeleri ve Kurum'un idari personeli, yargılamayı yapan hakimler ve adliyelerdeki idari personel, idari işlem görevlisi ve yargılama görevlisi sayılabilir. Bkz. Taşdelen, *Kamu Harcamaları Hukukunda İhale Süreci*, s. 174.

sayılı Türk Ceza Kanunu'nun⁵⁵⁹ 235. maddesinin 2. fıkrasının (b) bendine⁵⁶⁰ göre gizli tutulması gereken bilgilere başkasının ulaşmasının sağlanması halinde ihaleye fesat karıştırılmış sayılır. Söz konusu bilgilerin yetkisiz kişilere verilmesi ile suç tamamlanmış olup; suçun oluşması için ifşanın alenen gerçekleşmesi gerekli değildir.⁵⁶¹ Öte yandan, bu kişiler hakkında ihalelerden yasaklama kararı verilir ve kamu görevlileri hakkında disiplin yaptırımı da uygulanır. Katılma yasağı, danışmanlık hizmeti sunan kişilerle birlikte kamu görevlileri için de uygulanabilir.⁵⁶²

Kanun'da gizlilik ilkesinin uygulandığı haller yaklaşık maliyet ile isteklilere ilişkin bilgi ve belgelerin gizliliği ile sınırlıdır. Bunlar dışında saydamlığı ihlal edecek şekilde ihalede gizlilik uygulanması mümkün değildir.⁵⁶³ Diğer bir ifadeyle gizlilik ilkesinin belirlenen sınırlar içinde kalması⁵⁶⁴ sonucunda ihalenin hukuka uygun ve objektif şekilde işletilmesi mümkün olmaktadır.⁵⁶⁵

4734 sayılı Kanun'da eşitler arası rekabetin sağlanabilmesi için gizlilik ilkesinin tarafsızlıkla uygulanması gerektiğine ilişkin düzenlemelere yer verildiği anlaşılmaktadır. Böylece hiçbir istekliye avantaj veya dezavantaj sağlanmadan gerçekçi tekliflerin oluşturulması ve adil bir yarışın gerçekleştirilmesi amaçlanmıştır. Bu nedenle Kanun'da yaklaşık maliyetin (a) ve isteklilere ilişkin bilgi ve belgelerin (b) gizliliğinin herkes bakımından sağlanması için kurallar ve aksi davranışların önlenmesi için müeyyideler getirildiği söylenebilir.

a. Yaklaşık Maliyetin Gizliliği

4734 sayılı Kanun'da yaklaşık maliyet terimine tanımlar arasında yer verilmemesine karşın; uygulama yönetmeliklerinde "*ihale konusu işin öngörülen bedeli*" yaklaşık maliyet olarak tanımlanmıştır. Terimden de anlaşılacağı üzere yapılacak alımın idareye maliyetinin yaklaşık olarak hesaplanması anlamına gelmektedir. Ancak bu hesaplama basit bir tahmini bedel hesaplaması olmayıp ihale

⁵⁵⁹ R.G., T. 12.10.2004, S. 25611.

⁵⁶⁰ "Tekliflerle ilgili olup da ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak".

⁵⁶¹ İzzet Özgenç, **İhale Sürecinde İşlenen Suçlar**, 4. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 48.

⁵⁶² Sezer, **Kamu İhalelerine Katılma Yasağı**, s. 183.

⁵⁶³ Gök, **op. cit.**, s. 17.

⁵⁶⁴ Özdemir, **Kamu İhale Kanunu'nda Düzenlenen İhale İşlemleri**, s. 71.

⁵⁶⁵ Gök, **op. cit.**, s. 17.

bedelinin tam olarak tespit edilmesidir.⁵⁶⁶ Bu nedenle alım konusuna ilişkin her türlü fiyat araştırması yapılır ve katma değer vergisi hariç olarak dayanaklarıyla birlikte bir hesap cetvelinde gösterilir.⁵⁶⁷ Böylece alım konusunun maliyetine ilişkin idarenin bilgi sahibi olması amaçlanmıştır.⁵⁶⁸

Kanun'un 64. maddesinin (d) bendine göre bütçenin programlanmasında ve isteklilerce verilecek tekliflerin karşılaştırılmasında kullanılmak üzere yaklaşık maliyet tespit edilir. Rekabet ve kaynakların verimli kullanılması ilkelerinin gereği olarak gerçekçi tekliflerle yarışılıp yarışılmadığının tespit edilebilmesi için her ihalede yaklaşık maliyet hesaplanır. Ayrıca ödeneği bulunmayan hiçbir iş için ihaleye çıkılamayacağı ilkesi gereği öncelikle bütçenin programlanması için yaklaşık maliyet hesaplanır ve ihale için gerekli olduğunda güncellenir.⁵⁶⁹

Kanun'da, birtakım işlemlerin uygulanması ve uygulanma usulü yaklaşık maliyetin tespitine bağlanmıştır. Öyle ki bir alımın Kanun'un istisnaları kapsamında olup olmadığının tespitinde veya alım usulünün belirlenmesinde ihalenin yaklaşık maliyeti belirleyici olabilmektedir.⁵⁷⁰ Esas olarak yaklaşık maliyetin tespiti sonucunda ihalenin Kanun'un 8. maddesinde yer alan ve her yıl güncellenen eşik değerler karşısındaki durumu belirlenmekte ve ihalede uygulanacak kurallar değişebilmektedir. Kanun'un 13. maddesinde yer alan ilan kuralları bu düzenlemelerin başında gelmektedir. Ayrıca ihaleye sadece yerli isteklilerin katılabileceğine ilişkin düzenleme yapılabilmesi için yaklaşık maliyetin eşik değerlerin altında kalması gerekmektedir.

Özetle, bütçenin programlanmasında, ihalede uygulanacak kurallar ile ihalenin yabancı isteklilere açık olup olmadığının belirlenmesinde ve tekliflerin değerlendirilerek ekonomik açıdan en avantajlı alımın gerçekleştirilmesinde; yani ihalenin sağlıklı şekilde gerçekleştirilmesinde, yaklaşık maliyetin gerçeğe uygun şekilde tespit edilmiş olması önemlidir.⁵⁷¹

⁵⁶⁶ Sadettin Doğanyigit, "İhalenin Ruhu: Yaklaşık Maliyetin Gizliliği", *Dış Denetim Dergisi*, S. 2, Y. 2010, s. 95.

⁵⁶⁷ Bkz. 4734 sayılı Kanun md. 9.

⁵⁶⁸ Toprak, **Kamu İhale Hukuku (Türkiye'de Kamu İhalelerinin Genel Yapısı ve Hukuki Rejimi)**, s. 159.

⁵⁶⁹ Uz, **Kamu İhale Hukuku**, s. 163.

⁵⁷⁰ Bkz. 4734 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (g) bendi, 20. maddesinin 1. fıkrası ve 21. maddesinin 1. fıkrasının (f) bendi.

⁵⁷¹ Mehmet Aksoy/Mehmet Şimşek, **En Son Değişikliklerle (Kamu İhale Kurulu Kararları Işığında) Kamu Alımları İhale Süreci**, Ankara, T.C. Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı, 2010, ss. 67-68.

Kanun'da yaklaşık maliyetin hesaplanması bakımından ayrıntılı düzenlemelere yer verilmemiştir. Ancak uygulama yönetmeliklerinde yaklaşık maliyet ilkelerine ve hesaplamasına dair kurallara yer verilmiştir. Bu düzenlemelerde yer alan yöntemlerden biri, bir kısmı veya tamamı kullanılarak hesaplama yapılması mümkündür.⁵⁷² Öte yandan, ihalenin kısmi teklife açık olması halinde kısımlar bakımından ayrı değerlendirme yapılacağı için her bir kısım için ayrı yaklaşık maliyet hesaplanmaktadır.

Kanun'un 8. maddesine göre yaklaşık maliyet, ihale ve ön yeterlik dokümanlarında yer almayacak ve isteklilere veya ihale süreci ile resmi ilişkisi olmayan kişilere de açıklanmayacaktır. Aksine hareket edenler bakımından idari ve cezai müeyyideler uygulanacaktır. Daha açık bir ifade ile Kanun'da yaklaşık maliyetin gizliliği benimsenmekte; belirli bir zamana kadar yaklaşık maliyetin açıklanması, ifşa edilmesi veya isteklilerle paylaşılması yasaklanmaktadır.

Kural olarak yaklaşık maliyetin idarelerce hesaplanması ve tespiti için piyasadan fiyat araştırması yapılması gerekir. Ancak teknik şartnamesi danışmanlık hizmeti kapsamında hazırlattırılan alımların yaklaşık maliyetinin bu kişilere hesaplatılması da mümkün olmaktadır. Bu kişiler, yaklaşık maliyetin gizliliği ile ulaşılmak istenen sonucun ortaya çıkabilmesi için danışmanlık hizmetini yürüttükleri alımın ihalesine katılamayacakları gibi yaklaşık maliyeti de ifşa edemezler.⁵⁷³

İdareler, yaklaşık maliyeti tespit etmek için fiyat araştırması yaparken piyasada faaliyet gösteren kişilerden fiyat sorabilir. Bu kişilerin daha sonra ihaleye katılmasını engelleyen bir kural bulunmadığı gibi bu durum yaklaşık maliyetin gizliliğine aykırı değildir. Ancak bu uygulama, fiyat sorulan kişilerin daha sonra ihaleye davet usulü ile istekli sıfatıyla teklif sunmaları nedeniyle pazarlık usulü ile gerçekleştirilen ihaleler bakımından haklı olarak eleştirilmektedir.⁵⁷⁴

Kurul, yaklaşık maliyetin gizliliğinin ihlal edildiğine ilişkin iddiaları denetlemekte ancak verdiği kararlarda tek bir kıstasa göre hareket etmediği görülmektedir.⁵⁷⁵ Kurul tarafından sınır değerin 1 kuruş üzerinde 2 teklif ve 4 kuruş

⁵⁷² Doğanyigit, **op. cit.**, s. 96.

⁵⁷³ Bkz. 4734 sayılı Kanun md. 11/2 ve md. 61.

⁵⁷⁴ Demircioğlu, **op. cit.**, s. 172.

⁵⁷⁵ Asuman Çapar, "4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nda Belirtilen Temel İlkelerden Gizlilik İlkesi", **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 2, Y. 2020, s. 99.

üzerinde 1 teklif verilmiş olması hayatın olağan akışı ve olasılık itibariyle düşük olduğu için⁵⁷⁶ ve yaklaşık maliyete 11 kuruş yaklaşılmasının çok düşük bir ihtimal olduğu düşünülerek ihale kararı iptal edilmişken⁵⁷⁷; 60 kuruşluk farkla sınır değer üzerinde kalınması⁵⁷⁸ ve hatta karsız yaklaşık maliyete eşit teklif verilmesi sorunlu görülmemiştir.⁵⁷⁹ Düşük bir olasılık olsa da yaklaşık maliyet bilinmeksizin sınır değere eşit veya çok yakın teklifler verilmesi imkan dahilinde görülmektedir.⁵⁸⁰ Ancak personel maliyeti dışında kalemlerin yer aldığı ihalelerde sınır değerle aynı teklif verilmesi hayatın olağan akışına aykırıdır.⁵⁸¹ Öte yandan, tekliflerin önemli bileşenini personel gideri gibi belirli kalemlerin oluşturduğu ihalelerde yaklaşık maliyete yakın teklifler verilmesi mümkündür.⁵⁸² Bu nedenle, yaklaşık maliyetin isteklilerin tamamı veya bir kısmı tarafından öğrenildiğinin ispatı oldukça güçtür.⁵⁸³

Öte yandan Kurul, yaklaşık maliyetin çok az bir kısmına tekabül eden kalemlerin birim fiyatında gizliliğinin sağlanamamış olması durumunda, yaklaşık maliyetin tamamının hesaplanması mümkün olmadığı için gizliliğin ihlal edildiği sonucuna ulaşamayacağına karar vermektedir.⁵⁸⁴ Böylece yaklaşık maliyetin gizliliği ile amaçlanan sonucun ortaya çıkmasını engellemeyen önemsiz hatalar gizlilik ilkesinin ihlali olarak görülmemektedir. Aksi bir yorumun ise ihale sürecini gereksiz şekilde aksatacağı değerlendirilmektedir.⁵⁸⁵

Yaklaşık maliyetin gizliliği tartışmalı bir konu olup; uygulayıcıların katıldığı bir sempozyumun bir oturumda bu konu ele alınmıştır. Yaklaşık maliyetin açık veya gizli olmasının avantajları ve dezavantajları olduğu düşünülmektedir. Açıklığın çok sayıda teklifin geldiği ihalelerde teklifleri düşüreceği, az sayıda teklifin geldiği ihalelerde ise teklifleri yükselteceği iddia edilmektedir.⁵⁸⁶ Gizliliğin ise idare ajanlarının zan altında kalmasına sebep olduğu; itirazlarda artış meydana getirebilirse de yaklaşık maliyetin detayları verilmeden işin bütününe kapsayacak şekilde idare tarafından ilan edilmesi

⁵⁷⁶ Kurul, K. 2011/UY.III-3994, T. 05.12.2011, **EKAP**.

⁵⁷⁷ Kurul, K. 2013/UH.III-1502, T. 25.03.2013, **EKAP**.

⁵⁷⁸ Kurul, K. 2015/UH.II-1910, T. 08.07.2015, **EKAP**.

⁵⁷⁹ Kurul, K. 2016/UH.I-1830, T. 20.07.2016, **EKAP**.

⁵⁸⁰ Kurul, K. 2017/UH.II-633, T. 22.02.2017, **EKAP**.

⁵⁸¹ Kurul, K. 2016/UH.I-2150, T. 24.08.2016, **EKAP**.

⁵⁸² Kurul, K. 2012/UH.II-1937, T. 30.04.2012, **EKAP**.

⁵⁸³ Aksoylu Ürger, **op. cit.**, s. 213.

⁵⁸⁴ Kurul, K. 2018/UY.II-897, T. 02.05.2018, **EKAP**.

⁵⁸⁵ Çapar, **op. cit.**, s. 98.

⁵⁸⁶ Köksal Sarınca, “Yaklaşık Maliyetin Gizliliği”, **Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Uygulamalarının Değerlendirilmesi Sempozyumu, 4-5 Aralık 2017**, Kamu İhale Kurumu-Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, Ankara, 2017, s.18.

gerektiği, bu sayede tekliflerin kontrol edilmesinin, idarenin baştan tedbirler almasının ve zaman kaybının engellenmesinin mümkün olacağı öne sürülmektedir.⁵⁸⁷ Bu görüşü destekler mahiyette, günümüzde isteklilerin ihalelerde idarenin yaklaşık maliyetini hesaplayarak teklif hazırlama eğiliminde olduğu bu nedenle yaklaşık maliyetin gizliliğinin anlamsız kaldığı ifade edilmektedir.⁵⁸⁸ Hatta, yaklaşık maliyetin herkesçe bilindiği kabulünden hareketle hesap cetveli vb. detaylarıyla ihale dokümanında açıklanması gerektiği öne sürülerek; terime, ihalenin amacını aşan anlamların yüklendiği yaklaşık maliyetin gerçeği yansıtacak şekilde tespit edilmesi gerektiğine dikkat çekilmektedir.⁵⁸⁹

Uygulayıcılara göre yaklaşık maliyetin tahmininin mümkün olduğu, gizliliğinin sağlanamadığı ve idare ajanlarının zan altında kaldığı değerlendirilerek yaklaşık maliyetin açıklığı savunulmaktadır. Pratik kaygıların öne çıktığı bu düşüncenin Kanun’la ihalede sağlanmak istenen rekabet ortamına ve ekonomik açıdan en avantajlı alımın gerçekleştirilmesine uygun olduğu söylenemez.

Rekabet ortamı ve eşitlik ilkesi çerçevesinde ihalenin amacına uygun olarak gerçekleştirilmesi için yaklaşık maliyetin gizli olup olmamasının pek fazla değişiklik yaratmadığı da iddia edilmektedir.⁵⁹⁰ Ancak rekabet, eşit muamele, ihtiyaçların uygun şartlarla karşılanması ve kaynakların verimli kullanılması ilkelerinin gereği olarak yaklaşık maliyetin gizli tutulması gereklidir.⁵⁹¹ Zira yaklaşık maliyet düzenlemesiyle hem idarelerin hem de isteklilerin piyasa rayiçlerine uygun, gerçekçi maliyetler belirlmesi amaçlanmıştır.⁵⁹² Yaklaşık maliyetin gizliliği sonucunda, istekliler yalnızca ticari esaslara göre teklif sunacak ve rekabet ortamı sayesinde idare, ekonomik açıdan en avantajlı alımı gerçekleştirecektir.⁵⁹³ Diğer bir ifadeyle burada

⁵⁸⁷ Hacı Mehmet Kuloğlu, “Yaklaşık Maliyetin Gizliliği”, **Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Uygulamalarının Değerlendirilmesi Sempozyumu, 4-5 Aralık 2017**, Kamu İhale Kurumu-Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, Ankara, 2017, s. 15.

⁵⁸⁸ İlhan Aytekin, “Yaklaşık Maliyetin Gizliliği”, **Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Uygulamalarının Değerlendirilmesi Sempozyumu, 4-5 Aralık 2017**, Kamu İhale Kurumu-Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, Ankara, 2017, s. 14.

⁵⁸⁹ Merdan Hürmeşyan, “Yaklaşık Maliyetin Gizliliği”, **Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Uygulamalarının Değerlendirilmesi Sempozyumu, 4-5 Aralık 2017**, Kamu İhale Kurumu-Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, Ankara, 2017, s. 16.

⁵⁹⁰ Çapar, **op. cit.**, s. 97.

⁵⁹¹ Uz, **Kamu İhale Hukuku**, s. 172.

⁵⁹² 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun genel ve 9. madde gerekçelerine ulaşmak için bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d21/c082/tbmm21082047ss0794.pdf>, Erişim Tarihi: 26.12.2022.

⁵⁹³ Yılmaz, **Kamu Alımlarında İdari Denetim**, s. 102; Kurul, K. 2015/UY.II-1190, T. 29.04.2015, **EKAP**.

gizliliğin sağlanması, diğer temel ilkelerin hayata geçirilebilmesi için gereklidir.⁵⁹⁴ Bu nedenle yaklaşık maliyetin gizliliğini ortadan kaldıran veya bunu normalleştiren uygulamaları referans almak yerine; Kanun'un uygulanması ve yaklaşık maliyetin gizliliği ile amaçlanan sonucun ortaya çıkartılması için alınabilecek önlemlere veya yapılabileceklerle odaklanmak daha doğru olacaktır.

Yaklaşık maliyet, tekliflerin açılması aşamasında ilk oturumda⁵⁹⁵ isteklilerin teklifleri ile birlikte herkese açıklanır.⁵⁹⁶ Böylece daha sonra yapılacak olan değerlendirmelerde herhangi bir itirazla karşılaşılması amaçlanmıştır.⁵⁹⁷ Kamu İhale Genel Tebliği'ne göre teklif zarflarının incelenmesinin ardından ve zarflar açılmadan önce yaklaşık maliyet açıklanacaktır. 4734 sayılı Kanun'un 30. maddesinin 1. fıkrasına göre göre teklif zarflarının üstünde istekliye, idareye veya ihaleye ilişkin bilgilerin yazılması ve zarfın kapanma yerinin istekli tarafından imzalanarak mühürlenmesi gerekir. Sunulan teklif zarflarının tamamının bu fıkraya uygun olmadığı anlaşılırsa yaklaşık maliyet açıklanmayacaktır.

Kanun'a göre açıklanana kadar yaklaşık maliyetin gizliliği herkes için sağlanarak eşit muamele ve rekabet ilkelerine uygun hareket edilmektedir.⁵⁹⁸ Aksi halde eşit durumda olanlar arasındaki eşitlik bozulacaktır. Zira isteklilerin tekliflerini hazırladıkları dönemde yaklaşık maliyetten haberdar olunması, bilen taraf açısından avantaj sağlayarak ihalede rekabet ortamını ortadan kaldıracaktır.⁵⁹⁹ Dolayısıyla, yaklaşık maliyetin gizliliğinin herkes için sağlanması yoluyla ihalede tarafsızlığın sağlanması ve eşitler arası rekabetin oluşturulması mümkün olmaktadır.

İlk oturumda teklifler açıklanmadan yaklaşık maliyetin açıklanması, adil bir yarışmanın oluşturulması ile isteklilerin idareye güven duymasına ve ihalede saydamlığın da sağlanmasına yöneliktir. Teklif zarfları Kanun'a uygun olduğu için yaklaşık maliyetin açıklanmasından sonra teklif zarflarından geçerli teklif çıkmaması

⁵⁹⁴ Süleyman Üstün/Hande Sena Çalış, "4734 Sayılı Kamu İhale Kanununa Hâkim Olan İlkelerin Değerlendirilmesi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 26, S. 2, Y. 2018, s. 126; Kalabalık, **op. cit.**, s. 225.

⁵⁹⁵ Pazarlık usulü ile gerçekleştirilen ihalelerde yaklaşık maliyet son yazılı fiyat teklifleri ile birlikte açıklanır.

⁵⁹⁶ Yaklaşık maliyetin bu aşamada açıklanmasına ilişkin düzenleme, 4734 sayılı Kanun'un ilk halinde yer almamaktadır. 5812 sayılı Kanun'un 10. maddesi ile saydamlık ilkesi gerekçe gösterilerek 4734 sayılı Kanun'un 36. maddesinin 2. fıkrasında değişiklik yapılmıştır.

⁵⁹⁷ Kurul, K.2013/UH.II-4645, T. 11.12.2013, **EKAP**.

⁵⁹⁸ Taşdelen, **Kamu Harcamaları Hukukunda İhale Süreci**, s. 59; Özkan, s. 255.

⁵⁹⁹ Özdemir, **Kamu İhale Kanunu'nda Düzenlenen İhale İşlemleri**, s. 71; Özkan, **op. cit.**, s. 253.

mümkündür. Ayrıca ihalenin başka sebeplerle iptal edilmesi söz konusu olabilmektedir. Bu durumlarda aynı veya çok benzer şartlarla tekrar ihaleye çıkılmakta ve bu nedenle ikinci ihalenin yaklaşık maliyeti ifşa olmaktadır.

İhalede yaklaşık maliyet açıklandıktan sonra yaklaşık maliyetin yanlış hesaplanması haricinde bir sebeple ihalenin iptal edilmesi sonucunda, aynı yaklaşık maliyetle ikinci ihalenin gerçekleştirilmesi muvazaalı teklifler verilmesine neden olduğu için yaklaşık maliyetin gizliliğinin sözleşme imzalanıncaya kadar devam ettirilmesi gerektiği iddia edilmektedir.⁶⁰⁰ Bu halde yaklaşık maliyetin gizliliği ile amaçlanan sonuca yaklaşılması mümkün olsa da saydamlık ve güvenirlilik ilkeleri zarar görebilecektir. Bu nedenle bu önerinin yaklaşık maliyetin açıklanmasına rağmen tekliflerin yarışmadığı durumlara çözüm olması mümkün değildir.

Yaklaşık maliyetin gizliliği öyle bir anda yerini açıklığa bırakmalıdır ki hem idarenin ihaleyle ulaşmak istediği amaç hem isteklilerin idareye güveni sağlanarak saydamlık zarar görmemelidir. Bunun için teklif zarfları açılmadan yaklaşık maliyetin açıklanması mümkün değildir. Öncelikle teklif zarfları açılmalı, tekliflerin gerçek birer teklif olduğu ve yarışma gerçekleştiği anlaşılmalıdır. Geçici teminatında, teklif mektubunda veya diğer belgelerinde eksiklik bulunmayan gerçekçi bir teklif çıkması koşuluyla yaklaşık maliyet açıklanmalıdır. Bu halde yaklaşık maliyetin değişmeden korunduğu hususunda açıklığın ve isteklilerin güveninin sağlanması gereklidir. Bunun için elektronik uygulama yöntemleri kullanılabilir. EKAP üzerinde hazırlanan yaklaşık maliyet, elektronik olarak işlem güvenliği sağlanarak değiştirilmeden korunabilir ve ilk oturumda gerçekçi teklifin yer aldığı görüldükten sonra açıklanabilir. Elektronik tekliflerde uygulanan elektronik anahtar benzeri bir çözümle yaklaşık maliyetin gizliliği korunmasının yanında yaklaşık maliyetin ihalenin amacına uygun bir zamanda açıklanması ve ihalede güvenirliliğin sağlanması mümkündür.

Sonuç olarak, eşitler arası rekabetin sağlanabilmesi için yaklaşık maliyetin gerçekçi şekilde hesaplanması ve gizliliğinin korunması gereklidir. Gerçekçi hesaplama sonucunda isteklilerin gerçekten yarışıp yarışmadığı anlaşılmakta ve ekonomik açıdan en avantajlı teklifin bulunması mümkün olmaktadır. Gizlilik ile istekliler tarafından piyasa fiyatlarına göre teklif sunmaları sağlanırken, gizliliğin herkese eşit şekilde uygulanmasıyla rekabet ortamı korunmaktadır. Dolayısıyla 4734

⁶⁰⁰ Doğanıyigit, **op. cit.**, s. 98.

sayılı Kanun'da yaklaşık maliyetin gizliliğinin esas alındığı ve bunun eşitler arası rekabetin sağlanmasına hizmet ettiği söylenebilir.

b. İsteklilere İlişkin Bilgi ve Belgelerin Gizliliği

4734 sayılı Kanun kapsamında gizlilik ilkesinin uygulandığı bir diğer husus, isteklilere ilişkin bilgi ve belgelerin gizliliğidir. Bunun sağlanabilmesi amacıyla Kanun'da birtakım kurallara yer verilmiş ve görevlilerin gizli kalması gereken bilgileri ifşası yasaklanmıştır.

İsteklilere ilişkin bilgi ve belgelerin gizliliğinin sağlanması amacıyla getirilen düzenlemeler içerisinde tekliflerin sunulmasına ve açıklanmasına ilişkin kurallar en başta gelir. Kanun'un 30. maddesine göre, tekliflerin bir zarf içerisinde ve zarfın yapıştırılan yerinin istekli tarafından imzalanarak ve mühürlenerek idareye sunulması gerekir. Böylece teklif zarflarının hazır bulunanlar eşliğinde açılmasına kadar tekliflerin gizliliği uygulaması herkes için sağlanmaktadır.

Kanun'un 29. maddesine göre ihale dokümanı hakkında açıklama talep edilmesi ve idare tarafından istekli olabileceklere açıklama yapılmasına karar verilmesi halinde; talepte bulunan isteklinin kim olduğu bilgisine yapılacak açıklamada yer verilmemesi gerekir. Böylece açıklanması gerekli bir husus aydınlatılırken gizliliğe de riayet edilerek istekliler arasında kurulan eşitlik korunmaktadır.

Tekliflerin gizliliğinin sağlanması amacıyla Kanun'un 33. maddesi gereğince teklif fiyatının en az %3'ü oranında geçici teminat verilmesi gereklidir.⁶⁰¹ Kanun'un ilk halinde idare tarafından %2 ile %4 arasında belirli bir oran saptanmakta ve teklif fiyatları üzerinden sabit oran uygulanarak geçici teminatlar yatırılmaktaydı. 2003 yılında 4964 sayılı Kanun ile değişiklik yapılarak ve asgari bir oran getirilerek teklif fiyatına ilişkin bilginin geçici teminatın tevsiki için yapılan işlemlerde gizlenmesi imkânı getirilmiştir.

İhalede gerçekleştirilecek bildirim ve tebligatlar bakımından Kanun'un 65. maddesinde uyulması zorunlu kurallara yer verilmiş olup; isteklilere ilişkin bilgi ve

⁶⁰¹ Geçici teminatın gelir kaydedilmesini gerektiren bir durum ortaya çıktığında teklif fiyatının %3'ü oranında geçici teminatın gelir kaydedilerek bunu aşan kısmının istekliye iade edilmesi gereklidir. Bkz. Danıştay 13. Daire, E. 2015/659, K. 2020/3806, T. 23.12.2020, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023; Danıştay 13. Daire, E. 2015/485, K. 2021/1698, T. 17.05.2021, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023; Danıştay 13. Daire, E. 2019/2622, K. 2021/4518, T. 14.12.2021, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

belgelerin gizliliğinin sağlanması amacıyla açık bir kural getirilmiştir. Buna göre, her türlü bilgi alışverişi veya bilginin muhafazası işlemlerinde tekliflerin ve başvuru belgelerinin gizliliğinin sağlanması esastır.

Görevliler bakımından getirilen yasaklar, Kanun'un 53. ve 61. maddelerinde düzenlenmiştir. Kanun'un uygulanmasında görevli olanlar ile danışmanlık hizmeti sunanlar, isteklilerin iş ve işlemleri ile tekliflerinin teknik ve mali yönlerine dair gizli kalması gereken bilgiler ile belgeleri ifşa edilemeyecekleri gibi kendileri veya üçüncü kişiler yararına kullanamazlar. Benzer şekilde, Kurul üyeleri ile Kurum personeli, ilgililere veya üçüncü kişilere dair edindikleri gizli kalması gerekli olan bilgi ve belgeleri, kanunen yetkili kılınan mercilerden başkasına açıklayamaz, kendileri veya üçüncü şahıslar yararına kullanamazlar. Görevlerinden ayrılmalardan sonra da bu yükümlülük devam eder.

Söz konusu hükümlerin ve bunların kaynağı olan gizlilik ilkesinin gereği olarak idare, tekliflerin belirli bir zamana kadar gizli tutulmasından ve katılanlara ilişkin gizli kalması gereken bilgilerin gizliliğinin sağlanmasından sorumludur.⁶⁰² Bu sorumluluk ihalenin amacına uygun şekilde sonuçlandırılması bakımından oldukça önemli olup; aksi bir durum ihalenin rekabet ve eşit muamele ilkelerine uygun şekilde yürütülmesine engel olur.⁶⁰³

Tekliflerin gizliliği sağlanamadığında, tekliflere ilişkin bilgileri zamanından önce öğrenenler bakımından avantaj ortaya çıkaracak ve isteklilerin eşitliği bozularak ihalede adil yarışma ortamı zarar görecektir. İsteklilere ilişkin gizli kalması gereken bilgilerin ifşa olması ise kişilerin tekliflerini oluştururken sahip oldukları avantajların rakiplerine duyurulmasına sebep olacağı için ihaleye katılım konusunda isteklilik azalacaktır. Bu durumda ihaleyle oluşturulmak istenen rekabet baştan sınırlanacaktır.

Kurul, istekliler tarafından araştırma ve çalışma sonucunda tanzim edilen bilgi ve belgeleri⁶⁰⁴, proforma faturaları⁶⁰⁵ ve buna dayanak olan belgeleri ticari sır olarak değerlendirmekte⁶⁰⁶ ve bunlar gibi aşırı düşük teklif sorgulamasında sunulan maliyet yapılarının veya kullanılacak avantajlı koşulların⁶⁰⁷ tekliflerin gizli kalması gereken

⁶⁰² Özkan, **op. cit.**, s. 256.

⁶⁰³ Çapar, **op. cit.**, s. 101.

⁶⁰⁴ Kurul, K. 2011/UH.II-1867, T. 06.06.2011, **EKAP**.

⁶⁰⁵ Kurul, K. 2012/UY.II-854, T. 06.02.2012, **EKAP**.

⁶⁰⁶ Kurul, K. 2012/UH.II-1467, T. 26.03.2012, **EKAP**.

⁶⁰⁷ Kurul, K. 2006/UH.Z-2382, T. 09.10.2006, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

teknik ve mali yönlerine ilişkin olduğuna karar vermektedir.⁶⁰⁸ Gizli bilgi ve belgelerin diğer isteklilere verilmesi halinde, Kanun'un 61. maddesine aykırı işlem gerçekleştirildiği sonucuna varmaktadır.⁶⁰⁹

Kurul'a göre gizli kalması gereken bilgiler, aşırı düşük teklif sorgulamaları kapsamında sunulan bilgi ve belgelerden ibaret olmayıp, yazılıma ilişkin gizli kalması gereken teknik bilgilerin değerlendirildiği demo esnasında alınan kamera kayıtları da bu kapsamda değerlendirilmektedir.⁶¹⁰ Lakin belirli niteliklerin taşındığı veya belirli bir standardın sağlandığı yönünde garanti sunan TSE, ISO gibi belgeler, ticari sır veya gizli kalması gereken bilgi ve belgeler kapsamında görülmemektedir.⁶¹¹

İdareler tarafından isteklilere ilişkin bilgi ve belgelerin gizliliğinin geniş yorumlandığı ve Kurul tarafından bu durumda bir sorun görülmediği anlaşılmaktadır. Ancak bu yaklaşım, isteklilerin ihale işlemlerini saydamlıkla incelemelerine ve varsa hatalı işlemler bakımından somut başvurular yapmalarına engel olmaktadır. Bu sorunu gözlemleyen Danıştay, gizlilik ilkesinin uygulanmasının zorunlu olduğu hallerde gizli bilgiler hakkında detayları öğrenmeleri mümkün olmayan kişilerin yapacakları başvurularda iddiaların somutluğunun geniş yorumlanması gerektiğine ve aksi kabulün, başvuru yolunun işlevini yerine getirememesine ve hak arama hürriyetinin kullanılmasının zorlaştırılmasına sebebiyet vereceğine hükmetmektedir.⁶¹²

Sonuç olarak, 4734 sayılı Kanun'a göre idareler eşitler arası rekabetin gerçekleştirilebilmesi için gizlilik ilkesinin gereklerini tarafsızlıkla yerine getirmeli ve isteklilere ilişkin bilgi ve belgelerin gizliliğini sağlamalıdır. Herkes için uygulanan bu kural sayesinde ticari sırlar korunarak ihaleye katılım kolaylaşmakta ve kimse için avantaj yahut dezavantaj yaratılmadan ihalede eşitler arası rekabet korunmaktadır.

⁶⁰⁸ Kurul, K. 2010/UY.I-2551, T. 23.08.2010, **EKAP**.

⁶⁰⁹ Kurul, K. 2012/UH.II-2241, T. 28.05.2012, **EKAP**.

⁶¹⁰ Kurul, K. 2017/UH.II-95, T. 04.01.2017, **EKAP**.

⁶¹¹ Kurul, K. 2010/UM.I-1617, T. 07.06.2010, **EKAP**.

⁶¹² Danıştay 13. Daire, E. 2018/1412, K. 2018/2011, T. 08.06.2018, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023; Danıştay 13. Daire, E. 2021/1568, K. 2021/2060, T. 02.06.2021, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023; Danıştay 13. Daire, E. 2016/4882, K. 2022/425, T. 15.02.2022, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

B. İhaleye Katılımın Sınırlandırılması

Kişilerin ihalelere katılması anayasal bir hakkı olup⁶¹³; 4734 sayılı Kanun kapsamındaki ihalelere katılımın sınırlanması, Anayasa Mahkemesi tarafından kanun önünde eşitlik ilkesi ve Anayasa'nın “(ç)alışma ve sözleşme hürriyeti” başlıklı 48. maddesi bağlamında ele alınmaktadır.⁶¹⁴ Maddenin 1. fıkrasına göre “(h)erkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir”. Bu bağlamda maddenin 2. fıkrasında devlete, özel teşebbüslerin “milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini” aynı zamanda “güvenlilik ve kararlılık içinde çalışmasını” temin edecek tedbirleri alma yükümlüğü getirilmiştir. Madde gerekçesinden bu hürriyetlerin, kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanabileceği; teşebbüs hürriyetinin ise bununla birlikte “milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesi” amacıyla sınırlanabileceği anlaşılmaktadır.⁶¹⁵

2001 yılında Anayasa'nın 13. maddesinde yapılan değişiklik⁶¹⁶ sonrasında, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejiminde genel sınırlandırma sebeplerinin kaldırmasıyla birlikte sözleşme özgürlüğünün de içinde yer aldığı birtakım hakların sınırsız hale geldiği ve sınırlanmasının Anayasa'ya aykırı olacağı görüşüne yer verilmiştir.⁶¹⁷ Ancak bu görüş söz konusu özgürlüklerin niteliklerinden ve eşyanın tabiatından kaynaklı doğal sınırlarının bulunduğu, bu nedenle tümüyle sınırsız olarak yorumlanmasının mümkün olmadığı değerlendirilerek eleştirilmiştir.⁶¹⁸ Gerçekten de Anayasa'nın 48. maddesinde sözleşme özgürlüğü ile ilgili olarak somut sınırlama nedeni gösterilmemiş ancak devletin takip edeceği amaçlarla alacağı tedbirlere yer verilmiştir.⁶¹⁹ Bu nedenle maddenin 2. fıkrasında “özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini” sağlayacak tedbirlerin devlete yüklenmesini öngören hükmün geniş yorumlanması gerektiği aksi halde kamu yararına ve milli güvenliğe aykırı durumlarda sözleşme ve teşebbüs

⁶¹³ Sezer, **Kamu İhalelerine Katılma Yasağı**, s. 14.

⁶¹⁴ Anayasa Mahkemesi, E. 2007/68, K. 2010/2, T. 14.01.2010, R.G., T. 28.04.2010, S. 27565.

⁶¹⁵ **Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)**, s. 273.

⁶¹⁶ 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun, R.G., T. 17.10.2001, S. 24556.

⁶¹⁷ Kemal Gözler, “3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği”, **Anayasa Yargısı**, C. 19, Y. 2002, s. 349.

⁶¹⁸ Mehmet Sağlam, “Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında, Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu”, **Anayasa Yargısı**, C. 19, Y. 2002, s. 254.

⁶¹⁹ Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, s. 42.

özgürlüğüne getirilen sınırlandırmaların Anayasa'ya aykırılığı sorununun ortaya çıkacağı değerlendirilmiştir.⁶²⁰

Anayasa Mahkemesi, çalışma ve sözleşme hürriyeti bakımından 48. maddede herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmediğini, özel sınırlama nedeni düzenlenmemiş hakların da doğasından kaynaklanan sınırlarının bulunduğunu belirterek Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvencelere aykırı olmamak kaydıyla Anayasa'nın diğer maddelerinde yer alan kurallara dayanılarak bu özgürlüklerin sınırlandırılmasının mümkün olduğuna karar vermiştir.⁶²¹ Mutlak ve sınırsız bir hak olmayan sözleşme özgürlüğüne ilişkin sınırlamalar, meşru bir amaçla, hakkın özüne dokunmaksızın, demokratik bir toplumda gerekliliğe hizmet edecek şekilde, ölçülülük ilkesine uygun olarak ve hukuk devletinin gereklerini karşılayan bir kanunla gerçekleştirilmelidir.⁶²²

Anayasa'nın 10. maddesi ve Kanun'un 5. maddesi gereği eşit muamelede bulunulması herkesin her şekilde ihaleye katılabilmesi olarak anlaşılmamalı, eşit muamele ilkesi yasal şartları sağlayan kişiler arasında uygulanmalıdır.⁶²³ İhalede eşitler arası rekabetin sağlanabilmesi için eşit durumda olmayanların katılımının engellenmesi, eşit durumda olanların katılması ve aralarındaki eşitliğin korunması gereklidir. Bu nedenle, kamu yararının gerekli kıldığı durumlarda eşitlik ilkesinin sınırlandırılacağı ve bu durumda ilkeyle çelişkili görünen hükümlerin anayasal veya yasal kurallara aykırı olmayacağı değerlendirilmektedir.⁶²⁴

Kanun'da kişilerin ihaleye katılımını çeşitli şekillerde sınırlandırılan düzenlemelere yer verilmiştir. Bu kurallar hem amaçları hem de bazı sonuçları bakımından farklılık arz etse de hepsi ortak olarak katılımın sınırlandırılması sonucunu doğurur. Kanun koyucu, bu kurallarla ihalede eşitler arası rekabetin sağlanmasını ve ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını amaçlamıştır. İhaleye katılımın sınırlandırılmasına yönelik kurallara aykırı davranılması kimi hallerde yalnızca değerlendirme dışı bırakılma sonucunu doğururken kimi hallerde bununla birlikte Kanun'un 17. maddesi kapsamında yasak fiil veya davranış teşkil eder.

⁶²⁰ Zühtü Arslan, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa'nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler", **Anayasa Yargısı**, C. 19, Y. 2002, s. 142.

⁶²¹ Anayasa Mahkemesi, E. 2013/18, K. 2013/132, T. 14.11.2013, R.G., T. 09.05.2014, S. 28995.

⁶²² Anayasa Mahkemesi, E. 2014/126, K. 2015/86, T. 08.10.2015, R.G., T. 22.10.2015, S. 29510.

⁶²³ Kortunay/Sezer, **op. cit.**, s. 158.

⁶²⁴ Kutlu, **op. cit.**, s. 179.

Kanun'un “(i)haleye katılımda yeterlilik kuralları” başlıklı 10. maddesinde yeterlilik kuralları ve ihalede değerlendirme dışı bırakılma sebepleri düzenlenmiştir. Yeterlilik kurallarının sağlanamaması ve ihale dışı bırakılma sebeplerinin gerçekleşmesi aynı sonucu doğurarak isteklinin değerlendirme dışı bırakılmasına neden olur. Diğer bir ifadeyle yeterlilik kuralları ihaleye katılımda aranılan kriterler olduğu için katılımın sınırlandırılması anlamına gelmektedir.

Kanun'un 10. maddesinin 4. fıkrasında yer alan ihale dışı bırakılma sebepleri kendi içinde ayrılabilmekte ve büyük çoğunluğu yeterlilik kurallarıyla aynı amacı taşımaktadır. Daha açık bir ifadeyle, ihale dışı bırakılma sebepleri kendi içinde mesleki ve teknik ile ekonomik ve mali yeterliliğin sağlanması ve ihalede eşitler arası rekabetin sağlanması bakımından ayrılabilir. Bunlardan yeterliliğin sağlanmasına yönelik olan ihale dışı bırakılma sebepleri⁶²⁵ de yeterlilik kriterlerinde olduğu gibi ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasına yöneliktir.⁶²⁶ Diğer bir ifadeyle, bu bentlerde yer alan değerlendirme dışı bırakılma sebepleri ile yeterlilik kriterlerinin asıl amacı eşitler arası rekabetin sağlanması olmayıp ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasıdır. Bu nedenle söz konusu düzenlemeler bu bölümde ele alınmayacaktır.

Kanun'un 11. ve 17. maddelerine aykırı davranılması, Kanun'un 10. maddesinin 4. fıkrasının (i) ve (j) bentleri kapsamında birer ihale dışı bırakılma sebebi olarak düzenlenmiştir.⁶²⁷ İhale düzenine katkı sunan bu düzenlemelerle asıl olarak ihalede dürüstlüğün sağlanması, eşitler arası rekabet oluşturulması ve bunun korunması amaçlanmıştır.

Kanun'da kimi hallerde yalnızca yerli isteklilerin ihaleye katılmasına kimi hallerde yerli isteklilere avantaj uygulanmasına imkân sağlayan düzenlemelere yer verilmiştir. Başka bir deyişle, belli hallerde yabancıların ihaleye katılımı milli ekonominin korunması amacıyla sınırlandırılmıştır. Benzer şekilde kamusal ihtiyacın

⁶²⁵ Kanun'un 10. maddesinin 4. fıkrasının (a), (b), (c), (d), (e), (f), (g) ve (h) bentleri.

⁶²⁶ Özkan, **op. cit.**, s. 263.

⁶²⁷ Bu madde, ihale dışı bırakılma sebeplerinin ayrı bir maddede ele alınması gerektiği ve içerisinde kendisinden sonraki 11. ve 17. maddelere atıf yapıyor olması nedeniyle kanun sistematığına uygun olmadığı ve bu maddelerden sonra müstakil olarak düzenlenmesi gerektiği gerekçeleriyle eleştirilmektedir. Bkz. Kerem Canbazoglu, **İhalelere Katılma Yasağı**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), 2017, s. 132.

karşılanmasında milli güvenlik doğal bir sınırlama nedeni olarak düşünülerek hukukun temel ilkelerine aykırı olmayacak şekilde bazı kişilerin ihaleye katılımı engellenmiştir.

Sonuç olarak, 4734 sayılı Kanun’da eşitler arası rekabetin sağlanabilmesi için katılımın sınırlandırılmasına yönelik kurallar düzenlenmesinde kamu yararı bulunduğu, bu kuralların ihalenin dürüstlüğünün sağlanması (1) ve milli ekonominin ve güvenliğin korunması amaçlarıyla (2) sınıflandırılmasının mümkün olduğu değerlendirilmektedir.

1. İhalenin Dürüstlüğünün Sağlanması Amacıyla Getirilen Sınırlandırmalar

Adil bir yarışma gerçekleştirilebilmesi için ihalede dürüstlüğün diğer bir ifadeyle doğruluğun sağlanması gereklidir. Dürüstlüğün olmadığı bir ihalede eşit koşullarda rekabet edilmesi mümkün değildir. Çünkü doğruluğun olmadığı yerde eksik veya hatalı bir uygulama söz konusu olacağı için eşitlik bozulacaktır. Bu nedenle 4734 sayılı Kanun kapsamında gerçekleştirilecek ihalelerde eşitler arası rekabetin oluşturulabilmesi amacıyla ihalede dürüstlüğün sağlanması ve korunması gereklidir.

Türk hukukunda “*dürüst davranma*”, 4721 sayılı Kanun’un 2. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre “(h)erkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorunda” olup “(b)ir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz”. Aslında özel hukuk temelli bir kavram olmasına karşın dürüst davranma ödevi, hukukun bütün alanlarında uyulması gereken bir yükümlülüktür. Kamu hukukunda yer alan bazı müesseselerin de bu bağlamda temellendirilmesi mümkündür.⁶²⁸

4734 sayılı Kanun’a göre ihale, “*sözleşmenin imzalanması ile*” tamamlandığı için sözleşmeyi önceleyen bu süreç, bir müzakere dönemi olarak da ele alınmaktadır. Bu bağlamda idare ile ihaleye katılanlar arasında temelini doğruluk ve dürüstlük kuralında bulan bir güven ilişkisinin kurulduğu kabul edilmektedir.⁶²⁹ Bu güvenin karşılıklı olarak devam etmesi için katılanlar eşit ve adil olarak değerlendirilmeyi; idare ise aranan koşullara göre yarışılmasını beklemektedir.⁶³⁰ Bunun gereği olarak

⁶²⁸ Recep Çakrak/Samet İldeş, “Kamu Hukuku ve Özel Hukuk Açısından Dürüstlük Kuralı ve Uygulama Alanı”, *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2, S. 2, Y. 2014, ss. 72-73.

⁶²⁹ Buz, *op. cit.*, s. 160.

⁶³⁰ Uz, *Kamu İhale Hukuku*, s. 60.

katılanlar ihale kurallarına uymakla; idare ise ihalede güvenilirliğin sağlanması ilkesine riayet etmekle yükümlüdür. Diğer bir ifadeyle, ihalede biri idare diğeri katılanlar olmak üzere iki süje bulunduğu için dürüst davranma ödevinin, ikisi bakımından geçerli olacağı açıktır.

İhalede doğruluğun sağlanması hem idare ajanları hem ihaleye katılanlar için belirlenmiş davranış kurallarına uyulmasıyla mümkündür.⁶³¹ Zira ihaleye katılanlar rekabeti engelleyebileceği gibi idare ajanları da rekabetin bozulmasına yol açabilir.⁶³² Bu nedenle dürüst rekabetin sağlanması gerek isteklilerin gerek idare ajanlarının rekabet ortamını bozucu fiil veya davranışlarının ve gizli ilişkilerin yasaklanmasını gerektirir.⁶³³

Hiçbir istekliye avantaj veya dezavantaj oluşturulmadan ihalenin dürüstlüğüne sağlanması, bazı kişilerin ihaleye katılımının engellenmesini zorunlu kılar. Bu minvalde, idare ajanlarının çıkar çatışması içinde kalmasını önleyici⁶³⁴ engeller oluşturulması mümkündür. Diğer taraftan ihalenin dürüstlüğüne hanel getirebilecek belli vasıfları taşımayan isteklilerin katılımına olanak sağlanması ve taşıyanların katılımının engellenmesi gerekir.

Sonuç olarak, 4734 sayılı Kanun kapsamındaki ihalelerde eşit durumda olmayanların eşit gibi muamele görmemesi ve eşitliği bozucu durumların ortaya çıkmasının engellenmesi amacıyla ihaleye katılımın sınırlandırıldığı, böylece ihalenin dürüstlüğüne sağlanabilmesi amaçlanarak bazı fiil veya davranışların yasaklandığı (a) ve bazı kişilerin ihaleye katılımının engellendiği (b) söylenebilir.

a. Bazı Fiil veya Davranışların Yasaklanması Yoluyla Dürüstlüğüne Sağlanması

Kanun koyucu, bazı fiil veya davranışların ihalede rekabet ilkesinin işletilmesini engelleyeceğini gözetmiş ve bu fiil veya davranışlarda bulunanların hem idari hem de yargı kararı ile ihaleden yasaklanmasını öngörmüştür.⁶³⁵ Diğer bir ifade ile ihalede rekabetin sağlanabilmesi için bazı fiil veya davranışların yasaklanması zorunludur.⁶³⁶

⁶³¹ Ünübol, *op. cit.*, s. 9.

⁶³² Kutlu Gürsel, *op. cit.*, s. 601; Sezer, *Kamu İhalelerine Katılma Yasağı*, s. 5.

⁶³³ Sezer, "Kamu İhalelerine Katılmada Davet Yöntemi", s. 3913.

⁶³⁴ Toprak, *Kamu İhale Hukuku (Türkiye'de Kamu İhalelerinin Genel Yapısı ve Hukuki Rejimi)*, s. 275.

⁶³⁵ Sezer, *Kamu İhalelerine Katılma Yasağı*, s. 5.

⁶³⁶ Kalabalık, *op. cit.*, s. 223.

Bu nedenle Kanun'un "(y)asak fiil veya davranışlar" başlıklı 17. maddesiyle, alt bentlerde sayılan fiil veya davranışlarda bulunulması yasaklanmakta ve bulunanlar bakımından "(y)asaklar ve (c)eza (s)orumluluğu" başlıklı Kanun'un 4. kısmında yer alan idari ve cezai yaptırımları içeren hükümlerin uygulanması öngörülmektedir:

"a) Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek.

b) İsteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak.

c) Sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek.

d) Alternatif teklif verebilme halleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekaleten birden fazla teklif vermek.

e) 11 inci maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak"

Kanun'un 4. kısmında yer alan 58. maddede "(i)haleye katılmaktan yasaklama" yaptırımı düzenlenmiştir. Yukarıda yer verilen fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilenlerin davranışlarının özelliği dikkate alınarak bir yıldan az olmamak şartıyla iki yıla kadar⁶³⁷ bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına karar verilir.

Kanun'un 58. maddesine göre idare tarafından yasak fiil veya davranışta bulundukları tespit edilenlerin mevcut ihaleye katılımı sınırlandırılacak yahut iştiraki engellenecek ve yasaklamayı gerektirir fiil veya davranış, yasaklama kararı verilmesi için ilgili veya bağlı bulunan bakanlığa bildirilecektir.⁶³⁸ Bu kapsamda tespit tarihinden itibaren kırk beş gün içinde yasaklama kararı verilmesi mümkün olup; bu

⁶³⁷ Söz konusu yaptırım, mücbir sebep halleri dışında usulüne uygun sözleşme yapmayanlar hakkında altı aydan az olmamak üzere bir yıla kadar olacak şekilde uygulanmaktadır.

⁶³⁸ Herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde yasaklama kararı, belediyeler ve bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, il özel idareleri ve bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise İçişleri Bakanlığı tarafından verilir.

süre zarfında bakanlığa bildirilmiş kişilerin aynı idarenin diğer ihalelerine katılmaları da aynı maddeyle engellenmiştir.

Yasaklanan kişilerin dolaylı olarak teklif vermesini önlemek üzere⁶³⁹ maddenin 2. fıkrasıyla; 1. fıkra kapsamında yasaklananlarla belirli bir bağlantısı olanlar hakkında da aynı müeyyidenin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Daha açık bir ifade ile bu kişilerin ortağı oldukları şahıs şirketleri ile sermayesinin yarısından fazlasına sahip oldukları sermaye şirketleri de birlikte yasaklanır. Bunlara ek olarak hakkında yasak fiil veya davranışta bulunduğu tespit edilerek yasaklanan tüzel kişinin şahıs şirketi olması halinde ortaklarının tamamı; sermaye şirketi olması durumunda ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip gerçek veya tüzel kişi ortakları hakkında da yasaklama kararı verilir.

Verilen yasaklama kararı, bir tür idari yaptırım olup; organik ve fonksiyonel açıdan bir idari işlem niteliğindedir.⁶⁴⁰ Yenilik doğuran, icrai bu işlem, bir yandan ihalenin düzeninin korumasına diğer yandan muhatabının ekonomik bir yarardan yoksun kalmasına sebep olmaktadır.⁶⁴¹ Kanun'un 58. maddesi kapsamında verilen yasaklama kararı hem ihale bakımından hem de ileriye yönelik olarak yapılacak ihaleler bakımından koruyucu ve önleyici fonksiyona sahiptir.⁶⁴²

Kanun'un 4. kısmında yer alan 59. maddede “(i)steklilerin ceza sorumluluğu” düzenlenmiş olup; yasak fiil veya davranışı suç teşkil edenler ile bu kişilerin işteki ortakları ve vekilleri hakkında Cumhuriyet Savcılığı'na suç duyurusunda bulunulacaktır. Mahkeme, hükmolunacak cezayla birlikte Kanun'un 58. maddesi kapsamında verilen idari yasaklama yaptırımından itibaren uygulanmak şartıyla bir yıldan az olmamak üzere üç yıla kadar Kanun kapsamındaki ihalelere katılmayı yasaklar.⁶⁴³ Maddenin 1. fıkrasında yer alan bu düzenlemeler kapsamında verilen

⁶³⁹ 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun tasarısına ve 58. maddesi gerekçesine ulaşmak için bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d21/c082/tbmm21082047ss0794.pdf>, Erişim Tarihi: 26.12.2022.

⁶⁴⁰ Kutlu Gürsel, **op. cit.**, s. 609.

⁶⁴¹ Aziz Taşdelen, “Mali Sonuçlu Bir İdari Yaptırım Örneği: Kamu Harcama İhalesine Katılmaktan Yasaklanma”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 55, S. 1, Y. 2006, s. 294.

⁶⁴² Kutlu Gürsel, **op. cit.**, s. 609.

⁶⁴³ Bu kapsamda Kanun'un 58. maddesinin 2. fıkrasında sayılanlar da yasaklanır.

yasaklama kararı “*güvenlik tedbiri*” mahiyetini taşıyan⁶⁴⁴ cezai bir yaptırım olarak kabul edilmektedir.⁶⁴⁵

Ceza sorumluluğuna ilişkin maddenin 2. fıkrasına göre, yasak fiil veya davranışta bulunduğu tespit edilenlerden “*haklarında kamu davası açılmasına karar verilenler*” ve 58. maddenin 2. fıkrası uyarınca bunlarla bağlantılı sayılanlar, ceza yargılaması sonuna kadar Kanun kapsamındaki kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamazlar. Bu düzenlemenin ayrıca bir karar verilmesine gerek olmaksızın uygulanan ve ihaleden yasaklamaya yönelik “*bir nevi koruma tedbiri*” olduğu ancak maddede yer alan “*yargılama sonuna kadar*” ibaresinin anlaşılmasında sorun bulunduğu değerlendirilmektedir.⁶⁴⁶ 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu⁶⁴⁷ uyarınca kovuşturma tanımında hükmün kesinleşmesine yapılan vurgu ile istinafin ve temyizcinin kesinleşmeye engel oluşu; haklarında kamu davası açılanların, hükmün kesinleşmesine kadar ihaleye katılma engeli olduğunu⁶⁴⁸ düşündürmektedir. Bu sorun Kurul tarafından ele alınmış ve ilk derece mahkemesince hükmün verildiği tarihte yargılamanın sona erdiği ve kesinleşmenin ayrı bir usulü olduğu belirtilerek söz konusu düzenlemeden ilk derece mahkemesince verilecek hükmün anlaşılması gerektiği yönünde düzenleyici karar alınmıştır.⁶⁴⁹

Öte yandan, söz konusu fıkranın “(b)u Kanun kapsamında yapılan ihalelerden dolayı haklarında birinci fıkra gereğince ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler” kısmı 2010 yılında Anayasa Mahkemesi tarafından incelenmiş ve Anayasa’nın 2., 10., 38. ve 48. maddelerine aykırı olmadığı sonucuna varılmıştır.

Anayasa Mahkemesi, kanun koyucu tarafından cezalandırma amacı veya yaptırım niteliği taşımayan “*idari bir önlem*” niteliğinde düzenleme yapıldığını, bu nedenle suçsuzluk karinesine aykırılıktan söz edilemeyeceğini ve idari önlemlerin hukuk devletinin bir gereği olduğunu belirterek düzenlemenin ölçülülük ilkesi bakımından incelemesine geçmiştir. Bu açıdan, Kanun’un 17. maddesinde kamu

⁶⁴⁴ Özgenç, **op. cit.**, s. 104.

⁶⁴⁵ Kutlu Gürsel, **op. cit.**, s. 610; Cemil Kaya, “İhale Hukukunda Çalışma Hürriyetinin Sınırlanması: İhalelere Katılmaktan Yasaklanma”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 14, S. 2, Y. 2006, s. 155.

⁶⁴⁶ Özgenç, **op. cit.**, s. 105.

⁶⁴⁷ R.G., T. 17.12.2004, S. 25673.

⁶⁴⁸ Toprak, **Kamu İhale Hukuku (Türkiye’de Kamu İhalelerinin Genel Yapısı ve Hukuki Rejimi)**, s. 277.

⁶⁴⁹ Kurul, K. 2014/DK.D-21, T. 26.02.2014, **EKAP**.

kaynağının kullanımında rekabetçi bir ortam oluşturulması için yasaklanan fiil veya davranışların niteliği dikkate alındığında düzenlemenin elverişsiz ve gereksiz olduğundan söz edilemeyeceği, aynı zamanda bu isnatların sübut bulma olasılığı gözetildiğinde kamu yararı açısından telafisi güç ve imkânsız sonuçların doğabileceği ve kamu yararının korunması bakımından orantısız olarak da kabul edilemeyeceği, bu nedenlerle düzenlemenin ölçülü olduğu değerlendirilmiştir. Mahkemeye göre, ihalede suç oluşturulan bir fiil dolayısıyla haklarında kamu davası açılan bu kişilerin; kamu yararı gözetilerek kamu ihaleleri ile sınırlı “geçici süreli nitelik taşıyan bu önlem”e muhatap olması istenilen alanda çalışma ve sözleşme hürriyetini ihlal etmeyeceği gibi bu durumda olmayan kişilerle farklı kurallara tabi tutulması da eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmayacaktır.⁶⁵⁰

Karşı oy yazısında belirtildiği üzere; ülkemizde ceza davalarının kesin hükümle nihayete ermesine kadar geçen ortalama süreler dikkate alındığında “idari bir önlem” niteliğinde kabul edilen kuralın uygulamasında yılların ve hatta on yılların söz konusu olabileceği katılım engelleri doğacaktır.⁶⁵¹ Bu nedenle söz konusu tedbir bakımından makul bir sürenin öngörülmesi gerektiği savunulmaktadır.⁶⁵²

Kanun koyucu tarafından isabetli bir düzenleme ile maddede istekli sıfatı kullanılmadığı ve uygulanacak yasaklama yaptırımının isteklilerle sınırlı tutulmadığı değerlendirilmektedir.⁶⁵³ Yasaklanan fiil veya davranışların idare ajanlarını da kapsadığı düzenlemelerden anlaşılmakta olup; idare ajanlarının da söz konusu fiil ve davranışlarda bulunması yasaktır. Nitekim maddede irtikap gibi kamu görevlilerine özgü bir suç⁶⁵⁴ bulunduğu gibi (e) bendine göre katılamayacağı belirtilen kişiler arasında idare ajanları da yer almaktadır. Özetle, ihalede rekabeti engelleyici veya ihale kararını etkileyecek fiil veya davranışların istekliler gibi idare ajanları tarafından da gerçekleştirilmesi mümkündür.⁶⁵⁵

Kanun’un 17. maddesinde sayılan yasak fiil veya davranışları; sahte belge veya teminat düzenlenmesi, kullanılması, ihaleye fesat karıştırılması veya bunlara teşebbüs

⁶⁵⁰ Anayasa Mahkemesi, E. 2007/68, K. 2010/2, T. 14.01.2010, R.G., T. 28.04.2010, S. 27565.

⁶⁵¹ *Ibid.*, karşı oy yazısı.

⁶⁵² Sezer, **Kamu İhalelerine Katılma Yasağı**, s. 22; Toprak, **Kamu İhale Hukuku (Türkiye’de Kamu İhalelerinin Genel Yapısı ve Hukuki Rejimi)**, s. 281.

⁶⁵³ Canbazoglu, *op. cit.*, s. 174.

⁶⁵⁴ Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Ahmet Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Yenilenmiş Gözden Geçirilmiş 13. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s. 992.

⁶⁵⁵ Taşdelen, **Kamu Harcamaları Hukukunda İhale Süreci**, s. 154.

edilmesi, rekabeti yahut ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunulması, birden fazla teklif sunulması ve ihaleye katılma engeline uyulmaması olarak özetlemek mümkündür. Bunların tamamının ihaleye fesat karıştırma amaçlı ve rekabet ortamını bozarak haksız kazanç elde etmeye yönelik olduğu değerlendirilmektedir.⁶⁵⁶ Fesat karıştırılması, ihalenin Kanun'da yer alan amaçlara uygun gerçekleşmesinin engellenmesi veya ihale işlemleri ile ihale kararının sakatlanması yahut ihale düzeninin bozulması olarak tanımlamak mümkündür.⁶⁵⁷

Sahte belge veya teminat düzenlenmesi ve katılma engeline rağmen ihaleye iştirak edilmesi, aslında ihaleye katılması veya kazanması mümkün olmayan kişilerin bu yasak fiil veya davranışlarıyla ihalenin usulüne ve amaçlarına uygun yürütmesine engel olmasına ve dolayısıyla ihaleye fesat karıştırılmasına neden olmaktadır. Yasak olduğu halde alternatif teklif verilmesi veya rekabeti ve ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunulması, isteklilerin özgür iradeleriyle hiçbir etki ve baskı altında kalmadan gerçekçi teklifler sunamamasına ve dolayısıyla ihaleye fesat karıştırılmasına sebep olmaktadır. Fesada neden olan tüm bu haller, ihaleden beklenen sonuçların ortaya çıkmasını oldukça güçleştirmekte ve bazen imkânsız kılmaktadır.

Buradan hareketle, Kanun'da yarışmayı bozucu bazı eylemlerin yasaklandığı ve ihalede eşitler arası rekabetin korunmasının amaçlandığı söylenebilir. Daha açık bir ifadeyle, adil yarışmaya engel olan fesat karıştırma amaçlı bu eylemler sonucunda eşit durumda olanlar bakımından eşitsizlikler ortaya çıkacağı için bu fiillerde bulunulması yasaklanarak aykırı davranışta bulunanlar bakımından idari ve cezai yaptırımlar öngörülmüştür.

Yasak fiil veya davranışların hepsi temel ilkelerle ve bu çerçevede rekabetin sağlanması ve korunması ile yakından ilgilidir. Ancak rekabeti engelleyici davranışların ve birden fazla teklif sunulmasının rekabet ilkesi ile ilişkisi doğrudandır.⁶⁵⁸

Rekabet ilkesiyle ihaleye katılabilecekler arasında bir yarışma ortamı oluşturulması amaçlanmaktadır. Ancak ihaleye katılanların çeşitli yollarla rekabet

⁶⁵⁶ Sezer, **Kamu İhalelerine Katılma Yasağı**, s. 158.

⁶⁵⁷ Canbazoglu, **op. cit.**, s. 179.

⁶⁵⁸ Erdem Bafra, "Danıştay Kararları Işığında 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu Açısından Ticaret Şirketlerinin Rekabeti Engelleyici Davranışları ile İhalelere Birden Fazla Teklif Sunmaları", **Kara Harp Okulu Bilim Dergisi**, C. 24, S. 1, Y. 2014, s. 96.

ilkesine aykırı olarak hareket ettiği ve yarışması gerekenlerin sıklıkla aralarında anlaşma yoluna gittiği söylenmektedir.⁶⁵⁹ Böylece katılımcılar arasında bir kartel anlaşması oluşturularak piyasa fiyatının üzerinde sonuçlanacak ihaleler hedeflenmekte ve ortaya çıkan ek kazançlar kartel üyeleri arasında paylaşılmaktadır.⁶⁶⁰ İhaleye katılabilecekler arasında yapılan bu gibi gizli anlaşmalara uygun hareket edilmesi “*danışıklı hareket*” olarak adlandırılmaktadır. Bu kapsamda, rekabet etmesi gerekenlerin göstermelik teklif (cover bidding), dönüşümlü teklif (bid rotation), teklif sınırlandırması (bid suppression) ve pazar tahsisi (market allocation) gibi stratejilere müracaat ettikleri bilinmektedir.⁶⁶¹ Üstelik bu gibi durumlarda ihalenin etkili bir rekabet ortamında yapıldığı izlenimi de korunabilmektedir.⁶⁶²

Somut uyuşmazlıklardan hareketle Danıştay’ın isteklilerin adreslerinin aynı olması, sundukları belgelerde benzerlik bulunması ve teklif zarfı içerisinde birden fazla teklif mektubu sunulması durumlarını ihalede rekabeti engelleyici veya ihale kararını etkileyici davranışlar olarak ele aldığı tespit edilmiştir.⁶⁶³ Artan elektronik ihale uygulamalarında da benzer örneklerin ortaya çıktığı söylenebilir. İstekliler tarafından farklı tarihlerde olsa bile aynı internet bağlantı noktası üzerinden ihale dokümanı indirilmiş olması Danıştay tarafından rekabeti etkileyecek yahut rekabeti etkileme ihtimali olan davranış olarak değerlendirilmekte⁶⁶⁴ ve Kanun’un 17. maddesinin (b) bendi uyarınca verilen yasaklama kararları hukuka uygun bulunmaktadır.⁶⁶⁵

İhalede rekabetin sağlanabilmesi için katılanlar arasında organik bağ yahut temsil ilişkisi olmaması ve her isteklinin özgür iradesiyle piyasa koşullarına göre teklif oluşturması gerekmektedir.⁶⁶⁶ Bu bağlamda, Kanun’da bir istekli tarafından birden

⁶⁵⁹ Ünübol, **op. cit.**, s. 21; Özkan, **op. cit.**, s. 222.

⁶⁶⁰ Emek, **op. cit.**, s. 35.

⁶⁶¹ Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü, Kamu Alım İhalelerindeki Danışıklı Hareketlerle Mücadele Kılavuzu, 2009, ss. 1-2, <https://www.oecd.org/competition/cartels/42701345.pdf>, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

⁶⁶² Kutlu Gürsel, **op. cit.**, s. 602.

⁶⁶³ Bafra, **op. cit.**, s. 99.

⁶⁶⁴ Danıştay 13. Daire, E. 2020/3918, K. 2021/187, T. 20.01.2021, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023; Danıştay 13. Daire, E. 2021/616, K. 2021/1274, T. 08.04.2021, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

⁶⁶⁵ Danıştay 13. Daire, E. 2021/4610, K. 2021/4006, T. 25.11.2021, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023; Danıştay 13. Daire, E. 2021/4806, K. 2021/5261, T. 21.12.2021, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

⁶⁶⁶ Danıştay 13. Daire, E. 2009/5621, K. 2010/3534, T. 26.04.2010, Danıştay Dergisi, S. 125, Y. 2010, ss. 416-419; Danıştay 13. Daire, E. 2009/6170, K. 2010/8505, T. 14.12.2010, Danıştay Dergisi, S. 126, Y. 2011, ss. 417-420.

fazla teklif verilmesi yasaklanmış olup; isteklinin kendisi veya başkaları adına doğrudan yahut dolaylı olarak, asaleten ya da vekaleten bunu gerçekleştirmesinin aynı sonucu doğuracağı hüküm altına alınmıştır. Diğer bir ifadeyle, kural olarak her isteklinin her bir kısım için bir teklif sunması ve bu teklifle o kısım bakımından diğer isteklilerle yarışması gerekir. İdarece, yalnızca mal alımı ihalelerinde isteklilerin alternatif teklif(ler) sunmasına yönelik düzenlemeler yapılabilir. İhale dokümanında bu yönde bir düzenleme yapılması halinde isteklilerin sunacağı birden fazla teklif(ler) “*yasal alternatif teklif*” olurken; bunun haricinde birden fazla teklif sunulması “*yasak alternatif teklif*” olarak nitelenmektedir.⁶⁶⁷

İhaleye katılanlar arasında hâkim etki, hissedarlık veya hisse devir işlemleri yahut aynı kişilerin idareci veya başka bir ad altında görevli bulunması gibi durumlardan kaynaklanan bağlantılar söz konusu olabilmektedir. Kararlar üzerinden yapılan bir incelemede; Danıştay’ın bu ilişkileri organik bağ olarak nitelediği, istekliler arasında organik bağ veya temsilcilik ilişkisi bulunması halinde verilen teklifleri Kanun’un 17. maddesinin (d) bendi uyarınca birden fazla teklif sunulması olarak ele aldığı ve rekabet ilkesine aykırı bulduğu sonucuna ulaşmıştır.⁶⁶⁸

Öte yandan ihaleye fesat karıştırılmasına ve rekabet ortamının bozulmasına neden olan yasak fiil veya davranışları tespit etmek kolay değildir. Bu bağlamda, istekliler tarafından teklif zarfı içerisinde boş ve dolu olarak birden fazla teklif sunulması yahut belgelerde içerik veya şekil bakımından benzerlik yasak fiil veya davranışta bulunulduğuna ve rekabet ilkesinin ihlal edildiğine kuvvetli bir karine teşkil etmektedir.⁶⁶⁹

Özetle, 4734 sayılı Kanun’un 17. maddesiyle yasaklanan fiil veya davranışların hepsi ihaleye fesat karıştırma bağlamında ele alınabilir. Zaten (a) bendinde sayılanlardan “*başka yollarla*” da ihaleye fesat karıştırılmasının mümkün olduğu düzenlemenin lafzından anlaşılmaktadır.⁶⁷⁰ Kanun kapsamında “*fesat karıştırma*” deyimini, suç olarak düzenlenmiş “*ihaleye fesat karıştırma*”dan daha geniş bir anlamda

⁶⁶⁷ Mustafa Çolak, “Kamu Alımlarında Yasal ve Yasak Alternatif Teklif Analizi”, **Vergi Raporu**, S. 188, Y. 2015, s. 31.

⁶⁶⁸ Mustafa Çolak/Erdem Bafra, “Danıştay Kararları Işığında 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nda Düzenlenen Yasak Fiil ve Davranışlar”, **Kamu İhale Hukukunda Temel Konular**, Ed. Mustafa Çolak/Dursun Ali Demirboğa, Ankara, Kamu İhale Kurumu Yayınları, 2014, ss. 75-77.

⁶⁶⁹ Bafra, **op. cit.**, s. 101.

⁶⁷⁰ Taşdelen, **Kamu Harcamaları Hukukunda İhale Süreci**, s. 154.

kullanılmıştır.⁶⁷¹ Bu bağlamda diğer bentlerde sayılan tüm fiil veya davranışlar bir yönüyle ihaleye fesat karıştırılması sonucunu doğurur. Bu durumda ihale ile oluşturulmak istenen kurallı yarışma ortamı bozulur ve ihalede rekabetin sağlanması kimi zaman oldukça güçleşir kimi zaman imkânsız hale gelir.

Kanun’da, ihaleye fesat karıştırılmasına ve bu nedenle rekabetin bozulmasına sebep olabilecek bazı fiil ve davranışların engellendiği ve ayrıca yapılan bu düzenlemenin niteliği gereği idare ajanlarını da kapsayacak şekilde ele alındığı anlaşılmaktadır. Bununla uyumlu olarak, dürüst bir ihale ortamının sağlanabilmesi ve bu eylemlerin ortaya çıkmasının engellenebilmesi için idari ve cezai yaptırımlar öngörülmüş ve bunların kapsamı ile uygulama alanı oldukça geniş belirlenmiştir. Böylece ihaleyle oluşturulmak istenen dürüst rekabet ortamını bir şekilde bozan hemen her türlü durum engellenmek istenmiştir. Zira istekliler arasındaki eşitliğe zarar verebilecek her türlü etki ihalenin adil bir yarışma olmasına zarar vermektedir.

Sonuç olarak 4734 sayılı Kanun’da ihalenin dürüstlüğüne ve eşitler arası rekabetin sağlanması için ihaleye fesat karıştırılması sonucunu doğuracak bazı fiil veya davranışların yasaklandığı söylenebilir.

b. Bazı Kişilerin İhaleye Katılımının Engellenmesi Yoluyla Dürüstlüğün Sağlanması

4734 sayılı Kanun’un “(i)haleye katılamayacak olanlar” başlıklı 11. maddesinin 1. fıkrasında, alt bentlerde sayılanların doğrudan veya dolaylı yahut alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına ihaleye katılamayacağı düzenlenmektedir. Madde gerekçesinden söz konusu kişilerin ihaleye katılımının engellenmesi ile ihalede saydamlığın, tarafsızlığın, rekabetin ve eşitliğin sağlanmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır.⁶⁷² Diğer bir ifadeyle ihaleye katılamayacak kişilerin belirlenmesinin haklı bir nedene dayandığı söylenebilir.⁶⁷³

Kanun koyucu tarafından bazı kişilerin içinde bulundukları statülerden ötürü idare ile çıkar ilişkisi içerisinde bulunmaları istenmemiştir.⁶⁷⁴ Bu nedenle Kanun’un

⁶⁷¹ Çolak/Bafra, **op. cit.**, s. 59.

⁶⁷² 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun tasarısına ve 11. maddesi gerekçesine ulaşmak için bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d21/c082/tbmm21082047ss0794.pdf>, Erişim Tarihi: 26.12.2022.

⁶⁷³ Özdemir, **Kamu İhale Kanunu’nda Düzenlenen İhale İşlemleri**, s. 67.

⁶⁷⁴ Sezer, **Kamu İhalelerine Katılma Yasağı**, s. 14.

11. maddesinin (c), (d), (e) ve (f) bentleriyle idare ajanlarının dürüstlüğünün sağlanması amacıyla bu kişilerin ve bu kişilerle belirli yakınlıkları bulunanların ihaleye katılması sınırlandırılmıştır.

İhaleyi gerçekleştiren idarenin ihale yetkilisi kişilerin, bu yetkiye sahip kurullarda görevli kişilerin ve ihale konusu işle ilgili her çeşit işlemlerin hazırlanması, yürütülmesi, sonuçlandırılması ve onaylanmasında görevli kişilerin ihaleye katılması yasaklanmıştır. Diğer bir ifadeyle ihalede görevli idare ajanlarının ihaleye istekli olarak katılması engellenmiştir.

İhalede görevli idare ajanlarının eşleri, ikinci dereceye kadar kayın hısımları, üçüncü dereceye kadar kan hısımları, evlat edinenleri ve evlatlıkları ihaleye katılamayacaklar arasında düzenlenmiştir. Diğer bir ifadeyle ihalede görevli idare ajanlarının belli hısımlarının ihaleye istekli olarak katılması yasaklanmıştır.

İhalede görevli idare ajanlarının ve belli hısımlarının ortak olduğu kişiler ile ortağı oldukları şirketlerin ihaleye katılımı da yasaklanmıştır. Ancak bu kişilerin hissedar olduğu anonim şirketlerin bu yasak kapsamına alınabilmesi için alternatif iki şart getirilmiştir. Buna göre, bu kişilerin ortaklık hissesinin şirket sermayesinin %10'unu geçmesi veya yönetim kurulunda görevli olması gereklidir. Bunların dışındaki hallerde bu kişilerin anonim şirketlerdeki ortaklıkları bakımından katılım yasağı söz konusu değildir. Diğer bir ifadeyle belirtilen durumlar hariç olmak üzere, ihalede görevli idare ajanlarının ve belli hısımlarının ortakları ve ortaklıklarının ihaleye katılması yasaklanmıştır.

İhalede görevli idare ajanları ile bunların belli hısımları, ortakları ve ortaklıkları bakımından düzenlenen katılma yasağı, bu kişilerin doğrudan yahut dolaylı veya alt yüklenici olarak kendileri ya da başkaları adına ihaleye katılmasına engeldir. Daha açık bir ifadeyle bu kişilerin herhangi bir şekilde ihaleye katılması mümkün değildir. Buna aykırı bir girişimde bulunulması halinde bu kişiler değerlendirme dışı bırakılır. Ayrıca bu durum, Kanun'un 17. maddesinin (e) bendi kapsamında yasaklandığı ve Kanun'un 4. kısmında yaptırıma bağlandığı için bu kişiler hakkında idari, cezai ve hukuki müeyyideler uygulanması sonucunu doğurur.

Kanun kapsamındaki ihalelerde alıcı konumunda yer alan idare işlemlerini ajanları eliyle gerçekleştirdiği için bu kişiler, görevlerini yerine getirirken ihale

hakkında pek çok bilgiye vakıf olmaktadır. İhalede kamusal yetki kullananların, yarışmaya müdahalesinin olmaması için bu kişilerle belli hısımlık veya ortaklık ilişkisi bulunanların ihaleye katılması yasaklanmış ve gerçek anlamda rekabetin oluşması amaçlanmıştır.⁶⁷⁵ Başka bir deyişle, ihalede adil bir yarışma ortamının oluşturulması ve idare ajanlarının dürüstlüğünün sağlanması amacıyla idare ajanları ve bunlarla yakınlıkları bulunanların ihaleye katılımı sınırlandırılmıştır. Böylece eşitsizlik ortaya çıkarabilecek, ihalenin dürüstlüğüne gölge düşürebilecek veya adilliği konusunda şaibe ortaya çıkarabilecek uygulamalar önlenerek eşitler arası rekabetin sağlanması mümkün olacaktır.

Öte yandan, Kanun'un 11. maddesinin 3. fıkrasıyla ihaleyi gerçekleştiren idare bünyesinde yer alan veya amacı fark etmeksizin söz konusu idare ile ilgili birlik, dernek, vakıf, sandık gibi kuruluşlar ile bu kuruluşların ortak oldukları şirketlerin aynı idarenin ihalelerine katılması sınırlandırılmıştır. Böylece idarenin tüm katılımcılara eşit mesafede durması ve eşitler arası rekabetin sağlanması amaçlanmıştır. Bu kişilerin diğer kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılması mümkündür.

Ancak bu sınırlamanın idarenin bünyesinde kurulan şirketleri kapsamadığı anlaşılmaktadır. Bu durumun uygulamada tereddütler olduğu değerlendirilerek Kamu İhale Genel Tebliği'nde söz konusu fıkra hakkında detaylı açıklamalarda bulunulmuştur.⁶⁷⁶ Buna göre Kanun'un 11. maddesinin (c), (d), (e) ve (f) bentlerinde belirtilen haller dışında idarenin kurduğu veya ortağı olduğu şirketlerin aynı idarenin gerçekleştirdiği ihalelere katılmasının mümkün olduğu açıklanmış ve bu durumlarda idarelere rekabeti artırıcı düzenlemeler yapılması zorunluğu getirilmiştir.

İdarenin bünyesinde yer alan şirketlerin idarenin gerçekleştirdiği ihalelere katılması halinde eşitler arası rekabetin sağlandığı söylenemez. Bu durum, ihaleyi gerçekleştirenle ihaleye katılanın aynı olması anlamına gelebileceği gibi ihalede eşitlik ve rekabet koşullarını ortadan kaldırabilecek niteliktedir.⁶⁷⁷ Çünkü idarenin diğer katılımcılarla arasındaki eşit mesafenin, kurduğu veya ortağı olduğu şirketler için de korunması mümkün değildir. Buna kayıtsız kalmak istemeyen Kurul'un, bu durumda idarelerce rekabeti artırıcı düzenlemeler yapılması gerektiği yönünde getirmiş olduğu zorunluluğunun ise yasal olarak herhangi bir boşluğu doldurmadığı söylenebilir. Zaten

⁶⁷⁵ Atay, **op. cit.**, s. 574.

⁶⁷⁶ Bkz. Kamu İhale Genel Tebliği md. 17.7.1.

⁶⁷⁷ Sezer, **Kamu İhalelerine Katılma Yasağı**, s. 181.

Kanun'un temel ilkeleri gereği her ihalede rekabeti arttırıcı tedbirlerin alınması gerekli olup bunun yerine getirilmesinden idareler sorumludur. Diğer bir ifadeyle idareler Kanun'un temel ilkeleri gereği ihalede rekabeti artıcı düzenlemeler yapmak ve katılımın daraltılması sonucunu doğuracak düzenlemelerden kaçınmak zorundadır.

Dürüst bir ihale gerçekleştirilebilmesi için idare ajanlarının dürüstlüğünün yanında ihaleye katılanların da dürüstlüğünün sağlanması gereklidir. Bu nedenle daha önce dürüstlüğe aykırı fiil veya davranışları bulunan bazı kişiler, Kanun'da ihaleye katılamayacak olanlar arasında düzenlenmiştir.

Kanun'un 11. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendiyle, ihalelere katılmaktan yasaklanmış olanların, örgütlü suçlardan veya rüşvet verme suçundan hükümlü bulunanların Kanun kapsamındaki ihalelere katılması sınırlandırılmıştır.

Kanun koyucu, geçici yahut sürekli olarak ihalelere katılmaktan yasaklanmış olanların Kanun kapsamındaki ihalelere katılmasını engellemiştir. Bu kapsamda değerlendirilecek kişiler hakkında yasaklama kararının idarelerce veya mahkeme tarafından verilmiş olması mümkün olup; ihalenin Kanun kapsamında veya diğer kanunlarda yer alan hükümler uyarınca gerçekleştirilmiş olması aynı sonucu doğurmaktadır. Daha önce hukuk düzeninin meşru görmediği fiillerde bulunduğu için ihalelere katılmaktan yasaklanan bu kişilerin katılımı, ihalenin dürüstlüğünün sağlanması amacıyla engellenmektedir. Bu bağlamda ihalede yasaklı sorgulaması yapılabilmesi için Kurum, haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilenlerin sicillerini tutmaktadır. İdareler bu sicil üzerinden Kanun kapsamındaki ihale sonuçlanıncaya kadar çeşitli aşamalarda⁶⁷⁸ yasaklılık teyidi yapmaktadır. Böylece daha önce Kanun'da yasaklanan fiil veya davranışlar gibi dürüstlüğe aykırı hareketlerin içerisinde yer alarak yasaklanmış olanların ihaleye katılımı engellenmektedir.

Örgütlü suçlardan hükümlü bulunanların Kanun kapsamındaki ihalelere katılımı sınırlandırılmıştır. 5237 sayılı Kanun'da "*örgütlü suçlar*" deyimine yer verilmemekle birlikte suç işlemek amacıyla örgüt kurulması 220. maddede suç olarak düzenlenmiş ve değişik maddelerde bazı suçların bir örgütün faaliyeti kapsamında işlenmesi nitelikli hal olarak belirlenmiştir. Örgütlü suçluluk birçok kişi tarafından birlikte suç

⁶⁷⁸ Bkz. 4734 sayılı Kanun md. 40/son ve md. 42/1.

işlenmesidir ve örgütlü suçluluktan bahsedilebilmesi için fail sayısının üç kişiden az olmaması gerektiği değerlendirilmektedir.⁶⁷⁹ Dolayısıyla örgütlü suçlardan hükümlü bulunanların bir araya gelerek ve ortak şekilde hareket ederek suç işlemiş kişiler olduğunu tespit etmek mümkündür. Kanun koyucunun bu durumu göz önüne alarak örgütlü suçlardan hükümlü bulunanların ihaleye katılımını engellediği, böylece iki süje ve pek çok katılımcının yer aldığı ihalede dürüstlüğü sağlamayı amaçladığı söylenebilir. Diğer bir ifadeyle, daha önce birçok kişiyle ortak hareket ederek suç işlediği için örgütlü suçlardan hükümlü bulunanların ihaleye katılımının engellenmesinin ihalenin dürüstlüğüne sağlanmasına ve eşitler arası rekabetin korunmasına yönelik olduğu anlaşılmaktadır.

Kendi ülkesinde veya yabancı bir ülkede kamu görevlilerine rüşvet verme suçundan dolayı hükümlü bulunanların Kanun kapsamındaki ihalelere katılımı sınırlandırılmıştır. 5237 sayılı Kanun'un 252. maddesinde “*rüşvet*” çok failli bir karşılaşma suçu olarak düzenlemiş, ancak ayrıca “*rüşvet verme*” başlıklı bir suça yer verilmemiştir. Bunun nedeni rüşvet suçlarının, iki farklı şekilde düzenlenmesinin mümkün olmasıdır. Birinci sistemde, rüşvet alan ve veren aynı fiil dolayısıyla fail olarak kabul edilirken; ikinci sistemde rüşvet verme ve rüşvet alma iki ayrı fiil olarak değerlendirilerek bu kişiler iki farklı suçun failleri olarak nitelenmektedir.⁶⁸⁰ Doktrin ve yargı kararlarında rüşvet suçlarının farklı şekilde tanımlandığı ancak bunların “*göreve dahil olan bir iş ya da eylemin yapılması ya da yapılmaması*” karşılığında bir “*yararın elde edilmesi*” ve buna ilişkin “*iradelerin sarih olarak birleşmesi*” şeklinde üç unsurda birleştiği değerlendirilmektedir.⁶⁸¹

Kamu idaresinin dürüst ve tarafsız şekilde muamelede bulunmasına aykırı olan ve toplumda bu yönde yer alan inancı bozarak devlet fonksiyonlarının çıkar sağlanarak satın alınabileceği anlayışına sebep olan rüşvetin suç sayılması ile kamu idaresine güvenin korunması ve kamu idaresinde görev alanların sadakatinin korunması amaçlanmıştır.⁶⁸² Bu nedenle Kanun'da “*rüşvet verme*” suçundan hükümlü bulunanların ihaleye katılımı sınırlandırılmış ve ihaleye katılanların dürüstlüğü sağlanarak ihalede eşitler arası rekabetin oluşturulması amaçlanmıştır. Ancak “*rüşvet*

⁶⁷⁹ Zeki Hafızoğulları/Günel Kurşun, “Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 71, Y. 2007, s. 28.

⁶⁸⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **op. cit.**, s. 1026.

⁶⁸¹ Recep Kahraman, **Rüşvet Suçu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, ss. 39-40.

⁶⁸² Artuk/Gökçen/Yenidünya, **op. cit.**, ss. 1033-1034.

alma” suçu bakımından da aynı durum söz konusu olmasına rağmen bu kişilerin katılımı sınırlandırılmamıştır. Bu kişilerin de sınırlama kapsamına dahil edilmesi gerekmektedir.⁶⁸³

Kanun’un 11. maddesinin (b) bendine göre ilgili mercilerince hileli iflas ettiğine karar verilmiş olanların ihaleye katılımı engellenmiştir. Düzenlemenin lafzına bakıldığında, kanun koyucunun hileli iflas kararı verilmesini yeterli gördüğü ve bu kararın kesinleşmesi şartını aramadığı söylenebilir.⁶⁸⁴ Hileli iflas, 5237 sayılı Kanun’un 161. maddesinde düzenlenmiş seçimlik hareketli bir suçtur. Aynı zamanda 2004 sayılı Kanun’un 311. maddesinde “*hileli iflas halleri*”ne yer verilmiş olup; alacaklılarını zarara sokmak kastıyla hileli muamelelerde bulunanların hileli müflis sayılacağı düzenlenmiştir. İlgili mercilerince hileli iflas ettiğine karar verilen kişiler, ihmalin ötesine geçerek dürüstlüğe aykırı olarak iflas ettikleri için ihalede dürüstlüğün sağlanabilmesi amacıyla bu kişilerin katılımı sınırlandırılmıştır.

Kanun’un 11. maddesinin 2. fıkrası ile piyasada aslında satıcı konumunda olan ancak idare tarafından gerçekleştirilen ihale işlemlerinde danışman⁶⁸⁵ olarak bulunan kişilerin çeşitli hallerde ihaleye katılımı sınırlandırılmıştır. Buna göre, ihale konusu işin danışmanlık hizmetlerinde görevli bulunan yükleniciler o işin ihalesine katılamazlar. Aynı şekilde, bir işin yüklenicisi konumunda olan kişiler de o işin danışmanlık hizmetleri için gerçekleştirilen ihalelere katılamazlar. Bu yasaklar, bu kişilerin ortağı olduğu yahut yönetim ilişkisi bulunan şirketler ile bu şirketlerin sermaye bakımından %50’den fazlasına sahip oldukları şirketler bakımından da geçerlidir. Madde gerekçesine göre istekliler arasında eşitliği ve rekabeti sağlamak ile ihaleye fesat karıştırılmasını önlemek amacıyla bu kişilerin ihaleye katılımı engellenmiştir.⁶⁸⁶ Böylece ihalede dürüstlüğün sağlanması ve diğer katılımcılarla pek çok açıdan eşit durumda kabul edilemeyecek kişilerin ihaleye katılımı engellenerek rekabetin eşitler arasında gerçekleşmesi amaçlanmıştır.

⁶⁸³ Sezer, **Kamu İhalelerine Katılma Yasağı**, s. 171.

⁶⁸⁴ Canbazoglu, **op. cit.**, s. 244.

⁶⁸⁵ Kanun’un “(t)anımlar” başlıklı 4. maddesinde “(d)anışmanlık yapan, bilgi ve deneyimini idarenin yararı için kullanan, danışmanlığını yaptığı işin yüklenicileri ile hiçbir organik bağ içinde bulunmayan, idareden danışmanlık hizmeti karşılığı dışında hiçbir kazanç sağlamayan ve danışmanlık hizmetlerini veren hizmet sunucuları” danışman olarak tanımlanmıştır.

⁶⁸⁶ 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun tasarısına ve 11. maddesi gerekçesine ulaşmak için bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d21/c082/tbmm21082047ss0794.pdf>, Erişim Tarihi: 26.12.2022.

Sonuç olarak, 4734 sayılı Kanun'da ihalede dürüstlüğün sağlanabilmesi için bazı kişilerin ihaleye katılımının engellenmesine yönelik sınırlamalara yer verildiği böylece eşit durumda olmayanların katılımının engellenmesi, eşit durumda olanların ihaleye katılması ve aralarındaki eşitliğin korunması amaçlanmıştır. Bu nedenle katılamayacak olanlardan biri olduğu halde ihalelere katılmak da Kanun'un 17. maddesinde yasak fiil veya davranış olarak düzenlenmiştir. Diğer bir ifadeyle Kanun'da ihaleye katılamayacak olanların belirlenmesiyle, eşitler arası rekabetin sağlanmasının hedeflendiği ve bu nedenle aksi girişimlerin yaptırıma bağlandığı söylenebilir.

2. Milli Ekonominin ve Güvenliğin Korunması Amacıyla Getirilen Sınırlandırmalar

İdare, görev ve yetkisi kapsamında ihtiyaç duyduğu mal ve hizmet alımları ile yapım işlerini özel sektörden temin edebilmektedir. Bu ihtiyaçların karşılanması günümüzde önemli bir rakamsal büyüklüğe ulaştığı için 4734 sayılı Kanun kapsamındaki ihaleler ekonomik politika aracı⁶⁸⁷ ve milli ekonomi bakımından önem arz eden konular arasında yerini almıştır. Her şeyden önce Kanun kapsamındaki ihalelerde rekabetin sağlanması ile ekonomik açıdan en avantajlı teklifin elde edilmesi sonucunda milli ekonominin korunması sağlanmaktadır. Bu temel fonksiyonun yanında Kanun'da milli ekonominin korunması amacıyla birtakım tedbirler alınmakta ve bu kapsamda ihaleye katılımın sınırlanması da mümkün olabilmektedir.

Milli ekonominin yanında milli güvenliğin korunması amacıyla da ihaleye katılım sınırlandırılmaktadır. İdari faaliyetlerin yürütülmesi ile kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde büyük önem arz eden ihalelerin belirli şartlara ve usullere uygun gerçekleştirilebilmesi için katılacak kişiler bakımından güvenlik koşullarının da belirlenmesi kaçınılmaz olup; milli güvenlik, ihalelere katılımda işin doğasından kaynaklı bir sınırlama sebebi olarak değerlendirilebilir.⁶⁸⁸ Bu nedenle, 4734 sayılı Kanun'da da milli güvenliğin korunması amacıyla da ihaleye katılım sınırlandırılmaktadır.

4734 sayılı Kanun kapsamındaki ihalelerde eşitler arası rekabete uygun olarak milli ekonominin korunması amacıyla yabancılara (a); milli güvenliğin korunması

⁶⁸⁷ Kutlu Gürsel, **op. cit.**, s. 599.

⁶⁸⁸ Anayasa Mahkemesi, E. 2018/90, K. 2019/85, T. 14.11.2019, R.G., T. 13.02.2020, S. 31038.

amacıyla terör suçlarından hükümlü bulunanlara (b) yönelik katılım sınırlamaları uygulanmaktadır.

a. Yabancılar Yönelik Sınırlandırmalar

4734 sayılı Kanun açısından isteklilerin, yerli ve yabancı olarak değerlendirilmesinin mümkün olduğu anlaşılmaktadır. Kanun’da yerli istekli terimi “*Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı gerçek kişiler ile Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişilikler*” olarak tanımlanmıştır. Yabancı isteklilerin kimler olduğuna ilişkin herhangi bir tanım bulunmamasına karşın yerli olmayanların ayırt edilmesi ve bunlar için yabancı sıfatının kullanılması mümkündür.⁶⁸⁹ Bu nedenle Kanun’un mefhum-u muhalifinden yabancı isteklilerin kimler olduğu çıkarılacak olup⁶⁹⁰ yerli olmayan istekliler yabancı istekliler olarak kabul edilecektir.

Kanun’un ilk halinde yerli istekli terimi, doğrudan Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlığı ile ilişkilendirilecek şekilde tanımlanmıştı.⁶⁹¹ Ancak uygulanmasının üzerinden bir yıl geçmemişken 4964 sayılı Kanun ile yerli istekli tanımı önemli ölçüde genişlemiştir. Bu değişiklik ile Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmayan kişilerin de Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına göre kurmuş oldukları ve vergi kanunları açısından tam mükellef kabul edilen tüzel kişilerin, yerli istekli olarak kabulü mümkün kılınarak ülkeye yabancı sermaye girişi ve ihalede rekabetin artırılması amaçlanmıştır.⁶⁹²

Kanun’un “(y)erli istekliler ile ilgili düzenlemeler” başlıklı 63. maddesinde, yerli istekliler ve yerli malı teklif eden istekliler bakımından birtakım düzenlemelere yer verilmiştir. Buna göre idare, maddede belirlenmiş hallerde yerli isteklilere veya yerli malı teklif eden isteklilere fiyat avantajı sağlayabildiği gibi yaklaşık maliyeti eşik değerin⁶⁹³ altında kalan ihalelerde yalnızca yerli isteklilerin ihaleye katılabileceğine ilişkin düzenleme yapmaya yetkilidir. Bu bağlamda idarenin kullandığı takdir yetkisini ihale ilanında ve idari şartnamede açıklığa kavuşturmuş olması zorunludur.⁶⁹⁴

⁶⁸⁹ Taşdelen, **Kamu Harcamaları Hukukunda İhale Süreci**, s. 49.

⁶⁹⁰ Kortunay/Sezer, **op. cit.**, s. 159.

⁶⁹¹ 4734 sayılı Kanun’un ilk halinde yerli istekli terimi “*Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı gerçek kişiler ile bu kişilerin oluşturduğu tüzel kişilikleri*” kapsamaktaydı.

⁶⁹² 4964 sayılı Kanun’un tasarısına ve 3. maddesi gerekçesine ulaşmak için bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c025/tbmm22025113ss0257.pdf>, Erişim Tarihi: 26.12.2022.

⁶⁹³ Bkz. 2023/1 nolu Kamu İhale Tebliği md. 3.

⁶⁹⁴ Bkz. 4734 sayılı Kanun md. 24/1-(g) ve md. 27/2-(I), Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği md. 61/3.

Kanun'un 63. maddesinin (a) bendiyle, yaklaşık maliyeti eşik değerin⁶⁹⁵ altında kalan ihalelerde yalnızca yerli isteklilerin ihaleye katılabileceğine ilişkin düzenleme yapılabilmesi hususunda idareye takdir yetkisi tanınmıştır. Diğer bir ifadeyle, yaklaşık maliyeti eşik değerden düşük olan Kanun kapsamındaki ihalelerde, idare tarafından yabancı isteklilerin ihaleye katılımı sınırlanabilmektedir.

Kanun'un 63. maddesinin (b) bendiyle, konusunu hizmet alımı veya yapım işlerinin oluşturduğu ihalelerde yerli istekliler lehine %15'e kadar fiyat avantajı sağlanabileceğine ilişkin düzenleme yapılabilmesi hususunda idareye takdir yetkisi verilmiştir. Bu durumda yabancı istekli tarafından teklif edilen bedele, açıklanmış olan fiyat avantajı oranı tatbik edilerek elde edilen tutarın eklenmesi suretiyle hesaplanan teklif esas alınarak ihalede ekonomik açıdan en avantajlı teklif belirlenir. Ancak ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesinde fiyat dışı unsurların da dikkate alındığı ihalelerde öncelikle fiyat dışı unsurlar ardından fiyat avantajı uygulanır.⁶⁹⁶

Kanun'un 63. maddesinin (c) bendiyle, mal alımı ihalelerinde yerli malı teklif eden istekliler lehine %15'e kadar fiyat avantajı sağlanabileceğine ilişkin düzenleme yapılabilmesi hususunda idareye takdir yetkisi tanınmıştır.⁶⁹⁷ Yerli malı teklif eden istekliler lehine fiyat avantajı uygulanması halinde, yerli malı teklif etmeyen istekli tarafından teklif edilen bedele, açıklanmış olan fiyat avantajı oranı tatbik edilerek elde edilen tutarın eklenmesi suretiyle hesaplanan teklif esas alınarak ihalede ekonomik açıdan en avantajlı teklif belirlenir. Ancak fiyat dışı unsurların da dikkate alınarak ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlendiği ihalelerde fiyat avantajı uygulanmadan önce fiyat dışı unsurlar değerlendirilir.⁶⁹⁸

Söz konusu düzenlemeler daha yakından incelendiğinde (c) bendinin, yerli-yabancı istekli ayrımı olmaksızın sunulan teklif konusunun yerli malı olmasını öne çıkardığı; (a) ve (b) bentlerindeki düzenlemelerin ise yerli-yabancı istekli ayrımı üzerine kurulu olduğu anlaşılmaktadır. Bunun yanında bu üç bendin, ortaya çıkardığı sonuçlar bakımından ayrıma tabi tutulmaları da mümkündür. Bu açıdan (a) bendinin; (b) ve (c) bentleri kapsamında gerçekleştirilen uygulamalardan ayrıldığı söylenebilir.

⁶⁹⁵ Bkz. 2023/1 nolu Kamu İhale Tebliği md. 3.

⁶⁹⁶ Bkz. Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği md. 62 ve Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği md. 63.

⁶⁹⁷ Ancak bu takdir yetkisinin bazı hallerde yerini bağlı yetkiye bıraktığı görülmektedir. Aynı bentte idarelerin yerli yazılım ürünleri veya Kurum tarafından ilan edilen orta ve yüksek teknoloji sanayi ürünleri teklif eden isteklilere %15 oranında fiyat avantajı uygulanması zorunlu kılınmıştır.

⁶⁹⁸ Bkz. Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği md. 61.

Daha açık bir ifadeyle (a) bendi uyarınca ihaleye katılımın doğrudan sınırlanabildiği, ancak bahse konu diğer bentlerle doğrudan katılımın sınırlanmadığı, belli durumdakiler için fiyat avantajı sağlandığı görülmektedir.⁶⁹⁹

Kanun'a göre kural olarak yerli ve yabancı istekliler bakımından ayırım yapılması yasak olmasına rağmen bu durumun bir istisnası Kanun'un 63. maddesinde öngörülmüştür.⁷⁰⁰ Maddede yerli ve yabancı istekliler bakımından yapılan ayrımlar, eşit muamele ilkesinin istisnası olarak değerlendirilmekte⁷⁰¹; yabancı isteklilere karşı gerçekleştirilen bu uygulamalar⁷⁰² aynı zamanda yerli isteklilerin belli ölçüde kayrılmasına imkân sağlayan hükümler olarak nitelenmektedir.⁷⁰³

Anayasa'nın 16. maddesine göre “(t)emel hak ve hürriyetler, yabancılar için milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir”. Bu kuralın ihaleler bakımından da geçerli olduğu⁷⁰⁴ ve Kanun'da yabancılar yönelik bazı sınırlamaların bu hükme dayanılarak düzenlendiği ifade edilmektedir.⁷⁰⁵ Anayasa'nın 16. maddesinde “temel hak ve hürriyetler”den söz edildiği için Anayasa'nın 48. maddesi bir çıkış noktası olarak kabul edilmeli ve bu kapsamda çerçevesi Anayasa'nın 167. maddesi ile çizilebilen “milli ekonominin gerekleri” anayasal bir değer olarak devlet tarafından korunmalıdır.⁷⁰⁶ Diğer bir ifadeyle, Kanun'un 63. maddesinde yer alan sınırlamaların sebebini milli ekonominin korunması gereği teşkil etmektedir.⁷⁰⁷

4734 sayılı Kanun'un fonksiyonel kapsamı, uluslararası ticaret bakımından en korumacı alanı oluşturmakta ve pek çok ülkede yerli alım politikaları uygulanmaktadır.⁷⁰⁸ Bu açıdan Kanun'un 63. maddesi kapsamında yer verilen düzenlemelerde milli ekonominin korunması amacı ortak olarak öne çıkmaktadır. Nitekim devlete, Anayasa'nın 166. maddesi ile ekonomik kalkınmanın planlanması, 167. maddesi ile piyasaların sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayacak tedbirlerin alınması konularında birtakım görevler yüklenmiş olup bu kapsamda idarenin ihtiyaç

⁶⁹⁹ Öte yandan, fiyat avantajından yararlanamayan kişilerin yarışma istekliliğinin doğal olarak azalabileceği açıktır.

⁷⁰⁰ Gözler, **op. cit.**, s. 119; Gözler/Kaplan, **op. cit.**, s. 446; Çağlayan, **op. cit.**, s. 451.

⁷⁰¹ Taşdelen, **Kamu Harcamaları Hukukunda İhale Süreci**, s. 57; Kalabalık, **op. cit.**, s. 228.

⁷⁰² Yılmaz, **Kamu Alımlarında İdari Denetim**, s. 100.

⁷⁰³ Günday, **op. cit.**, s. 202.

⁷⁰⁴ Kutlu, **op. cit.**, s. 179.

⁷⁰⁵ Kortunay/Sezer, **op. cit.**, ss. 159-160.

⁷⁰⁶ Oder, **op. cit.**, ss. 554-555.

⁷⁰⁷ Aksoylu Ürger, **op. cit.**, s. 221.

⁷⁰⁸ Abdullah Uz, “Bir Politika Aracı Olarak Kamu Alımlarında Yerli Tercih/Avantaj Uygulaması”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 3, S. 1, Y. 2006, s. 94.

duyduğu mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinin de bir ekonomik politika aracı olarak en iyi şekilde yürütülmesi gerekir.⁷⁰⁹

İdareler, takdir yetkisinin kullanılmasında bu amacın yerine getirilmesine yönelik bir anlayış içerisinde hareket etmelidir. Diğer bir ifadeyle Kanun'un 63. maddesi kapsamında takdir yetkisi tanınan hallerde bu yetkinin yerli unsurlardan yana kullanılması için alım konusu ile alım yapılacak sektöre göre idarelerce değerlendirmede bulunulması ve milli ekonominin korunması amacının bu bağlamda ele alınması gerekir. Ancak bu durum yerli unsurların tercih edilmesi yönünde takdir yetkisi kullanılmaması halinde idare tarafından detaylı bir gerekçe gösterilmesini gerektirmez.⁷¹⁰

2014 – 2021 yıllarına ilişkin kamu alımları izleme raporlarında, 4734 sayılı Kanun kapsamındaki ihalelerin parasal büyüklük açısından incelenmesi sonucunda yaklaşık maliyeti eşik değerin altında kalan ihalelerin tüm ihalelere oranının %27-34 arasında değiştiği gözlemlenmektedir. Bu sekiz yılda, yabancı isteklilerin katılımının sınırlanmasına ilişkin takdir yetkisinin adet olarak %8-12 arasında değişen oranlarda katılıma açık olması yönünde kullanıldığı, böylece bu ihalelerin parasal büyüklük bakımından yaklaşık maliyeti eşik değerin altında kalan ihalelere oranının %7-13 arasında değişkenlik gösterdiği anlaşılmaktadır. Buna göre, 2014 – 2021 yılları arasında 4734 sayılı Kanun kapsamındaki ihalelere, parasal büyüklük açısından %24-31 arasında değişen oranlarda yabancı isteklilerin katılımının sınırlandırıldığı sonucuna ulaşılmaktadır.⁷¹¹ Diğer bir ifadeyle, Kanun kapsamındaki ihaleler için harcanan kamu kaynağının oldukça önemli bir kısmı (%69-76) yabancı isteklilere açıktır.

Öte yandan, yerli istekli tanımında tüzel kişiler bakımından vatandaşlık şartını ortadan kaldıran 2003 yılındaki değişiklik sonrasında Türkiye Cumhuriyeti ile vatandaşlık bağı bulunmayan yabancıların Kanun kapsamındaki ihalelere katılması ve hatta avantajlardan faydalanması mümkün hale gelmiştir. Dolayısıyla bu kişilerin Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına göre bir tüzel kişilik kurarak Kanun kapsamındaki ihalelere yerli istekli olarak katılmasının oldukça kolay olduğu söylenebilir.

⁷⁰⁹ Kutlu Gürsel, **op. cit.**, s. 599.

⁷¹⁰ Danıştay 13. Daire, E. 2021/3691, K. 2021/2893, T. 20.09.2021, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

⁷¹¹ Kamu İhale Kurumu, Kamu Alımları İzleme Raporu 2014 - 2021, https://ihale.gov.tr/kamu_alimlari_izleme_raporlari-45-1.html, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Sonuç olarak, 4734 sayılı Kanun'da milli ekonominin korunması amacıyla idareye, yaklaşık maliyeti eşik değerin altında kalan ihalelerde yalnızca yerli isteklilerin katılımına imkân sağlayacak düzenlemeler yapılması bakımından takdir yetkisi tanındığı ve böylece yabancı isteklilerin ihaleye katılımının sınırlandırılabildiği anlaşılmaktadır. Kanun'da 2003 yılında yerli istekliler tanımında yapılan değişiklik sonrasında Türkiye Cumhuriyeti ile vatandaşlık bağı bulunmayanların da kolaylıkla yerli istekli kabul edilebildiği, yine de yabancı istekli kalanların ise ayrı hukuksal durumlar içerisinde bulunduğu göz önüne alındığında bu durumun eşitler arası rekabetin sağlanmasına aykırı olmadığı ancak idarelere tanınan takdir yetkisinin, milli ekonominin korunması amacıyla alım konusu ile alım yapılacak sektörün koşullarına göre kullanılması gerektiği değerlendirilmektedir.

b. Terör Suçlarından Hükümlü Bulunanlara Yönelik Sınırlandırmalar

4734 sayılı Kanun'un 11. maddesinin (a) bendinde, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu⁷¹² kapsamına giren suçlardan dolayı hükümlü bulunanlar⁷¹³, ihaleye katılamayacak kişiler arasında düzenlenmiştir. 3713 sayılı Kanun'un kapsamına giren suçlara 3. ve 4. maddelerde yer verilmiştir. Bu suçlar, terör suçları veya terör amacı ile işlenen suçlardır. 3713 sayılı Kanun'un 1. maddesinde terör tanımlanmıştır.⁷¹⁴ Bu tanımda yer verilen amaçlara ulaşmak maksadıyla oluşturulan örgütlere mensup olanlar veya mensup olmasa dahi bu örgütler adına suç işleyenler terör suçlusu kabul edilmektedir. Bu kişilerin Kanun kapsamındaki ihalelere katılması milli güvenliğin korunması amacıyla sınırlandırılmaktadır.

2016 yılında 678 sayılı Kanun Hükmünde Kararname⁷¹⁵ ile “(t)erör örgütlerine iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu, Millî İstihbarat Teşkilatı veya Emniyet Genel Müdürlüğü tarafından bildirilen gerçek ve tüzel kişiler” de 4734 sayılı

⁷¹² R.G., T. 12.04.1991, S. 20843.

⁷¹³ “Hükümlü bulunanlar” ifadesinden olağan kanun yolları tükendikten sonraki kesin hükümlülüğün anlaşılması gerekli olup; temyiz aşamasının devam etmesi halinde henüz kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı bulunmadığı için “hükümlü bulunma” şartının sağlanması ve bu kişilerin değerlendirme dışı bırakılması mümkün değildir. Bkz. Danıştay 13. Daire, E. 2021/5179, K. 2022/87, T. 17.01.2022, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

⁷¹⁴ “Terör; cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasî, hukukî, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir”.

⁷¹⁵ R.G., T. 22.11.2016, S. 29896.

Kanun kapsamındaki ihalelere katılamayacak kişilere dahil edilmiştir. 678 sayılı KHK’de “*olağanüstü hal kapsamında bazı düzenlemeler yapılması*” öngörülmüş ancak söz konusu kuralın yalnızca “*olağanüstü hal kapsamında*” uygulanması bakımından herhangi bir sınırlamaya yer verilmemiştir. 4734 sayılı Kanun’un 11. maddesinin (g) bendine eklenen KHK düzenlemesi, 2018 yılında 7071 sayılı Kanun⁷¹⁶ ile “(t)erör örgütlerine iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu Emniyet Genel Müdürlüğü tarafından bildirilen gerçek ve tüzel kişiler ile bu kapsamda olduğu Millî İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığı tarafından bildirilen yurt dışı bağlantılı gerçek ve tüzel kişiler” şeklinde değiştirilerek Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kabul edilmiştir. Bu değişiklikte de uygulanacağı dönem bakımından herhangi bir sınırlamaya yer verilmemiş ve düzenleme 2019 yılında Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi’nce, çalışma ve sözleşme hürriyetinin milli güvenliğin sağlanması amacıyla sınırlanmasının mümkün olduğu, bu kapsamda değerlendirilen söz konusu kuralın; milli güvenlik amacı ile öngörülmekle birlikte anayasal anlamda meşru bir amaç taşıdığı ve bu amaç kapsamında kanun koyucu tarafından alınan idari bir önlem niteliğinde olduğu değerlendirilmiştir. Ancak kuralın, bilgi ve belgeye dayanma zorunluluğu bulunmayan kuvvetle muhtemel istihbari nitelikte olay ve olgulardan hareketle bildirimde bulunulması halinde otomatik sonuç doğurması ve idareler ile mahkemelere bu konuda değerlendirme yapma yetkisinin verilmemesi sebepleriyle keyfilikleri önleyecek yasal güvenceleri barındırmadığı ve aynı zamanda belirli süreyle de sınırlı olmadığı değerlendirilerek çalışma ve sözleşme hürriyetine yönelik orantısız bir sınırlama getirdiği sonucuyla iptaline karar verilmiştir.⁷¹⁷ 4734 sayılı Kanun’un 11. maddesinin (g) bendine ilişkin bu karar, sonucu itibarıyla doğru olmasına karşın gerekçesi bakımından tartışmaya açıktır.

Hem hukuki hem siyasal nitelikteki milli güvenlik kavramının siyasal koşullara bağlı olarak değişkenlik gösterdiği gerekçesiyle bilimsel bir tanımının yapılması oldukça güçtür.⁷¹⁸ Diğer bir ifadeyle kavram hem değişen dünya koşullarından hem de

⁷¹⁶ 7071 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun, R.G., T. 08.03.2018, S. 30354.

⁷¹⁷ Anayasa Mahkemesi, E. 2018/90, K. 2019/85, T. 14.11.2019, R.G., T. 13.02.2020, S. 31038.

⁷¹⁸ Rona Aybay, “Milli Güvenlik Kavramı ve Milli Güvenlik Kurulu”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 33, S. 1, Y. 1978, s. 60.

her bir devlet bakımından içinde bulunduğu özgün koşullardan etkilenmekte ve bu dinamik yapı milli güvenlik kavramını da belirsizleştirmektedir.⁷¹⁹

Türk hukukunda “*milli güvenlik*” kavramı ilk kez 1961 Anayasası’nda yer almış, 1982 Anayasası’nda da temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması nedeni olarak düzenlenmiş ve birçok kanunda yer bulmuştur.⁷²⁰ 1983 yılında yürürlüğe giren 2945 sayılı Kanun’un⁷²¹ 2. maddesine göre milli güvenlik; “*Devletin anayasal düzeninin, milli varlığının, bütünlüğünün, milletlerarası alanda siyasi, sosyal, kültürel ve ekonomik dahil bütün menfaatlerinin ve ahdi hukukunun her türlü dış ve iç tehditlere karşı korunması ve kollanmasını*” ifade eder.

Pek çok ilke ve kavramın tehdit bağlamında milli güvenlik ile ilişkilendirilebilmesi mümkün olsa da zorlama veya dolaylı ilişkilendirmeler; kavramın amacından saptırılması ve suiistimal edilmesi risklerini barındırmaktadır.⁷²² Bu duruma 4734 sayılı Kanun’un 11. maddesinin (g) bendi örnek gösterilebilir. Terörle mücadele gibi doğrudan milli güvenliği ilgilendiren bir konunun⁷²³ dahi, anlamları ve farkları oldukça tartışmalı olan “*irtibat*” ve “*iltisak*” kelimeleriyle uygulaması belirsizleştirilmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi, 11. maddenin (g) bendi bakımından gerçekleştirdiği incelemede söz konusu kelimeleri birer “*genel kavram*” olarak niteleyerek “*iltisaklı*”nın “*kavuşan, bitişen, birleşen*”, “*irtibatlı*”nın ise “*bağlantılı*” anlamlarına geldiğine ve aynı tarihli başka bir kararında yer verilen nedenlerden ötürü belirsiz ve öngörülemez nitelikte olduklarının söylenemeyeceğine karar vermiştir.⁷²⁴ Atıf yapılan kararda, bu “*genel kavram*”ların farklı şekilde ortaya çıkabileceği için önceden belirlenmesi ve bu “*genel kavram*”lar kapsamındaki hallerin tek tek sayılmasının zorunlu olmadığı, objektif anlamı ile hukuki niteliklerinin yargı içtihatlarıyla belirleneceği ve içinde bulunulan dönemlere göre de farklı değerlendirmelerin yapılmasının mümkün olduğu ifade edilmiştir.⁷²⁵ Öte yandan, bu karardan söz konusu “*genel kavram*”ların ancak “*terör örgütleriyle üyeler arasındaki bağın varlığı konusunda*” ele alınabileceği sonucu da çıkmaktadır.

⁷¹⁹ Ümit Güveyi, **Milli Güvenlik**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 38, 241.

⁷²⁰ Ebru Yavuz Yayla, “Milli Güvenlik Kavramının Hukuki Boyutu”, **Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 6, S. 12, Y.2018, s. 38.

⁷²¹ 2945 sayılı Milli Güvenlik Kurulu ve Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Kanunu, R.G., T. 11.11.1983, S. 18218.

⁷²² Güveyi, **op. cit.**, s. 39.

⁷²³ Anayasa Mahkemesi, E. 2014/122, K. 2015/123, T. 30.12.2015, R.G., T. 01.03.2016, S. 29640.

⁷²⁴ Anayasa Mahkemesi, E. 2018/90, K. 2019/85, T. 14.11.2019, R.G., T. 13.02.2020, S. 31038.

⁷²⁵ Anayasa Mahkemesi, E. 2018/89, K. 2019/84, T. 14.11.2019, R.G., T. 13.02.2020, S. 31038.

Kararın karşı oyunda belirtildiği üzere; söz konusu “*kavram*”lardan somut olarak anlaşılması gereken(ler) hususunda bir belirsizlik, muğlaklık ve öngörülemezlik olmadığı söylenemeyeceği gibi tümüyle keyfi ve temelsiz olmamak kaydıyla bağlantı, bilgi, bulgu ve ilişkilerin bu “*kavram*”lar bakımından değerlendirmede kullanılmasında idarenin belirli bir esnekliğe sahip olması makul görülebilir.⁷²⁶ Ancak farklı anlamlara gelen “*irtibat*” ve “*iltisak*” kelimelerinin bu değerlendirmelerde birlikte kullanılmasının makul kabul edilmesi mümkün değildir. Diğer bir ifadeyle, idarelerin değerlendirme yaptıkları dönemde belirli bir esneklik içerisinde olmaları, “*irtibat*” ve “*iltisak*” nitelendirmelerinin uygulayıcılar tarafından ayırım gözetmeden birlikte kullanılmasına imkân vermez. Uygulama esnasında yapılan değerlendirmenin doğru olup olmadığından bağımsız olarak yapıldığı dönemde “*irtibat*” olarak mı “*iltisak*” olarak mı nitelendiğine ilişkin belirsizlik, muğlaklık söz konusu değerlendirmelerin kelime anlamı seviyesinde dahi bir ölçüte tabi olmaması, tümüyle keyfi ve temelsiz olması sonucunu doğurur.

Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararı sonrasında 4734 sayılı Kanun’da milli güvenliğin korunması amacıyla yalnızca 3713 sayılı Kanun kapsamındaki terör suçlarından hükümlü bulunanların katılımının sınırlandırılmasına ilişkin kuralın yer aldığı ancak bu durumun eşitler arası rekabetin sağlanmasına aykırı olmadığı değerlendirilmektedir.

⁷²⁶ **Ibid.**, karşı oy yazısı.

III. 4734 SAYILI KANUN UYARINCA İHTİYACA UYGUN REKABETİN SAĞLANMASI

4734 sayılı Kanun'da ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ile kaynakların verimli kullanılması, temel ilkeler arasında düzenlenmiştir. Bahsi geçen bu ilkelerin birbirinden ayrı düşünülmesi oldukça zordur. Hatta bu nedenle bağlantılı kabul edildiği⁷²⁷ ve tek bir başlık altında da ele alındığı⁷²⁸ görülmektedir.

İhtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ilkesi, idarenin kamusal ihtiyaca en uygun alımı gerçekleştirmesidir.⁷²⁹ Kaynakların verimli kullanılması ilkesi ise yapılacak hesaplamalara göre idarenin ihtiyacını en avantajlı maliyetle en verimli şekilde karşılamasıdır.

4734 sayılı Kanun kapsamında gerçekleştirilen alımlar, kamusal bir ihtiyacın giderilmesine yönelik olduğu için bunların en uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasında kamu yararı vardır.⁷³⁰ Bu esnada kaynakların verimli kullanılması için de aynı değerlendirmeyi yapmak mümkündür. Diğer bir ifadeyle kaynakların verimli kullanılmasıyla ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasında kamu yararı bulunduğu söylenebilir.

İhtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması, ihtiyaç ortaya çıktıktan sonra bunun karşılanması sürecinde alımın şartları oluşturulurken ihtiyacın en uygun şekilde giderilmesi anlayışının yapılacak seçimlerde merkeze alınması olarak anlaşılabilir. İhale konusu alım için uygun şartların belirlenmemiş olması, ihtiyacın uygun şartlarla ve zamanında temin edilmesini imkânsız kılabilir. Bu nedenle ihtiyaçlar merkeze alınarak ihale koşulları belirlenirken hem idarenin sınırları hem de piyasanın şartları göz önünde bulundurulmalıdır.

⁷²⁷ Can, **Kamu İhale Hukuku**, s. 44.

⁷²⁸ Gök, **op. cit.**, s. 18; Yılmaz, **Kamu Alımlarında İdari Denetim**, s. 102; Özkan, **op. cit.**, s. 260.

⁷²⁹ **Ibid.**, s. 261.

⁷³⁰ Gözler, **op. cit.**, s. 121; Aksoylu Ürger, **op. cit.**, s. 216.

Kanun'da ödeneği olmayan bir iş için ihaleye çıkılması yasaklanmış ve bir ilke olarak benimsenmiştir. Kural olarak idare bu ödenekle sınırlı olduğu için ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasında bu yaklaşımın korunması gerekir. Diğer bir ifade ile idarenin sahip olduğu kaynağa göre ihtiyacını gidermek için çözüm arayışı içerisinde olması gerekir. Aksi halde bulunan çözüm, kaynak yetersizliğinden ötürü uygulanırken yarım kalır veya akamete uğrar. Bu durumda ihtiyaçlar uygun şartlarla ve zamanında karşılanamadığı gibi kaynakların verimli kullanılması da mümkün olmaz.

İhtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması, idarenin sınırları dahilinde piyasa koşullarını da dikkate almasını gerektirir. Bu bağlamda ihtiyaçların zamanında karşılanması, ihale işlemlerinin uygun zamanda gerçekleştirilmesi olarak anlaşılabilir.⁷³¹ En uygun zamanın seçilememiş olması ihtiyacın uygun şartlarla teminini zorlaştırabileceği gibi imkânsız hale de sokabilir.⁷³² Daha açık bir ifade ile ihtiyaçların zamanında karşılanması hem alım konusunun koşullarından kaynaklı olarak en uygun zamanın seçilmesini hem de planlama yapılarak ihtiyacı karşılayacak alım işlemlerine zamanında girişilmesini gerektirir. İdarenin piyasa koşullarını da hesap ederek yapacağı alımlar bir yandan ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasına diğer taraftan kaynakların verimli kullanılmasına hizmet eder.

Özetle idarenin kaynağı aynı zamanda kendisinin sınırı olup; bunu en verimli şekilde kullanılması, kaynakların verimli kullanılması ilkesinin bir gereğidir. Dolayısıyla ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ilkesi, kaynakların verimli kullanılması ilkesini de içermekte olup en uygun alımın en avantajlı maliyet koşullarında ve zamanında karşılanması anlamına gelmektedir. Bu nedenle bu ilkeler birlikte ele alınmaktadır.

İdare, ihale konusu alımın gerekleriyle uyumlu olacak şekilde isteklilerin niteliklerini belirleme ve sunulan tekliflerin rasyonelliğini analiz etme görev ve yetkisine sahiptir.⁷³³ Böylece idarenin ihtiyaçlarının karşılanmasında yapacağı harcama ile bunun karşılığı olarak elde edeceği faydanın en üst düzeyde olması amaçlanmaktadır.⁷³⁴ Hedeflenen en düşük bedelle alım yapmak değil, istenilen

⁷³¹ Taşdelen, **Kamu Harcamaları Hukukunda İhale Süreci**, s. 61.

⁷³² Gök, **op. cit.**, s. 19.

⁷³³ **Ibid.**, s. 16.

⁷³⁴ Özkan, **op. cit.**, s. 261.

kalitedeki alımın en iyi bedelle gerçekleştirilmesi ve fiyat ile kalite dengesinin sağlanmasıdır.⁷³⁵ Bu nedenle ihtiyacı karşılayabilecek kişiler ve teklifler arasında bir yarışma düzenlenmektedir.

4734 sayılı Kanun bakımından ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması, rekabet ilkesinin sınırlarını oluşturduğu iddia edilmektedir.⁷³⁶ Diğer taraftan rekabet ilkesinin sağlanmadığı bir ihalede ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılandığından yahut kaynakların verimli kullanıldığından söz edilemeyeceği değerlendirilmektedir.⁷³⁷ Bu açıklamaların ikisi de doğru olmasına rağmen tüm bu ilkeler arasında bir çekişmenin bulunduğu anlaşılmaktadır. Bunun sebebi ihalenin bir yandan idarenin sıklıkla ihtiyaçlarını karşılamak için başvurduğu bir yöntem olması; diğer yandan olabildiğince çok isteklinin veya teklifin rekabete girmesinin amaçlandığı bir yarışma olmasıdır. Bu nedenle ihalede rekabet ile en uygun alım arasında denge kurulması gerekmektedir.⁷³⁸

Çekişmenin çözümünde, Kanun'da nasıl bir rekabetin arandığı sorusunun yol gösterici olduğu söylenebilir. Bu açıdan Kanun'daki düzenlemelerin ve yarışmanın koşullarının incelenmesi mümkündür. Bu bağlamda Kanun kapsamındaki ihalelerde istekliler bakımından belli yeterlilik kriterleri aranabildiği ve yeterli olan kişilerin sunacakları tekliflerin kapsamı ile fiyatının önceden belirlenmiş birtakım kriterlere göre değerlendirildiği gözlemlenmektedir. Dolayısıyla, rekabet ilkesi ile idarenin ihtiyaç çerçevesi içerisinde isteklilerin birbirleriyle serbestçe yarışabilmelerinin amaçlandığı ve idare tarafından belirlenen şartlara ve talimatlara göre teklifler verilmesinin gerektiği anlaşılmaktadır.⁷³⁹

Sonuç olarak, 4734 sayılı Kanun'da ihaleye katılabilecek kişiler ve kazanabilecek teklifler bakımından nitelikli koşullar aranabildiği, bu durumun ihtiyaçların uygun şartlarla karşılanması ve kaynakların verimli kullanılması ilkelerinin bir görünümü olduğu söylenebilir. İhtiyaçların uygun şartlarla karşılanması ilkesinin kaynakların verimli kullanılmasını da içerdiği göz önüne alındığında Kanun'a göre oluşturulmak istenen yarışmanın, ihtiyaca uygun bir rekabet olduğu anlaşılmaktadır. İhtiyaca uygun rekabetin sağlanması amacını taşıyan düzenlemelerin

⁷³⁵ Gök, **op. cit.**, s. 18.

⁷³⁶ Özkan, **op. cit.**, s. 262.

⁷³⁷ Gök, **op. cit.**, s.19.

⁷³⁸ Uz, **Kamu İhale Hukuku**, s. 60.

⁷³⁹ Kurul, K. 2013/UH.I-3741, T. 23.09.2013, **EKAP**.

ise isteklilerin yeterliliğinin (A) ve tekliflerin verimliliğinin (B) sağlanması başlıkları altında incelenmesi mümkündür.

A. İsteklilerin Yeterliliğinin Sağlanması

İdarenin ihalede yarışmasını istediği kişiler bakımından bazı kriterler belirlemesi doktrinde bir ilke olarak da ele alınmaktadır. İsteklilerde teknik ve mali yeterliliğin aranması, “*yeterlilik ilkesi*”⁷⁴⁰ olarak adlandırıldığı gibi isteklilerde “*belli bir yeteneğin aranması ilkesi*”⁷⁴¹ veya “*belli özelliklerin aranması ilkesi*”⁷⁴² olarak da ifade edilmektedir.

4734 sayılı Kanun’da isteklilerde belli özelliklerin veya yeteneklerin aranması doktrinde yer verildiği şekilde ayrıca bir ilke olarak ele alınmamıştır. Ancak Kanun’un temel ilkeleri arasında yer alan ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ilkesinin, isteklilerde yeterlilik koşulları aranmasını içerdiği söylenebilir.

4734 sayılı Kanun’un 1. kısmının “(i)haleye (k)atılım (k)uralları” başlıklı 2. bölümünde “(i)haleye katılımda yeterlik kuralları”na yer verilmiştir. Kanun’un 10. maddesinde yer alan bu kurallara göre belirlenmiş olan bilgi ve belgelerin ihaleye katılım aşamasında isteklilerden istenilmesi mümkündür.

Kanun’un 10. maddesinde sayılan bilgi ve belgeler, ihaleye katılımda isteklilerin ekonomik ve mali yeterliliği ile mesleki ve teknik yeterliliğinin tespiti amacıyla talep edilmektedir. Böylece idarenin ihale düzenlemesine sebep olan ihtiyacı gerektiği gibi karşılayabilecek yüklenicinin seçilmesinde, asgari nitelikleri haiz isteklilerin yarışması amaçlanmıştır. Diğer bir ifade ile ihtiyaçları uygun şartlarla ve zamanında karşılayabilecek isteklilerin ihaleye katılması gerekli olup⁷⁴³; Kanun’da buna imkân sağlanmaktadır.⁷⁴⁴

Maddede yer verilen bilgi ve belgeler, uluslararası ihale mevzuatına uygun olarak belirlenmiştir.⁷⁴⁵ İdarenin bu bilgi ve belgelerden hangilerinin istenileceğini

⁷⁴⁰ Gözler, **op. cit.**, s. 118; Gözler/Kaplan, **op. cit.**, s. 445; Kalabalık, **op. cit.**, s. 224.

⁷⁴¹ Günday, **op. cit.**, s. 201; Odyakmaz/Ercan/Kaymak, **op. cit.**, s. 273.

⁷⁴² Atay, **op. cit.**, s. 574.

⁷⁴³ Aksoylu Ürger, **op. cit.**, s. 216.

⁷⁴⁴ Can, **Kamu İhale Hukuku**, s. 42.

⁷⁴⁵ 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun tasarısına ve 10. maddesi gerekçesine ulaşmak için bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d21/c082/tbmm21082047ss0794.pdf>, Erişim Tarihi: 26.12.2022.

alım konusunun özelliklerine göre tespit etmesi ve bunlara ihale dokümanı, ilan ve davet mektubunda yer vermesi zorunludur. Diğer bir ifadeyle, ihtiyaca uygun rekabetin sağlanmasında isteklilerin yeterliliği bakımından yapılacak değerlendirme ölçütlerinin önceden belirli olması gerekir.

Yeterliliğin tespiti amacıyla isteklilerden istenebilecek belgeler temel olarak Kanun'da düzenlenerek sınırlanmış olup; belgelere ilişkin detaylı kurallar, Kamu İhale Kurumu'nun yetkisi kapsamında çıkardığı düzenlemelerde yer bulmuştur. Kanun kapsamında çok çeşitli alımlar gerçekleştirildiği için mal veya hizmet alımı ile yapım işlerinin farklılıkları, aranacak yeterlilik kriterleri bakımından da önemli değişikliklere sebep olmaktadır. Öte yandan ihalenin yaklaşık maliyetinin de bu açıdan etkili olduğu uygulama yönetmeliklerinden anlaşılmaktadır. Söz konusu yönetmeliklerde, idarelerin istenebilecek belgelerin belirlenmesine ilişkin takdir yetkisi, Kurum tarafından kimi durumlar için ortadan kaldırılmıştır. Daha açık bir ifade ile Kurum, belirlediği kriterlere göre bazı belgelerin istenilmesini zorunlu tutup bazı belgelerin istenilmesini yasaklarken kimi durumlarda idarenin takdir yetkisini korumuştur.

İdareler tarafından Kanun'un 10. maddesinde yer alan yeterlilik kriterleri dışında herhangi bir hususun yeterlilik değerlendirilmesinde kullanılması mümkün değildir. Diğer bir ifade ile idarelere maddede sayılan yeterlilik kriterlerini genişletmek konusunda takdir yetkisi tanınmamıştır. Buna paralel olarak, isteklilerden daha önce iş yaptıkları kişilerden bir yeterlilik kriteri olarak referans istenmesi mümkün olmayıp⁷⁴⁶ idarelerin bu gibi ek koşullar araması rekabeti engellemektedir.

Yeterlilik değerlendirilmesinde kullanılmak üzere kullanılacak kriterler ile istenecek bilgi ve belgelerin rekabet ilkesine aykırılık oluşturmayacak şekilde belirlenmesi gerekir. Diğer bir ifade ile bu belirlemelerin ihalede rekabeti engelleyici sonuç doğurmamasına dikkat edilmelidir. Dolayısıyla değerlendirmede kullanılacak kriterler, alım konusunun istekli tarafından gerçekleştirilmesini ölçecek nitelikte olmalıdır.⁷⁴⁷

Sonuç olarak, 4734 sayılı Kanun'da isteklilerde belli yeteneklerin ve özelliklerin aranmasına yönelik yeterlilik kriterleri öngörüldüğü, ihtiyaçların uygun şartlarla ve

⁷⁴⁶ Kurul, yeterlilik kriteri olarak değil de sözleşmenin uygulanması aşaması için yükleniciden referans istenmesinde sorun görmemektedir. Bkz. Kurul, K. 2017/UM.II-3502, T. 27.12.2017, **EKAP**.

⁷⁴⁷ Uz, **Kamu İhale Hukuku**, ss. 257-258.

zamanında karşılanması ilkesinin bu durumu haklı kıldığı⁷⁴⁸ ve ihtiyaca uygun rekabetin sağlanması için isteklilerde aranılan yeterlilik kriterlerinin Kanun'dakine paralel olarak mesleki ve teknik (1) ile ekonomik ve mali yeterliliğin (2) sağlanması olarak tasnif edilmesinin mümkün olduğu değerlendirilmektedir.

1. İsteklilerin Mesleki ve Teknik Yeterliliğinin Sağlanması

Mesleki ve teknik yeterlilik, yüklenici olmak amacıyla ihaleye katılan isteklinin ihale konusu alımın özelliklerine uygun ifasında herhangi bir sorunla karşılaşmaması amacıyla fenni kapasitesinin; yetki, tecrübe, insani kabiliyet, fiziksel olanak gibi çeşitli ölçütler çerçevesinde değerlendirilmesidir.⁷⁴⁹

4734 sayılı Kanun'a göre isteklilerin teknik ve mesleki yeterliliğinin tespit edilebilmesi amacıyla getirilen düzenlemeleri; standart kriterler ve ihale konusu alıma göre belirlenen kriterler olarak ikiye ayırmak mümkündür.

İsteklilerin teknik ve mesleki yeterliliğinin tespitinde uygulanan standart kriterler Kanun'un 10. maddesinin 4. fıkrasında üç alt bent olarak düzenlenmiştir. Bu kapsamda, ihale tarihi itibarıyla mevzuatı uyarınca kayıtlı olduğu oda tarafından mesleki faaliyetten men edilmiş olan, ihale tarihinden önceki beş yıl içinde mesleki faaliyetlerinden ötürü yargı kararı ile hüküm giyen veya aynı sürede zarfında ihaleyi yapan idareye yaptığı işlerde meslek veya iş ahlakına aykırı hareket ettiği idare tarafından tespit edilen kişiler ihalede değerlendirme dışı bırakılır. Kanun koyucu, tekliflerin sunulması aşamasında açık mesleki sorunları olanların Kanun kapsamındaki ihaleler için yeterli olamayacağını öngörmüştür. Başka bir deyişle mesleki yeterlilikte standart kriterlerin her türlü ihtiyacın karşılanmasında rekabetin mecburi bir şartı olarak öngörülmesi doğal olup; bu sayede ihtiyaca uygun rekabetin sağlanması amaçlanmıştır.

İsteklilerin teknik ve mesleki yeterliliğinin tespit edilebilmesi için ihale konusu alıma göre belirlenerek istenebilecek bilgi ve belgeler, Kanun'un 10. maddesinde dokuz alt bent halinde düzenlenmiştir. Bu kapsamda istekliden, yasal olarak odaya kayıtlı şekilde faaliyette bulunduğunu ve teklif vermeye yetkili olduğunu kanıtlayan belgeler ile ihale konusu iş veya benzer işlere yönelik deneyimini gösteren belirli

⁷⁴⁸ Aksoylu Ürger, **op. cit.**, s. 221.

⁷⁴⁹ Bkz. 4734 sayılı Kanun md. 10/1-(b).

belgeler istenebilir. Bunların yanında isteklinin organizasyon yapısına, personelinin niceliğine ve niteliğine ilişkin bilgileri ile bunları tevsik eden belgeleri ve işin yerine getirilebilmesi için gerekli olan tesis, teçhizat, makine ve ekipmanlara ilişkin belgeleri talep edilebilir. Ayrıca isteklinin üretim kapasitesini, araştırma-geliştirme faaliyetlerini ve kalitesini ispatlayan belgeleri ile ihale konusu bakımından yer verilen standartlara uygunluğunu gösteren sertifikaları, numuneleri, fotoğrafları veya katalogları sunması gerekli görülebilir.

İdarenin çok çeşitli ihtiyaçları olup ihale konusu alımın, özellikleri nedeniyle belli bilgiye ve donanımına sahip yetkin kişilerden gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle ihale konusu alım bakımından mesleki ve teknik yeterliliğe sahip kişiler arasında ihale ile yarışma oluşturulmaktadır. İdarenin arandığı bu fenni yeterlilik kriterleri ile ihtiyacının gereği gibi karşılanmasında herhangi bir gecikme olmaması ve aynı konuda mükerrer harcama yapılmaması amaçlanmıştır. Bu minvalde Kanun'da ve ikincil mevzuatta yer verilen kurallara uyulması ile ihtiyaca uygun rekabet sağlanacaktır.

İdarenin ihtiyaca uygun rekabeti sağlayabilmesi için belirleyeceği mesleki ve teknik yeterlilik kriterlerinin ihale konusu alımın gerektirdiği ölçüyü aşmaması ve ihtiyaca uygunluk niteliğinin amacına aykırı şekilde rekabeti sınırlamaması gerekir. Bu nedenle idarenin sözleşme aşaması bakımından zaruri gördüğü her mesleki ve teknik unsuru bir fenni yeterlilik kriteri olarak belirlemesi doğru olmaz. İhale sonucunda ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibinin sözleşme imzalayıp işin ifasına başlayıp sürdürebilecek mesleki ve teknik yeterlilikte olduğunun tespit edilmesi kafidir.

Yüklenicinin kısa sürede ve kolaylıkla temin edebileceği insani veya fiziki kaynağın bir fenni yeterlilik kriteri olarak öngörülmesi idarenin ihtiyacına uygun rekabetin oluşmasını engeller. Bu durumda ihale konusu alımın yüklenicisi olup olmayacağı belirsiz kişiler için bir takım mali yükler ortaya çıkacağı için istekli olma eğilimi azalacağı gibi bu risklerin maliyeti de az veya çok teklif fiyatlarına eklenir. Dolayısıyla kaynakların verimli kullanılmasını da içeren ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ilkesinin tam olarak uygulandığı bir yarışma ortamı kurulamaz; diğer bir ifade ile ihtiyaca uygun rekabet sağlanamaz.

Danıştay da benzer değerlendirmelerde bulunmaktadır. Sözleşmenin ifası aşamasında ihtiyaç duyulacak ve yükleniciden talep edilecek belgelerin ihaleye katılımda isteklilerce tevsik edilmesi gerekli belgeler arasında düzenlenmesi ihaleye katılımı sınırlayıcı ve rekabeti engelleyici nitelikte olup; ihtiyaçların uygun şartlarla karşılanması ve kaynakların verimli kullanılması amacıyla bu belgelerin sözleşme aşamasında istenilmesi gerekmektedir.⁷⁵⁰ Diğer bir ifadeyle, ihtiyaca uygun rekabetin sağlanabilmesi için ihale konusu alımın ifasında tevsik edilmesi mümkün olan ve isteklilerin ihale konusu alımı uygulama kapasitesini de ölçmeyen belgeler yeterlilik kriteri olarak belirlenmemelidir.

Uygulamada mesleki ve teknik yeterlilik kriteri bakımından ortaya çıkan ihtiyaca uygun rekabete aykırılıkların çoğunlukla iş deneyimi ile ihale konusu alıma benzer işlerin belirlenmesi, bir takım fiziki kaynakların katılımda temin edilmesinin veya isteklinin kendi malı olmasının zorunlu tutulması olduğu söylenebilir.⁷⁵¹

İş deneyimi, ihale konusu alımı gerçekleştirme yeteneğinin belirlenmesinde isteklilerin daha önceki tecrübelerini gösteren yeterlilik kriteridir.⁷⁵² İsteklilerden bu kapsamda “*kamu veya özel sektöre bedel içeren bir sözleşme kapsamında taahhüt edilen ihale konusu iş veya benzer işlere*” ilişkin deneyimlerini belgelemeleri istenebilmektedir. Yeni ve ilk defa gerçekleştirilecek bir hizmet türünün ortaya çıkması durumunda, bu hizmeti daha önce gerçekleştirmiş yeterli sayıda istekli bulunamadığı için rekabet koşullarının oluşmayacağı anlaşılan hizmet alımlarında iş deneyim belgesi aranmayabilir.⁷⁵³

İş deneyimini tevsik etmek amacıyla sunulabilecek belgelere ve iş deneyime ilişkin detaylı düzenlemelere uygulama yönetmeliklerinde yer verilmiştir. İş bitirme belgesi Kanun kapsamındaki tüm ihaleler için ortak bir belge olarak kabul edilmiş ve fonksiyonel bakımdan farklı bazı belgeler de öngörülmüştür.⁷⁵⁴

⁷⁵⁰ Danıştay 13. Daire, E. 2017/1118, K. 2020/1755, T. 06.07.2020, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

⁷⁵¹ Toprak, **Kamu İhale Hukuku (Türkiye’de Kamu İhalelerinin Genel Yapısı ve Hukuki Rejimi)**, s. 243, 248, 263.

⁷⁵² **Ibid.**, 229.

⁷⁵³ Bkz. Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği md. 29/7.

⁷⁵⁴ Mal veya yapımla ilgili olmayan hizmet alımları için teknolojik ürün deneyim belgesi ve özel sektörle kurulan sözleşmeler; yapımla ilgili hizmet alımları ile yapım işleri için ise iş durum belgesi, iş denetleme belgesi ve iş yönetme belgesi iş deneyiminde kabul edilecek belgeler olarak düzenlenmiştir.

İdare tarafından “*ihale konusu alım veya alımın bölümleriyle nitelik ve büyüklük bakımından benzerlik gösteren, aynı veya benzer üretim usul ve tekniğiyle üretilen, teçhizat, ekipman, mali güç ve uzmanlık ile personel ve organizasyon gerekleri bakımından benzer özellik taşıyan*”⁷⁵⁵ benzer işler belirlenmekte ve istekliler tarafından iş deneyimi, benzer iş bakımından alınan belgelerle de tevsik edilebilmektedir.⁷⁵⁶ Kanun’a göre idarelerin ihale konusu alım bakımından benzer iş belirleyip belirlememe bakımından takdir yetkisi bulunmamaktadır. Ayrıca yapılacak benzer iş tanımının ihale konusu alımla birebir aynı olması yahut kamu veya özel sektörle sınırlanması mümkün değildir.⁷⁵⁷ Bu kurallar çerçevesinde ihale konusu alıma benzer iş belirlemesiyle ihaleye katılabilecek kişiler bakımından iş deneyimi kriteri daha fazla isteklinin katılabileceği şekilde uygulanmaktadır.

İdarelerin, ihale konusu alım bakımından benzer işleri belirlerken kimi durumlarda takdir yetkisi kimi hallerde⁷⁵⁸ bağlı yetkisi bulunmaktadır. Bağlı yetkinin bulunduğu hallerde rekabetin sağlanması amacıyla Kurum’un belirlediği kurallara uyulmaktadır. Diğer hallerde takdir yetkisinin ihtiyaca uygun rekabetin sağlanması amacıyla kullanılması gerekir. Daha açık bir ifade ile idare, benzer iş belirlemesi yaparken bir yandan ihtiyacın gereğince karşılanmasını diğer yandan bu sınırlamanın rekabete etkisini birlikte değerlendirmelidir.

Kurul’un benzer iş tanımlanması bakımından kararları incelenmiş bu açıdan hukuka aykırı durumlarda ihalenin iptaline karar verildiği ve benzer iş tanımlamasının gereğinden dar veya geniş olmaması, ihale konusu alımın niteliğine uygun olması ve rekabeti engellememesi gerektiği gözlemlenmiştir.⁷⁵⁹ Danıştay da benzer işin ihaleye katılımı ve rekabeti artıracak nitelikte belirlenmesi gerektiğine vurgu yapmakta⁷⁶⁰ ihale konusu alımla bire bir aynı nitelikteki işlerin benzer iş olarak belirlenmesini

⁷⁵⁵ Bkz. Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği md. 3/1-(b).

⁷⁵⁶ Yapılacak belirlemenin, ihale veya ön yeterlik ilanı ile idari şartname veya ön yeterlik şartnamesinde ya da davet yazısında belirtilmesi zorunludur.

⁷⁵⁷ Kurul, K. 2022/UH.I-29, T. 05.01.2022, **EKAP**.

⁷⁵⁸ Bkz. Yapım İşlerinde Benzer İş Grupları Tebliği, R.G, T. 11.06.2011, S. 27961.

⁷⁵⁹ Yılmaz, **Kamu İhale Hukukunda Şartnameler**, s. 120.

⁷⁶⁰ Danıştay 13. Daire, E. 2020/3562, K. 2021/272, T. 26.01.2021, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023; Danıştay 13. Daire, E. 2020/3358, K. 2021/273, T. 26.01.2021, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023;

ihalede katılımı artıracak tedbirlerin alınması suretiyle rekabetin sağlanması temel amacına uygun bulmamaktadır.⁷⁶¹

Danıştay, idare tarafından hastanenin tamamı için genel temizlik hizmeti alımına ilişkin ihalede, benzer iş tanımının “*hastane temizlik hizmetleri*” şeklinde yalnızca ihale konusu alımla sınırlandırılmasını incelemiş; hastanede hijyenin üst derece sağlanmasını gerektiren üniteler bulunması ve tıbbi atık yönetimi gibi apayrı uzmanlık gerektiren hizmetler barındırması nedenleriyle bina temizlik hizmetlerinden pek çok açıdan farklılık gösterdiği gerekçesiyle idarenin benzer iş belirlemesini hukuka uygun bulmuştur.⁷⁶² Başka bir kararda ise “*sterilizasyon ve dezenfeksiyon hizmeti*” alımı için sağlık tesislerinde gerçekleştirilen laboratuvar, görüntüleme, malzemeli temizlik hizmetlerinin de ayrı ayrı veya birlikte benzer işler olarak belirlenmesi incelenmiş ve bunların organizasyon gerekleri bakımından benzerlik gösterdiği, ihaleye katılımı ve rekabeti artıracak şekilde belirlendiği; benzer işin ihale konusu alımla sınırlandırılması halinde rekabetin önemli ölçüde daralacağını belirterek idarenin belirlediği benzer işlerde hukuka aykırılık bulmamıştır.⁷⁶³ Özetle Danıştay benzer iş tanımlamasının; bir yandan ihaleye katılımı artıracak şekilde diğer taraftan ihale konusu alımın koşullarına ve ifasına uygun nitelikte yapılmasını, yani ihtiyaca uygun rekabeti sağlayacak biçimde belirlenmesini hukuka uygun bulmaktadır.

İdareler, ihale konusu alımın uygulanmasında bir aksaklıkla karşılaşılması ve ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması için isteklilerden bazı fiziki kaynakların kendilerinin malı olduğunu belgelendirmelerini isteyebilirler. 2020 yılında uygulama yönetmeliklerinde yapılan değişikliklerden⁷⁶⁴ önce; tesis, makine, teçhizat ve ekipman için kendi malı olma şartının aranmaması kural olmasına karşın ihale konusu alımın niteliğinin gerektirdiği hallerde, bunun bir yeterlilik kriteri olarak belirlenmesi bakımından idarelerin takdir yetkisi bulunmaktaydı. Değişikliklerle bu

⁷⁶¹ Danıştay 13. Daire, E. 2021/559, K. 2021/1106, T. 29.03.2021, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023; Danıştay 13. Daire, E. 2020/3373, K. 2021/1333, T. 13.04.2021, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023; Danıştay 13. Daire, E. 2020/2809, K. 2021/1335, T. 13.04.2021, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

⁷⁶² Danıştay 13. Daire, E. 2006/1168, K. 2006/4189, T. 03.11.2006, Danıştay Dergisi, S. 114, Y. 2007, ss. 383-386.

⁷⁶³ Danıştay 13. Daire, E. 2021/1058, K. 2021/1418, T. 19.04.2021, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

⁷⁶⁴ Bkz. Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik, R.G., T. 30.09.2020, S. 31260; Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik, R.G., T. 30.09.2020, S. 31260; Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik, R.G., T. 30.09.2020, S. 31260.

takdir yetkisi kaldırılmış; kendi malı olma şartının fiyat dışı bir unsur olarak ele alınması konusunda takdir yetkisi tanınmıştır.

Değişiklikten önceki ihaleler için Danıştay; makine, teçhizat ve ekipmanlardan bir kısmının isteklinin kendi malı olmasına yönelik düzenlemelerin idarenin takdir yetkisinde olduğunu tespit ettikten sonra ihaledeki diğer koşullarla birlikte ortaya çıkan sonucu dikkate alarak kendi malı olma şartının makul ölçüde olup olmadığını değerlendiriyor⁷⁶⁵; bu kapsamda ihale konusu alımın ifa süresini ve kapsamını göz önüne alarak güçlüklerle karşılaşılması için kendi malı olma şartı aranmaların önem derecesini ve katılımı veya rekabeti engelleyici bir yönü bulunup bulunmadığını⁷⁶⁶ araştırıyordu. Bununla birlikte, kendi malı olma şartı aranmamasının rekabeti ve katılımı artırıcı niteliğinde şüphe bulunmadığına ve bu şart aranmadığında kiralama ya da başka yöntemlerle kullanım hakkı edinebilme imkânı olanların ihaleye katılımının mümkün olduğuna dikkat çekmekteydi.⁷⁶⁷ Değişiklikten sonraki ihaleler için de bu yaklaşımı koruyarak; artık bir yeterlilik kriteri olarak düzenlenmesi mümkün olmayan kendi malı olma şartının, sözleşmenin imzalanmasının ardından yüklenicinin sağlaması gereken bir koşul gibi belirlenmesinin; yeterlilik kriteri olabildiği eski dönemle benzer sonuçlara neden olacağına, dolaylı olarak ihaleye katılımı kısıtlayacağına ve değişiklikle hedeflenen ihalede rekabetin artırılması amacıyla bağdaşmayacağına karar vermiştir.⁷⁶⁸

4734 sayılı Kanun kapsamındaki ihalelere katılımda isteklilerin mesleki ve teknik yeterliliği aranarak idarenin ihtiyaç duyduğu alımı uygun şartlarla ve zamanında karşılayabilecek kişilerin yarışması amaçlanmıştır. Bu bağlamda idarenin keyfi uygulamalarının önüne geçilebilmesi amacıyla istenebilecek bilgi ve belgeler Kanun'da sınırlanmış ve bunların içinden aranılan yeterlilik şartlarının ihale dokümanında önceden açıklanması zorunlu tutulmuştur. Ayrıca yönetmeliklerde bu kriterlerin rekabeti engelleyici nitelikte olamayacağı kuralına yer verilmiştir. Sonuç olarak, Kanun'da idarenin ihtiyacını karşılayabilecek mesleki ve teknik birikime sahip

⁷⁶⁵ Danıştay 13. Daire, E. 2016/4190, K. 2016/4213, T. 15.12.2016, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023; Danıştay 13. Daire, E. 2019/40, K. 2019/717, T. 11.03.2019, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

⁷⁶⁶ Danıştay 13. Daire, E. 2021/504, K. 2021/1143, T. 31.03.2021, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

⁷⁶⁷ Danıştay 13. Daire, E. 2017/102, K. 2022/3487, T. 05.10.2022, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

⁷⁶⁸ Danıştay 13. Daire, E. 2022/1662, K. 2022/1848, T. 25.04.2022, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023; Danıştay 13. Daire, E. 2022/2022, K. 2022/2383, T. 31.05.2022, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

olan yeterli isteklilerin yarışa katılması ve böylece ihtiyaca uygun rekabetin sağlanması amaçlanmıştır.

2. İsteklilerin Ekonomik ve Mali Yeterliliğinin Sağlanması

Ekonomik ve mali yeterlilik, yüklenici olmak amacıyla ihaleye katılan isteklinin ihale şartlarının uygulanması süresince herhangi bir güçlükle karşılaşmaması amacıyla finansal kapasitesinin çeşitli ölçütler çerçevesinde değerlendirilmesidir.⁷⁶⁹

4734 sayılı Kanun'a göre isteklilerin ekonomik ve mali yeterliliğinin tespit edilebilmesi amacıyla getirilen düzenlemeleri; standart kriterler ve ihale konusu alıma göre belirlenen kriterler olarak ikiye ayırmak mümkündür.

İsteklilerin ekonomik ve mali yeterliliğinin tespitinde uygulanan standart kriterler Kanun'un 10. maddesinin 4. fıkrasında dört alt bent olarak düzenlenmiştir. Mali yeterliliği bulunmayan ve ihaleye katılması istenmeyen bu kişiler⁷⁷⁰ ekonomik durumundan kaynaklanan katılma engelleriyle⁷⁷¹ karşılaşmaktadır. Bu kapsamda Türkiye'nin yahut kendi ülkesinin mevzuatı uyarınca vergi veya sosyal güvenlik prim borcu olan, işlerini askıya alan, iflas veya tasfiye sürecinde olan, konkordato ilan eden, işleri mahkemece yürütülen veya mahkemenin idaresi altında bulunan kişiler ihalede değerlendirme dışı bırakılır. Kanun koyucu, tekliflerin sunulması aşamasında açık ekonomik sorunları olanların Kanun kapsamındaki ihaleler için yeterli olamayacağını öngörmüştür. Başka bir deyişle ekonomik ve mali yeterlilikte uygulanan standart kriterlerin her türlü ihtiyacın karşılanmasında rekabetin mecburi bir şartı olarak öngörülmesi doğal olup; bu sayede ihtiyaca uygun rekabetin sağlanması amaçlanmıştır.

İsteklilerin ekonomik ve mali yeterliliğinin tespit edilebilmesi için ihale konusu alıma göre belirlenerek istenebilecek bilgi ve belgeler, Kanun'un 10. maddesinde üç alt bent halinde düzenlenmiştir. Madde uyarınca isteklilerden bankalardan alacakları ve mali durumlarını gösterir belgeler, ilgili mevzuatı uyarınca yayımlanması zorunlu bilançoları veya eşdeğerde belgeleri ve iş hacmini gösteren toplam cirosu yahut ihale konusu alımla ilgili cirosunu gösteren belgeler istenebilmektedir.

⁷⁶⁹ Toprak, **Kamu İhale Hukuku (Türkiye'de Kamu İhalelerinin Genel Yapısı ve Hukuki Rejimi)**, s. 219.

⁷⁷⁰ Buz, **op. cit.**, s. 311.

⁷⁷¹ Taşdelen, **Kamu Harcamaları Hukukunda İhale Süreci**, s. 102.

İsteklinin mali durumu ile ilgili bankalardan temin edilecek belgeler konusunda Kanun'da bir açıklık bulunmamaktadır.⁷⁷² Ancak bu kapsamda sunulacak belgenin “*banka referans mektubu*” olduğu ve istekliye ait üzerinde kısıtlama bulunmayan mevduata ve kullanılmamış kredilere ilişkin bilgilerin yer alacağı uygulama yönetmeliklerinde yer verilen düzenlemelerden anlaşılmaktadır.⁷⁷³ Böylece isteklinin ihale konusu alımın ifasına herhangi bir gecikme olmadan bir an evvel başlayabilecek ekonomik ve mali yeterliliği araştırılmaktadır.

İsteklinin bilançosu veya buna eşdeğer belgelerin de ekonomik ve mali yeterliliğin tespitinde istenmesi mümkündür. Bilanço, bir şirketin mali durumunu gösteren, alacak ve borçların saptandığı bir çizelgedir.⁷⁷⁴ Bilanço ve buna eş değer belgelerin istenmesi ile isteklinin alacak borç dengesi ve genel mali durumu araştırılmaktadır.

Ekonomik ve mali yeterliliğinin tespitinde isteklinin toplam iş hacmini gösteren cirosu veya ihale konusu alımla alakalı cirosunu gösteren belgeler idare tarafından istenebilmektedir. Uygulama yönetmeliklerinde⁷⁷⁵ bu ciroların nasıl hesaplanacağı belirlenmiş olup isteklinin net satışlar tutarı⁷⁷⁶ veya ihale konusu alım bakımından elde etmiş olduğu geliri araştırılmaktadır. Böylece isteklinin genel olarak ve ihale konusu alım bakımından iş kapasitesi ölçülmekte ve ihale konusu alımın ifasını sorunsuz olarak sürdürebilecek ekonomik ve mali yeterliliğe sahip olup olmadığı tespit edilmektedir.

İsteklilerin ekonomik ve mali yeterliliğinin tespitinde ihale konusu alıma göre belirlenen kriterlerin, ortaya çıkacak sözleşmenin uygulanmasını sağlamaya yönelik olması zorunludur. Diğer bir ifade ile bu kriterlerle ihale konusu alımı yüklenecek kişinin ifada sorun yaşamayacak asgari ekonomik ve mali yeterliliği öngörülmelidir. Ancak bu yeterlilik bir garanti gibi yorumlanmamalı, ihale konusu alımın yerine getirilmesi için makul bir değerlendirme yapılmalıdır. Bu şekilde hareket edilmesi rekabet ilkesinin gereğidir. Bu nedenle ekonomik ve mali yeterlilik kriterleri, idarenin

⁷⁷² **Ibid.**, s. 100.

⁷⁷³ Bkz. Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği md. 32/2, Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği md. 34/2 ve Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği md. 34/2.

⁷⁷⁴ Hançerlioğlu, **op. cit.**, s. 30.

⁷⁷⁵ Bkz. Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği md. 34/4, Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği md. 36/4 ve Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği md. 36/7.

⁷⁷⁶ Gelir tablosundaki brüt satışlar tutarından; satış iskontoları, satıştan iadeler ve diğer indirimlerin tutarları düşülerek ulaşılan tutar.

ihtiyaç duyduğu alımın ötesine geçen şartlar içermemelidir. Diğer bir ifade ile idare, ekonomik ve mali yeterliliğin tespitinde ihale konusu ihtiyaca uygun rekabeti sağlamayı amaçlamalıdır.

4734 sayılı Kanun kapsamındaki ihalelere katılımda isteklilerin ekonomik ve mali yeterliliği aranarak idarenin ihtiyaç duyduğu alımı uygun şartlarla ve zamanında karşılayabilecek kişilerin yarışması amaçlanmıştır. Bu minvalde idarenin keyfi tercihlerde bulunmasının engellenmesi maksadıyla istenebilecek bilgi ve belgeler Kanun'da belirlenmiş ve aralarından kullanılacak olan yeterlilik kriterlerinin ihale dokümanında önceden gösterilmesi zorunlu tutulmuştur. Bunun yanında, bu kriterlerin rekabeti engelleyici nitelikte olamayacağı bir kural olarak yönetmeliklerde düzenlenmiştir. Sonuç olarak, Kanun'da idarenin ihtiyacını karşılayabilecek ekonomik ve mali kapasiteye sahip olan yeterli isteklilerin yarışa katılması ve böylece ihtiyaca uygun rekabetin sağlanması amaçlanmıştır.

B. Tekliflerin Verimliliğinin Sağlanması

4734 sayılı Kanun'da ihtiyaca uygun rekabeti sağlamak için isteklilerin yeterliliğinin sağlanmasının yanında bu isteklilerin sunacakları tekliflerde verimliliğinin de sağlanması gereklidir. Kaynakların verimli kullanılmasının, Kanun'da bir temel ilke olarak benimsenmesi ve aynı zamanda ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ilkesinin bir unsuru olması en verimli teklifin seçilmesinde ihtiyaca uygun bir rekabetin sağlanmasını mecburi kılar. Diğer bir ifade ile idarenin ihtiyacını karşılamaya yeterli ve ehil istekliler arasında ihtiyaca uygun rekabet gerçekleştirilerek sunulan teklifler içerisinde en verimli olan, yani ihtiyaca en uygun olan seçilir.

4734 sayılı Kanun'da kaynakların verimli kullanılmasını sağlamak için pek çok düzenleme öngörülmüştür. Bu düzenlemelerden bir kısmı tekliflerin verimliliğinin sağlanması yoluyla kaynakların verimli kullanılmasına imkân sağlamaktadır. Bu bağlamda kanun koyucu, idarelere yapacakları ihalelerde teklif kapsamının belirlenmesi konusunda bazı zorunluklar ve takdir yetkisi alanları getirmiştir. Ayrıca, en düşük fiyat esasını yerine fiyatla birlikte birtakım başka unsurların da belirlenmiş kurallar çerçevesinde değerlendirmeye alınmasına imkân sağlayan ekonomik açıdan en avantajlı teklif uygulaması öngörülmüştür.

Kanun'a göre gerçekleştirilecek ihalelerde tekliflerin kapsamının belirlenmesi ile ihtiyaca uygun olarak ihaleye teklif verebilecek isteklilerin artırılması ve daha ekonomik sonuçlara ulaşılması mümkün olmaktadır (1). Ekonomik açıdan en avantajlı teklif uygulaması ile ihale sonucunda ihtiyaca en uygun çözüm, en ekonomik koşullarda elde edilmektedir (2). Başka bir deyişle Kanun'da tekliflerin verimliliğinin sağlanmasını mümkün kılan yöntemlerle ihalede ihtiyaca uygun rekabetin oluşturulması hedeflenmiştir.

1. Teklif Kapsamının Belirlenmesi

İdarenin ihtiyaç tespiti yaptıktan sonra ihale dokümanını oluştururken yaptığı bazı tercihler, isteklilerce sunulacak tekliflerin kapsamını belirlemektedir. Diğer bir ifade ile idarenin ihale dokümanında yer verdiği birtakım düzenlemeler, doğrudan isteklilerce sunulacak tekliflerin kapsamını belirlemeye yöneliktir. Bu bağlamda 4734 sayılı Kanun'da ve ikincil mevzuatında idarece uyulması gereken düzenlemelere yer verilmiştir. Bu sayede idarenin ihtiyaçlarının karşılanması için teklif kapsamının belirlenmesinde sahip olduğu takdir yetkisinin belirli kurallar çerçevesinde kullanılması amaçlanmıştır.

Kanun'un temel ilkelerini düzenleyen 5. maddesinde ve idari şartnamede bulunması zorunlu unsurların yer aldığı 27. maddesinde teklif kapsamını belirlemeye yönelik kurallara yer verilmiştir. Bu düzenlemelere göre, bir yandan fonksiyonel bakımdan birbirinden ayrı ihale konusu olması gereken alımların birleştirilerek ihaleye çıkılması engellenirken; diğer yandan tek bir ihalede farklı kısımlar bakımından ayrı teklifler verilerek yarışılmasına imkân sağlanmaktadır. Bu kuralların ihaleye katılımı ve istekliler arasındaki yarışmayı artıracak nitelikte olduğu ve bu sayede idarenin ihtiyacını en uygun şekilde karşılamasına yöneldiği söylenebilir.

Sonuç olarak 4734 sayılı Kanun'da ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması bakımından isteklilerce sunulacak tekliflerin kapsamını belirlemeye yönelik kurallara yer verildiği ve ihtiyaca uygun rekabetin sağlanmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır. Bu bağlamda Kanun'da istisnai durumlar haricinde fonksiyonel bakımdan farklı alımların bir arada ihale edilmesinin bir ilke olarak engellendiği (a) ve ihale konusu alımın daha küçük bölümlerine istekliler tarafından kısmi teklif sunulmasının (b) mümkün kılındığı söylenebilir.

a. Birleştirilemezlik

4734 sayılı Kanun'un 5. maddesinde bir temel ilke olarak “*aralarında doğal bir bağlantı olmadığı sürece*” mal alımı, hizmet alımı ve yapım işlerinin bir arada ihale edilmesi yasaklanmıştır. Bu ilke aynı zamanda birleştirilemezlik ilkesi olarak da adlandırılmaktadır.⁷⁷⁷

Konu bakımından birbirinden farklılık gösteren bu alımların ihalesinde; isteklilerin yeterliliğinin sağlanmasına ve fiyatın belirlenmesine ilişkin farklılıklar olduğu değerlendirilmektedir.⁷⁷⁸ Nitekim, mal veya hizmet alımları ile yapım işleri bakımından ikincil mevzuatta ayrı uygulama yönetmelikleri düzenlenmiş olup fonksiyonel bakımdan ayrımların farklı kuralların uygulanmasını zorunlu kıldığı anlaşılmaktadır.

İdarenin ihtiyacının en uygun şekilde karşılanması ve aynı zamanda ihalede rekabetin sağlanması için aralarında doğal bir bağlantı bulunmadığı müddetçe mal alımı, hizmet alımı ve yapım işleri bir arada ihale edilmemelidir. Bu ilkeyle nitelikleri bakımından farklı alımların bir arada ihale edilmesi halinde ihale konusu alımın gerektiği gibi ifa edilmesinde ortaya çıkabilecek güçlüklerden ve yeterliliği sağlayabilecek isteklilerin azalmasından kaynaklanabilecek rekabet eksikliğinden kaçınılmak istenilmiştir.⁷⁷⁹

Birleştirilemezlik ilkesi, ihtiyacın doğrudan kaynağından karşılanmasına yönelmiştir. Daha açık bir ifade ile mal alımında tedarikçinin, hizmet alımında hizmet sunucusunun ve yapım işinde yapım müteahhidinin yüklenici olmasıyla daha ekonomik ve rasyonel bir alımın, daha çok katılımcının yer aldığı bir ihale ile gerçekleştirilmesi amaçlanmıştır.⁷⁸⁰

Fonksiyonel bakımdan farklı alımların bir arada ihale edilmesi halinde isteklilerin tekliflerinin ve ihale konusu alımın idarenin zararına olması mümkündür.⁷⁸¹ Nitekim, farklı uzmanlık alanlarını birleştiren düzenlemeler kendi alanında iştigal eden isteklilerin çekinerek ihaleye katılımını engelleyebileceği gibi

⁷⁷⁷ Özdemir, **Kamu İhale Kanunu'nda Düzenlenen İhale İşlemleri**, s. 72; Özkan, **op. cit.**, s. 267; Aksoylu Ürger, **op. cit.**, s. 219.

⁷⁷⁸ Gözler, **op. cit.**, s. 121; Gözler/Kaplan, **op. cit.**, s. 447; Günday, **op. cit.**, s. 203.

⁷⁷⁹ Aksoylu Ürger, **op. cit.**, s. 219.

⁷⁸⁰ Gök, **op. cit.**, s. 19; Özkan, **op. cit.**, s. 267; Sancakdar/Önüt/Us Doğan/Kasapoğlu Turhan/Seyhan, **op. cit.**, s. 648.

⁷⁸¹ Taşdelen, **Kamu Harcamaları Hukukunda İhale Süreci**, s. 63.

katılmaları halinde dışarıdan temin etmek zorunda kalacakları girdilerine ekleyecekleri kendi karları teklif fiyatlarını yükseltebilecektir.⁷⁸²

Doğal bağlantı bulunmayan mal alımı, hizmet alımı ve yapım işlerinin bir arada ihale edilmesi yeterlilik değerlendirilmesinde esas alınacak benzer iş tanımını da pek çok açıdan sorunlu hale getirmektedir. Alım bir bütün olarak kabul edilerek, tamamı için benzer iş deneyimi arandığında bu işleri birlikte gerçekleştirmiş istekliler sınırlı sayıda kalacaktır. Alımın ağırlıklı kısmı esas alınarak yapılan benzer iş tanıma göre deneyim arandığında, kalan kısımlara müstakilen katılma potansiyeli olan kişilerin deneyimi olmadığı için katılımı kısıtlanacaktır. Alımın herhangi bir kısmı bakımından benzer iş deneyiminin yeterli kabul edilmesi durumunda ise istekli olabilecekler artarken; alım konusunu sorunsuz ifa edebilecek kişilerin tespiti veya yeterlilik değerlendirmesi amacına ulaşamayacaktır.⁷⁸³ Dolayısıyla, ihtiyaca uygun rekabetin sağlanması için aralarında doğal bir bağlantı bulunmayan alımların birlikte ihale edilmemesi gerekir.

Öte yandan, fonksiyonel bakımından “*aralarında kabul edilebilir doğal bir bağlantı*” bulunan alımlar birleştirilemezlik ilkesinin istinası olarak nitelenmekte⁷⁸⁴ ve bunların birlikte ihale edilmesi mümkün olmaktadır. Diğer bir ifade ile doğal bir bağlantı bulunması halinde idarenin ihtiyacı olan alımları bir arada ihale etmesi veya etmemesi takdirinde bulunmaktadır.⁷⁸⁵ Bağlantının varlığı ise her bir somut olay bakımından ayrı ayrı ele alınmalıdır.⁷⁸⁶

İdarenin takdir yetkisinin fonksiyonel açıdan farklı alımların bir arada ihale edilmesi yönünde kullanılması için Kanun’da yer alan diğer ilkeler yönünden de değerlendirme yapılmasıyla bunlara uygunluğunun şüpheye yer bırakmayacak şekilde sağlanması⁷⁸⁷ ve bunun sonucunda beklenen bir faydanın bulunması⁷⁸⁸ gereklidir. Aynı zamanda ihaleye dair diğer düzenlemelerin ihaleye katılımı artırıcı ve rekabeti sağlayıcı nitelikte yapılması, kaynakların verimli kullanılması bakımından önem arz

⁷⁸² Gök, **op. cit.**, s. 19; Özkan, **op. cit.**, s. 269; Sancakdar/Önüt/Us Doğan/Kasapoğlu Turhan/Seyhan, **op. cit.**, s. 648.

⁷⁸³ Gök, **op. cit.**, ss. 19-20; Özkan, **op. cit.**, ss. 269-270.

⁷⁸⁴ Özdemir, **Kamu İhale Kanunu’nda Düzenlenen İhale İşlemleri**, s. 72; Özkan, **op. cit.**, s. 267; Aksoylu Ürger, **op. cit.**, s. 219.

⁷⁸⁵ Uz, **Kamu İhale Hukuku**, s. 160.

⁷⁸⁶ Özdemir, **Kamu İhale Kanunu’nda Düzenlenen İhale İşlemleri**, s. 73; Özkan, **op. cit.**, s. 267.

⁷⁸⁷ Kurul, K. 2015/UH.III-3369, T. 16.12.2015, **EKAP**; Kurul, K. 2022/UM.I-900, T. 03.08.2022, **EKAP**.

⁷⁸⁸ Kurul, K. 2016/UM.I-1960, T. 03.08.2016, **EKAP**.

etmekte⁷⁸⁹ ve böylece ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması mümkün olmaktadır.

Danıştay, yapım işlerinin alımı sürecinde bir takım hizmet edimlerinin de bulunmasının kaçınılmaz olduğunu belirterek “*rutin yol bakım, yapım ve onarımı ile kar ve buzla mücadele işleri arasında kabul edilebilir doğal bir bağlantı olduğu*”na karar vermiştir.⁷⁹⁰ Benzer şekilde şehir içi toplu taşıma ihalesinde “*malzeme, akaryakıt ve şoför (personel) olmaksızın ihale konusu taşıma işi gerçekleştirilemeyeceği*” için bunlar arasında doğal bir bağlantı olduğu; malzeme dahil yemek hizmeti ihalesinde “*yemek işine konu alanların boya, badana ve küçük onarımları*”nın yüklenicinin yerine getirmesi gerekli ve “*yürütülen faaliyetin doğal bir sonucu olarak ortaya çıkan*” etkinlikler olduğunu değerlendirmiştir.⁷⁹¹ Özetle, fonksiyonel bakımdan bir takım alımların birlikte ihale edilmesi idarenin ihtiyacının karşılanması için kaçınılmaz olup; asıl alım konusunun ifası için doğrudan gerekli olan veya ifasının doğal bir sonucu olan diğer alımların asıl alımla aralarında doğal bir bağlantının bulunduğu kabul edilmektedir.

Doğal bir bağlantı olmadıkça mal alımı, hizmet alımı ve yapım işlerinin bir arada ihale edilememesi ilkesi, ihalelere katılımın artırılmasıyla rekabetin sağlanmasına ve idarenin ihtiyaçlarının uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasına hizmet etmektedir. Böylece yeterlilik koşullarının her bir konu bakımından ayrı değerlendirilmesiyle istekli potansiyeli artmakta ve ehil kişilerin ihtiyacı en uygun şekilde karşılaması mümkün olmaktadır. Bir arada ihale edilen ve aralarında doğal bir bağlantı olmayan alımlarda, yeterlilik koşullarının birlikte aranması ve/veya ağırlaşması sonucunda ehil istekli bulunması zorlaşarak katılım azalmakta ve yarışmanın amacına ulaşması güçleşmektedir. Aralarında doğal bir bağlantı olması ve idarenin ihtiyacının bunu gerektirmesi halinde ise söz konusu işlerin bir arada ihale edilmesi, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ilkesinin hayata geçirilmesine, piyasada doğal bağlantılı işler bakımından daha çok ehil isteklinin bulunmasına ve ihtiyaca uygun yarışmaya imkân sağlamaktadır. Sonuç olarak, 4734 sayılı Kanun kapsamında gerçekleştirilen ihalelerde “*aralarında doğal bir bağlantı*”

⁷⁸⁹ Kurul, K. 2013/UH.II-3582, T. 11.09.2013, **EKAP**.

⁷⁹⁰ Danıştay 13. Daire, E. 2022/2769, K. 2022/2999, T. 04.07.2022, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

⁷⁹¹ Danıştay 13. Daire, E. 2019/2887, K. 2019/2532, T. 12.09.2019, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

olmadığı müddetçe fonksiyonel bakımdan farklı alımların bir arada ihale edilememesinin, yani birleştirilemezlik ilkesinin ihtiyaca uygun rekabetin sağlanmasına hizmet ettiği söylenebilir.

b. Kısmi Teklif

4734 sayılı Kanun'un 5. maddesinde bir temel ilke olarak “*eşik değerlerin altında kalmak amacıyla mal veya hizmet alımları ile yapım işleri*”nin bölünmesi yasaklanmıştır.⁷⁹² Bölünemezlik ilkesi olarak da adlandırılan⁷⁹³ bu ilke ile idarenin ihtiyaçlarını karşılarken, belirli bir sistematığe göre oluşturulan Kanun'un usullerine ve kurallarına riayet etmesi amaçlanmıştır. İlkede yer verilen “*eşik değerlerin altında kalmak amacıyla*” ölçütü bu değerlendirilmenin yapılmasını mümkün kılmaktadır. Eşik değerlere göre uygulanacak ihale kurallarında önemli değişiklikler söz konusu olmaktadır.⁷⁹⁴ Bu nedenle idarenin ihtiyacının, Kanun'da asıl tabi olması gereken usullerin veya kuralların dışına çıkarılması sonucunu doğuracak şekilde bölünmesi⁷⁹⁵ mümkün değildir.

Öte yandan, kamu yararının sağlanması ve haklı bir nedene dayanılması halinde ihalenin kısımlara bölünmesine engel bulunmadığı iddia edilmektedir.⁷⁹⁶ Gerçekten de ihtiyacına uygun alımı gerçekleştirirken uyulması gerekli olan usulleri ve kuralları değiştirmemek kaydıyla idarenin ihale konusu alımı kalemlere veya kısımlara ayırması mümkündür. İsteklilerin teklif kapsamlarını idare tarafından ayrılan kısımları esas alarak belirlemesi gerekli olup bu bağlamda ihale konusu alımın bir kısmı için verdiği teklifleri, kısmi teklif olarak nitelenmektedir. Bu terim, Kanun'da açıklanmamış ancak

⁷⁹² Bu yasak eşik değerlerin yanı sıra parasal limitlere uygulama yönetmeliklerinde yapılan atıflarla genişletilmiştir. Bkz. Toprak, **Kamu İhale Hukuku (Türkiye’de Kamu İhalelerinin Genel Yapısı ve Hukuki Rejimi)**, s. 114.

⁷⁹³ Özdemir, **Kamu İhale Kanunu’nda Düzenlenen İhale İşlemleri**, s. 72; Aksoylu Ürger, **op. cit.**, s. 220.

⁷⁹⁴ Alımların yaklaşık maliyetinin eşik değerlere göre durumu uygulanacak kuralları önemli ölçüde değiştirmektedir. Alımda ihale usullerinin uygulanması ve uygulanacak ihale usulü dahi bundan etkilenebilmektedir. Ayrıca ihaleye yabancı isteklilerin katılmasının engellenmesi, ilan süreleri ve kuralları ile aşırı düşük teklif sorgulaması vb. uygulamalarda alımın aslında bağlı olması gereken kuralların dışında gerçekleştirilmesi sonuçları ortaya çıkabilmektedir.

⁷⁹⁵ İdarenin ihtiyacını “*kısmi teklife açık olmak suretiyle tek ilan ve tek ihale kayıt numarası ile*” gerçekleştirmesi Kanun'un 5. maddesince zorunluluk olmasına karşın; alınacak öğrenci taşıma hizmeti için idare tarafından 83 farklı ihale açılmış olması mevzuata aykırıdır. Bkz. Kurul, K. 2007/UH.Z-963, T. 12.03.2007, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

⁷⁹⁶ Özdemir, **Kamu İhale Kanunu’nda Düzenlenen İhale İşlemleri**, s. 74.

Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nde tanımlanmıştır.⁷⁹⁷ Diğer uygulama yönetmeliklerinde herhangi bir tanıma yer verilmemiş olsa da idarenin, ihalede kısmi teklif sunulabilecek bölümler oluşturmaya yönelik fonksiyonel bakımından herhangi bir sınırlama yoktur. Diğer bir ifade ile idare; kural olarak Kanun kapsamındaki tüm ihalelerde, teklif kapsamlarını kısmi teklif sunulmasını mümkün kılacak şekilde belirleyebilir.

İdarenin ihaleye kısmi teklif verilmesine imkân sağlayabilmesi için Kanun'un 27. maddesi uyarınca bu hususu ihale dokümanının bir parçası olan idari şartnamede belirtmiş olması zorunludur. Kanun'da bu tekliflerin nasıl değerlendirileceğine ilişkin açıklamalara yer verilmemiş olmasına karşın Kamu İhale Genel Tebliği'nde ve uygulama yönetmeliklerinde önemli düzenlemeler yapılmıştır. Bu bağlamda, isteklilerin yeterlilik değerlendirmesinin kısmi teklif sundukları kapsama göre ayrı ayrı yapılacağı hüküm altına alınmıştır. Benzer şekilde isteklilerin sunacakları geçici teminatların da ihale konusu alımın tamamı için değil verdikleri kısmi tekliflerine göre sunulması yeterlidir.

İhalenin kısmi teklife açılması ihtiyacın bir bütün olarak belirlenmesine engel değildir. İdare bir bütün olarak ihtiyacını belirlemeli, piyasa koşullarına uygun gerçekçi yaklaşık maliyeti hesaplamalı ve bunun sonucunda Kanun'un cevaz verdiği kuralları uygulamalıdır.⁷⁹⁸ Ancak bununla birlikte ihale konusu alımların kısmi teklife uygun olup olmadığını da gözden geçirmelidir. Zira, ihale konusu alımın özelliğinden ötürü kısımlara ayrılması ve her bir kısım için ayrı teklif alınarak en uygun tekliflerin buna göre değerlendirmesiyle daha rasyonel sonuçlara ulaşılması mümkündür.⁷⁹⁹ Hatta kısmi teklif alınması halinde ihaleye katılımın ve tekliflerde yarışmanın artmasının beklendiği ihalelerde, kısmi tekliflere olanak sağlanması rekabet ilkesinin bir gereğidir.⁸⁰⁰

⁷⁹⁷ Kısmi teklifin; “(b)irim fiyat üzerinden teklif alınan ihalelerde; alımın birden fazla kalemden oluşması halinde, alımın niteliğine uygun olarak belirlenen bir veya birden fazla kısmına; ihale konusu alımın tek bir mala ilişkin olması durumunda ise aynı malın miktarlar itibarıyla belirlenen bir veya birden fazla kısmına verilen teklif” olarak tanımı için bkz. Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği.

⁷⁹⁸ Gök, **op. cit.**, s. 21.

⁷⁹⁹ Kutlu, **op. cit.**, s. 210.

⁸⁰⁰ Gök, **op. cit.**, s. 16.

İdarenin, bir ihalede isteklilerin teklif sunabilecekleri daha küçük bölümler belirlemek bakımından takdir yetkisi bulunmaktadır.⁸⁰¹ İhalenin kısmi teklife açılması bakımından idarelere tanınan takdir yetkisinin Kanun'un 5. maddesinde yer alan temel ilkelere uygun kullanılması gerekir.⁸⁰² Kısmi teklif sunulmasına imkân sağlanan ihalelerde, idarenin belirlediği teklif kapsamı bakımından da aynı gerekliliğin söz konusu olduğu söylenebilir. Birlikte alınması zorunlu olmayan ve tek tek ihale edilebilecek nitelikte olan ihale konusu alımları tek bir kalemde birleştirmek teklif verebilecek istekli sayısını düşürdüğü için rekabetin oluşmasına engel olacaktır.⁸⁰³ Birbirinden nesnel ölçütlerle ayrılabilir ihale konusu alımlar bakımından ayrı teklif verilmesine ilişkin düzenleme yapılması ise ihalede temel ilkelerin hayata geçirilmesi sonucunu doğuracaktır.⁸⁰⁴

İhale konusu alımın niteliğinin kısmi teklife uygun olması gerekli olup; alımın büyük ölçekli olması ve benzeri durumlar her halükârda ihalenin kısmi tekliflere açılmasını zorunlu kılmamaktadır.⁸⁰⁵ Yapılacak değerlendirmelerde idarelerin ihtiyaçlarını uygun şartlarla ve zamanında karşılaması bakımından sorumlulukları olduğu da göz önünde bulundurulmalıdır.⁸⁰⁶ Dolayısıyla idarenin teklif kapsamlarını belirlerken kullanacağı takdir yetkisini, ihtiyaca uygunluğa engel olmadan mümkün olduğunca kısmi tekliflerden yana kullanması gerekir. Nitekim, koşullar kısmi teklif verilmesine uygun olmasına karşın ihale kapsamındaki alımların tamamına teklif verme zorunluluğu getirilmesi; ihalede kaynakların verimli kullanılması, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ile rekabet ilkelerinin kamu yararına uygun olarak sağlanamamasına ve düzenlemenin hukuka aykırı hale gelmesine neden olurken, bu yöndeki şartname düzenlemesi idarenin hizmet kusurunun varlığı sonucunu doğurabilmektedir.⁸⁰⁷

İdare, ihale konusu alımlara sunulabilecek tekliflerin kapsamını belirlerken özellikle kaynakların verimli kullanılması ilkesini içeren ihtiyaçların uygun şartlarla

⁸⁰¹ Kamu İhale Kurumu tarafından ihalenin kısmi teklife açılmasına yönelik belirli bazı durumlar için zorunluluklar getirilmiştir. Bkz. Kamu İhale Genel Tebliği md. 17.7.1.1.4, md. 61.4 ve md. 54.2-ğ.

⁸⁰² Danıştay 13. Daire, E. 2022/2769, K. 2022/2999, T. 04.07.2022, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

⁸⁰³ Kurul, K. 2011/UM.I-1278, T. 11.04.2011, **EKAP**.

⁸⁰⁴ Kurul, K. 2009/UH.I-1756, T. 29.06.2009, **EKAP**; Kurul, K. 2015/UH.II-2399, T. 02.09.2015, **EKAP**.

⁸⁰⁵ Kurul, K. 2018/UH.II-1908, T. 01.11.2018, **EKAP**; Kurul, K. 2020/UY.II-1992, T. 02.12.2020, **EKAP**.

⁸⁰⁶ Kurul, K. 2022/UH.I-455, T. 06.04.2022, **EKAP**.

⁸⁰⁷ Danıştay 13. Daire, E. 2011/2603, K. 2011/3886, T. 20.09.2011, Danıştay Dergisi, S. 130, Y. 2012, ss. 216-220.

ve zamanında karşılanması ile rekabet ilkelerini birlikte gözetmek zorundadır. İhalede teklif sunulabilecek kısımların artması genellikle ihale sonucunda idarenin ekonomik açıdan daha avantajlı teklifler veya daha verimli teklifler elde etmesine imkân sağlanmasına karşın kimi hallerde piyasa koşulları veya ihale konusu alımın niteliği bunun için elverişli değildir. Bu nedenle idare, teklif sunulabilecek kısımları oluştururken ihtiyacına uygunluğu merkeze alıp yarışma ortamını olabildiğince artırarak ekonomik açıdan en avantajlı teklifleri elde edebileceği dengeyi bulmalıdır.

İdare tarafından ihtiyaca uygun hareket edilerek kısımlar oluşturulmuşsa ve ihalenin daha fazla kısma ayrılmasının söz konusu ilkelerin sağlanmasına bir katkısı olacağına ilişkin somut bir tespit veya belirlemede bulunulamamışsa yapılan düzenlemelerin temel ilkelere uygun olarak gerçekleştirildiği kabul edilmektedir.⁸⁰⁸ Diğer bir ifade ile ihtiyaca uygun olarak kısmi teklife açılan ihalenin daha fazla kısımlara ayrılmasının rekabete bir katkısı olmayacaksa mevcut durumun ihtiyaca uygun rekabeti sağladığı söylenebilir.

Özetle, 4734 sayılı Kanun’a göre idarenin ihtiyaçlarını en uygun şekilde karşılamak için ihale konusu alımı daha küçük bölümlere ayırmasının ve isteklileri bu koşullarda rekabet ortamına dahil etmesinin mümkün olduğu anlaşılmaktadır. Böylece diğer koşulları sağlamaları halinde ihale konusu alımın tümü için teklifte bulunabilecek kişilerin ihalenin tamamına veya bir kısmına teklif sunma imkânı korunurken; bu durumda olmayan ancak belirlenen daha küçük teklif kapsamaları bakımından yarışma imkânı bulunanların istekli olması mümkün kılınmaktadır. Bu sayede idare ihale konusu alımların kısımları bakımından en verimli ve en uygun teklifi bularak, ihtiyaçlarını uygun şartlarla ve zamanında karşılayabileceği bir rekabet ortamı oluşturmaktadır.

Kanun’un ikincil mevzuatında oldukça sınırlı hallerde⁸⁰⁹, ihalenin kısmi tekliflere açılması, rekabetin sağlanması bakımından bir zorunluluk olarak öngörülmüş olsa da, genel yaklaşımın piyasa koşullarını da hesaplayan idarenin ihtiyacına uygun olarak teklif kapsamalarını belirlemeye yetkili olduğu yönündedir. Sonuç olarak, Kanun’la idarelere, alınacak teklif kapsamalarını kısmi teklif sunulmasını

⁸⁰⁸ Danıştay 13. Daire, E. 2020/1251, K. 2021/1711, T. 17.05.2021, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

⁸⁰⁹ Örnek için bkz. Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği md. 36/5 ve Kamu İhale Genel Tebliği md. 17.7.1.1.4.

mümkün kılacak şekilde belirleme yetkisi verildiği ve bununla ihtiyaca uygun rekabetin sağlanmasının amaçlandığı söylenebilir.

2. Ekonomik Açıdan En Avantajlı Teklif Uygulaması

4734 sayılı Kanun'un 40. maddesinde, 37. ve 38. maddelere göre yapılan değerlendirmeler sonucunda ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirleneceği ve ihalenin bu teklifi veren isteklinin üzerine bırakılacağı öngörülmektedir. Kanun'un 37. maddesinde “(t)ekliflerin değerlendirilmesi” süreci⁸¹⁰, 38. maddesinde ise “(a)şırı düşük teklifler”in sorgulanması süreci düzenlenmiş olup; ekonomik açıdan en avantajlı teklifin bu aşamalardan sorunsuz olarak geçmiş olması gerekir.

Ekonomik açıdan en avantajlı teklif, ihale konusu alımın özelliklerine göre yalnızca fiyatın veya fiyat ile birlikte birtakım unsurların da dikkate alınarak belirlendiği teklif olup; Kanun'a göre gerçekleştirilen ihalelerde ekonomik açıdan en avantajlı teklifin bulunması amaçlanmış ve bir kural olarak benimsenmiştir.⁸¹¹

Ekonomik açıdan en avantajlı teklif ister yalnızca fiyata ister bununla birlikte fiyat dışı unsurlara göre belirlensin, ihalede sunulan en düşük bedeli içeren teklif değildir. İdarenin ihtiyacına uygun rekabetin sonunda ortaya çıkan ve idarenin ihtiyacını en uygun ekonomik koşullarla karşılayan tekliftir.

İdareye ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesinde yalnızca fiyatı mı esas alacağı bununla birlikte fiyat dışı unsurları da mı dikkate alacağı konusunda takdir yetkisi tanınmıştır.⁸¹² Ancak bu seçimde kaynakların verimli kullanılmasını da içeren ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ilkesine uyulması gerekir.

⁸¹⁰ İhale komisyonunun talebi üzerine tekliflerin sağlıklı değerlendirilebilmesi için varsa net olmayan hususlar bakımından isteklilerden yazılı açıklama talep edilir. Tekliflerin değerlendirilmesinde öncelikle tekliflerinde 36. maddeye göre eksiklik bulunduğu ilk oturumda tespit edilenler değerlendirme dışı bırakılır. Tekliflerin esasını değiştirmeyecek bilgi eksikliğinin tamamlanmasına imkân sağlanarak isteklilere süre verilir. Süre içerisinde cevap vermeyenlerin teklifleri değerlendirme dışı bırakılır. Bu ilk değerlendirme sonucunda teklif mektubu ve geçici teminatı usulüne uygun olan ve belgelerinde eksiklik bulunmayan isteklilerin ve tekliflerinin ayrıntılı değerlendirilmesine geçilir. Bu aşamada, isteklilerin yeterli kriterlerini karşılayıp karşılamadığı, tekliflerin ihale koşullarına uygun olup olmadığı ve aritmetik hata bulunup bulunmadığı incelenir. Yeterli olmayan istekliler, uygun olmayan veya aritmetik hata içeren teklifler değerlendirme dışı bırakılır.

⁸¹¹ Bkz. 4734 sayılı Kanun md. 40.

⁸¹² 4734 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği halinde fiyat dışı unsurların ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesinde dikkate alınabilmesi için en düşük teklifin fiyat esasına göre belirlenmesinin mümkün olmaması gerekliydi. Ancak bu düzenleme 5812 sayılı Kanun ile günümüzdeki haline

Ekonomik açıdan en avantajlı teklifin fiyatla birlikte fiyat dışı unsurlara göre belirlenmesi halinde maliyet etkinliği, işletme ve bakım maliyeti, kalite, teknik değer ve verimlilik gibi birtakım unsurlar da dikkate alınmaktadır.⁸¹³ Böylece fiyat dışı unsurlarla ihtiyaçlarının karşılanması sürecinde idarelere, her gün yeni bir teknolojik gelişmenin olduğu çağımızda projeksiyon yapma ve çok boyutlu bir anlayış geliştirme olanağı sunulmaktadır. Diğer bir ifade ile Kanun kapsamındaki ihalelerle ihtiyaçların temininde alternatif çözüm teknikleri, çeşitli açılardan maliyet avantajı ve sürdürülebilirlik gibi akıllı satın alma uygulamalarının önü açılmaktadır. Dolayısıyla idarenin ihtiyacına en uygun ve ekonomik açıdan en avantajlı teklifi bulmasında dinamik bir anlayışla hareket etmesi mümkün olmaktadır.

Teklifler arasında ekonomik açıdan en avantajlı olanın değerlendirilmesinde fiyat dışı unsurların da göz önünde bulundurulabilmesi için bunların objektif bir yarışma koşulu olarak duyurulmuş ve uygulamasının tam olarak açıklığa kavuşturulmuş olması gerekir. Diğer bir ifade ile ihale dokümanında, fiyat dışı unsurların hesaplanmasına ve değerlendirilmesine ilişkin kurallara, bu kapsamda sunulacak belgelere ve aynı zamanda nispi ağırlıklarına veya parasal değerlerine açıkça yer verilmiş olmalıdır.⁸¹⁴

Fiyat dışı unsurların belli bir markaya veya modele göre rekabeti sınırlayacak yahut ortadan kaldıracak şekilde belirlenmesi yasaktır.⁸¹⁵ Ancak niceliksel veya niteliksel belirlenmesi mümkündür. Bu açıdan ihale konusu alımda belirli bir kalitenin sağlanması için parametreler oluşturulabilir. Ayrıca istekli tarafından kamuya karşı yüklendiği işlerin tutarı veya miktarı bakımından kapasite durumu ya da ihale konusu alımın unsurları bakımından isteklinin teklifi ile idarece hazırlanan yaklaşık maliyetin uyumluluğu gibi hususlar fiyat dışı unsur olarak belirlenebilir.⁸¹⁶

İhalede isteklilerin sundukları tekliflerin eşitliği durumu da göz önünde bulundurularak bu hallerde ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesine

kavuşmuştur. Böylece idarelere takdir yetkisi verilerek ihale konusu alımın niteliğine ve idarenin ihtiyacına göre kaliteli alımın sağlanması amaçlanmıştır.

⁸¹³ Bkz. 4734 sayılı Kanun md. 40/1.

⁸¹⁴ Bkz. Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği md. 60/2, Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği md. 61/2 ve Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği md. 62/2.

⁸¹⁵ Bkz. Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği md. 60/4, Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği md. 61/3 ve Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği md. 62/3.

⁸¹⁶ Bkz. Kamu İhale Genel Tebliği md. 53.3.4.

ilişkin kurallar uygulama yönetmeliklerinde düzenlenmiştir.⁸¹⁷ Bunlara göre kimi zaman isteklinin daha önce yaptığı işler, ticari merkezinin bulunduğu yer belirleyici olurken kimi hallerde fiyat dışı unsurlar arasındaki öncelik sıralaması yahut kura ile ekonomik açıdan en avantajlı teklif belirlenmektedir.

Kanun'da ihale konusu alımın uygulanmasını mümkün kılan fiyatın kabul edilebilmesi için tekliflerin rasyonelliğinin analiz edilerek ve aşırı düşük teklifler elenerek en uygun teklife ulaşılmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır.⁸¹⁸ Bu nedenle, ekonomik açıdan en avantajlı teklife ulaşmak için isteklilerce sunulan tekliflerin bir yandan mevzuatta ve dokümanda belirtilmiş usullere diğer yandan ihale konusu alımın esasına uygunluğu değerlendirilmektedir. Diğer bir deyişle, ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesinde, usule uygun teklifler arasından ihale konusu alımı sorunsuz olarak gerçekleştirebilecek en avantajlı teklif seçilmektedir. Bu süreçte ihale konusu alımın ifası bakımından tereddüt oluşturan teklifler için şüpheleri yok etme olanağı tanınabilmektedir. Bu bağlamda idarenin, Kurum'un belirlediği kıstaslara veya diğer teklifler ile yaklaşık maliyete göre alımın gerçekleştirilmesi bakımından tereddütlü olduğuna karar verdiği aşırı düşük teklifleri sorgulayarak geçerli bir teklif olarak ele alması mümkündür. Öte yandan idarenin alım konusu için belirlemiş olduğu yaklaşık maliyetin üzerinde kalan teklifleri değerlendirerek kabul etme olanağı da bulunmaktadır. Gerektiğinde bu sorgulamaların yapılması sonucunda idarenin ihtiyacını uygun şartlarla ve zamanında karşılayacağı ekonomik açıdan en avantajlı teklife ulaşılmaktadır.

Sonuç olarak 4734 sayılı Kanun'da ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması bakımından esneklik içermeyen en düşük fiyat esasının uygulanmadığı, bunun yerine ilkenin bir gereği olarak fiyat dışı unsurların da değerlendirmeye alınabildiği ekonomik açıdan en avantajlı teklif uygulamasının benimsendiği ve ihtiyaca uygun rekabetin sağlanmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır. Bu bağlamda idarelere ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesi sürecinde, aşırı düşük olarak nitelenen teklifleri (a) ve yaklaşık maliyetin üzerinde kalan teklifleri (b) sorgulama olanağı sunularak ihtiyaca uygun rekabetin sağlanmasının hedeflendiği söylenebilir.

⁸¹⁷ Bkz. Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği md. 62/1 ve 62/2, Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği md. 63/1 ve 63/5, Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği md. 64/2.

⁸¹⁸ Gök, **op. cit.**, s.16.

a. Aşırı Düşük Teklifler

4734 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde isteklilerin taahhüdünün yerine getirilmesine engel olabilecek aşırı düşük tekliflerin reddedilmesine ilişkin düzenleme yapıldığı ifade edilmiş olup⁸¹⁹; bu bağlamda Kanun'un 38. maddesi “(a)*şırı düşük teklifler*”i konu almaktadır. Aşırı düşük teklif terimi, Kanun'da ve ikincil mevzuatında tanımlanmamıştır. Ancak bu düzenlemelerdeki ortak kullanımdan hareketle bir çıkarımda bulunmak mümkündür. Bu bağlamda aşırı düşük teklif, idarenin hesapladığı yaklaşık maliyete veya diğer tekliflere oranla aşırı düşük olduğu tespit edilen teklif olarak açıklanabilir. İlk düzenlenişi itibariyle bütünüyle doğru olan bu tanıma, mevcut kurallara göre bazı eklemeler yapılabilecek olsa da, bu halinin kavramın özünü açığa çıkarmak bakımından daha doğru olduğu değerlendirilmektedir.

Kanun'a göre bir teklifin aşırı düşük teklif olarak belirlenmesinde alım konusunun yaklaşık maliyeti veya diğer teklifler yahut her ikisi birlikte dikkate alınmaktadır. Zira bir teklifin yaklaşık maliyete göre aşırı düşük olması her zaman için ihale konusu alımın gerçekleştirilmesi bakımından teklifin yetersiz olduğu anlamına gelmez ve yaklaşık maliyetin yüksek hesaplanmış olması ihtimali değerlendirilerek diğer tekliflerin de yaklaşık maliyetle birlikte göz önünde bulundurulması gerekir.⁸²⁰

Kanun'a göre idare, aşırı düşük olduğunu tespit ettiği teklifleri sunan isteklilerden, teklifte önemli olduğu tespit edilen bileşenler ile ilgili yazılı bildirim yapmak suretiyle ayrıntılı açıklama isteyebilir. Ancak bu yazıda, açıklama istenen hususların anlaşılır olacak şekilde ifade edilmesi gerekir. İdarenin ihale konusu alımın yapılabilirliğinin ortaya konulması amacıyla isteklilere gönderdiği talep yazısında veya eklerinde yer alan bilgiler dışında herhangi bir kriter bakımından inceleme yapması mümkün olmayıp; aksi bir durum hukuki belirliliğin ve öngörülebilirliğin ortadan kalmasına sebep olacaktır.⁸²¹

Teklifi aşırı düşük olarak nitelenen ve açıklama talep edilen isteklilerin bu bağlamda getirebilecekleri açıklamalar ve sunabilecekleri belgeler Kamu İhale Genel Tebliği'nde düzenlenmiştir. Bu kapsamda isteklilerin maliyet bileşenlerini açıklamak

⁸¹⁹ 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun tasarısına ve genel gerekçesine ulaşmak için bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d21/c082/tbmm21082047ss0794.pdf>, Erişim Tarihi: 26.12.2022.

⁸²⁰ Uz, **Kamu İhale Hukuku**, s. 295.

⁸²¹ Danıştay 13. Daire, E. 2022/30, K. 2022/454, T. 15.02.2022, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

için ürettikleri, aldıkları veya sattıkları mallara ilişkin fiyatları, üçüncü kişilerden alınan fiyat tekliflerini, bazı üreticilerin fiyat tarifelerini, kamu kurum ve kuruluşlarının asgari fiyatlarını, fiyat tarifelerini veya tekliflerini, ticaret borsası ve toptancı hal fiyatlarını, münhasır hak sahibi kuruluşların fiyatlarını ve stok durumunu gösterir stok tespit tutanağı gibi bilgilerini ve belgelerini sunmaları gereklidir. Tebliğ’de yer alan diğer kurallara uygun hareket edilmesi kaydıyla bu belgelerden biriyle açıklama yapılması bakımından isteklilerin seçimlik hakkı olduğu söylenebilir.⁸²²

Yazılı olarak yapılan taleple birlikte isteklilere süre verilir ve aşırı düşük olduğu için teklifleri reddedilmeden önce süresi içerisinde yaptıkları yazılı açıklamaları idarece değerlendirilir. Bu değerlendirmede idare, isteklinin uygulama bakımından avantajlı koşullara sahip olmasını, seçtiği teknik çözümleri, imalatının veya ifa yönteminin ekonomik olmasını, teklif ettiği alım konusunun özgünlüğünü ve benzeri hususlarda yaptığı açıklamaları ile bunların kanıtlarını inceler. Bu kapsamda usulüne uygun şekilde açıklama yapmayan veya açıklamaları yeterli görülmeyen isteklilerin teklifleri idare tarafından reddedilir.⁸²³

İstekliler tarafından sunulan tekliflerin aşırı düşük teklif olarak nitelenmesi bakımından en önemli gerekçe teklif fiyatlarının ihale konusu alımın gerçekleştirilmesi konusunda tereddüt oluşturmamasıdır.⁸²⁴ Bu nedenle aşırı düşük teklif açıklamaları, teklif edilen fiyatlarla ihale konusu alımın gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceğinin ve gerçekçi fiyat teklifleri hazırlanıp hazırlanmadığının tespiti açısından önem taşımaktadır.⁸²⁵ Bu bağlamda aşırı düşük fiyat teklifleri ile buna ilişkin maliyet tespit tutanağının⁸²⁶ veya dayanağı olan satış tutarı tespit tutanaklarının birbiriyle uyumlu olup olmaması önem arz etmekte olup⁸²⁷ içerdiği bilgilerin fiyat

⁸²² Danıştay 13. Daire, E. 2019/2815, K. 2019/2766, T. 27.09.2019, Danıştay Kararlar Dergisi, S. 3, Y. 2020, ss. 313-328.

⁸²³ Bkz. 4734 sayılı Kanun md. 38/2.

⁸²⁴ Toprak, **Kamu İhale Hukuku (Türkiye’de Kamu İhalelerinin Genel Yapısı ve Hukuki Rejimi)**, s. 322.

⁸²⁵ Danıştay 13. Daire, E. 2020/3424, K. 2020/3786, T. 22.12.2020, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023; Danıştay 13. Daire, E. 2015/381, K. 2021/1660, T. 29.04.2021, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

⁸²⁶ Danıştay 13. Daire, E. 2018/3730, K. 2018/3776, T. 07.12.2018, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

⁸²⁷ Danıştay 13. Daire, E. 2017/628, K. 2017/2259, T. 07.07.2017, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

teklifinde olduğu gibi kalemler halinde ayrı ayrı açıklanmış olması gerekmektedir.⁸²⁸ Bununla birlikte, isteklilerin getirecekleri açıklamalarda idare tarafından yapılmış olan belirlemeleri değiştirmesi mümkün olmayıp aksi bir yaklaşım aşırı düşük teklif sorgulamasının yapılma amacına ve temel ilkelere aykırılık teşkil edecektir.⁸²⁹ Özetle, aşırı düşük teklif açıklamasının muteber kabul edilebilmesi için tüm detaylarıyla ve her yönüyle idareye, aşırı düşük kabul edilen teklifle ihale konusu alımın ihtiyaca uygun olarak karşılanabileceğini göstermesi ve idarenin tereddütlerini gidermiş olması gerekmektedir.

Kanun'da yer alan düzenlemelerden hareketle, aşırı düşük tekliflerin tespitinde ortaya çıkabilecek sorunların bir yönüyle idareden diğer yönüyle isteklilerden kaynaklanabildiği söylenebilir. İstekliler ihale konusu alımın şartlarını tam olarak kavrayamamış veya olduğundan daha az sanmış yahut kar etme güdüsü yerine deneyim elde etmek gibi önceliklerle hareket etmiş olabilir.⁸³⁰ İhaleye çeşitli değerler atfederek yüklenici olmak için gerçekçi olmayan teklifler sunulmuş olması da ihtimal dahilindedir. Sözleşmenin uygulanması aşamasında bazı avantajlar elde edeceklerine veya muhtemel riskleri elimine edeceklerine güvenmeleri de aşırı düşük teklif sunmaya yöneltebilir. Kısaca istekliler tarafından hatayla veya kasıtlı olarak aşırı düşük teklif sunulması mümkündür.⁸³¹ İdareye bakan yönünün ise yaklaşık maliyetin yüksek hesaplanması olduğu açıktır.

İhale konusu alımın olması gerektiği gibi gerçekleştirilememesi riskini barındıran ve idarenin görünmeyen maliyetler yüklenmesine sebep olan aşırı düşük tekliflerin kabul edilmesi halinde idare zarar görebileceği için aşırı düşük teklif sorgulamasına, tüm çağdaş ihale sistemlerinde yer verilmiştir. Böylece kaynakların verimli kullanılması ile fiyat rekabeti ve yapılacak ödemenin karşılığının alınması ilkelerini dengeleyen vazgeçilmez bir aşama gerçekleştirilmektedir.⁸³² Ekonomik açıdan en avantajlı teklife ulaşma sürecinde aşırı düşük teklif sorgulamasıyla, idarenin

⁸²⁸ Danıştay 13. Daire, E. 2022/1665, K. 2022/1878, T. 26.04.2022, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

⁸²⁹ Danıştay 13. Daire, E. 2021/4463, K. 2021/4001, T. 24.11.2021, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023; Danıştay 13. Daire, E. 2021/378, K. 2021/1003, T. 18.03.2021, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

⁸³⁰ Toprak, **Kamu İhale Hukuku (Türkiye’de Kamu İhalelerinin Genel Yapısı ve Hukuki Rejimi)**, ss. 322-323.

⁸³¹ Nurcihan Taş, “Aşırı Düşük Teklifler ve 6518 Sayılı Kanunla Getirilen Değişiklikler”, **Kamu İhale Hukukunda Temel Konular**, Ed. Mustafa Çolak/Dursun Ali Demirboğa, Ankara, Kamu İhale Kurumu Yayınları, 2014, s. 11.

⁸³² Anayasa Mahkemesi, E. 2014/87, K. 2015/112, T. 08.12.2015, R.G., T. 28.01.2016, S. 29607.

ihtiyacının uygun şartlarla ve zamanında karşılanması için yeterli isteklilerce sunulan bazı tekliflerin sınırlanması anlaşılmaktadır. Bu durumda isteklilerin teklifleriyle, bir yandan ekonomik açıdan en avantajlı olmak diğer taraftan idarenin ihtiyacını karşılama bakımından en avantajlı olmak için yarıştığı söylenebilir. Diğer bir ifade ile ihalede aşırı düşük teklif sorgulamasıyla ihtiyaca uygun rekabetin sağlanması amaçlanmıştır.

Öte yandan, Kanun'un 38. maddesine 2008 yılında ek bir fıkra getirilerek, uygulamada ortaya çıkan belirsizliklerin giderilmesi ve uygulama birliğinin objektif kriterle göre sağlanması amaçlanmıştır. Bu bağlamda 5812 sayılı Kanun ile maddeye eklenen 3. fıkrada, Kurum'a aşırı düşük tekliflerin tespiti, değerlendirilmesi bakımından belirlemeler yapma yetkisi verilmiş ve idarelerin aşırı düşük tekliflerin tespiti ve değerlendirilmesinde Kurum tarafından belirlenen ortalamaları, sınır değerleri, sorgulama kriterlerini ya da ölçütleri esas alması zorunlu kılınmıştır.

2014 yılında 6518 sayılı Kanun⁸³³ ile aşırı düşük teklif sorgulamaları bakımından 4734 sayılı Kanun'da yeni bir döneme girildiği söylenebilir. Çünkü ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesi sürecinde bazı durumlarda aşırı düşük teklif açıklaması istenilmeksizin ihalenin sonuçlandırılabilmesine veya bu tekliflerin reddedilmesine yönelik düzenlemeler yapmaya Kurum yetkili kılınmıştır. Bu yetkinin, aşırı düşük olduğu tespit edilen tekliflerin herhangi bir sorgulama yapılmadan geçerli kabul edilmesini kapsamadığı bu nedenle Kurum'un bu konuda düzenleme yapmasının mümkün olmadığı değerlendirilmektedir.⁸³⁴

Değişiklikle hukuki ihtilaflara yol açan aşırı düşük tekliflerin tespiti ve değerlendirilmesi prosedürünün daha seçici ve hızlı hale getirilmesi amaçlanmış ve bazı durumlarda aşırı düşük teklif sorgulaması yapılması zorunluluğu kaldırılmıştır.⁸³⁵ Söz konusu değişiklik, Anayasa Mahkemesi tarafından incelenmiş ve nispeten küçük alımların ihalelerinde yer alan isteklilerin mali açıdan daha güçsüz olması nedeniyle ortaya çıkan tasfiye riskinin azaltılması yönündeki madde gerekçesi dikkate alınarak

⁸³³ R.G., T. 19.02.2014, S. 28918.

⁸³⁴ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E. 2020/1263, K. 2021/322, T. 18.02.2021, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

⁸³⁵ 6518 sayılı Kanun'un gerekçesi için bkz. <https://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0796.pdf>, Erişim Tarihi: 26.12.2022.

düzenlemenin kamu yararı amacıyla çıkarıldığı ve iptal talebinin reddi gerektiği değerlendirilmiştir.⁸³⁶

Aşırı düşük teklif sorgulamaları, verimliliği de içeren ihtiyaca uygunluğun sağlanması bakımından oldukça önemli işlemlere sahiptir. İstekliler tarafından yapılan makul açıklamalar kabul edilerek kamu kaynağının kaybı önlenirken; açıklaması yeterli olmayan ve edimini yerine getiremeyeceği anlaşılanlara ödeme yapılmayarak kamu kaynaklarının verimsiz kullanılmasının önüne geçilmektedir.⁸³⁷ 6518 sayılı Kanun ile gerçekleştirilen değişikliğin de bu işlevleri ortadan kaldırmadığı ve hatta kuvvetlendirdiği söylenebilir. Nitekim, ihale konusu alımın sınırları nedeniyle bu sorgulamayla elde edilebilecek olumlu sonuçlar; şikâyet ve itirazın şikâyet gibi sebeplerle ihale kararının alınamamasından kaynaklanan olumsuz sonuçların gerisinde kalabilir. Diğer bir ifade ile Kurum tarafından belirlenen haller bakımından aşırı düşük tekliflerin reddedilmeden önce sorgulanması zorunluluğunun kaldırılması, ihtiyaçların uygun şartlarla ve bilhassa zamanında karşılanmasına hizmet etmektedir. Bu nedenle yapılan değişiklik, ilk bakışta sanki yarışmayı sınırılıyor izlenimi verse de aslında ihtiyaca uygun rekabetin sağlanmasına yöneliktir.

4734 sayılı Kanun'da ihale konusu alımın ihtiyaca uygun şekilde gerçekleştirilebilmesi amacıyla bu konuda tereddüt oluşturan yahut gerçekçi olmayan tekliflerin reddedilmeden önce bazı hallerde açıklanmasına imkân sağlayan kurallara yer verildiği görülmektedir. Böylece ihale konusu alımı gerçekleştirme konusunda meşru avantajları olanların, diğer bir ifade ile idarenin ihtiyacını en uygun şekilde karşılama bakımından ortaya çıkan tereddütleri giderenlerin yarışta kalması amaçlanmıştır. Diğer bir ifade ile Kanun, aşırı düşük teklif sorgulamalarıyla hem kaynakların verimli kullanılmasını içeren ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması hem de rekabet ilkelerinin birlikte işletilmesiyle ihtiyaca uygun rekabetin sağlanması amacına uygun bir düzenleme içermektedir.

b. Yaklaşık Maliyetin Üzerindeki Teklifler

İhalede ekonomik açıdan en avantajlı teklife ulaşılması amaçlanmış olmasına karşın ihalenin her zaman bu sonuca ulaşması mümkün değildir. Bu bağlamda,

⁸³⁶ Anayasa Mahkemesi, E. 2014/87, K. 2015/112, T. 08.12.2015, R.G., T. 28.01.2016, S. 29607.

⁸³⁷ Özkan, **op. cit.**, s. 264.

Kanun'un 39. maddesinde idareye herhangi bir yükümlülük altına girmeden tüm teklifleri reddederek ihaleyi iptal etme konusunda takdir yetkisi tanınmıştır.

Madde gerekçesinde tekliflerin yaklaşık maliyete nispeten çok yüksek olması veya çok yüksek olmamasına karşın yine de ödenekle karşılanamaması yahut temel ilkelere uygun olmayan durumların tespit edilmesi gibi nedenlerle idareye bu yetkinin verildiği açıklanmıştır.⁸³⁸ Bu bağlamda yaklaşık maliyetin üzerindeki teklifler bakımından ayrıma gidilerek iki farklı durumun öngörüldüğü ve bu iki halde de idarece birtakım sorgulamalar yapılması gerektiği anlaşılmaktadır.

İhalede yaklaşık maliyetin çok üzerinde teklifler verilmesi olarak ifade edilebilecek ilk durum; yaklaşık maliyetin yanlış hesaplanması yahut önemli bir ekonomik değişiklik sonucunda güncelliğini yitirmesi sebepleriyle idarenin ihaleyi iptal etmesini mümkün kılmaktadır. İkinci durum, yani verilen tekliflerin yaklaşık maliyetin çok üzerinde olmamasına karşın ödeneğin bulunmaması ise idarenin sahip olduğu maddi sınırlardan ötürü ihaleyi iptal etmesine olanak sağlamaktadır. Ancak madde gerekçesinde yapılan bu ikili ayrım, yapılan diğer düzenlemelerde dikkate alınmamıştır.

İdarenin ihalede yaklaşık maliyetin üzerinde teklifler verilmesi halinde takip edeceği usule ilişkin Kanun'da herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. Bu nedenle oluşan tereddütlerin giderilmesi için tebliğ düzeyinde düzenlemeler⁸³⁹ yapılmıştır. Ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesi sürecinde, geçerli tekliflerin yaklaşık maliyetin üzerinde kalması halinde idarenin maddede yer alan sorgulamaları ve mukayeseleri yapması gereklidir. Bu sayede idarenin ihtiyacına uygun bir rekabetin gerçekleşip gerçekleşmediğini belli kriterler çerçevesinde gözden geçirmesi istenmiştir.

Bu bağlamda, Kamu İhale Genel Tebliği'nin 16.3. maddesine göre idareler; yaklaşık maliyet hesaplamasında değerlendirilmeyen bir husus olup olmadığını, yaklaşık maliyet güncelleme yöntemiyle hesaplanmışsa bunun doğru yapıp yapılmadığını ve verilen tekliflerin piyasa rayiçlerini yansıtıp yansıtmadığını sorgulayarak verilen teklifleri yaklaşık maliyete göre mukayese edecek ve

⁸³⁸ 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun tasarısına ve 39. maddesi gerekçesine ulaşmak için bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d21/c082/tbmm21082047ss0794.pdf>, Erişim Tarihi: 26.12.2022.

⁸³⁹ Bkz. Kamu İhale Genel Tebliği md. 16.3.

ödeneklerini de dikkate alarak takdir yetkisini kullanacaktır. İdarelerce, yaklaşık maliyetin üzerinde kalan teklif fiyatlarının uygun bulunması halinde ekonomik açıdan en avantajlı teklif belirlenebileceği gibi, uygun bulunmaması halinde ihalenin iptaline de karar verilebilecektir.

İdarenin yaklaşık maliyeti referans olarak ayırdığı ödeneğin ihale bakımından yetersiz hale gelmemesi için yaklaşık maliyetin üzerindeki bir teklifin kural olarak ekonomik açıdan en avantajlı teklif olarak belirlenmemesi gerekir.⁸⁴⁰ Bu nedenle yapılan düzenlemelerde idarenin takdir yetkisini yaklaşık maliyetin üzerindeki tekliflerin kabul edilmesi yönünde kullanabilmesi için sahip olduğu ödeneğin, yani maddi sınırlarının bunu mümkün kılması bir zorunluluk olarak benimsenmiştir.

İdarenin ek ödeneğinin bulunması yahut ödenek artırmasının mümkün olması hallerinde, yaklaşık maliyetin üzerindeki tekliflerin kabul edilebilmesi için kamu yararını ve hizmet gereklerini hesaba katması gerekir. Bu değerlendirmenin sağlıklı biçimde yapılabilmesi için idare, kamusal ihtiyacını ve ihalenin alım konusunu dikkate almak durumundadır. Diğer bir ifade ile idarenin yeterli ödeneği sağladığı durumlarda yaklaşık maliyetin üzerindeki bir teklifin, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması için ekonomik açıdan en avantajlı teklif olarak belirlenmesi mümkündür.

İhale, idarenin belli hazırlıkları sonucunda şekil şartları, süreler gibi birçok kurala uyulan ve aynı zamanda belli masrafların yapıldığı bir süreçtir. Bunların tamamının usule uygun olarak gerçekleştirildiği ve ihale ile oluşturulmak istenen yarışma ortamının sağlandığı durumlarda yaklaşık maliyetin çok üstünde olmayan tekliflerin idare tarafından ekonomik açıdan en avantajlı teklif olarak kabul edilmesinde kamu yararı olduğu kabul edilebilir. Hatta kimi hallerde yaklaşık maliyetin çok üzerindeki tekliflerin dahi ekonomik açıdan en avantajlı teklif olarak kabul edilmesi kamu yararına ve hizmet gereklerine uygun görülebilir.

Örneğin, yarışma koşulları açıklandıktan sonra ihale konusu alımın önemli kalemlerinde geçici olmadığı tespit edilen maliyet artışları meydana gelmiş olabilir. Yahut idarenin ihale sonucunda karşılamak istediği ihtiyacın herhangi bir gecikme olmadan karşılanması gerekli görülebilir. Bu gibi durumlarda sorumluluk idareye ait olacak şekilde yaklaşık maliyetin üzerindeki teklifler kabul edilebilmektedir.⁸⁴¹ Kurul

⁸⁴⁰ Aksoylu Ürger, **op. cit.**, s. 208.

⁸⁴¹ Bkz. Kamu İhale Genel Tebliği md. 16.3.2.

bir kararında, yaklaşık maliyetin çok üzerinde olmayan bir teklifin idarece ekonomik açıdan en avantajlı teklif olarak belirlenmesini incelemiş; yeni bir ihale süreciyle birlikte ilanının masrafa sebep olacağına, bu esnada sarf malzeme fiyatlarının döviz kurlarından etkileneceğine ve aynı zamanda sağlık hizmetlerinin sürekliliğin sağlanmasına dair değerlendirmelerle yaklaşık maliyetin üzerindeki teklifin idarece kabul edilmesinde mevzuata aykırılık görmemiştir.⁸⁴²

Yaklaşık maliyetin üzerinde teklif veren isteklilerin yüklenici olarak seçilebilmesi için açıklanan usulün takip edilmesi mecburidir. Ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesi sürecinde sunulan tekliflerin yaklaşık maliyetin altına düşürülecek biçimde güncellenmesi mümkün değildir. Nitekim Kanun'a göre sunulan tekliflerde herhangi bir değişiklik yapılması veya tekliflerin geri alınması yasaktır. Bu yasal zorunluluğunun görmezden gelinmesi; daha sonra indirim yapılacağı varsayımıyla tekliflerin yüksek tutulması, fiyatların sağlıklı şekilde oluşması ve temel ilkelere uygun şekilde ihalenin sonuçlandırılmaması ihtimallerini ortaya çıkaracaktır.⁸⁴³

Özetle, Kanun kapsamındaki ihaleler bakımından pek çok işlevi bulunan yaklaşık maliyet yaklaşımıyla, piyasa koşullarına uygun, gerçekçi teklifler alınması amaçlanmış ve bu bağlamda yaklaşık maliyet önemli bir karşılaştırma ölçütü olarak da benimsenmiştir. Bu nedenle idarelere yaklaşık maliyet referans alınarak ihtiyaçlarının uygun şartlarla ve zamanında karşılanması için takdir yetkisi tanınmıştır. Böylece ihalede ihtiyaca uygun rekabet sağlanıp ekonomik açıdan en avantajlı teklif bulunması mümkün olduğu gibi ihalede ihtiyaca uygun rekabet sağlanamadığı için tüm tekliflerin reddedilerek ihalenin iptal edilmesi de olanak dahilindedir.

Sonuç olarak, 4734 sayılı Kanun'da idarenin ödeneğinin bulunması şartıyla yaklaşık maliyetin üzerindeki tekliflerin değerlendirilmesinde kamu yararına ve hizmet gereklerine uygunluk ölçütlerinin benimsenmesiyle ihtiyaca uygun rekabetin sağlanması amaçlanmıştır.

⁸⁴² Kurul, K. 2015/UH.II-1368, T. 14.05.2015, **EKAP**.

⁸⁴³ Danıştay 13. Daire, E. 2008/10266, K. 2011/3889, T. 20.09.2011, Danıştay Dergisi, S. 129, Y. 2012, ss. 221-226.

SONUÇ

Hukuk yazınında, 4734 sayılı Kanun'un temel ilkeleri, alım usulleri, idari başvuru yolları, idari ve cezai müeyyideleri birçok kez incelenmiştir. Temel ilkeler bakımından yapılan çalışmalarda genellikle bu ilkelerin tamamı araştırma konusu yapılmıştır. Birinin veya birkaçının yer aldığı incelemeler de bulunmaktadır. Ancak bunların arasında münhasıran rekabet ilkesinin incelendiği akademik bir çalışmaya rastlanmamıştır.

Kanun kapsamındaki ihalelerde uyulması zorunlu bir temel ilke olan rekabetle ihale amacına ulaşmakta ve ihalede yarışma ortamı oluşturulmaktadır. Diğer bir ifadeyle Kanun kapsamındaki alımlarda ihale usulleri uygulanarak; idarenin ihtiyacını, oluşturulan yarışma süreciyle elde etmesi amaçlanmıştır. Bu bağlamda rekabet ilkesinin ihalelere nüfuz ettiği ve ihaleler bakımından oldukça önemli olduğu değerlendirilmiştir.

Açıklanan nedenlerden ötürü, Kanun kapsamındaki ihalelerde evrensel nitelikte kabul görmüş rekabet ilkesi araştırma konusu olarak seçilmiştir. İlk incelemelerde rekabet ilkesinin Kanun'daki pek çok düzenlemeyle bir şekilde ilişki içerisinde bulunduğu fark edilmiştir. Yarışma ortamının oluşturulması ve korunması bakımından söz konusu düzenlemelerin ehemmiyet arz ettiği değerlendirilmiştir. Dolayısıyla bunların rekabeti nasıl etkilediği araştırılmış ve Kanun kapsamındaki ihalelerde nasıl bir rekabetin arandığı sorusunun yol gösterici olduğu anlaşılmıştır. Ayrıca bu düzenlemelerin diğer temel ilkelerle de çeşitli etkileşimlerinin olduğu gözlemlenmiştir. Bu nedenle, Kanun'daki diğer temel ilkelerin araştırma sorusunun yanıtının aranmasında işlevsel olduğu değerlendirilmiş ve bu yaklaşımla incelemelerde bulunulmuştur.

Kanun'daki bir kısım düzenlemelerin bir veya birkaç işlevi olduğu; diğer bir kısmının ise pek çok işlevi olduğu gözlemlenmiştir. Bu nedenle aynı anda birden fazla fonksiyonu olan müesseselerin ana gayesi araştırılmıştır. Bu bakış açısıyla ulaşılan

sonuçların değerlendirmede esas alınmasına gayret gösterilmiştir. Dolayısıyla kanuni düzenlemelerin gerekçeleri de yakından incelenmiştir.

2003 yılından bu yana içerdği ihale usulleri uygulama olanağı bulan Kanun'un, geçen süre zarfında geçirdiği değişiklikler de yerine ve önemine göre değerlendirilmiştir. Öte yandan Kurum'un yayınladığı yıllık faaliyet raporları ve özellikle sayısal veriler üzerinden analiz yapılmasını da mümkün kılan kamu alımları izleme raporları incelenmiştir. Basit oransal analizler, hukuk yazınının sınırları içerisinde kalacak biçimde kullanılmıştır. Böylece çalışmada Kanun'un uygulamalarına ilişkin somut veriler de dikkate alınmış ve gerçekleştirilen analiz, incelemeyi sınama bakımından faydalı bulunmuştur.

Kanun kapsamındaki ihalelerde nasıl bir rekabetin arandığı sorusuna verilen cevaplar içerisinden üç niteliğin öne çıktığı değerlendirilmiş ve her nitelik bir bölümde açıklanmıştır.

Kanun'da gerçekleştirilecek yarışmanın ve alımın tüm koşullarının önceden belirlenerek ilanla duyurulmasına, detayların yer aldığı ihale dokümanının kolayca ulaşılabilir ve anlaşılabilir olmasına, hazır bulunanların önünde tekliflerin açılmasına, belirlenen koşullara göre değerlendirilmelerin yapılmasına ve gerekçelerinin açıklanması ile sonuçlarının yayımlanmasına ilişkin kurallara yer verildiği gözlemlenmiştir. Bunların aslen ihalede saydamlığı artırmaya yönelik olduğu değerlendirilmiştir. Bu düzenlemeler, idari ve teknik koşulları içeren ihale dokümanının saydamlığı ve uygulanacak kuralları belirleyen ihale usulünün saydamlığı başlıkları altında incelenmiştir. Diğer bir ifadeyle ihale dokümanının ve ihale usulünün saydamlığına yönelik düzenlemelerle dışarıdan bakıldığında dahi kurallı ve adil bir yarışma gerçekleştirildiğine şahit olunması mümkün kılınmış, saydam rekabet sağlanmıştır.

Kanun'da eşit durumda olanların katılımının sağlanmasının, aralarındaki eşitliğin uygulanacak denk işlemlerle korunmasının istendiği ve doğal olarak eşit olamayacakların eşitmiş gibi muamele görmesinin ve katılımının istenmediği gözlemlenmiştir. Bu bağlamda eşit muamelenin bir temel ilke olarak benimsendiği ve ihalenin tarafsızlıkla yürütülmesinin amaçlandığı değerlendirilmiştir. Buna zarar verebilecek veya diğerleriyle eşit kabul edilemeyecek bazı kişilerin katılımının engellenmesi ile rekabeti bozucu çeşitli fiil veya davranışların yasaklanması

sonucunda ihalede eşitliğin sağlanmasının ve korunmasının hedeflendiği anlaşılmıştır. Diğer bir ifadeyle birbirine hukuksal açıdan denk kişiler arasında, herhangi bir haksızlığa yahut kayırmaya olanak sağlamayan adil bir yarışma gerçekleştirilmesi mümkün kılınmış, eşitler arası rekabet sağlanmıştır.

Kanun'da yetkin isteklilerce sunulacak en verimli tekliflerin elde edilmesinin istendiği, alelade yahut idarenin ihtiyacını karşılama bakımından elverişli olmayan isteklilerin ve tekliflerin istenmediği gözlemlenmiştir. Bunun, kaynakların verimli kullanılmasını da içeren ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ilkesinin bir gereği olduğu değerlendirilmiştir. Bu ilkelerle en uygun alımın en avantajlı maliyet koşullarında gerçekleştirilmesi için ihalenin bazı şartlarının belirlendiği, yarışmada istekliler ve teklifler bakımından nitelikli koşullar arandığı anlaşılmıştır. İstekliler bakımından ekonomik ve mali ile mesleki ve teknik yeterlilik kriterleriyle, teklifler bakımından ise ekonomik açıdan en avantajlı teklif uygulamasıyla idarenin ihtiyacını en uygun şekilde karşılayan adil bir yarışma mümkün kılınmış, ihtiyaca uygun rekabet sağlanmıştır.

Kanun uyarınca gerçekleştirilen ihalelerde; saydam, eşitler arası, ihtiyaca uygun bir rekabetin amaçlandığı sonucuna varılmıştır.

İhaleyle oluşturulmak istenen rekabetin niteliklerinden birinin zarar görmesi, diğerlerini de tehlikeye sokarak ihalenin amacına ulaşmasını önemli ölçüde güçleştirmektedir. Saydamlığın zarar görmesi ihalede gayri meşru etkileşimlere sebep olabileceği için eşitlik bozulabilir ve dolayısıyla ihtiyaca uygun alım yapılamayabilir. Eşitliğin zarar görmesi; eşit olmayan ve haksız uygulamaların ortaya çıkmasına sebep olabileceği için alımda ihtiyaca uygunluğun sağlanması zorlaşabileceği gibi beraberinde haksızlıkları gizleme eğilimiyle hareket edilmesi muhtemel olduğu için saydamlık azalabilecektir. İhtiyaca uygunluğun zarar görmesi aslında yarışmaması gereken isteklilerin veya tekliflerin önünün açılmasına yahut yarışması gerekenlerin engellenmesine sebep olduğu için haksız uygulamaların ortaya çıkması ile eşitliğin bozulması mümkün olabilecek ve dolayısıyla meşru olmayan bu uygulamaların açığa çıkmaması için saydamlığa aykırı eğilimler gösterilebilecektir. Bu nedenlerden ötürü, Kanun kapsamındaki ihalelerin olmazsa olmazı rekabetin amacına ulaşabilmesi için tespit edilen nitelikleriyle birlikte yürütülmesinin bir zorunluluk olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Literatürde daha önce Kanun kapsamındaki ihalelerde nasıl bir rekabetin arandığına ilişkin bir çalışma yapılmamıştır. Temel ilkeler bakımından yapılan çalışmaların inceleme alanıyla oldukça benzer içeriklerle ele alınmış olmasına karşın; bu çalışmanın bakış açısı nedeniyle bunlardan açık bir şekilde ayrıldığı söylenebilir. Yapılan incelemenin büyük oranda amacına ulaştığı ve sorusunu cevapladığı düşünülmektedir. Öte yandan, Kanun'un ve ilgili mevzuatın kapsamının genişliği nedeniyle bazı başlıkların derinleştirilmeye müsait olduğu açıktır. Bu bağlamda, araştırmacılar tarafından çalışmanın her bir ana bölümünün, yani rekabetin her bir niteliğinin ayrılarak daha detaylı inceleme konusu yapılması mümkündür.



KAYNAKÇA

Kitaplar

AKDOĞAN Muzaffer, **Avrupa Birliği Uyum Sürecinde Türk İhale Rejiminin Şeffaflık Açısından Değerlendirilmesi**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010.

AKGÜNER Tayfun, **İdare Hukuku**, 9. Bası, İstanbul, Der Yayınları, 2021.

AKSOY Mehmet/ŞİMŞEK Mehmet, **En Son Değişikliklerle (Kamu İhale Kurulu Kararları Işığında) Kamu Alımları İhale Süreci**, Ankara, T.C. Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı, 2010.

AKYILMAZ Bahtiyar/SEZGİNER Murat/KAYA Cemil, **Türk İdare Hukuku**, Yenilenmiş 10. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, 2019.

ALDEMİR Hüsnü/ALDEMİR Musa, **Türkçe - İngilizce Hukuki Terimler Sözlüğü**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018.

ARTUK Mehmet Emin/GÖKCEN Ahmet/YENİDÜNYA Ahmet Caner, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Yenilenmiş Gözden Geçirilmiş 13. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013.

ASLAN Yılmaz İsmail, **Rekabet Hukuku Dersleri**, Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi, 2020.

AŞÇIOĞLU ÖZ Gamze, **Avrupa Birliği Türk Rekabet Hukuku Çerçevesinde Pazarda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması**, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, 2000.

ATAY Ender Ethem, **İdare Hukuku**, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 6. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2018.

BALTA Tahsin Bekir, **İdare Hukukuna Giriş I**, Ankara, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, 1968/1970.

BUZ Vedat, **Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007.

CAN Ozan, **Kamu İhale Hukuku**, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2019.

CAĞLAYAN Ramazan, **İdare Hukuku Dersleri**, Güncellenmiş 7. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019.

DEMİR Abdullah, **Hukuki Terimler Sözlüğü**, Ankara, Astana Yayınları, 2017.

DURAN Lütfi, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1982.

EMEK Uğur, **Kamu İhalelerinde Rekabetin Sağlanması ve Korunması**, Devlet Planlama Teşkilatı Yayınları, 2002.

GİRİTLİ İsmet/BİLGİN Pertev/AKGÜNER Tayfun/BERK Kahraman, **İdare Hukuku**, Güncellenmiş 6. Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2013.

GÖZLER Kemal, **İdare Hukuku**, C. 2, Güncellenmiş 3. Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi, 2019.

GÖZLER Kemal/KAPLAN Gürsel, **İdare Hukuku Dersleri**, Güncellenmiş 23. Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi, 2021.

GÖZÜBÜYÜK Şeref/TAN Turgut, **İdare Hukuku (Genel Esaslar)**, C. 2, Güncelleştirilmiş 12. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2018.

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

GÜNDAY Metin, **İdare Hukuku**, 11. Baskı, Ankara, İmaj Yayınevi, 2017.

GÜVEYİ Ümit, **Milli Güvenlik**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.

KAHRAMAN Recep, **Rüşvet Suçu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.

KALABALIK Halil, **İdare Hukuku Dersleri**, C. 2, Gözden Geçirilmiş, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021.

KARAHANOGULLARI Onur, **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)**, Güncelleştirilmiş 4. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2018.

KUTLU Meltem, **İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1997.

ODYAKMAZ Zehra/KAYMAK Ümit/ERCAN İsmail, **Anayasa Hukuku - İdare Hukuku**, Genişletilmiş Güncelleştirilmiş 13. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011.

ONAR Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumî Esasları**, C. 3, 3. Bası, İstanbul, İsmail Akgün Matbaacılık, 1966.

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

ÖZBUDUN Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 19. Basım, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019.

ÖZGENÇ İzzet, **İhale Sürecinde İşlenen Suçlar**, 4. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013.

ÖZKAN Gürsel, **Danıştay Kararları Işığında Kamu İhale Hukukuna Egemen Olan Temel İlkeler**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014.

SANCAKDAR Oğuz/ÖNÜT Lale Burcu/US DOĞAN Eser/KASAPOĞLU TURHAN Mine/SEYHAN Serkan, **İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı**, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 11. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022.

SEZER Yasin, **Kamu İhalelerine Katılma Yasağı**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012.

SEZGİNER Murat, **İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013.

TAN Turgut, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, 2. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2015.

TAN Turgut, **İdare Hukuku**, Güncelleştirilmiş 7. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2018.

TANÖR Bülent/YÜZBAŞIOĞLU Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2001.

TAŞDELEN Aziz, **Kamu Harcamaları Hukukunda İhale Süreci**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2004.

TOPRAK Eren, **Kamu İhale Hukuku (Türkiye’de Kamu İhalelerinin Genel Yapısı ve Hukuki Rejimi)**, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022.

TOPRAK Eren, **Kamu İhaleleri (Kamu Alımlarının Hukuki, Yönetmel ve Siyasi Boyutu)**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2016.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli), Haz. Yunus Emre Yılmazoğlu/İsmail Emrah Perdecioğlu, 2. Baskı, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2019.

UZ Abdullah, **İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmelerin Hukuksal Rejimi Bakımından Kamu İhale Sözleşmeleri**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2010.

UZ Abdullah, **Kamu İhale Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2005.

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

YILDIRIM Turan/YASİN Melikşah/KAMAN Nur/ÖZDEMİR H. Eyüp/ÜSTÜN Gül/OKAY TEKİNSOY Özge, **İdare Hukuku**, Güncellenmiş 6. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015.

YILMAZ Bekir Mustafa, **Kamu Alımlarında İdari Denetim**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007.

YILMAZ Dilşat, **Kamu İhale Hukukunda Şartnameler**, Ankara, Gazi Kitabevi, 2013.

Tezler

BİLİR Hakan, **İhale Piyasalarında Rekabet Politikaları Rekabetin Sağlanması ve Korunması**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2004.

CANBAZOĞLU Kerem, **İhalelere Katılma Yasası**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), 2017.

ÖZDEMİR Halit Eyüp, **Kamu İhale Kanunu'nda Düzenlenen İhale İşlemleri**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), 2005.

ÜNÜBOL Neyzar, **Kamu Alım Piyasalarının Etkinliğinde Rekabetin Rolü: Rekabetin Korunması, Sağlanması ve Rekabet Savunuculuğu**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2012.

Makaleler ve Bildiriler

AKEL Yeliz Neslihan, “İdari Usul ve İhale İlkeleri Temelinde Pazarlık Usulü Hakkında Bir Değerlendirme”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S. 11, Y. 2018, ss. 1-45.

AKIN Yeliz Neslihan, “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında 2019 Yılı Cumhurbaşkanlığı Yıllık Programı Hedefleri Açısından Kamu İhalelerinde Rekabet İlkesi Hakkında Bir Değerlendirme”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 36, S. 2, Y. 2019, ss. 63-109.

AKSOYLU ÜRGER Özge, “Principles Prevailing in Turkish Public Procurement Law in The Light of Rullings of The Council of State (Danıştay Kararları Işığında Türk Kamu İhale Hukukuna Egemen Olan İlkeler)”, **Current Debates in International Relations & Law**, Ed. Övgü Kalkan Küçüksolak/Abdullah Muhsin Yıldız, London, IJOPEC Publication Limited, 2018, ss. 205 – 225.

ARSLAN Zühtü, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa'nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler”, **Anayasa Yargısı**, C. 19, Y. 2002, ss. 216-231.

AYBAY Rona, “Milli Güvenlik Kavramı ve Milli Güvenlik Kurulu”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 33, S. 1, Y. 1978, ss. 59-82.

AYTEKİN İlhan, “Yaklaşık Maliyetin Gizliliği”, **Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Uygulamalarının Değerlendirilmesi Sempozyumu, 4-5 Aralık 2017**, Kamu İhale Kurumu-Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, Ankara, 2017, ss. 13-14.

BAFRA Erdem, “Danıştay Kararları Işığında 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu Açısından Ticaret Şirketlerinin Rekabeti Engelleyici Davranışları ile İhalelere Birden Fazla Teklif Sunmaları”, **Kara Harp Okulu Bilim Dergisi**, C. 24, S. 1, Y. 2014, ss. 93-118.

CAN Ozan, “Rekabetin Korunmasına İlişkin Anayasal Düzenlemeler: Yeni Anayasada Nasıl Bir Rekabet?”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 29, S. 2, Y. 2013, ss. 97-123.

ÇALIŞKAN Özhan/FİLİBE Murat/ÜSTÜN Kamuran, “Tarihsel Boyutu ile Kamu Alım Usullerindeki Gelişmeler ve Günümüzdeki Yapının Değerlendirilmesi”, **Marmara Üniversitesi Siyasal Bilimler Dergisi**, C. 6, S. 1, Y. 2018, ss. 311-330.

ÇAKRAK Recep/İLDEŞ Samet, “Kamu Hukuku ve Özel Hukuk Açısından Dürüstlük Kuralı ve Uygulama Alanı”, **Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, S. 2, Y. 2014, ss. 47-76.

ÇAPAR Asuman, “4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu’nda Belirtilen Temel İlkelerden Gizlilik İlkesi”, **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 2, Y. 2020, ss. 87-118.

ÇELİKTAŞ İbrahim, “4964 Sayılı Kanunla 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununda Yapılan Değişikliklerin, İhale Usulleri ve Bunların Sözleşmeye Bağlanmaları Açısından Değerlendirilmesi”, **Sayıştay Dergisi**, S. 50-51, Y. 2003, ss. 103-120.

ÇOLAK Mustafa, “Kamu Alımlarında Yasal ve Yasak Alternatif Teklif Analizi”, **Vergi Raporu**, S. 188, Y. 2015, ss. 20-31.

ÇOLAK Mustafa/Erdem Bafra, “Danıştay Kararları Işığında 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nda Düzenlenen Yasak Fiil ve Davranışlar”, **Kamu İhale Hukukunda Temel Konular**, Ed. Mustafa Çolak/Dursun Ali Demirboğa, Ankara, Kamu İhale Kurumu Yayınları, 2014, ss. 54-90.

DEMİRCİOĞLU Mustafa Yaşar, “İhale Yolsuzluklarında Yeni Trend “Açık İhale” Usulünün Terki “Pazarlık Yoluyla İhale” Usulünün Keşfi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 115, Y. 2014, ss. 125-180.

DOĞANYİĞİT Sadettin, “İhalenin Ruhu: Yaklaşık Maliyetin Gizliliği”, **Dış Denetim Dergisi**, S. 2, Y. 2010, ss. 95-99.

DURAN Lütfi, “İdari Usulün İlkeleri ve Kapsadığı Konular”, **Amme İdaresi Dergisi**, C. 41, S. 2, Y. 1998, ss. 3-13.

EKEN Musa, “Kamu Yönetiminde Gizlilik Geleneği ve Açıklık İhtiyacı”, **Amme İdaresi Dergisi**, C. 27, S. 2, Y. 1994, ss. 25-54.

ERDOĞAN Arif/KILIÇ Osman/DURSUN Sinem/AYDIN Abdurrahman/SOYLU Ayşe/LAFÇI Mehmet/ECEVİT Mehmet Sami/ŞENGÜDER Yasemin/DÖNMEZ Aytekin, “Kore E-İhale Sistemi: Koneps”, **Kamu İhale Hukukunda Temel Konular**,

Ed. Mustafa Çolak/Dursun Ali Demirboğa, Ankara, Kamu İhale Kurumu Yayınları, 2014, ss. 225–258.

GÖK Yaşar, “Kamu İhale Hukukuna Hakim Olan İlkeler”, **Dış Denetim Dergisi**, S. 2, Y. 2010, ss. 12-23.

GÖZLER Kemal, “3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği”, **Anayasa Yargısı**, C. 19, Y.2002, ss. 326-354.

GÜRAN Sait, “Yönetimde Açıklık”, **İdare Hukuku İlimler Dergisi**, C. 3, S. 1-3, Y. 1982, ss. 101-112.

GÜRBÜZ Aysun, “E-İhale Kapsamında Avrupa Birliği ve Türk Kamu Alımları’nda Dinamik Alım Sistemi’nin Karşılaştırmalı Analizi”, **Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi**, C. 4, S. 2, Y. 2019, ss. 333-356.

HAFIZOĞULLARI Zeki/KURŞUN Günel, “Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 71, Y. 2007, ss. 25-80.

HÜRMEYDAN Merdan, “Yaklaşık Maliyetin Gizliliği”, **Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Uygulamalarının Değerlendirilmesi Sempozyumu, 4-5 Aralık 2017**, Kamu İhale Kurumu-Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, Ankara, 2017, ss. 16-17.

KARAHANOGULLARI Onur, “Özelleştirme Yöntemi Olarak İhale”, **Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi**, C. 7, S. 1, Y. 1998, ss.104-109.

KAYA Cemil, “İhale Hukukunda Çalışma Hürriyetinin Sınırlanması: İhalelere Katılmaktan Yasaklanma”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 14, S. 2, Y. 2006, ss. 153-184.

KORTUNAY Ayhan/SEZER Yasin, “Kamu İhale Kanununun 63. Maddesinin AB Hukuku Perspektifinden Değerlendirilmesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 56, S. 3, Y. 2007, ss. 137-171.

KÖKSAL Tunay, “Avrupa Birliğine Tam Üyelik Sürecinde Devlet İhalelerinde Rekabetin Sağlanması”, **Rekabet Bülteni**, C. 3, S. 6, Y. 2001, ss. 9-19.

KULOĞLU Hacı Mehmet, “Yaklaşık Maliyetin Gizliliği”, **Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Uygulamalarının Değerlendirilmesi Sempozyumu, 4-5 Aralık 2017**, Kamu İhale Kurumu-Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, Ankara, 2017, ss. 14-15.

KUTLU GÜRSEL Meltem, “Kamu İhale Sürecinde Rekabetin Bozulmasının Cezai Yaptırımları”, İçinde: **Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan**, C.3, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2003.

ODER Burak, “Kamu İhale Hukuku”, İçinde: İl Han Özay, **Günışığında Yönetim**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004, ss. 547-599.

ODYAKMAZ Zehra, “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, S. 1-2, Y. 1998, ss. 141-195.

OĞURLU Yücel, “Kamu İhaleleri Alanında “E-Devlet” Uygulamaları”, **Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Kamu İhale Uygulamaları**, İstanbul, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, 2011, ss. 189-204.

ÖCAL ÇİFTÇİ Burcu Zernişan/YILMAZ Hakkı Hakan, “Kamu İhale Süreçlerinin Uyuşmazlık Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 74, S. 1, Y. 2019, ss. 109-133.

ÖZDEMİR Erkan, “Davet Usulüyle Yapılan İhalelerde Dikkat Edilecek Hususlar”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 9, S. 90, Y. 2014, ss. 70-76.

ÖZDEMİR H. Eyüp/ÜSTÜN Gül, “İdari Usuller”, İçinde: Turan Yıldırım/Melikşah Yasin/Nur Kaman/H. Eyüp Özdemir/Gül Üstün/Özge Okay Tekinsoy, **İdare Hukuku**, Güncellenmiş 6. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015, ss. 599-689.

ÖZER Barış/MIYNAT Mustafa, “Türkiye’de Uygulanan Kamu Tedarik Usullerinin Yolsuzluk Riski Açısından Analizi”, **Celal Bayar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, C. 14, S. 2, Y. 2016, ss. 21-50.

SAĞLAM Mehmet, “Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında, Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu”, **Anayasa Yargısı**, C. 19, Y. 2002, ss. 233-266.

SARINCA Köksal, “Yaklaşık Maliyetin Gizliliği”, **Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Uygulamalarının Değerlendirilmesi Sempozyumu, 4-5 Aralık 2017**, Kamu İhale Kurumu-Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, Ankara, 2017, ss. 17-18.

SEZER Yasin, “İyi İdare İçin Yönetimde ve Kamu İhalelerinde Açıklık (Şeffaflık)”, **İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, S. 26, Y. 2002, ss. 153-172.

SEZER Yasin, “Kamu İhale Kanunu: Şeffaflık ve Rekabet”, **Amme İdaresi Dergisi**, C. 35, S. 4, Y. 2002, ss. 57-82.

SEZER Yasin, “Kamu İhalelerine Katılmada Davet Yöntemi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, Özel Sayı, Y. 2014, ss. 3913-3947.

SEZGİNER Murat, “İdarenin Müdahale Ettiği Özel Hukuk Sözleşmeleri (Birleşik İradeli “Birleşme” Sözleşmeler)”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 17, S. 1-2, Y. 2013, ss. 1589-1622.

SEZGİNER Murat, “İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 11, S. 1-2, Y. 2007, ss. 1079-1093.

TAN Turgut, “Anayasal Ekonomik Düzen”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 7, Y. 1990, ss. 159-178.

TAŞ Nurcihan, “Aşırı Düşük Teklifler ve 6518 Sayılı Kanunla Getirilen Değişiklikler”, **Kamu İhale Hukukunda Temel Konular**, Ed. Mustafa Çolak/Dursun Ali Demirboğa, Ankara, Kamu İhale Kurumu Yayınları, 2014, ss. 7–53.

TAŞDELEN Aziz, “Mali Sonuçlu Bir İdari Yaptırım Örneği: Kamu Harcama İhalesine Katılmaktan Yasaklanma”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 55, S. 1, Y. 2006, ss. 293-320.

TEKİNSOY Ayhan, “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 55, S. 2, Y. 2006, ss. 181-227.

UZ Abdullah, “Bir Politika Aracı Olarak Kamu Alımlarında Yerli Tercih/Avantaj Uygulaması”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 3, S. 1, Y. 2006, ss. 91-113.

ÜSTÜN Süleyman/ÇALIŞ Hande Sena, “4734 Sayılı Kamu İhale Kanununa Hâkim Olan İlkelerin Değerlendirilmesi”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 26, S. 2, Y. 2018, ss. 111-147.

ÜSTÜN Süleyman/ÇALIŞ Hande Sena, “4734 Sayılı Kamu İhale Kanununda Doğrudan Temin”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 27, S. 1, Y. 2019, ss. 11-36.

YILDIRIM Hakkı, “Kamu İhale Kanunu’nun 21’inci Maddesinin (b) Bendinde Yapılan Düzenlemenin Değerlendirilmesi”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S. 12, Y. 2018, ss. 723-739.

YILDIRIM Turan, “İdari İşlemler”, İçinde: Turan Yıldırım/Melikşah Yasin/Nur Kaman/H. Eyüp Özdemir/Gül Üstün/Özge Okay Tekinsoy, **İdare Hukuku**, Güncellenmiş 6. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015, ss. 361-480.

Elektronik Kaynaklar

Danıştay Karar Arama

<https://karararama.danistay.gov.tr/>

EKAP

<https://ekap.kik.gov.tr/>

Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü

<https://www.oecd.org/>

Kamu İhale Kurumu

<https://www.ihale.gov.tr/>

Kanunum

<https://www.kanunum.com/>

Legal Online Veritabanı

<https://legalbank.net/>

Türk Dil Kurumu<https://sozluk.gov.tr/>**Yüksek Öğretim Kurumu Başkanlığı Tez Merkezi**<https://tez.yok.gov.tr/>**Kararlar****Anayasa Mahkemesi Kararları**

Anayasa Mahkemesi, E. 1997/35, K. 1997/45, T. 09.04.1997, R.G., 08.08.1997, S. 23074.

Anayasa Mahkemesi, E. 2000/17, K. 2002/46, T. 07.05.2002, R.G., T. 26.03.2003, S. 25060.

Anayasa Mahkemesi, E. 2002/100, K. 2004/109, T. 21.09.2004, R.G., T. 04.08.2006, S. 26249.

Anayasa Mahkemesi, E. 2005/138, K. 2008/124, T. 19.06.2008, R.G., T. 06.11.2008, S. 27046.

Anayasa Mahkemesi, E. 2007/68, K. 2010/2, T. 14.01.2010, R.G., T. 28.04.2010, S. 27565.

Anayasa Mahkemesi, E. 2009/9, K. 2011/103, T. 16.06.2011, R.G., 19.05.2012, S. 28297.

Anayasa Mahkemesi, E. 2009/45, K. 2011/88, T. 02.06.2011, R.G., T. 28.03.2013, S. 28601.

Anayasa Mahkemesi, E. 2010/77, K. 2011/163, T. 08.12.2011, R.G., T. 25.01.2012, S. 28184.

Anayasa Mahkemesi, E. 2011/123, K. 2013/26, T. 06.02.2013, R.G., T. 31.12.2013, S. 28868.

Anayasa Mahkemesi, E. 2012/18, K. 2013/80, T. 18.06.2013, R.G., T. 28.12.2013, S. 28865.

Anayasa Mahkemesi, E. 2012/87, K. 2014/41, T. 27.02.2014, R.G., T. 26.07.2014, S. 29072.

Anayasa Mahkemesi, E. 2013/18, K. 2013/132, T. 14.11.2013, R.G., T. 09.05.2014, S. 28995.

Anayasa Mahkemesi, E. 2013/50, K. 2015/38, T. 01.04.2015, R.G., T. 15.04.2015, S. 29327.

Anayasa Mahkemesi, E. 2014/87, K. 2015/112, T. 08.12.2015, R.G., T. 28.01.2016, S. 29607.

Anayasa Mahkemesi, E. 2014/122, K. 2015/123, T. 30.12.2015, R.G., T. 01.03.2016, S. 29640.

Anayasa Mahkemesi, E. 2014/126, K. 2015/86, T. 08.10.2015, R.G., T. 22.10.2015, S. 29510.

Anayasa Mahkemesi, E. 2016/133, K. 2017/155, T. 15.11.2017, R.G., T. 11.01.2018, S. 30298.

Anayasa Mahkemesi, E. 2016/150, K. 2017/179, T. 28.12.2017, R.G., T. 15.02.2018, S. 30333.

Anayasa Mahkemesi, E. 2017/33, K. 2019/20, T. 10.04.2019, R.G., T. 17.07.2019, S. 30834.

Anayasa Mahkemesi, E. 2018/89, K. 2019/84, T. 14.11.2019, R.G., T. 13.02.2020, S. 31038.

Anayasa Mahkemesi, E. 2018/90, K. 2019/85, T. 14.11.2019, R.G., T. 13.02.2020, S. 31038.

Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları

Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, E. 1998/8, K. 1999/17, T. 21.06.1999, R.G., 21.09.1999, S. 23823.

Danıştay Kararları

Danıştay 10. Daire, E. 1996/4274, K. 1998/5478, T. 28.10.1998, Danıştay Dergisi, S. 99, Y. 1999, ss. 511-515.

Danıştay 13. Daire, E. 2006/1168, K. 2006/4189, T. 03.11.2006, Danıştay Dergisi, S. 114, Y. 2007, ss. 383-386.

Danıştay 13. Daire, E. 2006/4599, K. 2008/4465, T. 28.05.2008, Danıştay Dergisi, S. 119, Y. 2008, ss. 451-454.

Danıştay 13. Daire, E. 2007/1724, K. 2010/1168, T. 10.02.2010, **Legal Online Veritabanı**, Erişim Tarihi: 27.12.2022.

Danıştay 13. Daire, E. 2007/6917, K. 2010/3536, T. 26.04.2010, aktaran Sezginer, **İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar**, s. 1442.

Danıştay 13. Daire, E. 2008/191, K. 2011/190, T. 21.01.2011, aktaran Aksoylu Ürger, **op. cit.**, s. 211.

Danıştay 13. Daire, E. 2008/678, K. 2011/3674, T. 13.09.2011, Danıştay Dergisi, S. 128, Y. 2011, ss. 340-344.

Danıştay 13. Daire, E. 2009/774, K. 2012/1947, T. 28.06.2012, Danıştay Dergisi, S. 132, Y. 2013, ss. 262-269.

Danıştay 13. Daire, E. 2009/4101, K. 2010/8217, T. 03.12.2010, Danıştay Dergisi, S. 126, Y. 2011, ss. 414-417.

Danıştay 13. Daire, E. 2008/10266, K. 2011/3889, T. 20.09.2011, Danıştay Dergisi, S. 129, Y. 2012, ss. 221-226.

Danıştay 13. Daire, E. 2009/5621, K. 2010/3534, T. 26.04.2010, Danıştay Dergisi, S. 125, Y. 2010, ss. 416-419.

Danıştay 13. Daire, E. 2009/6170, K. 2010/8505, T. 14.12.2010, Danıştay Dergisi, S. 126, Y. 2011, ss. 417-420.

Danıştay 13. Daire, E. 2010/2738, K. 2010/8376, T. 08.12.2010, İçinde: Kurul, K. 2011/MK-39, T. 24.02.2011, **EKAP**.

Danıştay 13. Daire, E. 2011/2603, K. 2011/3886, T. 20.09.2011, Danıştay Dergisi, S. 130, Y. 2012, ss. 216-220.

Danıştay 13. Daire, E. 2013/811, K. 2013/2659, T. 25.10.2013, Danıştay Dergisi, S. 135, Y. 2014, ss. 238-248.

Danıştay 13. Daire, E. 2014/3071, K. 2019/3793, T. 21.11.2019, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Danıştay 13. Daire, E. 2014/3141, K. 2019/3797, T. 21.11.2019, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Danıştay 13. Daire, E. 2015/381, K. 2021/1660, T. 29.04.2021, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Danıştay 13. Daire, E. 2015/485, K. 2021/1698, T. 17.05.2021, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Danıştay 13. Daire, E. 2015/659, K. 2020/3806, T. 23.12.2020, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Danıştay 13. Daire, E. 2015/2762, K. 2015/3166, T. 16.09.2015, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Danıştay 13. Daire, E. 2016/2524, K. 2016/3288, T. 17.10.2016, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Danıştay 13. Daire, E. 2016/2551, K. 2016/4223, T. 15.12.2016, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Danıştay 13. Daire, E. 2016/2766, K.2016/4225, T. 15.12.2016, **Danıştay Karar Arama**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Danıştay 13. Daire, E. 2016/4190, K. 2016/4213, T. 15.12.2016, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Danıştay 13. Daire, E. 2016/4201, K. 2021/524, T. 17.02.2021, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Danıştay 13. Daire, E. 2016/4882, K. 2022/425, T. 15.02.2022, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Danıştay 13. Daire, E. 2017/102, K. 2022/3487, T. 05.10.2022, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Danıştay 13. Daire, E. 2017/443, K. 2017/2099, T. 22.06.2017, İçinde: Kurul, K. 2017/MK-362, T. 09.08.2017, **EKAP**.

Danıştay 13. Daire, E. 2017/628, K. 2017/2259, T. 07.07.2017, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Danıştay 13. Daire, E. 2017/1007, K. 2017/3032, T. 16.11.2017, **Danıştay Karar Arama**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Danıştay 13. Daire, E. 2017/1118, K. 2020/1755, T. 06.07.2020, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Danıştay 13. Daire, E. 2018/461 K. 2018/1301 T. 09.04.2018, Danıştay Dergisi, S. 148, Y. 2018, ss. 224-230.

Danıştay 13. Daire, E. 2018/1412, K. 2018/2011, T. 08.06.2018, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023;

Danıştay 13. Daire, E. 2018/2994, K. 2018/2742, T. 09.10.2018, Danıştay Dergisi, S. 150, Y. 2019, ss. 188-196.

Danıştay 13. Daire, E. 2018/3298, K. 2019/121, T. 15.01.2019, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023;

Danıştay 13. Daire, E. 2018/3730, K. 2018/3776, T. 07.12.2018, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Danıştay 13. Daire, E. 2019/40, K. 2019/717, T. 11.03.2019, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Danıştay 13. Daire, E. 2019/2622, K. 2021/4518, T. 14.12.2021, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Danıştay 13. Daire, E. 2019/2815, K. 2019/2766, T. 27.09.2019, Danıştay Kararlar Dergisi, S. 3, Y. 2020, ss. 313-328.

Danıştay 13. Daire, E. 2019/2887, K. 2019/2532, T. 12.09.2019, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Danıştay 13. Daire, E. 2019/4108, K. 2020/58, T. 08.01.2020, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023;

Danıştay 13. Daire, E. 2019/4171, K. 2020/42, T. 07.01.2020, Danıştay Kararlar Dergisi, S. 4, Y. 2020, ss. 294-303.

Danıştay 13. Daire, E. 2019/4191, K. 2021/369, T. 09.02.2021, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Danıştay 13. Daire, E. 2019/4200, K. 2020/18, T. 06.01.2020, **Danıştay Karar Arama**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Danıştay 13. Daire, E. 2019/4203, K. 2020/383, T. 10.02.2020, **Danıştay Karar Arama**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Danıştay 13. Daire, E. 2020/1251, K. 2021/1711, T. 17.05.2021, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Danıştay 13. Daire, E. 2020/1452, K. 2020/1921, T. 13.07.2020, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Danıştay 13. Daire, E. 2020/2809, K. 2021/1335, T. 13.04.2021, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Danıştay 13. Daire, E. 2020/3358, K. 2021/273, T. 26.01.2021, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Danıştay 13. Daire, E. 2020/3373, K. 2021/1333, T. 13.04.2021, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Danıştay 13. Daire, E. 2020/3424, K. 2020/3786, T. 22.12.2020, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Danıştay 13. Daire, E. 2020/3562, K. 2021/272, T. 26.01.2021, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Danıştay 13. Daire, E. 2020/3918, K. 2021/187, T. 20.01.2021, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Danıştay 13. Daire, E. 2021/103, K. 2021/621, T. 23.02.2021, **Danıştay Kararlar Dergisi**, S. 6, Y. 2021, ss. 397-403.

Danıştay 13. Daire, E. 2021/235, K. 2021/1192, T. 06.04.2021, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Danıştay 13. Daire, E. 2021/340, K. 2021/482, T. 15.02.2021, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Danıştay 13. Daire, E. 2021/378, K. 2021/1003, T. 18.03.2021, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Danıştay 13. Daire, E. 2021/504, K. 2021/1143, T. 31.03.2021, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Danıştay 13. Daire, E. 2021/559, K. 2021/1106, T. 29.03.2021, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Danıştay 13. Daire, E. 2021/616, K. 2021/1274, T. 08.04.2021, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Danıştay 13. Daire, E. 2021/883, K. 2021/1566, T. 26.04.2021, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Danıştay 13. Daire, E. 2021/1058, K. 2021/1418, T. 19.04.2021, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Danıştay 13. Daire, E. 2021/1242, K. 2021/2094, T. 07.06.2021, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Danıştay 13. Daire, E. 2021/1568, K. 2021/2060, T. 02.06.2021, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023;

Danıştay 13. Daire, E. 2021/2112, K. 2021/2178, T. 10.06.2021, **Danıştay Karar Arama**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Danıştay 13. Daire, E. 2021/2699, K. 2021/2629, T. 05.07.2021, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Danıştay 13. Daire, E. 2021/2848, K. 2021/5269, T. 22.12.2021, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Danıştay 13. Daire, E. 2021/2898, K. 2021/2741, T. 09.09.2021, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Danıştay 13. Daire, E. 2021/3691, K. 2021/2893, T. 20.09.2021, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Danıştay 13. Daire, E. 2021/3882, K. 2021/3059, T. 29.09.2021, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Danıştay 13. Daire, E. 2021/4463, K. 2021/4001, T. 24.11.2021, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Danıştay 13. Daire, E. 2021/4610, K. 2021/4006, T. 25.11.2021, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Danıştay 13. Daire, E. 2021/4738, K. 2021/4486, T. 13.12.2021, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Danıştay 13. Daire, E. 2021/4793, K. 2021/1591, T. 12.04.2022, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Danıştay 13. Daire, E. 2021/4806, K. 2021/5261, T. 21.12.2021, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Danıştay 13. Daire, E. 2021/5112, K. 2022/841, T. 03.03.2022, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Danıştay 13. Daire, E. 2021/5179, K. 2022/87, T. 17.01.2022, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Danıştay 13. Daire, E. 2022/30, K. 2022/454, T. 15.02.2022, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Danıştay 13. Daire, E. 2022/1662, K. 2022/1848, T. 25.04.2022, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Danıştay 13. Daire, E. 2022/1665, K. 2022/1878, T. 26.04.2022, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Danıştay 13. Daire, E. 2022/2022, K. 2022/2383, T. 31.05.2022, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Danıştay 13. Daire, E. 2022/2444, K. 2021/2768, T. 21.06.2022, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Danıştay 13. Daire, E. 2022/2769, K. 2022/2999, T. 04.07.2022, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, 07.05.1999, Yürütmenin Durdurulması İtiraz No. 1999/226, aktaran Gözübüyük/Tan, **op. cit.**, s. 572; Tan, **İdare Hukuku**, s. 325.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E. 2020/1263, K. 2021/322, T. 18.02.2021, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Sayıştay Kararları

Sayıştay Daireler Kurulu, K. 1984/586-1, T. 19.09.1984, **Legal Online Veritabanı**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Sayıştay Daireler Kurulu, K. 1149/1, T. 02.06.2004, Sayıştay Dergisi, S. 53, Y. 2004, ss. 171-174.

Sayıştay Daireler Kurulu, K. 2006/1218-1, T. 12.12.2006, **Legal Online Veritabanı**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Kamu İhale Kurulu Kararları

Kurul, K. 2003/UK.Z-121, T. 03.06.2003, R.G., T. 17.06.2003, S. 25141.

Kurul, K. 2003/UK.Z-476, T. 02.10.2003, R.G., T. 06.11.2003, S. 25281.

Kurul, K. 2003/UK.Z-814, T. 11.12.2003, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Kurul, K. 2005/UH.Z-1364, T. 18.07.2005, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Kurul, K. 2005/UM.Z-1958, T. 17.10.2005, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Kurul, K. 2006/UM.Z-1526, T. 26.06.2006, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Kurul, K. 2006/UH.Z-2382, T. 09.10.2006, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Kurul, K. 2006/UH.Z-3007, T. 28.11.2006, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.

- Kurul, K. 2006/UM.Z-3134, T. 11.12.2006, **EKAP**.
- Kurul, K. 2007/UM.Z-129, T. 15.01.2007, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.
- Kurul, K. 2007/UY.Z-683, T. 26.02.2007, **EKAP**.
- Kurul, K. 2007/UH.Z-963, T. 12.03.2007, **Kanunum**, Erişim Tarihi: 16.01.2023.
- Kurul, K. 2007/UM.Z-1544, T. 04.05.2007, **EKAP**.
- Kurul, K. 2007/UY.Z-2298, T. 09.07.2007, **EKAP**.
- Kurul, K. 2007/UY.Z-2310, T. 09.07.2007, **EKAP**.
- Kurul, K. 2007/UM.Z-3644, T. 12.11.2007, **EKAP**.
- Kurul, K. 2007/UM.Z-4257, T. 31.12.2007, **EKAP**.
- Kurul, K. 2008/UM.Z-137, T. 14.01.2008, **EKAP**.
- Kurul, K. 2008/UH.Z-743, T. 11.02.2008, **EKAP**.
- Kurul, K. 2008/UY.Z-910, T. 25.02.2008, **EKAP**.
- Kurul, K. 2008/UH.Z-1078, T. 03.03.2008, **EKAP**.
- Kurul, K. 2008/UY.Z-2958, T. 15.07.2008, **EKAP**.
- Kurul, K. 2008/UH.Z-3299, T. 05.08.2008, **EKAP**.
- Kurul, K. 2008/UM.Z-3336, T. 12.08.2008, **EKAP**.
- Kurul, K. 2008/UM.II-3986, T. 24.09.2008, **EKAP**.
- Kurul, K. 2008/UM.I-5011, T. 18.12.2008, **EKAP**.
- Kurul, K. 2009/UY.I-1030, T. 05.03.2009, **EKAP**.
- Kurul, K. 2009/UH.I-1046, T. 09.03.2009, **EKAP**.
- Kurul, K. 2009/UH.I-1756, T. 29.06.2009, **EKAP**.
- Kurul, K. 2009/UH.III-2196, T. 31.08.2009, **EKAP**.
- Kurul, K. 2009/UM.II-2731, T. 09.11.2009, **EKAP**.
- Kurul, K. 2009/UM.III-2836, T. 23.11.2009, **EKAP**.
- Kurul, K. 2010/UH.I-686, T. 02.03.2010, **EKAP**.
- Kurul, K. 2010/UH.I-739, T. 09.03.2010, **EKAP**.
- Kurul, K. 2010/UY.I-1122, T. 20.04.2010, **EKAP**.
- Kurul, K. 2010/UY.I-1484, T. 24.05.2010, **EKAP**.

Kurul, K. 2010/UM.I-1617, T. 07.06.2010, **EKAP**.

Kurul, K. 2010/UH.II-2003, T.12.07.2010, **EKAP**.

Kurul, K. 2010/UM.I-2040, T. 12.07.2010, **EKAP**.

Kurul, K. 2010/UM.II-2202, T. 26.07.2010, **EKAP**.

Kurul, K. 2010/UY.I-2551, T. 23.08.2010, **EKAP**.

Kurul, K. 2010/UH.II-3223, T. 18.10.2010, **EKAP**.

Kurul, K. 2010/UY.KIKDB-4000, T. 30.12.2010, **EKAP**.

Kurul, K. 2010/UH.III-4003, T. 30.12.2010, **EKAP**.

Kurul, K. 2011/UH.III-73, T. 06.01.2011, **EKAP**.

Kurul, K. 2011/UH.II-875, T. 28.02.2011, **EKAP**.

Kurul, K. 2011/UM.I-1278, T. 11.04.2011, **EKAP**.

Kurul, K. 2011/UH.II-1867, T. 06.06.2011, **EKAP**.

Kurul, K. 2011/UM.II-2286, T. 04.07.2011, **EKAP**.

Kurul, K. 2011/UY.II-2856, T. 22.08.2011, **EKAP**.

Kurul, K. 2011/UY.III-3994, T. 05.12.2011, **EKAP**.

Kurul, K. 2012/UH.II-192, T. 09.01.2012, **EKAP**.

Kurul, K. 2012/UY.I-595, T. 26.01.2012, **EKAP**.

Kurul, K. 2012/UH.II-619, T. 26.01.2012, **EKAP**.

Kurul, K. 2012/UH.II-699, T. 02.02.2012, **EKAP**.

Kurul, K. 2012/UY.II-854, T. 06.02.2012, **EKAP**.

Kurul, K. 2012/UH.I-1066, T. 20.02.2012, **EKAP**.

Kurul, K. 2012/UM.I-1307, T. 12.03.2012, **EKAP**.

Kurul, K. 2012/UH.II-1467, T. 26.03.2012, **EKAP**.

Kurul, K. 2012/UM.II-1743, T. 16.04.2012, **EKAP**.

Kurul, K. 2012/UH.II-1937, T. 30.04.2012, **EKAP**.

Kurul, K. 2012/UH.II-2069, T. 14.05.2012, **EKAP**.

Kurul, K. 2012/UH.II-2241, T. 28.05.2012, **EKAP**.

Kurul, K. 2012/UH.I-2345, T. 04.06.2012, **EKAP**.

Kurul., K. 2012/UH.I-2833, T. 11.07.2012, **EKAP**.

Kurul, K. 2012/UH.I-3424, T. 29.08.2012, **EKAP**.

Kurul, K. 2012/UH.I-3635, T. 19.09.2021, **EKAP**.

Kurul, K. 2012/UM.II-3731, T. 26.09.2012, **EKAP**.

Kurul, K. 2012/UM.II-3960, T. 17.10.2012, **EKAP**.

Kurul, K. 2012/UH.III-4913, T. 20.12.2012, **EKAP**.

Kurul, K. 2013/UH.III-1502, T. 25.03.2013, **EKAP**.

Kurul, K. 2013/UH.II-3386, T. 28.08.2013, **EKAP**.

Kurul, K. 2013/UH.II-2264, T. 29.05.2013, **EKAP**.

Kurul, K. 2013/UH.II-3582, T. 11.09.2013, **EKAP**.

Kurul, K. 2013/UH.I-3741, T. 23.09.2013, **EKAP**.

Kurul, K.2013/UH.II-4645, T. 11.12.2013, **EKAP**.

Kurul, K. 2014/UH.III-699, T. 03.02.2014, **EKAP**.

Kurul, K. 2014/DK.D-21, T. 26.02.2014, **EKAP**.

Kurul, K. 2014/UH.I-1116, T. 26.02.2014, **EKAP**.

Kurul, K. 2014/UH.III-1949, T. 30.04.2014, **EKAP**.

Kurul, K. 2014/UM.III-2088, T. 14.05.2014, **EKAP**.

Kurul, K. 2014/UM.II-2307, T. 11.06.2014, **EKAP**.

Kurul, K. 2014/UH.IV-4164, T. 24.12.2014, **EKAP**.

Kurul., K. 2015/UH.III-650, T. 25.02.2015, **EKAP**.

Kurul, K. 2015/UY.II-1190, T. 29.04.2015, **EKAP**.

Kurul., K. 2015/UM.IV-1321, T. 06.05.2015, **EKAP**.

Kurul, K. 2015/UH.II-1368, T. 14.05.2015, **EKAP**.

Kurul, K. 2015/UH.II-1910, T. 08.07.2015, **EKAP**.

Kurul, K. 2015/UH.II-2399, T. 02.09.2015, **EKAP**.

Kurul, K. 2015/UH.III-3369, T. 16.12.2015, **EKAP**.

Kurul, K. 2016/UM.II-313, T. 28.01.2016, **EKAP**.

Kurul, K. 2016/UH.I-980, T. 06.04.206, **EKAP**.

Kurul, K. 2016/UH.II-1352, T. 18.05.2016, **EKAP**.

Kurul, K. 2016/UH.I-1830, T. 20.07.2016, **EKAP**.

Kurul, K. 2016/UM.III-1869, T. 27.07.2016, **EKAP**.

Kurul, K. 2016/UH.I-2150, T. 24.08.2016, **EKAP**.

Kurul, K. 2016/UM.I-1960, T. 03.08.2016, **EKAP**.

Kurul, K. 2016/UH.I-3260, T. 28.12.2016, **EKAP**.

Kurul, K. 2017/UH.II-95, T. 04.01.2017, **EKAP**.

Kurul, K. 2017/UH.II-633, T. 22.02.2017, **EKAP**.

Kurul., K. 2017/UM.IV-2348, T. 25.08.2017, **EKAP**.

Kurul, K. 2017/UH.II-2996, T. 08.11.2017, **EKAP**.

Kurul, K. 2017/UH.II-3433, T. 19.12.2017, **EKAP**.

Kurul, K. 2017/UM.II-3502, T. 27.12.2017, **EKAP**.

Kurul, K. 2018/UY.II-897, T. 02.05.2018, **EKAP**.

Kurul, K. 2018/UH.II-1908, T. 01.11.2018, **EKAP**.

Kurul., K. 2019/UH.IV-1536, T. 28.11.2019, **EKAP**.

Kurul, K. 2019/UH.II-1698, T. 26.12.2019, **EKAP**.

Kurul, K. 2020/UH.I-35, T. 08.01.2020, **EKAP**.

Kurul, K. 2020/UH.II-101, T. 15.01.2020, **EKAP**.

Kurul, K. 2020/UH.II-319, T. 12.02.2020, **EKAP**.

Kurul, K. 2020/UY.I-528, T. 11.03.2020, **EKAP**.

Kurul, K. 2020/UH.II-628, T. 01.04.2020, **EKAP**.

Kurul, K. 2020/UH.IV-896, T. 22.05.2020, **EKAP**.

Kurul, K. 2020/UM.I-1358, T. 12.08.2020, **EKAP**.

Kurul, K. 2020/DK.D-373, T. 18.11.2020, **EKAP**.

Kurul, K. 2020/UY.II-1992, T. 02.12.2020, **EKAP**.

Kurul, K. 2020/UM.I-2162, T. 30.12.2020, **EKAP**.

Kurul, K. 2021/UH.II-781, T. 07.04.2021, **EKAP**.

Kurul, K. 2021/UH.I-1449, T. 29.07.2021, **EKAP**.

Kurul, K. 2022/UH.I-29, T. 05.01.2022, **EKAP**.

Kurul, K. 2022/UH.I-455, T. 06.04.2022, **EKAP**.

Kurul, K. 2022/UM.I-900, T. 03.08.2022, **EKAP**.

Rekabet Kurulu Kararları

Rekabet Kurulu, K. 07-34/349-129, T. 24.04.2007.

Rekabet Kurulu, K. 08-74/1180-455, T. 19.12.2008.

Rekabet Kurulu, K. 10-72/1503-572, T. 11.11.2010.

Rekabet Kurulu, K. 10-78/1625-625, T. 16.12.2010.

İdare Mahkemesi Kararları

Ankara 4. İdare Mahkemesi, E. 2008/1407, T. 10.11.2008, İçinde: Kurul, K. 2008/MK-151, T. 18.12.2008, **EKAP**.

TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : T.C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
Enstitü : SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Hazırlayanın Adı Soyadı : Selman GÜNAYDIN
Tez Başlığı : 4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNU UYARINCA YAPILAN
İHALELERDE REKABET İLKESİNİN NİTELİKLERİ
Savunma Tarihi : 30/01/2023
Danışman : Dr. Öğretim Üyesi Özge AKSOYLU ÜRGER

JÜRİ ÜYELERİ:

Unvan, Ad-Soyad

İmza

Doç. Dr. Çağla TANSUĞ

Doç. Dr. Ahmet YAYLA

Dr. Öğr. Üyesi Özge AKSOYLU ÜRGER

Prof. Dr. Ulun AKTURAN

Enstitü Müdürü