T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

KAMU İHALE HUKUKUNDA ŞARTNAMELER

DOKTORA TEZİ

HAZIRLAYAN

DİLŞAT YILMAZ

DANIŞMAN

PROF. DR. E. ETHEM ATAY

ANKARA 2012

T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

KAMU İHALE HUKUKUNDA ŞARTNAMELER

DOKTORA TEZİ

HAZIRLAYAN

DİLŞAT YILMAZ

DANIŞMAN

PROF. DR. E. ETHEM ATAY

ANKARA 2012

ONAY

Dilşat YILMAZ tarafından hazırlanan "Kamu İhale Hukukunda Şartnameler" başlıklı bu çalışma, 26.09.2012 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği ile başarılı bulunarak jürümüz tarafından Kamu Hukuku Anabilim dalında Doktora tezi olarak kabul edilmiştir.

Prof. Dr. Hasan TUNÇ

.....(Başkan)

Prof. Dr. Murat Sağlam

Prof. Dr. S. Ethem Atay

Prof. Dr. Ali Akyıldız

Prof. Dr. Bahtiyar Akyılmaz

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER ..... **I**
KISALTMALAR CETVELİ ..... **VI**
GİRİŞ **1**

BİRİNCİ BÖLÜM
KAMU İHALE SÜRECİ

I. KAMU İHALE SÜRECİ VE ÖNEMİ **4**
II. KAMU İHALE SÜRECİNİN GELİŞİMİ **8**
A. AB İhale Hukuku'nun Kanuni Çerçevesi 8
1. Birincil Hukuk 15
2. İkincil Hukuk 18
3. Üye Devletlerin İç Hukuk Sistemlerine Etki 20
4. İhale Sürecine İlişkin Temel Kurallar 20
5. Şartname 23
6. İhale Sürecinin Sona Erdirilmesi 25
7. İhale Alanında Hukuki Koruma 26
B. Almanya'da Kamu İhale Hukukunun Gelişimi ve Kanuni Çerçevesi 29
1. Kaynaklar ve Anayasal Dayanak Sorunu 31
2. Alman İhale Hukuku'nun Genel Gelişimi 36
3. İhale Hukuku Uygulaması 45
C.Türkiye'de Kamu İhale Hukukunun Genel Gelişimi ve Kanuni Çerçevesi 48
III. KAMU İHALE SÜRECİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ **55**
A.Türkiye'de Sözleşme Teorisi Açısından Kamu İhale Sözleşmesi 55
B. Almanya'da Sözleşme Teorisi Açısından Kamu İhale Sözleşmesi 59
C.Tâbi Olunan Hukuk Dalı Açısından Kamu İhale Süreci 62
Ç. Kamu İhale Sözleşmesinin Karakteri ve Kamu İhale Sürecinin İdari Usul Bağlamında Değerlendirilmesi 77
D. Diğer Hukuk Dalları İle Kamu İhale Süreci İlişkisi 82

İKİNCİ BÖLÜM
ŞARTNAMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE ÖZELLİKLERİ

I. ŞARTNAME 85
II. İDARİ İŞLEM 90
III. İDARİ İŞLEM OLARAK "ŞARTNAME" 95
IV. İDARİ İŞLEMİN ÇEŞİTLERİ 97
A. Maddi Açıdan Tasnif 97
1. Birel İşlem 97
2. Düzenleyici İşlem-Genel Karar 98
B. Açıklanan İrade Bakımından İdari İşlem 99
1. Açıklanan İrade Sayısına Göre Tasnif 99
2. Açıklanan İradenin Dış Dünyaya Yansıma Şekline Göre Tasnif 99
C. Hukuki Etkisine Göre İdari İşlem 100
Ç. İsteğe Bağlı Olup Olmamalarına Göre İdari İşlem 101
V.TÜRK HUKUKUNDA İDARİ İŞLEM TÜRÜ BAKIMINDAN "ŞARTNAME 101
VI. ALMAN HUKUKUNDA ŞARTNAMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ 105
VII. "ŞARTNAME" VE İHALE SÜRECİ BAKIMINDAN ÖNEMİ 109
VIII. ŞARTNAMENİN TAŞIMASI GEREKEN ÖZELLİKLER 115
A. Türk İhale Hukuku Sisteminde Şartnamenin Özellikleri 115
B. Şartnamede "Benzer İş" Kavramı 128
C. Türk İhale Hukukunda Şartname ve Diğer İhale Dökümanları Arasında İlişki 132
Ç. Elektronik Ortamda Hazırlanan Şartname 137
1. Ekap Öncesinde Şartname 137
2. Ekap Sonrasında Şartname 138
IX. AB VE ALMAN HUKUKUNDA ŞARTNAMENİN TAŞIMASI GEREKEN ÖZELLİKLER 139
A. AB Mevzuatı 139
B. Alman İhale Mevzuatı 140

1. Temel Kurallar 140
2. Şartnamede Belirsizlik Yaratan Durumlar 154
3. Şartnamenin Yorumu 160
X. ŞARTNAMEDE DEĞİŞİKLİK YAPILMASI 162

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
ŞARTNAMENİN HUKUKSAL DENETİMİ VE DENETİMİN SONUÇLARI

I. TÜRK HUKUKUNDA DENETİM 168
A. İdari Denetim 168
1. Şikayet 173
a. Ehliyet 173
b. Süre 175
c. Şikayetin Sonuçlandırılması 181
ç. Şikayet Başvurusunun İhale Sürecine Etkisi 183
2. İtirazen Şikayet 184
a. Ehliyet 186
b. Süre 186
c. İtirazen Şikayet Başvurusunun İhale Sürecine Etkisi 190
ç. İtirazen Şikayet Başvurusunun Sonuçlandırılması 191
3. Zorunlu İdari Başvuru ve Zararların Tazmini 195
B. Yargısal Denetim 199
1. İlk İnceleme 200
2.İptal Davası 206
3. Tam Yargı Davası 211
a. Sorumluluğun Türü 211
b. Sorumluluğun Koşulları 213
(1) Zarar 213
(2) İdarenin Davranışı 213
(3) Nedensellik Bağı 213
C. Kamu İhale Sürecine İlişkin Yargı Kararlarının Uygulanması 214
1. Yargı Kararlarının Yerine Getirilmesi Zorunluluğu 215

2.Yargı Kararlarının Yerine Getirilmesinde Karşılaşılan Sorunlar, Maddi ve Hukuki İmkânsızlık 216
3. Kamu İhale Mevzuatına İlişkin Yargı Kararlarının Uygulanması.. 217
4. Sözleşmenin Geçerliliği Konusundaki Bazı Sorunlar 225
II. ALMAN HUKUKUNDA DENETİM 231
A. Eşik Değerin Üstünde Kalan İhaleler 232
1.İhale Dairesine Başvuru 233
2. İhale Senatosu'na Başvuru 236
B. Eşik Değerin Altında Kalan İhaleler 238
C. Şartnamede Hukuka Aykırılık Yaratan Durumlar 240
Ç. Alman Yargı Yerlerinin Hukuka Aykırı Şartname Konusunda Yaklaşımı 246
1. 1965 Tarihli Temel Nitelikli Bgh Kararı 246
2. Universitaet Bibliothek Kararı 248
3. Wasserhaltung I Kararı 249
4. Wasserhaltung II Kararı 250
5. Wasserhaltung III Kararı 251
6. Sonderfarben Kararı 252
7. Kammerschleuse Kararı 254
8. Bodenposıtıon Kararı 255
9.Şartnamedeki Hukuka Aykırılık ve Eksiklikler Konusunda Güncel Kararlar 256
D.Yargı Kararlarına Sıkça Konu Olan Şartname Hükümleri 263
E.İhaleyi Alamayan İstekliler Bakımından "Culpa In Contrahendo" Uygulaması 267
F.İhale Hukuku Alanında Haksız Fiilden Kaynaklanan Sorumluluk 272
G. İhale Hukuku Bağlamında Kamu Görevlilerinin Sorumluluğu 274
Ğ. İhale Hukuku Alanında "Yokluk" Yaptırımı 277
H. İhale Hukuku Alanında "Geçici Hukuki Koruma" 279
I. İhale Hukukunda Anayasal Koruma 283
İ. Diğer Denetim Yolları 287
DEĞERLENDİRME VE SONUÇ 290

KAYNAKÇA 297
ÖZET 310
ABSTRACT 311

KISALTMALAR CETVELİ

a.g.e. : Adı geçen eser

a.g.m. : Adı geçen makale

AB : Avrupa Birliği

AİD : Amme İdaresi Dergisi

AÖR : Archiv des öffentlichen Rechts (Kamu Hukuku Arşivi)

APEC : Asia-Pacific Economic Cooperation (Asya Pasifik Ekonomik İşbirliği)

ATAD (EuGH) : Avrupa Topluluğu Adalet Divanı (Europaisches Gerichtschof)

AÜHFD : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

AÜSBE : Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

B. (Band) :Sayı

Bau : BauRecht (İmar Hukuku)

BGB : Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)

BGBl : Bundesgesetzblatt (Alman Yasama Bülteni)

BGH : Bundesgerichtshof (Alman Federal Yargıtayı)

BHO *:* Bundeshaushaltsordnung (Federal Bütçe Talimatnamesi)

BaK : Bakanlar Kurulu

Bkz, bkz : Bakınız

BVerfG : Bundesverfassungsgericht (Alman Federal Anayasa Mahkemesi)

BVerwG : Bundesverwaltungsgericht (Alman Federal İdare Mahkemesi)

CE : Conseil d'État (Fransız Danıştayı)

Cic : Culpa in contrahendo (sözleşme öncesi kusur sorumluluğu)

DBB : Danıştay Bilgi Bankası

DDDGK : Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu

DDDUH : Danıştay Dava Daireleri Umumi Heyeti

DİİDK : Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu

DÖV : Die öffentliche Verwaltung (Kamu İdaresi)

DVBL : Deutsches Verwaltungsblatt (Alman İdare Bülteni)

DXD : Danıştay X Dairesi

E. : Esas

e-imza : Elektronik İmza

EFTA : European Free Trade Association (Avrupa Serbest Ticaret Topluluğu)

EKAP : Elektronik Kamu Alımları Platformu

EuZW : Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Ekonomi Hukuku Avrupa Gazetesi)

GATT : The General Agreement on Tariffs and Trade (Gümrük ve Ticaret Genel Anlaşması)

GG : Grund Gesetz (Alman Anayasası)

GPA : Government Procurement Agreement (Kamu Alımı Anlaşması)

GPC : Government Procurement Code (Kamu Alımı Kanunu)

GÜSBE : Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

GWB : Gesetz Gegen Wetweberb Beschraenkung (Rekabetin Sınırlanmasının Engellenmesine İlişkin Kanun)

HGrG : Gesetz über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder (Eyaletler ve Federal Devlet Bütçe Kanunu)

İÜHF : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İYUK : İdari Yargılama Usulü Kanunu

JA : Juristische Arbeitsblaetter (Kamu Hukuku Çalışma Bülteni)

JuS : Juristische Schulung (Hukuk Eğitimi)

K. : Karar

KATÜ : Karadeniz Teknik Üniversitesi

KG. : Kammergericht Berlin (OLG Berlin-Berlin Eyalet Üst Mahkemesi)

KİK : Kamu İhale Kurulu

LG : Landgericht (İlk Derece Mahkemesi)

m./M. : Madde

NAFTA : North American Free Trade Agreement (Kuzey America Serbest Ticaret Anlaşması)

NJW : Neue Juristische Wochenschrift (Yeni Haftalık Hukuk Dergisi)

NVwZ : Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (Yeni İdare Hukuku Dergisi)

NzBau : Zeitschrift deutsches und nationales Bau und Vergaberecht (Uluslararası ve Alman İmar ve İhale Hukuku Dergisi)

OECD : Organisation for Economic Co-operation and Development (Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü)

OLG : Oberlandsgericht (Eyalet Üst Mahkemesi)

RG : Resmi Gazete

s. : Sayfa

S. : Sayı

SBE : Sosyal Bilimler Enstitüsü

SektVO : Sektorenverordnung (Sektör İhale Kararnamesi)

T. : Kısım (Teil)

TBB : Türkiye Barolar Birliği

TİD : Türk İdare Dergisi

UM : Uyuşmazlık Mahkemesi

UN : United Nations (Birleşmiş Milletler)

UNICITRAL : United Nations Commission on International Trade Law (Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Komisyonu)

Vd, vd : Ve devamı

VgRAEG : Gesetz zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Vergabe öffentlicher Aufträge (İhale Hukuku Temel Kurallarında Değişiklik Yapan Kanun)

VgV : Vergabeverordnung (İhale Kararnamesi)

VK : Vergabekammer (İhale Dairesi)

VOB : Vergabe und Vertragsordnung für Bauleistungen (Yapım İşleri İhale ve Sözleşme Talimatı)

VOF : Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen (Serbest Hizmetler İhale ve Sözleşme Talimatı)

VOL : Vergabe und Vertragsordnung für Leistungen (Hizmet İşleri İhale ve Sözleşme Talimatı)

VwVfG : Verwaltungsverfahrensgesetz (Alman İdari Usul Kanunu)

WiVerw : Wirtschaft und Verwaltung (Ticaret ve İdare)

WTO : World Trade Organisation (Dünya Ticaret Örgütü)

Y4CD : Yargıtay 4. Ceza Dairesi

YHGK : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

YKD : Yargıtay Kararlar Dergisi

YPK : Yüksek Planlama Kurulu

ZfBR : Zeitschrift für Deutsches International Bau und Vergaberecht (Alman Uluslararası İmar ve İhale Hukuku Dergisi)

GİRİŞ

Kamu ihale süreci, esasen idarenin kamu hizmetini yürütmesi için gerekli ihtiyaçları giderme aracıdır. Bununla birlikte ihale, belli sosyal ve ekonomik politikaları gerçekleştirmede de önem taşımaktadır. Söz konusu gerçek, kamu ihale sürecinin düzgün ve verimli şekilde işlemesini sağlamanın, öngörülen hedeflere ulaşmada zorunluluk olduğuna işaret etmektedir. Şartname, hem kamu ihale sözleşmesi akdi süreci, hem de sözleşmenin esaslı noktalarına ilişkin hükümler getiren belge olduğu için, ihale hukukunun yapı taşı niteliğindedir. Başka bir ifadeyle, ihale düzenleyerek öngörülen hedeflere ulaşma, aslında şartnamenin ne kadar yeterli oluşturulduğuna bağlıdır. Anılan sebeplerle, şartnamenin hazırlanma sistemi, taşıması gereken özellikleri, hukuki niteliği, idari ve yargısal denetimi detaylı olarak incelenmelidir.

Şartnamenin ihale süreci ve ihale sözleşmesinin uygulanması üzerindeki etkisi sebebiyle, sahip olması gereken özelliklere hem ulusal hem uluslararası düzenlemelerde, detaylı olarak yer verilmektedir. AB'nin ortak pazarı sağlama hedefi sebebiyle, ihalenin Birlik müktesebatında önemli bir alan oluşturduğu, şartnamenin özellikleri konusunda da detaylı düzenlemeler yapıldığı ve çeşitli kriterlerin getirildiği görülmektedir.

Tezde şartname, üç bölüm altında, Türk, AB ve Alman Hukuk sistemleri mukayese edilerek incelenmektedir. Söz konusu araştırma yapılırken doktrinin ilgili konulara yaklaşımı ve yargı kararlarına da detaylı olarak değinilmektedir. Tezde ayrıca, şartname konusunda uygulamada yaşanan sorunlar nakledilmekte ve bu durumları aşmak için çeşitli çözüm önerileri getirilmektedir.

Birinci bölümde ihale sürecinin ortak pazarı sağlamada araç olması sebebiyle AB bakımından önemi saptandıktan sonra, Birlik İhale Hukukunun tarihi gelişimi kısaca aktarılmaktadır. Birlik Organlarının ihale konusuna yaklaşımlarına yer verilirken, Birlik ihale mevzuatının temel prensiplerine de

değinilmektedir. Anılan kapsamda, AB İhale Hukukunun şartname konusundaki temel prensipleri incelenmektedir. Bu açıklamalardan sonra, Birliğin lokomatifi konumundaki Almanya'nın ihale hukuku mevzuatının son derece karmaşık olan yapısı, ana hatları ile açıklanmaktadır. Böylelikle tezin bundan sonraki kısımlarında Alman İhale Hukukuna ilişkin yapılacak açıklamaların netleştirilmesi hedeflenmektedir. Söz konusu açıklama yapılırken Türk İhale Hukukunun yasal çerçevesi de tarihsel gelişimi ile kısaca aktarılmaktadır. Kamu Hukuku ve Özel Hukuk kesişim alanı içinde olması nedeniyle, ihale sürecinin hukuki niteliği Türk ve Alman Hukuk sistemleri bakımından incelenerek birinci bölüm tamamlanmaktadır. Bu bağlamda, kamu ihale sözleşmesinin hukuki niteliği ile kamu ihale sürecinin diğer hukuk dalları ile ilişkisi de değerlendirilmektedir.

İkinci bölümde idari işlem kuramının temel prensipleri aktarıldıktan sonra, şartnamenin, ne tür bir idari işlem olduğu, yargı kararları da dikkate alınmak suretiyle detaylı olarak değerlendirilmektedir. Şartnamenin idari işlem kimliği konusunda açıklama yapılırken, e-idare sürecine geçilmesi ile birlikte gündeme gelen elektronik ortamda hazırlanabilen şartname de irdelenmektedir. İkinci bölümde ayrıca, şartnamenin taşıması gereken özellikler güncel kanuni düzenlemeler bağlamında ele alınmaktadır. Bu kapsamda, şartnamede belirsizlik yaratan açıklamalar ve şartnamenin yorumlanma tekniği uygulama ve yargı kararları dikkate alınarak incelenmektedir. Tüm bu saptamalar, Türk ve Alman İhale Hukuku'nun mukayeseli incelemesi kapsamında gerçekleştirilmektedir

Üçüncü bölümde ise, şartnamede söz konusu olabilecek hukuka aykırılıklara karşı başvurulabilecek denetim mekanizmaları incelenmektedir. Söz konusu değerlendirme, hem idari hem de yargısal denetimi içeren genişlikte yapılmaktadır. Hukuka aykırılıklara karşı başvurulabilecek denetim yolları, başvuru usulünü de kapsar şekilde aktarılmaktadır. Bu bölümde, yapılacak idari ve yargısal denetim usulü ile şekli yanında, denetim sonunda alınacak kararların ihale sözleşmesi ve tarafların yükümlülüklerine etkisi de

incelenmektedir. Şartnamedeki hukuka aykrılıkların ilgililerin zararına sebep olması durumunda, tazmin yönetemi de detaylı olarak açıklanmaktadır. Söz konusu incelemeler Türk ve Alman İhale Hukuku sistemleri mukayese edilerek yapılırken, bu konudaki yargı kararları detaylı olarak incelenmektedir. Üçüncü bölümde ayrıca, şartnameden kaynaklanan uyuşmazlıkları çözmede mevzuatın yetersiz olduğu noktalar saptanmakta, sorunları çözmeye yönelik öneriler getirilmektedir.

Tezde ihale sürecini yönlendiren temel metin olan şartnamenin hukuki niteliği, temel özellikleri, şartnameden kaynaklanan uyuşmazlıkların halli yolları aktarılmaya çalışılmaktadır. Bunun yanısıra, çalışma yapılırken son derece zorlayıcı bir faktöre de bilhassa dikkat çekilmelidir. Türk İhale Hukuku mevzuatının inanılmaz bir hızla ve sık değişimi bu alanda çalışma yapanlar bakımından zorluk getirmenin ötesinde, ihale sürecine katılmak isteyenler ya da hukuki başvuru haklarını kullanmak isteyenler bakımından öngörülebilirliği tamamen ortadan kaldırmaktadır. Oysa, Hukuk Devletinin temel prensiplerinden bir tanesi idarenin faaliyetlerinin öngörülebilir olması bir diğeri ilgililerin idari işlemlere karşı başvuru haklarını etkin bir biçimde kullanabilmeleridir.

Son olarak, bir duruma daha işaret edilmelidir. Mevzuatta yapılan değişikliklerin, mevcut kurallar dikkate alınmaksızın gerçekleştirilmesi ve bu şekilde düzenlemeler arasında uyumsuzluklar yaratılması, hem idare hem de bireyler bakımından belirsizlik ve çelişkiler oluşturmaktadır. Söz konusu güçlüğü ortadan kaldırmak için, ihale mevzuatının sık sık değişiminden kaçınılması, bu mümkün olamıyorsa getirilecek yeni kuralların mevcut düzenlemeleri dikkate alarak sistemli bir şekilde hazırlanması gerekmektedir.

BİRİNCİ BÖLÜM

KAMU İHALE SÜRECİ

I. KAMU İHALE SÜRECİ VE ÖNEMİ

"*Havale*" sözcüğünden türetilmiş bir kavram olan ihale, 'bir işin birinin üzerinde bırakılması' anlamındadır[1]. Özay bu noktada geniş ve dar anlamda olmak üzere bir ayrım yapmaktadır. Geniş anlamda ihaleyi 'idarenin yapacağı sözleşmenin tarafını seçmeye yönelik süreç' olarak tanımlarken[2], tezde kullanılan anlamda ihaleyi ise "dar" anlam olarak nitelemektedir[3]. Kamu ihalesi dar ve genel olarak kullanılan anlamıyla, kamunun ihtiyaç duyduğu mal ve hizmetlerin satın alınmasını, yapım işlerinin sonuçlandırılmasını anlatmaktadır[4].*"Günümüzde modern devletin işlevleri göz önüne alındığında kamu alımlarının; büro araçlarından, hastane yapımına, savaş* gemilerinden

---

1 *"İhale, bir işi birden çok isteklilerin arasından en uygun görülen şartlarla kabul edene bırakmadır"*. Ferit DEVELLİOĞLU, **Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat**, Doğuş Ltd. Şti. Matbaası, 1962, Ankara, s. 496.

2 *"...demek suretiyle ihale usul ve kurallarının sadece idarenin özel hukuk sözleşmelerinde değil; idari sözleşmelerde de uygulanması gerektiğini belirtmiştir"*. Abdullah UZ, **İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmelerin Hukuksal Rejimi Bakımından Kamu İhale Sözleşmeleri**, Turhan Kitabevi, 2010, Ankara, s. 9. Çalışmamızda, idarenin ihtiyaç duyduğu mal ve hizmetlerin alımı ya da yapım işlerine ilişkin ihtiyaçların karşılanmasına ilişkin akdedilen sözleşme öncesinde geçirilen süreç anlamında "ihale" inceleme konusu yapılmaktadır. Bu noktada UZ'un da dikkat çektiği bir husus belirtilmelidir ki, Türk İdare Hukukunda idarenin sözleşmeleri arasında 4735 sayılı Kanun kapsamındaki sözleşmeler hariç tutulacak olursa, ihale sözleşmelerini ifade edecek ayrı bir sözleşme kategorisi bulunmamaktadır. Bkz. UZ, Hukuksal Rejim, s. 10. *"Kamu hizmeti örgütlerinin, piyasayla akdi ilişkiye girmesinde, sözleşme iradesinin oluşturulmasının özel yöntemi 'ihale'dir"* Onur KARAHANOĞULLARI, **Kamu Hizmeti, Kavram ve Hukuksal Rejim**, Turhan Kitabevi, 2002, Ankara, s. 313.

3 İl Han ÖZAY, **Günışığında Yönetim**, Filiz Kitabevi, 2004, İstanbul, s. 549. *"İhale kavramı, Türk İdare Hukuku'nda, idarenin görev alanına giren hizmetlerin yürütülmesi amacıyla, karşılığı idare tarafından ödenmek üzere gerekli mal ve hizmetlerin veya işin yasada öngörülen usul kurallarına uymak suretiyle oluşturulan rekabet ortamı içerisinde katılan adaylardan maliyet ve kalite bakımından en uygun teklifi sunan özel bir kişiye yaptırılmasına yönelik olarak imzalanacak sözleşmelerin oluşum sürecindeki bir dizi işlemleri ifade eder"*. Meltem KUTLU "İdari Usul ve İdare Sözleşmeleri" **İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyum**", Başbakanlık Yayını, 1998, Ankara, s. 112.

4 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, kamuya gelir sağlayan kira, satım gibi hukuki ilişkilerin kurulmasına ilişkin süreci de "ihale" kavramı içinde görmektedir.

sigortacılık hizmetime kadar çok geniş bir alanı kapsamına aldığı gözlenmektedir"[5].

İhale kavramı uygulamada[6] kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülme yöntemi olarak kullanılmakla beraber, söz konusu kavram kamu hizmetinin gördürülmesi usulü değildir. Yasin ihalenin bir özelleştirme yöntemi olmadığına dikkat çekmektedir: *"Uygulamada özellikle yerel yönetimlerin, kamu hizmeti olduğu kuşkusuz bulunan, çevre temizliği, abonelere ait su sayaçlarının okunması ve faturaların düzenlenmesi, yol bakımı ve onarımı işlerinin güvenlik ve sağlık hizmetlerinin ihale mevzuatı çerçevesinde özel hukuk kişilerine gördürülmesi mümkün olacaktır. Ancak, bu durum dahi tek başına ihaleyi bir kamu hizmetinin özelleştirilmesi yöntemi olarak kabule yetmemektedir. Burada asıl belirleyici olan, ihale süreci sonunda yapılacak olan sözleşmenin içeriği ve niteliğidir. Eğer sözleşme; içeriği itibarı ile kamu hizmetinin görülmesine ilişkin usullerden birinin özelliğini taşıyor ise, bu durumda kamu hizmetinin özel hukuk kişilerine gördürülmesinden söz edilebilir"*[7].

"Kamu ihalesi", ekonomiyi yönlendirme, belli sosyal politikalara destek olmak gibi çok boyutlu bir yapıya sahiptir. İhale, kamusal ihtiyaçların giderilmesi yanında çeşitli amaçları gerçekleştirmek için araç olarak da kullanılmaktadır[8]. Kamu ihale hukukunun kamunun ihtiyaçlarını sağlamak dışında, çeşitli politikaları gerçekleştirmek için araç olarak kullanılması, ihale sürecinin önemini daha da artıran bir faktör olmuştur. Mevcut duruma bakıldığında kamu ihalesinin, sosyal, ekonomik ya da başka pek çok

---

[5] Mehmet DEMİRCİOĞLU, **Türk İhale Sisteminin Avrupa Birliği Sistemine Uyumu,** Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, KATÜ SBE, Temmuz 2003, Trabzon, s. 13.

[6] Ülkemiz uygulamasına bakıldığında ihale, milli parkların kamu ücretlerinin tahsili gibi kamu hizmetlerinin gördürülmesinde ya da özelleştirme uygulamalarında bir yöntem olarak kullanılmaktadır.

[7] Melikşah YASİN, **Uygulama ve Yargı Kararları Işığında Özelleştirmenin Hukuki Rejimi,** Beta Yayınları, 2007, İstanbul, s. 160.

[8] İhale yönteminin avantajlarından bazıları olarak, kaynakların dağılımında verimlilik ve etkinliğin sağlanması, piyasalarda tekelin önlenerek küçük firmaların desteklenmesi, saydam ve adil olma gibi pek çok özelliğe dikkat çekilmektedir. Bkz. DEMİRCİOĞLU, a.g.e, s. 6.

politikayı hayata geçirmede işlevi olduğu görülmektedir[9]. Gerçekten de uygulamalar incelendiğinde kamu ihalesinin farklı alanlar açısından değişik sonuçları bulunmaktadır. Kamu ihaleleri bir yandan kamu kaynaklarının israfının önüne geçip, en uygun tedarikçinin bulunmasını sağlarken; diğer yandan ülke kalkınmasına katkıda bulunma, sosyal ve çevresel politikaların desteklenmesini sağlama gibi görevleri de yerine getirmektedir. Bu gerçek göstermektedir ki, kamu ihale sürecinin düzgün işlemesini sağlamak aynı zamanda pek çok alanda öngörülen hedefin gerçekleşmesini sağlamaya katkıda bulunacaktır. *"Kamu sektörü tarafından bir defada harcanan tutar, çoğu zaman, bir hane halkı veya şirket tarafından harcanan tutardan çok daha fazladır"*[10]*. "Gelişmekte olan ülkelerde de, her nekadar yaygın özelleştirme programları uygulanıyor olsa da altyapı, eğitim ve sağlık yatırımları kamu eli ile gerçekleştirilmektedir"*[11]*.*

Heckmann, kamu hukuku kaynaklı olan ihale kurallarının ekonomik alt yapıya sahip olduğu, kamunun ekonomik davranmasını ve kamu kaynaklarının israf edilmesini önlediğini ifade etmektedir[12]. İhalelerin ekonomi politikası yönünden önemini göstermesi bakımından, Lux, ihale sürecinin karışıklığına rağmen, ihalelerin pek çok firma için büyük öneme sahip olduğu ve yapı sektöründe talep azlığı nedeniyle, varlıkları ihalelere bağlı pek çok şirket olduğuna dikkat çekmektedir[13].

İhale hukukunun bu işlevi Alman İhale Hukukunda son dönemlerde yapılan düzenlemeleri ve AB direktiflerinde artan şekilde yer bulmaktadır. Alman İhale Hukukunun temel metni olan Rekabetin Sınırlanmasının Engellenmesine İlişkin Kanun(GWB)[14]'nın verdiği yetkiye dayanılarak

---

9 *"Diğer yandan kamu alımları, sosyal politika ve çevrenin korunması başta olmak üzere diğer politikalar için de bir araç olarak kullanılmaktadır".* Abdullah UZ, **Kamu İhale Hukuku**, Turhan Kitabevi, 2004, Ankara, s. 3.

10 Hasan YILDIZ , "Avrupa Birliği'nin Kamu İhaleleri Konusundaki Düzenlemeleri ve Bu Konuda Ülkemizde Yaşanan Gelişmeler", **TİD**, S. 439, Haziran 2003, s. 40.

11 Gencay ŞAYLAN, "Kamu Yatırımlarında İhale Düzeninin İşlerliği ve Hakemlik Kurumu", **AİD**, Cilt. 28, Sayı. 1, 1995, s. 64.

12 Christina HECKMANN, "Einführung in das Vergaberecht",**Verwaltungsrundschau**, 2009/1, s. 5.

13 Johannes LUX , "Einführung in das Vergaberecht", **JuS**, 2006/11, s. 970.

14 26.08.1998, (BGBl. I, s. 2521, 2546).

eyaletler tarafından çıkarılan tarifelere ilişkin kanunlar gibi pek çok düzenleme bunun bir göstergesini oluşturmaktadır.

Kamu ihalelerinin gerek ulusal gerekse uluslararası alanda ekonomiye yön veren genişliği dikkate alındığında[15], şartnamenin hukuki niteliğinin saptanmasından önce, sistematik bütünlüğü sağlamak ve daha sonra şartnameye ilişkin olarak yapılacak açıklamaları netleştirmek bakımından, kamu ihale hukuku alanında ulusal ve uluslararası platformda mevcut durumun genel olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

Gerçekten de gerek ulusal gerekse uluslararası alanda ihale konusunda yoğun ve süregelen bir düzenleme çabası olduğu dikkat çekmektedir. *"İhale yönteminin güncelliği ve önemi, kamu ve özel sektörce çok geniş bir biçimde kullanılmasından kaynaklanmaktadır"*[16]*.* Kamu ihalesindeki yerli yatırımcıların kayırılması gibi durumların ekonomik bir sorun olarak algılanması, bu alanda uluslararası platformda da, yoğun çalışmaların gerçekleştirilmesini zorunlu hale getirmiştir.

"Kamu eli ile yatırım, sermaye birikimini yetersiz olduğu yoksul ya da "gelişmekte" olan ülkelerde yaşamsal bir önem taşımaktadır. Kamu yatırımları gelişmekte olan ülkelerin geleceğini belirleyen en ağırlıklı süreçlerden biri sayılabilmektedir. Bununla beraber ülkeler kalkınıp zenginleştikçe kamu eli ile yapılan yatırımlar en azından mutlak değer olarak daha da artma eğilimi göstermektedir"[17]*.* AB düzeyinde, kamu ihale süreci giderek artan bir öneme kavuşurken, söz konusu alanın temeli çok daha eskiye dayanmaktadır. Kamu İhale Hukukunun geçmişinin Antik Yunan ve Roma'ya dayandığının belirtilmesi gerekmektedir. Roma döneminde, özellikle devlete ait imar işlerinin, özel girişimcilere özel bir usul takip edilerek sonuçlandırıldığı ifade edilmektedir. İzlenen usulde temel amaç, en uygun

---

[15] "*Kamu harcamaları bakımından kamu alımları en önemli konuyu oluşturmaktadır".* Turgut Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku**, Turhan Kitabevi, 2010, Ankara, s. 325.

[16] DEMİRCİOĞLU, a.g.e., s. 12.

[17] ŞAYLAN, a.g.m., s. 63.

teklifin alınması şeklinde açıklanmaktadır[18]. Bu dönemlerde ihalenin en uygun teklif veren kimse ile sözleşme yapmaya yöneldiği ve bugünkü ihale hukukunu temelinin Roma Hukukundaki "licitatio" olduğu ifade edilmektedir[19]. "Licitatio" kelimesi "artırma ve eksiltme" anlamına gelmektedir[20]. Söz konusu usulde, eksiltme söz konusu olup, tekliflerin sözlü olarak verildiği, sürecin eksiltmenin ilanı ve "leges locationes" ile başladığı ifade edilmektedir. Belirtilen usulde sürecin, şartnamede yapılacak imar işinin tanımlanması, işe ilişkin kuralların belirlenmesi, işin tamamlanması ve ödemeden oluştuğu ve bu uygulamanın XIX. yüzyıl ortalarına yani ihale sürecine geçilene kadar uygulamaya devam edildiği belirtilmektedir[21].

II. KAMU İHALE SÜRECİNİN GELİŞİMİ

Kamu ihale sürecinin gelişim süreci, tezin konusu olan şartnamenin ihale sürecindeki konumu ile yakından ilişkilidir. Bu nedenle, ihale sürecininin kanuni çerçevesinin karşılaştırmalı bir şekilde ele alınması yerinde olacaktır. Söz konusu karşılaştırmada AB mevzuatı yanında, Birliğin lokomatifi olması sebebiyle Alman mevzuatına da geniş ölçüde yer verilecektir[22].

A. AB İhale Hukuku'nun Kanuni Çerçevesi

Kuruluş temeli ekonomik gerekçelere dayanan AB Kurucu Anlaşması niteliğindeki 25 Mart 1957 tarihli Roma Anlaşması'nda "ihale" başlığı altında açık bir ifade kullanılmasa da, kamu ihalesinin ekonomik tedbirler içinde yer alması, ihalelerin de anlaşma bağlamında yer aldığının kabulüne sebep

---

[18] Jan BYOK, Wolfgang JAEGER, **Kommentar zum Vergaberecht**, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 2005, Frankfurt, s. 3.

[19] Bkz. Vedat BUZ, **Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları**, Yetkin Kitabevi, 2007, Ankara, s. 37.

[20] Ejder YILMAZ, **Hukuk Sözlüğü**, Yetkin Kitabevi, 1996, Ankara, s. 499.

[21] BUZ, a.g.e, s. 36–37.

[22] AB mevzuatı bağlamında ihale sürecine katılanlar ile, Alman İhale Hukukunda "bewerber", "bieter", "unternehmer" ya da "teilnehmer" şeklinde ifade edilen katılımcılar, tezde "istekli" olarak ifade edilecektir. İhalenin anılan kimseler üzerinde bırakılması hali ise, net bir biçimde ifade edilecektir.

olmaktadır[23]. Anlaşmanın 01.01.1958 tarihinde yürürlüğe giren ilk metninde yer almayan ihale konusu, 1987 yılında bugünkü Anlaşmanın 163[24], (eski 130. madde) maddesine eklenmiştir. Aynı zamanda Kurucu Anlaşmanın vatandaşların serbest dolaşımına ilişkin 43. maddesi, hizmetlerin serbest dolaşımına ilişkin 49. maddesi, iş gücünün serbest dolaşımına ilişkin 39. maddesi ve malların serbest dolaşımına ilişkin 28. maddesi, ihale hukukunun dayanakları arasında gösterilmektedir[25]. AB'nin kurumsal harcamalarının büyük bir bölümünün kamu ihalelerine ilişkin olması gerçeği de bu saptamayı desteklemektedir. 163. maddenin getirilme amacı, Birliğin araştırma ve teknolojik gelişmeyi sağlama hedefi içinde ele alınmaktadır. 2004 senesinde Birlik harcamamalarının 1.5. milyar dolardan fazlasının kamu ihalelerine ilişkin olmasının, ihale sürecinin Birlik açısından önemini daha da artırdığı ifade edilmektedir[26].

AB üyelerinin bazılarının aynı zamanda WTO GATT ile başlayıp GATT GPC ve GPA[27] ile devam eden sürece dahil olmaları, AB'nin kamu ihaleleri alanındaki adımlarına da yol gösterici olmuştur. Birliğin temel amaçlarından biri olan tek pazarın hayata geçirilmesi ancak üyelerin konuya ilişkin mevzuatlarının uyumlu olması ile sağlanabilecektir[28]. Heer bu durumu, AB Antlaşması'nın temel kurallarının ihale hukuku alanında kullanıldığı şeklinde

---

[23] Meltem KUTLU, **İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci**, Dokuz Eylül Üniversitesi Döner Sermaye Yayınları, 1997, İzmir, s. 112. , Birlik entegrasyonunu sağlamada önemli yeri olan Maastricht Anlaşması'nda da kamu alımlarına ilişkin açık bir ifade yer almamaktadır. Ancak anlaşmadaki hükümler incelendiğinde kamu alımlarını da bu kapsamda algılama zorunluluğu ortaya çıkmaktadır.

[24] Anlaşma'nın 163. maddesi, Birliğin teknolojik gelişme ve araştırma alanındaki amaçları konusunda düzenleme getirmektedir. Madde uyarınca AB, topluluk ekonominin bilimsel ve teknik gelişmesini sağlamakla yükümlüdür.

[25] BYOK- JAEGER, a.g.e., s. 7.

[26] "Public Procurement Law: Participating in Public Procuremet Procedures in Europe and Germany", Government Contracts and Grants Update-Overwiew Of European an German Public Procurement Law", Press Release of the European Comission Of February 3, 2004, **Hogan&Hartsonn LLP**, 2006/1, s.1. *"AB Kamu İhale Mevzuatı, Birlik merkezi düzeyinde AB Komisyonunca, yerel düzeyde de üye ülkelerce icra edilmektedir"*. Muzaffer AKDOĞAN, **Avrupa Birliği Uyum Sürecinde Türk İhale Rejiminin Şeffaflık Açısından Değerlendirilmesi**", 12 Levha Yayınevi, 2010, İstanbul, s. 119.

[27] Türkiye bu anlaşmayı henüz onaylamamıştır.

[28] Bkz. DEMİRCİOĞLU, a.g.m., s. 73., Mustafa Bekir YILMAZ, **Kamu Alımlarında İdari Denetim**, Yetkin Kitabevi, 2007, Ankara, s. 54.

ifade etmektedir[29]. Anılan uyumun sağlanmasının gerekli olduğu konusunda uzlaşılan bir konu da kamu ihaleleridir. Yıldız mevcut hali şu şekilde ifade etmektedir: *"Tek Pazarın tam olarak işlerlik kazanması ve iyi şekilde işlemesinin sağlanması, Avrupa Birliği'nin kendisine acil ve öncelikli olarak tayin etmiş olduğu görevlerden biridir. Bu hedef, ancak kamu ve özel kuruluşlar tarafından açılan ihalelerde tüm firmaların eşit şekilde rekabet etmeleri sağlandığı zaman gerçekleşmiş olacaktır"*[30].

AB bağlamında ekonomik bütünleşme, ekonomik sınırların kaldırılması ile sağlanmaktadır. "Ekonomik sınır" kavramı içinde işgücü ve sermaye[31] hareketlerini düşüren etkenler sayılmaktadır. Birliğin ihale hukukuna ilişkin mevzuatı incelendiğinde de, bu hareketliliği en üst seviyeye çıkarmaya yönelik kurallar getirildiği dikkat çekmektedir[32]. Daha önceden, Birlik anlaşmaları kamu alımları ile ilişkilendirilebilecek bazı hükümler getirmekte iken, yani anlaşmalarda bazı düzenlemeler bulunmakla beraber, bu alandaki dönüm noktası 1992 senesi ile başlamıştır.

1992'den önceki sistem, pek çok aksaklık ile yürümekte iken, 1992 sonrasında kamu ihaleleri alanında daha şeffaf ve düzenli bir döneme geçilmiştir. 1992 senesi ile başlayan değişim, 1996 senesinde Yeşil Kitap ile devam etmiştir. Yeşil Kitap'ta AB üyelerinin de imzaladığı WTO GPA ile Birlik düzenlemelerinin uyumlaştırılması gereği üzerinde durulmuş, 30 Mart 2004 yılında yeni direktiflerin AB Resmi Gazetesi'nde yayımı ile istenilen noktaya gelmiştir. Bu bağlamda yapılan değişiklik daha önce söz konusu olan 93/37 sayılı Yapım İşleri Direktifi, 93/36 sayılı Taşıma İşleri Direktifi ve 92/50 sayılı Hizmet İşleri Direktiflerinin 2004/18 sayılı Direktif ile değiştirilmiş olmalarıdır.

---

[29] Rheinhard HEER, "Der Einfluss des Europarechts auf die nationale Rechtsordnung am Bespiel des Vergaberechts bei Veraeusserung kommunaler Grundstücke",**Verwaltungsblaetter für Badenwüttenberg**, 2010/2, s. 59.

[30] YILDIZ , a.g.m., s. 44. Yazar, AB Kamu ihalesi politikasının istekliler arasında rekabet ve buna bağlı olarak kaynakların etkin kullanımı ile sağlanabileceğini ifade etmektedir.

[31] Sermayenin serbest dolaşımı, ortak pazarın daha ileriki aşaması kabul edilen ekonomik birliğin sağlanması için de gerekli sayılmaktadır. M. Sabir AYDIN, **Siyasi ve Hukuki Olarak Avrupa Birliği**, Asil Yayınevi, 2008, Ankara, s. 267.

[32] A. Burçak KIZILIRMAK, *Ekonomik Bütünleşme Teorileri Çerçevesinde Avrupa Birliği*, **Avrupa Birliği Temel Konuları**, İmaj Yayınevi, 2007, Ankara, s. 155.

Daha önceki sektör direktifi[33] de bu değişikliğe 2004/17 sayılı Direktif ile adapte edilmiştir. Söz konusu direktiflerin özelliği, Birlik üyelerine iç hukuk sistemlerini düzenleme noktasında dikkat edecekleri referansları belirlemesidir[34]. "*Antlaşmanın yanısıra kurallar, üye ülkeler tarafından yerel mevzuatlarının hazırlanışında baz olarak kullanılan direktiflerde yer almaktadır. Zira direktiflerin gerek bizzat üye ülkeler, gerekse yerel merciler gibi bu üye ülkelerin resmi kuruluşları üzerinde bağlayıcı etkileri bulunmaktadır. İlgili üye ülkelerin uluslararası hukuk bazında düzenlenen bu direktiflere tam olarak uygulayıp uygulamadıklarına bakılmaksızın, tüm bu kuruluşlar üzerinde bağlayıcıdır"[35].* Başka bir ifade ile, bu direktiflerin amacı ulusal hukukları tek tip yapmaktansa, bunları uyumlaştırmaktır[36]. *"Sonuç olarak yönergeler ile ilkin ihalelerin Topluluk içinde rekabete açılması, ikinci aşamada da ihale yöntemlerinin koordinasyonunu sağlamak amaçlanmaktadır"[37].*

AB ihale mevzuatında yapılan değişikliklerin ulusal hukuk sistemlerince uyumlaştırılması için üyelere 21 aylık bir süre verilmiş, değişiklikler, 31 Ocak 2006 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 'Reform' olarak da adlandırılan bu yapılanmanın temel amacının, kanuni çerçevenin modern idari ihtiyaçlara uyarlanması şeklinde ifade edilmektedir[38]. Başka bir ifade ile her iki direktifin(2004/17 ve 2004/18) amacı ihale hukuku alanındaki metinleri kolaylaştırmak ve modernize etmektir. Sistemin güncelleştirilmesi ve kolaylaştırılması çabalarının bir başlığı da, şartnamelere ilişkin olarak planlanmıştır. Yapılan düzenlemelerde şartnamelerin şeffaflığı sağlamaya

---

[33] 1993/38 sayılı Sektorenrichtlinie (Sektör Direktifi).

[34] Direktiflerin dayanağını Roma Anlaşması oluşturmaktadır. Bu direktiflerin bazıları mal ve hizmet alımı ya da yapım işleri gibi klasik sektörlere, bazıları ise telekomünikasyon gibi özel sektörlere ilişkindir. Direktiflerin kapsamı Birliğin pek çok kurumunu içine alacak şekilde geniş düzenlenmiştir. DEMİRCİOĞLU, a.g.e., s. 75.

[35] Jonathan KEMP, "AB Hukuku ve Mevzuatında Önemli Notlar, İhale Hukuku", **Avrupa Birliği Hukuku ve Avrupa Birliği Kurumları, Sempozyum, TBB, 30 Mart-1 Nisan 2005**, İstanbul, s. 282.

[36] Aynı yönde bkz. KUTLU, a.g.e., s. 128.

[37] KUTLU, a.g.e., s. 129. , Direktifler üye devletlerin ulusal hukuk düzenlemelerini yaparken dikkate almaları gereken normlardır. Başka bir ifade ile üye devletler, ulusal düzenlemelerini bu çerçeve içinde yapmak durumundadırlar.

[38] Nicolas POURBAIX "The New Public Procurement Directives Of The European Union", **Business Law Review**, November 2004, s. 282.

yönelik, ihale sürecine herkesin eşit olarak katılımını sağlayabilecek, rekabeti gerçekleştirecek tarzda düzenlenmesi gereği belirtilmektedir. Kamu alımları sürecine ilişkin bu düzenlemelerde, çevresel ve sosyal korumanın da desteklendiği dikkat çekmektedir.

Birlik direktiflerinin, üyelerin ulusal düzenlemelerine yön vermesi, Birlik bağlamında yapılan düzenlemelerin, ne kadar geniş bir düzeyde etkili olduğunu ortaya koymaktadır. AB İhale Hukukuna ilişkin değinilen gelişim, yazarlarca geç gelen bir ilerleme olarak nitelenmektedir. Geç kalma durumunun bir gerekçesi, teknik tanımlamalar diğer bir neden ise, ulusal hukuk sistemleri arasındaki farklılıklar şeklinde gösterilmektedir[39]. *"Üyeleri arasında ekonomik entegrasyon sürecini tamamlayıp, siyasi birlik yolunda ilerlemeyi hedef alan Avrupa Birliği ise, kamu alımları konusunu iç pazarın bir ön koşulu olarak görüp supranasyonel (Uluslarüstü) niteliğine de uygun bir biçimde, Direktif hükümleri vasıtasıyla millete dayalı ayrım ve kayırmacılık yapılamaması ile şeffaflık ve rekabet ilkelerinde şekillenmesini sağlamıştır"*[40].

AB kurumlarının ihale konusundaki yaklaşımlarındaki değişimi Köktaş şu şekilde ifade etmektedir: *"AB kurumlarının konuya bakışında zaman içinde bir takım değişiklikler meydana gelmektedir. Bunun en çarpıcı örneğini Komisyon'un kamu ihaleleri ile sosyal politika arasındaki ilişkiye yönelik yaklaşımında görmemiz mümkündür. Başlangıçta Komisyon, kamu ihalelerine geleneksel yaklaşım içinde 'pür ekonomik rasyonel' açıdan bakmıştır. Bu çerçevede Komisyon, sosyal politika ve kamu ihalelerinin yan yana gelmemesi konusunda geniş bir uzlaşı olduğundan bahsederek sosyal hedeflerin, ihale verme yetkisini kullanarak değil, yeterli sosyal yasalar aracılığıyla takip edilmesi gerektiğini benimsemişti. Son yıllarda ise Komisyon, İç Pazar politikasının, sosyal politika hedefleri dahil olmak üzere*

---

[39] Bkz. KUTLU, a.g.e., s. 125. Bu noktada, idarenin ihalenin yabancı şirketlere verilmemesi yolundaki eğilimi de rol oynamıştır. KUTLU, a.g.e., s. 127.

[40] Selim GÖKÇE, **Avrupa Topluluğu ve Türkiye'de Kamu Alımları**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, AÜSBE,1996, Ankara, s. 1.

diğer hedeflerin entegre edilmesi ile eş zamanlı olarak takip edilebileceğini belirtmiştir"[41].

AB İhale Hukuku'nun kanuni yapısı şu anda birincil ve ikincil kaynaklardan oluşmaktadır. Birincil kaynakların bir kısmı ihale usulüne, diğerleri ise hukuki korumaya ilişkin kuralları düzenlemektedir. Bu bağlamda birincil kaynak olarak Birlik Antlaşması yanısıra, Birlik Anlaşmasında genişlemeler kapsamında geçici nitelikte kaldırma ya da değişiklik yapan düzenlemeler dışındaki metinler ihale hukukuna kaynaklık etmektedir. Avrupa Topluluğu Adalet Divanı tarafından dikkat çekilen, özellikle "eşitlik" ilkesi gibi temel prensipler de etkileri bakımından birincil kaynaklar içinde yer almaktadır[42].

AB İhale Hukuku'nun diğer kaynaklarını ise, topluluk organlarının birincil hukuka dayanarak kabul ettiği kurallar oluşturmaktadır. Anılan kaynaklar içinde en önemli yeri, Avrupa İhale Hukuku'nun çekirdeği olan, direktifler oluşturmaktadır. Direktifler genel olarak, içeriğine göre; "usule ilişkin" ve "hukuki korumaya ilişkin" direktifler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Koordinasyon direktifleri olarak ifade edilen usulü düzenleyen bu direktifler, 2004 yılına kadar; 93/37 sayılı İmar Koordine Direktifi, 93/36 sayılı Taşıma Koordine Direktifi, 92/50 sayılı Hizmet Koordine Direktifi ve 93/38 sayılı Sektör Direktifleridir. Bu direktiflerden ilk üçü 2004/18 sayılı Direktifle yeniden düzenlenmiş, Sektör Direktifi de 2004/17 sayılı Direktif ile bunlara paralel olarak yeniden düzenlenmiştir. Hukuki korumaya yönelik direktifler ise 1989/665 sayılı Hukuki Başvuru Direktifi ve 1992/31 sayılı Sektörlere İlişkin Başvuru Direktifidir. Bu direktifler uyarınca üye devletler, ihale usulüne uyumu kontrol edebilmek amacıyla şekli bir kontrol süreci oluşturmakla

---

41 Arif KÖKTAŞ, **Avrupa Birliğinde Kamu İhale Hukuku ve AB Politikaları Arasındaki İlişki**, Asil Yayınevi, 2005, Ankara, s.194.

42 Alexander EGGER, **Europaeisches Vergaberecht**, Nomos, 2008, Wien, s. 44., Yazara göre vatandaşlık kaynaklı ayrımcılık yasağı ya da şeffalık kuralı gibi prensipler, bütün ilkelerin tâbi olduğu Kurucu Anlaşmanın ayrımcılık yasağına ilişkin 12. maddesi hariç, eşitlik ilkesinden türemektedirler.

yükümlüdürler[43]. Anılan direktifler bağlamında üye devletler tarafından sağlanması gereken minimum kriterler olarak, geçici hukuki korunmanın sağlanması, hukuka aykırı ihale kararının kaldırılması ve tazminat alabilme hakkının sağlanması gösterilmektedir. Hukuki korunmanın sağlanması noktasında mercilerin sırası ya da ihale sürecinin durdurulması gibi konular, üye devletlerin takdir alanına bırakılmıştır[44].

Birlik ve üye devletler tarafından gerçekleştirilen ve ihale hukukuna ilişkin düzenlemeler içeren antlaşmalar da, Birlik Hukukuna kaynaklık etmektedirler. Birincil kaynakların ayrıcalıklı durumu, pek çok özelliği yapılarında barındırmalarından kaynaklanmaktadır. Birincil kaynaklar öncelikle, diğer hukuk kaynaklarının oluşturulmalarında dayanak olmaktadırlar. Birincil kaynakların diğer özellikleri, boşlukları doldurma fonksiyonuna sahip olmalarıdır. Boşluk doldurma işlevi özellikle ihale direktiflerinde açık olarak bir çıkış noktası gösterilmediği durumlarda söz konusu olmaktadır. Örneğin şartnamedeki taleplerin neler olduğu konusunda somut olayda kesin bir sonucun direktifte bulunmaması halinde, boşluklar birincil kaynaklar ile doldurulabilecektir. Birincil kaynaklar boşluk doldurma etkisini direktiflerin kapsamına giren yani birlik mevzuatında yer alan eşik değerlere ulaşan ihaleler yanında, bu sınırın altında yer alan ihaleler bakımından da gösterebilmektedir[45].

AB ihale koordine direktiflerinin güncellenmesinin ardından Hukuki Başvuru Yollarına ilişkin direktifler[46] de 2007 yılı sonunda 2007/66 sayılı Direktif ile yenilenmişlerdir ve üye devletlere bu direktiflerin iç hukuk sistemlerine aktarımı için 20 Aralık 2009'a kadar süre verilmiştir[47].

---

[43] Temel düzenlemler bunlar olmakla beraber, başka alanlarda(belli konularda) çıkarılan ve içeriğinde ihale hukukuna ilişkin düzenlemeler getiren direktifler de bulunmaktadır.

[44] BYOK- JAEGER, a.g.e., s. 9.

[45] EGGER, a.g.e., s. 45., ATAD, 15 Mayıs 2008, C-147/06 ve C-148/6, Secap ve Santorso, De Constant KONNICK, Werner PELZER, Thierry RONSE, **Europaeisches Vergaberecht**, Boorberg Verlag, , 2009, Wien, s. 569 vd.

[46] 89/665 Rechtsmittelrichtlinie, 92/31 Rechtsmittelrichtlinie betreffend Sektoren.

[47] Detaylı bilgi için bkz. Josef RUTHIG, Stefan STORR, **Öffentliches Wirtschaftsrecht**, C.H. Müller Verlag, 2008, Heidelberg, s. 435.

AB içersinde son on yılda ihale hukukuna özel bir önem verildiği gözlenmekle beraber, direktiflerde yapılan bu değişikliklerin sadece her bir direktifte saptanan eşik değerini geçen ihaleler bakımından uygulanabileceği vurgulanmalıdır. Ancak bu sınırların geçilmesi halinde AB düzenlemeleri dikkate alınabilmektedir. Eşik değer ise, her iki yılda bir Komisyon tarafından yeniden belirlenmektedir. 2010 ve 2011 yılları için söz konusu eşik 2009 yılında açıklanmış ve aşağıya çekilmiştir.

1. Birincil Hukuk

AB müktesebatının öngördüğü ihale sürecinin içeriğine kısaca değinmek, Alman İhale Hukukuna ilişkin bilgilendirmede yol gösterici olacaktır. AB birincil hukukuna bakıldığında, bu düzenlemelerin üye devletlere hem ihale veren, hem de kamu gücünün temsilcisi olarak bazı yükümlülükler getirdiği ifade edilmektedir. Üye devletlere hem kamu gücünün temsilcisi, hem de ihale veren olarak yönelen kuralların başında, "sözleşme akdi" konusundaki temel hukuk kuralları ya da "eşitlik prensibi" yanısıra, Birlik Kurucu Anlaşmasının, genel bir kural olan eşit mauamele prensibinin (Gleichbehandlung) yansıması olan, ayrımcılık yasağına ilişkin 12. maddesi, temel özgürlükler ve sübvansiyon yasağına ilişkin düzenlemeleri gösterilmektedir. Ayrıca söz konusu olan ekonomik ilişkinin konusuna göre, dayanak olarak Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu'nu kuran anlaşmaya kadar geri gitmenin ve bu anlaşmayı dayanak yapmanın mümkün olduğuna dikkat çekilmektedir. Örneğim atom enerjisi konusunda imar işine ilişkin sözleşmeler söz konsu olduğunda, Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu Anlaşması'nın 97. maddesi dayanak olabilecektir[48].

Üye devletin birincil hukuk alanında yapması gerekenler konusunda tarışmalı olan nokta, devletin bu konuda somut bir yükümlülük içinde olup olmadığı ya da yükümlülüklerin hangi önlemleri içine almakta olduğudur. Bu konu özellikle, üye devletlerin Birlik Hukukuna aykırı ve ihale kontrol sürecini

[48] EGGER, a.g.e., s. 54-57.

etkileyen davranışları bağlamında söz konusu olmaktadır. Avrupa Topluluğu Adalet Divanı bugüne dek kararlarında eşit muamele(Gleichbehandlung) ve şeffaflık(Transparenz) kuralına pek çok kez vurgu yapmıştır. Ne var ki mahkeme, eşit muamale kuralının hukuki konumu noktasında her zaman açık bir belirlemede bulunmamıştır. Eşit muamale kuralı Komisyon tarafından kullanılmakta, bunun yanısıra genel hukuk ilkesi olan "eşit muameleye" de dayandırılmaktadır. Komisyon, direktiflerin ihale kurallarına uyulma konusunda açık bir destek getirmese, üye devletler bakımından bazı yükümlülükler getirdiğini açıkça belirtmese de bunu ima eden yaklaşım sergilemektedir. Egger'e göre, yapılan açıklamalardan, üye devletler bakımından söz konusu olan pozitif yükümlülükler, temel hukuk ilkelerinden özellikle de, eşit muamale prensibi (Gleichheitssatz) ve orantılılık (Verhaeltnismaessigkeit) prensiplerinden çıkarılabilecektir. Aynı yazara göre, bu durum örneğin istekliler bakımından durumun koşullarına uyan teklifin kabul edilmesini ya da tekliflerin açılmasından sonra değişikliğin yasaklanmasını isteme hakkını verecektir[49].

AB birincil hukuku bağlamında sık sık gündeme gelen kurallar, eşit muamele (Gleichbehandlung) ve Birlik Anlaşması'nın 12. maddesinde yer alan ayrımcılık yasağı (Diskriminierungsverbot) dır. Ancak her iki ilkenin farklı olduğuna, ayrımcılık yasağının[50] Birlik anlamında vatandaşlığa dayalı ayrıma ilişkin olduğuna dikkat çekilmelidir. Avrupa Topluluğu Adalet Divanı ve Komisyonu kararlarında sıkça değinilen bu iki prensip[51], ihale süreci içindeki kurallara riayette sorun olduğu noktalarda karşımıza çıkmaktadır. Egger bu ilkelerin yoğun kullanım alanlarına ihale dökümanlarındaki şartlar, ihalenin ilanı, tekliflerin değerlendirilmesine ilişkin aşamaları örnek olarak göstermektedir[52].

---

[49] EGGER, a.g.e., s. 55, 56.

[50] Arnold BOESEN, **Vergaberecht, Kommentar zum 4. Teil des GWB**, Bundesanzeiger Verlag, 2000, Bonn, s. 29.

[51] Anılan kuralların yansımaları direktiflerde de dikkat çekici biçimde fark edilmektedir. UZ, Kamu İhale Hukuku, s. 112.

[52] EGGER, a.g.e., s. 57.

Birincil hukuk bağlamında yer alan bir diğer ilke, Birlik Kurucu Anlaşması'nın 87. maddesinde yer alan, "sübvansiyon yasağı"dır. Bu ilke, ihale düzenlemelerinin belli bir işletmeci ya da iş kolununun yararına hareket edilmesinin önüne geçilmesini amaçlamaktadır. Anılan konuda değerlendirme yapılırken özellikle seçilen isteklilerin yakın çevreden, ülke içi ya da dışından olması önem taşımaktadır.

Birincil hukukun devlete ihale veren olarak yüklediği ödevler, yukarıda sayılanlar yanısıra; devletin kamu gücünü elinde bulundurması sebebiyle başka zorunlulukları da barındırmaktadır. Bu ödevler, AB Kurucu Anlaşması'nın devletlerin yükümlülüğüne ilişkin 10. maddesi ve üye devletlerin yatırım konusunda yapmaları gerekenlere ilişkin 86. maddesi uyarınca, devletin istekli ve ihaleye çıkan idare arasında, rekabet koşullarını ortadan kaldıran durumlara engel olmak, rekabete negatif etki yapmama yükümüdür. Devlet tarafından yapılan ihale düzenlemeleri, gerek ihale yapan idare gerekse istekli tarafında, rekabete engel olma, rekabete olumsuz etki eden bu tür davranışları kolaylaştırma ve güçlendirme etkisi yaratmamalıdır[53].

Geniş bir kapsama sahip olan birincil hukukun önemi aslında en çok, direktiflerde saptanan eşik değerin altında kalan ihaleler bakımından söz konusudur. Birincil hukukun kullanım alanına bakıldığında, ihale türünün seçimi, ihale sürecine katılım gibi temel süreçleri düzenleyebilme durumunda olduğu dikkat çekmektedir. Daha önce de ifade edildiği üzere, bu noktada da, eşit muamele ve şeffaflık ilkeleri büyük önem taşımaktadır. Şeffaflık ilkesinin ihale süreci bakımından önemi, ilanın ne şekilde yapılması gerektiği ya da ihale sürecinin yürütülmesi bakımından önemli olan diğer kurallar bağlamında kendini göstermektedir. Avrupa Topluluğu Adalet Divanı da, Teleaustralia kararında[54], ihale yapan idarenin yeteri derecede açıklığı sağlama konusunda çaba sarfetme durumunda olduğuna dikkat çekmiştir. Örneğin

---

[53] Detaylı bilgi için bkz. EGGER, a.g.e., s. 74,75.
[54] C-24/98, Slg 2000, I-10745. Nakleden: EGGER, a.g.e., s. 81.

mahkeme Parking Brixen kararında[55], üye devletlerin ilan olmadan ihaleye çıkılmasına izin veren düzenlemeleri devam ettiremeyeceğine işaret etmiştir.

Birincil hukuk, ihale konusu iş başka bir ifade ile ihale dökümanı ve sözleşme içeriği açısından da büyük önem arz etmektedir. İhale dökümanlarında yapılacak düzenlemeler ile bazı istekliler bakımından sınırlamalar ya da ayrımcılıklar söz konusu olabilmektedir. Özellikle şartnamelerde yer alan teknik şartlar, temel özgürlükler ya da rekabet konusunda sınırlandırıcı olabilmektedir. Şöyle ki şartnamedeki bazı teknik koşulların etkisi ile belli isteklilerin kayırılması söz konusu olabilmektedir. Birlik birincil hukuku aynı zamanda, tekliflerin değerlendirilmesine ilişkin sınırlar konusunda da, dayanılabilecek kurallardır[56]. Başka bir ifade ile birincil hukuk, ihale kriterlerinin seçimi, kullanımı gibi hallerde yapılacak saptamalarda belirleyici olacaktır[57].

2. İkincil Hukuk

İkincil ihale hukuku söz konusu olduğunda en önemli ikincil kaynaklar olarak ifade edilebilecek direktifler[58], AB İhale Hukukunun yapıtaşını oluşturmaktadır. Birlik birincil ve ikincil düzenlemeleri, hiyerarşik olarak üstte yer almaları ve doğrudan uygulanabilme[59] özellikleri yanısıra, ulusal hukuk sistemleri bakımından ihale hukukunun Birlik Hukukuna uygun yorumlanması, birlik ihale usul sürecinin dikkate alınması ve Birlik Hukukuna aykırı düzenlemelerin yaptırıma bağlanması zorunluluğu getirmektedir.

---

55 C-458/03, Slg 2005, I-8612. Nakleden: EGGER, a.g.e., s. 82.

56 Avrupa Topluluğu Adalet Divanı'nın zaman zaman birincil ve ikinci hukuku beraber (kümülatif) olarak kullandığına doktrinde dikkat çekilmektedir. BOESEN, a.g.e., s. 26

57 EGGER, a.g.e., s. 87,88.

58 Direktiflerin doğrudan uygulanabilmesi için; direktifler ile getirilen düzenlemenin açık, kesin ve üye devletleri kendindekine benzer bir düzen sağlamaya zorlayıcı nitelikte olması gerekmektedir. Hukuki başvurulara ilişkin direktiflerin doğrudan uygulanabilme özelliği noktasında, son dönemlerde eşik değerlerle oynanması ile birlikte tartışmalar yaşanmaktadır. Ancak Avrupa Topluluğu Adalet Divanı'nın bu konudaki yaklaşımı, direktiflerin doğrudan uygulanma özelliklerinin olduğu şeklindedir.

59 Avrupa Birliği kaynaklarının doğrudan uygulanması, Birlik hukukuna aykırı düzenlemelerin üye devletler tarafından re'sen reddedilmesi zorunluluğunu getirmektedir. Birlik düzenlemelerinin iç hukuka aykırı biçimde aktarılmaları halinde de, Birlik hukuku doğrudan uygulanmaya dahil olmaktadır.

Direktiflerin doğrudan uygulanması noktasında, bu durumun direktif ile istekliye bir yük getirilmemesi zorunluluğunu kapsadığı hatırlatılmalıdır. Ayrıca doğrudan uygulanabilme için düzenlemenin son derece açık olması ve aktarma için öngörülen sürenin geçirilmemesi gerekmektedir[60].

Yatay olarak bakıldığında, Birlik Hukukunun doğrudan uygulanmasının muhatabı devlet, yararlananı ise isteklidir. Birlik Hukukunun doğrudan uygulanma dışında, üye devlet bakımından yarattığı bir diğer zorunluk da Birlik Hukukunun iç hukuka aktarılmasıdır (die Umsetzung). Aktarılma bağlamında, direktifler konusunda yapılacak aktarmanın belli koşulları sağlaması gerekmektedir. Başka bir ifade ile, aktarımın etkin olabilmesi için hukuki bağlayıcılık taşıması, dışsal etkisi olan ve birel korumayı sağlayamaya uygun bir hukuksal norm ile iç hukuka aktarılması gerekmektedir. İç hukuka aktarım sağlayan normun hangi düzeyde olacağı üye devletin takdirndedir, önemli olan, belirtilen etkilerin sağlanmasıdır[61].

AB hukukunun iç hukuk sistemleri açısından bir diğer etkisi, Birlik Kurucu Anlaşması'nın 10. maddesine[62] dayanan ve ulusal ihale hukuku düzenlemeleri ile Birlik İhale Hukuku düzenlemeleri arasındaki çatışmaya engel olacak, Birlik Hukukuna uygun yorum yapma zorunluluğudur. Bu durum üye devletin hem norm koyma hem de somut olaylara uygulama yapması sırasında geçerlidir. Aynı zamanda bu kural üye devletin norm koyma

---

[60] Avrupa Birliği Kurucu Anlaşması'nın 249. maddesi uyarınca, direktifler aslında doğrudan uygulanma özelliğine sahip değillerdir. Olması gereken, öngörülen süre içerisinde direktifteki hedeflerin iç hukuk düzenlerine aktarılmasıdır. Ancak Birlik içi uygulamada bu aktarmaların üye devletler bakımından pek çok sorun getirmesi ya da bu yükümün ihlali, Birlik organlarını bu konuda karar vermek zorunda bırakmıştır. Avrupa Topluluğu Adalet Divanı, son otuz yıldır istikrarla verdiği kararlar uyarınca, direktiflerin doğrudan uygulanabileceğini kabul etmektedir. Ancak bu karar, tüzükler ile farkın ortadan kalkması gerekçesi ile pek çok eleştiri de almaktadır. Bkz. Ahmet M. GÜNEŞ, "Avrupa Birliği Yönergelerinin Doğrudan Etkisi", **AÜHFD**, Cilt. 58, Sayı. 2, s. 296 vd., EGGER, a.g.e., s. 115 vd.

[61] EGGER, a.g.e., s. 116.

[62] Anılan madde uyarınca üye devletler Avrupa Birliği Kurucu Antlaşması ya da Birlik organlarının faaliyetleri sonucu ortaya çıkan yükümleri yerine getirmek için kısmen ya da tamamen gereken önlemleri almak ile yükümlüdürler.

konumundaki organları ya da ihaleci kuruluş yanısıra ihale sürecine ilişkin kontrol yapan organlar için de geçerliliğini korumaktadır[63].

3. Üye Devletlerin İç Hukuk Sistemlerine Etki

AB müktesebatının ulusal hukuka aktarılması ve kulllanılması yanında, kurumsal bağımsızlık gereğince üye devletlerin kendi usul ya da devlet yapısına ilişkin düzenlemeleri de kullanılmak durumundadır. Ancak bu kullanımın sınırını, Birlik düzenlemelerinin pratikte etkisiz hale getirilmemesi (Effektivitaetsgebot-Beeintraectigungsverbot), eşitlik kuralı gibi temel kurallara riayet edilmesi (Aequivalenzgebot-Diskrimineriungsverbot) oluşturmaktadır. Bu kurallar hem aktarım yapan organları, hem ihaleci kuruluşları hem de ihale sürecine ilişkin denetim yapan organları bağlamaktadır. Birlik İhale Hukukunun üye devletler bakımından getirdiği bir diğer yükümlülük de Birlik İhale Hukukuna ilişkin emir ya da yasakların ihlallerinin, yaptırıma bağlanması zorunluluğudur. İç hukuk düzenlemelerine ilişkin bu durum, özellikle; eşik değer altında kalması sebebiyle Birlik Hukukuna tâbi olmayan ihaleler bakımından önemlidir. Anılan bu yükümün yerine getirildiğinden bahsedebilmek için sadece bu düzenlemelere iç hukuk sistemi içinde yer vermek değil, söz konusu kuralların uygulanmasını da sağlamak gerekmektedir. Yaptırımları belirlemek konusunda Birlik Hukuku minimum standartları belirtmekte, gerisi üye devletin takdir alanı içinde yer almaktadır. Yaptırımlar belirlenirken dikkate alınması gereken minumum değerler ise, “etkililik”, “orantılılık” ve “yasaklayıcı” olabilmedir[64].

4. İhale Sürecine İlişkin Temel Kurallar

AB İhale Hukukuna değinirken, sistemin öngördüğü ihale düzeni de ele alınmak durumundadır. Bu noktada direktifler belirleyici durumdadır. Direktifler birincil kaynaklardan farklı olarak, sınır aşan ilişkiler dışında ulusal

---

[63] EGGER, a.g.e., s. 118., Aynı yönde bkz. HEER, a.g.m., s. 59.
[64] EGGER, a.g.e., s. 121.

ilişkiler konusunda da etkiye sahiptir. Başka bir ifade ile direktifler, katılanlanların tamamen vatandaş olduğu durumlar için de ihale usulü öngörmektedir. Direktiflerde (maddi-(koordine) direktifler), öngörülen temel prensiplerden biri, ihale sürecinde rekabetin sağlanabilmesidir. Birincil hukuktan kaynaklanan bu ilke, eşit muamele (Gleichbehandlung) ve saydamlık (Transparenz) tarafından doldurulmakta, beslenmektedir. Direktiflerde amaçlanan rekabet hem kurumsal hem de teşkilatlanmaya ilişkindir. Anılan kapsamda pazara giriş ve faaliyetlerin güvenliğinin sağlanması önem taşımaktadır. Bu noktada da ilana ilişkin düzenlemeler ve teknik belirlemeler önemli rol oynamaktadır[65].

Eşit muamele ilkesi aynı zamanda ayrımcılık yasağı (Diskriminierungsverbot) ile de yakın ilişkilidir. Bu ilke uyarınca, ihale şartnamesindeki belirlemeler, yayım şekilleri, istekliye karşı kullanılan süreler, istekliler ile yapılan görüşmeler, ihale dışı bırakılma sebepleri, eşit muamele çerçevesinde gerçekleştirilmeli, ihale ktiterleri de bu kuralı sağlayacak çerçevede saptanmalıdır[66]. Eşit muamele ilkesi aynı zamanda, ihale dökümanında ya da direktiflerde yer alan koşullara uymayan teklif veren isteklier üzerinde ihalenin bırakılmasına engel teşkil etmektedir. Egger'e göre, Avrupa Topluluğu Adalet Divanı, bu konuda olaya göre çözüm tarzı seçmekte ise de, belirleyici olan, ihale yapan idarenin belli bir istekliyi kayırma amacında olup olmadığıdır[67].

Şeffaflık kuralının ihale sürecine hakim olması için, isteklilerin ihale sürecine girmesinin kolaylaştırılması gerekmektedir. Çünkü bu şekilde pazar açılmış ve gerçek anlamda rekabet işlemeye başlamış olacaktır. Aynı zamanda sürecin kontrol derecesi de artmış olacaktır. Yazara göre en iyi kontrolü, istekliler ortaya çıkarmaktadır ve yeni direktiflerde elektronik

---

65 EGGER, a.g.e., s. 212.
66 Aynı yönde bkz. TAŞDELEN, a.g.e., s. 57.
67 EGGER, a.g.e., s. 213, 214.

iletişimin rolü ihale süreci bakımından artırılarak, daha şeffaf bir usulün de yolu açılmış olmaktadır[68].

Şeffaflık ilkesinin ihale süreci açısından en önemli yansıması, ihale dökümanlarındaki koşulların, tanımlamaların yeterli olmasıdır[69]. İhale sürecine ilişkin bu temel kuralların aynı zamanda ihale sürecine farklı yansımaları da bulunmaktadır. Bunlardan biri, isteklinin idareye güveninin korunmasıdır. Başka bir ifade ile teklife ilişkin süreç devam ederken, istekli teklifine ve işletmesine ilişkin bilgilerin idare tarafından saklı tutulacağına güvenebilmelidir. Bu kural sadece belli türdeki değil, bütün ihaleler için geçerlidir[70].

AB direktiflerinden 2004/18 nolu Direktif uyarınca temel olarak iki ihale türü benimsemektedir. Bunlar, "açık ihale" usulü ve "belli istekliler arasında" ihale usuludür. Direktiflerde öngörülen istisnai hallerde "görüşme yöntemi" ve "rekabetçi diyalog" da uygulanabilecektir[71]. 2004/17 sayılı Direktifte ise "açık ihale", "belli istekliler arasında ihale" ve "pazarlık" olmak üzere üç tür ihale usulü öngörülmektedir[72]. Üye devletler sistemlerini direktiflerde yer alan bu düzenlemelere uygun hale getirmek zorundadırlar. Aktarımın kapsamı konusunda takdir yetkileri olsa da, söz konusu sistemlerin karışımından oluşan bir sistem meydana getirmeleri söz konusu olamaz[73].

Genel olarak bütün ihale türleri bakımından söz konusu olan ihale sürecinin ana hatları aşağıdaki gibidir: Öncelikle ihalenin yapıldığı türe göre ilan verilmesi ve ilanın gereken yerlerde yayımlanması gerekmektedir. İlan ihale türüne göre farklılık göstermek ile birlikte, içerik olarak temel noktalar

---

68 EGGER, a.g.e., s. 214, 215.

69 Aynı yönde bkz. UZ, Kamu İhale Hukuku, s. 27.

70 İhale sürecinde istekliler ve ihale yapan idare arasındaki görüşmeler konusunda, pratikte çok detaylı düzenlemeler bulunmamaktadır. İsteklinin biri ile yapılan kısa bir görüşme dahi onu diğer istekliler karşısında öne geçirme ihtimali taşıdığı için, Birlik hukuku ihaleci ve istekli arasındaki görüşmeler konusunda da sınırlar getirmektedir

71 Direktiflerde gerekli hallerde görüşmeye dayanan başka usuller uygulama imkânı da tanınmaktadır. Bunlar ya kendilerine özgü kurallar içermekte ya da temel usullere ilişkin kurallar kısmen uygulanmaktadır. Bkz. 2004/18, m. 28.

72 Kullanım şartları için bkz. 2004/17, m. 40.

73 Usuller hakkında detaylı bilgi için bkz. EGGER, a.g.e., s. 232 vd.

konusunda bütün ihale türleri arasında benzerlik bulunmaktadır. İlandaki model ihaleye çıkan idare, ihale konusu iş, ihale yeri, şekli ve kapsamı konusunda bilgi vermelidir. İhale konusu iş, hizmet ya da ürüne ilişkin terminoloji ile açıklanmalıdır. Şartname, istekli bakımından teklife ilişkin fiyat oluşturma ve tekliflerin karşılaştırılmasına olanak vermeli ve ayrıca rekabeti sağlamaya elverişli olacak şekilde hazırlanmalıdır. Bu noktada, şartnamenin detaylarının diğer ihale dökümanları ve ilan ile bağlantılı olduğunun da vurgulanması gerekmektedir[74].

Direktiflerin aynı zamanda ilan ve diğer ihale dökümanlarında kullanılacak teknik kriterlere ilişkin pek çok düzenleme getirdiği dikkat çekmektedir[75]. Burada amaç, ihaleye çıkan idarenin ve genelde üye devletlerin, belli isteklileri kayırmalarının önüne geçebilmektir. Direktifler öncelikle ihale yapan idarenin, ihale dökümanlarında dikkate alınacak teknik koşulların saptanmasını ihale yapan idare için zorunlu görmektedir. Teknik koşullar saptanırkan kullanılacak terminolojinin ihaleci idarenin amaçladığı işin yerine getirilmesine uyum sağlaması gerekmektedir. Direktifler bu konuda pek çok ölçüm ya da işaretleme içermektedir. Saptanan teknik kriterler, isteklilerden birini kayırmaya yarayan belli bir ürün, menşei ya da usule işaret etmemelidir. Bu son kuralın istisnasını, ihale konusu işin bu belirlemeler olamadan tam ve anlaşılabilir biçimde tanımlanamaması oluşturmaktadır. Yapılacak teknik belirlemeler genel iş koşulları ve sözleşme koşulları bakımından her istekli açısından ihaleyi alabilmeyi sağlama şansı olacak açıklıkta olmalıdır[76].

5. Şartname

AB yeni koordine direktifleri (2004/17-2004/18), şartnamenlerin ne şekilde düzenlenmesi gerektiğine detaylı olarak yer vermektedir. Egger şartnameleri, kurucu (Konstruktiv Leistungsbeschreibung) şartname,

---

74 EGGER, a.g.e., s. 259.
75 Detaylı bilgi için bkz. YILMAZ, a.g.e., s. 52.
76 EGGER, a.g.e., s. 261.

fonksiyonel şartname (funktional Leistungsbeschreibung), teknik referans taşıyan fonksiyonel şartname ve yapılacak işin kısmen kurucu kısmen fonsiyonel açıklamasına dayanan şartname şeklinde gruplamaktadır[77].

2004/18 sayılı Direktifin 23. maddesinde ve 2004/17 sayılı Direktifin 34. maddesinde de ifade edildiği üzere, şartnamenin öncelikle istekliler bakımından erişim fırsatı verip, rekabete açılmaya engel teşkil etmemesi gerekmektedir. Şartnamelerin[78] istekli bakımından önemi ya da onlara sunduğu imkân, ihaleye çıkan idarenin belirtmediği şartlara dayanarak teklifleri reddetme olanağının ortadan kaldırılmış olmasıdır.

Egger tarafından kurucu şartname olarak ifade edilen şartnamede, teknik koşullara atıfta bulunulmaktadır. Direktiflerde de teknik koşullara ilişkin detaylı bilgiler bulunmaktadır[79]. Ancak direktiflerde belirtilen ödevlerin üye devletler bakımından bağlayıcılık ölçüsü, ihale yapan idareye bu konuda verilen yetkinin ortadan kaldırılması olmamalıdır. Örneğin bu bağlamda, belli bir tür şartnamenin kullanımı yasaklanamaz ya da belli bir tür şartnamenin hazırlanmasına engel olan koşullar getirilmez[80]. Fonksiyonel şartname ise, teknik ya da ekonomik konularda yeterli derecede bilgi sahibi olunmaması halinde, kullanılmaktadır. Anılan şartnamede, teknik, kurucu ya da hukuki verilerden vazgeçilmekte, sadece ihale konusu malın, hizmetin ya da yapım işinin verilerine yer verilmektedir. Üye devletlerin acil isteği halinde yeni direktifler, ihale konusu hizmet ya da işin, bunların gerekleri ile tanımlandığı fonksiyonel şartname ile hazırlanmasına olanak vermektedir. Bu noktada gerekli olan, isteklinin söz konusu işi kafasında canlandırabileceği ve ihaleyi alabilmesine olanak sağlayabilecek kadarıyla işin en azından (minimum derece budur) tanımlanmış olmasıdır. Fonksiyonel şartname hazırlanabilmesi

---

77 Bkz. 2004/18, m. 23/3.

78 2004/18 saylı Direktifin 6 numaralı ekinde teknik şartname şu şekilde tanımlanmaktadır: "Kamu yapım işleri ihaleleri kapsamında, 'teknik şartname', özellikle ihale belgeleri içerisinde yer alan ve bir malzeme, ürün ya da malın idarenin kullanım amaçlarını karşılamasını sağlayacak özelliklerini tanımlayan teknik talimatların tümüdür".

79 Bkz. EGGER, a.g.e., s. 262., UZ, Kamu İhale Hukuku, s. 101-102.

80 EGGER, a.g.e., s. 262.

için direktifler, işin zor tanımlanması ya da hiç tanımlanaması koşullarını aramamaktadır[81].

Koordineye ilişkin direktifler dikkate alındığında şartnamede çevre korumaya ilişkin kriterlere yer verilebileceği ve bunun ne şekilde gerçekleşebileceğinin de detaylı olarak düzenlendiği görülmektedir. Bu noktada önemli bir konu, 2004/18 sayılı Direktifin 23. maddesinin 8. fıkrasında belirtilmektedir. Madde uyarınca zorunlu olmadığı takdirde, şartnamede yapılan tanımlamalarda belli marka, patent ya da ürün kullanımı söz konusu olamaz. Zorunlu durum ise, ihale konusu işin başka şeikilde anlatılamaması halidir ki, bu durumda da "veya dengi" ifadesinin düşülmesi gerekmektedir.

6. İhale Sürecinin Sona Erdirilmesi

Tekliflerini veren isteklilerin seçilmesi konusunda Birlik Hukuku tekliflerin, taleplerin yeterliliği ve bundan sonra da teklifin yeterliliğinin dikkate alınarak değerlendirme yapılmasını gerektirmektedir. İhalenin üzerinde bırakılacağı istekliyi belirleyen kimselerin seçimi, tekliflerin değerlendirilmesi ve isteklilerin seçilmesi konusunda direktiflerde açık bir düzenleme yer almamakla beraber, ihale yapan idareler bu konuda başta eşit muamele (Gleichbehandlung) olmak üzere, temel prensipleri dikkate almak durumundadırlar. Egger'e göre üye devletler, seçimde ihale düzenleyen

---

[81] EGGER, a.g.e., s. 262., İhaleye yabancı kriterler (vergabefremde) şeklinde ifade edilen, çevre koruma gibi faktörlere önem verilmesine, eski direktiflere oranla daha fazla açkça vurgu yapmaktadır. Direktifler uyarınca, teknik belirlemeler çevresel koşulları da içine alabilecektir. Bu durum herşeyden önce, şartnamenin hazırlanması noktasında önem taşımaktadır. Yeni direktifler açıkça, engellilerin dikkate alınması gibi kriterlere de teknik belirlemeler arasında yer verilebileceğini ifade etmektedir. Egger'e göre, direktiflerde sadece bu konulara ilişkin açık belirlemeler yapılmış olması ihaleye çıkan idare bakımından başka sosyal amaçların ihale ile güdülmesi olasılığını ortadan kaldırmaz. Çünkü teknik belirlemeler içinde yer verilmese de, pratikte ihaleci idarenin böyle bir amaç izlemesi söz konusu olabilecektir. Uz da, Birlik Hukuku ile uyumlu olmak koşuluyla, üye devletlerin sosyal ve çevresel anlamda farklı belirlemeler yapabileceğine dikkat çekmektedir. Bkz. UZ, Kamu İhale Hukuku, s. 113.

idarenin ve ihalenin üzerinde bırakılacağı kişiyi belirleyen kimselerin özelliklerine ve bağımsızlıklarına ilişkin kurallar getirmek zorundadır[82].

7. İhale Alanında Hukuki Koruma

Şartnamenin de içinde olduğu ihale dökümanları bakımından önem arz ettiği için, AB düzenlemelerinin ihale sürecinde hukuki korumaya ilişkin düzenlemelerinin genel olarak ele alınması gerekmektedir.

Birincil kaynaklar[83], özellikle de, Avrupa Topluluğu Adalet Divanı'nın oluşturduğu hukuki koruma imkânları, ikincil kaynakların yorumlanmasında üst düzey kaynak olarak yer almaktadır[84]. Birlik ihale mevzuatını yönlendiren çekirdek düzenlemeler olan direktiflerdeki boşlukları doldurma görevi de, birincil hukuk tarafından yerine getirilmektedir[85]. Birincil hukuk aynı zamanda üye devletlere, her durumda ihale sürecine katılanlara hukuki korumanın sağlanmasını emretmektedir. Bu bağlamda Birlik birincil hukukunun temel ilkelerine mevzuatı uyumlaştırmak yetmemekte aynı zamanda, bireysel olarak hukuki koruma fırsatlarının kullanımı imkânsız ya da zor hale getirilmemelidir[86].

Üye devletin iç hukuk sistemindeki eski yöntemler hukuki korumayı yanız başına ya da geliştirerek sağlıyorsa, hukuki korumaya ilişkin yeni sistemler yaratmak da gerekli değildir. Bireylere ihale sürecinde sağlanacak korumanın idare hukuku ya da medeni hukuk ile sağlanması, üye devletin takdir yetkisi içinde yer almaktadır. Önemli olan etkin bir hukuki koruma sağlayabilmektir. Egger'e göre, birincil kaynaklar bağlamında, etkin bir hukuki

---

82 EGGER, a.g.e., s. 264.

83 Bkz. Jan ZIEKOW, **Öffentliches Wirtschaftsrecht**, C.H. Beck Verlag, 2007, München, s. 139.

84 EGGER, a.g.e., s. 321., Yazar aynı zamanda Birlik yetkili organlarının, birincil kaynaklara aykırı davranamayacaklarına ve hiçbir zaman hukuki başvurulara ilişkin direktiflerle birincil hukukun sınırlandığının kabul edilemeyeceğine dikkat çekmektedir. Direktiflerden SRMR bazı istisnai hallerde, birincil hukukun uygulamasında(üstünlüğü konusunda) sırayı değiştirse de, diğer direktif ve diğer durumlar için genel durum geçerliliğini korumaktadır. EGGER, a.g.e., s. 322.

85 EGGER, a.g.e., s. 322. Direktifler dışındaki (hem maddi hem hukuki korumaya yönelik direktifler) ihaleler için de birincil hukuk önlem anlamına gelmektedir. Birincil hukukun ihale sürecindeki önemi hakkında bkz. KUTLU, a.g.e., s. 113.

86 EGGER, a.g.e., s. 321, 322.

koruma sağlama bakımından, birincil hukuki koruma; ikincil hukuki koruma yolu olan tazminattan önce gelmektedir[87].

Hukuki koruma alanındaki ikincil hukuk düzenlemelerini, hukuki başvuru yollarına ilişkin direktifler olan RMR[88] VE SRMR oluşturmaktadır[89]. Bu direktiflerin kullanım alanları, maddi yani koordinasyon direktifleri ile örtüşmekte başka bir ifade ile başvuruya ilişkin direktifler koordinasyon direktifleri kapsamında olan ihaleler bakımından uygulama alanı bulmaktadırlar.

Hukuki başvuru yollarına ilişkin direktifler, üye devletler bakımından ihalelere ilişkin hukuki koruma alanında pek çok yükümlülük getirmektedir[90]. 2007 yılında, 2007/66 sayılı Direktif ile her iki başvuru direktifinde bazı değişiklikler yapılmıştır. Direktiflerin hukuki koruma konusunda öngördüklerinin başında kontrol sürecinin hızlı ve etkin olması gelmektedir. Etkilik de ancak bu sürecin mümkün olduğu kadar hızlı olması ile sağlanabilecektir[91].

Direktiflerin getirdiği bir diğer yükümlülük, süreçle ilgisi olanlara hukuka aykırılık konusunda itiraz hakkının tanınmasıdır. Buradaki hukuka aykırılıklar, hem Birlik müktesebatı hem de ulusal mevzuatı kapsamaktadır. İhale sürecine ilişkin denetim yapacak yapılanmalar konusunda, direktifler alternatifler sunmaktadır. Denetim yargı yerleri ya da idari organlar tarafından yapılabileceği gibi, denetimin aşama sayısı da değişebilecektir. Ancak her

---

87 EGGER, a.g.e.,s. 323, 324., Bu noktada esasa olan, ihale sürecindeki hukuka aykırılıklara yine süreç içinde müdahale imkânı verecek yapılanma ve koşulların oluşturulabilmesidir. Aynı zamanda, süreç içinde müdahale imkânı sağlayan geçici hukuki koruma (vorlaeufige Rechtsschutz) imkânının sağlanması da, Birlik hukukunun getirdiği gereklilikler içinde yer almaktadır(eşik değer altında kalan ihaleler de dahil olmak üzere). Tazminat hakkı da, gerek eşik altında gerekse üstünde kalan ihaleler bakımından koruma yollarından birini oluşturmaktadır. Tazminat hakkı bazı ülkelerde cic(culpa in contrahendo), bazı ülkelerde kartel hukuku gibi farklı kaynaklara dayandırılabilmektedir. Bkz. EGGER, a.g.e., s. 326.

88 Rechtsmittelrichtlinie, Sektoren Rechtsmittelrichtlinie.(Hukuki Başvuru Yoluna İlişkin Direktif-Sektör Hukuki Başvuru Yoluna İlişkin Direktif).

89 Bu direktifler, Avrupa Birliği koordine direktiflerinin uygulanmasını güvence altına almaktadırlar. Bkz. UZ, Kamu İhale Hukuku, s. 333.

90 Bkz. BYOK- JAEGER, a.g.e., s. 9.

91 Walter FRENZ, **Handbuch Europarecht, Beihilfe und Vergaberecht**, Band 3, Springer, 2006, Aachen, s. 985.

durumda, alınan kararın icra edilebilir ve idari organ kararı olması halinde de yazılı gerekçeye dayanması gerekmektedir[92]. Ayrıca üye devlet, yapılan konrol ve bu sürecin ihale süreci üzerindeki etkisine ilişkin düzenleme yapmak zorundadır.

Direktifler temel olarak üç tür kontrol mekanizması öngörmektedir, ancak üye devletler başka imkânlar da öngörebileceklerdir[93]. Söz konusu olabilecek önlemler, ihale sürecinin durmasını sağlayan geçici hukuki koruma[94], ihaleci idarenin kararının kaldırılması[95] ve ihale sürecindeki hukuka aykırılıklar için tazminat talep edilebilmesidir[96]. Hukuki başvuruya ilişkin her iki direktifin 2. maddelerine göre, denetimi farklı açılardan yapabilecek pek çok aşamaya da ayrılabilecektir. Direktifler uyarınca, geçici hukuki korumaya ilişkin karar verme noktasında yetkili makam, söz konusu menfaatlerin değerlendirmesini yaparak olumlu ya da olumsuz bir karara varabilecektir. Geçici hukuki koruma talebinin reddedilmesi, ilgililerin bu direktifler uyarınca sahip olduğu diğer koruma yollarına başvurmasını engellemeyecektir. Alınan önlemlerin akdedilecek sözleşmeye etkisi, üye devletlerin iç hukuklarına göre saptanabilecek bir durumdur. Her halükarda üye devletler, denetim makamlarınca alınan kararların etkin biçimde icrasına zorunlu tutulmaktadır. Bunun yanısıra alınan önlemler, ilişkin oldukları süreç bakımından otomatik olarak askı etkisi getirmemektedirler. Anılan her iki direktifte de değişiklik yapan 2007 tarihli Direktif, bu direktiflerde olmayan bazı yeni düzenlemeler getirmiştir. Alınabilecek önlemler genel olarak aynı kalmakla beraber, korumayı artıracak yeni imkânlar yaratılmıştır. Bunlardan biri ihalenin verilmesinden sonra, ulusal hukuka göre şekillenecek bekleme süresi geçmeden sözleşmenin imzalanamamasıdır. Ayrıca belli durumlarda, denetim sürecine başvurulması, durdurucu etki yapabilecektir. Bekleme süresine uyulmaması, durdurucu etkiye rağmen sözleşme imzalanması

---

92 Bkz. 89/665, m. 2/8, 92/13, m. 2/9.
93 EGGER, a.g.e., s. 346..
94 FRENZ, a.g.e., s. 1002.
95 Frenz'e göre, hukuki koruma süreç içinde mümkün olduğu kadar erken gerçekleştirilmelidir. Bu da hukuka aykırı işlemin ortadan kaldırılmasıdır. Bkz. FRENZ, a.g.e., s.1003-1004.
96 FRENZ, a.g.e., s. 1005.

hallerinde, sözleşmenin geçersizliğine ya da kamu menfaatinin gerektirdiği hallerde buna alternatif başka cezalar söz konusu olabilecektir. Sonuç olarak ihtilaflara (başvuru yollarına ilişkin) ilişkin 2007 tarihli Direktifin, gerekçe kısmında da ifade edildiği üzere, yapılan bu reform çalışmasıyla başta bekleme süresi eksikliği olmak üzere, sistemin zayıf yanlarına çözüm bulmaya çalışılmıştır[97].

B. Almanya'da Kamu İhale Hukukunun Gelişimi ve Kanuni Çerçevesi

AB'nin lokomotifi konumunda olan Almanya'da İhale Hukuku'nun gelişme süreci aslında çok da uzun bir süreye dayanmamaktadır. Alman İhale Hukukunda son yıllarda yaşanan gelişme esas olarak AB İhale Hukuku kaynaklıdır. Ancak Alman İhale Hukuku'nun başlangıcı, XVII. Yüzyılın sonunda, Fransız ve Hollanda hukuku etkisi ile oluşan "Lizitation"a dayanmaktadır. Bu kurum, sözlü bir usule dayanmakta olup, açık eksiltme ile imar ya da maddi işin en düşük fiyatı veren istekliye verilmesine dayanmaktadır[98]. "Lizitation" sistem 1850'lerden sonra terkedilerek, bugünkü gibi teklifin yazılı olarak sunulması uygulanmaya başlanmıştır. Bunun sebebi, tekliflerin sunulması aşamasıda, sözlü olarak yapılan mücadelede, isteklilerin iyice muhasebe yapmadan aşırı düşük ve çok cazip tekliflerde bulunması ve bu şekilde bir rekabetin, ihaleye çıkan idarenin menfaatlerine uygun bir hal yaratmaması idi[99].

Bugün ihale hukuku alanı, AB yargı yerleri için olduğu gibi, Alman ulusal yargı yerlerinin de giderek artan iş yükü haline gelmiştir[100]. AB düzenlemelerinin Alman ulusal hukukuna aktarılması oldukça uzun bir süreç almıştır. Bu durum Alman yasakoyucunun 1989'dan 1990'a kadar yeterli gayreti göstermemesi ile açıklanmaktadır. Alman yasakoyucunun bu alandaki

---

[97] Direktif için bkz. http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:335:0031:0046:DE:PDF, 08.08.2010.

[98] BYOK- JAEGER, a.g.e., s. 3.

[99] BYOK- JAEGER, a.g.e., s. 3.

[100] Eckhardt PACHE, "Der Staat als Kunde-System und Defizite des neuen Deutsche Vergaberechts, **DVBL**, 2001, Dezember, s. 1781.

ilk çabası 1994 yılında söz konusu olmuştur. “Bütçe çözümü (haushaltliche Lösung)” olarak nitelenen bu yapı yeterli olamamakta idi çünkü, ihaleye katılanlar bakımından bir usul süreci ya da mahkeme önüne gitme imkânı tanımamakta idi. İstekliler için birinci derece koruma sağlayamayan bu metinler, sadece ihaleci kuruluşu yönlendirme özelliğine sahipti. Birlik ile bereber, istekliler bakımından sınırların kalması gereği, Ortak Pazarın kurulması ve rekabetin sağlanma gerekliliği, geleneksel ihale hukuku amacının yeniden şekillendirilmesini zorunlu hale getirmekte idi. Bütçe çözümü olarak adlandırılan yapıda temel amaç, kamu ihtiyaçlarının en tasarruflu şekilde tedarik edilmesi idi[101].

Alman yasakoyucunun bütçe çözümü döneminde istekliyi korumasız bırakmasının gerekçesi olarak, haksız yere bu hakkın kullanılarak kamu ihtiyacının giderilmesi sürecinin tehlikeye sokulmasından korkulması gösterilmekte idi[102]. AB ihale direktiflerinin Alman hukukuna aktarma konusundaki 1994 yılındaki ilk girişim de başarısız oldu, çünkü bu aktarım isteklinin sahip olduğu hukuki korunma imkânı bakımından eski durumdan farklılık söz konusu değildi. Ancak Almanya’nın 1995 senesinde, daha önceki bütçe düzenlemelerinin sübjektif olarak istekli için koruyucu haklar getirmemesi sebebiyle Avrupa Topluluğu Adalet Divanı tarafından mahkum edilmesi Alman yasakoyucuyu harekete geçirmiştir[103]. Alman yasakoyucuyu harekete geçirme konusunda bu karar kadar, AB’nin ticari ilişkiler konusunda imzaladığı uluslararası anlaşmalar da etkili olmuştur[104].

---

[101] Jürgen KÜHLING, “Das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe nach der GWB-Reform 2009”, **JURA**, 2009/11, s. 835.

[102] Alman yasakoyucunun geç kalma sebeplerinden biri olarak, bütçesel çözümlerin tasarruf ilkesine dayanırken, Avrupa Birliği düzenlemelerinin rekabet ilkesine dayanması anlayışı farklılığı gösterilmektedir. Josef RUTHIG, Stefan STORR, **Öffentliches Wirtschaftsrecht**, C.H. Müller Verlag, 2008, Heidelberg, s. 435.

[103] Komisyon yapılan aktarma çalışmalarınn yetersiz ve Avrupa hukukuna uyumsuz olduğu kanaatini açıklamış, Mahkeme de 11.08.1995 tarihli kararı(C-433/93) ile Komisyon’un kararını desteklemiştir. HEER, a.g.m, s. 58.

[104] Bkz. PACHE, a.g.m, s. 1784.

1. Kaynaklar ve Anayasal Dayanak Sorunu

Almanya'da ihale hukuku kaynaklarının Almanya'nın federal devlet olması ışığında değerlendirilmesi gerekmektedir. Federal Devlet ile eyaletler arasındaki yasa koyma yetkisi konusundaki temel kural GG'nin 70[105]. maddesinde düzenlenmektedir. Maddenin 1. fıkrası uyarınca, yasakoyma yetkisi anayasa federal devlet lehine bir yetkilendirme yapmadığı sürece eyaletlere aittir. 2. fıkrada ise, bu belirlemenin nasıl yapılacağını anlatılmaktadır. Federal devletin yetkilendirilmesi, kesin (abschliessend) ya da yarışan (konkurrend) yetki şeklinde olabilecektir. Federal devletin kesin yetkili olduğu durumlarda, eyaletlerin düzenleme yapması söz konusu olamaz. Federe devletin bu duruma rağmen yaptığı düzenleme, yok hükmünde olacaktır. Anılan durumun istisnasını, federal devletin açık bir şekilde kendine verilen yetkiyi eyalete aktarması oluşturmaktadır.

01. 09. 2006 senesinde yapılan reform ile (Föderalismus Reform 2006), federal devletin yetkileri azaltılıp, federe devletlere daha çok alanda yetki verilmiştir. Yarışan yetkiler ise, GG'nin 74. maddesinde katolog olarak düzenlenmiştir. Bu alanda hem federal devlet hem de eyaletler kanun yapma yetkisine eşit derecede sahiptir. Ancak eyaletler bu yetkiyi federal devlet kullanmadığı sürece kullanabileceklerdir ve eyaletler, federal devletin yetkisini kullandığı hallerde, bu konularda yetkilerinden hem zaman hem içerik olarak feragat etmek zorunda kalacaklardır[106]. Anayasa'da yazmamakla beraber işin doğası gereği federal devletin yetkili olduğunun kabul edildiği alanlar da bulunmaktadır. İhale hukuku anayasada federal devlete kesin yetki veren düzenlemeler içinde yer almamaktadır. Yarışan yetkiye yer veren 74. maddede ihale hukuku konusunda açık bir ifade yer almamakla beraber, 1. fıkranın 11. bendinde "ekonomi hukuku (Wirtshaftsrecht)" konusunda yarışan yetkinin söz konusu olduğu ifade

[105] GG'nin 30. maddesinde, eyaletlere ilişkin ödevlerin yerine getirilmesinin ve yetkilerin kullanılmasının Anayasa'da başka türlü belirleme yapılmadıça eyaletlere ait olduğu ifade edilmektedir.

[106] GG'de yer verilen istisnai durumlar konusunda bkz. Rolf SCHMIDT, **Staatsorganisationsrecht**, Verlag Rolf Schmidt, 2008, s. 341.

edilmektedir. Doktrinde ve yargı uygulamasında genel kabul, "ekonomi hukuku" kavramının geniş algılanması gerektiği,-ki 1998 yılında GWB'ye, VgRAEG ile getirilen düzenlemelerin gerekçesinde de 74. maddenin 1.,11. ve 16. fıkralarına ve Anayasa'nın bütçe hukukuna ilişkin düzenleme getiren 109. maddesinin 3. fıkrasına atıf yapılmıştır[107]-, maddenin sadece özel hukuk ilişkileri değil, ekonomik faaliyetin kamusal alana ilişkin olan kısmını da kapsadığı yönündedir[108].

BVerfG yeni bir kararında açık olarak ihale hukukuna ilişkin değerlendirmede bulunmaktadır. Mahkemeye göre GG'nin 11. maddesinde yer alan "ekonomi hukuku" ifadesi sadece malların üretimi, paylaşımı, ihtiyaçların karşılanmasını değil bilakis ekonomi hayatını düzenleyen diğer kuralları da kapsamaktadır. Bu alana ekonomiyi düzenleyen ya da buna yönelik kurallar da girmektedir. İhale hukukunu düzenleyen kurallar da ekonomi hukukuna ilişkin olup, 11. fıkra kapsamında yer almaktadır[109]. Alman hukukunda eyaletlerin ihale kanunu çıkarmaları ve kapsamı tartışılagelmekle beraber, şu ana kadar sekiz eyalet[110] kendine ait ihale kanununu çıkardığı ifade edilmektedir. Bu kanunlarda genel olarak tarifeler, orta sınıfın desteklenmesi gibi düzenlemeler yapılmaktadır. Diğer pek çok eyaletde de, orta sınıfın desteklenmesine ilişkin kanunlar bulunmaktadır.

---

[107] Grabitz, Hilff'e göre, 109. madde bu kapsamda ele alınmamalıdır çünkü ihale hukuku, sınıflandırma yapmak gerekirse bütçe hukuku içimde ele alınamayacaktır. Eberhard GRABITZ, Meinhard HILF, **Das Europaeische Recht**, , http://beck-online.beck.de/Default.aspx?vpath=bibdata\komm\grabhilkoeur_40\cont\grabhilkoeur.b_3.gliii.gl2.htm&pos=0&hlwords=vergaberecht%C3%90gesetzgebungskompetenz%C3%90+recht+%C3%90+vergaberecht+%C3%90+gesetzgeben+%C3%90+gesetzgebungskompetenz+%C3%90+kompetenz+%C3%90+vergabe+#xhlhit, Rn 24-25, 05.09.2010., Alman Anayasası'nın 109. Maddesi tamamıyla eyaletler ve Federal Devletin bütçelerinini statüsü ve bu konuda düzenleme yapma yetkisi hakkında detaylı düzenlemeler getirmektedir.

[108] GRABITZ-HILF, http://beck- online.beck.de/Default.aspx?vpath=bibdata\komm\grabhilkoeur_40\cont\grabhilkoeur.b_3.gliii.gl2.htm&pos=2&hlwords=vergaberecht%C3%90Vergabe%C3%90Recht%C3%90gesetzgebungskompetenz%C3%90Gesetzgebung%C3%90Kompetenz#xhlhit, Rn. 24-25, 05.09.2010.

[109] BVerfG, Senat 1, 11.07.2006, 1 BvL 4/00, www.juris.de, 22.09.2010.

[110] Bayern, Berlin, Bremen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Saarland, Schleswig-Holstein, Saechsische. Nakleden: GRABITZ-HILF, http://beck-online.beck.de/Default.aspx?vpath=bibdata\komm\grabhilkoeur_40\cont\grabhilkoeur.b_3.gliii.gl2.htm&pos=2&hlwords=vergaberecht%C3%90Vergabe%C3%90Recht%C3%90gesetzgebungskompetenz%C3%90Gesetzgebung%C3%90Kompetenz#xhlhit, Rn. 24-25, 05.09.2010.

Grabitz ve Hilf'e göre, eyaletlerin ihale kanunları içerik olarak, GWB'nin[111] 97. maddesinin 4. fıkrasının 2[112]. cümlesine dayandırılabilir, ancak kanun koyma yetkisi bağlamında bu alanın 74. maddenin 11. fıkrası uyarınca yarışan alan içinde olup olmadığı sorusuna cevap verilmesi gerekmektedir[113]. 74. maddenin 1. fıkrası uyarınca, yarışan yetki alanında eyaletlerin yasama yetkisi, federal devletin bu yetkiyi kullanmamasına bağlıdır. Anılan maddenin 2. fıkrası uyarınca ise, ekonomi hukukunun da içinde olduğu alanlarda, ekonomik alanda birlik sağlanması gerekli ise, federal devletin kanun yapma yetkisi bulunmaktadır. Grabitz ve Hilf'e göre, eğer kartel hukukundan yola çıkılırsa, ihale hukuku 11. madde bağlamında ele alınabilecektir. Yazarlara göre GWB'nin 4. kısmı sadce ideal açıdan kartel hukuku ile bağlantılıdır, dogmatik açıdan değil. Yazarlar şu sonuca varmaktadırlar: İhale hukuku kanun koyma yetkisinin paylaşımı konusunda, "kendine özgü" bir alan olarak ele alınmalıdır. Yine aynı yazarlara göre, GWB'nin 97. maddesinin 4. fıkrasının 2. cümlesinden, ihale hukuku alanındaki düzenlemelerin 74. maddenin 2. fıkrası ile bağlı olmadığı yani federe devletler için yetki kullanımından kaçınma (die Sperrwirkung) nın söz konusu olmadığı ve eyaletlerin ihale kanunlarının da anayasal yapı ile çatışmadığı sounucu çıkmaktadır[114].

Löewenich ise bu konuda farklı bir görüş sunmaktadır. Yazar Niedersacshen ve Bremen eyaletlerinin ihale kanunlarının anayasaya aykırılığını açıklama bağlamında saptamalarda bulunmaktadır. Yazara göre,

---

[111] Daha sonra değinileceği üzere anılan Kanun, Alman İhale Hukuku'nun temel yapısını oluşturmaktadır.

[112] GRABITZ-HILF,Rn-37-40,http://beck- online.beck.de/?vpath=bibdata/komm/GrabHilKo EUR_ 40/ cont /GrabHilKoEUR.B_3.glIII.gl7.htm. 05.09.2010.GWB'nin 97/4 maddesinin 2. kısmı uyarınca, federal ya da federe yasakoyucunun öngörmesi halinde, ihalecinin başka taleplerde bulunması da söz konusu olabilecektir. Zaten eyaletlerin ihale kanunlarında, bu kanunların çıkarılma gerekçesi olarak da anılan maddeye dayanılmaktadır.

[113] İhale düzeninde değişiklik yapan yani 4. bölümü GWB'ye ekleyen kanun gerekçesinde de(VgRAEG), düzenleme GG'nin 74. maddesinin 1,11 ve 16. fıkralarına, ayrıca Anayasa'nın bütçeye ilişkin 109. maddesinin 3. fıkrasına dayandırılmaktadır.

[114] GRABITZ-HILF, Rn-37-40, http://beck- online.beck.de/?vpath=bibdata/ komm/GrabHilKo EUR _40 /cont/GrabHilKoEUR.B_3.glIII.gl7.htm. 05.09.2010. Aynı yönde bkz. Gerd MOTZKE, Jost PIETZCKER, Hans Joachim PRIESS, **Beck'scher Kommentar VOB**, 1. Auflage, Verlag C.H. Beck, 2002, http://beck-online.beck.de/? vpath=bibdata/komm/ BeckscherVOBKommAKO_1/cont /BeckscherVOBKommAKO.Vor_GWB_97.glH.htm,Rn. 18-20, 24.08.2010.

her iki yasakoyucunun da, eşik değerler üstündeki ihaleler bakımından düzenleme getirmesi anayasadaki düzenlemelere aykırıdır. Çünkü federal devlet bu konuda yetkisini kullanmıştır ve bu alanlardaki metinlerden anlaşılan federal yasakoyucunun bu konuyu detaylı bir şekilde düzenleme amacı taşıdığıdır. Eyalet ihale kanunları, eyalet yasakoyucusunun federal seviyedeki bu kuralların detayını düzenlemek istediği şeklinde kabul edilse bile, bu durumun söz konusu olabilmesi için GWB'nin 97. maddesinin 4. fıkrasındaki durumun söz konusu olması gerekmektedir. Bu maddedeki koşulların gerçekleşmesi halinde de, eyalet yasakoyucusuna tanınan yetki istekliden ek taleplerde bulunma olabilecektir[115]. Ancak anılan eyalet kanunlarına bakıldığında, direkt olarak eşik değerlerle oynanmaktadır. Eşik değer üzerinde yer alan ihaleler bakımından federal yasakoyucu yetkisini kullanmıştır ve federe devletlerin yetkisi bulunmamaktadır[116].

Boesen ise bu konuda daha farklı bir değerlendirme yapmaktadır. Yazara göre, 1998 senesi sonrasında Alman İhale Hukukunun karakterinin bütçeden ziyade isteklinin korunması ve ekonomi eksenli olması ile beraber, yetki paylaşımı konusunda yeniden bir değerlendirme yapılmalıdır. Bu noktada ihale sürecinin düzenlenmesi ve hukuki korumaya ilişkin kurallar bakımından ayrı olarak değerlendirme yapılması gerekmektedir. Klasik anlayışa göre ihale hukuku GG'nin 74. maddesinin 11. fıkrası bağlamında ele alınabilecek olmakla beraber, yaşanan değişimle beraber isteklilerin korunması amacının eklenmiş olmasının da dikkate alınması gerekmektedir. İhalenin verilmesi ve sözleşmenin imzalanmasının iki aşamalı bir işlem olduğu varsayımı altında, federal düzeyde ihale sürecinin düzenlenmesi GG'nin 86. maddesi uyarınca federal devlete, eyalet düzeyinde ise Anayasa'nın 84. maddesinin 1. fıkrası uyarınca federe devlete aittir. Kontrol

---

[115] Gerhard v. LÖEWENICH , "Überlegungen zur Vereinbarkeit der Landesvergabegesetze von Niedersachsen und Bremen mit dem Grundgesetz" **ZfBR**, 2004/1, s. 25, www. beckonline.de, 28.09.2010.

[116] LÖEWENICH , a.g.m. s. 29.. ,Bu noktada bir konuya dikkat çekilmesi gerekmektedir. Eyalet yasakoyucusunun yetkisinin kabul edildiği durumlarda da, Alman Anayasası'nın 30. maddesi önem taşımaktadır. Bu madde uyarınca, eyalet mevzuatının federal devlet mevzuatına uyumlu olması gerekmektedir.

süreci (kontrol makamlarının oluşturulması) ise, 84. maddesinin 2. fıkrası uyarınca federal düzeyde federal devlete, eyalet düzeyinde ise 84. maddenin 1. fıkrası uyarınca eyaletlere ait bir alandır[117]. BVerfG'in az önce değinilen kararına[118] göre de, federal devlet kanun koyma yetkisini ihale hukuku alanında kesin olarak kullanmamıştır ve federe devletlerin kanun koyma yetkisi devam etmektedir. Mahkemeye göre GWB'nin 97. maddesinin 4. fıkrası da bu durumu desteklemektedir.

İhale alanında federal devlet ve eyalet yasakoyucularının yetkisi tartışılmaya devam etmekle beraber; şu anda Alman hukukunda mevcut duruma bakıldığında, ihale mevzuatının son derece büyük bir karmaşa içinde olduğu gözlemlenmektedir. Bu durum federal birimlerce de saptanmıştır. Federal idare, ihale konusunda federal devlet ve eyalet düzenlemelerinin birlikte ele alınması gerektiğini belirtirken, eyaletlerin ek düzenlemeler yapmaktan kaçınmaları istenmiştir. Ancak daha sonra 2005 senesinde yapılan ihale hukuku sadeleştirme çalışmaları sırasında, GG'nin 72. maddesi anlamında federal devletin yetkisine vurgu yapılmış; ileriki zamanlarda eyalet düzeyinde düzenlemelere ihtiyaç olmadığına ve çok aşamalı yapılanmanın, ihale konusunda farklı standartlar oluşmasına sebep verdiğine dikkat çekilmiştir[119].

Alman İhale Hukuku alanında sıkıntı temel olarak, sistemin uygulanmasına kaynaklık eden ve daha sonra[120] değinilecek olan şelale prensibinden(Kaskadenprinzipten) kaynaklanmaktadır. Kau bu durumu, AB direktiflerinin etkin aktarımına ve AB Kurucu Antlaşmasında yer alan temel haklara aykırı olarak görmektedir[121].Yazar, aynı zamanda, sisteme ilişkin şikayetin bu şekilde saptanmasına rağmen, eyalet düzenlemelerine kaynak

---

[117] OLG önündeki süreç ve VK önündeki yargısal niteliğe bürünen süreçler ise yazara göre, Anayasa'nın 74. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, yarışan yetki alanında yer almaktadır. BOESEN, a.g.e., s. 40-41.

[118] BVerfG, Senat 1, 11.07.2006, 1 BvL 4/00, www.juris.de, 22.09.2010.

[119] Marcel KAU, "Vergaberechtliches Kaskedenprinzip und Europaeisches Gemeinschaftsrecht", **EuZW**, 2005/16, s. 493.

[120] Bkz. s. 29.

[121] KAU, a.g.m., s. 496.

olan GWB'nin 97. maddesinin 4. fıkrasının ne değişmesi ne de kaldırılmasına ilişkin bir çaba olduğuna dikkat çekmektedir[122]. Bu kadar tartışma içinde, Alman İhale Hukukunun şu an için mevcut kaynakları, eşik değer üzerinde kalan ihaleler bakımından GWB, eyalet düzeyinde ihale kanunları, VgV [123], talimatlar (VOL, VOB, VOF) ve bu talimatların aktarımı konusunda eyaletlerce çıkarılan iç düzenlemelerden oluşmaktadır[124]. Federal devlet düzeyindeki ihale kuralları, eyalet düzenlemeleri ile tamamlanmaktadır. Eyaletlerin ihale kanunları incelendiğinde, tarifelere ilişkin düzenlemeler yanısıra tekliflerin değerlendirilmesi ya da kontrol ve yaptırımlara ilişkin kurallara yer verildiği görülmektedir[125][126]. İhale hukukunun düzenlenmesi kapsamındaki tartışmalar daha ziyade, eşik değer üzerindeki ihaleler bakımından söz konusu olmaktadır. Çünkü eşik değer altındaki ihalelerin genel olarak bütçe hukuku içinde kabul edilmelerinin sonucu olarak, düzenleme yapma yetkisi de, eyaletlerin kendi iç işleri olarak görülmektedir.

2. Alman İhale Hukuku'nun Genel Gelişimi

Alman İhale Hukukunda 1998 yılında yapılan büyük değişim ile, GWB'nin 4. bölümünde, VgV'de AB düzenlemeleri dikkate alınarak saptanan

---

[122] KAU, a.g.m., s. 494.

[123] VgV'nin atfının talimatları eşik değer üzerindeki ihaleler bakımından, iç düzenleme olmaktan çıkardığı genel olarak kabul edilmektedir. Bkz. ZIEKOW, a.g.e., s. 140. , Christoph JUST, "Die neue Vergabeverordnung 2010", **NVwZ**, 2010/15, s. 937.

[124] Bkz. Rudolf WEYAND , **Praxis- Kommentar Vergaberecht,** Werner Verlag, 2004, s. 45 vd., Christoph RIESE , **Vergaberecht, Grundlagen, Verfahren, Rechtsschutz**, Springer, 1998, s. 7., Yazarın ifade ettiği üzere eşik altı için, BHO'nun 55. maddesinin 2. fıkrası ve eyaletlerin Hausordnungları uyarınca pek çok alt düzeydeki düzenleme, ulusal hukuk ve AB hukukunun kullanımını düzenlemekte ve VOB/A ve VOL/A'nın uygulanmasını somut hale getirmektedir. Eşik altındaki ihaleler için temel kaynak olma rolünü, HGrG'nin 30. maddesi ile bağlantılı olarak BHO kaynaklı federal ve eyalet düzenlemeleri oluşturmaktadır.

[125] Friedrich Peter BULTMANN , **Beihilfenrecht und Vergaberech**t, Mohr Siebeck, 2004, s. 64., ZIEKOW, a.g.e., s. 139-140. Çalışmanın bundan sonraki kısmlarında BGB hükümlerine değinilecektir. Burada ifade edilmesi gereken, medeni hukukun da GG uyarınca yarışan yetki alanı içinde yer aldığıdır. Doktrinde genel kabul federal yasakoyucunun bu yetkisini oldukça detaylı olarak kullandığı ve eyaletler açısından, spesifik alanlar bakımından eksik olmadığı sürece; düzenleme yapma gereği bırakmadığı yönündedir. Bkz. Kurt REBMANN, Franz Jürgen SAECKER, **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, http://beck-online.beck.de/Default.aspx?vpath=bibdata/komm/MuekoBGB/cont/MuekoBGB.htm, Rn.54, 24.08.2010.

[126] Eşik üstündeki ihaleler bakımından federal yasakoyucu detaylı düzenlemeyi yapmıştır, eşik altındaki alanda ise; federe devlet yasakoyucusu yetkilidir Bkz. LOEWENICH, a.g.m., s. 26.

eşik değerlerin üstünde yer alan ihaleler için söz konusu olacak (97vd maddelerinde) hukuki korumayı sağlayan düzenlemelere yer verilmiştir[127]. Bu hukuki koruma yalnızca belirlenen eşik değerleri[128] geçen ihaleler için söz konusudur ve eşik değerlerin altındaki ihaleler bakımından eski bütçe çözümleri geçerliliğini korumaya devam etmektedir.

Genel olarak ifade etmek gerekirse, eşik değerler VgV'de saptanmaktadır. Bu değeri geçen ihaleler için GWB, VgV, talimatlar ve ayrı ve özel bir hukuki koruma uygulanırken, eşik değer altında kalan ihaleler bakımından bütçe çözümü olarak ifade edilen, idarenin iç düzenlemeleri söz konusudur. Bu şekilde ikili bir ayrım yapılması yoğun eleştirilere konu olmaktadır. Değişiklik yapılırken, daha önceki dönemde de söz konusu olan şelale sistemi (Kaskadenprinzip) korunmuştur. Anılan prensip, federal yetkinin, üçe bölünmesi anlamına gelmektedir. Şöyle ki, genel düzenlemeler GWB'de yer almakla beraber, bu Kanun'un 127. maddesinde verilen yetkiye dayanarak çıkarılan kararname (VgV) ve daha detaylı bilgiler ise talimatlarda (VOB-VOL-VOF) yer almaktadır. Gerçekten de, bütçe çözümleri incelendiğinde ihaleye katılanlara hukuki korumanın sağlanamaması haklı bir gerekçedir ve Almanya'da gerçekleşen ihalelerin %93'lük kısmının GWB kapsamında olmadığı gerçeği ele alındığında, durumun ciddiyeti bir kez daha ortaya çıkmaktadır[129].

Alman Hukukunda yaşanan gelişmeler ve ihale hukukunun rekabeti sağlama konusundaki çabaları aynı zamanda alanın uluslarüstü bir yapı kazanmasına da yol açmıştır. Böylece ihale hukuku kapsamına devletler hukuku alanı da eklenmiştir. Bu duruma ihale hukuku alanının federal ve kısmen eyalet düzenlemeleri ile beslenmesi de eklendiğinde, Alman hukuk

---

[127] RUTHIG-STORR, a.g.e., s. 435-436. Rekabetin Sınırlanmasının Engellenmesine İlişkin Kanun'un yeni dördüncü bölümü ile birlikte, 01.02.2001 tarihinde yürürlüğe giren VgV de Alman Hukukunda ihale alanında yapılan reformların en önemli aşamaları olarak gösterilebilir.

[128] Eşik değerler 2004/17 ve 2004/18 sayılı AB direktiflerinde saptanmıştır. Alman hukuku bakımından da, Avrupa Birliği düzenlemelerindeki eşik değerlerin iç hukuku aktarılması söz konusu olmaktadır.

[129] Urs KRAMER- Tobias ANDRE, "Grundzüge des Vergaberechtlichen Rechtsschutzes", **JuS**, 2009/10, s. 906.

sisteminde ihale alanının karmaşıklığı daha da artmıştır. Bugünkü durum, Alman İhale Hukuku bakımından büyük iddialarda bulunmanın mümkün olamayacak derecede karışıklık yaşandığı ve bu alanda hakimiyet sağlamanın oldukça zor olmasıdır[130]. İhale hukuku alanını daha da karışık hale getiren diğer bir durum ise, pek çok düzenlemenin özel hukuk ve kamu alanı kesişim alanı içinde yer almasıdır. İhale hukukuna ilişkin sorunların çözümü sırasında Birlik Hukuku düzenlemelernin de aynı zamanda ve uyum içinde dikkate alınması, sorunların izole olarak çözülmesini imkânsız hale getirmektedir.

Birlik Hukukuna uyum sağlamak için sık sık yapılan modernleştirme çabaları, uygulamada düzenli olarak değişiklik yapılmasını gerekli kılmaktadır. Örneğin 2009 yılının Nisan ayında (24.04.2009), İhale Hukukunda Modernleştirme Yapan Kanun (Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts) ile birlikte pek çok yenilik söz konusu olmuştur. Heckmann'a göre, Alman Hükümeti AB direktifleri ile ihale mevzuatını uyumlaştırmaya ve karışık bir yapı arz eden şelale sistemini kolaylaştırmaya çalışmaktadır.

2009 yılında getirilen düzenlemelere bakıldığında (24.04.2009 tarihli Kanun), ihale hukuku alanında yapılan reformun ikinci aşamasının tamamlandığı ifade edilmektedir[131]. 2009 yılında yürülüğe giren bu Kanun, federal hükümetin 21.05.2008 tarihli tasarısına dayanmaktadır. Kanun'un temel amacı orta sınıf açısından da adeletli olacak bir sistem getirmektir. Bunu yaparken de, AB'nin önemli düzenlemelerinin sisteme dahil edilmesidir. Kanun tasarısında şöyle denmektedir[132]: "Alman İhale Hukuku orta sınıf adaletini sağlayacak şekilde modernize edilmelidir. Kanun aynı zamanda 2004/17, 2004/18 ve 2007/66[133] sayılı Direktiflerin iç hukuk sistemine aktarımını sağlamalıdır. GWB'nin 4. bölümünde direktiflere göre değiştirme

---

[130] Bkz. KÜHLING, a.g..m, s. 835.
[131] Jan BYOK, Das Gesetz zur Moderniesierung des Vergaberechts-GWB 2009, **NVwZ,** 2009/9, s. 551.
[132] Kanun tasarısı için bkz. HEER, a.g.m., s. 59.
[133] Hukuki Başvuru Yollarına İlişkin Direktif. Anılan direktif ile daha önceki tarihli hukuki başvuruya ilişkin direktifler olan RML ve SRML'de güncellemeler yapılmıştır.

ve uyumlaştırma yapılacaktır. Aynı zamanda kontrol sürecine uyum sağlanacaktır. Kanunda yapılacak değişiklikler ilk planda, kullanım alanının netleştirilmesi, bugüne dek sonuçsuz kalan hukuka aykırı diğer bir ifadesiyle "de facto" ihalelerin yaptırıma bağlanmasına ilişkin olacaktır. Bu bağlamda kontrol süreci kapsamında; hukuki koruma konusunda yapılacak düzenlemeler daha etkili ve hızlı bir kontrol süreci yaratmalıdır. Bugüne kadar ihale dairelerinin yetkisi ya da istatistik yükümlülüğü gibi VgV'de yer alan bazı düzenlemelerin, kanuna alınması gerekmektedir. Bununla amaçlanan, talimatlara (VOB-VOL-VOF) yapılan atıflar ile uyum sağlanmasıdır".

2009 yılında yapılan değişikliklerle, mevcut yapının engelleri kaldırılmaya çalışılmıştır. Düzenlemeler en genel anlamıyla, daha etkili ve çabuk bir kontrol süreci oluşturmaya yöneliktir. Yapılan bu yenilikler ile AB direktiflerinin Alman iç hukukuna daha çok aktarımı da sağlanmış olmaktadır[134]. Örneğin GWB'nin 101. maddesinin 6. fıkrasına getirilen yeni bir düzenleme ile, elektronik kamu alımı ve dinamik elektronik usul Alman İhale Hukuku sistemine girmiştir. Yazarlara göre bu düzenlemeler en kısa zamanda diğer mevzuata da aktarılmalı ve uzun vadede, klasik kamu ihale sürecinin, zamanı ve maddi kaynağı tasarruflu kullanan ve etkili şekli olarak kabul edilmelidir. Elektronik kamu alımı bugüne dek Alman İhale Hukuku bakımından ihmal edilen bir durum olarak ortaya çıkmıştır. Bu sistemin kullanıldığı hallerde, en hesaplı teklifin elektronik bir şekilde ortaya çıkması söz konusu olacaktır[135]. Şu an AB üyelerinin önde gelen amaçlarından birinin 2010 yılına kadar bütün kamu alımlarında tamamen elektronik sisteme geçmek olduğu ifade edilmektedir. Bu durumun en azından eşik değerin üstünde yer alan ihalelerde %50 oranında hedeflendiği belirtilmekte, ancak bugünkü durum itibarıyla bunun mümkün görünmediği dile getirilmektedir[136].

2009 reformu ile getirilen bir diğer kural, GWB'nin 97. maddesinin 3. fıkrasına yapılan eklemedir. Eski düzenlemede orta sınıfın menfaatinin

---

[134] 2004/17- 18 yanında, 2007/66 sayılı direktif gibi.
[135] Stefanie EGIDY, Das GWB-Vergaberecht nach der Novelle 2009: "Flexibel, europarechtskonform und endlich von Dauer", **DÖV**, 2009/20, s. 836.
[136] BYOK, a.g.m., s. 553-554.

ihalenin kısımlara bölünmesi ile sağlanabileceği yazıyordu. Uygulamada ise ihaleler bir bütün olarak yapılmakta ve büyük ihalelere küçük ölçekli şirketlerin girmesi zorlaşmakta idi. Maddeye yapılan ekleme ile "hizmetler bölünebilir" ve "işin şekli ve alanına göre bölümlere ayrılabilir" ifadesi eklenmiştir. Maddeye yapılan ekleme uyarınca, ekonomik ya da teknik gerekler icap ettirdiğinde, ihaleye bir bütün olarak gidilebilecektir. Bu düzenlemenin uygulamada yaratacağı sonuç, şüphe ile karşılanmaktadır[137].

Getirilen bir diğer düzenleme ise, 101/a maddesi uyarınca ihaleyi alamayan istekliye yapılması gereken bildirimin yapılmadan ya da diğer isteklilerin sürece katılımları sağlanmadan sonuçlandırılan ihalelerin (de facto Vergabe) akıbetinin ilk kez açıkça düzenlenmesi olmuştur. Kanun'un 101. maddesinin b fıkrası uyarınca, diğer girişimcilerin biri tarafından ihlalin ögrenilmesinden itibaren 30 takvim günü, her halükarda en geç sözleşmenin akdinden itibaren altı aydan fazla geçmemesi kaydıyla, kontrol süreci içinde (im Nachprüfungsverfahren) itiraza konu olursa, ihale baştan itibaren geçersiz hale gelmektedir. Bu düzenleme ile kanuni sürece uygun olmayan ihaleler bakımından istekliler için yeni bir kanuni koruma getirilmiştir.

Öngörülen diğer bir koruma, ihaleyi alamayan istekliye yapılacak bilgilendirme konusundadır. Eskiden, VgV'nin 13. maddesinde yer alan düzenleme, bu metinden çıkarılarak 101. maddenin a fıkrası ile Kanun'a eklenmiştir. Anılan düzenlemenin eski metni uyarınca, ihaleyi alamayan istekliye bu durum bildirilmekte ve bu bildirimden itibaren 14 gün geçmeden sözleşme imzalanmamaktaydı. Yeni kanuni düzenleme ile bu süre 15 güne çıkarılmıştır. Birincil derecede koruma sistemine ilişkin bir değişiklik de, GWB'nin 107. maddesinde yapılmıştır. Yeni düzenleme ile, ihale sürecinde söz konusu olan hukuka aykırılıkların iddia edilmesi usulü daha sert koşullara bağlanmıştır. Eski düzenlemede sadece, ihale dairesine başvuru dilekçesinin süreçteki bariz hukuka aykırılıkların idareye karşı ihale sürecinde ileri sürülmesi koşuluyla kabul edilebilirliği ve bu sürenin de en geç ilanda

[137] EGIDY, a.g.m., s. 837.

belirtilen teklif verilmesi aşamasına kadar olacağından bahsedilmekte idi. Yeni düzenlemede ise, maddeye 4. fıkra eklenerek bu başvurunun en geç, idare tarafından, isteklice yapılan itirazın kabul edilmediğine ilişkin bildirimde bulunulmasını takip eden 15 gün içinde yapılması gerekliliği getirilmiştir. Getirilen yeni düzenlemelerde özellikle birincil hukuki koruma sürecinde yapılan bu son değişikliğin, kontrol sürecini kısıtlayıp kısıtlamayacağı sonucu, uygulamada merakla beklenen konulardan birini oluşturmaktadır.

Alman İhale Hukuku'ndaki son gelişme ise, 2010 yılının Haziran ayı ortasında yürürlüğe giren VgV ve VOB-VOL-VOF değişiklikleridir. Yapılan değişiklikler genel olarak, şeffaflık ve ihale dökümanları konusunda daha katı düzenlemelerin getirilmesi, ihalelerin konuya ya da alana göre bölümlenebilmesi gibi konularda olmuştur. Bu konudaki detaylı değişikliklerden biri de, şartname konusunda gerçekleşmiştir. Anılan duruma daha sonra detaylı bir şekilde değinilecek olmakla beraber, genel olarak yasakoyucunun şartnameyi daha belirgin, net hale getirme çabası içinde bulunduğu gözlenmektedir[138]. Talimatların içeriğine ilişkin detaylı açıklama da daha sonra yapılacak olmakla beraber, VgV de yapılan değişikliklere kısaca değinilmelidir.

2009 senesinden itibaren sektör olarak ifade edilen alanlarda artık VgV değil, SektVO'nun geçerli hale geldiğine dikkat çekilmelidir. Anılan kararnamenin getirilmesi ile beraber, VOB ve VOL'un bu alanlara ilişkin düzenleme getirilen 3. ve 4. bölümleri kaldırılmıştır. Bu durumda, Alman İhale Hukukunda söz konusu olan şelale prensibi açısından bir yenilik gelmiş olmaktadır. Başka bir ifade ile, eşik değer üstünde yer alan ihaleler bakımından, SektVO dışındaki alanlar bakımından, GWB, VgV, VOL, ya da VOB uygulama sırası ederken, taşımacılık, içme suyu ve enerji sağlama alanındaki ihaleler bakımından klasik üçlü silsile GWB, ve SektVO, VOB ya da VOL şeklinde olacaktır. SektVO nun hazırlanması, VgV'ye de aktarılmış

[138] Her üç talimatda daha önceki değişiklik 2006 senesinde gerçekleştirilmiştir. Bu değişiklerde dikkat çeken nokta, AB direktifleri ile uyum sağlanma amacının söz konusu olmasıdır. Akabinde eyaletler, federal düzeydeki bu düzenlemleri eyalet sistemine aktarmışlardır.

ve kararnamenin bu alanlara ilişin kural getiren, 7-12 maddeleri kaldırılmıştır. SektVOya bakıldığında, daha önce VOL/A ya da VOB/A'da 3. ve 4. bölümlerde yer alan usule ilişkin düzenlemelerin, burada detaylı biçimde yapıldığı görülmektedir. VgV'nin yeni metni incelendiğinde genel olarak, AB'nin 30 Kasım 2009 tarihli ve 1177/2009[139] sayılı; 2004/17 ve 2004/18 sayılı Direktiflerinde değişiklik yapan Direktifinin dikkate alınarak eşik değerlerin de değişiklikler sırasında güncellendiği (aşağıya çekildiği) görülmektedir[140]. Yarışmacı diyaloğa ilişkin 6. madde, metinden çıkarılmıştır. Bunun sebebi; GWB ve talimatlarda bu düzenlemenin yer alması ve yasakoyucunun bunu merkeze yerleştirme çabasıdır[141]. VgV'de içerik olarak yapılan tek değişiklik, 4. ve 6. maddeler bağlamında, AB'nin enerji etkinliğine yönelik 2006/32 direktifine uygun şekilde, eşik değer üstünde yer alan ihaleler bakımından doğayı koruma amacının ihale süreci içindeki öneminin çizilmesi şeklinde gerçekleşmiştir[142].

Alman İhale Hukuku sisteminde birincil korumanın eşik değerler üstünde olan ihaleler bakımından geçerli olması, eşik değerlerin düşmesini olumlu hale getirmektedir. Bu düşüş ile beraber, daha çok istekli bakımından birincil hukuki koruma imkânı sağlanarak, hukuki güvence artırılmaktadır. VgV de yapılan değişikliklerin şaşırtıcı olmadığı, 2009 değişiklikleri ile beklenen çerçevede olduğuna da dikkat çekilmelidir[143].

---

[139] Direktif için bkz. http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:B74_ADpgEyEJ:eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do%3Furi%3DOJ:L:2009:314:0064:0065:EN:PDF+1177/2009+directive&hl=tr&gl=tr&pid=bl&srcid=ADGEESgc8ZNjZi_bdlOpKmngnIOfk1p9YPKZ3AjXdYZkYHFZC2i9eLjp7krwYmlG7k5P4UIF30mv9rSU8jw9OXtz4EUx6gcmNWVtcd40RwAmXuDdKw9dQ4ATTy5s1JwR9fEcrhQDYhWr&sig=AHIEtbRvABFdzIrE4AJfJyAVWNy6fDjG5A, 15.08.2010.

[140] Daha önce de ifade edildiği üzere Birlik direktifleri üye devletler bakımından doğrudan uygulanma özelliğine sahip olduğu için, bu aktarma olmasa idi bile, direktiflerdeki eşik değerleri yayımlarından itibaren uygulanmak durumunda idi.

[141] JUST, a.g.m., s. 937. Yazara göre VgV yeni metninde aslında içerik olarak pek bir değişiklik olmamış, kararnamenin kanun ve talimatlar ile olan bağ görevine ilişkin ayarlamalar yapılmıştır.

[142] Bkz. http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Q2hQlmEaJ_gJ:www.sammlerusinger.com/su_newsletter_3.pdf+was+bringt+neue+vgv&cd=11&hl=tr&ct=clnk&gl=tr, 15.10.2010.

[143] JUST, a.g.m., s. 939.

Son olarak GWB, VgV, SektVO'da 2011 yılında bazı değişiklikler gerçekleşmiştir[144]. Alman İhale Hukuku'nda son dönemde kamu alımlarınında elektronik ortamın yoğun kullanımı desteklenmekte, mevzuata bu kullanımı artırmaya yönelik hükümler eklenmekte, Birlik İhale Hukukunda da yaygınlaştırılmaya çalışılan elektronik ihalele sistem içine daha fazla adapte edilmeye çalışılmaktadır. Söz konusu çabaya rağmen, halen istenen düzeye ulaşılmış olduğunu söylemek mümkün görünmemektedir.

Alman İhale Hukukunda eşik değer altında kalan ihaleler bakımından bütçe çözümü geçerli olmakla beraber, doğrudan kullanılabilecek bu düzenlemeler yanısıra, AB düzenlemelerine ilişkin kurallar, özellikle de temel hürriyetler ve ayrımcılık yasağı bu ihaleler bakımından söz konusu olabilecektir. Başka bir ifade ile, eşik değer altında kalan ya da başka sebeplerle Birlik İhale Hukuku düzenlemelerinin uygulama alanı dışında kalan ihaleler, marketle ilgisi olması ve sınır aşan nitelik taşıması halinde, temel düzenlemelerin uygulama alanına girebilecektir. Eşik değerleri saptama konusunda etkisi olan, Dünya Ticaret Örgütü düzenlemeleri gibi, devletler genel hukuna ait düzenlemeler de Alman İhale Hukuku bakımından etkiye sahip bulunmaktadır [145].

Avrupa Topluluğu Adalet Divanı, AB düzenlemelerinin uygulanma alanına girmeyen ihalelerde koruma konusunda yerleşik bir içtihat oluşturmuştur. Bu içtihat uyarınca, Birlik düzenlemelerinde belirlenen usul dışında kalan ihalelerde de, ihaleye çıkan idare; açık bir şekilde sınırları aşan menfaatlerin olması halinde, şeffaflık kuralını da içine alan; genel olarak birlik anlaşması ve vatandaşlıktan kaynaklanan ayrımcılık yasağına riayet etmek zorundadır[146]. Mahkeme "sınır ötesi" noktasında saptama yaparken de, tahmin edilen fiyatın teknik belirtiler ve işin yeri açısından istekli bakımından ilgi çekici olup olmadığına dayanmaktadır. Heer'e göre, bu karardan çıkacak sonuç, aslında Birlik eşik düzenlemelerine ulaşamayan ihaleler için Avrupa

[144] Değişiklikler için bkz. www.buzer.de, 28.08.2011.
[145] KÜHLING, a.g.m., s. 836.
[146] EuGH, 07.12.2000, EuGH, 14.06.2007, Nakleden: HEER, a.g.m., s. 59.

düzenlemelerinin ancak bu koşulu sağlaması halinde uygulanabilir olabilmesidir[147].

Avrupa Komisyonu 2006 yılında açıkladığı bir görüşünde, tamamen ya da kısmen AB ihale direktifleri kullanım alanı dışında kalan yani eşik değerlerin altında kalan ihaleler bakımından, yabancı girişimcinin ihalede bir menfaati olması halinde, AB Anlaşmasında yer alan ayrımcılık yasağı ya da şeffaflık (Nichtdiskriminierung und Transparenz) gibi ilkelerin söz konusu olabileceğini belirtmiştir[148]. Yazarlara göre, Komisyon'un bu bildiriminin hukuki anlamda bağlayıcılık taşımasa dahi, gerçekte hukuk pratiğinde önemli etkileri olacaktır. Komisyonun bu kararına karşı Almanya, Ekim 2006'da Avrupa Topluluğu Adalet Divanı'na, "yok sayılması" talebi ile başvurmuştur. Almanya'ya göre Komisyon'un verdiği karar yeni kural getirmekte, hukuki etkiye sahip olup, Komisyon'un bu tür bir yetkisi bulunmamaktadır. Divan, 20.05.2010 tarihli kararı[149] ile Almanya'nın başvurusunu reddetmiştir. Divan'a göre, Almanya'nın başvurusu yerinde değildir, çünkü Komisyon bu kararı ile, ihale hukuku alanında yeni bir düzenleme getirmiş değildir. Komisyon söz konusu açıklaması ile, sadece Birlik İhale Hukukunda zaten mevcut olan zorunluluklara vurgu yapmıştır. Eşik değerlerin altında kalan ihalelerin akıbeti konusunda genel kanı, AB hukukunun dikkate alınabileceği yönündedir. En azından bu konuda, Komisyonun kararında olduğu gibi pek çok çaba bulunmaktadır.

AB ihale direktiflerinin yürürlüğe girmesi ile birlikte, bu alanda zorlayıcı nitelikli kurallar ile desteklenme de söz konusudur. Bu direktifler ile sözleşmeci taraflar, niyetlenilen ve planlanan ihalenin, sonuç bilgileri de dahil olmak üzere, Birlik Resmi Gazetesi'nde yayımı ile zorunlu tutulmuşlardır. Konuyla ilgili yapılacak kanuni düzenlemelerde ticari işleyiş ile süreçte adalet,

---

147 HEER, a.g.m., s. 59.

148 Mitteilung der Europische Komission, 23.06.2006, http://www.dstgb- vis.de/home/aktuelles_news/aeltere_beitraege/eu_kommission_mitteilung_zu_nicht_vom_eu_vergaberecht_erfassten_auftraegen/index.html, 22.09.2010.

149 EuGH, 20.05.2010, http://www.gemeindebund.at/rcms/upload/content/EU_Info_3_10_EuGHUnterschwellenwerte.pdf?PHPSESSID=9907db3ac8a0750eb0c949d29a69378d, 22.09.2010.

eşitlik, hesap verilebilirlik, şeffaflık, ayrımcılığın engellenmesi gibi ilkeler arasında dengenin sağlanması söz konusu olmalıdır[150]. AB direktifleri ihale alanında pek çok önemli ve olumlu gelişmeye sebep olurken, bazı aksaklıkların mevcudiyetini devam ettirdiğine de dikkat çekilmektedir[151].

3. İhale Hukuku Uygulaması

Alman İhale Hukukunda yaşanan temel sorunlar şu şekilde ifade edilmektedir: "Alman ihale sisteminde kamu alımlarında yaşanan en önemli sorunlar alternatif teklif ve ihale dokümanlarında eksikliklerdir". Bir ihalede teklif aşamasında alternatif teklif üretilmesi yolunda birçok sorun ortaya çıkmaktadır. Eksik evrakların sonradan tamamlattırılmasının istekliler tarafından kimi zamana kötüye kullanıldığı ve rekabet ortamını olumsuz etkilediği için eksik evrakların tamamlattırılmasından vazgeçtikleri bilgisi de bulunmaktadır"[152].

AB düzenlemelerinin Alman İhale Hukukuna aktarılması ile beraber, kontrol sürecine ilişkin başvuruların arttığı gözlemlenmektedir. Aktarımın birinci yılında yani 1999 yılında bu sayı 395 iken 2000 yılında 728, 2004 yılında ise 1493'e ulaşmıştır. 2007 yılında ise bu sayı 1119 başvurudur[153].

Uz da Alman İhale Hukukunun mevcut sorunlarına değinmektedir: "*1999 yılında yürürlüğe giren yasa ile birlikte, Alman kamu alımları hukukunun Avrupalılaşmasının resmen tamamlandığı düşünülebilir. Bununla birlikte, mevcut sistemin, uzun süre hayatta kalması pek muhtemel görünmemektedir. Israrla AB hukukun alabildiğince minumum ölçülerde uyum sağlayacak şekilde ulusal yasalarını çıkartan Almanya, AB hukuku ile ulusal düzenlemeler arasındaki sorunu çözmede başarısız olmuşur. Bu*

---

[150] Peder BLOMBERG, "Transparency versus efficiency in public procurement- Conflicting or coinciding goals? ", www.assistum.se/Transparency_versus_Efficiency_010816.doc, 19.09.2010, s. 4-5.
[151] BLOMBERG, a.g.m., s. 8.
[152] Alman Kamu İhale Kurumu Raporu, http://www.intes.org.tr/06/resim_depo/faaliyet/File/almanya_toplanti.doc.,09.11.2009.
[153] Nakleden: HEER, a.g.m., s. 59.

nedenle GWB 97/7. maddesindeki sınırlama var olduğu sürece, değişikliğe ihtiyaç olduğu gözlenmektedir. Doktrinde ihalenin verilmesi kararına karşı inceleme yolu garanti altına alınmadığı sürece AB direktiflerinin yeterince karşılanmadığı görüşü dile getirilmektedir"[154]. GWB'nin 97. maddesinin 7. fıkrası uyarınca, isteklilerin idarenin ihale kurallarına uyması konusunda hakkı bulunmaktadır. Uz'a göre bu madde, her ne kadar yargı yerleri tarafından direktiflere uygun şekilde yorumlanmaya çalışılsa da, belirlilik bakımından Avrupa Topluluğu Adalet Divanı standartlarının gerisinde kalmaktadır. Yazara göre, ihale kararının verilmesine ilişkin koşullar maddede tanımlanmamakta ve maddede belirsizlik ve yanıltıcılık bulunmaktadır. Madde, belirlilik, şeffalık gibi koşulları taşımamaktadır.

AB yanısıra EFTA[155], NAFTA, APEC gibi birtakım bölgesel topluluklar ve anlaşmalarla da, kamu alımlarının düzenleme konusu yapıldığı görülmektedir. Bu düzenlemeler incelendiğinde, üzerinde hassasiyetle durulan konuların AB direktiflerinde olduğu gibi, ekonomik hayatın canlandırılması, ticaretin serbest hale getirilmesi, ekonomik faaliyetler ve kamu alımları alanlarında şeffaflığın ve rekabetin sağlanmasının, vatandaşlığa dayalı ayrımcılığın önleme amaçlarının ön planda olduğu görülmektedir[156].

---

[154] UZ, Kamu İhale Hukuku, s. 362-363.

[155] EFTA *(*The European Free Trade Association*)*, OECD ülkeleri, Avusturya, İngiltere, Danimarka, Norveç, İsveç, İsviçre, Danimarka ve Portekiz tarafından, ekonomik işbirliği sağlamak amacıyla kurulmuştur. Avrupa Birliği aynı zamanda EFTA'ya taraf olan ülkeler ile Avrupa Ticaret Alanına İlişkin Anlaşmayı 2 Mayıs 1992 senesinde imzalamıştır. Detaylı bilgi için bkz. Albert DRÜGEMÖLLER, **Vergaberecht und Rechtsschutz, Der inter und supranationale Rahmen und seine Ausgestaltung in Deutschland,** Springer, 1999, s. 31vd. Bu anlaşma ile taraflar, AB ihale hukuku düzenlemelerinin Avrupa Ticaret Alanında uygulanması ve gereken aktarımın yapılması konusunda anlaşmışlardır. Anlaşma ile gerçekleştirilmek istenen amaç, pazara ortak giriş koşullarının sağlanmasıdır. Bu durum da, EFTA tarafı devletlerin AB ihale direktiflerinin iç hukuklarına aktarmalarını gerektirmektedir. Birlik aynı zamanda, orta ve kuzey Avrupa devletleri ile, ticari ilişkilerin geliştirilmesi amaçlı 1995 tarihli Avrupa Anlaşmasını imzalamıştır. Bu amaç için de, ihaleler alanında pazarın açılması kararlaştırılmıştır. Bkz. DRÜGEMÖLLER, a.g.e., s. 33vd. Bunun yanısıra Birlik Avrupa Akdeniz Anlaşması'na (Europa-Mittelmeer Abkommen) da taraftır. Anlaşmanın amacı genel olarak ticareti sınırlayan engellerin kaldırılmasıdır. DRÜGEMÖLLER, a.g.e., s. 38 vd.

[156] UZ, Kamu İhale Hukuku, s. 115 vd.

WTO, UN gibi uluslararası kuruluşlar düzeyinde de düzenleme konusu olan kamu alımlarının rekabet ortamı içinde ve adil bir şekilde gerçekleştirilmesi, bu kuruluşlar tarafından desteklenip, kurallara bağlanmaya çalışılmaktadır[157]. WTO kurma çalışmaları bağlamında ilk olarak, 1948 senesinde GATT olarak ortaya çıkan, 1981 senesinde GATT GPC olarak yeniden düzenlenen ve son olarak 1996 yılında son değişiklikleri ile GPA şeklini alan anlaşmanın, AB üyelerinin yanısıra Birliğin de anlaşmanın tarafı olması[158], önemi daha artmaktadır. Aynı zamanda, GPA'nın amacı da temel olarak pazarın açılmasını sağlamaktır[159]. Anlaşma WTO'nun çok taraflı anlşamaları içinde şu ana kadar ihale odaklı olan ve bağlayıcılığı olan tek çok taraflı anlaşmadır. GPA hükümleri incelendiğinde şeffalığı sağlamak bakımından yerli yatırımcıların kayrılmasının önüne geçilmesinin, şartnamede performansın temel alınması gerektiği ya da uluslararası kriterlerin dikkate alınması gereği önemle vurgulanmaktadır[160]. GPA düzenlemelerinin, AB ihale düzenlemeleri olan benzerliği dikkat çekmektedir[161]. Genel olarak anlaşma, belli eşik değer üzerinde bulunan kamusal ya da yarı kamusal kuruluşların mal ve hizmet alımlarına ilişkin kurallar getirmektedir.

UN tarafından ilk olarak mal ve yapım işlerine ilişkin planlanıp, 1994 senesinde kapsamına hizmet alımlarının da dahil edildiği Model Kanun (1994 - UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services)da genel hatları ile vatandaşlığa dayalı ayrımı yasaklamakta ve sürecin adil ve açık şekilde işletilmesini gerekli kılmaktadır. Anlaşma, ihale hukukunun uluslararası alanda kolaylaştırılması amacını taşımaktadır. 4734

---

[157] Bölgesel ve uluslararası kuruluşlar bağlamında kamu alımlarına ilişkin kanuni çerçeve konusunda detaylı bilgi için bkz. UZ, Kamu İhale Hukuku, s. 63 vd., 1963 senesinde imzalanan Ankara Antlaşması ile Türkiye, ulusal hukukunu Avrupa Topluluğu hukuku ile uyumlu hale getirme yükümlülüğünü de kabul etmiştir. Bkz. ÖZAY, a.g.e., s. 561.

[158] AB ve üyeleri, anlaşmayı birlikte imzalamışlardır. GPA metni için bkz. http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gpr-94_01_e.htm, 08.08.2010.

[159] EGGER, a.g.e., s. 93., BYOK- JAEGER, a.g.e., s. 47vd.

[160] GPA'nın maddi içeriği hakkında detaylı bilgi için bkz. EGGER, a.g.e., s. 94., Anlaşma aynı zamanda ihlâl iddialarının değerlendirilmesine olanak sağlayan görüşme süreci ile hukuki koruma imkânı da sağlamaktadır. İhale hukuku konusunda düzenlemeler getiren diğer anlaşmalar ve Birliğin ikili anlaşmaları hakkında bilgi için bkz. EGGER, a.g.e., s. 99vd.

[161] DRÜGEMÖLLER, a.g.e., s. 17.

sayılı Kamu İhale Kanunu hazırlanırken Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Komisyonu tarafından hazırlanan model kanunlar da dikkate alınan düzenlemelerden olmuştur. Byok ve Jaeger'e göre, sözleşme hukukuna ilişkin bu kadar çok metnin söz konusu olması aynı zamanda isteklileri bakımından mümkün olduğunca erken bir danışma gerekliliği de yaratmaktadır[162].

C.Türkiye'de Kamu İhale Hukukunun Genel Gelişimi ve Kanuni Çerçevesi

Kamu ihalesine ilişkin kanuni düzenlemelerin tarihinin, ülkemiz bakımından yeni olmadığı söylenebilir. İhalelere ilişkin düzenlemelerin geçmişi, Osmanlı İmparatorluğu dönemine kadar uzanmaktadır. İhale sürecinin düzenlenmesi, ilk olarak 1857 tarihli Nizamnamedir. Milli Mücadele döneminden başlayarak, gerek Cumhuriyet öncesinde gerekse 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'na kadar Cumhuriyet Döneminde, ihale konusunda pek çok düzenleme karşımıza çıkmaktadır[163]. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'na kadar uygulanan pek çok düzenlemenin ihtiyaçları karşılamaması, bu konuyu derli toplu bir hale getirme gereğini doğurmuş ve 1984 yılında 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu yürürlüğe girmiştir. Yıllar geçtikçe bu Kanun'un da ihtiyaçlara cevap verememesi, ihale sürecinde saydamlığı sağlayamaması ve bu gerçeklerin AB üyelik müzakerelerinde açık olarak belirtilmesi, kamu ihale mevzuatında esaslı bir değişikliği zorunlu hale getirmiştir. Bunun yanısıra esasen farklı niteliklere sahip olan kamu alımları ile satımları gibi farklı özelliklere sahip konuların aynı kanunda yer almasının doğurduğu sorunlar da, 4734 sayılı Kanuna giden süreçte rol oynamıştır.

4734 sayılı Kanunu Tasarısı gerekçesinde 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun ifade edilen sorunlu noktalarına değinilmiştir. Bunların yanısıra,

---

[162] BYOK- JAEGER, a.g.e., s. 55., Gerek uluslarası gerekse bölgesel yapılanmalar, anılan kurallara uyulmasını sağlamak adına çeşitli denetim mekanizmalarını kullanmaktadırlar. UZ, Kamu İhale Hukuku, s. 365 vd.

[163] UZ, Kamu İhale Hukuku, s. 127vd.

2886 sayılı Kanun'un uygulama alanına pek çok istisna getirilerek farklı usullerin uygulanması, karmaşaya sebep olmuştur. Devlet İhale Kanun'unda öngörülen sürecin, bürokratik işlemlerle dolu olması, kanunun aksayan bir diğer yanını oluşturmuştur[164]. Tahmini bedellerin gerçek piyasa değerlerinin oldukça altında kalması, ihale ilanı ve tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında yetersiz kalarak pek çok soruna sebebiyet vermesi 2886 sayılı Kanun'un sorunlu noktalarından diğerleridir. *"Kamu kaynaklarının etkin ve verimli bir şekilde kullanılmasının sağlanması için kamuoyunun denetimine açık, rekabetçi ve şeffaf bir ihale sisteminin oluşturulması, ülkemizin bir yandan ihaleye konu kamu harcamalarında disiplininin sağlanması, diğer yandan da Avrupa Birliği'ne giriş sürecinde Kamu ihaleleri konusunda AB müktesebatına uyum gerçekleştirilmiş olacaktır"*[165].

Kamu İhale Kanunu'nun gerekçesinde, bu Kanuna neden ihtiyaç duyulduğu şu şekilde ifade edilmektedir: "*8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun günümüzün değişen ve gelişen ihtiyaçlarına cevap veremediği, uygulamada ortaya çıkan aksaklıkları gidermede yetersiz kaldığı, bütün kamu kurumlarını kapsamadığı, Avrupa Birliği ve uluslararası ihale uygulamalarına paralellik göstermediği görüldüğünden, kamu ihaleleri ile ilgili geniş kapsamlı yeni bir kanun hazırlanmasına ihtiyaç duyulmuştur. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işlerini kapsamaktadır. Ancak alım, hizmet, yapım, kiralama ve taşıma işleri kamu harcaması yapılmasına; satım, kiraya verme, trampa ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi işleri kamuya gelir sağlanmasına yönelik olduğundan, farklı nitelikteki bu işlerin aynı kanunda düzenlenmesi uygulamada pek çok sorunun ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Diğer taraftan, kamu harcaması gerektiren işlere özgü ihalelerde yeni uygulamaların hayata geçirilebilmesi ve harcama yapılması ile gelir elde edilmesine yönelik ihalelerin kendine özgü niteliklerine uygun olarak*

---

[164] Süratin bürokratik işlemlerle dolu olması ya kanuna karşı hileye başvurulması ya da söz konusu ihalenin 2886 sayılı Kanun kapsamı dışına çıkarılması çabalarına sebep olmuştur. Bkz. DEMİRCİOĞLU, s. 36. Kanun'un aksayan yönleri için bkz. DEMİRCİOĞLU, a.g.e., s. 25 vd.

[165] DEMİRCİOĞLU, a.g.e., s. 7.

ihtiyaçlara cevap verecek şekilde ayrı kanunlarda düzenlenmesi gerekmektedir. Devletin bu işlere ilişkin ihale mevzuatının Avrupa Birliği ve Dünya Ticaret Örgütü gibi uluslararası kuruluşların ihale mevzuatına paralel hale getirilebilmesi için, kamu harcaması yapılmasını gerektiren mal veya hizmet alımları ile yapım işleri bu Kanun kapsamına alınmıştır. Ayrıca, aynı amaçla kamu ihaleleri sonucunda düzenlenen sözleşmeler ile ilgili hususlar bu Kanun kapsamında düzenlenmeyerek, bu konuda ayrı bir kanun hazırlanmıştır"[166].

Ülkemiz açısından kamu alımlarının ülke ekonomisi bağlamında önemine bakıldığında GSMH'nın % 11-12 sini kamu alımlarının oluşturduğuna işaret edilmektedir[167]. *"Halen etkinliğini sürdüren özelleştirme ideoloji ve uygulamasına karşın Türkiye'nin gelişme ve kalkınmasında kamu kesimi çok önemli bir ağırlığa sahip gözükmektedir"*[168].

Katılım Ortaklığı Belgesi ve AB üyeliğine ilişkin ulusal programda orta vadeli hedeflerden birisi olarak, Türk Kamu ihale mevzuatında AB'ye uyum öngörülmüştür[169]. Bu gelişmelerin sonucu olarak, 01.01.2003 tarihinde, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu yürürlüğe girmiştir[170]. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu belli istisnai alanlarda 2886 sayılı Kanun'u yürürlükte bırakırken[171], esas itibariyle uygulanacak olan düzenleme haline gelmiş ve ihale alanında önemli değişiklikler getirmiştir. Genel olarak bu Kanun AB müktesabatına uygun olmakla beraber, iki mevzuat arasında tam benzerlik bulundurduğunu söylemek de mümkün değildir. Bu dönemde 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun tamamlayıcısı olarak da, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu da yürürlüğe girmiştir.

---

166 http://www.belgenet.com/yasa/ihale-1g.html, 06.07.2010.
167 DEMİRCİOĞLU,a.g.e., s. 1.
168 ŞAYLAN, a.g.m., s. 65.
169 DEMİRCİOĞLU, a.g.e., s. 2.
170 4734 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce de, ihale konusunda pek çok çalışma yürütülmüştür.
171 Şu an hâlâ yürürlükte olan Devlet İhale Kanunu, asıl olarak kamu gelirlerinin elde edilme yöntemine ilişkin uygulanabilir hale gelmiştir.

Genel gerekçede Kamu İhale Kanunu'nun amaçlarından şu şekilde bahsedilmektedir: "*Bu Kanunda; ihalelerde saydamlığın, rekabetin, eşit muamelenin, güvenirliğin, gizliliğin, kamuoyu denetiminin, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasının ve kaynakların verimli kullanılmasının en geniş şekilde sağlanması, kamu kurum ve kuruluşlarının kullanımlarında bulunan her türlü kaynaktan yapacakları ihalelerde tek bir yasal düzenlemeye tâbi olmaları, tahmini bedel baz alınarak indirim yapılmak suretiyle ihaleye çıkılması yerine, işlerin istekliler tarafından piyasa rayiçlerine uygun fiyatlara göre tespit ve teklif edilen gerçekçi bedeller üzerinden ihale edilmesi amaçlanmıştır… İhalelerle ilgili şikâyetlerin incelenme süreci uluslararası uygulamalar çerçevesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir*[172]*".*

4734 sayılı Kanun incelendiğinde, şartname de dahil ihale sürecinin detaylı bir şekilde düzenlendiği görülmektedir. 4734 sayılı Kanun, yürürlüğe girmesinden bu yana, pek çok kez değişiklik geçirmiştir. Uygulamaya bakıldığında, 4734 sayılı Kanun'un uygulanmasına yönelik pek çok adsız düzenleyici işlemin oluşturulduğu görülmektedir. 4734 sayılı Kanun irdelendiğinde ihale sürecinde şeffaflığı sağlamaya yönelik mekanizmalara yer verildiği dikkat çekerken bu durum, Kanun'un 5. maddesinde de temel ilkeler olarak gösterilmektedir. Maddeye göre, "*İdareler, bu Kanuna göre yapacakları ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur*".

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile getirilen ilkeler, aslında Anayasamızdaki pek çok düzenlemenini ihale hukuku alanına yansıması olarak değerlendirilebilir. Anayasamızın 167. maddesinde devlete verilen görevlerden birisi, piyasaların sağlıklı ve düzenli bir şekilde işlemesini sağlamaktadır. İhalelerin piyasa ekonomisindeki rolü düşünüldüğünde, kamu ihale alanındaki düzenlemelerin bu kapsam dışında düşünülmesi mümkün görünmemektedir. Benzer şekilde ihalelerde yatırımcılara fırsat eşitliği

[172] http://www.belgenet.com/yasa/ihale-1g.html, 06.07.2010.

sağlanmasının Anayasamızın genel esaslardan biri olarak belirttiği eşitlik ilkesinin bir sonucu olduğu, aynı zamanda bu durumun Anayasamızın 48. maddesinde düzenlenen "çalışma ve sözleşme hürriyetinin" bir gereği olduğu söylenebilir. Kamu İhale Kanunu'ndaki bu değişikliklerin Anayasamızın 5. maddesinin gereklerini sağlama ile ilgili olduğu da açıktır. Şöyle ki, bu alanda yapılan düzenlemeler kişilerin temel hak ve hürriyetleri üzerindeki engelleri kaldırma amacı taşımaktadır. Yapılan düzenlemelerin uluslararası platforma uyum sağlamak amacını da taşıdığı dikkate alındığında, bu düzenlemeler Anayasamızın 90. maddesi ile de ilişkilendirilebilir.

Türk İhale Hukuku sistemi 4734 sayılı Kanun ve buna bağlı pek çok adsız düzenleyici işlemle şekillenmekte iken, gerek kanun gerekse düzenleyici işlemler bakımından günümüzde en sorunlu nokta, düzenlemeler arasında pek çok kez uyumsuzluk ortaya çıkması, her defasında uyum sağlanmak adına değişiklikler yapılması ve bu değişikliklerin oldukça sık aralıklarla yapılmasıdır. Bu durum uygulamacıların işini zorlaştırmak yanında, ihale süreine dahil olmak isteyen istekliler bakımından pek çok belirsizliği beraberinde getirmektedir. İhale hukuku alanında çalışanlar da dahi, düzenlemeleri takip etmek oldukça zor bir hale gelmişken, bu durumun teklif hazırlama noktasında anılan düzenlmeleri dikkate almak zorunda olan istekliler bakımından yarattığı sıkıntının büyüklüğü dikkat çekicidir[173]. Bu durum, hukuk devletinin gereklerinden birisi olan "idarenin faaliyetlerinin belirliliği" ilkesi ile de bağdaşmamaktadır. İhale sürecine dahil olmak isteyenler bakımından sürekli farklılaşan düzenlemeler neticesinde idarenin faaliyetlerinin ne şekilde olacağını saptamak imkânsız hale gelmektedir[174].

---

[173] Örneğin Kamu İhale Genel Tebliği 2009-2011 döneminde yedi kez değişiklik geçirmiştir. Aynı dönemde Mal Alım İhaleleri Uygulama Yönetmeliği üç, Danışmanlık Hizmeti Alım Uygulama Yönetmeliği beş, Mal Alım İhaleleri Uygulama Yönetmeliği altı, Yapım İhaleleri Uygulama Yönetmeliği yedi kez değişmiştir.

[174] 26560 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Kamu İhalelerine Yönelik Başvurular Hakkındaki 2007 tarihli Yönetmelik 27099 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Yönetmelik ile 2009 yılında değişikliğe uğramıştır. 2007 tarihli Yönetmeliğin Kamu İhale Kanunu ile çatışan pek çok hüküm getirdiği dikkate alındığında, bu değişiklik oldukça yerinde görünmektedir. Yeni Yönetmelik ile kanun-yönetmelik uyumu sağlanmıştır. Ancak 2007 tarihli Yönetmelik ile 2009 tarihli Yönetmelik

Kamu ihale mevzuatında köklü değişiklik getiren son düzenleme 27857 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Elektronik İhale Yönetmeliği'dir. Kamu İhale Kanunu'na dayanılarak çıkarılan bu Yönetmelik ile, kamu ihale süreci doküman hazırlama, dökümanlara ulaşma, teklif verme, ihalenin sonuçlandırılması gibi ihale sürecinin pek çok aşaması bakımından elektronik ortama taşınmıştır[175].

Anayasa'mızın 167. maddesinin yansıması olan Kamu İhale Kurumu'nun görev ve yetkileri, Kamu İhale Kanunu'un 53. maddesinde, "*Bu Kanunla verilen görevleri yapmak üzere kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve malî özerkliğe sahip Kamu İhale Kurumu kurulmuştur. Kamu İhale Kurumu, bu Kanunda belirtilen esas, usul ve işlemlerin doğru olarak uygulanması konusunda görevli ve yetkilidir*" şeklinde belirtilmektedir.

Kamu harcamalarının kanuni bir dayanağa gereksinim göstergesi 1924 ve 1961 Anayasalarında, açıkça olmamakla beraber belirtilmektedir. 1924 Anayasası'nın 96. maddesi, bütçe dışında harcama yapılamayacağını belirtmekte iken, 1961 Anayasasının 126. maddesinde bütçenin nasıl yapılacağı ve uygulanacağının kanun ile gösterileceğini ifade etmektedir.

Kamu harcama sürecinin kanun ile düzenlenme gereği farklı gerçeklerle de açıklanabilir. Bir kere ihale süreci ele alındığında bu durumun isteklilere bazı kısıtlamalar getirmesi, çalışma özgürlüğünün, temel hak ve hürriyetlerden biri olup, temel hak ve hürriyetlerin Anayasamızın 13. maddesi uyarınca ancak kanunla kısıtlanabilecek olması, bu faktörlerden biridir. Kanunla düzenlenme gereğini idarenin kuruluş ve faaliyetlerinin kanun ile düzenlenmesi gereğinden bahseden Anayasamızın 123. maddesi ile

---

karşılaştırıldığı zaman görülen farklılık, ihale hukuku düzenlemelerinin yapılma sürecini bir kez daha değerlendirme gereği göstermektedir ve oldukça dikkat çekicidir.

[175] Elektronik İhale Yönetmeliği, madde 4 − (1) İhale sürecine ilişkin aşağıdaki işlemler EKAP üzerinden gerçekleştirilir: a) İhtiyaç raporunun hazırlanması. b) İhale kaydının yapılması ve İKN alınması. c) İhtiyaç raporunun ihaleyle ilişkilendirilmesi. ç) Teknik şartnamenin yüklenmesi. d) Ön yeterlik ve/veya ihale dokümanının hazırlanması. e) Doküman satın alanların ve indirenlerin kaydı f) İlan işlemlerinin yapılması. g) Dokümanda açıklama ve değişiklik işlemlerinin yapılması. ğ) İhale komisyonu oluşturma işlemleri. h) Başvuru ve tekliflerin kaydı. ı) Başvuru ve teklif değerlendirme işlemlerinin kaydı. i) Teyit işlemleri j) Sonuç bildirim işlemler k) İhale iptal işleminin kaydı.

açıklamak da mümkündür. Kamu ihale sürecinin kanun ile düzenlenmesine ilişkin zorunluluk yanısıra, bu konuya ilişkin yasal düzenlemeler yapılırken de anayasal ilkelerin dikkate alınması gerekliliği unutulmamalıdır.

Kamu ihale sürecinin 4734 sayılı Kanun ile detaylı bir şekilde düzenlenmesi aynı zamanda, hukuk devleti ilkesinin de bir gereğini oluşturmaktadır. Genel olarak kabul gören anlayış uyarınca, hukuk devletinin gereklerinden bir tanesini de, idarenin faaliyetlerinin belirli ve öngörülebilir olması oluşturmaktadır. Gözler bu durumu şu şekilde ifade etmektedir: *"İdare takdir yetkisine sahip olduğu alanlarda dahi tam bir serbestiye sahip değildir. İdare bu yetkisini tüzük ve yönetmelik gibi genel kurallarla düzenlemek ve bu düzenlemelere uymak zorundadır"* [176].

Ülkemizde genel bir idari usul kanunu bulunmamakla beraber, birçok idari işlemden oluşan ihale sürecinin özel nitelikli bir idari usul yasası olan 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu[177] ile düzenlendiği görülmektedir. Bu durum esasen, hukuk devletinin gereği olan idarenin kanuniliği ilkesinin bir sonucudur. O halde ihale sürecinde yapılan idari işlemlerin, belli bir öngörülebilirlik içinde yapılması gerekmektedir. Uyuşmazlık Mahkemesi de, 1999 senesinde vermiş olduğu bir kararında, bu gerçeğe vurgu yapmaktadır: *"İdare, gerek yapısı gerekse idarede kanunilik ilkesi gereğince, hangi türde olursa olsun sözleşme yapmadan önce çeşitli usul kurallarına uymak zorunda olup, bu kurallar 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nda gösterilmiştir"*[178]. Bu durum doktrinde şu şekilde de vurgulanmaktadır: "*Kanunlarda yer alan 2886 sayılı Kanuna veya 4734 sayılı Kanuna tâbi olmama düzenlemelerinin, ihalelerin tamamen keyfi, idarenin mutlak takdiri ile yapılması anlamına gelmeyeceğidir. İdare, özel hukuk tüzel kişilerinin sahip bulunduğu mutlak takdir yetkisine sahip olmayıp, ihalelerini özel mevzuatlarına, ihale hukukunun temel ilkelerine ve önceden ilan edilmiş bulunduğu ihale*

---

[176] Kemal GÖZLER, **İdare Hukuku**, **Cilt. 1,** Ekin Kitabevi, 2009, Bursa, s. 126.

[177] *"Bu yönüyle, ihale sürecine ilişkin kurallar bütününü, sözleşme yaparken idarece uyulması gereken bir idari usul olarak; Kamu İhale mevzuatını da, idarenin harcamalarına ilişkin özel bir idari usul düzenlemesi olarak nitelendirmek mümkündür".*UZ, Hukuksal Rejim, s. 10.

[178] UM, Hukuk Bölümü, E. 1998/8, K. 1999/17, 21.06.1999, RG. 21.09.1999, S. 23823.

dokümanlarına bağlı olarak yapmak zorundadır. Mutlak takdir yetkisi hatta keyfilik idarenin faaliyetlerinde kabul edilemez bir durumdur"[179].

III. KAMU İHALE SÖZLEŞMESİ VE SÜRECİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

İhale sözleşmesinin ve sürecinin tâbi olduğu hukuk dalının saptanması, bu süreçte çıkan uyuşmazlıkları çözmek açısından zorunludur. Sürecin kamu hukukuna ya da özel hukuka tâbi olduğunun kabulü, sorunların da seçilen hukuk dalının prensipleri doğrultusunda çözümünü gerekli kılmaktadır.

A.Türkiye'de Sözleşme Teorisi Açısından Kamu İhale Sözleşmesi

Kamu ihale sürecinin iktisadi ya da sosyal boyutu dışında, bir de hukuki boyutu bulunmaktadır. Özay bu durumu şu şekilde ifade etmektedir: *"Bu süreçte bir yandan tek kutuplu, diğer yandan çoklu-iki taraflı ilişki düzlemlerinden oluşan bir ilişki kompleksi kurulmaktadır. İlişkide tek kutuplu bir düzlem vardır, çünkü hem usul(=ihale usulü), hem de talep (=mal, hizmet, yapı) kamusal iradeyle belirlenmiştir; yani devlet veya idare ilişkinin belirleyicisi konumundadır. İlişkide iki taraflılığın söz konusu olduğu bir düzlem vardır, çünkü talebi karşılamaya yönelik teklifler idareye yöneliktir ve idare ile teklif eden arasında sonuç doğurmaktadır"*[180].

Kamu ihale süreci, taraflar arasında akdedilen bir sözleşme ile son bulmaktadır. Kamu ihale sözleşmesinin niteliğini saptamadan önce idarenin özel hukuk kurumu olan "sözleşme" yapıp yapamayacağı ayrı bir tartışma konusu olduğuna değinmek gerekmektedir. Alman Hukukunda da bu duruma şiddetle karşı çıkan yazarlar olmuştur[181]. Zamanla yaşanan gelişmeler, idarenin "sözleşme" yapabilmesini gerekli hale getirmiştir. İdarenin tek yanlı

---

[179] Bahtiyar AKYILMAZ, Murat SEZGİNER, Cemil KAYA, **Türk İdare Hukuku**, Seçkin Yayınevi, 2009, Ankara, s. 434.

[180] ÖZAY, a.g.e., s. 549-550.

[181] Otto MAYER , "Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertag", **AÖR,** 1888, s.1 vd. Nakleden: BUZ, a.g.e., s. 47

işlemleri yanısıra bu şekilde iki yanlı bir ilişkiye girmeye yani sözleşme yapmaya yönlendiren sebeplerden en önemlisi, idarenin ihtiyaç duyduğu mal ve hizmetleri üçüncü şahıslardan karşılamasına yönelik yasal hükümlerin istisna durumlarda söz konusu olması sebebiyle, normal zamanlarda idarenin bu yöntemle ihtiyacını karşılayamaması gösterilmektedir[182].

Onar bu durumu şu şekilde ifade etmektedir: *"Amme hizmeti mefhumunun değişmesi ve amme hizmetlerinin yayılması neticesi olarak birçok 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"[183].*

İdarenin sözleşme yapma yetkisinin genel olarak kabulünden sonra, idarenin özel hukuk sözleşmesi yapıp yapamayacağı ve de buna paralel olarak, idarenin özel hukuka göre hareket edip edemeyeceği sorusunun cevaplanması gerekmektedir. Türk İdare Hukukunda 1999 Anayasa değişikliği öncesi doktrin ve yargı uygulamasında baskın anlayış uyarınca, mevzuatta bu konuda açık bir yasaklama olmadığı sürece, idarenin özel hukuk sözleşmesi ya da idari sözleşme yapma konusunda takdir yetkisi bulunmaktadır[184]. 1999 yılında gerçekleşen Anayasa değişikliğinin de, bu yaklaşıma destek verdiği ortaya çıkmaktadır[185]. 1999 senesinde Anayasa'nın 47. maddesine eklenen 4. fıkra uyarınca: "Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabileceği veya devredilebileceği kanunla belirlenir[186]". Anılan madde

---

[182] BUZ, a.g.e., s. 49.

[183] Sıddık Sami ONAR, **İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt. 3**,, İsmail Akgün Matbaası, 1966, İstanbul, s. 1591.

[184] BUZ, a.g.e., s. 64-65.

[185] BUZ, a.g.e., s. 65-66.

[186] Uz Anayasa'nın 47. maddesini "*kanunla açık yetkilendirilmediği sürece idarenin yürütmekle görevli olduğu yatırım ve hizmetlere ilişkin özel hukuk sözleşmesi yapabilmesi mümkün değildir. Şu halde, Türk hukukunda idare, kural olarak idari sözleşme yapılmasının gerekli olduğu durumlarda özel hukuk sözleşmesi yapamayacaktır. Yani sözleşme yapma yetkisi bulunan idarenin, idari sözleşme ile özel hukuk sözleşmesi arasında bir tercih serbestisi söz konusu*

uyarınca, yasakoyucunun tercihini özel hukuk sözleşmesinden yana kullanması halinde, artık idari sözleşme akdedilmesi söz konusu olamayacaktır.

İhale sürecinin sonunda akdedilen sözleşmenin niteliği konusunda 4735 sayılı Kanun'dan önce, bazı itirazlar olmakla beraber, bu sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olduğu doktrinde baskın görüş idi[187]. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun ifadesi ile de, bu tartışmaya net bir şekilde cevap verilmiştir. Gerçekten de anılan Kanun'un 4. maddesi incelendiği takdirde sözleşme hükümlerinin uygulanmasında tarafların eşit hak ve yükümlülüklere sahip olduğu belirtilmek suretiyle, bu sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olduğu kesinleşmiştir[188]. Başka bir ifade ile yasakoyucu, kamu ihale sözleşmelerinde takdir yetkisini açık bir şekilde özel hukuk sözleşmesinden yana kullanmıştır. "*Sonuç olarak 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, sadece kamu ihale sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi olduğunu belirtmekle kalmamış, aynı zamanda idari sözleşme yapma imkânını da ortadan kaldırmıştır"*[189].

Kamu ihale sözleşmesinin özel hukuk sözleşmesi niteliği üzerinde değerlendirmelere devam etmeden önce bir noktanın belirtilmesi ayrıca gerekmektedir: Kamu ihaleleri sonunda özel hukuk sözleşmesi imzalanmakla beraber, hukukumuzda kamu tüzelkişilerinin idari sözleşme yaparken de ihale mevzuatı kuralları takip ettikleri görülmektedir[190]. Daha önce de ifade

---

değildir. Bu görüşten hareketle ilgili yasalarda açıkça bir niteleme yapılmayan durumlarda-ki ihale sözleşmelerine ilişkin açık bir düzenleme yoktur-idarenin taraf olduğu sözleşmelerin niteliğini serbestçe belirleyebilmesi mümkün değildir" şeklinde yorumlamaktadır. Bkz. UZ, Hukuksal Rejim, s. 161

187 BUZ, a.g.e., s. 68.

188 BUZ, a.g.e., s. 69, Şeref GÖZÜBÜYÜK Şeref-Turgut TAN, **İdare Hukuku, Cilt. 1**., Turhan Kitabevi, 2010, Ankara, s. 613, GÖZLER , Cilt. 1., s. 617.

189 BUZ, a.g.e., s. 72.

190 Celalettin GÜVENÇ, **Uluslararası İhalelerde Örnek Alınan Fıdıc Şartnamelerinin Türkiye Uygulamasının İncelenmesi**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, GÜSBE, 2006, Ankara, s. 12. , aynı yönde bkz. UZ, Hukuksal Rejim, s. 9., *"İhale süreci sonucu ortaya çıkan sözleşmelerin idari sözleşme olması bir zorunluluk değildir. Yerleşik içtihada göre, Devlet İhale Kanunu çerçevesinde yapılan sözleşmeler, özel hukuk sözleşmesi niteliğindedir ve adli yargının görev alanına girer".* KARAHANOĞULLARI, a.g.e., s. 315. AKYILMAZ-SEZGİNER-KAYA, a.g.e., s. 419.

edildiği üzere geniş anlamda ihale, idarenin sözleşme tarafını saptama ve sözleşmeyi akdetme sırasında takip etmek zorunda olduğu kurallar anlamına da gelmektedir. Türk hukuk sistemi uygulamasına bakıldığında bütün idari sözleşmeler için genel nitelikli olmamakla beraber, birtakım idari sözleşmelerin akdedilmesine ilişkin sürecin yasakoyucu tarafından detaylı olarak düzenlenmiş olduğu görülmektedir: Anayasa Mahkemesi tarafından da süreç sonunda imzalanan sözleşmenin idari sözleşme olduğu kabul edilen 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli çerçevesinde Yaptırılması Hakkındaki Kanuna göre yapılacak sözleşmeler konusunda bazı usul kuralları getirilmiştir. 3996 sayılı Kanun incelendiğinde idareye bazı hallerde ön seçim yapıp yapmama konusunda takdir yetkisi tanındığı ya da ilana ilişkin bazı düzenlemeler getirilmiştir. İdari sözleşme ile sürecin tamamlandığı 3465 sayılı Yasada da benzer bir durumun olduğu görülmektedir.

4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkındaki Kanun uyarınca da, özelleştirme öncesinde uyulması gereken bazı kurallar getirilmiştir[191][192]. Sözleşmeye giden sürecin özel bir kanun ile düzenlenmediği idari sözleşmeler bakımından da idarelerin takdir yetkilerini kullanmak suretiyle birtakım kurallar uyguladıkları görülmektedir. Bu noktada üzerinde hassasiyetle durulması gereken durum, ihalenin kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesi yöntemi olmayıp, geniş anlamıyla idarenin yapacağı sözleşmenin tarafını seçmesinde uyacağı kurallar bütünü olduğudur. Tezde ise “dar anlamda ihale” yani idarenin mal ya da hizmet alımına ilişkin kurallar esas olarak inceleme konusu yapılmaktadır. Başka bir ifade ile idarenin bir özel hukuk sözleşmesi ile sonlandırdığı mal, hizmet alımı ya da yapım işlerine ilişkin süreç irdelenmektedir.

[191] Özelleştirme sürecinin idari sözleşme ya da özel hukuk sözleşmesi ile sona ermesi mümkün olabilmektedir.
[192] Bkz. GÖZÜBÜYüK-TAN, Cilt. 1., s. 607.

B. Almanya'da Sözleşme Teorisi Açısından Kamu İhale Sözleşmesi

İdarenin özel hukuka göre hareket etme serbestisine sahip olup olmadığı konusunda Alman İdare Hukuku doktrininde de hakim görüş Türk İdare Hukuku doktrinine paraleldir. Alman İdare Hukuku açısından kabul gören durum, idarenin bir vatandaş gibi özel hukuka göre hareket etme serbestisine sahip olduğudur. Detterbeck, bu durumu "idarenin şekil seçme serbestisi (Formenwahlfreiheit der Verwaltung)" olarak nitelemektedir, örneğin idarenin BGB'nin 433. maddesi anlamında satım sözleşmesi yapabilme serbestisine sahip olduğu kabul edilmektedir. Detterbeck, özel hukuka göre hareket etme bakımından özel bir yetkilendirmeye (einer besonderer Ermaechtigung) gerek olmadığı kanaatindedir. Yazara göre idarenin, özel hukuk ya da kamu hukukuna göre hareket etme bakımından genel olarak seçme hakkı bulunmaktadır. Aksine bir sınırlama ancak, kanun ya da temel hukuk kuralları ile aksinin belirtilmesi halinde söz konusu olabilir[193].

Maurer, yasal düzenlemeler ya da maddi gerçeklikler buna engel olmadığı sürece, idarenin özel hukuk ya da kamu hukuku alanında hareket etme serbestisi olduğu kanaatindedir. Yazara göre bu durumun tipik örneğini de, idarenin özel hukuk sözleşmesi akdetmesi oluşturmaktadır[194]. Sonuç olarak Alman Hukuku'nda da genel olarak idarenin kamu hukuku ya da özel hukuka göre hareket etme ve özel hukuk formlarından birini seçme hakkı kabul edilmektedir. Maurer de, idarenin özel hukuka göre hareket edebileceği yönündeki fikrini açıkladıktan sonra, idarenin özel hukuk formunda yaptığı işlemlerde de, bazı temel kamu hukuku düzenlemeleri ile bağlı olduğunu ifade etmektedir. Bu düzenlemeler, anayasa, idare hukukunun temel kuralları ve yetkiye ilişkin düzenlemelerdir. Yazara göre, idari özel hukuk olarak adlandırılan bu alanda, idare özel hukuk kişisinin serbestliğine değil, sadece

---

[193] Steffen DETTERBECK, **Allgemenines Verwaltungsrecht**, 7. Auflage, Verlag C.H. Beck, 2009, München, s. 324.

[194] Hartmut MAURER, **Allgemeines Verwaltungsrecht**, 17. Auflage, Verlag C.H.Beck, 2009, München, s. 440-441.

özel hukuk işlemi şeklinde işlem yapma serbestisine sahiptir[195]. Detterbeck bu konuda Maurer gibi genel bir kabul yapmamakta, idarenin yaptığı işleme göre anayasa ve temel kamu hukuku kurallarına bağlılığı ve derecesini saptamaktadır[196].

Almanya açısından belirsizlik taşıyan kısım gerek Maurer gerek Detterbeck tarafından da ifade edildiği üzere, idarenin özel hukuk işlemlerinde kamu hukuku kuralları ile bağlı olup olmadığı, bağlı ise de bunun derecesidir. Detterbeck'in bu ayrımına göre, ihtiyaçların giderilmesi kapsamında ele alınan ihalelerde, devlet kamusal bir görevi yerine getirmemektedir. Sadece temin edilen araçlarla, kamusal bir hizmetin görülmesi söz konusudur. Yazara göre burada, kamusal ödevlerin yerine getirilmesi ile dolaylı bir ilişki söz konusudur. Yine yazarın görüşü uyarınca, bu alanda yargı uygulaması da, temel hukuk ile sınırsız bir bağlılığı kabul etmemektedir. Doktrinin büyük bir kısmı, bu alanda da tam anlamı ile temel hukuk ile bağlılığı desteklemektedir. Temel hukuk bağlantısının bu alanda sınırlı olmasına inanan uygulama ve sınırlı doktrine göre, burada aynen özel kişiler arasında olduğu gibi, temel hukukun dolaylı üçüncül etkisi söz konusudur. Örneğin sınırlı uygulama görüşünü savunanlar da, bu alanda GG'nin 3. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesinin[197] sınırsız olarak kullanımını savunmaktadırlar[198]. Özellikle ihale hukuku açısından eşik değerlerin altında kalan ihaleler bağlamında, ihaleci kuruluşlar bağlamında temel hukuk kuralları ile bağlılık ve bunun derecesi büyük anlam ifade etmektedir, çünkü eşik değerlerin altında kalan ihalelerde, Alman İhale Hukuku sistemi içinde özel bir koruma sistemi mevcut değildir.

---

[195] MAURER, a.g.e., s. 441.
[196] DETTERBECK, a.g.e., s. 325.
[197] GG m. 3: (1) Bütün insanlar kanun önünde eşittir. (2)Kadın ver erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet bu eşitliği gerçek anlamda sağlamak için gerekli tedbirleri alır. Mevcut dezavantajların ortadan kalkmasını sağlar. (3) Kimse cinsiyeti, kökeni, ırkı, dili, vatandaşlığı, fikirleri, dini ya da politik görüşü yüzünden farklı muameleye tâbi tutulamaz. Kimse engeli yüzünden farklı muameleye tâbi kılınamaz.
[198] DETTERBECK, a.g.e., s. 326.

Ziekow/Siegel'e göre, ihale hukuku sürecinin özel hukuksal özellik taşıması temel hukuk kuralları ile bağlı olma noktasında farklılaşma yaratmamalıdır. Yazarlara göre son zamanlarda giderek artan inanışa göre de, dar anlamda idari usul süreci ile idari özel hukuk alanında temel hukuk bağlantısı alanında farklılık yaratmak mümkün değildir. Bu noktada GG'nin 3. maddesinde yer alan kanun önünde eşitlik ilkesi, ihale dışı kriterlerin dikkate alınmasına engel olmaktadır. Bu bağlamda Anayasa'nın hak arama özgürlüğüne ilişkin 19. maddesinin 4. fıkrası[199] da bu kapsamdadır. Somut olayın özelliklerine göre, örneğin Anayasanın 12[200]. maddesinde yer alan çalışma özgürlüğü, başka temel haklara da dayanılması söz konusu olabilecektir[201].

Alman Hukukunda kamu ihale sürecine ilişkin daha sonra detaylı açıklama yapılacak olmakla beraber, kamu ihale sözleşmesinin bir özel hukuk sözleşmesi olduğu kabul edilmektedir[202].

İdarenin sözleşme yapma serbestisi tartışması yapılırken üzerinde durulan bir husus da, ilgili mevzuatta yer alan idare lehine hükümlerin, sözleşmenin özel hukuk karakterini değiştirmeyeceğidir[203]. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 4. maddesi uyarınca, "*Bu Kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklere sahiptir. İhale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemez. Kanunun yorum ve uygulanmasında bu prensip göz önünde bulundurulur".* Bu kesin ifadeye rağmen bazı yazarlar, kamu ihale sözleşmesinin özellikleri

---

[199] GG m. 19/4: Kamusal faaliyetlerden dolayı hakları zarara uğrayanlara yargı yolu açıktır. Başkaca bir belirleme yapılmadığı sürece, bu konuda medeni yargı yetkilidir. Anayasa'nın 10. maddesinin 2. fıkra hükmü saklıdır.

[200] GG m. 12/1: Bütün Alman vatandaşları, iş, işyeri ve eğitim yeri seçme hakkına sahiptirler. Çalışma hayatı kanun ile ya da kanuna dayanarak düzenlenebilir.

[201] Jan ZIEKOW, Thorsten SIEGEL, "Das Vergabeverfahren als Verwaltungsverfahren",, **ZfBR**, 2004/1, s. 34, www.beckonline.de, 28.09.2010.

[202] Bkz BUZ, a.g.e., s. 72., Marion LEHNER KRAFT, Subjektive **Rechte und Rechtsschutz des Bieters im Vergaberecht unterhalb der EU-Schwellenwerte,** Verlag Dr.Kovac, 2002, Hamburg,a.g.e., s. 82.

[203] BUZ, a.g.e., s. 71., Aziz TAŞDELEN, *"Kamu Harcama İhalesi Sürecinde İhale ve Sözleşme Aşamaları ile Bu Aşamaların Yargı Yolları Ayrımını Belirleyici Rolü",* **Prof. Dr. İl Han ÖZAY'a Armağan,** 2011, İstanbul, s. 53.

dikkate alındığında özel hukuk sözleşmesi kategorisi içinde yer almasına gerek olmadığı, bunların aslında bir idari sözleşme olduğunu ifade etmektedirler[204]. Bu yazarlara göre *"Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu uyarınca akdedilen sözleşmelerin "idari sözleşme" olarak kabul edilmeleri de imkân dahilindedir. Zira bu sözleşmelerin taraflarından birisi idaredir ve bunların konuları çoğunlukla bir kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkindir. Keza bunlarda idarenin birtakım kamu gücü ayrıcalığı niteliğindeki yetkilerle donatılması da muhtemeldir. Kanımızca, Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa göre akdedilen sözleşmeler özel hukuk sözleşmesi olduğu kategorik olarak söylenemez"*[205]. Fransa'da bayındırlık ve hizmet alımına ilişkin sözleşmeler, idari sözleşme olarak kabul edilmektedir[206].

Üzerinde durulması gereken bir konu da idarenin idari sözleşme ya da özel hukuk sözleşmesi yapma konusunda takdir yetkisi bulunup bulunmadığıdır. Bu konuda gerek doktrinde gerek yargı uygulamasındaki genel kabul, idarenin mevzuatta açıkça yasaklama olmadığı sürece, özel hukuk sözleşmesi yapma noktasında takdir yetkisi bulunduğudur[207].

C.Tâbi Olunan Hukuk Dalı Açısından Kamu İhale Süreci

İdarenin özel hukuk sözleşmesi akdedip akdedemeyeceği yanısıra, bu soruya olumlu yanıt verilmesi halinde, sözleşmeye giden sürecin tâbi olacağı

---

[204] Kemal GÖZLER- Gürsel KAPLAN, **İdare Hukuku Dersleri**, Ekin Kitabevi, 2011, Bursa, s. 489.

[205] Kemal GÖZLER, **İdare Hukuku, Cilt. 2**, Ekin Kitabevi, 2009, Bursa, s. 89-90. UZ, Hukuksal Rejim, s. 159. *"Öncelikle, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunundaki "kamu sözleşmeleri" ibaresi, teknik anlamda " idari sözleşme" karşılığı olarak kullanılmış değildir. Ancak, Kanunun bütününe hakim olan idare lehine ayrıcalıklar ve üstünlükler, idari sözleşme kriterlerinden olan idarenin üstün konumda ve ayrıcalıklı olması koşulunu fazlasıyla karşılayacak nicelik ve niteliktedir. Kaldı ki, idare tarafından tek taraflı olarak hazırlanan "kural işlem" niteliğindeki şartnameler ve diğer ihale dökümanları, sözleşmenin birer parçası olup Kanun gereği, ihale dökümanlarına aykırı bir sözleşme yapılamayacağı gibi, aykırılık halinde ihale dökümanları esas alınacaktır".*

[206] Fransa hakkında bilgi için bkz. E.Ethem ATAY, **İdare Hukuku**, Turhan, 2009, Ankara, s. 553., GÖZLER-KAPLAN, a.g.e, s. 457. Duran'a göre, Türkiye'de idari sözleşme alanını dar tutma eğilimi söz konusudur. Lütfi DURAN, **İdare Hukuku Ders Notları**, Fakülteler Matbaası, 1982, İstanbul, s. 431

[207] BUZ, a.g.e., s. 65vd.

hukuk dalı ayrı bir tartışma konusu oluşturmaktadır. Türk hukuk sistemi içinde, kamu ihale süreci sonunda akdedilen sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi niteliğinin bir sonucu olarak, bu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü de genel hükümlere göre adli yargı yerleridir. Sözleşme aşamasına kadar geçen sürecin hangi hukuki rejime tâbi olması gerektiği konusunda farklı yaklaşımlar söz konusudur.

Alman Hukuku dikkate alındığında bu konudaki farklı yaklaşımlar dikkat çekmektedir: Alman İdare Hukuku'nda "**Kamu Hukuku Teorisine"** göre, sözleşmenin akdi öncesi ve sonrası kamu hukuku kurallarına tâbi olmalıdır. Kamu hukuku teorisi, Zuleeg tarafından, daha sonra değinilecek iki aşama teorisinin yargı yolunu bölümlemesi ve diğer problemlerini azaltmak adına savunulmaktadır[208]. Bu teorinin mantığına göre, ihale ile her ne kadar ihtiyaçların tedariki sağlanmakta ise de, diğer devlet faaliyetleri gibi kamusal bir görev yerine getirilmektedir.

Zuleeg "ihalenin verilmesine ilişkin karar"ın kendisini, idari işlem saymak bir yana, doğrudan idari sözleşme olarak nitelendirmektedir. Yazara göre, sözleşme için, katılanın sözleşmenin içeriğine etkisi kesindir. İhale alanında isteklinin, en azından fiyata etki etme hakkı bulunmaktadır. Burada idari işlemden söz edilemez ve ihale alanında mantıklı olan hukuki şekil, idari sözleşmedir. İdarenin idari sözleşme yapılmasına ilişkin kararının bir idari işlemle yardımcı element olarak desteklenmesine gerek yoktur[209]. Bu varsayım, yani ihalenin verilmesine ilişkin kararın bir kabul beyanı olarak kabul edilmesi, sözleşmenin doğasına ve sözleşmenin içeriğine aykırı olması sebebiyle eleştirilere konu olmuştur, çünkü tarafların biri kamu hukuku kişisi olması idari sözleşmenin söz konusu olması için yeterli değildir. Aynı zamanda, yüklenilen ödevin kamu hukuku karakteri taşıması gerekmektedir[210].

---

[208] Bkz. LEHNER KRAFT, a.g.e., s. 80. Bkz BUZ, a.g.e, s. 75.
[209] Manfred ZULEEG, "Rechtsschutz und Grundsrechtsbindung bei der Vergabe öffentlicher Aufgabe", WiVerw, 1984/2, s. 115-116.
[210] LEHNER KRAFT, a.g.e., s. 81-82.

"Özel Hukuk Teorisi" ise, ihale sürecinin bir bütün olarak özel hukuk ilişkisi olduğu ve özel hukuk kurallarının geçerli olması gerektiği yönündedir[211]. Bu noktada, önemli bir yaklaşım da, Türk Hukukunda özellikle zincir işlemlerin iptalleri bağlamında ve bu arada ihale sürecinde de sık sık gündeme gelen "**Ayrılabilir İşlem Teorisi"**dir. Teorinin esası Fransa'da ortaya çıkmıştır. Roma Hukuku kaynaklı pek çok hukuk sisteminde ihaleler kamu hukuku kapsamında ele alınmakta ve idarenin kamusal işlemleri aracılığı ile gerçekleştirildiği kabul edilmektedir[212]. Teoriyi açıklamadan önce belirtilmesi gereken Fransa'da kamu ihale sözleşmelerinin idari sözleşme olarak kabul edilmesidir[213]. Bu teori, *"tek yanlı idari işlemi bulunduğu yer neresi olursa olsun içinde bulunduğu işlem süreci veya hukuki ilişkiden ayrıştırarak iptal davası yargıcının denetimine tabi tutulmasını sağlayan bir tekniktir"*[214].

İşte noktada ülkemizdeki ve Fransa'daki kapsam farkı ortaya çıkmaktadır. Bizde ayrılabilir işlem teorisi, idarenin gerek idari sözleşmeler gerek özel hukuk sözleşmeleri söz konusu olduğunda uygulanabilirken; Fransa'da, teorinin gerek özel hukuk gerekse idari sözleşmeler için uygulanabileceği ifade edilse de, bu teorin kaynağını idari sözleşmeler oluşturmaktadır. Fransız Danıştay'ı, başlangıçta idari sözleşme ve sözleşme öncesi yapılan tek yanlı işlemlerin iptal davasına konu olabileceğini kabul ederken, daha sonra idari sözleşmelerin iptal davasına konu olamayacağına karar vermiştir. Mahkeme daha sonraları da, idari sözleşmelerin iptal davasına konu olamayacağı yönündeki fikrini sürdürmüştür ancak, sözleşmeye giden süreçte yer alan tek yanlı işlemlerin iptal davasına konu

---

[211] LEHNER KRAFT, a.g.e., s. 82, BUZ, a.g.e., s. 75.

[212] Frank STERNER, **Rechtsbindungen und Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Auftraege",** Booberg Verlag, 1995, Hamburg, s. 94.

[213] Fransa'da 2001 yılında çıkarılan bir kanun (Loi MURCEF)nın 2. maddesinde Kamu İhale Kanunu kapsamında imzalanan sözleşmelerin "idari sözleşme" vasfı açıkça belirtilmiştir. 11 Haziran 1806 tarihli Kararname'nin 13. maddesinde de devletin kamu hizmetini yürütmek amacıyla taşınır mal alımı yaptığı sözleşmeler, idari sözleşme sayılmışlardır. Bayındırlık işleri sözleşmeleri de kanun tarafından açıkça idari sözleşmeler sayılmaktadır. UZ, Hukuksal Rejim, s. 12.

[214] Murat SEZGİNER, **İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı**, Yetkin Kitabevi, 2000, Ankara, s. 15.

olabileceğini ifade ederek, ayrılabilir işlem teorisinin uygulamasını başlatmıştır[215].

Türk Hukukunda ayrılabilir işlem teorisinin idari sözleşmeler bakımından uygulanması eleştirilere sebep olmaktadır. Eleştiride bulunan yazarlara göre Türkiye'de idari sözleşme ile bunun bütünü olan idari işlemlerin ayrılamayacağını kabul eden "**Blok Teorisi"** kabul görmediği için, idari sözleşmeler bakımından, ayrılabilir işlem teorisine gerek yoktur. Ayrıca teorinin idari sözleşmeler kaynaklı olması sebebiyle, bir özel hukuk sözleşmesi olan kamu ihale sözleşmesi ve bu sürece, ayrılabilir işlem teorisinin tatbiki mümkün değildir. Bu noktada belirtilmesi gereken bir husus da, ayrılabilir işlem teorisinin sözleşmenin akdedilmesinden sonraki süreçte yer alan ve sözleşmeden ayrılabilen işlemleri de kapsamasıdır[216].

İhale sürecinin hukuki niteliği noktasında Alman İdare Hukuku'nda söz konusu olan bir diğer teori "**İki Aşama Teorisi"**dir. Alman Hukuku kaynaklı bu teori süreci ikiye ayırmakta, sözleşme öncesi süreci İdare Hukukuna, sonrasını ise özel hukuka tâbi kılmaktadır. Teori daha sonra ihale sürecinde yapılan işlemlerin dava konusu edilmesi bağlamında yeniden gündeme gelecek olması sebebiyle, iki aşama teorisinin detaylı Alman hukukundaki anlamının açıklanması gerekmektedir.

Yaratıcısının Hans Peter IPSEN olduğu iki aşama teorisi (Zweistufentheorie) Alman Hukukunda halen tartışılan bir konuma sahiptir. Teorinin ihale hukuku bakımından önemi, eşik değerlerin altında kalınması durumunda teorinin uygulanıp uygulanmayacağının tartışma konusu olmasıdır[217]. Teori esas olarak II. Dünya Savaşı'ından sonra, imar alanında sübvansüyonların kaydı ile ilişkili olarak geliştirilmiştir. Söz konusu teori ile

---

[215] SEZGİNER, a.g.e., s. 114.

[216] BUZ, a.g.e., s. 80-82.

[217] Jörg ENNUSCHAUT, Carsten ULRICH "Keine Anwendung der Zwei- Stufen-Lehre im Vergaberecht", **NJW**, 2007/31, s. 2225., Eşik değerlerin altında kalan ihaleler için GWB'dekine benzer sübjektif bir hukuki korunma yolunun bulunmaması, iki aşama teorisinin ise hukuki denetim yolunu açarak bu denetimi sağlayabilme olasılığı barındırması bakımından, Alman İhale Hukuku'nun da en çok tartışılan konularından biri haline gelmiştir. BUZ, a.g.e., s. 83-84.

birlikte, sübvansiyonların o güne kadar kabul edilen özel hukuk karakteri aşılabilmiş, yardımın verilmesine ilişkin kararın temel kamu hukuku kuralları ile ilişkilendirilmesi ve idare hukuku denetimi sağlanmıştır. Maurer'in ifadesiyle teori, hem hukuk devleti ile bağlı kalmayı garanti altına almış hem de özel hukukun pratik formlarına göre hareket edebilme imkânını korumuştur[218].

İki aşama teorisine göre, sübvansiyon verilip verilmeyeceğine ilişkin idare kararı (die Bewilligung-OB), bir idari işlemdir ve kamu hukuku alanına dahildir. Alman yargı yerlerinin genel olarak, devlet yardımı alanında iki aşamalı sürecin söz konusu olduğunu kabul ettikleri görülmektedir. Doktrinin bir kısmı da bu yaklaşımı desteklemektedir. Kaynağı bu şekilde açıklanan teori, kamu hukuku ile bağlantı sağlayarak idari yargı yolunu açabilme özelliğine sahip olması bakımından, idarenin özel hukuk alanında yaptığı işlemleri açısından da uygulanmak istenmiştir. Bu uygulamanın ne kadar ile mümkün olabileceği ise Alman Hukukunun en tartışmalı noktalarından birini oluşturmaktadır. Alman ilk derece mahkemeleri ve yüksek mahkemelerinin kararları incelendiğinde de soruna net bir çözüm bulunamadığı görülmektedir.

İdarenin özel hukuk işlemlerinin hangilerinde iki aşama teorisinin uygulanıp uygulanmayacağından önce, devlet yardımı alanında da, teorinin birçok sıkıntıyı barındırdığı ifade edilmelidir. Maurer bu sıkıntılardan birini ve ihale hukukunda da en çok tartışılanı şu şekilde ifade etmektedir: Bir ilişki bakımından aşamalı olarak bu şekilde bir ayrıma gidilmesi, sadece ikiye ayrılmış bir hukuki ilişki yaratmakla kalmaz. Aynı zamanda farklı hukuki alanlar ve dahası aynı ilişki bakımından farklı yargı yerlerinin yetkisine beraberinde getirir. Birinci ve ikinci aşamanın nerede başlayıp nerede bittiğini, yani sınırlarını belirlemek sıkıntısı da bulunmaktadır. Her zaman için bu konuda bir ispat yapma gereği duyulacaktır. Son olarak da, bu şekilde ayrılan aşamaların birbiri ile ilişkisi yani ilk aşamadaki irade açıklamasının

[218] MAURER, a.g.e., s. 448.

ikinci aşama ile sona mı erdiği yoksa ikinci aşamaya rağmen varlığını devam ettirip ettirmediği sorunu ortaya çıkabilecektir[219].

Detterbeck "İki Aşama Teorisinin" idarenin özel hukuk işlemleri bakımından kullanılması noktasında bir ayrım yapmaktadır. Yazara göre, teorinin idarenin genel olarak özel hukuk işlemleri için kullanımı mümkün gibi görünse de karar alma sürecinin özel hukuka ya da kamu hukukuna tâbi tutulması yani aşamalama, ilişkinin içeriğine, başka bir ifade ile devletin ne tür bir faaliyet içinde olduğuna göre belirlenmelidir. İhale hukuku alanı için değerlendirme yapmak gerekirse, bu alanda devlet kamusal işlevlerini yerine getirmemektedir. Devletin kim ile sözleşme yapacağını belirlemesine ilişkin ön karar (die Vorfeldentscheidung) da, özel hukuka ait bir durumdur[220]. Görüldüğü üzere, Alman yargı uygulaması ve doktrindeki hakim düşünce, ihale sürecinin, tam anlamıyla özel hukuka tâbi bir süreç olduğudur. Bu durumun doğal sonucu olarak da düzenlemeler ile aksi belirtilmedikçe, bu alanda doğan uyuşmazlıklarda adli yargının yetki alanı içindedir. Ayrıca değinilmesi gereken bir durum, Alman Hukuk sistemi açısından da, Türk Hukuk sisteminde olduğu gibi, kamu hukuku, özel hukuk normu ayrımı ve idarenin işlemlerinin hangi alanda kabul edilebileceğine dair bir sınıflama yapılmadığıdır. Alman Hukukunda özel hukuk ve kamu hukuku kurallarını ayırma noktasında başlıca üç teori geçerlidir.

Menfaat Teorisi(Interesse Theorie)'ne göre, kamunun yararına hizmet eden normlar kamu hukukuna ait iken, bireylerin menfaatlerine yönelik normlar özel hukuka aittir.

---

[219] MAURER, a.g.e., s. 449., İki aşama teorisi aracılığı ile sözleşme öncesi sürecin ve ihalenin verilmesine ilişkin kararın idari işlem sayılarak iptal edilmesi halinde, üçüncü kişi yararına olan bir işlemin iptal edilmesinin davayı açan üzerinde ihalenin bırakılması sonucunu doğurmayacak olması, bu durumun da yeterli bir hukuki koruma getirmediğini savunanlar yaratmıştır. Bkz. LEHNER KRAFT, a.g.e., s. 78.

[220] Devletin bu süreçte nasıl hareket edeceğinin mevzuatla düzenlenmiş olması, karar sürecinin de özel hukuka tâbi olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. DETTERBECK, a.g.e., s. 329-330. Detterbeck'in ayrımına göre, idari özel hukuka ait işlemler ki bunlar, devletin özellikle kamusal işlevlerini yerine getirdiği faaliyetleridir. Bu alanda "OB" yani devletin hukuki ilişki kurup kurmama ve bunun kimle yapılacağına karar verme süreci, kamu hukukuna tâbidir yani birinci aşamadır ve bu alandan doğan uyuşmazlıklar idari yargıda çözümlenir. Bu duruma örnek olarak yazar, kamusal bir otoparkın işletilmesi için belediye ile vatandaş arasında yapılan sözleşmeye ilişkin karara, diğer bir vatandaşın dava açmasını göstermektedir.

Tâbiyet Teorisi (Subordinate Theorie)ne göre ise, kamu hukuku altlık üstlük ilişkisinin söz konusu olduğu hallerde var iken, eşitlik durumunun olduğu hallerde ise, özel hukuk alanı söz konusu olmaktadır.

En çok güncellenen Nesne Teorisi (Subjekts Theorie) ne göre ise, devlet ve onun gibi kamu gücünü elinde tutan benzer yapılanmalara ilişkin kurallar kamu hukukuna ait iken, özel hukuk herkes için geçerli kuralları düzenlemektedir. Bu anlayışa göre, kamu hukuku; devletin özel hukukudur. Yazarlarca haklı olarak belirtildiği gibi bu teorinin de artık daha fazla savunulması mümkün görünmemektedir, çünkü devletin özel hukuka göre hareket ettiği haller de bulunmaktadır[221].

Bugün için Alman hukukunda kabul edilen durum, yukarıda açıklanan teorilerin harmanlanması olmuştur. Bu duruma göre, bir uyuşmazlığın kamu hukuku ya da özel hukuka ait olduğunu saptama noktasında belirleyici olacak olan; "hukuki ilişkinin doğası"dır (Natur des Rechtsverhaeltnisses). Bu duruma göre de, kamu hukukuna tâbi bir durumdan söz edilebilmesi için, sürece katılanlar altlık üstlük içinde olmalıdır ve kamu gücünün kullananı kamu hukukunun temel kurallarına hizmet etmelidir. Ayrıca hukuki ilişki, kamunun yararına olan normlara hizmet ettiğinde ya da herkes için geçerli olmayıp bilakis devletin özel hukukuna ya da ilişkin olduğu ya da devletin diğer kamusal ödevlerine ilişkin olduğunda (taraflardan en az birinin kamu gücü kullandığı durumlarda) da, eşitlik temeline dayanan hukuki ilişki kamu hukukuna ilişkin olabilir[222].

Tâbi olunan hukuk dalına ilişkin tartışmalar bu şekilde devam ederken, daha önce de kısaca değinildiği üzere, yargı yolu konusunda da bir çözüm bulunabilmiş değildir. Bazı yazarlar kamu hukuku alanının bu şekilde

---

[221] Christoph DRUSCHEL , "Rechtswegfragen am Beispiel des Vergaberechts", **JA**, 2008/7, s. 515-516. Ayrıca teoriler için bkz. DETTERBECK, a.g.e., s. 11vd, MAURER, a.g.e., 41 vd.

[222] DRUSCHEL, a.g.m., s. 516.

sınırlamanın, kamu hukuku karakteri bağlantısı taşıyan pek çok uyuşmazlığın adli yargı önüne gitmesine sebep olacağına inanmaktadırlar[223].

Değinilen bu tartışmalar sebebiyle, ihale hukuku uyuşmazlıklarının tâbi olacağı hukuk dalı ve yetkili yargı yolunu belirleme durumu da son derece tartışmalı bir hale gelmektedir. Özellikle, ihale sözleşmesinin akdinden önce yapılan işlemlerin önemi, bu sorunun çözümünü daha da tartışmalı hale getirmektedir. Eşik değerlerin altında kalan ihaleler bakımından istekliler açısından yeterli hukuki koruma olmaması, bu soruların cevabını daha güncel bir ihtiyaç olarak ortaya çıkarmaktadır. Bu süreçte yapılan işlemlerin durumu daha sonra ayrıntılı olarak ele alınacak olmakla beraber, burada şunu belirtebiliriz, Alman İhale Hukuku açısından kabul, ihale sürecinin özel hukuka ait bir süreç olması şeklindedir.

Genel kanıya göre devlet bu alanda, kamu gücünün kullanımı ile ilişkili bir görevi ifa etmemektedir, bilakis durumu diğer özel kişilerin durumu ile aynıdır. İhale sürecine ilişkin bu kabul, bizi aynı zamanda iki aşama teorisinin de Alman hukuku açısından reddi sonucuna götürmektedir, çünkü genel kabule göre, iki aşama teorisi; hukuki işlemde çok aşamalılık olması halinde söz konusu olabilir. İhale örneğinde ise "tek aşamalı"lık durumu söz konusu olup, devlet burada tamamen özel hukuk kişileri gibi hareket etmektedir[224]. Ayrıca bu süreçte devletin bazı temel hukuk kuralları ile bağlı olabilmesi, ilişkinin özel hukuk karakteri üzerinde etki yapmamaktadır. Devlet, özel bireylerle olan ilişkilerinde de, kamusal ödevlerin yerine getirilip getirilmemesine bağlı olmaksızın, GG'nin 3. maddesindeki "eşitlik ilkesi" gibi kurallara uymakla yükümlüdür[225].

Alman Hukuku bakımından iki aşama teorisinin genel olarak ihaleler alanında uygulanamayacağı kabul edilmiş olsa da, yargı yerlerinin kararlarına

---

[223] DRUSCHEL, a.g.m., s. 516.

[224] BVerwG, 1991 senesinde verdiği bir kararda, kamusal tercih kurallarının isteklilerin birinin yararına kullanılması halinde, ihalenin verilmesine ilişkin kararın kamu hukukuna ait olabileceğine ilişkin bir karar vermiş ancak kısa sonra bu yorumdan vazgeçmiştir. Nakleden: LEHNER KRAFT, a.g.e., s. 79.

[225] DRUSCHEL, a.g.e., s. 518, DETTERBECK, a.g.e., s. 327.

bakıldığında sözleşme öncesi sürecin tâbi olduğu hukuk ve dolayısıyla yetkili yargı yolu çatışması, BVerfG daha sonra değinilecek olan 2006 tarihli kararına kadar yoğun bir şekilde devam etmiştir,. Ancak genel olarak varılabilecek sonuç, Alman Hukuku bakımından genel kabul hem sözleşme öncesi sürecin, hem de sonrasının yani ihale sürecinin bir bütün olarak özel hukuka tâbi olması yönündeki "özel hukuk" teorisidir. Lehner Kraft'a göre, ihalenin verilmesi, özel hukuka ait bir irade açıklaması olarak kabul edilmektedir. İhalenin hangi istekliye verileceğine ilişkin irade açıklaması, sözleşmenin kiminle kurulacağını açıklamaktadır. Tedarik işinde idarenin kamusal bir amaç gütmesi, ihale için kamu hukuku karakteri yaratmaz[226].

Bu noktada belirtilmesi gereken bir durum, kamu ihale sürecinin hukuki karakterinin, AB direktiflerine uyum bağlamında da Alman Hukukunda bir dönem tartışma konusu olduğudur, çünkü bu direktiflerde üstü kapalı biçimde ihale sürecinin ikili yapısından bahsedilmekte, "ihalenin verilmesi" sözleşme öncesi süreçte idarece verilen bir karar şeklinde açılanmakta ve hukuka aykırı işlemlerin kaldırılmasından bahsedilmektedir. Ne var ki, her bir direktifin getiriliş amacı ve ön sözüne bakıldığında iki aşamalı bir yapının kabul edilmesinin zorunlu olmadığı anlaşılmaktadır. Üye devletler için zorunlu tutulan ise, istekliler bakımından tazminat talep hakkının tanınmasıdır[227].

Kamu ihale sürecinin akıbeti bağlamında bir diğer tartışma, bu sürecin kamu hukukuna(gerek idari işlem gerekse idari sözleşme şeklinde) tâbiyeti konusunda, Anayasa Hukuku ya da politik açıdan bir zorunluluk olup olmadığı noktasında olmuştur. Sterner bu noktada ayrıca, bir kere ihale alanında sınırda bir alan olduğu gerekçesi ile ayrı iki hukuk alanının birlikte kullanımının, hukuk mantığı açısından doğru bir yaklaşım olarak kabul edilmeyeceğini belirtmektedir. Yazara göre, kamu hukukuna tâbiyetin bireylerin yararı açısından olumlu olacağı anlayışı gerilerlerde kalmıştır. Bugün idarenin özel hukuk alanında harekette bulunması ve bu alanda kamu hukukuna tâbiyetin daha az olması da bunu kanıtlamaktadır. Ayrıca AB

[226] LEHNER KRAFT, a.g.e., s. 82.
[227] STERNER, a.g.e., s. 95.

hukuku, ülkelerin bu alandaki geleneklerini de dikkate katarak, amaçlarına göre kamu hukukuna da özel hukuka tâbiyet konusunda serbesti tanıdığı bilinmektedir. İdarenin makette tedarikçi olarak yer alması ve iki aşama teorisinde olduğu gibi kamu hukukuna tâbiyetin bu alanda sorunlar yaratabilecek durumda olması özel hukuka tâbiyeti kabul edilmesi gereken hale getirmektedir[228].

Türk Hukukuna geri döndüğümüzde, ayrılabilir işlem teorisinin kamu ihale sözleşmesi sürecine uygulanmasına karşı çıkan yazarlar, Türk Hukukunda aslında iki aşama teorisinin geçerli olduğunu, zaten 4374 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun da bu durumu açıkça belirttiğini ifade etmektedirler[229]. Türk Hukuk Sisteminde adı konmasa da, aslında iki aşama teorisinin geçerli olduğunu ifade eden görüş, bu teori ile ayrılabilir işlem teorisi arasındaki karışıklığa sebep olarak, bu ikinci teorinin Fransız Hukuku kaynaklı olmasını ve Türk İdare Hukuku sisteminin yoğun ölçüde Fransa'dan kaynaklanmasını göstermektedir[230].

Türk hukukundaki değerlendirmelere bakıldığında, ihale sürecindeki işlemlerin dava konusu olabileceğinin kabul edildiği[231] ve bu kabulün "ayrılabilir işlem teorisi" ile açıklandığı görülmektedir. "*Ayrılabilir işlemler kuramı, idare tarafından sözleşmenin hazırlık aşmasında tek taraflı olarak yapılan idari işlemlere karşı ilgililerin idari yargıda iptal davası açması imkânını sağlamaktadır… İcrai işlemler hazırlık aşamasında bulunsalar bile ayrılabilir işlemler kuramı gereği, ayrı hukuki sonuç doğurduklarından yargı konusu yapılabilmektedirler… Bu bağlamda, ayrılabilir işlemler kuramı, kamu*

---

[228] STERNER, a.g.e., s. 95-96.
[229] BUZ, a.g.e.,s. 87vd.
[230] BUZ, a.g.e., s. 85.
[231] *"İdarenin sözleşmelerinin kurulması öncesindeki ihale sürecini oluşturan işlemler, vergilendirme ve kamulaştırmada olduğu gibi birden fazla işlemin yapılması ile oluşan zincir işlemler niteliğindedir".* UZ, Hukuksal Rejim, s. 11.

harcamalarındaki ihale sürecindeki hukuka aykırılıkların idari aşamada çözümlenmesinde de geçerli olmaktadır"[232]*.*

Kutlu da benzer görüşü paylaşmaktadır: *"İdarenin sözleşmelerinde, sözleşmeden ayrılabilen ve icrai nitelikte olan bir işlem, ayrılabilir işlem kuramı uyarınca idari yargının denetimine tâbidir"*[233]*.* Yine Kutlu'ya göre, *"İhale kavramı idare sözleşmelerinin oluşum sürecini ifade ettiğine göre sözleşmenin meydana geldiği ana kadar ihale kararının alınması, ihale koşullarının belirlenmesi, şartnamelerin hazırlanması, tahmini bedel tayini, ihale komisyonunun oluşumu, ihalenin ilanı, tekliflerin değerlendirilmesi, ihale kararı, ihale kararının onayı gibi* bir *dizi idarenin tek yanlı işlemleri söz konusu olmaktadır. Bu işlemler sözleşmeden ayrılabilir işlemlerdir, yani her biri tek başına dava konusu edilebilir işlem niteliğindedir"*[234]*.*

İdare Hukuku doktrini tarafından genel kabul gören anlayış, idari işlemin idare tarafından İdare Hukuku alanında, kamusal güç kullanmak suretiyle, tek taraflı olarak meydana getirilen, ilgililerin hukuki durumları üzerinde etkisi olan işlemler şeklindedir. İhale sürecine bakıldığında da, idare tarafından bireylerin hukuki durumları üzerinde yeni durumlar yaratan, mevcut hukuki durumu değiştiren ya da kaldıran pek çok idari işlem yapıldığı görülmektedir. Başka bir ifade ile, ihale süreci akdedilecek sözleşmenin hazırlayıcısı gibi görünmekle beraber, bu aşamada da icrai nitelikte ve idari davalara konu olabilecek pek çok idari işlem gerçekleşmektedir. Süreç sonunda imzalanan sözleşmeye bakıldığında, aslında bu sözleşmeye karakterini veren özelliklerin, ihale aşamasında gerçekleşen idari işlemlerle belirlendiği görülmektedir. Gerçekten idari işlem için yapılan tanımlara bakıldığında, aranan temel özelliğin de doğrudan dışsal hukuki etki (unmittelbare Aussenwirkung) olduğu yani gerçek ya da tüzelkişinin hukuki

---

[232] Aziz TAŞDELEN, **Kamu Harcamaları Hukukunda İhale Süreci**, Turhan Kitabevi, 2004, Ankara, s. 146.
[233] KUTLU, a.g.e., s. 43.
[234] KUTLU, Usul, Sempozyum, s. 113.

alanının genişletilmesi ya da daraltılması olduğu görülmektedir[235]. Başka bir ifade ile, özel hukuk ilişkilerinin kurulmasına destek olan işlemler, **özel hukuk kurucu idari işlem** adı altında idari işlem olarak kabul edilmektedir[236]. Bu sözleşmeler, idari işlemler aracılığı ile yerine getirilmektedir[237].

Fortstoff, kamusal bir idari işlevin yerine getirilmesi sırasında kamusal ve özel hukuk formlarının bağlantılı olduğundan bahsetmektedir. Yazara göre bu durum özellikle devletin finansal işlemlerinde söz konusu olmakta ve iki aşamalılık gündeme gelmektedir[238].

İhale kararının kesinleşmesine kadar olan aşamada yapılan işlemlerin idari işlem olup, idari yargı denetimine tâbi olduğu konusunda[239] 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu döneminde de, yargı yerlerinin süreklilik gösteren kararları olmuştur:

"İdare Mahkemesince, 2886 sayılı Yasa uyarınca ihale aşaması tamamlanmadan tesis edilen işlemlerin iptali istemiyle açılan davaların idari yargı yerinde görüleceği, ancak ihale aşaması tamamlanıp, sözleşme imzalandıktan sonra sözleşmenin uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların adli yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği, dosyanın incelenmesinden ihale yapıldıktan ve taraflar arasında 26.3.1999 tarihinde sözleşme imzalandıktan sonra davacının kira bedelini ödemediği, idarenin işlemlerini geri alabileceği, yapımı tamamlanmamış bir yerin kiralanmasının hukuksal olmadığı öne sürülerek ihalenin iptaline karar verildiğinin anlaşıldığı, bu durumda, ihalenin kesinleşmesinden sonra taraflar arasında imzalanan sözleşmenin uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlığın adli yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği gerekçesiyle davanın görev yönünden reddine karar verilmiştir.

---

[235] Hans Uwe ERICHSEN, Dirk EHLERS, **Allgemeines Verwaltungsrecht**, De Gruyer Recht, 13. Auflage, 2006, Berlin, s. 619.
[236] ERICHSEN-EHLERS, a.g.e., s. 618.
[237] ERICHSEN-EHLERS, a.g.e., s. 618.
[238] Ernst FORTSTOFF, **Lehrbuch des Verwaltungsrecht**, **Band I**, **Allgemeiner Teil**, 10. Auflage,1973, München, s. 197.
[239] GÖZÜBÜYÜK-TAN, Cilt. 1., s. 634.

Davacı, encümen kararının idari bir işlem olduğu iddiasıyla anılan mahkeme kararının temyizen incelenip, bozulmasını istemektedir.

2886 sayılı Devlet İhale Kanununa dayanılarak sözleşme aşamasına kadar idarece alınan kararlar ve yapılan işlemler yasanın kamu yasası olma niteliği nedeniyle idari niteliktedir ve bu işlemlerin iptali istemiyle açılan davaların görüm ve çözümünde idari yargı görevlidir. Ancak taraflar arasında imzalanan sözleşmeden sonra sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerinde görülmesi gerekmektedir.

Belirtilen bu duruma göre sözleşme yapıldıktan sonra tesis edilse bile sözleşmeden kaynaklanmayan sözleşmeden doğan bir hak ve alacağın takibi niteliğini taşımayan, idarenin kamu gücüne dayanarak ve tek yanlı olarak tesis ettiği idari işlemlerin iptali istemiyle açılan davaların da idari yargı yerinde görülüp, çözümlenmesi zorunludur"[240].

Karahanoğulları hakim görüşü şu şekilde ifade etmektedir: *"İdare hukukuna veya özel hukuka tâbi olsun 'idarenin sözleşmeleri'nin oluşum aşamaları idaridir. İdarenin sözleşme yapma iradesini oluşturma aşaması ihale olarak adlandırılır ve bir dizi idari işlemden oluşur… İdarenin sözleşmelerindeki bu ihale aşamasında ortaya çıkan işlemler ayrı idari işlemler olarak, idari yargıda iptal davasına konu olabilir. Buna hukuki engel bulunmamaktadır"*[241].

Danıştay'ın bir özel hukuk ilişkisi yani kamu ihale sözleşmesi ile sona eren ihale sürecindeki işlemlerin denetimine ilişkin bir diğer kararı şu şekildedir: "*Uyuşmazlık Mahkemesi kararları ve Danıştay'ın süregelen içtihatlarına göre 2886 sayılı Kanunun kapsamına giren işlerin görülmesi için*

---

[240] D10D, 05.02.2003, E. 2001/5105, K. 2003/358, DBB., 22.09.2010 , Bkz. aynı yönde DİDDK, 07.03.2003, E. 2002/725, K.. 2003/88, DBB, 22.09.2010.

[241] KARAHANOĞULLARI, a.g.e., s. 340. , İdari sözleşmelerin en yaygın türü olan imtiyaz sözleşmelerinde ihale sürecine ilişkin genel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak idare takdir yetkisini objektif kurallara bağlama gereğinin bir sonucu olarak, idari sözleşmeler bakımından da özel hukuk sözleşmesi olan kamu ihale sözleşmesine ilişkin olarak öngörülen usulleri, idari sözleşmeler bakımından da uygulamaktadır. Ancak son yıllarda idari sözleşmeler ile ilgili olarak çıkarılan bazı kanunlarda, idari sözleşmelerde ihale aşamasına ilişkin düzenlemeler getirildiği görülmektedir. KARAHANOĞULLARI, a.g.e., s. 340, TAŞDELEN, a.g. m, s. 48.

yapılan ihalelerde ihale kararının kesinleşmesine kadar olan dönem içinde idarelerce tesis olunacak işlemler 2886 sayılı Yasa ile düzenlenmiş olması nedeniyle idari yargının denetimine tâbi olup, ihale kararının kesinleşmesinden sonra müteahhit ile idare arasında aktedilen sözleşme ve bu sözleşme hükümlerinin uygulanması ilgili işlemler ise, anılan Yasa ile düzenlenmeyip, özel hukuk alanını ilgilendirmesi nedeniyle adli yargının denetimine tâbidir[242]".

Danıştay yeni bir kararında da bu yaklaşımını sürdürmektedir: *"Bilindiği gibi ihalelerde, sözleşme aşamasına kadar yasaya dayanılarak idarece alınan karar ve yapılan işlemlerin iptali istemiyle açılan davaların idari yargı yerinde, sözleşme yapıldıktan sonra sözleşme hükümlerinin uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıklar ile sözleşmeye karşı açılacak davaların özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerinde görülüp, çözümlenmesi gerekmektedir"[243].*

Uyuşmazlık Mahkemesi de bir kararında, ihale sürecine ilişkin işlemlerin dava konusu edilebileceğine değinmektedir: *"2886 sayılı İhale Yasası bir kamu yasasıdır. Bu yasaya dayanılarak sözleşme aşamasına kadar idarece alınan kararlar ve yapılan işlemler idari niteliktedir. İhale kararı alınması, ihale şartlarının tespiti, şartnamenin hazırlanması, tahmini bedel tayini, ihale komisyonunun teşkili, ihalenin ilanı, tekliflerin değerlendirilmesi, ihale kararı, komisyonun ihaleyi yapıp yapmamakta serbest olması, ihale kararının onayı veya iptali gibi tüm hazırlıklar, idarenin yasanın verdiği yetkiye dayanarak tesis ettiği tek yanlı ve buyurucu nitelikte bir dizi işlemlerdir"[244].*

---

[242] DİDDK, 07.03.2003, E. 2002/725, K. 2003/88, 22.09.2010, DBB. Aynı yönde bkz D10D, 17.10.1990, E. 1989/492, K. 1990/2224, DBB, 22.09.2010.

[243] D13D, 06.04.2010, E. 2009/7074, K. 2010/2940(Yayımlanmamış Karar).

[244] UM, 03.02.1997, E. 1995/5, K. 1997/4, 04.03.1997, RG. 22923, Nakleden: GÖZLER, Cilt. 2, s. 224.

İptal davasının hukuk devletini sağlama noktasındaki fonksiyonu, herhangi bir metinde yer almasa dahi, idarenin tek yanlı işlemlerine karşı dava açılabileceğini kabulünü zorunlu kılmaktadır[245].

"İdarenin tek yanlı olarak almış bulunduğu idari kararlar herhangi bir yasal düzenleme olmasa bile iptal davası yargıcının denetimine tâbi olacaktır. Bu işlem, idari yargının görev alanı dışında gerçekleşen bir özel hukuk muamelesinin içine gizlensin, ister iki taraflı bir işlem olan sözleşmelerin içinde, isterse karmaşık bir muamelenin içinde bulunsun yer aldığı muameleden ayrılarak denetime tâbi tutulacaktır"[246].

Hukuk sistemimizde, ayrılabilir işlem kuramı ile açıklanmakla beraber, iki aşama teorisi ve diğer teorilerde de amaç, aslında aynıdır. Gerçekleştirilmek istenen, idarenin yapmış olduğu işlemin idari yargı denetimine tâbi tutulmasını sağlayarak, menfaat ihlallerinin önüne geçebilmek ve en geniş anlamıyla hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilmesidir. Başka bir ifade ile, idari yargı denetimini özel hukuk işlemleri için de kullanılabilir hale getirmek amaçlanmaktadır. İdarenin özel hukuk alanında yaptığı faaliyetlerin genişliğine bakıldığında, bireylerin idare karşısında korunma gereği bu yaklaşımı zorunlu kılmaktadır[247].

---

[245] İdari sözleşmelerinin iptal davasına konu olup olamayacağı konusunda GÖZLER, Cilt. 2, s. 218 vd.

[246] SEZGİNER, a.g.e., s. 19.

[247] Türk yargı uygulamasına bakıldığında, Danıştay kararlarında, ister kamu hukuku ister özel hukuk ilişkileri içinde yer alan düzenleyici nitelikteki işlemlerin idari yargı denetimine tâbi tutulmasının kabul edildiği görülmektedir. Danıştay bir kararında şöyle demektedir:*" Abonman sözleşmelerinin konusu ve kapsamı tarafların serbest iradelerinin ürünü olmadığı gibi, bu sözleşmeyi hazırlayan idare bile bunu (bir şirket gibi) serbestçe hazırlamak yetkisine sahip değildir; bunlar da diğer kamu hizmetleri ve kamu hukuku kuralları gibi düzenleyici işlemlerle hazırlanır ve kural-işlem niteliğindedir ve aboneyi olduğu gibi idareyi de bağlarlar. Bu nedenle meydana getirdiği durum da genel bir hukuki durumdur ve subjektif sözleşmelerle bu kurallar değiştirilemeyeceğinden, subjektif, kişisel ve akdi durum ancak görünürde vardır. Bu nedenledir ki, abonman sözleşmesi süresince idare yine düzenleyici tasarruflarla, kamu hizmetinin bedelini indirir veya çıkarır; bu değişikler belirli bir süreyle akdedilmiş ve halen devam etmekte olan abonman sözleşmelerine de etki eder. Çünkü bu sözleşmeler tam anlamıyla özel hukuk sözleşmeleri olmayıp, köken bakımından imtiyaz sözleşmesine ve şartnamelere benzer. Şartnameler, tamamen düzenleyici bir tasarruf niteliğindedir, hizmeti ve dolayısıyla bu hizmeti düzenleyen sözleşmeyi objektif hukuk kuralı saymak gerekir.Bu nedenle tarifelerdeki değişiklikleri, objektif hukuk kuralında yapılan değişiklik saymak gerekir.Sözleşmenin kendisi de hizmetin objektif kaidelerini, statüsünü kapsayan kurallardır. İdare de bu objektif kurallara tâbidir. Hizmetten yararlanacaklara sunulan bu*

Ç. Kamu İhale Sözleşmesinin Karakteri ve Kamu İhale Sürecinin İdari Usul Bağlamında Değerlendirilmesi

Kamu ihale sözleşmesinin, genel olarak özel hukuk sözleşmesidir. Bu kabulünün saptanmasıdan sonra; ele alınması gereken bir konu, yapım ihalesi sonunda imzalanan sözleşmenin, Borçlar Kanunu esaslarına göre akdedilen bir eser sözleşmesi sayılıp sayılamayacağıdır. Daha önce de ifade edildiği üzere, Kamu İhale Kanunu'na tâbi olarak gerçekleşen sözleşmeler, aynı zamanda 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na tâbidir.

Kutlu'ya göre, kamu ihale sözleşmesi kavramı 4735 sayılı Kanun ortaya çıkmış ve yeni bir sözleşme rejimi oluşturmuştur. Anılan Kanun uyarınca, yapım işlerine ilişkin ihale sözleşmesinde de, bir ivazın karşılığında, yapım işi söz konusu olmaktadır. Bu yönüyle esasen Türk Borçlar Kanunu'nun 470. maddesindeki[248] eser sözleşmesi ile, aynı niteliktedir, ancak Kutlu'nun da, ifade ettiği üzere, 4735 sayılı Kanun'da açık olarak, bu kanunda hüküm olmayan hallerde Borçlar Kanunu'nun ifade edilmesi karşısında, başka bir ifade ile, özel nitelikli bu düzenleme karşısında, yapım işlerine ilişkin kamu ihale sözleşmenin eser sözleşmesi olarak adlandırılması

---

kurallar aslında bir statünün kurallarıdır. İdare de bu statünün kurallarını belirlemede irade serbestliğine sahip olmayıp, kamu hukuku kuralları ile bağlıdır. Bu nedenle bu tür kamu hizmetlerinin ifası sırasında idare ile kamu hizmetinden yararlananlar arasındaki sözleşme yapılmadan önce vesonra sözleşme şartlarının tek taraflı olarak idarece, sunulan kamu hizmetinin niteliği, özellikleri ve günün koşulları göz önüne alınarak belirlenmesi ve hizmete ilişkin tarifelerin düzenlenmesinde idarenin kamu gücünü kullanarak idari tasarrufta bulunduğunu kabul etmek gerekir. Aksi taktirde, yukarıda belirtildiği gibi kamu hizmetinin ifasındaki bazı koşulları düzenleyen tarife vs. değişikliklerin daha önceden yapılan abonman sözleşmelerine uygulanmaması gerekir. Bunun da süreklilik arzeden ve günün koşullarına göre maliyeti değişen kamu hizmetlerinde kabulunün imkânsız olduğu açıktır. Elektirik, su ve doğalgaz gibi bedeli karşılığındadağıtılan kamu hizmetlerinde, bu kamu hizmetlerinden yararlanmak için öngörülen koşulların idarece tek taraflı olarak düzenlenmesi, sözleşmenin uygulanması anlamına gelmeyeceğinden, uyuşmazlığın görüm ve çözümünde adli yargını ngörevli olduğu düşünülemez. İdarenin tek taraflı olarak kamu gücüne dayanarak belirlediği abone olma ve sözleşme koşullarından doğan uyuşmazlıkta idari yargı yerleri görevlidir" D8D, 03.12.1998, E.1998/2595, K. 1998/4026, DBB, aynı yönde bkz. D8D, 23.06.1997, E. 1997/185, K. 1997/2229, DBB, 05.02.2010.

[248] Borçlar Kanunu m. 470: Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.

mümkün görünmemektedir[249]. İfanın konusunun eser sözleşmesi ile aynı olduğu yapım ihalelerine ilişkin sözleşmelerde dahi, eser sözleşmesi kabulu yapılamazken, konusu mal ya da hizmet alımlarının olduğu kamu ihale sözleşmeleri için bu yönde bir saptama yapmak zaten mümküm görünmemektedir.

Kamu ihale süreci hem özel hukuku, hem de idare hukuku boyutu olan bir süreç olarak karşımıza çıkmaktadır. Pek çok idari işlem ile ilerleyen kamu ihale süreci, yapılan bir özel hukuk sözleşmesi ile sone ermektedir. Bu noktada üzerinde durulması gereken bir hal, özel hukuk sözleşmesi akdeden idarenin, bir özel hukuk kişisi kadar serbesti içinde olmadığıdır. Gerçekten de Kamu İhale Kanunu incelendiği takdirde, karşı akidi seçmek de dahil, idarenin pek çok kural ile bağlı olduğu görülmektedir. "*İdarenin özel hukuk sözleşmelerini yapabilmesi, Devlet İhale Kanunu (DİK) ve Kamu İhale Kanunu (KİK) ile mümkün olabilmekte ve bu sözleşmeler özel hukuk sözleşmelerinden birçok yönden farklı olmaktadır. Farklılık, kamu hukukundan kaynaklanan kurallarla idarenin hareket serbestisini kısıtlanması şeklinde görülmektedir"*[250].

Kutlu bu durumu şu şekilde ifade etmektedir: *"İdare hukukunun özelliği gereği idarenin tam bir sözleşme serbestisine sahip olduğundan bahsetmek çok güçtür. Çünkü idare herhangi bir konuda istediği kimse ile istediği şekil kurallarına uymak suretiyle sözleşme yapamaz. Sözleşmenin oluşumu için idarenin uymak zorunda olduğu kurallar, idare hukuku daha genel anmamda kamu hukuku rejimine tâbi ilke ve kurallardır"*[251].

İdarenin ihale sürecinde kamu hukuku kuralları ile bağlılığı, yazarlara bu derecede bir bağlılık söz konusu iken, yapılan sözleşmenin ne derece özel hukuk sözleşmesi olabileceği sorusunu da sordurmaktadır. Genel kabul uyarınca, bu bağlılık sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olduğu gerçeğini

---

[249] Meltem Kutlu GÜRSEL, "Hukuki Açıdan Kamu İhale Süreci", Güncel Mevzuat, 2006, Yıl.1, Sayı. 3, s. 6.
[250] TAŞDELEN, a.g.e., s. 7.
[251] KUTLU, Usul, Sempozyum, s. 112.

değiştirmemektedir. "*Öyle ise, idarenin taraf olduğu sözleşmelerde, sözleşmenin oluşum aşamasında, idarenin irade beyanı açıklaması ve sözleşme yapacağı kişiyi seçmesi vs. konularında idare hukuku kurallarına bağlı olması sözleşmenin niteliği üzerinde hiçbir etkide bulunmamaktadır* [252].

Maurer, idarenin özel hukuk sözleşmesi yapabileceği yönündeki fikrini açıkladıktan sonra, idarenin özel hukuk formunda yaptığı işlemlerde de, bazı temel kamu hukuku düzenlemeleri ile bağlı olduğunu ifade etmektedir. Bu düzenlemeler, anayasa, idare hukukunun temel kuralları ve yetkiye ilişkin düzenlemelerdir. Yazara göre, idari özel hukuk olarak adlandırılan bu alanda, idare özel hukuk kişisinin serbestliğine değil, sadece özel hukuk işlemi şeklinde işlem yapma serbestisine sahiptir[253].

Türk Hukukunda kamu ihale sürecinin özel bir idari usul süreci şeklinde düzenlenmiştir[254]. Almanya'da kamu ihale sürecinin tâbi olduğu hukuk dalına ilişkin tartışma yapılırken, üzerinde durulan diğer bir konu da, ihale sürecinin VwVfG'nin 9. maddesi anlamında bir süreç kabul edilip edilemeyeceğidir. Ziekow ve Siegel'e göre, bu sürecin hangi hukuka tâbi olması gerektiği ikinci sorundur, öncelikle sürecin tanımlanması yapılabilmelidir.

VwVfG'nin "İdari Usul Kavramı" başlığı altındaki 9. maddesine göre idari usul, kamu görevlilerinin idari işlem ya da idari sözleşme yapmaya yönelik, dışarı etkili faaliyetleri olarak tanımlanmaktadır. Ziekow ve Siegel'in ifadesi ile usulden anlaşılan genel olarak hakların, yükümlülüklerin ya da hukuki durumların kurulduğu ya da saptanmasına yönelik, karara giden süreçtir. Yazarlara göre, 9. maddedeki bu tanım, idari usule ilişkin en dar tanımdır. Maddi anlamda idari usul de denen bu tür, idari karar alınmasına ilişkin süreçtir[255].

---

[252] KUTLU, a.g.e., s. 41. Aynı yönde bkz. BUZ, a.g.e., s. 88-89.
[253] MAURER, a.g.e., s. 441.
[254] AKYILDIZ Ali, **Hukuk Devleti, Yargı Bağımsızlığı ve Danıştay**, Anıttepe Yayıncılık, 2009, Ankara, s.182.
[255] ZIEKOW-SIEGEL, a.g.m., s. 31.

Bu bağlamda kural yaratmaya ilişkin faaliyetler de, idari usul kapsamında ele alınabilecektir. En geniş anlamda idari usul ya da şekli idari usul ile kastedilen, idarenin özel hukuka ilişkin olanlar da dahil olmak üzere her türlü kararına yönelik süreci ifade etmektedir[256].

Alman Hukukunda, bütçe çözümünden bu yana gelen klasik anlayış bu sürecin bütçe ve devlet harcamalarına ilişkin olması dolayısıyla özel hukuksal bir süreç olmasıdır. 1998 senesinde ihale hukuku alanında yapılan reformlar da bu fikri değiştirmemiştir. Hatta ihale hukukuna ilişkin düzenlemelerin GWB'nin 4. bölümüne ek olarak getirilmesi de, bu duruma dayanak olarak ifade edilmektedir. İki aşama teorisi ise, hukuki koruma konusunda yaratma imkânına sahip olmakla beraber, sınır belirleme konusunda sorun yaratmaktadır. Bu karmaşa içinde Ziekow ve Siegel, farklı bir çözüm tarzı ortaya koymuştur. Yazarlara göre, ihalenin belli istekli üzerinde kalmasına ilişkin karar özel hukuk niteliklidir. Bu karar ne idari işlem, ne de idari sözleşme şeklinde gerçekleşmektedir. İsteklinin seçimine ilişkin karar ise, daha karmaşıktır, ancak bu karar, idari işlem niteliği taşımaktadır. Bu durum hem isteklinin kabulü, hem de reddi hali için aynıdır. Söz konusu karar bir idare ajanı tarafından alınmaktadır, tam anlamıyla İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 9. maddesi anlamında yani dar anlamda idari usul içinde yer almaktadır, ancak süreci genel olarak özel hukuk odaklı olarak kabul ederken, ihale usulünü "tercihlerin belirlenmesine ilişkin usule katılmaya izin vermek" olarak kabul etmek çelişki oluşturmaktadır[257].

Yazarların vardığı sonuç, kamu hukukuna ait bir durum söz konusu değilse, ihalenin verilmesine kadar olan süreç İdari Yargılama Usul Kanunu'nun 9. madddesi anlamında dar anlamda idari usul süreci değildir. Sürecin idari usul ile benzer kurallarla düzenlenmesi durumu değiştirmemektedir. İhale sürecinde, sözleşme kurulmasına ilişkin düzenlenmiş kurallar bütünü söz konusudur. Sonuç olarak, ihale süreci, devletin ticari ilişkilerinin düzenlendiği alanı oluşturmaktadır. Bu sebeple ihale

[256] ZIEKOW-SIEGEL, a.g.m., s. 31.
[257] ZIEKOW-SIEGEL, a.g.m., s. 33.

sürecinin, şekli anlamda bir idari usul süreci olduğuna şüphe duyulmamalıdır[258].

İhale sürecinin İdari Usul Kanunu'nun 9. maddesi anlamında idari usul süreci sayılıp sayılmamasının önemi, idari usul kanununu kurallarının uygulama alanı bulup bulamayacağı konusunda belirleyici olmaktadır. İhale süreci eşik değerin üstünde yer alan ihalelerde bile, sınırlı sayıda usul kuralı öngörmektedir. Bu kuralların hiçbiri de, sağladığı güvenlik bakımından İdari Usul Kanunu'na muadil sayılamayacaktır. Söz konusu süreç İdari Usul Kanunu'nun 9. maddesi anlamında idari usul sürecine dahil edilemediğine göre, bu süreç için uygulanabilecek idari usul kuralları sadece, İdari Usul Kanunu'nun genel anlamda hukuk devleti anlayışı temelleri üzerine oturduğu kurallar olabilecektir. Eşik değerin üzerinde yer alan alanda dahi usule ilişkin kuralların, idari usul kanunu kadar olmaması, özellikle eşik değerin altında kalan ihaleler bakımından İdari Usul Kanunu'nun 9. maddesi anlamında idari usul süreci olmanın önemini artırmaktadır[259].

Ziekow ve Siegel'e göre, idari Usul Kanunu'nun 9. maddesi anlamında yani dar anlamda idari usul ile ihale sürecinin de dahil edileceği geniş anlamda idari usul kavramları farklılık arz etmektedir. Mevcut durumda ihalelere ilişkin olarak yapılan idari şikayet sürecinin İdari Usul Kanunu'nun 9. maddesi anlamında idari usule dahil olması, önceki kısmın ise şekli anlamda idari usul sürecinde yer alması; farklı aşamalar ortaya çıkarmaktadır. Buna ek olarak dar anlamda idari usul sürecine ilişkin kuralların ihale hukuku sürecine uygulanması konusunda sorunlar bulunmaktadır. Söz konusu durum, yasa koyucu için yarışmaya dayanan çözümler bulma konusunda bir fırsat olabilir. İhale süreci gibi özel hukuk özellikleri barındıran idari usul süreçlerine ilişkin düzenlemeler, Alman İdari Usul Kanunu içine entegre edilebilir ya da özel bir ihale usulü yasası söz konusu olabilir[260].

---

[258] ZIEKOW-SIEGEL, a.g.m., s. 33.
[259] ZIEKOW-SIEGEL, a.g.m., s. 31-32.
[260] ZIEKOW-SIEGEL, a.g.m., s. 35.

D. Diğer Hukuk Dalları İle Kamu İhale Süreci İlişkisi

Kamu ihalesinin Borçlar Hukuku ve İdare Hukuku ile olan ilişkisinin yanısıra, Ceza Hukuku ile ilgili bir boyunun da olduğuna dikkat çekilmelidir. Örneğin Kamu İhale Kanunu'nun 4. bölümünde "Yasaklar ve Ceza Sorumluluğu" başlığı altında, ihale sürecini bozmaya yönelik faaliyetlerin ceza hukuku yaptırımları ile ilişkilendirildikleri görülmektedir.

Kamu ihale sürecini bozmaya yönelik eylemlerin bu aşamaya dahil olan kamu görevlileri açısından disiplin hukuku anlamında sorumluluk doğurabilmesi de bu sürecin bir diğer özelliğidir. Kamu İhale Kanunu'nun 60. maddesinde de, ihale sürecini olumsuz yönde etkileyen belli davranışlarda bulunanlara, ilgili mevzuatları gereğince disiplin cezası verileceğinden bahsetmektedir.

İhale dökümanlarında yapılacak gerçek dışı düzenlemeler ile idarenin zararına sebep olunması, idare ajanının hem disiplin cezası almasına hem de mali sorumluluğuna sebebiyet verebilir[261].

İdare ajanlarının kamu ihale sürecinin şeffaflığını bozmaya ya da belli isteklileri kayırmaya yönelik işlem ve faaliyetleri aynı zamanda Türk Ceza Kanunu'nun 235. maddesinde düzenlenen "ihaleye fesat karıştırma" suçunu oluşturabilecektir[262]. Tez konusu yani şartname bağlamında örneklemek gerekirse, mal alım ihalesinde, hileli davranışlarla teklif edilen malların, şartnamede belirtilen niteliklere sahip olduğu halde değerlendirme dışı bırakılması ya da tam aksine şartnamede belirtilen niteliklere sahip olmadığı halde, değerlendirmeye alınması, ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturacaktır. Başka bir ifade ile mal alım ihalesinde, şartnamede yer alan koşullara tamamen uygun teklif veren kişinin ihale dışı bırakılması ya da bu şartlara uymayan teklifte bulunan kimselerin değerlendirmeye alınması

---

[261] Bkz. D12D, E. 2000/1494, K. 2002/3104, 21.10.2001, DBB, 31.01.2012.

[262] Bkz. İzzet ÖZGENÇ, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Genel Hükümler**, Seçkin, 2005, Ankara, s. 991vd.

ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturacaktır [263]. Türk Ceza Kanunu'nun 235. maddesi uyarınca, "*tekliflerle ilgili olup da, ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak*" suretiyle de ihaleye fesat karıştırma suçu işlenebilecektir[264].

Türk ve sıkça değinilen Alman İhale Hukukunda, ihale mevzuatı üzerindeki etkisi ele alındığında, kamu ihale sürecinin AB hukuku ile etkileşim içinde olduğu açıktır.

Kamu ihale sürecinde uygun teklifi sağlama noktasında rekabetin sağlanması gerekliliği, kamu ihale sürecinin Rekabet Hukuku ile de ilişkilenmesine yol açmaktadır. Bu durum, ülkemizde de ihale sürecindeki pek çok uyuşmazlık konusunda Rekabet Kurulu'nun da ihale sürecine dahil olmasına sebep olmuştur. Mevcut yasal düzenlemelerde netlik bulunmaması karşısında pek çok uyuşmazlıkta 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'un uygulanıp uygulanmayacağı, dolayısıyla olayın Rekabet Kurulu'nun yetki alanına girip girmediği noktasında sorunlar yaşanmıştır. Bu konuda Rekabet Kurulu'nun görev alanını dar olarak yorumlama eğiliminde olduğu görülmektedir. Rekabet Kurulu kararlarına bakıldığında, eğilimin ihale sürecinin Kurul'un yetki alanına dahil etme konusunda istekli olunmadığıdır[265]. Kurul'un bazı kararları uyuşmazlığın kendi yetki alanlarında olduğunu kabul yönünde olsa da, karşıt yöndeki kararların baskın olduğu açıktır. Kurul'un yetki alnın bu şekilde yorumlaması, ihale sürecinde rekabeti sağlamanın ihalede başarıyı sağlama yönündeki işlevi dikkate alındığında, eleştirilebilecek bir yaklaşım olarak karşımıza çıkmaktadır.

---

[263] Çetin ARSLAN, **İhaleye Fesat Karıştırma Suçu**, Adalet Yayınevi, 2010, Ankara, s. 141. Aynı yönde bkz. Veli Özer ÖZBEK- M. Nihat KANBUR-Koray DOĞAN-Pınar BACAKSIZ-İlker TEPE, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, 2010, Ankara, s. 877. İhaleye fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için, suçun maddi unsurunda yer alan fiiller nedeniye ihalenin gerçekleştirilememiş olması ya da ihalenin iptal edilmiş olması gerekmemektedir. İzzet ÖZGENÇ, **İhale Sürecinde İşlenen Suçlar**, Seçkin Yayınevi, 2012, Ankara, s.58.

[264] Gizli kalması gereken bilgilerin açıklanması, ihalede şeffaflığı bozacağı için rekabetin gereçekleşmesine de engel olacaktır. ÖZGENÇ, İhale Süreci, s. 43.

[265] UZ, Kamu İhale Hukuku, s. 49-53., YILMAZ, a.g.e., s. 98.

Alman İhale Hukukunda, 1998 sonrasında yapılan reform çalışmalarında, eşik değerlerin üstünde kalan ihalelerin GWB'de yer alması, ihale sürecinin rekabet hukuku dışında bırakılamayacağının göstergesidir. Almanya'da ihale sürecinden doğan tazminat haklarının gerek eşik değer altında kalan gerekse bu değeri aşan ihaleler bakımından BGB'ye dayandırılması, ihale sürecinin Medeni Hukuk alanı ile ilişkisini göstermektedir. Zaten ihale hukukunun tâbi olacağı hukuk dalı(özel hukuk-kamu hukuku) tartışmaları da, bu ilgiyi açık bir şekilde göstermektedir. İhale hukuku, ekonomik boyutu dikkate alındığında, aynı zamanda ekonomi hukuku ile de yakın bir etkileşim içinde yer almaktadır.

İhale sürecinin bir sözleşme ile sona ermesi, sözleşme akdine ilişkin temel prensipleri yani Borçlar Hukuku bilgilerinin bir kısmını gözden geçirmeyi gerekli kılmaktadır. Başka bir ifade ile, ihale süreci Borçlar Hukuku'nun "sözleşme akdi" konusundaki temel prensipleri ile yakın ilişkilidir.

İKİNCİ BÖLÜM

ŞARTNAMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE ÖZELLİKLERİ

I. ŞARTNAME

Şartname, *"Satın alma, satma, yaptırma, keşfettirme, kiraya verme, kiralama gibi işler hakkında, bu işleri yaptırmak isteyen kişi veya kurum tarafından düzenlenen ve ilerde yapılacak sözleşmeye temel olmak üzere bu sözleşmenin esasli hükümlerini, işin ayrıntılarını, özel ve teknik koşullarını içeren ve ilgililerin önerilerini yapabilmeleri için bilgilerine sunulan sözleşme taslağıdır"*[266] şeklinde tanımlanabilir. Başka bir ifade ile şartname ihale sürecinin ne şekilde yürütüleceği ve ihale konusu işin özellikleri hakkında açıklama getiren ihale dökümanıdır[267].

Şartname, genel ve özel şartnameler olarak ikiye ayrılmaktadır. Genel şartnamelerde aynı tür işler için idari ve teknik kurallar belirlenmektedir. Kamu İhale Kurumu tarafından hazırlanan tip şartnameler "genel" niteliklidir. Özel şartnamelerde ise belli bir ihaleye uygulanacak kurallar belirlenmektedir[268].

Fransız İhale Kanunu'nda Merkez İhale Komisyonu tarafından hazırlanan genel idari ve teknik şartnameler ile her ihaleye özgü olarak

---

[266] YILMAZ, Sözlük, s. 756.

[267] **Cahier de charges**: Document fixant les modalités de conclusion et d'exécution des marches publics. Document indiquant les caractéristiques que devra présenter une réalisation technique, et les différents stades à respecter pour sa mise en oeuvre. (Kamu alımlarında sonuç ve yükümlülüklerin şeklini belirleyen belge. Teknik bir işin yerine getirilmesi ve uygulamaya sokulmasında uyulması gereken farklı aşamaların özelliklerini belirten belge). **Nouveau Petit Le Robert**, Dictionnaires Le Robert/Paris, Montreal, 1993, s. 284., Acte rédigée à l'occasion d'une adjudication publique et déterminant les conditions de cette adjudication. Il est dressé un cahier des charges pour les concessions et marchés de travaux publics, les ventes judiciaires. (Bir kamu ihalesi sebebiyle hazırlanan ve bu ihalenin şartlarını belirleyen belge. İhalelerde kamu işleri arzları ve satışlar için bir yükümlülük belgesi hazırlanmaktadır.) **Dictionnaire de Droit**, 1966, Paris, s. 256. *"Şartnameler (cahiers de charge), sözleşmelerin yapılmasında ve uygulanmasında uyulacak şartları belirleyen belgedir"*. GÖZLER-KAPLAN, a.g.e., s. 497.

[268] KUTLU, a.g.e., s. 218.

hazırlanan özel idari ve teknik şartname olmak üzere dört tür şartname bulunduğu ifade edilmektedir[269].

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu "idari" ve "teknik "şartname olmak üzere iki tür şartname öngörmektedir. Kanun'un 12. maddesi uyarınca *"İhale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin her türlü özelliğini belirten idari ve teknik şartnamelerin idarelerce hazırlanması esastır. Ancak, mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin özelliği nedeniyle idarelerce hazırlanmasının mümkün olmadığının ihale yetkilisi tarafından onaylanması kaydıyla, teknik şartnameler bu Kanun hükümlerine göre hazırlattırılabilir. İhale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin teknik kriterlerine ihale dokümanının bir parçası olan teknik şartnamelerde yer verilir. Belirlenecek teknik kriterler, verimliliği ve fonksiyonelliği sağlamaya yönelik olacak, rekabeti engelleyici hususlar içermeyecek ve bütün istekliler için fırsat eşitliği sağlayacaktır. Teknik şartnamelerde, varsa ulusal ve/veya uluslararası teknik standartlara uygunluğu sağlamaya yönelik düzenlemeler de yapılır. Bu şartnamelerde teknik özelliklere ve tanımlamalara yer verilir. Belli bir marka, model, patent, menşei, kaynak veya ürün belirtilemez ve belirli bir marka veya modele yönelik özellik ve tanımlamalara yer verilmeyecektir. Ancak, ulusal ve/veya uluslararası teknik standartların bulunmaması veya teknik özelliklerin belirlenmesinin mümkün olmaması hallerinde "veya dengi" ifadesine yer verilmek şartıyla marka veya model belirtilebilir".*

4734 sayılı Kanun'un 27. maddesi uyarınca[270] *"İhale dokümanında; isteklilere talimatları da içeren idari şartnameler ile yaptırılacak işin projesini de kapsayan teknik şartnameler, sözleşme tasarısı ve gerekli diğer belge ve bilgiler bulunur. Ön yeterlik dokümanında ise adaylarda aranılan şartlara, ön yeterlik kriterlerine ve gerekli diğer belge ve bilgilere yer verilir. İdari şartnamede ihale konusuna göre asgari aşağıdaki hususların belirtilmesi zorunludur: a) İşin adı, niteliği, türü ve miktarı, hizmetlerde iş tanımı. b)*

---

[269] KUTLU, a.g.e., s. 218.

[270] İdari şartname, ihale konusu işin niteliği, türü, miktarı, isteklilerde aranacak kriterler, tekliflerin nereye verileceği, ihale yeri ve saati, tekliflerin ne şekilde değerlendirileceği, teminatlar, muayene ve kabu işlemlerinin ne şekilde yapılacağı, anlaşmazlıkların çözümü gibi durumları; teknik şartname ihale konusu işin teknik özelliklerini düzenleyen ihale dökümanıdır.

İdarenin adı, adresi, telefon ve faks numarası. c) İhale usulü, ihale tarih ve saati ile tekliflerin nereye verileceği. d) İsteklilere talimatlar. e) İsteklilerde aranılan şartlar, belgeler ve yeterlik kriterleri. f) İhale dokümanında açıklama isteme ve yapılma yöntemleri. g) Tekliflerin geçerlilik süresi. h)İhaleye konsorsiyumların teklif verip veremeyeceği, ihale konusu işin tamamına veya bir kısmına teklif verilmesinin mümkün olup olmadığı, mal alımı ihalelerinde alternatif teklif verilip verilemeyeceği, verilebilecekse alternatif tekliflerin nasıl değerlendirileceği. i) Ulaşım, sigorta, vergi, resim ve harç giderlerinden hangisinin teklif fiyatına dahil olacağı j) Tekliflerin alınması, açılması ve değerlendirilmesinde uygulanması gereken ve bu Kanunda belirtilen usul ve esaslar. k) İhale kararının alınmasından sözleşmenin imzalanmasına kadar uygulanması gereken ve bu Kanunda belirtilen usul ve esaslar. l) İhalenin sadece yerli isteklilere açık olup olmadığı ve yerli istekliler lehine fiyat avantajı uygulanıp uygulanmayacağı. m) Teklif ve sözleşme türü. n) Geçici ve kesin teminat oranları ile teminatlara ait şartlar. o) İhale saatinden önce ihalenin iptal edilmesinde idarenin serbest olduğu. p) Bütün tekliflerin reddedilmesi ve ihalenin iptal edilmesinde idarenin serbest olduğu. r) İhale konusu işin başlama ve bitirme tarihi, yapılma yeri, teslim şartları ve gecikme halinde alınacak cezalar. s) Ödeme yeri ve şartlarıyla avans verilip verilmeyeceği, verilecekse şartları ve miktarı ile sözleşme konusu işler için eğer ödenecekse fiyat farkının ne şekilde ödeneceği. t)Süre uzatımı verilebilecek haller ve şartları ile sözleşme kapsamında yaptırılabilecek iş artışları ile iş eksilişi durumunda karşılıklı yükümlülükler, u) Vergi, resim ve harçlar ile sözleşme ile ilgili diğer giderlerin kimin tarafından ödeneceği. v) Yapım işlerinde iş ve işyerinin sigortalanması ile yapı denetimi ve sorumluluğuna ilişkin şartlar. y) Denetim, muayene ve kabul işlemlerine ilişkin şartlar. z) Anlaşmazlıkların çözümü" yer almaktadır.

Kamu İhale Kanunu dışında çeşitli düzenlemelerde de "şartname"ye yer verildiğini belirtmek gerekmektedir. Örneğin 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 4. maddesi uyarınca *"Şartname: Yapılacak işlerin genel, özel, teknik ve idari esas ve usullerini gösteren belge veya belgeleri"* ifade

etmektedir. Aynı Kanun'un 7. maddesine göre "*ihale konusu işlein her türlü özelliğini belirten şartname ve ekleri idarelerce hazırlanır. Bu şartnamelerde işin mahiyetine göre konulacak özel ve teknik şartlardan başka genel olarak aşağıdaki hususların da gösterilmesi zorunludur: a) İşin niteliği, nevi ve miktarı, b) Taşınmaz malların satışı, kiraya verilmesi, trampa edilmesi ve üzerlerinde mülkiyetin gayri ayni hak tesisinde tapu kayıtlarına göre yeri, sınırı, yüzölçümü, varsa pafta, ada ve parsel numarası ve durumu, c) Tahmin edilen bedeli, geçici teminat miktarı ve kesin teminata ait şartlar,d) İşin yapılma yeri, teslim etme ve teslim alma şekil ve şartları, e) İşe başlama ve işi bitirme tarihi, gecikme halinde alınacak cezalar, f) İsteklilerde aranılan şartlar ve belgeler, g) İhaleyi yapıp yapmamakta ve uygun bedeli tespitte idarenin serbest olduğu, h) İhale kararının karar tarihinden itibaren en geç 15 işgünü içinde ita amirince onaylanacağı veya iptal edilebileceği, i) Vergi, resim ve harçlarla sözleşme giderlerinin kimin tarafından ödeneceği,j) Ödeme yeri ve şartlarıyla avans verilip verilmeyeceği, verilecekse şartları ve miktarı, k) Sözleşme konusu işlerin malzeme veya birim fiyatlarındaki değişiklikler nedeniyle eğer ödenecekse fiyat farkının ne şekilde ödeneceği, l) Süre uzatımı verilebilecek haller ve şartları, m) İşin süresinden önce bitirilmesinde fayda görülen hallerde erken bitirme primi verilecekse miktarı, şartları ve ödeme şekli, n) İhtilafların çözüm şekli".*

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Hakkında Kanun'un 92. maddesi uyarınca *"Tahsil dairesi, satılacak gayrimenkul için aşağıdaki kayıtları ihtiva eden bir şartname tanzim eder: 1. Gayrimenkul malikinin adı, soyadı ve adresi, 2. Gayrimenkulün bulunduğu mahalle, sokak ve kapı numarası durumu ve hususi vasıfları, 3. Gayrimenkulün artırmaya esas olarak biçilen rayiç değeri. 4. % 7.5 nispetindeki teminat tutarı, 5. Gayrimenkul üzerindeki henüz vadesi gelmemiş rehinler hakkında gerekli bilgilerle, satışın, gayrimenkul üzerindeki irtifak hakları, gayrimenkul mükellefiyetleri, ipotekler, ipotekli borç senetleri, irat senetleriyle birlikte yapılacağı. 6. Gayrimenkulün rehni suretiyle sağlanmış muaccel borçlar varsa bunların müşteriye devredilmeyip satış bedelinden tercihan*

ödeneceği, 7. Ne gibi giderlerin alıcıya ait olacağı" gayrimenkul satış şartnamesinde yer alacaktır.

Özelleştirme Uygulamalarında Değer Tespiti ve İhale Yönetmeliği'nin 3. maddesi uyarınca *"İhale Şartnamesi: İhale konusu işin genel ve özel şartlarına ilişkin belgeyi"*ifade etmektedir. Aynı düzenlemenin 10. maddesi uyarınca "*İhale şartnamesi; a) İhalenin konusu ve usulünü, b) Tekliflerin verileceği açık adres ve süreyi, c) Tekliflerin hangi para birimi üzerinden yapılacağını, döviz üzerinden alınan tekliflerin Türk Lirasına çevrilmesinde hangi kurun esas alınacağını, d) İhaleye katılabilmek için verilmesi gereken belgelerin neler olduğunu, e) Ödeme koşullarını, f) İhalenin, yetki veya ilgisine göre Kurul veya Başkan tarafından onaylanmak suretiyle kesinleşeceğini, g) İhaleye katılmak için İdarece belirlenecek geçici teminatın miktarı ile niteliklerini, h) İhale üzerinde kalan tarafından sözleşme imzalanmaması veya İdarece belirlenecek miktarda kesin teminat verilmemesi veya diğer yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde geçici teminatın irat kaydedileceğini, ı) İhaleye katılamayacak olanları,i)Gerekli görülen diğer hususları kapsar".*

3194 sayılı İmar Kanunu'nun 28. maddesinin 2. fıkrası uyarınca *"Yapıda inşaat ve tesisat işleri ile kullanılan malzemelerin kamu adına denetimine ilişkin fenni mesuliyet, ruhsat eki etüt ve projelerin gerektirdiği uzmanlığı haiz meslek mensupları tarafından ayrı ayrı üstlenilmek zorundadır. Fenni mesul mimar ve mühendisler uzmanlık alanlarına göre; yapının, tesisatı ve malzemeleri ile birlikte, bu Kanuna, ilgili diğer mevzuata, uygulama imar planına, ruhsata, ruhsat eki etüt ve projelere, standartlara ve teknik şartnamelere uygun olarak inşa edilmesini denetlemekle görevlidir. Yapı sahibine ve idareye karşı sorumlu olan fenni mesuller, uzmanlık alanına uygun olarak yapıda yetki belgesi olmayan usta çalıştırılması veya şantiye şefi bulundurulmaksızın yapım işinin sürdürülmesi veya yapının mevzuata aykırı yapılması veya istifaları halinde, bu durumları altı iş günü içinde ilgili idareye yazılı olarak bildirmek zorundadır. Aksi takdirde, fenni mesuller*

kanuni mesuliyetten kurtulamaz. Bildirim üzerine, en geç üç iş günü içinde 32 nci maddeye göre işlem yapılır".

II. İDARİ İŞLEM

İdare, faaliyetlerini idari işlemler ya da eylemler[271] aracılığı ile yerine getirmektedir. İdari eylemlerde, Erkut'un da ifade ettiği üzere, iradi faaliyetlerden soyutlanan bir hareket, olay ya da tutum söz konusu olup, tez konumuz açısından değerlendirilmesi gereken bir yön bulunmamaktadır[272]. İdari işlem ise ihale şartnamesinin niteliğinin saptanması bakımından incelenmesi gereken noktalar barındırmaktadır.

İdari işlem ile ilgili olarak mevzuatta bir tanım bulunmamaktadır. Bu durumun sebebi, idari işlemin çok geniş bir uygulama alanı bulması ya da mevzuatın daha somut durumları tanımlama gereğidir[273].

İdari işlem öncelikle özel hukuk işlemlerinin de kapsamına dahil olduğu "hukuki işlem" kategorisinin bir parçasıdır. Hukuki işlem en genel olarak, hukuki sonuç doğurmaya yönelik irade açıklaması şeklinde tanımlanabilmektedir. Bu ifadede kurucu iki unsur "açıklanan bir iradenin varlığı" ve bu "iradenin de hukuken bir sonucu elde etmeye yönelik" olarak açıklanmasıdır. Bu iki özellik, özel hukuk işlemlerinde de bulunan ögelerdir. Örneğin bir satım ilişkisinde de taraflar alma- satma yönündeki iradelerini satım ilişkisinin kurulması yönünde açıklamaktadırlar. İdari işlem bakımından da kurulan ilişkinin içeriği özel hukuk ilişkilerinden fark taşımakla beraber, idari işlemin hukuki sonuç doğurmaya yönelen irade açıklaması ile tezahür etme hali benzerlik taşımaktadır.

---

[271] *İdari eylem, idarenin idare etme fonksiyonu sırasındaki bir hareketi, bir olayı, bir tutumu anlatır".*Taner AYANOĞLU, **Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması**, Legal Yayınevi, 2004, İstanbul, s. 47.

[272] Celal ERKUT**, İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği,** Danıştay Yayınları, 1990, Ankara, s. 11. Erkut idari eylemi şöyle tanımlamaktadır: *"İdarenin faaliyetleri sırasında, gerek iradesi dışında gerçekleşen olaylar ve gerekse bilerek ve isteyerek yapmış olduğu maddi fiiller ile hatta hareketsiz kalması sonucunda meydana gelen bir takım fiili durumlar 'idari eylem'i oluştururlar".* Erkut, a.g.e., s. 11.

[273] E. Ethem ATAY, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, 2009, Ankara, s. 405.

Genel kabul gören tanımıyla idari işlem, idarenin idare hukuku alanında, hukuki sonuç doğurmaya yönelik, kamusal güç kullanmak suretiyle, tek yanlı olarak gerçekleştirdiği, icrai, hukuka uygunluk karinesinden yararlanan irade açıklamalarıdır[274].

Alman İdare Hukukuna bakıldığında, Alman İdari Usul Kanunu'nda Türk İdare Hukuku mevzuatından farklı olarak idari işlemin tanımının yapıldığını görmekteyiz. Gerçekten de 25 Mayıs 1976 tarihli'nin 35. maddesine bakıldığında idari işlemin tanımlandığını görmekteyiz. Bu maddeye göre, "*kamu hukuku alanında somut bir durumu düzenlemek amacı ile, idare tarafından kamu gücü kullanarak yapılan, dışsal hukuki etkiye sahip olan karar, emir ya da tedbirler"* idari işlem olarak kabul edilmektedir.

Türk Hukuk sisteminde mevzuatta açık bir idari işlem tanım olmasa da, idari işlemin genel kabul gören özellikleri bulunmaktadır: İdari işlemin genel kabul gören ayırt edici özelliklerine yakından bakalım:

---

[274] DURAN, a.g.e., s. 385, ATAY, a.g.e., 407-408, AKYILMAZ- SEZGİNER- KAYA, a.g.e, 367, Yıldızhan YAYLA, **İdare Hukuku,** Beta, İstanbul, 2009, s. 109, Oğuz SANCAKDAR, **İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı**,Seçkin, Ankara, 2011, s. 291, Ramazan ÇAĞLAYAN, **İdari Yargılama Hukuku**, Seçkin, Ankara, 2011, s. 278. D7D, K.2006/1067, E. 2005/454, 04.04.2006, D10D, K.1996/7965, E. 1995/6770,28.11.1996,DBB, 29.12.2011.D5D, 28.11.2006, E.2006/2586, K. 2006/5740, DBB, D6D, 16.11.2005, E. 2004/256, K..2005/5543, DBB, 22.09.2010.

İdari makamlarca[275] yapılan idari işlemin tek yanlı[276] olması, onu idari sözleşmelerden ayıran bir noktayı oluşturmaktadır. *"Tek yanlılık, idari işlemin sadece idareyi ilgilendirdiği idare dışında kimseyi ilgilendirmediği anlamına gelmez"*[277]*.* Tek yanlı olma özelliği, idari işlemlerin yapılmasında karşı tarafın rızasının gerekli olmaması anlamına gelmektedir[278]. Başka bir ifade ile, *"bu işlemlerin 'tek-yanlı' olmasından maksat, bunların özel kişileri ilgilendirmemesi değil, bu işlemlerin geçerli olarak doğabilmesi, yani kendilerinden beklenen hukuki sonucu doğurabilmesi için karşı taraftaki kişinin 'kabul beyanı'na ihtiyaç göstermemeleridir"*[279]*.* Erkut bu durumu şu şekilde açıklamaktadır: *"İşlemin tek yanlılığında önemli olan, ortaya çıkan hukuki sonucun sadece tek bir iradenin ürünü olmasıdır ki, bu durum hukuki bir ilişkinin iki tarafın iradesinin uyuşması ile kurulacağı şeklindeki genel kurala da istisna oluşturmaktadır"*[280]*.*

İdari işlemin karşı tarafın rıza ve muvafakatına bağlı olmadan sonuç doğurabilme yeteneğine sahip olması, kuşkusuz onun kamusal güç kullanılarak yapılması ile de yakından ilişkilidir. Kamusal güç, idareye özel

---

[275] Kural idari işlemin "idare" tarafından yapılmasıdır. Bazı hallerde kanun kamu hizmeti yapmakla görevlendirilen özel hukuk gerçek ya da tüzel kişilerine idari işlem yapma ehliyeti verebilir. AKYILMAZ- SEZGİNER- KAYA, a.g.e., s. 369.

[276] İdari işlem konusunda tasnif yapılırken öncelikle idari işlem- idari sözleşme ayrımına değinmek gerekmektedir. İdari sözleşmede idarenin özel hukuk sözleşmelerinden farklı olarak yine bir kamu gücü ayrıcalıkları söz konusu olmakla beraber, idari işlemden temel fark hukuki ilişkinin kurulmasının idare ile sözleşmeci karşı tarafın iradelerinin uyuşumunun zorunlu olmasıdır. İdari sözleşmeler bazı yazarlarca tek taraflı idari işlem, (Andre LAUBADÉRE-Frank MODERNE-Pierre DÉVOLVE, **Traité des Contracts Administratifs**, Paris 1983, s. 67, -Nakleden: AKYILMAZ- SEZGİNER- KAYA, a.g.e., s. 420-, Dominique POYAUD, **La Nullité des Contracts Administratifs**, LGDJ, Paris 1991, s. 299, -Nakleden: AKYILMAZ- SEZGİNER - KAYA, a.g.e., s. 421, ÖZAY, a.g.e., s. 511.) bazılarınca bireysel iki taraflı idari işlem(ATAY, a.g.e., s. 549) edilirken bazı yazarlarca ise, iki rızanın uyuşumunu gerekli kılması sebebiyle yani iki taraflılık sebebiyle idari işlem olarak kabul edilmemektedir(AKYILMAZ- SEZGİNER-KAYA, a.g.e., s. 422, YAYLA, a.g.e, 163, SANCAKDAR, a.g.e., s. 474, İsmet GİRİTLİ-Pertev BİLGEN-Tayfun AKGÜNER, **İdare Hukuku**, Der Yayınları, 2006, İstanbul, s. 9029. Duguit'e göre idari sözleşme ve özel hukuk sözleşmesi şeklinde bir ayrım yoktur. Jéze ise idarenin üstün konumu nedeniye her iki sözleşme arasında farklılık olduğuna dikkat çekmektedir. Nakleden: GİRİTLİ-BİLGEN-AKGÜNER, s. 903.

[277] GÖZLER-KAPLAN, a.g.e , s. 275.

[278] D5D, E. 1995/4415, K. 1996/1911, 17.05.1996, D12D, E. 2004/4077, K. 2005/1353, 13.04.2005, D12D, E. 2004/2077, K. 2005/1353, 13.04.2005,DBB, 01.02.2012

[279] GÖZLER-KAPLAN, a.g.e., s. 275, AKYILMAZ- SEZGİNER- KAYA, a.g.e., s. 372, ATAY, a.g.e., s. 409.

[280] ERKUT, a.g.e., s. 13.

hukuk alanında söz konusu olamayacak nitelikte üstünlükler sağlamakta ve iradelerin eşitliği prensibini ortada kaldırmaktadır[281]. Bu ayrıcalıklardan biri de, genel kural olan hukuksal sonucun doğabilmesi için uyuşan iki iradenin varlığına bir istisna olan, tek yanlı irade açıklaması ile hukuki sonuç doğurabilme durumudur. Söz konusu ayrıcalık durumu, ilgililerin karşıt yöndeki iradelerine rağmen ortaya çıkmaktadır.

İdari işlemin bir diğer özelliği olan ve "yürütülebilir işlem" ya da eski deyimiyle "lazüm-ül icra[282]" şeklinde de ifade edilen "icrailik" genel kabul gördüğü tanımıyla, *"kamu gücü ve kudretinin, üçüncü kişiler üzerinde, ayrıca bir başka işlemin varlığına gerek olmaksızın, doğrudan doğruya çeşitli hukuki sonuçlar doğurmak suretiyle etkisini gösterdiği işlemler"* dir[283]. İcrailikte dikkat çeken durum, idari işlemin yapılmakla kendiliğinden hukuk aleminde sonuç doğurmasıdır. İdari işlemin icrailiğinin, tek yanlılığı ve dolayısıyla kamusal güç kullanılarak yapılması haliyle de yakın ilişkili olduğu açıktır[284]. Kamusal güç kullanımı, yapılan işleme ilgililerin rızasını aksine de olsa, sonuç doğurma yetisini tanımaktadır. İcrailik niteliği taşıyan işlem, hukuk aleminde yeni sonuçlar doğurmakta ya da mevcut hukuki durumlar üzerinde, yeni etkiler yaratmaktadır[285]. Ne var ki, idarenin yapmış olduğu bütün işlemler, hukuken belirtilen etkileri göstermemekte, aslında idari işleyişe katkı sağlamaktadır. Hazırlık işlemleri ya da görüş bildirme işlemleri bu tür işlemlere örnek olup icrai nitelik taşımamaktadırlar.

İdari işlemin iptal davasına konu olması bakımından icrailik tek başına yeterli olmamakla beraber[286], gerekli şartlardan birini oluşturmaktadır. Bunun

---

[281] Aynı yönde ERKUT, a.g.e., s. 13. AKYILMAZ- SEZGİNER- KAYA, a.g.e., s. 371, SANCAKDAR, a.g.e., s. 291.

[282] D7D, E. 2001/1274, K. 2005/794, 26.04.2005, DBB, 01.02.2012.

[283] ERKUT, a.g.e., s. 119., AKYILMAZ- SEZGİNER- KAYA, a.g.e., s. 373-374, ATAY, a.g.e., s. 410, YAYLA, a.g.e., s. 109.

[284] Aynı yönde bkz. GÖZLER-KAPLAN, a.g.e., s. 280.

[285] Aynı yönde bkz. ERKUT, a.g.e., s. 119-120.

[286] İYUK'nun 2. maddesi uyarınca, idari işlem iptal davasına konu olmak için aynı zamanda "kesin" olmalıdır. Yani idari işlem, tekemmülü için geçmesi gereken bütün süreçleri tamamlamış olmak durumundadır. YAYLA, a.g.e., s. 109. İptal davasına konu olabilecek işlem aynı zamanda "kesinleşmiş" olmalıdır. Başka bir ifade ile, söz konusu işlem için öngörülen zorunlu başvuru yolları tüketilmiş olmalıdır.

yanısıra dikkat çekilmesi gereken bir nokta da, idari işlemin icrailiği ile re'sen icrasının aynı durumlar olmadığıdır. İcrailik işlemin oluşumuna ilişkin olup, etkisini yapılmakla göstermesi anlamına gelmekte iken, re'sen icra ise idari işlemin icrasına ilişkin bir durumdur[287]. Bazı idari işlemler bakımından, icrai olmaları hukuk aleminde doğurdukları sonucun maddi aleme yansıması bakımından da yeterli iken, bazı hallerde hukuk aleminde doğan sonucun maddi aleme yansıması idarenin bazı faaliyetlerde bulunmasını gerekli kılmaktadır yani idare, hukuk aleminde doğan sonucun maddi gerçekliğe tezahürü için harekete geçmek durumundadır. İşte idare, kural olarak re'sen icra yetkisine sahiptir. Hukuk aleminde doğan sonucu maddi aleme yine kendisi taşıyabilecektir. Yasal olarak icra yetkisinin başka organlara verildiği haller bu durumun istisnasını oluşturmaktadır. Bunun yanısıra temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliği taşıyan hallerde gerçekleşecek re'sen icra, da, Anayasanın temel hak ve özgürlüklere müdahaleye ilişkin 13. maddesi dahilinde gerçekleşebilecektir[288]. Re'sen icra yetkisine sahip olma da kamu gücü ayrıcalıkları ile ilgili bir durumdur, çünkü temel kural, ihkakı hakkın yasak olmasıdır.

İdari işlemin bir diğer özelliği ise, hukuka uygunluk karinesinden yararlanmasıdır. İdari işlemin hukuka uygunluk karinesinden yararlanmasının sonucu, idare yargıcı tarafından iptal edilene dek hukuka uygun sayılıp, hukuki sonuçlarını doğurması ve doğurmaya devam etmesidir[289]. Hukuka uygunluk karinesinden yararlanma, idari işleme kamu gücü ayrıcalıkları ile yapılmış olmanın kazandırdığı bir ayrıcalıktır. Bu ayrıcalık kanun ile belirtilen haller haricinde, iptal davası açılmasının, işlemin yürütülmesini durdurmaması kuralının da dayanağını oluşturmaktadır[290].

---

[287] Aynı yönde bkz. GÖZLER-KAPLAN, a.g.e., s. 281, ATAY, a.g.e., s. 427-428, ÇAĞLAYAN, a.g.e., s. 280.

[288] Aynı yönde bkz. GÖZLER-KAPLAN, a.g.e., s. 282.

[289] D3D, E. 1981/83, K. 1981/100, 28.05.1981, D8D, E.1992/3429, K. 1993/4314, 21.12.1993, DBB, 01.02.2012.

[290] Bkz. ERKUT, a.g.e., s. 13., Hukuka uygunluk karinesinin Fransız hukukunda "ön ayrıcalık" ifadesi ile karşılandığı ifade edilmektedir.

III. İDARİ İŞLEM OLARAK "ŞARTNAME"

Özel hukuk sözleşmesi olduğu Türk hukuk sistemi bakımından genel kabul gören, kamu ihale sözleşmesi akdedilmeden önce, idare tarafından pek çok işlem gerçekleştirilmektedir. Kamu ihale sözleşmesine giden aşamada gerçekleştirilen bu işlemlerin pek çoğunun idarenin iç işleyişinde kalmayıp, ilgililerinin hukuki durumları üzerinde etki yaratmakta oldukları görülmektedir. Şartname de, bu işlemlerden birini oluşturmaktadır. İdari işlemin özellikleri bağlamında şartname bakımından bir değerlendirme yapmak gerekirse, şartname ihaleye çıkacak olan idare tarafından hazırlanmaktadır. Bu hazırlanma süreci tamamen idare tarafından hazırlanmakta, ihaleye katılma isteği olanların doküman hazırlama sürecine katılmaları söz konusu olamamakta, dahası ilgililerin hazırlanan metinde değişiklik talep etmek gibi bir yetkileri bulunmamaktadır. Başka bir ifade ile, ihale sürecine dahil olan kimseler, şartnameyi olduğu gibi kabul ya da reddetmek durumundadırlar. Bu sebeple, şartnamenin idari işlemin tek taraflı olması ile ilgili koşul sağlamakta olduğu açıkça görülmektedir.

İcrailik koşuluna gelince, şartnamenin içerdiği hükümler incelendiği takdirde, ihale sürecinin bir aşamasını oluşturan bu işlemin etkisi, idarenin iç işleyişini aşan bir özellik göstermektedir. Şartname, ilgililerin hak ve yükümlülükleri üzerinde doğrudan etki yaratmaktadır. Gerçekten de şartname ihale sürecini nasıl işlemesi gerektiğini göstererek ilgililere yön vermekte ya da yapılacak işin ne şekilde gerçekleşmesi gerektiğini belirlemektedir. Bu durum, şartnamenin icrailik özelliğini de taşımakta olduğunu göstermektedir. Taşdelen söz konusu durumu şu şekilde ifade etmektedir: *"Şartnameler hukuki gücünü kendilerini yürürlüğe sokan işlemden değil, bizzat içerdikleri hükümlerden almaktadırlar"*[291]. Hukuka aykırı olduğu yargı yerleri tarafından saptanmadıkça, şartnamenin hukuka uygunluk koşulunu yerin getirdiği de kabul edilmek durumundadır. O halde, şartnamenin bir idari işlem olduğu

[291] TAŞDELEN, a.g.e., s. 147.

sonucuna varmak zorunlu olmaktadır. Bu saptamadan sonra, şartnamenin hangi tür idari işlem sayılabileceği tartışma konusu yapılmak durumundadır.

Şartname idari işlemin bağlamında açıklanırken, bir konuya açıklık getirilmesi gerekmektedir. Elektronik İhale Yönetmeliği, şartnamenin[292] elektronik ortamda hazırlanmasına imkân tanımıştır[293]. Elektronik ortamda hazırlanan metnin idari işlem kapsamında yer alıp almayacağının değerlendirmesi zorunludur. EKAP'a yüklenen şartmame metinleri idari işlemin tek yanlılığı, icrailiği ve hukuka uygunluk karinesi noktalarında tereddüt doğurmazken, idari işlemin "yazılı olması" ve bu kapsamda ele alınan işlem metninde "imza" bulunması noktalarında açıklama gerektirmektedir. Ancak elektronik haberleşmenin dışlanamayacak derecede gelişmesi, bu sistemin idareye iş yükü anlamında sağlayacağı rahatlık de ele alındığında, "yazılılık" kavramı geniş olarak yorumlanmalı, idare tarafından

---

[292] Doküman hazırlanması , madde 11 − (1) İdare tarafından, ihale ve/veya ön yeterlik dokümanı EKAP üzerinden hazırlanır ve kayıt altına alınır. (2) Yabancı isteklilere açık olan ihalelerde, Türkçe yanında başka dillerde de doküman hazırlanabilir. Bu durumda, sadece Türkçe doküman EKAP üzerinden hazırlanır. Yabancı dilde hazırlanan doküman ise idare tarafından EKAP'a yüklenir.
İdari şartname, ön yeterlik şartnamesi, sözleşme tasarısı ve çerçeve anlaşma tasarısı, madde 12 − (1) İdare tarafından idari şartname ve/veya ön yeterlik şartnamesi, sözleşme tasarısı, alımın türü ve uygulanacak ihale usulüne göre ilgili uygulama yönetmeliği ekinde yer alan tip idari şartname, tip ön yeterlik şartnamesi ve tip sözleşme tasarısı esas alınarak EKAP üzerinden hazırlanır.
Teknik şartnameler, madde 13−(1) Teknik şartnameler, Kanun ve ilgili uygulama yönetmeliklerinde düzenlenen esaslara göre idareler tarafından hazırlanarak Kurumun belirlediği elektronik formatta EKAP'a yüklenir. Ayrıca 17.12.2010 tarihli Resmi Gazete'de elektronik ihale uygulamasındaki duraksamaları gidermek amacı ile "Elektronik Kamu Alımları Platformunun Kullanılmasına İlişkin 1 Nolu Tebliğ" yayımlanmıştır.

[293] Kamu İhale Kanunu, madde Ek 1: 30/07/2003 - 4964/41 md.; Değişik: 20/11/2008-5812/26 md.) - "Bu Kanun kapsamında yapılan ihalelerde; bu Kanunun 13 üncü maddesi hükümleri saklı kalmak üzere, ilan, ihale dokümanının hazırlanması ve verilmesi, katılım ve yeterliğe ilişkin belgelerin sunulması, tekliflerin hazırlanması, sunulması ve değerlendirilmesi, ihalenin karara bağlanması ve onaylanması, kesinleşen ihale kararlarının bildirilmesi ve sözleşmenin imzalanması gibi ihale süreciyle ilgili aşamalar ile her türlü bildirimler kısmen veya tamamen, Kurum tarafından oluşturulan Elektronik Kamu Alımları Platformu üzerinden gerçekleştirilebilir.
Elektronik Kamu Alımları Platformunun kurulması ve işletilmesi ile ihale sürecinde elektronik araçların kullanımına ilişkin esas ve usuller Kurum tarafından belirlenir.
Bu Kanunun 13 üncü maddesi uyarınca yapılacak bütün ilanlar aynı zamanda Elektronik Kamu Alımları Platformunda da yayımlanır.
Bu Kanun kapsamındaki alımlarda aday veya isteklilerin yeterliğinin tespitine ilişkin olarak Elektronik Kamu Alımları Platformu üzerinden sistemler kurulabilir. Bu sistemlerin kurulması, kurdurulması, denetlenmesi, yetkilendirilen kuruluşların yetkilerinin iptal edilmesi veya tedbir niteliğinde kararlar alınması hususlarında Kurum yetkilidir".

hazırlanıp, içeriğinde irade beyanı barındıran ve kişilerin hakları üzerinde etki sağayan işlemlerin yazılılık koşulunu taşıdığı kabul edilmelidir[294].

İdari işlem metninde imzanın gerçekleştirdiği temel fonksiyon, işlemin idare ajanı tarafından meydana getirilmesini kanıtlamaktır. Elektronik İhale Yönetmeliği'nin 4. maddesinin 4. fıkrası uyarınca anılan koşul da sağlanmış olmaktadır. Anılan madde uyarınca "EKAP üzerindengerçekleştirilecek işlemlerde, idareler ve ihalelere katılan gerçek ve tüzel kişiler ile bunlar adına işlem yapanlar tarafından "kullanıcı adı ve şifresi" ve/veya e-imza kullanılır. EKAP üzerinden doküman indirmek ve e-teklif sunmak için e-imza kullanılması zorunludur. e-imza sahibinin, Kurum ile imzalanan protokolde; gerçek veya tüzel kişi adına münferiden e-imza kullanarak işlem yapmak üzere yetkilendirildiği bildirilen kişi olması gerekir". O halde, EKAP sistemi üzerinde hazırlanan şartnameler idari işlem, hatta son yıllarda İdare Hukuku alanına giriş yapan e-idari işlem kategorisi içinde yer almaktadır[295].

IV. İDARİ İŞLEMİN ÇEŞİTLERİ

A. Maddi Açıdan Tasnif

1. Birel İşlem

İdarenin tek yanlı işlemlerinden somut, bir kere uygulanmakla tükenen, belli durumlara ilişkin olan işlemler "birel işlem" olarak adlandırılır.

Bir kişi ya da nesneyi daha önceden nitelikleri belirlenmiş kişilik dışı, genel ve objektif bir statüye sokan işlemler **şart işlemler** olarak kabul

---

[294] AKYILMAZ- SEZGİNER- KAYA, a.g.e., s. 400.

[295] E- idari işlem *"İdari işlemlerin bilgisayar teknolojisi, elektronik iletişim kanalları ve ilgili teknolojiler kullanılarak oluşturulmasıdır"*. Hayrettin EREN, **E-Dönüşüm Sürecinde İdari İşlemler**, Adalet Yayınevi, 2010, Ankara, s. 140. Eren, e-işlemlerin bulunduğu ortamı "elektronik kağıt" olarak ifade etmektedir. Yazar e-idari işlemin tekemmül sürecini de şu şekilde ifade etmektedir: *"E-idari işlemde irade beyanı, beyanda bulunan kişinin beyanın geçerli olmasını sağlamak için kendi açısından yapılması gerekli olan her şeyi yaptığı anda ve "gönder" komutuna bastığı anda yapılmış sayılır"*. EREN, a.g.e., s. 168.

edilmektedir. Atama işlemi şart işlemin tipik örneğidir. Kişi özellikleri daha önceden hukuk düzenince belirlenen statüyü atama işlemi ile sokulmaktadır. **Öznel işlemde** ise, kişi ya da nesnenin içine sokulacağı hukuki durum, kendine özgü nitelik taşımaktadır. Vergi tahakkuk işlemleri bunun tipik örneğidir gerçekten de tahakkuk işlemi mükellefin kendi özelliklerine göre gerçekleşen bir işlemdir[296].

2. Düzenleyici İşlem-Genel Karar

İdarenin tek yanlı işlemlerinden genel nitelik taşıyıp kişilik dışı olan işlemler düzenleyici işlem[297] olarak kabul edilmektedir. Birel işlemde somut bir duruma ilişkin ve muhatabının belli olduğu bir düzenleme söz konusu iken, düzenleyici işlemde, soyut nesnel ve genel bir düzenleme söz konusu olmaktadır.

Ara bir kategori gibi görülebilecek "genel işlem (karar)"e de değinmek gerekmektedir. Alman İdare Hukuku'nda söz konusu olan genel karar, aslında birel işlemin bir türünü oluşturmaktadır. Genel kararın tanımını yapmada zorluk doğuran nokta, bu türün düzenleyici işlemden ayrılması konusunda olmaktadır. Düzenleyici işlemde sayıları belirlenemeyen bir grup düzenleme konusu iken, genel kararın muhatabı olan kitle ortak özelliklerle tanımlanabilir niteliklerdir[298]. Alman İdari Usul Kanunu'nın 35. maddesinde yer alan genel karar tanımına bakarak bir sonuca varmak mümkün görünmektedir: Bu tanıma göre, genel karar her ne kadar genellik unsurunu taşısa da, muhatap aldığı kitlenin belli ya da belirlenebilir olması, onu düzenleyici işlemlerden ayırmakta ve idari işlemin bir türü olarak kabulüne

---

[296] AKYILMAZ- SEZGİNER- KAYA, a.g.e., s. 364-365, ATAY, a.g.e., s. 433.

[297] Bahtiyar AKYILMAZ, **İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü**, Yetkin Kitabevi, 2000, Ankara, s. 41.Türk İdare Hukuku sisteminde düzenleyici işlem olarak kabul edilen işlemler, Alman İdare Hukukunda bir idari işlem olarak değil, kural koyan işlemler olarak kabul edilmektedir. Bkz. Metin GÜNDAY, **İdare Hukuku,** İmaj Yayınevi, 2011, Ankara, s. 122. MAURER, a.g.e., s. 71.

[298] Genel kararda "belirlenebilir" olmak ifadesi ile kastedilen, işlemin yöneldiği kişi sayısının belirlenmesi değil, yapıldığı sırada işlemin muhatabı olan kitlenin belirlenebilir olmasıdır. Maurer genel karara örnek olarak, bir toplantının(yürüyüş şeklinde) dağıtılmasını vermektedir çünkü bu tür toplantılarda katılımcı kitle belirlenebilir durumdadır. MAURER, a.g.e., s. 196.

olanak tanımaktadır.[299] Alman İdare Hukukunda, genel kararın yöneldiği kitlenin bu şekilde belirlenebilir olması, onu hukuk kuralı koyma işleminden ayırmaktadır.

B. Açıklanan İrade Bakımından İdari İşlem

1. Açıklanan İrade Sayısına Göre Tasnif[300]

Basit işlemlerde idari işlem, tek bir idari makamın irade açıklaması ile tamamlanmaktadır. Kolektif ve karma işlemlerde ise idari işlem, birden çok idari makamın katılımı ile tamamlanmaktadır. **Kolektif işlemlerde** idari işlem, birden çok idari makamın iadelerini aynı anda ve aynı yönde açıklamaları ile kurulmaktadır. Kolektif işlemin tipik örneğini kurul kararları oluşturmaktadır. **Karma işlemlerde** ise idari işlem, birden çok idari makamın iradelerini belli bir sıra gözeterek açıklamaları ile oluşmaktadır. Sırasıyla ilgili bakan, başbakan ve cumhurbaşkanının imzası ile oluşturulan müşterek kararname karma işlemin tipik örneğini oluşturmaktadır[301].

2. Açıklanan İradenin Dış Dünyaya Yansıma Şekline Göre Tasnif

İdari işlem kendini anlatabilecek açıklıkta yapılıyorsa **sarih idari işlem** söz konusudur. Bazı durumlarda ise, idarenin susmasına yasakoyucu tarafından bir anlam izafe edilmektedir. Bu tür işlemlere **zımni idari işlem** verilmektedir. Burada idarenin suskunluğuna irade izafe edilme sebebi, idarenin sessiz bir tutum ile yargı denetiminden kaçmasına engel olma isteğidir. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 10. maddesi uyarınca[302], idarenin 60 günlük sessizliğine verilen anlam, zımni reddin tipik

---

[299] Detaylı bilgi için bkz. AKYILMAZ, a.g.e., s. 49.

[300] Fransız İdare Hukukunda ayrıca, idari işlemi yapan makamın bireysel ya da kolejyal olmasına göre bir ayrım yapılmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. GÖZLER, Cilt. 1, s. 694vd.

[301] AKYILMAZ- SEZGİNER- KAYA, a.g.e., s. 389-392, ATAY, a.g.e., s. 439-440.

[302] İYUK m. 10: 1. İlgililer, haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için idari makamlara başvurabilirler. 2. (Değişik: 10/6/1994 - 4001/5 md.) Altmış gün içinde bir

örneği olup, Türk İdare Hukuku sistemi bakımından genel kuralı oluşturmaktadır. Kanun ile açıkça öngörülen bazı hallerde ise, idarenin suskunluğuna kabul anlamı yüklenmektedir. Ancak bunu için açık kanuni bir dayanak gerekmektedir. Zımni kabul, genel olarak aciliyet gerektiren haller bakımından öngörülmüştür. 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 39. maddesi bu durumun klasik örneğini oluşturmaktadır[303].

C. Hukuki Etkisine Göre İdari İşlem

Hukuk aleminde bir değişiklik yaratan yani yeni bir hukuki durum kuran ya da mevcut hukuki durumu kuran ya da değiştiren işlemler, **inşai idari işlem** olarak kabul edilirler. Hukuk aleminde bir değişiklik yaratmayan, sadece mevcut hukuki durumu ortaya koyan işlemler **tespit edici idari işlem** olarak adlandırılırlar. Hatta idari işlemin hukuk aleminde bir değişiklik yaratma gereği özelliğinden dolayı, bunları idari işlem olarak kabul etmeyen yazarlar da bulunmaktadır[304]. Hukuki sonuca göre yapılan tasnifte bir tür de, **emredici idari işlem** şeklinde yapılmaktadır. Emredici işlem muhatabı açısından belli zorunluluklar(yapma, kaçınma, katlanma gibi) yükleyen idari işlemlerdir[305].

Ayrıca, muhatapları bakımından haklarını kullanma noktasında sınırlama getiren ya da bunu zorlaştıran işlemler **yükümlendirici idari işlem**

---

cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır. İlgililer altmış günün bittiği tarihten itibaren dava açma süresi içinde, konusuna göre Danıştay'a, idare ve vergi mahkemelerine dava açabilirler. Altmış günlük süre içinde idarece verilen cevap kesin değilse ilgili bu cevabı, isteminin reddi sayarak dava açabileceği gibi, kesin cevabı da bekleyebilir. Bu takdirde dava açma süresi işlemez. Ancak, bekleme süresi başvuru tarihinden itibaren altı ayı geçemez. Dava açılmaması veya davanın süreden reddi hallerinde, altmış günlük sürenin bitmesinden sonra yetkili idarî makamlarca cevap verilirse, cevabın tebliğinden itibaren altmış gün içinde dava açabilirler. 3**.** (Mülga: 10/6/1994 - 4001/5 md.)

[303] İmar Kanunu m. 30: Yapı tamamen bittiği takdirde tamamının, kısmen kullanılması mümkün kısımları tamamlandığı takdirde bu kısımlarının kullanılabilmesi için inşaat ruhsatını veren belediye, valilik (...) bürolarından; 27 nci maddeye göre ruhsata tâbi olmayan yapıların tamamen veya kısmen kullanılabilmesi için ise ilgili belediye ve valilikten izin alınması mecburidir. Mal sahibinin müracaatı üzerine, yapının ruhsat ve eklerine uygun olduğu ve kullanılmasında fen bakımından mahzur görülmediğinin tespiti gerekir. Belediyeler, valilikler (...) mal sahiplerinin müracaatlarını en geç otuz gün içinde neticelendirmek mecburiyetindedir. Aksi halde bu müddetin sonunda yapının tamamının veya biten kısmının kullanılmasına izin verilmiş sayılır. (...)

[304] Bkz. ATAY, a.g.e., s. 440.

[305] MAURER, a.g.e., s. 192.

olarak adlandırılır. Muhataplarına yeni birtakım haklar sağlayan, haklarını kullanmalarını kolaylaştıran ya da mevcut yükümlülüklerinde azalma yaratan işlemler, **yararlandırıcı idari işlem** olarak kabul dilmektedir[306].

Bazı idari işlemler yapılmakla ya da yürütülmekle etkilerini gösterirlerken, bazıları ise bir kere uygulanmak ile tükenirler. İlk gruba **etkisi devam eden idari işlem**, ikinci gruba ise **geçici idari işlem** adı verilmektedir[307].

Ç. İsteğe Bağlı Olup Olmamalarına Göre İdari İşlem

İdari karaları kamu gücüne dayanarak yapıldıkları ve icrai oldukları için, büyük bir kısmı muhatabının talebine bağlı olmaksızın gerçekleştirilirler. Bazı idari işlemlerin gerçekleştirilebilmesi için ise, muhatabının talebi gerekmektedir. Ancak muhatabın talebi, bu işlemlerin tek yanlılık özelliğini kaldırmaz. Burada ilgilinin talebi, sadece idareyi harekete geçiren bir rol oynayıp, işlemi tesis etme noktasındaki temel irade idareye aittir[308].

V.TÜRK HUKUKUNDA İDARİ İŞLEM TÜRÜ BAKIMINDAN "ŞARTNAME

Şartname, ihale sürecinin ne şekilde yürütüleceği, ve ihale konusu işin özellikleri hakkında açıklama getiren ihale dökümanıdır. Şartnamenin getirdiği düzenlemeler, ihale sürecine katılanlar bakımından, ihale sürecine ilişkin olarak genel ve kişilik dışı niteliktedir. Şartnamedeki düzenlemelerin belli bir istekliye değil, ihale sürecine dahil olmak isteyen herkesi muhatap alması, bu dökümanın belirleyici özelliğini oluşturmaktadır. Şartname bu etkisini ihale süreci boyunca da göstermektedir. O halde şartname, tek yanlı işlemlerinden, düzenleyici idari işlem kategorisinde ele alınabilecektir.

---

[306] ATAY, a.g.e., s. 440-441.
[307] AKYILMAZ- SEZGİNER- KAYA, a.g.e., s. 393.
[308] ATAY, a.g.e, s. 441, GÜNDAY, a.g.e., s. 133.

Şartnamenin hukuki niteliği, uzun yılardır idare hukuku doktrininin tartışılageldiği konulardan birini oluşturmaktadır. Erkut bu durumu, şartnamelerin yapı ve hukuki sonuçlar açısından çok çeşitli olmasına bağlamaktadır[309].

Türk yargı kararlarında genel kabul, şartnamenin düzenleyici işlem olduğu yönündedir. Danıştay, daha önce de aktarıldığı üzere farklı kararlarında bu yaklaşımını devam ettirmektedir[310]: "*Bu nedenledir ki, abonman sözleşmesi süresince idare yine düzenleyici tasarruflarla, kamu hizmetinin bedelini indirir veya çıkarır; bu değişikler belirli bir süreyle akdedilmiş ve halen devam etmekte olan abonman sözleşmelerine de etki eder. Çünkü bu sözleşmeler tam anlamıyla özel hukuk sözleşmeleri olmayıp, köken bakımından imtiyaz sözleşmesine ve şartnamelere benzer. Şartnameler, tamamen düzenleyici bir tasarruf niteliğindedir, hizmeti ve dolayısıyla bu hizmeti düzenleyen sözleşmeyi objektif hukuk kuralı saymak gerekir. Bu nedenle tarifelerdeki değişiklikleri, objektif hukuk kuralında yapılan değişiklik saymak gerekir. Sözleşmenin kendisi de hizmetin objektif kaidelerini, statüsünü kapsayan kurallardır. İdare de bu objektif kurallara tâbidir. Hizmetten yararlanacaklara sunulan bu kurallar aslında bir statünün kurallarıdır. İdare de bu statünün kurallarını belirlemede irade serbestliğine sahip olmayıp, kamu hukuku kuralları ile bağlıdır. Bu nedenle bu tür kamu hizmetlerinin ifası sırasında idare ile kamu hizmetinden yararlananlar arasındaki sözleşme yapılmadan önce ve sonra sözleşme şartlarının tek taraflı olarak idarece, sunulan kamu hizmetinin niteliği, özellikleri ve günün koşulları göz önüne alınarak belirlenmesi ve hizmete ilişkin tarifelerin düzenlenmesinde idarenin kamu gücünü kullanarak idari tasarrufta bulunduğunu kabul etmek gerekir*"[311].

---

[309] ERKUT, a.g.e., s. 42.

[310] DİDDK, 07.03.2003, E. 2002/725, K. 2003/88, 22.09.2010, DBB. Aynı yönde bkz. D10D, 17.10.1990, E. 1989/492, K. 1990/2224, 22.09.2010

[311] D8D, 03.12.1998, E.1998/2595, K. 1998/4026, DBB, aynı yönde bkz. D8D, 23.06.1997, E. 1997/185, K. 1997/2229, DBB, 05.02.2010.

Onar, şartnamenin tüzük ya da yönetmelik gibi kaide tasarruflar yani düzenleyici işlemler olduğu kanaatindedir. Yazara göre, idarenin şartname yapabilmesi, onun hizmeti zaman ve yere göre düzenleme yetkisine dayanmaktadır. Başka bir deyişle Onar'a göre, şartname yapma yetkisinin kaynağını, idarenin düzenleme yapma yetkisi oluşturmaktadır[312]. İdare hukukunda genel kabul olduğu üzere, idarenin takdir yetkisine dayanan bir düzenleme yetkisi bulunmaktadır. O halde, açıkça Anayasa ya da kanunlar ile bir belirleme yapılmış olmasa, da, idare hizmetlerini eşitlik, düzenlilik ilkelerine uygun şekilde görebilmek için başka adlarla düzenleyici işlem yapabilme yetkisine sahiptir[313].

Özay da şartnamenin hukuki niteliğini düzenleyici işlem, olarak belirlemektedir. Yazara göre *"Bunun en belirgin kanıtı yönetmelikler ile genel ya da özel şartname adı verilen 'yönetmelik benzeri kural işlemler'dir. Bu işlemler idarenin tek yanlı iradesinin ürünüdürler ve bu noktada üstün yetkiler söz konusudur. Ancak yine bu işlemler yasaların çizmiş olduğu genel çerçeve dışına çıkamayıp, olsa olsa onlarda yer alan ilke ve kuralları daha ayrıntılı bir biçimde düzenleyerek somuta indirgemek için yapılmışlardır …"*[314].

Şartnamenin niteliğini saptama noktasında doktrinde çeşitli ayrımlar yapılmakta olduğu görülmektedir: Kutlu nitelik saptama bakımından, şartnamenin hükümlerine göre bir ayrım yapmaktadır. Yazara göre ihale sürecinin rekabet kurallarına uygun olmasını düzenleyen ve idare ile sözleşme yapmak isteyen herkese yönelik kurallar düzenleyici işlem niteliği taşımaktadır. Ancak sözleşmenin icrasına ilişkin olan ve idare ile sözleşme yapacak olan kişiyi ilgilendiren kurallar da idarenin tek yanlı iradesi ile hazırlanıp, ihale boyunca düzenleyici işlem niteliği taşımaktadırlar. Bu tür kurallar, sözleşme imzalandıktan sonra ise, artık sözleşme ile bütünleşerek, onun eki haline gelmektedirler. Başka bir ifade ile artık, bu kuralların

---

[312] Sıddık Sami ONAR, **İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt 2,** İsmail Akgün Matbaası, 1966, İstanbul, s. 1596.

[313] Detaylı bilgi için bkz. GÜNDAY, a.g.e., s. 205vd.

[314] İl Han ÖZAY, "Kamu İhaleleri: Bir Örnek Olayın Düşündürdükleri", **Nihal Uluocak Armağanı**, 1999, İÜHF Yayını, s. 252-253.

düzenleyici işlem oldukları söylenemeyecektir çünkü bu kurallar, sözleşmenin imzalanması ile sözleşmenin bir kuralı haline gelmişlerdir[315].

Uz şartnamenin hukuki niteliğini saptama noktasında ikili bir ayrıma giderek sonuca varmaktadır: *"İdarenin sözleşmeleri ekinde yer alan ve idare tarafından tek yanlı olarak hazırlanan belli tiplerdeki matbu metinler olarak tanımlanabilecek tip şartnameler, maddi nitelik itibariyle kural işlem genel düzenleyici işlem) niteliğinde olup ihale sürecine ilişkin ve sözleşmenin uygulanmasına ilişkin olmak üzere iki ayrı kategoride kurallar içermektedir. Bu kurallardan ihale sürecine ilişkin olanlar, isteklilerin, sözleşmenin uygulanmasına ilişkin olanlar da, ihaleyi kazanan tarafın tartışmaksızın bütünüyle kabul etmek zorunda olduğu kurallar olup, düzenleyici işlem niteliğindedir"*[316].

Gözler, şartnamenin hukuki niteliğini saptama konusunda, şartların içeriğine göre bir belirleme yapmaktadır. Yazara göre, sözleşmenin yapılma sürecine ilişkin düzenlemeler, düzenleyici işlem niteliği taşımaktadır. Şartnamedeki sözleşmenin uygulanmasına ilişkin hükümler ise, sözleşme akdedilmeden önce düzenleyici işlem niteliği taşırken, sözleşmenin akdedilmesi ile birlikte akdi nitelik kazanmış olmaktadırlar. Gözler, ilk grupta yer alan hükümlere karşı iptal davası açılabilecekken, akdi niteliğe bürünen hükümlere, üçüncü kişiler tarafından iptal davası açılamayacağı ve idarenin bunları tek taraflı olarak değiştiremeyeceği görüşündedir.[317].

Erkut şartnamenin hukuki niteliği bakımından değerlendirme yapmak için öncelikle şartnamede yer verilen şartların niteliğine göre bir ayrım yapmak gerekmediği görüşündedir. Yazara göre, şartnamede imtiyaz konusunda çeşitli ve tamamlayıcı bilgilerin verilmekte olduğu hükümler

[315] Bkz. KUTLU, a.g.e., s. 219.
[316] UZ, Hukuksal Rejim, s. 89.
[317] GÖZLER, Cilt. 2, s. 148.

düzenleyici işlem niteliği taşımakta iken, sözleşmenin taraflarını ilgilendiren hükümler ise, sözleşme niteliği taşımaktadır[318].

Akyılmaz, şartnamenin düzenleyici işlem olduğu görüşündedir[319]. Yasin ise, şartnamenin hukuki niteliğini saptama konusunda ikili bir ayrıma gitmektedir. Yazar, ihale sürecini düzenleyen kuralların düzenleyici işlem olduğunu kabul ederken, sözleşmenin akdedileceği tarafı ilgilendiren hükümlerin sözleşmenin imzalanması ile birlikte, sözleşmenin eki haline geleceği görüşündedir[320]. Sezginer ve Kaya da, şartnamenin de içinde olduğu ihale dokümanlarının düzenleyici işlem olduğu fikrindedir: *"İhale dökümanı, ihale sürecinde isteklileri olduğu kadar idareyi de bağlayan düzenleyici işlemleri ifade etmektedir"*[321].

Sonuç olarak, doktrinde şartnamenin içeriğine göre yapılan ayrımlar da dikkate alınarak denilebilir ki, kamu ihale sözleşmesinin imzalanmasından önceki süreçte, sözleşmenin uygulanmasına yönelik kurallar getiren şartname hükümleri de dahil olmak üzere, düzenleyici idari işlemin niteliklerinin mevcut olduğu konusunda doktrin ve uygulamada görüş birliği bulunmaktadır[322].

VI. ALMAN HUKUKUNDA ŞARTNAMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Almanya'da şartnamenin hukuki niteliğine ilişkin kabulün ne yönde olduğuna bakmadan önce, Almanya'da idari işlemin tanımına değinmek gerekmektedir. Almanya'da bir işlemin idari işlem sayılabilmesi için VwVfG[323]nin 35. maddesi uyarınca, işlemin idari makamca yapılması gerekmektedir. Burada idari makam geniş olarak anlaşılmakta, kamu için

[318] Bkz. ERKUT, a.g.e., s. 43.
[319] Bahtiyar AKYILMAZ, **İdare Hukuku**, Sayram Yayınları, 2004, Konya, s. 310.
[320] YASİN, a.g.e., s. 182.
[321] AKYILMAZ- SEZGİNER- KAYA, a.g.e., s. 442.
[322] Sözleşme öncesi süreçte idarece şartnamede yapılacak değişiklikler sırasında, düzenleyici işlemin geri alınması ve kaldırılmasına ilişkin kuralların idare tarafından dikkate alınması gerekmektedir. Kamu İhale Kurumu tarafından hazırlana tip şartnameye bakıldığında, bu metinlerde de ihale sürecini düzenleyici nitelikli kurallar yanında, kamu ihale sözleşmesinin uygulanmasına yönelik hükümler bulunmaktadır.
[323] Verwaltungsverfahrensgesetz.

çalışan özel kişiler de bu kapsama dahil edilmektedir. Söz konusu işlemin ayrıca işlemin idare hukuku ile ilgili bir düzenleme getirmesi gerekmektedir[324] ki, bu noktada aranan, işlem yapılırken kamu gücünün kullanılmasıdır. Bir başka deyişle idarenin siyasal ya da özel hukuk alanındaki işlemleri bu sınıfta kabul edilemez. Yapılan işlemin, münferit hukuki bir durumu düzenlemesi gerekmekir. Son olarak, yapılan işlem dışsal bir hukuki etkiye sahip olmalıdır. Başka bir ifade ile, işlemin ilgilisi bakımından hukuki bir sonuç doğurmalıdır[325].

Almanya için bakıldığında şartnamenin idare tarafından hazırlanma, belli bir hukuki durumu düzenleme ve dışsal hukuki etki yaratma koşullarını taşıdığı görülmektedir. Alman hukukundaki sorun, şartname hazırlanırken idarenin kamusal güç kullanıp kullanmadığı noktasında yoğunlaşmaktadır. İhale hukukunun niteliğine ilişkin saptamalar yapılırken da ifade edildiği üzere, idarenin ihale sürecinde yaptığı işlemlerde kamusal bir nitelik bulunup bulunmadığı hâlâ Alman hukukunun en tartışılan konularındandır. Bu konu son yıllarda özellikle ihalenin isteklinin biri üzerinde bırakılmasına ilişkin kararların idari işlem sayılıp sayılamayacağı noktasında tartışılmıştır. Aksine görüşte olanlar ve eyalet mahkeme kararları bulunsa da genel kabul, ihale sürecinde idarenin pazardaki bir girişimci ile aynı şartlarda faaliyette bulunduğu ve ilişkinin kamusal bir boyutunun bulunmaması şeklindedir. Hakim bu görüşe göre idare, ihtiyaçlarının tedariki sırasında, GG'nin 19. maddesi anlamında kamusal güç kullanmamaktadır. Bu kabul altında, ihale sürecinin bir parçası olan şartnamenin kamusal güç kullanılarak yapıldığını söylemek mümkün görünmemektedir.

Alman hukukunda ihale sürecinin hukuki nitelendirmesine ilişkin tartışmaya BVerfG, 13. 06. 2006 tarihli kararıyla[326] son noktayı koymuştur. Öncelikle belirtilmesi gereken, karara konu olan ihale eşik değer altında yer almaktadır ve dava eşik değerin altında kalan ihalelerde yeterli korunma

[324] Alman İdare Hukukunda idari işlemin söz konusu olabilmesi için, idari makamların kamu hukuku alanına ilişkin bir faaliyetinin söz konusu olması gerekmektedir.
[325] DETTERBECK, a.g.e., s. 163vd.
[326] BVerfG, 13.06.2006, 1. Senat, 1 BvR 1160/03, , www.juris.de, 20.09.2010.

bulunmaması sebebiyle, birincil hukukun kısıtlandığı gerekçesi ile anayasa şikayeti yolu ile BVerfG önüne taşınmıştır. Olayda, 2002 yılının Temmuz ayında, ilgili kurum yollardaki trafik işaretlemeleri konusunda ihaleye çıkılmıştır. İhalenin değeri 5(beş) milyon Euro altında yer almaktadır. Şikayetçi hem asıl hem de yan tekliflerde en hesaplı teklifte bulunmuştur. Bu duruma rağmen 23 Ağustos 2002 tarihinde, ilgili iştirakçi kendisine teklifinin ihale dokümanlarında öngörülen koşulları taşımadığı için ihale dışında bırakıldığı belirtilmiştir.

Bunun üzerine hukuki korumadan yararlanmak isteyen şikayetçi, 23 Ağustos 2003 tarihinde, GWB'nin ilgili maddeleri uyarıca, VK'e başvurmuştur.

İhale Dairesi, ihalenin eşik değerleri altında kalması sebebiyle, başvuruyu reddetmiştir. Ayrıca, eşik değerlere ilişkin saptamaların GG'nin 3[327]. maddesindeki eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmadığına karar vermiştir. Daireye göre, küçük meblağlı işler süreçte gecikmelere de sebebiyet verebileceği için, eşik altında yer alan ihalelerde eşik üstü gibi bir sürecin öngörülmemesi haklı bir durumdur, ayrıca şikâyetçinin GWB'nin 97 vd maddelerine göre bir hakkı olmadığı için GG'nin 19. maddesinin 4. fıkrasındaki hak arama hürriyetinden de yararlanması söz konusu olamaz. Şikayetçi bu karara karşı, GWB maddelerine dayanarak üst mahkemeye (OLG) başvurmuştur.

Oberlandsgericht, söz konusu eşik değerlere ulaşmaması sebebiyle, GWB 97 vd. maddelerinin uygulama alanı bulamayacağını belirterek, başvurunun kabul edilebilir olmadığını belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre ise, büyük ve küçük meblağlı işler bir ayrım yapmak konusunda sonuç olarak bir ölçü gerekmekte ve belli bir ölçüt bulunamamaktadır. Bu noktada AB eşik değerleri üzerinde yer alan ihaleler için farklı imkânlar kabul etmek

[327] GG madde 3, Kanun Önünde Eşitlik: (1) Bütün insanlar kanun önünde eşittir. (2)Kadın ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet bu eşitliği gerçek anlmada saplamak için gerekli tedbirleri alır. Mevcut dezavantajların ortadan kalkmasını sağlar. (3)Kimse cinsiyeti, kökeni, ırkı, dili, vatandaşlığı, fikirleri, dini ya da politik görüşü yüzünden farklı muameleye tâbi tutulamaz. Kimse engeli yüzünden farklı muameleye tâbi kılınmaz.

yasakoyucunun takdir yetkisindedir ve bu durumda GG'nin 3. maddesindeki eşitlik ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.

Şikayetçi şikayetinde GG'nin 3. maddesindeki eşitlik ilkesine ve 19. maddenin 4. fıkrasındaki[328] hak arama hürriyetine aykırılık olduğu iddiasında bulunmaktadır. Mahkemeye göre, eşik altı ve üstünde yer alan ihaleler için hukuki koruma bakımından ayrım yapılması yasa koyucunun takdir yetkisinde olup, bu durum eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir ve GG'nin 19. maddesinin 4. fıkrası uyarınca "hak arama özgürlüğü"nden söz edilebilmesi için, devletin alt-üst tâbiyeti ilişkisi içerisinde kamusal faaliyetlerini yerine getirmesi gerekmektedir. İhale alanında ise, devlet pazardaki sıradan bir girişimci gibi ihtiyaçlarını yerine getirmektedir ve kamusal gücün kullanımı söz konusu olmadığı için, GG'nin 19. maddesinin 4. fıkrasına aykırılık da bulunmamaktadır.

BVerfG'in aktarılan kararından sonra, 2 Mayıs 2007 tarihinde BVerwG de benzer bir karar vermiştir[329]. Mahkemeye göre ihale sürecinde devlet, ihtiyaçların tatmini için diğer girişimcilerle aynı şekilde markette yer almaktadır. Bu çerçevede imzalanan tedarik sözleşmesinin özel hukuka ait olmasının yanı sıra, sözleşmenin imzalanacağı isteklinin belirlenmesine kadar giden süreç için de aynı durum geçerlidir. Başka bir ifade ile, sözleşmenin imzalanmasından önceki süreç de özel hukuk karakteri taşımaktadır. Alman doktrininindeki baskın görüş de yargı uygulaması ile aynı yöndedir[330]. Bu şartlar altında, şartnamenin kamu gücü kullanılarak meydana getirildiğini ve dolayısıyla idari işlem koşullarını taşıdığını söylemek Alman hukuku bakımından mümkün gözükmemektedir ve süreçte yer alan işlemleri kategorize etme çabası da Alman hukukunda şu an için görünmemektedir.

---

[328] GG madde19/4:Kamusal faaliyetlerden dolayı hakları zarar görenlere yargı yolu açıktır. Başka bir belirleme yapılmadığı sürece, medeni yargı yetkilidir Anayasanın 10. maddesinin 2. fıkrası saklıdır.

[329] BVerwG, 02.05.2007, 6. Senat, 6 B 10/07, www.juris.de, 20.09.2010.

[330] Wolfram KROHN , "Ende des Rechtswegwirrwarrs: Kein Verwaltungsrechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte", **NzBau**, 2007/8, s. 494. Yazara göre Federal İdare Mahkemesi kararı, kamu ihalelerinin hukuki niteliği konusundaki klasik anlayışı takip ettiği için, şaşırtıcı olmamıştır.

VII. "ŞARTNAME" VE İHALE SÜRECİ BAKIMINDAN ÖNEMİ

Şartname, *"İdari sözleşmelerin ekinde yer alan ve İdare tarafından tek yanlı olarak hazırlanan belirli tiplerdeki matbu metinlerdir"*[331]. Çeşitli türleri bulunan şartname, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda da belirtildiği üzere, ihale dokümanlarından birini oluşturmaktadır[332].

Kutlu şartname konusunda ikili bir ayrım yapmaktadır. Yazara göre şartname, genel nitelikte olabileceği gibi özel nitelikte de olabilecektir. Genel şartname, aynı tür işlere ilişkin idari ve teknik özellikleri içermekte iken, özel şartname ise ya ihaleye katılmak isteyen ilgililere yön veren idari şartname ya da ihale konusu mal, hizmet ya da yapım işinin özelliklerini belirleyen teknik şartnameye ek olarak getirilen idari ve teknik kurallardan oluşmaktadır[333].

4734 sayılı Kanun'un 12. maddesi uyarınca, şartnameler idari ya da teknik şartname olabilir ve aynı madde uyarınca, şartnamelerin idarece hazırlanması esastır[334]. Bu kuralın istisnasını Kanun yine kendisi belirtmiş ve mal, hizmet alımı ya da yapım işlerine ilişkin ihalelerde işin özelliği sebebiyle idarece hazırlanmanın mümkün olmadığı hallerde, teknik şartnamenin hazırlattırılmasına imkân tanınmıştır[335]. Sözleşmenin eki olan bu belgede, yapılacak sözleşme sürecini tarafsızlığını ve işlevselliğini düzenlemeye yönelik düzenlemeler gibi sözleşmenin uygulanması aşamasına ilişkin düzenlemeler de yer almaktadır. Gerçekten de, idari şartname örneklerine bakıldığında hem ihale sürecini düzenlemeye hem de uygulamaya yönelik hükümler görülmekte, teknik şartnamelerde ise, sözleşmenin ifasının tam olması için gereken teknik şartlar yer almaktadır. Gözler bu duruma

---

[331] ERKUT, a.g.e., s. 42.

[332] Kamu İhale Kanunu m. 4**:** İhale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinde; isteklilere talimatları da içeren idari şartnameler ile yaptırılacak işin projesini de kapsayan teknik şartnameler, sözleşme tasarısı ve gerekli diğer belge ve bilgiler.

[333] KUTLU, a.g.e., s. 218.

[334] Mal alımı, hizmet ve yapım yönetmeliklerinde belirtildiği üzere, ihaleye çıkacak olan idare, idari şartnameyi Kamu İhale Kurumu tarafından hazırlanan tip şartnameye uygun olarak hazırlamak durumundadır. Tip şartnamede boş bırakılan yerler de ilgili idarece, mevzuata uygun şekilde doldurulmak durumundadır.

[335] O halde, idari şartname ve sözleşme tasarısı her halükarda idarenin kendisi tarafından hazırlanmak durumundadır. Aynı yönde bkz. UZ, Kamu İhale Hukuku, s. 229.

değinmekte ve şartnamedeki şartları, sözleşmenin yapılma sürecine ilişkin şartlar ve sözleşmenin uygulanmasına yönelik şartlar olarak ayırmaktadır. Yazarın ifade ettiği üzere, şartname sürecine ilişkin şartlar idare ile sözleşme yapmak isteyen herkesi ilgilendirirken, sözleşmenin uygulanmasına ilişkin şartlar, idare ile sözleşme yapacak olan kişiyi ilgilendirmektedir[336].

Priess'e göre şartname, teklifin maddi içeriğini ve bununla birlikte teklif ve sözleşmenin maddi içeriğini saptamaktadır. Tekliflerin değerlendirilmesi bağlamında da şartnamede belirtilen kurallar bağlayıcı bir öneme sahiptir. Bunun yanısıra, ihaleyi kazanan ile sözleşmenin sürdürülmesi bakımından da şartname temel ve kesin bir doküman sayılmaktadır. Kısacası şartname, başarılı bir ihale süreci ve başarılı bir başvuru bakımından çekirdek rolünü üstlenen metindir[337].

Şartnameler idare tarafından hazırlanmakta ve iltihaki bir nitelik taşımaktadırlar[338]. Bir başka ifade ile, idare ile sözleşme akdedecek tarafın şartnameyi değiştirerek kabul gibi bir imkânı bulunmamaktadır. Sözleşmeci taraf şartnameyi idarece hazırlandığı şekliyle kabul etmek ya da reddetmek imkânlarından yalnız birine sahiptir. Oysa özel hukuk kişileri, yapacakları sözleşmelerde koşulları serbestçe belirleyebilirler[339]. Bu noktada bir kez daha belirtilmesi gereken durum, şartnamenin sözleşmenin akdi sürecine ya da uygulanmasına ilişkin düzenlemeler içerdiğidir[340].

Şartnamenin ihale süreci bakımından temel nitelikli metin olması, istekli bakımından ek masraf yapmadan fiyat hesabı yapmayı sağlama imkânı yanısıra; tekliflerin karşılaştırılmasına imkân verme ve bunu

---

336 Bkz. GÖZLER, Cilt. 2, s. 147.

337 Hans Joachim PRIESS, "Die Leistungsbeschreibung-ernstück des Vergabeverfahrens(Teil I)", **NZBau**, 2004/I, s. 21.

338 TAŞDELEN, a.g.e., s. 90., Şu anki uygulamada ilgili idareler, Kamu İhale Kurumu'nun hazırladığı tip şartnameyi örnek alarak şartnamesini hazırlamaktadır.

339 Halit Eyüp ÖZDEMİR, **Kamu İhale Kanunu'nda Düzenlenen İhale İşlemleri**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, MÜSBE, 2005, İstanbul, s. 117.

340 Bkz. GÖZLER, Cilt. 2, s. 147.

kolaylaştırmasından kaynaklanmaktadır. Ayrıca, ihaleci kuruluşa tekliflerin kontrolü ve değerlendirilmesi fırsatını da şartname sağlamaktadır[341].

İhale dokümanının sözleşmeyi sağlıklı biçimde ifa açısından öneminin farkında olan yasakoyucu ihale mevzuatında, ihale dokümanına riayet konusuna önem vermiştir. Bu bağlamda 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 4. maddesinde, *"Bu Kanuna göre düzenlenecek sözleşmelerde, ihale dokümanında yer alan şartlara aykırı hükümlere yer verilemez" hükmüne yer vermiştir.*

Yasakoyucu, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 46. maddesinin 2. fıkrasında da *"İhale dokümanında belirtilen şartlara aykırı sözleşme düzenlenemez"* hükmüne yer vererek, aynı kanunun "Tanımlar" başlıklı 4. maddesinde ve 27. maddesinde ihale dokümanı olduğu açıkça ifade edilen şartnamenin de içinde bulunduğu ihale dokümanının önemini bir kez daha vurgulamıştır.

Kamu ihale Kurulu'nun verdiği kararlarda, ihale dokümanına aykırı şekilde düzenlenen sözleşmelerin hukuka aykırı kabul edildikleri görülmektedir. Her halükarda sözleşmenin ifası sırasında güçlüklerle karşılaşmak istemeyen idare şartnameleri oldukça açık ve rekabet koşullarına uygun olarak hazırlamak durumundadır.

Nitekim 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu döneminde eleştiri konusu yapılan konulardan birinin de şartnamelerin düzenlenmesine ilişkin olduğu dikkat çekmektedir[342]. 2886 sayılı Kanun sürecinde şartnameler konusundaki önemli sıkıntı, tip şartnamenin Bakanlar Kurulu tarafından hazırlanmasına rağmen, idarelerin şartnameye rekabete engel olan hükümler koyması ya da bu yönde yorumlar yapılması olarak gösterilmektedir[343].

---

[341] Klaus GROTH, Hans Ulrich SCHWARZMANN, **Das neue Vergaberecht**, **Band 1**, Forum Verlag, 2009, Berlin und Düsseldorf, T. 4.7.5 , s. 1.
[342] UZ, Kamu İhale Hukuku, s. 227.
[343] Bkz. UZ, Kamu İhale Hukuku, s. 228.

Blomberg'e göre, teknik özelliklerin ya da terimlerin bir ürün ya da firmayı kayırmak suretiyle rekabeti önlemeye yönelik olması kamu alımlarındaki kritik noktalardan birini oluşturmaktadır[344]. Kutlu, da, Kamu İhale Kurumu'nun kurulmasından önce yazmış olduğu eserinde, şartnamelerin hazırlanması gibi ihale sürecinin temel noktaları için uzmanlaşmış bir kurumun varlığının gerekli olduğuna işaret etmektedir[345] Bu noktada belirtilmesi gereken diğer bir durum, şartnamenin de içinde bulunduğu ihale dokümanının üst hukuk normları ile uyum içinde olması ve kendi içinde de çatışmaması gerektiğidir[346].

İhale sürecinde şartnamenin önemini Uz şu şekilde ifade etmektedir: *"Nitekim 2886 sayılı Kanun döneminde eleştiri konusu yapılan konuların başında, şartnamelerde yer alması gereken kriterler gelmekteydi. Yani ihalelerde ortaya çıkabilecek usulsüzlüklerin temelinde, şartnameler ve içerdiği kriterler gelmekteydi"*[347].

İhale dökümanında eksiklik bulunması, içerik ve sözleşmenin ifasında sorunlar gibi, tazminat taleplerine de sebebiyet vermektedir. Eksik şartname ile kastedilen, tam olmayan bir şartnamedir. Bu kavrama yetersiz tanımlamalar, yanlış bildirimler ya da belirsizlik yaratan olayların çok sayıda yer alması altlanabilir. Çok detaylı ve özele inilerek düzenlenmiş bir şartname de bu kategoride yer alabilir. Kısacası şartname talep edilen ve sunulacak hizmeti mümkün olduğu, ancak gerektiği kadar tanımlamalı, başka bir ifade ile gerektiği kadar detaylı olmalıdır[348].

Şartname ihale verenin istekliden taleplerini; işin özellikleri, yapılma şekli gibi özelliklerini belirterek şüpheye yer vermeyecek şekilde açıklamalıdır. Başka bir ifade ile şartname açık ve etraflı olmalıdır. Bu açıklık,

---

344 BLOMBERG, a.g.m., s. 3.
345 KUTLU, a.g.e, s. 217.
346 Aynı yönde bkz. TAŞDELEN, a.g.e., s. 87.
347 UZ, Kamu İhale Hukuku, s. 227.
348 PRIESS, I, s. 21

bütün isteklilerin şartnameden aynı şeyi anlamalarına izin verecek ve istenenleri karşılaştırabileceği düzeyde olmasıdır[349].

Şartname için aranan özelliklerin bu derece fazla olması, GWB'nin 97 ve devamı maddelerinin de temel amacı olan, rekabet-şeffaflık ve eşit muamelenin sağlanması hedefi ile açıklanabilir. Anlaşılabilir ve şeffaf olmayan şartname, sadece şeffaflık ilkesine değil, bilakis eşit muamele ilkesine de aykırılık teşkil eder. İhale şartnamesinin açık ve anlaşılır biçimde düzenlenmesi yani belirtilen kurallara uyulması istekli açısından hatasız ve güvenli bir fiyat bildiriminde bulunma imkânı tanırken, ihale veren açısından da tekliflerin kıyaslanabilmesine imkân tanır [350]. Şartnamenin istenen detayda ve açıklıkta olup olmadığının belirlenmesinde ise, ihaleye çıkılan iş alanı ve bu konuda bilgili olan ortalama istekli belirleyici olmaktadır[351].

Groth ve Schwarzmann'a göre şartnamenin taşıması gereken özelliklerden açık olma(eindeutig) ile kastedilen, zaten belli bir içeriğe sahip olan kavramlarla tanımlama yapılmasıdır. Kullanılan kavramların fazla anlam taşıması, özellikle de iki anlam bulunması halinde iki anlamlılık (doppeldeutigkeit)tan bahsedilebiecektir[352]. Yazara göre, ancak açık bir şartname ile, sözleşmenin ilerleyen aşamalarında yorum sorunu ya da hukuki uyuşmazlıklardan kaçınılması mümkündür[353].

İhale dökümanının ihale sürecinin belirleyici parçası olmasının bir göstergesi, Kamu İhale Kanunu'nun 29. maddesinde, tekliflerin hazırlanması sırasında ihale dökümanında anlaşılamayan durumlar olması halinde, son teklif verilmesinden 20 gün öncesine kadar idareden açıklama isteme hakkının istekliye tanınmasıdır. Bu talep üzerine idare, uygun görülmesi halinde açılamayı ihale dökümanını alan tüm girişimcilere yazılı olarak göndermek zorundadır. Ancak burada, idare için açıklama yapma

---

[349] PRIESS, I, s. 22.
[350] PRIESS, I, s. 22.
[351] Elke BISCHOF , "Die Leistungsbeschreibung im Vergaberecht", **IT Berater**, 2010/8, s. 193.
[352] GTOTH-SCHWARZMANN, B.1, T. 4.7.5., s. 3.
[353] GROTH- SCHWARZMANN, B.1, T. 4.7.5., s. 4.

zorunluluğunun idarenin uygun bulması koşuluna bağlanması eleştiriye açıktır. İdarenin net olarak gördüğü bir durum, istekli bakımından teklif hazırlama bakımından yeterli olmayabilecektir. Uygulamadaki şartnamelerin sorunlu noktaları dikkate alındığında, idarenin pek çok kez açıklama yapma yükümünden kaçma tavrı içinde olması muhtemel görünmektedir.

İhalenin türünün, konusunun ya da hizmetin ne şekilde yapılacağının belirtilmesi, daha sonra ortaya çıkacak olan sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükler üzerinde büyük öneme sahiptir. Kuşkusuz sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükler, sözleşme metninde belirlenmişlerdir, ancak sözleşmede çelişkilerin bulunması halinde, özel ya da ek sözleşme koşulları, genel kurallar gibi şartname de, (açıkça sözleşmeye dahil edilmedikleri durumlarda), sorunun giderilmesinde büyük öneme sahiptir[354]. Mandelkow'a göre, ihale sürecindeki hiçbir faktör, sözleşmenin yürütülmesi bakımından, şartname kadar önem taşımamaktadır[355].

Bischof da, medeni hukuk anlamında sözleşmedeki yükümlülüklerin yerine getirilip getirilmediğinin saptanmasında, şartnamenin belirleyici olduğuna işaret etmektedir ve tarafların her ikisine de bu gerçeğin daha fazla özen gösterme zorunluluğu getirdiğine dikkat çekmektedir[356]. İhale konusu edimin BGB'nin 434[357] ve bağlantılı olarak 634. maddesi anlamında, eksik yerine getirilip getirilmediğini ve tazminatın söz konusu olup olmayacağını saptamada belirleyici olan, şartnamedir[358].

Şartnamenin ihale süreci bakımından önemini gösteren bir diğer düzenleme, tip sözleşmelerin "Sözleşmelerin Ekleri" başlıklı 8. maddesidir.

---

354 DRÜGEMÖLLER, a.g.e., s. 238.

355 Dieter MANDELKOW, "Qualizifierte Leistungsbeschreibung als wesentliches Element des Bauvertrages", **BauR**, 1996/1, s. 31.

356 BISCHOF, a.g.m., s. ,193.

357 BGB m. 434/1: Sözleşme konusu iş risk transferi konusunda anlaşılan koşulları taşımakta ise, eksiksiz olarak teslimin gerçekleştiğinden bahsedilebilir. BGB m. 634: Anlaşılan işte eksiklikler bulunması halinde akdin karşı tarafının eksiklerin tamamlanması, işi kendi tamamlayarak buna ilişkin masrafların tazmini talebi, sözleşmeden dönme, tazminat talebi ya da boşa yapılan masrafları talep etme hakkı bulunmaktadır.

358 Elke BISCHOF, Kernelement jeder Vergabe von IT Leistungen, **Krankenhaus IT Journal**, 2007/, 1, s. 65-66.

Anılan düzenlemenin 1. fıkrası uyarınca "*İhale dokümanı, sözleşmenin eki ve ayrılmaz parçası olup, idareyi ve yükleniciyi bağlar. Ancak, sözleşme hükümleri ile ihale dokümanını oluşturan belgelerdeki hükümler arasında çelişki ya da farklılık olması halinde, ihale dokümanında yer alan hükümler esas alınır".*

VIII. ŞARTNAMENİN TAŞIMASI GEREKEN ÖZELLİKLER

Şartnamede söz konusu olabilecek hukuka aykırılıklar, ihale mevzuatında yer alan kurallara aykırılıktan kaynaklandığı için, Türk ve Alman ihale mevzuatı uyarınca şartnamenin taşıması gereken özelliklerin detaylı şekilde ele alınması gerekmektedir.

A. Türk İhale Hukuku Sisteminde Şartnamenin Özellikleri

Şartnamenin taşıması gereken özelliklere değinmeden önce, Kamu İhale Kanunu'nun 12. maddesinde yer alan, idarelerce, idari ve teknik şartname hazırlanması zorunluluğuna rağmen, şartname hazırlanmadan ihaleye çıkılıp çıkılamayacağına değinilmelidir. Kamu İhale Kurulu, bir kararında idari şartname ve standart formların bulunmadığı bir ihalenin sonuçlandırılmasının mümkün olmadığından bahsetmektedir: "*İhalenin esasını teşkil eden, yeterlik kriterlerini ve ihaleye katılımın bütün koşullarının düzenlendiği idari şartname ve standart formlar hazırlanmadan ihaleye çıkılması ve sonuçlandırılması imkânsız bulunmaktadır. Katılım ve yeterlik koşulları belirlenmediği için teklif veren isteklinin teklifinin geçerli ve yeterli olup olmadığını tespit etme imkânı olmayan, ihale için ayrıca değerlendirme yapılmasına gerek olmamakla birlikte, idari şartname olmadan mevzuata aykırı olarak düzenlenen ihale ilanında belirlenen kriterlere göre yapılan incelemede de; … 4734 sayılı Kanunun 01.01.2003 tarihinde yürürlüğe girdiği, ihale tarihi olan 22.10.2004 tarihi itibariyle iki seneye yakın bir uygulama yapıldığı dikkate alındığında, ihalede görev alanların idari şartname hazırlamadan nasıl ihaleye çıkıp, ihaleyi sonuçlandırdıkları*

anlaşılamamıştır…Mevzuata aykırı olduğu belirtilen ihale işlemlerinin değerlendirilmek ve bu aykırılıkların gerçekleşmesinde sorumluluğu olanlar hakkında gerekiyorsa inceleme ve/veya soruşturma başlatılamak üzere konunun ….Bakanlığına bildirilmesine, easasta oy birliği, gerekçede oy çokuğu ile karar verildi" [359].

Diğer ihale dökümanlarında olduğu gibi, şartnamelerin öncelikle kanun ve diğer düzenleyici işlemlere uygun bir şekilde hazırlanması gerekmektedir[360]. Taşdelen'in de belirttiği üzere, ihalede hukuki dayanaklar arasında uyumsuzluk olması rekabeti olumsuz şekilde etkilemekte ve nihayetinde ihale sürecine ilişkin pek çok hukuki sorunu beraberinde getirmektedir[361]. Başka bir ifade ile, kanun ve düzenleyici işlemlere aykırı olarak hazırlanan şartnameye dayanan sözleşme de, hukuka aykırı olacaktır. Kamu İhale Kanunu'nun 27. maddesinin 2. fıkrasında idari şartnamenin taşıması gereken özellikler teker teker sayılmıştır O halde bu koşulları taşımayan bir idari şartnamenin hukuka uygun olmayacağı ve ileriki aşamalarda çeşitli sorunlar yaratacağı açıktır. Bu noktada belirtilmesi gereken, şartnamenin tip şartnameye uygun hazırlanması gerektiğidir[362]. Çünkü tip şartnamelere bakıldığında, bunların zaten kanun ve diğer düzenleyici işlemler ile paralellik arz ettikleri görülmektedir. Tip şartnamenin bu özelliği, tip şartnameye aykırılıların aynı zamanda kanun ve düzenleyici işlemlere aykırılığı da beraberinde getireceğidir. Kamu İhale Kurulu bir kararında, tip şartnamenin ilgili maddesinin dip notunda alternatif teklif söz konusu olacaksa belirtilmesi gerektiğinin ifade edilmesi ve bu halin ayrıca

---

[359] KİK, 24.11.2006, 2006/UM.Z-2873, www.kik.gov.tr, 22.09.2010. 26560 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2007 tarihli, Eski İdari Başvurular Hakkındaki Yönetmelik madde 25/2: "Ayrıca Kurul tarafından gerekli görüldüğü takdirde, tespit edilen aykırılıklara ilişkin olarak idari ve/veya cezai yönleriyle gereği yapılmak üzere ilgili idarelere bildirilmesine ve/veya yetkili Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulmasına karar verilir". Benzer düzenleme 27099 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2009 tarihli yönetmeliğin 21. maddesinin 3. fıkrasında yer almaktadır.

[360] TAŞDELEN, a.g.e., s. 92.

[361] TAŞDELEN, a.g.e., s. 92.

[362] Teknik şartname ilgili idarenin kendisi tarafından hazırlanırken, idari şartname, Kamu İhale Kanunu'nun 53. maddesi uyarınca, seçilen ihale türüne göre Kamu İhale Kurulunca hazırlanan tip idari şartnameye uygun olarak hazırlanmak zorundadır. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 8. maddesi uyarınca, Bakanlar Kurulu, tip şartnamelerin genel ve ortak esaslarını belirlemeye yetkilidir.

4734 sayılı Kanun'un 27. maddesinde de belirtilmesine rağmen, bu konuda şartnamede bir açıklama bulunmamasına rağmen alternatif tekliflerin değerlendirmeye alınmasını ihale işlemlerinin iptali sebebi olarak görmüştür[363].

4734 sayılı Kanun'un 12. maddesinde şartnamelerde bulunması gereken hususlar sayılmaktadır. Teknik şartnamelerde bulunması gereken özelliklere ise, Kamu İhale Kanunu yanısıra Mal, Hizmet Alımı ve Yapım İşleri Uygulama Yönetmeliklerinde yer verilmektedir. Teknik şartnamelerde bulunması gereken bu özellikler, ihalede rekabet koşullarını en iyi şekilde sağlamak amacı ile öngörülmektedirler. Danıştay bir kararında bu gerçeği açıkça ifade etmektedir: "*Kamu hizmetinin en iyi biçimde yürütülebilmesi amacıyla, idarelerin mal ve hizmet alımı için yapılan ihalelerde, alımı öngörülen mal veya hizmetin teknik özelliklerinin açık ve kuşkuya yer bırakmayacak şekilde teknik şartnamede belirlenmesi gerekir. Teknik şartnamede bulunması gereken bu açıklık ve belirginlik, rekabet koşullarının tam olarak oluşması ve kamu yararının gereğidir"*[364].

Gerçekten de, teknik şartnameler hazırlanırken, getirilen düzenlemelerin rekabeti engelleyip engellemediğine dikkat edilmesi gerekmektedir. Mevzuatta belirtilen koşulları taşımayan bir teknik şartname hukuka uygun sayılamayacaktır. Teknik şartnamedeki belirlemeler aynı zamanda, ihaleye katılacak olanlara iş konusunda bilgilenme ve hazırlık yapma imkânını tanımaktadır.

Kamu İhale Kurulu bir kararında, teknik şartnamede belirli bir kumaş markasının belirtilmiş olmasını 4734 sayılı Kanun'un 12. maddesine açık aykırılık olarak değerlendirmiştir ve bu aykırılığın düzeltici işlemle giderilemeyecek nitelikte olduğu fikrindedir: *"4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 'Şartnameler' başlıklı 12 nci maddesinde "…İhale konusu mal*

---

[363] KİK, 28.08.2003, UK-Z-372, www.kik.gov.tr, 22.09.2010. Kurul bir kararında da, tip sözleşmeye aykırı sözleşme düzenlenmesinin açıkça hukuka aykırı olduğundan bahsetmektedir. KİK, 07.03.2003, UK-Z-311, RG. 20.03.2003, 25205.

[364] D10D, 18.04.1995, E. 1994/7750, K. 1995/2059, DBB, 20.09.2009.

veya hizmet alımları ile yapım işlerinin teknik kriterlerine ihale dokümanının bir parçası olan teknik şartnamelerde yer verilir. Belirlenecek teknik kriterler, verimliliği ve fonksiyonelliği sağlamaya yönelik olacak, rekabeti engelleyici hususlar içermeyecek ve bütün istekliler için fırsat eşitliği sağlayacaktır. Teknik şartnamelerde, varsa ulusal ve/veya uluslararası teknik standartlara uygunluğu sağlamaya yönelik düzenlemeler de yapılır. Bu şartnamelerde teknik özelliklere ve tanımlamalara yer verilir. Belli bir marka, model, patent, menşei, kaynak veya ürün belirtilemez ve belirli bir marka veya modele yönelik özellik ve tanımlamalara yer verilmeyecektir. Ancak, ulusal ve/veya uluslararası teknik standartların bulunmaması veya teknik özelliklerin belirlenmesinin mümkün olmaması hallerinde "veya dengi" ifadesine yer verilmek şartıyla marka veya model belirtilebilir." hükmü yer almaktadır. İhaleye ait teknik şartnamede, takım elbise ve ekoseli etek kumaşı için bir kumaş markasının belirtilmesi 4734 sayılı Kanunun 12 nci maddesine aykırı bir düzenlemedir. Bu sebeple başvuru sahibinin söz konusu iddiası yerinde bulunmuştur"[365].

Kamu İhale Kurulu 2009 tarihli bir kararında da, teknik şartnamede belli model ya da marka işaret edilmesinin Kamu İhale Kanunu'nun 12. maddesine açık aykırılık olduğunu ifade etmektedir: *"4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 12 nci maddesinde "ihale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin teknik kriterlerine ihale dokümanının bir parçası olan teknik şartnamelerde yer verilir. Belirlenecek teknik kriterler, verimliliği ve fonksiyonelliği sağlamaya yönelik olacak, rekabeti engelleyici hususlar içermeyecek ve bütün istekliler için fırsat eşitliği sağlayacaktır. Teknik şartnamelerde, varsa ulusal ve/veya uluslararası teknik standartlara uygunluğu sağlamaya yönelik düzenlemeler de yapılır. Bu şartnamelerde*

[365] KİK, 27.01.2004, UK-Z-90, RG. 25394. Söz konusu kararda başvuru sahibinin iddialarının yerinde görüldüğü, ihale işlem dosyasında tespit edilen mevzuata aykırılıkların ihale sürecinin devam etmesine engel oluşturacak ve düzeltici işlemle giderilemeyecek nitelikte bulunduğu ancak iddiaların incelenmesi kapsamında yapılan inceleme sonucunda ihale kararı ve işlemlerinin iptaline kararı verilemeyeceğinden ihalede tespit edilen mevzuata aykırı ihale işlemlerinin değerlendirilmek ve gerekiyorsa inceleme ve/veya soruşturma yapılmak üzere konunun idarenin bağlı olduğu Milli Eğitim Bakanlığına bildirilmesine karar verilmesinin uygun olacağı, hususlarına yer verilmiştir.

teknik özelliklere ve tanımlamalara yer verilir. Belli bir marka, model, patent, menşei, kaynak veya ürün belirtilemez ve belirli bir marka veya modele yönelik özellik ve tanımlamalara yer verilmeyecektir." hükmü yer almaktadır. İdarenin hazırlamış olduğu teknik şartname, belli bir ürünü işaret edecek tarzda hazırlandığından, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 12 nci maddesine aykırılık taşımaktadır. Açıklanan nedenlerle; Tespit edilen aykırılıkların 4734 sayılı Kanunun 56 ncı maddesinin 2 nci fıkrasının (b) bendi gereğince düzeltici işlemle giderilemeyecek nitelikte olduğu anlaşıldığından, ihale kararı ve işlemlerinin iptali gerekmekte ise de, iddiaların incelenmesi kapsamında incelenen ihale işlemleri ile ilgili olarak iptal kararı verilmesi veya düzeltici işlem tesisi mümkün bulunmadığından, mevzuata aykırılıkların incelenmek ve/veya gerekiyorsa idari soruşturma yapılmak üzere konunun idarenin bağlı bulunduğu Sağlık Bakanlığı'na bildirilmesine"[366].

Kurul bir kararında yine, teknik şartnamede belli bir marka ya da model belirtilmesinin kanuna aykırı olduğu konusunda değerlendirme yapmaktadır: *"…yapılan incelemede yer verilen teknik görüşte; teknik şartnamede yapılan düzenlemenin belli sentetik yapıda marka/model membran türlerini işaret ettiği ve ilgili mevzuatına uygun olarak piyasaya sunulan başka sentetik yapıda marka/model ürünlerin teklif edilmesine engel teşkil ettiği belirtilmiştir. Bu çerçevede teknik şartnamede yapılan düzenlemenin belli marka/model türlerini işaret edecek şekilde yapıldığı, bunun ise 4734 sayılı Kanunun 12 nci maddesine aykırı olduğu anlaşıldığından ihale işlemleri ve ihale kararının iptal edilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır"*[367].

Teknik şartname noktasında ele alınması gereken bir diğer konu, Kamu İhale Kurulu kararlarında da söz konusu edilen, teknik şartname hazırlamadan ihale yapılıp yapılamayacağıdır. Daha önceki dönemde, Mal ve Hizmet Alımları Yönetmelilerinin ilgili maddelerinde teknik şartnamenin

[366] KİK, 09.03.2004, UK-Z-319, www.kik.gov.tr, 21.09.2010., aynı yönde bkz. KİK, 23.03.2009, 2009/UH.I-1168, Nakleden: Volkan SIRABAŞI, İrfan YILMAZ , **Kamu İhale Mevzuatı**, Adalet Yayınevi, 2009, Ankara, s. 696.

[367] KİK, 02.03.2009, UM.III-996, www.kik.gov.tr, 21.09.2010.

gerekli görülmesi halinde hazırlanabileceği ifade edilmekte idi, oysa o dönemde de Kamu İhale Kanunu'nun 12. maddesindeki ifadeden, teknik şartnamenin zorunlu olduğu sonucuna varılabilmek mümkün idi. Aynı Kanun'un 27. maddesindeki ifade de bizi aynı sonuca götürmekte idi. Anayasa'nın 124. maddesi uyarınca kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını göstermek üzere çıkarılacak düzenlemelerden olan yönetmelikler, normlar hiyerarşisinde kendinden üst basamakta yer alan düzenlemelere aykırı düzenleme getiremez. Kamu İhale Kurulu, o dönem verdiği kararlarında, mal alımı ihalelerinde teknik şartname hazırlanmayabileceği sonucuna varmakta idi[368]. Kanundaki bu ifadeye rağmen, bu şekilde bir sonuca varmak hukuken pek de mümkün görünmemekte idi. Daha sonra, bu çelişkiye son verilerek, ilgili yönetmeliklerin teknik şartnameye ilişkin maddeleri, Kamu İhale Kanunu ile uyumlu hale getirilmişlerdir.

Kamu İhale Kurulu başka bir kararında yine teknik şartnamenin içeriğinin ne şekilde olması gerektiğine ilişkin değerlendirme yapmaktadır: "*4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 12 nci maddesinde "ihale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin teknik kriterlerine ihale dokümanının bir parçası olan teknik şartnamelerde yer verilir. Belirlenecek teknik kriterler, verimliliği ve fonksiyonelliği sağlamaya yönelik olacak, rekabeti engelleyici hususlar içermeyecek ve bütün istekliler için fırsat eşitliği sağlayacaktır. Teknik şartnamelerde, varsa ulusal ve/veya uluslararası teknik standartlara uygunluğu sağlamaya yönelik düzenlemeler de yapılır. Bu şartnamelerde teknik özelliklere ve tanımlamalara yer verilir. Belli bir marka, model, patent, menşei, kaynak veya ürün belirtilemez ve belirli bir marka veya modele yönelik özellik ve tanımlamalara yer verilmeyecektir." hükmü yer almaktadır. İdarenin hazırlamış olduğu teknik şartname, belli bir ürünü işaret edecek tarzda hazırlandığından, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 12 nci maddesine aykırılık taşımaktadır. Açıklanan nedenlerle; Tespit edilen aykırılıkların 4734 sayılı Kanunun 56 ncı maddesinin 2 nci fıkrasının (b) bendi*

[368] KİK, 10.11.2003, UK-Z-680, www.kik.gov.tr, 21.09.2010. Oysa Kurul mal alımına ilişkin olarak aynı yıl vermiş olduğu başka bir kararında teknik şartname hazırlanmamasını hukuka aykırılık olarak nitelendirmektedir. KİK, 07.03.2003, 2003/UK-Z-311, RG. 25205.

gereğince düzeltici işlemle giderilemeyecek nitelikte olduğu anlaşıldığından, ihale kararı ve işlemlerinin iptali gerekmekte ise de, iddiaların incelenmesi kapsamında incelenen ihale işlemleri ile ilgili olarak iptal kararı verilmesi veya düzeltici işlem tesisi mümkün bulunmadığından, Mevzuata aykırılıkların incelenmek ve/veya gerekiyorsa idari soruşturma yapılmak üzere konunun idarenin bağlı bulunduğu Sağlık Bakanlığı'na bildirilmesine, oybirliğiyle karar verildi[369]*.*

Danıştay teknik şartname konusunda bir kararında, şartnamede belli mal ya da markaya işaret edilmesinin ihalenin iptaline sebep olacağı yönündeki Kurul kararını yerinde bulmuştur: *"…Müdürlüğü tarafından yapılan …ihalesinin iptaline ilişkin Kamu İhale Kurulunun ….sayılı kararının iptali istemiyla açılan davada, İdare Mahkemesince; davacı tarafından hazırlanan teknik şartname ve eklerinin davalı Kurum tarafından….Üniversitesi Rektörlüğü'ne gönderilerek, teknik şartnamedeki düzenlemelerin teklif vermeye engel bir durum oluşturduğuna ilişkin şikayetçi iddialarının değerlendirilmesinin istenilmesi üzerine anılan Rektörlük tarafından düzenlettirilen raporda, 4734 sayılı Kanunu'un 12. maddesindeki hükme aykırı olarak bazı parçalar için marka belirtildiği, şartnamede yer alan açıklamalardan ihalenin anahtar teslimi olduğu sonucuna varıldığından imalatlar için yapılan açıklamların o işe teklif verebilmek için yeterli olmadığı; ayrıntılı detay ve bilgiler bulunmadığı, çizimlerin ve verilen bilgilerin fiyat tespiti için yeterli olmadığını tespit edldiği, pvc doğrama imalatları ile ilgili elde edilen bilgilerden, setek sacı ve EPDM contası ilgili iddialrında şikayetçilerin haklı olduğu yönünde görüş belirtildiğiinden davalı idarece, teknik şartnamenin teklif vermeye yeterli olarak düzenlenmediği sonucuna varılarak davaya konu Kurul kararı ile 4734 sayılı Kanunuun 56. Maddesi (b) bendi gereğince, ihale işlemlerinin ve ihale kararının iptaline karar verildiğinin*

[369] KİK, 09.03.2004, UK-Z.319, www.kik.gov.tr, 21.09.2010.

anlaşıldığı,…..davanın, yukarıdaki gerekçeyle reddi yolundaki temyize konu Ankara… İdare Mahkemesinin….onanmasına"[370].

Danıştay teknik şartnamede rekabetin oluşmadığı gerekçesiyle yapılan itirazen şikayet başvurusunun Kamu İhale Kurulu tarafından reddine ilişkin kararı iptal eden İdare Mahkemesi kararını onarken bu konuda saptamalarda bulunmaktadır: *"…idare tarafından teklif fiyatlarının değerlendirilmesine ilişkin %60 ve %40 oranları ile ağırlıklı katkı puanlarının belirtidiği, ancak nispi ağırlıklar olarak belirlenen fiyat dışı unsurların hesaplama ve değerlendirmeye alınmasına ilişkin usul ve esasların ihale dökümanında belirtilmediği, bu durumun teklif verecek firmalar açısından belirsizlik teşkil ettiği, bunun yanı sıra ihale dökümanında belirlenen kriterlerin belli bir firmaya ait sistemi işaret edip etmediği ve rekabeti engelleyecek bir nitelik taşıyıp taşımadığı konusunda… aynı öğretim üyeleri tarafından birbiri ile çelişen iki farklı görüşün de bulunduğunun görüldüğü, bu durumda, davaya konu ihalenin ve ihale dökümanlarının ihalelerdeki rekabeti ve açıklığı engelleyici nitelikte ve temel ilkelere aykırı olduğu sonucuna varıldığından, 4734 sayılı Yasa'nın 56/b maddesi uyarınca ihale işlemlerinin iptali gerekirken, itirazen şikayet başvurusunun reddi yönündeki Kamu İhale Kurulu kararında hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiş… anılan mahkeme kararının onanmasına"[371].*

Teknik ve idari şartnameler konusunda değinilebilecek bir durum da, idari ve teknik şartnamede aynı konuda farklı hükümler yer alması halinde hangisine öncelik verilmesi gerektiğidir. Kamu İhale Kurulu yeni tarihli bir kararında ihale dökümanları arasında bu şekilde bir çelişki ya da farklılık

---

[370] D13D, 18.03.2008, E. 2007/13598, K. 2008/3253, Nakleden: SIRABAŞI- YILMAZ, a.g.e., s. 506-507.

[371] D13D, 02.12.2008, E. 2006/4691, K. 2008/7596,(Yayımlanmamış Karar). Danıştay, teknik şartnamede belli bir kaynağa işaret edilmesi ve rekabeti ve katılımı engelleyici hükümler bulunması sebebiyle ihale kararının ve işlemlerini iptaline ilişkin Kamu İhale Kurulu kararını hukuka uygun bulan İdare Mahkemesi kararını oybirliği ile onamıştır. D13D, 30.06.2010, E. 2007/14417, K. 2010/5529(Yayımlanmamış Karar). Aynı yönde bkz. D13D, 14.05.2009, E. 2008/1380, K. 2009/5326(Yayımlanmamış Karar).

yaşanması halinde, tip sözleşmede bu konuda yer alan belirlemenin dikkate alınması gerektiği fikrindedir[372].

Kamu İhale Kurulu bir diğer kararında, süre konusunda idari ve teknik şartnamede farklı düzenlemeler yer almasını ve idari şartnamenin yeterince açık olarak hazırlanmamasını teklif için hazırlık yapmaya engel nitelikte değerlendirmiş ve bu aykırılıkları ihalenin iptaline sebep olabilecek ağırlıkta görmüştür: *"İncelemeye konu ihalede, işin süresi ile ilgili olarak idari şartname ve teknik şartname arasında farklı düzenlemeler bulunmakta olup, özellikle idari şartnamede işin başlama süresi konusunda belirsiz bir düzenleme yapılmıştır. Başvuru konusu ihalenin 06.01.2009 tarihinde yapılacağı hususu da dikkate alındığında teknik şartnamede belirtildiği gibi işin 01.01.2009 tarihinde başlamasının ve işin süresinin 12 ay olmasının mümkün bulunmadığı anlaşılmıştır. Bu haliyle, ihale konusu işin süresi ile ilgili olarak idarece düzenlenen ihale dokümanında teklif hazırlanmasını etkileyecek çelişkiler olduğu göz önüne alındığında başvuru sahibinin iddiaları yerinde görülmüştür… Sonuç olarak, yukarıda mevzuata aykırılıkları belirtilen işlemlerin düzeltici işlemle giderilemeyecek nitelikte işlemler olduğu tespit edildiğinden, ihalenin iptali gerekmektedir"*[373].

---

[372] KİK, 04.02.2008, UY-Z-610, www.kik.gov.tr, 21.09.2010: *"İdarenin işin süresi ile gecikme cezası oranına ilişkin belirlemesinin mevzuata uygun olduğu ve idari şartnamenin 49 uncu ve 53 üncü maddelerinde de belirtildiği, ancak söz konusu düzenleme ile hava koşulları dolayısıyla ek süre verilmesi halinde dahi işin en geç 15.04.2008 tarihinde bitirileceğinin, aksi takdirde yükleniciye günlük para cezası kesileceğinin belirtilmesinin, ihalelere ilişkin şikayet süreci de dikkate alındığında işin başlangıç tarihinin dahi kesin olarak belirlenemediği ve sözleşmenin uygulanması aşamasında sözleşme hükümleri uyarınca yüklenicinin ek süreye hak kazanması halinde bile belirtilen tarihten sonra işin bitmesi durumunda günlük gecikme cezasına maruz kalabileceği şeklinde de yorumlanabileceği dikkate alındığında, bu durumun sözleşmenin uygulanması aşamasında ihtilafa neden olabilecek bir husus olabileceği değerlendirilmekle birlikte, ihale dokümanını oluşturan belgeler arasındaki öncelik sıralamasını belirleyen Tip Sözleşmenin 9.2 nci maddesi uyarınca teknik şartname ile idari şartname arasında çelişki ya da farklılık olması halinde idari şartname hükmünün geçerli sayılması gerektiğinden, idarenin düzenlemesinin rekabeti engelleyen bir sonuç doğurmayacağından başvuru sahibinin iddiası yerinde bulunmamıştır".*

[373] KİK, 23.02.2009, 2009-UH.II-878, www.kik.gov.tr, 21.09.2010. Kurul, başka bir kararında ilanda isteklilerce teklif edilen bedelin %50 si oranında tek sözleşmeye ilişkin iş deneyim belgesi istenirken, idari şartnamede bir düzenleme yapılmamasının mevzuata aykırı olduğu yönünde karar vermiştir. KİK, 12.09.2005, UY. Z-1740, Nakleden: Harun Hakan BAŞ- Yücel Edat SEYHAN, **Yargı ve Kurul Kararları Işığında 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve İlgili Mevzuat,** Beta Yayınları, 2008, İstanbul, s. 263-264.

Şartnamelerin mevzuata uygunluğu konusunda değinilmesi gereken diğer bir nokta da, tip şartnamelerde boş bırakılan ve doldurulması idarenin takdir yetkisine bırakılan yerlerin ne şekilde doldurulması gerektiğidir. Mal alımı, hizmet alımı ve yapım işleri uygulama yönetmeliklerinde, tip şartnamelerde boş bırakılan yerlerin ilgili mevzuat dikkate alınarak doldurulması gereğinden bahsedilmektedir. Bu noktada, şartnamelerin ilgili oldukları düzenlemelere aykırı doldurmalarının, hukuka aykırılık teşkil edeceği açıktır. *"Kamu İhale Kurumu tarafından belirlenmiş olan hükümler idare ve istekli bakımından bağlayıcı olan hükümlerdir. O halde idare mesela belli istekliler arasında ihale usulünü seçmişse Kamu İhale Kurumu tarafından hazırlanan tip idari şartnameyi esas alacak ve boş bırakılan yerleri emredici hükümlere aykırı olmamak üzere dolduracaktır; idarelerin bu hükümleri değiştirmesi mümkün değildir"*[374].

İdarece takdir yetkisinin hukuka aykırı kullanımı sonucu getirilen hükmün şartname bütünü ile değerlendirildiğinde durumunun ne olacağı ayrıca değerlendirilmelidir. Başka bir ifade ile, hukuka aykırılığın doğuracağı sonuç belirlenmelidir. Bu sorunun cevaplanmasında dikkate alınması gereken, bu aykırılığın hangi aşamada tespit edildiği ve ihale süreci üzerindeki etki derecesidir. Kamu İhale Kanunu çerçevesinde itiraz ve itirazen şikayet mekanizmaları bağlamında, sahip olunan yetkiler düşünüldüğünde bu noktada yapılması gereken, bulunulan aşamada hukuka aykırılığın giderilip giderilemeyeceği ve bu hukuka aykırılığın şartnamenin bütünü bakımından etki derecesinin değerlendirilmesi olmalıdır. Şayet hukuka aykırı hüküm, şartnamenin tamamı ve ihale süreci üzerinde giderilemeyecek etki yaratmıyorsa ve yorum yoluyla aşılabilecek bir nitelik taşıyorsa, idarece ya da sonraki aşamada Kurul tarafından, hukuka aykırılığın giderilmesi yönünde karar alınabilmesi; hükmün şartnamenin tamamı ve ihale süreci üzerinde giderilemez derecede etkili olması halinde ise, şartnamenin yine bir bütün olarak ele alınarak, sonuca varılması beklenmelidir. Sözleşmenin akdedilmesinden önceki aşamada, bu aykırılığın

[374] AKYILMAZ- SEZGİNER- KAYA, a.g.e., s. 443.

gerek düzeltici işlemle giderilmesi, gerekse ihalenin iptali şeklinde çözümü daha mümkün iken, bu aykırılıkların sözleşmenin akdinden sonra ortaya çıkması ya da Kanunda öngörülen şikayet ya da itirazen şikayet yollarına ilişkin karar süreleri beklenilmeden sözleşme imzalanması hallerinde sorun daha karmaşık bir hal almaktadır. Özellikle, Kurul'un mevzuatta öngörülen sürelere uyulmadan imzalanan sözleşmelerde, daha sonra iptal kararı verilmesi halinde sorun büyümektedir.

İşte bu noktada, ihale sürecindeki hukuka aykırılıkların sözleşmeye etkisi gündeme gelmektedir. Daha sonra detayla ele alınacak bu konuya kısaca değinmek gerekirse, Kamu İhale Tebliği'nin 25.2. maddesi uyarınca, sürelere uyulmadan sözleşme imzalanması hallerinde Kurul tarafından verilen iptal kararı neticesinde, sözleşmenin tasfiyesi söz konusu olmakla beraber, burada hem sözleşme tarafı isteklinin hem de ihaleye katılan diğer isteklilerin çeşitli zararlarının doğma olasılığı bulunmaktadır. Sözleşme tarafı olan istekli bakımından, sözleşme ilişkisinde karşı taraf olan idarenin kusuruna dayanarak özel hukuk hükümlerine(tasfiye sırasında) dayanarak tazminat talep etme olasılığı söz konusu olabilecektir[375]. Bunun yanısıra, diğer istekliler bakımından bir seçenek olarak sözleşme öncesi kusurlu davranış(culpa in contrahendo-cic[376])tan kaynaklanan tazminat hakkı söz konusu olabilecektir. Cic[377] özel hukuk kaynaklı bir tazminat elde etme şekli

---

[375] "Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumlulukla, sözleşme sorumluluğu arasındaki sınırlamanın zorlukları, içlerinde sözleşmenin kurulmasından önce bir hatanın görüldüğü, ama etkisini ancak sözleşmenin kurulmasından sonra gösterdiği durumlardakendisini göstermektedir. Bu durumda sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk kuralları, sözleşme ilişkisinin gerisinde kalmakta ve sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun taliliği söz konusu olmaktadır". Süleyman YALMAN, **Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk**, Seçkin Yayınevi, 2006, Ankara, s. 67.

[376] Culpa in contrahendo bundan sonra "cic" şeklinde ifade edilecektir.

[377] Cic'ya dayanarak tazminat talep edebilmek için, sözleşme öncesi görüşme ilişkisinin kurulmuş olması, taraflardan birinin iyiniyet kurallarına aykırı biçimde, kasıt ya da ihmalle, karşı tarafa gerekli bilgileri vermemiş ya da gereken özeni göstermemiş olması ve tazminat talep edenin bu durumdan kaynaklanan bir zarara uğramış olması gerekmektedir. Görüşmenin sözleşme ile sonuçlanıp sonuçlanmaması bu noktada önem arz etmemektedir. Detaylı bilgi için bkz. Safa REİSOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, 2005, İstanbul, s. 297. Doktrinde ayrıca, Türk Borçlar Kanunu'nun 35. maddesinin(cic'nun özel bir şekli olduğu da ifade edilmektedir. Cem BAYGIN, "Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukuku'ndaki Uygulaması, http://archiv.jura.uni-saarland.de/turkish/CBaygin1.html, 01.11.2010. Türk Borçlar Kanunu, Yanılmada kusur, m. 35: Yanılan, yanılmasında kusurlu ise, sözleşmenin

olsa ve doktrinde kamu ihale sözleşmesi öncesinin kamu hukuku kurallarına tâbi olduğu kabul edilse de, Buz'un da ifade ettiği üzere bu durum, kamu ihale sözleşmesinin özel hukuk sözleşmesi olduğu niteliğini ortadan kaldırmaz. Bunun yanısıra, kamu ihale mevzuatında ya da genel olarak idare hukuku mevzuatında, cic'nun, idari yargı yöntemleri ile birlikte kullanılmasına engel bir hal bulunmamaktadır[378]. *"Daha sözleşme kurulmadan tarafların sözleşme görüşmelerini yaptıkları sırada, karşılıklı olarak birbirlerini koruma yükümlülükleri mevcuttur ve bu yükümlülüklere uymaları gerekir. Eğer, taraflar bu yükümlülüklerini kusurlu bir biçimde ihlal ederlerse, sözleşme görüşmelerindeki kusurlu davranıştan dolayı sorumluluk-culpa in conrahendo kavramı karşımıza çıkacaktır"*[379].

Mevzuatta öngörülen sürelere uyulmadan sözleşme imzalanan hallerde, daha sonra Kurul tarafından iptal kararı verilmediği hallerde(düzeltici işlem belirleme kararı), sözleşmenin akıbeti konusunda mevzuatta bir düzenleme bulunmamaktadır. Aksine bir belirleme olmadığına göre bu durumda, kabul edilmesi gereken sözleşmenin geçerliliğini korumasıdır[380]. İşte bu gibi durumlarda da, ihaleye katılan (sözleşmeye taraf olmayan) bakımından çeşitli zararlar ortaya çıkma ihtimali bulunmaktadır. Bu

---

hükümsüzlüğünden doğan zararı gidermekle yükümlüdür. Ancak, diğer taraf yanılmayı biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, tazminat istenemez. Hâkim, hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda, ifadan beklenen yararı aşmamak kaydıyla, daha fazla tazminata hükmedebilir. Sözleşme öncesi kusurlu davranıştan doğan sorumluluğu sözleşme ve haksız fiilden kaynaklı sorumluluktan ayıran özel şartlardan biri olan korunmaya değer güvenin ihlal koşulu, ihale sürecinde açıklma yükümünün ihlali olabilir. Bu kapsama, tarafların sözleşmenin içerik ve konusuna etki edebilecek hususların gizlenmesi girmektedir. Anılan özel şartların bir tanesi de, özenli şekilde bilgi verme yükümünün ihlali olabilir ki, bu kapsama da, sözleşmeye ilişkin objektif verilerin muhataba aktarılmaması girmektedir ve bu durum, tarafların birinin kusuruyla eksik ya da yanlış bilgi vermesi halini ifade etmektedir. Bkz. Huriye Reyhan DEMİRCİOĞLU, **Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk**, Yetkin Kitabevi, 2009, Ankara, s. 223, 231, 232. Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk kapsamında tazmin edilebilecek zararın daha çok, sözleşme öncesi ilişkide söz konusu olan haklı güvenin boşa çıkmasından doğan menfi zarar (maruz kalınan zarar) olduğu kabul edilmektedir. YALMAN, a.g.e., s. 86.

[378] BUZ, a.g.e., s. 158.

[379] Burcu KALKAN OĞUZTÜRK, **Güven Sorumluluğu**, Vedat Kitapçılık, 2008, İstanbul, s. 93.

[380] Kamu İhale Kurulu'nun düzeltici işlemle hukuka aykırılığın giderilebilmesi yönünde karar verdiği bu hallerde, şartname hükümlerinden sözleşmenin uygulanmasına yönelik olanların, kamu ihale sözleşmesinin akdi ile sözleşme hükmü haline gelmesinin kabulü halinde, şartnamede yapılacak düzenlemelerin başka bir hukuki boyutu da ortaya çıkmış olacaktır.

zararların, sözleşme öncesi kusurlu davranıştan kaynaklanan tazminat koşullarını taşıması halinde, bu yöntemle tazmini söz konusu olabilmelidir.

Şikayet ya da itirazen şikayet öncesi aşamada (her ne kadar hukuka uygunluk denetimi şikayet ya da itirazen şikayet aşamasında yapılsa da) idarenin işlemlerine tam yargı davası açılıp açılamayacağı konusu, tartışmalıdır. Bu konu daha sonra detaylı şekilde ele alınacak olmakla beraber, bu aşamada da bariz hukuka aykırılıklar bakımından ilgililerin "cic"dan yararlanması söz konusu olabilmelidir. Buz'un da haklı olarak ifade ettiği üzere, idare tarafından, Kurul tarafından verilen düzeltici işlem belirtme kararına göre, hukuka uygun işlem tesis etmeme olasılığı her zaman bulunmaktadır[381].

Kamu İhale Kurulu bir kararında, idari şartname hükmüne aykırı işlem yapmanın ihale sürecindeki etkisi konusuna ilişkin değerlendirme yapmaktadır: "*İdari Şartnamenin 22.1. maddesinde, "İhale konusu işe ilişkin kısmi teklif verilemez." hükmü yer almaktadır. Şartnamenin bu hükmüne rağmen Mikroson A.Ş. ilk teklifte ihalenin dört kalemine, ikinci ve son teklifte üç kalemine, Duyses Ltd. Şti. ise ilk ve son teklifte ihalenin dört kalemine teklif vererek kısmi teklifte bulunmuştur. 4734 sayılı Kanunun tekliflerin değerlendirilmesini düzenleyen 37 nci maddesinde, ihale dokümanında belirtilen şartlara uygun olmadığı belirlenen tekliflerin değerlendirme dışı bırakılacağı hükmü yer almasına karşın, kısmi teklif veren Mikroson A.Ş. ve Duyses Ltd. Şti. nin teklifleri değerlendirilmiş, hatta ihalenin birinci kalemi kısmi teklif veren Duyses Ltd.Şti.'ne verilmiştir… İdari Şartnamenin 23. maddesinde ihale konusu işe ilişkin olarak alternatif teklif verilip verilemeyeceği açıkça belirtilmemiştir. 4734 sayılı Kanunun 27 nci ve tip idari şartnamenin 23 üncü maddesinin dip notuna göre idari şartnameye ihalenin alternatif teklife açık olup olmadığının açıkça belirtilmesi, alternatif teklif verilebilecekse tekliflerin şartnameye uygun olarak verilmesi gerektiğinin yazılması gerekmektedir. İdari şartnamede ihaleye alternatif teklif verilip*

[381] BUZ, a.g.e., s. 165-166.

verilemeyeceği belirtilmemesine rağmen, Mikroson A.Ş ve Alser Ltd.Şti.'nin verdiği alternatif teklif değerlendirilmiştir… Tip idari şartnamenin 37 nci maddesinin dipnotuna göre "4734 sayılı Kanunun 21 inci maddesi (a), (b) ve (c) bentlerine göre yapılan ihalelerde, son tekliflerini veren isteklilerle fiyat görüşmesi yapılır. Bu fiyat görüşmesinde isteklilerce verilen fiyat teklifleri açıklanır ve isteklilerden ilk tekliflerine bağlı kalmak kaydıyla ihalenin sonuçlandırılmasına esas olacak yazılı son fiyat tekliflerini vermeleri istenir. Verilen bu teklifler değerlendirilerek ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibi istekli üzerine ihale bırakılır" ibaresinin maddeye yazılacağı hükmüne rağmen, İdari Şartnamenin 37 nci maddesi boş bırakılmıştır. Açıklanan nedenlerle; 1- İhale sürecinde Kanuna aykırı olduğu yukarıda saptanan işlemler 4734 sayılı Kanunun 56 ncı maddesinin (b) bendi ile İhalelere Karşı Yapılacak İdari Başvurulara Ait Yönetmeliğin 30 uncu maddesinin (g) bendi uyarınca düzeltici işlemle giderilemeyecek nitelikte işlemlerden olduğundan belirtilen ihale işlemlerinin iptal edilmesine oybirliğiyle ile karar verildi"[382]. İdari şartname temelde ihale sürecinin nasıl geçirimesi gerektiğini ve usule ilişkin temel kuralları belirlemektedir. Söz konusu kurallar ihale sürecinin şeffaflık temeli üzerinde tamamlanması ve idarenin en avatajlı şekilde ihtiyacını karşılmasını sağlamaya yöneliktir. Başka bir ifade ile, idari şartnamede belirlenen kurallara aykırı hareketlerde bulunulması ihale sürecinden beklenen sonuç ve faydalara ulaşılamamasını sağlayacağından, anılan aykırılıkların düzeltici işlem ile giderilmesi mümkün olmamalıdır.

B. Şartnamede "Benzer İş" Kavramı

Şartnamede bulunması gereken özellikler başlığı altında ele alınması gereken bir diğer durum, "benzer iş" tanımı yapılması halinde bu kavramın ne şekilde anlaşılması gerektiğidir. Kamu İhale Kanunun'da "benzer iş

[382] KİK, 28.08.2003, UK-Z.372, RG. 25227., Kurul yine şartnameye aykırı ihale işlemlerini ele aldığı kararında, bu durumun düzeltici işlemle giderilebilecek bir hukuka aykırılık olduğuna karar vermiştir. Bkz. KİK, 24.02.2009, UK-Z-231, Nakleden: Sadettin DOĞANYİĞİT, **Açıklamalı-İçtihatlı, Sorun Çözümlü Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu**, Seçkin Yayınevi, 2008, Ankara, s. 620.

"tanımı yapılmamakla beraber, Kanun'un 10. maddesinde idare tarafından İhaleye katılacak isteklilerden, ekonomik ve malî yeterlik ile mesleki ve teknik yeterliklerinin belirlenmesine ilişkin olarak kamu veya özel sektöre bedel içeren bir sözleşme kapsamında taahhüt edilen ihale konusu iş veya "benzer işler" konusunda faaliyette bulunmuş olmanın talep edilebileceği ifade edilmektedir.

Kamu İhale Kanunu'nun 27. maddesi uyarınca idari şartnamede ihale konusuna göre isteklilerde aranılan şartlar, belgeler ve yeterlik kriterlerinin yer alması zorunludur. "Benzer iş" tanımı Mal, Hizmet Alımı, Danışmanlık Hizmeti Alımı ve Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliklerinde yapılmaktadır. Anılan düzenlemeler uyarınca[383] "benzer iş" 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 işleri ifade etmektedir. Söz konusu işlerde kullanılması gereken tip idari şartnamelerde de "benzer" iş tanımı yapılması için alan ayrılmış olduğu görülmektedir.

11.06.2011 tarihinde 27961 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan ve yenilenen Yapım İşlerinde Benzer İş Grupları Tebliği uyarınca yapım işi ihalelerinde her ihalede "benzer iş "tanımı yapılmak zorundadır[384]. Diğer ihalelerde ise idare tarafından iş deneyim belgesi istenmeyen hallerde bu şekilde yönde tanım yapılmasına gerek yoktur[385]. Yapım İşlerinde Benzer İş Grupları Tebliğinde iş türleri gruplara ayrılara belirleme yapılmıştır. İdare yapım işleri ihalelerinde tanımı, yapılan gruplandırmayı dikkate alarak yapmak durumundadır. *"Bu yapılırken benzer iş olarak belirlenen gruptaki*

---

[383] Mal Alım İhaleleri Uygulama Yönetmeliği m. 3/b, Hizmet Alım İhaleleri Uygulama Yönetmeliği m. 3/a, Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği m. 3/b.

[384] Aynı yönde bkz. Yaşar GÖK, "*İhalelerde İş Deneyiminin Belgelendirilmesinde Kullanılan Benzer İş Tanımı ve Uygulaması*", **Güncel Mevzuat Dergisi**, Nisan 2008, s. 5.

[385] Aynı yönde bkz. GÖK, a.g.m., s. 6,7. , Hizmet Alım İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin 36. Maddesi ile Mal Alım İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin 29. Maddeleri uyarınca, iş deneyim belgesi istenen ihalelerde, benzer iş tanımı yapılması ve işin ilanı ile idari şartnamede belirtilmesi zorunludur.

işler sayılarak gösterilebileceği gibi, ilgili gruba (örneğin, Üstyapı Grubu İşler, III. Grup gibi) atıf da yapılabilecektir. Atıf yapılan durumlarda isteklilerin Tebliğ hükümlerini inceleme suretiyle ilgili grubu ve bu grup kapsamında sayılan işleri tespit etmeleri ve bu tespite göre ellerindeki belgelerin uygunluğuna karar vermeleri gerekecektir"[386]*.* Kamu İhale Kurulu'nun "benzer iş "konusunda vermiş olduğu kararlarına bakıldığındaki bu konudaki hukuka aykırılıkların ihalenin iptaline yol açtığı görülmektedir. Kurum kararları dikkate alındığında yapılan benzer iş tanımlamasının ihale konusu işin niteliğine uygun olması, rekabetin engellenmemesi, "benzer iş" tanımının gereğinden dar ya da geniş olmaması gerekmektedir. Benzer iş tanımının dar yapılması katılıma engel olacağı gibi, çok geniş ve düşük standartlarda yapılması da ihaleden beklenen amacın gerçekleşmesine engel olacaktır.

Kamu İhale Kurulu kararları uyarınca benzer iş tanımında, ihale konusu işin kendisi mal ya da hizmetin gösterilmemesi gerekmektedir[387]. Bunun yanısıra benzer iş tanımı yapılırken kapsam sadece ihaleyi yapan idarenin hizmeti ile sınırlı tutulması ve yine benzer işin kamuda gerçekleştirilmiş olması gibi düzenlemelere yer verilmesi rekabeti engelleyici etki yaratmaktadır[388].

Kamu İhale Kurulu'na göre "*İdari şartnamenin 2 nci maddesinin (a) bendinde yer alan ihale konusu hizmetin adı ile aynı şartnamenin 7.4 üncü maddesinde yapılan benzer iş tanımının incelenmesi sonucunda, ihale konusu işte bir çok farklı uzmanlık alanı yer alırken benzer iş tanımında yalnız 2(iki) farklı uzmanlık alanına yer verildiği görülmüştür. Dolayısı ile*

---

386 GÖK, a.g.m., s. 5.

387 Aynı yönde bkz. GÖK, a.g.m., s. 6, 7. Ancak "hastane temizlik hizmeti şeklinde özel bir nitelik barındıran ihalelerde, hizmet konusunun belli bir alanın, örneğin hastanenin temizliği şeklinde belirlenmesi kabul görmektedir. "*Hastane temizliğinin teknik ve hijyenik yönüyle önem gerektirdiği ve temizliği istenilen yerler arasında özellik arz eden ünitelerin de bulunduğu göz önünde bulundurulduğunda, "hastane temizliği" hizmetlerinin bu konuda yetkin yükleniciler tarafından yapılması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Bu nedenle, başvuru konusu ihalede benzer iş tanımının "hastane temizlik işleri" olarak yapılmasında kamu ihale mevzuat hükümlerine aykırı bir durum bulunmadığı neticesine varıldığından başvuru sahibinin iddiası yerinde görülmemiştir"*. KİK, 30.10.2007, 2007/UH.Z-3490, www.kik.gov.tr, 25.09.2011, D13D, 03.11.2006, E. 2006/1168, K. 2006/4189, DBB, 25.09.2011.

388 Aynı yönde bkz. Mustafa Said YILDIZ, " Benzer İş Tanımlaması ve Laboratuvar Hizmet Alımları", **Güncel Mevzuat Dergisi**, Mayıs 2010, s. 7-8.

benzer iş olarak kabul edilebilecek işlerin kapsamının ihale konusu hizmetin kapsamına göre daha dar tanımlandığı, bu şekilde yapılan tanımlamanın ise rekabeti engelleyici nitelikte olduğu sonucuna ulaşılmıştır"[389].

Gök benzer iş tanımının ne şekilde yapılması gerektiğini şu şekilde ifade etmektedir: *"Dolayısıyla benzer iş tanımının, hem isteklilerin mesleki tecrübelerinin tevsikini hem de azami katılım ve rekabetin sağlanmasını temin edecek bir denge içinde belirlenmesi büyük önem arz etmektedir"*[390].

---

[389] KİK, 12.03.2009, 2009/UH.III-1093, www.kik.gov.tr, 23.09.2011. *"İdari Şartnamenin 7.4 üncü maddesinde; "Bu ihalede benzer iş olarak, kamu veya özel Hastanelerde yapılan temizlik veya sekreterlik veya Hasta Hizmetlisi Hizmeti kabul edilecektir." düzenlemesi yer almaktadır. Dolayısıyla, ihale konusu işin kapsamında ayrı başlıklar altında gruplandırılan işlere benzer iş tanımında yer verilmiştir. Daha açık ifade ile ihale konusu iş ile aynı işler belirlenmiştir. Dolayısıyla idari şartnamenin 7.4 üncü maddesinde yer alan benzer iş düzenlemesi bir hastanede yapılmış olan sadece sekreterlik hizmetine ilişkin iş deneyimine sahip olan kişilerin bu ihaleye katılabilmesine imkân vermektedir. Bu haliyle sekreterlik hizmetinin hastanede veya başka bir idarede yerine getirilmesinin farklılığı olmadığı halde, hastane dışındaki idarelerdeki sekreterlik hizmetine ilişkin iş deneyimine sahip olan kişilerin ihaleye katılamaması rekabeti engelleyicidir."* KİK., 02.03.2009, 2009/UH.I-972, www.kik.gov.tr, 23.09.2011. *"İdarelerin, benzer işi belirlerken ihale konusu alımla nitelik ve/veya nicelik bakımından benzerlik gösteren işleri dikkate almaları gerekmekte olup, alım konusu işle benzer üretim usul ve tekniği gerektiren, tesis, makine, teçhizat ve diğer ekipman ile mali güç, ihtisas ve organizasyon gerekleri itibariyle benzer özellikteki işleri belirlemeleri durumunda 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 5 inci maddesinde yer alan temel ilkelerden "rekabet", ilkesine uygun bir düzenleme yaptıklarının kabul edileceği izahtan varestedir. Bu itibarla, idarece verimliliğe, fonksiyonelliğe önem vererek rekabeti sınırlamayacak şekilde benzer iş tanımlamasına yer verilmesi gerektiği halde, başvuru konusu ihalede idarece benzer iş tanımlaması ihale konusu iş ile aynı olacak şekilde yapılmıştır. Dolayısıyla "benzer iş" tanımının ihaleye katılımı artıracak ve ihale konusu işin yapılabilirliğine imkân verecek şekilde yeniden yapılması gerekmektedir. İdarece, ihale dokümanında yapılan benzer iş tanımının, ihale konusu iş ile aynı olması sebebiyle yukarda zikredilen mevzuat hükmüne uyarlık içermediği ayrıca, ihaleye verilen 4 (dört) tekliften 2 (iki) sinin teşekkür mektubu sunduğu, ihale üzerinde bırakılan istekliye ait teklifin değerlendirme dışı bırakılması gerektiği ve bu durumda da geçerli tek teklifin kaldığı hususları da dikkate alındığında, ihalede rekabetin oluşmadığı sonucuna varılmıştır. Sonuç olarak, yukarıda mevzuata aykırılıkları belirtilen işlemlerin düzeltici işlemle giderilemeyecek nitelikte işlemler olduğu tespit edildiğinden, ihale işlemleri ile ihale kararının iptali gerekmektedir".* KİK, 23.02.2009, 2009/UM.III-926, www.kik.gov.tr, 23.09.2011. *"İdarenin benzer iş olarak benzer iş grupları listesinde sadece ihale konusu işin içinde bulunduğu gruba değil işin niteliğine uygun ve rekabeti artıracak şekilde söz konusu listede yer alan üç gruba (A/I-II-III Grupları) birden atıf yaptığı görülmüştür. Nitekim başvuru konusu ihaleye 18 istekli tarafından teklif verilmiştir. İdarece ihale konusu işin niteliğine uygun iş grubunun belirlendiği gibi, rekabeti artıracak şekilde birden fazla gruba da atıf yapılarak benzer iş belirlemesinin yapıldığı anlaşıldığından benzer iş belirlemesinin istekliler için fırsat eşitliği sağlamadığı ve rekabeti engellediği iddiasının yerinde olmadığı anlaşılmıştır".* KİK, 04.02.2008, 2008/UY.Z-609, www.kik.gov.tr, 23.09.2011.

[390] GÖK, a.g.m., s. 7., "Benzer iş" tanımı Hizmet, Mal Alımı ve Danışmanlık Hizmeti Alım İhaleleri Tip Ön Yeterlik Şartnamelerinde de bulunmaktadır. Alman İhale Hukuku açısından zorunluluk bulunması halinde "benzer iş" ifadesine yer verilebilecektir. İhale konusu iş bakımından ulaşılmak istenen hedefe ve kaliteye söz konusu iş alanındaki genel kanıya göre, kapasite ve hatasızlık

Şartnamede yer alması gereken konular noktasında hatırlatılması gereken bir diğer durum, mal, hizmet alımı, yapım işleri, danışmanlık hizmet alım ihalelerine ilişkin tip şartnamelerde yer verilen "ilave iş" tanımının şartnamede net olarak yapılmamasının daha sonra uygulama aşamasında idare ile yüklenici arasında pek çok soruna neden olabilecek yapıda olduğudur.

C. Türk İhale Hukukunda Şartname ve Diğer İhale Dökümanları Arasında İlişki

Şartnamenin sahip olması gereken özellikler noktasında üzerinde durulması gereken bir diğer durum, şartname ile diğer dökümanları arasındaki ilişkidir. 4734 sayılı Kanun'un 24. maddesinde belirtildiği üzere, ihale dökümanlarında bulunmayan hususlara ilanlarda yer verilmesi hali hukuka aykırılık oluşturmaktadır.

Kamu İhale Kurulu 2003 yılında verdiği bir kararında, ihale dökümanı ve ihale ilanında fiyat farkı verilip verilemeyeceği konusunda farklı bilgi yer alması halini, 4734 sayılı Kanunu'un 24. ve 26[391]. maddelerine aykırı bulmuştur[392].

Kurul başka bir kararında, ihale ilanında teknik ve mesleki yeterliğe ilişkin bilgi yer alırken, bu bilgilerin ihale dökümanında düzenlenmemiş olmasını, 4734 sayılı Kanun'un 24. maddesine aykırı bulmuştur: *" Ayrıca, ihale ilanında belirtilen düzenlemeye idari şartnamede yer verilmemiş olmasının 4734 sayılı Kanunun 24 üncü maddesinin "İhale dokümanında belirtilmeyen hususlara ilânlarda yer verilemez…" hükmüne aykırı olduğundan bu koşullar altında tekliflerin değerlendirilmesi mümkün bulunmamaktadır… yukarıda mevzuata aykırılıkları belirtilen işlemlerin*

---

bakımından ulaşmayı sağlayan ürün ya da hizmetlerin "benzer iş" olma koşulunu yerine getirdiği kabul edilmektedir. Bkz. GROTH- SCHWARZMANN, a.g.e., B1, 4.7.5, s. 26.

[391] m. 26: 13, 24 ve 25 inci maddelerdeki hükümlere uygun olmayan ilânlar geçersizdir. Bu durumda, ilân bu maddelere uygun bir şekilde yenilenmedikçe ihale veya ön yeterlik yapılamaz.

[392] KİK, , 25.07.2003, UK-Z-272, RG. 25205.

düzeltici işlemle giderilemeyecek nitelikte işlemler olduğu tespit edildiğinden, ihale işlemleri ile ihale kararının iptali gerekmektedir"[393].

Kurul daha yeni bir kararında da, şartname ve ilan arasında çelişki bulunmasını, ilgilileri tereddüte düşürecek durum olarak görmüş ve bu durumu ihale işlemlerinin iptaline sebep veren ağırlıkta hukuka aykırılık şeklinde nitelemiştir[394].

Kamu İhale Kurulu başka bir kararında idari şartname ile ihale ilanı arasında çelişki olması durumuna ilişkin değerlendirme yapmaktadır: Söz konusu olayda, pek çok durumun ihale mevzuatına aykırılığı ileri sürülmüştür. Teknik şartnamede, Hizmet Alımları Uygulama Yönetmeliği'nin 43 maddesine aykırı olarak yüklenici tarafından çalıştırılacak personel sayısının net olarak belirlenmemesi[395], teknik şartnamenin ilgili maddesinin şartnamenin diğer maddeleri, ilan ve idari şartname ile uyumsuz olması, yüklenici tarafından temin edilecek giyim ve renk tipinin idari şartnamede belirtilmemesinin teklif fiyatının belirlenmesini engellemesi, idari ve teknik şartnamenin aynı konuda farklı hükümler içermesinin Hizmet Alımları Uygulama Yönetmeliği'nin 20. maddesine aykırılık teşkil etmesi, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 24. maddesi uyarınca götürü bedel teklif alınarak yapılan ihalelerde iş artışı veya eksilişi yapılamayacağına ilişkin düzenlemeye rağmen, teknik şartnamenin çeşitli maddelerinde, gerektiği halde iş artışı olabileceğine dair hükümler olması durumlarını, düzeltici işlemlerle giderilemeyecek nitelikte görmüş ve ihalenin iptaline karar vermiştir[396].

---

[393] KİK, 04.02.2008, UY-Z-610, www.kik.gov.tr, 22.10.2010.

[394] KİK, 23.02.2009, UH-I-901, www.kik.gov.tr, 21.09.2010. "Dolayısıyla başvuruya konu ihalede idare tarafından yapılan ilan ve doküman düzenlemelerinde teklif ve sözleşme türüne ilişkin bölümlerin çelişkili olduğu, bu durumun da ihaleye katılım aşamasında isteklileri tereddüde düşürecek nitelikte olduğu anlaşıldığından idare tarafından tesis edilen işlemlerde kamu ihale mevzuatına uyarlık bulunmamıştır. Bu nedenle başvuru sahibinin iddiası yerinde görülmüştür… Açıklanan nedenlerle; 4734 sayılı Kanunun 56 ncı maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendi gereğince, ihale işlemlerinin ve ihale kararının iptaline".

[395] Kamu İhale Kurulu'na göre bu durum aynı zamanda, isteklilerin teklif vermesine engel olmaktadır.

[396] KİK, 09.02.2009, 2009/UH.III-647, Nakleden: Melih AKKURT, **Kamu İhaleleri, Şikayet ve İtirazen Şikayet Hukuku**, Adalet Yayınevi, 2010, Ankara, s. 282 vd., Kurul idari şartname ve ihale ilanı arasındaki çelişkiyi, istekliler açısından tereddüt doğurucu ve tekliflerin

Kurul daha yeni bir kararında yine ihale ilanı ve şartname çelişkisinin sonuçları konusunda değerlendirme yapmaktadır: "*İhale ilanı ve idari şartname arasındaki düzenlemeler Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin 30 uncu maddesine aykırı olacak şekilde çelişkili olduğu, söz konusu aykırılığın rekabeti engelleyecek nitelikte olduğu görüldüğünden şikayet uygun bulunmuştur*"[397].

Danıştay; ilan, idari şartname ve Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği arasındaki çelişkinin ihalenin iptaline sebep olacağı fikrindedir: *"İhale ilanı ile idari şartname ve idari şartname ile hizmet alımı ihaleleri uygulama yönetmeliği arasında çelişki bulunduğu, çelişkili bulunan hususların düzeltici işlemle giderilemeyecek nitelikte olduğundan bahisle, ihalenin iptaline iptalinden sonra yapılan itirazen şikayet başvurusunun reddine ilişkin kamu ihale kurulunun… sayılı işleminin iptali istemiyle açılan davada, İdare Mahkemesi'nce, dava konusu ihalenin idari şartnamesinin… maddesinde yer alan …düzenlemesinin, anılan Yönetmeliğin 42. maddesinde yer alan ….düzenlemesine aykırı olduğunun anlaşılması, bu durumun düzeltici işlemle giderilemeyecek nitelikte olması karşısında tesis edilen dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir….Anılan mahkeme kararıın onanmasına, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine"*[398].

İhale dökümanında hukuka aykırılığın bir diğer örneği, ihale şartnamelerine aykırı olarak hazırlanacak sözleşme tasarısıdır. Konunun öneminin farkında olan yasa koyucu 4734 sayılı Kanun'un 46. maddesinin ikinci fıkrasında, *"İhale dokümanında belirtilen şartlara aykırı sözleşme düzenlenemez*" ifadesine yer vermiştir. Kamu ihale sözleşmelerinin ne şekilde yapılacağını düzenleyen 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 4. maddesinin 1. fıkrasında, *"Bu Kanuna göre düzenlenecek*

---

değerlendirilmesinde belirsizlik yaratıcı olarak görmektedir. Bkz. KİK, 23.03.2009, 2009/UY.II-1153, www.kik.gov.tr, 20.09.2010.

397 KİK, 09.03.2009, 2009/UH.I-1046, www.kik.gov.tr, 20.09.2010.

398 D13D, 17.11.2008, E. 2006/4138, K. 2008/7313., Nakleden: SIRABAŞI- YILMAZ, a.g.e., s. 478 vd.

sözleşmelerde, ihale dokümanında yer alan şartlara aykırı hükümlere yer verilemez". hükmüne yer verilmiştir.

Kamu İhale Kurulu başka bir kararında, ihale dökümanına, ki bu dökümana şartname de dahildir, aykırı şekilde imzalanan sözleşme olduğu gerekçesi ile ihale işlemleri ve ihale kararının iptaline karar vermiştir[399].

Tip sözleşmelerin "Sözleşmelerin Ekleri" başlıklı 8. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, "*İhale dokümanı, sözleşmenin eki ve ayrılmaz parçası olup, idareyi ve yükleniciyi bağlar. Ancak, sözleşme hükümleri ile ihale dokümanını oluşturan belgelerdeki hükümler arasında çelişki ya da farklılık olması halinde, ihale dokümanında yer alan hükümler esas alınır".*

Kamu İhale Kurulu başka bir kararında, idari şartnamenin sözleşme tasarından önce geldiğini ve farklılık durumunda şartnameye uyulması gerektiğine karar vermiştir. *"Uygulama Yönetmeliğinin 6 nolu eki Hizmet Alımları Tip Sözleşmesi'nin 9 uncu maddesinde, sözleşme hükümleri ile ihale dokümanını oluşturan belgelerdeki hükümler arasında çelişki ya da farklılık olması halinde, ihale dokümanında yer alan hükümlerin esas alınması gerektiği belirtilmiş olup, bu bağlamda yapılan öncelik sıralamasında idari şartname, sözleşme tasarısından daha önce gelmektedir. Dolayısıyla, idari şartnamede yer alan hükümlere öncelikle itibar edilmesi gerekecektir.*[400]*.*

Tip sözleşmelerde ihale dökümanları arasında bir öncelik sıralaması da yapılmıştır. Yapım ve hizmet işlerinde idari şartname, teknik şartnameden önce gelmekte, sözleşme tasarısı ise özel ve genel teknik şartnameden önce gelmektedir. Varsa zeyilnameler, ait oldukları dokümanın öncelik sırasına sahiptir. Mal alımlarında ise sıralama üstten başlanarak idari şartname, teknik şartname ve sözleşme tasarısı şeklindedir. Kamu İhale Kanunu'nun 4. maddesinde yer alan "*Bu Kanuna göre düzenlenecek sözleşmelerde, ihale*

---

[399] "Yüklenici ile ihale dokümanında ve ilanda belirlenen miktar, bedel ve süreden farklı şartlarla sözleşme imzalanmış olduğundan 4734 sayılı Kanunun 46 ncı maddesine aykırılık bulunmaktadır". KİK, 19.06.2003, UK-Z-155, RG. 25161.

[400] KİK, 15.10.2003, 2003/UK-Z-540, RG. 25297.

dokümanında yer alan şartlara aykırı hükümlere yer verilemez" hükmü karşısında, hizmet alımları ve yapım işleri tip sözleşmelerinde, sözleşme tasarılarına bir ihale dökümanı olduğuna şüphe bulunmayan teknik şartnameden üstte yer verilmesi eleştiriye açıktır[401].

Kamu İhale Kurulu, ihale dokümanında başvuruları kısıtlayan düzenlemelere yer verilmesinin, bu hakkı ortadan kaldırmayacağı görüşündedir. …Devlet Hastanesi yemek pişirme ve dağıtım sonrası hizmetleri için ihaleye çıkmıştır. Firmalar tarafından satın alınan idari şartnamenin 4.3 maddesinde *"istekli ihale dökümanını satın almakla, ihale dökümanını oluşturan belgelerde yer alan koşul ve kuralları kabul etmiş sayılır"* ifadesi yer almaktadır. Bu kaydın şikayet hakkına olanak sağlayan Kamu İhale Kanunu'nun 54. maddesine aykırı olduğu iddia edilmektedir. İdareye yapılan şikayet başvurusunda idare, Kamu İhale Kanunu'nun Hizmet alımı standart formlarına ait şartnamede 4.3 maddede, aynı ifadenin yer aldığını belirtmiştir. Kurula göre, "*aynı ifade Kamu İhale Kurumu tarafından hazırlanan tip idari şartnamenin 4.3. maddesinde de aynen yer almaktadır. Söz konusu düzenleme, idari şartnamenin matbu hükmüdür ve her ihaleye ilişkin olarak idari şartnamede bulunması zorunlu bir düzenlemedir. Bu düzenleme yasanın 54. maddesinde düzenlenen idareye, daha sonra da Kamu İhale Kurulu'na yapılacak itirazen şikayet başurusuna engel oluşturmamaktadır"*[402].

Şartnamede yer alan düzenlemelerin ihlaline örnek bir olay da şu şekildedir: İdari şartnamede kısmi teklifte bulunulamayacağına ilişkin bir hüküm yer almakta iken, kısmi tekliflere yer verilerek ihale sonuçlandırılmış, ihale konusu işin farklı kısımları farklı firmalar üzerinde bırakılarak ihale süreci sona erdirilmiştir. Kamu İhale Kurulu bu aykırılığı, düzeltilemeyecek

---

[401] Aynı yönde bkz. UZ, Hukuksal Rejim, s. 88. Benzer sıkıntı mal ve hizmet alımları ile yapım işlerine ait tip çerçeve anlaşmanın 8.2. maddesinde de bulunmaktadır.

[402] KİK, 05.01.2009, 2009/UY.I-64., Nakleden: AKKURT, a.g.e., s. 248vd.

nitelikte sebeplerden görerek, ihale işlemlerinin iptal edilmesine karar vermiştir[403] [404].

Ç. Elektronik Ortamda Hazırlanan Şartname

1. Ekap Öncesinde Şartname

Elektronik ortamda şartname hazırlanabilmesinden önceki dönemde, idare tarafından basılı olarak hazırlanan şartname Kamu İhale Kanunu'nun 24. maddesi uyarınca ilgililer tarafından ihale ilanında ilan edilen yerde görülebilmekte, isteyenlerce söz konusu metnin bir örneği belli bir bedel karşılığında alınabilmekte idi. İlgililerin inceleyip satın alabildikleri metnin bir örneği de ihale dosyasında saklanmaktaydı.

---

[403] KİK, 28.08.2003, UK-Z-372, RG. 25227.

[404] Danıştay 2010 tarihli bir kararında idari şartname ile teknik ve özel şartnameler arasındaki ilişki konusunda değerlendirme yapmaktadır: *"Anılan idari şartname hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden söz konusu işin esas olarak kamu kaynağı kullanılmasını gerektirmeyen, idarenin harcama yapmaksızın ve gelir elde edecek şekilde yaptığı bir ihale olduğu kanaatine varılmaktadır. Ancak idarece düzenlenen ihale dökümanlarında açıklık ilkesine aykırı ve ihale usulünü değiştirecek çelişkilerin bulunmaması gerekmektedir. İhale dökümanlarından olan teknik ve özel şartnameler, idari şartnameye aykırı olmamak koşuluyla, ihale konusu işin teknik özellikleri ve özel koşullarına ilişkin ayrıntılı düzenleme getiren belgelerdir. Bu nitelikteki düzenlemelerin idari şartnamede belirlenmiş konuların dışında ihale usulünü değiştirecek şekilde birtakım ifadeler içermesi temel ihale ilkelerine aykırılık oluşturur…bu hükümlerin incelenmesinden idari şartnamede yer almayan bazı ek tesis ve değişikliklerin yapılmasının özel şartnameye dahil edildiğinin görüldüğü,…ayrıca temel ihale ilkelerinden olan açıklık ve saydamlık ilkeleri gereği ihale konusunun ve yüklenicinin sorumluluklarının ihale şartnamelerinde belirli bir şekilde yer alması gerekmektedir…Bu durumda, temel ihale ilkelerine aykırı şekilde, ihale usulünün belirlenmesinde tereddüte yol açacak nitelikte düzenlenen şartname ille ve idari şartnamede yer almayan 4734 sayılı Kanun kapsamındaki yapım işi olarak değerlendirilebilecek bazı iş kalemlerine özel şartnamede yer verilmek suretiyle yapılan, raylı sistemin ve lastik tekerlekli toplu ulaşımsisteminin zorunlu olmadığı halde birlikte ihale edildiği, bu nedenel katılımı azaltan nitelikte koşullar öngören ihalenin iptali gerektiğinden…"*[404]. D13D, 06.04.2010, E. 2009/7074, K. 2010/2940(Yayımlanmamış Karar). İdari şartname ihale sürecinin gidişatını, temel prensiplerini belirlerken, teknik şartname anılan çerçeve içinde yapılacak ihalenin konusu malın özelliklerini belirlemektedir. O halde, teknik şartname, idari şartnamede belirleenen çerçeve içerisinde düzenleme getirmelidir. Dökümanlar arasındaki çelişki ihale sürecindeki şeffaflığı ortadan kaldırmak yanında teklifte bulunmak isteyen ilgililer bakımdan pek çok belirsizlik yaratacaktır.

2. Ekap Sonrasında Şartname

Teknik ve idari şartnamelerin elektronik ortamda hazırlanmasının mümkün kılınması ihale sürecine sürat kazandırırken, kısa süre içinde bazı sorunlar da gündeme gelmiştir. İdare tarafından matbu olarak satılan şartname[405] ile sisteme yüklenen şartname örnekleri arasında farklılılar oluşmuştur. Kamu İhale Kurumu, resmi sitesi üzerinden bu konuda dikkatli olunması konusunda duyuru yapmak zorunda kalmıştır[406]. Bu durum daha sonra Elektronik İhale Yönetmeliği ile açıkça düzenleme altına alınmıştır. Anılan düzenlemenin 16. maddesinin 5. fıkrası uyarınca, "İdarece satışı yapılan dokümanın EKAP'ta hazırlanan dokümana uygun olması zorunludur. Dokümanlar arasında farklılık bulunması halinde EKAP'ta hazırlanan doküman esas alınır". Söz konusu çözüm tarzı şartnameyi elektronik şekilde edinen isteklilerin haklarını koruma amacına yönelik olduğu için yerindedir. Şartnamenin elektronik ortamdan temin edilebilmesi ile, dökümanı satın alanlar bakımından ihale dosyasında bulunan şartnameyi inceleme durumu ortadan kalkmıştır. Yeni sistem ile ilgililer, tekliflerini elektronik ortamda yayımlanan şartnameye göre yaptıklarına göre, belirleyici metin elektronik ortamda yayımlanan olmalıdır. Ne var ki, bu çözüm tarzı şartnameyi basılı olarak temin eden ilgililer bakımından koruyucu bir yorum şekli getirmemektedir. Anılan sebeple ya ihale dökümanının elde edilmesi tek bir

---

[405] Elektronik İhale Yönetmeliği, Dokümanın görülmesi, satın alınması ve EKAP üzerinden indirilmesi, madde 16: (1) İdare tarafından EKAP üzerinden hazırlanan ve yayımlanan ön yeterlik dokümanı ve/veya ihale dokümanı, EKAP'ta ve idarenin ilanda belirtilen adresinde bedelsiz olarak görülebilir. İhaleye katılmak için bu dokümanın idarece her sayfası onaylanmış örneğinin idareden satın alınması veya EKAP üzerinden EKAP'a kayıt için yapılan protokolde belirtilen münferiden e-imza kullanmaya yetkili kişiler tarafından e-imza kullanılarak indirilmesi zorunludur. İhale dokümanının EKAP üzerinden indirilmesi durumunda ilgili uygulama yönetmeliği ekinde yer alan "EKAP Üzerinden e-İmza Kullanılarak Ön Yeterlik/İhale Dokümanı İndirilmesine İlişkin Form" EKAP üzerinden düzenlenir.
Uygulama yönetmeliklerine 16.03.2011 tarih ve 27876 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan yönetmelik ile şu ifade eklenmiştir: "Bu dosyada ihale sürecinin bulunduğu aşamaya göre EKAP üzerinden hazırlanarak çıktısı alınanlar dahil aşağıdaki belgeler yer alır".

[406] *"Uygulamada bazı ihalelerde idareler tarafından EKAP üzerinden hazırlanan ihale dokümanı ile ihaleye katılmak isteyen gerçek ve tüzel kişilere satışı yapılan ihale dokümanı arasında farklılıklar bulunduğu yönünde Kurumumuza bildirimlerde bulunulmaktadır. Bu kapsamda, hukuki uyuşmazlıklara sebep olunmaması açısından EKAP üzerinden hazırlanan ihale dokümanı ile satışı yapılan ihale dokümanın birbiriyle uyumlu olması gerektiğine ihale yapan idarelerin dikkat etmesi hususu önem arz etmektedir."*www.kik.gov.tr, 02.02.2011.

şekilde gerçekleştirilmeli ya da iyi bir kontrol süreci meydana getirerek basılı ve elektronik dökümanlar arasında oluşacak çelişkiye fırsat verilmemelidir[407].

IX. AB VE ALMAN HUKUKUNDA ŞARTNAMENİN TAŞIMASI GEREKEN ÖZELLİKLER

A. AB Mevzuatı

Gerek uluslarası, gerekse bölgesel kuruluşlar tarafından hazırlanmış olan metinlerde, şartnamenin taşıması gereken özelliklere yer verildiği görülmektedir. AB müktesabatı incelediğinde, şartnamelerin daha fazla katılımı sağlama ve etkin rekabeti gerçekleştirmede araç olarak görüldüğü dikkat çekmektedir. Örneğin 2004/18 sayılı Direktifin 23. maddesinde, eşitliği sağlamak adına, mecbur kalınmadıkça belli bir ürün ya da markaya atıf yapılması yasaklanmakta, bunun imkânsız olması halinde de "veya dengi" ifadesinin kullanılması aranmaktadır[408]. Avrupa Topluluğu Adalet Divanı bu konuda yerleşik içtihadını devam ettirmekte ve ihale sürecinde, eşit muamele ve şeffaf bir usulün sağlanması konusunda mimimum standartın üye devletlerce yakalanması gerektiği, aynı zamanda hukuki güvenliğin sağlanmasının birlik organları yanısıra üye devletler bakımından da bir zorunluluk olduğuna dikkat çekilmektedir[409].

---

[407] Aktarılan çözüm tarzı dökümanı elektronik şekilde edinenenleri korumaktadır. Dökümanı basılı olarak temin edenler metinler arası çelişkiden kaynaklı zararlarını, ihale sistemi içinde mevcut koşullar altında idareden talep edebilmelidirler.

[408] UNCITRAL, EFTA düzenlemlerinde de, benzer hükümler yer almaktadır.

[409] ATAD, 17 Temmuz 2008, C-347/06, ASM Brescia, (Yayımlanmamış Karar- Nakleden: De Constant KONNICK – Werner PELZER – Thierry RONSE, **Europaeisches Vergaberecht**, Boorberg Verlag, 2009, Wien, s. 579 vd.)

B. Alman İhale Mevzuatı

1. Temel Kurallar

Alman İhale Hukuku'nda eşik değerlerin üstünde kalan ihaleler bakımından GWB, bu değerlerin altında kalan ihaleler bakımından klasik bütçe çözümleri geçerli olmakla beraber, VOB/A ve VOL/A'nın[410] temel paragraflarındaki ilkeler hem eşik değerlerin üstündeki hem de altındaki ihaleler için geçerlidir[411].

VOL/A'nın "şartname(Leistungsbeschreibung)" başlıklı eski 8. maddesinin 1. fıkrasının 1. bendine göre, şartname isteklilerin her birinin aynı şekilde anlayacağı ve tekliflerini birbirleri ile mukayeseye imkân verecek şekilde olmalıdır[412]. Aynı maddenin 2. bendine göre, hatasız bir fiyat bildirimi sağlamak için bunu etkileyecek tüm koşullar saptanmalı ve ihale dökümanlarında yer almalıdır. Benzer bir düzenleme VOB/A'nın "hizmetin tanımı" başlıklı 9. maddesinin 1. fıkrasında yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre, hizmet bütün isteklilerin aynı şekilde anlayabileceği ve tekliflerini güvenli ve geniş bir ön çalışmaya gerek bırakmadan hazırlamalarına imkân verecek şekilde tanımlanmalıdır. Aynı fıkranın devamı uyarınca, sonradan ortaya çıkma olasılığı olan durumlara (Bedarfpositionen), sadece istisnai olarak yer verilmelidir.

Fazla çalışmaya ilişkin durumlar ise, ancak zorunlu olduğu durumlarda şartnamede yer almalıdır. Maddenin 2. fıkrası uyarınca, VOL/A ile benzer şekilde, hatasız bir fiyat bildirimi sağlamak için bunu etkileyecek tüm koşullar

---

[410] Alman İhale Hukuku'nda daha sonra sıklıkla değinilecek olan talimatlarda, aralıklı olarak değişiklikler olmakla beraber, ihale dökümanına ilişkin düzenlemelerin açık ve anlaşılır olmasına ilişkin kuralın her dönemde (1930lardan bu yana) korunduğu görünmektedir.

[411] Detaylı bilgi için bkz. ZIEKOW, a.g.e., s. 140.

[412] Alman İhale hukukunda talimatlardaki yeni düzenlemelerin yürürlüğe girmesi kısa bir maziye sahip olduğu için ve bugüne dek pratikte kullanılan; bu düzenlemeler olduğu için, hem eski hem yeni metinlere değinilecek ve hangi metnin söz konusu olduğu açıkça ifade edilecektir.

saptanmalı ve ihale dökümanlarında yer almalıdır[413]. Anılan hükümler, 2010 yılının 11 Haziran gününe kadar, yürürlüklerini devam ettirmişlerdir. Bu sebeple, mevcut yargı kararlarında değinilen maddeler de bunlardır. Her iki düzenlemede de dikkat çeken ortak nokta, şartnamede yapılacak belirlemelerin mümkün olduğunca açık bir hale getirme çabasıdır.

Bishof'a göre şartnamede açık olmak ile, istekli için aranan koşulların ne şekilde ve hangi koşullar altında gerçekleşeceğinin saptanmasında, farklı yorum olasılıklarının ortadan kaldırılması kastedilmektedir. Detaylı olmaktan anlaşılması gereken ise, istekli bakımından yerine getirilecek hizmete ilişkin bütün paramatrelerin açıklanması ve işin hangi kapsamda yerine getirileceğinin önceden tahmin edilebilmesidir. Esas işin yanında küçük olan meblağlar bakımından, istekli için bazı rizikoları ve yükleri üstlenilebileceğinin yargı ve doktrin tarafından genel olarak kabul edildiğine dikkat çekilmektedir[414].

2010 yılı Haizran ayında yürürlüğe talimatlarda, daha fazla şeffalığı sağlamaya yönelik değişiklikler yapılmıştır. Eski ve yani maddelerin karşılaştırmalı olarak ele alınması bugüne kadarki durum ve değişimleri anlamak için zorunludur. İhale dökümanına ilişkin kurallar da yapılan değişiklikler kapsamında yer almaktadır.

VOB/A'nın şartnamenin taşıması gereken şartları düzenleyen 9. maddesi, 2010 da yürürlüğe giren 2009 tarihli metinde 7. madde altında düzenlenmektedir[415]. Maddeye ilişkin yapılan açıklamada, özellikle belirsizlik yaratan durumların rekabet çarpıtmalarına sebep olması yüzünden, kuralların katılaştırıldığından bahsedilmektedir. Maddenin 1. fıkrasının 1. bendinde, VOB/A'nın 2006 tarihli metnindeki 9. maddedekine paralel şekilde, şartnamenin isteklilerin aynı şekilde anlayacağı, fiyatı güvenli bir şekilde

---

[413] Bu düzenleme gibi, önem taşıyan ama son değişikliklerle metinden çıkarılan kurallara yeri geldikçe değinilecektir.

[414] BISCHOF, ITB, s. 193.,

[415] Yeni düzenlemelerin yürürlüğü henüz olduğu için, mahkemelerin bu düzenlemeleri uygulamaya aktarmaları süreye gereksinim göstermektedir.

vermelerini sağlayacak, ek bir çalışma gerektirmeyecek derecede açık olması gerekliliğinden bahsedilmektedir. Eski düzenlemenin 3. fıkrası, 7. maddenin 1. fıkrasının 2. bendine alınarak aynı içerik ile aktırılmıştır. Buna göre, masrafsız bir fiyat bildirmini sağlayabilmek için etki eden tüm koşulların saptanıp, ihale dökümanında bildirilmesi gerekmektedir. Daha önceki düzenlemenin 2. fıkrası, yeni düzenlemenin 1. fıkrasının 3. bendine alınmış ve isteklinin kendisinin etkisinin olmadığı, tahmin edemeyeceği şekilde fiyat ve süreye etki eden koşulların kendisine yüklenemeyeceğinden bahsedilmektedir.

Üçüncü bölümde yapılacak açıklamalara yardımcı olması bakımından burada genel bir açıklama yapmak gerekmektedir. Bu düzenleme, isteklinin zorunlu tutulamayacağı, ona transfer edilemeyecek ve istekliden tamlığı konusunda garanti vermesinin beklenemeyeceği, alışılmışın dışındaki durumları da içine almaktadır. Nelerin anılan kapsamda yer alıp almadığı da, isteklinin iş alanı dikkate alınmak sureti ile değerlendirme konusu yapılacaktır. Groth/Schwarzmann söz konusu düzenlemenin arka planını, ihaleye çıkan idarenin çok fazla oyun alanını elinde tutup, çoğunlukla iş koşullarını istekliye dikte ettirmesi ile açıklamaktadır ve kuralın ölçütü de, bu iş dalı kuralları içinde ne kadarlık bir riskin taşınabilecek olduğu ile açıklanmaktadır. Yine yazarın ifade ettiği üzere, istekli bakımından taşınabilecek risk; somut olay açısından öngörebildiği ve imkânları dahilinde olandır[416]. 1. fıkranın 4. bendinde ise eski metinde yer almayan bir düzenlemeye yer verilmiştir. Düzenlemeye göre, “Sonradan ortaya çıkma olasılığı olan durumlar(Bedarfpositionen) kural olarak şartnamede yer alamaz”. Ayrıca eski düzenlemede 1.fıkrada yer alan, gerekli olması halinde ve bu kapsamın gerektirdiği kadarıyla, “fazla çalışmaya ilişkin” ücret konusunda şartnamede düzenleme yapılabilir düzenlenmesi korunmuştur.

VOB’da yapılan değişkliklerin Almanya genelinde yürürlüğü için yapılan resmi açıklamada, bu katı düzenlemenin rekabette yaşanan sorunları

[416] GROTH- SCHWARZMANN, B1, T. 4.7.5., s. 10.

ortadan kaldırmak için yapıldığından bahsedilmektedir.[417] Eski 3. fıkranın 2. bendi, 1. maddenin 5. bendi olarak kaleme alınıştır. Buna göre, gerekli olması halinde işin amacı ve yapılması beklenen iş şartnamede tanımlanabilir. Eskiden 3. fıkranın 3. bendinde yer alan düzenleme ise, 1. fıkranın 6. bendinde aynen korunmaktadır: *"İşe devam edilebilmesi için gereken temel ya da su durumu gibi durumlara şartnamede yer verilebilir. Böylelikle, istekli durumu tam olarak değerlendirilebilir".*

Yeni düzenlemenin 7. maddesinin 1. fıkrasının 7. bendi eski düzenlemenin 3. fıkrasının 4. bendi ile aynıdır. Anılan fıkraya göre, şartname hazırlanırken imar işleri genel şartname koşulları (DIN 18299) dikkate alınmak zorundadır. Aynen korunan bir hüküm de, yeni 7. maddenin 2. fıkrasında yer alan hizmetin tanımında o iş alanında alışılagelmiş olan tanımlamalar (verkehrsüblich) kullanılması gereğidir.

Eski düzenlemenin (9. maddenin) 5. fıkrasında, teknik taleplerin tüm isteklilerin ulaşabileceği şekilde olması ve rekabeti engelleyecek şekilde ulaşılamaz olmaması gerektiği belirtilirken, yeni düzenlemede sadece, ilk kısma yer verilmiştir (m. 7/3). Maddenin 4. fıkrasında da, eskiden olduğu gibi (eski 6 fıkra), teknik özelliklerin tanımlanmasında yer alacak işaretlerin altlık üstlük sıralamasına aynen yer verilmektedir. Buna göre, ek referans uyarınca, sırasıyla Birlik düzenlemelerinden aktarılan ulusal normlar, Avrupa teknik kriterleri, ortak teknik kriterler, AB organları tarafından kabul edilen uluslararası ya da diğer teknik referanslar, bunların hiçbirinin olmaması halinde ise, ulusal kriterler kullanılacaktır. İlaveten, yapılan her belirleme "ve benzeri (oder gleichwertig) ifadesini taşımak durumundadır.

7. maddenin 4. fıkrasının 2. bendi uyarınca, şartnamede teknik belirleme yapmanın bir diğer imkânı, istekliye ihale konusu işi tamamen anlatacak ve ihale yapan idare için işin bir istekli üzerinde bırakılmasını mümkün kılacak bir tanımlama yapılmasıdır. 3. bentte belirtilen son bir

[417] Açıklama için bkz. http://www.bmvbs.de/Anlage/original_1153115/Einfuehrungserlass-VOB-B15-81636-1-vom-10.06.10.pdf, 11.07.2010.

olasılık da, 1. ve. 2. bendin kombisnasyonu şeklinde tanımlama tekniği kullanmaktır. Eski 9. maddenin 7. fıkrası yeni düzenlemenin (7. maddenin) 5. fıkrasında aynen korunmaktadır. Buna göre, ihale yapan idarenin 7. maddenin 4. fıkrasının 1. bendindeki altlık üstlük ilişkisine göre verilen kriterlere dayanması halinde, isteklinin sunduğu teklifin idarenin verdiği teknik belirlemelere uygun olduğuna dikkat çekmesi olasılığında, ihale yapan idare yapılan teklifi, belirtilen standartlara uymadığı gerekçesi ile reddedemeyecktir.

Ayrıca aynı fıkra uyarınca, tanımlama kriteri olarak üreticinin teknik tanımı ya da tanınan bir kontrol dairesinin raporunun da kullanılması mümkündür. Yeni 7. maddenin 6. fıkrası, eski düzenlemenin 8. fıkrası ile aynıdır. Hüküm uyarınca, ihaleci idare işin kriterlerini, işi anlatmaya yarayan kriterlere göre yapmışsa, yapılan teklifler Avrupa normlarının iç hukuka aktarılmasına dayanan ulusal kriterlere, ya da Avrupa norm sıralamasına uygun Avrupa teknik kriterleri, ortak teknik kriterler, AB organları tarafından kabul edilen uluslararası ya da diğer teknik referanslara uygun ise, bu teklifleri kendi belirlemelerini karşıladığı sürece reddedemeyecektir. VOB/A'nın 7. maddesinin 6. fıkrası uyarınca, istekli ise, uygun araçlarla ihale yapan idareye, yaptığı teklifin istenen iş ve fonksiyonel koşulları taşıdığına dikkat çekmelidir. Uygun araç olarak ise, daha önce de ifade edilen üreticinin teknik tanımı ya da tanınan bir kontrol dairesinin raporunun kullanılması mümkündür.

Yeni VOB/A düzenlemesinin 7. fıkrasında eski düzenlemede aynen olduğu gibi[418], ihale yapan idarenin çevre ile ilgili şekilde iş belirleme tarzını seçmesi halinde, belli şartlar altında Avrupa, çok dilli ya da diğer çevresel işaretlerle tanımlanmış özellikleri kullanabilecektir. Kullanılan kavramlar, ihale konusu iş için uygun olmalı, kullanılacak kavramların bilimsel düzeyde geliştirilmesi, işaretler potansiyel iş çevresinin katılımını sağlayacak bir usul

[418] Sadece "Umweltgütezeichen" yerine "Umweltzeichen" ifadesi kullanılmıştır.

içinde yürürlüğe konmalı, ayrıca işaretler bütün istekliler bakımından ulaşılabilir olmalıdır.

Bunun yanısıra ihaleye çıkan idare ihale dökümanında, çevresel işaretler ile tanımlanan işler bakımından, bunların şartnamede beklenen koşullara uygun olmasının beklendiğini belirtebilir. Bu bağlamda ihaleci idare, üreticinin üretim dökümanları, tanınan bir kontrol makamının raporunu kabul etmelidir. Bu tür kontrolleri yapan kurumların da, Avrupa normları ile uyum içinde olmaları gerekmektedir. İhale yapan idare, üye devletlerin kontrol otoriteleri tarafından verilen raporları da kabul etmelidir. Eski düzenlemenin aynen korunan şartnamedeki teknik özelliklerin belirlenmesine ilişkin kural, 7. maddenin 8. fıkrasında yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre, ihalenin konusu haklı kılmadığı sürece, teknik şartların belirlenmesinde, belli isteklilerin yararlanmasını bazılarının ise ihale dışı kalmasına sebep olacak; belli bir ürün, menşei, usul, marka, patent, belli bir kaynak türü, belli bir ürüne işaret edilemez. Böyle bir belirleme ancak istisnai durumlara söz konusu olabilecektir. Bu durum da, ihale konusu işin yeterli ve genel olarak anlaşılabilecek düzeyde tanımlanamaması durumudur. Ayrıca bu şekilde tanımlamalar yapılması halinde "veya benzeri"(oder gleichwertig) ifadesinin eklenmesi gerekmektedir.

Şartnamenin temel ihale kurallarına uygun olmasının yöntemlerinden bir tanesi de, yeni 7. maddenin 2. fıkrasında aynen korunan (eski m. 9/4) ihale konusunun alışılagelen şekilde (verkehrsüblich) olarak tanımlanması ve istekli bakımından başka bir çabaya girmeksizin hesaplanamayan özellikli durumlara yer verilmemesidir[419].

Alman Hukukunda, talimatların 2010 yılı Haziran ayından önceki halinde de mevcut olan şartnameyi farklı şekillerde hazırlayabilme imkânı, yeni düzenlemede de, aynen korunmaktadır. Düzenlemelerin ifadesinden anlaşılan (in der Regel), iş katoloklu şartnamenin kural olan şartname olduğudur. VOB/A'nın yeni 7. maddesinin 9. fıkrasına göre, şartname kural

[419] GROTH- SCHWARZMANN, B1, T. 4.7.5. s. 6.

olarak yapılacak işin tanımlanması ve ihale konusu işe uygun bölümlenmiş kataloktan oluşmaktadır. Ancak durumun gerektirmesi halinde, işaretlerle, numunelerle ya da benzer işin tanımlanması, istatistiksel hesaplamalar gibi işin yürütümü için gerekli olan diğer şekillerde de tanımlanabilir.

11. fıkra uyarınca sözleşme koşulları, teknik koşullar ya da ticari alışılmış standartlar gereği, ihaleye çıkılan işe ait durumların özel olarak tanımlanması gerekmez. Eski talimatda da, aynen yer alan bu düzenlemenin korunmaya devam edilmesi eleştirilecek bir durumdur. Alman yargı yerlerinin bir sonraki bölümde değinilecek olan, önüne giden şartnameden kaynaklı uyuşmazlıkların azımsanamayacak bir bölümünde, tazminat talepleri ihale konusu iş ve genellikle işin saptanmasına ilişkin olmaktadır. Bu kadar sorun yaratan bir konunun yapılan reform sırasında dikkate alınmayarak, karışıklık yaratan durumun muhafaza edilmesi eleştiriye açıktır. Maddenin aynen korunan 12. fıkrası ise, şartnamede işlerin sınıflandırılması; teknik yeterlilik ve fiyat bakımından benzer işlerin aynı kategori içinde yer alması gerektiğini belirtmektedir. Farklı işlerin aynı kategori altında düzenlenmesi ise, ancak bir işin diğer iş karşısında fiyat olarak dikkate alınmayacak derecede küçük olması halinde söz konusu olabilecektir.

Alman İhale Hukuku bakımından, şartname düzenlenirken söz konusu olabilecek diğer bir durum, yeni düzenlemede korunmuştur. 7. maddenin 13. fıkrası uyarınca, amaç için gerekli olması halinde, genel şartname hazırlama tekniğinden ayrılarak; teknik, ekonomik ya da yapısal olarak en iyi sonuca ulaşabilmek adına, iş bir program ile belirlenebilir (Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm). Bu iş planı, bütün istekliler bakımından taslak plan hazırlama ve teklif vermek için gereken koşulları belirten, aynı zamanda tamamlanacak işin tanımı ve aynı zamanda teknik, fonksiyonel, ekonomik

talepleri belirten iş tanımı ve gerekli ise miktarlara ilişkin tüm ya da kısmi bir model plan içermelidir[420].

Fonksiyonel şartname (funktional Leistungsbeschreibung) genellikle, söz konusu işin uzmanlaşmayı gerektirdiği, sadece belli isteklilerden beklentinin karşılanmasının umulduğu ve isteklinin ihaleye çıkan idareden daha iyi planlama yapmasının söz konusu olduğu hallerde uygulanmaktadır[421]. Ancak genel olarak bu şartnamede, kural olan "kataloklu şartname (Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis)" kadar net belirlemeler yer almamaktadır. Yazara göre, fonksiyonel şartname katoloklu şartname ile karşılaştırıldığında ihale konusu işin gereklerini belirtme konusunda, yetersiz kalmaktadır[422].

VOB/A'da muhafaza edilen bir düzenleme de, istekliden beklenen işin özelliklerini anlatmaktadır. 7. maddenin 15. fıkrası uyarınca, isteklinin yapacağı teklif; ihale konusu işin yürütümü yanısıra, işe ilişkin olan yorumlar, işin açıklması, gerekirse kullanılacak miktarlar ve fiyat konusunda da bilgi vermelidir. Miktar ve fiyat tahmini konusunda istekliden beklenen, herhangi bir sınırlama olmadan ya da ihale dökümanlarında belirtilen tolere edilen miktarı yansıtan çerçevede, kullanılacak miktarları tam olarak belirtmesi ve teklif zamanı tarz ve miktar olarak belirlenmeyen özel durumları (kazı, su tutumu çalışması, patlama) kabul etmesi ve mümkün ise, yaptığı plan ve bildirmde bu konuda açıklama getirmesidir.

Bu düzenlemeden sonra dikkate sunulması gereken durum, anılan konuda, daha sonra değinilecek[423] yargı kararlarının verildiği tarihlerde söz konusu olan, VOB/A'nın 1990 tarihli halinde de, açık bir düzenleme bulunmasına rağmen, yargı önündeki uyuşmazlıkların genel olarak yukarıda belirtilen faktörlerdeki eksikliklerden kaynaklanmasıdır. Yargı yerlerinin önüne

---

[420] Schmidt bu şartnameyi, fonksiyonel şartname(fonktional Leistungsbeschreibung) olarak adlandırmaktadır. Jörg SCHMIDT , "Die Rechtlichen Rahmenbedingungen der Funktionalen Leistungsbeschreibung, **ZfBR**, 2001/1, s. 5.

[421] SCHMIDT, a.g.m., s. 6.

[422] SCHMIDT, a.g.m, s. 3.

[423] Bkz. tezin üçüncü bölümü.

giden şartnameden kaynaklanan uyuşmazlıkların benzer nitelikli olması, yapılan değişikliklerin daha belirgin bir şartname hazırlama imkânına yönelik olmasında kendini göstermektedir.

Genel hükümlerinin eşik değerler altı ve üstü için önem taşıması nedeniyle VOL/A'nın şartname konusundaki düzenlemesine de değinilmelidir. Şartname, 2009 tarihli metnin 7. maddesinde yer almaktadır[424]. Yeni düzenlemede eski düzenlemenin daha kısa hale getirilmesi dikkat çekmektedir. İçerik olarak bakıldığında, eskiden olduğu gibi, şartnamenin tüm isteklilerin anlayabileceği ve tekliflerin mukayesesine olanak verecek derecede açık olması gerekliliğine ilişkin düzenleme korunmuştur. Eski düzenlemede yer alan, masrafsız olarak fiyat bildirimini sağlayabilmek için, buna etki edecek koşulların belirlenip şartnameye konulması gerektiğine ilişkin düzenleme metinden çıkarılmıştır. Yargı kararları incelendiğinde, sorunların genel olarak fiyata etki eden yeni koşullar ya da koşullarda değişikliğe ilişkin olması karşısında, bu düzenlemenin metinden çıkarılması eleştiriye açık bir durumdur.

Kendisinin etkisi olmadığı, süreye ve fiyata ilişkin koşulları etkileyen durumların istekliye yüklenemeyeceğine ilişkin hükme yeni metinde yer verilmemesi, yargı kararlarındaki uyuşmazlıkların niteliği ve daha sonra ifade edilecek olan, isteklinin mahkeme önündeki hak arama koşullarının daha katı koşullara bağlı olması dolayısıyla eleştirilecek bir durumdur. İşin tanımlanmasında, tarz, yeterlilik ve kapsam açısından alışılagelmiş belirlemelerin kullanılması gerektiği; bunun yeterli olmaması halinde ise işin amacı, fonksiyonu ya da başka talepler, temel özellikler ve kurucu detayların kullanılabileceği düzenlemesi korunmuş; buna ayrıca tanım türleri ile bağlantı yapılabileceği de eklenmiştir.

Alman İhale Hukuku açısından temel kural, "alışılagelen" (verkehrsüblich) ifadeler ile şartname hazırlanmasıdır. Eski düzenlemede yer alan, belli bir ürün, usul, kaynak ya da temincinin açıkça kullanılmasının

[424] 2006 tarihli talimatın 8. maddesinde yer almaktadır.

ancak durumun bunu haklı göstermesi halinde olabileceğine ilişkin hüküm, VOL/A'nın 7. maddesinin 3. fıkrasında aynen korunmuştur. Durumun gerekli kılması halinde, işaretleme, numune ya da örneğin başka bir işe atıf yapılarak anlatılabileceğine ilişkin hüküm, 2009 metninden çıkarılmıştır. İşin yeterliliğine ilişkin kriterler içerisinde alışılmışın dışında taleplere yer verilmesinin bunun kaçınılmaz şekilde önemli olması halinde söz konusu olabileceğine ilişkin hüküm de metinden çıkarılmıştır. Bu durum, şartnamede tartışmalı noktalara yer verilerek uyuşmazlığa sebep olunmasının önüne geçme çabası olarak nitelendirilebilecektir. İşin tanımlanmasında alışılagelmiş terimlerin kullanılabilecek olması ya da belli kurallara atıf yapılabileceğine ilişkin düzenleme de metin dışında bırakılmıştır. Eski metinde yer alan teknik özelliklerin belli isteklilerin tercih edilerek bazılarının süreç dışı bırakılması etkisinin olamayacağı, bunu sadece koşullar haklı göstermesi halinde söz konusu olabileceğine ilişkin düzenleme de metinden çıkarılmıştır. Belli ürün ya da markaya yönelik terimlerin istisnai olarak ve ancak alışılagelmiş terimlerin yeterli olmaması halinde söz konusu olabileceği, bu hallerde de "veya benzeri" ifadesinin kullanılma zorunluluğu korunmuştur.

Yeni düzenleme uyarınca "veya benzeri" ifadesi; maddi bir sebebin ürün verilmesini gerekli kılması hallerinde kullanılmayabilecektir. Madde bu gerekliliği de, idarenin elindekinden mal ya da usul olarak farklı nitelikteki işi, elindeki ürün ya da usulle yapmak zorunda olması ve bunun oransız bir masraf, zorluk, usul gerektirmesi halleri ile sınırlamıştır. Anılan düzenleme, bu durumların yazılı hale getirilmesini emretmektedir. İşin, değerlendirilmesi için malın kalitesini saptama açısından, üreticinin açıklamasının temel nitelikli olması halinde isteklilerden örnek ya da numune talep edilebileceği ve bu açıklamaların doğru kabul edileceğine ilişkin düzenleme, 2009 tarihli VOL/A metninden çıkarılmıştır.

Şartnamenin içeriği konusunda önemli bir düzenleme 2009 yılında yapılan reform çalışmaları sırasında GWB'nin 4. fıkrasına 2. cümle şeklinde

eklenmiştir. *Anılan düzenlemeye göre, "ihale konusu işin ifasını sağlayabilmek için, ihale konusunun kapsamında bulunan ve şartnameden de anlaşılan özellikle sosyal, çevresel ya da inovasyona yönelik talepler şartmamede yer alabilecektir".* Söz konusu düzenlemeler, AB koordinasyon direktiflerinin iç hukuka aktarımı olarak gösterilmektedir[425]. Bu tür kriterler, genel kabul uyarınca teknik belirlemelere ya da yeterlilik koşullarına ilişkin olabilecektir.

Düsseldorf İhale Senatosu'na göre; açıkça bir yasaklama olmadığı sürece ve isteklinin teklifini vermesinden önce haberdar edilmesi koşulu ile, ihaleye çıkan idarenin en ekonomik teklifi saptarken, bu duruma yönelik çeşitli kriterlere başvurması söz konusu olabilir. İstekli teklifini vermeden önce, ek talepler konusunda bildirimin yapılmaması, isteklinin haklarının ihlali anlamına gelmektedir. Bu noktada kontrol yapacak ihale makamlarının yetkileri, idarenin bu konudaki takdir yetkisini, kötüye kullanılıp kullanılmadığı ya da hatasının olup olmadığının denetimi ile sınırlıdır[426].

Bischof'a göre istekliye bildirimi yapılan bu talepler, ihale konusunun ifası ile ilişkili olması sebebiyle, tekliflerin değerlendirilmesi sırasında kontrol edilmeli ve ihale dışı bırakmayı gerekli kılıyorsa, bu yönde karar verilmelidir. Ek kriterlere örnek olarak GWB'nin 97. maddesinin 4. fıkrasında sayılan sosyal, çevresel ya da inovasyona ilişkin kriterler gösterilebilir. Ek kriterlerin ihale konusu iş ile ilişkisi olması gerekmektedir. İhale konusu iş ile bağlantısı olmayan, daha genel nitelikteki talepler, ancak federal düzeyde GWB'de, ya da eyalet ihale kanunlarında açıkça yazılı olması halinde söz konusu olabilecektir[427].

Preiss'e göre, şeffaflık, işin kapsamı ve içeriğinin belirli olmasını gerekli kılmaktadır[428]. Yazar, şartnamenin fonksiyonunu, teklifin güvenilir bir

---

[425] BISCHOF, ITB, s. 195.
[426] OLG, Düsseldorf, 05.05.2008, VII-Verg 5/08), www.juris.de. 25.08.2010. Ayrıca bkz. BISCHOF, ITB, s. 195.
[427] BISCHOF, ITB, s. 195.
[428] PRIESS, I, s. 22. Serbest hizmetlere ilişkin olması sebebiyle VOF, geleneksel anlamda şartnameye yer vermemektedir.

şekilde hazırlanmasının ve mukayese edilebilirliğinin, teklifin doğru bir şekilde değerlendirilebilirliğinin, ihalenin verilmesinde doğru bir karara ulaşabilmenin, hizmetin arızasız ve teknik hatasız olarak sürdürülmesinin, sözleşmeye uygun ve kurallara uygun bir hesaplama yapabilmenin sağlanması şeklinde belirtmektedir.[429]. VOF[430]'un yaratıcılığa ilişkin işleri düzenlemesi, (freiberufliche Leistungen), şartname ile belirleme yapılmasını zorlaştırmaktadır[431].

Lüneburg İhale Komisyonu da bir kararında, VOB'da belirtilen özellikleri taşıyan şartnamenin, istekliler bakımından temel metin olduğu ve şartnamede tekliflerin ne şekilde verileceği konusunda açıklanmayan bir nokta kalmaması gerektiğini ifade etmektedir.[432]. Bischof'un ifade ettiği üzere, istekli teklifini vermeden önce, şartnameyi itinalı olarak kontrol etmek ve burada istenen kriterlere uygun bir teklif vermek durumundadır[433].

Şartnamenin taşıması gereken özelliklere ilişkin bir diğer düzenleme 2009 yılında yürürlüğe giren ve belli alanlarda ihale sürecini düzenleyen ve 2004/17 tarihli AB direktifinin uygulama alanı olan su, enerji ve taşımacılık alanlarına ilişkin düzenleme getiren SektVO'dur. Kararnamenin "şartname ve teknik talepler" başlıklı 7. maddesi uyarınca, şartname bütün isteklilerin aynı şekilde anlamasını sağlayacak ve birbirleri ile teklif konusunda kıyaslama yapmasına imkân verecek derecede açık ve anlamlı olmak zorundadır. İhale yapan idare, işin konusuna ilişkin teknik taleplerin bütün katılımcılar tarafından eşit derecede ulaşılabilir şekilde olmasını temin etmek durumundadır. Talep halinde ihaleci idare, sürekli kullandığı teknik koşulları, katılanlara belirtmek durumundadır. Kullanılacak teknik koşulların, sırasıyla Avrupa normlarına uygun ulusal teknik koşullara, Avrupa teknik kriterlerine,

---

[429] PRIESS, I, s. 23.

[430] Verdingungsordnung für Freiberufliche Leistungen. Bu düzenlemenin uygulamada az kullanımı ve eşik değer üstünde kalan ihaleler bakımından kullanımı sebebiyle, çalışmamızda ağırlık noktası uygulamada da temel konumda olan VOB/A ve VOL/A'ya göre yapılmaktadır.

[431] DRÜGEMÖLLER, a.g.e., s. 238.

[432] Bkz. Vergabekammer Lüneburg, 12.04.2002, 203-VgK-05/2002, http://www.oeffentliche-auftraege.de/g/rspr2002-l.htm, 01.10.2010.

[433] BISCHOF, ITB, s. 193.

ortak teknik özelliklere, AB organları tarafından kabul edilen uluslararası ya da diğer teknik atıf referanslarına, bunların eksikliği halinde ise ulusal kurallar, teknik kriterler ya da imar, hesap, imar işlerininin yürütümü ve ürünlerin teslimine ilişkin belirlemelere göre yapılması, her referanstan sonra "veya eş değeri" (oder gleichwertig) ibaresinin kullanılması gerekmektedir.

Aynı maddede, eşitliği ve rekabet sağlamak adına, belli girişimciyi öne geçirme ya da diğerlerini süreç dışı bırakma amacıyla belli ürün, kaynak, usul, patent ya da markaya atıf yapılamayacağı düzenlenmektedir. Böyle bir düzenleme ancak iş konusunun başka şekilde net olarak ifade edilememesi halinde istisnaen " ya da eşdeğer" ifadesi eklenmesi koşuluyla söz konusu olabilecektir.

Düsseldorf İhale Senatosu, şartnamenin açık ve anlaşılabilir olmasından ne sonuç çıkarılması gerektiğine ilişkin bir saptamada bulunmaktadır. Mahkemeye göre, şartnamede verilen bilgilerin teknik ve hukuki olarak icra edilebilir nitelikte olmaması halinde, isteklinin ayrıca bir çaba harcamasını gerektirmeyecek açıklıkta şartname hazırlama yükümü yerine getirilmemiş olmaktadır[434].

Münih İhale Senatosu'na göre, buna mecbur bırakan bir sebep bulunmamasına rağmen, şartnamede talep edilenlere yalnızca bir ürünün uyması halinde, tarafsız bir şartname hazırlanmış olduğundan bahsedilemez. Kararın verildiği sırada yürürlükte olan VOB/A'nın şu an temel olarak korunan, karar tarihindeki 9. maddesinin 5. fıkrası uyarınca, şartnamedeki teknik talepler bütün isteklilerin sürece dahil olmalarına izin vermeli ve rekabeti yasal olmayan bir şekilde engellememelidir[435].

Şartname hazırlanırken dikkat edilmesi gereken diğer hususlardan birisi, teknik koşulların belirlenmesine ilişkindir. Bu durum VOB/A'nın 7.

---

[434] OLG, Düsseldorf, 23.03.2005, VII-Verg 2/05, Verg 2/05,www.juris.de, 25.08.2010. Ayrıca bkz. BISCHOF, ITB, s. 193.

[435] OLG München, 11.08.2005, Verg 12/05, www.juris.de, 25.08.2010. Ayrıca bkz. BISCHOF, ITB, s. 193.

maddesinin 8. fıkrasında düzenlenmektedir. Anılan hükme göre, sözleşmenin konusu aksini haklı kılmadıkça şartnamedeki teknik koşullar bunlar belli bir üreticiye yarar sağlamakta ya da onun ihaleyi almasına yol açacak nitelikteyse, belli ürün, kaynak, marka, patent ya da ürünü işaret edemez. Böyle bir belirleme ancak, sözleşme konusunun başka şekilde anlaşılabilir hale getirilmemesi durumunda mümkündür ve "veya eşdeğer" ifadesinin eklenmesini de gerekli kılmaktadır[436].

Benzer bir düzenleme VOL/A'nın eski 8. maddesinin 3. fıkrasında de yer almakta idi. Söz konusu kural uyarınca; teknik koşulların belirlenmesi belli bir ürün ya da girişimcinin kayırılması ya da ihalenin ona verilmesi durumunu yaratmamalıdır. Böyle bir belirleme ancak, koşulların bunu haklı kılması halinde söz konusu olabilir. Belli bir marka ya da ürün adının kullanımı, bu olmadan anlaşılabilirlik sağlanamaması halinde, "ya da benzerleri" ifadesinin kullanımı kaydıyla mümkün olabilecektir. Yeni VOL/A(m.7/4) düzenlemesi uyarınca, durumun haklı kılması halinde "veya dengi" ifadesi eklenmek suretiyle belli ürün ya da menşeiye işaret edilebilir. Durumun haklı(gerekli) gösterdiği hallerde, bu ifadenin kaldırılması söz konusu olabilir. Metinde bu durumlara örnek olarak, idarenin elindeki ürünleri değiştirmek zorunda kalması ve bunun aşırı masraf oluşturması, kullanımda zorluk yaratması verilmiş ve bu sebeplerin belgelenmesi gereği ifade edilmiştir.

Şartname konusunda değinilmesi gereken diğer düzenleme "ihale dökümanı" başlıklı VOL/A'nın yeni 8. maddesidir. Madde ihale dökümanlarını sıralamakla beraber, esasen ihale dökümanlarının özelliğini belirtmektedir. Maddenin 1. fıkrası uyarınca, ihale dökümanları, ihale sürecine katılma kararını destekleyecek ve teklif vermeyi mümkün kılacak bütün verileri barındırmalıdır. Aynı zamanda madde şartnameyi, ihale dökümanları başlığı altında, sözleşme dökümanları içinde saymıştır[437].

---

[436] Aynı düzenleme 2006 tarihli metnin 10. maddesinde yer almakta idi.
[437] Madde uyarınca sözleşme dökümanlarının bir diğeri, sözleşme koşullarıdır.

Alman İhale Hukuku'nun 1998 yılı sonrasında AB mevzuatına göre şekillenmiş olduğu gerçeği, AB organlarının "şartname" konusundaki yaklaşımlarını ele almayı gerektirmektedir. Bu noktada önemli olan, ihaleci kuruluşun şartnameyi hazırlama konusunda takdir yetkisi olup olmadığı, varsa da bunun sınırlarıdır. Birlik organlarının konuya yaklaşımı, ihaleci kuruluşun ihalenin türü ve şekli konusunda takdir yetkisi bulunmasıdır, ancak, bu yetkinin de bazı sınırları olduğu kabul edilmektedir. İstekliler arasında milliyete dayalı ayrım yapılmadığı ya da belli bir ürüne göndermede bulunulmadığı sürece, idarenin şartnameyi düzenleme konusunda geniş takdir yetkisine sahip olduğu kabul edilmektedir[438]. Söz konuusu türden ayrımlar, AB Anlaşması'nın temel ilkeleri olan malların serbest dolaşımı gibi hedeflere engel olmaktadır.

2. Şartnamede Belirsizlik Yaratan Durumlar

Şartnamenin açık ve anlaşılır olması kuralının istisnasını, sonradan ortaya çıkma olasılığı olan durumlar (Bedarfpositionen) oluşturmaktadır. Bu durumlar tarafların ihmali ile oluşmuş değildir. Başka bir ifade ile, sonradan ortaya çıkma ihtimali olan durumlar şartname hazırlanırken ihale yapan idarenin de etkisinini bulunmadığı, ihale dökümanları hazırlanırken saptanamayan hallerdir. Bu sebeple sonradan ortaya çıkma olasılığı olan halleri, seçme(Wahlpositionen) ya da alternatif hakların olduğu (Alternativpositionen) durumlardan ayırmak gereklidir[439].

Seçimlik ve alternatif hallerde, ihale veren idarenin hizmetin yürütme şekli konusunda karar veremediği durumlar söz konusudur. Hizmetin yürütülme koşulları önceden bellidir. Vygene'e göre normal durumlar için ayırt edici olan özellik, çekince konmaksızın ihale konusu işin ihale dökümanında tanımlanması ve istekli bakımından kesin ve bağlayıcı bir teklif sunma imkânı

---

[438] Claus WEBER, "Zulaessigkeit und Grenzen von Leistungsbeschreibungen nach Europaeischem Vergaberecht", **NzBau**, 2002/4, s. 196.
[439] GROTH- SCHWARZMANN, B. 1, T. 4.7.5., s. 6, 7.

yaratmasıdır[440].Yazarın vurguladığı diğer bir durum, olağan durumdan farklılığı bulunan hallerin şartnamedeki eksiklikleri telafi etmek için kullanılmaması gerektiği, ama uygulamada bu yola sıkça başvurulmakta olduğudur[441] .

Groth-Schwarzmann, alternatif ya da seçmeli durumlara şartnameye yer verilmesinin açık şartname yasağını ihlal etme durumunu, bir oranlamayı dikkate almak sureti ile saptamaktadır. Yazarlara göre, bu durumlar(Alternativ oder Wahlpositionen) esas iş yanında ağırlıklı bir durum kazanır hale gelmekte ise, ihale hukukuna ve dolayısıyla açık ve net şartname hazırlanması kuralına aykırılıktan bahsedilebilecektir. Anılan yazarlar bir duruma daha vurgu yapmaktadır. Seçimlik hallere şartnamede yer verildiği somut durumlarda, istekli tarafından teklif verilmesinde kullanılacak en azından temel bilgilerin ve değerlendirmede dikkate alıncak kriterlerin bulunması zorunluluğu devam etmektedir[442]. Sonuç olarak şartnamede açıklık ilkesine istisna tesis edebilecek durumların hepsinin (Bedarf-Alternativ-Wahlpositionen) şartnamede yer alma sınırı, şartnamedeki açıklığın ortadan kalkmaması, somut durumun bunu gerektirmesi ve sadece işin minimum boyutlarına ilişkin olmasıdır[443].

Yine Groth-Schwarzmann'a göre; ihale yapan idare bakımından zorlayıcı bir durum söz konusu olmadığı halde, pek çok kez sonradan ortaya çıkma olasılığı olan durumlara yer verilmesi, sonradan kesinleşecek kararları haklı kılmak amacıyla seçimlik ya da alternetif koşullara şartnamede başvurulması; açık ve net şartname hazırlanma zorunluluğuna aykırıdır[444].

Priess'e göre, sonradan ortaya çıkma olasılığı olan hallere şartnamede yer verilmesi, istekli için hesaplama zorluğu, ihaleci kurum için ise teklifleri karşılaştırma zorluğu yaratmaktadır. Kısacası spekülasyon

---

[440] Klaus VYGEN, Rechtliche Probleme Bei Ausschreibung, Vergabe und Abrechnung von Alternativ und Eventualpositionen, **BauR**, 1992/2, s. 135.
[441] VYGEN, a.g.m., s.136., aynı yönde bkz. GROTH- SCHWARZMANN, B1, T. 4.7.5., s. 6.
[442] GROTH- SCHWARZMANN, B. 1, T. 4.7.5., s. 7.
[443] GROTH- SCHWARZMANN, B. 1, T . 4.7.5., s. 8.
[444] GROTH- SCHWARZMANN, B. 1, T. 4.7.5., s. 6.

olasılığını artırmaktadır. Anılan sebeple, ancak belli koşullar altında varlığı kabul edilebilir.

Sonradan ortaya çıkma olasılığı olan durumların haksız yere kabul edilmesi Priess'e göre aslında ağır bir ihale süreci hatasıdır ve ihalenin kaldırılmasına dahi yol açabilir. Bu durumlar aynı zamanda hem ihale yapan idare, hem istekli bakımından dezavantaj oluşturmaktadır. Söz konusu hallerin kabulü fiyatları artırmakta ve tekliflerin değerlendirilmesi noktasında manipülasyon olasılığını artırmaktadır. Anılan durum, aynı zamanda ihalenin en hesaplı teklifi veren istekli üzerinde bırakılmasının da önüne geçmektedir[445]. Yazara göre bu sebeple, tekliflerin değerlendirilmesinde sınırlı olarak ele alınmalı ve işin başarısı açısından kritik noktaya konulmamalıdır. Sonradan ortaya çıkma olasılığı olan durumların tekliflerin değerlendirilmesinde ne kadar dikkate alınacağının, şartnamede yazılıp yazılamayacağının ölçüsü, açık ve net şartname ile ne derece bağdaştığıdır. Yazarın bu konuda yaptığı saptamaya göre, sonradan ortaya çıkma olasılığı olan duruma ilişkin şartnameye hüküm eklenebilmesi için, bu durumun esas işin yanında küçük kapsamda olması gerekmektedir[446]. Priess'e göre böyle bir hal için şartnamaye hüküm düşülmesi halinde, metne bu durumun gerekçesinin de konulması gerekmektedir. Şartnamede yer alacak sonradan ortaya çıkma olasılığı olan durumlar kesinlikle, işin devamı açısından zorunlu ve şartnamenin hazırlanması sırasında yere ve tekniğe ilişkin tüm bilgilere rağmen tespit edilememiş olmalıdır[447].

Priess'e göre söz konusu oranın saptanmasında belirleyici faktör; işin koşulları, öngörülmeyen durumun genel iş içinde temsil ettiği miktar ve istekli için ne derecede katlanılabilir olduğu olmalıdır. İhale konusu iş tutarı içinde işin maliyetinin %10'unu geçen oranlarda öngörülemeyen durumların şartnamede yer alması açık ve net şartname kuralına aykırı düşmektedir, ancak istisnai hallerde kabul edilebilir. Sonuç olarak öngörülemeyen

[445] PRIESS, I, s. 26.
[446] PRIESS, I, s. 27.
[447] GROTH- SCHWARZMANN, B. 1, T. 4.7.5., s. 6. Esas işin yanında söz konusu olabilecek gereken minimum yüzdelik oran miktarı da tartışmalıdır.

durumlara ilişkin şartnameye hüküm düşülmesi açık ve net şartname kuralı karşısında istisnadır ve istisnalar dar yorumlanmalıdır[448].

Sonradan ortaya çıkma olasılığı bulunan durumlara şartnamede yer verilemeyeceğine ilişkin hüküm, VOB'un eski 9. maddesinde yer almakta idi ve bu durum yeni metnin 7. maddesinde korunmaktadır. Düzenlemeye göre sonradan ortaya çıkma olasılığı olan durumlara şartnamede yer verilmesi istisnaen kabul edilebilecektir, ancak bu durum, VOL/A'nın eski metninde yer almadığı gibi, 2009 tarihli metinde de yer almamaktadır. Bu durum uygulamada, anılan durumlara ilişkin belirlemenin şartnamede yer alıp alamayacağı konusunda doktrin ve yargı uygulamasında tartışma konusu olmuştur. Yargı uygulaması uyarınca, bu konuda VOB ve VOL arasında analoji yapılması söz konusu olamazdı. Çünkü konusal olarak VOL, genel olarak planlanması kesin olarak mümkün olmayan işlerin ihalesine dayanmaktadır. Doktrinde ise genel olarak, bu iki metin arasında analojinin mümkün olduğu kabul edilmektedir, çünkü aksi bir görüşün kabul edilmesi halinde, sonradan ortaya çıkma olasılığı olan durumların söz konusu olabileceği durumların şartname aracılığı ile tanımlanabilme olasılığı ortadan kalmaktadır. Doktrin bu konuda sınırı da çizmektedir. Başkın görüş uyarınca, bu durumlar ancak temel iş yanında sınırlı bir miktarın söz konusu olması halinde kabul edilebilecektir[449].

Uygulamada şartnamede düzenlenen konulardan bir tanesi de, fazla çalışmaya ilişkin ödemelerdir (Studenlohnarbeiten). Bu hükümlerin genel olarak, şartnamede son kısımlara eklendiği görülmektedir. Bahsedilen konudaki genel kabul, VOB'da açıkça belirtilen, fiyata etki eden koşulların şartnamede yer alması kuralı gereğince, fazla çalışmaya ilişkin ödemelerin ancak zorunlu olan hallerde şartnamede kabul edilebileceğidir[450].

---

[448] PRIESS, I, s. 27.
[449] PRIESS, I, s. 26.
[450] GROTH- SCHWARZMANN, B. 1, T. 4.7.5., s. 8, 9., VOB/A'nın 2006 tarihli metninde yer alan bu düzenleme 2009 tarihli metinde korunmamıştır. VOL/A'nın hem eski hem de yeni metninde anılan konu düzenlenmemiştir.

Groth ve Schwarzmann'ın vurguladığı üzere, VOL/A bakımından, seçimlik ve alternatif (Wahl oder Alternativpositionen) durumlara şartnamede istisnai olarak ve temel olmayan işler bağlamında yer verilmesi gerekmektedir. Bu durumlar şartnamedeki eksiklikleri telafi etmek amacıyla kullanılmamalıdırlar. Sonradan ortaya çıkma olasılığı olan haller de, zorunlu olması ve esas iş yanında belli bir miktarı aşmamak koşuluyla şartnamede yer alabilir[451].

Şartnamede netlik sağlanması konusunda Groth/ Schwarzmann önemli bir farka dikkat çekmektedir. Yazara göre, eksik (unvollstaendigen) ya da hatalı (fehlerhaften) şartnamede anlamlı ve net bir ifade tarzı bulunmaktadır; ancak esasen ihale konusunun yanlış ya da eksik anlatımı söz konusudur. Net olmayan (unklar) şartnamede ise, temel durumların hesabına imkân veren bir netlik söz konusu değildir[452].

Şartnamedeki hataların yarattığı sıkıntılı bir diğer durum idarenin ve isteklinin işin türü ve yapılış şekli konusunda, şartnamenin açık olmaması sebebiyle, şartnamedeki ifadelerden farklı şeyler anlamalarıdır. Tam ve açık olmayan ya da hatalı şartname, tekliflerin belirlenmesi ve verilmesini, ihale usulünün yürütülmesini etkilediği gibi, ihaleyi açan kuruluşun kararını da olumsuz şekilde etkilemektedir[453].

VOL/A ve VOB/A'nın eski metinlerinin 19. maddesinin 3. fıkrasında da belirtildiği üzere, istekli yaptığı teklif ile bağlıdır. Bu teklif şartnameye dayanarak yapılmaktadır. Şartnamedeki bir hata, teklifin yanlış olması sonucunu doğuracak ve istekli bu yanlış teklifle bağlı kalacaktır.

Yeni talimatlarda her ne kadar 19. maddeye benzer bir düzenlemeye açıkça yer verilmemesi, eleştirilebilecek bir durumsa da, bu hal şartnamenin tekliflere dayanak olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Bunun yanısıra ihale dokümanlarındaki belirsizlikler, ihaleci kuruluşun daha çok harcama

---

[451] GROTH- SCHWARZMANN, B. 1, T. 5.3.6, s. 2-3.
[452] GROTH- SCHWARZMANN, B. 1, T. 4.7.5, s. 5.
[453] DRÜGEMÖLLER, a.g.e., s. 239.

yapmasına da sebep olabilir. Şartnamenin bir parçası olduğu usul sürecinde yapılan hatalar, sadece sözleşmenin başlangıcı aşamasına ilişkin uyuşmazlıklarla sınırlı kalmayıp, daha büyük sorunlara yol açabilir. Söz konusu duruma örnek olarak BGH'nın 19.12.1985 tarihli kararı gösterilebilir. Olayda köprünün yeniden inşasına ilişkin bir ihale söz konusudur. En düşük fiyatla ihaleyi alan istekli, 350.000 Mark değerindeki yan masrafları değerlendirmeye almamıştır. İhaleyi açan kuruluş da bu ek masrafları üstlenmek istememiştir. Bunun üzerine istekli, teklifini iptal ettiğini açıklamış ve idare yeniden bir ilan hazırlamıştır. Bu yenileme için idare 800.000 Mark masraf çıkarmış ve bunu istekliden talep etmiştir. Yerel mahkeme davayı kabul etmiş, eyalet üst mahkemesi kabul etmemiştir. Yargıtay ise, işi tamamlamanın isteklinin alanı içinde olduğu sonucuna varmıştır ve davayı yeniden üst mahkemeye sevk etmiştir. Yargıtay'a göre, teklifini ne şekilde hesapladığı, isteklinin kendi meselesidir, ihale yapan idarenin isteklinin teklifi ile bağlı kalmasını talep etmesi, onun güvenilmez biçimde davrandığı şeklinde yorumlanamaz[454].

Şartname konusunda yaşanan en büyük sıkıntılardan biri diğeri, isteklinin hesaplama hatalarıdır. Bu noktada, şartnamenin düzgün bir hesaplamaya olanak vermesi büyük önem taşımaktadır. Şartname ayrıca potansiyel isteklinin için fiyat hesaplaması için önem taşırken, ihale yapan kuruluş bakımından da faydası bulunmaktadır. Şöyle ki, şartname aynı zamanda ihale yapan kuruluşu, isteklinin yan taleplerinden korumaktadır[455].

Şartnamenin içerisinde bulunduğu ihale dökümanının, ihale sürecinin sağlıklı bakımdan yürütülmesi bakımından önemi Türk Hukuk Sistemi düzeyinde 4734 sayılı Kanun'un 16. maddesindeki düzenlemede açıkça belirtilmektedir. Madde uyarınca, ihale dokümanında yer alan belgelerde ihalenin yapılmasına engel olan ve düzeltilmesi mümkün bulunmayan hususların bulunduğunun tespit edildiği hallerde ihale saatinden önce ihale

---

[454] Nakleden: Siegfried BROSS, "Ausgewaehlte Probleme des Vergabewesens der öffentlichen Hand", **Verwaltungsarchiv**, 1993, B. 84, s. 408-409.
[455] ZIEKOW, a.g.e., s. 158.

iptal edilebilecektir. İhale dökümanının, isteklilerin tekliflerini yerine getirmekle yükümlü oldukları hizmetleri belirlemede temel kıstas olması, Kamu İhale Kanunu'nun 37. maddesinin 1. fıkrasındaki düzenlemeden de açıkça anlaşılmaktadır. Söz konusu hükme göre, ihale komisyonunun talebi üzerine idare tekliflerin incelenmesi, karşılaştırılması ve değerlendirilmesinde yararlanmak üzere net olmayan hususlarla ilgili isteklilerden yazılı olarak tekliflerini açıklamalarını isteyebilir. Bu açıklama, hiçbir şekilde teklif fiyatında değişiklik yapılması veya ihale dokümanında yer alan şartlara uygun olmayan tekliflerin uygun hale getirilmesi amacıyla istenilmez ve yapılmaz. İhale dökümanının ihale süreci bakımından önemini bir kez daha vurgulamak isteyen yasakoyucu, Kanun'un "idarelerce uyulması gereken diğer kurallar" başlıklı 62. maddesinin f bendinde, ihale dökümanı hazırlanmadan ilan yapılamayacağı kuralına yer vermiştir.

3. Şartnamenin Yorumu

Şartname ile diğer ihale işlemleri ve dokümanları arasındaki ilişki Almanya'da da oldukça sıkıdır. Priess'e göre, VOL/A ve VOB/A'nın 7. maddelerindeki, şartnamenin "açık" olması emrine aykırı şartnameler, yorum yapılamaması ve düzeltilemez bir eksiklik içermesi durumunda, ihalenin resen kaldırılmasına dahi sebep olabilecektir[456]. Bu müdahale için GWB 107vd maddelerine uygun bir usul içinde şikayet yapılıp yapılmaması önemli değildir[457].

Şartnamenin açık olmaması ya da fiyat bildirimine etki yapan ihale konusu işin kapsamını içermemesi halinde, ihalenin kaldırılmasından önce, yorum yoluyla anlamlı ve net bir şartnameye ulaşılıp ulaşılamayacağı tartışmalıdır. Temel kural, şartnamenin yorumlanmasının, ihalenin kaldırılmasına öncelikli olduğudur. Belirtilmesi gereken bir diğer durum, isteklinin şartnameyi yorumlamak zorunda olduğudur. Yorum konusunda,

---

[456] PRIESS, I, s. 23.

[457] GWB 107/1. madde uyarınca, İhale Dairesi'ne başvuracak isteklinin şikayet konusunu oluşturan noktayı, daha önceden ileri sürmüş olması gerekmektedir.

VOB, VOL ve VOF'un istekliyi koruyan nitelik taşıyan düzenlemeleri istekliye yardımcı olabilecek niteliktedir. BGH'ya göre, çok anlamlı bir şartnamedeki gereklilikler, ihalenin dayandığı mevzuata uygun şekilde yorumlanabiliyorsa, isteklinin şartnameyi bu şekilde anlayabileceği kabul edilmektedir[458].

Braunschweig Eyalet Üst Mahkemesi[459], şartnamedeki kuralların, dayanılan mevzuata uygun yorumlanması gerektiğini vurgulamıştır[460]. Yorum sırasında dikkate alınması gereken bir diğer durum, Federal İhale Kurumu tarafından belirtilmektedir. Buna göre, şartnamede ifade edilen halin piyasadaki genel kurallardan farklı olduğu, dava konusu olayın bütününden çıkarılabiliyorsa, istekli bu şartın şartnamede açıkça ifade edilmesini bekleyemez[461].

Priess, şartnamenin yorumunun, genel yorum kurallarına göre yapılması gerektiğini vurgulamaktadır. Yazara'a göre, genel kabul, ihale dokümanlarına uygun yorum yapılması yönündedir ve BGH, yorum konusunda sözleşmenin sözüne büyük bir önem atfetmektedir. Mahkeme, yorumda BGB'de yer alan sözleşme teklifine ilişkin kuralları kullanmakta ve teknik, kalite, amaç gibi durumları da hesaba katmaktadır. Şartnamenin gereği gibi yorumlanması için, mantıklı ve şartnamede yazan açıklamalara güvenen bir istekli önemli rol oynamaktadır. Şartnamedeki muğlâklılıkları netleştirmek adına yorum yapmanın ne dereceye kadar mümkün olduğunun sınırını saptamak da kolay değildir. İstekli daha sonra yaşanması mümkün olabilecek sorunlarda hak kaybına uğramak istemiyorsa, şartnamedeki eksiklikleri fark ettiği anda bunu idareye bildirmek durumundadır[462].

---

458 BGH, 09.01.1997, NJW,1999, s. 1577.

459 İhale Senatoları, OLG nezdindeki yapılanmalardır. 1998 yılında İhale Hukuku alanında yapılan reform sonrasında eşik değer üstünde yer alan ihalelerde İhale Dairesi kararlarına karşı bu Senatolara başvurma imkânı tanınmıştır. 1998 senesi öncesinde ihale hukuku alanında eşik altı ve üstünde yer alan ihale ayrımı olmayıp, uyuşmazlıklar adli yargı yerleri tarafından çözümlenmektedir.

460 OLG, Barunschweig, 09.01.1997, VII-ZR 259/95, BauR, 1997, s. 466-467.

461 Bundes Kartellamt, 29.05.2001, VK 1 - 13/01, http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/archiv/EntschVergArchiv/2001/EntschVerg01.php, 22.09.2010.

462 PRIESS, I, s. 23, 24.

Düsseldorf İhale Senatosu, anlamsız olmadığı sürece şartname ve diğer ihale dökümanlarının sözüne güvenilmesi gerektiği görüşündedir[463].

Alman İhale Hukuku açısından kabul gören bir durum Stuttgart İhale Dairesi tarafından vurgulanmaktadır. Daireye göre şartnamenin açık olması gereğinin yanı sıra, isteklinin şartnameyi kontrol etmesi gerekmektedir. Söz konusu kontrol yükümünü sınırı bulunmaktadır. Somut bir işaret olmadığı sürece, konuda uzman bir isteklinin dahi yanlış anlayabileceği kapsamda bir durum için araştırma yapma ödevinin isteklide olduğu söylenemez[464].

X. ŞARTNAMEDE DEĞİŞİKLİK YAPILMASI

Şartnamenin içinde bulunduğu ihale dokümanının, ihale sürecine yön veren temel metinler olması, bunlarda yapılacak değişikliklerin ayrıca yasakoyucu tarafından düzenleme konusu yapılmasınl gerektirmiştir. Kamu İhale Kanunu'nun 29. maddesi uyarınca, kural ihale dökümanında ilan sonrasında değişiklik yapılmamasıdır[465]. İlandan sonra ihale dokümanında değişiklik yapılması ancak zorunlu olması halinde ve yeniden ilan yapılması koşulu ile mümkün olacaktır[466]. Bu değişiklik "zeyilname" adı verilen ve ihale

---

[463] OLG Düsseldorf,19.12.2001, Verg 42/01, NzBau, 2001, s. 287.

[464] Sttutgart İhale Dairesi Kararı, 03.06.2002, 1VK 20/02, Nakleden: PRIESS, I, s. 24.

[465] 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 19. madde uyarınca "İlan yapıldıktan sonra şartname ve eklerinde değişiklik yapılamaz. Değişiklik yapılması zorunlu olursa, bunu gerektiren sebep ve zorunluluklar bir tutanakla tespit edilerek önceki ilanlar geçersiz sayılır ve iş yeniden aynı şekilde ilan olunur".

[466] İlandan sonra yapılacak değişiklikler açısından, bu aşamada düzenleyici idari işlem olduğu genel kabul gören şartnameden bazı istekliler lehine hak doğması olasılığı sorun yaratabilecek niteliktedir. Çünkü idare, değişiklik yaparken düzenleyici idari işlemin kaldırılması, geri alınması ya da değiştirilmesine ilişkin prensipleri dikkate almak zorunda kalacaktır. Bu durum ayrıca bir şikayet başvurusuna konu olabilecek niteliktedir. Düzenleyici işlemin geri alınması konusunda detaylı bilgi için bkz. ATAY, a.g.e., s. 515 vd. Kamu ihale mevzuatında yer alan sürelere uymadan sözleşme imzalanan hallerde, Kurul tarafından düzeltici işlemle giderme kararı verilen hallerde de, sözleşme hükmü haline geldiği bazı yazarlarca savunulan hükümlerde değişiklik yapılması da ayrı bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Danıştay, Baştaş Türk Maadin Ltd Ortaklığı ile Ekonomi ve Ticaret Bakanlığı arasında bir uyuşmazlığı çözerken, idare hukuku esaslarına göre idari sözleşmeye bağlı şartnamelerde, iki tarafın rızası ya da ya da imtiyazcıya tazminat verilmek suretiyle, şartnamede idare tarafından tek taraflı değişiklik yapılabileceğine karar vermiştir. DDDUH, 05.12.1952, E. 1952/320, K. 1952/137, Nakleden: Osman MERİÇ, "İdari Sözleşme Müesesesinin Doktrin ve İçtihatta İşlenmiş ve İşlenmemiş Yönleri", DD S. 11, 1973, s. 80. Aynı yönde bkz. DDDGK, 24.10.1974, E. 1974/33, K. 1974/62, DD S. 18-19, 1975, s. 253 vd. Anılan karara göre şartname hükümlerinde değişiklik yapılması, idarece yalnızca kamu hizmetini

dökümanının parçası olan bir belge ile yapılacak ve zeyilname teklif gününden en az on gün önce ilgillere gönderilecektir. Düzenlemede dikkat çeken nokta, ihale dokümanındaki değişikliklerin ihale sürecini etkileyeceğini çok iyi bilen yasakoyucunun, değişikliklerin ilanı konusunda titiz davrandığıdır.

Kamu İhale Kurulu, ihale dökümanında 4734 sayılı Kanunu'nun 29. maddesine aykırı şekilde faks ile değişiklik yapılması halini ihalenin iptali sebebi olarak değerlendirmiştir: *"İlân yapıldıktan sonra ihale dokümanında değişiklik yapılmaması esastır. Değişiklik yapılması zorunlu olursa, bunu gerektiren sebep ve zorunluluklar bir tutanakla tespit edilerek önceki ilânlar geçersiz sayılır ve iş yeniden aynı şekilde ilân olunur. Ancak, ilân yapıldıktan sonra, tekliflerin hazırlanmasını veya işin gerçekleştirilmesini etkileyebilecek maddi veya teknik hatalar veya eksikliklerin idarece tespit edilmesi veya isteklilerce yazılı olarak bildirilmesi halinde, ihale dokümanında değişiklikler yapılabilir. Yapılan bu değişikliklere ilişkin ihale dokümanının bağlayıcı bir parçası olan zeyilname, son teklif verme gününden en az on gün öncesinde bilgi sahibi olmalarını temin edecek şekilde ihale dokümanı alanların tamamına gönderilir…" hükmü bulunmaktadır. 4734 sayılı Kanunun 29 uncu maddesinde belirtilen usul ve süreye aykırı olarak ihale dokümanında değişiklik yapıldığı, ihale usulünün uygulanması ve teklif verme şeklini düzenleyen bu değişikliğe karşı istekli tarafından ihaleye teklif kararından sonra ortaya çıkması nedeniyle, ihale komisyonu kararına karşı şikayet başvurusunda bulunulmuştur. 4734 sayılı Kanunun 29 uncu maddesinde zeyilname düzenlenmesine ilişkin hükümlere aykırı olarak faks ile değişiklik yapılması, yapılan değişiklikten bağımsız olarak, ihalenin iptaline neden olacak nitelikte olduğu anlaşılmıştır"*[467].

---

ilgilendiren sözleşmelerin şartlarına dokunulması ve idarenin bu yetkisinin akit tarafa aşırı mükellefiyet getirmemesine bağlıdır.

[467] KİK, 03.11.2003-UK-Z-639, RG. 25310.

Kamu İhale Kurulu, zeyilname düzenlemeksizin, idari şartnamedeki ihale saatinin değiştirilmesini hukuka aykırı bulmaktadır[468]. Zeyilname konusunda dikkat edilmesi gereken bir diğer durum zeyilnameye hazırlanmasındaki sürelere uyulmasıdır. Kamu İhale Kurulu bir kararında anılan duruma değinmektedir: "*İdarenin düzenlemiş olduğu "zeyilname" nin yukarıda açıklanan mevzuata göre son teklif verme tarihinden veya son başvuru tarihinden en az on gün (10) öncesinde bilgi sahibi olmalarını temin edecek şekilde ihale veya ön yeterlik dokümanı alanların tümüne yazılı olarak iadeli taahhütlü mektup yoluyla gönderilmesi veya imza karşılığı elden tebliğ edilmesi gerekirken, söz konusu "zeyilname" nin tebliğinde bu sürelere uygun hareket edilmeyerek son başvuru tarihinden bir gün önce yani 22.12.2008 tarihinde firmalara elden tebliğ edilmesi mevzuata aykırılık teşkil etmektedir"*[469]. "*Kanunlarda, yetkili makam tarafından kullanılacak yetkinin belli bir süre içinde kullanılması öngörülmüş olabilir. Bu tür süreler bazen "güvence" niteliğinde bazen de idari kararların hızlı alınabilmesi amacına yöneliktirler. Söz konusu süreler güvence niteliğindeki süreler ise, bu sürelerin dolmasından sonra idari işlem yapma yetkisi sona erer. Örneğin mevzuatımıza göre, disiplin kovuşturmalarına belli bir süre içinde başlanılmasını ve belli bir süre içinde bitirilmesi gerekir. Bu süreler içinde disiplin kovuşturmasına başlanmaması veya disiplin kovuşturmasının tamamlanmaması, disiplin kovuşturması sonucu verilen disiplin cezasını, "zaman yönünden yetkisizlik" nedeniyle hukuka aykırı kılar"*[470]. Şartname isteklilerin teklif verebilmelerini sağlayan temel metin olduğu için, şartnamede değişiklik yapan zeyilnamenin güvence niteliğindeki süreler olduğu ve bu sürelere uyulmamasının işlemde hukuka aykırılık yarattığını kabul etmek gerekir.

Elektronik platformda hazırlanan dökümanlarda değişikliğin ne şekilde yapılacağı Elektronik İhale Yönetmeliği'nde düzenlenmiştir. Anılan yönetmeliğin 17. maddesi uyarınca; *"1) İhale veya ön yeterlik dokümanında,*

[468] KİK, 26.08.2003, UK-Z-367, RG. 25227.
[469] KİK, 09.02.2009, UH-I-650, , www.kik.gov.tr, 21.09.2010.
[470] AKYILMAZ- SEZGİNER- KAYA, a.g.e., s. 398, Aynı yönde bkz. GÜNDAY, a.g.e., s. 139.

ilgili uygulama yönetmeliğinde belirlenen esaslara uygun olarak değişiklik yapılması gerekirse, bu değişikliklere ilişkin zeyilname aynı gün EKAP'a kaydedilir ve daha önceden dokümanı satın alanlara bildirilir. Tekliflerin elektronik ortamda alındığı ihalelerde ise zeyilname, e-imza kullanarak dokümanı indirmiş olan gerçek ve tüzel kişilere EKAP üzerinden gönderilir. (2) Tekliflerin elektronik ortamda alındığı ihalelerde zeyilname düzenlenmesi halinde, e-tekliflerini geri almak isteyen istekliler, EKAP üzerinden e-imza kullanarak e-teklifi silmek suretiyle bu işlemi gerçekleştirirler. (3) İhale veya ön yeterlik dokümanında açıklanmasına ihtiyaç duyulan hususlarla ilgili olarak, Kanunun 29 uncu maddesine göre açıklama yapılması halinde; yapılan açıklamalar aynı gün EKAP'a kaydedilir. Yapılan açıklama, daha önceden dokümanı satın alanlara bildirilir. Tekliflerin elektronik ortamda alındığı ihalelerde ise yapılan açıklama, e-imza kullanarak dokümanı indirmiş olan gerçek ve tüzel kişilere EKAP üzerinden gönderilir".

Kamu İhale Kanunu'nun 29. maddesinin 3. fıkrasında, ilgililere ihale dokümanının açıklanmasını isteme hakkının tanınması, ihale dokümanının teklif hazırlama ve dolayısıyla ihale sürecini başarıyla tamamlama noktasındaki önemini bir kez daha göstermektedir.

Kamu İhale Kanunu'nun 29. maddesinin 2. fıkrası uyarınca ancak, tekliflerin hazırlanması veya işin geciktirilmesini etkileyecek maddi ya da teknik hatalar veya eksiklikler olması halinde ihale dökümanında değişiklik yapılması için, istekliler de bildirim yapabileceklerdir. Ancak bu bildirimin süresi hakkında Kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Kamu İhale Kurulu'na göre "*Ancak Kamu İhale kanunu ve ikincil mevzuatlarda zeyilnameye ilişkin hükümler incelendiğinde, sadece istekli veya adayların teklif hazırlamasını veya işin gerçekleştirilmesini etkileyebilecek maddi veya teknik hataları veya eksiklikleri yazılı olarak bildirmeleri gereği belirtilmiş ancak bu yazılı bildirimin hangi süre içersinde yapılması gerektiğine ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Bu hususa yönelik herhangi bir süre öngörülmemiş olduğundan idarelerin, ihale dökümanında değişiklik talebi içeren yazılı başvurular karşısında süreye*

uyulmadığını gerekçe göstererek başvuruyu red etmeleri hukuken mümkün değildir. İdareler bu şekilde bir başvuruyu yalnızca esastan inceledikten sonra kabul veya red kararı verebilirler"[471]. Kanunda isteklilerin sürece katılmalarına fırsat verilmesi olumlu bir yaklaşımdır ancak ihale mevzuatındaki sürelerin kısalığı, sürecin işleme hızı dikkate, bir an önce tekliflerin verilebilmesine olanak sağlamak amacıyla ilgililerin düzeltme talepleri bir süre ile sınırlanmalıdır. Kanun sistematiği ile uyum sağlamak adına bu sürenin, idarenin şartnamede değişiklik yapması için öngörülen on gün olması düşünülebilir.

Alman İhale Hukuku açısından şartnamede belirtilen koşullarda değişiklik yapılması ancak, belirsizlik durumunda söz konusu olabilir. Kural olarak, ihale dökmanlarının istekli tarafından değiştirilmesi mümkün değildir. Bu kuralın, istisnaları Priess tarafından detaylı olarak değerlendirilmektedir. İhale dokümanlarında açıklık olmaması, isteklinin ihale açan kurumdan açıklama istemesine rağmen açıklama gelmemesi halinde[472], teklifini mantıklı gerekçelere dayandırarak ve ihale dökümanlarında silme yolu ile değişikliğin gerçekleştirmesi mümkündür. Böyle bir durumda, buna dayanılarak isteklinin ihale dışı bırakılması mümkün değildir. İsteklinin bu yaklaşımının yerindeliği, değerlendirme sonucunda karar verilecek bir durumdur. İlgilinin bahsedilen şekildeki davranışını destekleyebilmesi halinde, söz konusu durum kendisine bir yük getirmeyecektir. Genel ticari kurallara aykırılık halinde, ihale dökümanlarında değişiklik bir yana, bunların bir kısmının iptali söz konusu olabilir. Bununla birlikte söz konusu durum, idare için ihale usulünden vazgeçilmesi anlamına gelemez ve idare isteklilerden yasal olmayan taleplerde bulunamaz. İhale dökümanında yapılan değişiklikler ve iptallerin istekliler için her zaman risk alanı olduğu gözden kaçırılmamalıdır[473]. Şayet ihaleci kuruluşun, isteklinin seçtiği yoruma ilişkin şüpheleri varsa, bu durum ihale komisyonlarınca kontrol edilebilecektir. İdare, isteklinin ihale dışı

[471] KİK, 19.08.2008, 2008/UM.Z-3451, www.kik.gov.tr, 20.09.2010.
[472] İhale açan kuruluş, isteklinin sorularını yanıtlamak zorundadır çünkü, muhtemel ihale dışı bırakma yetkisini elinde tutmaktadır.
[473] PRIESS, I, s. 24.

bırakılmasına karar vermiş ama onun yorumunun mantıklı olmadığını ispat edememişse, ihale dışı bırakma kararı varlığını kaybedecektir[474].

İhale dökümanlarında değişiklik ve çıkarma yapılması durumunda hem idarenin, hem de isteklinin bu değişiklik ya da çıkarmanın gerekli olduğunu ispatlaması gerekmektedir. Değişiklik ya da çıkarma hallerinde, isteklinin ihale dışı bırakılması, bunun gerçek bir şartname değişikliği ya da şartnameden düzenleme çıkarımı olduğu ile ispatlanabilir. Anılan durumda ispat, istekli için daha zor bir nitelik taşımaktadır; onun görevi, ilgili kısmın pek çok farklı anlama geldiği ve şüpheli ifadeler içerdiğini ispat etmektir[475].

[474] PRIESS, I, s. 25.
[475] PRIESS, I, s. 25.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ŞARTNAMENİN HUKUKSAL DENETİMİ VE DENETİMİN SONUÇLARI

I. TÜRK HUKUKUNDA DENETİM

Türk İhale Hukuku sisteminde, ihale sürecine ilişkin işlemlerin kontrolü hem idari hem de yargısal denetimi kapsayan bir yapı arz etmektedir.

A. İdari Denetim

Hukuk sistemimizde, şartnamenin "idari işlem" niteliği taşıdığı noktasında tartışma bulunmamaktadır. İdari işlem anlamında türü tartışma konusu olmakla beraber, ikinci bölümde açıklandığı üzere, gerek doktrin gerekse yargı uygulamasında genel kabul, şartnamenin düzenleyici idari işlem olması yönündedir. Bu kabulün doğrudan sonucu şartnamenin, iptal davasına konu olabilecek olmasıdır, çünkü hukuk devletinin temel özelliklerinden bir tanesi, idarenin işlemlerine karşı yargı yolunun açık olmasıdır. Bu durum Anayasamızın 125. maddesinde, idarenin her türlü işlem ve eylemine karşı yargı yolunun açık olduğu şeklinde ifade edilmiştir.

İYUK'nun 2. maddesi uyarınca, idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve amaç unsuru yönünden hukuka aykırı oldukları gerekçesi ile menfaatleri ihlal edilenler tarafından iptal davası açılabilecektir. Bu kapsama düzenleyici idari işlemlerin ve şartnamenin de girdiğine kuşku bulunmamaktadır, ancak idari işlemin iptal davasına konu olabilmesi için, icrai olması yani ilgililerin hakları üzerinde hukuki etki yaratması gerekmektedir. Söz konusu duruma paralel olarak, bugün Türk hukuk sisteminde kabul edilen durum, idarenin gerek özel hukuk, gerekse idari sözleşmelerinde, icrai nitelik taşıyan işlemlerin sözleşmeye ilişkin sürece dahil olsalar da, iptal davasına konu olabileceği şeklindedir. Bu kapsama,

icrai niteliği konusunda tartışma olmayan şartname de girmektedir. Anılan uygulama, "ayrılabilir işlem teorisi" ile açıklanmaktadır. Ayrılabilir işlem teorisi Fransa'da temel olarak idari sözleşmeler için kabul edilmektedir ve Fransa'da ihale sözleşmeleri idari sözleşme olarak kabul edilmektedir. Türkiye'de ise, özel hukuk sözleşmesinin oluşumuna ilişkin sürece de tatbik edilmektedir[476]. İhale sürecine dahil olan idari işlemlerin denetimi, ayrılabilir işlem teorisi ile açıklanmaktadır. Belirtilmesi gereken bir diğer durum ayrılabilir işlem bakımından, ilk aşamanın düzenleyici işlemlerin süreçten ayrılarak dava konusu edilmesi şeklinde geliştiğidir. Sezginer Fransız Hukukundaki bu yaklaşımı doğal olarak karşılamaktadır. Yazara göre "*Ayrılabilir işlem kuramının ilk olarak düzenleyici işlemlerle başlamış olması son derece normaldir. Zira düzenleyici işlem niteliği gereği kolaylıkla fark edilebilir. Düzenlenmiş bulunduğu konuda, yapılacak her türlü işlem, düzenleyici işlemin kendisine dayanmakla birlikte ortada iki farklı işlemin bulunduğu ve işlemler arasında sadece bir sebep sonuç ilişkisinin varolduğu kolaylıkla görülebilir*"[477] .

İdari işlemler bakımından, iptal davasına konu olma aşamasında aranan diğer bir diğer koşul, idari işlemin kesin olması yani, geçirmesi gereken süreçlerden geçerek tamamlanmsıdır. Diğer bir özellik de, işlemin "kesinleşmiş" olmasıdır. İdari işlemin kesinleşmesi ile kastedilen, iptal davası açmadan önce zorunlu idari başvuru yolları görülmüş ise, bu başvuruların yapılarak, başvurunun sonucuna göre iptal davası açılmış olmasıdır. Zorunlu idari başvuru yolu ile amaçlanan, uyuşmazlıkların yargı yerleri önüne gelmeden idari aşamada, idari makamlar tarafından giderilmesidir.

Uz, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu döneminde idari başvuru yolu bulunmamasına ilişkin durumu şu şekilde açıklamaktadır: *"Ancak tek başına yargısal denetim; kamu alımlarına ilişkin uyuşmazlıkların yargı sürecinde*

---

[476] Fransa'da ayrılabilir işlem teorisi, idari sözleşmeler için uygulanırken, Türkiye'de özel hukuk sözleşmesi sürecine de uygulanması, eleştirilere konu olmaktadır. İki aşama teorisini savunanlara göre, süreç ikiye ayrılmalıdır ve özel hukuk sözleşmesine kadar süreçte yapılan her işlem idari sayılarak, iptal davasına konu edilebilmelidir. Bkz. BUZ, a.g.e., s. 83 vd.

[477] SEZGİNER, a.g.e., s. 78.

çözüme kavuşturulması için uzun bir süreyi gerektirdiği gibi, hem hukuka aykırı işlemden zarar gören isteklilerin beklentilerine cevap vermede, hem de kamu alımları yoluyla harcanan kamu kaynaklarının etkinliğinin ve verimliliğinin sağlanmasında yetersiz kalmaktaydı"[478]*.*

Zorunlu idari başvuru yolunun tüketilmiş olmasının bir diğer önemi, bu başvuruların "çift hak düşürücü" etkisi olmasından kaynaklanmaktadır. Bu yolun atlanarak doğrudan idari yargı yerlerine başvurulması halinde, yargı yerleri "idari mercii tecavüzü[479]," bulunduğu gerekçesiyle İYUK'nun 15. maddesinin 1. fıkrasının e bendi uyarınca dosyayı ilgili idari mercilere göndereceklerdir[480]. Ancak bu durum, yargı yerlerine idari başvuru için gereken sürede gidilmesi halinde söz konusu olabilecektir. Mevzuatta öngörülen zorunlu idari başvuru süreleri genelde oldukça kısa sürelerdir. Kural olarak yargı yerlerine başvuru, bu süreler geçirildikten sonra yapılmaktadır. Bu durumda da, "çift hak düşürücü" sürenin etkisi ile karşılaşılmaktadır. İdari yargı yerleri dosyayı ilgili idari merciye göndermeyerek İYUK'nun 15. maddesi uyarınca, davanın reddine karar vermekte[481], bu noktadan sonra idareye yapılan başvuruların reddi halinde de ilgililerin idarenin bu kararını dava etme olanağı ortadan kalkmaktadır.

İşte bu noktada, 4734 sayılı Kanun kapsamında gerçekleşen ihalelerde, şartname bakımından doğrudan iptal davasına konu olmasını engelleyen bir zorunlu idari başvuru söz konusu olmaktadır. Kamu İhale Kanunu'nun 54. maddesi, ihale işlemleri bakımından, idari yargı yerlerinden önce başvurulması gerekli zorunlu idari başvuru yolu öngörmektedir: *"İhale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday veya istekli ile istekli olabilecekler, bu Kanunda belirtilen şekil ve*

---

[478] UZ, Kamu İhale Hukuku, s. 388.
[479] D8D, E. 1987/23, K. 1987/114, 26.01.1987, D8D, E. 1987/340, K. 1989/306, 27.04.1989, DBB, 02.01.2012.
[480] D8D, E.2000/1396, K. 2002/364, 22.01. 2002, D8D, E. 1987/340, K. 1989/306,27.04.1989, DBB, 01.01.2012.
[481] D13D, E. 2005/6846, K. 2005/5166, 24.10.2005, DBB, 10.02.2012.

usul kurallarına uygun olmak şartıyla şikayet ve itirazen şikayet başvurusunda bulunabilirler. Şikayet ve itirazen şikayet başvuruları, dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu idari başvuru yollarıdır". O halde, ihale sürecine dahil bir düzenleyici işlem[482] olan şartnamenin hukuka aykırı olduğunu düşünen ilgililer de, öncelikle Kamu İhale Kanunu'nda öngörülen bu zorunlu idari başvuru yollarını tüketmek durumundadırlar.

İhale işlemlerine karşı idari başvuru konusunda belirtilmesi gereken bir durum, 4734 sayılı Kanun kapsamındaki başvuru yollarının ihtiyari nitelik taşıyan İYUK'nun 10. ve 11. maddelerindeki başvuru yolları ile karıştırılmaması gerektiğidir. Anılan başvuru yolları ilgililerin isteklerine bağlı olup, ilgilisine başvuru bakımından herhangi bir zorunluluk getirmemektedir. Ayrıca İYUK'nun 10. maddesinin bu noktada farklı bir yönü daha bulunmaktadır ki, ortada idari davaya konu olabilecek bir idari işlem zaten yoktur.

Küçük, İYUK'nun 10 ve 11. maddeleri var olduğu sürece, Kamu İhale Kanunu'nda yer alan başvuruların tartışmalı bir uygulama yaratmasından bahsetmektedir. Bunun yanısıra, İYUK'nun ihale hukuku alanında genel, Kamu İhale Kanunu'nun ise özel nitelikli bir kanun olduğu düşünüldüğünde, bu şekilde bir kaygıya gerek bulunmamaktadır[483]. Yargı kararlarında zorunlu idari başvuru sürelerinin hak düşürücü olmalarının açıkça pek çok kez vurgulanması karşısında, yazarın şikayet ya da itirazen şikayet yollarına başvurulmamasının, İYUK'na göre 60 gün içinde dava açılmasına engel olmayacağına ilişkin saptamasına katılmak mümkün görünmemektedir. Bu noktada İYUK'nun 11. maddesinin uygulanmasının kabulü, şikayet mekanizmasının işleyişi ile benzer durumu yaratacak, yani idarece bir kez daha inceleme yapılmasını sağlayacaktır, ancak Kamu İhale Kanunu'na göre idareye çok daha geniş bir süre içinde hareket etme imkânı sağlayacağından, ilgililer bakımından mağduriyet yaratabilecektir. Aynı zamanda ihaleyi yapan

---

[482] Sözleşmenin akdinden önceki süreçte, her türlü şartname hükmünün düzenleyici işlem niteliği taşıdığı genel kabul görmektedir.

[483] Faruk KÜÇÜK, **4734 sayılı Kamu İhale Kanunu Kapsamındaki İhalelere Karşı Yapılacak İdari Başvurular**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, GÜSBE, 2005, Ankara, s. 84.

idarenin ya da üst merciinin verdiği karara karşı doğrudan dava açılması Kamu İhale Kanunu ile süreçteki uyuşmazlıkları çözmekle görevli Kurul'un devre dışı bırakılarak, sorunun doğrudan çözümüne izin verme çelişkisine sebep olabilecektir.

Küçük'ün sadece, kanundaki şikayet ve itirazen şikayet yollarının kullanıldığı hallerde de, idarenin iç denetim ve hiyerarşi mekanizmalarının kullanılabileceğine ilişkin fikrine katılmak mümkündür[484], çünkü yazarın haklı olarak ifade ettiği üzere, idarenin hukuka uygun davranma yükümlülüğü başvuru yapılması şartına bağlanmaz[485].

Danıştay, ihale hukuku alanında idari yargılamadan önceki yolların, zorunlu idari başvuru niteliğinde olduğunu ifade etmektedir: "*4734 sayılı Kanun'un yukarıda değinilen maddeleri uyarınca, Kamu İhale Kurumu'na yapılacak itirazen şikâyet başvurusu, idari dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu başvuru yoludur. İtirazen şikâyet başvurusu hakkında, yetkili makam olan Kamu İhale Kurulu'nca tesis edilmiş bir karar mevcut olmadıkça, idari başvuru yollarının tüketildiğinden söz edilemez. Bu durumda, ihalenin iptali istemi hakkında yetkili idari merciin henüz bir kararı bulunmaksızın, ihalenin iptali istemiyle açılan davalarda, 2577 sayılı Kanunun yukarıda anılan 14. ve 15. maddeleri hükümlerinin uygulanması gerekmektedir*"[486].

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu döneminde, ihale sürecindeki işlemler doğrudan yargı denetimine tâbi olabilirken, yeni kanun ile bu şekilde idari başvuru yolu getirilmesinin en önemli sebebi olarak, "*Yargısal denetimin tek başına uygulanması, yargılamanın uzun bir süreyi gerektirmesi, idari yargı yerlerinca alım sürecinde tesis edilen hukuka aykırı idari işlemler hakkında verilen yürütmeyi durdurma ya da iptal kararlarının veldiği tarih itibarıyla özel hukuk hükümlerine tâbi sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurmması nedeniyle uğranılan zararın tazminat davasına konu edilmesi isteklilerin hak*

[484] KÜÇÜK, a.g.e., s. 84.
[485] KÜÇÜK, a.g.e., s. 84-85
[486] D13D, 21.09.2005, E. 2005/6653, K. 2005/4581, DBB, 22.09.2010.

kaybına uğrama sınucunu doğurması ve idarelerin harcamlarda tasarrufun sağlanmaması ile sonuçlanmaması" gösterilmektedir"[487].

Kamu ihale sürecindeki uyuşmazlıkların idari aşamada çözümlenmesi iki basamaklı olarak gerçekleşmektedir. Belirtilmesi gereken, idari başvuru yollarının da, ayrılabilir işlem kuramının uygulama alanı bağlamında ele alınması gerektiğidir. Bu süreçte de, yargısal aşamada olduğu gibi, icrai nitelik taşıyan idari işlemlerin denetlenmesi sağlanmaktadır[488].

1. Şikayet

a. Ehliyet

Kamu ihale sürecindeki işlemin hukuka aykırı olduğu iddiasında bulunan ilgili[489], öncelikle idari işlemi yapmış olan idareye "şikayet" yolunu kullanarak başvurmak zorundadır[490]. Şikayet, idarenin sözleşmenin imzalanmasından önceki aşamada, kendini bir kez daha kontrol edebilmesi imkânını sağlamaktadır. Şikayet hakkının ne şekilde kullanılacağı Kamu İhale Kanunu'nun 55. maddesinde düzenlenmektedir.

Kanun'un 54. maddesi uyarınca, şartnamede hukuka aykırılık bulunduğunu, bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara

---

[487] AKKURT, a.g.e., s. 6.

[488] Aynı yönde bkz. TAŞDELEN, a.g.e., s. 146.

[489] İhale sürecine itiraz ele alınırken kullanılacak olan "ilgili" ya da "istekli" ifadelerinin mevzuat uyarınca, somut olayda itiraz başvurusu hakkı olanlar bağlamında yani Kamu İhale Kanunu'nun 4. maddesinde yapılan tanımlar çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

[490] Şikayet başvurusunun ihaleyi yapan kuruma değil de, doğrudan Kamu İhale Kurumuna yapılması halinde, 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılması Hakkındaki Kanun'un 5. maddesi uyarınca dilekçe, ihaleyi yapan kuruma gönderilmeli ve dilekçe sahibi, bu durumdan haberdar edilmelidir. Kamu İhale Kurumunun, 4734 sayılı Kanunu'un 53. madddesince kendine verilen yetki gereğince bu göndermeyi yapabileceği de ifade edilmekte idi. Bkz. UZ, a.g.e., s. 403. 2009 yılında, yürürlüğe giren İhalelere Yönelik Başvurular Hakında Yönetmelik m. 15/2 uyarınca: "(2) Doğrudan Kuruma yapılan şikayet başvuruları ile idareye başvurulmuş olmakla birlikte Kurumun da bu başvurudan haberdar edilmesine yönelik başvurular veya idareye yapılan şikayet başvurusu hakkında idarece bir karar alınmadan ya da otuz günlük karar alma süresi beklenilmeden yapılan başvurular ihaleyi yapan idareye gönderilir".

uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden istekli ile istekli olabilecekler şikayet başvurusu yapabileceklerdir[491].

Şikayet ehliyeti, İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin 5. maddesinde, 4734 sayılı Kanun ile paralel şekilde düzenlenmiştir. Kamu İhale Kanunu'nun 53. maddesine dayanılarak çıkarılan ve ihalelere yönelik idari başvuruları düzenlemek amacıyla çıkarılan "İhalelere Yönelik Yapılacak Başvurular Hakkında Yönetmeliğin[492] 4. maddesinin 2. fıkrası uyarınca şikayet, ihale sürecindeki işlem ve eylemlerin hukuka aykırı olduğu iddiasıyla aday, istekli veya istekli olabilecekler tarafından idareye yapılan başvurulardır. Yönetmeliğin 9. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, şikayet başvurusu, ihaleyi yapan idareye yapılmaktadır.

Ayrıca Kanun'un 55. maddenin 2. fıkrası uyarınca ilan, ön yeterlik veya ihale dokümanına ilişkin şikayetler birinci fıkradaki süreleri aşmamak üzere en geç ihale veya son başvuru tarihinden üç iş günü öncesine kadar yapılabilir. Bunun yanısıra, sürelerin başlangıç tarihini saptama konusundaki zorluklar, hak kayıpları yaşama olasılıkları eleştirilebilecek noktaları oluşturmaktadır.

Şikayet hakkına Yönetmeliğin 5. maddesinin 1. fıkrası ile getirilen bir sınırlama daha bulunmaktadır. Düzenlemenin 1. fıkrasına göre, istekli olabilecekler; ön yeterlik ve/veya ihale ilanında veya ön yeterlik ve/veya ihale dokümanında yer verilen düzenlemeler veya bu düzenlemeler ile idari uygulamalar arasındaki uyumsuzluklar, adaylar; ön yeterlik değerlendirmesine ilişkin idari işlemler, istekliler ise tekliflerin sunulması, değerlendirilmesi ve ihalenin sonuçlandırılması aşamalarına ilişkin idari işlemlere karşı şikayet hakkını kullanabilirler.

---

[491] Şikayet yolunu kullanma hakkına sahip olanlar, doktrinde yapılan eleştirilere paralel olarak, hak arama hürriyetini genişletmeye imkân verecek şekilde Kamu İhale Kanunu'nda yapılan değişikliklerle genişletilmiştir. İhale dökümanlarını satın almayan ama ilgili sektörde faaliyet gösterenlere bu hakkın tanınmaması eleştirilmektedir. Bkz. UZ, Kamu İhale Hukuku, s. 397.

[492] Anılan Yönetmelik bundan sonra "Yönetmelik" şeklinde anılacaktır.

İhale dökümanına yapılan şikayet başvurusunda, ehliyetin varlığının kabul edilebilmesi için, ihale dökümanını sadece idarede incelemiş ya da görmüş olmak yeterli değildir. Şikayet ehliyetinin varlığının kabul edilebimesi için "istekli olabilecekler"[493] sıfatı kazanılmalı yani ihale dökümanının satın alınması gerekmektedir. "*İstekli olabilecek kişinin doküman hükümleri hakkında iddia ettiği hususların gerçekten kişinin ihaleye teklif vermesini engelleyecek ya da teklifinin eşit muamele ve eşit rekabet ilkeleri gereğince değerlendirilmesini önleyebilecek bir nitelik arz edip etmediğine bakılacaktır"*[494]*.*

Elektronik İhale Yönetmeliği'nin 16. maddesinin 4 fıkrası uyarınca " Dokümanın, EKAP üzerinden e-imza kullanılarak indirilmesi durumunda doküman satın alınmış sayılır ve doküman bedeli ödenmez". O halde, dökümanı e-imza kullanarak indirenler "istekli olabilecek" sıfatına sahip olup, şikayet ehliyetine sahip olacaklardır

b. Süre

Şikayet süresi 55. madde uyarınca, 21. maddenin b ve c bendindeki ihaleler[495] için beş gün, bunun dışındakiler için 10 gün olmakla beraber, şartnamenin de içinde yer aldığı ihale dökümanlarına ilişkin hukuka aykırılık

---

[493] Kamu İhale Kanunu madde 4: Aday: Ön yeterlik için başvuran gerçek veya tüzel kişileri veya bunların oluşturdukları ortak girişimleri, İstekli: Mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalesine teklif veren tedarikçi, hizmet sunucusu veya yapım müteahhidini, İstekli Olabilecek: İhale konusu alanda faaliyet gösteren ve ihale veya ön yeterlik dökümanı satın almış gerçek veya tüzek kişiyi ya da bunların oluşturdukları ortak girişimi ifade eder.

[494] KÜÇÜK, a.g.e., s. 77. Kamu İhale Kurulu'nun bu yaklaşımı 27124 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan İhalelere Yönelik Başvurular Hakkındaki Tebliğ'de de dikkate alınmıştır . Tebliğ m. 3/2: "İstekli olabilecekler; ön yeterlik ve/veya ihale dokümanının verilmesi, ön yeterlik ve/veya ihale ilanında veya ön yeterlik ve/veya ihale dokümanında yer verilen düzenlemeler ve/veya bu düzenlemeler ile idari uygulamalar arasındaki uyumsuzluklar hakkında başvuruda bulunabilir. Bununla birlikte, ilana yönelik başvuruda bulunabilmek için de istekli olabilecek sıfatını kazanmak zorunlu olduğundan, bu kapsamda dokümanın satın alınması gerektiği hususuna dikkat edilmelidir".

[495] Kamu İhale Kanunu m. 21: b) Doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması.

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

iddialarına ilişkin şikayetler, ihale türüne göre beş ya da on günlük süreleri aşmamak kaydıyla, kanunun 55. maddesinin 2. fıkrası ve yönetmeliğin 6. maddesinin ikinci fıkrasına göre; en geç ihale[496] veya son başvuru tarihinden üç iş günü öncesine kadar yapılmalıdır[497].

Yönetmeliğin 6. maddesinin 1. fıkrası uyarınca da şikayet, ihale süreci içerisinde şikayete konu işlemin farkına varıldığı veya farkına varılmış olması gerektiği tarihi izleyen günden itibaren, günden itibaren Kanun'un 21 inci maddesinin (b) ve (c) bentlerine göre yapılan ihalelerde beş gün, diğer hallerde ise on gün içinde ve sözleşmenin imzalanmasından önce, ihaleyi yapan idareye yapılır. Öngörülen sürelerin başlangıcı 55. madde ve Yönetmeliğe uygun olarak, bu işlem veya eylemlerin farkına varıldığı veya farkına varılmış olması gereken tarihdir. Ancak, şartnamenin içinde olduğu ihale dokümanı bakımından, şikayet süresinin başlangıcı farklıdır. 55. maddenin 1. fıkrası uyarınca, ilanda yer alan hususlara yönelik başvuruların süresi ilk ilan tarihinden, ön yeterlik veya ihale dokümanının ilana yansımayan diğer hükümlerine yönelik başvuruların süresi ise dokümanın satın alındığı tarihte başlar.

Yönetmeliğin başvuru sürelerine ilişkin 6. maddesinin 2. fıkrasında, şikayet başvurusu bağlamında diğer bir sınırlama getirildiğini görmekteyiz. Fıkraya göre, "Ancak, ilan ile ön yeterlik veya ihale dokümanına yönelik şikayetler, birinci fıkradaki süreleri aşmamak kaydıyla başvuru veya teklif sunulmadan önce en geç ihale veya son başvuru tarihinden üç iş günü öncesine kadar yapılabilir"[498]. Bu düzenlemeden çıkan sonuç, ilan ile ön

[496] Kamu İhale Kanununun "Tanımlar" başlıklı 4. maddesi uyarınca ihale, bu kanunda yazılı usul ve şartlarla mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve ihale yetkilisinin onayını müteakip sözleşmenin imzalanması ile tamamlanan işlemler" i ifade etmektedir.
[497] Bkz. KİK, 12.03.2009, 2009/UH.I-1078,www.kik.gov.tr, 21.10.2010.
[498] Bkz. KİK, 12.03.2009, 2009/UH.I-1078, www. kik.gov.tr, 19.09.2010.

yeterlik ve ihale dökümanına ilişkin şikayetin teklif verilmesinden sonra yapılmasının mümkün olmadığıdır[499].

Yönetmelikte, şikayet hakkı konusunda Kanun'dan daha kısıtlı imkân tanınması, eleştirilebilecek bir durumdur. Kanunla getirilmeyen bir sınırlamanın, yönetmelikle getirilmesi söz konusudur[500]. Kamu ihale sürecindeki idari başvurular hak arama özgürlüğü kapsamındadırlar ve temel hak ve özgürlükler Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca yalnız kanunla sınırlanabilirler. Yönetmelik, şikayet hakkını kullanma bakımından, Kamu İhale Kanunu'nda öngörülmeyen sınırlamalar getirmektedir. Yönetmelikteki düzenlemeler, kanun hükümlerinin ayrıntılarını düzenleme boyutunu aşmaktadır[501]. Söz konusu durumun gerekçesi olarak Kamu İhale Kanunu'nun 30. maddesinin 2. fıkrası gösterilmektedir[502]. Anılan düzenleme uyarınca, "Teklif mektupları yazılı ve imzalı olarak sunulur. Teklif mektubunda ihale dokümanının tamamen okunup kabul edildiğinin belirtilmesi, teklif edilen bedelin rakam ve yazı ile birbirine uygun olarak açıkça yazılması, üzerinde kazıntı, silinti, düzeltme bulunmaması ve teklif mektubunun ad, soyad veya ticaret unvanı yazılmak suretiyle yetkili kişilerce imzalanmış olması zorunludur"[503].

---

[499] 26560 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2007 tarihli Yönetmeliğin(İhalelere Yönelik Yapılacak Başvurular Hakkında Yönetmelik) 5. maddesinin 2. fıkrasında açık olarak," İstekliler, ihaleye teklif sunduktan sonra ihale dokümanına, adaylar ise ön yeterlik başvurusunda bulunduktan sonra ön yeterlik dokümanına yönelik şikayet başvurusunda bulunamaz." hükmü yer almakta idi.
27124 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan İhalelere Yönelik Başvurular Hakkındaki 2009 tarihli Tebliğin 4. maddesinin 8. fıkrası uyarınca "İlana veya dokümana karşı şikayet başvurusunda bulunulduktan sonra ihaleye teklif verilmiş olması Kuruma itirazen şikayet başvurusunda bulunulmasını engellemez".

[500] Yönetmelikte şikayet hakkını kısıtlayan süre ve ehliyete ilişkin düzenlemeler birbiri ile uyumlu fakat, Kamu İhale Kanunu'nun getirdiği sınırlamaların çok ötesindedir.

[501] Şikayet süreleri ve ehliyet konusunda Yönetmelik ve Kanun arasında, yönetmeliğin ilk halinde mevcut olan çelişkiler, daha sonra yönetmelikte yapılan değişiklikler ile büyük oranda ortadan kaldırılmıştır.

[502] Muhittin ABACIOĞLU, Ali ABACIOĞLU, **İhalelere Yönelik Şikayetler**, Seçkin Yayınevi, 2010, Ankara, s. 26.

[503] Kamu İhale Kurulu'nun yaklaşımına göre, ihale dökümanı tamamen okuyup kabul edildikten ve teklif verilmesinden sonra, dökümana ilişkin şikayetin esasını incelemeye imkân bulunmamaktadır. KÜÇÜK, a.g.e., s. 89.

Kamu İhale Kanunu'nun 55. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, ilanda yer alan hususlara yönelik başvuruları süresi ilk ilan tarihinden, ön yeterlik veya ihale dökümanına yansımayan diğer hükümlerine yönelik başvuruların süresi ise dökümanın satın alındığı tarihte başlar. Kurul da bu kurala dikkat çekmektedir: *"Şikayetçi tarafından, idari şartnamede yapılan düzenleme şikayete konu edilmekle birlikte, bahse konu düzenlemenin aynı zamanda ilanda da yer aldığı tespit edilmiş olup, ilana yansıyan bir düzenlemeye yönelik olarak, ihale ilanının Kamu İhale Bülteninde yayımlandığı 21.01.2009 tarihinden itibaren on gün içerisinde idareye şikayet başvurusunda bulunulması gerekmektedir... başvurunun süre yönünden reddi gerekmektedir"*[504].

İhale dökümanına yönelik şikayet süresi konusunda Kurul "*İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin "Başvuru ehliyeti" başlıklı 5 inci maddesinde isteklilerin, yeterlik başvurularının veya tekliflerin sunulması, değerlendirilmesi ve ihalenin sonuçlandırılmasına ilişkin idari işlem veya eylemler hakkında başvuruda bulunabileceği, anılan Yönetmeliğin 6 ncı maddesinde ise ilan, ön yeterlik veya ihale dokümanına yönelik şikayetlerin, şikayet konusu işlem veya eylemlerin farkına varıldığı veya farkına varılmış olması gerektiği tarihi izleyen günden itibaren, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 21 inci maddenin (b) ve (c) bentlerine göre yapılan ihalelerde beş gün, diğer hallerde ise on günlük süreleri aşmamak kaydıyla en geç ihale veya son başvuru tarihinden üç iş günü öncesine kadar yapılabileceği hükme bağlanmıştır. Aynı Yönetmeliğin 17 nci maddesinin birinci fıkrasında 16 ncı maddenin birinci fıkrası bakımından bir aykırılığın tespiti üzerine Kurul tarafından başvurunun reddine karar verileceği hüküm altına alınmıştır. Başvuru sahibinin 27.01.2009 tarihinde ihaleye teklif vermek ile istekli ehliyetini kazandığı, istekli ehliyeti ile ihale dokümanına yönelik başvuru hakkı bulunmadığı, ayrıca ihale dokümanına yönelik başvurunun, ihale veya son başvuru tarihinden üç iş günü öncesine kadar yapmayıp ihale tarihi olan 27.01.2009 tarihi sonrasında 16.02.2009 tarihinde idareye, 02.03.2009*

[504] KİK, 12.03.2009, 2009/UH.I-1081, www.kik.gov.tr, 19.09.2010.

tarihinde Kuruma yapıldığı tespit edilmiş olup, başvurunun, Yönetmeliğin 16 ncı maddenin birinci fıkrasının (b) ve (c) bentleri yönünden reddi gerektiğinden başvuru sahibinin ihale dokümanına itiraz niteliğindeki iddiası yerinde bulunmamıştır" şeklinde karar vermiştir[505].

Kurul bir başka kararında, şartnameye ilişkin şikayet süresi geçirildikten sonra yapılan başvurunun reddi gerektiğine dikkat çekmektedir : "*Yapılan inceleme sonucunda, ihale tarihinin 13.02.2009 olduğu, başvuru sahibinin 04.02.2009 tarihinde doküman satın aldığı, 10.02.2009 tarihinde dokümana yönelik olarak idareye şikayet başvurusunda bulunduğu, şikayetçinin 4734 sayılı Kanun ve İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin yukarıda anılan hükümleri gereği, en geç ihale veya son başvuru tarihinden üç iş günü öncesine kadar (09.02.2009 tarihine kadar) idareye itirazen şikayet başvurusunda bulunması gerekirken bu süreyi geçtikten sonra idareye başvurduğu anlaşılmıştır. Yukarıda belirtilen mevzuat ve tespitler ile 4734 sayılı Kanunun 54 üncü maddesinin 10 uncu fıkrasının (c) bendi gereğince süre yönünden başvurunun reddi gerekmektedir*"[506].

İhalelere Yönelik Başvurular Hakkındaki Yönetmeliğin 7. maddesinde, şikayet süreleri konusunda detaylı düzenleme getirilmektedir. Buna göre:

---

[505] KİK, 16.03.2009, 2009/UH.II.1123, www.kik.gov.tr, 19.09.2010., aynı yönde bkz. KİK, 02.03.2009, 2009/UH.II-1001, www.kik.gov.tr, 22.09.2010. Kamu İhale Kurulu'nun ihale dökümanına ilişkin şikayet ehliyeti konusunda bir başka kararına göre*," İstekli olabileceklerin, ön yeterlik ve/veya ihale ilanında veya ön yeterlik ve/veya ihale dokümanında yer verilen düzenlemeler veya bu düzenlemeler ile idari uygulamalar arasındaki uyumsuzluklar hakkında şikayet başvurusunda bulunabileceği, buna karşılık tekliflerin sunulması, değerlendirilmesi ve ihalenin sonuçlandırılması aşamalarına ilişkin idari işlemler hakkında ise isteklilerin şikayet başvurusunda bulunabileceği hüküm altına alınmış bulunmaktadır. Başvuru sahibinin, istekli olabilecekler kapsamında olduğu anlaşıldığından, tekliflerin değerlendirilmesi ve ihalenin sonuçlandırılması aşamalarına ilişkin idari işlemler hakkında başvuru ehliyetinin bulunmadığı, diğer taraftan, aynı ihaleye ilişkin olarak yapılan başka bir itirazen şikayet başvurusunda aynı hususun şikayet konusu edildiği, belirtilen hususlar hakkında ilgili esas inceleme raporunda gerekli değerlendirmelerin yapıldığı belirlenmiştir. Bu durumda, şikayet başvurusunun yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan İhalelere Yönelik Yapılacak Başvurular Hakkında Yönetmeliğin 16, 17 ve 22 nci maddeleri uyarınca, tekliflerin değerlendirilmesine yönelik yapılan şikayetin, başvuru ehliyeti bulunmadığından reddedilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır*". KİK, 09.03.2009, 2009/UH.III-1061, www.kik.gov.tr, 19.09.2010

[506] KİK, 02.03.2009, 2009/UY.III-998, www.kik.gov.tr, 22.09.2010., Şikayet süresi konusunda bkz. KİK, 19.03.2009, 2009/UH/.I-1149, www.kik.gov.tr, 24.09.2010.

"Süreler, ilana yönelik başvurularda ilk ilan tarihini, ön yeterlik veya ihale dokümanının ilana yansımayan hükümleri için dokümanın satın alındığı tarihi, belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan danışmanlık hizmet alımı ihalelerinde ihale dokümanının teslim alındığı tarihi, zeyilnameye yönelik başvurularda ise zeyilnamenin bildirildiği tarihi, idarenin işlem veya eylemlerine karşı yapılacak başvurularda şikayete yol açan durumun farkına varıldığı yahut farkına varılmış olması gerektiği tarihi, şikayet üzerine idare tarafından verilen kararın bildirildiği veya bildirilmiş sayıldığı tarihi, on gün içerisinde karar alınmaması halinde ise bu sürenin bitimini, ihalenin iptali kararına karşı yapılan itirazen şikayet başvurularında ise iptal kararının bildirildiği veya bildirilmiş sayıldığı tarihi, izleyen günden itibaren başlar. Tatil günleri sürelere dahildir. Sürenin son gününün tatil gününe rastlaması halinde, süre tatil gününü izleyen ilk iş gününün bitimine kadar uzar. Ancak, ilan ile ön yeterlik veya ihale dokümanına yönelik şikayet başvurularının, ihale veya son başvuru tarihinden üç iş günü öncesine kadar yapılması zorunludur".

Şikayet ve itirazen şikayet konusunda eleştirilebilecek düzenleme, Yönetmeliğin 9. maddesinin 5. fıkrasıdır. Anılan düzenleme uyarınca, "Başvuruların idare veya Kurum dışındaki idari mercilere ya da yargı mercilerine yapılması ve başvuru dilekçelerinin bu merciler tarafından ilgisine göre ihaleyi yapan idareye veya Kuruma gönderilmesi halinde, bu dilekçelerin ilgisine göre ihaleyi yapan idare veya Kurum kayıtlarına girdiği tarih, başvuru tarihi olarak kabul edilir[507]. Bu başvurularda, başvuru süresinin henüz dolmadığı hallerde dilekçedeki eksiklikler başvuru süresinin sonuna kadar giderilebilir". İdari teşkilatın son derece karmaşık olması gerçeği ile birlikte ele alındığında, söz konusu düzenleme ilgililerin hak kaybı yaşamalarına sebep

[507] İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Tebliğ m. 4/14: "İdareye şikayet başvurusunda bulunulmadan veya idareye yapılan şikayet başvurusu hakkında idarece bir karar alınmadan veya on günlük karar verme süresi beklenilmeden doğrudan Kuruma itirazen şikayet başvurusunda bulunulması halinde, Yönetmeliğin 15 inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca bu başvurular, ilgili idareye gönderilir. Bu durumda, dilekçenin idare kaydına alındığı tarih şikayet tarihi olarak kabul edilir. Ancak, aynı iddialarla hem idareye hem de Kuruma yapılan başvurularda süre, idare kayıtlarına giren ilk başvuru dilekçesine göre belirlenir". İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Tebliğ, bundan sonra "Tebliğ" şeklinde ifade edilecektir.

olacaktır. Bu şekilde bir kabul ile, ilgililerin hem idari başvuru yapma hem de yargı organlarına başvurma hakları kısıtlanmaktadır. Anılan düzenleme idarenin bütünlüğü prensibi ile uyum içinde olmadığı gibi, başvuru tarihi bakımından daha sonraki tarihli ihaleyi yapan idare ya da Kurum kayıtlarına girme tarihini dikkate alması sebebiyle Anayasa'nın 36. maddesinde yer alan hak arama özgürlüğüne de aykırıdır. Haklı olarak ifade edildiği gibi, 9. maddedeki düzenleme ile kanun tarafından verilen hak, hatta ilgililer bakımından anayasal olarak güvence altına alınan hak arama özgürlüğü, normlar hiyerarşisinde daha alt kademede yer alan yönetmelik ile kısıtlanmış olacaktır. Oysa Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca temel hak ve özgürlükler yalnızca anayasanın ilgili maddesinde yer alan sebeplere dayanarak ve kanunla sınırlanabilir. Ne Anayasa'nın hak arama özgürlüğünü düzenleyen maddedesinde ne de, şikayet ve itirazen şikayetin düzenlendiği Kamu İhale Kanunu'nda böyle bir kısıtlama yer almaktadır[508].

c. Şikayetin Sonuçlandırılması

Şikâyet başvurusuna ilişkin sürelerin geçirilmesi, hak kaybına neden olacaktır[509]. İdare, şikayet başvurusu üzerine gerekli incelemeyi yaparak on gün içinde gerekçeli bir karar alacaktır. İhale dokümanının da içinde yer aldığı şartnameye ilişkin incelemeyi idare, Kamu İhale Kanunu'nun 55. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, ihale veya son başvuru tarihinden önce sonuçlandırmak zorundadır. Yönetmeliğin 10. maddesinin 3. fıkrasında da, ihale dökümanı için söz konusu olan bu durum aynen belirtilmiştir. Alınan karar, şikayetçi ile diğer aday veya istekliler ile istekli olabileceklere karar tarihini izleyen üç gün içinde bildirilir[510].

---

[508] Aynı yönde bkz. AKKURT, a.g.e., s. 18.
[509] TAŞDELEN, a.g.e., s. 131.
[510] Daha önce; şikayet sonucunda alınan kararın bildirimi konusunda da yönetmelik ve kanun arasında çelişki bulunmakta idi. 2007 tarihli Yönetmeliğin 10. maddesinin 4. fıkrasında, kararın ilgililere kararın alınmasından itibaren en geç 7 gün içinde bildirilmesinden bahsetmekte idi. Bu sorun da normlar hiyerarşisinde, kanunun daha üst derecede yer almasına bağlanarak, kanundaki düzenlemenin dikkate alınması suretiyle çözülebilecek şeklinde yorumlanrken, yeni yönetmelikte durum kanun ile uyumlu hale getirilmiştir.

Kanun'un 55. maddesi uyarınca, ilan ile ihale veya ön yeterlik dokümanına yönelik başvurular dışında istekli olabileceklere bildirim yapılmaz. Yönetmeliğin "Karar Gereklerinin Yerine Getirilmesi" başlıklı 13. maddesi uyarınca da, şikayeti sonuçlandıran idare kararı, en geç üç gün içerisinde başvuru sahibi ile aday veya isteklilere bildirilir, ancak, ilan ile ön yeterlik veya ihale dokümanına yönelik şikayet başvurularında ve ilan veya dokümanda yer alan düzenlemeler ile idari uygulamalar arasındaki uyumsuzluklara yönelik şikayet başvurularında istekli olabileceklere, belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan danışmanlık hizmet alımı ihalelerinde ise adaylara da bildirim yapılır. Başka bir ifade ile, idareye yapılan şikayetin şartnameye ilişkin olması halinde, alınan karar, istekli olabileceklere yani ihale dökümanını satın almış, bu alanda faaliyet gösteren, gerçek, tüzel kişi ya da bunların oluşturdukları ortak girişimlere de bildirilecektir.

Şikayet başvurusu üzerine ihaleyi yapan idare, Kamu İhale Kanunu'nun 54. maddesi uyarınca, idare ihale sürecinin devam etmesine engel oluşturacak ve düzeltici işlemle giderilemeyecek hukuka aykırılığın tespit edilmesi halinde ihalenin iptaline karar verebilecektir. İhaleye çıkan idare, düzeltme yapılması yoluyla giderilebilecek ve ihale sürecinin kesintiye uğratılmasına gerek bulunmayan durumlarda, düzeltici işlem belirlemesi yapabilecektir. İdare, başvurunun süre, usul ve şekil kurallarına uygun olmaması, usulüne uygun olarak sözleşme imzalanmış olması veya şikayete konu işlemlerde hukuka aykırılığın tespit edilememesi veya itirazen şikayet başvurusuna konu hususun Kurumun görev alanında bulunmaması hallerinde başvurunun reddine karar verecektir.

Şikayet başvurusunda, şartnamenin de içinde bulunduğu ihale dokümanında düzeltme yapılmasına karar verilmesi halinde, Kanun'un 55. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, gerekli düzeltme yapılarak 29. maddede belirtilen usule göre son başvuru veya ihale tarihi bir defaya mahsus olmak

üzere ertelenir. Belirlenen maddi veya teknik hataların veya eksikliklerin ilanda da bulunması halinde 26. maddeye göre işlem tesis edilir.

ç. Şikayet Başvurusunun İhale Sürecine Etkisi

Şikayet başvurusu konusunda ele alınması gereken bir konu, şikayet başvurusunda bulunulmasının, ihale sürecinin gidişatı üzerinde ne şekilde bir etki yaratacağı, başka bir ifade ile, ihale sürecini durdurup durdurmayacağıdır. Kamu İhale Kanunu ve İhalelere Yönelik Başvurular Hakkındaki Yönetmelik arasında, bu noktada paralellik bulunmaktadır[511]. 4734 sayılı Kanun'un 55. maddesinin son fıkrası uyarınca: *"İdareye şikayet başvurusunda bulunulması halinde, başvuru üzerine alınan kararın son bildirim tarihini, süresi içerisinde bir karar alınmaması halinde ise bu sürenin bitimini izleyen tarihten itibaren on gün geçmeden ve itirazen şikayet başvurusunda bulunulmadığı hususuna ilişkin sorgulama yapılmadan veya itirazen şikayet başvurusunda bulunulması halinde ise Kurum tarafından nihai karar verilmeden sözleşme imzalanamaz".*

Kanun'un bu düzenlemesinin yorumlanmasından ve Kanunda bu konuda başka bir düzenleme bulunmaması durumu karşısında ulaşılabilecek sonuç, şikayet başvurusunda bulunulmasının sadece, sözleşmenin imzalanması konusuna etkide bulunması, diğer ihale işlemlerine bir etkisi bulunmaması şeklindedir[512].

İdari Başvurulara Yönelik Yönetmeliğin 13. maddesinin 2. fıkrası şöyle demektedir: *"İdareye şikayet başvurusunda bulunulması halinde, başvuru*

---

[511] 26560 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2007 tarihli Yönetmeliğin mülga ettiği 2004 tarihli yönetmelik döneminde, şikayet yoluna başvurulmasının ihale sürecine etkisi bakımından kanun ve yönetmelik arasında çelişki bulunmakta idi. Bkz. TAŞDELEN, a.g.e., s. 133.

[512] Kamu İhale Kanunu'nun eski şeklinde şikayet yoluna başvurulmasının sonucu, ivedilik ve kamu yararına ilişkin bir karar alınmadıkça ihale sürecini otomatik olarak durması idi. Kamu İhale Kurumu'na yapılacak itirazen şikayet ile birlikte ihale süreci otomatik olarak durmamakta ve kurul öncelikle sürecin durup durmayacağına ilişkin bir değerlendirme yapmakta idi. Ayrıca, 56. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, itirazen şikâyet konusunun açıkça bu Kanuna ve ilgili mevzuatına aykırı olması veya ihale sürecinin devam etmesi ile yapım müteahhidi, tedarikçi, hizmet sunucusu, kamu, idare veya diğer isteklilerin telafisi güç ya da imkânsız zararlarının doğma olasılığının bulunması durumlarında, kesin karar verilinceye kadar ihale süreci durmakta idi.

üzerine alınan kararın son bildirim tarihini, süresi içerisinde bir karar alınmaması halinde ise bu sürenin bitimini izleyen tarihten itibaren on gün geçmeden ve itirazen şikayet başvurusunda bulunulmadığına ilişkin Kurumun internet sayfasından sorgulama yapılmadan, Kuruma itirazen şikayet başvurusu yapılan hallerde ise itirazen şikayet başvurusu nihai kararla sonuçlandırılmadan sözleşme imzalanamaz"[513].

27124 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan İhalelere Yönelik Başvurular Hakkındaki Tebliğ'in 6. maddesinin 9. fıkrası uyarınca *"Kanunun 55 inci maddesinde 20/11/2008 tarihli ve 5812 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile şikayet sunulduktan sonra ihale yetkilisince ivedilik ve kamu yararı bulunması nedeniyle ihale işlemlerine devam edilmesi yönünde karar alınmasına ve bu karar üzerine sözleşmenin imzalanmasına imkân veren hüküm yürürlükten kaldırıldığından, idarelerce ivedilik ve kamu yararı bulunması nedeniyle ihale işlemlerine devam edilmesi yönünde karar alınarak sözleşmenin imzalanması mümkün bulunmamaktadır*" ifadesi yer almaktadır. Maddenin ifadesinden anlaşılan ise, şikayet yoluna başvurulmasının sözleşmenin imzalanması yanısıra diğer ihale işlemlerinin devamına engel olmasıdır.

2. İtirazen Şikayet

Denetim süreci kapsamında bir kez daha vurgulanması gereken, itirazen şikayetin, idari yargı yerlerine gitmeden önce başvurulması gereken zorunlu idari başvuru yollarından olmasıdır. Danıştay bir kararında bu duruma etraflıca değinmektedir: "*…ihalenin iptali istemi hakkında yetkili idari merciin henüz bir kararı bulunmaksızın, ihalenin iptali istemiyle açılan*

[513] 26560 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan eski Yönetmeliğin 11. maddesinin 2. fıkrası uyarınca *"ivedilik ve kamu yararı bulunması nedeniyle ihale işlemlerine devam edilmesine ilişkin gerekçeli karar, başvuruyu sonuçlandıran karar ile birlikte sözleşmenin imzalanmasından en az yedi gün önce başvuru sahibine tebliğ edilmiş olmasını sağlayacak şekilde bildirilir. Ayrıca başvuruyu sonuçlandıran karar diğer isteklilere de bildirilir"*. Yönetmeliğin bu maddesinin yorumlanmasından ulaşılacak sonuç, şikayet yoluna başvurulması ile birlikte ihale sürecindeki işlemlerin durduğu, sürece devam edilmesinin ancak idare tarafından alınacak ayrı bir karar ile sağlanabileceğidir.

davalarda, 2577 sayılı Kanunun yukarıda anılan 14. ve 15. maddeleri hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

Diğer taraftan, sözleşme imzalandıktan sonra yapılan itirazen şikâyet başvurularının anılan Kurul tarafından değerlendirmeye alınıp alınmayacağına da, ilgililer tarafından yapılacak itirazen şikâyet başvurusu üzerine, ihale süreciyle ilgili şikâyetleri incelemek ve sonuçlandırmakla görevli ve yetkili kılınan Kamu İhale Kurulu tarafından karar verilmesi gerekmektedir. Zira, yukarıda da belirtildiği gibi itirazen şikâyet başvurusu, dava açılması öncesinde kullanılması zorunlu bir başvuru yoludur.

Bu nedenle, idari başvuru yolu tüketilmeden açılan davada, idari merci tecavüzü nedeniyle, dosyanın mercîine tevdîi kararı verilmesi gerekirken, bu aşamada açılan davanın, sözleşmenin imzalanması nedeniyle merciine tevdi kararı vermenin olanaklı görülmediği gerekçesiyle incelenmeksizin reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararında isabet görülmemiştir"[514].

Danıştay yeni bir kararında da, itirazen şikayetin zorunlu idari başvuru yolu olduğuna vurgu yapmaktadır: "…*Kamu İhale Kurumunun, ihalelerin başlangıcından ihale sözleşmesinin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde, idarece yapılan işlemlerin mevzuata aykırı olduğuna ilişkin şikayetleri inceleyerek bu şikayetleri sonuçlandırmakla görevli ve yetkili olduğu açıktır. 4734 sayılı Yasa'nın yukarıda değinilen maddeleri uyarınca, öncelikle Kurum'a şikayette bulunulması, Kurum'un kararı üzerine de Kamu İhale Kurumu'na itirazen şikayet başvurusu yapılması, idari dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu yollar olduğundan, bu yollar tüketilmeksizin, ihalenin iptali istemi hakkında yetkili idari merciin henüz bir kararı bulunmaksızın açılan davalarda, 2577 sayılı Kanunu'un anılan 14. ve 15. maddeleri hükümlerinin uygulanması, Kamu İhale Kurumuna yapılacak itirazen şikayet başvurusu üzerine tesis edilen işlemin iptali yerine şikayet konusu olan*

[514] D13D, 21.09.2005, E. 2005/6653, K. 2005/4581, DBB, 24.09. 2010.

işlemin iptalinin istenmesi halinde ise incelenmesksizin ret kararı verilmesi gerekmektedir"[515].

a. Ehliyet

İdari başvuru mekanizmasında tüketilmesi gereken ikinci zorunlu başvuru aşaması, şikayetten sonra Kamu İhale Kurumu'na yapılacak olan itirazen şikayet yoludur. Kamu İhale Kanunu'nun 55. ve 56. maddeleri uyarınca, şikayet yolunda, mevzuata göre karar alınması gereken süre içinde karar alınmaması ya da alınan kararın ilgili tarafından hukuka aykırı bulunması halinde, itirazen şikayet yolu ile Kamu İhale Kurumu'na gidilebilecektir.

b. Süre

İtirazen şikayet başvurusu süresi, Kamu İhale Kanunu'nun 55. maddenin 4. fıkrası uyarınca, şikayet başvurusunda belirtilen süre içinde bir karar alınmaması durumunda başvuru sahibi tarafından karar verme süresinin bitimini, süresinde alınan kararın uygun bulunmaması durumunda ise başvuru sahibi dahil aday, istekli veya istekli olabilecekler tarafından idarece alınan kararın bildirimini izleyen on(10) gündür.

Kurul'un itirazen şikayet süresine ilişkin uygulamasına göre: *"Yapılan inceleme sonucunda, şikayetçinin 24.02.2009 tarihinde idareye şikayet başvurusunda bulunduğu, idarece şikayete ilişkin olarak alınan kararın 26.02.2009 tarihinde şikayetçiye bildirildiği*, *idarenin kararına karşı, kararın bildiriminden sonraki on gün içinde Kuruma itirazen şikayet başvurusunda bulunması gerekirken, bu süre geçtikten sonra 13.03.2009 tarihinde itirazen şikayet başvurusunda bulunduğu anlaşılmıştır. Bu itibarla, 4734 sayılı*

[515] D13D, 19.12.2008, E. 2006/621, K. 2008/8190, Nakleden: SIRABAŞI- YILMAZ, a.g.e., s. 458 vd., aynı yönde bkz. D13D, 14.05.2008, E. 2006/4745, K. 2008/4219, Nakleden: SIRABAŞI-YILMAZ, a.g.e., s. 567 vd.

Kanunun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince başvurunun süre yönünden reddi gerekmektedir"[516].

Kamu İhale Kanunu'un 55. maddesinin son fıkrası uyarınca, idareye şikayet başvurusunda bulunulması halinde, başvuru üzerine alınan kararın son bildirim tarihini, süresi içerisinde bir karar alınmaması halinde ise bu sürenin bitimini izleyen tarihten itibaren gereken sürede itirazen şikayet başvurusunda bulunulmadığı hususuna ilişkin sorgulama yapılmadan veya itirazen şikayet başvurusunda bulunulması halinde ise Kurum tarafından nihai karar verilmeden sözleşme imzalanamaz. Bu düzenleme ile yasakoyucu, ihale sürecine ilişkin mevcut sorun çözülmeden, sözleşme imzalanmasına engel olarak, daha sonra ortaya çıkması muhtemel ve çözümü daha zor olan sorunların önüne geçmeyi amaçlamaktadır.

Yönetmelik de, getirdiği düzenleme ile aynı süreye işaret etmektedir: *"İdareye şikayet başvurusunda bulunulması halinde, başvuru üzerine alınan kararın son bildirim tarihini, süresi içerisinde bir karar alınmaması halinde ise bu sürenin bitimini izleyen tarihten itibaren on gün geçmeden ve itirazen şikayet başvurusunda bulunulmadığına ilişkin Kurumun internet sayfasından sorgulama yapılmadan, Kuruma itirazen şikayet başvurusu yapılan hallerde ise itirazen şikayet başvurusu nihai kararla sonuçlandırılmadan sözleşme imzalanamaz".*

Ayrıca Yönetmeliğin 14. maddesinin 3. fıkrasında özel bazı hallerde, şikayet başvurusunu işletmeden doğrudan kuruma itirazen şikayette bulunma yolu açılmıştır[517]:*"Şikayet başvurusu üzerine idarece alınan kararla bir hak kaybına veya zarara uğradığını ya da zarara uğramasının muhtemel*

---

[516] KİK, 19.03.2009, 2009/UH.DÜZENLEME-1141, www.kik.gov.tr, 22.09.2010.

[517] İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Tebliğ m.7/14: " Şikayet başvurusu üzerine idarece alınan kararla bir hak kaybına veya zarara uğradığını ya da zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia edenler bu hususa ilişkin başvuruyu itirazen şikayet başvurusu olarak doğrudan Kuruma yaparlar.", Kamu İhale Kanunu m. 56: "İdareye şikayet başvurusunda bulunan veya idarece alınan kararı uygun bulmayan aday, istekli veya istekli olabilecekler tarafından 55 inci maddenin dördüncü fıkrasında belirtilen hallerde ve sürede, sözleşme imzalanmadan önce itirazen şikayet başvurusunda bulunulabilir. İhalenin iptaline ilişkin işlem ve kararlardan, sadece şikayet ve itirazen şikayet üzerine alınanlar itirazen şikayete konu edilebilir ve bu kararlara karşı beş gün içinde doğrudan Kuruma başvuruda bulunulabilir".

olduğunu iddia edenler bu hususa ilişkin başvuruyu itirazen şikayet başvurusu olarak doğrudan Kuruma yaparlar"[518]. Aynı durum Yönetmeliğin 14. maddesinin 1. fıkrasında da düzenlenmektedir: "*İdareye yapılan şikayet başvurusu üzerine idare tarafından alınan kararın uygun bulunmaması veya süresi içinde karar alınmaması hallerinde veya şikayet ya da itirazen şikayet üzerine idare tarafından alınan ihalenin iptali kararlarına karşı doğrudan Kuruma itirazen şikayet başvurusunda bulunulabilir".* İtirazen şikayet yolu, şikayet mekanizmasının devamı niteliğinde olduğundan, şikayet aşamasında başvuru hakkına sahip olanlar, itirazen şikayet hakkını kullanabileceklerdir.

İdarece şikayet başvurusuna cevap verilmemesi halinde[519], itirazen şikayet süresine Kurul'un bir kararında değinilmektedir: "*Yapılan inceleme sonucunda, başvuru sahibinin 13.02.2009 tarihli dilekçeyle idareye şikayet başvurusunda bulunduğu, idarenin on günlük sürede şikayet başvurusu üzerinde bir karar vermediği, şikayetçinin 4734 sayılı Kanunun yukarıda anılan hükümleri gereği, idarenin on günlük karar verme süresinin bitimini takip eden on günlük süre içinde Kuruma itirazen şikayet başvurusunda bulunması gerekmekte iken, bu süre geçtikten sonra 12.03.2009 tarihinde Kuruma itirazen şikayet başvurusunda bulunduğu anlaşılmıştır. Bu durumda 4734 sayılı Kanunun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi*

---

[518] Ancak, pek çok konuda olduğu gibi, itirazen şikayet süresi bakımından da, 2007 tarihli eski yönetmelik(26560 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan) farklı bir süre öngörmektedir. Yönetmeliğin 10. maddesinin 5. fıkrası uyarınca, *''Bu Yönetmeliğin 11 inci maddesindeki durum hariç, idareye yapılan şikayet başvurusunu sonuçlandıran kararın bildiriminden veya idarece otuz gün içinde karar alınmaması halinde bu sürenin bitimini izleyen günden itibaren onbeş gün geçmedikçe veya Kuruma yapılan itirazen şikayet başvurusu nihai kararla sonuçlandırılmadıkça sözleşme imzalanamaz".* Görüldüğü üzere madde, itirazen şikayet süresini 15 gün olarak belirlemektedir. Kanun'un 56. maddesi uyarınca bu yol, her halükarda sözleşme imzalanmadan önce kullanılmak durumundadır. Maddede ayrıca, idarenin şikayet hakkında karar almaması halinde, 30 günlük bir bekleme süre öngörmektedir. Oysa ki, Kamu İhale Kanunu, ilgili sürede karar alınmamasından bahsetmektedir ve bu süre 10 gündür. Kanun ve Yönetmelik arasındaki bu çelişkinin sebebi, Kamu İhale Kanunu'nun 55. maddesinin 2008 değişikliğinden önce, ilk haliyle, idareye karar almak için 30 günlük süre tanınmasıdır. Yönetmelik ise 2007 tarihli olup, bu değişikler doğrultusunda bir düzenleme yönetmelikte yapılmamıştır.

[519] Kamu İhale Kanunu'nun 55. maddesi uyarınca idare, incelemesini on (10) gün içinde tamamlamalıdır.

gereğince başvurunun süre yönünden reddi gerekmektedir. Açıklanan nedenlerle; başvurunun süre yönünden reddine"[520].

Kamu İhale Kurulu'nun, sözleşme imzalandıktan sonra ortaya çıkan hukuka aykırılığın incelenemeyeceğine ilişkin kararı şu şekildedir*: "4734 sayılı Kanunun 53 üncü maddesinde; Kanuna göre yapılacak ihaleler ile ilgili olarak, ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde idarece yapılan işlemlerin bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olmadığına ilişkin şikayetleri inceleyerek sonuçlandırmak Kamu İhale Kurumunun görevleri arasında sayılmıştır. Kanunun 56 ıncı maddesinin 5 inci fıkrasında ise; sözleşme imzalandıktan sonra yapılan şikâyetlerin Kurul tarafından değerlendirmeye alınmayacağı, usulüne uygun olarak yapılan şikâyetlerin ise Kurul tarafından sözleşme imzalanıncaya kadar incelenerek sonuçlandırılmasının zorunlu olduğu hükme bağlanmıştır. İdarece şikayet üzerine verilen nihai kararın şikayetçiye elden tebliğ edildiği, kesinleşen ihale kararının da Kanuna uygun olarak tebliğ edildiği ve sözleşmenin imzalandığı, şikayet sonrasında idarece yapılan bildirim işlemlerinde Kanuna aykırı bir husus bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu tespitler çerçevesinde; ihale sürecine ilişkin işlemlerin Kanuna aykırı olduğunun tespitine, sözleşme imzalanarak ihale süreci bu haliyle tamamlandığından, tespit edilen aykırılık nedeniyle ihalenin iptalinin mümkün bulunmadığına, bu nedenle başvuru konusunda karar verilmesine yer olmadığına, bu durumun ayrıca idarenin bağlı ve ilgili olduğu Bakanlığa değerlendirilmek üzere gönderilmesine, kararın ilgili İdare ile taraflara bildirilmesine, oybirliğiyle karar verildi"*[521].

Danıştay bir kararında, şikayet başvurusunun reddi halinde itirazen şikayet süresinin dolması beklenilmeden sözleşme imzalanması halinde, sözleşme akdinden sonra yapılan itirazen şikayet başvurusunun Kamu İhale Kurulu tarafından incelenebileceğini ifade etmiştir. Bu bağlamda Danıştay,

---

[520] KİK, 19.03.2009, 2009/UH.II-1144, www.kik.gov.tr, 22.09.2010.

[521] KİK, 17.06.2003, UK-Z.145, www.kik.gov.tr, 21.09.2010. Danıştay bazı kararlarında, sözleşme imzalanmasından sonra yapılan itirazen şikayet başvurularını kabul edip etmemenin Kurul'un takdir alanı içinde olduğuna karar vermiştir. Bkz. D13D, 21.09.2005, E.2005/6653, K. 2005/4581, Nakleden: AKKURT, a.g.e., s. 11.

şikayet başvurusunun reddine ilişkin işleme karşı itirazen şikayet için gereken süre beklenmeden sözleşme imzalanması halinde, itirazen şikayet başvuru yapılması halinde Kamu İhale Kurulunca işin esasına geçilmesi yönündeki kararı iptal eden İdare Mahkemesi kararı ile farklı olarak, kanundaki bekleme sürelerine aykırı olarak sözleşme imzalanması halinde, itirazen şikayetin sözleşmenin imzalanmasından sonra yapıldığı gerekçesiyle reddedilemeyeceğini hükme bağlamıştır[522].

Kamu İhale Kanunu'nun 56. maddesinin 3. fıkrası ve Yönetmeliğin 18. maddesinin 4. fıkrası uyarınca, "Sözleşmenin Kanunda belirtilen sürelere ve usule uyulmadan imzalanmış olması veya itirazen şikayet başvurusundan feragat edilmesi, Kurum tarafından itirazen şikayet başvurusunun incelenip sonuçlandırılmasına engel teşkil etmez"[523].

c. İtirazen Şikayet Başvurusunun İhale Sürecine Etkisi

İtirazen şikayet yoluna başvurulmasının, ihale sürecine etkisi bakımından gerek Kamu İhale Kanunu gerekse, yönetmelikteki düzenlemelerden çıkan sonuç, başvurunun, sözleşme akdedilmesi dışında ihale sürecinin durmasına sebebiyet vermeyeceğidir. Bu konuda Kamu İhale Kanunu'ndaki tek düzenleme 55. maddenin son fıkrası olup, burada itirazen şikayet başvurusunun sonuçlandırılmasından önce, sözleşme

---

[522] D13D, 24.10.2008, E. 2006/2019, K. 2008/6961, Nakleden: AKKURT, a.g.e., s. 12. Danıştay yeni bir kararında da, Kamu İhale Kanunu kapsamında yer alan ihaleler bakımından itirazen şikayet yolu ile Kamu İhale Kurumuna başvurulmasının idari yargıdan önce zorunlu bir başvuru yolu olduğuna değinmektedir. Bkz. D13D, 16.11.2009, E. 2009/5259, K. 2009/10040, Nakleden: AKKURT, a.g.e., s. 46. Danıştay, bekleme sürelerinden bağımsız olarak, şartnamedeki hesap hatalarının sözleşme imzalandıktan sonra dahi idareye karşı bu durumun ileri sürülebileceğine ilişkin ilk derece mahkemesi kararını oybirliği ile onamıştır. D13D, 22.10.2008, E. 2007/1197, K. 2008/6928(Yayımlanmamış Karar), Danıştay 2010 tarihinde verdiği bir kararında da, Kamu İhale Kurulu'nun itirazen şikayet başvurusu sonuçlanmadan sözleşme imzalanması halinde, Kurul'un karar alma yetkisinin ortadan kalkmadığına ilişkin kararını haklı bulan İdare Mahkemesi kararını oybirliği ile onamıştır. D13D, 19.04.2010, E. 2007/10052, K. 2010/3359(Yayımlanmamış Karar).

[523] Bu düzenleme 2008 yılında yapılan değişiklik sırasında Kanun'a eklenmiştir.

akdedilemeyeceğinden bahsedilmektedir. Yönetmeliğin 13. maddesinin 2. fıkrasında da, benzer bir düzenleme yer almaktadır[524].

Kanun'un son kapsamlı değişiklik yılı olan 2008 öncesinde yürürlükte olan halinde 56. maddesinin 3. ve 4. fıkraları *"İtirazen şikayet konusunun açıkça bu Kanuna ve ilgili mevzuatına aykırı olması veya ihale sürecinin devam etmesi ile yapım müteahhidi, tedarikçi, hizmet sunucusu, kamu, idare veya diğer isteklilerin telafisi güç ya da zararlarının doğma olasılığının bulunması durumlarında, kesin karar verilinceye kadar ihale sürecini durdurur. İhale yetkilisince ivedilik ve kamu yararı bulunması nedeniyle ihale işlemlerine devam edilmesi kararı üzerine yapılan itirazen şikayet başvuruları, gerekli görülmesi halinde ihale süreci durdurularak öncelikle incelenir"* şeklinde idi.

ç. İtirazen Şikayet Başvurusunun Sonuçlandırılması

4734 sayılı Kanun'un 56. maddesinin 2. fıkrası uyarınca inceleme, ihalenin iptaline ilişkin olanlar dışında, şartname de dahil olmak üzere, incelemesini, başvuru sahibinin iddiaları ile idarenin şikayet üzerine aldığı kararda belirlenen hususlar ve itiraz edilen işlemler bakımından eşit muamele ilkesinin ihlal edilip edilmediği açılarından yapmaktadır. Başka bir ifade ile, Kurumun re'sen inceleme yapma yetkisi bulunmamaktadır.

Yönetmelik bu noktada ikili bir ayrıma gitmektedir. Yönetmeliğin 18. maddesinin 1. fıkrasının a bendi uyarınca, "İlan veya ön yeterlik/ihale dokümanına yapılan başvurular, başvuru sahibinin iddiaları ile idarenin

[524] Daha önceki yönetmelikte(26560 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2007 tarihli) bu konuda açık bir düzenleme yer almakta idi: Yönetmeliğin 18. maddesinin 1. fıkrasında, itirazen şikayet halinde ihale sürecinin akıbetini açık bir şekilde düzenlemiştir: *"Başvuruya konu ihalenin incelenen kısmının açıkça Kanun ve ilgili mevzuata aykırı olması veya ihale sürecinin devam etmesi ile yapım müteahhidi, tedarikçi, hizmet sunucusu, kamu, idare veya diğer isteklilerin telafisi güç ya da imkânsız zararlarının doğma olasılığının bulunması durumlarında, nihai kararın verilmesine kadar ihale sürecinin durdurulmasına Kurul tarafından karar verilir.* Yine aynı maddenin 3. fıkrası uyarınca, Kurul tarafından ihale sürecinin durdurulmasına gerek bulunmadığına karar verilir ise; başvuru sonuçlandırılıp nihai karar bildirilinceye kadar, idare tarafından sözleşme imzalanması dışındaki ihale işlemlerinin gereği yerine getirilir, ancak sözleşme imzalanamaz.

şikayet üzerine aldığı kararda belirtilen hususlarla sınırlı incelenir. Aynı maddenin 1. fıkrasının b bendi uyarınca ise, ihale veya ön yeterlik dokümanının verilmesi, başvuruların veya tekliflerin sunulması, değerlendirilmesi ve ihalenin sonuçlandırılmasıyla ilgili olarak ise, başvuru sahibinin iddiaları ve idarenin şikayet üzerine aldığı kararda belirtilen hususlar ile itiraz edilen işlemler bakımından eşit muamele ilkesinin ihlal edilip edilmediği yönünden incelenir"[525]. Bu noktada Kanunu'un eşitlik ilkesinin denetimini genel olarak öngörmesine rağmen, yönetmelik ile bunun sadece b fıkrasındaki durumlar bakımından öngörülmesi hak arama özgürlüğü bakımından eleştirilebilir, çünkü bu şekilde, ilgililere daha geniş denetim imkânı sağlayabilecek bir madde, a fıkrasındaki durumlar için ortadan kaldırılmış olmaktadır. Anılan bu durum, hak arama özgürlüğünün de kapsamına dahil olduğu temel hak ve hürriyetlerin ancak Anayasa'nın ilgili maddesinde öngörülen sebepler ve kanun ile sınırlanabileceği kuralı ile bağdaşmamaktadır.

İtirazen şikayetin konusu, şikayet başvurusu sonunda karar olduğu için, itirazen şikayet denetimi kapsamında, Yönetmeliğin 8. maddesinin 10. fıkrası uyarınca "İdarenin şikayet üzerine aldığı kararda belirtilen hususlar hariç, şikayet başvurusunda belirtilmeyen hususlar itirazen şikayet başvurusuna konu edilemez". Başka bir ifade ile, itiraz konusu bakımından, konu sınırı getirilmiştir.

Kurul inceleme sonucunda, Kamu İhale Kanunu'nun 54. maddesi ve ilgili Yönetmeliğin 21. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, ihale sürecinin devam etmesine engel oluşturacak ve düzeltici işlemle giderilemeyecek hukuka

---

[525] Kurul tarafından yapılacak denetimin kapsamı 2007 tarihli eski Yönetmelikte oldukça detaylı olarak düzenlenmekte idi: "Teknik şartnamede belli bir marka, model, menşei, kaynak veya ürün belirtilip belirtilmediği ve dokümana süresinde itirazen şikayet başvurusunda bulunulmuş ise ilgili dokümanın Kanun ve ilgili mevzuatına uygun olup olmadığını inceleyecektir. Ayrıca yine bu madde uyarınca Kurul, itirazen şikayet başvurusunda belirtilmemiş olsa da, temel ihale süreci kurallarına uyulup uyulmadığını ve ihale dökümanı bakımından ise, ihale dokümanına süresinde itirazen şikayet başvurusunda bulunulmamış ise, ihale dokümanına süresinde itirazen şikayet başvurusunda bulunulmamış ise, dokümanda teklif bedellerinin birbiriyle karşılaştırılmasını engelleyen eksiklik, belirsizlik veya çelişki yaratan bir düzenlemenin bulunup bulunmadığı inceleyecektir".

aykırılığın tespit edilmesi halinde ihalenin iptaline, idare tarafından düzeltme yapılması yoluyla giderilebilecek ve ihale sürecinin kesintiye uğratılmasına gerek bulunmayan durumlarda, düzeltici işlem belirlenmesine ya da itirazen şikayet başvurusunun yerinde bulunmadığına karar verecektir. Ayrıca Kurul, Yönetmeliğin 21. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, gerekli görüldüğü takdirde, tespit edilen aykırılıklara ilişkin olarak idari ve/veya cezai yönleriyle gereği yapılmak üzere ilgili idarelere bildirilmesine ve/veya yetkili Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulmasına karar verebilecektir[526][527].

Kurul, 2009 tarihli bir kararında, Kamu İhale Genel Tebliği'ne aykırı düzenlemeye idari şartnamede yer verilmesini, hukuka aykırılık olarak değerlendirilmiştir. Mevzuat uyarınca hukuka aykırılığın düzeltici işlemle giderilemeyecek olması halinde ihalenin iptali, düzeltilebilecek nitelikte ise, düzeltme kararı verilmesi öngörülmüştür. Kurul ise, söz konusu olayda hukuka aykırılığın düzeltici işlemle giderilebilecek, nitelikte olduğunu saptamış ancak ihale işlemlerini iptaline karar vermiştir. Kurul'un karar verme şekli, ayrıca bir eleştiriye konu olabilecek niteliktedir; çünkü Kurul'un verdiği karar, Kanun'da öngörülen karar alma sistematiği ile bağdaşmamaktadır[528].

4734 sayılı Kanun'un 56. maddesi'nin 5. fıkrası uyarınca, Kamu İhale Kurulu, itirazen şikayete ilişkin nihai kararını, incelenen ihaleye ilişkin gerekli bilgi ve belgeler ile ihale işlem dosyasının kayıtlara alındığı tarihi izleyen yirmi gün içinde vermek zorundadır. Bu noktada, süre bakımından Kanun ve Yönetmelik arasında paralellik bulunmaktadır. Yönetmeliğin 18. maddesinin 5. fıkrası uyarınca, Kurul, Kanunun 21 inci maddesinin birinci fıkrasının (b) ve

---

[526] Kurul'un verdiği kararlar incelendiğinde, mevzuatta belirtilmeyen karar türleri oluşturulduğu ve kullanıldığı dikkat çekmektedir.

[527] İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Tebliğ m. 16**:** (1) İdare, hukuki durumda değişiklik yaratan Kurul kararlarının gerektirdiği işlemleri ivedilikle yerine getirmek zorundadır. 16/(2) Hukuki durumda değişiklik yaratan Kurul kararlarının eksik veya yanlış uygulandığını iddia eden ilgililer bu hususa ilişkin başvuruyu itirazen şikayet başvurusu olarak doğrudan Kuruma yaparlar" 16(3) Kurul tarafından alınan kararların hiç uygulanmaması halinde ilgililer tarafından doğrudan Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulabilir.
İhalelere Yönelik Başvurular Hakkındaki Yönetmelik m. 23/2: "Hukuki durumda değişiklik yaratan Kurul kararlarının eksik veya yanlış uygulandığını iddia eden ilgililer bu hususa ilişkin başvuruyu itirazen şikayet başvurusu olarak doğrudan Kuruma yaparlar".

[528] KİK, 19.03.2009, 2009/UH.I-1148, www.kik.gov.tr, 01.09.2010.

(c) bentlerine göre yapılan ihaleler ile şikayet veya itirazen şikayet üzerine alınan ihalenin iptal edilmesi kararına karşı yapılacak itirazen şikayet başvurularına ilişkin nihai kararını, ihale işlem dosyası ile ihaleye ilişkin gerekli bilgi ve belgelerin Kurum kayıtlarına alındığı tarihten itibaren on iş günü içinde, diğer itirazen şikayet başvurularında yirmi gün içinde verir.

Kamu İhale Kanunu'nun 56. maddesinin 7. fıkrası ve Yönetmeliğin 24. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, Kurul tarafından verilen bütün kararlar, karar tarihini izleyen beş iş günü içinde taraflara tebligata çıkarılır ve tebligata çıkarıldığı tarihi izleyen beş gün içinde Kurumun internet sayfasında yayınlanır. Kararlara erişim ücrete tâbi tutulamaz. Aynı maddenin son fıkrasına ve yönetmeliğin 23. maddesinin 1. fıkrasına göre, idareler, hukuki durumda değişiklik yaratan Kurul kararlarının gerektirdiği işlemleri ivedilikle yerine getirmek zorundadır. Özdemir'e göre, bu ifade, bilhassa kurul tarafından verilen hukuka aykırılığın düzeltici işlem ile giderilmesine yönelik kararlar için söz konsudur. Yazara göre, Kurul'un ihalenin iptal edilmesi yönündeki kararları zaten kendiliğinden sonuç doğurmaktadır[529].

İhale sürecindeki işlemlerin idari denetimleri konusunda değinilmesi ve eleştirilmesi gereken son bir konu, şikayet ve itirazen şikayet üzerine ilgili idare ya da Kurul tarafından verilen kararlara karşı ek bir imkân olan eski Yönetmeliğin[530] 29. maddesinin 1. fıkrasının muhafaza edilmemesidir. Anılan fıkra uyarınca, idare ve Kurul tarafından alınan kararların yeterince açık olmadığı veya birbirine aykırı hüküm fıkraları içerdiği iddialarıyla, taraflardan her biri kararın açıklanmasını veya aykırılığın giderilmesini isteyebilme hakkı 2008 tarihli değişiklikler öncesinde söz konusu olabilmekte idi[531]. Söz konusu eleştirinin sebebi, ilgililere verilen bu hakkın, gereği gibi kullanılması

---

[529] ÖZDEMİR, a.g.e., 241.

[530] 26560 sayılı RG'yayımlanan Yönetmeliğin 2008 yılında yapılan değişiklik öncesi durumu. (Değişiklik: RG 26824, 22.03.2008).

[531] İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik: (2) Kararı vermiş olan idare veya Kurum tarafından başvuru incelenir ve gerek görülürse dilekçenin bir örneği, belirlenecek süre içinde cevap verilmek üzere taraflara tebliğ edilir. (3) İdarenin veya Kurumun bu hususstaki kararı, taraflara tebliğ olunur. (4) Açıklama veya aykırılığın kaldırılması, ancak karar gereğinin yerine getirilmesine kadar istenebilir.

halinde, yargı önüne yeni bir uyuşmazlık taşınmasına engel olabilecek nitelikte olmasıdır.

3. Zorunlu İdari Başvuru ve Zararların Tazmini

Kamu ihale süreci denetimi konusunda ele alınması gereken bir diğer konu da, İYUK'nun 12. maddesinin Kamu İhale Kanunu'nun öngördüğü denetim sistemi içinde ne şekilde anlaşılması gerektiğidir. Kamu ihale sözleşmesi imzalanmadan önce, hukuka aykırılık iddialarının yanı sıra, ilgililerin zararına sebebiyet verecek çeşitli durumların ortaya çıkması mümkündür. Örneğin çalışmamızın konusu bağlamında ele alırsak, şartnamede yapılacak iş noktasındaki belirsizlikler ilgililer bakımından zaman ve buna paralel olarak işgücü ya da maddi kayıplara yol açabilecektir.

Anayasamızın 129. maddesinin 5. fıkrası uyarınca idare, işlem ve eylemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür. Bu durum ayrıca hukuk devletinin gereklerinden birisidir. İYUK'nun "İptal ve Tam Yargı Davaları" başlıklı 12. maddesi uyarınca, "*ilgililer haklarını ihlâl eden bir idari işlem dolayısıyla Danıştay'a ve idare ve vergi mahkemelerine doğrudan doğruya tam yargı davası veya iptal ve tam yargı davalarını birlikte açabilecekleri gibi ilk önce iptal davası açarak bu davanın karara bağlanması üzerine, bu hususta ki kararın veya kanun yollarına başvurulması halinde verilecek kararın tebliği veya bir işlemin icrası sebebiyle doğan zararlardan dolayı icra tarihinden itibaren dava süresi içinde tam yargı davası açabilirler. Bu halde de ilgililerin 11 nci madde uyarınca idareye başvurma hakları saklıdır".*

Kamu İhale Kanunu'nda öngörülen denetim mekanizması bağlamında İYUK'nun 12. maddesi ayrıca değerlendirmeye gereksinim duymaktadır. Başka bir ifade ile, özellikle idari işlem niteliği konusunda görüş birliği olan şartname ve ihale sürecindeki diğer işlemlerden kaynaklı zararların tazmini için doğrudan tam yargı davasının açılıp açılamayacağı, şikayet ve itirazen şikayetin zararın tazmini konusunda da zorunlu idari başvuru niteliğinde olup

olmadıklarının ele alınması gerekmektedir. Ancak baştan ifade edilmelidir ki, bu sorunun çözümü pek de kolay yanıtlanabilecek bir nitelik arz etmemektedir.

Kamu İhale Kanunu'nun 54. maddesine bakıldığında, ihale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğrayanların ya da uğraması muhtemel olanların şikayet ve itirazen şikayet yolarını işletmesi gerektiğiden bahsedilmektedir. Kanun'un ifadesinden anlaşılan, zararların talebinin de şikayet ve itirazen şikayete tâbi olması şeklindedir. Kanun'un lafzından yola çıkarsak, 12. maddenin yorumlanması şu şekilde olmalıdır:

12. maddenin kapsamındaki bir seçenek olan idari işleme karşı iptal ve tam yargı davasının birlikte açılması olasılığı, Kamu İhale Kanunu karşısında zaten uygulama kabiliyetine sahip bulunmamaktadır. Çünkü, ihale sürecindeki işleme karşı doğrudan iptal davası açılması, anılan sistem içerisinde söz konusu olamamaktadır. 12. maddedeki diğer bir olasılık olan idari işleme karşı önce iptal davası açılıp daha sonra davanın sonucuna göre, tam yargı davası açılması durumu da, Kamu İhale Kanunu denetim sistemi karşısında, idarenin işlemine doğrudan iptal davası açılamayacağı için, Kanundaki ikinci olasılık da uygulanma yeteneğinden yoksun hale gelmektedir.

İYUK'nun 12. maddesinde yer alan başka bir seçenek olan, idari işleme karşı doğrudan tam yargı davası açılıp açılamayacağı ise, sorunlu bir noktayı oluşturmaktadır. İdare tarafından yapılan ihale sürecine ilişkin işlemin tam yargı davasına ne şekilde konu yapılabileceği noktasında doktrinde farklı görüşler de ifade edilmektedir. Uz'a göre Kamu İhale Kanunu'nun 54. maddesinde Kurul'a verilen yetki sadece hukuka uygunluk denetimi yapmakla sınırlandırılmıştır, zaten idarenin de teorik olarak yaptığı işlemden dolayı zarara uğradığını iddia eden kimsenin zararını şikayet başvurusu sonucunda doğrudan tazmini söz konusu olmayacaktır. Yazar aynı zamanda,

tam yargı davası açmak bakımından idari işlemin hukuka aykırı olmasının gerekmediği genel kabulüne de dikkat çekmektedir.[532].

İYUK'nun 12. maddesinde iptal davası açmadan tam yargı davası açılması hakkının verilmesi ya da önceden iptal davasının açıldığı hallerde tam yargı davası açabilmek için idari işlemin iptalinin gerekli olmaması kabulü de, yazarın haklı olduğu noktalar olarak ifade edilebilir. ancak bu yönde bir kabul de, çeşitli aksaklıları yaratma olasılığına sahiptir.

İdari işlemin hukuka uygun olduğu haller bakımından doğrudan tam yargı davasının açılmasının kabulü sorun yaratmamaktadır, ancak ihale

[532] Bkz. UZ, Kamu İhale Hukuku, s. 447-448. 2 Kasım 2011 tarihli 28103 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname'nin, "idari uyuşmazlıkların sulh yoluyla halli ve vazgeçme yetkileri" başlıklı 12. maddesi uyarınca: (1) İdari işlemler dolayısıyla haklarının ihlal edildiğini iddia edenler idareye başvurarak, uğramış oldukları zararın sulh yoluyla giderilmesini dava açma süresi içinde isteyebilirler. İdari eylemler nedeniyle hakları ihlal edilenlerce, idari dava açmadan önce 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 13 üncü maddesinin birinci fıkrası uyarınca yapılan başvurular da sulh başvurusu olarak kabul edilir ve bu maddede yer alan hükümler çerçevesinde incelenir. (2) Sulh istemine ilişkin başvuru, işlemeye başlamış olan dava açma süresini durdurur. Başvuru sonuçlanmadan dava açılamaz.(3) Sulh başvurularının altmış gün içinde sonuçlandırılması zorunludur. Sulh başvurusu altmış gün içinde sonuçlandırılmamışsa istek reddedilmiş sayılır.(4) Sulh başvurusu, belli bir konuyu ve somut bir talebi içermiyorsa, idari makam tarafından reddedilir. Bu Kanun Hükmünde Kararnameye uygun olarak yapılan ve idare tarafından reddedilmeyen başvurular, hukuki uyuşmazlık değerlendirme komisyonuna gönderilir. Hak ihlaline neden olan birden fazla idarenin varlığı halinde, ortak hukuki uyuşmazlık değerlendirme komisyonu oluşturulabilir.(5) Sulh başvurularının incelenmesinde, başvurunun konusu, zarara yol açan olay ve nedenleri, zararın idari eylem veya işlemden doğup doğmadığı ve meydana geliş şekli, idarenin tazmin sorumluluğunun olup olmadığı, zararın miktarı ve ödenecek tazminat tutarı tespit edilir. Hukuki uyuşmazlık değerlendirme komisyonu tarafından, bilirkişi incelemesi dahil olmak üzere gerekli her türlü araştırma ve inceleme yapılır, olayla ilgili bilgisi bulunan kişiler dinlenebilir.(6) Hukuki uyuşmazlık değerlendirme komisyonunun inceleme sonunda hazırlayacağı rapor 11 inci madde uyarınca karar vermeye yetkili mercilere sunulur. Bu mercilerin sulh başvurusunu kabul etmesi halinde başvuru sahibine, hazırlanan sulh tutanağının imzalanması için en az onbeş günlük süre verilir. Davet yazısında, belirtilen tarihte gelmesi veya yetkili temsilcisini göndermesi gerektiği, aksi takdirde sulh tutanağını kabul etmemiş sayılacağı ve yargı yoluna başvurarak zararının tazmin edilmesini talep etme hakkının bulunduğu belirtilir. (7) Tazminat miktarı ve ödeme şekli üzerinde idare ve istemde bulunanın sulh olmaları halinde buna ilişkin bir tutanak düzenlenir ve taraflarca imzalanır. Bu tutanak ilam hükmündedir. Sulh olunan miktar idare bütçesinden ödenir. Vadeye bağlanmamış alacaklarda tutanağın imzalandığı tarihten itibaren iki aylık sürenin dolmasından, vadeye bağlanmış alacaklarda ise vadenin dolmasından önce tutanak icraya konulamaz.(8) Sulh tutanağının kabul edilmemesi veya kabul edilmemiş sayılması hallerinde bir uyuşmazlık tutanağı düzenlenerek bir örneği ilgiliye verilir.(9) Sulh olunan konu ya da miktara ilişkin olarak dava yoluna başvurulamaz.(10) Bu madde kapsamındaki idari uyuşmazlıkların sulhen halli ile idari davaların açılmasından, takibinden, davayı kabul ve feragatten, kanun yollarına başvurulmasından vazgeçilmesi, 11 inci maddede belirtilen esaslara ve tutarlara göre belirlenir. Anılan bu hükümden sonra ihale işlemlerinden kaynaklı zararları olduğunu düşünenlerin sulh yolun başvurabilmeleri de bir olasılık olarak karşımıza çıkmaktadır.

sürecindeki işlemin hukuka aykırı olduğu hallerde çelişkili bir durum ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki, böyle bir durumda zararın saptanması sırasında dolaylı olarak idari işlemin hukukiliğinin denetimi de gündeme gelecektir. Bir taraftan idari işleme doğrudan iptal davası açma hakkı tanınmazken, bir taraftan dolaylı olarak bu denetime izin verilmiş olacaktır. Başka bir ifade ile, Kamu İhale Kanunu sistematiği açısından çelişkiye sebep olabilecektir. Bir taraftan iptal davası açabilmek için, idari işlemin zorunlu başvuru yollarını tüketmesi aranırken, diğer taraftan aynı işlem için tam yargı davası açılmasına izin verilerek, dolaylı olarak idari işlemin hukukiliğinin denetlenmesine izin verilmiş olacaktır[533].

O halde ilgili bakımından tatışmasız kabul gören yol, Kamu İhale Kurulu'nun kararından sonra o zaman kadar mevcut olan ve devam etmekte olan zararlar bağlamında, Kamu İhale Kurulu kararına yönelik olarak İYUK 12. maddeyi işletmek olacaktır. 12. maddeye göre bu durumda ya Kurul kararına karşı doğrudan tam yargı davası açabilecek, ya Kurul kararına karşı iptal davası ile birlikte tam yargı davası açabilecek ya da iptal davasının ya da bu kararın temyize taşınması halinde üst mahkeme kararına göre tam yargı davası açabilecektir. Şikayet ve itirazen şikayet yoluna başvurulmasının, ihale sürecindeki zararını tazmin etme hakkının ancak Kurul kararı bağlamında ve gecikmeli olarak yerine getirilebilmesi eleştirilebilecek noktalardan birisini oluşturmaktadır.

İhale sürecindeki işlemlere karşı doğrudan tam yargı davası açılıp açılamayacağı konusu tartışmalı olmakla beraber, bu noktada ihale sürecine dahil işlemlerden kaynaklanan zararları olduğunu iddia edenler bakımından, cic'dan kaynaklanan tazminat hakkının söz konusu olabileceğinin kabulü gerekmektedir. Her ne kadar ihale süreci, idare hukukuna ait bir süreç olarak kabul edilmekte ise de, anılan sürecin nihayetinde sözleşme akdedilsin ya da

---

[533] İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik m. 14/3 ve İhalelere Yönelik Başvurular Hakkındaki Tebliğ'de m. 7/14 yer alan şu düzenleme de cic uygulamasının gerekliliğini destekler niteliktedir: "Şikayet başvurusu üzerine idarece alınan kararla bir hak kaybına veya zarara uğradığını ya da zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia edenler bu hususa ilişkin başvuruyu itirazen şikayet başvurusu olarak doğrudan Kuruma yaparlar."

akdedilmesin, özel hukuk sözleşmesine giden bir usul süreci söz konusu olmakta ve ilan verilmesiyle beraber, ilgililer ve ihaleye çıkan idare arasında sözleşmeye benzer bir güven ilişkisinin kurulmuş olduğunun kabulü gerekmektedir. İhale mevzuatında, sözleşme öncesi kusurlu davranışa dayanarak tazminat hakkı elde edilmesine engel bir düzenleme söz konusu olmadığı gibi, anılan durumun kabulü, idare hukuku alanını kısıtlayıcı bir nitelik taşısa da, ihale sürecindeki işlemlere Kamu İhale Kanunu sistematiği içerisinde doğrudan tam yargı davası açılıp açılamayacağı tartışmaları içinde, sorunlara çözüm odaklı bir yaklaşım sunabilecek niteliktedir. Bu noktada her ne kadar, sözleşme öncesi kusurlu davranışa dayanmanın koşullarından bir tanesinin "kusur" olduğu[534] ve aslında hukuka aykırılık denetiminin bu şekilde dolaylı olarak yapıldığı ve ihale sürecinde söz konusu olan hukuka aykırılık iddiaları bakımından zorunlu idari başvuru yolunun var olduğu açık olsa da, Kurul'un düzeltici işlemle giderme kararı verdiği hallerde de, bazı zararların ortaya çıkması söz konusu olabileceği için, açık ve bariz hukuka aykırılıklar bakımından sözleşme öncesi kusurlu davranışa dayanmanın mümkün olabilmesi gerekmektedir. Buz'un da haklı olarak ifade ettiği üzere, idare tarafından, Kurul tarafından verilen düzeltici işlem belirtme kararına göre, hukuka uygun işlem tesis etmeme olasılığı her zaman bulunmaktadır[535].

B. Yargısal Denetim

Kamu İhale Kurumu, idari teşkilatlanma içerisinde bağımsız idari otoriteler yani düzenleyici ve denetleyici kurumlar içerisinde yer almaktadır. Bu kurumlar, hassas olarak adlandırılan alanlarda, devlet adına denetleme görevini yerine getirmektedirler. Çalışma usullerine bakıldığında, yargı organlarının çalışma usullerine benzeyen bir usulde faaliyet gösterdikleri bilinmektedir. Kamu İhale Kurumu'nun itirazen şikayet incelemesine ilişkin

---

[534] "Doktrin ve uygulamada hakim görüşe göre hukuk düzeninin hoş görmediği, kınadığı davranış biçimine ya da hukuka aykırı sonucu istemek veya bu sonucu istememekle beraber birlikte; hukuka aykırı davranıştan kaçınmak için iradesini yeterince kullanmamaya kusur denir.", YALMAN, a.g.e., s. 101.

[535] BUZ, a.g.e., s. 165-166.

süreç de, bu açıklamamızı doğrulamaktadır, ancak, yargılama görevinin Anayasa'nın 138. maddesi uyarınca, sadece bağımsız mahkemelerce yerine getirilmesi karşısında, bağımsız idari otoritelerin yargısal yerler olduğu söylenemez. Düzenleyici denetleyici kurullar, idari birer organ olup, kararları da idari kararlar niteliğindedir[536]. Bu durumun doğal sonucu düzenleyici denetleyici kurulların işlemlerine karşı idari yargı yolunun açık olmasıdır.

Anayasa'mızın 125. maddesi uyarınca, idarenin her türlü işlem ve eylemine karşı yargı yolu açıktır. Anayasal bu kuralın yansıması, Kamu İhale Kanunu'nun 57. maddesinde de açıkça belirtilmektedir: Anılan maddeye göre, şikâyetler ile ilgili Kurum[537] tarafından verilen nihai kararlar Türkiye Cumhuriyeti Mahkemelerinde dava konusu edilebilir ve bu davalar öncelikle görülür". Doktrinde ve yargı uygulamasında genel kabul gördüğü şekliyle, kural olarak bu düzenlemeden anlaşılması gereken, idari yargı yolunun açık olması gerektiğidir, çünkü kural olarak, idari işlemler söz konusu olduğunda, idari yargı görevlidir. Yasa koyucu, gerekli görmesi halinde, bu konuda adli yargıyı da görevli kılabilecektir[538]. Dolayısıyla Kurul'un verdiği idari kararlar bağlamında, idari yargı yerlerinde, hem iptal hem de tam yargı davasının gündeme gelmesi söz konusu olabilecektir.

1. İlk İnceleme

Kurul kararına dava açılması halinde, idari yargı yerleri davayı kabul için, ilk incelemede bulunacaktır[539]. Söz konusu incelemede, İYUK'nun 14. maddesi uyarınca öncelikle yetki ve görev konusunda inceleme yapacaklardır. Ortada bir idari karar olması ve yasada aksine bir düzenleme

---

[536] ATAY, a.g..e., s. 381, GÜNDAY, a.g.e., s. 576, GÖZLER, Cilt. 1, s. 584-585.

[537] İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik, m. 24/1:" Kurul tarafından başvurular üzerine verilen bütün nihai kararlar ile nihai kararlara karşı açılan davalar sonucundaki mahkeme kararlarının uygulanması için Kurul tarafından alınan kararlar, karar tarihini izleyen beş iş günü içinde taraflara bildirime çıkarılır ve bu tarihi izleyen beş gün içinde Kurumun internet sayfasında yayımlanır."

[538] ÇAĞLAYAN, a.g.e, s. 48, GÖZÜBÜYÜK-TAN, Cilt 2, s. 148.

[539] İlk inceleme, hem iptal, hem de tam yargı davasında yapılacaktır.

olmadığına göre, bu kararlar bakımından idari yargı yetkili olacaktır[540]. İdari yargıda genel yetki, İYUK'nun 32. maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre yetkili idare mahkemesi, iptal davası bakımından idari işlemi yapan merciin olduğu yerdeki idare mahkemesi, yani Ankara İdare Mahkemesidir. Tam yargı davası bakımından da, İYUK'nun 36. maddesi uyarınca Ankara İdare Mahkemeleri yetkilidir. O halde, Kamu İhale Kurulu'nun şartname ve diğer ihale işlemleri bakımından verdiği itirazen şikayete ilişkin kararlar iptal ya da tam yargı davasına konu olabileceklerdir.

İkinci olarak, idari yargı yerleri tarafından, idari mercii tecavüzü olup olmadığına bakılacaktır. İşte bu noktada, Kanun tarafından getirilen şikayet ve itiraz şikayet mekanizmalarının yargı yolundan önce işletilmesi gerekmektedir. Aksi halde yargı yeri eğer başvuru süresi geçmediyse dosyayı ilgili idareye gönderecek ya da idari başvuru süresi geçmişse, davanın reddine karar verecektir. Daha sonraki inceleme konusu dava açanların, bu konuda ehliyeti bulunup bulunmadığı olacaktır. İptal davası bağlamında dava açma hakkına sahip olanlar, Kurul'un, ihale dokümanının hukuka uygun olduğu yönündeki kararından dolayı menfaati etkilenenler olacaktır. Kamu ihale süreci içinde ele aldığımızda en genel anlamıyla istekliler, istekli olabilecekler ve adaylar bu kapsamda değerlendirilebileceklerdir. Başka bir ifade ile şikayet ya da itirazen şikayet ehliyetine sahip olanlar, davacı olma ehliyetine de sahip olacaklardır. Şartname bağlamında ele alınırsa, şartnameye karşı şikayet ya da itirazen şikayet haklarının varlığı kabul edilen ilgililerin, dava açma ehliyetlerinin de varlığını kabul etmek gerekmektedir.

Danıştay bir kararında, Kurul kararlarına açılan davalarda ehliyet[541] ve dava konusu işlem noktasına değinmektedir: *"İhalenin ve ihaleye ait işlemlerin iptali istemiyle dava açabilmenin gerekli koşulu ise, davacının, bu ihaleyi kazanamaması değil, ihaleyle arasında menfaat ilişkisinin*

[540] Danıştay Kanunu m. 24'e göre ya da başka kanuna göre, Kamu İhale Kurulu kararları için özel yetki durumu söz konusu değildir.

[541] Elektronik İhale Yönetmeliği ile dökümanın e-imza ile indirilmesi olanağı getirildiği için, dökümanı bu şekilde elde edenler de dava açma ehliyetine sahip olacaklardır.

bulunduğunu, ihaleye öne süreceği belli nedenlerle katılamadığını iddia edebilmesidir. İstekliler yanında istekli olabileceklerin de ihaleyle ilgili meşru, kişisel ve güncel menfaatinin korunmsı ancak bu şekilde mümkün olabilir. Diğer taraftan, ihalenin iptali istemiyle dava açabileceği yukarıda belirtilenlerden, isteklilerle istekli olabileceklerin dava açabilmeleri için, öncelikle 4734 sayılı Yasa'da belirtilen idari başvuru yollarını tüketmeleri gerekmektedir… Yukarıda yer verilen hükümlere ve Kanun'un gerekçesine göre, Kamu İhale Kanunu'ndan doğan uyuşmazlıkların çözümlenmesi istemiyle, istekli veya istekli olabilecekler tarafından açılan davalarda, ihale süreci ile ilgili olarak idari davaya konu olabilecek işlem, ihale süreci içerisinde ihale makamı tarafından yapılan işlemler değil, bu işlemlere karşı, anılan Kanun hükümlerinde öngörülen usullere göre ihaleyi yapan idareye yapılacak şikayet başvurusundan sonra, Kamu İhale Kurumu'na yapılacak itirazen şikayet başvurusu sonucu Kamu İhale Kurulu tarafından tesis edilecek işlemdir… İstekli olabilecek kişinin/davacının doküman hükümleri hakkında iddia ettiği hususların, ihaleye teklif vermesini engelleyecek ya da teklifin eşit muamale ve rekabet ilkeleri gereğince değerendirilebilmesini önleyebilecek bir nitelik arz edip etmediğine bakılması gerekmektedir. Burada önemli olan dökümanın Yasa'ya aykırı olup olmadığı değil, şikayetçinin/davacının iddiasının, yasa gereği korunması gereken bir menfaatine ilişkin olup olmadığıdır"[542].

Tam yargı davası bakımından da, kurul kararından hakları muhtel olanlar başka bir ifade ile maddi ya da manevi zarara uğrayanlar davacı olabilecektir. Bu bağlamda istekliler, istekli olabilecekler ya da adaylar dava açma ehliyetine sahiplerdir.

İptal davası noktasında ilk incelemede, ortada kesin ve yürütülebilir bir idari işlem olup olmadığı değerlendirilecektir. İdari işlemin kesinliği ile kastedilen, idari işlemin gerekli idari usul sürecine uyarak tekemmül ettirilmesidir. Yürütülebilirlik, yani " icrai nitelikte olması" ile anlatılmak istenen

[542] D13D, 11.11.2005, E. 2005/6367, K. 2005/5455, aynı yönde bkz. D13D, 28.06.2006, E.2006/1176, K. 2006/2759, Nakleden: AKKURT, a.g.e., s. 90, 99vd.

ise, işlemin ilgililerin hak ve yükümlülükleri bakımından etki göstermesidir. Kesinleşmiş olmaktan ise, dava konusu idari işlem bakımından zorunlu başvuru yollarının tüketilmiş olması aranmaktadır. O halde, şikayet ve itirazen şikayet yolu burada da dikkate alınacak, bu yolların tüketilmiş olması aranacaktır.

Kamu İhale Kurulu kararına karşı dava açma süresi, kamu ihale mevzuatında özel bir süre öngörülmemesi sebebiyle, İYUK'nun 7. maddesi uyarınca, 60 gündür. Süre, Anayasamızın 125. maddesi ve İYUK'ndaki genel kural uyarınca, Kurul kararının taraflara tebliği ile başlayacaktır. 4734 sayılı Kanunu'un 56. maddesi uyarınca, Kurul tarafından verilen kararlar, karar tarihini izleyen 5(beş) gün içinde tebligata çıkarılmak zorundadır.

Husumet, Kurum'un kamu tüzel kişiliği bulunması karşısında, doğrudan Kurum'a yöneltilebilecektir. Sonuç olarak, dikkat çekici nokta, Kamu İhale Kanunu sistematiği içerisinde, şartname de dahil, ihaleye ilişkin işlemlerin ancak Kamu İhale Kurulu kararları bağlamında, yargısal denetime konu olabileceğidir[543].

Kurul kararlarının yargısal denetimine daha sonra değinilecek olmakla beraber, bu noktada kurul kararlarına karşı, İYUK'nun 11. maddesi uyarınca, bir idari başvuru daha yapma imkânının söz konusu olabileceğine değinilmelidir. 11. madde uyarınca *"İlgililer tarafından idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde istenebilir"*.

---

[543] Bu noktada Danıştay Birinci Dairesi'nin konuyla ilgili bir kararına değinilmelidir. Danıştay Kanun'da yer almayan bir yorum geliştirmiş ve ihale sürecinde yapılan işlemlerden, idari davaya konu olabilecek nitelikte kesin ve yürütülebilir olanların idari yargıya mı götürülmesi gerektiği yoksa Kuruma itirazen şikayet yolu ile Kuruma mı gidilmesi gerektiği konusunda tereddüte düşmüştür. Daha sonra ise, Kanun'un Kurumun ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içinde, idarece yapılan işlemlrim mevzuata uygunluğunu denetlemekle görevli olmasına dayanarak, bu işlemlere karşı Kurum'a itirazın mümkün olduğu sonucuna varmıştır. Bkz. D1D, 13.04.2004, E. 2004/36, K. 2004/42, Nakleden: AKKURT, a.g.e., s. 130.

Daha önce de ifade edildiği gibi, 4734 sayılı Kanun'da Kurul kararlarına yargı yolunun açık olduğu belirtilirken, idari başvuru yapılmasına bir engel bir düzenleme bulunmamaktadır. O halde bir idari işlem olduğuna şüphe bulunmayan Kurul kararına karşı, daha üst makam olmadığı için bir kez daha kurula başvurabilme olasılığı vardır. İYUK'nun 11. maddesinin 2. fıkrası uyarınca bu başvuru dava açma süresini durdurucu niteliktedir. Bu başvuru ile duran dava açma süresi, Kurul'un başvuru üzerine verdiği karar sonrasında kaldığı yerden işlemeye devam edecektir. Bu imkân ile, Kurul'un kararını bir kez daha gözden geçirmesi sağlanabilecektir.

Burada üzerinde durulması gereken İYUK 11. madde bağlamında yapılacak başvurunun ihtiyari olduğudur. İlgili isterse bir kez daha Kurul'a başvurmak yerine, Kurul'un itirazen şikayet üzerine verdiği kararı, doğrudan idari yargı yerine taşıyabilir[544]. Ancak 2009 yılında yürürlüğe giren İhalelere Yönelik Başvurular Hakkındaki Tebliğ'in[545] 17. maddesi uyarınca "4734 sayılı Kanunun 57 nci maddesi uyarınca "*Kurul kararları idare yargı mercilerinde dava konusu edilebileceğinden, hak kaybına uğranılmaması bakımından Kurul kararının yeniden incelenmesi talebiyle Kuruma başvuruda bulunulmaması önem arz etmektedir"*. Kamu İhale Kanunu'nda İYUK'nun 11. maddesinde yer alan ihtiyari başvuru hakkını ortadan kaldıran bir düzenleme yer almazken, Tebliğ'de bu yönde bir hüküm bulunması hem normlar hiyerarşisi, hem de hak arama hürriyeti içinde kabul edilen idari başvuru yapma hakkının Anayasa'mızın 13. maddesine aykırı şekilde kanun dışında bir düzenlemeyle sınırlanması bakımından eleştiriye açıktır.

Danıştay bir kararında Kamu İhale Kurulu kararının davaya konu olup olamayacağı ve bu kararlara karşı İYUK 11. madde bağlamında ihtiyari başvuru yapılıp yapılamayacağına ilişkin değerlendirme yapmaktadır: " *Bu itibarla, Kamu İhale Kurulu'nun "iddiaların incelenmesi" kapsamında incelediği ihale dosyalarında saptadığı mevzuata aykırı konuları "ilgili idaresi"ne bildirmeyip, Yasa'da belirtildiği şekilde sonuçlandırarak, Yasa'nın*

[544] Aynı yönde bkz. UZ, Kamu İhale Hukuku, s. 432- 433.
[545] 28.01.2009 tarih, 27124 sayılı RG.

yukarıda sözü edilen 56. maddesinin 2. fıkrasındaki kararlardan birini alması zorunlu bulunduğundan, ihale ile ilgili mevzuata aykırılıkların, idarenin bağlı olduğu bakanlığa bildirilmesi yolundaki kararların itiraz edenin hukukunu etkileyen kesin ve yürütülmesi gerekli bir işlem olduğu açıktır.

Bu nedenle, dava konusu… sayılı Kamu İhale Kurulu kararının idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olmadığı gerekçesiyle davanın esastan incelenmesi olanağı bulunmadığı yolundaki gerekçede yasal isabet görülmemiştir. Öte yandan, davacının 2577 sayılı Yasa'nın 11. maddesinin uygulanabileceğini öne sürerek, Kurul kararının düzeltilmesi isteminin reddine dair Kurul kararının da iptalini istediği anlaşılmakta olup, anılan yasal düzenlemelerde, ihale sürecinde tesis edilen işlemler hakkında idari başvuru yolu öngörülmüş olup, bu başvuru yolunun tüketilmesinden sonra ,Kurul tarafından verilen nihai kararın dava konusu edilebileceği açıkça belirtildiğinden, söz konusu başvurunun idari dava açma süresini durdurduğundan söz edilemeyeceğiden, Kamu İhale Kurulu'nca verilen….sayılı kararın iptali istemiyle süresinde dava açılıp açılmadığını incelenmesi, davanın süresinde olması halinde Kamu İhale Kurulu'nun itirazen şikayet üzerine vereceği kararda uyması gerektiği hususların dikkate alınrak bir karar verilmesi gerekirken, davanın yazılı gerekçe ile reddedilmesinde yasal isabet görülmemiltir. Açıklanan nedenlerle….İdare Mahkemesinin ,,,,,,sayılı kararının bozulmasına"[546]. Ancak, İYUK'nun karşısında özel nitelikli bir kanun olan Kamu İhale Kanunu'nda itirazen şikayet üzerine Kurul tarafından alınan karar bakımından, 11. maddeyi uygulama dışı bırakan bir düzenleme getirilmemesi karşısında, bozma gerekçesi bu olmasa gerektir. 11. madde anlamında, dikkat edilmesi gereken, Kurul'un idari teşkilat içinde, hiyerarşik açıdan, bağlantılı hale getirilemeyecektir. 11. maddede ifade edildiği üzere Kurul, kararını bir kez daha bizzat inceleyecek ve aslında Kamu İhale Kanunu sistematiğine de

[546] D13D, 20.03.2006, E. 2005/7916, K. 2006/1445, Nakleden: SIRABAŞI- YILMAZ, a.g.e., s. 547-548.

uygun olarak, uyuşmazlığın idari aşamada çözülmesi için ek bir imkân daha yaratılmış olacaktır.

2.İptal Davası

İYUK'nun 2. maddesi uyarınca, idari işlemlerin yetki, şekil, sebep, konu ve amaç unsuru bakımından hukuka aykırı olmaları halinde, bu işlem dolayısıyla menfaati ihlâl edilenler tarafından iptal davası açılabilecektir. Burada, menfaat ihlâlini itirazen şikayet hakkı olanlar da dahil, daha geniş anlamak iptal davasının objektif niteliğine uygun düşecektir.

İptal davasına konu olacak olan, Kamu İhale Kurulu'nun itirazen şikayet üzerine verdiği kararı olup; yetki, şekil, sebep, konu ve amaç unsurları bakımından yargı yerlerince denetlenecektir. Danıştay, bir kararında kamu ihale sürecine ilişkin dava konusu olabilecek işlemin Kurul kararı olduğuna dikkat çekmektedir: "*Yukarıda yer verilen hükümlere göre, yapım müteahhidi, tedarikçi veya hizmet sunucusu tarafından açılan davalarda, ihale süreci ile ilgili olarak idari davaya konu olabilecek işlem, ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde ihale makamı tarafından yapılan işlemler değil, bu işlemlere karşı, anılan Kanun hükümlerinde öngörülen usullere göre ihaleyi yapan idareye yapılacak şikâyet başvurusundan sonra, Kamu İhale Kurumu'na yapılacak itirazen şikâyet başvurusu sonucu Kamu İhale Kurulu tarafından tesis edilecek işlemdir.*

Olayda, dava konusu ihalenin iptal edildiğinin bildirilmesi işlemine karşı, 4734 sayılı Yasa'nın yukarıda belirtilen maddelerinde öngörülen usul izlendikten sonra, idari dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu başvuru yolu olan itirazen şikâyet başvurusu üzerine Kamu İhale Kurulu'nca verilen kararın iptalinin istenebileceği açıktır"[547].

[547] D13D, 28.09.2005, E.2005/6164, K. 2005/4790, DBB, 29.06.2010.

Kurul'un itirazen şikayet üzerine verdiği karar, unsurları bakımından denetime tâbi tutulacaktır. İdari işlemde yetki, mevzuat tarafından idari işlemi yapma kudretine sahip olmayı ifade etmekte olup, yetki kuralları yer, zaman ve kişi bakımından incelenmektedir[548]. Bu açıdan, itirazen şikayete ilişkin kararı almaya yetkili makam Kamu İhale Kuruludur. Kurul itirazen şikayete ilişkin kararını mevzuatta öngörülen zaman ve sınırlar dahilinde almak zorundadır.

Şekil unsuru Türk hukuk sisteminde usulü de içine alacak şekilde algılanmaktadır[549]. İtirazen şikayete konu olan Kurul kararı, Kamu İhale Kanunu, ilgili Yönetmelik, Kamu İhale Genel Tebliği ve diğer ihale mevzuatında öngörülen şekilde ve usul kurallarına uygun olarak alınmalıdır.

İdare sebepsiz olarak işlem yapmaz[550]. Bu sebep mevzuatta bazen açık olarak belirtilirken bazen muğlak ifadelerle belirtilir. Bazen ise, sebep unsuruna ilişkin hiçbir belirleme bulunmaz. Bu gibi hallerde sebep, idarenin takdirinde olmakla beraber kamu yararı ve hizmet gerekleri ile sınırlanmıştır[551]. İtirazen şikayet sonucunda Kurul tarafından karar alınmasına yol açan gerekçe yani Kurul'u harekete geçiren dürtü, ihaleyi yapan idarece şikayet itiraz yolu sonucunda mevzuatta öngörülen süre içinde bir karar alınmaması ya da alınması ancak bu kararın ilgililerince hukuka uygun bulunmamasıdır.

İdari işlemde amaç, idarenin o işlemi yapmakla elde etmek istediği sonuçtur. Bu amaç genel amaç olan kamu yararıdır[552]. Ancak bazen idari işlemlerde özel amaç söz konusu olabilir ve bu durum da kanunda açıkça belirtilir. Kamu ihale denetim sürecinde itirazen şikayet sonunda alınan kararın amacı, daha önceden ihaleyi yapan kuruluşa şikayet başvurusunda

---

[548] ATAY, a.g.e., s. 443 vd., AKYILMAZ- SEZGİNER- KAYA, a.g.e., s. 396. , Yetkili idari makamlar işlem yapma yetkilerini, mevzuatta öngörülen coğrafi alan, zaman, konu ve iş paylaşımına uygun olarak kullanmak durumundadırlar.

[549] ATAY, a.g.e., 467-468, AKYILMAZ- SEZGİNER- KAYA, a.g.e., s. 404.

[550] ÇAĞLAYAN, a.g.e., s. 341.

[551] ATAY, a.g.e., s. 481.

[552] GÜNDAY, a.g.e., s. 160., ATAY, a.g.e., s. 483.

bulunanlar ile ilgili idare arasındaki uyuşmazlığı idari yoldan çözümlemek ve hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaktır.

Kamu İhale Kurulu'nun itirazen şikayet üzerine verdiği kararın incelenmesinde yetki, şekil, sebep ve amaç unsurunu inceleme konusunda sıkıntı bulunmamaktadır. Bu ögelere aykırılıklar kolayca saptanabilecektir. Tezde ihale dökümanına ilişkin olması bakımından bizi ilgilendiren ve saptanması ihale dökümanının kendisine kadar uzanan, Kurul kararının "konu" unsuru yönünden hukuka uygun olup olmadığının saptanmasıdır.

İdari işlemin konusu, en genel ifadesiyle işlemin hukuk aleminde yaratığı sonuçlardır[553]. Başka bir ifade ile, idari işlemin içeriğidir. İdari işlemin konu unsurunda sakatlık ile, kanun, uluslararası anlaşma, tüzük gibi hukuk normları da dahil edilmektedir[554]. Dolayısıyla üst hukuk normlarına aykırılık konu unsuruna aykırılık içerisinde değerlendirilecektir. O halde, Kamu İhale Kurulu'nun itirazen şikayete ilişkin kararının konu unsuru bakımından hukuka uygunluğundan bahsedebilmek için, Anayasa, uluslararası anlaşma ve ihale mevzuatında öngörülen içeriğe uygun olması gerekmektedir. Bu içeriğe uygunluk, tez bağlamında, idari ve teknik şartnamelerin mevzuata uygun olup olmadığının incelemenin doğru bir şekilde yapılmasını gerektirmektedir. Başka bir ifade ile Kurul'un kararının konu unsuru bakımından hukuka uygunluğundan bahsedebilmek için, ihale dökümanının hukuka uygun olup olmadığı konusunda Kurul'un doğru bir karara varması gerekmektedir. Aslında bu noktada nihayetinde Kurul da, onun kararını denetleyen idari yargı yeri de ihale dökümanının hukuka uygunluğunu denetlemek durumunda kalmaktadır. Kısacası Kurul kararının hukuka uygunluğu denetlenirken aslında[555], şartname konu unsuru bakımından dolaylı olarak denetlenmektedir[556].

---

[553] GÜNDAY, a.g.e., . 157., AKYILMAZ- SEZGİNER- KAYA, a.g.e, s. 413., ATAY, a.g.e., s. 481.
[554] GÖZLER, Cilt. 1, s. 933, ATAY, a.g.e., s. 483.
[555] Kurul tarafından, idarece şikayet üzerine idare tarafından verilen karar incelenirken de dolaylı olarak, şartnamenin konu unsuru bakımından hukuka uygunluğunun denetimi yapılmaktadır.
[556] Aynı yönde UZ, Kamu İhale Hukuku, s. 443-444.

İdari işlem olduğu gerek doktrin, gerekse yargı uygulamasına göre, şartnamenin Anayasa, Kamu İhale Kanunu ve diğer üst hukuk normlarına aykırı şekilde düzenlenmesi, onu konu unsuru bakımından sakatlayacaktır. Şartname kamu ihale mevzuatı yanında, öncelikle üst hukuk normlarına da uygun olmak durumundadır. Örneğin bu noktada Anayasa'mızın 10. maddesinde yer alan "eşitlik ilkesi" ihaleler bakımından büyük öneme sahiptir[557]. İlkenin ihale dökümanı bağlamında ihale hukuku alanına yansıması, hazırlanan dökümanlarda belli isteklileri kayırmaya yönelik düzenlemeler getirilmemesi ve katılan herkese ihale süreci içinde eşit muamelede bulunulmasıdır. Oysa, uygulamada ihalelere ilişkin şikayetler dikkate alındığında, yakınılan durumun genel olarak şartnamede yapılan düzenlemelerin isteklileri korumak ya da kayırmaya ilişkin olarak ayarlanmış olduğudur. Bu sorunun farkında olan yasakoyucu, bu durumu engellemeye yönelik bir düzenlemeye Kamu İhale Kanunu'nun 12. maddesinde yer vermiştir: "*İhale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin teknik kriterlerine ihale dokümanının bir parçası olan teknik şartnamelerde yer verilir. Belirlenecek teknik kriterler, verimliliği ve fonksiyonelliği sağlamaya yönelik olacak, rekabeti engelleyici hususlar içermeyecek ve bütün istekliler için fırsat eşitliği sağlayacaktır. Teknik şartnamelerde, varsa ulusal ve/veya uluslararası teknik standartlara uygunluğu sağlamaya yönelik düzenlemeler de yapılır. Bu şartnamelerde teknik özelliklere ve tanımlamalara yer verilir. Belli bir marka, model, patent, menşei, kaynak veya ürün belirtilemez ve belirli bir marka veya modele yönelik özellik ve tanımlamalara yer verilmeyecektir. Ancak, ulusal ve/veya uluslararası teknik standartların bulunmaması veya teknik özelliklerin belirlenmesinin mümkün olmaması hallerinde "veya dengi" ifadesine yer verilmek şartıyla marka veya model belirtilebilir".*[558]

---

[557] "Eşit muamale", Kamu İhale Kanunu'nun 5. maddesinde Kanun'a hakim temel ilkelerden sayılmaktadır.

[558] Temel İlkeler, Kamu İhale Kanunu, madde 5- İdareler, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur. Aralarında kabul edilebilir doğal bir bağlantı olmadığı sürece mal alımı, hizmet alımı

Yine Kamu İhale Kanunu'nun 12. maddesinde, şartnamenin yapılacak hizmet, alınacak mal ya da yapımın özelliklerini belirtmek üzere hazırlanacak bir metin olduğundan bahsedilmektedir. O halde idare, şartnameyi hazırlarken, ihale konusu işin özelliklerini şüphe bırakmayacak şekilde belirlemek zorundadır. Bu anlamdaki belirsizlikler ya da teknik şartnamede belli bir marka, model, menşei, kaynak veya ürün belirtilmesi, şartnameyi konu unsuru bakımından sakatlayarak, hukuka aykırı hale getirecektir.

Şartnamenin konu unsuru bakımından belirtilmesi gereken bir hal, tip şartnameye aykırılık durumudur. Tip şartnameye aykırılık ile kastedilen şartnamenin, tip şartnameye aykırı hükümler içermesidir. Son zamanlarda uygulamada yaşanan sıkıtıların önemli bir kısmını da, bu durumlar oluşturmaktadır. Bu aykırılık ya doğrudan tip şartnameye aykırı hükümler hazırlayarak ya da şartnamedeki boşlukların tip şartnameye aykırı doldurulması şeklinde olabilir. Kamu İhale Kanunu'nun 53. maddesinin b fıkrasının 2 numaralı bendinde, standart ihale dökümanlarını ve tip sözleşmeleri hazırlama yetkisi Kamu İhale Kurumu'na verilmiştir. İdareler tip şartnamelerini bu tip şartnamelere uygun şekilde hazırlamak durumundadırlar. Tip şartnamelere aykırılık Kamu İhale Kanunu'nun açık ifadesi karşısında, şartnameyi konu unsuru bakımından sakatlayacaktır. Bu noktada değerlendirme yapılırken daha önce detaylı şekilde ifade edildiği üzere anılan hukuka aykırılığın şartname ve ihale sürecinin tümü üzerinde etkisi ve hukuka aykırılığın giderilip giderilemeyeceği durumlarının dikkate alınması gerekmektedir.

---

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. 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.

3. Tam Yargı Davası

Şartnamenin de içinde yer aldığı ihale dökümanındaki düzenlemelerin, ihale sürecinde yer alan ilgililer bakımından zarar doğurmasının mümkün olduğu daha önce ifade edilmiştir. Örneğin ihale dökümanındaki belirsizlik, istekli olabilecek konumunda olan yani kanunun tanımlar başlıklı 4. maddesi uyarınca ihale dökümanını alıp da henüz teklif vermeyen kişilerin teklif vermesine engel olmak suretiyle, ilgililerin zaman ve maddi kayıplarına sebep olabilir. Bu noktada, ihale sürecindeki işleme karşı Kamu İhale Kanunu sistematiği içinde doğrudan tam yargı davası açılıp açılamayacağı, daha önce ifade edildiği üzere, tartışmalı bir konudur. Bu imkânın kabul edilmemesi halinde, doküman hakkında şikayet üzerine verilen karara ancak itirazen şikayet yolu işlemekte ve ihale işlemleri devam etmektedir. Bu arada, şikayet ya da itirazen şikayet yoluna başvurulması ile ihale sürecinin durmaması, zararların artmasına yol açmaktadır. Örneğin ihaleci kuruluş tarafından değerlendirilme sürecine geçilebilecek, bu bağlamda teklifte bulunamayan ilgilinin sürece dahil olamaması gibi durumlar ortaya çıkabilecektir. Fakat, her halükarda, Kamu İhale Kurulu'nun vermiş olduğu kararlar bir idari işlem olup, tam yargı davasının konusu olabileceklerdir. Başka bir ifade ile, şartnameden kaynaklanan zararlar, Kurul kararı bağlamında, tam yargı davasına konu edilebilecektir[559].

a. Sorumluluğun Türü

Hukuk devletinin en önemli özelliklerinden birini, idarenin sebep olduğu zararı tazmin etmesidir. Anayasamızın 129. maddesi de kamusal ödevin yerine getirilmesi sırasında verilen zararların tazminini öngörmektedir. Anayasamızın 125. maddesinde, idarenin her türlü işlem ve eylemine karşı yargı yolunun açık olduğu ifade edilirken, sorumluluğun türü ve koşulları

[559] Ancak daha önce de ifade edildiği üzere, şartnamedeki bariz hukuka aykırılıklar bakımından, zorunlu idari başvuru yollarından bağımsız olarak, ilgililerin sözleşme öncesi kusurlu davranış (cic)dan kaynaklanan tazminat haklarının kabulü gerekmektedir.

konusunda açıklıklama yapılmamıştır[560]. Söz konusu koşullar, idare hukukunun içtihadi niteliğine uygun olarak yargı yerleri tarafından saptanmıştır.

İdare hukukunda sorumluluğun asli şekli, kusur sorumluluğu ile örtüşen "hizmet kusurudur". "*Hizmet kusurunda sorumlu tutulan idare yürüttüğü kamu hizmetini, bu hizmetten yararlananları tatmin edecek ölçüde ifa edememekte veya yürütülen kamu hizmetini günlük hayatla, günün şartlarıyla uyumlaştıramamakta yani kamu hizmetinin değişkenliğini sağlayamamaktadır*"[561].

İdarenin sorumluluğunu diğer şekli olan "kusursuz sorumluluk"ta ise tazmini gereken zararın oluşumunda idareye atfedilecek bir kusur bulunmamakla beraber, hak ve nesafet duyguları gereği, zarara uğrayanın bu zararının idarece karşılanması söz konusudur. Kamu İhale Kurulu'nun ihale sürecine katılan ilgililer bakımından sebep olduğu zararlar, Kamu İhale Kurulu'nun görevini yaparken, bu göreve ilişkin verdiği karar sonucunda ortaya çıktığı için, hizmet kusuru kapsamında ele alınmalıdır. Başka bir ifadeyle bir idari işlem olduğu tartışmasız olan Kurul kararından kaynaklanan zararın, İYUK'nun 12. maddesi[562] uyarınca tazmin edilmesi gerekmektedir.

---

[560] Anayasamızın 125. maddesi idarenin sorumluluğunu genel olarak düzenleyen bir maddedir. Sorumluluk türü bakımından herhangi bir sınıflandırma yapmamakta, tüm sorumluluk türlerinin Anayasal dayanağını oluşturmaktadır. "*Bu madde Türkiye Cumhuriyetin niteliklerini belirten Anayasanın 2. maddesinde öngörülen TC'nin sosyal bir hukuk devleti olması özelliğinin bir sonucudur. 125. madde olmasaydı dahi, 2. madde hükmünden hareketle aynı sonuca ulaşılabilirdi".* ATAY E. Ethem, ODABAŞI Hasan, **Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları**, Seçkin Yayınevi, 2010, Ankara, s. 56

[561] ATAY, a.g.e., s. 705.

[562] İYUK m.12**:** İlgililer haklarını ihlal eden bir idari işlem dolayısıyla Danıştaya ve vergi mahkemelerine doğrudan doğruya tam yargı davası veya iptal ve tam yargı davalarını birlikte açabilecekleri gibi ilk önce iptal davası açarak bu davanın karara bağlanması üzerine, bu hususta kararın veya kanun yollarına başvurulması halinde verilecek kararın tebliği veya bir işlemin icrası sebebiyle doğan zararlardan dolayı icra tarihinden itibaren dava süresi içinde tam yargı davası açabilirler. Bu halde de ilgililerin 11 inci madde uyarınca idareye başvurma hakları saklıdır.

b. Sorumluluğun Koşulları

(1) Zarar

*"Zarar, bir hukuk süjesinin maddi veya manevi varlığında istemi dışında ortaya çıkan kayıp ve eksikliklerdir. Hukuki sorumluluğun ilk şartı olan '**herhangi bir biçimde bir zararın doğması ilkesi'**, idarenin hukuki sorumluluğunun doğması için de gereklidir"*[563].Söz konusu zarar maddi ya da manevi nitelikte olabilecektir. Ancak bu zarar her hakükarda, gerçek, gerçekleşmiş, hesabı mümkün, parayla ölçülebilir ve hukuken korunan bir menfaate yönelik olmalıdır[564].

(2) İdarenin Davranışı

Zarara sebep olan işlem ya da eylem idareye ait olmalıdır. Tezimiz bağlamında, Kamu İhale Kurulu'nun verdiği yanlış bir karar, yani bir idari işlem, ilgilisi bakımından zarar doğurmalıdır.

(3) Nedensellik Bağı

İdarenin doğan zarardan sorumlu tutulabilmesi için idarenin davranışı ile ortaya çıkan zarar arasında bir nedensellik bağı olmalıdır. Ortaya çıkan zarar, idarenin davranışı sonucunda gündeme gelmelidir. Davacının zararı Kurul kararından kaynaklanıyorsa, söz konusu koşul gerçekleşmiştir.

Ayrıca, hizmet kusurunun arandığı durumda, kamu hizmetinin işleyişinde idareye atfedilebilen bir kusur bulunmalıdır. Başka bir ifadeyle, davacı bakımından zarara neden olan Kurul kararının kamu hizmetinin hiç işlememesi, geç ya da gereği gibi işlememesi kategorileri içinde bulunması

[563] ATAY, a.g.e., s. 685.
[564] SANCAKDAR, a.g.e., s. 617.

gerekir. Kurul kararından kaynaklanan zararı olduğu iddiasında bulunanlar bakımından, hizmetin kötü işlemesi koşulu gerçekleşmiş olacaktır.

Son olarak, konuda bütünlük sağlamak adına; doktrinde Kurul kararlarının yargı denetimine tâbi tutulması konusunda yapılan bir ayrıma kısaca değinmek gerekmektedir: Özdemir, iptal davasına konu olabilmek bakımından icrailik özelliğine vurgu yapmakta ve bu bağlamda, kurumun düzeltici işlemle giderme yönündeki kararlarının bu özelliğinin değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Yazarın vardığı sonuca göre, bu tür kararların hepsi iptal davasına konu olabilecektir. Kurul genel olarak, hem iptal kararı vermekte, hem de düzeltici işlemi belirtmektedir. Özdemir, yine de her olaydaki düzeltici işleme özgü bir değerlendirme yapılması gerektiği fikrindedir ancak, dava açılan düzeltici işlemde husumetin Kurum'a mı yoksa Kurul kararını yerine getiren idareye mi yöneltileceğine değinmektedir: Özdemir'e göre, bu durumda her iki işleme dava açmak daha uygundur. Çünkü, Kurul kararına dava açılsa bile, idarenin aldığı karar dava açma süresinin geçmesi sebebiyle varlığını koruyabilecek ya da sadece idarenin işleminin dava edilmesi halinde, Kurul kararına karşı dava açılmadığı için hukuka uygun kabul edilecek ve buna dayanan idare işlemi de hukuka uygun olarak değerlendirilebilecektir[565].

C. Kamu İhale Sürecine İlişkin Yargı Kararlarının Uygulanması

İhale dökümanına itiraz ile başlayıp, Kurul'a itirazen şikayet ile sonuçlanan süreçteki en sorunlu noktalardan birini, Kurulun, ihale dökümanında hukuka aykırılık olmadığına ilişkin idarece verilen kararı haklı bulan, başvurunun reddi yönündeki kararının idari yargı tarafından yürütmesinin durdurulması ya da iptal edilmesi hali oluşturmaktadır[566].

---

[565] ÖZDEMİR, a.g.e., s. 247-248.

[566] İdarece şikayet üzerine verilen kararın, Kurula götürülmesi ve Kurul kararı beklenmeden sözleşme imzalanması halinde, kurulca hukuki işlemin hukuka aykırı olması gerekçesiyle idarenin kararının yerinde olmadığına hükmedilmesi halinde de, bu durumun sözleşmeye etkisi yargı kararındaki sorunlu nokta ile aynı niteliği taşımaktadır.

1. Yargı Kararlarının Yerine Getirilmesi Zorunluluğu

Anayasamızın 138. maddesinin 4. fıkrası uyarınca *"Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez".*

İYUK'nun 28. maddesi uyarınca "*Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur.Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez.Ancak,haciz veya ihtiyati haciz uygulamaları ile ilgili davalarda verilen kararlar hakkında,bu kararların kesinleşmesinden sonra idarece işlem tesis edilir. 2. Tam yargı davaları hakkındaki kararlardan belli bir miktarı içerenler genel hükümler dairesinde infaz ve icra olunur. 3. Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemeleri kararlarına göre işlem tesis edilmeyen veya eylemde bulunulmayan hallerde idare aleyhine Danıştay ve ilgili idari mahkemede maddi ve manevi tazminat davası açılabilir.4. Mahkeme kararlarının (otuz) (1) gün içinde kamu görevlilerince kasten yerine getirilmemesi halinde ilgili, idare aleyhine dava açabileceği gibi, kararı yerine getirmeyen kamu görevlisi aleyhine de tazminat davası açılabilir. 5. Vergi uyuşmazlıklarına ilişkin mahkeme kararlarının idareye tebliğinden sonra bu kararlara göre tespit edilecek vergi, resim, harçlar ve benzeri mali yükümler ile zam ve cezaların miktarı ilgili idarece mükellefe bildirilir. 6. Tazminat ve vergi davalarında kararın idareye tebliğinden itibaren infazın gecikmesi sebebiyle idarece kanuni gecikme faizi ödenir".*

Anılan düzenlemeler uyarınca, yargı kararlarının yerine getirilmemesi, idarenin ya da kararı kasten yerine getirmeyen kamu görevlisinin[567] mali

[567] Yargı kararlarını uygulamama, bazı yazarlarca kamu görevlisinin "kişisel kusuru" kabul edilmektedir. Kişisel kusur, kamu görevlilerinin görevleri ile ilgili olmayan tutum ve davranışlarıdır. ATAY, a.g.e., s. 727-728. , Yargı kararlarına bakıldığında, yargı kararlarının

sorumluluğuna yol açabilir. Yargı kararlarının yerine getirilmesi zorunluluğu ara kararlar ve yürütmenin durdurulması kararları dahil olmak üzere, iptal kararları ve tam yargı davası sonucunda verilen kararları kapsamaktadır[568]. Yargıtay'ın çeşitli kararlarına bakıldığında, yargı kararlarına uymama, kamu görevlisi bakımından aynı zamanda ceza hukuku bağlamında da, sorumluluk doğurabilecektir[569].

2.Yargı Kararlarının Yerine Getirilmesinde Karşılaşılan Sorunlar, Maddi ve Hukuki İmkânsızlık

Yargı kararlarının uygulanması zorunlu olsa da, bazen çeşitli durumlar sebebiyle mümkün olamamaktadır. Bu hallerden biri, hukuki imkânsızlıktır. Anılan durumda, mevzuat değişikliği gibi yargı kararının uygulanmasına başka bir hukuk kuralı engeldir[570]. Fiili imkânsızlıkta ise, görevden alınma işlemi iptal edilen memurun iptal kararı öncesinde ölümü gibi maddi engeller yargı kararının uygulanmasını engellemektedir. Bazı durumlarda ise, yargı kararının uygulanmasının kamu düzeninin bozulması tehlikesi yaratması gibi sorunlar, uygulamaya engel teşkil eder[571]. Kamu ihale mevzuatına ilişkin yargı kararlarının uygulanmasında, aşağıda aktarılacağı üzere hukuki ya da fiili imkânsızlık tartışması söz konusu olabilir. İhale sözleşmesinin yargı kararı öncesinde akdedilmesi halinde, yargı kararının uygulanamaması da bu

---

uygulanmaması "hizmet kusuru" ya da "ağır hizmet kusuru" sayılmaktadır(D10D, E. 1993/5339, K. 1994/5161, 25.10.1994, DBB, 03.02.2012). Altay'a göre yargı kararlarında hizmet kusuruna dayanılması, kusurun hizmetten ayrılamaması ve kamu görevlisine atfedilememesi sonucunu doğurmakta, idare ile kamu görevlisi arasındaki rücu ilişkisini etkilemektedir. Evren ALTAY, **İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Uyuşmazlıklar**, Turhan Kitabevi, 2004, Ankara, s. 294.

568 Ramazan ÇAĞLAYAN, **İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması**, Adalet Yayınevi, 2004, Ankara, s. 323.

569 Y4CD, 22.06.2006, E.2004/3675, K. 2006/4222, Y4CD, 27.02.2006, E.2003/22832, K.2006/4671, Terazi Hukuk Dergisi, Yıl. 1, Sayı 4.

570 ALTAY, a.g.e., s. 196.

571 ÇAĞLAYAN, İdari Yargı Kararlarının Sonuçları, s. 203.

kapsamdadır. İmkânsızlık nedeniyle yargı kararının uygulanmamasının idarenin tazmin sorumluluğunu ortadan kaldırmadığı kabul edilmektedir[572].

3. Kamu İhale Mevzuatına İlişkin Yargı Kararlarının Uygulanması

Yürütmenin durdurulması ve iptale ilişkin yargı kararın uygulanması noktasında sözleşmenin imzalanmadığı haller için sorun büyük olmamakla beraber (ülkemizde yargı sürecinin oldukça uzun olma gerçeği karşısında, bu olasılık pek de kuvvetli görünmemektedir), Kurul kararını takiben, bu karara karşı dava açma süresi dahi dolmadan sözleşmenin imzalanması hallerinde, Kurul kararının idari yargı yerlerince iptal edilmesi halinde, sözleşmenin geçerliliği noktasında ne yapılması gerektiği oldukça sorunlu bir noktadır. Şöyle ki, ihale süreci sonucunda taraflar arasında bir özel hukuk sözleşmesi yani Borçlar Kanunu hükümlerine tâbi bir sözleşme akdedilmektedir. Bu durumun sonucu olarak, iptal kararının, özel hukuk sözleşmesine ne şekilde etki edeceği sorusunun çözümü, salt idare hukukunu aşan bir boyut kazanmıştır. Başka bir ifade ile, sorun salt idare hukuku kaynaklı bir uyuşmazlıkta yürütmeyi durdurma ya da iptal kararı verilmiş olmasından farklıdır, çünkü artık bu aşamada, "pacta sund servanda" gibi, sözleşme hukukunun temel prensipleri de devreye girmiş durumdadır.

İhale sürecindeki hukuka aykırılıkların sözleşmenin geçerliliğine etkisinin açıkça yasal düzenleme ile belirtilmesi sözleşmenin akıbeti hakkındaki sorunları bir ölçüde çözebilecek nitelikte olsa da, böyle bir düzenleme olmaması halinde soruna çözüm bulunması gerekmektedir. İhale sürecinde yaşanan hukuka aykırılıkların sözleşmeye etkisinin kanunda belirtilmesi de her zaman için sorunu çözmekte yeterli olamamaktadır. Örneğin sözleşmenin geçersiz kabul edildiği durumlarda dahi, yargı kararını uygulmanın ne dereceye kadar mümkün olabileceği, ayrı bir sorun oluşturmaktadır.

---

[572] Bu noktada tazmin yükümü "kusursuz sorumluluğa"una dayandırılmaktadır. ÇAĞLAYAN, İdari Yargı Kararlarının Sonuçları, s. 292, Altay, anılan durumun klasik kusursuz sorumluluktan farklılıklar taşıdığını ifade etmektedir. ALTAY, a.g.e., s. 295.

İhale sürecindeki işlemin yargı yerince iptal edilmesi halinin, özel hukuk sözleşmesi olan kamu ihale sözleşmesi üzerindeki etkisi konusunda doktrindeki genel yaklaşıma değinmek gerekmektedir. Bu konuda doktrinde ağırlıklı kabul edilen görüş, sözleşme sürecine dahil olan bir işlemin iptal edilmesi-ki tezimiz açısından Kamu İhale Kurulu'nun şartnamede hukuka aykırılık olduğu gerekçesiyle yapılan itirazen şikayet başvurusunun reddi yönündeki kararının hukuka aykırı olduğunun idari yargı yerince saptanması[573]- sözleşme üzerinde etki doğurmayacağıdır[574]. Bu duruma gerekçe olarak, iptal davasına bakan hakimin, özel hukuk sözleşmesine dokunma hakkı bulunmaması gösterilmektedir. Fransız Danıştay'ı da, bu durumu, bir kararında "*sözleşme tarafların kanunu olarak kalır*" şeklinde ifade etmektedir[575].

Gözler anılan durumu şu şekilde değerlendirmektedir: *"Ayrılabilir işlemin iptal edilmesinin sözleşmenin iptal edilmesi sonucunu doğurmamasının altında yatan sözleşmelerin tarafların iradelerinin uyuşumu ile ortaya çıkmış olmasıdır. Tarafların karşılıklı iradelerinin uyuşumu ile oluşmuş bir işlem, tarafları bağlar(tarafların kanunu(loi des parties)dur; böyle bir işlem yine tarafların iradelerinin uyuşumu ile veya tarafların birinin istemi üzerine sözleşmenin hakiminin(juge du contract) kararı ile sona erdirilebilir"[576].*

Bu konuda Buz da saptama yapmaktadır: *"Ancak bir kez devletin özel hukuk alanında faaliyet göstereceği kabul edilince, onun bu hukuk sahasında geçerli olan oyun kurallarına riayet etmesi gerekir. Bir yandan sözleşmeyi özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirip, ama öte yandan idare hukuku alanındaki kavram ve kuralların olduğu gibi özel hukuka aktarılması kabul*

---

[573] Uz tarafından ifade edildiği üzere, Kurul tarafından verilen kararın idari yargı yerleri tarafından yürütmesinin durdurulması ya da iptali, ihale sürecindeki diğer idari işlemlerin yürütülmesinin durudurulması ya da iptali ile aynı anlamı taşımaktadır. UZ, Kamu İhale Hukuku, s. 453.

[574] Genel yaklaşım konusunda detaylı bilgi için bkz. UZ, Kamu İhale Hukuku, s. 454, Aksi görüş için bkz. KARAHANOĞULLARI, a.g.e., s. 340., çözüm önerisi için bkz. UZ, Kamu İhale Hukuku, s. 459-460.

[575] Nakleden: GÖZLER, Cilt. 2., s. 224. (Section du rapport et des etudes, EDCE, 1990, n 41, s. 121).

[576] GÖZLER, Cilt. 2., s. 225.

edilemez. "İdare Hukukunun kontrolünde", "idari yargının vesayeti altında" bir özel hukuk sözleşmesi düşünülemez. İdari yargıda verilmiş bir iptal kararının, geriye etki kuralı gerekçesiyle özel hukuk sözleşmesinin de kendiliğinden geçersizliğine yol açması, kamu hukuku-özel hukuk ayrımı ile bağdaşmayacak bir sonuçtur. Bir özel hukuk sözleşmesinin hukuki yazgısı hususunda karar verme yetkisi münhasıran adli yargıya aittir"[577]*.* Yazara göre, bu konuda yargı kararını yerine getirerek hukuk devletinin gereğini sağlamanın yolu, özel hukuk sözleşmesini geçersiz saymak değil, kurallara uymayarak zarara uğratılan ilgiliye tazminat ödenmesi şeklinde olmalıdır[578].

Sayıca daha az olmakla beraber, idari yargı yerlerince verilen iptal kararlarının özel hukuk sözleşmesi üzerinde etkisi bulunduğunu düşünen yazarlar bulunmaktadır. Özay, özelleştirme işlemleri bağlamında idari yargı yerlerince verilen iptal kararlarının, özel hukuk sözleşmeleri üzerindeki etkisini şu şekilde açıklamaktadır: *"Görevlendirme kararının iptali üzerine aradaki sözleşmenin kurucu iradelerinden biri ortadan kalkmıştır. Çünkü, İdari yargının verdiği iptal kararları,"geriye yürür",retroaktif'tir yani o işlem ve karar "hiç yapılmamış gibi" bir "fiktif" sonuç doğurur". Eğer görevlendirme hiç yapılmamış ise", ona dayalı sözleşmenin de yapılmış bulunması bie anlam taşımaz. Diğer bir söyleyişle, görevlendirmenin iptali ile sözleşme de baştan itibaren geçersiz hale gelmiştir*"[579].

Özay'ın değerlendirme konusu yaptığı durumun devamı hakkında Buz açıklama yapmaktadır: "*Özay'ın değerlendirmesini yaptığı davada, sözleşmede bu konuda yer alan kayıtlar nedeniyle tahkime gidilmiştir. Tahkim heyetinin kararı, Danıştay'ın yani idari yargının vermiş olduğu iptal kararlarının sözleşme üzerinde etki yapmayacağı, yalnızca idarenin ilgili şirketlere tazminat ödemekle yükümlü olduğu şeklinde olmuştur"*[580].

---

[577] BUZ, a.g.e., s. 106-107.
[578] BUZ, a.g.e., s. 110.
[579] ÖZAY, Yönetim, s. 529. Aynı yönde bkz. KARAHANOĞULLARI, a.g.e., s. 340.
[580] Bkz. BUZ, a.g.e., s. 100, Ayrıca bu yönde verilmiş diğer tahkim kararları için bkz. BUZ, a.g.e., s.100-101.

Türk yargı uygulamasına bakıldığında adli yargı yerlerinin yaklaşımının genel olarak, iptal kararlarının sözleşme üzerinde etki yapmadığı şeklindedir[581]. İdari yargı yerleri kararlarında sadece iptal karalarının uygulanması zorunluluğuna değinilmekte ama bu durumun özel hukuk sözleşmesine etkisine ilişkin bir açıklamada bulunulmamaktadır, Ancak bu noktada, yargısal görevleri olmasa da, Danıştay 1. Dairesi'nin kararları bulunmaktadır[582]. Bu kararlar uyarınca, idari yargının vermiş olduğu iptal kararları, bu işlemlere dayanarak yapılan sözleşmeleri dayanaktan yoksun hale getirmektedir[583].

Alman İhale Hukukunda bu konudaki genel kabul, ihale sürecindeki hukuka aykırılıklara ilişkin verilen kararların, sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyeceği yönündedir[584]. Zaten eşik değerlerin üstünde kalan ihaleler bakımından özel bir koruma sistemi getiren GWB'nin 114. maddesinin 2. fıkrasında ve 123. maddesinin son cümlesinde, ihalenin verilmesinden sonraki aşamada ne İhale Dairesi, ne de İhale Senatosu'nun ihalenin kaldırılmasına hükmedemeyeceği ifade edilmektedir.

İsviçre Hukukunda da genel kabul, ihale süresindeki işlemlere ilişkin iptal kararının sözleşmenin geçerliliği üzerinde etkisinin olmayacağı ancak, hukuka aykırılığı kanıtlayan ilgilinin idareden tazminat talebi olabileceği yönündedir[585]. Bu konuda Fransız hukukunda farklı değerlendirmeler yapıldığı da aktarılmaktadır. Fransız hukukunda iptal edilen işlem ile

---

581 YHGK, E. 2001/19–257, K.2001/285, 21.03.2001, YKD, 2002/3, s. 355vd.

582 Danıştay 1. Dairesi'nin idari görevleri bulunmaktadır. İdari görevler, danışma kararları ve inceleme kararları vasıtasıyla yerine getirilmektedir(Danıştay aynı zamanda kanunlarla verilen diğer idari görevleri de yerine getirmektedir). Söz konusu kararlar, bazı yazarlara göre istişari nitelikte olup, idareyi bağlayıcı nitelikte değildir. AKYILMAZ- SEZGİNER- KAYA, a.g.e, s. 259, 261, GÖZLER-KAPLAN, a.g.e., s. 157. Ancak bazı yazarlar, Danıştay'ın inceleme kararlarının bağlayıcı, danışma kararlarının ise istişari nitelikte olduğu fikrindedir. Evren ALTAY, "Danıştay'ın İdari Görevleri ve Kararları", TBB Dergisi, 2005/56, s. 224. , Atay, danışma kararlarından "uygun görüş" alınmasının gerekli olduğu halde verilenleri, "zorunlu" inceleme görevi sonucu alınan kararları ve kanunlarda verilen idari görevlerin ifasına yönelik kararları bağlayıcı saymaktadır. ATAY, a.g.e., s. 232.

583 D1D, 27.02.2003, E. 2003/14, K. 2003/25, DBB, 25.09.2010., ayrıca bkz. D1D, 12.07.2001, E.2001/88,K. 2001/99, Nakleden: BUZ, a.g.e., s. 101.

584 İhale mevzuatına uymadan sözleşme yapılması hali olarak adlandırılan "de facto vergabe"de durum tartışmalıdır. Detaylı bilgi için bkz. RUTHIG-STORR, a.g.e., s. 474-475.

585 Bkz. BUZ, a.g.e., s. 94.

sözleşme arasındaki bağa bakılması gerektiği ileri sürülmektedir. Bu bağlamda, ayrılabilir işlem, sözleşmenin yapılması konusunda dayanak olarak kabul edilebilecek öneme sahipse, sözleşmenin de hükümsüz olacağı bilgisi aktarılmaktadır[586].

Sözleşmeye dayanak olan Kurul kararına ilişkin iptal kararının, sözleşmenin geçersizliğine sebep olduğunun kabulü halinde, idari yargı yerince verilen iptal kararının, -sözleşmedeki edimlerin yerine getirilmesi bağlamında- ne zaman alındığı büyük önem taşımaktadır. Şöyle ki, bu döneme kadarki edimlerin bir kısmının zaten ifa edilmiş olması olasılığı bulunmaktadır. Başka bir ifade ile, idari yargı yerlerince Kurul'un kararının hukuka aykırılığına karar vermesi halinde, sözleşmenin tasfiyesi sürecinin söz konusu olması gerektiği ileri sürülebilir, ancak bu noktada da sorunların çözüldüğü söylenemez. Sözleşmenin tasfiyesinin gerçekleştirilmesi de her zaman pratik açıdan mümkün olamayabilecektir. Başka bir ifade ile, sözleşmenin derhal sonlandırılmasına izin vermeyecek hukuki ya da fiili imkânsızlıklar mevcut olabilir. Bu zorluğa değinen Uz, durumu şu şekilde ifade etmektedir: *"Yerine getirilmesi olanaksız iptal kararlarının varlığı da göz ardı edilmemelidir. Zira kimi durumlarda, iptal kararının yerine getirilmesi olanağı bulunmayabilir, ya da iptal kararının yerine getirilmesi büyük haksızlıklar doğurabilir. Kimi durumlarda da, iptal kararının yerine getirilmesinde maddi imkânsızlıklar olabilir. Dolaysıyla; ayrılabilir işlemin iptalinin sözleşmeler bakımından doğurabileceği hukuki sonuç ile, bu hukuki sonucun gereğinin pratikte gerçekleştirilebilir olup olmaması hususunun birbirinden ayrı değerlendirilmesi gerekir"* [587]. İdari yargı tarafından verilen iptal kararı sonrasında, sözleşmenin geçerli olduğunun kabul edildiği hallerde, ihale sürecine dahil olan ancak Kurul'un iptal edilen kararı neticesinde zarara uğramış olan ilgililerin çeşitli talepleri söz konusu olabilecektir.

Hukuk sistemimizde idari yargı yerleri tarafından verilen kararın

[586] UZ, Kamu İhale Hukuku, s. 455.
[587] UZ, Kamu İhale Hukuku, s. 459.

uygulanması noktasında yaşanan sıkıntının en bilinen örneğini USAŞ ve ÇİTOSAN'ın yabancılara blok satışına ilişkin özelleştirme uygulaması oluşturmaktadır. Belirtilen iki yapılamanın satışına ilişkin Yüksek Planlama Kurulu kararının idare mahkemesince iptal edilmesi beraberinde pek çok sıkıntıyı da getirmiştir. İptale ilişkin ilk derece mahkemesi kararının Danıştay tarafından da onanması sonrasında, yapılan satış sözleşmesinin hukuki geçerliliği konusu uzun süre tartışılmıştır.

Bu tartışmalar dolayısıyla, Yüksek Kurul; *"satış işleminde birbirini takip eden iki ayrı işlemin sözleşme konusu olduğu, bunlardan birinci safhayı teşkil eden iltizami (borçlandırıcı)işlem ve müteakip aşamayı teşkil eden tasarrufi (harcama) işlem safhalarının tamamlanmış olduğu, satış sözleşmesi gereğince devir, teslim ve tescil işlemlerinin ikmal edildiği; mevcut fiili ve hukuki imkânsızlık karşısında hisseleri satın almış olan ve davada taraf buolunmayan üçüncü şahıs durumundaki firmaya karşı yürütmrnin durdurulması kararı doğrultusunda geriye ve ileriye yönelik yeniden işlem tesisine imkân olmadığı"*[588]şeklinde bir karar vermiştir.

Bu karar üzerine de Bakanlar Kurulu tarafından bir prensip kararı alınmış, kararda *"anılan yargı kararlarının uygulanmaya konulması halinde, Türkiye ile yabancı şirketler ve giderek ülkeler arasında yeni hukuki sorunlar doğmasının kuvvetle muhtemel bulunması sebebiyle; durumun, iç hukukumuzdan ziyade; ülkemizin diğer devletler ve milletlerarası kamuoyu nezdindeki itibarı ve çıkarları ile milletlerarası münasebetlerin getirdiği isterler çerçevesinde değerlendirmesi… anılan satış işlemleri konusunda geriye ve ileriye yönelik şekilde yenideb işlem tesisine hukuken olanak bulunmadığı"*[589] belirtilmiştir[590].

---

[588] YPK, 07.03.1990 tarih, 90/I sayılı kararı, Nakleden: A.Şeref GÖZÜBÜYÜK, Turgut TAN, **İdari Yargılama Hukuku**, Turhan Kitabevi, 2010, Ankara, s. 653.

[589] BaK, 27.04.1992 tarihli kararı, Nakleden: GÖZÜBÜYÜK-TAN, Yargılama, s. 654.

[590] Çağlayan, Anayasamızın 138. maddesindeki yargı kararlarının uygulanması yükümü karşısında, Bakanlar Kurulu'nun kararına katılmanın mümkün olmadığını, satış sözleşmelerinin iptaline ilişkin yargı kararının uygulanmasında imkânsızlık bulunmadığı, idarece söz konusu zararın

Daha sonra bu Bakanlar Kurulu kararının iptali istemi ile ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da açılan davada, 10. Daire kararında şu ifadelere yer verilmiştir: *"Anayasa'nın 125. maddesinde, "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır." 138. maddesinde de "....Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir surette değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez...." hükmü yeralmaktadır. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 28. maddesinde ise Danıştay, Bölge İdare Mahkemeleri, İdare ve Vergi Mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının, icaplarına göre idarenin gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecbur olduğu öngörülmüştür.*

İdarenin yargı kararlarını maksadına uygun biçimde uygulaması zorunluğu, toplumda korunması gereken hukuk düzenince kişilere sağlanan hukuk güvenliği ve devlet işlemlerindeki *istikrarın sonucudur. Her türlü işlem ve eylemi yargı denetimine tâbi olan idarenin yargı kararlarına uyması ve bu kararların gereklerine göre işlem ya da eylemde bulunmak zorunda olması aynı zamanda Anayasamızın 2. maddesinde kabul edilmiş bulunan "hukuk devleti" ilkesinin de bir gereğidir. Anayasanın 2. maddesinde yer alan bu ilke karşısında idarenin mahkeme kararlarını "aynen ve gecikmeksizin" uygulaması anayasal bir zarurettir. Dosyanın incelenmesinden, dava konusu 27.4.1992 tarihinde Bakanlar Kurulu Kararı ile,… ait 5 çimento şirketindeki kamu hisselerinin… Firmasına satışına dair Yüksek Planlama Kurulunun 6.9.1998 tarihli ve 89/74 sayılı, ... kamu hisselerinin… Firmasına satışına dair 9.2.1989 tarihli ve 89/3, 10.9.1989 tarihli ve 89/21 sayılı kararlarının idari yargı kararlarıyla iptal edilmesine karşın, konunun iç hukuku olduğu kadar dış hukuku da ilgilendirecek boyutlara ulaşması ve anılan yargı kararının uygulamaya konulması halinde Türkiye ile şirketler ve giderek ülkeler arasında yeni hukuki sorunlar doğmasının kuvvetle muhtemel bulunması*

---

tazmin edilmesi gerektiğine dikkat çekmektedir. ÇAĞLAYAN, İdari Yargı Kararlarının Sonuçları, s. 198-199.

sebebiyle ve özelleştirme yöntemlerini yeniden belirleyen 7.3.1990 tarihli ve 90/2 sayılı Yüksek Planlama Kurulu Kararı dolayısıyla, anılan satış işlemleri konusunda geriye veya ileriye yönelik şekilde işlem tesisine hukuken imkân bulunmadığı yolunda prensip kararının alındığı anlaşılmaktadır. Anayasanın ve 2577 sayılı Yasanın yukarıda aktarılan hükümleri ile ortaya konulan hukuki durum karşısında, yargı yerlerince verilen kararların, ilgili mercilerce uygulanması asıl olup, bu yoldaki hukuki işlemlerinde yine aynı merciler tarafından hukuk kuralları çerçevesinde yapılması hukuka bağlı devlet ilkesinin bir gereğidir. Hal böyle iken, Bakanlar Kurulunun iptali istenilen, 27.4.1992 tarihli kararı ile bu kararda sözü edilen, kesinleşmiş yargı kararlarının uygulanmamasını öngörür nitelikte bir prensip kararı alınması açıkça hukuka aykırı bulunmaktadır"[591].

İhale dökümanının hukukiliğini denetleyen Kamu İhale Kurul'u kararının idari yargı yerince iptalinin sonuçları değerlendirilirken, şartname ve kamu ihale sözleşmesi arasındaki sıkı ilişki konusunda birkaç noktaya değinmek zorunludur. Kamu İhale Kanunu'nun 46. maddesinin 2. fıkrasında da, ihale dökümanına aykırı sözleşme düzenlenemeyeceğinden bahsedilmektedir. Şartnamenin bu dökümanlardan olduğu açıktır. 4735 sayılı Kanun'un 7. maddesinde sözleşmede belirtilmesi gereken durumlardan biri olarak, ihale dökümanında yer alan bütün belgelerin sözleşmenin eki olduğu şeklinde bir ifade yer almaktadır.

Yine 4735 sayılı Kanun'un 4. maddesinin 1. fıkrasında "*Bu Kanuna göre düzenlenecek sözleşmelerde, ihale dokümanında yer alan şartlara aykırı hükümlere yer verilemez*" hükmü yer almaktadır. Her iki Kanunda da, açıkça ifade edilen şartname ve sözleşme ilişkisinin yakınlığı, şartnameye

---

[591] Bkz. D10D, 28.05.2004, E. 2002/4061, K. 2004/5219, DBB, 02.03.2010. İdari kararların yargı yerlerince iptal edilmesi halinde, ne olması gerektiği konusunda net çözüme ulaşılamaması, farklı pek çok çözüm önerisini de beraberinde getirmektedir. Örneğin Gözler, USAŞ ve ÇİTOSAN'ın özelleştirilmesine ilişkin Kurul kararlarının iptaline ilişkin yargı kararının iki şekilde yerine getirilebileceğine dikkat çekmektedir. Yazara göre, Kurul kararına dayanarak akdedilen satış sözleşmesi yargı kararı ile geçersiz hale geldiği için, idare sözleşmenin karşı tarafı ile anlaşıp, zararlarını ödeyerek sattığı şeyi geri almalı ya da sözleşmenin feshi için adli yargıda dava açmalıdır. İdare bu iki yoldan sonuca ulaşamaması halinde ise, satış sözleşmesinin konusu olan şeyin kamulaştırılması yoluna gidebilir. Bkz. GÖZLER, Cilt. 2. , s. 227.

aykırı düzenlemeler içeren sözleşmelerin geçerliliği üzerinde durulmasının da gerektirmektedir.

Anılan değerlendirme, idare hukukunun sınırlarının aşıp, Borçlar Hukuku alanına girdiği için, bu noktadaki genel kabule ana hatları ile değinilecektir. Sözleşmede şartnamede yer alan kurallara aykırılık bulunması, Türk Borçlar Kanunu'nun 26. maddesi anlamında emredici hukuk kurallarına aykırılık olarak kabul edilmekte ve Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesi bağlamında ele alınmaktadır. 27. maddeye göre, sözleşmenin bazı hükümlerinin emredici hukuk kurallarına aykırılığı halinde, yalnızca bu kurallar geçersiz sayılır, ancak bu düzenlemeler olmadan sözleşmenin ayakta kalması mümkün değil ise, o halde hükümlerin hepsi geçersiz sayılır. Bunların yanı sıra doktrinde, üçüncü bir olasılıktan bahsedilmektedir. "Değiştirilmiş Kısmi Butlan" adı verilen bu yöntemde, sözleşmede geçersiz hale gelen hükümler yerine, emredici hukuk kuralları geçirilmektedir. Üçüncü yöntemin tez bağlamında karşılığı sözleşmede geçersiz sayılan hükümlerin yerini ihale dökümanındaki şartların alması ve sözleşmenin geçerliliğinin devam ettirilmesidir[592].

4. Sözleşmenin Geçerliliği Konusundaki Bazı Sorunlar

Türk Hukuk sisteminde, idari yargı tarafından verilen iptal kararlarının sözleşmeye etkisi yanında, başka sorunlar da bulunmaktadır. Kanun'da belirtilen şikayet ya da itirazen sürelerine uyulmadan sözleşme imzalanması halinde sözleşmenin akıbetidir. Kamu İhale Kanunu, geçirdiği son değişiklikler sonrasında, ihale sürecindeki sürelere aykırılıkların imzalanacak özel hukuk sözleşmesine etkisi konusunda bir düzenleme getirmemektedir. Halbuki daha önceki dönemde, bu konuda bir düzenleme bulunmakta idi.

Kanun'un eski 55. maddesi uyarınca, *"İdare, şikayetin verilmesini*

[592] Geçersiz sayılan hükümlerin sözleşmenin esaslı noktalarına ilişkin olmasının, bu teorinin uygulanmasına engel teşkil etmeyeceği ifade edilmektedir. Kısmi butlan ve teori konusunda detaylı bilgi için bkz. BUZ, a.g.e., s. 271-272.

izleyen otuz gün içinde gerekçeli bir karar alır. Bu kararda, şikayet tamamen veya kısmen haklı bulunmuşsa alınması gereken düzeltici önlemler de belirtilir. Alınan karar, bütün aday veya isteklilere karar tarihini izleyen yedi gün içinde bildirilir. Belirtilen süre içinde bir karar alınmaması veya süresinde alınan kararın uygun bulunmaması durumunda aday veya istekli, karar verme süresinin bitimini veya karar tarihini izleyen onbeş gün içinde Kuruma itirazen şikayet başvurusunda bulunabilir. Şikayet sunulduktan sonra, ihale yetkilisince ivedilik ve kamu yararı bulunması nedeniyle ihale işlemlerine devam edilmesi gerektiği onaylanmadıkça idare sözleşme imzalayamaz. İhale işlemlerine devam edilmesi konusunda gerekçeli olarak alınan bu onay, sözleşme imzalanmadan en az yedi gün önce şikayette bulunan aday veya istekliye tebliğ edilmiş olmasını sağlamak üzere gerekli süre dikkate alınarak bildirilir. İdarece usulüne uygun bildirim yapılmadan sözleşme imzalanmışsa, ihale kararı ve sözleşme hükümsüz sayılır".

Bu durumda da, aslında sadece, şikayet yoluna başvurulması halinde gerekenler yapılmadan sözleşme imzalanması halinde sözleşmenin akıbeti belirlenmekte idi. İhale sürecindeki başka türlü hukuka aykırılıkların, yargı kararı ile saptanması halinde, bunun sözleşmeye olan etkisi yine tartışmalı bir nokta idi.

Şu andaki yasal düzenlemede, ihale sürecindeki sürelere aykırılıkların sözleşme üzerindeki etkisi hakkında bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu konuyla bağlantılı olabilecek tek düzenleme Kamu İhale Kanunu'nun 55. maddesinin son fıkrasındaki; *"İdareye şikayet başvurusunda bulunulması halinde, başvuru üzerine alınan kararın son bildirim tarihini, süresi içerisinde bir karar alınmaması halinde ise bu sürenin bitimini izleyen tarihten itibaren on gün geçmeden ve itirazen şikayet başvurusunda bulunulmadığı hususuna ilişkin sorgulama yapılmadan veya itirazen şikayet başvurusunda bulunulması halinde ise Kurum tarafından nihai karar verilmeden sözleşme*

imzalanamaz" şeklindeki düzenlemesidir[593].

4734 sayılı Kanunda, denetim sürelerine uyulmamasının sözleşme sürecine ilişkin bir düzenleme yer almazken, bu konuda yaşanan sıkıntılar, 1. maddesinde de amacı açıkça "/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile 5/1/2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun uygulanmasında karşılaşılan tereddütlere açıklık getirilmesi ve bu hususlarda uyulması gerekli esasların belirlenmesi" olarak ifade edilen ve 22 Ağustos 2009 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan Kamu İhale Genel Tebliğ'inde, sadece itirazen şikayete ilişkin bir düzenleme getirilmiştir.

Tebliğin 25.2 maddesinde şu ifade yer almaktadır: *"4734 sayılı Kanunun 55 inci maddesinde belirtilen hallerde ve sürede Kuruma yapılan itirazen şikayet başvuruları üzerine yapılan inceleme sonucunda; anılan Kanun'un 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (a) bendi gereğince ihale işlemleri Kurul tarafından iptal edilen ihalelerde, iptal kararı öncesi imzalanan sözleşmelerin 4735 sayılı Kanun ve genel hükümlere göre tasfiye edilmesi gerekmektedir".*

Bu noktada açık atıf yapılması karşısında, 4735 sayılı Kanuna bakılmalıdır. Kanunda sözleşmenin tasfiyesi ile ilgili olarak, sadece aciz halinde yüklenici tarafından fesih, taahhütlerin yerine getirilmemesi ve yasaklı davranışlar nedeniyle idarece fesih koşullarına yer verilmiş ve fesih sürecinin nasıl işleyeceği 22. maddede anlatılmıştır.

Konuya ilişkin başka bir düzenlemeye daha yer verilmiştir. Kanunu'nun 36. maddesinde de, 4735 sayılı Kanunda hüküm olmaması halinde Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinin uygulanacağından bahsedilmektedir. O halde, itirazen şikayet sonunda Kurul tarafından verilen iptal kararı sonrasında, Borçlar Kanunu'na göre tasfiye sürecinin işlemesi söz konusu

[593] Aynı düzenleme 2009 tarihli İdari Başvurular Hakkındaki Yönetmeliğin 13. maddesinin 2. fıkrasında da yer almaktadır.

olacaktır[594]. Bireylerin hakları üzerinde doğrudan etki yaratan tasfiye yaptırımının, Kamu İhale Kanunu'nda düzenlenmeden, Kamu İhale Genel Tebliği'nde yer alması ayrıca eleştiriye açık bir durum yaratmaktadır. Bu durumun temel hak ve hürriyetlerin yalnızca kanunla sınırlanabileceğine ilişkin Anayasa hükmü ile uyum içinde olduğu söylenemez, ayrıca bu noktada dikkat çekilmesi gereken; anılan düzeleme sadece, kanundaki süreye uymadan sözleşme akdedilen hallerde, Kurul'un ihalenin iptaline karar vermesi halini kapsamasıdır. Başka bir ifade ile, Kurul'un ihalenin iptal kararı verdiği hallerde, tasfiye işlemleri söz konusu olabilecektir. Kurul tarafından iptal kararı verilmeyen hallerde, sürelere uyulmaması yine yaptırımsız kalmaktadır[595].

Buz, Kamu İhale Kurulu kararı beklenmeden akdedilen sözleşmelerin geçerliliği konusunu ayrıca "butlan" yaptırımı bağlamında ele almaktadır. Yazara göre, böyle bir durumda emredici hukuk kurallarına aykırılıktan kaynaklanan, butlan yaptırımı söz konusudur. Ancak, şartname bağlamında ele alırsak, şartnamenin hukuka aykırılığı konusunda itirazen şikayet yoluna başvurulup, daha sonra idarece Kurul kararı beklenmeden sözleşme imzalanması ve Kurul tarafından başvurunun kabulü halinde, Borçlar Hukuku anlamında uygulanan yaptırımın (butlan)[596] sözleşmeye etkisi sorun yaratacaktır. Buz'a göre böyle bir durumda, klasik Borçlar Hukuku yaklaşımı açısından, batıl sayılan sözleşmenin geçerli kabul edilmesi söz konusu olmayıp, daha önce sözleşmenin imzalanmış olduğu ilgili ile bir kez daha sözleşme imzalanması gerekmekte ise de, bu çözüm ihaleler açısından masraf, gecikme gibi olumsuzluklara yol açacağından fikre katılmak mümkün görünmemektedir. Daha önceden yapılan sözleşmenin geçerli sayılması

---

[594] Tasfiye edilen sözleşmenin tarafı olan ilgilinin söz konusu olabilecek zararlarını sözleşme hükümleri çerçevesinde, ihale sürecine katılan diğer ilgililerin ise, sözleşme öncesi kusurlu davranışa dayanarak talep etmeleri söz konusu olabilecektir.

[595] Bu düzenleme ayrıca uygulama açısından, Kurul'un bazı karalarında yaptığı gibi sözleşmenin akdinden sonra kendini yetkili görüp inceleme yaptığı hallerde kullanılabilecek niteliktedir.

[596] Butlan yaptırımının kabulü halinde, zarara uğrayanlar bakımından özel hukuk kaynaklı tazminat talepleri söz konusu olabilecektir. Bkz. REİSOĞLU, a.g.e., s. 123.

gerekir[597].

Kamu İhale Kurulu yeni kararlarından birinde, Kanunda öngörülen müracaat sürelerine uymadan akdedilen sözleşmenin geçerliliği hakkında şöyle demektedir: "*Başvuruya konu ihalede, idarece 23.02.2009 tarihli işlemle şikâyetin reddine karar verildikten sonra Kuruma yapılacak itirazen şikâyet başvurusu için başvuru üzerine alınan kararın son bildirim tarihini izleyen on günlük itirazen şikâyet süresi beklenilmeden 26.02.2009 tarihinde 4734 sayılı Kanunun 55 inci maddesine aykırı olarak sözleşmenin imzalandığı tespit edilmiştir. Sonuç olarak, yukarıda mevzuata aykırılıkları belirtilen işlemlerin düzeltici işlemle giderilebilecek nitelikte işlemler olduğu tespit edildiğinden, aşırı düşük teklif sorgulaması ve bu aşamadan sonraki işlemlerin mevzuata uygun olarak yeniden gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Açıklanan nedenlerle; 4734 sayılı Kanunun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (b) bendi gereğince düzeltici işlem belirlenmesine"*[598].

Bu noktaya kadar yapılan açıklamalardan çıkan sonuç, kamu ihale sözleşmesine dayanak olan idari işlemler hakkında idari yargı yerlerince verilen kararların uygulanmasının, sözleşmeye etkisi konusunda şu ana kadar net bir çözüme varılamadığıdır. Genel kabulün, sözleşmenin varlığının hukuka aykırılığa rağmen devam edeceği olduğu düşünülürse, bu noktada ihaleci idari makamların yargı yerlerince sıkça tazminata hükmedilmek durumunun söz konusu olacağı açıktır. Sözleşmenin tasfiyesinin söz konusu olması halinde de, tasfiyenin tam anlamıyla mümkün olamaması sıkça karşılaşılan bir durum olacak ve bu durumdan kaynaklı pek çok tazminat davası gündeme gelecektir. İhale dökümanı olan şartnameyi hukuka uygun addeden Kamu İhale Kurulu kararının idari yargı tarafından iptali sonrasında, ilgililerin Kurul'un itirazen şikayet başvurusunu reddeden kararına karşı tam

---

[597] BUZ, a.g.e., s. 259-261.

[598] KİK, 23.03.2009, UH.II-1156, www.kik.gov.tr, 22.09.2010. Kurul tarafından iptal kararı verilmediği hallerde(düzeltici işlem belirleme kararı), sözleşmenin akıbeti konusunda mevzuatta bir düzenleme yer almadığı için, sözleşmenin geçerliliğini koruduğunu söylemek mümkündür. Ancak süreç içinde zarar gören ilgililerin, sözleşme öncesi kusurlu davranıştan kaynaklanan tazminat taleplerini kabul etmek gerekmektedir.

yargı davası yoluna başvurmaları[599] ya da sözleşme öncesi kusurlu davranışa (cic) dayanarak idareden zararlarını tazmin etmeleri söz konusu olabilecektir.

İhale süreci bakımından, Kamu İhale Kanunu sistematiği içerisinde dava konusu olabilecek karar, daha önce de ifade edildiği üzere, Kamu İhale Kurulu'nun itirazen şikayet üzerine verdiği kararıdır. Bu noktada, yargısal denetimden önce İYUK 11. maddede öngörülen ihtiyari idari başvuru yolunun Kamu İhale Kurulu kararı bakımından uygulaması söz konusu olabilmelidir. Anılan madde uyarınca ilgilileri söz konusu işlemin kaldırılması, geri alınması ya da değiştirimesi talebi ile, idari işlemi yapan makamın üstüne; üst makam yoksa, işlemi yapan makama başvurabiileceklerdir. Özel nitelikli düzenleme olan Kamu İhale Kanunu'na bakıldığında, Kurul kararlarının denetimi konusunda sadece 57. maddede, Türk mahkemelerinin yetkili olduğundan bahsedilmekte ve herhangi bir sınırlama getirilmemektedir. O halde, idari işlemler için söz konusu olabilecek genel durumun yani İYUK'nun 11. maddenin burada da uygulanabilmesi gerekmektedir. Ancak bu konuda Kamu İhale Kurulu'nun bu üst makamı olmadığı için denetim yine Kurul tarafından yapılacaktır.

Kurul'a 11. madde uyarınca yapılacak başvuru dava açma süresini durduracak, süre Kurul'un başvuru üzerine aldığı karar ile kaldığı yerden işlemeye edecektir. Aslında şikayet ve itirazen şikayet yollarının zorunlu hale getirilip, sorunun öncelikle idari aşamada çözülmesinin amaçlanmakta olduğu bir sistemde kabul edilmesi gereken budur. Başvuruları kabul etme konusunda Kurul'un 57. maddeyi oldukça dar yorumlayarak, Kurul kararlarına karşı yargısal başvuru dışında bir imkân söz konusu olmadığını düşündüğü ifade edilmektedir[600]. Bu yaklaşıma paralel olarak 27124 sayılı Resmi

---

[599] İdari yargı yerince iptal kararı alınana dek, tam yargı davası açma süresi muhtemelen geçmiş olacağı için bu durum iptal ve tam yargı davasının beraber açılması halinde söz konusu olabilecektir.

[600] Bkz. UZ, Kamu İhale Hukuku, s. 432., Uz, kamu ihalelerine ilişkin sorunların çok taraflılığına, İYUK'un 11. maddesinin ihale süreci bakımından kabulünün yaratabileceği sorunlara da dikkat çekmektedir. Bkz. UZ, Kamu İhale Hukuku, s. 433.

Gazete'de yayımlanan İhalelere Yönelik Başvurular Hakkındaki Tebliğ'in 17. maddesinde "*4734 sayılı Kanunun 57 nci maddesi uyarınca Kurul kararları idare yargı mercilerinde dava konusu edilebileceğinden, hak kaybına uğranılmaması bakımından Kurul kararının yeniden incelenmesi talebiyle Kuruma başvuruda bulunulmaması önem arz etmektedir*" ifadesine yer verilmektedir. Bireylerin sahip oldukları ve hak arama hürriyeti kapsamında yer alan bu hakkın, kanunda yer almayan bir biçimde Tebliğ ile sınırlanması, temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasının ölçüsünü belirleyen Anayasamızın 13. maddesi ile bağdaşmadığı açıktır.

Türk İhale Hukuku sistemi bakımından, hukuka aykırılıkları gidermenin bir yolu da, idarenin kendisine mevzuatla tanınan ihalenin iptali yetkisini kullanması halinde söz konusu olabilecektir. Kamu İhale Kanunu'un 39. maddesi uyarınca, idarenin verilmiş bütün teklifleri reddederek ihaleyi iptal etme yetkisi bulunmaktadır. 2003 yılından önce bu yetkinin idarece kullanımı, ihale dökümanında öngörülmesine bağlı iken, bu yıldan itibaren böyle gereklilik bulunmamaktadır. Madde uyarınca idare teklifleri reddetmek ile istekliler karşısında bir yükümlülük altına girmemektedir. İdarenin iptal sebeplerini bildirmesi, ise talep koşuluna bağlı bulunmaktadır.

II. ALMAN HUKUKUNDA DENETİM

Şartnamede mevcut hukuka aykırılıklar karşısında söz konusu olabilecek hukuki koruma yollarına geçilmeden önce, kısaca Alman İhale Denetim Sistemi üzerinde durulması gerekmektedir.

Alman Hukuku'nda, 1999 senesinde, Alman İhale Hukuku'nun AB düzenlemelerine adapte edilmesi noktasında ortaya çıkan ikili yapılanma (AB direktiflerine paralel olarak, VgV'de eşik değerler saptayıp, ihalelerin bu sınırlar altı ve üstünde olanlar şeklinde sınıflanması) esas olarak kendini, ihalelere ilişkin denetim mekanizmasının işletilmesinde göstermektedir. Ziekow bu durumu, Alman İhale Hukuku'nun ikiye bölümlenmesinin, hukuki

korumayı da ikiye bölmesi şeklinde ifade etmektedir. GWB' ye bu dönemde eklenen 4. bölümdeki denetim mekanizması, sadece eşik değerlerin üstünde kalan ihaleler bakımından uygulanabilmektedir. Bu durum, Kanun'un 100. maddesinin birinci fıkrasında açıkça ifade edilmektedir. Eşik değerin altında kalan ihaleler bakımından, "bütçesel çözüm" olarak ifade edilen, eksiklikleri sebebiyle pek çok eleştiriye konu olan daha önceki sistemin hukuki koruması mümkün olmaktadır. Şartnamede söz konusu olabilecek hukuka aykırılıklar da, aşağıda anlatılacak olan denetim sistemi içinde ileri sürülebilecektir.

A. Eşik Değerin Üstünde Kalan İhaleler

GWB'nin "Genel Kurallar" başlıklı 97. maddesinin 7. fıkrası uyarınca, ihaleye katılan girişimcilerin, ihaleyi yapan kuruluştan, ihale usulüne ilişkin kurallara uyulmasını isteme konusunda hakları vardır. Bu düzenleme ile, istekliler bakımından ihale kurallarına uyulmasını isteme konusunda sübjektif bir hak ortaya konmaktadır[601].

Eşik değerlerin üstünde kalan ihalelere ilişkin olarak, hem GWB, hem VgV hem de ihale talimatları uygulanmaktadır. Hukuki korumaya yönelik kurallar ise, GWB'nin 102 vd. maddelerinde düzenlenmektedir. Kanun'un 102 maddesine göre, ihalelerin denetimi, idari denetim (Aufsichtbehörden (denetim makamları)) ve Vergabeprüfstellen (ihale kontrol makamları)) yerlerine halel gelmemek kaydıyla, "İhale Dairesi (Vergabekammer)" tarafından yapılacaktır. Kanuna ilişkin yapılan yorumlara bakıldığında, ihale dairelerine yapılan başvuruların zorunlu başvurunun ilk aşaması olduğu, bunun daha öncesi bütçesel çözüm sistemi için de yer alan ihale kontrol makamlarına (Vergabeprüfstellen) başvurulmasına engel teşkil etmediği

[601] Sübjektif hakkın, objektif hakka bağlı olarak, kişinin kendi menfaati adına başkasından bir şey yapmasını ya da yapmamasını isteme yetkisini veren hak olduğu belirtilirken, objektif hak ise, o anda söz konu olan hukuk düzeninin bütününü ifade etmek için kullanılmaktadır. (Sübjektif hak, mutlak hak kategorisi içinde yer alır. Mutlak haklar, bir kişinin sahip olduğu ve herkesin uymak zorunda olduğu tasarruf yetkisi şeklinde tanımlanmaktadır. Necip BİLGE, **Hukuk Başlangıcı**, Turhan Kitabevi, 2010, Ankara, s. 217).

açıkça belirtilmektedir[602]. O halde, yasakoyucu, iş yükünü artırmamak amacıyla üç aşamalı bir yapı oluşturmuş ve öncelikle isteğe bağlı olarak, idari denetim yerlerine başvuru imkânı tanımıştır[603]. Yapılan reform çalışmaları sırasında, GWB'nin ihale kontrol makamlarına ilişkin 103. maddesi, metinden çıkarılmıştır, ancak, Kanunda açıkça düzenlenmese de, bu makamlarca yapılacak denetim varlığını korumaya devam etmektedir. Maddenin Kanundan çıkarılması, ayrı bir düzenlemeye gerek olmaması şeklinde ifade edilmektedir[604].

1.İhale Dairesi'ne Başvuru

Alman İhale Hukuku sisteminde, eşik değer üstünde yer alan ihaleler bakımından esas ve zorunlu aşama, İhale Dairelerine (VK) yapılan başvurulardır. Sistem temel olarak, bu yapılama üzerine kurulmuştur. İhale Daireleri hem eyaletler hem de federal devlet bağlamında örgütlenmişlerdir. Kanun'un 104. maddesinin 2 fıkrası uyarınca, ihale süreci içinde idarece gerçekleştirilen işler (Vornahme) ve eylemler hakkında Kanun'un 97. maddesinin 7. fıkrasından kaynaklanan ve bu türden uyuşmazlıklarda, idari denetim yerleri dışında, sadece İhale Dairelerine şikayette bulunulabilir. Bu başvuru, medeni yargının tazminat konusundaki yetkisi ve Kartel Kurulu'nun yetkisini ortadan kaldırmamaktadır. Kanun'un 105.maddesinin 1. fıkrasına göre, Daire yetkilerini Kanun çerçevesinde ve bağımsız olarak yerine getirmektedir.

Yine Kanun'un 107. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, VK başvuru üzerine harekete geçmektedir. Başvuru hakkına, ihalede menfaati bulunan ve ihaleye ilişkin kurallara uyulmaması sebebiyle 97. maddenin 7. fıkrası

---

[602] GWB'nin 102. maddesinde ayrıca yine isteğe bağlı bir denetim yolu olarak, İdari Denetim Makamları'ndan(Aufsichtbehörden) bahsetmektedir.

[603] BYOK- JAEGER, a.g.e., s. 176. İdari denetim yolunu kullanma noktasında, herhangibir süre sınırlaması getirilmemiştir.

[604] Hans Peter KULARTZ, Alexander KUS, Norbert PORTZ, **Kommentar zum GWB-Vergaberecht**, Werner Verlag, 2010, Köln, s. 554.

anlamında hakları zedelenen her girişimci sahiptir[605]. Bu zarar mevcut bir zarar olabileceği gibi, zarar tehlikesi de olabilir; ancak, VK'e şikayet hakkı konusunda çok önemli bir düzenleme 107. maddenin 3. fıkrasında getirilmektedir. Buna göre, istekli ihale sırasında, süreçteki hukuka aykırılığı görüp de, bunu ihaleyi açan idareye karşı ileri sürmemişse, VK'e başvurma hakkı bulunmamaktadır. İlaveten, ihale ilanından anlaşılabilen aykırılıkların, en geç ilanda belirtilen teklif ya da başvuru süresine kadar ilgili idareye sunulmaması halinde de, VK'e başvuru mümkün değildir. Bu durumda başvuru hakkı düşmekte ve imkânsız hale gelmektedir[606]

Kanun'un 110. maddesi uyarınca, VK olayın aslını re'sen araştırır ve ihale sürecini olumsuz olarak etkilemeden görevini yerine getirmeye çalışır. 113. madde uyarınca VK kararını, şikayet dilekçesinin verilmesinden itibaren 5 (beş) hafta içinde vermek zorundadır.

Kanun'un 114. maddesi, VK'in kararının içeriğine ilişkindir. Maddenin 1. fıkrası uyarınca, VK dilekçe sahibinin haklarının zarar görüp görmediğini inceler ve bunu ortadan kaldırmak için uygun önlemleri alır; aynı zamanda ilgililerin zarar görmelerini engellemeye çalışır.

VK inceleme yaparken dilekçe ile bağlı değildir, bundan bağımsız olarak ihale sürecinin hukukiliğini denetleyebilir. VK'in kararı bakımından önemli olan nokta, kararın sadece ihalenin verilmesinden önceki aşamada bir etki yaratabileceğidir, çünkü maddenin 2. fıkrası uyarınca, VK'in zaten verilmiş olan bir ihaleyi kaldırma yetkisi bulunmamaktadır. Dairenin denetimi; ihalenin verilmesi, kaldırılması, ihale usulünün tasfiyesi ya da ihale sürecinin bu türlü bir şekilde sona erdiği hallerde, katılanlar bakımından hak ihlali olup olmadığını saptamaktan ibarettir çünkü anılan bu durumlarda denetim

[605] Leinemann' göre bu düzenleme bütçesel çözüm tarzı ile net farkı ortaya koymakta ve istekli için hem yargısal hem de yargısal usule benzeyen denetimler konusunda dayanak olmaktadır. Ralf LEINEMANN, **Das Neue Vergaberecht**, Werner Verlag, 2010, Köln, s. 40.

[606] Bkz. aynı yönde BISCHOF, ITB, s. 193.

konusuz kalmıştır[607].

114. maddenin son fıkrası uyarınca, Daire kararı "idari işlem" niteliği taşmaktadır. VK'e yapılan başvurunun ihale sürecindeki etkisi Kanun'un 115. maddesinde düzenlenmektedir. 1. fıkraya göre, şikayette bulunulması halinde ihaleci idare, şikayet sonuçlanana kadar ve 117. maddede öngörülen, bir üst denetim yoluna başvuru süresi geçmeden[608] ihaleyi veremez. Başka bir ifade ile, VK'e başvurulması, ihale sürecinin ayrıca bir karara gerek olmaksızın askıya alınmasına sebep olmaktadır, ancak, 2. fıkra uyarınca, istisnai olarak VK, idarenin talebi üzerine ihaledeki menfaatler arasındaki dengeyi gözeterek[609], ihalenin "otomatik olarak askıya alınmasının kaldırılmasına" karar verebilir.

Bu karar, ilgili tarafından, bir üst denetim yeri olan İhale Senatosu'na taşınabilir ve ilgili tarafından, ihale verme yasağının yeniden getirilmesi Kanun'un 115. maddesinin 2. fıkrası uyarınca talep edilebilir[610]. Bunun yansıra, idarenin ihalenin devamına ilişkin talebinin, VK tarafından reddi halinde de, idare İhale Senatosu'ndan Kanun'un 115. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, ihalenin devamına karar verilmesini talep edebilir.

VK kararından memnun kalmayanlar için bir üst denetim imkânı daha tanınmıştır. GWB'nin 116. maddesi uyarınca, idari işlem niteliği taşıyan Daire kararına karşı, "acil şikayet" (sofortige Beschwerde) yolunun işletilmesi mümkündür. Bu yola başvurma imkânına, VK önünde sürece dahil olan herkes yani ihaleyi veren ve sürece katılan istekliler sahiptir.

---

[607] Olaf REIDT, Thomas STICKLER, Heike GLAHS, **Vergaberecht Kommentar**, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2000, Köln, s. 259.

[608] 117. maddenin 1. fıkrası uyarınca bu süre, iki haftadır.

[609] Kurul bu değerlendirmeyi yaparken, ilgililerin mevcut tüm zararları ile ihalenin hızlı bir şekilde yapılmasında kamunun menfaati arasındaki önceliği dikkate alacaktır.

[610] Ancak bu noktada da, ilgilinin geç kalması halinde, aradaki süre içinde, idarenin ihaleyi verme riski bulunmaktadır.

2. İhale Senatosu'na Başvuru

Maddenin 2. fıkrası uyarınca, Daire'nin 113. maddedeki 5 haftalık süre içinde karar vermemesi halinde de başvuru reddedilmiş sayılacak ve acil şikayet yoluna başvurmak mümkün olacaktır. Acil şikayetin yapılacağı yer, Eyalet Üst Mahkemesi (OLG-Ober Land Gericht) içinde oluşturulmuş İhale Senatosudur yani OLG'dir[611]. Başvuru süresi, VK kararının verilmesinden itibaren iki haftadır.

Kanun'un 118. maddesi uyarınca, İhale Senatosuna yapılabilecek başvuru, VK kararını otomatik olarak 2(iki) hafta askıya almaktadır[612]. İhale Dairesi kararının askıya alınması ile kastedilen, kararın icra edilememesidir[613] 118. maddenin 1. fıkrası uyarınca bu etki, şikayet süresinin dolmasından iki hafta sonrasına kadar devam etmektedir. Başka bir ifade ile, VK'in kararının verilmesinden 4(dört) hafta sonrasına kadar devam edecektir, ancak; VK'in kararının otomatik askıya alınmasının sonuçları, askının ne kadar devam edip etmeyeceği; VK'in isteklinin denetim konusundaki dilekçesini kabul edip etmemesine bağlıdır. Öngörülen sistemi kısaca şöyle açıklayabiliriz:

Daire, isteklinin denetime ilişkin dilekçesini haklı bulmuşsa, bunu idareye bildirir, ancak bu arada zaten Daireye başvurulması ile idarenin ihaleye devam edilebilmesi askıya alınmıştır ve bu durum OLG tarafından aksi yönde bir karar verilmesi[614] ya da nihai karar verilene dek kalır. Bu durumda idare Daire'den, ihaleye devam edilmesini isteyebilir. Şayet Daire, bu talebi reddederse idare, Senatoy'a başvurarak, ihaleye devam edilmesini isteyebilir. Eğer Daire, denetim talebini reddetmiş yani ihaleci idareyi haklı

---

611 Çalışmamızın bundan sonraki kısmında da, OLG ifadesi kullanılacaktır.

612 Askıya alınma süresinin 2 hafta olarak kabul edilmesinin sebebi olarak, daha uzun bir süre getirmenin taraflar bakımından kabul edilemez sonuçlar doğurma imkânına sahip olması olarak gösterilmektedir.

613 Rainer NOCH, **Vergaberecht Kompakt, Verfahrensablauf und Entscheidungspraxis**, 2. Auflage, Werner Verlag, 2001,Düsseldorf, s. 80.

614 GWB'nin 121. maddesi uyarınca Senato, ihaleci ya da onun ihaleyi alması gerektiğine inandığı isteklinin talebi ile, menfaatler ve zararların değerlendirmesini yaparak ihalenin devamına karar verebiilir.

bulmuşsa, bu kararın askıda kalma süresi, kararın verilmesinden itibaren dört haftadır. Şikayetçi isterse, bu sürecin uzatılmasını(OLG karar verene dek) OLG'den isteyebilir. OLG bu değerlendirmeyi yaparken, söz konusu menfaatler ve oluşabilecek zararları dikkate alır. Buna aykırılığın yaptırımı, BGB'nin 134. maddesi uyarınca "yokluk" olacaktır[615]. Şayet VK, isteklinin dilekçesini haklı bulmamışsa, ilgilinin bu karara karşı Senatoya başvurması halinde, 2 hafta sonrasında ihale verilebilir[616]. İlgili buna engel olmak istiyorsa, derhal Senatoya başvurarak askı etkisinin uzamasını talep etmelidir. Söz konusu etki, Senato olay hakkında kesin kararını verene kadar devam edecektir[617]. Anılan süreç sonunda, da OLG esas hakkındaki kararının vererek süreci sonlandıracaktır.

Kanun'un 123. maddesi uyarınca, Senato, VK'in kararını yerinde bulmazsa, kararı kaldıracaktır. Bu noktada Senato gereken tedbirleri kendisi alabileceği gibi bunu Daire'den de talep edebilir. Sonuç olarak, VK'in kararı kimi haklı bulursa bulsun, idarenin ihaleyi oldu bittiye getirerek verilmesinin önüne geçebilmek adına, Kanunda, idareye ihalenin verilmesi konusunda Senato'nun kesin kararını bekleme zorunluluğu getirilmiştir. İdare tarafından zaten verilen ihale, ne VK ne de Senato tarafından kaldırılabilecektir. Senato'nun verdiği karar kesindir, başka bir denetim imkânı yoktur. Kanun'da öngörülen bu denetim sisteminin kullanılarak suistimallerde bulunulmasını önlemek için ayrıca GWB'nin 125. maddesinde, suiistimalde bulunanlar bakımından tazminat ödeme yükümlülüğü getirilmiştir.

Frankfurt İhale Senatosu, 2003 yılında verdiği bir kararında, şartnamedeki eksiklikler ve çelişkinin farkına vardığı halde, buna ilişkin bir itirazda bulunmayan isteklinin, GWB'de yer alan daha sonraki denetim imkânının bulunmadığına karar vermiştir[618].

---

[615] BYOK- JAEGER, a.g.e., 2005, s. 371, BGB m. 134: Kanun tarafından başka bir belirleme yapılmadığı sürece kanunun getirdiği yasağa aykırı hukuki ilişki, yok hükmündedir.

[616] 2(iki) hafta içinde idare, isteklinin dilekçesi reddedilse de, ihaleyi veremez.

[617] Senato bu konuda karar verirken, olayın koşulları içinde menfaatler ve zarar dengesini dikkate alacaktır.

[618] OLG, Frankfurt, 07.10.2003, 11 Verg 7/03, **ZfBR**, 2004/3, s. 293vd.

Eşik değerlerin üstünde kalan ihalelere ilişkin Alman İhale Denetim sistemi hakkında buraya kadar verilen bilgiler, Birincil Hukuki Koruma (primaer Rechtsschutz) olarak adlandırılmaktadır. Burada amaç, sürecin doğru biçimde işlemesini sağlayarak, sorunların önüne baştan geçebilmektir. Ancak birincil koruma yöntemelri bakımından geç kalındıysa, bu nokta da ikincil koruma yolları olarak adlandırılan yollar devreye girmektedir.

Eşik değerlerin üstündeki ihaleler bakımından GWB, "güvenin zarara uğramasından kaynaklı tazminat hakkı" başlıklı 126. maddesinde böyle bir düzenlemeye yer vermiştir. Anılan maddeye göre, sözleşme bir şekilde imzalanmış ve ilgililer buna engel olamamışlarsa, aynı zamanda bu duruma ihaleyi verenin kurallara aykırı davranışları sebep olmuş, söz konusu aykırılık olmasa idi, isteklinin ihaleyi alma konusunda gerçek bir şansı söz konusu ise, istekli ihaleye katılma ve teklif sunma masraflarının idareden talep edebilecek ve bu talep, ilgilinin diğer tazminat taleplerine engel teşkil etmeyecektir. Doktrinde genel kabul, idarenin hukuka aykırı davranışları sebebiyle zarara uğrayanların özellikle sözleşme öncesi sorumluluk (cic)'den kaynaklanan tazminat taleplerinin diğer tazminat talepleri kapsamında yer alacağıdır[619]. Bu bağlamda şartnameden kaynaklı sebeplerle ihaleyi alamayanlar gibi, ihalenin üzerinde kaldığı ancak şartname sebebiyle zarara uğrayanlar da, tazminat talep hakkına sahip olacaklardır.

B. Eşik Değerin Altında Kalan İhaleler

Alman İhale Hukuku'nda belki de en sorunlu nokta, eşik değerin altında kalan ihaleler bakımından, bu alanda kullanılan ve bütçe hukuku kaynaklı düzenlemelerin herhangi özel bir hukuki korunma imkânı getirmemesidir. Söz konusu durumun önüne geçebilmek için özellikle, ihalenin verilmesine ilişkin olan kararların, idari yargı denetimine tâbi tutulması konusunda yoğun çaba sarfedilmiştir. Daha önce ifade edildiği üzere, BVerfG 2006 yılında verdiği kararında, ihale sürecinde idarenin

[619] Bkz. ZIEKOW, a.g.e., s. 164.

marketteki herhangi bir özel girişimci ile aynı durumda olduğunu, ihale sürecinin özel hukuka tâbi olduğunu belirtmiştir. Mahkeme ayrıca, eşik değerin altında kalan ihalelerde, üzerinde olanlar gibi bir hukuki korunma getirilmemesinde hukuka aykırılık görmemiş ve bunu yasakoyucunun takdiri olarak nitelemiştir. Bu kararın hemen ardından BVerwG de, ihale sürecine ilişkin uyuşmazlıkların ve ihale kararı verilmesinin özel hukuk karakterli olduğu ve idare hukuku anlamında yani idari yargı bağlamında bir koruma olamayacağına hükmetmiştir.

Alman mahkeme kararları ve mevcut düzenlemelerde eşik değerlerin altında yer alan ihaleler için özel bir denetim mekanizması getirilmemesi karşısında[620], eşik değerin altında kalan ihaleler bakımından birincil korumanın[621] söz konusu olamayacağı sonucu çıkmaktadır. Başka bir ifade ile, ihale sürecinin düzgün olarak işlemesine daha önceden imkân verecek özel bir denetim sistemi, eşik değerlerin altında kalan ihaleler bakımından mevcut değildir. O halde bu noktada, menfaat ve hak ihlâline uğrayan istekliler bakımından en azından ikincil derecedeki hukuki koruma imkânlarının öngörülerek, ihale sürecindeki eksik ve yanlışlıklardan kaynaklanan zararların tazmin edilebilmesi gerekmektedir. İşte bu noktada, genellikle isteklilerin sözleşme öncesi sorumluluktan kaynaklanan tazminat talebinde bulunabileceği ifade edilmektedir[622].

1999 yılında Alman İhale Hukuku alanında yapılan değişikliklere kadar, VOB/A'da yer alan şartnameye ilişkin temel kurallara aykırılık durumunda, "cic", yani sözleşme öncesi aşamada kusurlu davranışlardan dolayı tazminat hakkı ihale alanında kullanımı uygulanmakla beraber, bugün genel kabul gören anlayış uyarınca da, şartnamedeki herhangibir hukuka aykırılık durumundan örneğin, şartnamedeki eksiklik ya da hatalar yüzünden, ihalenin başka istekli üzerinde kalması halinde, zarar gören istekliler bakımından, sözleşme öncesi kusurlu davranışın dayanak olabileceği gibi,

[620] Eşik değer altında kalan ihaleler için, idarenin iç denetim imkânı eskiden beri kabul edilmektedir.
[621] Birincil koruma en genel anamıyla, önceki durumun yeniden sağlanmasını amaçlarken, ikincil koruma ilgilinin söz konusu malvarlığı zararının tazmin edilmesi amacını taşımaktadır.
[622] ZIEKOW, a.g.e., s. 165.

ihaleyi alan isteklinin şartnameden kaynaklı zararları bakımından da aynı imkân söz konusudur[623].

C. Şartnamede Hukuka Aykırılık Yaratan Durumlar

Alman İhale Hukuku bakımından gerek eşik değerlerin altı gerekse üstünde kalan ihaleler bağlamında şartnamenin taşıması gereken temel özellikler VOB/A madde 7, VOL/A madde 7 ve VOF madde 6 da belirtilmiştir. Bu düzenlemeler uyarınca, ihaleye çıkan kuruluş şartnameyi bütün isteklilerin aynı şekilde anlamasına ve tekliflerini güvenli bir şekilde vermelerine izin verecek şekilde açık ve eksiksiz olarak düzenlemelidir. Söz konusu durum aslında, Borçlar Hukuku alanındaki iki taraflı hukuki ilişki kurumdan ortaya çıkmaktadır ve Ballerstedt anılan durumu, güvenin söz konusu olduğu ve korunduğu yerde, bilgilendirme de olmalıdır şeklinde ifade etmektedir[624].

Alman yargı yerleri, bazı kararlarında şartnamenin taşıması gereken özellikler konusunda değerlendirmede bulunmuşlardır. Düsseldorf İhale Senatosu bu konuda şöyle bir değerlendirme yapmaktadır: "Fonksiyonel bir şartname, belirlilik koşulunu taşımalı, isteklilerin yanlış anlamalarının önüne geçmeli ve verecekleri teklif konusunda karşılaştırmalı ve durumu dikkate alan bir değerlendirme yapmalarına izin vermelidir"[625].

Alman hukuku bakımından, uygulamada şartnamedeki hukuka aykırılıkların çeşitli biçimde ortaya çıkması söz konusu olabilmektedir. Wettke'ye göre, ilk durumda şartname uygulanabilir durumdadır ancak, ihale konusu iş ile uyuşmamaktadır. İkinci halde, şartname yine uygulanabilir durumdadır ancak işin yapılması ya da isteklinin fiyat teklifi vermesi bakımından önemli olan noktalar ya eksiktir veya bu konularda belirsizlikler bulunmaktadır. Doktrindeki değerlendirmelere göre, ilk durumda öncelikle

---

[623] Bu konuda tazminat hakkı temel olarak, kaçırılan kar değil, negatif ilgiye yani ihalenin alınamamasından kaynaklanan zararlara ilişkindir. ZIEKOW, a.g.e., s. 165.

[624] Nakleden: Markus WETTKE, " Die Haftung des Auftraggebers bei lückenhafter Leistungsbeschreibung, **BauR**, 1989/3, s. 295.

[625] OLG Düsseldorf, Verg 14/00, **NzBau**, 2003/1, s. 60.

VOB/B[626]'deki ilgili düzenlemelerin dikkate alınması gerekmektedir. Bu düzenlemeler yeterli olduğu sürece öncelikle bu düzenlemelerin kullanılması gerekmektedir çünkü bunlar "cic" yanında özel nitelikli yani "leges specialis" durumundadırlar[627].

Şartnamede ikinci durumdaki hukuka aykırılıklar söz konusu olduğunda VOB/B'nin 2. maddesindeki[628] düzenlemelerin uygulanabilmesi sınırlı olarak mümkün olabilmektedir, çünkü bu durumda söz konusu iş şartnamede belirtilmiş, ancak sadece fiyata ilişkin noktalar eksik ya da iş şartnamede net olmayan şekilde formüle edilmiştir. İşte bu noktada hukuki koruma sağlama bakımından "cic" temel noktasını oluşturmaktadır[629]. Bunun sebebi, isteklinin ihale sürecine dahil olması ile birlikte ihale yapan idare ile arasında karşı tarafı dikkate almasını gerektiren ve özen yükümünü de içeren, sözleşme benzeri bir ilişkinin kurulmasıdır.

İhaleye çıkan idarenin yükümlülüğünün kapsamı, şartnameye ilişkin VOB/A'nın 7. maddesinde düzenlenmiştir[630]. Wettke bu noktada idarenin yükümlülüklerini uygulamayı da dikkate alarak iki grup altında incelemektedir. İhale yapan idare, işe ilişkin önemli bilgilere yaptığı araştırmalar sonucunda ulaşmışsa, bunları istekliye bildirme yükümlülüğü vardır. Bu durumun kasıtlı olarak ihlali sorumluluğu doğurmaktadır ancak uygulamada genellikle söz konusu olan, bu yükümün unutulması ya da bilgilerin yanlış aktarılmasıdır. İkinci durumda, yeterli araştırmayı yapmayan idarenin, rizikolu durumların tam olarak netleşmediği ve söz konusu olabileceğini istekliye açık bir şekilde bildirmesi gerekir. Sonuç olarak idare bakımından bildiği ve istekli için önemli olan noktaları belirtme yükümü bulunmakta, ancak ayrıca bir araştırma

---

[626] VOB ve VOL'un A kısımları, ihale sürecine ilişkin temel kurallar içerirken B ve C kısımları, sözleşmenin yürütülmesine ilişkin düzenlemeler getirmektedir.

[627] WETTKE, a.g.m., s. 295.

[628] VOB/B'nin 2. maddesinde, ihale konusu işler için ödemelerin nasıl yapılacağı, ödeme kapsamına giren hususlar detaylı olarak düzenlenmektir.

[629] WETTKE , a.g.m., s. 296.

[630] Daha sonra aktarılacak yargı kararları kısmında, Talimatların maddeleri Alman İhale Hukuku'nda 2010 yazında yapılan değişikliğe adapte edilmememiş, karardaki şekliyle aynen verilmiştir. Ancak, zaten çalışmamamızın önceki kısmında, yeni maddelerin eski düzenlemelerdeki karşılıklarına yer verilmiştir.

yapma yükümü bulunmamaktadır. Böyle bir araştırma yapılmadığı hallerde, bu durum istekliye açık şekilde bildirilmeli ve isteklinin karşı karşıya kalabileceği rizikolu durumlar olabileceğince kendine işaret edilmelidir[631].

Sözleşme benzeri ilişki kapsamında, isteklinin özen göstermesi, ihaleye çıkan idare gibi bir zorunluluk halinde olmamakla beraber, ondan beklenmektedir. Bu beklenti, genel kurallardan kaynaklanmaktadır. Temel prensip, isteklinin ihale dokümanının doğruluğu ve tamlığına güvenebileceği şeklindedir[632], ancak bu durum, sınırsız bir güvenin söz konusu olabileceği anlamına gelmemektedir. Söz konusu güvenin sınırı, idare mantıklı, ortalama bir istekliye ne kadar güvenebilecekse o kadardır.

İstekli ihale dökümanındaki eksiklik ya da yanlışlığı fark etmiş ise, bu durumu ihaleyi gerçekleştiren idareye bildirmek zorundadır. Bu konuda işaret etme ve durumu netleştirme yükümü altındadır. Söz konusu noktada sorun yaratan durum, eksik ya da hatalı bir şartname bulunmasına rağmen isteklinin bunun farkına varmaması halinde yaşanmaktadır. İstekliden beklenenlere detaylı olarak daha sonra değinilecektir. Özellikle vurgulanması gereken, istekliden beklenenlerin onun için ihale dökümanlarına ilişkin olarak özel olarak bir araştırma yapma yükümü içermediğidir[633]. İhale dökümanının ihale konusu iş için gerekli bilgileri taşıması konusunda bir saptama gerekmektedir: İhale dökümanındaki bilgi ne kadar çok olursa, bu durum hataları fark etme imkânını azaltmaktadır. Bu bağlamda Wettke'nin dikkat çektiği durum, su kontrolü gibi komplike alanlarda sıkıntılı durumların ve inceleme, araştırma yapma gereğinin ifade edilmesi gerektiğidir. Sonuç olarak şartnamede gereksiz bilgilere yer verilmemeli ve pratikte ilişki dikkate alınmalıdır. İhaleye çıkan idare belirleme yaparken dikkate alması gereken bir durum, isteklinin diğer katılımcılardan biri olup, belirsizlik içerisinde değerlendirme yaptığıdır. Belirlenebilirlik konusunda değerlendirme yapılırken

---

631 WETTKE, a.g.m., s. 296-297.
632 Andreas FEBER, **Schadenersatzansprüche bei der Auftragsvergabe nach VOB/A**, Werner Verlag, 1987, Freiburg, s. 34.
633 FEBER, a.g.e.., s.35.

de, tekliften önceki durum dikkate alınmak durumundadır [634]. İsteklinin yapmak zorunda olduğu denetimin sınırı konusunda tartışmalar devam etmekle beraber, bu denetim; ulaşılabildiği derecede şartnmamenin içeriği, sözleri, işin tanımı, plana ilişkin dökümanları kapsamaktadır[635].

Festge ihale dökümanında ortaya çıkabilecek eksiklikler bakımından sınıflandırma yapmaktadır. Bu eksiklikler, ya koşulların tam olarak saptanamaması, ya da saptanmasına rağmen ihale dökümanına aktarılamamasıdır. Başka bir ihtimalde, koşullar yanlış saptanmış veya doğru saptamasına rağmen ihale dökümanına yanlış aktarılmış olabilmektedir. Yazara göre bu durumların sebebi, hazırlanma ve doküman hazırlama tekniğindeki eksikliklerdir. İhaleyi gerçekleştiren idare, usulün her aşamasında profosyonel yardıma başvurmalıdır, ancak bu şekilde şartnamedeki saptamaların doğru olması ve ihale dökümanına doğru aktarılması garanti altına alınabilir. Ne var ki, gündelik hayatta, bu duruma nadir olarak rastlanmaktadır. Hazırlanan dökümanlarda fiyatı etkileyen koşullar, dağınık bir şekilde yer almaktadır. Bu şekilde bir sistem içinde, fiyata etki eden koşulların net olarak ifade edilememesi tehlikesi her zaman bulunmaktadır. Yazar, idarelerin kendilerini, eksik şartnamenin sonuçlarından korumaya yönelik, riski istekliye aktaran, kendi yararlarına yönelik hükümler getirmelerine dikkat çekmektedir[636].

Festge'ye göre, eksiklikler ve bunun yanı sıra ihale yapan idare yararına hükümler içeren şartname ile karşılaşan istekli bakımından çeşitli olasılıklar söz konusu olabilecektir. Bunlardan ilki, isteklinin ekonomik olarak kısa sürede mahvına sebep olacak teklif vermeme durumu olabilir. Diğer olasılıkta ise istekli, söz konusu rizikoyu sınırlama ya da görmezden gelme durumuna girebilecektir. BGH 1961 yılında verdiği bir kararında, bu imkânı açık olarak belirtmese de, ima eden bir karar almıştır. Mahkemeye göre, isteklinin anlaşma aşamasında idare ile anlaşma yapması mümkün olmalıdır.

---

[634] WETTKE, a.g.m., s. 297.
[635] GROTH- SCHWARZMANN, B1, T.4.7.5., s. 14.
[636] Karsten Hinrich FESTGE, "Aspekter der unvollstaendigen Leistungsbeschreibung der VOB", **BauR**, 1974/6, s. 363-364.

Bu durum doktrinde o dönemki mevzuat uyarınca, ihale dökümanında değişiklik yapılamayacağı gerekçesi ile eleştirilmiş, ama destekleyenler de olmuştur. Mahkemeye göre ya da istekli, dökümanlardan anlaşılan rizikoyu, aydınlatmaya çalışmalıdır. Diğer bir olasılık olarak da istekli, kendi tahmin ettiği rizikoyu, değerlendirmesinde dikkate alacaktır ki, bu teoriktir, çünkü bu durumda istekli, bir çıkış noktasına sahip olmayıp, değerlendirme yapabilecek pozisyonda değildir. İstekli için, bir diğer yol ise, göze alıp, rizikoları bekleyip, durumun iyi olacağını umut etmektir. Yazara göre bu beklenti, daha sonra da değinilecek olan, BGH'nın 22 Kasım 1965 tarihli temel nitelikli kararı ile uyumludur[637].

Festge bu konuda BGH'nın olaya göre karar vermesinin, temel kuralı açığa vurmada zorluk yaratsa da, aynı zamanda bütün kararlarda dayanılan temel noktanın, kırılan haklı(enttaeuschte Vertrauen) güven olduğuna dikkat çekmektedir[638]. Yazar şu noktaya da değinmektedir: Sonradan ek masraf yapmayı gerektirmemek için önem taşıyan koşulların belirtilmesinin ihale yapan idare açısından, dökümanları kontrol etmenin de istekli bakımından bir zorunluluk olup olmadığı eski dönemlerde de pek çok kez tartışılmıştır. Eski düzenlemeler döneminde ihale dışı bırakılmaya kadar giden yaptırımlar dolayısıyla bu bir yükümlülükken, daha sonra bu tür yaptırımların ortadan kalması ile anılan her iki durum, teklif süresinin sınırı ve istekliden beklenenler ile sınırlanmış, taraflar arasındaki dürüstlük ilişkisi içinde yer alan bir durum olarak kabul edilmektedir[639]. Yazar bu konuda, duruma göre çeşitli saptamalarda bulunmaktadır. Bu belirlemeler bakımından öncelikle BGB'nin 254. maddesine değinilmelidir[640]. Müşterek kusur başlığı taşıyan madde uyarınca, zararın oluşmasına zarara uğrayan da sebebiyet vermişse, tazminat miktarının hesaplamasında karşı tarafa ne kadar zarar verilmiş olduğu da dikkate alınacaktır.

---

[637] FESTGE, a.g.m., s. 364-366.

[638] FESTGE, a.g.m., s. 366. Daha sonra verilen kararlarda, BGH'nın bu yaklaşıma net bir çerçeve çizdiği zaten ortaya çıkmaktadır.

[639] FESTGE, a.g.m., s. 367.

[640] BGB m. 254: Zarara uğrayanın zararın oluşmasında etkisinin olduğu durumlarda tazminat miktarı, özellikle her iki tarafında bu zarara sebep olma oranlarına bağlıdır.

Festge'nin saptamasına göre, istekli yaptığı araştırma sonucu idarenin fiyata etki eden koşullara ihale dökümanında tam olarak yer vermediğini fark etmiş ama teklifinde bunu gizlemişse, BGB 254. madde uyarınca, daha sonra bu durumu ileri sürerek ödeme talep edemez. Şayet istekli bu durumlar hakkında bilgi sahibi değilse ama kendinden beklenen araştırma sonucu bunu saptayabilme imkânına sahipse zarar, BGB'nin 254. maddesi uyarınca taraflara arasında paylaştırılmalıdır[641].

İstekli, durumu zorlaştıran bir durum olduğunu zannetmiş ama böyle bir durum yoksa ve zannettiği bu durumu ihale yapan idareye bildirme görevinden kaçınmışsa, ihale yapan idarenin BGB'nin 254. maddesine[642] dayanan tazminat talep hakkı olabilecektir. Yazar ayrıca şu duruma dikkat çekmektedir: Tarafların karşılıklı olarak yükümlülüklerinden vazgeçmeleri, yani idarenin VOB/A'nın 9. maddesine (yeni 7. madde) uygun şartname hazırlama, isteklinin de kontrol ve uyarı yükümlülüğünden kurtulmaya yönelik anlaşma yapmaları, kabul edilebilir bir durum değildir. Bu durum, VOB'un ruhu ile uyuşmamaktadır. Söz konusu halde, sonuçta devlet hazinesinin zarara uğraması da söz konusu olabilecektir. Her iki olasılık da tolere edilemez. Anılan durumların sonucunda, fiyat kontrolü imkânsız hale gelmektedir. İstekli bakımından da, ihtar yükümünden muaflık söz konusu olursa, durum daha da sorunlu bir hale gelecektir[643].

Festge'ye göre, ihale dokümanındaki bu sorunları önlemek için atılabilecek iki adım bulunmaktadır. İlk olarak tarafların her ikisi bakımından da muafiyet yasağı getirilebilir, bu yasak VOB/A nın 9. maddesinden (yeni 7. madde) kaynaklanmaktadır. Her ne kadar söz konusu madde dava hakkı vermese de, böyle bir yasağa engel oluşturmaz. Bu şekilde bir yasağın getirilmesi, dava açma hakkının yokluğu nedeniyle, muafiyet hükümlerine engel olmasa da, daha sonra getirilecek muafiyet hükümleri, getirilen bu yasak ile uyum sağlamayacaktır. İhale dökümanından kaynaklı sorunları

---

[641] FESTGE, a.g.m., s. 367.
[642] Aynı yönde bkz. FEBER, a.g.e., s. 55.
[643] FESTGE, a.g.m., s. 367-368.

önleme noktasında yapılabilecek bir başka şey de, ihale dökümanını hazırlamak konusunda bir sistematik geliştirilmesidir. Fiyata etki eden koşullar sayıca çok olmakla beraber, sınırlıdır. İdarenin bu noktada yapması gereken söz konusu olasılıklar içinde hangilerinin somut olay içinde rol oynayabileceğini tespit etmektir. Yaşanan gelişmeler sonucunda fiyata etki eden koşullarda değişiklik her zaman mümkündür. İhaleye çıkan idare bakımından gerekli olan, aktüel olarak fiyata etki eden durumların belirtilmesidir. Bu belirlemeler yapılırken gerçekten uzaklaşılmamalı ve işin gerçekten gereken kadar ifade edilip edilmediğine idare tarafından dikkat edilmelidir[644].

Ç. Alman Yargı Yerlerinin Hukuka Aykırı Şartname Konusunda Yaklaşımı

İhale dökümanlarında söz konusu olan hukuka aykırıların doğurduğu sonuçları görmek bakımından bu konuda yazılmış bütün eserlerde değinilen, cic'in henüz pozitif olarak BGB'de yer almadığı ve ihaleler konusunda eşik değeri ayrımının henüz yapılmadığı dönemdeki, ihaleyi alan ilgilinin şartnameden kaynaklı sorunları konusunda BGH kararlarına değinilmelidir.

1. 1965 Tarihli Temel Nitelikli Bgh Kararı

Şartnemedeki hukuki belirsizlikler ve eksiklikler konusunda temel ve bütün eserlerde değinilen karar, BGH'nın verdiği 1965 tarihli karardır. Karara konu olayda, davacı istekli, davalı idare için su sistemi döşemektedir. Davacı en düşük teklifi vermiştir ve davalı, anlaşılan bu miktarı ödemiştir. Davacı, daha önceden öngörülmeyen yer şevi sabitlemesi için yaptığı fazla çalışmalar ile su zeminde delik açma sırasında yaptığı fazla çalışmalar bakımından faizi ile birlikte ek ödeme talep etmektedir. BGH, Eyalet Üst Mahkemesi'nin kararını haklı bulurken şu saptamalarda bulunmaktadır: "Olayın gidişatından,

[644] FESTGE, a.g.m., s. 368-370.

davalı idarenin su ve yer çalışmaları konusunda isteklinin teklifine esas alınacak derecede ve VOB/A nın 9. maddesine[645] uygun bir açıklama yapılmadığı ortaya çıkmaktadır, ancak davalı, istekli tarafından fark edilecek derecede eksik olan bir şartname düzenlemiştir, dahası davacıya, yapılan açıklamaların yeterli olup olmadığını ve başka bir dokümana ihtiyacı olup olmadığını sormuştur. Bunun yanı sıra, Eyalet Üst Mahkemesi'nin de belirttiği üzere davacının işletme sorumlusu tarafından arazi görülmüş, iki kere gezilmiş ve davalı tarafından çıkarılan deneme boruları kontrol edilmiş; yine davacı şirketin bir diğer elemanı tarafından teklif verilmesinden önce arazi incelenmiştir. Bu koşullar altında, davacının üstlendiği bir rizikodan söz edilmez. Bunun sonucu olarak davacı, uygun olmayan su ve zeminden kaynaklanan fazla masrafları taşımak zorundadır, ayrıca su tutumu konusunda ayrıca ödeme yapılmayacağı ihale dökümanının 107. maddesinde açıkça ifade edilmiştir. O halde, davacının davalının yaptığı bilgilendirmeler dolayısıyla, inancının zarar görmüş olabileceğinden ve sözleşme öncesi kusurlu davranışlar (Verschuldens bei Vertragsverhandlungen) nedeniyle tazminat talep hakkının söz konusu olmadığı ortaya çıkmaktadır"[646].

BGH'nın bu kararından sonra, Tübingen İlk Derece Mahkemesi'nce verilen bir kararda da, şartnamenin hukuka aykırılığının yaptırımları konusunda saptamalarda bulunulmaktadır. Mahkemenin saptamalarına göre, VOB/A'nın 9. maddesine aykırı olarak eksik bir şekilde hazırlanan şartname, davalının sözleşme öncesi kusurlu davranıştan dolayı sorumluluğuna sebep olmaktadır. Anılan madde, yapılacak işi ve bu işin masraflarını tespit edebilmek bağlamında isteklilerin menfaatlerini koruma fonksiyonuna sahiptir. Davalı idare, yapılan kazı çalışmaları kapsamında, söz konusu terasa daha önceden televizyon kablosu döşendiğini açıklamayarak, VOB'un 9. maddesinin 4. fıkrasında öngörülen, şartnamenin içeriğinin belirli olması

---

[645] Bu ve bundan sonraki kararlarda değinilen maddeler kararların verildiği tarihteki metinlerdir, ancak çalışmamızın daha önceki kısmında bu düzenlemeler güncellenmiştir. Zaten içerik olarak, eski ve yeni düzenlemelerin büyük ölçüde benzerlik taşımakta olduğu ifade edilmelidir.

[646] BGH, 22.11.1965-VII ZR 191/63, **NJW**, 1966/11, s. 499.

kuralını kusurlu olarak ihlâl etmiştir. Olaydaki söz konusu televizyon kabloları, isteklinin teklif konusunda kararına etki edecek niteliktedir, çünkü yapılacak kazı çalışması kapsamında, bu kabloların kaldırılması istekli bakımından işleri daha zor hale getirmiştir. Söz konusu durum, davacı bakımından kazı çalışmaları bakımından işi gecikmesine ve zorlaşmasına sebep olmuştur. Yaşanan gelişme, istekli bakımından teklif aşamasında dikkate alınması gereken bir gider kalemi oluşturmaktadır[647].

2. Universitaet Bibliothek Kararı

Tezin bundan sonraki kısmında bütün Alman İhale Hukuku eserlerinde atıf yapılan temel yargı kararları ele alınmaya devam edilecektir. Bu kararlar ele alınmadan, bugünkü Alman yargı uygulaması, dolayısıyla konunun açıklığa kavuştırılması söz konusu olamayacaktır.

İhale dökümanındaki kusurlu durumların doğuracağı sonuçlar konusunda önemli ve sıkça atıf yapılan bir diğer karar da "Universitaet Bibliothek" olarak da bilinen karardır[648]. BGH'ya göre, şartnamedeki açık bir eksikliği fark etmek için gerekli olan denetimi yapmayan istekli, daha sonra anlaşılan durumlar bakımından talepte bulunamayacaktır. Yüksek Mahkeme, tazminat hakkının söz konusu olup olmadığı noktasında, isteklinin iş elemanları bakımından şartnamede yer alan eksikliğin anlaşılabilirliğinin denetiminin yapılması gerektiğini ifade etmektedir. Yine Mahkemeye göre, isteklinin sonradan ortaya çıkabilecek durumlar bakımından da araştırma yapması gerekmektedir. İmar alanındaki işlerin karmaşıklığı karşısında,

---

[647] LG Tübingen, 15.06. 1978, 5 O 24/77, **BauR**, 1980/1, s. 67.

[648] Yargıtay kararına konu olan olayda istekli, 1975 ve 1978 senesi arasında üniversite kütüphanesindeki imar işini yapmaktadır. Üniversite kütüphanesinin tefrişine ilişkin işte teklifini, büyük boyutlu döşemeye dayanarak yapmıştır. Ancak daha sonra ihale dökümanlarından, küçük boyutta döşeme kullanımının gerektiği ortaya çıkmıştır. 1975 yılında yapılan ihalede, fazla masrafları da kapsayan götürü ücret olarak hesaplanan miktar ile, 1978 yılında davacı tarafından talep edilen miktar arasında fark ortaya çıkmıştır. Davacı ek olarak, fazla kullanılan döşeme malzemesi, döşeme demiri ve alet masraflarının da dahil olduğu daha yüksek bir miktar talep etmektedir. Davalı, fazladan talep edilen miktarı kabul etmemiş ve daha az ödeme yapmıştır. Bunun üzerine davacı mahkemeye gitmiş, ilk derece mahkemesince talebinin reddi üzerine, Eyalet Üst Mahkemesine başvurmuştur. Eyalet Üst Mahkemesi, davacının fazladan taleplerini kabul etmiş, idare BGH'ya başvurmuştur.

isteklinin büyük bir kısımda büyük döşeme kullanılamayabileceğini hesaba katması gerekmektedir. Mahkemeye göre, isteklinin ihaleci idareye söz konusu şüphe yaratan durumun aydınlatılması talebiyle başvurması da söz konusu olmamıştır. Şayet böyle bir davranışta bulunmuş olsa, iş için gerekli olan döşemenin küçük boyutlu olduğunun anlaşılamamasına imkân bulunmamaktadır. Sonradan fazla harcama yapmak istemeyen kimse, teklifini vermeden önce şüpheli durumları aydınlığa kavuşturmalıdır. Sonuç olarak, döşemeye ilişkin talepler kolayca anlaşılabilecek ve hesap yapmaya imkân verecek durumdadır. Bunun yanı sıra idarenin, isteklinin vereceği teklifi etkileyen bir değişikliği, sözleşme akdinden sonra yapmış olması da söz konusu değildir, bu sebeple BGH'ya göre, Eyalet Üst Mahkemesi'nin istekli lehine tazminat gerektiğine ilişkin fikrine katılmak mümkün değildir[649] .

3. Wasserhaltung I Kararı

BGH'ya göre, şartnamede eksiklikler olması cic'dan kaynaklanan tazminat talebi için yeterli değildir. Cic için ayrıca, haklı menfaatlerin ihlal edilmesi, güvenlerin boşa çıkması(enttaeuschtes Vertrauen) gerekir ki[650], davacı istekliler için böyle bir durumdan bahsedilemez, çünkü davacılar,

---

[649] BGH, 26.06.1987, VII ZR 107/86, **BauR,**1987/6, s. 683-685.

[650] "Wasserhaltung I" olarak ifade edilen olayda, davalı dernek, kanal boyunca su tutulması için ihale açmıştır. İlk istekli, işin ilk kısmını almıştır. İdare ikinci kısmı ise daha önceki istekli yanında başka bir istekliye vermiştir. Şartname yanında ayrıca sözleşme koşullarına ilişkin belirleme yapan bir metin de idare tarafından hazırlanmıştır. Burada zemine ilişkin resmi makamlarca düzenlenen bir rapor olduğu ifade edilmekte, yine aynı raporda, teklif verilmesinden önce, isteklinin araziyi görmesi gereğinden, bu yapılmadan teklif vermenin mümkün olmadığından bahsedilmektedir. Bu raporda ayrıca daha önceki yıllarda su zeminine ilişkin yapılan tespitler, işin görülebileceği şekillere de yer verilmektedir. Bu işler için gereken masraflar da götürü hesap içinde yani temel su tutumu işi içinde hesaplanacaktır. Davacı istekliler, araziyi gezip, resmi otorite tarafından daha önceden düzenlenen raporu kabul etmiş ve tekliflerini vermişlerdir. İsteklilerin verdiği teklif, normal olarak verilebilecek teklifin oldukça altındadır. İstekliler daha sonra, miktarın üç katına çıktığını bildirmişlerdir. Davalı iş zamanlamasına ilişkin plan değişimi konusunda anlaşmayı kabul etmiş ancak fiyat konusunda ilk olarak verilen miktarda devam edilmesini istemiştir. Davalı idare sadece, tüm kanal boyu su tutumu masraflarını ödeme konusunda isteklidir. İlk derece mahkemesi davacı isteklinin taleplerinin küçük bir kısmını kabul edince, davacılar Eyalet Üst Mahkemesi'ne başvurnuşlardır. Mahkeme davacıların taleplerinin bir kısmının ödenebileceğine karar vermiş, bu karar üzerine olay BGH önüne taşınmıştır. Eyalet Üst Mahkemesi davacıların cic'den doğan tazminat hakları olduğunu kabul etmiştir. Mahkemeye göre, idare VOB/A'nın 9. maddesine aykırı ihale dökümanı hazırlamış, iş ve yer konusunda detaylı açıklama yapmamış ve davacıya ek yük getirmiştir. Ancak, davacıların da davalının talebinin mümkün olmayan bir talep olduğunu anlayamamaları kusurludur ve tazminattan dörtte bir oranda düşülmesini gerektirir.

mantıklı olmayan bir hesaplama yaparak fazla masrafları kabul etmişler ayrıca, işin daha önceki kısmından da az fiyat teklif ederek, spekülasyon yaratmaya çalışmışladır. Davacıların ortaklık kurmalarının burada bir önemi yoktur ve gerçeklikten uzak bir miktar teklif etmeleri, onların daha sonra ortaya çıkacak talepleri de kabul etmeleri anlamına gelmektedir. Bu şekilde davrananın, haklı güvenlerinin boşa çıktığına(enttaeuschtes Vertrauen) dayanma hakkı bulunmamaktadır[651]. Yargıtay'ın kararda, ihale yapan idare tarafından mevzuatta yer alan şartnameye ilişkin koşullara uyulmamasını dikkate almaması ayrıca eleştirilen bir nokta oluşturmaktadır[652].

4. Wasserhaltung II Kararı

BGH daha sonra verdiği "Wasserhaltung II" olarak da bilinen olayda da, daha önceki içtihadını bir kez daha onaylamıştır[653]. Mahkemeye göre, davacının işi, ihale dökümanlarında olmayan bir yöntemle ve götürü şekilde tespit etmesi, daha sonra oluşacak rizikolar ve bunlar için ortaya çıkacak masrafları kabul etmesi anlamına gelmektedir. Davalı idarenin VOB/A'nın 9. maddesine aykırı ihale dökümanı hazırlaması, sözleşme öncesi kusurlu davranıştan dolayı sorumluluğa yol açabilir, ancak, söz konusu olayda belirleyici değildir. Çünkü davacı, arazi bakımından bir plan olmadığını dikkate almalı, koşullarda değişiklikler olabileceğini, hesaplamalı ve kendi

---

651 BGH, 25. 02. 1988, VII ZR 310/86, **BauR**, 1988/3, s. 339.

652 Maximilian LEDERER, Frank NIEBUHR, "Ist ein Verstoss gegen VOB/A nach Auftragserteilung sanktionloss?", **Festschrift für Walter Jagenburg zum 65. Geburtstag**, C.H. Beck, 2002, München, s. 457.

653 Olayda davacı su kontrol işi ihalesini almıştır. İhale davacı tarafından açık ihale usulüne göre alınmış ve taraflar VOB/B ye uygun davranma konusunda anlaşmışlardır. Davacı ekstra masraflar ve sualtı stabilizasyon çalışmaları için yaptığı ve boşa giden çabalarından dolayı yaptığı fazla ödemelerin karşılanmasını istemektedir. Davacının gerekçesi, daha önceden öngörülen iş yanı sıra kendisinden kıyı kutusunun da yapılmasının istenmesidir. Şartnamede su tutma işi için söz konusu olan ücret götürü olarak ifade edilmiştir. Planlama evraklarında ise, bu konuya ilişkin bir belirleme bulunmamaktadır. İstekli su tutumu işi için 9000DM teklif etmiştir. Şartname ekinde yer alan evraklar, iş konusunda su düşürme durumunun yeterli olabileceğini ifade etmektedir. İstekli de ilk başta bu görüşü paylaşmaktadır., ancak temel suyunun özel durumu nedeniyle, taban hatası oluştuğunu davacı bilmemektedir. Bu da ihale yapan idarenin adına çalışan mühendislik bürolarının önerileri ya da isteği sonucunda, davacı tarafından taban döşeme dışında boşa giden su kapama çalışmalarına neden olmuştur. Davacının talebini ilk derece mahkemesi ve Eyalet Üst Mahkemesi haklı bulmuşlar, olay idare tarafından BGH'a götürülmüştür.

planlarına güvenmemelidir[654].

5. Wasserhaltung III Kararı

Su kontrolüne ilişkin "Wasserhaltung III" olarak bilinen olayda BGH'nın içtihadında, sessiz bir değişiklik olmuştur[655]. Değişiklik, ihale kurallarına ilişkin önemli bir düzenleme niteliği taşıyan VOB/A'nın etkisi konusundadır. BGH'ya göre, cic'ya dayanarak tazminata hükmedilebilmesi için, VOB/A'ya aykırı şartnamenin varlığı tek başına yeterli değildir ayrıca, haklı menfaatin ihlal edilmiş olması yani korunmaya değer bir menfaatin(Schutzwürdigkiet des Vertrauens) olması gerekmektedir. Bunun yanısıra, davacının BGB'nin 254. maddesi anlamındaki müterafik kusuru da tazminat kapsamında değerlendirilmelidir. Mahkemeye göre, dava konusu olayda, davacı bakımından böyle bir durum söz konusu değildir. Davacının su tutumu tarzı konusunda serbest bırakıldığı açık bir biçimde anlaşılabilecek durumdadır. Söz konusu kararda dikkat çekici olan nokta, BGH'nın daha önceki içtihatlarına paralel şekilde VOB/A'nın dışa etkili olmayıp, sadece idare içi bir düzenleme niteliği taşıdığını vurgularken, bir yandan da, şartnamenin yorumu konusunda, dikkate alınacak bir kriter seviyesine yükseltmesidir[656]. Doktrinde, şartnamenin yorum açısından bir kriter haline getirilmesi ihale yapan idare VOB/A' ya dayanarak ihaleye çıktığını ilan ettiğinde, bu

---

[654] BGH, 09.04.1992, VII ZR 129/91, **BauR**, 1992/9, s. 759-760., BGH'nın 90 yıllarında verdiği bu kararları sırasında yürürlükte olan VOB/A'nın 1990 tarihli metninin 9. maddesi uyarınca da (1)İhale dökümanı isteklilerin teklif verebilecekleri ve yapılan teklifleri mukayese etmelerini sağlayacak açıklıkta olmalıdır. (2)İhaleci fiyat ve sürelere etki eden ama isteklinin katkısı olmayan durumları istekliye yükleyemez. (3)Masrafsız bir teklif sunulabilmesi açısından, etki eden bütün koşulların belirlenerek ihale dökümanına konulması gerekmektedir. Şartname türleri de, yeni metinlerle isim ve içerik olarak örtüşmektedir.

[655] Davacı, kanalizasyon ihalesini kazanmıştır. Sorun davacı tarafından su tutumuna ilişkin olarak talep edilen ek ödemeye ilşkindir. Davacı, davalının temel su tutumuna ilişkin durumu yeteri kadar açıklamadığını ifade etmekte, zeminin geçirgenliği ve yakındaki nehir yüzünden hesaplanan miktarın yeterli olmaması nedeniyle yaptığı fazla harcamamaları talep etmektedir. Davalı ise ihaleyi kurallara uygun olarak yaptığı ve temel su durumuna yeteri kadar dikkat çektiğini ifade etmektedir. Davalı, aksi kabul edilebilecek bir durum olsa dahi, davacının bu durumu netleştirme konusunda kendisine başvurmadığını belirtmektedir. İlk derece mahkemesi davayı reddetmiş, Eyalet Üst Mahkemesi ise davacının taleplerini haklı bulmuş, davalı olayı temyiz makamına taşımıştır.

[656] BGH, 11.11.1993, VII ZR 47/93, **BauR**, 1994/2, s. 236-239.

düzenlemeye uygun doküman hazırladığını ve şüphe durumunda, riskin istekli tarafından üstlenilmeyeceğini kabul etmiş olmaktadır[657].

6. Sonderfarben Kararı

Şartnamenin hukuka uygunluğu konusunda verilen en önemli kararlardan bir tanesini de, her bir aşaması önemli olan "Sonderfarben" kararı oluşturmaktadır[658]. BGH'ya göre, şartnamenin yorumunda, objektif istekli kitlesi belirleyicidir. Bu bağlamda tek bir isteklinin anlayışı değil, aynı alandaki potansiyel isteklilerin anlayış şekli önem arz etmektedir. Bu noktada, şartnamenin sözü büyük önem taşımaktadır. Anılan durum, ihale dökümanının isteklilerin eşit şekilde yarışmalarına izin verecek şekilde hazırlanması gereğinin bir sonucudur.

İdarenin talepleri, basit bir büro için ve estetik bir yapı için farklı anlaşılmalıdır. Bu durumlar, istekli bakımından tamamen öngörülebilecek durumlardır. En önemlisi, istekli mevcut şüpheli durumları, en hesaplı çözümün söz konusu şeklinde yorumlayamaz. Eyalet Üst Mahkemesi çözümün ihale dökümanının yorumunda olduğu noktasında yanılmamıştır ama temel yorum materyallerini eksik ve yetersizliği esasına dayandırılmıştır. Anılan sebeple, Eyalet Üst Mahkemesi kararının kaldırılması ve olayın yeniden müzakeresi için dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine

---

[657] MAXIMILIAN-NIEBUHR, a.g.m., s. 460.

[658] Davacı, davalı radyo işletmesi için geniş kapsamlı yapı işini yürütmektedir. Sözleşmesel anlaşma aynı zamanda VOB/B'ye dayanarak yapılmaktadır. Hizmet ihalesi VOB/A'ya dayanarak ilan edilmiştir. Olaydaki anlaşmazlık, davacı tarafından talep edilen ek maddeler ve özel renk seçimine ilişkin ödemeden kaynaklanmaktadır. Dava konusu olayda, planda sonradan değişiklik olmuştur ve davacı yaptığı kaplamalar için şartnamede öngörülenden fazla ek ödeme talep etmektedir. Taraflar bunun mümkün olup olmayacağı konusunda ihtilaf halindedirler. Diğer bir sorun da, renk konusunda ortaya çıkmaktadır. Tarafların anlaşması göre kapılar dekoratif kaplama olacaktır. Şartnamede "ihale yapan idarenin tercihine göre renk tonu seçileceği" ifade edilmektedir. Davalı idare, beyaz yanında, "sonderfarben" olarak ifade edilen standart renklerden ayrılan renkler seçmiştir. Davacı bu konudaki fazla ödemeyi talep etmektedir. İlk derece mahkemesinin davacının talebini haklı bulması üzerine, davalı idare Eyalet Üst Mahkemesi'ne başvurmuştur. Eyalet Üst Mahkemesi, ilk derece mahkemesi kararını onamıştır. Bunun üzerine idare, BGH'ya başvurmuştur.

karar verilmiştir[659].

"Sonderfarben" olayının devamında, Eyalet Üst Mahkemesi yeniden karar verirken şu saptamalarda bulunmaktadır: "Mahkemeye sunulan deliller sonucunda, ihaleye katılan tüm isteklilerin ihale dökümanlarından anladığı, üreticiler tarafından üretilen ve ulusal üreticiler tarafından üretilen renklerle sınırlıdır. Bazı renklerin standart renk olarak kabul edilmesi noktasında ortak kabul bulunmaktadır. Bu da yerli üreticilerin aktüel olarak ürettikleri ve üretim kapsamları içinde yer alan renklerdir. Söz konusu anlayışın sonucu olarak bilirkişi de, idare tarafından seçilecek renk ifadesinden yerel katılanların üreticilerin sundukları koleksiyonun anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir. Bilirkişinin bu tespiti ikna edicidir. Aksi halde, ihale dökümanının isteklinin fiyat teklifinde temel olma özelliği ortadan kalkmış olmaktadır. Davalı tarafından hazırlanan ihale dökümanları, katılanların uyması ve VOB/A uyarınca yapılan sözleşme görüşmelerinde temel olarak kabul etmelerinin beklendiği metinlerdir. Aynı beklenti davalı taraf için de söz konusudur. VOB/A'ya göre yapılan bir ihaleye katılan yarışmacı, bu kurallara uyulduğuna inanmakta haklıdır, bu kurallar istekli kitlesini korumaya da hizmet etmektedir. Bu gereklilik, isteklinin teklifine ilişkin fiyatı hesaplamasında temel olan, bunu garantiye alan "açık-net şartname" anlamında da geçerlidir. İhaleci idare güvenilebilir bir masraf hesaplaması yapmaya uygun şartname hazırlamayarak bu gerekliliği ihlâl ediyorsa, ortaya çıkacak yanlış anlamaların sorumluluğuna sebep olacaktır. Şartnamenin yorumunda isteklilerin anlayışı da büyük yer tutmakta, bu bağlamda şartnamenin sözü büyük önem taşımaktadır. Daha önceden ifade edilmeyen sınırlamalar, ihalede eşit ve haklı bir yarışma sağlayabilmek adına, ancak bütün istekliler bakımından aynı şekilde anlaşılabilmek koşuluyla mümkün olabilecektir. Renk seçimi, istekliler için güveni sağlayacak ve yerli üreticilerin elinde olan ile sınırlıdır, istekli kitlesi itibarıyla de, şartnamedeki ifadeler olmasa dahi, renk konusunda aynı şey anlaşılırdı[660]. Eyalet Üst Mahkemesi'nin verdiği bu karar, BGH

[659] BGH, 22.04. 1993, VII ZR 118/92, **BauR**, 1993/5, s. 595-597.
[660] OLG Köln, 15.09. 1995, 20 U 259/90, **BauR**, 1998/10, s. 1096-1098.

tarafından onanmıştır.[661].

7. Kammerschleuse Kararı

Şartnamedeki hukuka aykırılıkların sonucu konusunda en meşhur karalardan bir tanesi de, "Kammerschleuse" kararıdır[662]. Bu kararın özelliği, BGH'nın riziko yüklenmesi konusunda açık saptamalarda bulunmasıdır. BGH'ya göre Eyalet Üst Mahkemesi, her ne kadar davacı teklifini sonradan iletilen rapora kadar kuramamış saysa da, Eyalet Üst Mahkemesince başvurulan bilirkişinin de belirttiği üzere, sözleşmenin içeriğinin net olarak belirlenmesi gerekmez, belirlenebilir olması yeterlidir. Ayrıca sözleşme içeriğini saptama noktasında, ihale dökümanı ile uyum önemli yer tutmaktadır, çünkü doküman, belirlenen temel gereklilikler yanında, davacının hazırladığı plana uygun ifası gereken işleri belirlemektedir. Davacı, söz konusu yükümleri bilgisi dahilinde kabul etmiş ve irade hatası da ileri sürmemiştir. Mahkemenin, davacının teklif aşamasında plan hazırlayarak masrafa girdiği fikri de savunulamaz. Çünkü sözleşme taraflarının rizikodan emin olup olmadıkları ya da ne şekilde emin oldukları kendi sorunlarıdır. Rizikonun üstlenilmeyeceğine ilişkin, genel bir hukuk kuralı bulunmamaktadır. Her ne kadar VOB/A dışa etkili olmasa da, bu isteklinin korumasız bırakılması anlamına da gelmez. VOB/A sözleşme içeriğinin yerini alabilecek zorlayıcı bir nitelik taşımasa da, dolaylı olarak isteklinin yararına etki gösterebilir. Senatonun daha önce verdiği kararlar uyarınca istekli, şüphelerini bu düzenlemeye uygun yorumlayabilir, ancak ihale dökümanları ve VOB/A'ya dayanarak yapılan yorum, isteklinin sonradan iletilen rapora

---

[661] BGH, 18.06.1998, VII ZR 264/95, **NzBau**, 1998/10, s. 1098.

[662] Davaya konu olan olay şu şekilde gelişmiştir: Yapılan ihale sonucunda davalı ve davalı arasında, davalın 1921 ve 1923 tarihli dolaplarının götürü fiyat üzerinden yenilenmesi edilmesi için anlaşılmaktadır. Olaydaki anlaşmazlık, sol dolap ara kapısının kaplanmasına ilişkindir. Şartnameye göre, bildirilen ölçüde olmak üzere, zemin kaplaması da zorunlu işler arasında yer almaktadır. Zorunlu işlerin ölçümü için gerekli olan rapor da, davacı tarafından yerine getirilmesi zorunlu işlerdendir. Bunun yanı sıra, davacı dolapların sabitlenmesi işini de yapmak zorundadır, ancak bunun için ek ödeme talep etmektedir. Davacı aynı zamanda, fazla kullanılan demir, ek maddeler ve yapılan fazla çalışmalar için de ek ödeme yapılmasını talep etmektedir. İlk derece mahkemesi davacının bu taleplerini yerinde bulmuştur ve Eyalet Üst Mahkemesi de bu kararı onamıştır. Bunun üzerine dava, davalı tarafından BGH'a götürülmüştür.

dayanan fazla demir kullanımını üstlenemeyeceği anlamına gelmez. Çünkü, sözleşme kurulmasında söz konusu olan rizikolar, istekli tarafından açıkça fark edilebilecek durumdadır. İhale yapan idare tarafından kullanılan şartname döşeme konusunda oldukça açıktır ve yapılacak kontrol ve değerlendirmeler sonucunda, isteklinin olduğunu iddia ettiği yorum şüphesini kaldıracak niteliktedir, ayrıca, söz konusu olayda ücretin götürü olarak belirlenmesinin anlamı vardır. O da, davacının demir kullanımı bakımından rizikoların olduğunun zaten fark edilmiş olduğudur. Burada, Senato'nun daha önceden ifade ettiği, sözleşme öncesi kusurlu davranıştan dolayı tazminat hakkına sahip olma için gereken, haksız olarak, VOB/A'ya uyulduğuna yönelik inancından dolayı zarara uğraması söz konusu değildir[663].

8. Bodenposıtıon Kararı

Şartnamedeki hukuka aykırılıklar konusunda BGH'nın en sık değinilen kararlarından bir tanesini de, "Bodenposition" kararıdır[664]. BGH'ya göre, Senato'nun daha önce de verdiği kararlar uyarınca, şartnamenin yorumunda sözün büyük önemi bulunmaktadır. Şartnamedeki ifadelerden, söz konusu işlerin zemin işi kapsamında ele alınması mümkün ve akla yakın değildir. Söze aykırı bir yorum yapmak için Eyalet Üst Mahkemesinin özel bir sebep sunabilmesi gerekmektedir ve mahkeme VOB/A'ya dayanarak böyle bir neden sunamamaktadır. Eyalet Üst Mahkemesi izole bir değerlendirme yaptığında bu işlerin zemine ilişkin olmadığını kabul etmekte ama sözleşme kapsamında bu yorumdan neden ayrıldığına bir gerekçe sunamamaktadır. İşte bu noktada, davacı bakımından ihale dökümanında çelişki durumlar

---

[663] BGH, 27.06.1996, VII ZR 59/95, **BauR,** 1997/1, s. 126-129.

[664] Söz konusu uyuşmazlık, tarafların zemin çalışmasına ilişkin madde konusunda hesaplaşmaları sırasında ortaya çıkmıştır. Davalı idare, ilk olarak 1991 yılında VOB/A'ya dayanarak kazı ve boru döşeme işi ihalesine çıkmıştır. Davacı isteklinin üstlendiği iş, artık maddelerin temel suya sızmasına engel olmak için, bariyer döşemektir. Şartnamede, yapılması gereken bazı işler sayılmakta ve daha sonraki bir maddede de, tüm zemin işlerinin, katı maddeye göre hesap edilmesi gerektiğine yer verilmektedir. Davacı, sayılan işleri zemin işi olarak nitelememiş ve gevşek madde olarak hesaplamıştır. Davalı ise, bu işleri katı madde olarak hesaplamış ve davacının talep ettiğinden daha az masraf çıkarmıştır. Davacı, aradaki fark için ilk derece mahkemesine başvurmuş ve haklı bulunmuştur. Davalı olayı Eyalet Üst Mahkemesi'ne taşımış ve karar bozulmuştur. Bunun üzerine davacı da, bu kararı BGH'a götürmüştür.

ortaya çıktığı görülmektedir. BGH'nın daha önceki içtihatları doğrultusunda, davacıdan riziko yüklenmesi beklenemez ve davacı ihale dökümanındaki durumları, VOB/A'ya uygun olarak anlayabilir. Söz konusu olayda tartışılan işler zemine ilişkin sayılamaz ve bunu dayandıracak bir metin olmadan fiktif olarak davalının yaptığı gibi, katı madde olarak hesap yapılması davacıya riziko yüklemek anlamına gelmektedir. İhale dökümanını Eyalet Üst Mahkemesi gibi yorumlamak VOB/A'ya aykırılık anlamına gelmektedir. Olaydaki ihale dökümanı, fiyatın hesaplanmasına yardımcı olunması gerektiğine ilişkin kurala aykırıdır. Eyalet Üst Mahkemesi kararının kaldırılması gerekmektedir[665]. Görüldüğü üzere Federal Yargıtay, Wasserhaltung III ile yorum kriteri haline getirdiği VOB/A' nın bu niteliğini açıkça vurgulamaktadır.

9.Şartnamedeki Hukuka Aykırılık ve Eksiklikler Konusunda Güncel Kararlar

Alman yargı yerlerince verilen kararların geçirdiği evreler, şartnamedeki hukuka aykırılık ve eksiklikler sebebiyle tazminata hak kazanabilme koşulları, kronolojik olarak buraya kadar ele alınmıştır. Bundan sonra, Alman yargı yerlerinin bu konudaki yeni kararlarına bakalım:

Güncel bir örnek, BGH tarafından da onanan, Thüringen Eyalet Mahkemesi[666] kararıdır. Adı geçen kararda, BGH'nın önceden değinilen kararlarına atıf yapılması da dikkat çekmektedir. Uyuşmazlık, davacının geri kalan ödemesinin yapılması konusundadır. İlk derece aşamasında bazı sorunlu noktalar kısmen halledilmiştir. Bu aşamadaki konu, şartnamedeki 15.3.10 sayılı hükmün ne şekilde hesaplanması gerektiğidir. Davacı

---

[665] BGH, 09.01. 1997, VII ZR 259/95, **BauR**, 1997/3, s. 466-467.

[666] Aktarılan kararlarda, hem eşik değer altında hem üzerinde kalan ihaleler bulunmaktadır, bu sebeple kararlarda belirtilen yargı yerleri bu çerçevede değerlendirilmelidir. Başka bir ifade ile, Alman İhale Hukuku'nda 1999 senesi öncesinde özel bir denetim sistemi ve eşik değer ayrımı olmadığı dönem de verilen kararlarda medeni yargı görevli iken, yapılan reform sonrasında eşik değer üzerinde kalan ihaleler bakımından GWB'de öngörülen ve daha önce detaylı olarak açıklanan merciilerin görevli olduğu dikkatlerden kaçmamalıdır.

hesaplamanın lfd barometresine göre yapılması gerektiğini anlamak istemiştir. Söz sebeple de, şartnamede anılan hükmdeki 400 metreyi lfd cinsinden olarak anlamış ve buna göre teklif vermiştir. Gerçekte talep edilen uzunluk ise 110 metredir. Davacı bu fazla masrafların ödenmesini talep etmektedir.

İlk derece mahkemesinin davacıyı kısmfen haklı bulması üzerine davalı, bu kararın kaldırılması istemiyle Eyalet Üst Mahkemesine başvurmuştur. Eksik bir ihale dökümanı söz konusu olup olmadığını saptamak noktasında, BGH'nın(Wasserhaltung-Sonderfarben) doğrultusunda şartnamenin sözü ilk planda yer almaktadır. Daha sonra da, somut olayın özellikleri, o alandaki genel teknik anlayış ve güven ilkesinden çıkarma yapılmaktadır. Bu noktada belirleyici olan spesifik bir istekli değildir. Yorum konusunda objektif hedef kitlesi yani ihale dökümanındaki açıklamaları anlama konumunda olan ortalama bir istekli dikkate alınmalıdır. Bunun yanısıra istekli, hiçbir şekilde açıklamaları kendi açısından en ekonomik olan şeklinde yorumlayamaz. Bu açıklamalar bağlamında söz konusu olay dikkate alındığında, öncelikle dökümanın yani şartnamenin sözüne bakılmalıdır. İhale dökümanına göre, 400 metre ifadesinin duvarın uzunluğu ile ilgili olduğu yönünde ifade olsa, bu durum davalı tarafından kabul edilse de (davalıya göre bu hata kolayca anlaşılabilir niteliktedir), durum değişmez. Ayrıca davacı yüklendiği işin duvar değil de kazık imali olduğunu ifade etse, şartnamenin ilgili hükmünde bu anlama gelecek bir ifade yer alsa da; de, şartnamenin ilgili hükmünün izole olarak değerlendirilemeyeceği karşısında; aradaki boşluğu beton ile doldurma da, davacının yapması gereken bir iştir. İhale dökümanı son derece açıktır ve bundan 400 metrenin duvar uzunluğuna ilişkin olduğu sonucu çıkarılamaz.

Eyalet Üst Mahkemesine göre, alt derece mahkemesinin şartnamenin yetersiz olduğu ve açıklık koşulunu gerçekleştirmediği yorumu kabul edilse dahi, BGH'nın "Universiatet Bibliothek" kararında ifade ettiği üzere, isteklinin durumu netleştirmek için, teklif vermeden önce idareye başvurması ve

şüpheli durumu açıklığa kavuşturması gerekmektedir, çünkü istekli hesabını, bu ihale dökümanına dayanarak yapmak durumundadır. Yapılan iş planı, şüphe bırakmayacak şekilde duvarın 110 metre olduğunu göstermektedir. Davacı 400 metre konusundaki çelişkiyi ve gerçekte istenen duvar uzunluğunun 110 metre olduğunu zorlanmadan anlayabilecek durumdadır. İstekli bakımından dikkat çekme(ihaleci idareye danışma) yükümü, şartnamedeki durumların bariz olarak hata taşıması hallerinde söz konusudur. Her halükarda, ihale yapan idareye danışılmadan 400 metre yorumu yapılması net hesap yapma şartı dolayısıyla söz konusu olamaz. Davacı kazıklar arasındaki mesafe konusunda planda bilgi verilmemiş olması karşısında, bu durumu da netleştirmek zorundadır, ayrıca davalı, isteklinin verdiği teklifin söz konusu iş bağlamında alışılmış olup olmadığını kontrol ile yükümlü değildir. Davalı kural olarak, açık bir dayanak olmadıktan sonra, verilen teklifte hata olup olmadığını kontrol etmek ya da başkaca araştırma yapmak zorunda da değildir. İstisnai olarak böyle bir yüküm ancak, hesap hatası ve bunun beklenen sonuçlarının isteklinin teklifi ile ilgili olmaması ve idare tarafından belirlenen koşullar bakımından zorlayıcı olması halinde söz konusu olabilir. Olayda böyle bir durum söz konusu değildir. Davacının, teklifinin dikkat çekecek derecede düşük olduğu yönündeki iddiası tek başına yeterli değildir [667].

Alman yargı yerlerince verilen ve BGH tarafından onanan yeni bir karar da, Rostock Eyalet Üst Mahkemesi kararıdır. Olayda, duvar üretimine ve dolgu maddesine ilişkin fazla kullanımlar, istekli tarafından talep edilmiş, talebin ilk derece mahkemesi tarafından kısmen reddi üzerine dosya, Eyalet Üst Mahkemesine gelmiştir. Mahkemeye göre, davalının kusuru olduğu iddiası sözleşme öncesi kusurlu davranıştan dolayı sorumlu sayılmasına yol açmaz. Davacının iddiası, inşaata ilişkin raporların yanlış, dökümanların hatalı olduğu şeklindedir. Mahkemenin başvurduğu bilirkişi Prof. Dr. P'ye göre, inşaat raporları yanlış değil, bilakis eksiktir çünkü temel olan iki zemin

[667] OLG Thüringen, 23.10. 2008, 1 U25/08, **BauR,** 2009/10, s. 1603-1604. Karar BGH tarafından onanmıştır. (BGH, 23.07. 2009, VII ZR 231/089).

parametresi eksiktir. İsteklinin VOB/A'nın 9. maddesinin 3. fıkrasına[668] uymayan bir şartnameyi kendine temel alması düşünülemez, ancak zemine ilişkin açık eksikliklerin olması halinde, istekli bu duruma dikkat çekmeli ve sorunlu olan durumları netleştirmelidir. Teklifini anlaşılmış ya da anlaşabilir eksikliklere rağmen verebilen istekli, şartnamenin doğruluğuna olan güveninin zarar gördüğü (Enttäuschung des Vertrauen auf die Richtigkeit der Leistungsbeschreibung) iddiasına dayanamaz. Eyalet Üst Mahkemesi'nin bu saptamaları, BGH tarafından da onanmıştır[669].

Yukarıda aktarılan yargı kararlarında sıkça değinildiği gibi, sözleşme öncesi kusurlu davranıştan kaynaklanan tazminat hesaplanırken, temel olarak isteklinin yanlış hesap yapması ya da hataları dikkate alınmaz, ancak, müterafik kusur, daha sonra dikkate alınarak sonuç miktara ulaşılır. İstekli bu noktada, anlaşılan miktar ile farazi miktar arasındaki farkı ancak istisnaen talep edebilir. Çünkü ihale yapan idare gerekenleri yapmış olsaydı, isteklinin umduğu çerçevede bir sözleşme akdedilmesi söz konusu olabilecektir[670].

Priess'e göre, şartnamede mevzuatta öngörülen koşulların bulunmaması ve bu sebeple, şartnamenin yorumlanmasının mümkün olmaması halinde, ortada düzeltilmesi imkânsız bir eksiklik bulunmaktadır. Bu durumda, GWB'de öngörülen denetim mekanizması işletilmelidir, ancak VK 107. madde uyarınca, yalnızca başvuru üzerine harekete geçseler de, bu durumda 107. madde uyarınca yapılan bir başvuru aramaya gerek bulunmamalıdır ve yazara göre Daire, 110. maddenin 1. fıkrası uyarınca zorunlu olarak kendiliğinden harekete geçmelidir. Anılan düzenlemeye göre Daire, ihale sürecine ilişkin inceleme sırasında kendiliğinden harekete geçebilecektir ve sürecin hukuka uygun şekilde işletilip işletilmediğini denetleyebilecektir. Yazara göre Daire bu durumda ilgili madde gereğince, ihalenin kaldırılmasına karar vermelidir. Priess bu noktada isteklilerin VK'e yaptıkları başvurular, genel olarak bu başvurunun 107. maddeye uygun

[668] VOB/A'nın karar zamanı yürürlükte olan eski m. 9/3: Masrafsız bir fiyat bildirimini sağlamak için, buna etki eden bütün koşullar saptanıp, şartnamede belirtilmelidir.
[669] BGH, 08.07.2009, VII ZR 2/07, www.juris.de, 21.09.2010.
[670] WETTKE, a.g.m., s. 298.

başvuru yapılmadığı gerekçesiyle sonuçsuz kaldığına dikkat çekmektedir. Anılan madde uyarınca, şartnamedeki sorunu VK önüne taşımak isteyen ilgili, bu eksikliğin farkına vardığında öncelikle bu durumu ihaleci kuruluşa karşı ile sürmüş olmalıdır. Bu konuda Alman yargı yerlerinin genel yaklaşımı, fiyat teklifi sırasında şartnamedeki yetersizliklerin farkına varan isteklinin, bu durumların netleştirilmesini idareden istemesi, gerektiği yönündedir[671]. Yine yargı yerlerine göre, durumun netleştirilmesi için idareye yapılan başvurunun avukat aracılığı ile yapılmasına gerek bulunmamaktadır. Çünkü, şartnamedeki yetersizlikler zaten fark edilebilecek eksikliklerdir[672].

Sttutgart Eyalet Üst Mahkemesi, 1992 senesinde vermiş olduğu bir kararında şartnamede eksik düzenleme yapılması konusunda değerlendirmede bulunmaktadır. Olayda, şartnamede tarafların üzerinde anlaştıkları iş, "bir buzdolabı yapımı" olarak görülmektedir, ancak tekliflerin verilmesinden sonra idare tarafından istekliye gönderilen planlardan, idarenin iki buzdolabı talebinde bulunduğu ortaya çıkmaktadır. İstekli de, mahkemeden zararların tazminini istemektedir.

Mahkemeye göre: "İsteklinin ihale sürecine katılması ile birlikte ihaleci kuruluş ile istekli arasında, her iki taraf için de özen yükümlülüğü getiren sözleşme benzeri bir güven ilişkisi oluşmaktadır. İhaleci kuruluşun özen yükümlüğünün özellikleri VOB/A'nın 9. maddesinde belirtilmektedir. Bu durumun sonucu olarak, ihaleye çıkan kurum 9. maddede getirilen düzenlemelere aykırı hareket edemez. İstekli ve gelecekteki müstakbel hizmet karşılayıcısı, ihale sürecindeki dökümanların doğruluğu ve tamlığına inanmalıdır, ancak bu güven de sınırsız değildir; sadece hatalar şartnameden

---

[671] PRIESS, I, s. 23.

[672] Aktarılan kararlarda da görüldüğü üzere, eşik değer üzerinde kalan ihalelerde, ihale üzerinde kalmayan ilgili, GWB'de öngörülen birincil hukuki koruma ile istediği sonuca ulaşamamışsa, aynı Kanun'un 126. maddesi uyarınca, şartnamedeki eksiklikler ve hukuka aykırılıklar olmasa idi, ihaleyi almada gerçek bir şansı olduğunu ispat edebilirse, ihale sürecine dahil olmakla uğradığı zararları tazmin edebilecek, ya da yine aynı maddeye dayanarak cic'ya dayanarak zararınn tazminini yargı yerlerinden talep edebilecektir. İhaleyi alan kimse ise, şartnamedeki sorunlar bakımından, birincil korumanın bu aşamadan sonra söz konusu olamaması sebebiyle, cic'ya dayanarak zararlarının tazminini talep edebilecektir. Eşik değer altında kalan ihalelerde ise hem ihaleyi alamayan hem de ihale üzerinde kalan ilgililer, şartnamedeki eksiklik ve hukuka aykırılıktan kaynaklanna zararları için, cic'ya dayanabileceklerdir.

açıkça anlaşılmadığı sürece geçerlidir. Şayet ihale dökümanları açıkça anlaşılabilecek şekilde eksikse, isteklinin ihale verene karşı ileri süreceği talepler haklı kabul edilemez.

Söz konusu olayda, şartname kendi içinde çelişki bulunmamaktadır, yani, teklif aşamasında şartnamede isteklinin fark edebileceği bir hata bulunmamaktadır. Söz konusu mal, iki kapaklı bir dolaptan ibarettir, ancak şartname, teklilerin verilmesinden sonra istekliye gönderilen plan ile çelişki içerisindedir. İhaleci kuruluş, VOB/A'nın 9. maddesi uyarınca, teklif için yeterli derecede açık olan ve tam ihale dökümanlarını hazırlamakla yükümlüdür. İstekli, teklif aşamasında, açık bir hata bulunmaması karşısında, şartnameye güvenmek durumundadır ve ihaleci kuruluşa yeniden danışma yükümlülüğü yoktur, istekli teklifine dayanak yaptığı şartnamenin doğruluğuna ve bunun kendine daha sonra gönderilen plan ile çelişki teşkil etmeyeceğine güvenebilmelidir. Bu sebeple, davacı isteklinin cic'den doğan tazminat hakkı bulunmaktadır. Tazminat kararlaştırılan hizmet ile istenen arasındaki farkın kapatılmasına ilişkindir"[673].

Naumburg İhale Senatosu da, şartnamedeki hukuka aykırılıkların sonucu hakkında bir değerlendirme yapmıştır: "İhaleci kuruluş, ihaleye çıkmadan önce, isteklinin teklifi hakkında bilgi sahibi olmaksızın, değerlendirme yapabileceği kriterleri ve amaçlarını tanımlamalıdır. Olaydaki şartname, VOL/A'nın 8. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen koşulları[674] taşımamaktadır. Çünkü, 8. maddede öngörülen fonksiyonel şartname, olayın özelliklerine göre potansiyel sorunlu noktalar konusunda somutlaştırma yapan şartnamedir. Bu tip bir şartname, aynı zamanda isteklinin ticari değerlendirmelerini etkin yapabilmesine olanak sağlayacak somutlaştırmaları içermeli, ihale yapan kuruluşun ihtiyaçlarını da en üst düzeyde anlatmalıdır. Olaydaki şartname, ihaleci kuruluşun önceliklerini saptama konusunda zorluk doğurmakta ve buna bağlı olarak istekliler arasında yanlış yorumlara sebep

---

673 OLG Sttutgart, 09.03.1992, 5U 164/91, **BauR,** 1992/5, s. 639-641.

674 Karar zamanında yürürlükte olan VOL/A m. 8/1: Şartname bütün isteklilerin tanımları aynı şekilde anlayabileceği ve birbirleri ile kıyas yapabilmelerine imkân verecek açıklıkta olmalıdır.

olabilecek nitelik taşımaktadır. Bu durum, daha başlangıçtan istekliler arasında eşit olmayan durumlar yaratmaya müsaittir. İhaleci kuruluşun temel ödevi, isteklilerin aynı bilgiye sahip olmaları imkânını sağlayacak, ihale süreci şeffaflığı ve eşit muamelenin sağlanmasıdır. Daha önce VK tarafından haklı olarak saptandığı üzere, ihale dökümanlarına ilişkin VOL/A'da yer alan kurallara uyulmamış olması, söz konusu olayda ihale sürecindeki şeffaflığın büyük oranda hasara uğramasına sebep olmuştur. Şeffaf bir ihale süreci, ancak fonksiyonel bir şartnamenin yer aldığı ihale süreci ile söz konusu olabilir. Söz konusu olay bakımından, tekliflerin yeniden değerlendirilmesi ve sürecin yeniden işletilmesi mümkün olmayacağından ve tamir edilemeyecek hatalar söz konusu olduğundan, ihalenin kaldırılması gerekmektedir"[675].

Dresden İhale Senatosu da 2000 yılında verdiği bir kararında şartnamenin net olmamasının hukuki sonuçları konusunda değerlendirme yapılmaktadır. Olayda, tüm ihale sürecinde alternatif durum olarak ifade edilen durumun şartnamede, olağanüstü durum olarak nitelendirilmesi, buna bağlı olarak, isteklinin şartnamedeki ifadeyi alternatif durum olarak anlaması ve verdiği teklif ile ihale dışı bırakılması söz konsudur. Mahkeme konu hakkında detaylı bir değerlendirmede bulunmuştur: " Olaydaki şartname, VOB/A'nın 9. maddesindeki gereklilikleri karşılamamaktadır. Bu düzenleme uyarınca şartname, tüm isteklilerin aynı şekilde anlayacağı durumda olmalıdır. Şartnamede olağanüstü durum ifadesinin hem bu durumu hem de alternatif durumu ifade edecek şekilde kullanımı yanıltıcı olmaktadır.

[675] OLG Naumburg, 16.09.2002, 1 Verg 2/02, **NzBau**, 2003/11, s. 628-633.

D.Yargı Kararlarına Sıkça Konu Olan Şartname Hükümleri

VOB/A'nın 9. maddesine aykırı şartname dolayısıyla, şikayetçinin GWB anlamında hakları zarara uğramıştır, çünkü VOB'daki düzenlemeler, isteklileri koruyan karaktere sahiptir. Karşı tarafın ileri sürdüklerinin aksine, VK'in ihalenin kaldırılması yönündeki kararı, hukuka uygundur. Çünkü net olmayan şartname dolayısıyla, davalının taleplerine uygun teklif veremeyerek süreç dışında kalan isteklinin sürece katılımı ancak bu şekilde sağlanabilir"[676].

Alman İhale Hukuku'nda şartnamedeki eksiklikler ve hukuka aykırılıkların sebep olduğu zararların tazmini değinilirken, son olarak bir noktaya vurgu yapılması gerekmektedir. Şartnamede kaynaklı eksiklikler iki grup altında toplanabilir. Şartname ya uygulanabilir olmakla beraber, talep edilen iş ile uyumlu değildir ya da ya da yine uygulanabilir olmakla beraber işin yapılması ve isteklinin fiyat hesap yapmasını sağlama bakımından eksik ve açık olmayan noktalara sahiptir. Wettke'ye göre ilk durum öncelikle sözleşmeye dayanarak(VOB/B gibi), bunların yeterli olmaması halinde, cic'ya dayanarak çözülmelidir. İkinci grup bakımından ise, cic uygulaması söz konusu olacaktır, çünkü bu durumlarda VOB/B'ye dayanarak sorunun çözülmesi zor bir olasılık olarak görülmektedir[677].

Yukarıda aktarılan kararlarda görüldüğü üzere, şartnameden kaynaklanan sorunların büyük bölümü, fiyata ilişkin belirlilik ve istekliye yüklenebilecek rizikonun sınırına ilişkindir. Bu noktada VOB/A ve VOL/A'da da yer alan, istekliye etkisinin bulunmadığı, fiyat ve sürece etki eden, daha önceden tahmin edemediği koşulların yüklenemeyeceğine ilişkin düzenlemenin ne anlama geldiğinin, başka bir ifade ile isteklinin yüklenebileceği rizikonun sınırının irdelenmesi gerekmektedir. Çünkü her sözleşme istekli bakımından içeriğinde olan ve işin görülmesinde söz konusu

---

[676] OLG Dresden, 10. 01. 2000, W Verg 1/99, **BauR**, 2000/10a, s. 1583-1586.
[677] WETTKE, a.g.m., s. 295-296.

olan, yükler barındırmaktadır.

Bu konuda Priess detaylı bir değerlendirme yapmaktadır: Yazara göre VOB/A ve VOL/A' da şartnameye ilişkin düzenlemenin amacı, istekliler bakımından şans eşitliğini yaratma ve uygunsuz risklerin yüklenmesinin önüne geçmektir. İstekliye yüklenebilecek olan riziko, işin türü ya da kapsamı açısından alışlagelenin dışında olmamalıdır. Bu bağlamda alışılagelen rizikonun en belirgin hali, iş yapılan alana ilişkin risklerdir, ki işin yürütümüne ilişkin maddi ya da teknik zorluklarla başedilmesi bu kapsamda yer almaktadır[678].

İstekli bakımından katlanılması gereken riziko, kendisi için başedilebilir düzeyde olmalı ya da örneğin imar alanında hava koşulunda olduğu gibi, ne ihale yapan idare ne de isteklinin tasarrufuna dayanmalıdır. Bunun aksinden çıkan sonuç, normalin dışındaki risk, alışılmış kapsamdan sapan ve değerlendirilebilecek derecede olan, işin planlanan akışı bakımından beklenmeyen risklerdir.

İstekliye yüklenebilecek rizikonun bir diğer koşulu da, riskin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği ya da gerçekleşecekse işin hangi kapsamda gerçekeşeceğinin istekli bakımından önceden tahmin edilemez olmamasıdır. O halde istekliden, rizikonun gerçekleşme olasılığı ve gerçekleşmesi halinde miktarının ve bunun fiyata etkisinin tahmin edilebildiği rizikoları üstlenmesi beklenebilecektir. Priess'e göre, istekli bakımından ihaleye çıkan idarenin bunu ne zaman uygulamaya geçreceğinin bilinmediği, tahmin edenmediği ve bu yüzden de kafasında teklif için bir miktar canlandıramadığı hallerde, ortaya çıkma olasılığı bulunan durumlara (Bedarfs oder Eventualpositionen) şartnamede yer verilmesi istekli bakımından alışılagelen dışı bir riziko olarak nitelendirilebilecektir[679].

Sonuç olarak, önceden tahmin koşulunun gerçekleştiğinden

[678] PRIESS, "Die Leistungsbeschreibung-Kernstück des Vergabeverfahrens, Teil II", **NzBau**, 2004/2, s. 88.
[679] PRIESS, II, s. 89.

bahsedebilmek için istekli tarafından, riskin gerçekleşme oranı ve verilecek fiyata etkisinin makul sınırlar içinde olması gerekmektedir. İstekliye yüklenebilecek rizikonun, onun etkisinin olmadığı, yani bilgisinin olmadığı ya da beklenmeyen nitelikte olmaması gerekmektedir. Aynı zamanda istekli tarafından yüklenebilecek rizikonun, ona zorluk getirmesi gerekmektedir. Bu konuda, yani tolere edilebilen risk dışında zorluğun kapsamında ihale konusu işe ilişkin, işin kaçınılmaz kapsamı içinde yer alan ve yüklü meblağaya ulaşan bir risk olması gerektiğini savunanlar yanında; bunu saptamada ilk görüşü savunanlar gibi söz konusu masrafın başka şekilde dengelenip dengelenemeyeceğinin, işin içeriğinde yer alıp almadığının dikkate alınmaması gereğini ve ekonomik zorluğun yeterli olduğunu savunanlar da bulunmaktadır. Priess'e göre hangi zorluk miktarının alışılagelen dışı sayılabileceği konusunda uygulamada yaşanan bu karışıklık karşısında hem ihale yapan idare hem de istekli aynı belirsizlik ortamında yer almaktadır[680].

Şartnameden kaynaklanan sorunlar konusunda belirtilmesi gereken bir durum VOL/A 26. ve VOB/A 26. maddelerinde idareye, kendiliğinden ihaleyi kaldırma yetkisinin verilmiş olmasıdır. VOB/A'nın 26. maddesi uyarınca, ihale için belirlenen koşullara uygun teklif gelmemesi, ihalenin temel koşullarında değişiklik olması, ve başka zorlaştırıcı sebeplerin bulunması hallerinde, idarenin ihaleyi kaldırma yetkisi[681] bulunmaktadır.

VOL/A'nın 26. maddesi uyarınca VOB'da bulunan aynı koşullar ve ek olarak ekonomik bir sonuç alınamaması halinde, ihale yapan idareye aynı yetki verilmiştir. Bu duruma eski ihale hukuku uyarınca yapılan denetimler bağlamında da dikkat çekilmektedir: "*Belirlenen koşullara uygun teklif gelmemesi halinde, idare açık şartname yükümlülüğünden vazgeçemez ve sessiz bir şekilde bekleyemez. Çoğu kez, ihalenin kaldırılması gerekir*"[682]. 2009 tarihli VOB/A ve VOL/A metninde bu düzenlemeler 17. maddeye

---

[680] PRIESS, II, s. 90.

[681] İdarenin ihalenin kaldırılmasına ilişkin kararı da, GWB uyarınca şikayet mekanizmasına konu olabilir ve denetlenebilir.

[682] KG, BauR, 2000, s. 1579. Karar için bkz. Stefan HERTWIG, **Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe(VOB/VOL/VOF)**, 2. Auflage, C.H.Beck, 2001, München, s. 101.

alınmış ve içerik aynen korunmuştur. VOB/A'da ihalenin iptalinin isteklilere bildirilmesi korunmuş olup bu noktada bir fark bulunmaktadır. Eski metin bu bildirimi talep halinde mümkün kılarken, yeni düzenleme bu konuda talep olmasa da, iptal sebepleri ve söz konusu ise yeni bir ihale düzenlenip düzenenmeyeceği hakkındaki bildirmi zorunlu kılmaktadır[683]. VOL/A ise hem önceki hem yeni metinde ihalenin kaldırılmasının bildirimini isteğe bağlı kılmamaktadır[684].

Yapılan açıklamalar ve yargı kararları bir kez daha göstermektedir ki; ihale dökümanları, isteklinin etraflı bir çalışma yapmadan teklif verebilmesini sağlayacak nitelikte olmalıdır ve bu koşulları sağlayacak olan "şartname"dir. Priess'e göre, şartname için anılan gerekliliklere uygun şartname hazırlama zorunluluğunda olan idarenin yükümlülüğünün sınırını orantılılık(Verhaeltnismaessigkeit) oluşturmaktadır. İdare bakımından söz konusu açıklığı sağlamak yüksek harcama ve efor gerektirdiği hallerde, bazı kısıtlamalara gidilebilir. İhaleye çıkan idare, açık bir şartname hazırlama konusundaki gerçek imkânlarını kullanmadığı hallerde, masraf ve efora ilişkin bu durumu ve kendinden bunun beklenemeyeceğini ispat etmek zorunda kalacaktır. Şartname hazırlığı konusunda idarenin bu zorunluluğunun karşısında, istekli bakımından sağlıklı bir fiyat tahminne elverişli olacak araştırma yapma yükümü gelmektedir. Bu kontrolün sadece dikkatle mi sınırlı olduğu yoksa müstakil bir kontrol yükümü getirip getirmediği Alman yargı uygulaması ve doktrininde çözüm bulunamayan tartışmalardan birini oluşturmaktadır. Ancak kesin olan şudur ki, şartnamede belirgin eksiklik ya da muğlaklıklar bulunması halinde isteklinin bu durumu netleştirmek ve sorunu çözmek bağlamında, ihale yapan idareyi durumdan haberdar etmesi gerekmektedir. Ortaya çıkan uyuşmazlıklarda istekli de, kendinden beklenebilecek netleştirme çabasını gerçekleştirdiğini kanıtlamak zorunda

---

683 Talimatlarda "bewerber" ve "bieter" yani "başvuran ve "istekli" şeklinde iki farklı kavram kullanılması, AB direktiflerinin Alman İhale Hukuku'na aktarımının göstergesidir., Ayrıca VOB/A'nın 17a maddesi uyarınca ihale yapan idare, iş alanında zararlar doğması olasılığı gibi bazı durumlarda bazı bilgileri bildirmeme hakkına sahiptir.

684 VOL/A'nın eski metninde yer alan ihalenin kısmen kaldırılması imkânı yeni düzenlemede yer almamaktadır.

kalacaktır[685].

Priess bu açıklamalardan sonra, şunu ifade etmektedir: "Şartnamenin hazırlanması ve değerlendirilmesi hem idare hem de istekli bakımından özen yükümünü beraberinde getirmektedir. Şartnamede bir dengenin sağlanabilmesi, daha sonraki aşamada sözleşmenin yürütülmesi bakımından belirleyici olacaktır. Şartnamedeki ağır yetersizlikler, denetim sürecinde ihalenin kaldırılmasına sebebiyet verebilecektir"[686].

E.İhaleyi Alamayan İstekliler Bakımından "Culpa In Contrahendo" Uygulaması

Son kısımlarda sıkça değinilen "sözleşme öncesi kusurlu davranıştan kaynaklanan sorumluluk", yıllarca yargı kararlarında önemli bir yer tutmakla beraber, ilk olarak 2002 senesinde Alman yasakoyucu tarafından düzenlenmiştir.

Söz konusu sorumluluğa ilişkin temel maddeler BGB'nin 311. maddesinin 2. fıkrası, 241. maddesinin 2. fıkrası ve 280. maddenin 1. fıkrasıdır. Bu noktada belirtilmesi gereken, anılan düzenlemelerin 2002 öncesindeki durum ile farklılık arz etmediğidir[687]. Genel olarak ifade etmek gerekirse BGB'nin 311. maddesi anlamında sözleşme öncesi hukuki ilişkiden doğan bağlantıda, 241. maddenin 2. fıkrasındaki yükümlülüğünü ihlal eden bundan doğan zararları aynı yasanın 280. maddenin 1. fıkrası uyarınca

---

[685] PRIESS, II, s. 91.
[686] PRIESS, II, s. 92.
[687] Konunun bütünlüğünü sağlamak bakımından değinilmeden geçilmemesi gereken bir durum daha vardır. VOB/A'nın 9. maddesinin özel girişimciler tarafından da uyulması zorunlu bir kural olduğunu savunanlar bulunmakla beraber, bunu eleştiren ve bunun özel girişimci için çok fazla olduğunu ifade eden yazarlar da bulunmaktadır. Bu yazarlardan bir tanesi de Quack'tır. Yazara göre, BGH'nın son zamanlarda verdiği ve değindiğimiz kararlarındaki yaklaşımı ile içerik ile de uyuşmayan, 1966 tarihinde verilen bir kararın yanlış çevirisi dolayısıyla, bu şekilde bir yaklaşım ortaya çıkmıştır. Oysa adı geçen karara bakıldığında davanın taraflarının, ihale hukuku anlamında bir istekli ve ihale yapan idare olmadığı, söz konusu tarafların yapı sahibi ve mimar olduğu görülmektedir. Bkz. Friedrich QUACK, "Über die Verpflichtung des Auftarggebers zum Formulierung der Leistungsbeschreibung nach den Vorgaben von 9 VOB/A", **BauR**, 1998/4, s. 381.

tazmin etmek zorundadır[688].

Sözleşme öncesi kusurlu davranıştan kaynaklanan sorumluluk, daha önce aktarılan kararlarda olduğu gibi şartnamedeki eksiklik ve hatalar için ihaleyi alan için olduğu gibi, şartnameden kaynaklanan sorunların istekliler bakımından zarara sebep olduğu, -bu sebeple ihalenin alınamamasında olduğu gibi- tüm durumlar için, hem eşik değer üstündeki hem de altındaki ihalelerde geçerli olacaktır[689]. Burada, şartnamedeki hukuka aykırılık ve eksiklikler sebebiyle ihaleyi alamayan istekliler bakımından, cic uygulamasına değinilecektir.

İhale sürecine katılım ile idare ve istekli, arasında, sözleşmeye benzeyen bir güven ilişkisi kurulmaktadır. Bu ilişkinin kurulma zamanı, seçilen ihale yöntemine göre ihalenin belli dönemlerine denk gelmektedir. Örneğin açık ihale usulünün seçildiği hallerde tıpki eşik altındaki ihalelerde olduğu gibi, ihale dökümanının istekli tarafından talep edilmesi ile, sözleşme benzeri ilişki kurulmuş olmaktadır. Aynı durum, açık olmayan ihale usulünün kullanımı hallerinde de geçerlidir. Serbest ihale yönteminin kullanıldığı hallerde ise, sözleşme benzeri ilişki, en geç isteklinin ihale sürecine katılımı ya da sözleşme görüşmelerini kabulü ile oluşmaktadır[690].

BGB'nin 311. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, *"sözleşme görüşmelerine başlanması ya da tarafların birine sözleşme kurulması aşamasında haklarını, malvarlığını ya da menfaatini etkileme imkânını vermesi, ona emanet etmesi ya da benzeri ilişkiler varsa, 241. maddenin 2. fıkrası anlamında borç ilişkisi kurulmuş olmaktadır".* "Borç ilişkisinden kaynaklı yükümlülükler" başlığı taşıyan 241. maddenin 2. fıkrası uyarınca ise, *"borç ilişkisi konusuna göre diğer tarafın haklarını, malvarlığını ya da menfaatini dikkate almayı gerekli kılmaktadır".*

---

[688] Eugen KLUZINGER, **Einführung in das Bürgerliche Recht**, Franz Vahlen Verlag, 2007, München, s. 293-295.
[689] Bkz. ZIEKOW, a.g.e., s. 164-165.
[690] KULARTZ- KUS- PORTZ, a.g.e., s. 1006.

311. ve 241. maddelerin 2. fıkralarında yer alan yükümlülüğün ihlalinin müeyyidesi ise, BGB'nin 280. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmektedir. Bu düzenleme uyarınca, *"borçlunun borç ilişkisinden kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal etmesi halinde, onan güvenen tarafın zararlarının tazminini talep etme hakkı bulunmaktadır".*

Sözleşme öncesi kusurlu davranıştan kaynaklanan sorumluluğun 280. ya da 311. maddeye dayandırılması şu şekilde açıklanmaktadır: "VOB/A'nın 9. maddesi, isteklileri koruyan ve idare için uyulması zorunlu bir görev sayılmaktadır. Bu maddeye aykırılık, göreve riayet etmeme anlamına gelmektedir ve bu durumun karşılığı olarak da BGB'nin anılan maddeleri kullanılabilir[691].

Alman yargı yerleri genel olarak, VOB/A'da da yer alan kurallara uyulmamasının istekli bakımından tazminat hakkı doğurmasını dar yorumlanmakta ve bunun için ilgilinin "korunmaya değer menfaati olması (schützwürdig Vertrauen)" aramaktadır. Başka bir ifade ile tazminat talebi için kilit nokta "korunmaya değer menfaat" ifadesine bağlı olmaktadır. Bu ifade ile kastedilen ise, sözleşme sürecinde idarenin VOB kurallarına uyduğuna güvenmek yani şartnamedeki sorunun farkında olmamaktır. İşte bu durum doktrinde eleştirilmektedir. Yargı yerlerinin bu yorumunu bilen ilgililerin mevzuata aykırılığın farkında olmama tavrı içinde olacakları ifade edilmektedir, ayrıca yargı yerleri tarafından, tazminat talebi bakımından korunmaya değer menfaatin şartnamede yapılan denetim sonucunda farkına varılamayacak olan boşluk ve muğlaklıklar bakımından kabulü, bu hakkın kullanımını oldukça zorlaştırmaktadır[692]. Bu bağlamda, isteklinin ihale sürecine riayet etmemesi de korunmaya değer menfaat olgusunu ortadan kaldırmaktadır. Anılan duruma en güzel örnek, isteklinin rekabeti sınırlayan

---

[691] Wolker BOCK, "Ober und höchstgerichtlich erklaert-Keine Nachtragsvergütung trotz unvollständiger Leistungsbeschreibung, 2008, s. 74. http://dib.schiele-schoen.de/118/12276/DIB20802072/Ober_und_hoechstgerichtlich_geklaert_Keine_Nachtragsverguetung_trotz_unvollstaendiger_Leistungsbeschreibung.html, s. 74, 21.03.2010.

[692] BOCK, a.g.m., s. 74.

anlaşmalar içine girmesidir[693].

Sözleşme öncesi kusurlu davranıştan kaynaklanan sorumluluğa eşik değerin üstünde yer alan ihaleler bakımından dayanılması, daha önceden, GWB'de öngörülen denetim mekanizmasını harekete geçirerek, zararın önlenmeye çalışılmış ama başarılı olunamamış olmasına bağlı değildir[694]. Bu imkân, GWB'nin 126. maddesinin[695] 1. cümlesindeki hak ile kümülatif olarak uygulanabilecek niteliktedir, ayrıca, GWB'de öngörülen denetim mekanizmasına başvurulmaması, 126. maddenin 1. ve 2. cümlesine dayanarak tazminat talep etmeye engel bir durum oluşturmamaktadır[696].

İhaleci idarenin, diğer tarafı sözleşme konusunda harekete geçirecek tek bir hareketi dahi yeterli kabul edilmektedir, çünkü ihalenin ilan edilmesi ile birlikte, idare potansiyel isteklilerin hepsini ihale sürecine katılma konusunda harekete geçirmektedir. İhaleye çıkan idarenin ihaleye ilişkin temel olan kurallara uyduğuna güvenen istekli, malvarlığına ilişkin durumu buna göre ayarlayacaktır ki, bu şekilde, isteklinin tazminat hakkını doğuran ilişki, ilan ile zaten başlamış olacaktır[697].

BGH'nın yeni tarihli bir kararı uyarınca, idarenin açık hatasının istekliye yüklenebildiği durumlarda da, korunacak bir güvenden bahsedilemeyecektir. Söz konusu olayda isteklinin teklifi içinde yer alan balata hesaplamaları yanlışlıkla idare tarafından değerlendirmede dikkate alınmış ve bu sebeple istekli, ihaleyi alamamıştır. BGH'ya göre olayda istekli, bu hesaplamanın değerlendirme dışı kalması gerektiğini iddia edemeyecektir, çünkü ihale dökümanında işinin ehli bir istekli tarafından anlaşılabilecek olan farklı anlaşılma olasılıkları bulunmaktadır. İstekli söz konusu olayda durum

---

693 KULARTZ- KUS- PORTZ, a.g.e., s. 1009.

694 KULARTZ- KUS- PORTZ, a.g.e., s. 1005. Cic'dan kaynaklanan tazminat hakkının eşik değer altında yer alan ihalelerde, ihaleyi alamayan ilgililer bakımından da söz konusu olabileceği bir kez daha vurgulanmalıdır

695 Güvenden Kaynaklanan Zararların Tazmini, GWB m. 126: İhale yapan idare isteklinin hakkını koruyan kuralları ihlal ederse, istekli bu ihlal olmasa ihaleyi almada gerçek şansı olacak idiyse, teklif ve ihale sürecine dahil olma masraflarını talep edebilir. Diğer tazminat hakları saklıdır.

696 BYOK- JAEGER, a.g.e., s. 417.

697 KULARTZ- KUS- PORTZ, a.g.e., s. 1007.

net değilken kendi hesabını başlangıç noktası olarak almıştır, oysa teklifini vermeden önce durumu netleştirme çabası içinde olmalıdır[698].

Berlin Eyalet Mahkemesi'nin(Kammergericht-OLG Berlin) verdiği bir karar uyarınca, istekli teklif öncesinde kusurlu durumu fark edip, ihale dökümanları yüzünden teklif veremediğini ifade etmiş ama daha sonra teklif vermiş, sonrasında da kontrol sürecine başvurarak ihalenin kaldırılmasını talep etmişse, artık korunacak bir güvenden de bahsedilemeyecektir[699]. Ancak bu karar, eleştirilmektedir. Eleştiride bulunanlara göre isteklinin itiraz sürecine başvurması, ihale yapan idareyi yaptıklarını denetleme konusunda harekete geçirecektir ve istekli için de birincil korumadan yararlanma belki de ihaleyi alma imkânı yaratacaktır, Ayrıca istekli süreçteki hatayı fark edip de bunu ileri sürmüyorsa, durumu yararına speküle etmeye çalıştığı da ifade edilebilir ve korunmaya değer bir güvenden bahsedilemez[700].

Kulartz şöyle bir saptama yapmaktadır: İsteklinin hatayı fark etmesi gereken ama edemediği hallerde de, korunmaya değer güven bulunmaktadır çünkü olayın bilgisine varılana kadar iradenin bozulmasından söz edilemeyecektir. İstekli kendi bakımından zorunluluk yaratacak ihale kurallarına aykırılık hallerine aklını kapamış ve buna bağlı olarak gerekenleri yapmamışsa, ihale dökümanını dikkatlice inceleme yükümünü ihlal etmiştir, ortada korunacak bir güven de bulunmamaktadır. İsteklinin ihale hukuku kurallarına aykırı hareket ettiği durumlar da aynı kapsamda ele alınmalıdır[701].

Sözleşme öncesi kusurlu davranıştan dolayı sorumluluğun söz konusu olabilmesi için 241. madde anlamındaki ilişkinin zarara uğratılması gerekmektedir. İstekli, ihale sürecinin dökümana ve ilana uygun şekilde yönetileceğine güvenebilmelidir. Bunun sebebi, idarenin talimatlara bağlı bir ihale yöntemi seçtiğinde, ihale süreci içinde kendini bağlayan kurallar da tespit etmiş olmasıdır.

---

[698] BGH, 03.06.2004, X, ZR 30/03, www. juris.de, 01.10.2010.
[699] KG, 14.08.2003, 27/U 264/02, **NzBau**, 2004/3, s. 167.
[700] KULARTZ- PORTZ- KUS, a.g.e., s. 1010.
[701] KULARTZ- PORTZ- KUS, a.g.e., s. 1011.

Cic'dan kaynaklanan tazminat talebi hem negatif hem pozitif menfaatlere ilişkin olabilecektir[702]. İhaleye çıkan idarenin tazminata yol açan ihlalinin kasıtlı ya da kusurlu olarak gerçekleşmesi de tazminata hükmedilmesi için gereken bir diğer koşuldur[703].

F.İhale Hukuku Alanında Haksız Fiilden Kaynaklanan Sorumluluk

Eşik değerin üzerinde yer alan ihalelerde, GWB'nin 126. maddesinin 2. cümlesi uyarınca tazminat talep etme hakkının dayanaklarından biri, haksız fiil sorumluluğu olabilecektir. Bu bağlamda, haksız fiilden kaynaklanan sorumluluğun düzenlenmiş olduğu BGB'nin 823. maddesine değinmek gerekmektedir.

Maddenin ilk fıkrası uyarınca, kim kasıtlı ya da kusurlu olarak bir başkasının sağlığına, özgürlüğüne, malvarlığına ya da başka haklarına zarar verirse, bundan kaynaklanan zararları tazmin etmek zorundadır. İhale hukuku sürecindeki hukuka aykırılığın sağlık, özgürlük ya da malvarlığı bağlamında ele alınması nadir olarak mümkün olmakla beraber, bu aykırılıkların başka haklar (sonstige Rechte) kapsamında kabul edilip edilemeyeceği değerlendirilmelidir. İsteklinin işletmesine ilişkin ihlallerin, 1. fıkra anlamında diğer haklar kapsamında olabileceği kabul edilmektedir[704].

BGH hangi durumda zararın "başka haklar" kapsamında değerlendirilebileceğine ilişkin belirleme yapmıştır: "İhlal hukuka aykırı ve işletmeye ilişkin olmak koşuluyla, başka bir ifade ile zararın direkt işletmeye ilişkin olması ve ondan ayrılabilen haklara ilişkin olmamak koşuluyla" bu kapsamda ele alınabilecektir[705]. Ancak doktrinde üzerinde durulan şudur: İhale sürecindeki hukuka aykırılıkların hepsi toplu olarak bu kapsamda ele alınamaz, , daha ziyade ihaleci idarenin ihale süreci dışında kalmasına yol

---

[702] Bkz. BOESEN, a.g.e., s. 552.
[703] KULARTZ- KUS- PORTZ, a.g.e., s. 1011.
[704] KULARTZ- KUS- PORTZ, a.g.e., s. 1015., aynı yönde bkz. BOESEN, a.g.e., s. 557 BYOK-JAEGER, a.g.e., s. 421.
[705] BGH, 15.11.1982, II ZR 206/81, www.juris.de, 12.06.2010.

açan ve işletmesine yönelik olan ihlaller bu kapsamda değerlendirilebilir"[706]. O halde, şartnamedeki hukuka aykırılıklar ve eksiklikler sebebiyle ihale süreci dışında kalan istekli, bu yola başvurabilecektir, ancak bu durumun istekli tarafından kanıtlanması zorunluluğu, fıkranın ihale sürecindeki kullanım olanağını pratik olarak azaltmaktadır.

BGB'nin 823. maddesinin 2. fıkrası da ihale süreci bakımından önem arz etmektedir. Düzenleme uyarınca, birinci fıkrada yer alan tazmin zorunluluğu, başka bir kanun kapsamında korunan hakkın ihlâli halinde de geçerlidir. Bu kapsamda da, Alman İhale Hukukunun tartışmalı konularından olan, ihale hukuku düzenlemelerinin "koruyucu kanun" olarak nitelenip nitelenemeyeceği sorusu gündeme gelmektedir. Söz konusu sorunun cevabı eşik değer üzerinde kalan ihaleler bakımından olumludur çünkü bu düzenlemelerin amacı, ihale sürecine katılan her bireyin korunmasının sağlanmasıdır.

Kulartz/Kus/Portz'a göre bu noktada sorunlu olan tek durum, anılan kabulün 2. fıkranın kullanımı bakımından yeterli olup olmayacağıdır. Anılan konuda BGH'nın yaklaşımı, 2. fıkranın o alana ilişkin temel hukuk normlarının yeterli koruma sağlamaması halinde kullanılabileceği yönündedir. İşte bu noktada, yanıtlanması gereken bir soru daha ortaya çıkmaktadır ki bu da, ihale hukukunun yeterli derecede ikincil koruma normuna sahip olup olmadığıdır. Kısmi olarak bu soruya olumlu yanıt verilebileceği iddia edilebilir, çünkü GWB'nin 126. maddesinin 1. fıkrasında istekliyi koruyan düzenlemelere aykırılık halinde söz konusu olabilecek bir tazminat hakkı düzenlenmektedir, ancak bu düzenlemede yar alan "ihaleyi alma konusunda gerçek şans" ifadesi, ihale yapan idarenin ilan yapmaması ya da karşılaştırmalı teklife imkân verecek ihale dökümanı hazırlamaması gibi durumlarda tek başına yeterli olamamaktadır yani başka bir ikincil korumaya gerek duyulmaktadır. Eşik değer altında kalan ihalelerde 823. maddenin 2. fıkrasını uygulayabilmek bakımından, ihale hukuku düzenlemelerinin

[706] KULARTZ- KUS- PORTZ, a.g.e., s. 1015.

koruyucu kanun kapsamında ele alınması ise, genel olarak kabul görmemektedir. Sonuç olarak, 2. fıkra anlamında haksız fiile dayanmak eşik altında yer alan ihaleler için mümkün görünmemektedir[707]. Bu halde, sözleşme öncesi kusurlu sorumluluğun eşik değer altında yer alan ihaleler bakımından önemi daha da artmaktadır.

GWB'nin 126. maddesinin 2. cümlesi uyarınca, eşik değer üzerinde kalan ihalelerde, ihale sürecindeki hukuka aykırılıklar kapsamında söz konusu olabilecek bir diğer tazminat hakkı, BGB'nin 826. maddesinde yer alan düzenlemedir. Maddeye göre, ahlaka aykırı bir şekilde ve kasıtlı olarak başkasına zarar veren kimse, bu zararı tazmin etmeye mecburdur. Bu maddenin uygulanabilmesi için, ihale süreci içinde ihale yapan idarenin kasıtlı, ahlaka aykırı şekilde ve ayrıma tutulan istekliye zarar vermek amacıyla, ihale düzenlemelerini ihlal etmesi gerekmektedir, ancak Kulartz/Kus/Portz tarafından, bu düzenlemenin alanının idare ve isteklilerin biri arasında rüşvet ya da rekabetin maniple edilmesi halleri ile sınırlanması gerektiği ifade edilmektedir[708].

İhaleye çıkan idarenin VOB/A'nın 26. maddesi uyarınca ihaleyi kaldırma hakkına sahip olmadığı hallerde, sözleşme yapma zorunluluğu bakımından eksikliği fark ettiği durumlarda, ihaleyi sonuçlandırmama yetkisi vardır. Bu noktada isteklinin, ihalenin sonuçlandırılmasını isteme ve sonuçlanmamadan kaynaklanan bir tazminat talep hakkı bulunmamaktadır. BGH bazı kararında, pozitif ilgiden dolayı tazminat talep edebilmek için ihalenin gerçek anlamda gerçekleşmesi gerektiğini belirtmiştir[709].

G. İhale Hukuku Bağlamında Kamu Görevlilerinin Sorumluluğu

GWB'nin 126. maddesi uyarınca, eşik değer üzeride yer alan ihalelerde tazminat konusunda uygulanabilme olasılığı akla gelen diğer bir

[707] KULARTZ- KUS- PORTZ, a.g.e., s. 1015-1016.
[708] KULARTZ- KUS- PORTZ, a.g.e., s. 1016., aynı yönde bkz. BYOK- JAEGER, a.g.e, s. 421., BOESEN, a.g.e, s. 559.
[709] Federal Yargıtay kararları için bkz. KULARTZ- KUS- PORTZ, a.g.e., s. 1013.

düzenleme de, kamu görevlilerinin resmi görevlilerini kasıtlı ya da kusurlu olarak ihlallerini düzenleyen BGB'nin 839. maddesidir. Bu düzenlemenin 1. fıkrası uyarınca, kamu görevlisi kasıtlı ya da kusurlu olarak üçüncü kişilere karşı görevlerini ihlâl etmiş ve bundan zarar doğmuş ise, bu zararı tazmin etmek zorundadır.

Dikkat edilirse, burada söz konusu olan hizmetler, idarenin kamu hukuku kaynaklı hizmetleridir. Oysa daha önce de, pek çok kez ifade edildiği, BVerfG ile BVerwG tarafından da belirtildiği gibi, ihale hukuku alanında devletin özel hukuk alnında faaliyet gösterdiği kabul edilmektedir. Bu şartlar altında idarenin sorumluluğuna ilişkin GG'nin 34. maddesi[710] ve bununla bağlantılı olarak BGB'nin 839. maddesinin ihale sürecindeki hukuka aykırılıklardan kaynaklı zararlar bakımından uygulanma olasılığı ortadan kalkmaktadır[711].

Şartnameden kaynaklı uyuşmazlıklar için de geçerli olan bir hususun bir kez daha vurgulanması gerekmektedir: Eşik değerin üstünde yer alan ihaleler bakımından birincil koruma yolunun öngörülmesi, Medeni Hukuk'tan kaynaklanan hakların kullanımına engel değildir. Maximilian'ın da ifade ettiği, GWB'nin 97. maddesinin 7. fıkrası ile 126. maddenin düzenlemeleri beraber ele alındığında, bu sonuç ortaya çıkmaktadır. Ek olarak, süreçteki hataların öncelikli olarak şikayet sürecinde sürülebilme imkânı olması, istekliyi koruyan kurallara uymayan idarenin yaptırımsız kalmasına yol açmamalıdır. Yine aynı yazarlara göre, istekli ihale sürecindeki hataları fark etmeyip birincil korumaya başvurmayabileceği gibi, kendini ihmal eden düzenlemelerin etkisiz hale getirilmesini sağlamak amacıyla da, bu yola gitmemiş olabilir. Yani birincil koruma imkânının getirilmesi, bu imkânın kullanımının da zorunlu olması anlamına gelmemektedir. Söz konusu kullanımdan vazgeçmek, sübjektif haklardan da vazgeçmek anlamına gelmemektedir. GWB'nin 126.

---

[710] Kamu Görevini İhlalden Kaynaklanan Sorumluluk, GG madde 34: Kamu görevlisi kendine verilen kamusal görevi ifa ederken, üçüncü kişilere karşı olan sorumluluğuna aykırı davranırsa, onu istihdam eden idare organı, bu zararı ödemekle yükümlüdür. Kasıt ya da büyük ihlal halinde, rücu hakkı saklıdır. Tazminat hakkı ve rücu konusunda yargı yolu kapatılamaz.

[711] Bkz. BOESEN, a.g.e., s. 560.

maddesine dayanılan hallerde eş zamanlı olarak diğer ikincil korumalardan da yararlanabilmek mümkündür. Başka bir ifade ile, bu madde ile bağlantılı olarak sözleşme öncesi kusurlu davranışa dayanılması mümkün olabilecektir. Ya da, doğrudan VOB'un 9. maddesi(yeni 7. madde) ile bağlantılı olarak BGB'nin 823. maddesine dayanılabilecektir[712].

[712] MAXIMILIAN- NIEBUHR, a.g.m., s. 467-468.

Ğ. İhale Hukuku Alanında "Yokluk" Yaptırımı

Doktrinde, ihale sürecindeki hukuka aykırılıklar konusunda kullanımına değinilen düzenlemelerden bir tanesi de, BGB'nin 134. maddesidir. Anılan düzenleme uyarınca, yasa tarafından getirilen bir yasağa aykırı olan hukuki ilişki, yasada aksi belirtilmedikçe yok hükmündedir. Maddeye ilişkin açıklamalara geçmeden önce, Medeni Kanun hükümlerinin ihale sürecindeki önemi bir kez daha vurgulanmalıdır.

Maximilian'ın da belirttiği üzere, BGH daha önceki kararlarında isteklinin rizikoyu üstlenip üstlenmemek konusunda seçim hakkı olduğuna vurgu yapmışsa da, gerçekte durum pek de böyle değildir, çünkü isteklinin karşısında sıradan bir işletmeci değil, kamusal güç bulunmaktadır. BGH, kararlarlarında sözleşme adaletinden ve bunun eşitlik, güven gibi alt ilkelerinden bahsetse, de aslında tarafların hukuki konumlarının eşitlik içinde olduğunu söylemek tam olarak mümkün değilidir[713].

İşte sözleşme adaleti gibi kavramlarla, sorun bakımından net bir çözüme ulaşma imkânı ortada kalmadığında da, kanuni düzenlemeler çıkış noktası oluşturmaktadır. BGB'nin 134. maddesi[714] de bu düzenlemelerdendir. Anılan düzenlemeden çıkan sonuç, sözleşme ilişkisine giren tarafların sınırsız bir özgürlük içinde olmadığıdır. Söz konusu özgürlük hukuk düzeninin çizdiği sınırlar içindedir ve bu sınırlar, özel hukuki ilişki ile aşılmamalıdır. Tarafların özgürlük bağlamında getirdiği düzenlemeler yasakoyucunun ve genel hukuk düzeninin amacı ile uyumlu olmalıdır. Bu düzen içine, ihale hukuku ve GWB'ye eşik değer üzerinde yer alan ihaleler için özel bir denetim sistemi getiren 4. bölümü ekleyen VgRÄG'den sonra, VOB/A da girmektedir. İşte bu bağlamda, şartnamenin taşıması gereken özellikleri belirten VOB/A'nın 7. maddesine içerik olarak aykırı davranılmasının, 134.madde uyarınca, aykırılık getiren düzenlemenin geçersizliğine yol açıp

[713] MAXIMILIAN- NIEBUHR, a.g.m., s. 469.
[714] BGB m. 134: Kanuni bir yasağa aykırı hukuki ilişki kanunda aksine bir belirleme olmadığı sürece, yok hükmündedir

açmayacağının değerlendirilmesi gerekmektedir[715].

Maximiliana göre VgV ile ilişkisi nedeniyle talimatlar(VOB-VOL) 134. madde anlamında "kanun" olarak kabul edilebilecektir. Bu noktada tartışılması gereken ise, VOB/A'nın 7. maddesinin BGB'nin 134. maddesi anlamında, "yasak getiren bir kanun" sayılıp sayılamayacağıdır. Yasak getiren bir kanun, hukuk düzeni tarafından belli davranışların yasaklanması ya da kaçınılması gerektirdiği durumlarda söz konusudur. Gerçek anlamda yasak getiren kanun, belli bir harekete, ceza ya da benzer yaptırımlar yüklenmesi halinde söz konusudur. Ancak, kurallara aykırı davranılan hukuki ilişkinin geçersiz sayıldığı durumlar da, yasak getiren kanun kapsamında değerlendirilmektedir. Yasak öngören kanuni düzenlemeyi saptamanın en belirgin yollarından biri, düzenlemelerdeki ifadeleri yorumlamaktır. Bu nokta da, zorunluluk ya da izin anlamına gelen "darf nicht" ya da "kann nicht" gibi ifadelerin, emir içerikli olduğu ifade edilmektedir. VOB/A'nın 7. maddesine bakıldığında da, "darf kein…" ifadesi kullanılarak, 134. madde anlamında yasak getirildiği görülmektedir. Ayrıca yazarın ifade ettiği üzere, düzenlemede şartnamenin istekliler tarafından aynı şekilde anlaşılacak şekilde hazırlanma zorunluluğu ifadesi de, yasak getiren düzenleme yorumunu destekleyici niteliktedir[716].

Yazar bir duruma daha vurgu yapmaktadır: "GWB'nin 20. maddesi hakim durumda olan isteklinin, bu durumunu markette diğer girişimcileri engellemek için kullanımını yasaklamıştır. Bu madde, "yasak getiren bir düzenleme" olarak görülmektedir. Söz konusu maddenin içeriğinin, BGH'nın "Kammerschleuse" kararında değinilen, isteklinin VOB/A'nın 7. maddesine aykırı olarak süreç dışı bırakılması ile benzerlik göstermesi karşısında, VOB/A'nın BGB'nin 134. maddesi anlamında emir getiren bir düzenleme olduğu yorumu güçlenmektedir[717].

---

[715] MAXIMILIAN- NIEBUHR, a.g.m., s. 470.
[716] MAXIMILIAN- NIEBUHR, a.g.m., s. 471.
[717] MAXIMILIAN- NIEBUHR, a.g.m., s. 472.

İhale sürecindeki hukuka aykırılıkların, hukuki ilişkinin BGB'nin 134. maddesi anlamında geçersizliğini savunan yazarların bazıları bunu GG'ye dayandırmaktadırlar. Bu anlayışa göre, ihale yapan idare şartnamede net düzenleme yapmadığında istekli için hesap zorlaşmakta ve dolayısıyla, ticari anlamda kendini geliştirme özgürlüğü ve buna bağlı olarak da GG'nin 2. maddesinin 1. fıkrası anlamında[718] ekonomik özgürlüğü zarar görmektedir. Devlet özel kişilerden farklı bir organizasyondur, aksine görüşlerin varlığına rağmen, kamu alımı alanında da, özel hukuk sözleşmesi yapsa da, temel kamu hukuku kuralları ile bağlıdır. Devletin kamu alımı dahil her faaliyeti, Anayasa ile bağlantılıdır. Devlet özel hukuk araçları kullandığı hallerde dahi, özel hukuk alanına kaçış engellenmelidir[719].

BGB 134. madde anlamında, yasal emre aykırı olan hukuki ilişkinin geçersiz sayılabilmesi her durumda mümkün değildir. Geçersizlik için, yasanın aksine bir belirleme yapmamış olması gerekmektedir. Aykırılığa rağmen ilişkinin geçerli olup olmadığını saptamak için, yasak getiren düzenlemenin yorumlanması gerekmektedir. Bu noktada belirleyici olan, yasak getiren düzenlemenin anlam ve amacıdır. VOB/A aykırı doküman ve taleplerin söz konusu olduğu durumlarda amaç, daha önce değinilen yargı karalarında da görüldüğü üzere, bu taleplerin sözleşmenin bir parçası haline gelmesinin önüne geçilebilmesidir. 134. madde, bu amaca ulaşmaya izin verecek niteliktedir. Kullanımı bakımından tarafların aykırılığı daha önce ileri sürmesi, ya da farkındalık önemli değildir. Objektif anlamda, kanuni emre karşı gelinmesi yeterli sayılmaktadır[720].

H. İhale Hukuku Alanında "Geçici Hukuki Koruma"

İhale sürecinde söz konusu hukuka aykırılılara karşı işletilebilecek denetim yolları incelenirken, Alman İhale Hukuku'nda oldukça güncel bir yer

[718]Kişisel Özgürlük Hakları, GG 2/1: Başkalarının haklarına zarar vermediği, Anayasal ve kanuni düzenlemelere aykırı olmadığı sürce, herkes kişiliğini geliştirme hakkına sahiptir.

[719]MAXIMILIAN- NIEBUHR, a.g.m., s. 474., Bu fikir, VOB/A'nın 7. maddesine aykırılıkların sözleşme sonrasında da yaptırımsız kalmaması fikrini desteklemektedir. Detaylı bilgi için bkz. BYOK- JAEGER, a.g.e., s. 25, Bkz. BOESEN, a.g.e., s. 41-42.

[720] MAXIMILIAN,- NIEBUHR, a.g.m., s. 476.

tutan Düsseldorf Eyalet Üst Mahkemesi'nin 13 Ocak 2010 tarihli kararına ve getirdiği yeni yaklaşıma değinilmesi gerekmektedir. Mahkeme eşik değerin altında olan ve ihalelerin büyük kısmını oluşturan payda için yeni yaklaşımlar ortaya koymaktır.

Alman Hukukundaki mevcut durum, eşik değerin altında kalan ihaleler bakımından, birincil koruma yolu getirmemek olduğu için, yargı yerleri ve doktrin yıllardır bu alanda tazminat dışında da uygulanabilecek çözümün varlığını araştırmıştır. Bu bağlamda tartışılan konulardan birisi de, medeni yargı önünde eşik değer altında kalan ihaleler bakımından, ihale süreci içinde geçici hukuki koruma talep edilip edilemeyeceği olmuştur. Öncelikle Brandenburg Eyalet Üst Mahkemesi, mevcut sistem içerisinde birincil korumanın ve geçici hukuki koruma eşik değer altı için de söz konusu olabileceğine karar vermiştir[721]. Ancak Mahkeme'nin bu kararı pek çok sınırlı koşul altında uygulanabilecek nitelikte arz etmiştir. Sadece, ihale yapan idarenin yanlış değerlendirme yaparak ihale vermesi hallerinde ve aynı zamanda keyfilik yasağına hareket edilmesi halinde uygulanabilecek bir özellik göstermiştir, yani bu karar uyarınca istekli sadece GG'nin 3. maddesinin 1. fıkrasında yer alan eşitlik ilkesine dayanabilmaktedir. Oysa ki, yazarlarca ifade edildiği üzere, ilan verilmesi ile birlikte idare ve istekli arasında temel ihale hukuku düzenlemelerine uyulacağı konusunda sözleşme öncesi bir ilişki kurulmuş olmaktadır[722].

Düsseldorf Eyalet Üst Mahkemesi'nin yeni kararı ile birlikte, geçici hukuki korumanın boyutunda değişiklik olmuştur. Olayda, Xanten boş vakit tesisini işleten ve hissedarları farklı kurumlar olan yapılanma, çok amaçlı bir bina yaptırmak istemekte ve bunun için ihaleye çıkmaktadır. İhale VgV uyarınca eşik değerlerin altında kalmaktadır. İhale ilanında ihalenin VOB/A'ya göre yapıldığı ancak bu metnin sözleşmenin bir parçası haline gelmediği ve isteklilerin bu kullanımdan hak elde edemeyecekleri ifadesi yer almaktadır.

---

[721] OLG Brandenburg, 12. Zivilsenat, 02.10.2008, 12 U 91/08, www.juris.de, 09.10.2010. Aynı yönde bkz. OLG Hamm, 4. Zivilsenat, 12.02.2008, 4 U 190/07, www.juris.de, 09.10.2010.

[722] Tobbias HAENSEL, Christian FLACHE, "Primaerrechtsschutz bei Vergaben in Unterschwellenbereich", **NJW-Spezial**, 2010/6, s. 172.

Yine ilana göre eksik teklifler ihale dışı bırakılabilecektir. Teklifler, fiyat ve ilanda istenen açıklamaları içermelidir. Yan teklif verilmesi ancak esas teklif ile birlikte mümkündür. Davacı ana teklif vermeyip, sadece şartnamedekine uymayan iki tane yan teklif vermiştir ve bu durumu da, söz konusu iş şeklindeki teknik uygunsuzluklarla ifade etmiştir. İhaleye çıkan idare, değerlendirme yapmak istediğini ve alimünyum cam set yapımı hakkında esas teklif verilmesi gerektiğini bildirmiştir, ancak istekli aynı tavrını devam ettirmiş ve daha sonra idare ile aralarında görüşme de yapılmıştır. İhale yapan idare bir kez daha, güneş koruyucu cam ve aliminyum cam önlüğü de içeren bir teklif vermesini istemiştir. Bu isteklerin yerine gelmemesi üzerine, ihaleyi teklifinde bu iki durumu da sağlayan istekliye vermiştir. Diğer istekli bunun üstüne ilk derece mahkemesinden, geçici tedbirle buna engel olunmasını istemiştir. Mahkeme bu talebi reddedince, Eyalet Üst Mahkemesi'ne başvurmuştur.

İstekliye göre, ihale yapan idare hukuka aykırı davranmaktadır. Şartnameyi büyük teknik hatalarla hazırlamıştır ve bu durum da karşılaştırmalı, tam bir teklif verme imkânını ortadan kaldırmıştır. İhale sürecinin hukuka aykırı olması da, isteklinin iddiaları arasında yer almaktadır. Eyalet Üst Mahkemesi, talebi reddetse de önemli saptamalar yapmaktadır. Mahkemenin kararı uyarınca, ihale sürecinde kayda alınmayan istekli sadece keyfi hareket yasağına aykırılık halinde değil, idarenin her türlü ihale hukukuna aykırı davranışına karşı, madeni yargı yerinden geçici hukuki koruma talep edebilecektir. Mahkemeye göre geçici hukuki koruma ihale süreci içinde istenebilecektir. İlan verilmesi ile birlikte idare ve istekli arasında oluşan sözleşme öncesi ilişki, hukuka aykırı eylemlere müdahale edilmesi imkânını da kapsamaktadır. Müdahale hakkının bulunduğunu çıkarmak için farklı yollardan sonuca ulaşmaya çalışmaya gerek yoktur. Alman hukukunda zarar verenin fiilinin hangi hukuki sebepten kaynaklandığına bakılmamadan, müdahale hakkı kabul edilmektedir.

Alman İhale Hukuku'nda eşik değer altında kalan ihalelerde "müdahale hakkının" tanınması BVerfG'in 13 Haziran 2006 yılında vermiş olduğu karar ile çelişmemektedir. BVerfG bu kararında birincil korumanın mümkün olup olmadığı konusunda bir belirleme yapmamıştır. Anılan kararda ifade edilen GWB'nin 97. maddesi ile birlikte eşik değer altında ve üstünde olan ihaleler arasında fark oluşması, müdahalenin meni şeklinde bir birincil koruma yolunu kapamamaktadır. İhale sürecinde yaşanabilecek gecikmeler, ilk derece korumanın engellenmesine neden olamaz.

Düsseldorf Eyalet Üst Mahkemesi, karar metninde 2009 yılında ihale yasasının modernleşmesine ilişkin tasarıda yer alan şu ifadelere de yer vermektedir: *"Tasarıya göre, medeni hukuk alanındaki koruma yolları, eşik değer altında kalan ihaleler bakımından koruma sağlayabilecektir. Şüphesiz, "müdahalenin meni" de bu yollar içinde yer almaktadır, AB İhale Hukuku gelişimi de, geçici hukuki korumaya ilişkin bu kararını destekler niteliktedir, çünkü Avrupa Topluluğu Adalet Divanı'nın yerleşik kararlarına göre, tüm ihalelerde vatandaşlığa dayalı ayrım ve şeffaflığa aykırılığın önlenmesi gerekmektedir".*

Mahkemenin yaptığı önemli ve değinmeden geçilmemesi gereken saptamalardan bir tanesi de, ihale süreci içinde, ihale yapan idarenin şartnamede değişiklik yapabileceği ve bu değişikliğe uygun olarak teklif veren istekli üzerinde ihaleyi bırakabileceğidir, çünkü süreçte, neye ihtiyacı olduğunu en iyi bilen, ihale yapan idarenin kendisidir. Bu noktada önemli olan tek konu, değişikliğin ayrımcılığa izin vermeden şeffaf olarak yapılması ve teklifler konusunda yapılacak yeni hesaplamalara zaman ve olanak bırakmasıdır.

Mahkeme, ihale hukuku konusunda üzerinde en çok konuşulan ve yazılan VOB/A'nın eski 9. Maddesine (yeni 7. madde) de değinmektedir. Mahkeme'ye göre bu düzenleme, sadece isteklilerin dökümanı aynı şekilde anlamaları ve birbirleri ile karşılaştırmalı teklif verebilmelerini sağlamaktadır. İhale yapan idare ancak bu şekilde teklifleri ve ihale kriterlerini ayrım

yapmadan değerlendirebilecektir. Şartnamedeki eksiklikler ihale hukuku açısından ancak bu fonksiyonu olumsuz etkilemesi halinde önemli olmaktadır. Bu bağlamda şartnamede kaliteye ilişkin bozukluklar olması buna sebep olmaz, çünkü, yapılacak işin konusunu belirlemek idarenin kendi sorunudur. İhale hukukunun amacı istekliyi korumaktır, idareyi teknik ve ekonomik olarak anlamsız sözleşmelerden korumak değildir. Şartnamede işi etkileyen bozukluklar varsa, ihale yapan idare bunu açıklamaları doğrultusunda kabul etmiş durumdadır.

İhaleye çıkan idare eksik ve kusurlu şartnameden doğan sorunlardan dolayı, istekliden hukuki bir talepte bulunamaz, ancak şartnamede belirttiği işi talep edebilir. Bu durumun aksi sadece, idarenin istekliden iş için bir garanti istemesi halinde söz konusu olabilir. Söz konusu olayda da, bu gerçekler karşısında isteklinin kendi değerlendirmesine dayanarak, teklif veremediği iddiası haklı bulunamaz. Yapılan sonraki görüşmelerde, güneş camı konusunda, bunu da dikkate alması için davacıya da, eşit davranılmış ve şans verilmiştir. Bu aşamadan sonra hareketsiz kalmış olmak, davacının kendi tercihidir[723].

I. İhale Hukukunda Anayasal Koruma

Alman İhale Hukukunda eşik değer altında kalan ihaleler bakımından en çok tartışılan noktalardan biri, temel kamu hukuku düzenlemelerinin özellikle GG'nin 3. maddesindeki eşitlik prensibinin, bu alanda ne kadar geçerli olduğudur. Durumu bu derece tartışmalı yapan ihale hukukunun bir usul süreci ve bunun ardından gelen bir özel hukuk sözleşmesi ile, keşisen bir alan içinde yer almasıdır. İhale hukukunda devletin dolaylı olarak, kamu hizmetlerinde kullanılacak malları ya da hizmetleri satın aldığını ve bu durumda özel hukuka dayanan hukuki ilişki söz konusu olduğu vurgusunu yapanlar, bu konuda kamu hukukunda bağımsızlaşmak gerektiğine dikkat

[723] OLG Düsseldorf, 27. Zivilsenat, 13.01.2010, I-27 U 1/09, 27 U 1/09, www.juris.de, 18.06.2010. Karar hakkında yorum için bkz HAENSEL-FLACHE, a.g.m., s. 173.

çekmektedirler. Bu yazalara göre kamu hukuku bağlantısı yalnızca kamusal görevlerin doğrudan özel hukuk formları içinde yapılması durumunda söz konusu olmalıdır. Doktrinde daha az savunulan görüş ise, GG'nin 1. maddesinin 3. fıkrası[724] uyarınca tüm devlet kuvvetlerinin temel hukukla bağlı olduğu kuralı karşısında, ihale verenlerin bu kurallardan serbest hale getirilmesi Anayasa ile bağdaşmamaktadır[725]. Bu kural, hareket formuna bakılmadan; kamunun tüm işlemleri için geçerlidir. Bu yazarlara göre, GG'nin 3. maddesinde yer alan eşitlik ilkesi[726], kamu ihalelerinde de doğrudan uygulama bulmalıdır.

Byok/Jaeger tartışmanın pratik açıdan bir önemi olmadığını düşünmektedir. Yazarlara göre eşik üstündeki ihalelerde söz konusu olan GWB, ve hem eşik altı hem üstünde yer alan ihaleler için söz konusu olan BGB'deki düzenlemeler, GG'deki eşitlik ilkesinin yansımasıdır. Ayrıca, medeni hukuk genel kurallarının içinin doldurulması sırasında dikkate alınması gereken kurallardan biri, Anayasa'daki eşitlik ilkesidir. Yine yazarlara göre, eşik değerlerin altında kalan ihaleler bakımından, isteklilerin GG'nin 3. maddesine dayanarak birincil koruma elde edebilmeleri ancak istisnai durumlarda söz konusu olabilecektir. Eşik değer altında kalan ihaleler bakımından, isteklinin telep edeceği hak, özel hukuk sözleşmesine giden süreci düzenleyen talimatlara uyulmasını istemek olacaktır, başka bir ifade ile, eşik değer altında kalan ihaleler bakımından, ihale sürecinin talimatlara uygun yürütülmesi konusunda isteklinin dava edilebilir bir hakkı bulunmamaktadır[727].

---

[724] GG madde 1/3: Anayasa'nın bundan sonra belirtilecek temel kuralları, yasakoyucuyu, idareyi ve yargı yerlerini, doğrudan geçerli hukuk olarak bağlar.

[725] Bkz. BOESEN, a.g.e, s. 41-42.

[726] GG madde 3: Kimse cinsiyeti, kökeni, ırkı, dili, ülkesi, soyu, inançları, politik ya da dini görüşleri sebebiyle farklı muameleye tâbi tutulamaz ya da kayırılamaz. Kimse engelleri dolayısıyla farklı muameleye tâbi tutulamaz.

[727] BYOK, a.g.e., s. 25-26.

Yine Byok /Jaeger'e göre, isteklinin BGB'nin 823. maddesinin 2. fıkrası[728] ile bağlantılı olarak talimatlara uyulmasını talep hakkı da söz konusu değildir, çünkü bunun için talimatların 823. madde anlamında koruyucu kanun niteliği taşıması gerekmektedir. Ne var ki eşik değer altında, bu düzenlemeler, anılan koşulu gerçekleştirememektedir. İşte bu noktada, BGB'nin 823. maddesi anlamında bir müdahele hakkının varlığı, ancak GG'nin 3. maddesinin "koruyucu kanun" olarak kabul edilmesi halinde söz konusu olabilecek ve Alman Medeni Usul Kanunu'nun 935. maddesi[729] yoluyla geçici hukuki koruma sağlanabilecektir. Yazarlara göre, talimatlar ancak istisnai hallerde istekli için hak iddia etme olanağı sunmaktadır. Bu da, koşulları varsa eşitlik hakkının da içinden çıkabileceği "idarenin kendi ile bağlı olması"dır. Bu kuralı ihale süreci içinde ele alırsak, eğer ihale yapan idare ihale sürecini daha önceden yönergelere uygun olarak gerçekleştiriyorsa, bundan haklı bir neden olmadan vazgeçemez, ancak böyle bir uygulama yoksa, istekli için de GG'nin 3. maddesini dayanak yapacak bir hal söz konusu olmamaktadır. Bu koşullar altında, isteklinin "idarenin kendi ile bağlılığı" ve dolayısıyla GG'nin 3. maddesine dayanan hakkı sadece ihale sürecinde kurallara uyulmasını isteme şeklinde olacaktır[730].

Eşik değer altında kalan ihaleler konusunda azınlıkta olan görüş ise, idarenin özel hukuk işlemi zemininde gerçekleşen işlerde bulunmasının, ona bağımsız (privat Autonomie) getirmediği, bu durumlarda da temel kamu hukuku ile bağlı olunması şeklindedir. Bu durumun kaynağı, GG'nin temel hakların bütün devlet organlarını bağlayacağına ilişkin 1. maddenin 3. fıkrasıdır. Söz konusu fikre göre aksine bir görüş, temel hakların doğası ve devletin bütün işlemlerinde eşit davranma yükümü ile bağdaşmaz. İhaleci sadece kanun önünde eşitlik değil, GG'nin "çalışma özgürlüğüne" ilişkin 12. maddesi ile de bağlıdır. BVerfG'in, devletin ihale sürecine dıştan müdahale etmeyip sürecin bizzat içinde olduğu için, kaybeden isteklinin 12. madde

[728] BGB'nin 823/2. maddesi uyarınca, herhangi bir kanun tarafından korunan hakka zarar verilmesi halinde, bu zararın tazmin yükümlülüğü söz konusudur.

[729] Anılan madde uyarınca, taraflardan birinin hakkının gerçekleşmesinin zarara uğraması ya da zorlaşması halinde, uyuşmazlık devam ederken geçici önlemler alınabilecektir.

[730] BYOK- JAEGER, a.g.e., s. 26-27.

anlamında hakkının zarara uğramadığı yönündeki kararı, Ruthig/Storr'a göre ikna edici değildir. Anayasal olarak garanti altına alınan eşit rekabet, idarenin kendi ile bağlılığı üzerinden, istekli bakımından talimatların dolaylı bağlılığına imkân verebilecektir[731].

GG'nin hak arama özgürlüğüne ilişkin 19. maddesinin 4. fıkrasını, ihale alanında devletin kamusal güç kullanmadığı, bir girişimci gibi hareket etmesini gerekçe gösterilerek uygulanmaz sayılan BVerfG kararı da Ruthig/ Storr bakımından ikna edici bulunmamaktadır. Yazar'a göre bu yorum şekli özel hareket eden girişimci ile devleti kabul edilemez şekilde eşit tutmaktadır. İhale alanında devlet, pazara bir özel hukuk talepçisi gibi girmemekte, bilakis hem o hem de istekli kurallarla bağlıdır ve devletin hukuksal gücünün kullanımı da söz konusudur. Kaldı ki, ihale süreci aynı zamanda vergilendirme enstrümanı olarak kullanılmaktadır. Bu sebeple de, kamusal gücü bu şekilde Anayasa'nın 1. maddesinin 3. fıkrası dışında algılamak ikna edici değildir"[732]. İstekli hukuka aykırı olarak gerçekleşen ihale sürecinin yargısal kontrolünü GG'nin 19. maddesinin 4. fıkrasına dayanarak ve özellikle de Anayasa'daki "eşitlik" ya da "meslek özgürlüğü" olmak üzere haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle isteyebilecektir. Yazara göre, iki aşama anlayışı çerçevesinde ihalenin verilmesine kadar, idari bir süreç söz konusu olduğu için, istekli idari yargıya giderek, ihaleyi alma konusunda şans talep edebilecektir[733].

Buraya kadar aktarlan kararlar ve açıklamalara göre, eşik değer altında kalan ihalelerde, Alman İhale Hukuku bakımından ortaya çıkan sonuç, şartnameden kaynaklı sebeplerle ihaleyi alamayan isteklinin, muhtemel

---

[731] RUTHIG- STORR, a.g.e., s. 453-454.

[732] RUTHIG- STORR, a.g.e., s. 467-468.

[733] RUTHIG- STORR, a.g.e., s. 469. Alman Hukukunda şartnamedeki hukuka aykırılık ve eksikliklerin "iradenin sakatlanması kapsamında" değerlendirilip değerlendirilemeyeceği de zaman zaman dile getirilen tartışmalardandır. BGB'nin 119 ve 123. maddelerinin uygulaması alanına girdiği de ifade edilmektedir. 119. madde uyarınca, irade açıklaması yapılırken iradenin içeriği konusunda yanılan ya da bu açıklamayı yapmak istenmeyen kimsenin, gerçek amaç düşünüldüğünde ve mantıklı bir değerlendirme sonucu bu açıklamanın yapılmayacağının anlaşıldığı hallerde, söz konusu ise, açıklamasını iptal etmesi mümkündür. 123. madde uyarınca da, aldatılma ya da tehdit altında irade açıklamasında bulunan kimsenin, bu irade açıklamasını iptal etme hakkı bulunmaktadır.

olarak sözleşme öncesi kusurlu davranıştan kaynaklanan sorumluluktan dolayı tazmimat talep edebilmesidir. İhale sürecinin hukuksal nitelik olarak, özel hukuk karakterli olmasının kabulü, devletin faaliyetlerinden kaynaklan zararların tazmininin en karakteristik şekli olan, idarenin sorumluluğuna (BGB'nin 839. maddesine)[734] dayanarak tazminat talep etme hakkını da ortadan kaldırmaktadır. Çünkü idarenin sorumluluğuna hükmedilebilmesi için, kamusal güce dayanan bir idari işlemin söz konusu olması gerekmektedir. Oysa BVerfG ve BVerwG, son kararlarında bu sürecin özel hukuk karaketrli olduğuna dikkate çekmekte ve Alman doktrini tarafından yıllardır paylaşılan görüş bu fikri desteklemektedir.

İ. Diğer Denetim Yolları

Eşik değerin altında kalan ihalelerde, istekliler bakımından, ayrıca ulusal mevzuatta yer alan bazı hakların kullanımı söz konusu olabilecektir[735]. Bunlardan bir tanesi, "Vergabeprüfstelle" olarak adlandırılan, "ihale kontrol makamları" olarak tercüme edilebeilecek yapılanmadır. Mevcut yapılanma içinde bu makamlara başvurmak, isteğe bağlıdır. Sürece katılan sadece kontrol talep edebilir, önlemler makam tarafından kendiliğinden alınacaktır.

İsteklinin başvurabileceği başka bir yer de, şikayete konu olan ihale işlemini yapmış olan idari makamdır. Bu konuda süre ve şekil konusunda bir sınır bulunmamaktadır. İdare tarafından yapılabilecek içsel bir kontrol de, üst makam tarafından yapılacak olan kontroldür.

Alman İhale Hukuku bakımından eşik değer altında kalan ihaleler için söz konusu olabilecek diğer bir durum, idarenin kendi kendini kontrol etmesi çerçevesinde olabilecektir. Bu bağlamda, yetkili idari makamlar kendilerine bu konuda yetki verilmesi halinde resen, alt makamların yaptığı işlemlerde mevzuata aykırılık olması halinde, (işlemi yapan makama ve onun üst

[734] BGB m. 839/1: Kamu görevlisi, kendisine üçüncü kişilere hizmet konusunda getirilen yükümü, kasten ya da yanlışlıkla ihlalinden kaynaklanan zararları tazmin etmek zorundadır.

[735] Eşik değerin altında kalan ihalelerde denetim yolları hakkında detaylı bilgi için bkz. LEHNER KRAFT, a.g.e., s. 120 vd.

makamına yapılacak şikayet ile bağlı olmaksızın), harekete geçebilirler. İhale süreci hakkında söz konusu olabilecek diğer bir kotrol de, hesaba ilişkin eyalet ya da federal devlet düzeyinde görevli kuruluşlar tarafından yapılacak denetimdir.

Eşik değerin altında kalan ihaleler bakımından söz konusu olabilecek bir diğer denetim, kartel makamları tarafından yapılacak denetimdir. Genel kartel hukuku kuralları eşik değerlere bakılmaksızın uygulanabilmektedir. Ancak kartel otoriteleri sadece men kararı verebilmektedirler. Bu noktadaki şikayet belli bir usule bağlı olmadığı için, bu kararlardan beklenen sonuçlar alınamamaktadır, ayrıca genel kabul, ilgiller bağlamında kartel otoriteleri tarafından medeni hukuk karakterli tedbirlerin alınamayacağı yönündedir. Görülmektedir ki, iç hukuk bakımından eşik değer altında kalan isteklileri korumaya yönelik mekanizmalar, birincil hukuki koruma anlamında yetersiz kalmaktadır

Eşik değer altında kalan ihalelerdeki istekliler bakımından, kullanılabilecek başka bir kaynak da, AB düzenlemeleridir. Kontrol sürecine ilişkin direktifler kural olarak eşik değerler üstünde olan ihaleler için uygulanmakla beraber, Birlik Anlaşması'nın sözleşmeye ilişkin belirlemeleri ve temel özgürlüklere ilişkin düzenlemleri doğrudan kullanılabilecek niteliktedir. Lehner ayrıca ihale dökümanlarında isteklilerin ihale kurallarından sübjektif hak elde etmelerine müdahele eden düzenlemeler bulunmasının, bu hakkı ortadan kaldırmadığına dikkat çekmektedir[736].

İhale dökümanları içinde yer alan şartname bakımından, hak arama yöntemleri bağlamında söz konusu olabilecek yeni bir düzenleme, VOB/A 2009 metninin, 8. maddesinin 8 fıkrasında düzenlenmektedir. Maddeye göre, ihale dökümanının hazırlanması aşamasında herhangi bir tazminat hakkı söz konusu olamayacaktır, ancak ihale yapan idarenin istekliden, aynı talimatın şartnameye ilişkin 7. maddesinin 13-15 fıkraları uyarınca, detaylı, plana ve istatistiğe dayalı bir teklif talep ettiği durumlarda, istekliler bakımından

[736] Detaylı bilgi için bkz. LEHNER KRAFT, a.g.e., s. 161.

duruma uygun bir tazminat istenmesi söz konusu olabilecektir. Anılan tazminatın talep edilebilmesi için idarenin istediği detayda bir teklifin istenen sürede sunulmuş olması gerekmektedir.

İhale dökümanında gizliliği sağlama adına, VOB/A'nın 9. maddesi uyarınca, ihale dökümanı ve dökümanda verilen teklifler ihaleye çıkan idare tarafından yalnızca tekliflerin kontrolü ve değerlendirilmesi aşamasında kullanılabilecektir. Bunu aşan bir kullanım ancak taraflar arasında daha önce yapılan yazılı bir anlaşma olması halinde söz konusu olabilecektir.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Kamu ihale süreci, kamunun ihtiyaç duyduğu mal, yapı ya da hizmeti tedarik etmesinin yanısıra, pek çok ekonomik ve toplumsal boyuta da sahiptir. Kamu ihale süreci, ekonomik politikalar için bir araç vazifesi görürken, ekonomik anlamda varlığı kamu ihalelerine bağlı pek çok girişimci bulunmaktadır. Söz konusu süreç, çevresel planlamalar gibi pek çok sosyal politikanın da, aracı olarak kullanılmaktadır. Kamu ihale sürecinin giderek artan çok boyutluluğu, sürecin önemini artırmakta ve bu süreci düzenleyen yasal çerçevenin de sürekli değişim ve gelişim içinde olmasına yol açmaktadır. İhtiyaçların karşılanması yanında kimi zamanda pek çok ekonomik ve sosyal politikanın tatbik yöntemi olan kamu ihale sürecinin düzgün ve sorunsuz biçimde gerçekleştirilmesi, hem sosyo ekonomik, hem de toplumsal anlamda büyük önem taşımaktadır. İhale sürecinde kamu parasının harcanmakta olması da, bu sürecin diğer önemli ekonomik bir boyutunu oluşturmaktadır.

İhale sürecinin tâbi olduğu hukuk alanı bakımından farklı kıstaslar kullanılsa da genel kabul, kamu ihale sözleşmesi imzalanana kadar kamu hukuku kurallarının egemen olmasıdır. Alman İhale Hukuku sistemi içinde aynı konu, Türk hukuk sisteminde olduğu kadar netlik kazanamamış olsa da, daha ağırlık kazanan görüş, sürecin özel hukuka tâbi olmasıdır. Ancak son yıllarda yargı yerleri tarafından bu konuda farklı kararlar verilmesinin hemen akabinde, Alman Federal Anayasa Mahkemesi ve Alman Federal İdare Mahkemesi'nin tezde de değinilen kararları uyarınca en azından pratik açısından sürecin özel hukuka ilişkin olduğu yönündeki klasik anlayış güçlenerek devam ettirmektedir.

Kamu ihale sürecinin en önemli aşamasının şartnamenin hazırlanması, en önemli dökümanın da şartname olduğu, bu sürecin kamu hukukuna ya da özel hukuka tâbi kabul edilmesinden bağımsız bir gerçektir.

Şartname, bir taraftan yapılacak işin niteliklerini, özelliklerini, diğer yandan da ihale ve sözleşme süreci hakkında temel bilgileri barındırması nedeniyle, ihale sürecinin temel yapı taşı niteliğini taşımaktadır.

İhale sürecinin temel metni olan şartname, ihale konusu işin nitelikleri konusunda bilgi vermenin ötesinde, isteklilerin sağlıklı teklif vermelerine de imkân sağlamalıdır. Şartnamede yapılan açıklamalar, aynı zamanda ihale süreci sonunda akdedilecek sözleşmenin ifası konusunda da, belirleyici konumda olacaktır. İşte bu sebeple, kamu ihale sözleşmesinin uygulanması noktasında yaşanacak sorunların önüne geçme konusunda, şartname kilit konumda yer almaktadır. Şartnamenin ihale sürecine ilişkin kurallar da getirmesi sebebiyle, süreçten kaynaklanan tazminat talepleri ya da idari ve yargısal diğer uyuşmazlıkların önüne geçebilmek adına, şartnamenin hukuka uygun bir şekilde düzenlenmesi gerekmektedir.

Kamu ihale sürecinin kamu hukuku ve özel hukuk alanının sınırı denilebilecek noktada yer alması, şartname konusunda yaşanacak sorunların çözümünü daha da zor hale getirmektedir, çünkü belirtilen bu sebeple, sorunu tek hukuk disiplinine ait kurallarla çözmek mümkün olamamaktadır. Bu durumun önüne geçebilmek adına yapılabilecek en doğru yaklaşım, şartnamenin büyük bir titizlik içerisinde hazırlanması olacaktır.

İhale sürecindeki hukuka aykırılıkların denetimi konusunda, ülkemizde ikili bir denetim sisteminin uygulanmaktadır. Türk İhale Hukuku sistemi açısından, Kamu İhale Kanunu'nun genel denetim sistemi uyarınca, şartnamedeki hukuka aykırılıklar bakımından öncelikle bir zorunlu idari başvuru yolu olan ve ihaleyi yapan idareye başvuruyu içeren "şikayet" yoluna başvurulması söz konusudur. Şikayet başvurusu üzerine idare tarafından alınan kararı hukuka uyarlı görmeyen ilgili, bu karara karşı yine bir zorunlu idari başvuru yolu olan "itirazen şikayet" ile Kamu İhale Kurumu'na başvuracaktır. İtirazen şikayet üzerine Kamu İhale Kurulu tarafından verilen kararın hukukiliğine inanmayan ilgililer ise, bir idari işlem olan bu karara karşı idari yargı yoluna başvurabileceklerdir, ancak, Kamu İhale Kanunu sistemi

içinde şikayet ve itirazen şikayet yoluna başvurulmasının ihale işlemlerini durdurup durdurmadığı tartışmalı olup, bu arada kamu ihale sözleşmesinin imzalanma ve ilgililer bakımından pek çok zarar doğma olasılığını ortaya çıkarmaktadır.

Alman İhale Hukuku bakımından, şartnamedeki hukuka aykırılıklar eşik değer üzerinde yer alan ihaleler bağlamında Rekabetin Sınırlanmasının Engellenmesine İlişkin Yasa (GWB) çerçevesinde ilk olarak, İhale Dairelerinde yani idari aşamada çözümlenmeye çalışılmaktadır. Daire kararından umduğunu elde edemeyen ilgililer bu kararı OLG nezdinde örgütlenen İhale Senatosu'na taşıyabileceklerdir. Senatolarca verilen kararlara karşı başka başvuru olanağı bulunmamaktadır, ancak, sözleşmenin imzalanması engellenememişse, bu durumda anılan Kanun'un 126. maddesi uyarınca, hukuka aykırılık olmasa idi gerçekten ihaleyi kazanma şansı olduğunu ispat edebilen istekli, ihaleye katılma ve teklif hazırlamak için yaptığı masrafları talep edebilecektir. Aynı madde uyarınca, ilgillerin diğer tazminat hakları da korunmaktadır. Bu durumun en bilinen örneğini ise sözleşme öncesi kusurlu davranıştan (cic) dolayı tazminat talebi oluşturmaktadır. Eşik değer üzerinde kalan ihalelerde, haksız fiile dayanarak tazminat talebinde de bulunulabilme hakkı söz konusu olabilecektir. Sözleşme öncesi kusurlu davranışa dayanarak tazminat talep etme hakkı, şartnameden kaynaklı hukuka aykırılılardan dolayı ihaleyi alma şansı ortadan kalan ilgililer yanısıra, ihaleyi alan ancak şartnamedeki eksiklik ve hukuka aykırılıklar yüzünden zararı söz konusu olan ilgililer bakımından da uygulanabilecektir.

Cic'ya dayanan tazminat talebi, birincil koruma imkânının bulunmadığı eşik değer altında kalan ihaleler bakımından da, hem şartnamedeki hukuka aykırılıklar sebebiyle ihaleyi alamayan ilgililer hem de ihaleyi almakla beraber, şartnamedeki eksik ya da hukuka aykırılıklar sebebiyle zararı olan ilgililer için uygulanabilecektir. Nitekim Alman yargı yerlerinin, şartnamelerdeki hukuka aykırılık durumlarında, Alman İhale Hukukunda eşik

değer üstünde ve altında kalan ihaleler şeklinde ikili yapılanma olmadan önce de, “cic”dan kaynaklanan sorumluluğun etkin bir şekilde kullandığı görülmektedir.

Tezin ihale sürecine ilişkin denetim sistemleri konusunda yapılan mukayeseli araştırmasından da ortaya çıkan şudur ki, ihale sürecinin en önemli parçası olan şartnameden kaynaklı sorunların sözleşme akdi sonrasında, bilhassa yargı kararları sonrasında çözümü konusunda net çözümlere varmak mümkün görünmemektedir.

Özellikle Türk hukuk sistemi uygulamasında çözümsüz kalma niteliğini hâlâ korumaktadır. Anılan durumda, sözleşme ihale süreci kurallarına uygun olarak akdedilmekte ancak şartnameye dayanan hukuka aykırılık, sözleşmenin akdinden sonra ortaya çıkmaktadır. Bu aykırılığın tespitine dayanan yargı kararını uygulamanın zorluğu ise, kamu ihale sürecinin farklı temellere dayanan kamu hukuku-özel hukuk kesişim alanı içerisinde yer almasıdır. Söz konusu özelllik, ihale süreci bütününe, kamu hukuku ya da özel hukuk alanına ait prensiplerin bir bütün olarak uygulanamaması sonucunu doğurmaktadır. Söz konusu durum doktrin ve uygulamada, zaman zaman kamu ihale hukukunun müstakil bir alan olarak ele alınması fikrinin de dile getirilmesine sebep olmaktadır.

Başka bir ifadeyle, Kurul’un şartnamenin hukuka uygun olduğu ve başvurunun reddi yönündeki nihai kararından sonra kamu ihale sözleşmesinin imzalanması, sözleşmenin dayanağı şartnamenin hukuka uygun olduğu doğrultusundaki Kurul kararının idari yargı tarafından iptali halinde bu uyuşmazlığın çözümünün ne şekilde gerçekleşeceği konusunda mevzuat bir cevap vermemektedir. Anılan yargı kararının ne şekilde uygulanacağının çözümünü net bir şekilde ortaya koyabilmek, ortada akdedilen bir sözleşme olması sebebiyle, idare hukuku boyutunda şu ana kadar mümkün olamamıştır. Ancak genel kabul, özel hukuk sözleşmesinin hukuki varlığını devam ettireceği yönündedir. Bu durumun sonucu, anılan

yargı kararı sonrasında soruna idare hukuku ya da özel hukuk zemininde zararların tazmini çerçevesinde çözüm aranması gerektiğidir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda düzenlenen denetim prosedürü sona erene dek kamu ihale sözleşmesi imzalanamayacağı belirtilmekle beraber, anılan kurala aykırılığın yaptırımının detaylı olarak belirtilmemesi, bekleme sürelerine uymadan sözleşme akdi sonrasında Kamu İhale Kurulu tarafından şartnamede hukuka aykırılık bulunduğunun saptanması halinde karmaşık bir durum yaratmaktadır. Bu noktadaki tek belirleme Kamu İhale Genel Tebliği'nde, Kurul tarafından ihalenin iptaline ilişkin karar verilmesi halini kapsamaktadır. Anılan düzenleme uyarınca Kurul tarafından ihalenin iptaline karar verilmesi halinde, Kurul kararından önce akdedilen kamu ihale sözleşmesinin tasfiyesi söz konusu olacaktır. Kurul'un iptal kararı vermediği örneğin düzeltici işlem belirtme kararı verdiği durumlarda, itirazen şikayetin sonuçlanması beklenmeksizin sözleşme akdedilmiş olması, bu düzenleme karşısında yaptırımsız kalmaktadır. Bu konu doktrinde, "butlan" gibi müeseseler bağlamında beraber teorik olarak ele alınsa da, konu yasakoyucu tarafından düzenlenmeye muhtaç bir durum arz etmektedir, ayrıca tasfiye süreci, beraberinde ihale sürecine katılanların zararlarının tazmini gibi pek çok sorunu da getirmektedir.

Tezde ortaya konduğu üzere, özel hukuk ve kamu hukuku alanı arasında kalan kamu ihale hukuku, her iki hukuk dalının da özelliklerini bünyesini toplamakta, adeta sistematikten uzak bir yapı sergilemektedir. Bu karmaşık durum bilhassa kendini ihale sürecindeki hukuka aykırılık iddialarının çözümlenmesi aşamasında göstermektedir. Anılan zorlukları yaşamamanın yolu, ihale sürecindeki işlemlerin büyük bir dikkat ile gerçekleştirilmesidir. İşte bu noktada, anılan ideal durumun teminatını, sürecin temel yapıtaşı olan "şartname" oluşturmaktadır. Şartname ne derece sağlıklı hazırlanır ve uygulanırsa, ortaya çıkma olasılığı bulunan sorunlarda, büyük oranda azalma yaşanacağına şüphe bulunmamaktadır. AB İhale Hukuku düzenlemelerine genel olarak bakıldığında, anlaşılan odur ki, bu

gerçeği fark eden Birlik organları şartnamelere ilişkin müktesebatı devamlı daha mükemmel hale getirme ve Birlik içerisinde sabit, net, standart bir sistem oluşturma çabası içindedirler. Oysa Türk İhale Hukuku açısından duruma baktığımızda, ihale mevzuatının bu konuyla ilgilenenleri dahi zorlayacak derecede sık değişimi, sürecin standart, düzgün işleme olasılığını dolayısıyla belirliliğini de ortadan kaldırmaktadır. Bu durum ihale sürecine dahil olan idare için sorun yaratma yanında, istekliler bakımından öngörülebilirliği tamamen ortadan kaldırmaktadır. Ne var ki, hukuk devletinin temel ögelerinden bir tanesi idarenin faaliyetlerinin öngörülebilir olmasıdır, ancak görünen odur ki Türk İhale Hukuku sistemi bu belirliği yakalama durumundan giderek uzaklaşmaktadır. Sistemin öngörülebilirlikten uzak olduğu bu durumun yansımalarının, ihale dökümanları üzerindeki etkisini de tahmin etmek zor olmasa gerektir. Bu şartlar altında, ihale dökümanlarından süreci açıklığa kavuşturma fonksiyonunu sağlıklı biçimde yerine beklemek, bütünlükten uzak, adeta günübirlik düzenlemelerin getirildiği ortamda mümkün görünmemektedir. Anılan karmaşık durumun yarattığı zorluk ve sistematikten uzaklaşma durumu, etkisini Kamu İhale Kurulu kararlarında genel olarak istikrar saptamanın güçlüğü bağlamında da açıkça göstermektedir.

2011 senesinde Elektronik İhale Yönetmeliği ile birlikte şartnamenin de içinde olduğu ihale dökümanlarının elektronik ortamda hazırlanmasına olanak tanınması ile bu karmaşık yapılanma içerisinde daha fazla sorun yaratma potansiyeline de sahip görünmektedir. İhale dökümanıın elektronik ortamdan da indirilebilmesi ile beraber, idareden satın alınan doküman ile ayniyetin sağlanması da yukarıda belirtilenler dışında bir gereklilik ve dikkat isteyen husus olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu noktada gereken dikkatin gösterilmemesi zaten karmaşa içinde yürütülen sürecin daha da sorunlu hale gelmesine yol açacaktır. Nitekim bu sorun potansiyelinin farkına varılmış olmalıdır ki, elektronik ihaleye ilişkin düzenlemelere de, bu konuya ilişkin hükümler getirilmiştir. Şu an için dökümanların ayniyeti, elektronik sistemde doküman hazırlanması konusunda uygulamada sıkıntılar yaşanmaktadır.

Önümüzdeki süreç sistemin sorunlarını, uygulamayı kolaylaştırmaya yönelik olarak ikincil mevzuata eklenen hükümlerin ne derece etkili olacağını gösterecektir.

KAYNAKÇA

ABACIOĞLU Muhittin, ABACIOĞLU Ali, **İhalelere Yönelik Şikayetler**, Seçkin Yayınevi, 2010, Ankara.

AKDOĞAN Muzaffer, **Avrupa Birliği Uyum Sürecinde Türk İhale Rejiminin Şeffaflık Açısından Değerlendirilmesi**, 12 Levha Yayınevi, 2010, İstanbul.

AKKURT Melih, **Kamu İhaleleri, Şikayet ve İtirazen Şikayet Hukuku**, Adalet Yayınevi, 2010, Ankara.

AKYILDIZ Ali, **Hukuk Devleti, Yargı Bağımsızlığı ve Danıştay**, Anıttepe Yayıncılık, 2009, Ankara.

AKYILMAZ Bahtiyar, **İdare Hukuku**, Sayram Yayınları, 2004, Konya.

AKYILMAZ Bahtiyar, **İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü**, Yetkin Kitabevi, 2000, Ankara.

AKYILMAZ Bahtiyar, SEZGİNER Murat, KAYA Cemil, **Türk İdare Hukuku**, Seçkin Yayınevi, 2009, Ankara.

ALTAY Evren, "Danıştay'ın İdari Görevleri ve Kararları", TBB Dergisi, 2005/56.

ALTAY Evren, **İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Uyuşmazlıklar**, Turhan Kitabevi, 2004, Ankara.

ARSLAN Çetin, **İhaleye Fesat Karıştırma Suçu**, Adalet Yayınevi, 2010, Ankara.

ATAY E. Ethem, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, 2009, Ankara.

ATAY E. Ethem, ODABAŞI Hasan, **Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları**, Seçkin Yayınevi, 2010, Ankara.

AYANOĞLU Taner, **Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması**, Legal Yayınevi, 2004, İstanbul.

AYDIN M. Sabir, **Siyasi ve Hukuki Olarak Avrupa Birliği**, Asil Yayınevi, 2008, Ankara.

BAŞ Harun Hakan, SEYHAN Yücel Edat, **Yargı ve Kurul Kararları Işığında 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve İlgili Mevzuat,** Beta Yayınları, 2008, İstanbul.

BAYGIN Cem, "Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukuku'ndaki Uygulaması**,** http://archiv.jura.uni-saarland.de/turkish/ CBaygin1.html, 01.11.2010.

Bekir YILMAZ Mustafa, **Kamu Alımlarında İdari Denetim**, Yetkin Kitabevi, 2007, Ankara.

BISCHOF Elke , "Die Leistungsbeschreibung im Vergaberecht", **IT Berater**, 8/2010.

BISCHOF Elke, Kernelement jeder Vergabe von IT Leistungen, **Krankenhaus IT Journal**, 2007/1.

BİLGE Necip, **Hukuk Başlangıcı**, Turhan Kitabevi, 2010, Ankara.

BLOMBERG Peder, "Transparency versus efficiency in public procurement- Conflicting or coinciding goals? "www.assistum.se/ Transparency_versus_Efficiency_010816.doc, 19.09.2010.

BOCK Wolker, "Ober und höchstgerichtlich erklaert-Keine Nachtragsvergütung trotz unvollständiger Leistungsbeschreibung, 2008, s. 74.http://dib.schiele-schoen.de/118/12276/DIB20802072/Ober_und_

hoechstgerichtlich_geklaert_Keine_Nachtragsverguetung_trotz_unvollstaendiger_Leistungsbeschreibung.html, 21.03.2010.

BOESEN Arnold, **Kommentar zum 4. Teil des GWB**, Bundesanzeiger Verlag, 2000, Bonn.

BROSS Siegfried, "Ausgewaehlte Probleme des Vergabewesens der öffentlichen Hand", **Verwaltungsarchiv**, 1993, B. 84.

BULTMANN Friedrich Peter, **Beihilfenrecht und Vergaberech**t, Mohr Siebeck, 2004,Tübingen.

BUZ Vedat, **Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları**, Yetkin Kitabevi, 2007, Ankara.

BYOK Jan, Das Gesetz zur Moderniesierung des Vergaberechts-GWB 2009, **NVwZ,** 2009/9.

BYOK Jan, JAEGER Wolfgang, **Kommentar zum Vergaberecht**, Verlag Recht und Wirtschaft GmBH,2005, Frankfurt.

CORNIOT Mme S, **Dictionnaire de Droit**, Paris, 1966.

ÇAĞLAYAN Ramazan, **İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması**, Adalet Yayınevi, 2004, Ankara.

ÇAĞLAYAN Ramazan, **İdari Yargılama Hukuku**, Seçkin Kitabevi, 2011, Ankara.

DEMİRCİOĞLU Huriye Reyhan, **Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk**, Yetkin Kitabevi, 2009, Ankara.

DEMİRCİOĞLU Mehmet, **Türk İhale Sisteminin Avrupa Birliği Sistemine Uyumu,** Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, KATÜ SBE, Temmuz 2003, Trabzon.

DETTERBECK Steffen, **Allgemenines Verwaltungsrecht**, 7. Auflage, Verlag C.H. Beck, 2009,München.

DEVELLİOĞLU Ferit, **Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat**, Doğuş Ltd. Şti. Matbaası, 1962, Ankara.

DOĞANYİĞİT Sadettin, **Açıklamalı-İçtihatlı, Sorun Çözümlü Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu**, SeçkinYayınevi, 2008, Ankara.

DRUSCHEL Christoph , "Rechtswegfragen am Beispiel des Vergaberechts", **JA**, 2008/7.

DRÜGEMOLLER Albert, **Vergaberecht und Rechtsschutz, Der inter und supranationale Rahmen und seine Ausgestaltung in Deutschland,** Springer, 1999.

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

EGGER Alexander, **Europaeisches Vergaberecht**, Nomos, 2008, Wien.

EGIDY Stefanie, Das GWB-Vergaberecht nach der Novelle 2009: "Flexibel, europarechtskonform und endlich von Dauer", **DÖV**, 2009/20.

ENNUSCHAUT Jörg, ULRICH Carsten, "Keine Anwendung der Zwei-Stufen-Lehre im Vergaberecht", **NJW**, 2007/31.

EREN Hayrettin, **E-Dönüşüm Sürecinde İdari İşlemler**, Adalet Yayınevi, 2010, Ankara.

ERICHSEN Hans Uwe, EHLERS Dirk, **Allgemeines Verwaltungsrecht**, De Gruyer Recht, 13. Auflage, 2006, Berlin.

ERKUT Celal**, İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği,** Danıştay Yayınları,1990, Ankara.

FEBER Andreas, **Schadenersatzansprüche bei der Auftragsvergabe nach VOB/A**, Werner Verlag,1987, Freiburg.

FESTGE Karsten Hinrich, "Aspekter der unvollstaendigen Leistungsbeschreibung der VOB", **BauR**, 1974/6.

FORTSTOFF Ernst, **Lehrbuch des Verwaltungsrecht**, **Band I**, **Allgemeiner Teil**, 10. Auflage,1973, München.

FRENZ Walter, **Handbuch Europarecht, Beihilfe und Vergaberecht**, Band 3, Springer, 2006, Aachen.

GİRİTLİ İsmet- BİLGEN Pertev- AKGÜNER Tayfun, **İdare Hukuku**, Der Yayınları, 2006, İstanbul.

GÖK Yaşar , "*İhalelerde İş Deneyiminin Belgelendirilmesinde Kullanılan Benzer İş Tanımı ve Uygulaması*", **Güncel Mevzuat Dergisi**, Nisan 2008.

GÖKÇE Selim, **Avrupa Topluluğu ve Türkiye'de Kamu Alımları**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, AÜSBE,1996, Ankara.

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

GÖZLER Kemal, **İdare Hukuku**, **Cilt.1**. Bursa, Ekin Kitabevi, 2009**,** Bursa.

GÖZLER Kemal, KAPLAN Gürsel, **İdare Hukuku Dersleri**, Ekin Kitabevi, 2011, Bursa.

GÖZÜBÜYÜK A.Şeref, TAN Turgut, **Cilt 1, İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, 2010, Ankara.

GÖZÜBÜYÜK Şeref, TAN Turgut, **Cilt 2, İdari Yargılama Hukuku**, Turhan Kitabevi, 2010, Ankara.

GRABITZ Eberhard, HILF Meinhard, Das **Europaeische Recht**, 40. Auflge, C.H. Beck, 2009.(www.beckonline.de)

GROTH Klaus, SCHWARZMANN Hans Ulrich, **Das neue Vergaberecht**, Band 1, Forum Verlag, 2009, Berlin und Düsseldorf.

GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011.

GÜNEŞ Ahmet M, "Avrupa Birliği Yönergelerinin Doğrudan Etkisi", **AÜHFD**, Cilt.58, Sayı. 2.

GÜRSEL Meltem Kutlu , "Hukuki Açıdan Kamu İhale Süreci",**Güncel Mevzuat Dergisi**, 2006, Yıl.1, Sayı. 3.

GÜVENÇ Celalettin, **Uluslararsı İhalelerde Örnek Alınan Fıdıc Şartnamelerinin Türkiye Uygulamasının İncelenmesi**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, GÜSBE,2006, Ankara.

HAENSEL Tobbias, FLACHE Christian, "Primaerrechtsschutz bei Vergaben in Unterschwellenbereich", **NJW-Spezial**, 2010/6.

HECKMANN Christina , "Einführung in das Vergaberecht",**Verwaltungsrundschau**, 2009/1.

HEER Rheinhard, "Der Einfluss des Europarechts auf die nationale Rechtsordnung am Bespiel des Vergaberechts bei Veraeusserung kommunaler Grundstücke",**Verwaltungsblaetter für Badenwüttenberg**, 2010/2.

HERTWIG Stefan, **Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe (VOB/VOL/VOF)**, 2. Auflage, C.H.Beck, 2001.

JUST Christoph , “Die neue Vergabeverordnung 2010”, **NVwZ**, 2010/15.

KARAHANOĞULLARI Onur, **Kamu Hizmeti, Kavram ve Hukuksal Rejim**, Turhan Kitabevi, 2002, Ankara.

KAU Marcel ,“Vergaberechtliches Kaskedenprinzip und Europaeisches Gemeinschaftsrecht”, **EuZW**, 2005/16.

KEMP Jonathan ,“AB Hukuku ve Mevzuatında Önemli Notlar, İhale Hukuku”, **Avrupa Birliği Hukuku ve Avrupa Birliği Kurumları, Sempozyum, TBB, 30 Mart-1 Nisan 2005**, İstanbul.

KIZILIRMAK A. Burça, “Ekonomik Bütünleşme Teorileri Çerçevesinde Avrupa Birliği” **in Avrupa Birliği Temel Konular**, İmaj Yayınevi, Ankara, 2007.

KLUZINGER Eugen, **Einführung in das Bürgerliche Recht**, Franz Vahlen Verlag, 2007, München.

KONNICK De Constant – PELZER Werner –RONSE Thierry, **Europaeisches Vergaberecht**, Boorberg Verlag, 2009, Wien.

KÖKTAŞ Arif, **Avrupa Birliğinde Kamu İhale Hukuku ve AB Politikaları Arasındaki İlişki**, Asil Yayınevi, 2005, Ankara.

KRAMER Urs, ANDRE Tobias “Grundzüge des Vergaberechtlichen Rechtsschutzes”, **JuS**, 2009/10.

KROHN Wolfram, “Ende des Rechtswegwirrwarrs: Kein Verwaltungsrechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte”, **NzBau**, 2007/8.

KULARTZ Hans Peter, KUS Alexander, PORTZ Norbert, **Kommentar zum GWB-Vergaberecht**, Werner Verlag, 2010, Köln.

KUTLU Meltem, "İdari Usul ve İdare Sözleşmeleri" **İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyum**", Başbakanlık Yayını, 1998.

KUTLU Meltem, "Hukuki Açıdan Kamu İhale Süreci", **Güncel Mevzuat Dergisi**, 2006/3.

KUTLU Meltem, **İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci**, Dokuz Eylül Üniversitesi Döner Sermaye Yayınları, 1997, İzmir.

KÜÇÜK Faruk, **4734 sayılı Kamu İhale Kanunu Kapsamındaki İhalelere Karşı Yapılacak İdari Başvurular**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, GÜSBE,2005,Ankara.

KÜHLING Jürgen, "Das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe nach der GWB-Reform 2009", **JURA**, 2009/11.

LEDERER Maximilian, NIEBUHR Frank, "Ist ein Verstoss gegen VOB/A nach Auftragserteilung sanktionloss?", **Festschrift für Walter Jagenburg zum 65. Geburtstag**, C.H. Beck, 2002, München.

LEHNER-KRAFT Marion, **Subjektive Rechte und Rechtsschutz des Bieters im Vergaberecht unterhalb der EU-Schwellenwerte,** Verlag Dr.Kovac, Hamburg, 2002.

LEINEMANN Ralf, **Das Neue Vergaberecht**, Werner Verlag, 2010, Köln.

LÖEWENICH Gerhard v. , "Überlegungen zur Vereinbarkeit der Landesvergabegesetze von Niedersachsen und Bremen mit dem Grundgesetz" **ZfBR**, 2004/1.

LUX Johannes , "Einfuhrung in das Vergaberecht",**JuS**, 2006/11.

MANDELKOW Dieter , "Qualizifierte Leistungsbeschreibung als wesentliches Element des Bauvertrages", **BauR**, 1996/1.

MAURER Hartmut, **Allgemeines Verwaltungsrecht**, 17. Auflage, Verlag C.H.Beck, 2009, München.

MERİÇ Osman, "İdari Sözleşme Müesesesinin Doktrin ve İçtihatta İşlenmiş ve İşlenmemiş Yönleri", **DD** S.11, 1973

MOTZKE Gerd, PIETZCKER Jost, PRIESS Hans Joachim, **Beck'scher Kommentar VOB**, 1. Auflage, Verlag C.H. Beck, 2002 (www.beckonline.de)

OĞUZTÜRK KALKAN Burcu, **Güven Sorumluluğu**, Vedat Kitapçılık, 2008, İstanbul.

NOCH Rainer, **Vergaberecht Kompakt, Verfahrensablauf und Entscheidungspraxis**, 2. Auflage, Werner Verlag, 2001,Düsseldorf.

REIDT Olaf, STICKLER Thomas, GLAHS Hilke, **Vergaberecht Kommentar**, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2000, Köln.

ONAR Sıddık Sami , **İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt III**,, İsmail Akgün Matbaası, 1966,İstanbul.

ÖZAY İl Han, "Kamu İhaleleri: Bir Örnek Olayın Düşündürdükleri", **Nihal Uluocak Armağanı**, İÜHF Yayını, 1999, İstanbul.

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

ÖZBEK Veli Özer - M. Nihat KANBUR- Koray DOĞAN- Pınar BACAKSIZ- İlker TEPE, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, 2010.

ÖZDEMİR Halit Eyüp, **Kamu İhale Kanunu'nda Düzenlenen İhale İşlemleri**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, MÜSBE, 2005, İstanbul.

ÖZGENÇ İzzet, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi**, Seçkin Yayınevi, 2005, Ankara.

ÖZGENÇ İzzet, **İhale Sürecinde İşlenen Suçlar**, Seçkin Yayınevi, 2012, Ankara.

Petit Le Robert Dictionnaire de la Langue Française, Dictionnaires Le Robert/Paris, Montreal,1993.

PACHE Eckhardt, "Der Staat als Kunde-System und Defizite des neuen Vergaberechts, **DVBL**, 2001, Dezember.

POURBAIX Nicolas "The New Public Procurement Directives Of The European Union", **Business Law Review**, November 2004.

PRIESS Hans Joachim, "Die Leistungsbeschreibung-ernstück des Vergabeverfahrens(Teil I)", **NZBau***,* 2004/I.

PRIESS Hans Joachim, "Die Leistungsbeschreibung-ernstück des Vergabeverfahrens(Teil II)", **NZBau***,* 2004/II.

Public Procurement Law: Participating in Public Procuremet Procedures in Europe and Germany", Government Contracts and Grants Update-Overwiew Of European an German Public Procurement Law", Press Release of the European Comission Of February 3, 2004, **Hogan&Hartsonn LLP**, 2006/1.

QUACK Friedrich, "Über die Verpflichtung des Auftarggebers zum Formulierung der Leistungsbeschreibung nach den Vorgaben von 9 VOB/A", **BauR**, 1998/4.

REBMANN Kurt, SAECKER Franz Jürgen, **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**,http://beck-online.beck.de/Default.aspx?vpath=bibdata/komm/MuekoBGB/cont/MuekoBGB.htm, 24.08.2010.

REİSOĞLU Safa, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Beta Yayınları, 2005, İstanbul.

RIESE Christoph, **Vergaberecht, Grundlagen, Verfahren, Rechtsschutz**, Springer, 1998.

RUTHIG Josef, STORR Stefan, **Öffentliches Wirtschaftsrecht**, C.H. Müller Verlag, 2008, Heidelberg.

SANCAKDAR Oğuz, **İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı**, Seçkin Yayınevi, 2011, Ankara.

SCHMIDT Jörg, "Die Rechtlichen Rahmenbedingungen der Funktionalen Leistungsbeschreibung, **ZfBR**, 2001/1.

SEZGİNER Murat, **İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı**, Yetkin Kitabevi, 2000, Ankara.

SIRABAŞI Volkan, YILMAZ İrfan, **Kamu İhale Mevzuatı**, Adalet Yayınevi, 2009, Ankara.

STERNER Frank, **Rechtsbindungen und Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Auftraege",** Booberg Verlag, Hamburg, 1995.

ŞAYLAN Gencay , "Kamu Yatırımlarında İhale Düzeninin İşlerliği ve Hakemlik Kurumu", **AİD**, Cilt. 28, Sayı. 1, 1995.

TAN Turgut, **Ekonomik Kamu Hukuku,** Turhan Kitabevi, 2010, Ankara.

TAŞDELEN Aziz, *"Kamu Harcama İhalesi Sürecinde İhale ve Sözleşme Aşamaları ile Bu Aşamaların Yargı Yolları Ayrımını Belirleyici Rolü",* **Prof. Dr. İl Han ÖZAY'a Armağan,** 2011, İstanbul.

TAŞDELEN Aziz, **Kamu Harcamaları Hukukunda İhale Süreci**, Turhan Kitabevi, 2004, Ankara.

UZ Abdullah, **İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmelerin Hukuksal Rejimi Bakımından Kamu İhale Sözleşmeleri,** Turhan Kitabevi, 2010, Ankara.

UZ Abdullah, **Kamu İhale Hukuku**, Turhan Kitabevi, 2004, Ankara.

VYGEN Klaus, Rechtliche Probleme Bei Ausschreibung, Vergabe und Abrechnung von Alternativ und Eventualpositionen, **BauR**, 1992/2.

WEBER Claus , "Zulaessigkeit und Grenzen von Leistungsbeschreibungen nach Europaeischem Vergaberecht", **NzBau**, 2002/4.

WETTKE Markus, " Die Haftung des Auftraggebers bei lückenhafter Leistungsbeschreibung, **BauR**, 1989/3.

WEYAND Rudolf, **Praxis- Kommentar Vergaberecht,** Werner Verlag, 2004.

YALMAN Süleyman, **Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk**, SeçkinYayınevi, 2006, Ankara.

YASİN Melikşah, **Uygulama ve Yargı Kararları Işığında Özelleştirmenin Hukuki Rejimi,** Beta Yayınları, 2007, İstanbul.

YAYLA Yıldızhan, **İdare Hukuku**, Beta Yayınları, 2009, İstanbul.

YILDIZ Hasan , "Avrupa Birliği'nin Kamu İhaleleri Konusundaki Düzenlemeleri ve Bu Konuda Ülkemizde Yaşanan Gelişmeler", **TİD**, 75. Yıl, S.439, Haziran 2003.

YILDIZ Mustafa Said, " Benzer İş Tanımlaması ve Laboratuvar Hizmet Alımları", **Güncel Mevzuat Dergisi**, Mayıs 2010

YILMAZ Ejder, **Hukuk Sözlüğü**, Yetkin Kitabevi, 1996, Ankara.

ZIEKOW Jan, **Öffentliches Wirtschaftsrecht**, C.H. Beck, 2007,München.

ZIEKOW Jan, SIEGEL Thorsten, “Das Vergabeverfahren als Verwaltungsverfahren”,, **ZfBR**, 2004/1, www.beckonline.de, 28.09.2010.

ZULEEG Manfred, “Rechtsschutz und Grundsrechtsbindung bei der Vergabe öffentlicher Aufgabe”, **WiVerw**, 1984/2.

ÖZET

Dilşat YILMAZ, Kamu İhale Hukukunda Şartnameler, Doktora Tezi, Ankara, 2011.

Kamu İhale süreci, yalnızca kamunun ihtiyaçlarını gidermesinin bir aracı değil, aynı zamanda çeşitli ekonomik ve sosyal amaçların da gerçekleştirilmesi yoludur. Her iki açıdan da, bu süreçte büyük oranda kamu kaynağı harcanması söz konusudur. Süreçteki hukuka aykırılılar ilgililerin mağduruiyetleri yanısıra büyük oranda kamu kaynağının da kaybına sebep olmaktadır. Şartname ihale sürecini düzenleyen bazen sözleşme aşamasına ilişkin de kurallar getiren bir metin olması sebebiyle, sonradan ortaya çıkabilecek sorunları önlemek adına şartname sürecin en önemli parçasıdır. Başka bir ifade ile şartname ihale sürecinin "çekirdeği" olup, hazırlanması büyük özen, uzmanlık ve hukuk bilgisi gerektirmektedir. Bu çalışmada şartnamenin hukuken taşıması gereken özellikler ve hukuka aykırılıkların sonuçları Avrupa Birliği ve Alman Hukuku ile mukayeseleli olarak ele alınmıştır.

Anahtar Sözcükler

1. Kamu İhalesi
2. Şartname
3. İhale Dökümanı
4. Şartnamede Hukuka Aykırılık
5. İhale sürecinin temel metni şartname

ABSTRACT

YILMAZ Dilşat, Specification in Public Procurement Law, Thesis of Doctorate, Ankara, 2011.

Public Procument is not only an instrument of the ensuring the needles of public authorities. At the same time it is a way of realizing different economical and social aims. Any how, there is a huge amount of expenditure of public money. Contradiction to law in this process causes lost of large amount o public resources in addition to the damnification of the person concerned. Specification is the document that regulates the conditions and rules regarding to the public procuremet process and sometimes implementation of the public procurement contract. Because of this fact, for the purpose of baring the problems from the beginning, specification is the most important part of public procurement process. In other words, specification is the “core” of the public procurement stage and preparation of this needs a great assiduity, excellence and legal attainments. In this thesis, the mandatory legal features of specification and results of law infringements in specification is considered in details in comparation with European Union and German Law.

Key Words

1. Public Procurement
2. Specification
3. Public Procurement Document
4. Contradiction to law in specification
5. The basic document of the public procurement process “specification”

Ahmet ARSLAN
Danıştay Savcısı

Emin SINMAZ
Danıştay Tetkik Hakimi

Tuncay DÜNDAR
Danıştay Tetkik Hakimi

Danıştay İdari Dava Daireleri "Emsal" Kararları

II.CİLT

Ankara 2007

turhankitabevi

XXXIV. İHALE

A. İhale İlanı ve Şartnamesinde Yer Almayan Bir Hususun Sonradan İhale Kararına Konarak Yükümlülük Getirilemeyeceği

-367-

E: 2002/980
K: 2004/2

İhale ilanında ve şartnamesinde yer almayan bir hususun sonradan ihale kararına konarak ve buna dayanılarak yükümlülük getirilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığı hk.

..... Süt Toplama Merkezi ihalesine katılarak, ihaleyi kazanamayan davacı, ihaleyi kazanan şahsın ihaleden vazgeçmesi üzerine, kendisine yapılan ihale teklifini reddetmesi nedeniyle ihale için ödediği 200.000.000 lira teminatın irad kaydedilmesine ilişkin kararın iptali ve teminatın yasal faiziyle birlikte tarafına ödenmesi istemiyle açtığı davada; Ankara 6. İdare Mahkemesinin davanın reddine ilişkin bulunan kararı temyiz incelemesi sonucunda; Danıştay Onuncu Dairesinin 13.11.2001 günlü, E:2000/3932, K:2001/3902 sayılı kararı ile bozulmuş ise de; Ankara 6. İdare Mahkemesi bozma kararına uymayarak davanın reddi yolundaki ilk kararında ısrar etmiştir.

Davacı bu kez, Ankara 6. İdare Mahkemesinin 9.1.2002 günlü, E:2001/1932, K:2002/23 sayılı ısrar kararını temyiz etmekte ve bozulmasını istemektedir.

Ankara 6. İdare Mahkemesi ısrar kararında; T.C. Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığının SEK Süt Endüstrisi A.Ş.'nin özelleştirilmesi amacıyla 6.7.1995 tarihinde yapılan ..... Süt Toplama Merkezi ihalesinde 11.7.1995 günlü, 6.7.1995/52-1 sayılı kararla ihaleyi kazanan şahsın ihaleyle ilgili yükümlülüklerini süresi içerisinde yerine getirmemesi nedeniyle, satış teklifinin davalı idarece ihalede ikinci olan davacıya 5.9.1995 günlü işlemle bildirdiği, davacının, noter aracılığıyla, idarenin ihale satış teklifini kabul etmediğini bildirerek teminatın iadesini talep ettiği; idarenin ise davacının bu talebini reddederek teminatı irad kaydettiğinin anlaşıldığı, genel olarak Kamu ihalelerinde, ihaleyi kazananları sözleşme imzalamaya, üstlenilen işin sözleşme ve şartname hükümlerine uygun biçimde yapılmasını sağlamaya zorlamak için ihale öncesi alınan

geçici teminatın, ihalenin bozulmasında idarenin haklı bir nedeninin bulunması halinde Hazineye irat kaydının gerektiği, Özelleştirme İdaresi Başkanlığının kararı gereği açık pazarlık usulü ile yapılan dava konusu ihale her ne kadar şartnamede de belirtildiği üzere 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerine tabi değil ise de; dava konusu olayda davacının, ihaleyi kazanan tarafın kendisi olmadığından bahisle ihalenin feshinde teminatının iade edilmesi gerektiğini iddia ettiği, ancak, ihalenin gerçekleştirilmesine ilişkin 12.7.1995 günlü, 22341 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 11.7.1995 günlü, 6.7.1995/52-1 sayılı kararda, birinci teklif sahiplerinin, satış işleminden imtina etmeleri halinde, satış işleminin 2. ve 3. sırada bulunan teklif sahiplerine gerçekleştirileceği, buna rağmen satış işleminin gerçekleştirilmemesi durumunda işletme ve varlıkların ihalelerinin iptal edileceğinin açıkça belirtildiği anlaşılmakla, ihalenin birinci teklif sahibi üzerinde kalmasını takiben 2. teklif sahibi olan davacının, teminatın iadesi amacıyla, ya da ihaleden vazgeçtiği hususunda herhangi bir başvurusunun bulunmaması karşısında, ihaleyi kazanan teklif sahibinin ihaleyle ilgili yükümlülüklerini yerine getirmemesi üzerine satışın davacıya teklif edilmesi ve davacının bu teklifi reddetmesi nedeniyle, idarece Resmi Gazete'de yayımlanan karar uyarınca teminatın irad kaydedilmesi işleminde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varıldığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir.

Danıştay Onuncu Daire kararında da belirtildiği gibi; Özelleştirme Yüksek Kurulunun 23.4.1995 günlü, 95/34 sayılı kararı gereğince 7.7.1995 tarihinde 2886 sayılı Devlet İhale Kanununa tabi olmadan açık pazarlık usulü ile yapılan ihalenin gerek 9.6.1995 günlü, 23308 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan ilanında gerekse şartnamesinde ihaleyi kazanan kişinin satıştan imtina etmesi halinde satışın 2. ve 3. sırada bulunan teklif sahiplerine yapılmasına ve kabul etmemesi halinde de geçici teminatın irat kaydedileceğine ilişkin bir hüküm yer almamasına rağmen, ihalenin yapıldığı 7.7.1995 tarihinden sonra alınan 11.7.1995 günlü, 1995/52-1 sayılı Özelleştirme İdaresi Başkanlığı kararı gereğince, ihale yapıldıktan sonra ihaleyi kazananın vazgeçmesi nedeniyle satışın 2. sırada teklif veren davacıya yapılmasına ve peşinatı yatırması gerektiğine 5.9.1995 tarihinde karar verildiği, peşinatı yatırmaması üzerine de geçici teminatının irat kaydedilerek davacıya iade edilmediği anlaşılmakta olup, bu durumda ihale ilanında ve şartnamesinde yer almayan bir hususun sonradan ihale kararına konarak ve buna dayanılarak yükümlülük getirilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığından, davanın reddi yolundaki

mahkeme kararının Danıştay Onuncu Dairesince yukarıda yazılı gerekçe ile bozulmasında hukuka aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulü ile Ankara 6. idare Mahkemesinin 9.1.2002 günlü, E:2001/1932, K:2002/23 sayılı kararının Danıştay Onuncu Dairesinin 13.11.2001 günlü, E:2000/3932, K:2001/3902 sayılı kararı doğrultusunda BOZULMASINA, dosyanın Ankara 6. İdare Mahkemesine gönderilmesine, 15.1.2004 günü oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

X-Davacının temyiz isteminin reddi ile usul ve hukuka uygun bulunan Ankara 6. İdare Mahkemesinin 9.1.2002 günlü E:2001/1932, K:2002/23 sayılı ısrar kararının onanması gerektiği oyuyla karara karşıyız.

B. Düzenleyici İşlemler

1. Davacının Hak Ettiği Fiyat Farkının Ödenmemesine Neden Olabilecek Biçimde Kararname İle Getirilmemiş Olan Sınırlamanın Tebliğ Hükmü İle Getirlmesinin Mümkün Olamayacağı

-368-

E: 1996/574
K: 1997/214

Davacının üstlendiği taahhüt işinden dolayı hak ettiği fiyat farkının ödenmemesine neden olabilecek biçimde Kararname ile getirilmemiş olan bir sınırlamanın, Kararnamenin uygulanmasına açıklık getiren Tebliğ hükmü ile düzenlenemeyeceği hk.

Davacıya, 94/6019 sayılı Kararname hükümleri uyarınca fiyat farkı ödenemeyeceği yolundaki 1.2.1995 günlü, B.09.2.İBG.0.14.00.02 sayılı İller Bankası Genel Müdürlüğü işlemi ile bu işlemin dayanağı olan ve 19.11.1994 günlü, 22116 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 94/6019 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı eki "Kamu Sektörüne dahil İdarelerin İhalesi Yapılmış ve Yapılacak İşlerinde İhale Usul ve Şekillerine Göre Fiyat Farkı Hesabında Uygulanacakları Esaslarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Esaslar"la ilgili Tebliğin 4 üncü maddesinin iptali istemiyle açılan dava sonucunda: Danıştay Altıncı Dairesince verilen, davanın reddine ilişkin 28.5.1996 günlü, E:1996/245, K:1996/2561 sayılı karara karşı, davacı temyiz isteminde bulunmaktadır.

enle davacının harcın iadesi isteminin reddine karar verilmiş olması doğru lmemiştir. Açıklanan nedenlerle Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi ve yasaya aykırıdır. O halde direnme kararı bozulmalıdır.

Sonuç: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme rının Özel Daire bozma kararında ve yukarıda gösterilen nedenlerden yı HUMK.nun 429. maddesi gereğince **(BOZULMASINA)**, istek halinde 'iz peşin harcının geri verilmesine, 14.6.2000 gününde, oyçokluğuyla r verildi.

KARŞI OY YAZISI

Davanın açılmamış sayılmasına ilişkin karar nihai karardır. Hukuk Usulü kemeleri Kanunu'nun 409. maddesi uyarınca işlemden kaldırılan dosyanın amış sayılması kararı sonucunda anılan maddenin dördüncü fıkrasına göre bir çtikten sonraki yenilemede yeniden harç alınması yasa koyucu tarafından ülmüş olduğundan işlemden kaldırıldıktan sonra üç ay içinde yenilenmeyen ilk yenilemeden sonra bir defadan fazla takipsiz bırakılan dosya için de ödenen ırın Hazineye intikalini amaçladığı kabul edilmelidir.

Usul ekonomisi gereğince davaların en az giderle ve mümkün olan suratle landırılması görevi Anayasa'nın 141/son maddesi uyarınca yargıya verilmiştir. edilmeyen davalarla davalının sürekli tahdit altında bırakılmaması için bir aydan takipsiz bırakıldığı için işlemden kaldırılan davalar için yatırılan harcı yeniden masında olduğu gibi yasa koyucunun nihai bir karar ile esası kapatılan dosyada tırılmış harcın tamamen Hazineye intikali davaların uzamasını önleyeceğinden mahkemenin direnme kararının onanması düşüncesiyle çoğunluğun bozma na katılamıyoruz.

okuzuncu H. D. Üyesi
Ekrem SERİM

Dokuzuncu H. D. Üyesi
C. İlhan GÜNAY

* * *

T.C.
YARGITAY
Hukuk Genel Kurulu
E: 2001/19-257
K: 2001/285
T: 21.3.2001

- **İKTİSADİ DEVLET TEŞEKKÜLÜ**
- **İDARİ İŞLEM**
- **ÖZEL HUKUK İLİŞKİSİ**

ÖZET: *İdarenin özel hukuk hükümlerine tabi bir işleminden sözedilebilmesi ancak ortada özel hukuk alanına giren yazılı bir sözleşmenin bulunması halinde mümkün olup, idarenin sözleşme aşamasına kadar tesis ettiği, tek taraflı tasarrufları idari işlem niteliğindedir.*

(818 s. BK. m. 1, 16)

Taraflar arasındaki "sözleşmenin yerine getirilmesi ve alacak" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara Asliye Birinci Ticaret Mahkemesi'nce görevsizliğe dair verilen 10.6.1999 gün ve 1998/973 E. 1999/339 K. sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay Ondokuzuncu Hukuk Dairesi'nin 10.3.2000 gün ve 1999/8118 E. 2000/1930 K. sayılı ilamiyle; (... dava dilekçesinde davalı idarenin açtığı ihale sonunda yaptıkları teklifin uygun görülerek sözleşme imzalamaya davet edildiklerini ancak daha sonra bilgisayarda fiyat hesabında hata yapıldığı ileri sürülerek tekliflerinin sıralama dışı bırakıldığını belirtip bu nedenle sözleşme uyarınca satış işleminin yapılması veya bu hususta menfi ve müspet zararlarının tazminini istemiştir. Hal böyle olunca, mahkemece taraflar arasında sözleşmenin oluşup oluşmadığı belirlenip, davacının talebi yönünden bir karar verilmesi gerekirken, talep dışına çıkılarak sözleşme aşamasına kadar ki dönemde uyuşmazlığın hallinin idari yargının görevine girdiğinden bahisle yazılı şekilde yargı yolu yönünden görevsizlik kararı verilmesi usul ve yasaya aykırıdır...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Temyiz eden: Davacı vekili

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz

edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Mahkemece verilen, davaya bakma görevinin idari yargıya ait bulunduğu gerekçesine dayalı görevsizlik kararı, Yüksek Özel Dairece yukarıda belirtilen gerekçesiyle bozulmuştur.

Mahkeme, kamu kurumu niteliğindeki davalının, kamu hizmetlerinin yürütülmesi amacıyla tesis ettiği idari işlemlerin hukuka uygunluğunu denetleme görevinin idari yargıya ait bulunduğu; ihale şartnamesine göre, taraflar arasında yapılacak sözleşmenin yazılı olması gerektiği, henüz yazılı sözleşme yapılmadan, davalı kurumun ihaleyi iptal ettiği, yazılı sözleşme yapılmadığına göre, uyuşmazlığın sözleşme öncesi aşamaya ilişkin olduğu, bu durumda ise davaya bakma görevinin idari yargıya ait bulunduğu gerekçesiyle önceki kararda direnmiştir.

233 sayılı KHK hükümleri uyarınca kurulan Toprak Mahsulleri Ofisi (T.M.O) Tüzel Kişiliğe sahip, özerk, sorumluluğu sermayesi ile sınırlı, amaç ve yürüteceği kamu hizmetlerine ilişkin faaliyet konuları 11.12.1984 tarih ve 18602 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Ana Statü ile belirlenmiş bir iktisadi Devlet teşekkülüdür.

Anılan Kurumun, Kamu hizmetlerinin yürütülmesi amacıyla tesis ettiği idari işlemlerin hukuka uygunluğunu denetlemek görevinin idari yargıya ait bulunduğu, salt özel hukuk ilişkilerinden doğan uyuşmazlıkların ise Adli Yargıda çözüleceği çok açıktır.

Somut olayda, davalı idare T.M.O. nce mısır satışı konusunda yapılan ihaleye katılan davacı şirketin fiyat teklifinin uygun görüldüğü ve 24.8.1998 günlü yazıyla, tebligattan itibaren 5 iş günü içerisinde firma yetkilisinin gerekli teminatlarla birlikte sözleşme imzalamak üzere müracaatının istenildiği; firma yetkilisinin süresi içerisinde müracaat etmesine rağmen, fiyat tekliflerinin değerlendirilmesi sırasında bilgisayardan kaynaklanan bir hatanın bulunduğu belirtilmek suretiyle yazılı sözleşme yapılmadığı, bilahare, yeniden yapılan değerlendirme sonucunda, davacıya, teklifinin düşük olduğu gerekçesiyle sıralama dışı kaldığına ilişkin 25.8.1998 günlü yazılı bildirimin yapıldığı ve yeni değerlendirme çerçevesinde ihale konusu malın başkasına satıldığı görülmektedir.

Hal böyle olunca, çözülmesi gereken sorun, "davet edilmesine rağmen davacı şirket yetkilisiyle sözleşme yapılmaması ve sonuçta ihale konusu malın başkasına satılması" şeklinde ortaya çıkan bu tasarrufun, bir "idari işlem" niteliğinde olup olmadığıdır.

Bu noktada, idari işlem kavramı konusunda açıklama yapılmasında yarar bulunmaktadır. Öğretide idari işlem, idari organ ve makamların idare alanındaki irade açıklamaları olarak tanımlanmakta ve Devlet ile diğer kamu tüzel kişiliklerinin idari işlev konusunda yaptığı her işlem, esas itibariyle idari işlem olarak kabul edilmektedir (Bkz. Lütfü Duran, İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982; sayfa: 385). İdari işlem, idarenin tek taraflı irade açıklaması ile sonuç doğuran ve ve doğrudan uygulanabilir nitelikte bir tasarruftur (Bkz. Kazım Yenice-Yüksel Esin, İdari Yargılama Usulü, Arısan Matbaacılık A.Ş.; Ankara 1983, sayfa:12 ayrıca A. Şeref Gözübüyük-Turgut Tan, İdare Hukuku, C: 1, Turhan Kitabevi, Ankara 1998, sayfa: 314).

Görüldüğü üzere, idari işlemin başat niteliği tek taraflı bir irade beyanıyla hukuksal sonuç doğurması; karşı tarafın irade açıklamasını gerektirmemesidir. O halde, idarenin yaptığı bir tasarruf bu nitelikte ise, ortada bir idari işlemin bulunduğu kabul edilmelidir.

Ancak, idarenin yaptığı her işlem hukuksal nitelikçe bir idari işlem değildir. İdarenin özel hukuk hükümlerine tabi olarak, örneğin kira, satım gibi konularda işlemler yapması da mümkündür. Burada vurgulanması gereken yön şudur: İdarenin bu gibi işlemlerinin özel hukuk hükümlerine tabi olabilmesi için, idare, özel hukuk alanına giren bir sözleşme yapmış olmalıdır. Eş söyleyişle, önceki aşamalarda gerçekleşen işlemler idari nitelikte olsa bile, ortada, bir karşı tarafın katılımıyla oluşmuş ve özel hukuk alanında sonuçlar doğuran bir işlem; bir sözleşme varsa, artık bir idari işlemden söz edilemez. Bu saptamanın doğal sonucu olarak da, henüz taraflar arasında sözleşme ilişkisinin kurulmamış olduğu bir aşamadaki, idarenin tek taraflı ve hukuksal sonuç doğurmaya elverişli beyanının (tasarrufunun) bir idari işlem niteliğinde olacağı açıktır.

Dava konusu uyuşmazlık, davalı idarenin mısır satımına ilişkin olarak yaptığı ihaleden kaynaklanmaktadır. Uyuşmazlığın adli yargıda mı yoksa idari yargıda mı çözüleceği sorusunun cevaplandırılabilmesi için, taraflar arasında bir sözleşme ilişkisinin kurulmuş olup olmadığının açıklıkla belirlenmesi gerekmektedir.

Hemen belirtilmelidir ki, Borçlar Kanunu'nun 1. maddesine göre, tarafların karşılıklı ve birbirlerine uygun şekilde rızalarını bildirmeleriyle sözleşme tamam olur. Ne var ki, somut olayda ihale şartnamesinin 4 ve 5. maddelerinde, ihale üzerinde kalan kişi veya firmanın tebligattan itibaren 5 iş günü içerisinde sözleşme imzalamak zorunda bulunduğu açıklanmıştır. Her

ne kadar davalı kurum, hukuki statüsü itibariyle 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerine tabi olmadığı için anılan Kanunun, kural olarak tüm ihalelerin sözleşmeye bağlanması zorunluluğunu düzenleyen 53. maddesinin olayda uygulama yeri yok ise de, az yukarıda değinilen ve sözleşmenin geçerli olarak kurulmasını yazılı olması koşuluna bağlayan şartname hükmünün, Borçlar Kanununun 16. maddesi anlamında, tarafların kararlaştırdıkları bir şekli ifade ettiği yadsınamaz. Anılan hükümce, sözleşme kararlaştırılan şekilde yapılmadıkça, taraflar onunla bağlı olmaz. Hal böyle olunca, somut olayda Borçlar Kanunu'nun 1. maddesi hükmünün uygulama yeri yoktur. Başka bir söyleyişle, hukuk aleminde geçerli olarak doğmuş ve taraflarını bağlayacak bir sözleşmenin varlığından söz edilebilmesi, ancak ortada yazılı bir sözleşmenin bulunması halinde mümkündür. Taraflar arasında az yukarıda açıklanan olaylardan sonra bir yazılı sözleşme düzenlenmediğinde bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. O nedenle uyuşmazlığın, idarece sözleşme aşamasından daha önce yapılan bir idari işlemden kaynaklandığından kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır.

Esasen, idarenin yürüttüğü kamu hizmetiyle ilgili olarak, idari usul ve esaslara uygun şekilde yaptığı bir ihalede, sözleşme aşamasına kadar tesis ettiği işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüm yerinin idari yargı olduğu, kökleşmiş yargı kararlarında da kabul edilmiştir (Bkz. Uyuşmazlık Mahkemesinin 3.2.1997 gün ve 1997/4-3 sayılı; 2.3.1987 gün ve 1987/2-7 sayılı; Yargıtay Onbeşinci Hukuk Dairesinin 23.2.1998 gün ve 1998/243-640 sayılı; Danıştay Onuncu Dairesinin 9.6.1988 gün ve 1986/469-1988/1048 sayılı; 29.9.1993 gün ve 1992/4234-1993/3493 sayılı kararları). Nihayet bu kabul sözleşme öncesindeki aşamalarda tesis edilen idari işlemlerin iptali istemiyle açılacak davaların idari yargıda görüleceği; adli yargının bir idari işlemin hukuka uygunluğunu denetleme görev ve yetkisine sahip bulunmadığı kuralına da uygundur. Mahkemenin direnme kararı açıklanan nedenlerle doğru olup, onanmalıdır.

Sonuç: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile, direnme kararının yukarıda açıklanan nedenlerle **(ONANMASINA)** ve 1.160.000 lira bakiye temyiz ilam harcının temyiz edenden alınmasına, 21.3.2001 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY YAZISI

Kendi Ana Statüsünün 3. maddesine göre özel hukuk hükümlerine tabi bir İktisadi Devlet Teşekkülü olan TMO'nin bu alana giren bir satış sözleşmesinin kurulmasından önceki dönemde icaba davet ve icab işlemlerinin idare hukuku hükümlerine tabi olduğunun benimsenmesini gerektirecek bir yasal dayanak bulunmadığından (Yargıtay HGK. 21.2.2001 gün 2001/11-120 E. 2001/180 K. sayılı kararı da aynı yöndedir). Aksi yöndeki yerel mahkeme kararının bozulması düşüncesinde olduğumuzdan, sayın çoğunluğun görüşüne katılmıyoruz. 21.3.2001

11. H.D. Üyesi **11. H.D. Üyesi**

Hüseyin DENİZ **Ahmet ÖZGAN**

*

* *

T.C.
YARGITAY
Birinci Hukuk Dairesi
E: 2001/2650
K: 2001/3219
T: 21.3.2001

• ELATMANIN ÖNLENMESİ VE ECRİMİSİL
• MUVAFAKATIN GERİ ALINMASI

ÖZET: *Bir elatmanın önlenmesi ve ecrimisil davasında, nizalı taşınmazda kayıt maliki olan davacının izniyle oturduğu anlaşılan davalı hakkındaki ecrimisil davasının reddine karar verilmesi doğrudur. Ancak davacının eldeki davayı açmakla muvafakatini geri aldığı ve bu tarihten itibaren davalının haksız işgalci konumuna geldiğinin kabulü ile elatmanın önlenmesine karar verilmesi gerekir.*

(743 s. MK. m. 618)

Davacı tarafından, davalı aleyhine açılan davada, mahkemece verilen karar süresinde temyiz edilmekle, dosya incelendi, gereği görüşülüp düşünüldü:

T.C.
D A N I Ş T A Y
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2007/10052
Karar No : 2010/3359

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : Promed Medikal San. ve Tic. Ltd. Şti.

Vekili : Av. Kemal Derin

Reşatbey Mah. 1. Sok. Arıkan İş Merkezi, K:5/22 - ADANA

Karşı Taraf (Davalı):Kamu İhale Kurumu

Konya Devlet Yolu, Mevlana Bulvarı, No:186 Balgat/ANKARA

İstemin Özeti : Ankara 11. İdare Mahkemesi'nin 12.04.2007 tarih ve E:2005/1469, K:2007/612 sayılı kararının; idareyi işlem yapmaya sevkeden geçerli bir sebebin bulunmadığı, itiraz başvurusunun reddedilerek ihale sürecinin durdurulmasına gerek bulunmadığına karar verildikten sonra ihalenin iptal edilmesinin hukuka aykırı olduğu, sözleşmenin imzalandığı ve malın idareye teslim edildiği, sözleşme imzalandıktan sonra Kamu İhale Kurulu'nun ihaleyi iptal etmesinin mümkün olmadığı, cihazın idarece kullanılmaya başlanması nedeniyle ihalenin iptali halinde kamu hizmetinin kesintiye uğrayacağı ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Temyiz isteminin reddi ile İdare Mahkemesi kararının onanması gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi Burcu SİNOPLU'nun Düşüncesi : Temyize konu Mahkeme kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Ünal DEMİRCİ'nin Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:

Dava, Kozan Devlet Hastanesi Baştabipliği tarafından 29.03.2005 tarihinde açık ihale usulü ile yapılan "Ultrasound Cihazı Alımı" ihalesine yönelik olarak yapılan itirazen şikâyet başvurusu sonucu verilen Kamu İhale Kurulu'nun 28.06.2005 tarih ve 2005/UM.Z-1217 sayılı işleminin iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesi'nce, ihalenin 30.03.2005 tarihli ihale komisyonu kararıyla 89.400,00 TL teklif veren davacı firmaya verildiği ancak, ihalede en avantajlı ikinci teklifi veren Depaş adlı firmanın itirazda bulunduğu, itiraz üzerine Baştabiplikçe Adana İl Sağlık Müdürlüğü'nden iki teknik elemanın değerlendirme yapmak üzere talep edildiği, Adana Devlet Hastanesi'nde görevli iki radyoloji uzmanının "teknik şartnamede örnekleme aralığının 1-20 mm arasında seçilebileceğinin belirtilmesine karşın davacı tarafından verilen cihazın 0.5-10 mm değerlerinde olduğu ancak, şartnamede minimum ve maksimum olarak sayısal sınıflama yapılmadığı ve örnekleme aralığının genişliğinin Renkli

T.C.
D A N I Ş T A Y
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2007/10052
Karar No : 2010/3359

Doppler USG incelemede görüntü kalitesi ve doğru verilerin elde edilmesi yönünde ciddî bir kriter olmadığı"nı belirtmesi nedeniyle şikâyet başvurusunun reddedildiği, bunun üzerine 16.05.2005 tarihinde Kamu İhale Kurumu'na başvurulduğu, Kurumun 31.05.2005 tarihli kararıyla 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 34. ve ilgili Yönetmeliğin 22. maddesindeki koşulların oluşmadığı gerekçesiyle ihale sürecinin durdurulmamasına karar verildiği, daha sonra Gazi Üniversitesi Tıp Fakültesi Dekanlığı'ndan görüş istenildiği, görüş yazısında da "Teknik şartnamenin 3.15. maddesine göre cihazın örnekleme aralığının 1-20 kHz arasında olması gerektiği, Aloka Prosound SSD-4000 Plus adlı cihazın ise 0,5-10 kHz arasında örnekleme aralığına sahip olduğu, bu nedenle 3.15. maddeye uymadığı, bununla birlikte 10 kHz üzerindeki örnekleme değerinin rutin kullanımda fazla değerinin bulunmadığı" şeklinde görüş bildirilmesi üzerine dava konusu işlemle, teklif edilen cihazın şartnamenin 3.15. maddesine uygun olmadığı halde söz konusu teklifin idarece değerlendirme dışı bırakılmamasının 4734 sayılı Kanun'un 37. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle tekliflerin alınmasından sonra yapılan ihale işlemlerinin ve ihale kararının iptaline, tekliflerin yeniden değerlendirilmesi hususunun düzeltici işlem olarak belirlenmesine karar verildiğinin anlaşıldığı, olayda teknik şartnamenin 3.15. maddesindeki "örnekleme aralığı 1-20 mm aralığında seçilebilmelidir" koşuluna karşın davacı şirketin teklif ettiği ürünün 0,5-10 mm değerini karşıladığının sabit olduğu, 4734 sayılı Kanun'un 37. maddesinin amir hükmü uyarınca bu teklifin değerlendirme dışı bırakılmasının anılan hükmün olduğu kadar Kanun'un 5. maddesinde sayılan temel ilkelerin de bir gereği olduğu, öte yandan, Kurulca daha önce ihale sürecinin durdurulmasına karar verilmemiş ise de tedbir niteliğindeki bu kararın alınmamış olmasının işin esasına etkisinin bulunmadığı, aynı şekilde, sözleşme imzalanmadan önce yapılan itirazen şikâyet başvurusu sonuçlanmadan sözleşmenin imzalanmış olmasının da ihaleyle ilgili olarak kurumun karar alma yetkilerini kullanmasına engel oluşturmadığı, bu durumda, 4734 sayılı Kanun'un 37. maddesine aykırı olarak yapılan ihale işlemleri üzerine Kamu İhale Kurulu'nca alınan kararda hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Davanın yukarıda özetlenen gerekçeyle reddine ilişkin temyize konu Ankara 11. İdare Mahkemesi'nin 12.04.2007 tarih ve E:2005/1469, K:2007/612 sayılı kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1.fıkrasında sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, bozma istemi yerinde görülmeyerek anılan Mahkeme kararının onanmasına, dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine, 19.04.2010 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

11.12.15
onama

Başkan	Üye	Üye	Üye	Üye
Faruk	Turan	Taci	H.Neşe	Gürsel
ÖZTÜRK	KARAKAYA	BAYHAN	SARI	MEKİK

T.C.
D A N I Ş T A Y
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2007/1197
Karar No : 2008/6928

Temyiz Eden : Ön Asya İnşaat Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi
Vekili : Av. Yücel GÖKTAŞ
Serencebey Yokuşu, Fırat İş Hanı, No:1/33
Beşiktaş / İSTANBUL

Karşı Taraf : Boğaziçi Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi Genel Müdürlüğü
Vekili : Av. Orhan GÖKALP
Abdülhakhamit Cad. No:79 Taksim / İSTANBUL

İstemin Özeti : İstanbul 2. İdare Mahkemesi'nce verilen 27.04.2004 tarih ve E:2002/1448, K:2004/712 sayılı kararın; muhammen bedel tespit tutanağında SSK işveren payının eksik hesaplandığı, bu haliyle ihalenin yasalara aykırılığı teşvik ettiği, yasalara uygun davrananlar ile aykırı davrananlar arasında haksız rekabet ortamı yaratıldığı, idareye bu konuda başvurulmasına rağmen idarenin bilerek hatasını düzeltmediği, mevzuata göre miktarı önceden belirlenmiş olan işveren paylarının ayrıca ispatına gerek olmadığı, Mahkemenin hesap hatasının ispatlanamadığı ve yanlışlık olması halinde sonradan düzeltilebileceği noktasından hareket etmesinin hukuka aykırı olduğu, ihalede rekabet ortamının sağlanamadığı ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hâkimi Burcu SİNOPLU'nun Düşüncesi: Temyize konu mahkeme kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Metin ÇETİNKAYA'nın Düşüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce, Tetkik Hâkimi'nin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:

Dava, davalı idarece 02.09.2002 tarihinde yapılan Çağlayan İşletme Müdürlüğü, Müşteriler Müdürlüğü ve Bilgi İşlem Müdürlüğü hizmet binalarının bulunduğu işyerlerinin temizlik, bahçe düzenlemesi, ısınma sistemlerinin çalıştırılması ile yemek dağıtımı ve tüm binaların ilaçlama işlerine ilişkin ihalenin iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesince; davacının, incelediği ihale şartnamesinde yapılan hesaplamada hata bulunduğunu, bu hatanın

bilinerek ve istenerek yapıldığını ileri sürdüğü ancak bu iddiasını ispatlayacak herhangi bir kanıt ileri süremediği, kaldı ki, hesaplamada yapılmış bir maddî hatanın gerçek olduğu kabul edilse dahi, bunun ihale yapıldıktan ve sözleşme imzalandıktan sonra dahi idareye karşı ileri sürülme olanağı bulunduğundan, bu hususun yapılan ihaleyi sakatlayacağından söz edilmesinin mümkün olamayacağı, bu durumda, Tedaş Satınalma ve İhale Yönetmeliği hükümlerine uygun olarak yapılan ihalede hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş olup; bu karar davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davanın reddine ilişkin temyize konu İstanbul 2. İdare Mahkemesi'nin 27.04.2004 tarih ve E:2002/1448, K:2004/712 sayılı kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49.maddesinin 1.fıkrasında sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, bozma istemi yerinde görülmeyerek anılan Mahkeme kararının onanmasına, dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine 22.10.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan	Üye	Üye	Üye	Üye
Faruk	Ali	Orhun	Turan	Zümrüt
ÖZTÜRK	ÖZTÜRK	YET	KARAKAYA	ÖDEN

T.C.
D A N I Ş T A Y
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2008/1380
Karar No : 2009/5326

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : Burkay Müh. Mak. Elek. İnş. San. ve Tic. A.Ş
Vekili : Av. Nilgün Dağgeçen
Akdeniz Cad. Dede İşhanı No:10 K:5
Pasaport/İZMİR

Karşı Taraf (Davalı) : Kamu İhale Kurumu
Mevlana Bulvarı (Konya Yolu) No:186-Balgat/ANKARA
Vekili : Av. İbrahim Baylan - Aynı adreste

İstemin Özeti : Ankara 4. İdare Mahkemesi'nin 03.10.2007 tarih ve E:2005/2310, K:2007/1873 sayılı kararının; Kamu İhale Kurulu'nun itirazen şikâyet dışındaki iddiaları inceleyemeyeceği, re'sen incelemenin usul ve yasaya aykırı olduğu, süresinden sonra Kamu İhale Kuruluna şikâyet edildiği, ihale dışı bırakılma sebeplerinin incelenemediği ile aşırı düşük teklif sınır değerin altında olduğundan, teklifin değerlendirmeye alınmaması gerekçesinin çelişkili olduğu, değerlendirme dışı bırakılma aşırı düşük tekliften olduğundan, belgelerin iadesinin etkisinin olamayacağı, şikâyet dilekçesi ekinde tüm bilgi, belgeleri sunma şartını yerine getirmediği, ihalenin iptalinden elde edilecek kamu yararı bulunmadığı ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmaların Özeti : Temyiz edilen kararda bozma nedenlerinden hiçbiri bulunmadığından, usul ve kanuna uygun olan kararın onanması gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi Erkan DEMİRTAŞ'ın Düşüncesi: Temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Birgül KURT'un Düşüncesi : İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce Tetkik Hâkimi'nin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:

Dava, İzmir Emniyet Müdürlüğünce 23.6.2005 tarihinde açık ihale usulü ile yapılan "Çankaya Hizmet Binası Tadilatı" ihalesine Tursan Haz. Giy. Turz. İnş. ve Malz. Paz. San. Tic. Ltd. Şti.'nin yaptığı şikâyet başvurusunun reddi üzerine yapılan itirazen şikâyet başvurusu sonucu; ihale sürecinde yapılan ve mevzuata aykırılıkları tespit edilen işlemlerin düzeltici işlemle giderilemeyecek nitelikte işlemler olduğu saptandığından, 4734 sayılı Kanunun 56.

maddesinin (b) bendi gereğince, ihale işlemlerinin ve ihale kararının iptaline ilişkin Kamu İhale Kurulunun 12.09.2005 tarih ve UY.Z1722 sayılı kararının iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesi'nce, idare tarafından hazırlanan işe ait idari şartnamenin, ekonomik ve mali yeterliğe ilişkin belgeler ve bu belgelerin taşıması gereken kriterlerin düzenlendiği 7.2. maddesinin, mesleki ve teknik yeterliğe ilişkin belgeler ve bu belgelerin taşıması gereken kriterlerin düzenlendiği 7.3. maddesinin, benzer iş olarak kabul edilecek işlerin düzenlendiği 7.4. maddesinin ve ihalenin yabancı isteklilere açık olup olmadığının düzenlendiği 8. maddesinin boş olarak bırakıldığı görüldüğünden, bu şartlarda ihaleye teklif verilmesinin ve ihalenin objektif kriterlere göre sonuçlandırılmasının mümkün olmadığı, öte yandan, Sert Plastik (PVC) Profilleri ve Bu Profillerle Yapılan Doğrama İmalatı Teknik Şartnamesinin 21. maddesinde, "İhaleye girecek firmalar yetkili üretici bayii olacaktır." şeklinde düzenleme bulunduğundan, bu durumun 4734 sayılı Kanun'un 5. maddesinde yer alan temel ilkelerden rekabet ilkesine aykırı olduğu, ayrıca, itirazen şikâyet incelemesi sürecinde davalı idarece, İzmir Emniyet Müdürlüğünden ihaleye giren isteklilerin ihale dosyaları istenilmiş olmasına rağmen, Tursan firmasının istemi üzerine belgelerinin iade edildiğinden bahisle belgelerinin gönderilemediği, bu durumda Kamu İhale Kurumuna itirazen şikâyet başvurusunda bulunan firmanın iddiaları değerlendirilemediğinden, anılan bu durumların kamu ihale mevzuatına aykırı olduğu, bu itibarla, İzmir Emniyet Müdürlüğünce 23.06.2005 tarihinde açık ihale usulü ile yapılan "Çankaya Hizmet Binası Tadilatı" ihalesinin, davalı idarenin dava konusu edilen kararı ile iptal edilmesi işleminde mevzuat hükümlerine aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacı vekilince temyiz edilmiştir.

Davanın yukarıda özetlenen gerekçeyle reddi yolundaki temyize konu Ankara 4.İdare Mahkemesi'nin 03.10.2007 tarih ve E:2005/2310, K:2007/1873 sayılı kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 1. fıkrasında sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, bozma istemi yerinde görülmeyerek anılan Mahkeme kararının onanmasına, dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine,14.05.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan	Üye	Üye	Üye	Üye
Faruk	Ali	Turan	Zümrüt	H. Neşe
ÖZTÜRK	ÖZTÜRK	KARAKAYA	ÖDEN	SARI

T.C.
D A N I Ş T A Y
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2007/14417
Karar No : 2010/5529

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı): Atilla İnşaat Turizm ve Tic. A.Ş.
Vekili : Av. Kemal Doruk Tekin
Tunus Cad. No:15/1-Kavaklıdere/ANKARA

Karşı Taraf (Davalılar) : 1-Kamu İhale Kurumu
Mevlana Bulvarı (Konya Yolu), No:186 Balgat / ANKARA
Vekili : Av. F. Meltem Zorba - Aynı adreste
2-İller Bankası Genel Müdürlüğü
Vekili : Av. Filiz Bağcı
Ziya Gökalp Cad. No:19/6 Kızılay / ANKARA

İstemin Özeti : Ankara 6. İdare Mahkemesi'nin 11.07.2007 tarih ve E:2006/2112, K:2007/1261 sayılı kararının; idarece isteklilerin yeterlilikleri ve teklifleri değerlendirilirken eşit muamele ilkesinin gözetildiği, ihale dokümanının sağlıklı teklif vermeye elverişli olduğu, Mahkemece eksik inceleme ile hüküm kurulduğu, İller Bankası'nca kabulü yapılmış veya boru alım müsaadesi verilmiş TSE 821 ve TSE 3830'a göre üretim yapan beton boru fabrikaları konusunda bir araştırma yapılmadığı, Türkiye genelinde bu alanda üretim yapan firma sayısının 32 olduğu, bunlardan 28 tanesinin İller Bankası tarafından kabulü yapılmış tesisler olduğu, ihale konusu işin kanalizasyon ve yağmur suyu altyapı tesisine ilişkin olduğu dikkate alındığında kamu sağlığı açısından en uygun, güvenli ve sağlıklı şekilde işin yerine getirilebilmesi bakımından yüklenicilerden TSE standardı istenilmesinin hukuka uygun olduğu, 42 isteklinin ihaleye teklif verdiği hususu dikkate alındığında ihalede rekabet şartlarının oluştuğu, Kamu İhale Kurulu'nun şikâyetçinin taleplerinin dışına çıkarak karar vermesinin hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Kamu İhale Kurumu'nun Savunmasının Özeti: Temyiz isteminin reddi ile Mahkeme kararının onanması gerektiği savunulmaktadır.

İller Bankası Genel Müdürlüğü'nün Savunmasının Özeti: Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hâkimi Burcu SİNOPLU'nun Düşüncesi: Temyize konu mahkeme kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Mürteza GÜLER'in Düşüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

T.C.
D A N I Ş T A Y
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2007/14417
Karar No : 2010/5529

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:

Dava, İller Bankası Genel Müdürlüğü Kanaliizasyon Dairesi Başkanlığı tarafından 28.12.2005 tarihinde açık ihale usulüyle yapılan "Dörtyol (Hatay) Kanalizasyon ve Kısmî Yağmur Suyu İnşaatı" ihalesine ilişkin olarak yapılan itirazen şikâyet başvurusu sonucunda ihale işlemlerinin ve ihale kararının iptaline ilişkin Kamu İhale Kurulu'nun 17.07.2006 tarih ve 2006/UY.Z-1707 sayılı kararı ile anılan karar doğrultusunda ihalenin iptal edildiğinin davacıya bildirimine ilişkin 02.08.2006 tarih ve 33506 sayılı İller Bankası Genel Müdürlüğü Kanalizasyon Dairesi Başkanlığı işleminin iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesi'nce; 28.12.2005 tarihli ihaleye 42 firma tarafından teklif verildiği, ihaleye katılabilmek için gerekli belgeleri eksik olan 14 firmanın değerlendirme dışı bırakıldığı, 24 firmanın aşırı düşük teklif sorgulamasına tabi tutulduğu, açıklama yapan ve yeterli bulunan 4 firma arasından ihalenin davacı şirket üzerinde bırakıldığı, ihale komisyonunca eksik belge nedeniyle teklifi değerlendirme dışı bırakılan Özimko İnş. ve Tic. Ltd. Şti. tarafından idareye yapılan şikâyet başvurusunun reddi üzerine itirazen şikâyet yoluyla Kamu İhale Kurulu'na yapılan başvurusunun incelenmesi sonucunda, iddiaların yerinde bulunmadığı belirtilmekle birlikte re'sen yapılan değerlendirme sonucunda, bazı isteklilerin birim fiyat tarifelerine fiyat bedelini yazmaması nedeniyle ihale dışı bırakıldıkları, ihale komisyonunca aşırı düşük teklif sorgulamasına ilişkin sınır değer tespitinin mevzuata uygun olarak yapılmadığı, ihale ilânından veya davet tarihinden itibaren en geç üç gün içinde ihale komisyonunun oluşturulması gerekirken bu sürenin bitiminden sonra oluşturulduğu ve ayrıca şartname eki özel birim fiyat tarifelerinde belirtilen ihalede kullanılacak malzemenin sadece İller Bankası'nca kabul edilen fabrikalardan alınacağı yahut şirket tarafından kurulacak fabrikanın İller Bankası'nca kabulünün zorunlu olduğuna ilişkin şartname hükmünün 4734 sayılı Yasa hükümlerine aykırı olduğu ve rekabeti engelleyici nitelikte teknik şart öngördüğü gerekçesiyle, mevzuata aykırılıkları tespit edilen işlemlerin düzeltici işlemle giderilemeyecek nitelikte işlemler olduğu belirtilerek 4734 sayılı Kanun'un 56. maddesinin (b) bendi gereğince ihale işlemlerinin ve ihale kararının iptaline karar verildiği, bu karar ile bu karara dayalı olarak İller Bankası Genel Müdürlüğü'nce alınan ihalenin iptaline ilişkin işlemin iptali istemiyle davanın açıldığının anlaşıldığı, uyuşmazlık konusu ihaleye ilişkin teknik şartnamedeki özel birim fiyat tarifelerinde, üretilen entegre contalı, buhar kurlu beton ve betonarme borular ile buhar kurlu prefabrik muayene bacası gövde ve taban elemanlarının İller Bankası'nca kabulü yapılmış veya boru alım müsaadesi verilmiş TSE 821 ve TSE 3830 'a göre üretim yapan beton boru fabrikalarından satın alınması veya yüklenici tarafından aynı şartlara uygun kurulacak ve İller Bankasınca kabulü yapılacak beton boru fabrikasında TSE 821 ve TSE 3830'a göre imal edilmesi gerektiği belirtilmek suretiyle kullanılacak malzemeye ilişkin teknik şart öngörülmüş ise de, malzemenin sadece İller Bankası'nca kabulü yapılmış fabrikalardan alınması ya da kurulacak fabrikanın da İller Bankası'nca kabulünün yapılacak

olmasına ilişkin şartın, belirli bir kaynağa işaret etmesinin yanı sıra İller Bankası tarafından onaylanan beton boru fabrikalarından boru temin edilmesinin, rekabeti sınırlayıcı nitelik taşıdığının açık olduğu, bu itibarla, ihale konusu işe ilişkin kullanılacak malzemenin teknik özellikleri bakımından öngörülen şartın, ihaleye katılımı ve rekabeti engelleyici nitelikte olması nedeniyle, anılan şartname çerçevesinde sonuçlandırılan ihale işlemlerinin ve ihale kararının iptaline ilişkin Kamu İhale Kurulu kararında hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varıldığı, öte yandan, davalı Kamu İhale Kurulu'nca verilen "ihale kararının iptaline " ilişkin karar uyarınca ihale şartnamesinin yeniden hazırlanması ve yeniden başvuruların alınması gerekeceğinden Kurul tarafından, ihaleye katılanlara yönelik bireysel inceleme ve değerlendirmelerin Mahkemelerince incelenmesine gerek görülmediği, diğer davalı İller Bankası Genel Müdürlüğü'nün "ihalenin iptaline" ilişkin işleminin iptali istemine gelince, davacı şirketin itirazen şikâyet başvurusu sonucunda Kurul'ca alınan kararın uygulanması amacıyla İller Bankası Genel Müdürlüğü'nce ihalenin iptaline karar verildiği göz önüne alındığında, Kamu İhale Kurulu'nca alınan kararı uygulama zorunluluğu bulunan İller Bankası Genel Müdürlüğü'nün anılan işleminde de hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varıldığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacı şirket tarafından temyiz edilmiştir.

Davanın yukarıda özetlenen gerekçeyle reddi yolunda verilen temyize konu Ankara 6. İdare Mahkemesi'nin 11.07.2007 tarih ve E:2006/2112, K:2007/1261 sayılı kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49.maddesinin 1.fıkrasında sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, bozma istemi yerinde görülmeyerek anılan Mahkeme kararının onanmasına, dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine, 30.06.2010 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan	Üye	Üye	Üye	Üye
Faruk	Ali	Zümrüt	Taci	Gürsel
ÖZTÜRK	ÖZTÜRK	ÖDEN	BAYHAN	MEKİK

Ank 6 id. kararı onanmış. (6. id de kesin Özel kararı onanmış)

T.C.
D A N I Ş T A Y
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2006/4691
Karar No : 2008/7596

Temyiz İsteminde Bulunan : Kamu İhale Kurumu
Mevlana Bulvarı (Konya Yolu) No:186 Balgat-ANKARA

Karşı Taraf : Biomerieux Diagnostik Mlz. ve Hiz. Tic. A.Ş.
Değirmen Sok. Nida Plaza K:6 Kozyatağı/İSTANBUL

İstemin Özeti : Ankara 10. İdare Mahkemesi'nin 26.04.2006 tarih ve E:2005/1064, K:2006/1108 sayılı kararının; ihaleyi yapan idarece gerçekleştirilen fiyat dışı unsur değerlendirmesinin, ihale dokümanı ve ihale mevzuatında bulunan esaslara uygun olarak herhangi bir şüpheye yer olmaksızın yapıldığı, söz konusu değerlendirmelerin ihaleye katılan istekliler yönünden herhangi bir belirsizliğe yol açmadığı gibi, rekabet ve saydamlık ilkelerine uygun bulunan değerlendirmeler dışında isteklilerce ileri sürülebilecek farklı bir değerlendirme metodu da bulunmadığı, ihale dokümanında belirlenen kriterlerin belli bir firmaya ait sistemi işaret edip etmediği ve rekabeti engelleyecek bir nitelik taşıyıp taşımadığına ilişkin iddiaların açıklığa kavuşturulması için, Gazi Üniversitesi Mikrobiyoloji Anabilim Dalından istenen ilk görüş üzerine Anabilim Dalınca verilen 09.03.2005 tarihli görüşün Kamu İhale Kurumu'nca yapılan incelemeye esas alınamayacağı anlaşılınca alınan görüşe ek olarak tekrar görüş alınmasına karar verildiği ve bu kez açıklamalı olarak yöneltilen sorulara, açıklamalı ve net görüşler alındığı ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hâkimi Erkan DEMİRTAŞ'ın Düşüncesi: Temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Gülen AYDINOĞLU'nun Düşüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce, Tetkik Hâkimi'nin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:

Dava, Uludağ Üniversitesi Döner Sermaye İşletme Müdürlüğü'nce 25.01.2005 tarihinde yapılan "Mikrobiyoloji Anabilim Dalına 3 Kalem Sarf Malzemesi Alımı" ihalesiyle ilgili olarak yapılan şikâyet başvurusunun reddi üzerine Kamu İhale Kurumu'na yapılan itirazen şikâyet başvurusunun reddine ilişkin Kamu İhale Kurulu'nun 29.03.2005 tarih ve

2005/UM.Z-632 sayılı kararının iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesince dosyanın incelenmesinden, anılan ihaleye ilişkin ihale dokümanını satın alan davacılar tarafından, ihale tarihi olan 25.01.2005 tarihinden 1 gün önce 24.01.2005 tarihinde idareye rekabet şartlarının oluşmadığı ve tek bir firmaya yönelik olarak teknik şartname hazırlandığından bahisle şikâyette bulunulduğunun, idarece verilen 28.01.2005 tarihli cevapta şikâyet başvurusunun reddedildiğinin, bunun üzerine davacının 15.02.2005 tarihinde Kurum kayıtlarına geçen dilekçesi ile Kamu İhale Kurulu'na itirazen şikâyette bulunduğunun, 29.03.2005 tarihli Kurul kararı ile itirazen şikâyetin uygun bulunmadığına karar verildiğinin anlaşıldığı, ihale konusu 1 nolu kalem için 500 adet panel, 2 nolu kalem için 500 adet kan kültür şişesi ve 3 nolu kalem için 500 adet tüberküloz kültür tüpü, bir kutu antibiyotik duyarlılık test kiti ve gerekli sarf malzemeleri olmak üzere, ihale dokümanında isteklilerden teklif edecekleri malzemelerle ilgili olarak toplam 1.500 adet numune istendiği, teslim edilen numunelerin çalışma ve karar verme aşamasından sonra kalan her bir kalemi için 400 adet numunenin firmalara iade edildiği, ihale ilanında yer alan fiyat dışı unsurlara ilişkin düzenlemede fiyat katkı payının % 60, fiyat dışı unsurların % 40 olduğu düzenlenerek nispi ağırlıkların belirlendiği, fakat nispi ağırlıkların hesaplanması ve değerlendirilmesiyle ilgili usul ve esasların, ağırlık katsayıların ve her bir fiyat dışı unsurun,fiyat dışı unsurların toplam ağırlığı içindeki dağılımının açıklanmadığı, bunun yanında, Kamu İhale Kurumu'nun 03.03.2005 tarihli dilekçesi ile; ihale şartnamesinde yer alan hususların tek bir firmaya ait sistemi işaret edip etmediğinin Gazi Üniversitesi Tıp Fakültesi Mikrobiyoloji Anabilim Dalından sorulduğu, 09.03.2005 tarihli cevapta,ihale dökümanında yer alan kriterlerin bir firmaya ait sistemi işaret ettiği ve rekabeti önleyici bir özellik taşıdığının belirtildiği, fakat bu durumun diğer firmaların ihaleye girmesini engellemediği görüşüne yer verildiği, Kurumun talebi üzerine tekrar inceleme yapan ve aynı öğretim görevlilerince oluşan heyetin 21.03.2005 tarihli ikinci görüş yazısında ise, ihale şartnamesinde yer alan kriterlerin verimliliği ve fonksiyonelliği sağlamaya yönelik özellikler olduğu ve tek bir firmayı işaret etmediği belirtilerek ilk raporla çelişkili bir ikinci rapor düzenlendiğinin görüldüğü, idarelerce yapılacak ihalelerde istenebilecek numune miktarına ilişkin mevzuatta bir belirleme olmadığı, istenen numune miktarının hasta sağlığı açısından önemli olan kalemlerin bilimsel olarak yeterliğini tespit açısından gerekli olduğu ve rekabete engel bir durum oluşturmadığı, idare tarafından teklif fiyatlarının değerlendirilmesine ilişkin %60 ve % 40 oranları ile ağırlıklı katkı puanlarının belirtildiği, ancak nispi ağırlıklar olarak belirlenen fiyat dışı unsurların hesaplama ve değerlendirmeye alınmasına ilişkin usul ve esasların ihale dokümanında belirtilmediği, bu durumun teklif verecek firmalar açısından belirsizlik teşkil ettiği, bunun yanı sıra ihale dokümanında belirlenen kriterlerin belli bir firmaya ait sistemi işaret edip etmediği ve rekabeti engelleyecek bir nitelik taşıyıp taşımadığı konusunda, Gazi Üniversitesi Mikrobiyoloji Ana Bilim Dalındaki aynı öğretim üyeleri tarafından birbiri ile çelişen iki farklı görüşün de bulunduğunun görüldüğü, bu durumda, davaya konu ihalenin ve ihale dökümanlarının ihalelerdeki rekabeti ve açıklığı engelleyici nitelikte ve temel ilkelere aykırı olduğu sonucuna varıldığından, 4734 sayılı

T.C.
D A N I Ş T A Y
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2006/4691
Karar No : 2008/7596

Yasa'nın 56/b maddesi uyarınca ihale işlemlerinin iptal edilmesi gerekirken, itirazen şikâyet başvurusunun reddi yolundaki Kamu İhale Kurulu kararında hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiş, bu karar davalı idare tarafından temyiz edilmiştir.

Dava konusu işlemin yukarıda özetlenen gerekçeyle iptali yolundaki temyize konu Ankara 10. İdare Mahkemesi'nin 26.04.2006 tarih ve E:2005/1064, K:2006/1108 sayılı kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49.maddesinin 1.fıkrasında sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, bozma istemi yerinde görülmeyerek anılan Mahkeme kararının onanmasına, dosyanın adı geçen Mahkemeye gönderilmesine 02.12.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan	Üye	Üye	Üye	Üye
Faruk	Ali	Orhun	Turan	Zümrüt
ÖZTÜRK	ÖZTÜRK	YET	KARAKAYA	ÖDEN

AA/16.12

T.C.
D A N I Ş T A Y
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2009/7074
Karar No : 2010/2940

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı): Bursa Büyükşehir Belediye Başkanlığı / BURSA
Vekili :Av. İsmail İNDİR (Aynı Adreste)

Karşı Taraf (Davacı) : Mehmet Nadir CAN
Vekili : Av. Hüseyin ÖZTÜRK
Esentepe Mah. Ankara Cad. Serik Sok. Oba-5 Apt. No:1
Kat:5 D:16 Kartal / İSTANBUL

İstemin Özeti : Bursa 3. İdare Mahkemesi'nin 16.10.2009 tarih ve E:2009/165, K:2009/770 sayılı kararının; dava süresinin ve ehliyet hususunun Mahkemece incelenmediği, dava konusu Encümen kararında ihalenin yapılmasına esas olan Meclis kararına ve 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'na aykırılık bulunmadığı, ihalenin ulusal bir gazetede yayımlanmak suretiyle duyurulduğu ve rekabetin gerçekleştiği, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun aradığı tüm koşullara uyulduğu, ihale konusu işlerin birlikte ihale edilmesinin mutat bir uygulama olup teknik bir zorunluluktan kaynaklandığı, işler arasında doğal bağlantı olduğu, elektronik ücret toplama sisteminin ve otobüs hatlarının metroyla entegre çalışmasının amaçlandığı, yolcuların ulaşım hizmetinden yararlanırken farklı işletmecilerin farklı işletme uygulamalarına maruz bırakılmamasının öngörüldüğü, raylı sistemin ancak yürüme mesafesi dışında kalan alanlarda lastik tekerlekli araçlarla desteklenmesi halinde kapasitesinin artacağı, Avrupa Birliği ülkelerinin metropol kentlerindeki yapılanmanın örnek alındığı, sistemin daha etkin ve güvenli hale getirilebilmesini teminen özel şartnamenin 2 maddesinde yükleniciye ek tesis ve yatırımlar yapma imkanının verilmesinin doğal olduğu, davacının iddiasının aksine kiralanan yerlerin şematik hat yerleşim planlarının ve yer altı istasyonlarına ait projelerinin belirli olduğu, geçici ve kesin teminat oranlarının idari şartnamede belirtildiği, sözleşme giderlerinin kimin tarafından üstelenileceği hususunun idari şartnamenin 7. maddesinde yer aldığı, ihalenin yabancı isteklilere de açık olduğu, rekabete aykırılık bulunmadığı, ihaleye katılma yeterliliğine sahip pek çok şirketin bulunduğu, kamu harcaması gerektirmeyen ve gelir elde etmeye yönelik olan bir ihale olduğundan 2886 sayılı Kanun'a göre ihale edilmesinin hukuka uygun olduğu, ulaşım sisteminin işletilmesi işinin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında bulunmadığı, UITP üyeliğinin sadece BURULAŞ'ta olduğu iddiasının doğru olmadığı, idari yargı yerlerinin yerindelik denetimi yapamayacağı ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hâkimi Burcu SİNOPLU'nun Düşüncesi: Temyize konu mahkeme kararının dava konusu 03.02.2009 tarihli Encümen kararına ve ihale işlemlerine ilişkin kısmının gerekçeli onanması, sözleşmenin iptaline ilişkin kısmının ise bozulması gerektiği düşünülmektedir.

T.C.
D A N I Ş T A Y
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2009/7074
Karar No : 2010/2940

Danıştay Savcısı Mehmet KARAOĞLU'nun Düşüncesi: Bursa Büyükşehir Belediye Başkanlığı'nca 03.02.2009 tarihinde yapılan "Bursa Büyükşehir Belediyesi sınırları içinde mevcut bütünleşik bilet sistemi kapsamında ve toplu ulaşım sistemi (TUS) içinde yer alan hafif raylı sistem, lastik tekerlekli toplu ulaşım sistemi ve bu sistemlerin işletilmesi için gereken mekanlar ve eklentilerinin amacı doğrultusunda 13.07.2016 tarihine kadar işletilmesi işi" konulu ihaleye ilişkin encümen kararının, ihale işlemlerinin ve yapılan sözleşmenin iptali istemiyle açılan dava sonucunda;Kamu İhale Kanunu'na tabi iken bu kanunun öngördüğü usulde yapılmayan, bir kısım işlerin kapsam ve içeriği yönünden açıklık taşımayan ve süresi bakımından Belediye Kanunu'na aykırılık taşıyan dava konusu encümen kararı ile yapılan ihaleye ilişkin işlemlerde ve bu ihale sonucu imzalanan sözleşmede hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varıldığı gerekçesiyle dava konusu işlemlerin iptaline ilişkin olarak verilen idare mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

İhalelerde, sözleşme aşamasına kadar yasaya dayanılarak idarece alınan karar ve yapılan işlemlerin iptali istemiyle açılan davaların idarî yargı yerinde, sözleşme yapıldıktan sonra sözleşme hükümlerinin uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıklar ile sözleşmeye karşı açılacak davaların özel hukuk hükümlerine göre adlî yargı yerinde görülüp, çözümlenmesi gerekmektedir.

İdarenin ihale sonucunda, özel hukuk hükümleri çerçevesinde, ihaleyi kazanan firma ile yaptığı sözleşmenin iptali istemine ilişkin uyuşmazlığın, adlî yargı yerinde çözümlenmesi gerektiğinden, davanın bu kısmının 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 15/1-a maddesi uyarınca görev yönünden reddine karar verilmesi gerekirken, işin esası incelenerek verilen İdare Mahkemesi kararının anılan kısmında hukuki isabet bulunmamaktadır.

Temyize konu kararın diğer kısımlarına yönelik olarak temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar kararın bu kısmının bozulabilmesini gerektirecek nitelikte bulunmadığından bu kısma yönelik temyiz talebi yerinde görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, temyize konu kararın, ihale sonucunda yapılan sözleşmenin iptali istemine ilişkin kısmının bozulmasına, diğer kısımlara yönelik temyiz talebinin ise reddine karar verilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra, dosya tekemmül ettiğinden yürütmenin durdurulması istemi hakkında ayrıca bir karar verilmeksizin esasa geçilip işin gereği görüşüldü:

Dava, Bursa Büyükşehir Belediye Başkanlığı'nca 03.02.2009 tarihinde yapılan "Bursa Büyükşehir Belediyesi sınırları içinde mevcut bütünleşik bilet sistemi kapsamında ve toplu ulaşım sistemi (TUS) içinde yer alan hafif raylı sistem, lastik tekerlekli toplu ulaşım sistemi ve bu sistemlerin işletilmesi için gereken mekanlar ve eklentilerinin amacı doğrultusunda

13.07.2016 tarihine kadar işletilmesi işi" konulu ihaleye ilişkin encümen kararının, ihale işlemlerinin ve yapılan sözleşmenin iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesi'nce, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu uyarınca belediyelerin yapacakları taşıma hizmetine ilişkin ihalelerin Kamu İhale Kanunu'na tabi olduğu, dava konusu encümen kararı ile ihale edilen hafif raylı sistem ve lastik tekerlekli toplu ulaşım sistemi işlerinin taşıma hizmeti olduğu açık olduğundan taşıma hizmetine ilişkin bu işlerin Devlet İhale Kanunu uyarınca değil, Kamu İhale Kanunu'nun öngördüğü usul uyarınca ihale edilmesi gerektiği, ayrıca ihaleye ilişkin dokümanlardan, hafif raylı sistem ve lastik tekerlekli toplu ulaşım sisteminin işletilmesi için gereken mekanlar ve eklentilerinin amacı doğrultusunda işletilmesi şeklinde tanımlanan ihale kaleminin kapsamı, sınırları ve içeriği yeterince ortaya konulmadığı için ihale hukukuna egemen olan açıklık ve saydamlık ilkesine aykırılık oluşturduğu, özel şartnamede söz konusu iş kapsamında ek tesis ve eklentiler yapılabileceği şeklindeki düzenleme dikkate alındığında, ihalenin bu kısmının aynı zamanda yapım işi olarak nitelendirilmesi mümkün olduğundan ihale edilecek işin kapsam ve içeriğinin ihale usulünün belirlenmesi açısından önem teşkil ettiği, bütün bunlarla birlikte, 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun 28. maddesi ile 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 67. maddesinde yer alan toplu ulaşım ve taşıma hizmetlerinin süresinin ilk mahalli idareler genel seçimlerini izleyen altıncı ayın sonunu geçmemek üzere ihale yoluyla üçüncü şahıslara gördürülebileceği şeklindeki düzenleme dikkate alındığında, 2016 yılına kadar geçerli olacak ihalenin süresi bakımından da mevzuata uyarlık taşımadığı, bu durumda, Kamu İhale Kanunu'na tabi iken bu kanunun öngördüğü usulde yapılmayan, bir kısım işlerin kapsam ve içeriği yönünden açıklık taşımayan ve süresi bakımından Belediye Kanunu'na aykırılık taşıyan dava konusu encümen kararı ile yapılan ihaleye ilişkin işlemlerde ve bu ihale sonucu imzalanan sözleşmede hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varıldığı gerekçesiyle dava konusu işlemlerin iptaline karar verilmiş olup, bu karar davalı idare tarafından temyiz edilmiştir.

Temyize konu kararın 03.02.2009 tarihli Encümen kararına ve ihale işlemlerine ilişkin kısmına ilişkin olarak,

4734 sayılı Kanun'un 2. maddesinde sayılan idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işleri ihalelerinin bu Kanun'a tabi olduğu belirtilmiş, anılan maddenin gerekçesinde de bu idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan yapacakları harcamalara ilişkin mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalelerinde uygulama birliğini sağlamanın amaçlandığı belirtilmiştir.

2886 sayılı Kanun'un 1. maddesinde de bu kanun kapsamındaki idarelerin alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa mülkiyetin gayrı aynî hak tesisi ve taşıma işlerinin bu kanuna göre yapılacağı belirtilmiş, ancak 4734 sayılı Kanun'un 68. maddesinin (a) bendinde bu Kanun kapsamında yer alan işlerin ihalelerinde 08.09.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmiştir.

Bu durumda, her iki kanunun da kapsamında bulunan davalı idare tarafından ihale yoluyla yapılacak olan işin niteliğinin belirlenerek tabi olduğu mevzuatın tespit edilmesi

gerekmektedir. İşin niteliği kamu kaynağı kullanılmasını gerektiren, idarenin harcama yapmak suretiyle temin edeceği mal alımı, hizmet alımı ya da yapım işi ise, Kamu İhale Kanunu'na, bunun dışında, kamu kaynağı kullanılmaksızın yapılacak olan satım, kiralama, trampa, mülkiyetin gayrı ayni hak tesisi ve taşıma işi ise Devlet İhale Kanunu'na tabi olacaktır.

Dosyanın incelenmesinden, davalı idarece 03.02.2009 tarihinde 2886 sayılı Kanun'un 36. maddesi uyarınca kapalı teklif usulü ile dava konusu ihalenin yapıldığı, ihaleye 3 isteklinin teklif zarfı sunduğu, ancak isteklilerden ikisinin teşekkür mektubu sunması üzerine, kalan tek katılımcı olan BURULAŞ Bursa Ulaşım-Toplu Taşım İşletmeciliği San. ve Tic. A.Ş.'nin ihaleyi kazandığı anlaşılmıştır.

İhale şartnamesinde ihale konusu işin "Bursa Büyükşehir Belediyesi sınırları içinde mevcut bütünleşik bilet sistemi kapsamında bulunan ve toplu ulaşım sistemi (TUS) içinde yer alan hafif raylı sistem, lastik tekerlekli toplu ulaşım sistemi ve bu sistemlerin işletilmesi için gereken mekanlar ve eklentilerinin amacı doğrultusunda 13.07.2016 tarihine kadar işletilmesi işi" olarak belirtildiği, ihale onay belgesinde tahmini bedelin 918.000,00 TL olarak gösterildiği, idari şartnamenin 4. maddesinde yüklenicinin ayrıca sistemden elde edilecek bilet gelirlerini, ortak alanların kiralanmasından elde edilecek gelirleri, kira gelirlerini, faiz gelirlerini ve diğer gelirleri alacağı ayrı bir hesapta toplayacağı, sistem ile ilgili her türlü işletme giderleri (personel ücretleri, tüm sigorta primleri, işsizlik sigorta primleri, personele sağlanan tüm aynî ve nakdî yardımlar, elektrik, doğalgaz, nakliye, taşıma, yakıt, su, eğitim, haberleşme, sabit tesislerin bakım-onarım giderleri ve diğer faturalı belgeli her türlü giderler ki; süresinde ödenmiş giderler olup gecikme zam ve faizleri hariç olmak kaydıyla) ile ödenen avanslar toplamı yukarıda sayılan gelirler toplamından çıkartıldıktan sonra kalan net tutarın asgari %90'ını Belediye İşletme Gelir Katkı Payı olarak ödeyeceği, tekliflerin belediye işletme gelir katkı payı oranı üzerinden verileceği, şartnamenin 11. maddesinde, ihale ilân ve şartnamesinde belirtilen bedelden aşağı olmamak üzere en yüksek teklifin uygun bedel olarak değerlendirileceğinin belirtildiği, 25. maddesinde kiralanan yerin su, elektrik, doğalgaz aboneliğinin kiracının kendi adına yaptırılacağı ve güvence bedelini kuruma yatıracağı, kiralananın su, elektrik, doğalgaz, havalandırma, ısıtma, telefon teleks, temizlik, vergi, vs. masraflarının kiracı tarafından ödeneceğinin belirtildiği görülmüştür.

Anılan idari şartname hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden söz konusu işin esas olarak kamu kaynağı kullanılmasını gerektirmeyen, idarenin harcama yapmaksızın ve gelir elde edecek şekilde yaptığı bir ihale olduğu kanaatine varılmaktadır. Ancak idarece düzenlenen ihale dokümanlarında açıklık ilkesine aykırı ve ihale usulünü değiştirecek türden çelişkilerin bulunmaması gerekmektedir.

İhale dokümanlarından olan teknik ve özel şartnameler, idari şartnameye aykırı olmamak koşuluyla, ihale konusu işin teknik özellikleri ve özel koşullarına ilişkin ayrıntılı düzenleme getiren belgelerdir. Bu nitelikteki düzenlemelerin idari şartnamede belirlenmiş konuların dışında ihale usulünü değiştirecek şekilde birtakım ifadeler içermesi temel ihale

ilkelerine aykırılık oluşturur.

Dava konusu ihalenin özel şartnamesinin 1. maddesinde yer alan "yüklenici" tanımında toplu ulaşım sistemini geliştirerek işleten firma olarak tanımlandıktan sonra, "ek tesis ve değişiklikler" başlıklı 2. maddesinde sistemin işletme amacına uygun, daha emniyetli ve verimli hale getirilmesi için gerekli ek tesis ve değişikliklerin yüklenici tarafından yapılabileceği, ancak hafif raylı sistem işletimini, sistem emniyetini ve verimliliğini etkileyecek ek tesis ve değişikliklerin idarenin onayı alınmadan yapılamayacağı, yapılan ek tesis ve değişikliklerin idare tarafından daha önce teslim edilen demirbaş listesine ilave edilecek tüm tesis ve değişikliklerin projelerine işleneceği, yapılacak ek tesis ve değişikliklerin imalinden sonra diğer tesisler ile aynı statüde idarenin mülkiyetine geçeceği, her yıl sonunda yapılan ek tesis ve değişikliklerin bir mutabakat zaptı ile taraflarca imza altına alınacağı, ek tesis ve yatırımlarda 250.000 TL-500.000 TL arası bedele kadar yüklenici firma talebi Mak. İkm. Bak. ve On. Dai. Bşk.'nın onayı ve Büyükşehir Belediyesi Genel Sekreterlik makamının oluru ile, 500.000TL bedelden yukarı işlemlerde yüklenici firma talebi Mak. İkm. Bak. ve On. Dai. Bşk. ile bağlı bulunduğu Genel Sekreterlik Makamının uygun görüşü alınarak Belediye Başkanının oluru ile gerçekleştirileceğinin belirtildiği, bu hükümlerin incelenmesinden idari şartnamede yer almayan bazı ek tesis ve değişikliklerin yapılmasının özel şartnameye dahil edildiğinin görüldüğü, söz konusu işlerin yapım işi niteliğinde olduğu, yatırımın miktarına göre idareden onay alınacak makamların belirlendiği, ancak bu yatırım bedelinin yüklenici firma tarafından karşılanacağının dosyadaki bilgi ve belgelere göre açık olmadığı, idare tarafından karşılanması halinde ise 4734 sayılı Kanun kapsamında sayılan "yapım işi" olarak değerlendirilmesi ve bu Kanun'a uygun surette ayrı olarak ihale edilmesi gerekeceğinden bu haliyle 2886 sayılı Kanun kapsamında anılan yapım işinin ihale edilemeyeceği anlaşılmıştır.

Öte yandan, 2886 sayılı Kanun'un 2. maddesinde bu Kanunun yürütülmesinde, ihtiyaçların en iyi şekilde, uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve ihalede açıklık ve rekabetin sağlanmasının esas olduğu, başka başka istekliler tarafından karşılanması mutat olan muhtelif işlerin bir eksiltmede toplanamayacağı, ancak, ihalelerinin ayrı ayrı yapılacağı açıklanmak suretiyle ilanlarının bir arada yapılabileceği hükme bağlanmıştır.4734 sayılı Kanun'un 5. maddesinde de aralarında kabul edilebilir doğal bir bağlantı olmadığı sürece mal alımı, hizmet alımı ve yapım işlerinin bir arada ihale edilemeyeceği belirtilmiştir.

Dava konusu ihalenin idari şartnamesinde, toplu ulaşım sistemi içerisindeki hafif raylı sistemin işletilmesi, lastik tekerlekli toplu ulaşım sisteminin işletilmesi, bu sistemlerin işletilmesi için gereken mekanlar ve eklentilerinin işletilmesi, bütünleşik bilet sisteminin işletilmesi gibi kalemlerin yer aldığı, bu işlerin ise başka başka istekliler tarafından karşılanmasının mutat olduğu, hafif raylı sistem işletmeciliğinin ayrı teknik yeterlilikler ve uzmanlık gerektirebileceği, lastik tekerlekli toplu ulaşım sistemi ile birlikte ihale edilmesi halinde her iki alanda da uzmanlığı olan firma sayısı daha az olacağından katılımın engelleneceği, lastik tekerlekli toplu ulaşım sisteminin raylı sisteme entegrasyonunun ve bilet sistemindeki bütünlüğün ayrı

ihalelere çıkılması durumunda da sağlanabileceği kanaatine varıldığından işin birden fazla kaleminin aralarında zorunlu bir bağlantı nedeniyle birlikte ihale edilmesi gerektiğinden söz edilmesi mümkün değildir.

Ayrıca temel ihale ilkelerinden olan açıklık ve saydamlık ilkeleri gereği ihale konusunun ve yüklenicinin sorumluluklarının ihale şartnamelerinde belirli şekilde yer alması gerekmektedir. İdari şartnamenin 24. maddesinde, bu şartnamede belirtilmemiş hususların ortaya çıkması halinde taraflar arasında ek sözleşme tanzim edileceğinin belirtilmesi nedeniyle şartnamedeki açık olmayan hususlarla ilgili idare ile yüklenici arasında ihaleden sonra anlaşma yapılabilmesine olanak tanındığı, "diğer hususlar" başlıklı 28. maddesinde Dünyadaki ve Türkiye'deki hafif raylı sistemlerin gelişimini izlemek üzere idarenin belirleyeceği yetkili kişilerin yüklenici firma yetkilileri ile birlikte tüm yurt içi ve yurt dışı masraflarının karşılanacağı, 45 kişilik bir otobüsün tüm giderleri yüklenici firma tarafından karşılanmak kaydıyla idarenin istediği tarihlerde hizmet emrine verileceği, ofis araç gereçlerinin idareye verileceği, 15 adet GSM hattı ve makinenin idareye verileceği şeklindeki düzenlemelerin ihale konusu işin yürütümü için ne şekilde gerekeceği ve ne amaçla istendiğinin de belirsiz olduğu, yine özel şartnamenin 7. maddesinde toplu ulaşım isteminin lastik tekerlekli ulaşım araçları ile beslenmesi, desteklenmesi idare tarafından talep edildiği taktirde yüklenicinin talep edildiği şekliyle sistemi destekleyeceğinin belirtildiği fakat bu konuda güzergah, tarih, ne şekilde kaç araçla destekleme yapılacağı gibi ayrıntılara yer verilmediği, özel şartnamenin 10. maddesinde yüklenicinin sistemin verimli çalışabilmesi için diğer toplu taşıma aktörleri ile ilgili bu sözleşmenin dışındaki faaliyetleri idarenin onayı alınmak kaydıyla teslim edilen tesislerde gerçekleştirilebileceğinin belirtildiği, ancak ne tür faaliyetlerin bu kapsamda değerlendirileceğinin belirsiz olduğu, 21. maddesinde idarenin teknik şartname ve ekleri içerisinde yer almayan konularla ilgili ek sözleşme yapma hakkına sahip olduğu belirtilerek yine teknik hususların sonradan kararlaştırılması imkanı getirildiği anlaşılmıştır. Benzer şekilde lastik tekerlekli araçların çalıştırılması ile ilgili teknik şartnamenin 2. maddesinin (b) bendinde yüklenicinin idare tarafından belirlenen araç adetleri ve zaman tarifelerine göre çalışacağı, hatların değişimi ya da hatların çoğaltılmasının ve azaltılmasının idarenin yetkisinde bulunduğu belirtilmiş olup, hangi hatlarda veya güzergahlarda kaç araçla çalışılacağının tespiti hususunun ihale sonrasına bırakılması da açıklık ilkesine aykırıdır.

Diğer yandan, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 67. maddesinde, Belediyede belediye meclisinin, belediyeye bağlı kuruluşlarda yetkili organın kararı ile park, bahçe, sera, refüj, kaldırım ve havuz bakımı ve tamiri; araç kiralama, kontrollük, temizlik, güvenlik ve yemek hizmetleri; makine-teçhizat bakım ve onarım işleri; bilgisayar sistem ve santralleri ile elektronik bilgi erişim hizmetleri; sağlıkla ilgili destek hizmetleri; fuar, panayır ve sergi hizmetleri; baraj, arıtma ve katı atık tesislerine ilişkin hizmetler; kanal bakım ve temizleme, alt yapı ve asfalt yapım ve onarımı, trafik sinyalizasyon ve aydınlatma bakımı, sayaç okuma ve sayaç sökme-takma işleri ile ilgili hizmetler; toplu ulaşım ve taşıma hizmetleri; sosyal tesislerin

işletilmesi ile ilgili işlerin, süresi ilk mahallî idareler genel seçimlerini izleyen altıncı ayın sonunu geçmemek üzere ihale yoluyla üçüncü şahıslara gördürülebileceği öngörüldüğünden, yapılacak ihalelerde anılan maddede belirtilen süre koşuluna da uyulması gerekmektedir.

Bu durumda, temel ihale ilkelerine aykırı şekilde, ihale usulünün belirlenmesinde tereddüte yol açacak nitelikte düzenlenen şartname ile ve idari şartnamede yer almayan 4734 sayılı Kanun kapsamındaki yapım işi olarak değerlendirilebilecek bazı iş kalemlerine özel şartnamede yer verilmek suretiyle yapılan, raylı sistemin ve lastik tekerlekli toplu ulaşım sisteminin zorunlu olmadığı halde birlikte ihale edildiği, bu nedenle katılımı azaltan nitelikte koşullar öngören ihalenin iptali gerektiğinden İdare Mahkemesi kararı sonucu itibariyle hukuka uygun bulunmaktadır.

İdare mahkemesi kararının; sözleşmenin iptaline ilişkin kısmına gelince;

Bilindiği gibi ihalelerde, sözleşme aşamasına kadar yasaya dayanılarak idarece alınan karar ve yapılan işlemlerin iptali istemiyle açılan davaların idarî yargı yerinde, sözleşme yapıldıktan sonra sözleşme hükümlerinin uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıklar ile sözleşmeye karşı açılacak davaların özel hukuk hükümlerine göre adlî yargı yerinde görülüp, çözümlenmesi gerekmektedir.

İdarenin ihale sonucunda, özel hukuk hükümleri çerçevesinde, ihaleyi kazanan firma ile yaptığı sözleşmenin iptali istemine ilişkin uyuşmazlığın, adlî yargı yerinde çözümlenmesi gerektiğinden, davanın bu kısmının 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 15/1-a maddesi uyarınca görev yönünden reddine karar verilmesi gerekirken, işin esası incelenerek verilen İdare Mahkemesi kararının anılan kısmında hukuki isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, Bursa 3. İdare Mahkemesi'nin 16.10.2009 tarih ve E:2009/165, K:2009/770 sayılı kararının; ihaleye ilişkin encümen kararının ve ihale işlemlerinin iptaline ilişkin kısmının yukarıda belirtilen gerekçeyle onanmasına, ihale sonucunda yapılan sözleşmenin iptali istemine ilişkin kısmının 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49/1-c maddesi uyarınca bozulmasına, bozulan kısım hakkında yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkeme'ye gönderilmesine, 06.04.2010 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan	Üye	Üye	Üye	Üye
Faruk	Turan	Taci	H. Neşe	Gürsel
ÖZTÜRK	KARAKAYA	BAYHAN	SARI	MEKİK

AÇIK İHALE USULÜ İLE İHALE EDİLEN ŞIRNAK TARIM İL MÜDÜRLÜĞÜ HİZMET BİNASI VE LOJMAN (10 Daire)İNŞAATI YAPIM İŞİ

İŞİNDE UYGULANACAK İDARİ ŞARTNAME

I- İHALENİN KONUSU VE TEKLİF VERMEYE İLİŞKİN HUSUSLAR

Madde 1 - İdareye ilişkin bilgiler

1.1. İdarenin;

a) Adı:**BAYINDIRLIK VE İSKAN BAKANLIĞI MÜSTEŞARLIK Şırnak Bayındırlık ve İskan İl Müdürlüğü**

b) Adresi:**DİCLE MAH.EĞİTİM CAD.NO:17 /ŞIRNAK**

c) Telefon numarası:**4862162092**

ç) Faks numarası:**4862162093**

d) Elektronik posta adresi:**sirnak@bayindirlik.gov.tr**

e) İlgili personelinin adı, soyadı ve unvanı:**Ömer CANORUÇ (Teknisyen)**

1.2. İstekliler, ihaleye ilişkin bilgileri yukarıdaki adres ve numaralardan görevli personelle irtibat kurmak suretiyle temin edebilirler.

Madde 2 - İhale konusu işe ilişkin bilgiler

2.1. İhale konusu işin

a) Adı:**ŞIRNAK TARIM İL MÜDÜRLÜĞÜ HİZMET BİNASI VE LOJMAN (10 Daire)İNŞAATI YAPIM İŞİ**

b) Yatırım proje no""""""""""su/kodu:**1986A020020**

c) Miktarı (fiziki) ve türü:

1 Adet Tarım Hizmet Binası ve 10 Daireli lojman yapımı

ç) Yapılacağı yer:**ŞIRNAK-Merkez**

d) Bu bent boş bırakılmıştır.

Madde 3 - İhaleye ilişkin bilgiler ile ihale ve son teklif verme tarih ve saati

3.1.

a)İhale kayıt numarası:**2010/505372**

b) İhale usulü: Açık ihale.

c) Tekliflerin sunulacağı adres:**ŞIRNAK BAYINDIRLIK VE İSKAN MÜDÜRLÜĞÜ İHALE SALONU**

ç) İhalenin yapılacağı adres:**ŞIRNAK BAYINDIRLIK VE İSKAN MÜDÜRLÜĞÜ DİCLE MAH.EĞİTİM CAD.NO:17 ŞIRNAK**

d) İhale tarihi:**19.10.2010**

e) İhale saati:**10:00**

f) İhale son teklif verme tarihi:**19.10.2010**

g) İhale son teklif verme saati:**10:00**

h) İhale komisyonunun toplantı yeri:**ŞIRNAK BAYINDIRLIK VE İSKAN MÜDÜRLÜĞÜ İHALE SALONU**

3.2. Teklifler, ihale (son teklif verme) tarih ve saatine kadar yukarıda belirtilen yere verilebileceği gibi, iadeli taahhütlü posta yoluyla da gönderilebilir. İhale (son teklif verme) saatine kadar İdareye ulaşmayan teklifler değerlendirmeye alınmaz.

3.3. Verilen teklifler, zeyilname düzenlenmesi hali hariç, herhangi bir sebeple geri alınamaz.

3.4. İhale tarihinin tatil gününe rastlaması halinde ihale, takip eden ilk iş gününde yukarıda belirtilen yer ve saatte yapılır ve bu saate kadar verilen teklifler kabul edilir.

3.5. İlan tarihinden sonra çalışma saatlerinin değişmesi halinde de ihale yukarıda belirtilen saatte yapılır.

3.6. Saat ayarlarında, Türkiye Radyo Televizyon Kurumunun (TRT) ulusal saat ayarı esas alınır.

Madde 4 - İhale dokümanının görülmesi ve temini

4.1. İhale dokümanı aşağıda belirtilen adreste bedelsiz olarak görülebilir. Ancak, ihaleye teklif verecek olanların, İdarece onaylı ihale dokümanını satın alması zorunludur.

a) İhale dokümanının görülebileceği yer:**ŞIRNAK BAYINDIRLIK VE İSKAN MÜDÜRLÜĞÜ**

b) İhale dokümanının görülebileceği internet adresi:**www.sirnak@bayindirlik.gov.tr**

c) İhale dokümanının satın alınabileceği yer:**ŞIRNAK BAYINDIRLIK VE İSKAN MÜDÜRLÜĞÜ**

ç) İhale dokümanı satış bedeli (varsa vergi dahil):**150 TRY (Türk Lirası) (yüzellitürklirası)**

d) Bu madde boş bırakılmıştır

4.2. İhale dokümanını satın almak isteyenler, ihale dokümanını oluşturan belgelerin aslına uygunluğunu ve belgelerin tamam olup olmadığını kontrol eder. Bu incelemeden sonra, ihale dokümanını oluşturan belgelerin tamamının aslına uygun olarak teslim alındığına dair standart form biri satın alana verilmek üzere iki nüsha olarak düzenlenir.

4.3. Bu madde boş bırakılmıştır.

4.4. İhale dokümanının tamamını veya bir kısmını oluşturan belgelerin, Türkçe yanında başka dillerde de hazırlanıp isteklilere verilmesi halinde, ihale dokümanının anlaşılmasında, yorumlanmasında ve anlaşmazlıkların çözümünde Türkçe metin esas alınır.

Madde 5 - İhale dokümanının kapsamı

5.1. İhale dokümanı aşağıdaki belgelerden oluşmaktadır:

a) İdari Şartname.

b) Teknik Şartnameler.

c) Sözleşme Tasarısı.

ç) Yapım İşleri Genel Şartnamesi. (İhale dokümanı kapsamında verilmemiştir.)

d) Standart formlar:

Standart Form-KİK015.2/Y: Anahtar Teslim Götürü Bedel Teklif Mektubu, Standart Form-KİK021.0/Y: İş Ortaklığı Beyannamesi, Standart Form-KİK023.1/Y: Geçici Teminat Mektubu, Standart Form-KİK023.2/Y: Kesin Teminat Mektubu, Standart Form-KİK024.0/Y: Banka Referans Mektubu, Standart Form-KİK025.1/Y: Form-KİK025.2/Y: Form-KİK025.3/Y: Anahtar Teknik Personel Listesi Formu, Anahtar Teknik Personel Beyannamesi ve Anahtar Teknik Personel Niteliğindeki Personel Beyannamesi , Standart Form-KİK026.1/Y: Form-KİK026.2/Y: Form-KİK027.0/Y: Form-KİK028.1/Y: Form-KİK028.2/Y: Form-KİK029.1/Y: Form-KİK029.2/Y: Form-KİK030.1/Y: Form-KİK030.2/Y: İş Deneyim Belgesi (Yüklenici İş Bitirme, Yüklenici İş Durum, Alt Yüklenici İş Bitirme, İş Denetleme, İş Yönetme, Devam Eden İşler İçin İş Deneyim Belgesi-İş Denetleme, Devam Eden İşler İçin İş Deneyim Belgesi-İş Yönetme, İş Denetleme/İş Yönetme Belgesi ve Devam Eden İşler İçin İş Deneyim Belgesi-İş Denetleme/İş Yönetme), Standart Form-KİK031.1/Y: Form-KİK031.2/Y: Form-KİK031.3/Y: İş Bitirme/Durum/Yönetme/Denetleme Belgesinin Kullanılmasına İlişkin Ortaklık Durum Belgesi, İş Denetleme Belgesinin Kullanılmasına İlişkin Ortaklık Durum Belgesi ve Mezuniyet Belgesinin Kullanılmasına İlişkin Ortaklık Durum Belgesi

e)

Teklif fiyatının aşırı düşük olduğu tespit edilen istekliler tekliflerinde önemli olduğu tespit edilen bileşenlerine ilişkin olarak; Anahtar Teslimi Götürü Bedel İşlerde, toplam teklif bedelini oluşturan iş kalemleri ve/veya iş gruplarına ait miktarlar ve bunlara ait birim fiyatların gösterildiği hesap cetveli ile açıklama istenen iş kalemleri ve/veya iş gruplarının birim fiyatlarına ilişkin KİK tarafından belirlenen analiz formatına uygun analizleri sunacaklardır.

Anahtar Teslimi Götürü Bedel İşlerde; İş kalemleri ve/veya iş gruplarının yapım şartlarına bağlı kalınarak, her iş kalemi/iş grubunun içeriğine göre

"malzeme,işçilik,makine ve diğerleri (varsa; nakliyeler, inşaat yerindeki yükleme, boşaltma, yatay ve düşey taşımalar, zamlar v.b.) analizlerde belirtilmesi gerekmektedir.

5.2. Ayrıca, bu Şartnamenin ilgili hükümleri gereğince İdarenin düzenleyeceği zeyilnameler ile isteklilerin yazılı talebi üzerine İdare tarafından yapılan yazılı açıklamalar, ihale dokümanının bağlayıcı bir parçasıdır.
5.3. İstekli tarafından, ihale dokümanının içeriği dikkatli bir şekilde incelenmelidir. Teklifin verilmesine ilişkin şartların yerine getirilmemesinden kaynaklanan sorumluluk teklif verene aittir. İhale dokümanında öngörülen kriterlere ve şekil kurallarına uygun olmayan teklifler değerlendirmeye alınmaz.

Madde 6 - Bildirim ve tebligat esasları
6.1. Bildirim ve tebligat iadeli taahhütlü posta yoluyla veya imza karşılığı elden yapılır. Ancak ihale dokümanının satın alındığına ilişkin formda ve/veya teklif mektubunda elektronik posta adresinin ve/veya faks numarasının belirtilmesi ve bu adrese veya faks numarasına yapılacak bildirimlerin kabul edileceğinin taahhüt edilmesi kaydıyla, İdare tarafından elektronik posta yoluyla veya faksla bildirim de yapılabilir.
6.2. İadeli taahhütlü mektupla yapılan tebligatta mektubun postaya verilmesini takip eden yedinci gün, yabancı isteklilerde ise ondokuzuncu gün tebliğ tarihi sayılır. Tebligatın bu tarihten önce muhataba ulaşması halinde ise fiili tebliğ tarihi esas alınır.
6.3. Elektronik posta yoluyla veya faks ile yapılan bildirimlerde, bildirim tarihi tebliğ tarihi sayılır. Bu şekilde yapılan bildirimlerin aynı gün İdare tarafından teyit edilmesi zorunludur. Aksi takdirde bildirim yapılmamış sayılır. Teyit işleminin gerçekleşmiş kabul edilmesi için tebligatın iadeli taahhütlü mektupla bildirime çıkarılmış olması yeterlidir. Elektronik posta yoluyla veya faks ile yapılan bildirimler, bildirim tarihi ve içeriğini de kapsayacak şekilde ayrıca belgelenir.
6.4. Elektronik posta yoluyla yapılacak bildirimler, İdarenin resmi elektronik posta adresi kullanılarak yapılır.
6.5. İdare tarafından ortak girişimlere yapılacak bildirim ve tebligat yukarıdaki esaslara göre pilot/koordinatör ortağa yapılır.
6.6. İstekli olabilecekler ve istekliler tarafından İdareyle yapılacak yazışmalarda, elektronik posta ve faks kullanılamaz. Ancak bu Şartnamenin 4.3. maddesinde ihale dokümanının posta yoluyla satılması hususunun düzenlenmiş olması şartıyla, ihale dokümanının posta yoluyla satın alınmasına ilişkin talepler faksla yapılabilir.

II- İHALEYE KATILMAYA İLİŞKİN HUSUSLAR

Madde 7 - İhaleye katılabilmek için gereken belgeler ve yeterlik kriterleri
7.1. İsteklilerin ihaleye katılabilmeleri için aşağıda sayılan belgeleri teklifleri kapsamında sunmaları gerekir:
a) Mevzuatı gereği kayıtlı olduğu ticaret ve/veya sanayi odası ya da esnaf ve sânatkar odası veya ilgili meslek odası belgesi;
1) Gerçek kişi olması halinde, kayıtlı olduğu ticaret ve/veya sanayi odasından ya da esnaf ve sânatkar odasından veya ilgili meslek odasından, ilk ilan veya ihale tarihinin içinde bulunduğu yılda alınmış, odaya kayıtlı olduğunu gösterir belge,
2) Tüzel kişi olması halinde, ilgili mevzuatı gereği kayıtlı bulunduğu ticaret ve/veya sanayi odasından, ilk ilan veya ihale tarihinin içinde bulunduğu yılda alınmış, tüzel kişiliğin odaya kayıtlı olduğunu gösterir belge.
b) Teklif vermeye yetkili olduğunu gösteren imza beyannamesi veya imza sirküleri;
1) Gerçek kişi olması halinde, noter tasdikli imza beyannamesi,
2) Tüzel kişi olması halinde, ilgisine göre tüzel kişiliğin ortakları, üyeleri veya kurucuları ile tüzel kişiliğin yönetimindeki görevlileri belirten son durumu gösterir Ticaret Sicil Gazetesi, bu bilgilerin tamamının bir Ticaret Sicil Gazetesinde bulunmaması halinde, bu bilgilerin

tümünü göstermek üzere ilgili Ticaret Sicil Gazeteleri veya bu hususları gösteren belgeler ile tüzel kişiliğin noter tasdikli imza sirküleri.
c) Bu Şartname ekinde yer alan standart forma uygun teklif mektubu.
ç) Bu Şartnamede belirlenen geçici teminata ilişkin geçici teminat mektubu veya geçici teminat mektupları dışındaki teminatların Saymanlık ya da Muhasebe Müdürlüklerine yatırıldığını gösteren makbuzlar.
d) Bu şartnamenin 7.4. ve 7.5. maddelerinde belirtilen, şekli ve içeriği Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde düzenlenen yeterlik belgeleri.
e) Vekaleten ihaleye katılma halinde, vekil adına düzenlenmiş, ihaleye katılmaya ilişkin noter onaylı vekaletname ile vekilin noter tasdikli imza beyannamesi
f) İsteklinin ortak girişim olması halinde, bu Şartname ekinde yer alan standart forma uygun iş ortaklığı beyannamesi,
g) Alt yüklenici çalıştırılmasına izin verilmesi halinde, alt yüklenici kullanacak olan isteklinin alt yüklenicilere yaptırmayı düşündüğü işlerin listesi.
ğ) (Mülga:26/06/2010-27623 R.G./4 md.)
h) Tüzel kişi tarafından iş deneyimi göstermek üzere sunulan belgenin, tüzel kişiliğin yarısından fazla hissesine sahip ortağına ait olması halinde, ticaret ve sanayi odası/ticaret odası bünyesinde bulunan ticaret sicil memurlukları veya yeminli mali müşavir ya da serbest muhasebeci mali müşavir tarafından ilk ilan tarihinden sonra düzenlenen ve düzenlendiği tarihten geriye doğru son bir yıldır kesintisiz olarak bu şartın korunduğunu gösteren belge.
ı) Tüzel kişi tarafından iş deneyimini göstermek üzere, en az beş yıldır en az % 51 hissesine sahip mimar veya mühendis ortağının mezuniyet belgesinin sunulması durumunda; ticaret ve sanayi odası/ticaret odası bünyesinde bulunan ticaret sicil memurlukları veya yeminli mali müşavir ya da serbest muhasebeci mali müşavir tarafından, ilk ilan tarihinden sonra düzenlenen ve düzenlendiği tarihten geriye doğru son beş yıldır kesintisiz olarak bu şartın korunduğunu gösteren belge
i) Bu bent boş bırakılmıştır
7.2. İhaleye iş ortaklığı olarak teklif verilmesi halinde;
7.2.1. İş ortaklığının her bir ortağı tarafından 7.1. maddesinin (a) ve (b) bentlerinde yer alan belgelerin ayrı ayrı sunulması zorunludur. İş ortaklığının tüzel kişi ortağı tarafından, iş deneyimini göstermek üzere sunulan belgenin tüzel kişiliğin yarısından fazla hissesine/en az % 51 hissesine sahip ortağına ait olması halinde bu ortak (h) ve (ı) bendindeki belgeyi de sunmak zorundadır.
7.3. İhaleye konsorsiyum olarak teklif verilmesi halinde;
7.3.1. İhaleye konsorsiyum olarak teklif verilmesine izin verilmediğinden bu madde boş bırakılmıştır
7.4. Ekonomik ve mali yeterliğe ilişkin belgeler ve bu belgelerin taşıması gereken kriterler:
7.4.1. İsteklinin teklif ettiği bedelin % 10''''''''''''''''undan az olmamak üzere bankalar nezdindeki kullanılmamış nakdi veya gayrinakdi kredisi ya da üzerinde kısıtlama bulunmayan mevduatını gösteren banka referans mektubu sunması zorunludur. Banka referans mektubunun ilk ilan tarihinden sonra düzenlenmiş olması zorunludur.
Yukarıdaki kriter, mevduat ve kredi tutarları toplanmak ya da birden fazla banka referans mektubu sunulmak suretiyle de sağlanabilir.
İş ortaklığında, ortaklardan biri, birkaçı veya tamamı tarafından ortaklık oranına bakılmaksızın bu yeterlik kriteri sağlanabilir. Konsorsiyumda ise bu belgelerin her bir ortak tarafından, kendi kısmı için belirlenen yeterlik kriterini sağlayacak şekilde sunulması gerekir.
7.4.2. İsteklinin ihalenin yapıldığı yıldan önceki yıla ait yılsonu bilançosu ve bilançonun gerekli görülen bölümleri veya bu belgelere eşdeğer belgeler.
Bu durumda;

a) Belli sürelerde nakit akışını sağlayabilmesi için gerekli likiditeye ve kısa dönem (bir yıl) içinde borç ödeme gücüne sahip olup olmadığını gösteren cari oranın (dönen varlıklar/kısa vadeli borçlar) en az 0,50 olması (hesaplama yapılırken; varsa yıllara yaygın inşaat maliyetleri dönen varlıklardan, hakediş gelirleri ise kısa vadeli borçlardan düşülecektir),
b) Aktif varlıkların ne kadarının öz kaynaklardan oluştuğunu gösteren öz kaynak oranının (öz kaynaklar/toplam aktif) en az 0,10 olması (hesaplama yapılırken, varsa yıllara yaygın inşaat maliyetleri toplam aktiflerden düşülecektir),
c) Kısa vadeli banka borçlarının öz kaynaklara oranının 0,75'''''''''''''''''den küçük olması,gerekir ve bu üç kriter birlikte aranır. Sunulan bilançolarda varsa yıllara yaygın inşaat maliyetleri ile hakediş gelirlerinin gösterilmesi zorunludur.
Yukarıda belirtilen kriterleri bir önceki yılda sağlayamayanlar, son üç yıla kadar olan yılların belgelerini sunabilirler. Bu takdirde, belgeleri sunulan yılların parasal tutarlarının ortalaması üzerinden yeterlik kriterlerinin sağlanıp sağlanmadığına bakılır.
Bilanço veya bilançonun gerekli görülen bölümlerinin ilgili mevzuatına göre düzenlenmiş ve yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir ya da vergi dairesince onaylanmış olması zorunludur. Yabancı ülkede düzenlenen bilanço veya bilançonun gerekli görülen bölümlerinin ise o ülke mevzuatına göre düzenlenmesi ve bu belgeleri düzenlemeye yetkili merci tarafından onaylanmış olması gereklidir.
İsteklinin ortak girişim olması halinde, ortakların her birinin istenen belgeleri ayrı ayrı sunması ve ikinci fıkranın (a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilen kriterleri sağlaması zorunludur.
7.4.3. İş hacmini gösteren belgeler;
a) İhalenin yapıldığı yıldan önceki son üç yıllık dönemdeki her yıla ait toplam ciroları gösteren gelir tabloları,
b) Taahhüt altında devam eden yapım işlerinin gerçekleştirilen kısmının veya bitirilen yapım işlerinin parasal tutarını gösteren son üç yılda düzenlenmiş faturaları,
İsteklinin birinci fıkrada belirtilen belgelerden birini sunması yeterlidir.
Son üç yıla kadarki yıllara ait bu iki belgenin idarece istenilmesi zorunludur. İsteklilerin ise bu iki belgeden birini sunmaları yeterlidir.
Birinci fıkrada sayılan belgelerin istenildiği durumlarda; belgeleri sunulan yıllara ait tutarların toplamının 1/3'''''''''''''''''ünün; ciro için teklif edilen bedelin % 15'''''''''''''''''inden, taahhüt altında devam eden yapım işlerinin gerçekleştirilen kısmının veya bitirilen yapım işlerinin parasal tutarı için ise teklif edilen bedelin % 12'''''''''''''''''inden az olmaması gerekir. Bu kriterlerden herhangi birini sağlayan ve sağladığı kritere ilişkin belgeyi sunan istekli yeterli kabul edilir.
Bu kriterleri son üç yılda sağlayamayanlar, son altı yıla kadarki belgelerini sunabilirler. Bu takdirde, belgeleri sunulan yılların parasal tutarlarının ortalaması üzerinden yeterlik kriterlerinin sağlanıp sağlanmadığına bakılır.
Gelir tablosunun, taahhüt altında devam eden yapım işlerinin gerçekleştirilen kısmının veya bitirilen yapım işlerinin parasal tutarını tevsik etmek üzere; fatura örnekleri ya da bu örneklerin noter, yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir ya da vergi dairesince onaylı suretleri sunulur. Yabancı ülkede düzenlenen gelir tablosunun o ülke mevzuatına göre düzenlenmesi ve bu belgeyi düzenlemeye yetkili merci tarafından onaylanmış olması gereklidir.
İş ortaklığı olarak ihaleye katılan isteklilerde; iş hacmine ilişkin kriterlerin, her bir ortak tarafından iş ortaklığındaki hissesi oranında sağlanması zorunludur.
7.5. Mesleki ve teknik yeterliğe ilişkin belgeler ve bu belgelerin taşıması gereken kriterler:
7.5.1. İsteklinin, yurt içinde veya yurt dışında kamu veya özel sektöre bedel içeren bir sözleşme kapsamında taahhüt edilen ihale konusu iş veya benzer işlere ilişkin olarak;

a) İlk ilan tarihinden geriye doğru son onbeş yıl içinde geçici kabulü yapılan,
b) İlk ilan tarihinden geriye doğru son onbeş yıl içinde geçici kabulü yapılan işlerde, ilk sözleşme bedelinin en az % 80"""""""""i oranında denetlenen ya da yönetilen,
c) Devam eden işlerde; ilk sözleşme bedelinin tamamlanması şartıyla, ilk ilan tarihinden geriye doğru son onbeş yıl içinde gerçekleşme oranı toplam sözleşme bedelinin en az % 80"""""""""ine ulaşan ve kusursuz olarak gerçekleştirilen,
ç) Devam eden işlerde; ilk sözleşme bedelinin tamamlanması şartıyla, ilk ilan tarihinden geriye doğru son onbeş yıl içinde gerçekleşme oranı toplam sözleşme bedelinin en az % 80"""""""""ine ulaşan ve kusursuz olarak gerçekleştirilen işlerde; ilk sözleşme bedelinin en az % 80"""""""""i oranında denetlenen ya da yönetilen,
d) Devredilen işlerde, devir öncesindeki veya sonrasındaki dönemde ilk sözleşme bedelinin en az % 80"""""""""inin gerçekleştirilmesi şartıyla, ilk ilan tarihinden geriye doğru son onbeş yıl içinde geçici kabulü yapılan,
işlere ilişkin deneyimini gösteren belgeleri sunması zorunludur. İstekli tarafından teklif edilen bedelin % **100**"""""""""inden az olmamak üzere, ihale konusu iş veya benzer işlere ait tek sözleşmeye ilişkin iş deneyimini gösteren belgelerin sunulması gerekir.
İş ortaklığında, pilot ortağın istenen asgari iş deneyim tutarının en az % 80"""""""""ini, diğer ortakların her birinin ise, istenen asgari iş deneyim tutarının en az % 20"""""""""sini, konsorsiyumda ise, her bir ortağın kendi kısmı için istenen asgari iş deneyim tutarını sağlaması zorunludur.
7.5.2.

a) Anahtar Teknik personel:

Aşağıda belirtilen nitelik ve sayıda anahtar teknik personelin Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde

belirtilen esaslar doğrultusunda düzenlenmiş belgeleri. sunacaklardır

Adedi	Meslek Ünvanı	Mesleki Özellikleri
1	İnşaat Mühendisi	Enaz 5 yıl deneyimli

Anahtar Teknik personelin en az 5 yıl deneyimli İnşaat Mühendisi olması, bu kişilerin ihale tarihinden önce işe alınmış ve ihale tarihi itibariyle isteklinin bünyesinde bulunuyor olması, Özel sektörde geçen deneyim süresi ilgili meslek odası kayıt süresini gösteren belgeyle, kamuda geçen deneyim süresi hizmet çizelgesi ve/veya meslek odası üye kayıt belgesiyle isteklinin bünyesinde bulunuyor olduğu hususu ise, ilgili adına prim ödendiğini veya ilgilinin işe alındığını gösteren Sosyal güvenlik kurumu onaylı belgeler ile tevsik edilir. Bu niteliklere sahip gerçek kişi isteklilerden ; şahıs şirketi ortaklarından Limited şirketlerde Müdürlük görevini yürüten ortaklarından, Anonim şirketlerin Yönetim kurulu Başkanı, Yönetim Kurulu üyeleri, murahhas Müdür ve Genel Müdür ortaklarından, ortak girişimlerin ise gerçek kişi ortaklarından ve tüzel kişi ortaklarının yukarıda sayılan ünvanları taşıyan gerçek kişi ortaklarından ve tüzel kişi ortaklarının yukarıda sayılan ünvanları taşıyan gerçek kişi ortaklarından isteklinin bünyesinde çalıştığına dair belge aranmaz. İş ortaklığında, ortaklık oranına bakılmaksızın, pilot ve diğer ortaklara ait anahtar Teknik personelin tamamı değerlendirilir.Anahtar Teknik personel olarak gösterilen personel aynı zamanda teknik personel olarak ihale konusu işte istihdam edilemez.

İsteklinin ticari faaliyette bulunduğu yerde kesintisiz şekilde ve işin niteliğine uygun olarak yukarıda belirtilen sayı ve nitelikte anahtar teknik personel çalışıtırılması ve bu durumun belgelendirilmesi gerekir. Bu personelin; özel sektörde geçen deneyim süresi ilgili meslek odası üye kayıt belgesiyle, kamuda geçen deneyim süresi hizmet çizelgesi ve/veya meslek odası üye kayıt belgesiyle, isteklinin bünyesinde bulunduğu hususu ise ilgili adına prim ödendiğini gösteren sosyal güvenlik kurumu onaylı belgeler ile tevsik edilir.
7.5.3. Bu bent boş bırakılmıştır.
7.5.4.

Bu işte istenen Asgari ekipman listesi

ADEDİ	CİNSİ	ÖZELLİĞİ-KAPASİTESİ
2	KAMYON	10 TON
	Yük Asansörü	500 Kğ

1

7.6. Bu ihalede benzer iş olarak kabul edilecek işler:

29.12.2005 tarih ve 26038 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Yapım İşlerinde İş deneyiminde değerlendirilecek benzer işlere dair tebliğ◆de yer alan (B) üst yapı (Bina Grubu) işlerden B/1V gruptaki işler benzer işlere denk sayılacaktır

7.6.1. Mezuniyet belgeleri/diplomalar: **İnşaat Mühendisliği veya Mimarlıktır**
7.7. Belgelerin sunuluş şekli
7.7.1. İstekliler, yukarıda sayılan belgelerin aslını veya aslına uygunluğu noterce onaylanmış örneklerini vermek zorundadır. Ancak Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi Nizamnamesi"""""""""nin 9 uncu maddesinde yer alan hüküm çerçevesinde; Gazete İdaresince veya Türkiye Odalar ve Borsalar Birliğine bağlı odalarca "aslının aynıdır" şeklinde onaylanarak isteklilere verilen Ticaret Sicili Gazetesi suretleri ile bunların noter onaylı suretleri de kabul edilecektir.
7.7.2. Noter onaylı belgelerin aslına uygun olduğunu belirten bir şerh taşıması zorunlu olup, sureti veya fotokopisi görülerek onaylanmış olanlar ile "ibraz edilenin aynıdır" veya bu anlama gelecek bir şerh taşıyanlar geçerli kabul edilmeyecektir.
7.7.3. İstekliler, istenen belgelerin aslı yerine ihale tarihinden önce İdare tarafından "aslı idarece görülmüştür" veya bu anlama gelecek şekilde şerh düşülen suretlerini tekliflerine ekleyebilirler.
7.7.4. Türkiye Cumhuriyetinin yabancı ülkelerde bulunan temsilcilikleri tarafından düzenlenen belgeler dışında yabancı ülkelerde düzenlenen belgeler ile yabancı ülkelerin Türkiye"""""""""deki temsilcilikleri tarafından düzenlenen belgelerin tasdik işlemi:
7.7.4.1. Tasdik işleminden, belgedeki imzanın doğruluğunun, belgeyi imzalayan kişinin hangi sıfatla imzaladığının ve varsa üzerindeki mühür veya damganın aslı ile aynı olduğunun teyidi işlemi anlaşılır.
7.7.4.2. Yabancı Resmi Belgelerin Tasdiki Mecburiyetinin Kaldırılması Sözleşmesine taraf ülkelerde düzenlenen ve bu Sözleşmenin 1 inci maddesi kapsamında bulunan resmi belgeler, "apostil tasdik şerhi" taşıması kaydıyla Türkiye Cumhuriyeti Konsolosluğu veya Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı tasdik işleminden muaftır.
7.7.4.3. Türkiye Cumhuriyeti ile diğer devlet veya devletler arasında, belgelerdeki imza, mühür veya damganın tasdik işlemini düzenleyen hükümler içeren bir anlaşma veya sözleşme bulunduğu takdirde, bu ülkelerde düzenlenen belgelerin tasdik işlemi bu anlaşma veya sözleşme hükümlerine göre yaptırılabilir.
7.7.4.4. "Apostil tasdik şerhi" taşımayan veya tasdik işlemine ilişkin özel hükümler içeren bir anlaşma veya sözleşme kapsamında sunulmayan yabancı ülkelerde düzenlenen belgelerin üzerindeki imzanın, mührün veya damganın alındığı ülkedeki Türkiye Cumhuriyeti Konsolosluğu tarafından veya sırasıyla belgenin düzenlendiği ülkenin Türkiye"""""""""deki temsilciliği ile Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı tarafından tasdik edilmesi gerekir. Türkiye Cumhuriyeti Konsolosluğunun bulunmadığı ülkelerde düzenlenen belgeler ise sırasıyla, düzenlendiği ülkenin Dışişleri Bakanlığı, bu ülkeyle ilişkilerden sorumlu Türkiye Cumhuriyeti Konsolosluğu veya bu ülkenin Türkiye"""""""""deki temsilciliği ve Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı tarafından tasdik edilmelidir.

7.7.4.5. Yabancı ülkenin Türkiye"""""""""""deki temsilciliği tarafından düzenlenen belgeler, Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı tarafından tasdik edilmelidir.
7.7.4.6. Fahri konsolosluklarca düzenlenen belgelere dayanılarak işlem tesis edilmez.
7.7.4.7. Tasdik işleminden muaf tutulan resmi niteliği bulunmayan belgeler:
7.7.4.7.1. Bu madde boş bırakılmıştır.
7.7.5. Teklif kapsamında sunulan ve yabancı dilde düzenlenen belgelerin tercümelerinin yapılması ve bu tercümelerin tasdik işlemi:
7.7.5.1. Yerli istekliler tarafından sunulan ve yabancı dilde düzenlenen belgelerin tercümeleri ve bu tercümelerin tasdik işlemi aşağıdaki şekilde yapılır:
7.7.5.1.1. Yerli istekliler ile Türk vatandaşı gerçek kişi ve/veya Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişi ortağı bulunan iş ortaklıkları veya konsorsiyumlar tarafından sunulan ve yabancı dilde düzenlenen belgelerin tercümelerinin, Türkiye"""""""""""deki yeminli tercümanlar tarafından yapılması ve noter tarafından onaylanması zorunludur. Bu tercümeler Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı tasdik işleminden muaftır.
7.7.5.2. Yabancı istekliler tarafından sunulan ve yabancı dilde düzenlenen belgelerin tercümeleri ve bu tercümelerin tasdik işlemi aşağıdaki şekilde yapılır:
7.7.5.2.1. Tercümelerin tasdik işleminden tercümeyi gerçekleştiren yeminli tercümanın imzası ve varsa belge üzerindeki mührün ya da damganın aslı ile aynı olduğunun teyidi işlemi anlaşılır.
7.7.5.2.2. Belgelerin tercümelerinin verildiği ülkedeki yeminli tercüman tarafından yapılmış olması ve tercümesinde "apostil tasdik şerhi" taşıması halinde bu tercümelerde başkaca bir tasdik şerhi aranmaz. Bu tercümelerin "apostil tasdik şerhi" taşımaması durumunda ise tercümelerdeki imza, ve varsa üzerindeki mühür veya damga, bu ülkedeki ilgili Türkiye Cumhuriyeti Konsolosluğu tarafından veya sırasıyla belgenin düzenlendiği ülkenin Türkiye"""""""""""deki temsilciliği ile Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı tarafından tasdik edilmelidir.
7.7.5.2.3. Türkiye Cumhuriyeti ile diğer devlet veya devletler arasında belgelerdeki imza, mühür veya damganın tasdik işlemini düzenleyen hükümler içeren bir anlaşma veya sözleşme bulunduğu takdirde belgelerin tercümelerinin tasdik işlemi de anlaşma veya sözleşme hükümlerine göre yaptırılabilir.
7.7.5.2.4. Türkiye Cumhuriyeti Konsolosluğunun bulunmadığı ülkelerde düzenlenen belgelerin tercümelerinin verildiği ülkedeki yeminli tercüman tarafından yapılmış olması ve tercümenin de "apostil tasdik şerhi" taşımaması durumunda ise söz konusu tercümedeki imza ve varsa üzerindeki mührün veya damganın sırasıyla bu ülkenin Dışişleri Bakanlığı, bu ülkeyle ilişkilerden sorumlu Türkiye Cumhuriyeti Konsolosluğu veya bu ülkenin Türkiye"""""""""""deki temsilciliği ve Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı tarafından tasdik edilmelidir.
7.7.5.2.5. Yabancı dilde düzenlenen belgelerin tercümelerinin Türkiye"""""""""""deki yeminli tercümanlar tarafından yapılması ve noter tarafından onaylanması halinde ise bu tercümelerde başkaca bir tasdik şerhi aranmaz.
7.7.6. Kalite ve standarda ilişkin belgelerin sunuluş şekli:
7.7.6.1. Bu madde boş bırakılmıştır.
7.8. Yabancı istekli tarafından ihaleye teklif verilmesi halinde, bu Şartname ve eklerinde istenilen belgelerin, isteklinin kendi ülkesindeki mevzuat uyarınca düzenlenmiş olan dengi belgelerin sunulması gerekir.
7.9. Tekliflerin dili:
7.9.1. Teklifi oluşturan bütün belgeler ve ekleri ile diğer dokümanlar Türkçe olacaktır. Başka bir dilde sunulan belgeler, Türkçe onaylı tercümesi ile birlikte verilmesi halinde geçerli sayılacaktır. Bu durumda teklifin veya belgenin yorumlanmasında Türkçe

tercüme esas alınır. Tercümelerin yapılması ve tercümelerin onay işleminde ilgili maddedeki düzenlemeler esas alınacaktır.

Madde 8 - İhalenin yabancı isteklilere açıklığı:
8.1. Bu ihaleye sadece yerli istekliler katılabilir. Yabancı isteklilerle ortak girişim yapan yerli istekliler bu ihaleye katılamaz. İhaleye katılan gerçek kişilerin yerli istekli oldukları, başvuru veya teklif mektubunda yer alan Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarasından anlaşılır. Tüzel kişilerin yerli istekli oldukları ise başvuru veya teklif kapsamında sunulan belgeler üzerinden değerlendirilir.
8.2. Yerli istekliler lehine fiyat avantajı uygulanması:
8.2.1. Bu madde boş bırakılmıştır.

Madde 9 - İhaleye katılamayacak olanlar
9.1. 4734 sayılı Kanunun 11 inci maddesinde ihaleye katılamayacağı belirtilenler ile 4734 sayılı Kanunun 53 üncü maddesinin (b) bendinin (8) numaralı alt bendi gereğince alınacak Bakanlar Kurulu Kararları ile belirlenen yabancı ülkelerin isteklileri doğrudan veya dolaylı ya da alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihaleye katılamazlar.
9.2. Bu yasaklara rağmen ihaleye katılan istekliler ihale dışı bırakılarak geçici teminatları gelir kaydedilir. Ayrıca, bu durumun tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında tespit edilememesi nedeniyle bunlardan biri üzerine ihale yapılmışsa, teminatı gelir kaydedilerek ihale iptal edilir.

Madde 10 - İhale dışı bırakılma ve yasak fiil veya davranışlar
10.1. İsteklilerin, ihale tarihinde 4734 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinin dördüncü fıkrasının (a), (b), (c), (d), (e), (g) ve (i) bentlerinde belirtilen durumlarda olmaması gerekmektedir. (c) ve (d) bentleri hariç bu durumlarında değişiklik olan istekli, İdareye derhal bilgi verecektir İhale üzerinde kalan istekli ise sözleşmenin imzalanmasından önce ihale tarihinde, 4734 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinin dördüncü fıkrasının (a), (b), (c), (d), (e) ve (g) bentlerinde belirtilen durumlarda olmadığına ilişkin belgeleri verecektir.
10.2. Bu Şartnamenin 9 uncu maddesi uyarınca ihaleye katılamayacak olanlar ile 4734 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca ihale dışı bırakılma nedenlerini taşıyan istekliler değerlendirme dışı bırakılır.
10.3. 4734 sayılı Kanunun 11 nci maddesi uyarınca ihaleye katılamayacak olanlar ile 17 nci maddesinde sayılan yasak fiil veya davranışta bulunduğu tespit edilenler hakkında, ayrıca fiil veya davranışın özelliğine göre aynı Kanunun Dördüncü Kısmında belirtilen hükümler uygulanır.

Madde 11 - Teklif hazırlama giderleri
11.1. Tekliflerin hazırlanması ve sunulması ile ilgili bütün masraflar isteklilere aittir. İstekli, teklifini hazırlamak için yapmış olduğu hiçbir masrafı İdareden isteyemez.

Madde 12 - İşin yapılacağı yerin görülmesi
12.1. İşin yapılacağı yeri ve çevresini gezmek, inceleme yapmak, teklifini hazırlamak ve taahhüde girmek için gerekli olabilecek tüm bilgileri temin etmek isteklinin sorumluluğundadır. İşyeri ve çevresinin görülmesiyle ilgili bütün masraflar isteklilere aittir.
12.2. İstekli, işin yapılacağı yeri ve çevresini gezmekle; işyerinin şekline ve mahiyetine, iklim şartlarına, işin gerçekleştirilebilmesi için yapılması gerekli çalışmaların ve kullanılacak malzemelerin miktar ve türü ile işyerine ulaşım ve şantiye kurmak için gerekli hususlarda maliyet ve zaman bakımından bilgi edinmiş; teklifini etkileyebilecek riskler, olağanüstü durumlar ve benzeri diğer unsurlara ilişkin gerekli her türlü bilgiyi almış sayılır.
12.3. İstekli veya temsilcilerinin, işin yapılacağı yeri görmek istemesi halinde, işin gerçekleştirileceği yapıya ve/veya araziye girilmesi için gerekli izinler İdare tarafından verilecektir.

12.4. Tekliflerin değerlendirilmesinde, isteklinin işin yapılacağı yeri incelediği ve teklifini buna göre hazırladığı kabul edilir.

Madde 13 - İhale dokümanına ilişkin açıklama yapılması

13.1. İstekliler, tekliflerin hazırlanması aşamasında, ihale dokümanında açıklanmasına ihtiyaç duydukları hususlarla ilgili olarak, ihale tarihinden yirmi gün öncesine kadar yazılı olarak açıklama talep edebilir. Bu tarihten sonra yapılacak açıklama talepleri değerlendirmeye alınmayacaktır.

13.2. Talebin uygun görülmesi halinde İdarece yapılacak yazılı açıklama, ihale tarihinden en az on gün öncesinde bilgi sahibi olmalarını temin edecek şekilde ihale dokümanı alanların tamamına gönderilir veya imza karşılığı elden tebliğ edilir.

13.3. Açıklamada, sorular ile İdarenin ayrıntılı cevabı yer alır, açıklama talebinde bulunanın kimliği belirtilmez.

13.4. Açıklamalar, açıklamanın yapıldığı tarihten sonra dokümanı satın alanlara ihale dokümanının bir parçası olarak verilir.

Madde 14 - İhale dokümanında değişiklik yapılması

14.1. İlan yapıldıktan sonra ihale dokümanında değişiklik yapılmaması esastır. Ancak, tekliflerin hazırlanmasını veya işin gerçekleştirilmesini etkileyebilecek maddi veya teknik hatalar veya eksikliklerin İdarece tespit edilmesi veya İdareye yazılı olarak bildirilmesi halinde, zeyilname düzenlenmek suretiyle ihale dokümanında değişiklik yapılabilir. Zeyilname, ihale dokümanının bağlayıcı bir parçası olarak ihale dokümanına eklenir.

14.2. Zeyilname, ihale tarihinden en az on gün öncesinde bilgi sahibi olmalarını temin edecek şekilde ihale dokümanı alanların tamamına gönderilir veya imza karşılığı elden tebliğ edilir.

14.3. Zeyilname düzenlenmesi nedeniyle tekliflerin hazırlanabilmesi için ek süreye ihtiyaç duyulması halinde İdare, ihale tarihini bir defaya mahsus olmak üzere en fazla yirmi gün süreyle zeyilname ile erteleyebilir. Erteleme süresince, ihale dokümanının satılmasına ve teklif alınmasına devam edilecektir.

14.4. Zeyilname düzenlenmesi halinde, tekliflerini bu düzenlemeden önce vermiş olan istekliler tekliflerini geri çekerek, yeniden teklif verebilirler.

14.5. 4734 sayılı Kanunun 55 inci maddesi uyarınca şikayet üzerine yapılan incelemede tekliflerin hazırlanmasını veya işin gerçekleştirilmesini etkileyebilecek maddi veya teknik hataların veya eksikliklerin bulunması ve İdarece ihale dokümanında düzeltme yapılmasına karar verilmesi halinde, ihale tarihinden önce gerekli düzeltme yapılarak yukarıda belirtilen usule göre ihale tarihi bir defa daha ertelenebilir. Belirlenen maddi veya teknik hataların veya eksikliklerin ilanda da bulunması halinde ise, ihale sürecine devam edilebilmesi ancak Kanunun 26 ncı maddesine göre düzeltme ilanı yapılması ile mümkündür. Düzeltme ilanı için Kanunda öngörülen sürenin sona erdiğinin anlaşılması halinde ihale iptal edilir.

Madde 15 - İhale saatinden önce ihalenin iptal edilmesi

15.1. İdare tarafından gerekli görülen veya ihale dokümanında yer alan belgelerde ihalenin yapılmasına engel olan ve düzeltilmesi mümkün bulunmayan hususların bulunduğunun tespit edildiği hallerde, ihale saatinden önce ihale iptal edilebilir.

15.2. Bu durumda, iptal nedeni belirtilmek suretiyle ihalenin iptal edildiği ilan edilerek duyurulur. Bu aşamaya kadar teklif vermiş olanlara ihalenin iptal edildiği ayrıca tebliğ edilir.

15.3. İhalenin iptal edilmesi halinde, verilmiş olan bütün teklifler reddedilmiş sayılır ve bu teklifler açılmaksızın isteklilere iade edilir.

15.4. İhalenin iptal edilmesi nedeniyle isteklilerce İdareden herhangi bir hak talebinde bulunulamaz.

Madde 16 - İş ortaklığı

16.1. Birden fazla gerçek veya tüzel kişi, iş ortaklığı oluşturmak suretiyle ihaleye teklif verebilir.

16.2. İş ortaklığında en çok hisseye sahip ortak, pilot ortak olarak gösterilmek zorundadır. Ancak bütün ortakların hisse oranlarının eşit olduğu veya diğer ortaklara göre daha fazla hisse oranına sahip ve hisseleri birbirine eşit olan ortakların bulunduğu iş ortaklıklarında ise, bu ortaklardan biri pilot ortak olarak belirlenir.
16.3. İş ortaklığı oluşturmak suretiyle ihaleye teklif verecek istekliler, iş ortaklığı yaptıklarına dair pilot ortağın da belirtildiği, ekte örneği bulunan iş ortaklığı beyannamesini teklifleriyle beraber sunacaklardır.
16.4. İhalenin iş ortaklığı üzerinde kalması halinde, iş ortaklığı tarafından, sözleşme imzalanmadan önce noter onaylı ortaklık sözleşmesinin İdareye verilmesi zorunludur.
16.5. İş ortaklığı sözleşmesinde, ortakların hisse oranları, pilot ortak ile diğer ortakların işin yerine getirilmesinde müştereken ve müteselsilen sorumlu oldukları belirtilecektir.

Madde 17 - Konsorsiyum
17.1. Konsorsiyumlar ihaleye teklif veremez.

Madde 18 - Alt yükleniciler
18.1. İhale konusu işin tamamı veya bir kısmı, alt yüklenicilere yaptırılamaz.

III- TEKLİFLERİN HAZIRLANMASI VE SUNULMASINA İLİŞKİN HUSUSLAR

Madde 19 - Teklif ve sözleşme türü
19.1. İstekliler tekliflerini, anahtar teslimi götürü bedel üzerinden vereceklerdir; ihale sonucu, ihale üzerine bırakılan istekliyle anahtar teslimi götürü bedel sözleşme imzalanacaktır.

Madde 20 - Kısmi teklif verilmesi
20.1. Bu ihalede işin tamamı için teklif verilecektir.
20.2. Kısmi teklife ilişkin açıklamalar.
20.2.1. Bu madde boş bırakılmıştır.

Madde 21 - Teklif ve ödemelerde geçerli para birimi
21.1. İstekliler teklifini gösteren fiyatlar ve bunların toplam tutarlarını Türk Lirası olarak verecektir. Sözleşme konusu işin ödemelerinde de bu para birimi kullanılacaktır.

Madde 22 - Tekliflerin sunulma şekli
22.1. Teklif mektubu ve geçici teminat da dahil olmak üzere ihaleye katılabilme şartı olarak bu Şartnamede istenilen bütün belgeler bir zarfa veya pakete konulur. Zarfın veya paketin üzerine isteklinin adı, soyadı veya ticaret unvanı, tebligata esas açık adresi, teklifin hangi işe ait olduğu ve ihaleyi yapan İdarenin açık adresi yazılır. Zarfın yapıştırılan yeri istekli tarafından imzalanarak, mühürlenir veya kaşelenir.
22.2. Teklifler, ihale dokümanında belirtilen ihale saatine kadar sıra numaralı alındılar karşılığında İdareye (tekliflerin sunulacağı yere) teslim edilir. Bu saatten sonra verilen teklifler kabul edilmez ve açılmadan istekliye iade edilir. Bu durum bir tutanakla tespit edilir
22.3. Teklifler iadeli taahhütlü olarak posta ile de gönderilebilir. Posta ile gönderilecek tekliflerin ihale dokümanında belirtilen ihale saatine kadar İdareye ulaşması şarttır. Postadaki gecikme nedeniyle işleme konulmayacak olan tekliflerin alınış zamanı bir tutanakla tespit edilir ve bu teklifler değerlendirmeye alınmaz.
22.4. Zeyilname ile teklif verme süresinin uzatılması halinde, İdare ve isteklilerin ilk teklif verme tarih ve saatine bağlı tüm hak ve yükümlülükleri süre açısından, tespit edilecek yeni teklif verme tarih ve saatine kadar uzatılmış sayılır.

Madde 23 - Teklif mektubunun şekli ve içeriği
23.1. Teklif mektupları, ekteki form örneğine uygun şekilde yazılı ve imzalı olarak sunulur.
23.2. Teklif mektubunda;
a) İhale dokümanının tamamen okunup kabul edildiğinin belirtilmesi,

b) Teklif edilen bedelin rakam ve yazı ile birbirine uygun olarak açıkça yazılması,
c) Kazıntı, silinti, düzeltme bulunmaması,
ç) Türk vatandaşı gerçek kişilerin Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarasının, Türkiye"""""""""de faaliyet gösteren tüzel kişilerin ise vergi kimlik numarasının belirtilmesi,
d) Teklif mektubunun ad, soyad veya ticaret unvanı yazılmak suretiyle yetkili kişilerce imzalanmış olması,
zorunludur.
23.3. İş ortaklığı olarak teklif veren isteklilerin teklif mektuplarının, ortakların tamamı tarafından veya yetki verdikleri kişiler tarafından imzalanması gerekir.
23.4. Konsorsiyum olarak teklif veren isteklinin teklif mektubunda, konsorsiyum ortaklarının işin uzmanlık gerektiren kısımları için teklif ettikleri bedeller ayrı ayrı yazılacaktır. Konsorsiyum ortakları birden fazla kısma da teklif verebilir.Konsorsiyum ortaklarının işin uzmanlık gerektiren kısımları için teklif ettikleri bedellerin toplamı, konsorsiyumun toplam teklif bedelini oluşturacaktır.

Madde 24- Tekliflerin geçerlilik süresi
24.1. Tekliflerin geçerlilik süresi, ihale tarihinden itibaren **120** (**Yüzyirmi**) takvim günüdür. Bu süreden daha kısa süreli teklif mektupları değerlendirmeye alınmayacaktır.
24.2. İhtiyaç duyulması halinde, teklif geçerlilik süresinin en fazla yukarıda belirlenen süre kadar uzatılması istekliden talep edilebilir. İstekli, İdarenin bu talebini kabul veya reddedebilir. İdarenin teklif geçerlilik süresinin uzatılması talebini reddeden isteklinin geçici teminatı iade edilir.
24.3. Teklifinin geçerlilik süresini uzatan istekli, teklif ve sözleşme koşullarını değiştirmeden, geçici teminatını kabul ettiği yeni teklif geçerlilik süresi ile geçici teminata ilişkin hükümlere uygun hale getirir.
24.4. Bu konudaki istek ve cevaplar yazılı olarak yapılır.

Madde 25- Teklif fiyata dahil olan giderler
25.1. İsteklinin sözleşmenin uygulanması sırasında ilgili mevzuat gereğince ödeyeceği her türlü vergi, resim, harç, yapı kullanım izin belgesi giderleri ve benzeri giderler ile ulaşım, nakliye ve her türlü sigorta giderleri teklif fiyatına dahildir.
25.2. 25.1. maddesinde yer alan gider kalemlerinde artış olması ya da benzeri yeni gider kalemlerinin oluşması hallerinde, teklif edilen fiyatın bu tür artış ya da farkları karşılayacak payı içerdiği kabul edilir. Yüklenici, bu artış ve farkları ileri sürerek herhangi bir hak talebinde bulunamaz.
25.3. Sözleşme konusu işin bedelinin ödenmesi aşamasında doğacak Katma Değer Vergisi (KDV), ilgili mevzuatı çerçevesinde İdare tarafından yükleniciye ayrıca ödenir.

Madde 26- Geçici teminat
26.1. İstekliler, teklif ettikleri bedelin % 3"""""""""ünden az olmamak üzere kendi belirleyecekleri tutarda geçici teminat vereceklerdir. Teklif edilen bedelin % 3"""""""""ünden az oranda geçici teminat veren isteklinin teklifi değerlendirme dışı bırakılır.
26.2. İsteklinin ortak girişim olması halinde, toplam geçici teminat miktarı ortaklık oranına veya işin uzmanlık gerektiren kısımlarına verilen tekliflere bakılmaksızın ortaklardan biri veya birkaçı tarafından karşılanabilir.
26.3. Geçici teminat olarak sunulan teminat mektuplarında geçerlilik tarihi belirtilmelidir. Bu tarih, **17.03.2011** tarihinden önce olmamak üzere istekli tarafından belirlenir.
26.4. Kabul edilebilir bir geçici teminat ile birlikte verilmeyen teklifler, İdare tarafından istenilen katılma şartlarının sağlanamadığı gerekçesi ile değerlendirme dışı bırakılacaktır.

Madde 27 - Teminat olarak kabul edilecek değerler
27.1. Teminat olarak kabul edilecek değerler aşağıda sayılmıştır:

a) Tedavüldeki Türk Parası.
b) Bankalar tarafından verilen teminat mektupları.
c) Hazine Müsteşarlığınca ihraç edilen Devlet İç Borçlanma Senetleri ve bu senetler yerine düzenlenen belgeler.

27.2. (c) bendinde belirtilen senetler ve bu senetler yerine düzenlenen belgelerden nominal değere faiz dahil edilerek ihraç edilenler, anaparaya tekabül eden satış değeri üzerinden teminat olarak kabul edilir.

27.3. İlgili mevzuatına göre Türkiye?de faaliyette bulunmasına izin verilen yabancı bankaların düzenleyecekleri teminat mektupları ile Türkiye dışında faaliyette bulunan banka veya benzeri kredi kuruluşlarının kontrgarantisi üzerine Türkiye""""""""""de faaliyette bulunan bankaların düzenleyecekleri teminat mektupları da teminat olarak kabul edilir.

27.4. Teminat mektubu verilmesi halinde, bu mektubun kapsam ve şeklinin Kamu İhale Kurumu tarafından belirlenen esaslara ve standart formlara uygun olması gerekir. Bu esaslara ve standart formlara aykırı olarak düzenlenmiş teminat mektupları geçerli kabul edilmez.

27.5. Teminatlar, teminat olarak kabul edilen diğer değerlerle değiştirilebilir.

27.6. Her ne suretle olursa olsun, İdarece alınan teminatlar haczedilemez ve üzerine ihtiyati tedbir konulamaz.

Madde 28 - Geçici teminatın teslim yeri

28.1. Teminat mektupları, teklifle birlikte zarf içinde İdareye sunulur.

28.2. Teminat mektupları dışındaki teminatların **Şırnak Defterdarlık Muhusebe Müdürlüğü** yatırılması ve makbuzlarının teklif zarfının içinde sunulması gerekir.

Madde 29- Geçici teminatın iadesi

29.1. İhale üzerinde bırakılan istekli ile ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekliye ait teminat mektupları ihaleden sonra Saymanlık ya da Muhasebe Müdürlüklerine teslim edilir. Diğer isteklilere ait teminatlar ise hemen iade edilir.

29.2. İhale üzerinde bırakılan isteklinin geçici teminatı, gerekli kesin teminatın verilip sözleşmeyi imzalaması halinde iade edilir.

29.3. İhale üzerinde bırakılan istekli ile sözleşme imzalanması halinde, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibine ait teminat, sözleşme imzalandıktan hemen sonra iade edilir.

IV- TEKLİFLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ VE SÖZLEŞME YAPILMASINA İLİŞKİN HUSUSLAR

Madde 30 - Tekliflerin alınması ve açılması

30.1. Teklifler, bu Şartnamede belirtilen ihale saatine kadar İdareye (tekliflerin sunulacağı yere) verilecektir.

30.2. İhale komisyonunca, tekliflerin alınması ve açılmasında aşağıda yer alan usul uygulanır:

30.2.1. İhale komisyonunca bu Şartnamede belirtilen ihale saatinde ihaleye başlanır ve bu saate kadar kaç teklif verilmiş olduğu bir tutanakla tespit edilerek, hazır bulunanlara duyurulur.

30.2.2. İhale komisyonu teklif zarflarını alınış sırasına göre inceler. Bu incelemede, zarfın üzerinde isteklinin adı, soyadı veya ticaret unvanı, tebligata esas açık adresi, teklifin hangi işe ait olduğu, ihaleyi yapan İdarenin açık adresi ve zarfın yapıştırılan yerinin istekli tarafından imzalanıp kaşelenmesi veya mühürlenmesi hususlarına bakılır. Bu hususlara uygun olmayan zarflar bir tutanakla belirlenerek değerlendirmeye alınmaz.

30.2.3. Zarflar isteklilerle birlikte hazır bulunanlar önünde alınış sırasına göre açılır. İsteklilerin belgelerinin eksik olup olmadığı ve teklif mektubu ile geçici teminatlarının usulüne uygun olup olmadığı kontrol edilir. Belgeleri eksik olan veya teklif mektubu ile geçici teminatı usulüne uygun olmayan istekliler tutanakla tespit edilir. İstekliler ve teklif bedelleri ile işin yaklaşık maliyeti açıklanarak tutanağa bağlanır. Düzenlenen bu tutanaklar

ihale komisyonunca imzalanır ve ihale komisyon başkanı tarafından onaylanmış bir sureti isteyenlere imza karşılığı verilir.

30.2.4. Bu aşamada hiçbir teklifin reddine veya kabulüne karar verilmez. Teklifi oluşturan belgeler düzeltilemez ve tamamlanamaz. Teklifler değerlendirilmek üzere ilk oturum kapatılır.

Madde 31- Tekliflerin değerlendirilmesi

31.1. Tekliflerin değerlendirilmesinde, öncelikle belgeleri eksik olduğu veya teklif mektubu ile geçici teminatı usulüne uygun olmadığı ilk oturumda tespit edilen isteklilerin tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılmasına karar verilir.

31.2. Teklifin esasını değiştirecek nitelikte olmaması kaydıyla, sunulan belgelerde bilgi eksikliği bulunması halinde İdarece belirlenen sürede bu eksik bilgilerin tamamlanması yazılı olarak istenir. Bu çerçevede, tamamlatılması istenen bilgi eksikliklerinin giderilmesine ilişkin belgelerin niteliği dikkate alınarak İdare tarafından iki iş gününden az olmamak üzere makul bir tamamlama süresi verilir. Belirlenen sürede bilgileri tamamlamayanların teklifleri değerlendirme dışı bırakılır ve geçici teminatları gelir kaydedilir.

31.3. Bilgi eksikliklerinin tamamlatılmasına ilişkin olarak, verilen süre içinde isteklilerce sunulan belgelerin ihale tarihinden sonraki bir tarihte düzenlenmesi halinde, bu belgeler, isteklinin ihale tarihi itibarıyla ihaleye katılım şartlarını sağladığını tevsik etmesi durumunda kabul edilecektir.

31.4. Bu ilk değerlendirme ve işlemler sonucunda belgeleri eksiksiz ve teklif mektubu ile geçici teminatı usulüne uygun olan isteklilerin tekliflerinin ayrıntılı değerlendirilmesine geçilir.

31.5. Bu aşamada, isteklilerin ihale konusu işi yapabilme kapasitelerini belirleyen yeterlik kriterlerine ve tekliflerin ihale dokümanında belirtilen şartlara uygun olup olmadığı ile birim fiyat teklif cetvellerinde aritmetik hata bulunup bulunmadığı incelenir. Uygun olmadığı belirlenen teklifler ile birim fiyat teklif cetvellerinde aritmetik hata bulunan teklifler değerlendirme dışı bırakılır.

Madde 32 - İsteklilerden tekliflerine açıklık getirmelerinin istenmesi

32.1. İhale komisyonunun talebi üzerine İdare, tekliflerin incelenmesi, karşılaştırılması ve değerlendirilmesinde yararlanmak üzere net olmayan hususlarla ilgili isteklilerden açıklama isteyebilir.

32.2. Bu açıklama, hiçbir şekilde teklif fiyatında değişiklik yapılması veya ihale dokümanında öngörülen kriterlere uygun olmayan tekliflerin uygun hale getirilmesi amacıyla istenilemez ve bu sonucu doğuracak şekilde kullanılamaz.

32.3. İdarenin yazılı açıklama talebine, istekli tarafından yazılı olarak cevap verilir.

Madde 33 - Aşırı düşük teklifler

33.1. İhale komisyonu, verilen teklifleri değerlendirdikten sonra, diğer tekliflere veya yaklaşık maliyete göre teklif fiyatı aşırı düşük olanları tespit eder. Bu teklifleri reddetmeden önce, belirlediği süre içinde teklif sahiplerinden, teklifte önemli olduğunu tespit ettiği bileşenler ile ilgili ayrıntıları yazılı olarak ister.

33.2. İhale komisyonu tarafından;

a) Yapım yönteminin ekonomik olması,

b) Seçilen teknik çözümler ve teklif sahibinin işin yerine getirilmesinde kullanacağı avantajlı koşullar,

c) Teklif edilen işin özgünlüğü,

hususlarında belgelendirilmek suretiyle yapılan yazılı açıklamalar dikkate alınarak, Kamu İhale Kurumu tarafından belirlenen kriterler çerçevesinde aşırı düşük teklifler değerlendirilir. Bu değerlendirme sonucunda, açıklamaları yeterli görülmeyen veya yazılı açıklamada bulunmayan isteklilerin teklifleri reddedilir.

33.3. İhale komisyonu tarafından, aşırı düşük tekliflerin tespiti, değerlendirilmesi ve ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesinde, sınır değer veya sorgulama kriterleri ya da ortalamalara ilişkin olarak Kamu İhale Kurum tarafından belirlenen kriterler esas alınacaktır.

Madde 34 - Bütün tekliflerin reddedilmesi ve ihalenin iptal edilmesi

34.1. İhale komisyonu kararı üzerine İdare, verilmiş olan bütün teklifleri reddederek ihaleyi iptal etmekte serbesttir. İdare bütün tekliflerin reddedilmesi nedeniyle herhangi bir yükümlülük altına girmez.

34.2. İhalenin iptal edilmesi halinde, bu durum bütün isteklilere gerekçesiyle birlikte derhal bildirilir

Madde 35 - Ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesi

35.1. Bu ihalede ekonomik açıdan en avantajlı teklif, teklif edilen fiyatların en düşük olanıdır.

35.1.1. Bu madde boş bırakılmıştır

35.2. Ekonomik açıdan en avantajlı teklifin birden fazla istekli tarafından verilmiş olması halinde;

35.2.1. Birden fazla istekli tarafından teklif edilen fiyatın en düşük fiyat olması durumunda ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesinde istekliler tarafından sunulan iş deneyim belgeleri değerlendirilerek, belge tutarı daha fazla olan isteklinin teklifi ekonomik açıdan en avantajlı teklif olarak belirlenir. İş ortaklıklarında pilot ortağın, konsorsiyumlarda ise koordinatör ortağın iş deneyim belgesi esas alınacaktır.

35.3. Bu madde boş bırakılmıştır.

35.4. Yerli istekliler lehine fiyat avantajı uygulanması:

35.4.1. Bu madde boş bırakılmıştır.

Madde 36 - İhalenin karara bağlanması

36.1. Yapılan değerlendirme sonucunda ihale komisyonu tarafından ihale, ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren istekli üzerinde bırakılır.

36.2. İhale komisyonu, yapacağı değerlendirme sonucunda gerekçeli bir karar alarak ihale yetkilisinin onayına sunar.

Madde 37 - İhale kararının onaylanması veya iptali

37.1. İhale kararı ihale yetkilisince onaylanmadan önce, ihale üzerinde kalan istekli ile varsa ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi isteklinin ihalelere katılmaktan yasaklı olup olmadığı Kurumdan teyit edilerek buna ilişkin belge ihale kararına eklenir.

37.2. Yapılan teyit işlemi sonucunda; her iki isteklinin de yasaklı çıkması durumunda ihale iptal edilir.

37.3. İhale yetkilisi, karar tarihini izleyen en geç beş iş günü içinde ihale kararını onaylar veya gerekçesini açıkça belirtmek suretiyle iptal eder.

37.4. İhale; kararın ihale yetkilisince onaylanması halinde geçerli, iptal edilmesi halinde ise hükümsüz sayılır.

Madde 38 - Kesinleşen ihale kararının bildirilmesi

38.1. İhale sonucu, ihale kararının ihale yetkilisi tarafından onaylandığı günü izleyen en geç üç gün içinde, ihale üzerinde bırakılan dahil, ihaleye teklif veren bütün isteklilere bildirilir. İhale sonucunun bildiriminde, tekliflerin değerlendirmeye alınmama veya uygun bulunmama gerekçelerine de yer verilir.

38.2. İhale kararının ihale yetkilisi tarafından iptal edilmesi durumunda da isteklilere gerekçeleri belirtilmek suretiyle bildirim yapılır.

38.3. İhale sonucunun bütün isteklilere bildiriminden itibaren on gün geçmedikçe sözleşme imzalanmayacaktır.

Madde 39 - Sözleşmeye davet

39.1. 4734 sayılı Kanunun 41 inci maddesinde belirtilen sürenin bitimini, ön mali kontrol yapılması gereken hallerde ise bu kontrolün tamamlandığı tarihi izleyen günden itibaren üç gün içinde, ihale üzerinde bırakılan istekli sözleşmeye davet edilir. Bu davet yazısında, tebliğ tarihini izleyen on gün içinde yasal yükümlüklerini yerine getirmek suretiyle sözleşmeyi imzalaması hususu bildirilir. Yabancı istekliler için bu süreye oniki gün ilave edilecektir.

39.2. İsteklinin, bu davet yazısının bildirim tarihini izleyen on gün içinde yasal yükümlülüklerini yerine getirerek sözleşmeyi imzalaması zorunludur.

Madde 40 - Kesin teminat

40.1. İhale üzerinde bırakılan istekliden sözleşme imzalanmadan önce, ihale bedelinin % 6""""""""""sı oranında kesin teminat alınır.

40.2. Ancak, 4734 sayılı Kanunun 38 inci maddesine göre yapılan aşırı düşük teklif sorgulaması sonucunda, ihalenin sınır değerin altında teklif veren isteklilerden biri üzerinde bırakılmasına karar verilmesi halinde ise kesin teminat, sınır değerin yüzde altısı oranında alınır.

40.3. İhale üzerinde bırakılan isteklinin ortak girişim olması halinde, toplam kesin teminat miktarı, ortaklık oranına veya işin uzmanlık gerektiren kısımlarına verilen teklif tutarlarına bakılmaksızın, ortaklardan biri veya birkaçı tarafından karşılanabilir.

Madde 41 - Sözleşme yapılmasında isteklinin görev ve sorumluluğu

41.1. İhale üzerinde bırakılan istekli, sözleşmeye davet yazısının bildirim tarihini izleyen on gün içinde, ihale tarihinde 4734 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinin dördüncü fıkrasının (a), (b), (c), (d), (e) ve (g) bentlerinde sayılan durumlarda olmadığına dair belgeleri ile kesin teminatı verip diğer yasal yükümlülüklerini de yerine getirerek sözleşmeyi imzalamak zorundadır. Sözleşme imzalandıktan sonra geçici teminat iade edilecektir.

41.2. İhale üzerinde bırakılan isteklinin ortak girişim olması halinde, ihale tarihinde 4734 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinin dördüncü fıkrasının (a), (b), (c), (d), (e) ve (g) bentlerinde sayılan durumlarda olunmadığına ilişkin belgeleri her bir ortak ayrı ayrı sunmak zorundadır.

41.3. İhale üzerinde bırakılan yabancı istekliler, ihale tarihinde 4734 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinin dördüncü fıkrasının (a), (b), (c), (d), (e) ve (g) bentlerinde sayılan durumlarda olmadığına dair belgelerden, kendi ülkelerindeki mevzuat uyarınca dengi olan belgeleri sunacaklardır. Bu belgelerin, isteklinin tabi olduğu mevzuat çerçevesinde denginin bulunmaması ya da düzenlenmesinin mümkün olmaması halinde, bu duruma ilişkin yazılı beyanlarını vereceklerdir. Ancak bu husus, yabancı gerçek kişi isteklinin uyruğunda bulunduğu ya da yabancı tüzel kişi isteklinin şirket merkezinin bulunduğu ülkenin Türkiye""""""""""deki temsilciliklerine veya o ülkelerdeki Türkiye Cumhuriyeti konsolosluklarına teyit ettirilecektir.

41.4. Mücbir sebep halleri dışında, ihale üzerinde bırakılan isteklinin, sözleşmeyi imzalamaması durumunda geçici teminatı gelir kaydedilerek hakkında 4734 sayılı Kanunun 58 inci maddesi hükümleri uygulanır. Ancak, diğer yasal yükümlülükler yerine getirildiği halde, 4734 sayılı Kanunun 10 uncu maddesi kapsamında taahhüt altına alınan durumu tevsik etmek üzere İdareye sunulan belgelerin taahhüt edilen duruma aykırı hususlar içermesi halinde, geçici teminatı gelir kaydedilmekle birlikte, hakkında yasaklama kararı verilmez.

Madde 42 - Ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibine bildirim

42.1. İhale üzerinde bırakılan istekliyle sözleşmenin imzalanamaması durumunda, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif fiyatının ihale yetkilisince uygun görülmesi kaydıyla, bu teklif sahibi istekliyle sözleşme imzalanabilir. Bu durumda, sözleşmenin imzalanacağı tarihte ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi isteklinin ihalelere katılmaktan yasaklı olup olmadığı teyit edilerek ihale sonucu Kuruma gönderilir.

42.2. Ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekliye, 4734 sayılı Kanunun 42 nci maddesinde belirtilen sürenin bitimini izleyen üç gün içinde sözleşme imzalamaya davet edilir.
42.3. Ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekli, sözleşmeye davet yazısının bildirim tarihini izleyen on gün içinde, ihale tarihinde 4734 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinin dördüncü fıkrasının (a), (b), (c), (d), (e) ve (g) bentlerinde sayılan durumlarda olmadığına dair belgeleri ile kesin teminatı verip diğer yasal yükümlülüklerini de yerine getirerek sözleşmeyi imzalamak zorundadır. Sözleşme imzalandıktan sonra geçici teminat iade edilecektir
42.4. Mücbir sebep halleri dışında, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi isteklinin sözleşmeyi imzalamaması durumunda geçici teminatı gelir kaydedilerek hakkında 4734 sayılı Kanunun 58 inci maddesi hükümleri uygulanır. Ancak, diğer yasal yükümlülükler yerine getirildiği halde, 4734 sayılı Kanunun 10 uncu maddesi kapsamında taahhüt altına alınan durumu tevsik etmek üzere İdareye sunulan belgelerin taahhüt edilen duruma aykırı hususlar içermesi halinde, geçici teminatı gelir kaydedilmekle birlikte, hakkında yasaklama kararı verilmez.
42.5. Ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibiyle de sözleşmenin imzalanamaması durumunda, ihale iptal edilir.

Madde 43 - Sözleşme yapılmasında idarenin görev ve sorumluluğu
43.1. İdarenin sözleşme yapılması konusunda yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde istekli, 4734 sayılı Kanunun 42 ve 44 üncü maddelerinde yer alan sürenin bitimini izleyen günden itibaren en geç beş gün içinde, on gün süreli bir noter ihbarnamesi ile durumu İdareye bildirmek şartıyla, taahhüdünden vazgeçebilir.
43.2. Bu takdirde geçici teminatı iade edilir ve istekli teminat vermek için yaptığı belgelendirilmiş giderleri isteyebilir.

Madde 44 - İhalenin sözleşmeye bağlanması
44.1. Sözleşme bedelinin, 4734 sayılı Kanunun 53 üncü maddesinin (j) bendinin (1) numaralı alt bendinde belirtilen tutarı aşması durumunda, bu bedelin onbinde beşi oranındaki tutar, sözleşme imzalamaya davet edilen istekli tarafından, sözleşme imzalanmadan önce Kamu İhale Kurumu hesabına yatırılır.
44.2. Sözleşmenin imzalanacağı tarihte, ihale sonuç bilgileri sözleşme imzalanmadan önce Kamu İhale Kurumuna gönderilmek suretiyle isteklinin ihalelere katılmaktan yasaklı olup olmadığının teyit edilmesi zorunludur.
44.3. İdare tarafından ihale dokümanında yer alan şartlara uygun olarak hazırlanan sözleşme, ihale yetkilisi ve yüklenici tarafından imzalanır ve sözleşmenin İdarece onaylı bir örneği yükleniciye verilir. Yüklenici tarafından sözleşmenin birden fazla nüsha olarak düzenlenmesi talep edilirse, talep edilen sayı kadar sözleşme nüshası düzenlenir.
44.4. Sözleşme noter tarafından tescil edilecek ve onaylanacaktır.
44.5. Yüklenicinin iş ortaklığı veya konsorsiyum olması halinde, hazırlanan sözleşme bütün ortaklar tarafından imzalanır ve sözleşmenin İdarece onaylı birer örneği ortaklara verilir. Ortaklar tarafından sözleşmenin birden fazla nüsha olarak düzenlenmesi talep edilirse, talep edilen sayı kadar sözleşme nüshası düzenlenir.
44.6. Sözleşmenin imzalanmasına ilişkin her türlü vergi, resim ve harçlar ile diğer sözleşme giderleri yükleniciye aittir.

V- SÖZLEŞMENİN UYGULANMASINA İLİŞKİN HUSUSLAR

Madde 45 - İhale konusu işte çalıştırılacak teknik personel ve iş yerinde bulundurulması gereken makine, teçhizat ve diğer ekipman
45.1. İhale konusu işte çalıştırılacak teknik personelin sayısı, niteliği ve çalışma koşullarına ilişkin bilgiler sözleşme tasarısında yer almaktadır.

45.2. (Ek: 03/07/2009-27277 R.G./18 md.) İhale konusu işin yürütülmesi için iş yerinde bulundurulması gereken makine, teçhizat ve diğer ekipmana ilişkin bilgiler sözleşme tasarısında yer almaktadır.

Madde 46 - Ödeme yeri ve şartları

46.1. Yüklenicinin hakedişi **Şırnak Defterdarlık Muhasebe Müdürlüğü** saymanlığınca/muhasebe müdürlüğünce ödenecektir.

46.2. Hakedişlerin düzenlenmesi, tahakkuku, yapılacak kesintiler ve ödenmesine ilişkin hükümler sözleşme tasarısında belirtilmiştir.

46.3. Yüklenici yapım işi için sözleşmede belirtilen ödenekleri iş programına uygun şekilde imalat ve/veya ihzarat olarak sarf etmek zorundadır.

46.4. Yüklenici, sözleşme bedelini aşmamak şartıyla, iş programına nazaran daha fazla iş yaptığı taktirde, fazla işin bedeli ödenek imkanları dahilinde ödenir.

46.5. Bu iş için planlanan yıllık ödenek dilimleri

Yıllar Ödenek %

2010 % 20
2011 % 27
2012 % 53

Madde 47- Avans verilmesi, şartları ve miktarı

47.1. Yükleniciye taahhüdün gerçekleştirilmesi sırasında avans verilmeyecektir.

47.2. Bu madde boş bırakılmıştır.

Madde 48 - Fiyat farkı

48.1. Bu ihalede fiyat farkı hesaplanacaktır.

Fiyat farkı, 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhalesi Yapılacak Olan Yapım İşlerine İlişkin Fiyat Farkı Hesabında Uygulanacak Esasların fiyat farkı hesabı ve ödenmesine ilişkin hükümlerine göre verilecektir.

Bu Esasların uygulanmasında;

a) İdare: 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşları,

b) İş: 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamındaki her türlü yapım işleri ve bu işlerle ilgili tesisat, imalat, ihzarat, nakliye, tamamlama, büyük onarım, restorasyon, çevre düzenlemesi, sondaj, yıkma, güçlendirme ve montaj işlerini,

c) Sözleşme: Anahtar teslimi götürü bedel üzerinden veya birim fiyat üzerinden veyahut bunların her ikisi üzerinden idare ile yüklenici arasında yapılan yazılı anlaşmayı,

d) Anahtar teslimi götürü bedel: Anahtar teslimi götürü bedel üzerinden sözleşmeye bağlanacak yapım işlerinde, uygulama projeleri ve bunlara ilişkin mahal listelerine dayalı olarak, işin tamamı için istekli tarafından teklif edilerek idarece uygun görülen ve sözleşmede gösterilen ödemeye esas toplam bedeli,

e) Birim fiyat: Birim fiyat üzerinden sözleşmeye bağlanacak yapım işlerinde, ön ve/veya kesin projelere ve bunlara ilişkin mahal listeleri ile birim fiyat tariflerine dayalı olarak, idarece hazırlanmış cetvelde yer alan her bir iş kalemi için istekli tarafından teklif edilerek idarece uygun görülen ve sözleşmede gösterilen ödemeye esas fiyatı,

f) İş kalemi: Birim fiyat sözleşme ile yapılacak işlerde, teknik ve özel yapım şartları belirtilen, birim fiyat tarifi bulunan ve sözleşmesinde bedeli gösterilen veya sonradan yeni birim fiyatı yapılan ödemeye esas birimleri,

g) İş grubu: Anahtar teslimi götürü bedel sözleşme ile yapılacak işlerde, ara veya kesin ödemelere ilişkin iş kalemleri toplamından oluşan ve ilerleme yüzdeleri ile gösterilen ödemeye esas birimleri,

h) Yıl: Takvim yılını,

i) Gün: Takvim gününü,
j) Uygulama ayı: İdarece onaylanmış iş programına uygun olarak işlerin gerçekleştirildiği ayı,
k) Temel indeks: İhale (son teklif verme) tarihinin içinde bulunduğu aydan bir önceki aya ait indeksi,
l) Güncel indeks: Hakedişin düzenlendiği tarihin içinde bulunduğu aydan bir önceki aya ait indeksi,
m) Fiyat farkı: Birim fiyat sözleşmelerde, uygulama ayı içinde iş programına uygun olarak gerçekleşen imalat iş kalemleri ve ihzarat için; anahtar teslimi götürü bedel sözleşmelerde ise, uygulama ayı içinde iş programına uygun olarak ilerleme yüzdelerine göre gerçekleşen imalat iş grupları için, bu Esaslara göre ödenecek veya kesilecek bedeli, İfade eder.
Fiyat Farkı Hesabı
Fiyat farkı aşağıdaki formüle göre hesaplanır:
F = An x B x (Pn - 1)
In Çn Dn Yn Kn Gn Mn
Pn = [a ◆◆ + b1 ◆◆ + b2 ◆◆ + b3 ◆◆ + b4 ◆◆ + b5 ◆◆ + c ◆◆]
I0 Ç0 D0 Y0 K0 G0 M0
Formülde;
F: Fiyat farkını (TL),
An: İlk geçici hakedişte (n=1) olmak üzere (n) inci hakedişte, birim fiyatlı işlerde, uygulama ayında gerçekleşen iş kalemleri ve ihzarat miktarlarının sözleşme birim fiyatlarıyla çarpılması sonucu bulunan tutarı (TL); anahtar teslimi götürü bedel işlerde ise, uygulama ayında gerçekleşen ilerleme yüzdesiyle sözleşme bedelinin çarpılması sonucu bulunan tutarı (TL),
B: 0,90 katsayısını,
Pn: İlk geçici hakedişte (n=1) olmak üzere (n) inci hakedişte, fiyat farkı hesabında kullanılan temel indeksler ve güncel indeksler ile a, b1, b2, b3, b4, b5 ve c ağırlık oranları temsil katsayılarının yukarıdaki formüle uygulanması sonucu bulunan fiyat farkı katsayısını,
a: Sözleşme kapsamındaki işlerin yapılmasında kullanılacak işçilik ağırlık oranını temsil eden sabit bir katsayıyı, a=0,15
b1: Sözleşme kapsamındaki işlerin yapılmasında kullanılacak çimentonun ağırlık oranını temsil eden sabit bir katsayıyı, b1=0,20
b2: Sözleşme kapsamındaki işlerin yapılmasında kullanılacak demirin/çeliğin ağırlık oranını temsil eden sabit bir katsayıyı, b2=0,20
b3: Sözleşme kapsamındaki işlerin yapılmasında kullanılacak akaryakıtın ağırlık oranını temsil eden sabit bir katsayıyı, b3=0,15
b4: Sözleşme kapsamındaki işlerin yapılmasında kullanılacak kerestenin ağırlık oranını temsil eden sabit bir katsayıyı, b4=0,05
b5: Sözleşme kapsamındaki işlerin yapılmasında kullanılacak diğer malzemelerin ağırlık oranını temsil eden sabit bir katsayıyı, b5=0,10
c: Sözleşme kapsamındaki işlerin yapılmasında kullanılacak makine ve ekipmanın amortismanına ilişkin ağırlık oranını temsil eden sabit bir katsayıyı, c=0,15
İfade eder.
Bu sabit katsayılar, sözleşmenin uygulanması sırasında hiçbir gerekçe ile değiştirilemez.
Formüldeki temel indeksler (o) ve güncel indeksler(n) ise;
İo, İn: İşçilik temel indeksleri ve güncel indeksleri, Başbakanlık Devlet İstatistik Enstitüsü tarafından aylık yayımlanan (1994=100) bazlı Tablo-3: Bölgelere ve İllere

Göre Kentsel Yerler Tüketici Fiyatları İndeksi Tablosunun ﷺTürkiyeﷺ satırındaki sayıyı,
Ço, Çn: Çimento temel indeksleri ve güncel indeksleri, Başbakanlık Devlet İstatistik Enstitüsü tarafından aylık yayımlanan (1994=100) bazlı Tablo-2: Toptan Eşya Fiyatları İndeks Sayıları Tablosunun ﷺMetalik Olmayan Diğer Mineral Ürünleri İmalatıﷺ satırındaki sayıyı,
Do, Dn: Demir/çelik temel indeksleri ve güncel indeksleri, Başbakanlık Devlet İstatistik Enstitüsü tarafından aylık yayımlanan (1994=100) bazlı Tablo-2: Toptan Eşya Fiyatları İndeks Sayıları Tablosunun ﷺAna Metal Sanayiﷺsatırındaki sayıyı,
Yo, Yn: Akaryakıt temel indeksleri ve güncel indeksleri, Başbakanlık Devlet İstatistik Enstitüsü tarafından aylık yayımlanan (1994=100) bazlı Tablo-2: Toptan Eşya Fiyatları İndeks Sayıları Tablosunun ﷺKok Kömürü, Rafine Edilmiş Petrol Ürünleriﷺ satırındaki sayıyı,
Ko, Kn: Kereste temel indeksleri ve güncel indeksleri, Başbakanlık Devlet İstatistik Enstitüsü tarafından aylık yayımlanan (1994=100) bazlı Tablo-2: Toptan Eşya Fiyatları İndeks Sayıları Tablosunun ﷺAğaç ve Mantar Ürünleri İmalatıﷺ satırındaki sayıyı,
Go, Gn: Diğer malzemelerin temel indeksleri ve güncel indeksleri, idarelerin ihaleden önce işin niteliğine ve gereklerine göre Başbakanlık Devlet İstatistik Enstitüsü tarafından aylık yayımlanan (1994=100) bazlı Tablo-2: Toptan Eşya Fiyatları İndeks Sayıları Tablosundan alt sektörler itibariyle belirleyerek ihale dokümanında göstereceekleri ve iş bünyesinde kullanılacak olan diğer malzemelere karşılık gelen temel indekslere ve güncel indekslere ait sayıları; idarelerin bu tespiti yapamadıkları veyahut yapmadıkları durumlarda ise, Başbakanlık Devlet İstatistik Enstitüsü tarafından aylık yayımlanan (1994=100) bazlı Tablo- 2:Toptan Eşya Fiyatları İndeks Sayıları Tablosunun ﷺGenelﷺ satırındaki sayıyı,
Mo, Mn: Makine ve ekipmana ait amortismanın temel indeksleri ve güncel indeksleri, Başbakanlık Devlet İstatistik Enstitüsü tarafından aylık yayımlanan (1994=100) bazlı Tablo-2: Toptan Eşya Fiyatları İndeks Sayıları Tablosunun ﷺMakine ve Teçhizat İmalatıﷺ satırındaki sayıyı,
İfade eder.
Yukarıdaki indekslerden birinin veya birkaçının sözleşmenin uygulanması sırasında Başbakanlık Devlet İstatistik Enstitüsü tarafından değiştirilmesi halinde, değiştirilen indekse eşdeğer yeni bir indeks belirlenir ise bu indeks; yeni bir indeks belirlenmez ise, Başbakanlık Devlet İstatistik Enstitüsü tarafından aylık yayımlanan (1994=100) bazlı Tablo- 2: Toptan Eşya Fiyatları İndeks Sayıları Tablosunun ﷺGenelﷺ satırındaki sayı, esas alınarak fiyat farkı hesaplanır.
Ancak, idari şartname ve sözleşmede bu Esaslara göre fiyat farkı verileceği belirtilmesine rağmen, ihaleyi yapan idare tarafından ihale dokümanında işin niteliğine ve gereklerine göre a, b1, b2, b3, b4, b5 ve c sabit katsayıları için toplamları bire (1.00) eşit olacak şekilde herhangi bir ağırlık oranı temsil katsayısı belirlenmemiş ise, fiyat farkı hesaplanırken temel indeks ve güncel indeks olarak yukarıdaki indeksler yerine, Başbakanlık Devlet İstatistik Enstitüsü tarafından aylık yayımlanan (1994=100) bazlı Tablo- 2: Toptan Eşya Fiyatları İndeks Sayıları Tablosunun ﷺGenelﷺ satırındaki sayı esas alınır.
Uygulama Esasları

Fiyat farkı hesabında aşağıdaki hususlara uyulması zorunludur:
a) Sözleşmelerde yer alan fiyat farkına ilişkin esas ve usullerde sözleşme imzalandıktan sonra değişiklik yapılamaz.
b) Bu Esasların uygulanması sonucu sözleşme bedeline ek olarak ödenecek ya da kesilecek bedeller, fiyat farkı olup sözleşme bedelini etkilemez.
c) Bedeli yabancı para birimi cinsinden veya kur farkları ayrıca hesaplanmak suretiyle yabancı para birimi karşılığı Türk Lirası ile ödenen işler için bu Esaslar uygulanmaz.
d) Hakedişlerin düzenlenmesi sırasında, hakedişe uygulanacak indeksin henüz belli olmadığı durumlarda, bir önceki güncel indeks kullanılarak fiyat farkı hesaplanır. Yeni indeksler temin edildiğinde sonraki hakedişlerde fiyat farkları buna göre düzeltilir.
e) Bu Esaslara göre hesaplanan fiyat farkları, fiyat farkı ödenmesine konu olabilecek tüm fiyat artışlarını kapsar. Bunun dışında yüklenicinin kullandığı usuller, makine, ekipman, malzeme ve işçiliğin cins ve miktarı, Türk Lirasının yabancı paralar karşısında değer kaybetmesi, yurtdışından temin edilen malzemenin menşei ülkede fiyatının artması ve benzeri diğer nedenlerle ilave fiyat farkı ödenemez.
f) Avans ödenen işlerde, hakedişten mahsup edilen avans tutarı, formüldeki (An) tutarından düşüldükten sonra fiyat farkı hesap edilir. Fiyat farkı katsayısının (Pn) birden küçük olması halinde, (An) tutarından avans miktarı düşülmez.
g) Bu Esaslar, iş programına uygun olarak yapılan iş kalemleri ve/veya iş grupları ile ihzarata uygulanır.
h) Birim fiyat sözleşmelerde, sözleşmede birim fiyatı bulunmayan ve yapılması idarece istenen bir iş kalemi için işin devamı sırasında yeni birim fiyat yapılması halinde, bu fiyat, hazırlandığı uygulama ayının rayiçlerine ve şartlarına göre tespit edilir. Belirlenen bu yeni birim fiyatın uygulama ayı fiyat farkı katsayısına (Pn) bölünerek bulunan fiyatı, iş kaleminin miktarı ile çarpılır ve bulunan tutar hakedişteki sözleşme birim fiyatları ile yapılan işler sütununa dahil edilerek yeni iş kaleminin sözleşme bazında bedeli yükleniciye ödenir. Bu iş kalemine ait fiyat farkı ise, uygulama ayının indeksleri üzerinden hesaplanarak bulunur.

İş Programı ve Ödenek Dilimi

Yüklenici, sözleşme yapıldıktan sonra iş kalemlerini, aylık imalatı, ihzaratı ve yıllık ödenekleri ve bunların aylara dağılımını gösteren ayrıntılı bir iş programı hazırlayarak idareye onaylatmak zorundadır.
Herhangi bir aya ait onaylı iş programındaki ödenek harcanamadığı takdirde, daha sonraki aylarda yapılacak hakedişlerde, hakediş toplamları ödeneğin harcanamayan kısmına eşit olana kadar, iş programı gerçekleştirilmemiş ayın indeksi uygulanır.
Yükleniciye, 4735 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinde belirtilen mücbir sebeplerle veya sözleşmenin ifasının gecikmesine idarenin kusurunun sebep olduğu durumlarda süre uzatımı verilmesi halinde, uzatılan süreye göre yüklenici tarafından hazırlanan ve idarece onaylanan revize iş programına uygun olarak yapılan işler için fiyat farkı hesaplanır.
Yüklenicinin iş programını hazırlayarak idareye onaylattırmadığı durumlarda, iş programı idarece tek taraflı olarak yapılır ve onaylanır. Yüklenici, bu şekilde yapılan ve kendisine verilen iş programına uymak zorundadır.

İmalat Artış ve Azalışları

Birim fiyat sözleşmelerde, ödenek dilimleri ile ilgili olarak, ilgili maddede yer alan hükümler de dikkate alınmak şartı ile herhangi bir imalat için yapılan ara veya kesin metraj sonucu bir imalatın miktarında artma ya da azalma tespit edildiği takdirde, artan ya da azalan miktar (imalat hangi ayda yapılmış olursa olsun) geçici kabul itibar tarihini geçmemek üzere, artış ya da azalışın kesinleştiği ayın fiyat farkı katsayısı (Pn) ile değerlendirilir.

Cezalı Çalışılan İşlerdeki Uygulama
Sözleşmesine göre süresi bitmiş, süre uzatımı alamayan ve idarenin izni ile cezalı çalışılan işlerde, fiyat farkı hesaplanırken süre bitim tarihinde uygulanmakta olan (Pn) değeri ile cezalı çalışılan süredeki (Pn) değerinden düşük olanı esas alınır.
Fiyat Farkı Verilmesi Öngörülmeyen İşler
İdari şartname ve sözleşmesinde fiyat farkı verilmesi öngörülmeyen işlerde, mücbir sebepler ya da idarenin kusuru sonucu işin bitim tarihinin süre uzatımı verilmek suretiyle uzatılması halinde, uzatılan süre içinde ve bu süreye göre revize edilen iş programına uygun olarak yapılan iş kalemleri ya da iş grupları için, bu madde hükmüne işin idari şartname ve sözleşmesinde yer verilmiş olması şartıyla bu Esaslara göre fiyat farkı verilebilir.
Fiyat farkı hesabında temel indeks, iş bitim tarihinin içinde bulunduğu aya ait indeksi; güncel indeks ise, hakediş düzenleme tarihinin içinde bulunduğu aya ait indeksi ifade eder. Temel indeks ve güncel indeks olarak ise, Başbakanlık Devlet İstatistik Enstitüsü tarafından aylık yayımlanan (1994=100) bazlı Tablo- 2: Toptan Eşya Fiyatları İndeks Sayıları Tablosunun ◆Genel◆ satırındaki sayı esas alınır.

Madde 49 - İşe başlama ve iş bitirme tarihi
49.1. Sözleşmenin imzalandığı tarihten itibaren **5**
(Beş takvim günü) gün içinde yer teslimi yapılarak işe başlanacaktır.
49.2. Yüklenici ile İdare yetkilisi/yetkilileri arasında düzenlenen yer teslim tutanağının imzalanmasıyla yükleniciye yer teslimi yapılmış olur. Ancak; yer teslim tutanağında, yer tesliminin tutanağın onaylanması halinde gerçekleşmiş olacağının belirtilmesi halinde, tutanağın onaylandığının yükleniciye tebliğ edildiği tarihte yer teslimi yapılmış olur.
49.3. İşin süresi, yer tesliminin yapıldığı tarihten itibaren **750**
(Yediyüzelli) takvim günüdür.
49.4. Bu Şartnamede belirlenen çalışılamayacak günler, bu sürenin hesabında dikkate alınmıştır. Yüklenici bu sürelerde faaliyette bulunamadığı gerekçesiyle süre uzatımı isteyemez.

Madde 50 - Yapım işlerinde çalışılamayacak günler
50.1. Bu işin fen noktasından çalışılamayacak günleri **15.11 - 15.04** tarihleri arasıdır.

Madde 51 - Süre uzatımı verilebilecek haller ve şartları
51.1. Mücbir sebepler nedeniyle süre uzatımı verilebilecek haller aşağıda sayılmıştır:
51.1.1. Mücbir sebepler
a) Doğal afetler.
b) Kanuni grev.
c) Genel salgın hastalık.
ç) Kısmi veya genel seferberlik ilanı.
d) Gerektiğinde Kamu İhale Kurumu tarafından belirlenecek benzeri diğer haller.
51.1.2. Yukarıda belirtilen hallerin mücbir sebep olarak kabul edilmesi ve yükleniciye süre uzatımı verilebilmesi için, mücbir sebep olarak kabul edilecek durumun;
a) Yüklenicinin kusurundan kaynaklanmamış olması,
b) Taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olması,
c) Yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemesi
ç) Mücbir sebebin meydana geldiği tarihi izleyen yirmi gün içinde yüklenicinin İdareye yazılı olarak bildirimde bulunması,
d) Yetkili merciler tarafından belgelendirilmesi,
zorunludur.
51.2. İdareden kaynaklanan nedenlerle süre uzatımı verilebilecek haller:

51.2.1. İdarenin, işin sözleşmesinde ve Yapım İşleri Genel Şartnamesinde yer alan sözleşmenin ifasına ilişkin yükümlülüklerini yüklenicinin kusuru olmaksızın yerine getirmemesi (yer teslimi, projelerin onaylanması, iş programının onaylanması, ödenek yetersizliği gibi) ve bu sebeple sorumluluğu yükleniciye ait olmayan gecikmelerin meydana gelmesi, bu durumun taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olması ve yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemiş olması halinde;, işi engelleyici sebeplere ve yapılacak işin niteliğine göre, işin bir kısmına veya tamamına ait süre en az gecikilen süre kadar uzatılır.

Madde 52 - Sözleşme kapsamında yaptırılabilecek ilave işler, iş eksilişi ve işin tasfiyesi

52.1. Öngörülemeyen durumlar nedeniyle iş artışının zorunlu olması halinde, işin;

a) Sözleşmeye esas proje içinde kalması,

b) İdareyi külfete sokmaksızın asıl işten ayrılmasının teknik veya ekonomik olarak mümkün olmaması,

şartlarıyla, anahtar teslimi götürü bedel ihale edilen işlerde sözleşme bedelinin % 10""""""""""una; birim fiyat teklif almak suretiyle ihale edilen işlerde sözleşme bedelinin % 20""""""""""sine, karma sözleşmelerde işin; birim fiyat teklif alınan kısmının bedelinin %20""""""""""sine, anahtar teslim götürü bedel teklif alınan kısmının bedelinin % 10""""""""""una kadar oran dahilinde, süre hariç sözleşme ve ihale dokümanındaki hükümler çerçevesinde, ilave işi yükleniciye yaptırılabilir.

52.2. İşin bu şartlar dahilinde tamamlanamayacağının anlaşılması durumunda ise, artış yapılmaksızın hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir. Bu durumda, yüklenicinin sözleşme bedeli tamamlanıncaya kadar işi ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmesi zorunludur.

52.3. İşin, sözleşme bedelinin % 80""""""""""inden daha düşük bedelle tamamlanacağının anlaşılması halinde de, yüklenici işi bitirmek zorundadır. Bu durumda, yükleniciye yapmış olduğu gerçek giderler ve yüklenici kârına karşılık olarak, sözleşme bedelinin % 80""""""""""i ile sözleşme fiyatlarıyla yaptığı işin tutarı arasındaki bedel farkının % 5""""""""""i, geçici kabul tarihindeki fiyatlar üzerinden İdarece ödenecektir.

52.4. Sözleşme kapsamında gerçekleşecek iş artışları ve iş eksilişlerinde, İdare ile yüklenicinin yükümlülükleri konusunda Yapım İşleri Genel Şartnamesi ve işin sözleşmesinde belirtilen ilgili hükümler uygulanır.

Madde 53 - Gecikme halinde uygulanacak cezalar ve sözleşmenin feshi

53.1. Yüklenici sözleşmeye uygun olarak işi süresinde bitirmediği takdirde İdare tarafından en az on gün süreli yazılı ihtar yapılarak gecikilen her takvim günü için sözleşme bedelinin % 0,03 oranında gecikme cezası uygulanır

53.2. Bu madde boş bırakılmıştır.

53.3. İhtarda belirtilen sürenin bitmesine rağmen aynı durumun devam etmesi halinde ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminatı gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir.

53.4. Gecikme cezası ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın yükleniciye yapılacak ödemelerden kesilir. Bu cezanın ödemelerden karşılanamaması halinde yükleniciden ayrıca tahsilat yapılır.

Madde 54 - İş ve işyerinin sigortalanması

54.1 Yüklenici; işyerlerindeki her türlü araç, malzeme, ihzarat, iş ve hizmet makineleri, taşıtlar, tesisler ile sözleşme konusu iş için, işin özellik ve niteliğine göre, işe başlama tarihinden geçici kabul tarihine kadar geçen süre içinde oluşabilecek deprem, su baskını, toprak kayması, fırtına, yangın gibi doğal afetler ile hırsızlık, sabotaj gibi risklere karşı, Yapım İşleri Genel Şartnamesinde yer alan hükümler çerçevesinde "all risk" sigorta yaptırmak zorundadır.

54.2. Yüklenici, işin geçici kabul tarihinden kesin kabul tarihine kadar geçecek süreye ilişkin **Deprem, Sel, Yangın ve Sabotaj** karşı genişletilmiş bakım devresi teminatını içeren sigorta yaptırmak zorundadır.

Madde 55 - Denetim, muayene ve kabul işlemlerine ilişkin şartlar
55.1. Sözleşme konusu işin denetim ve kabul işlemleri sözleşme tasarısında ve Yapım İşleri Genel Şartnamesinde belirtilen hükümlere göre gerçekleştirilecektir.

Madde 56 - İşin kısmi kabulü
56.2. Sözleşme konusu işte kısmi kabul yapılması öngörülmemektedir.

Madde 57 - Anlaşmazlıkların çözümü
57.1. Sözleşmenin imzalanarak yürürlüğe girmesine kadar olan süreçte doğacak ihtilaflar, 4734 sayılı Kanunun 54 üncü ve devam eden maddelerinde yer alan inceleme talebinde bulunulmasına ilişkin kurallar saklı kalmak üzere, idari yargıda dava konusu edilebilecektir.
57.2. Sözleşmenin uygulanmasından doğacak ihtilaflar da ise, işin sözleşmesinde yer alan bu konuya ilişkin hükümler uygulanacaktır.

150 kVA GÜCÜNDE JENERATÖR TEKNİK ŞARTNAMESİ

1. KAPSAM :

Bu teknik şartname **Ankara Üniversitesi Rektörlüğü Bilimsel Araştırmalar Projeler Müdürlüğü (BAP)** tarafından satınalınacak olan ve şebeke elektrik enerjisi kesildiğinde yedek enerji ihtiyacını karşılamak üzere kullanılacak en az **150 kVA stand-by** güçte ,dizel motorlu , ses izolasyon Kabinli otomatik elektrojen grubunun teknik özelliklerini, montaj mahalline naklini ve montajının yapılarak çalışır halde teslim şartlarını kapsar.

2. İSTENEN GENEL ÖZELLİKLER:

2.1 İhaleye katılacak firmalar teklif konusu işle iştigal ettiklerine dair ihalenin yapıldığı yıla ait aşağıdaki belgelerin aslı veya noter onaylı suretlerini teklifle birlikte vereceklerdir. Üretimi yapan firmanın aşağıda belirtilmiş olan kalite belgelerine sahip olması zorunludur Buna göre;

- Sanayi Bakanlığı Satış Sonrası Hizmet Yeterlik Belgesi
- Sanayi Bakanlığı Yetkili servis belgesi
- TSE İmalata Yeterlilik Belgesi
- TSEK Uygunluk Belgesi
- ISO9000-9001
- ISO14001
- ISO18001 belgelerini teklif dosyasında idaremize sunacaklardır.

2.2 Temin edilecek jeneratör grubu teknik şartnamede belirtildiği üzere tüm fonksiyonlarını yerine getirecek şekilde montajlı çalışır halde teslim edilecektir.

2.3 Temin edilecek jeneratör grubu aşırı hararet, aşırı hız,aşırı voltaj ve düşük yağ basıncı ve genel koruma devrelerine haiz olacaktır. Jeneratör grubu yeni ve hiç kullanılmamış olacaktır.

2.4 Jeneratör ve şebekenin yükü besleme için transfer işlemi kontaktörlerle yapılacaktır.

2.5 Jeneratörler -20, +45 °C arasında en verimli şekilde çalışabilecek özellikte olacaktır.

2.6 Alternatör ile motor yekpare bir çelik konstrüksiyon şase üzerinde elastiki bir kaplin ile birbirine rijit şekilde akuple edilmiş olacak. Ve şase - motor, alternatör ve kumanda panosu şase bağlantısı vibrasyon emici elastiki takozlarla titreşimi önleyecek şekilde monte edilecektir. Ayrıca jeneratörün zemine montajı jeneratörün çalışma esnasında gezmesini önleyen şase altında monte edilmiş vakumlu elastiki takozlar vasıtası ile yapılacaktır.

2.7 Alternatör sargıları en üst düzeyde yalıtım ve koruma derecelerine sahip olacak ve çalışma esnasında sargılarda gevşeme aşırı ısınma gibi durumlar olmayacak .Sargıda kullanılan teller yüksek kaliteli iletkenliğe sahip bakır telden olacaktır.

2.8 Satın alınacak jeneratör grubu dünya standardı olan SE,BS,DN.ISO,VDE,IEC,NEMA,CE ve benzeri eş değer standartlardan birisine uygun olacaktır.

3. DİZEL MOTOR :

3.1. Dizel motor aşağıdaki özelliklere sahip olacakır.

Motorun Prime gücü	: 100 kW'dan az olmayacak
Motorun Standby gücü	: 120 kW'dan az olmayacak
Zaman Sayısı	: 4 zamanlı
Silindir sayısı	: En az 6
Devri	: 1500 D/dk
Hız Regülasyon Sistemi	: elektronik governörlü olacaktır.
Soğutma şekli	: Su soğutmalı,
Motor Yol verme şekli	: Akülü 12 veya 24 V D.C. marş motoru ile
Hava emiş(aspirasyon) şekli	: Turbo – İntercooler sistem
Ateşleme şekli	: Direkt enjeksiyonlu
Silindir dizilişi	: L- tipi dizili silindirli
Silindir hacmi	: 6 litreden fazla olmaması tercih sebebidir.
Tam yükte yakıt sarfiyatı	: Maksimum(%100 yükte) 25 lt /saat'ten fazla olmayacaktır.

3.2 Jeneratör motorunun %100,%75, %50 yük altındaki yakıt sarfiyatlarının teklif ekinde verilecek belgelerle teyit edilecek.
3.3. Dizel motor standby çalışmada 12 saat süre içinde değişik yük altında çalışma şartlarında 1 saat süre ile nominal yükünün %10 , 2 dakika süre ile %20 fazlasını rahatça besleyecek kapasitede olacaktır.
3.4. Otomatik jeneratör Dizel motorunun soğuk havalarda istenen sürede yol alıp enerji üretebilmesi için termostat ayarlı otomatik motor blok ısıtıcısı bulunacaktır.
3.5 Teklif edilen jeneratör motorları jeneratörlerde kullanılan endüstriyel tip motorlardan olacaktır
3.6. Jeneratörle birlikte verilecek aküler kurşun asitli bakımsız akü olacaktır.
3.7 Dizel motor yağ karteri altında bir yağ tavası ve yağı boşaltımı için yeterli tahliye tapa ve vanası bulunacak ve bir hortumla yağ tahliyesi uygun bir yere taşınacaktır.
3.8 Jeneratör yakıt deposu jeneratörün şasesi içinde olacak ve tam yükte jeneratörü en az 8 saat süreyle rahatça besleyecek kapasitede olacak.

4. ALTERNATÖR

4.1 Fırçasız kendinden ikazlı otomatik voltaj regülatörlü ,fırçasız alternatör aşağıdaki özelliklere uygun olacaktır.

- Standby gücü : 150 kVA'dan az olmayacaktır
- Prime gücü : 135 kVA 'dan az olmayacaktır.
- Nominal gerilimi(voltajı) : 231/400 VAC
- Devri : 1500 d/dk
- Frekans : 50 Hz. (±%2)'yi geçmeyecek
- Güç faktörü (Cos.fi) : 0.8
- Verimi (tam yükte) : %.90 'dan az olmayacak.
- Yalıtım sınıfı : en az '' H ''sınıfından aşağı olmayacaktır.
- Koruma sınıfı : IP-23 den aşağı olmayacaktır.
- Yataklama : Tek yataklı olacaktır.
- Dalga formu : Sinüsodial

4.2. İkaz devresinde : Aşırı voltaj koruyucu (tıkaç) bulunacaktır.
4.3 .Alternatör 12 saatte 1 saat süreyle %10 ve 2 dakika süreyle %50 aşırı yüke dayanıklı olacaktır.
4.4 Tam yükte istikrara döndükten sonra kalıcı voltaj regülasyonu nominal voltajın %1'ni geçmiyecektir.
4.5. Alternatör mekanik ve elektriksel olarak nominal hızının %125 ne kadar dengelenmiş olacaktır.
4.6. Alternatör %30 dengesiz yüklenmeye uygun olacaktır. Bu durumda voltaj asimetrisi nominal voltajın %± 5'i geçmeyecektir.
4.7. Alternatör üç fazında meydana gelebilecek bir kısa devre halinde 300 mili saniye süreyle kısa devre akımının 2-3 katı dayanıklı olacaktır.

5. SES İZOLASYON KABİNİ

5.1 Ses izolasyonlu kabin aşağıdaki özelliklere sahip olacaktır.
Ses izolasyon kabini jeneratöre teknik personel tarafından rahatça bakım yapacak hacme sahip uygun kalitede içine ses izolasyonu için yanmaz süngerli yalıtım yapılacaktır.
5.2. Ses izolasyon kabinli grubun açık alanda 7 metre mesafede ses seviyesi 70-75 dBA'yı geçmiyecektir.
5.3. Eksoz susturucusu yalıtılmış olarak jeneratör kabini içinde bulunacak
5.4. Kabin kapakları kilitli kapaklı olacak ayrıca kabin dışına ve kumanda panosu üzerinde dışarıya taşmayan mantar başlı acil stop butonu konulacaktır.
5.5. Kabin hava giriş ve atışları güç düşümü ve hararete meydan vermeyecek şekilde tasarlanacaktır.
5.6. Kabinli grubu taşımak için uygun yerlerinde taşıma kancası veya forklift kaldırma kanalları olacaktır.

5.7 Motor ve alternatör kendi orijinal renginde panolar ve kabin ise paslanmaya karşı astar ve elektro statik boya ile boyanacaktır.
5.8. Yağ , su ve yakıt gibi ikmallerin rahatça yapılabilmesine imkan verecek şekilde uygun ergonomik yapıda olacaktır.

6.OTOMATİK KUMANDA VE TRANSFER PANOSU

6.1 Kumanda panosu kabin içinde jeneratör şasesine elastiki takozlarla bağlı ,transfer kontaktörleri ise ayrı bir pano içerisinde olacaktır
6.2. Motor ,alternatör ve veya panolardan birisinin üreticisi olan firmaların dışında teklif veren firmaların teklifi dikkate alınmayacak . Bunu teyidi için firmalar IP-53 koruma sınıfına ait TSE 8528-4 kalite standardı belgelerine teklifle birlikte verecektir.
6.3. Elektronik otomatik Kumanda panosunda bulunacak enstrümanlar:
- Elektronik kontrol (Beyni) paneli
- Manuel çalıştırma anahtarı
- Voltmetre komitatörü
- Acil durdurma (Emergency) stop butonu
- Çalışma zaman sayacı
- Voltmetre
- 3 adet ampermetre
- Frekans metre
- Tampon şarj redresörü
- Şarj ikaz lambası
- Yağ basınç göstergei
- Hararet göstergesi
- Depo üzerinde yakıt göstergesi
- Genel sesli ve ışıklı alarm sistemi ikaz lambaları
- Gerekli pako şalterler anahtarlar, butonlar.

6.4 Tüm gösterge ve enstrümanlar etiketli olacaktır.
6.5 .Tüm elektrik sisteminde kullanılan kablo donanımları renkli numaratörler ile numaralandırılmış olacaktır.
6.6 Jeneratör Şebekenin gelmesi ve kesilmesi halinde otomatik elektronik kontrol paneli vasıtası ile aşağıdaki şekilde fonksiyonunu icra edecektir.
Jeneratör Otomatik konuma getirildikten sonra şebekenin alt ve üst gerilim sınırlarını sürekli izleyerek %15 artması veya %10 düşmesi durumunda şebeke kontaktörünü veya şalterini bıraktırıp jeneratör kontaktörü veya şalterini kapayarak yükleri besleyecek

- Şebekenin kesilmesi halinde hemen çalışıp 15 saniye içinde şebeke kontaktörünü açıp jeneratör kontaktörünü kapatarak yükleri şebeke gelip nominal değerlerine gelinceye kadar besleyecek ve nominal değere eriştiğini gördüğünde jeneratör kontaktörünü açarak şebeke kontaktörünü kapayıp yüklein şebekeden beslemesini sağlayacaktır.
- Gerek TEST ve gerekse OTOMATİK konumda şebekenin kesilmesi ve belirlenen parametrik değerlerin dışına çıkması durumunda jeneneratör çalışıp şebeke kontaktörünü açarak jeneratör kontaktörünü kapayarak 15 saniye içinde yükleri beslemeye başlayacaktır. MANUAL durumda ise ancak elle devreye sokulup çıkarılacaktır.
- Ayrıca jeneratörün yükü besleme ve boşta çalışması halinde düşük yağ basıncı ,yüksek hararet ,aşırı devir , aşırı yük, soğutma suyu seviyesinin aşırı düşmesi durumunda jeneratörü otomatik stop ettirecektir.
- Elektronik kontrol panelinin arıza yapması halinde jeneratör gerektiğinde manuel olarak elle baypas yapılarak yükler şebeke ve jeneratörden beslenebilecek özellikte olacaktır.

6.7. Jeneratörde aşağıdaki durumların meydana gelmesi halinde önce sesli veya ışıklı alarm verecek müdahale edilmezse OTOMATİK STOP edecektir.

- Yağ basıncının belirlenen limitin altına düşmesi,
- Hararetin belirtilen limitin üstüne çıkmaya başladığında ,
- Su seviyesinin düşmeye başladığında ,
- Motor devrinin limit üzerine tırmanmaya başladığında ,
- İstenmeyen gerilim oluştuğunda ,
- Aşırı akım arızaları vs.

7. TEKNİK DOKÜMAN

7.1 Jeneratörün bakım onarım ve işletilmesi için gerekli dökümanlar jeneratörle birlikte verilecektir.

7.4. jeneratörün rahat görülebilen bir yerine jeneratörün ana tanıtım plakası konulacaktır.

8. MONTAJ

Bu Teknik Şartname ile alımı yapılacak olan dizel elektrojen grubu " Ankara Üniversitesi Fizik Mühendisliği Bölüm Başkanlığı"na tesis edilecek olup, buna göre

8.1. Şu an halihazırda Fizik Mühendisliği Bölüm Başkanlığı A ve B bloklarında mevcut elektrik kesintilerinde kullanılmakta olan 1 adet 278 kVA gücünde bir elektrojen grubu bulunmaktadır.

8.2. Söz konusu mevcut olan 278 kVA gücündeki elektrojen grubu B bloğun altına montelidir. Buradan hem A bloğunu Hem de B bloğunu mevcut kesintilerde beslemektedir. Bu sebeple mevcut jeneratörün B bloğu ile irtibatının kesilerek sadece A bloğunu beslemesinin sağlanması, B bloğu için ise iş bu teknik şartnamede vasıfları ve teknik özellikleri belirtilmiş olan 150 kVA (stand-by) gücündeki jeneratörün ise sadece B bloğunu beslemesi amaçlanmaktadır.

8.3. Yeni tesis edilecek olan elektrojen grubu mevcut bulunan 278 kVA gücündeki elektrojen grubunun yanına monte edilecektir.

8.4. Hava atışı için davlumbaz yapımı, egzost yapımı ve söz konusu enerji ve sinyal kabloları ile birlikte tam montajlı olarak teslim edilecektir.

9. GARANTİ ŞARTLARI

9.1. Jeneratör grubu fabrikasyon hata , kalitesiz malzeme ve işçilikle ilgili olumsuzluklara karşı 2 (iki) yıl süre ile garantili olacak ve bu garanti jeneratörün montaj mahalline indirildiği tarihten itibaren başlayacaktır.

9.2. Ayrıca garanti süresini takiben yüklenici en az 10 yıl süre ile ücreti mukabili yedek parça temin etmeyi taahhüt edecektir.

9.3. Garanti içinde arızaya müdahale süresi 24 saati gecmeyecektir.

KOMİSYON

Prof. Dr. Çelik TARIMCI

Doç.Dr. Mehmet KABAK

Prof. Dr. Yalçın ELERMAN

TAŞINMAZ MAL SATIŞ ŞARTNAMESİ
I-GENEL ŞARTLAR

MADDE 1. İHALE KONUSU ve ŞEKLİ

1- İstanbul İli Ataşehir ilçesi Örnek Mahallesi 22/2 Pafta, 2652 Ada, 1 Parsel sayılı taşınmaz üzerinde bulunan , Mülkiyeti Üsküdar Belediyesine ait 129 adet kat irtifaklı aşağıda tabloda belirtilen bağımsız bölümler 24 ay vade ile TOPTAN 2886 sayılı Devlet İhale Kanunun 35/a maddesine göre kapalı teklif usulüne göre ihale ile satılacaktır.

ADETİ	CİNSİ - TİPİ	GEÇİCİ TEMİNATI	MUHAMMEN SATIŞ BEDELİ (KDV hariç)
31	Stüdyo A-B Tipi	118,331.76 TL	3,944,392.00 TL
41	1+1 A-B Tipi	271,227.66 TL	9,040,922.00 TL
40	2+1 A-B Tipi	331,771.98 TL	11,059,066.00 TL
17	3+1 A-B-C, Dublex D	203,101.26 TL	6,770,042.00 TL
TOPLAM		**924,432.66 TL**	**30,814,422.00 TL**

Bağımsız Bölümlere ait detaylı liste şartname ekinde mevcuttur.

Yukarıda tapu kaydı, niteliği, diğer özellikleri, muhammen satış bedelleri ve geçici teminat miktarları belirtilen Üsküdar Belediyesine ait bağımsız bölümler, Üsküdar Belediyesi Başkanlığınca **07/04/2011** tarihine tesadüf eden Perşembe günü saat 10.00'da Üsküdar Belediye Encümeni Toplantı Salonunda yapılacak ihale ile satılacaktır.

İstekliler, ihaleye ilişkin bilgileri Üsküdar Belediyesi Emlak İstimlak Müdürlüğünden görülebilir ve Taşınmaz mal satış şartnamesini 2.000.-TL(ikibintürklirası) ücret karşılığında satın alabilirler Ayrıca www.uskudar-bld.gov.tr adresinden taşınmaz mal satış şartnamesine ulaşabilirler.
İhaleye çıkarılan bağımsız bölümlerin
a) Toptan Muhammen Satış Bedeli
= **30.814.422.-**(Otuzmilyonsekizyüzondörtbindörtyüzyirmiikitürklirası)TL'dir.
b) Toptan Geçici Teminat Miktarı
=**924.432.66.-**(Dokuzyüzyirmidörtbindörtyüzotuzikitürklirasıaltmışaltıkuruş)TL'dir.

MADDE 2. MUHAMMEN BEDEL ve GEÇİCİ TEMİNAT MİKTARLARI

Taşınmazların muhammen satış bedelleri ve geçici teminat miktarları , yukarıda madde 1'de gösterilmiştir.
İstekliler söz konusu gayrimenkullerin satış ihalesine katılabilmek için satın alacakları taşınmazların muhammen bedelinin en az %3'ü (yüzde üç) nispetinde geçici teminatı nakden veya teminat mektubu ile yatırmak zorundadır.

MADDE 3. İHALEYE KATILMA ŞARTLARI

08.09.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nda belirtilen niteliklere haiz olmak ve anılan Kanunda açıklanan biçimde teklifte bulunmak, geçici teminatı yatırmak şarttır.
İhaleye iştirak edecekler bedeli karşılığında şartname satın almak zorundadır.

MADDE 4. İHALE DOSYASINDA ARANACAK BELGELER

İsteklilerin ihaleye katılımında tanzim edilecek İhale Dosyasında aranacak belgeler şunlardır:

a) Teklif Mektubu (Şartname eklerinde örneği mevcut),
b) Taşınmaz Mal Satış Şartnamesi,
c) Şartnamenin her sayfası ayrı ayrı ihaleye iştirak eden tarafından imzalanmak zorundadır
d) Geçici Teminat,
e) Nüfus cüzdanı sureti (Gerçek kişiler için)
f) Muhtarlıktan ihalenin yapılmış olduğu yıl içerisinde alınmış ikametgah Belgesi(Gerçek kişiler için)
g) Türkiye'de tebligat adresi için adres göstermesi
h) İstekli adına vekaleten iştirak ediliyorsa, isteklinin adına teklif vermeye yetkili olduğuna dair noter tasdikli vekaletname ve imza örneği,
i) Tüzel kişi olması halinde, Mevzuatı gereği tüzel kişiliğin siciline kayıtlı bulunduğu Ticaret ve / veya Sanayi veya Esnaf Odasından veya benzeri bir makamdan ihalenin yapılmış olduğu yıl içerisinde alınmış tüzel kişiliğin siciline kayıtlı olduğuna dair belge (Tescil Belgesi) ve Kayıtlı olduğu Vergi Dairesi ve numarası,
j) İsteklinin ortak girişim olması halinde şekli ve içeriği ilgili mevzuatlarca belirlenen noter tasdikli ortak girişim beyannamesi
k) Tüzel kişi olması halinde, teklif vermeye yetkili olduğunu gösteren noter tasdikli imza beyannamesi veya imza sirküleri
l) Vekaleten ihaleye katılma halinde, istekli adına katılan kişinin ihaleye katılmaya ilişkin yetkisinin bulunduğu noter tasdikli vekaletnamesi ile noter tasdikli beyannamesi.
m) Ülkemizde yabancıların mülk edinmesi konusunda yasal mevzuat dahilinde herhangi bir engelleyici hüküm bulunmaması koşullarında T.C. uyruğunda olmayan yabancıların ihaleye iştirak etmesi halinde verecekleri her türlü teminatlarda (geçici, v.s. gibi) yerli bankalar veya özel finans kurumlarının kontrgarantisi (Counterguarantee) istenecektir. Ayrıca bu yabancı istekliler idareye sunacakları her türlü belgeleri, yeminli tercüman bürolarında Türkçe'ye çevirmek zorundadır.
n) Şartname alındı makbuzu.

Taşınmazların Toptan satış ihalesine teklif verecekler; ihale zarflarını yukarıda ve şartnamede belirtilen belgeler ile birlikte satış şartnamesinde belirtilen maddelere uygun olarak hazırlayarak **07/04/2011** tarihinde Perşembe günü saat 09.30'a kadar Üsküdar Belediyesi Encümenine (ihale komisyonu) sekreterya görevini yapan görevliye sıra numaralı alındı belgesi karşılığında teslim edeceklerdir. Posta, kargo, telgrafla veya internet üzerinden yapılan müracaatlar kabul edilmeyecektir.

MADDE 5. İDARENİN YETKİSİ

İhale komisyonu, gerekçesini kararda belirtmek suretiyle ihaleyi yapıp yapmamakta tamamen serbesttir. Komisyonun ihaleyi yapmama kararına itiraz edilemez. İhalenin yapılmamasına karar verilmesi halinde, istekilerden alınan geçici teminatlar iade edilecektir.

MADDE 6. İHALENİN ONAYI VE TEBLİĞİ

İhale Komisyonu tarafından alınan ihale kararı ita amirince, karar tarihlerinden itibaren en geç onbeş (15) iş günü içerisinde onaylanır veya iptal edilir. İta amirince (İhale Komisyonunca) karar iptal edilirse, ihale hükümsüz sayılır.
İhale Komisyonunca (ita amirince) onaylanan ihale kararları, onayladığı günden itibaren en geç beş (5) iş günü içerisinde müşteriye veya yasal temsilcisine (vekiline) imzası alınmak suretiyle elden veya iadeli taahhütlü mektupla tebliğ edilir.
Mektubun postaya verilmesini takip eden yedinci gün, kararın müşteriye veya vekiline tebliğ tarihi sayılır.
Teklifleri uygun olarak değerlendirilmeyen isteklilerin Geçici Teminatı, müracaatları halinde istekliler veya yasal temsilcilerine imza karşılığı iade edilir.
İhale sırasında hazır bulunmayan veya noterden tasdikli vekaletnameyi haiz bir vekil göndermeyen istekliler, ihalenin yapılış tarzına ve sonucuna itiraz edemezler.

MADDE 7. HARÇ ve GİDERLER

İhale ile ilgili olarak her türlü vergi, resim, harçları ve diğer giderleri ödemek, müşteriye aittir.
Satıma ilişkin olarak her türlü vergi, resim, harçlar, ipotek masrafları ve diğer giderleri ödemek müşteriye aittir.

MADDE 8. ALICININ GÖREV VE SORUMLULUĞU

Müşteri, 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 31. veya 76. maddelerine göre onaylanan ihale kararının yukarıda açıklanan şekilde tebliğinden veya 32.maddeye göre tebliğ sayılan günden itibaren onbeş (15) gün içinde 24 ay vadeli satılan taşınmazın ihale bedeli üzerinden taksit miktarını 6 ayda bir Belediyenin veznesine ödeyecektir.
Ayrıca satış sözleşmesi düzenlenecek ve 6 ayda bire denk gelen taksit bedellerini ise ayın 1'i ile 5'i arasında Belediyenin veznesine yatırılmak suretiyle ödenecektir.
Taksitlerin tahakkuk eden zamanda ödenmemesi halinde hiçbir ihtara gerek kalmaksızın Mali Hizmetler Müdürlüğü'nce gecikme zammı uygulanacaktır. En Son tahakkuk eden taksit bedelinin tarihine gelindiğinde müşterinin halen borcu var ise Üsküdar Belediyesi İCRA işlemlerine başlayacaktır.
Satışı yapılan taşınmazların tamamına İhale Bedeli üzerinden Üsküdar Belediyesi lehine İpotek Tesis edilecektir.
Herhangi bir taşınmazdaki ipotek tesislerinin terkini için Üsküdar Belediyesi ile ihaleyi alan müşteri ortak karar verecektir.
İpotek terkinleri 6 ayda bir ödenen taksit tutarına denk gelen bağımsız bölümlerden yapılacaktır.

Taksitlerin erken ödenmesi halinde de yine taksit tutarına denk gelen bağımsız bölümlerden ipotek terkinleri yapılacaktır.
Bu şartnamedeki zorunluluklara uyulmadığı takdirde, protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın ihale bozulur ve geçici teminat Belediye gelir kaydedilir.
Satış bedelinin ilk taksidinin ödenmesinden sonra müşteri, taşınmazı adına ipotekli tescil ettirmek zorundadır. Aksi takdirde müşteri, meydana gelecek hasar, zarar, fuzuli işgal ve diğer sebeplerle idareden bir talepte bulunamaz.
Geçici Teminat borçların tamamı bittikten sonra iade edilecektir.

Müşterinin sözleşme hükümlerine uymaması durumunda, sözleşmenin feshedileceği bildirilir. Tebligata rağmen borcun ödenmemesi halinde, taşınmaz Belediye mülkiyetinde ise sözleşme feshedilerek, geçici teminat olarak belirlenmiş tutar, Belediyeye gelir kaydedilir ve satış bedeli olarak tahsil edilen tutardan mahsup edilerek kalanı faizsiz olarak alıcıya aynen iade edilir. Taşınmaz, banka teminat mektubu veya ipotek tesis edilerek alıcı adına tescil edilmiş ise teminat mektubu veya ipotek paraya çevrilerek, kalan borç faizi ile birlikte tahsil edilir.
İdare de bu süre içinde ferağ işlemlerini tamamlamak, şartnamede belirtilen sınır ve niteliğe göre satılan taşınmazı müşteriye teslim etmekle yükümlüdür.

Taşınmazlarla ilgili olarak yapılacak her türlü imar tadilatları, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununa göre yapılacak işlemler alıcı tarafından yaptırılacak ve masrafları da müşteriye ait olacaktır. İmar tadilatları konusunda idareden hiçbir biçimde talepte bulunulamaz.

MADDE 9. İDARENİN GÖREV VE SORUMLULUĞU

İdare de müşterinin yükümlüğünü yerine getirmesinden itibaren otuz (30) günlük süre içinde gerekli izinleri almak, taşınmaz üzerindeki takyidatları kaldırmak, ferağ işlemlerini tamamlamak, şartnamede belirtilen sınır ve niteliğe göre satılan taşınmazı alıcıya teslim etmekle yükümlüdür.

Bu yükümlülüğü yerine getirilmemesi halinde, alıcı, sürenin bitmesinden itibaren en çok on beş (15) gün içinde, on (10) gün müddetli bir noter ihbarnamesi ile bildirmek şartıyla, taahhüdünden vazgeçebilir. Bu takdirde teminat geri verilir. Alıcı, ihaleye girmek ve teminat vermek için yaptığı masrafları istemeye hak kazanır.

MADDE 10. SÜRENİN UZATILACAĞI HALLER VE ŞARTLARI

Alıcının, yabancı sermayeli şirket olması halinde, 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 31. veya 76.maddelerine göre onaylanan ihale kararının yukarıda açıklanan şekilde tebliğini takiben alıcının İdareye başvurması üzerine İdare taşınmazların alıcıya ihale edildiğine dair belge düzenleyecek ve alıcıya temin edecektir.

MADDE 11. HÜKÜM BULUNMAYAN HALLER

Şartname ve eklerinde hüküm bulunmayan hallerde 2886 sayılı Devlet İhale Yasası hükümlerine göre işlem yapılacaktır.

MADDE 1. İHTİLAFLARIN ÇÖZÜM YERİ

İhale konusu satışla ilgili olarak doğabilecek ihtilafların çözümünde Üsküdar Mahkemeleri ve İcra Daireleri yetkilidir.

MADDE 13.

Bu şartname ve eklerinde yazılı hususları tamamen okuyup anladığımı, şartname ve eklerinde belirtilen kurallara aynen uyacağımı taahhüt ederim. Her çeşit tebligat, aşağıdaki adresime yapılabilir.

Taahhüt Eden veya Vekili

İmzası : .....
Adı-Soyadı : .....
Görevi : .....
Yasal Adresi : .....
.....
Tarih : .....
(İşbu şartname ekleriyle birlikte 6 (altı) sayfa ve 13 (onüç) maddeden ibarettir.)

EKLER :
□ Teklif Mektubu Örneği.
□ Bağımsı Bölüm Listesi.

TEKLİF MEKTUBU

TEKLİFTE BULUNANIN :

ADI – SOYADI : .....
TİCARİ ÜNVANI :
.....
YASAL ADRESİ :
.....
TELEFON NO. : ..... ***FAX NO.*** :
.....

Teklif Edilen Fiyat TL :.....
Sıra No :.....
İli : İSTANBUL
İlçesi : ATAŞEHİR
Mahallesi : ÖRNEK
Pafta No.....: 22/2
Ada No.....: 2652
Parsel No.....: 1
Cinsi.....:İKON BLOKLAR (129 ADET BAĞIMSIZ BÖLÜM)
Toptan Muhammen Bedel : 30.814.422.-TL
Açıklama

07/04/2011 tarihinde saat 10:00'da ihale usulü ile satılacak olan, Üsküdar Belediyesine ait yukarıda tapu kaydı ve özellikler belirtilen taşınmaz malların tamamı için, teklif fiyatlarımın/fiyatlarımızın tabloda verildiği gibi olduğunu, şartname ve eklerini tamamen okuyup kabul ettiğimi imza ve beyan ederim.

YASAL TEMSİLCİSİNİN
İmzası : .....
Adı – Soyadı : .....