

T.C
ADNAN MENDERES ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
SİYASET BİLİMİ VE KAMU YÖNETİMİ ANABİLİM DALI
2016-YL-052

KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNİN HUKUKİ REJİMİ

HAZIRLAYAN

Ceren ŞAKAR

TEZ DANIŞMANI

Prof. Dr. Fatma Neval GENÇ

AYDIN-2016

T.C
ADNAN MENDERES ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE
AYDIN

Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Anabilim Dalı Yüksek Lisans Programı öğrencisi Ceren ŞAKAR tarafından hazırlanan **Kamu İhale Sözleşmelerinin Hukuki Rejimi** başlıklı tez,tarihinde yapılan savunma sonucunda aşağıda isimleri bulunan jüri üyelerince kabul edilmiştir.

	Ünvanı, Adı Soyadı	Kurumu	İmzası
Başkan :			
Üye :			
Üye :			
Üye :			
Üye :			

Jüri üyeleri tarafından kabul edilen bu Yüksek Lisans tezi, Enstitü Yönetim KurulununSayılı kararıyla**(tarih)** tarihinde onaylanmıştır.

Prof. Dr. Recep TEKELİ

Enstitü Müdürü

T.C
ADNAN MENDERES ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE
AYDIN

Bu tezde sunulan tüm bilgi ve sonuçların, bilimsel yöntemlerle yürütülen gerçek deney ve gözlemler çerçevesinde tarafımdan elde edildiğini, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce, sonuç ve bilgilere bilimsel etik kuralların gereği olarak eksiksiz şekilde uygun atıf yaptığımı ve kaynak göstererek belirttiğimi beyan ederim.

.../.../2016

Ceren ŞAKAR

ÖZET

KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNİN HUKUKİ REJİMİ

Ceren ŞAKAR

Yüksek Lisans Tezi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Anabilim Dalı

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Fatma Neval GENÇ

2016, 203 sayfa

İdarenin en temel görevlerinden biri, vatandaşlarına kamu hizmeti sunmasıdır. İdare bu görevini kendisi yapabileceği gibi, kendi gözetimi ve denetimi altında özel kişilere de yaptırabilir. İdarenin kamu hizmetlerini özel kişilere yaptırması tek yanlı ve çift yanlı işlemleri ile olabilmektedir. İdarenin özel hukuk kişileriyle yaptığı sözleşmeler, onun çift yanlı işlemlerindendir. İdare, hem idari sözleşme hem de özel hukuk sözleşmesi yapabilmektedir. İdarenin her iki sözleşmeyi yaparken uyması gereken usul kuralları ihale kurallarıdır. Türkiye’de kamu ihale sözleşmeleri, yüksek yargı organlarının kararlarında kategorik olarak özel hukuk sözleşmesi kabul edilmektedir. Literatürdeki yazarların büyük bir kısmı tarafından da, yargı kararlarında belirtilen bu görüş benimsenmiştir. Yargı kararlarında idari sözleşmelerin kriterleri de belirlenmiştir. Bu kriterler, taraflarından biri idare olan bir sözleşmenin, kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olması ve özel hukuku aşan şartlar içermesidir. 4735 sayılı “Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu”na göre akdedilen kamu ihale sözleşmelerinin, idari sözleşmelerin kriterleri bakımından incelendiğinde, bu kriterleri yerine getirme kabiliyetine sahip olduğu görülmüştür. Tez çalışmamızda, kamu ihale sözleşmelerinin bu kabiliyeti, idari sözleşmelerin kriterleri bakımından yapılan inceleme ile ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Bu incelemenin öncesinde, kamu ihale sözleşmelerinin teorik arka planı incelenmiştir. Kamu ihale sözleşmeleri, idare hukukunun konusunu oluşturmaktadır. İdare hukuku ile yakın ilişki içerisinde olan kamu yönetimi disiplininde yaşanan dönüşümler, kamu ihale sözleşmelerinin hukuki durumunda etkili olmuştur. Bu dönüşüm inceledikten sonra, kamu ihale sözleşmelerinin AB hukukundaki durumu incelenmiş ve son olarak bu sözleşmelerin Türkiye özelindeki durumu incelenerek çalışma tamamlanmıştır.

ANAHTAR SÖZCÜKLER: Kamu İhale Sözleşmesi, İdari Sözleşme, Kamu Yönetimi Disiplininde Dönüşüm, Avrupa Birliği.

ABSTRACT

JUDICIAL REGIME OF PUBLIC PROCUREMENT CONTRACTS

Ceren ŞAKAR

M.sc. Thesis, at Political Science and Public Administration

Supervisor: Prof. Dr. Fatma Neval GENÇ

The most basic missions of government is submitting public service to citizens. Government can fulfill its mission as in itself, also it can lead natural person to do it in charge of itself. Leading natural person to submit public service could be with unilateral transactions or contracts of government. Contracting of government with natural person is principal to principal of government. Government can make contract governed by private law or administrative contract. When government make contract governed by private law or administrative contract, it must obey procurement rules. Public procurement contracts is accepted categorically as contract governed by private law in supreme court decisions in Turkey. This opinion in supreme courts decisions is adopted by writers in literature. Administrative contract's criterias is determined in supreme court's decisions. These criterias are contracts to which government is party. These contracts which are conducting of public service. These contracts must have conditions which are outside of private law. Public procurement contracts which are signed for the Law no 4735 "Public Procurement Contracts Law", have capacity to fulfill these criterias. In this thesis, this capacity of public procurement contracts are tried to reveal in terms of administrative contracts's criterias.

Before this analysing, public procurement contracts's theoretical background is analysed. Public procurement contracts are subject of administrative law. Transitions in public administration discipline which is relevant to administrative law have influence on public procurement contracts's legal status. After this analysing, public procurement contracts's status in European Union Law is analysed. At last, status of these contracts in Turkey is analysed and thesis is completed.

KEY WORDS: Public Procurement Contract, Administrative Contract, Transition in Public Administration Discipline, European Union.

ÖNSÖZ

Kamu ihale sözleşmelerinin hukuki rejimi hakkında, Türkiye’de yargı içtihatlarında, bu sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olduğu ve bu sebeple bu sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıkların adli yargıda görüleceği şeklinde belirleme yapılmıştır. Uygulama, yargı içtihatlarının bu görüşü çerçevesinde şekillenmekle birlikte, literatürde yargı içtihatlarında belirlenen görüşten farklı görüşler oluşmuştur. Bu görüş farklılığının oluşmasında, kamu ihale sözleşmelerinin idari sözleşmelerin kriterlerini taşıyıp taşımadığı sorusu etkili olmuştur. Bu sebeple bu çalışmada, literatürdeki görüşler ve yargı kararlarındaki görüşler ışığında, kamu ihale sözleşmelerinin hukuki rejimi, idari sözleşmelerin kriterleri bakımından inceleme konusu yapılmıştır.

Gerek tez yazım sürecinde gerekse akademik gelişimimde bana her türlü yardımda bulunan ve içine girdiğim akademisyenlik sürecinde manevi destekleriyle beni teşvik eden ve cesaretlendiren değerli tez danışmanı hocam Prof. Dr. Fatma Neval Genç’e teşekkürlerimi sunarım.

Tez dönemi boyunca kendisine sorduğum hiçbir soruyu cevapsız bırakmayan, yardımlarıyla bana her zaman destek olan hocam Yrd. Doç. Dr. Ali Cengiz’e teşekkürlerimi sunarım.

Tez yazım sürecinde bilgi alışverişinde bulunduğum ve manevi destekleriyle her zaman yanımda olan arkadaşlarım Arş. Gör. Burcu Yılmaz, Arş. Gör. Sidre Gül Bige Göcekli, Arş. Gör. Levent Odabaşı, Arş. Gör. Murat Yılmaz, Arş. Gör. Bilal Alper Torun, Arş. Gör. Ceren Bostan, Arş. Gör. Erkam Sarı, Arş. Gör. Hatice Küçükkaya ve Arş. Gör. Sedat Alataş’a teşekkürlerimi sunarım.

Tez yazım süreci de dahil olmak üzere hayatımın her anında, bana her anlamda destek olan, varlıklarıyla beni onurlandıran, evlatları olmaktan gurur duyduğum annem Zuhal Şakar ve babam Osman Şakar’a teşekkürü bir borç bilir ve saygılarımı sunarım.

Ceren ŞAKAR

İÇİNDEKİLER

KABUL ONAY SAYFASI.....	iii
BİLİMSEL ETİK BİLDİRİM SAYFASI	v
ÖZET.....	vii
ABSTRACT	ix
ÖNSÖZ	xi
SİMGELER DİZİNİ.....	xvii
ŞEKİLLER DİZİNİ.....	xix
ÇİZELGELER DİZİNİ	xxi
GİRİŞ.....	1
1. KAVRAMSAL VE KURAMSAL ÇERÇEVE	12
1.1. Kamu İhalesi Kavramı	12
1.2. Kamu Yönetimi Alanında Yaşanan Dönüşümün Kamu İhale Sözleşmelerine Etkisi	14
1.2.1. Yeni Kamu İşletmeciliği Yaklaşımı ve Kamu İhale Sözleşmeleri Üzerindeki Etkisi	21
1.2.2. Yönetişim Yaklaşımı ve Kamu İhale Sözleşmeleri Üzerindeki Etkisi	32
1.3. Kamu Hizmeti Kavramının Anlamı ve Kapsamında Yaşanan Değişimler ve Kamu İhale Sözleşmeleri Üzerindeki Etkisi	44
2. AVRUPA BİRLİĞİ KAMU İHALE SİSTEMİ	60
2.1. Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Anlayışı	60
2.2. Avrupa Birliği'nde Kamu İhale Sisteminin Düzenlenişi	65
2.2.1. 2004/17 EC Sayılı ve 2004/18 EC Sayılı Direktifler	69
2.2.2. 2014/24 EU Sayılı ve 2014/25 EU Sayılı Direktifler	77
2.2.3. İhtilaf Direktifleri	81
2.3. Avrupa Birliği Üye Devletlerinde Kamu İhale Sözleşmelerinin Hukuki Rejimi	84

3. TÜRKİYE’DE KAMU İHALE SİSTEMİ	95
3.1. Türkiye’de Kamu İhalelerinin İçerisinde Düzenlendiği İdare Hukukunun Oluşumu ve Bugünkü Durumu	95
3.1.1. Türk İdare Hukukunun Gelişimi	95
3.1.2. İdare Hukukunun Temel Kavramı Olan Kamu Hizmetinin Görülüş Usullerinin Dönüşümü	98
3.2. Türkiye’de Kamu İhale Sisteminin Düzenlenişi	105
3.2.1. Türkiye’de Kamu İhale Hukukunu Düzenleyen Kanunlar ve Kapsamları	105
3.2.2. 4734 Sayılı Kanunun AB İhale Direktifleri Bakımından İncelenmesi	107
3.2.3. 4734 Sayılı Kanunun AB İhtilaf Direktifleri Bakımından İncelenmesi	113
3.3. Türkiye’de Kamu İhale Sözleşmelerinin Durumu	116
4. TÜRKİYE’DE 4735 SAYILI KANUNA GÖRE YAPILAN KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNİN HUKUKİ REJİMİ	125
4.1. İdari Sözleşmelerde Sözleşmenin Konusunun Kamu Hizmetinin Yürütülmesine İlişkin Olması Şartı Bakımından Kamu İhale Sözleşmeleri	127
4.1.1. Kamu Hizmeti Kavramı ve Kapsamı	127
4.1.2. Kamu Hizmeti Kriteri Bakımından Kamu İhale Sözleşmeleri	135
4.2. İdari Sözleşmelerin Özel Hukuku Aşan Şartlar Kriteri Bakımından Kamu İhale Sözleşmeleri	139
4.2.1. Sözleşmede Taahhüt Edilen Şeyin Sözleşmeci Kişi Tarafından Şahsen İfa Edilmesi Bakımından	140
4.2.2. Sözleşmecinin Ücret ile İlgili Hakları Bakımından	143
4.2.3. İdarenin Kamu Gücünden Kaynaklanan Hak ve Yetkileri Bakımından	143
4.2.3.1. Denetim ve Yönlendirme Yetkisi Bakımından	144

4.2.3.2. Yaptırım Uygulama Yetkisi Bakımından	145
4.2.3.3. Tek Taraflı Değişiklik Yapma Yetkisi Bakımından	156
4.2.3.4.Kamu Yararına Fesih Yetkisi Bakımından	158
4.2.4. Yeni Olayların Sözleşmeye Uygulanması Bakımından	158
4.2.4.1. Mücbir Sebep	159
4.2.4.2. Fedürens(Fait De Prince), Öngörülemmezlik(l'imprevision) ve Öngörülmemiş Güçlükler Teorileri.....	161
4.2.5. Kamu İhale Sözleşmelerinde Özel Hukuku Aşan Diğer Şartlar Bakımından	162
4.2.5.1. Fiyat Farkı Uygulaması Bakımından.....	163
4.2.5.2. Süre Uzatımı Verilmesi Bakımından.....	165
4.2.5.3. İfa Yerindeki Değişiklik Bakımından	167
4.2.5.4. Yasak Fiil ve Davranışlarda Bulunma Sebebiyle İhalelere Katılmaktan Yasaklanma Bakımından.....	168
4.2.5.5. İş ve İş Yerinin Sigortalanması Yükümlülüğü Bakımından.....	169
4.2.5.6. İdarenin İhale Dokümanında Değişiklik Yapabilme Yetkisi Bakımından	170
TARTIŞMA VE SONUÇ	174
KAYNAKLAR	187
ÖZGEÇMİŞ	203

SİMGELER DİZİNİ

AB	: Avrupa Birliği
ATAD	: Avrupa Toplulukları Adalet Divanı
Bkz	: Bakınız.
D	: Daire
DPT	: Devlet Planlama Teşkilatı
EC	: Avrupa Topluluğu
EEC	: Avrupa Ekonomik Topluluğu
EU	: Avrupa Birliği
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
IMF	: Uluslararası Para Fonu
İDDK	: İdari Dava Daireleri Kurulu
KİT	: Kamu İktisadi Teşebbüsleri
KOBİ	: Küçük ve Orta Büyüklükteki İşletme
NAFTA	: Kuzey Amerika Ülkeleri Serbest Ticaret Anlaşması
NATO	: Kuzey Atlantik Anlaşması Örgütü
OECD	: Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Teşkilatı
OGC	: Devlet Ticaret Bürosu
PFI	: Özel Finans Girişimi
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
UNCITRAL	: Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu
WTO	: Dünya Ticaret Örgütü
YİĞŞ	: Yapım İşleri Genel Şartnamesi

ŞEKİLLER DİZİNİ

Şekil 2.1. Kamu İdaresinin Yaptığı Sözleşmeler	85
--	----



ÇİZELGELER DİZİNİ

Çizelge 2.1. 2014/24 EU Sayılı Direktife Göre Eşik Değerler.....	77
Çizelge 3.1. 2886 Sayılı Kanun ve 4734 Sayılı Kanunun Kapsamı.....	106
Çizelge: 3.2. 4734 Sayılı Kanunun AB İhale Mevzuatı ile Uyumlu Yönleri.....	111



GİRİŞ

Tez çalışmamızın konusu; 4735 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda düzenlenen kamu ihale sözleşmelerinin bağlı olduğu hukuki rejimdir. 4735 sayılı Kanunda söz konusu sözleşmelerin kamu hukuku veya özel hukuk sözleşmesi olduğu konusunda bir belirleme yapılmamıştır. Fakat Kanunun 4. maddesinde: *“bu sözleşme hükümlerinin uygulanmasında tarafların eşit hak ve yükümlülüklerle sahip olduğu”* belirtilmiştir. Yine aynı kanunun 36. maddesinde: *“bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağı”* ifade edilmiştir. Literatürde, bu hükümlerden yola çıkılarak, bu sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olduğu belirtilmiştir (Gözübüyük ve Tan, 2014: 525). Yargı içtihatlarında da, kamu ihale sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi olduğu yönünde belirleme yapılmıştır. Yargı içtihatlarında; taraflarından biri idare olan bir sözleşmenin, “konusunun kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olması ve özel hukuk yetkilerini aşan şartlar içermesi” şartlarının birlikte gerçekleşmesi koşulu ile bir sözleşmenin idari sözleşme kabul edileceği belirtilmiştir¹. Her ne kadar kanunun 4. maddesinde tarafların eşit hak ve yükümlülüklerle tabi olacağı belirtilmişse de; aynı kanun hükümleri bir bütün olarak değerlendirildiğinde ve bu kanuna göre hazırlanan tip sözleşme hükümlerine bakıldığında, idareye özel üstünlükler tanındığı görülmektedir (Uz, 2010: 66).

Türk hukukunda, idarenin yaptığı bir sözleşmenin idari veya özel hukuk sözleşmesi olduğunun belirlenmesi kanunla; şayet kanun ile böyle bir belirleme yapılmamış ise yargı içtihatları ile yapılmaktadır (Gözler ve Kaplan, 2015: 452). Yüksek yargı organları, kararlarında bir sözleşmenin idari sözleşme olabilmesi için o sözleşmenin yerine getirmesi gereken kriterleri belirlemiştir. Bu kriterler, bir önceki paragrafta belirtilen kriterlerdir. Bu durumda, kanunla idari sözleşme veya özel hukuk sözleşmesi olduğu belirtilmeyen bir sözleşmenin ne tür bir sözleşme olduğunu, yargı içtihatlarında belirlenen kriterler çerçevesinde incelemek gerekmektedir. Kamu ihale sözleşmelerinin idari sözleşme veya özel hukuk sözleşmesi olduğu yönünde kanunla herhangi bir belirleme yapılmamıştır. Bu sebeple, kamu ihale sözleşmelerinin idari sözleşme mi özel hukuk sözleşmesi mi olduğunu belirlemek için yargı kararlarında belirtilen idari sözleşmelerinin

¹Anayasa Mahkemesi, 09.12.1994 tarihli, 1994/43 Esas, 1994/42-2 Karar sayılı kararı; Danıştay, 12. D., 02.11.1976 tarih, 1974/1958 Esas, 1976/2141 Karar sayılı kararı; Yargıtay, 13. H.D., 18.12.1982 tarih, 1982/6483 Esas, 1992/6996 Karar sayılı kararı; Uyuşmazlık Mahkemesi, 24.01.1946 tarih, 1946/5 Esas, 1946/1 Karar sayılı kararı.

kriterlerini esas almak gerektiğini ileri süren Gözler ve Kaplan'ın (2015: 456), bu görüşüne katılmaktayız. Literatürde yapılan inceleme sırasında Abdullah Uz tarafından yazılan ve 2010 yılında yayınlanan “İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmelerin Hukuksal Rejimleri Bakımından Kamu İhale Sözleşmeleri” adlı kitapta da, kamu ihale sözleşmelerinin hukuki rejimi incelenirken, idari sözleşmelerin kriterlerine göre bir inceleme yapıldığı görülmüştür. Gözler ve Kaplan'ın bu görüşü ve Abdullah Uz tarafından yapılan inceleme, çalışmamız açısından özel önem arz etmektedir.

Kanun ile idari sözleşme veya özel hukuk sözleşmesi olduğu belirlenmeyen kamu ihale sözleşmelerinin, idari sözleşme mi yoksa özel hukuk sözleşmesi mi olduğunu ve dolayısıyla hukuki rejimini belirlemek için, idari sözleşmelerin kriterlerine bakmak gerektiği görüşüne (Gözler ve Kaplan, 2015: 456), yukarıda belirttiğimiz gerekçe ile katıldığımız için; çalışma konumuzda da, kamu ihale sözleşmelerinin hukuki rejimi, idari sözleşmelerin kriterleri doğrultusunda incelenmiştir.

Bu çalışmanın ana varsayımı; yargı içtihatlarında belirlenen idari sözleşme kriterleri açısından bakıldığında, kamu ihale sözleşmelerinin; özel hukuk sözleşmelerine ait özellikler taşımaktan çok, kamu hukukuna ve dolayısıyla idari sözleşmelere ait nitelikler arz ettiğidir. Kamu ihale sözleşmelerinin konusunun, yapılan sözleşme tipine bağlı olarak değişen oranlarda kamu hizmeti ile ilgili olduğu, çalışmanın alt varsayımlarından ilkinin oluşturmaktadır. İkinci alt varsayım ise “Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu” ve bu kanuna göre çıkarılan tip sözleşmelere ve şartnamelere bakıldığında, bu sözleşmelerde, idarenin özel hukuk kişisi karşısında birtakım ayrıcalıklara sahip olduğudur. Bu varsayımları değerlendirebilmek üzere tez çalışması dört bölümden oluşmaktadır.

İlk bölüm, tez çalışmasının kavramsal ve kuramsal çerçevesinin oluşturulduğu bölümdür. Bu bölümün ilk kısmında, kavram karmaşasının önüne geçebilmek amacıyla, kamu ihalesi kavramı açıklanmıştır. İkinci kısmında ise kamu ihale sözleşmelerinin teorik arka planında yaşanan gelişmeler ve bunların kamu ihale sözleşmeleriyle bağlantıları incelenmiştir. Bu gelişmeler de, kendi içinde iki kısma ayrılarak incelenmiştir. İlk kısımda; kamu yönetiminde, geleneksel kamu yönetiminden yeni kamu işletmeciliği ve yönetim yaklaşımına doğru yaşanan gelişimin kamu ihale sözleşmeleriyle bağlantısı ve bu gelişimin bu sözleşmeler üzerindeki etkisi incelenmiştir. İkinci kısımda ise kamu hizmeti

kavramı ve kapsamında yaşanan değişimlerin, kamu ihale sözleşmelerine etkisi üzerinde durulmuştur.

Tez çalışmasının ikinci bölümünde, Avrupa Birliği'nde (AB) kamu ihale sisteminin düzenlenişı ve bazı AB ülkelerinde kamu ihale sözleşmelerinin hangi hukuki rejime tabi olduğu incelenmiştir. Bu incelemeye ilk olarak, AB'de kamu hizmeti anlayışı açıklanarak başlanmıştır. İkinci olarak, AB'de kamu ihale sisteminin düzenlenişı tanıtılmış ve sonrasında bazı AB ülkelerinde kamu ihale sözleşmelerinin hangi hukuki rejime tabi olduğu incelenmiştir.

İkinci bölümde AB'de kamu ihale sözleşmelerinin durumu ifade edildikten sonra, tez çalışmamızın üçüncü bölümünde, ilk olarak Türkiye özelinde kamu ihaleleri ile ilgili yasal çerçeve belirlenmiş ve sonrasında kamu ihale sözleşmelerinin hukuki rejimi hakkında literatürdeki görüşler yargı kararları ışığında incelenmiştir.

Çalışmanın dördüncü ve son bölümünde, kamu ihale sözleşmelerin hukuki rejimi, idari sözleşmelerin iki ana kriteri çerçevesinde bir bölümlendirme yapılarak incelenmiştir. Bu bölümün ilk kısmında kamu ihale sözleşmeleri, idari sözleşmelerin kamu hizmeti kriterini sağlayıp sağlamaması bakımından incelenmiştir. İkinci kısmında ise “Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu” ve bu kanuna göre çıkarılan tip sözleşmeler ve şartnamelere göre, idareye sözleşmeci özel kişi karşısında üstünlük tanınıp tanınmadığı, bir başka deyişle özel hukuku aşan şartların kamu ihale mevzuatında olup olmadığı incelenmiştir.

4735 sayılı Kanuna göre akdedilen kamu ihale sözleşmelerinin, yüksek yargı kararlarında, özel hukuk sözleşmesi olduğu yönünde belirleme yapılmıştır. Bu çalışmanın amacı, kamu ihale sözleşmelerinin, idari sözleşmelerin kriterleri bakımından incelendiğinde, idari sözleşme olarak kabulünün mümkün olup olmadığının belirlenebilmesidir. Her ne kadar; çalışma konusu sözleşmelerin hukuki rejimi, yüksek yargı mahkemeleri tarafından içtihatlarla belirlenmiş ve bu şekli ile uygulamaya konulmuş ise de, tartışmalı özelliğini sürdürmektedir. Nitekim literatürde yapılan tarama sonrasında, bu çalışmanın hipotezini destekleyen ayrıkşı görüşler de görülmüştür. Üstelik yüksek yargı mahkemelerimizin, literatürde yaşanan gelişmeler sonrasında içtihat değişikliğine gitme ihtimali her an için mevcuttur. İşte tüm bu gerekçelerle, bu konunun incelenmesi kararlaştırılmıştır.

Çalışma konusu sözleşmeler ile ilgili gerek kamu yönetimi ana bilim dalı gerekse özel hukuk ve kamu hukuku ana bilim dallarında pek çok yüksek lisans ve doktora tezi yazılmıştır. Fakat Yükseköğretim Kurumu'nun tez veri tabanında yapılan araştırmada, kamu ihale sözleşmelerinin hukuki rejimine ilişkin bir teze rastlanılmamıştır. Söz konusu sözleşmelerin hukuki rejimine idare hukuku kitaplarında değinilmiş; fakat çoğunlukla ayrı bir konu olarak ele alınmamıştır. Bu bakımdan çalışma, idare hukukunun içerisinde özel niteliği haiz bir konudur.

Bir başka önemli nokta; çalışmanın içerisinde kamu ihale sözleşmelerinin teorik arka planının da incelenmiş olmasıdır. Kamu ihale sözleşmelerinin teorik arka planının incelenmesinde, kamu yönetimi disipliniinde meydana gelen gelişmeler değerlendirilmiştir. Tez çalışmasında, hukuk ve kamu yönetimi ana bilim dallarından yararlanılmış olması bakımından çalışmanın, disiplinler arası nitelik taşıması hedeflenmiştir.

Bu tez çalışmasında, çalışmanın varsayımlarını inceleyebilmek amacıyla literatür taraması tekniği kullanılmıştır. Konuya ilişkin kitap, makale, mevzuat, yargı kararları ve tezler taranmış ve çalışmanın varsayımları bu tarama çerçevesinde oluşturulmuştur. Konu ile ilgili tezlere ulaşabilmek için Yükseköğretim Kurumu'nun tez veri tabanı kullanılmıştır. Konu ile ilgili makale taramasında Adnan Menderes Üniversitesi'nin üye olduğu veri tabanları kullanılmıştır.

Kamu ihale sözleşmelerinin hukuki rejimi ile ilgili tartışmalar, idare hukuku kitaplarının hemen hemen tümünde yer almıştır. Bu kitaplarda, tez konusu sözleşmelerin hukuki rejimi özel olarak incelenmemiş olup, kamu ihale sözleşmelerinin anlatıldığı bölümlerde kısaca değinilmiştir.

Literatür özeti: Özer Köseoğlu ve Mehmet Zahid Sobacı'nın editörlüğünü yaptıkları, 2015 yılında Dora Yayınevi tarafından yayınlanan “Kamu Yönetiminde Paradigma Arayışları” adlı kitapta, kamu yönetimi disipliniinde ortaya çıkan yeni kamu işletmeciliği yaklaşımının eleştirileri ve bu yaklaşıma alternatif olan diğer kamu yönetimi yaklaşımları ayrı ayrı bölümlerde konu edinilmiştir. Bu kitaptan, tez çalışmamızın kamu ihale sözleşmelerinin teorik arka planında yaşanan gelişmelerin anlatıldığı ilk bölümünde, kamu yönetimi disipliniindeki değişim ve bu değişim sürecinde ortaya çıkan yaklaşımlar ve bunların kamu ihale sözleşmeleriyle bağlantısı bakımından yararlanılmıştır.

Fatma Neval Genç'in editörlüğünü yaptığı, 2013 yılında Çizgi Kitabevi tarafından yayınlanan “Yönetişim” adlı kitapta, kamu yönetimi disiplininin geçirdiği dönüşüm sürecinde ortaya çıkan güncel yaklaşımlardan biri olan yönetim yaklaşımı, farklı yönleriyle ayrı ayrı bölümlerde incelenmiştir. Bu kitaptan, tez çalışmamızın kamu ihale sözleşmelerinin teorik arka planında yaşanan gelişmelerin anlatıldığı ilk bölümünde, kamu ihale sözleşmeleriyle bağlantısı bakımından ele alınan yönetim yaklaşımının incelenmesinde yararlanılmıştır.

Fatma Neval Genç'in editörlüğünü yaptığı, 2012 yılında Ekin Yayınevi tarafından yayınlanan “Yönetişim ve Yönetim Ekseninde Kamu Yönetimi” adlı kitapta da, yine yönetim yaklaşımı farklı açılardan ayrı ayrı bölümlerde incelenmiştir. Bu kitaptan da, tez çalışmamızın kamu ihale sözleşmelerinin teorik arka planında yaşanan gelişmelerin anlatıldığı ilk bölümünde, kamu ihale sözleşmeleriyle bağlantısı bakımından ele alınan yönetim yaklaşımının incelenmesinde yararlanılmıştır.

Muhittin Acar ve Hüseyin Özgür'ün editörlüğünü yaptıkları, birincisi 2003 yılında, ikincisi ise 2004 yılında Nobel Yayınevi tarafından yayınlanan “Çağdaş Kamu Yönetimi I ve II” adlı kitaplarda, kamu yönetimi disiplininin içerisine düştüğü sorunlar ve bu sorunlara çözüm olarak geliştirilen, geleneksel kamu yönetimi anlayışına alternatif kamu yönetimi yaklaşımları ayrı ayrı bölümlerde incelenmiştir. Bu kitaptan, tez çalışmamızın kamu ihale sözleşmelerinin teorik arka planında yaşanan gelişmelerin anlatıldığı ilk bölümünde, kamu yönetimi disiplindeki değişim ve bu değişim sürecinde ortaya çıkan yaklaşımlar ve bunların kamu ihale sözleşmeleriyle bağlantısının incelenmesinde yararlanılmıştır.

International Review of Administrative Sciences dergisinde 2015 yılında yayınlanan, Berkay Ayhan ve Yılmaz Üstüner tarafından yazılan “Governance in Public Procurement: the Reform of Turkey's Public Procurement System” adlı makale, çalışma konumuz ile doğrudan ilişki içerisindedir. Bu makalede genel olarak neo-liberalizm akımının ve özel olarak yönetim prensiplerinin kamu ihale sistemimize etkileri üzerinde durulmuştur. Yazarların bu makalesinden, tez çalışmamızın kamu ihale sözleşmelerinin teorik arka planında yaşanan gelişmelerin ve kamu yönetimi disiplinde ortaya çıkan yeni yaklaşımların incelendiği ilk bölümünde yararlanılmıştır.

Aziz Tuncer ve Sefa Usta tarafından yazılan, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi'nde 2013 yılında yayınlanan, "İki Kriz Arasında Yönetim: Yeni Kamu İşletmeciliği" adlı makalede, kamu ihale sözleşmelerinden "sözleşme yolu ile hizmet alımı" şeklinde bahsedilmiştir (Tuncer ve Safa, 2013: 187). Bu makalede bürokratik devletin sorunlarına bir çözüm olarak getirilen Yeni Kamu İşletmeciliği yaklaşımının oluşumu, avantajlı ve dezavantajlı yönleri incelenmiştir. Makalenin çalışma konumuz ile ilgisi, kamu yönetimindeki bu yeni yaklaşımın bir ürünü olarak kamu ihalelerinin işlerliğinin ele alınması noktasında kurulmaktadır. Bu bakımdan makaleden, çalışmamızın kamu yönetimi disiplininde ortaya çıkan yeni yaklaşımların kamu ihale sözleşmeleri ile ilişkisi bakımından incelendiği ilk bölümünde yararlanılmıştır.

Christopher Hood tarafından yazılan, 1991 yılında Public Administration dergisinde yayınlanan "A Public Management For All Seasons?" adlı makalede, geleneksel kamu yönetimi yaklaşımına alternatif olarak ortaya çıkan yeni kamu işletmeciliği yaklaşımının ortaya çıkışı ve özellikleri anlatılmıştır. Ayrıca bu makalede yeni kamu işletmeciliği yaklaşımı, ortaya koyduğu hedeflerini gerçekleştirme kapasitesi bakımından eleştirilmiştir. Bu makaleden, tez çalışmamızın kamu yönetimi disiplininde geleneksel kamu yönetimi yaklaşımına alternatif olarak ortaya çıkan yaklaşımların kamu ihale sözleşmeleri ile ilişkisi bakımından incelendiği ilk bölümünde yararlanılmıştır.

R.A.W. Rhodes tarafından yazılan ve 1996 yılında Political Studies dergisinde yayınlanan "The New Governance: Governing Without Government" adlı makalede yönetim yaklaşımı, özellikleri, farklı anlamları ve yeni kamu işletmeciliği yaklaşımının eksik bıraktığı noktaları doldurması bakımından incelenmiştir. Bu makaleden, tez çalışmamızın kamu yönetimi disiplininde geleneksel kamu yönetimi yaklaşımına alternatif olarak ortaya çıkan yaklaşımların kamu ihale sözleşmeleri ile ilişkisi bakımından incelendiği ilk bölümünde yararlanılmıştır.

Robert B. Denhardt ve Janet Vinzant Denhardt tarafından yazılan ve 2000 yılında Public Administration Review dergisinde yayınlanan "New Public Service" adlı makalede, yazarlar tarafından geliştirilen yeni kamu hizmeti yaklaşımının, geleneksel kamu yönetimi ve yeni kamu işletmeciliğinden farkı ve bu yaklaşımın kamu yönetimi için öne sürdüğü ilkeler ele alınmıştır. Bu makaleden, tez çalışmamızın kamu ihale sözleşmelerinin teorik arka planında

kamu hizmeti kavramının anlamı ve kapsamında meydana gelen değişimlerin incelendiği ilk bölümünde yararlanılmıştır.

Muzaffer Akdoğan tarafından yazılan ve 2015 yılında On İki Levha Yayınları tarafından yayınlanan, “Avrupa Birliği Kamu Alımlarında Sözleşme Sonrası İhtilafların Çözüm Yolları ve Türkiye Uygulaması” adlı kitaptan, tez çalışmamızın özellikle AB kamu ihale direktiflerinin ve AB ülkelerinde kamu ihale sözleşmelerinin hukuki rejiminin incelendiği ikinci bölümünde yararlanılmıştır. Yazar, literatürde kamu ihale sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi kabul edildiğini belirtmekle beraber; kamu ihale sözleşmelerinin özel bir mevzuat ile katı kurallara tabi kılınması bakımından karma bir niteliğe sahip olduğunu ifade etmiştir (Akdoğan, 2015: 126-127).

Abdullah Uz tarafından yazılan ve 2005 yılında Turhan Kitabevi tarafından yayınlanan, “Kamu İhale Hukuku” adlı kitapta, kamu ihalelerinin uluslararası alandaki düzenlenişi ve Türkiye’deki düzenlenişi incelenmiştir. Bu kitaptan, tez çalışmamızın AB ihale hukukunun incelendiği ikinci bölümünde yararlanılmıştır.

Gürsel Özkan tarafından yazılan ve 2014 yılında Yetkin Yayınları tarafından yayınlanan, “Danıştay Kararları Işığında Kamu İhale Hukukuna Egemen Olan İlkeler” adlı kitapta, kamu ihale hukuku ile ilgili uluslararası düzenlemeler ve kamu ihale hukukuna egemen olan ilkeler incelenmiştir. Bu kitaptan, tez çalışmamızın AB ihale hukukunun incelendiği ikinci bölümünde ve Türkiye’de kamu ihale sisteminin incelendiği üçüncü bölümünde yararlanılmıştır.

Onur Karahanoğulları tarafından yazılan ve 2015 yılında Turhan Kitabevi tarafından yayınlanan “Kamu Hizmeti” adlı kitapta, kamu hizmeti kavramı ve hukuksal rejimi incelenmiştir. Bu kitaptan, tez çalışmamızın kamu ihale sözleşmelerinin teorik arka planında yaşanan gelişmelerin anlatıldığı ilk bölümünde, AB kamu hizmeti anlayışının da ele alındığı ikinci bölümünde ve Türkiye’de kamu ihale sisteminin incelendiği üçüncü bölümünde yararlanılmıştır.

Kamu ihalelerine ilişkin Canan Günal tarafından 2011 yılında yazılan “İdarenin Mal ve Hizmet Edinme Yöntemlerinden Biri Olarak Kamu İhaleleri” adlı yüksek lisans tezi, doğrudan çalışma konumuz ile ilgili olmamakla birlikte, yardımcı kaynak niteliğindedir. Söz konusu tez çalışmasında, 2886 sayılı Devlet

İhale Kanunu ile 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda yer alan kamu ihale sistemi karşılaştırmalı olarak incelenmiştir. Yine bu çalışmada, kamu ihale sistemine hakim olan ilkeler ve kamu ihalelerinde sözleşme öncesi safhada yapılan işlemler incelenmiştir. Tez çalışmasının AB mevzuatındaki kamu ihale sisteminin incelendiği kısmından, bizim çalışmamızın AB kamu ihale mevzuatının incelendiği ikinci bölümünde yararlanılmıştır.

Büşra Lülecı tarafından 2009 yılında yazılan “Avrupa Topluluğu Kamu İhale Mevzuatı ve Sorunları” adlı yüksek lisans tezi, AB kamu ihale mevzuatının tarihsel gelişimini, kamu ihale direktifleri ve kamu ihale sisteminin sorunlarını incelemiştir. Bu tezin AB kamu ihale direktiflerinin incelendiği kısmından, bizim çalışmamızın AB kamu ihale direktiflerinin incelendiği ikinci bölümünde yararlanılmıştır.

Ali D. Ulusoy tarafından yazılan ve 1998 yılında Amme İdaresi Dergisi'nde yayınlanan “Kamu Hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler: Avrupa Yapılanmasının Kamu Hizmeti Teorisine Etkileri” adlı makalede, AB Anlaşmasının kamu hizmeti kavramı üzerindeki etkisi, kamu hizmeti kavramı yerine ortaya çıkan yeni kavramlar, kamu hizmetinin ilkelerinde görülen değişiklikler ele alınmıştır. Bu makaleden, tez çalışmamızın kamu ihale sözleşmelerinin teorik arka planında kamu hizmeti kavramının anlam ve kapsamında yaşanan değişimlerin incelendiği ilk bölümünde ve AB kamu hizmeti anlayışının incelendiği ikinci bölümünde yararlanılmıştır.

Christopher H. Bovis tarafından yazılan ve 2005 yılında European Law Journal dergisinde yayınlanan, “Financing Services of General Interest in the EU: How Do Public Procurement and State Aids Interact to Demarcate between Market Forces and Protection?” adlı makalede, AB'de genel ekonomik yarar hizmetlerinin finanse edilmesi bakımından kamu ihalelerinin rolü incelenmiştir. Bu makaleden, çalışmamızın AB kamu ihale mevzuatının incenlendiği ikinci bölümünde yararlanılmıştır.

OECD (Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü)² tarafından 2000 yılında yayınlanan, “Public Procurement Review Procedures” adlı raporda, OECD ülkelerindeki kamu ihalelerinin, sözleşme öncesi ve sözleşme sonrası uyumsuzluk

²OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development): Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü.

özmleri karşılaştırmalı olarak incelenmiştir. Bu rapordan, çalışmamızın AB lkelerinde kamu ihale sözleşmelerinin hukuki rejiminin incelendiğı ikinci bölümünde yararlanılmıştır.

Public Procurement Network adlı informal bir örgüt tarafından oluşturulan, “The Comparative Survey on the National Public Procurement Systems across the PPN” adlı araştırma raporunda, AB lkelerinin kamu ihale sistemleri karşılaştırmalı olarak incelenmiştir. Bu rapordan, çalışmamızın AB lkelerinde kamu ihale sözleşmelerinin hukuki rejiminin incelendiğı ikinci bölümünde yararlanılmıştır.

Tez çalışmasına referans oluşturabilecek bir kitap, Abdullah Uz tarafından yazılan “İdarenin Taraf Olduğı Sözleşmelerin Hukuksal Rejimi Bakımından Kamu İhale Sözleşmeleri”dir. 2010 yılında Turhan Kitabevi tarafından yayınlanan bu kitapta, kamu ihale sözleşmelerinin hukuki rejimi idari sözleşmelerin kriterleri bakımından incelenmiştir. Bu incelemede, kamu ihale sözleşmelerinin idari sözleşmelere özgü nitelikler taşıdığı sonucuna ulaşılmış ve yüksek yargı organlarının, söz konusu sözleşmeleri bir bütün olarak özel hukuka tabi kılmasına karşı çıkmıştır. Yazara göre, her ihale sözleşmesi idari sözleşmelerin kriterleri bakımından ayrıca değerlendirilmelidir (Uz, 2010: 160).

Murat Sezginer tarafından yazılan ve 2013 yılında Seçkin Kitabevi tarafından yayınlanan “İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar” adlı kitapta, idarenin sözleşmeleri, idari sözleşmelerin kriterleri ve kamu ihale sözleşmeleri incelenmiştir. Yazar da, kamu ihale sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi olduğu yönündeki görüşü paylaşmaktadır (Sezginer, 2013: 35). Bu kitabın özellikle kamu ihale sözleşmelerine ilişkin uyumsuzlıkların ve bu uyumsuzlıklara ilişkin yargı kararlarının incelendiğı kısımdan, tez çalışmamızın kamu ihale sözleşmelerinin hukuki rejiminin incelendiğı son bölümünde yararlanılmıştır.

Kemal Gözler tarafından yazılan ve 2009 yılında Ekin Kitabevi tarafından basılan 2 ciltlik İdare Hukuku kitabının ikinci cildinde, idari sözleşmeler, bu sözleşmelerin kriterleri ve kamu ihale sözleşmelerinin anlatıldığı kısımdan, tez çalışmamızın kamu ihale sözleşmelerinin hukuki rejiminin incelendiğı son bölümünde yararlanılmıştır. Gözler, yargı kararlarında bir sözleşmenin idari sözleşme olabilmesi için aranan iki şartın, birlikte gerçekleşme zorunluluğı

olmadığını (2009: 48) belirtmiştir. Bu sebeple yazar, kamu ihale sözleşmelerinin, idari sözleşmelerin yargı kararlarında aranan kriterlerinden birini gerçekleştirmesi durumunda idari sözleşme olabileceğini ifade etmiştir (Gözler, 2009: 136).

Mustafa Tuna Oğuz tarafından 2013 yılında yazılan, “Kamu İhale Sözleşmelerinin Değiştirilmesi ve Devri” adlı yüksek lisans tezi de çalışma konumuz ile ilişkilidir. Bu tezde, kamu ihale sözleşmelerini düzenleyen hükümler genel olarak incelendikten sonra, kamu ihale sözleşmelerinin değiştirilmesi ve devri incelenmiştir. Yazar, tezinde kamu ihale sözleşmelerinin hukuki rejimine ilişkin bir inceleme yapmamıştır. Fakat yargı kararlarında ve literatürdeki yazarların büyük bir kısmı tarafından özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilen kamu ihale sözleşmelerinin bu niteliğini örneklendirerek, bir anlamda bu görüşü paylaştığını ifade etmiştir (Tuna, 2013: 10). Bu tezden, çalışmamızın dördüncü bölümünde, kamu ihale sözleşmelerinin, bu sözleşmeleri düzenleyen mevzuattaki özel hukuku aşan şartlar bakımından incelendiği kısımda yararlanılmıştır.

Dilşat Yılmaz tarafından 2012 yılında yazılan “Kamu İhale Hukukunda Şartnameler” isimli doktora tezinde, AB, Almanya ve Türkiye’deki kamu ihale sistemleri karşılıklı olarak incelenmiştir. Yazar bu tezinde, idari bir işlem olarak şartnameleri, bu şartnamelerin özelliklerini ve hukuki denetimini tartışmıştır. Yazar bu tezinde, kamu ihale sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi olduğu yönündeki görüşü paylaşmıştır. Aynı yazarın, doktora tezi ile aynı isimli 2014 yılında Gazi Kitabevi tarafından yayınlanan kitabında da, yazar bu görüşünü sürdürmüştür. Yazarın bu iki eserinden, çalışmamızın kamu ihale sözleşmelerinin hukuki rejiminin incelendiği son bölümünde yararlanılmıştır.

Zehra Odyakmaz tarafından yazılan ve Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi’nde 1998 yılında yayınlanan “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri” başlıklı makale, çalışma konumuz açısından son derece önem arz etmektedir. Makalede, idari sözleşmelerin kriterleri, idari sözleşme türleri, sözleşmelerin yapılış usulü olarak ihale usulleri ve son olarak idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözüm yolları ele alınmıştır. Odyakmaz bu makalesinde, kamu ihale sözleşmelerine ilişkin doğrudan bir değerlendirme yapmamış; fakat idarenin araç-gereç teminine ilişkin sözleşmelerini, özel hukuk sözleşmeleri ile yapabileceğini belirtmiştir (1998: 150). Yazarın, araç-gereç teminine ilişkin sözleşme olarak, idarenin mal alımlarına ilişkin kamu ihale sözleşmelerini kastettiği düşünülmektedir. Yazar tarafından, bu sözleşmelerin kamu hizmeti ile

ilgili olmasına rağmen, kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olmadığı düşünülmektedir. Bu sebeple yazar tarafından, mal alımlarına ilişkin kamu ihale sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi olarak görüldüğünü söylemek yanlış olmayacaktır. Yazarın bu makalesinden, tez çalışmamızın idari sözleşmelerin kriterleri bakımından kamu ihale sözleşmelerinin hukuki rejiminin incelendiği dördüncü bölümünde yararlanılmıştır.

Çalışma konumuzda, tüm bu sayılan kaynaklardan ve bu bölümde anılmayan pek çok kaynaktan yararlanılarak, kamu ihale sözleşmelerinin hukuki rejimi incelenmiştir. Bu incelemenin diğer çalışmalardan farkı; çalışmanın hukuki boyutunun yanında, kamu ihale sözleşmelerinin teorik arka planının da incelenmiş olması ve teorik alanda yaşanan bu gelişmeler ile kamu ihale sözleşmelerinin hukuki rejimi arasında bağlantı kurulmuş olmasıdır. Bu bakımdan çalışmanın, hukuk ve kamu yönetimi olmak üzere iki ayrı disiplinden yararlanarak disiplinler arası bir niteliğe sahip olması beklenmektedir.

Çalışma konumuz, kamu ihale sözleşmelerinin hukuki rejimidir. Kamu ihale sözleşmelerinin çok fazla tipi olduğu için, çalışma konumuzun sınırlı tutulabilmesi açısından, 4734 sayılı “Kamu İhale Kanunu” ve bu kanuna göre akdedilen sözleşmelerin esaslarını düzenleyen 4735 sayılı “Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu”na tabi kamu ihale sözleşmelerinin hukuki rejimi incelenmiştir.

1. KAVRAMSAL VE KURAMSAL ÇERÇEVE

Tez çalışmamızın bu ilk bölümünde öncelikle, çalışma konumuzu oluşturan kamu ihale kavramı literatürde bu kavrama yüklenen anlamlarıyla tanımlanmaya çalışılmıştır. Kamu ihaleleri ve kamu ihale sözleşmeleri; idarenin, en temel görevlerinden olan kamu hizmetinin yerine getirilmesinde özel sektör ile ilişki kurması ile bağlantılıdır. Bu bağlamda çalışmamızın bu bölümünde, kamu hizmeti ve özel sektör arasındaki ilişkiyi etkileyen kamu yönetiminde dönüşüm ve bu süreçte ortaya çıkan yeni kamu işletmeciliği ve yönetim yaklaşımı incelenmiştir. Son olarak kamu hizmeti kavramının geçirdiği dönüşüm anlatılarak bu bölüm tamamlanmıştır.

1.1. Kamu İhalesi Kavramı

4734 sayılı Kanunun 4. maddesine göre kamu ihalesi: *“Bu kanunda yazılı usul ve şartlarla mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve ihale yetkilisinin onayı müteakip sözleşmenin imzalanması ile tamamlanan işlemler”*dir.

Hala yürürlükte olan ve kapsadığı işler bakımından 4734 sayılı Kamu İhale Kanunundan ayrılan 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nun 4. maddesinde ise ihale: *“Bu kanunda yazılı usul ve şartlarla işin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve yetkili mercilerin onayı ile tamamlanan sözleşmeden önceki işlemler”* olarak tanımlanmıştır.

2886 sayılı “Devlet İhale Kanunu”nda, kamu ihalelerinin hem sözleşmeden önceki aşaması ve hem de sözleşme aşamasına ilişkin hükümler bulunmaktadır. Oysa 4734 sayılı “Kamu İhale Kanunu”nda, uluslararası ihale mevzuatına uygun olarak, kamu ihalelerinde yalnızca sözleşmenin imzalanmasından önceki aşamaya ilişkin hükümler yer almıştır. Sözleşmenin imzalanmasından sonraki aşamanın tabi olacağı hükümler, ayrı bir kanun olan 4735 sayılı “Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu”nda düzenlenmiştir. Çalışma konumuz 4735 sayılı Kanuna göre akdedilen kamu ihale sözleşmeleri ile sınırlı olduğundan, burada bu kanun ve bu kanuna göre akdedilen sözleşmelerin, imzalanmasından önceki aşamadaki işlemleri düzenleyen 4734 sayılı Kanun esas alınmıştır.

4734 sayılı Kanun, bu kanunun kapsamında olan idarelerin yapacağı mal alımı, hizmet alımı ve yapım işi ihalelerini düzenlemektedir. 4734 sayılı Kanunun kapsamına giren 3 tür ihale vardır. Bunlar; mal alımı, hizmet alımı ve yapım işi ihaleleridir. 4734 sayılı Kanuna göre yapılan ihaleler sonucunda imzalanan sözleşmelere ilişkin esasları düzenleyen 4735 sayılı Kanun da, bu üç tip ihale neticesinde imzalanan sözleşmeleri kapsamaktadır. 4735 sayılı Kanuna göre akdedilecek mal alımı, hizmet alımı veya yapım işi ihale sözleşmelerinin taraflarından biri, 4734 sayılı Kanun'un 2.maddesinde belirtilen idareler olabilmektedir.

4734 sayılı Kanun mal alımı, hizmet alımı ve yapım işi ihalelerini düzenlenmekte olup, 4.maddesinde mal, hizmet ve yapımın neyin kastedildiği örneklendirilmiştir. Kanuna göre mal kavramından kasıt, “satın alınan her türlü ihtiyaç maddeleri ile taşınır ve taşınmaz mal ve haklar”; hizmet kavramından kasıt, “bakım ve onarım, temizlik, koruma ve güvenlik” hizmetleri; yapım kavramından kasıt ise, “bina, karayolu, demiryolu, otoyol, havalimanı, baraj, enerji santrali” yapımıdır (4734 sayılı Kanun madde 4). Kanunda hizmet ve yapım kavramının kapsamına girenler burada sayılanlarla sınırlı değildir. Kanunda, burada sayılandan daha pek çok yapım işi ve hizmetten bahsedilmiştir. Hatta kanunda hizmet ve yapımın tanımında “ve benzeri diğer hizmetler” ve “benzeri yapım işleri” ifadesi kullanılmış olması, tanımlarda bahsedilen hizmet ve yapım işlerinin örnek niteliğinde olduğunu, bunlara benzeyen hizmet ve yapım işlerinin de kanun kapsamına girebileceğini göstermektedir.

Kanunda, mal alımı, hizmet alımı ve yapım işi ihalelerinde, ihaleye teklif veren kişiler “istekli”; ihale üzerinde kalan, yani ihaleyi kazanıp sözleşmeyi imzalayacak olan istekliye ise “yüklenici” denilmiştir (4734 sayılı Kanun madde 4).

Kamu ihalesi kavramı, bazı yazarlarca bir özelleştirme yöntemi olarak görülmüştür. Bu yazarlara göre ihale; idarenin kamu hizmetlerini özel kişilere gördürme yöntemlerinden biridir (Köksal, 1993: 37; Bozlağan, 2003: 289). Bu tanımlamaya kesin surette karşı çıkan Onur Karahanoğulları'na göre (1998: 106) “ihale bir özelleştirme yöntemi değil, idarenin sözleşme iradesini oluşturmada uymak zorunda olduğu idari yöntem”dir.

Türk idare hukuku literatüründe, ihale kavramının tanımlanmasında; idarenin, sözleşme yaparken sözleşmeci karşı tarafı seçme konusunda özel hukuktaki gibi serbest olmaması ilkesi esas alınmıştır. Nitekim bu ilke kıstas alınarak kamu ihalesi; idarenin sözleşmeci karşı tarafı seçerken (Gözler, 2008: 449; Günday, 2011: 195) veya bir başka ifadeyle sözleşmeyi yaparken, uyması gereken usul kuralları olarak tanımlanmıştır (Gözübüyük ve Tan, 2014: 515).

1.2. Kamu Yönetimi Alanında Yaşanan Dönüşümün Kamu İhale Sözleşmelerine Etkisi

1970'lerin sonlarından itibaren, tüm dünya ülkelerinin kamu yönetimlerinde bazı dönüşümler meydana gelmiştir. Bu zamana kadar, olması gereken olarak görülen devletin ya da kamunun faaliyet alanının büyüklüğü ve devletin faaliyetlerinin etkinliği, 1970'lerden itibaren sorgulanmaya başlanmıştır (Parlak, 2003: 355). Bu dönüşümlerin altında yatan en önemli etkinin, neo-liberalizm akımı ve bu akımın kamu yönetimi alanına yansımaları olan Yeni Kamu İşletmeciliği yaklaşımı olduğu düşünülmektedir (Coşkun, 2004: 129). Bu alanda yaşanan bütün dönüşümlerin aslında büyük çoğunlukla ekonomik sebeplere dayandığını söylemek yanlış olmayacaktır. Çünkü yaşanan dönüşümler, ekonomik krizlerin yarattığı sorunları çözmeye yöneliktir (Tortop, İsbir, Aykaç, Yayman ve Özer, 2007: 511). Nasıl ki 1929 Dünya Ekonomik Buhranı'ndan sonra, klasik liberal ekonomiden Keynesyen ekonomiye ve bunun kamu yönetimine yansımaları olan bürokratik/müdahaleci devlet yapısına geçiş olduysa; 1970'lerin sonlarından itibaren Keynesyen ekonomiden neo-liberal ekonomiye ve piyasa yaklaşımını temel alan bir devlet yapılanmasına geçiş olmasında, 1974'te ortaya çıkan Petrol Krizi etkili olmuştur (Coşkun, 2004: 131).

Kamu yönetiminde yaşanan dönüşümün 1970'lerin sonlarında gerçekleşmesi de, Petrol Krizinin zamanlaması ile açıklanabilir. Şöyle ki: Keynesyen ekonomi mantığına dayalı bürokratik devlette, 1970'lerden önce de birtakım yönetsel sorunlarla karşılaşmıştır. Bu dönemde devletin mali açıdan güçlü olması ve kamu harcamaları ile toplumun refahını sağlayabilmesi, yaşanan sorunların üstünün kapatılabilmesini sağlamıştır. Fakat 1974'ten sonra yaşanan Petrol Krizi ile devletlerin mali sıkıntıları meydana gelmiş ve devletler önceki dönemlerde gerçekleştirdikleri refah harcamalarını finanse etmekte sorun yaşamaya başlamışlardır. Bu sebeple 1970'lerin sonlarından itibaren devlet

yönetiminde yaşanan sorunlar, küçük değişiklikler ile üstü kapatılamayacak noktaya ulaşmıştır (Tuncer ve Usta, 2013: 184).

Devletlerin Keynesyen ekonomi politikası çerçevesinde yapması gereken kamu harcamaları, yaşanan ekonomik kriz ile birleştğinde devletleri büyük mali sıkıntılara sürüklemiştir (Tuncer ve Usta, 2013: 184). OECD'nin, dokuz OECD ülkesindeki reform deneyimlerini incelediği raporunda (1999: 2); devletin birçok alanda mal ve hizmet üretiminde bulunması, kamu harcamalarının büyüklüğünün en temel sebebi olarak görülmüştür. Devlet birçok alanda mal ve hizmet üretirken, bu mal ve hizmetlerin kalitesi konusunda kamuda bir memnuniyetsizlik hakim olmuştur (OECD, 1999: 14, Tortop v.d., 2007: 499). Bu koşullar altında, kamu hizmetlerinin kaynakların etkili ve verimli kullanılarak kaliteli bir biçimde sunulması, kamu harcamalarını azaltmanın bir yolu olarak görülmüştür (Coşkun, 2004: 132). Kamu hizmetlerinin kaynakların etkili ve verimli kullanılarak kaliteli bir şekilde sunulması için; devletin her alanda faaliyet göstermekten kaçınması, kamu sektörünün küçültülmesi ve rekabete açık hale getirilmesi gerekmektedir (OECD, 1999: 3).

Kamu yönetimindeki reformların sebepleri: devletlerin refah devleti harcamalarının çok artması ve bu durumun mali açıdan devletleri baskı altına alması, devletin boyutlarının küçültülmesi tartışmaları, küreselleşmenin etkisi, hızlı teknolojik değişimlerin etkisi ile devletlerin politika üretirken stratejik konularda hızlı ve etkili cevaplar geliştirmesi gerekliliği, devletin çok fazla rol üstlenmesi ve bu roller arasında çatışmalar yaşaması, OECD, Dünya Ticaret Örgütü (WTO)³ gibi kuruluşların reformları yönlendirmesi, iç ve dış baskılar ve vatandaşların beklentileri olarak genellenebilir (OECD, 1999: 2-5). Yine bir başka önemli reform sebebi ise özel sektördeki yönetim modellerinin hızlı gelişimi ve başarısı olarak belirtilmektedir (Azaklı, 2006).

Hood'a göre (1974: 440) reformlara kaynaklık eden yönetsel problem, bürokrasinin işlevsizliğidir. Bu işlevsizliğin de kendi içinde iki temel nedeni vardır. Bunlardan ilki, bürokrasinin açmazlarının bulunması, ikincisi ise yönetimin etkin olmaması ve anlaşılması zor bir yapıya sahip olmasıdır. Etkin olmayan bir yönetimin rüşvet, kayırmacılık, yolsuzluk ve kırtasiyeciliği beraberinde getirmesi bürokrasiyi işlevsiz bir hale getirmektedir.

³World Trade Organisation: Dünya Ticaret Örgütü.

Kamu yönetimindeki reformların en başta yöneldiği hedef, yaşanan mali sıkıntıları ve bütçe açıklarını azaltmak olmuştur (Tuncer ve Usta, 2013: 185). Bu sebeple kamu harcamalarının azaltılması ve kamu kaynaklarının etkin ve verimli kullanılması üzerinde durulmuştur. Hood'a (1974: 441) göre yönetimde etkinliğinin sağlanamaması; sorunlara uygun olmayan çözümlerin getirilmesi ve istenilen sonuçlara ulaşılamaması veya istenilen sonuçlara gerekmediği kadar masraf yapılarak ulaşılmamasından kaynaklanmaktadır. Hood'un belirttiği bu sorun, aslında kaynakların etkin kullanılamaması sorunudur. Buna getirilen çözüm önerisi; piyasa mekanizmasında işe yarayan yönetim tekniklerinin ve bu mekanizmaya ait değerlerin kamu yönetimine transferidir (deLeon&Denhardt, 2000: 90; Schulten et al. 2008: 297). Piyasa mekanizmasına ait değerlerin en önemlilerinden biri, rekabetin canlandırılmasıdır. Reformların amaçlarından biri de, kamu sektörünü rekabete açık hale getirmek ve sözleşmeler ve kullanım harcı alınması gibi yöntemlerle piyasa işleyişine dahil etmektir (OECD, 1999: 6; Tuncer ve Usta, 2013: 186).

Kamu yönetimindeki bu sorun alanlarına getirilen **çözüm önerileri** şu şekilde sıralanabilir:

- Kaynaklar kısıtlı olduğundan, sunulacak hizmetlere uygun kaynaklar etkin bir şekilde kullanılmalıdır. Bu yapılırken rekabete aykırılık oluşturulmamalıdır (OECD, 1999: 18; Schulten et al. 2008: 297).
- Devletin rol ve fonksiyonları yeniden tanımlanmalı ve bazı fonksiyonları özel sektör ve sivil topluma aktarılmalıdır (OECD, 1999: 6; Tortop v.d., 2007: 500).
- Vatandaşların, hakları, sorumlulukları ve yönetim prosedürlerine ilişkin bilgilere ulaşımı sağlanmalıdır. Bu şekilde vatandaşlar politika gelişim sürecine etki edebileceklerdir (OECD, 1999: 18; Tortop v.d., 2007: 500).
- Ekonomik etkinlik sağlanmalıdır. Bunun için bütçe reformları ve performans yönetimi gibi araçlar kullanılabilir (OECD, 1999: 19)
- Yönetimde sonuç odaklılık sağlanmalıdır (OECD, 1999: 19; deLeon&Denhardt, 2000: 92; Tuncer ve Usta, 2013: 186)
- Yönetim mekanizmalarının şeffaflığı sağlanmalıdır (OECD, 1999: 19).

- Kamu kurumları şeffaflık, hesap verebilirlik ve cevap verebilirlik anlayışlarına göre yeniden yapılandırılmalıdır (OECD, 1999: 20)

- Amaçlanan hizmet standartlarına erişebilmek için hizmet sözleşmeleri kullanılmalıdır (OECD, 1999: 19).

- Kamunun etkinlik açısından başarısız olarak görüldüğü işler, özel sektörden sözleşme yoluyla temin edilmelidir (OECD, 1999: 20; Tortop v.d., 2007:504).

- Özel sektör yönetim teknikleri kullanılmalıdır (Azaklı, 2006).

- İnsan kaynakları yönetiminde reformlara gidilmelidir (OECD, 1999: 20).

- Yönetimde desantralizasyona gidilmelidir (OECD, 1999: 21; Tortop v.d., 2007: 504; Tuncer ve Usta, 2013: 186).

- Devlet, kaliteli ve beklentilere uygun hizmet sunulabilmek için müşteri tercihlerini dikkate almalı ve bu tercihleri hizmet sağlayıcılarına iletmelidir (deLeon&Denhardt, 2000: 91; Tuncer ve Usta, 2013: 186).

Kamu reformlarına neden olan sorun alanları ve çözüm önerileri incelendiğinde; bu dönüşüme etki eden birtakım faktörlerin öne çıktığı görülmektedir. Bu faktörler: yeni sağ ideolojinin yükselişi, reformların yayılmasını hızlandıran bir süreç olarak küreselleşme, kamu tercihi teorisi, yeni kamu işletmeciliği ve yönetim yaklaşımının etkisidir.

- **Yeni Sağın Yükselişi:** 1980’li yıllarda İngiltere’de Thatcher ve Amerika’da Reagan hükümetlerinin başa gelmesiyle uygulanmaya başlanan yeni sağ politikaların, kamu yönetiminin dönüşüm sürecinde önemli bir yeri bulunmaktadır. Yeni sağ ideolojide, kamu yönetiminin dönüşüm sürecinde etkinliğin sağlanabilmesi için birtakım argümanlar ileri sürülmüştür. Bunlar; devletin küçültülmesi, kamu harcamalarının kısılması, devletin ekonomiye müdahalesinin engellenerek ekonominin piyasa düzeninin kendi kurallarına göre işleminin sağlanması (Aksoy, 1998: 8; Tortop v.d., 2007: 578), kamu hizmetlerinin serbestleşme veya özelleştirme yöntemleri ile piyasa mekanizmasına bırakılması (Tortop v.d., 2007: 577) ve kamu yönetiminin özel sektör işletmecilik yöntemine göre yeniden yapılandırılmasıdır (Tortop v.d., 2007: 571).

Yeni sağın en temel argümanlarından olan devletin küçültülmesi, kamu kaynaklarının etkin ve verimli kullanılması kapsamında kamu harcamalarının kısılmasını ve bazı hizmetlerin özel kesime gördürülmesini öngörmektedir (Tortop, 2007: 508). Kamu ihale sözleşmelerinin konusu, tam da bu amaca yönelik olarak, özel sektörden mal ve hizmet alımı ve yapım işlerinin temin edilmesine ilişkindir. Devletin küçültülmesi kapsamında, yeni sağın uygulamaya koyduğu politikalardan biri de özelleştirme (Tortop v.d., 2007: 582). İhale sözleşmeleri ile birtakım mal ve hizmetlerin özel sektörden temin edilmesi de, bazı yazarlarca özelleştirme politikasının kapsamı içinde görölmektedir (Köksal, 1993: 37; Bozlağan, 2003: 289; Tortop v.d., 2007: 583). Sadece bu açılardan bakıldığında bile, kamu ihale sözleşmelerinin, yeni sağ ideoloji ve onun kamu yönetimini üzerindeki dönüştürücü etkisi ile doğrudan bağlantılı olduğu görölmektedir.

Kamu ihaleleri en genel anlatımıyla, kamu kesimin özel sektörden mal ve hizmet alımı ve yapım işi alımı yaparken kullanacağı usul kurallarını ifade eder. Bu ihale işlemi sonrasında imzalanan sözleşmenin, kamu hukuku kurallarına değil de özel hukuk kurallarına tabi görölmesi yeni sağ ideolojinin uygulamalarından biri olan serbestleştirme ya da diğeri adıyla deregölasyon politikalarının bir yansıması niteliğindedir. Serbestleştirme politikalarının en temel amaçlarından biri; hukuki düzenlemelerde, idarenin faaliyetlerinde kendisine tanınan kamu gücü ayrıcalıklarını sınırlayarak, piyasanın işleyiş kurallarını hakim kılmaktır (Tortop v.d., 2007: 582). Yeni sağın serbestleştirme politikası ile bağlantılı olarak bir başka amacı da; kamu yönetiminde kamu hukukunu ve idare hukukunun etkisini azaltarak, özel hukukun etkisini artırmak ve bu sayede kamu kurumlarının özel sektörün tabi olduğu hukuka göre çalışmasını sağlamak ve kamu kesiminin özel sektörden farklı olarak sahip olduğu kamu gücü ayrıcalıklarını sınırlandırmaktır (Tortop v.d., 2007: 573). Kamu ihale sözleşmelerinin özel hukuk kurallarına tabi kılınması da tam olarak, kamu kurumlarının kamu hukukundan kaynaklanan kamu gücü ayrıcalıklarının sınırlandırmasını sağlamaktadır. Kamu ihale sözleşmelerini özel hukuk kurallarına tabi kılmakla; kamu ihale sözleşmelerinin tarafları, özel hukuktaki gibi eşit şartlara sahip olmaktadır ya da en azından öyle olması hedeflenmektedir. Kamu idaresinin yapacağı mal veya hizmet alımı veya yapım işi sözleşmesinde kamu idaresi ile sözleşmeci özel kişinin eşit şartlara sahip olması, devletin ekonomide piyasa düzeninin işleyişine müdahalesinin önüne geçilmesinin bir şeklini oluşturmaktadır. Bu sayede kamu idaresi de, özel şirketler gibi piyasa mekanizmasının işleyişine tabi olmaktadır.

• **Küreselleşme:** Küreselleşme kavramı, ekonomik bakış açısıyla, sermayenin ulus-devletlerin sınırlarını aşarak sınır ve engel tanımaksızın tüm dünyaya yayılması şeklinde ifade edilebilir (Parlak, 2003: 376). Fakat küreselleşme, ekonomik boyutundan başka pek çok boyutu olan bir kavramdır ve bu bakımdan sadece sermayenin değil; sosyal, kültürel ve siyasi değerlerin de sınır ve engel tanımayarak tüm dünyaya yayılmasını ifade eder (Tortop v.d., 2007: 598). Küreselleşmenin bu tanımı, Farazmand’ın küreselleşme tanımlarından “sınır açıklığı olarak küreselleşme” (Farazmand, 1999/2001: 250) tanımıyla uyumaktadır. Farazmand’a göre küreselleşmenin “sınır açıklığı” olarak tanımlanması, küreselleşmenin kamu yönetimi üzerindeki etkisi bakımından, kamu yönetimi literatürünü çok yakından ilgilendirmektedir (Farazmand, 1999/2001: 250).

Toplumsal ve siyasal sistemi bütünüyle etkisi altına alan küreselleşme kavramı, kamu yönetiminde de pek çok değişimin yaşanmasında itici bir güç olmuştur (Parlak, 2003: 372). Küreselleşme kavramı ve yeni sağ ideoloji birbiri ile yakın ilişki içerisinde. Birinin gelişimi diğerinin yayılmasını doğru orantılı olarak etkilemektedir. Bu sebeple, yeni sağ ideolojinin yükselişinin kamu yönetimine etkisine paralel olarak, küreselleşme kavramı da, kamu yönetimine özel sektöre ait birtakım kavram ve teknikleri dahil etmiştir (Parlak, 2003: 348). Farazmand (199/2001: 248), küreselleşmenin kamu yönetimine etkisini, “geleneksel refah devletinden şirketleşmiş refah devletine dönüşüm” şeklinde ifade etmiştir.

Küreselleşmenin bu hızlı yayılımında ve kamu yönetimi dahil olmak üzere toplumsal hayatın tümünü etkilemesinde, Uluslararası Para Fonu (IMF)⁴, Dünya Bankası (World Bank), OECD gibi ulus-üstü kuruluşların büyük etkisi olmuştur (Tortop v.d., 2007: 594). Bu kuruluşlar küreselleşme sürecinde, ulus-devletlerin iç politikalarını etkileyebilecek nitelikte kararlar alabilme gücüne sahip olmuşlardır (Farazmand, 1999/2001: 258) ve küresel siyasetin belirlenmesinde ulus-devletler gibi etkin birer aktör haline gelmişlerdir (Parlak, 2003: 363).

Küreselleşme süreci ülkelerin kendi aralarında birlikler kurarak bölgeselleşmelerini de beraberinde getirmektedir (Tortop v.d., 2007: 594). Bu

⁴ IMF (International Monetary Fund): Uluslararası Para Fonu.

bölgeselleşme AB, OECD, Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması (NAFTA)⁵ gibi ekonomik işbirliğine dayalı olabildiği gibi; Kuzey Atlantik Anlaşması Örgütü (NATO)⁶ gibi askeri işbirliği niteliğinde de olabilmektedir. Bu kuruluşlardan AB, Türkiye'yi yakından ilgilendirmesi bakımından oldukça önemlidir. AB, üye ve aday ülkelerin gerçekleştirmesini istediği çerçeve nitelikte birtakım ilkeler belirlemekte ve bu ilkelerin nasıl gerçekleştirileceği konusunda üye devletleri serbest bırakmaktadır (Köseçik, 2004: 27). Nitekim Türkiye de, adaylık sürecinde AB tarafından belirlenen ilkelere ulaşabilmek amacıyla hem yönetsel alanda hem de hukuk alanında pek çok reform gerçekleştirmiştir (Şakar ve Genç, 2015: 342).

• **Kamu Tercihi Teorisi:** Kamu tercihi teorisi Tullock'a göre (2005: 3); “yönetici davranışlarının bilimsel analizini” ifade eder. Bu analiz depolitikanın, ekonominin genel ilkeleriyle incelenmesi şeklindedir (Tullock, 2005: 5). Kamu tercihi teorisyenlerine göre bireyler, bireysel alışverişlerinde nasıl kendi çıkarlarını düşünerek hareket ediyorlarsa, politikacı olduklarında da durum değişmez (Tullock, 2005: 5). Bir başka deyişle bireyler, özel hayatlarında da kamusal hayatlarında da bireysel çıkarlarıyla hareket ederler (Seldon, 2005: 130-131). Teoride, insanın rasyonel olduğu varsayımından hareket edildiğinden, refah devletin kamusal yararını esas alan politikaları eleştirilmektedir (Çoban, 2003: 90). Kamu tercihi teorisi, kamu yönetiminin, geleneksel yönetim anlayışından ziyade, pazar ilkeleri doğrultusunda yapılandırılması gerekliliğini savunmaktadır. Pazar ilkeleri doğrultusunda yapılandırılan kamu yönetiminin, başarısız olma ihtimali de vardır. Fakat pazarın her başarısızlığında, eski yönetim anlayışına dönüş yapılması yanlış olacaktır. Kamu tercihi teorisinin bu noktadaki önerisi; yönetim anlayışı ile pazar anlayışı arasında, her iki yaklaşımın artı ve eksilerini görerek yapılacak bir değerlendirmedir. Pazar anlayışı doğrultusunda yapılandırılan bir kamu yönetiminde, eskiden devlet tarafından yerine getirilen kamu hizmetlerinin, özel sektör tarafından rekabeti ve etkinliği sağlayacak şekilde yerine getirilebileceği düşüncesi ortaya çıkmıştır. Bu sebeple kamu yönetimine, piyasa mekanizmasına ait kavram ve tekniklerin yerleşmeye başlaması ve devletin küçültülmesi ve özelleştirmeler gibi yeni sağ politikaya ait uygulamaların görülmesinde kamu tercihi teorisinin de etkisi mevcuttur (Çoban, 2003: 91).

⁵ NAFTA (The North American Free Trade Agreement): Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması.

⁶ NATO (North Atlantic Treaty Organisation): Kuzey Atlantik Anlaşması Örgütü.

• **Yeni Kamu İşletmeciliği ve Yönetişim Yaklaşımlarının Etkisi:** Yeni kamu işletmeciliği yaklaşımı, kamu yönetiminin dönüşüm sürecinde yapılan reformların yayılmasında itici bir güç oluşturmuştur (OECD, 1999: 15; Coşkun, 2004:131). Yeni kamu işletmeciliği yaklaşımı bürokratik devletin temel sorun alanlarına çözüm üretmek amacını taşımaktadır (Tuncer ve Usta, 2013: 185). Bu yaklaşım genelleştirici bir ifadeyle işletmecilikte ve serbest piyasa mekanizmasında kullanılan birtakım ilke ve yönetim tekniklerinin, kamu yönetimine aktarılmasını ifade etmektedir (Drechsler, 2009: 8; Tuncer ve Usta, 2013: 187). Bu yöntem ile etkinliği sağlamayı hedefleyen yeni kamu işletmeciliği ve bu yaklaşım çerçevesinde yapılan reformlar, “hakkaniyet, kanun önünde eşitlik, katılım gibi değerleri ihmal ettiği” gerekçesiyle eleştirilmiştir (Coşkun, 2004: 147). Yönetişim yaklaşımı da, tam olarak yeni kamu işletmeciliğinin eksik bıraktığı bu ilkeleri temel alan bir yaklaşımdır (Coşkun, 2004: 154; Tortop v.d., 2007: 551). Bu iki yaklaşım ve kamu yönetiminin dönüşümü üzerindeki etkisi, aşağıdaki bölümlerde ayrıntılı olarak inceleneceğinden bu kısımda bu kadar açıklama ile sınırlı tutmak uygun olacaktır.

1.2.1. Yeni Kamu İşletmeciliği Yaklaşımı ve Kamu İhale Sözleşmeleri Üzerindeki Etkisi

1980’li yıllardan itibaren, geleneksel kamu yönetiminin içine düştüğü sorunlar sebebiyle kamu yönetimi disiplininde bir değişim yaşanmaktadır. Bu değişim, literatürde farklı kavramlarla ifade edilmekte ve Yeni Kamu İşletmeciliği (New Public Management) yaklaşımı da bu kavramlardan birini oluşturmaktadır (Ömürgönülşen, 2003: 10). Bu kavramsallaştırmaların tümü, ortak bir amaç etrafında birleşmektedir. Bu amaç, geleneksel kamu yönetimindeki sorunlara çözüm oluşturabilecek yeni bir yaklaşım oluşturabilmektir (Ömürgönülşen, 2003: 13).

Yeni kamu işletmeciliği yaklaşımı, devletin ya da kamu sektörünün küçültülmesini ve küçülen kamu sektörünün etkili ve verimli bir şekilde yönetilebilmesini amaçlamaktadır (Ömürgönülşen, 2003: 9; Karcı, 2008: 43; Drechsler, 2009: 8; Yıldırım, 2011:190). Bu yaklaşıma göre, küçültülmüş olan kamu sektörünün iyi bir şekilde yönetilebilmesi için işletmecilikte kullanılan yönetim ilke ve tekniklerinin kamu sektörüne dahil edilmesi gerekmektedir (Cope, Leishman&Starie, 1997: 444; Drechsler, 2009: 8; Tuncer ve Usta, 2013: 187).

Yeni kamu işletmeciliğinin yerini aldığı Weber'in bürokratik devletinde, devlet, toplum içindeki bütün rolleri kendisinde toplamıştır. Devlet bu rol çokluğu içerisinde, müdahaleci bir yapıya sahiptir (Tuncer ve Usta, 2013: 183). Devlet, akla gelebilecek pek çok alanda hizmet sunumunda bulunmaktadır (Coşkun, 2004: 132). Sunulan bu hizmetler, kanunlarla kurallara bağlanıp standartlaştırılmış bir yapıya sahiptir (Page, 2005: 714). Hizmet sunumu gibi, devletin yapmakla yükümlü olduğu pek çok refah harcaması mevcuttur (Coşkun, 2004: 131) ve devlet bu harcamaları topladığı vergilerle finanse etmektedir. 1930'lu yıllarda bu yönetim anlayışı, son derece normal görülmekteydi; zira iyi bir yönetimin şekli, vergi toplanıp hizmet sunmaktan geçmekteydi (Osborne&Gaebler, 1992: 27). 1970'li yıllara gelindiğinde, yaşanan finansal krizler ve ekonomik büyümenin yavaşlaması sonucunda, bu refah harcamalarının devam ettirilebilmesi için daha fazla vergi toplanması gerekmiştir; fakat Osborne & Gaebler'e göre, daha fazla vergi alınması, seçimlerde seçilmek isteyen hiçbir siyasetçinin kullanabileceği bir yol değildir (Osborne&Gaebler, 1992: 27). 1970'li yıllara kadar yönetimde yaşanan problemler, devletin yapmakta olduğu refah harcamaları sayesinde görmezden gelinebilse de; 1970'li yıllara gelindiğinde bu harcamaların finanse edilmesinde yaşanan sıkıntılar, yönetsel problemleri de gün yüzüne çıkarmıştır (Tuncer ve Usta, 2013: 187).

Yeni kamu işletmeciliğinin amaçlarından birini oluşturan devletin küçültülmesi tam olarak, zamanla artan kamu harcamalarının sebep olduğu mali sıkıntıları azaltmaya yönelik geliştirilen bir çözümdür. Tabii ki bu mali sıkıntılarda, yaşanan ekonomik krizlerin de etkisi büyüktür. Yukarıda da ifade edildiği üzere, 1970'li yıllarda yaşanan ekonomik krizler, yaşanan bu süreçte devletlerin yaşadığı mali sıkıntıların tek sebebi değildir; ancak mali sıkıntılara sebep olan diğer yönetsel problemlerin de sorgulanmasını tetikleyecek derecede önem taşımaktadır. Devletin küçültülmesi aslında, devletin üzerinde taşıdığı rolleri, toplumun diğer kesimleriyle paylaşmasını ifade etmektedir. Osborne ve Gaebler'in "kürek çekmek yerine dümen tutan devlet" (1992: 28) şeklinde ifade ettiği; devletin kürek çekmeyi topluma bırakması, kendisinin ise kürek çekenlerinin koordinasyonunu sağlaması yani dümeni tutmasıdır. Bir başka ifadeyle, kürek çekme görevinin özel sektöre veya gönüllü kuruluşlara bırakılması, devletin dümeni tutarak toplumda yaşanan problemlerin bizzat toplumun kendisi tarafından çözülmesini sağlamasıdır (Osborne&Gaebler, 1992: 30). Bu bakımdan kamu hizmetlerinin üretimi de, devletin kendisinin yapması gereken görevlerden

değildir. Bu anlayışa göre, kamu hizmeti üretimi devletin kendisinin yapması gereken işlerden değil, kürek çekme işidir. Kamu kuruluşlarının, değişen koşullara cevap verebilecek esnekliğe sahip olmaları gerekmektedir ve bürokrasinin tek bir hizmet sunum yöntemi ile bunu sağlayabilmesi mümkün değildir (Osborne&Gaebler, 1992: 34). Kamu hizmeti üretmenin 36 değişik yolu vardır ve kamu ihaleleri de bu yollardan yenilikçi kategori içerisinde yer almaktadır (Osborne&Gaebler, 1992: 31). Yine bu anlayışa göre; politika yapımı ve hizmet sağlayıcılığı birbirinden ayrılması gereken görevlerdir (Osborne&Gaebler: 35). İyi bir politika yapıcısının görevi, kamu hizmetlerini en verimli ve etkili şekilde üretecek servis sağlayıcısını seçebilmektir. Bu, hem kamu hizmeti sağlayıcıları arasında rekabeti oluşturacak hem de hizmetlerin değişen koşullara göre esneklik kazanmasını sağlayacaktır (Osborne&Gaebler, 1992: 35). Devletin ve politikacıların, hizmet sağlayıcıyı seçme konusunda uyacağı usul kurallarını da ihale hukuku düzenlemektedir. Bu bakımdan kamu ihaleleri, devletin küçültülmesi mekanizmasının araçlarından birini oluşturmaktadır.

Yeni kamu işletmeciliğinin gelişiminin nedenlerini inceleyecek olursak; ilk sırada, geleneksel kamu yönetiminin içinde düştüğü sorunlar yer almaktadır. Geleneksel kamu yönetiminin uygulama alanı olan Weberyen bürokratik devlette, bürokratların bürokratik çıkarlar ile hareket edeceği ön kabulünden hareketle, bürokrasinin iyi bir yönetim tarzı olduğu düşünülmüşse de; bu iddia kamu tercihi teorisyenlerince, bürokratların da diğer bireyler gibi kendi çıkarlarına göre hareket ettiği gerekçesiyle eleştirilmiştir (Ömürgönülşen, 2003: 15-16). Kamu yönetiminde etkinliğin sağlanması, bugün olduğu gibi dün de ulaşılması istenen hedef olmuştur. Fakat katı kurallarla sarılmış Weberyen devlet (Ömürgönülşen, 2003: 17; Yıldırım, 2011: 191), etkinliği sağlama konusunda başarılı olamamıştır (Osborne&Gaebler, 1992: 14; Ömürgönülşen, 2003: 16). Ayrıca günümüzde, devletlerin karşı karşıya olduğu sorunlar çok daha karmaşıktır ve sürekli olarak değişime uğramaktadır (Osborne&Gaebler, 1992: 15). Bu sebeple, kamu kurumlarının bu değişimlere ayak uydurabilecek bir esnekliğe sahip olması gerekmektedir (Osborne&Gaebler, 1992: 34). Fakat bürokrasiler, hızlı gelişen bu koşullara uyum sağlayabilecek yapıya sahip değildir (Osborne&Gaebler, 1992: 12).

Yeni kamu işletmeciliği yaklaşımının temelinde iki temel kuram vardır. Bu kuramlar, yeni kurumsal ekonomi ve işletmecilik yaklaşımıdır. Yeni kurumsal ekonomi; kamu tercihi teorisi, işlem maliyeti teorisi ve vekalet teorilerinin

üzerinde oluşmuştur. Yeni kurumsal ekonominin yönetsel reformlara katkısı; rekabetçilik, kullanıcı tercihlerini önemseme ve şeffaflık ilkelerinin kamu yönetimi alanına yerleştirilmesi olmuştur. İşletmecilik yaklaşımı ise işletmecilikte kullanılan yönetim tekniklerinin kamu sektörüne aktarılmasını ifade etmektedir (Hood, 1991: 5). Yeni kamu işletmeciliği uygulamaları açısından bakıldığında, bu iki kuramın hangisinin daha ağır bastığı ülkeden ülkeye göre değişmektedir (Hood, 1991: 6).

Yeni kamu işletmeciliğini ortaya çıkaran nedenler arasında, yeni sağ ideolojinin 1980'li yıllarda yükselişe geçmesi de gösterilmektedir (Ömürgönülşen, 2003: 27; Karcı, 2008: 42; Yıldırım, 2011: 191). Yeni sağ ideolojinin devletin küçültülmesi yönündeki söylem ve uygulamaları şüphesiz, yeni kamu işletmeciliği ile doğrudan bağlantılıdır. Bu sebeple, yeni kamu işletmeciliğinin ideolojik kökeninin yeni sağ ideoloji olduğu ifade edilmektedir (Ömürgönülşen, 2003: 26; Karcı, 2008: 42). Oysa Hood'a göre (1991: 6) yeni kamu işletmeciliğinin yeni sağın yükselişe geçmesi ile ilişkilendirilmesi; yeni kamu işletmeciliğinin, yeni sağa karşı olan sol hükümetler tarafından faydalı bulunmasını açıklayamamaktadır. Yeni kamu işletmeciliği yaklaşımı, bu yaklaşımın savunucuları tarafından evrensel bir niteliğe sahip görülmektedir. Bu yaklaşımın savunucularına göre bu iddialarının ilk sebebi, yeni kamu işletmeciliğinin her ülkede her alanda uygulanabiliyor olmasıdır. İkinci sebebi ise, yeni kamu işletmeciliğinin yeni sağ da dahil olmak üzere herhangi bir politik programla ilgisinin olmamasıdır (Hood, 1991: 8).

Yeni kamu işletmeciliğinin gelişiminde etkili olan nedenlerden biri de küreselleşmedir. Küreselleşme süreci, ülkelerde yapılan yönetimi iyileştirme çabalarının, kendi içlerinde uygulanmakla kalmayıp tüm dünyaya yayılmasına neden olmuştur (Ömürgönülşen, 2003: 22). Devletler, küreselleşmenin bir sonucu olarak yeniden yapılandırılmaktadır ve yeni kamu işletmeciliği yaklaşımı, bu yapılandırmanın modelini oluşturmak açısından önem taşımaktadır (Cope et al., 1997: 448). Bu süreçte IMF, Dünya Bankası gibi uluslararası kuruluşların yeni kamu işletmeciliğinin yerleşmesinde büyük etkisi olmuştur (Drechsler, 2009: 8). Söz konusu kuruluşlar, almış oldukları -devletlerin uyma yükümlülüğü altında bulundukları- kararlar ile kamu yönetiminde işletmecilik ilkelerinin yerleşmesine olanak sağlamışlardır (Karcı, 2008: 43). Hood'a göre (1991: 6-7) yeni kamu işletmeciliğinin bu kadar hızlı gelişip kabul edilmesinin altında; o dönemde etkili olan moda, yeni kamu işletmeciliğinin devlet odaklı Alman geleneği ve Anglo-

Sakson liberalizmi gibi iki karşıt akımı birleştirebilmiş olması ve bu yaklaşımın geliştiği dönemin 2. Dünya Savaşı sonrası huzur ve barış dönemine rastlaması yatmaktadır.

Yeni kamu işletmeciliğinin ulaşmayı hedeflediği amaçları ve bu amaçlar doğrultusundaki politika önerilerini şu şekilde sıralayabiliriz:

- Kamu harcamaları kısıp, istihdam azaltılarak devletin küçültülmesi (Hood, 1991: 3).

- Siyaset üretme ve yönetim işlevlerinin birbirinden ayrılması (Ömürgönülşen, 2003: 22).

- Kamu kurumlarının, yetki devri mekanizması sayesinde merkeziyetçilikten uzaklaştırılması (Hood, 1991: 3; Tuncer ve Usta, 2013: 187).

- Piyasa mekanizmasına ait ilke ve tekniklerin kamu yönetimine aktarılması (Ömürgönülşen, 2003: 23). Bir başka ifadeyle işletmecilikte ya da özel sektörde kullanılan yöntemlerin kamu yönetimine aktarılması (Hood, 1991: 5; Cope et al., 1997: 448; Karcı, 2008:47; Drechsler, 2009: 8; Tuncer ve Usta, 2013: 187).

- Daha az masraf ile daha kaliteli ürün ve hizmet elde edebilmek için kamu ihalelerinin kullanılması ve bu sayede kamu yönetiminde rekabet ilkesinin canlandırılması (Hood, 1991: 5; Ömürgönülşen, 2003: 23; Karcı, 2008: 50; Tuncer ve Usta, 2013:187).

- Kamu hizmetlerinin kaynakların etkili, verimli ve ekonomik kullanılarak sunulması (Ömürgönülşen, 2003: 3; Karcı, 2008: 47).

- Kamu hizmetlerinin rekabet ortamında sunulmasının sağlanması (Ömürgönülşen, 2003: 23). Bu amacın sağlanabilmesi için bir araç olarak kamu ihaleleri ile özel sektörden hizmet temin edilmesi gösterilebilir (Tuncer ve Usta, 2013: 187). Kamu hizmetinin devlet tarafından bir tekel şeklinde üretilmesinden, özel sektörden birden fazla kuruluş tarafından üretilmesinin rekabet ortamının oluşmasını sağlayacağı ve bu rekabet ortamının oluşmasının da hizmetlerin kalitesini artıracığı beklenmektedir.

- Kamu hizmetlerinin sunumunda, müşteri odaklı bir yapının geliştirilmesi (deLeon&Denhardt, 2000: 91; Ömürgönülşen, 2003: 24; Christensen&Laegrid, 2011: 131).

- Süreçlerden çok sonuçlara odaklılık (Hood, 1991: 4; Ömürgönülşen, 2003: 23).

- Performans değerlendirme kriterlerinin açıkça belirlenmesi ve bu doğrultuda sorumlulukların sınırlarının da açıkça çizilmesi (Hood, 1991: 4). Bu bakımdan görevlerin ya da sorumlulukların, yönetsel hesap verebilirliğe uygun olması ya da bir başka deyişle bu görev ve sorumlulukların, önceden belirlenmiş performans kriterlerine göre hesap verebilirliğinin olması (Christensen&Laegrid, 2011: 131).

- Kamu sektörünün eski tek tip örgütlenmesinin aksine desantralizasyonu, yönetilebilir birimlere ayrılması ve kamu hizmetlerinde üretim ve tedarik aşamalarının birbirinden ayrılması (Hood, 1991: 5).

- Devletin ekonomiye müdahalesinin azaltılması. Ekonominin işleyişinde, piyasa mekanizmasına işlerlik kazandırılması amacıyla özelleştirme gibi uygulamalar ve hukuki serbestleşme politikalarının uygulanması (Tuncer ve Usta, 2013: 187).

Hood'a göre (1991: 11), kamu yönetiminde "Sigma tipi, Theta tipi ve Lambda tipi olmak üzere üç tip yönetim değerleri kümesi vardır. Yeni kamu işletmeciliği, harcamaların kısılması, kalite yönetimi çerçevesinde, daha az kaynakla daha iyi şeyler üretmeyi esas alması bakımından Sigma tipi değerler kümesindeki değerlere göre kamu yönetimini şekillendirmektedir (Hood, 1991: 15). Sigma tipi değerlere göre yönetimin başarısı, kaynakları belirlenmiş hedefler doğrultusundaki görevlere yönlendirebilmesinde; başarısızlığı ise etkin olamama ve kaynak israfına neden olmada görülmektedir (Hood, 1991: 11).

Yeni kamu işletmeciliğinin, tüm bu olumlu özelliklerinin yanı sıra **eleştirilen yönleri** de mevcuttur. Örneğin Hood'un (1991: 9-10) yeni kamu işletmeciliği eleştirisinde; yeni kamu işletmeciliğinin çok az şeyi değiştirdiği, eski problemlerin varlığını sürdürdüğü, performans göstergeli sistem ile yeni bir bürokratik sistemin yaratıldığı, yeni yöneticilerden bir elitler grubu oluşturulduğu

ve dezavantajlı grupların kamu hizmetlerine ulaşmasının zorlaştırıldığına değinilmiştir.

Yeni kamu işletmeciliğine getirilen bir başka eleştirisi, bu yaklaşımın, etkinliği sağlamak için masrafların kısılmasını sağlarken; demokrasi, düzenlilik, şeffaflık, vatandaşların yasal hakları gibi devletin sahip olması gereken değerleri ihmal ettiğidir (Drechsler, 2009: 9). Örneğin vatandaşların müşteri olarak görülmesi bu bakımdan eleştirilen bir durumdur (Ömürgönülşen, 2003: 31; Drechsler, 2009: 10). Vatandaşların müşteri olarak görülmesi, onların katılım hak ve sorumluluklarına ve dolayısıyla devlete zarar vermektedir (Drechsler, 2009: 10). Yeni kamu işletmeciliğinin temel argümanları olan, kamu yönetiminde özel sektör yönetim teknik ve ilkelerinin uygulanması ve devletin küçültülmesi, kamu yönetimi açısından birtakım sorunlar doğurmaktadır (Özgür ve Öztepe, 2015: 118). Kamu sektöründe işletmeci bir anlayışın uygulanmasını öngören yeni kamu işletmeciliği yaklaşımında, kamunun doğasında bulunan bazı kamusal düşünce ve değerler göz ardı edilmektedir (Zengin, 2015: 65; Sobacı ve Köseoğlu, 2015a: 245; Karkin, 2015: 252).

Yeni kamu işletmeciliğinin bir başka eleştirisi, siyaset-yönetim ayrımının, yönetim işlevini yerine getiren bürokratların tarafsız ve nesnel olmaları düşüncesinin sorunlu olmasıdır. Bu eleştiriyi getirenlere göre, bürokratlar nesnel ve tarafsız olmayı bir kenara bırakmalı, değerlere göre hareket edip yorumlamalar yapmalıdırlar (Zengin, 2015: 66).

Yeni kamu işletmeciliğinin en önemli argümanlarından biri, yetki devri ile merkeziyetçilikten uzaklaşılmasıdır. Fakat yetki devri ile merkezi yapının bozularak küçük küçük kurumlara ayrılması ve hukuki serbestleşme politikaları, kurumların birlikte hareket edebilme yeteneklerini zedelemekte ve bir karmaşaya sebep olmaktadır (Tuncer ve Usta, 2013: 189).

Bir başka eleştiri de, devletin özel sektörden sözleşme ile hizmet alması durumu, yani kamu ihale sözleşmelerinin hizmet alımlarına ilişkin türüne yöneliktir. Şöyle ki, özel sektörün kamunun ihtiyacını karşılayacak ölçekte bir hizmet sunumuna girmesi, büyük riskler almasını gerektirmektedir. Hizmet alımına ilişkin sözleşmenin kısa süreli yapılması durumunda özel sektör, güvenceden yoksun kalabilmekte ve bu sebeple hizmetlerin kalitesini düşürebilmektedir. Sözleşmelerin uzun süreli yapılması ise sözleşmeci özel kişi

lehine bir tekel oluşturmaktadır. Bu durum da, yeni kamu işletmeciliğinin özel olarak önem verdiği rekabet ilkesi ile bağdaşmamaktadır (Tuncer ve Usta, 2013: 190).

Kamu hizmetlerinin sunumunda yalnızca etkinlik ve verimliliğe odaklanmak, sorun teşkil eden bir durum oluşturmaktadır. Bu görüşün savunucularına göre, etkinlik ve verimliliğin sağlanması için kamu hizmetlerinin sunumunda özel sektör veya kamu sektörünün hangisinin yer alacağının tercihinden ziyade, kamu sektörü, özel sektör ve sivil toplum arasında bir denge gözetilmelidir (Karkin, 2015: 250-252). Kamu hizmetleri sunumunda etkinliğin sağlanacağı ve masrafların azaltılacağı inancıyla kullanılan özelleştirme ve sözleşme yoluyla hizmet sunumu, yetersiz rekabet koşulları sebebiyle çoğunlukla kurum içi hizmet sunumu ile yaklaşık masraflarla yapılmakta veya bu masrafların üzerinde kalmaktadır (Leland&Smirnova, 2009: 856). Az kaynakla çok şeyin yapılması düşüncesi çerçevesinde yeni kamu işletmeciliği yaklaşımının, kamu mal ve hizmetlerinin sunumunun devlet yerine sözleşmeler aracılığıyla özel sektör veya kâr amacı gütmeyen kuruluşlarca gerçekleştirilmesi hedefleri bulunmaktadır; fakat bu iyi hedeflerin ötesinde tamamlanmayan, başarısız ve yolsuzluklara bulaşan sözleşme süreçleri de göze çarpmaktadır. Bu durum birtakım hesap verebilirlik problemlerine, etkinlik ve masrafların azaltılması uğruna hizmetlerin kalitesinin düşmesine neden olmaktadır. Üstelik beklenen etkinlik ve masrafların azaltılması hedefine de sıklıkla ulaşılamamaktadır. Sözleşme süreçlerinin başarısı ya da başarısızlığı, devletin sözleşme süreçlerini ne kadar iyi yönettiği ile ilişkilendirilmektedir (Brown &Potoski, 2003: 153).

Terry'e (2005: 427-428) göre, yeni kamu işletmeciliğindeki "içi boş devlet (hollowstate)"⁷, demokratik hesap verebilirlik ve yönetimin meşruluğu ile ilgili problemlere sebep olmaktadır. Şöyle ki; "içi boş devlette", idari kuruluşlar zayıflamakta ve kırılgan bir yapıya sahip olmakta ve bu da bu kuruluşları bütünlükten ve kamu mallarını etkin sunma kapasitesinden yoksun bırakmaktadır. Zayıf kurumlar iyi bir yönetimi sağlayamamakta ve yönetimde kamu güveninin erozyonunu hızlandırmaktadır. Kurumların zayıflaması, kamu hizmetlerinin sunumunun sözleşme yolu ile görülmesi açısından da değerlendirilmiştir.

⁷ "İçi boş devlet" kelime öbeği, yabancı kökenli "hollowstate" kelimesinin yazar tarafından Türkçe'ye çevrilmiş halidir. Bu terim, üçüncü sektörün özellikle de kâr amacı gütmeyen kuruluşların, sosyal hizmetlerin sunumunda kullanımının artmasına ilişkin bir metafor olarak ifade edilmiştir (Milward& Provan, 2000: 359).

Sözleşme yolu ile hizmet sunumunun örgütsel performansı artıracığı söylenmişse de; örgütsel performansın artırılması için sözleşme yolu ile hizmet sunumunun gerekli olmadığı, bilakis bu yöntemin devletin kurumsal bütünlüğünü, yetkinliğini ve hesap verebilirliğini tehdit ettiği belirtilmektedir (Yang, Hsieh & Li, 2009: 681).

Yeni kamu işletmeciliği, kamu sektörünün piyasa değerlerine göre hareket etmesini ve piyasalaşmasını arzu etmektedir. Fakat kamu yönetiminde piyasalaşma, girişimcilik ve müşteri tatminine önem verilmesi; demokratik hesap verebilirlik, demokratik yurttaşlık ve kamu yararı için birlikte hareket etme düşüncesi ile uyum sağlayamamaktadır. Üstelik bu piyasalaşma, adalet gibi demokratik ideallere gereken önemin verilmemesine yol açmaktadır. Bu piyasalaşma eğiliminin kâr amacı gütmeyen kuruluşlarca da benimsenmesi, bu kuruluşların güçlü bir sivil toplum oluşturma gücüne ve dolayısıyla demokrasi ve yurttaşlığa zarar vermektedir (Eikenberry&Kluver, 2004: 132).

Denhardt&Denhardt'ın (2015: 665) ifade ettiği üzere, yeni kamu işletmeciliği ve kamu yönetimi alanına getirdiği değerler, eski yönetim anlayışındaki sorunları açık bir şekilde ortaya koyması bakımından oldukça önemlidir; fakat sınırlılıkları ve dezavantajları sebebiyle eleştirilere konu olmuştur ve günümüz kamu yönetimi anlayışında etkisini günden güne yitirmektedir. Yeni kamu işletmeciliğine yönelik temel eleştirilerden biri, politik sorunlara idari çözümler getirilmeye çalışılması olmuştur (Sobacı ve Köseoğlu, 2015a: 235). Kamu yönetimine ilişkin ortaya çıkan yaklaşımların uygulamaları, ülkeler arasında farklılaşabilmektedir. Zira her ülke, bu yaklaşımları kendi koşulları çerçevesinde uygulamaktadır. Bu sebeple, yeni kamu işletmeciliğinin “her yerde uygulanabilir en iyi yöntem” olarak gösterilmesi eleştirilmiştir (Sobacı ve Köseoğlu, 2015a: 246). Nitekim yeni kamu işletmeciliği uygulamaları, gelişmiş ülkelerde birtakım kazanımlar sağlamasına rağmen, gelişmekte olan ülkeler bakımından sorunlar yaratmıştır (Sobacı ve Köseoğlu, 2015a: 234) Hem gelişmekte olan ülkeler bakımından sorun yaratması (Sobacı ve Köseoğlu, 2015a: 234) hem de günümüzde devletlerin karşısına çıkan problemlerin tek başlarına çözemeyecekleri düzeyde karmaşılaşması sebebiyle; yeni kamu işletmeciliğine alternatif, “yeni kamu yönetişi, kamu değeri yönetimi, dijital çağ yönetişi ve neo-weberyen devlet” adı altında yeni yaklaşımlar ortaya çıkmaya başlamıştır (Köseoğlu ve Sobacı, 2015b: 298-299).

Yeni kamu işletmeciliği, tüm dünyada kamu yönetimi reformları üzerinde etkili olurken; Türkiye'nin bu sürecin dışında kalması mümkün değildir. Nitekim gerek Türkiye'nin ekonomi politikası üzerinde etkili olan IMF ve Dünya Bankası, gerekse üyelik sürecinde bulunulan AB tarafından, yönetimde reform vurguları sıklıkla yapılmaktadır (Sozen&Shaw, 2002: 478). Türkiye'nin kamu yönetiminde gerçekleştirdiği reformların altında demografik ve hızlı kentleşme; artan genç işsiz oranı, yüksek seyreden enflasyon oranları ve aşırı kamu harcamalarının içinde yer aldığı yapısal nedenler bulunmaktadır (Sozen&Shaw, 2002: 478).

Türkiye'nin kamu yönetimi reformlarında en kapsayıcı niteliğe, Bakanlar Kurulu tarafından Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne (TBMM) sunulan fakat yasalaşmayan, Kamu Yönetimi Temel Kanunu Tasarısı sahip olmuştur. Bu kanun tasarısında, yeni kamu işletmeciliğinin temel argümanı olan kamu sektörünün küçültülmesi ve küçülen kamu sektörünün etkinliğinin sağlanması ve bu amaçla kamu sektörünün üreticilikten ziyade düzenleyici bir noktaya yerleştirilmesi hedeflenmiştir (TBMM, 2003a). Bu kanun tasarısı kamu yönetiminde; stratejik yönetim, etkililik, sonuç odaklılık, performans temelli yönetim, yerel yönetimlere yetki devri gibi yenilikleri öngörmektedir (TBMM, 2003a). Bu kanun tasarısı yasalaşmamış olsa da, kendisinden sonra çıkarılan ve yasalaşan birtakım kanunlarla kamu yönetimi reformlarını şekillendirmiştir. Bu kanunlardan ikisi olan 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu (TBMM, 2004: 4) ve 5393 sayılı Belediye Kanununda (TBMM, 2005: 2), yerel nitelikteki hizmetlerin yerel yönetimler tarafından karşılanması yönünde hükümler öngörülmüştür. 5393 sayılı Kanun ile belediyelere 5 yıllık stratejik plan hazırlama zorunluluğunun getirilmesi de, stratejik yönetim ilkesinin bir uygulamasını oluşturmaktadır. Bu kanunların amaçladığı hedefler yeni kamu işletmeciliğinin, kamu sektörünün yetki devri ve merkeziyetçilikten uzaklaşma hedefleriyle örtüşmektedir. Yerel yönetimler ile ilgili yeni kamu işletmeciliği prensipleri doğrultusunda gerçekleştirilen önemli düzenlemelerden bir diğeri de, 6360 sayılı “On Dört İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmi Yedi İlçe Kurulması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”dur. Bu kanun ile var olan büyükşehir belediyelerinin haricindeki 14 il, büyükşehir belediyesine dönüştürülmüş ve büyükşehir belediye sınırları ile mülki sınırlar çakıştırılmıştır (6360 sayılı Kanun madde1). Bu kanun ile büyükşehir belediye sınırları ile mülki sınırlar çakıştırılarak, kaynakların etkin kullanılıp yerel hizmetlerin daha etkin bir şekilde sunulması amaçlanmıştır (TBMM, 2012).

5018 sayılı “Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu” da, yeni kamu işletmeciliğinin ilkelerinin gerçekleştirilmesi yönündeki adımlardan biridir. Zira bu kanun ile getirilen, özellikle “kamu idarelerine stratejik plan hazırlama zorunluluğu” ve “kamu idarelerinin mali işlemleri için harcama yetkilisinin olacağı” hükümleri (TBMM, 2003b: 2), yeni kamu işletmeciliğinin ilkeleri ile örtüşmektedir. Kamu idarelerine stratejik plan hazırlama yükümlülüğünün getirilmesi, yeni kamu işletmeciliğinin stratejik yönetim ilkesi ile uyum göstermektedir. Kamu idarelerinin mali işlemleri için harcama yetkilisinin getirilmesi de; görev ve sorumlulukların açıkça belirlenerek, kişilerin performanslarının önceden belirlenmiş kriterlere göre ölçülmesini öngören performans temelli yönetim ilkesi ile uyum sağlamaktadır.

Kamu idarelerinin yapacağı mal ve hizmet alımlarına ve yapım işlerine ilişkin usulü düzenleyen 4734 sayılı “Kamu İhale Kanunu” ve 4735 sayılı “Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu”; kaynakların etkin ve verimli kullanılması doğrultusunda, devletin kamu hizmetlerini üretmek yerine üretenlerden tedarik etmesi ve bunu yaparken rekabete uygun hareket etmesine ilişkin hükümler getiriyor olması bakımından, yeni kamu işletmeciliği ile yakından bağlantı içerisindedir. Nitekim 4734 sayılı Kanunun 5. maddesinde sayılan kamu ihalelerine hakim olan temel ilkeler arasında; *“kaynakların verimli kullanılması”* ve *“rekabetin sağlanması”*nın yer alması, bu bağlantının en büyük göstergesidir.

Türkiye’de yeni kamu işletmeciliği adımlarından bir diğeri de, özelleştirmelerdir. Özelleştirme yöntemi ile bazı kamu hizmetlerinin üretilmesi, özel kuruluşların yetki alanına bırakılmaktadır. Ürettikleri hizmetler bakımından, devlet tarafından denetlenme mecburiyeti olan birtakım özel kuruluşların, denetlenmesi için bağımsız düzenleyici ve denetleyici kurumların oluşturulması da, yeni kamu işletmeciliği uygulamalarının bir örneğini oluşturmaktadır (Karcı, 2008: 53).

Yeni kamu işletmeciliği yaklaşımı pek çok olumlu politika önerisi içermesine rağmen, devletler açısından özel önem arz eden birtakım değerleri ihmal ettiği gerekçesiyle eleştirilere konu olmuştur (Drechsler, 2009: 9). Yeni kamu işletmeciliğinin ihmal ettiği bu değerleri esas alması bakımından yönetim yaklaşımı, yeni kamu işletmeciliğinin reformlarını tamamlayıcı bir yapı olarak ortaya çıkmıştır (Coşkun, 2004: 154).

1.2.2. Yönetişim Yaklaşımı ve Kamu İhale Sözleşmeleri Üzerindeki Etkisi

1990'lı yıllarda ortaya çıkıp gelişen yönetim yaklaşımı, geleneksel kamu yönetiminin yetersiz kaldığı birtakım yönlerde çözümler oluşturan bir yaklaşımdır. Bu bakımdan yönetim yaklaşımının ortaya çıkış nedeni, yeni kamu işletmeciliği yaklaşımının ortaya çıkış nedeni ile benzeşmektedir. Çünkü her iki yaklaşım da; geleneksel kamu yönetiminin işlerliği kalmayan uygulamalarını değiştirip, yeni yönetim teknikleri getirerek, geleneksel kamu yönetiminin sorunlarına çözüm aramaktadır. Bu haliyle iki yaklaşım, pek çok ortak nokta barındırmakta ve birbirilerini tamamlayıcı bir nitelik arz etmektedir.

Yönetişim yaklaşımını incelerken; yaklaşımın anlamı, bu yaklaşımı ortaya çıkaran nedenler, yaklaşımın özellikleri, yeni kamu işletmeciliği ile ortak yönleri, yeni kamu işletmeciliğinin zayıf yönleri ve yönetişimin yeni kamu işletmeciliğinden farklı yönleri sıralaması takip edilmiştir. Son olarak da, yönetim yaklaşımının Türkiye'deki birtakım uygulamaları ve çalışma konumuzu oluşturan kamu ihale sözleşmeleri ile bağlantısı üzerinde durulmuştur. **Yönetişim yaklaşımına süreç içerisinde farklı tanımlamalar getirilmiştir.** Yönetişim yaklaşımına getirilen en kapsamlı tanımın, İlhan Tekeli tarafından yapıldığını söyleyebiliriz. Tekeli'ye göre yönetim (2003: 627): “önceden belirlenen bir ortak amacı gerçekleştirmek için, tek özneli, merkezi, hiyerarşik bir iş bölümü içinde, araçsal rasyonelliği ön plana alarak, yapan, üreten, bunun için kaynakları ve yetkileri kendinde toplayan yönetimden, önceden belirlenen bir iyiye doğru değil, insan haklarına dayalı performans ölçütlerini gerçekleştirerek, çok aktörlü, desantralize ağsal ilişkiler içinde, iletişimsel bir rasyonellik anlayışı içinde, kendisi yapmaktan çok toplumdaki aktörleri yapabilir kılan, yönlendiren, kaynakların yönlendirilmesini kolaylaştıran yönetim anlayışına” geçişi ifade eder.

Yönetişim kavramı, Dünya Bankası, OECD ve Birleşmiş Milletler gibi uluslararası kuruluşların ilgisini çekmiş ve bu kuruluşların oluşturdukları metinlerde yer almıştır. Yönetişim kavramı ilk olarak, Dünya Bankası'nın “Sahra altı Afrika için Sürdürülebilir Büyüme” çalışmasında bugünkü anlamıyla kullanılmıştır. Bu çalışmada iyi yönetişimin özellikleri; etkili kamu hizmetleri, güvenilir bir yargı sistemi, hesap verebilir bir yönetim ve yöneten ve yönetilenler arasında bir dengenin varlığı şeklinde belirtilmiştir (World Bank, 1989: xii). Söz konusu çalışmada yönetim için, hukukun üstünlüğü, bağımsız bir yargı, yönetimin her aşamasında insan haklarına ve hukuka saygılı olunması, kamu

gelirleri ve harcamalarının şeffaflığı ve yürütmeye değil yaşamaya karşı sorumlu olan bağımsız kamu denetçilerinin varlığı aranmıştır (World Bank, 1989: 192).

Birleşmiş Milletler Asya ve Pasifik Sosyal Komisyonu (UNESCAP)⁸ tarafından yönetim kavramı, formel ve informal aktörlerin karar alma süreçlerine katılımı ve bu kararların uygulanmasını sağlamaları şeklinde ifade edilmiş ve karar alma süreçlerinde devletin dışında yer alan aktörlere vurgu yapılmıştır (UNESCAP, 2009).

Yönetişim; tek merkezli bir yönetimi değil, toplumda yer alan tüm aktörlerin yönetime katılımını ifade eder (Tortop v.d., 2007: 546; Okçu, 2012: 11). Bu tanımdan anlaşılacağı üzere, yönetim yaklaşımının en belirgin özelliği katılımcılıktır. Yönetime katılacak olan aktörler ise devlet ya da kamu sektörünün yanında özel sektör ve sivil toplumdur (Tortop v.d., 2007: 550; Okçu, 2012: 12; Kahraman, Vurgun ve Öztıp, 2012: 123). Bu aktörler yerel, bölgesel, ulusal ve uluslararası nitelikte olabilmektedir (Kahraman v.d., 2012: 122). Bir başka deyişle yönetişimde yönetim eyleminde; yerel yönetimler, sivil toplum örgütleri, AB gibi bölgesel düzeydeki örgütlenmeler, ulusal yönetimler ve Dünya Bankası, OECD gibi uluslararası kuruluşların birlikte etkisi söz konusudur. Yönetişim yaklaşımında, yönetme eylemi çok sayıda aktör tarafından birlikte yerine getirilmektedir. Çünkü günümüzün sorunları, geçmiştekine oranla çok daha karmaşıktır ve bu sebeple sistem içerisinde yer alan aktörlerin, sorunlar karşısında bilgilerini paylaşma zorunluluğu oluşmuştur (Okçu, 2012: 13). Yönetişim yaklaşımı bir bakıma, merkezi hükümet ve kamu kurumları, yerel yönetim, özel sektör ve sivil toplum arasındaki ilişkilerden doğmaktadır (Habitat İstanbul +5 Ülke Raporu, 2000: 14).

Yukarıdaki tanımlamalara bakıldığında, katılım kavramının yönetişimin odak noktasında bulunduğu görülmektedir. Katılım; sadece oy kullanmakla tüketilen dar anlamda katılım ve sistemdeki aktörlerin karar alma süreçlerinin tümüne katılımını ifade etmek üzere geniş anlamda katılım şeklinde iki farklı boyuta sahiptir (Genç, 2012: 49). Yönetişim yaklaşımında hedeflenen katılım, sistemdeki bütün aktörlerin karar alma süreçlerinin tümüne katılımını ifade eden geniş anlamda katılımdır. Nitekim demokrasinin gerçekleşebilmesi için oy kullanmanın yeterli görülmemeye başlanması ve kamu politikalarının

⁸ UNESCAP (United Nations Economic and Social Commission for Asia and the Pacific): Birleşmiş Milletler Asya ve Pasifik Sosyal Komisyonu.

oluşturulmasında sadece merkezi hükümetin değil, toplumdaki diğer aktörlerin de yer alması gerektiğinin düşünülmesi, yönetimden yönetim sürecine geçişin nedenlerinden birini oluşturmaktadır (Tekeli, 2003: 625). Katılımın sistemdeki bütün aktörlerce gerçekleştirilmesi, politikaların oluşturulmasından önce vatandaşların beklentilerinin görülebilmesini sağlayacak ve bu sayede, oluşturulan politikalar hem ihtiyaçları karşılamaya dönük hem de meşru olacaktır (Genç, 2012: 49-50).

Rhodes'e göre (1996: 653), yönetişimin en az 6 farklı kullanımı vardır:

- **Minimal devlet;** devlet müdahalesinin boyutlarının yeniden tanımlanması, kamu hizmetlerinin piyasa veya yarı-piyasa mekanizmalarının kullanılarak sunulması, kamu harcamalarının kısılması ve özelleştirmelerle devletin boyutlarının küçültülmesini ifade eder (Rhodes, 1996: 653). Devletin boyutlarının küçültülerek, kamu hizmetlerinin piyasa benzeri mekanizmalarla sunulması bir yönetim uygulamasıdır (Okçu, 2012: 12). Geleneksel yönetim anlayışında, devletin pek çok rolü bulunmakta ve devlet bu rollerinin tamamını tek başına gerçekleştirmeye çalışmaktadır. Yönetişim yaklaşımında ise devlet, rollerini sistemdeki diğer aktörlerle paylaşmaktadır (Turan, 2013: 67). Aslında yönetim yaklaşımının özünde de, devletin kendisi yapmaktan çok, toplumdaki aktörleri koordine etmesi, yapabilir kılması yer almaktadır (Mehde, 2006: 62). Bu durum aslında, Osborne ve Gaebler'ın "kürek çekmek yerine dümen tutan devlet"(1992: 28) anlayışından başka bir şey değildir. Devlet, özel sektör ve gönüllü kuruluşları problemlerin çözümünde sorumluluk sahibi ve yapabilir kılarken, özel sektör ve gönüllü kuruluşlara kürek çekme görevini yüklemekte, kendisi ise bu kuruluşları yapabilir kılan aktör olarak dümen tutma görevini üstlenmektedir (Osborne&Gaebler, 1992: 30).

- **Şirketleşmiş/kurumsal yönetişim;** bu yönetim anlayışında, özel sektör yönetiminde kullanılan hesap verebilirlik, açıklık gibi ilkelerin kamu sektöründe de kullanılması önerilmektedir (Rhodes, 1996: 654).

- **Yeni kamu işletmeciliği anlamındaki yönetişim;** özel sektör yönetim tekniklerini kamu sektörüne taşımayı amaçlayan işletmecilik yaklaşımı ve kamu hizmeti sunumunda rekabeti gerçekleştirmeyi amaçlayan yeni kurumsal ekonomi yaklaşımının birleşimini ifade etmektedir (Rhodes, 1996: 655).

• **İyi yönetim**; etkili kamu hizmetleri, bağımsız yargı sistemi, kamu borçlarının hesap verebilirliği, bağımsız kamu denetçisi, yasama organına karşı sorumluluk, yönetimin her aşamasında insan haklarına ve hukuka saygılı olma, çoklu kurumsal yapı gibi ilkelere dayanmaktadır (Rhodes, 1996: 656).

• **Sosyo-sibernetik sistem**, sistemdeki bütün aktörlerin birbirine bağlı olduğu çok merkezli bir yönetim anlayışını ifade eder (Rhodes, 1996: 657). Bu sistemdeki aktörlerden biri olan devletin görevi ise, sistem içindeki aktörler arasında sosyo-politik iletişimin oluşumuna olanak vermektir (Rhodes, 1996: 658).

• **Kendiliğinden organize olan ağlar anlamında yönetim**, kamu hizmetlerinin üretilmesinin devlet, özel sektör ve gönüllü kuruluşların farklı birliktelikleriyle oluşturulması ve sistem içerisindeki aktörler arasında kendiliğinden organize olan ağların yönetimidir (Rhodes, 1996: 658).

Birleşmiş Milletler Kalkınma Programında (UNDP)⁹ yönetim için; ekonomik yönetim (karar alma süreçlerinin ülkenin ekonomik uygulamalarını veya diğer ekonomilerle ilişkilerini etkilemesi), siyasal yönetim (meşru ve güvenilir bir devlette karar alma süreçleri ve politika uygulamaları), yönetsel yönetim (etkili, bağımsız, hesap verebilir ve şeffaf bir kamu sektörünü oluşturan politika uygulama) ve sistemsel yönetim (politik ve sosyo-ekonomik ilişkileri, kültürel ve dini değerleri koruyacak şekilde geliştiren, insanlar için daha özgür, güvenli ve iyi bir hayat oluşturan yapı ve süreçler) olmak üzere 4 farklı tanımlama getirilmiştir (UNDP, 1997: 9-10).

Kamu yönetiminde yapılan reformlar, merkezi devletin rolünün hangi noktada konumlandırıldığına bağlı olarak ülkeden ülkeye değişmektedir. Fakat 1980 sonrasında devletlerin yaşadığı reform sürecine, kamu hizmetlerinde etkinlik ihtiyacı, vatandaşların beklentilerine cevap verme ve şeffaflık gibi ilkeler hakim olmuştur (Turan, 2013: 65). Zira eski yönetim teknikleri birtakım sorunlara yol açmakta ve bu sorunlara çözüm üretebilmek adına yeni yaklaşımlar ortaya atılmaktadır. Bu bağlamda **yönetimden yönetim yaklaşımına geçişte etkili olan gelişmeleri** şu şekilde sıralayabiliriz:

⁹ UNDP (United Nations Development Programme): Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı.

- Demokrasinin gerçek anlamda gerçekleşebilmesi için oy vermenin yeterli olmaması, karar alma süreçlerine katılımın her aşamada gerçekleşmesinin gerekmesi (Tekeli, 2003: 625).

- Küreselleşme ile birlikte bilgi ve sermaye akışının ulus-devletlerin sınırlarını aşması (Tekeli, 2003: 625). Bu sebeple politika üretiminde de, devletin dışında ulus-üstü veya ulus-altı aktörlerin söz sahibi olmaya başlaması (Okçu, 2012: 15).

- Kaynakların israf edildiğine ilişkin düşünceler (Tekeli, 2003: 626).

- Dünya Bankası, IMF gibi kuruluşların yönetim yaklaşımını benimsemesi ve temel metinlerinde yer vererek yayılmasını hızlandırması (Tortop v.d., 2007: 547).

- İnsan hakları, çevre kirliliği gibi tüm devletler için sorun teşkil eden durumların ortaya çıkması ve bu sorunlara uluslararası kuruluşların da katkısıyla küresel çözümlerin üretilmesi gerekliliği-ki bu küresel yönetimi ortaya çıkarmaktadır- (Çukurçayır, 2003: 263). Küreselleşme süreci içerisinde, devletlerin karşısına çıkan sorunlar tek başlarına çözüm üretemeyecekleri kadar karmaşıktır.

- En genel olarak da, geleneksel yönetim yaklaşımının çağın gereksinimlerini karşılamayacak ölçüde eskimiş olması (Kahraman v.d., 2012: 112).

İşte tüm bu gelişmelere ve sorulara cevap verebilmek amacıyla yönetim yaklaşımı şu özellikler üzerinde yükselmiştir:

- Yönetişimin en temel özelliği katılımcılıktır. Buradaki katılımdan kasıt devlet, özel sektör ve sivil toplumun karar alma süreçlerinin her aşamasına katılımıdır (Mehde, 2006: 62; Tortop vd., 2007: 556).

- Kamu sektörü, özel sektör ve gönüllü kuruluşların arasındaki sınırların belirsizleştirilmesi ve ağ üyelerini oluşturan bu aktörler arasında amaçların ve kaynakların paylaşılması için sürekli iletişim (Rhodes, 1996: 660).

- Kendiliğinden organize olan ağlar (Rhodes, 1996: 660; Stoker, 1998: 23).

- Ağ üyeleri arasında, geleneksel kamu yönetiminde olduğu gibi hiyerarşik ilişkiler değil, heterarşik ilişkilerin bulunması (Mehde, 2006: 63).

- Toplumun karar alma süreçlerine etkin katılımı sayesinde, toplum ve vatandaşların güçlendirilmesi ve bu sayede kamusal işlemlerde demokratik kalitenin yükseltilmesi (Mehde, 2006: 63; Genç, 2012: 50)

- Yerel mekanizmaların ya da aktörlerin güçlendirilmesi (UNDP, 1997: 15).

- Saydamlık ya da açıklık (Habitat İstanbul +5 Ülke Raporu, 2000: 14; Tortop v.d., 2007: 552; Gündoğan, 2013: 29).

- Hesap verebilirlik (Habitat İstanbul +5 Ülke Raporu, 2000: 14; Tortop v.d., 2007: 551; Gündoğan, 2013: 29).

- Kamu ve özel sektör arasındaki sınırların belirsizleşmesi (Stoker, 1998: 17; Peters& Pierre,1998: 226).

- Devletin özel sektör ve gönüllü kuruluşlar ile rollerini ve sorumluluklarını paylaşması (Tortop v.d., 2007: 556).

- Kamu hizmetlerinin etkin bir şekilde üretilmesi ve devlet müdahalesinin azaltılarak kamu harcamalarının kısılması (Stoker, 1998: 18). Kamu hizmetlerinin üretiminde özel sektör ve gönüllü kuruluşların yer alması (Stoker, 1998: 19).

Dünya Bankasının Afrika raporunda özel sektör yönetim ilkelerinin ve piyasa mekanizmasının, etkinliği sağlamak için önemli olduğu, fakat iyi yönetim ile birlikte uygulanması gerektiği ifade edilmiştir (World Bank, 1989: xii). Kamu hizmetlerinin etkinliği, kamuya hesap verebilir bir yönetim, yönetenler ve yönetilenler arasında denge (World Bank, 1989: xii), hukukun üstünlüğü, bağımsız ve güvenilir bir yargı, yönetimin her aşamasında hukuka ve insan haklarına saygı, kamu gelirlerinin ve harcamalarının şeffaflığı, yürütmeye değil yasamaya karşı sorumlu olan kamu denetçilerinin varlığı iyi yönetim göstergeleri olarak gösterilmiştir (World Bank, 1989: 192). Dünya Bankası tarafından bu sayılan

ilkeler haricinde, karar alma süreçlerine katılım da, iyi yönetim ilkeleri arasında gösterilmiştir (Comissions of European Communities, 2001: 10). UNESCAP tarafından, katılımın etkin bir şekilde gerçekleşebilmesi için hak ve sorumlulukları hakkında bilgi sahibi ve örgütlü bir sivil toplumun mevcudiyetinin şart olduğu belirtilmiştir (UNESCAP, 2009).

Dünya Bankasının, Afrika raporunda yönetimle birlikte işlemesi gerektiğini belirttiği özel sektör yönetim ilkeleri, yeni kamu işletmeciliği yaklaşımının kamu sektöründe etkinliği sağlamak için kullanılmasını önerdiği ilkelerdir. Bu ve daha pek çok ortak yönü sebebiyle, yeni kamu işletmeciliği ve yönetim yaklaşımı birbirini tamamlayıcı yaklaşımlardır. Öncelikle, her iki yaklaşım da temel amaçları açısından bağdaşmaktadır. Şöyle ki; yönetim de, yeni kamu işletmeciliği de, geleneksel kamu yönetimindeki sorun teşkil eden alanlara ilişkin reform önerileri taşımaktadır. İkinci olarak, her iki yaklaşım da teoride ve uygulamada kamu ve özel sektör arasındaki ayrımı bulanıklaştırmaktadır (Mehde, 2006: 65). Yeni kamu işletmeciliği yaklaşımında olduğu gibi yönetim yaklaşımında da, devletin rolü kürek çekmeyen, dümen tutan devlettir (Peters& Pierre, 1998: 231; Tortop v.d., 2007: 566). Her iki yaklaşım da, kamu yönetiminde etkinliğin sağlanmasını hedeflemekte ve bunun sağlanması için rekabet ilkesinin önemini vurgulamaktadır (Tortop v.d., 2007: 565). Rekabet ilkesini, yeni kamu işletmeciliği yaklaşımı, kamu sektöründe rekabetin oluşturulması olarak algılamak; yönetim yaklaşımı kamu ve özel sektör kaynaklarını karıştırarak kamu hizmet üretmenin alternatif yollarını üretmek olarak algılamaktadır (Peters& Pierre, 1998: 230).

Her ne kadar bu iki yaklaşım birbirini tamamlayıcı niteliğe sahip olsalar da, zaman bakımından önce gelişen **yeni kamu işletmeciliğinin bazı zayıf yönleri** de mevcuttur. Yeni kamu işletmeciliğinin zayıf yönlerinden ilki, bu yaklaşımın özel sektör yönetim tekniklerinin kamu alanında kullanılmasına önem verirken, devlet yönetimi için bunlardan çok daha önemli olan demokrasi, şeffaflık, vatandaşların hakları gibi değerleri ihmal etmesidir (Coşkun, 2004: 154; Drechsler, 2009: 9).Yeni kamu işletmeciliğinin zayıf yönlerinden bir diğeri,

örgütler içi ilişkilere ve 3E'ye(ekonomi, verimlilik, etkililik)¹⁰ odaklanıp, örgütler arası ağsal ilişkilere gereken önemi vermemesidir (Rhodes, 1996: 663).

Mehde'ye göre, yeni kamu işletmeciliğinin kendi içerisinde paradoksal nitelik arz eden birtakım özellikleri mevcuttur. Bu özellikler (Mehde, 2006: 68-69):

- Bürokrasiyi azaltma amacını taşıyan yeni kamu işletmeciliğinin performans göstergeleri sistemi ile yeni bir bürokrasiye neden olması,
- Yeni kamu işletmeciliğinin kıt kaynakların etkin kullanılması amacı bulunmasına rağmen, getirmiş olduğu performans göstergeleri ve bunların kontrol mekanizmaları sisteminin de kaynak kullanımını gerektirmesi,
- Yeni kamu işletmeciliği özel sektörü taklit ederek müşteri memnuniyetini sağlamayı amaçlarken, taklit edilen özel sektörün müşterileri değil hissedarları memnun etmeye çalışması,
- Hukuki serbestleşme için özelleştirmeler yapılırken, bu özelleştirme mekanizmalarının hukuk sistemine dahil edilebilmesi için yeni hukuki düzenlemelerin yapılması zorunluluğu,
- Masrafları azaltma amacını taşıırken, kurulmak istenen yeni yönetim modelinin yönetim masraflarını artırmasıdır.

Yönetişim yaklaşımı, yeni kamu işletmeciliğinin bazı zayıf yönlerini güçlendirici özelliklere sahiptir. Bunlardan ilki; yönetim yaklaşımının, yeni kamu işletmeciliğinin ihmal ettiği “katılım, hesap verebilirlik, şeffaflık (Habitat İstanbul +5 Ülke Raporu, 2000: 14), hukukun üstünlüğü, insan haklarına ve hukuka saygılı olma” gibi ilkelere özel önem atfediyor olmasıdır (World Bank, 1989: 192;Coşkun, 2004: 154). İkincisi, yeni kamu işletmeciliğinde kamu hizmetlerinin üretiminin tümüyle piyasa mekanizmasına bağlı olmasının kamu yönetimi açısından yarattığı sorunları çözebilmek amacıyla yönetim yaklaşımı, karar alma süreçlerinde ve dolayısıyla kamu hizmeti üretimi konusunda da, sistemdeki tüm aktörlerin birlikte yer almasını öngörmektedir (Okçu, 2012:

¹⁰“3E” kavramı, ekonomi, verimlilik ve etkililik kelimelerinin, İngilizce karşılıkları olan sırasıyla, “economy, efficiency, effectiveness” kelimelerinin ilk harflerinin kısaltması şeklinde oluşturulmuş bir kavramdır.

14).Yeni kamu işletmeciliği yaklaşımı daha çok etkinlik, müşteri memnuniyeti ile ilgilenirken, yönetim yaklaşımı kamusal karar alma süreçlerine katılıma önem vermektedir (Tortop v.d., 2007: 566; Kahraman v.d., 2012: 119). Yönetişim yaklaşımının bir başka üstün yönü, yeni kamu işletmeciliğinin müşteriler olarak gördüğü bireyleri, katılımcı vatandaşlar olarak tanımlamasıdır (Mehde, 2006: 72). Bu sayede vatandaşlar kamusal hak ve yükümlüklere sahip, karar alma süreçlerine katılan, kamusal açıdan aktif bireylere dönüşmektedirler.

Yönetişim yaklaşımının Türkiye’deki yansımaları, bir önceki yeni kamu işletmeciliği başlığı altında anlatılan uygulamalar ile paralellik arz etmektedir. Bir önceki başlık altında anlatılan “Kamu Yönetimi Temel Kanunu Tasarısı”, 5393, 5216, 5018 ve 6360 sayılı Kanunların yönetsel reform sürecindeki etkileri, yönetim başlığı açısından da geçerli olduğundan, söz konusu düzenleme metnlerinin önceki başlık altında değinilen yönleri burada tekrar edilmeyecektir. Bu başlık altında, ilgili düzenlemelerin bir önceki başlıkta değinilmeyen yönlerinin, yönetim yaklaşımı açısından incelenmesi uygun olacaktır. Kamu yönetiminin yeniden yapılandırılması projelerinin önemli bir boyutunu oluşturan “Kamu Yönetimi Temel Kanunu Tasarısı”nda, bu kanunun amacı, kamu yönetiminin iyi yönetim ilkeleri çerçevesinde yeniden yapılandırması olduğu belirtilmiştir (TBMM, 2003a). Daha önce de belirtildiği üzere, yasalaşmayan bu kanun tasarısının hedefleri 5393, 5216, 5018 ve 6360 sayılı Kanunlar ile büyük ölçüde yerine getirilmeye çalışılmıştır.

5393, 5216 ve 6360 sayılı Kanunlar yerel yönetim kanunlarıdır ve üçü de yerel hizmetlerin görülmesi noktasında, yerel yönetimlerin yetki bakımından güçlendirilmesini amaçlamaktadır (TBMM, 2004: 4; TBMM, 2005: 2; TBMM, 2012). 5393 sayılı Kanun ile demokratik, katılımcı ve saydam yerel yönetimler hedeflenmiştir. Bu kanun ile belediyelerin kamu hizmetlerinin görülmesi konusunda, diğer kamu kuruluşları, özel sektör ve sivil toplum kuruluşları ile birlikte çalışması öngörülerek, çok aktörlü yönetimin yerel düzeyde bir uygulaması oluşturulmuştur. Yönetişim yaklaşımının en temel ilkelerinden biri olan katılımın yerel düzeyde gerçekleşebilmesi için bu kanun ile getirilen kent konseyleri, vatandaşların toplanıp fikirlerini beyan edebilecekleri ve toplanan bu fikirlerin ilk meclis toplantısında değerlendirileceği bir oluşumu ifade etmektedir (TBMM, 2005: 6). 6360 sayılı Kanun, söz konusu kanun ile yeni oluşturulan büyükşehir belediyelerinin ve bu kanundan önce var olan büyükşehir belediyelerinin sınırlarını mülki sınırlarla karşılaştırarak, il sınırları içerisinde ortaya

çıkabilecek problemler konusunda yetki ve sorumlulukları netleştirmiştir (Can, 2013: 268). İl sınırları içinde yetki ve sorumlulukların netleştirilmesi, hem etkin hizmet sunumunu sağlama hem de hesap verebilir yerel yönetimler oluşturulması bakımından yönetim yaklaşımıyla uyum içerisindedir.

5018 sayılı Kanunda kamu mali yönetiminin düzenlenmesinde, yönetim yaklaşımının şeffaflık ve hesap verebilirlik prensipleri esas alınmıştır. Söz konusu kanun ile kamu idarelerinin tüm gelir ve giderlerinin bütçede gösterilmesi zorunluluğu getirilmesi ve kamu idarelerinde iç denetçilik kurumu oluşturulması (TBMM, 2003b: 2) sırası ile şeffaflık ve hesap verebilirlik göstergelerini oluşturmaktadır.

Kamu yönetiminde masrafların azaltılması, hem yeni kamu işletmeciliği hem de yönetim yaklaşımının amaçları arasında yer almıştır. Kaynakların etkin kullanılmasını sağlamak üzere, kamu idarelerinin mal ve hizmet alımı ve yapım işlerini ihale yolu ile özel sektörden temin işlevini taşıyan kamu ihaleleri; hem devletin etkin bir şekilde üretmediği birtakım hizmetlerin özel sektör tarafından üstlenilmesi neticesinde masrafların azaltılmasını sağlamakta hem de devletin yapmaktan ziyade toplumdaki aktörleri yapabilir kılmasının bir uygulamasını teşkil etmektedir. Nitekim Dünya Bankası'nın Afrika raporunda iyi kamu ihale metodlarının kullanılması, masrafları azaltmanın bir yolu olarak gösterilmiştir (World Bank, 1989: 51). Bu özellikleri itibari ile kamu ihale hukuku sistemimizde yer alan 1983 tarihli “Devlet İhale Kanunu” ve 2002 tarihli “Kamu İhale Kanunu” yönetim ilkeleri çerçevesinde gerçekleştirilen reformlardan biridir. Bunu en başta, “Kamu İhale Kanunu”nun 5. maddesinde belirtilen, ihalelerde uyulması zorunluluğu bulunan ilkelere bakarak söylemek mümkündür. Bahsedilen maddedeki ilkeler: *“saydamlık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik, gizlilik, kamuoyu denetimi, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve kaynakların verimli kullanılması”*dır(4734 sayılı Kanun madde 5/1).

1983 tarihli “Devlet İhale Kanunu”, zamanındaki koşullara uyum sağlamayan eski kanunların yerine, neo-liberal reform akımı etkisinde yasalaştırılmıştır. Kanun; formaliteleri azaltmak, rekabeti korumak ve esnek düzenlemeler getirmek amacını taşımaktadır. Fakat bu kanunun, sahip olduğu birtakım özellikler sebebiyle AB, WTO ve Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret

Hukuku Komisyonu’nun (UNCITRAL)¹¹ uluslararası ihale uygulamalarına ve şeffaflık, hesap verebilirlik, yolsuzlukla mücadele, rekabet, etkinlik ve verimlilik olmak üzere yönetim prensiplerine uygunluğu sağlayamadığı iddia edilmiştir. Kanunun uluslararası ihale uygulamalarına uyum sağlayamayan bu özellikleri; bazı ihaleleri kapsam dışında bırakması, yalnızca ulusal pazara ve yerli sermayeye açık olması, ihalenin uygun bedeli tespitinin piyasa mekanizması içerisinde değil, ihale komisyonu yani idare tarafından belirlenmesidir (Ayhan &Üstüner, 2015: 6).

Türkiye’de yapılan neo-liberal reformların başarısızlığının nedeni, politikacıların ekonomiye müdahalesi ve yolsuzluk problemi olarak gösterilmiştir (Ayhan &Üstüner, 2015: 8). Bu bağlamda 2001 ekonomik krizinden sonra Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası (TCMB) tarafından oluşturulan “Strengthening the Turkish Economy” adlı programda, ekonomiyi güçlendirmek için kamu yönetiminin yeniden yapılandırılması hedeflenmiştir. Bu yeniden yapılandırma çerçevesinde; kamu sektöründe kaynakların dağılımında şeffaflık ve hesap verebilirliğin sağlanması, ekonomi üzerindeki irrasyonel müdahalelerin önlenmesi, iyi yönetişimin güçlendirilmesi ve yolsuzlukla mücadele (TCMB, 2001: 13) ve kamu ihalelerinde verimliliğin ve rekabetin artırılmasını sağlayacak şekilde kamu ihale hukukunun yenilenmesi hedeflenmiştir (TCMB, 2001: 21).

Türkiye’de kamu ihaleleri alanında yapılan reformlar, politik liberalizasyonun yönetim ilkeleri çerçevesinde gerçekleştirilmesinin bir örneğini oluşturmaktadır. Bu süreçte yapılan reformlarda, AB direktifleri ve UNCITRAL’nin model hukuku esas alınmıştır (Ayhan &Üstüner, 2015: 7). 4734 sayılı “Kamu İhale Kanunu” yönetim prensipleri esas alınarak oluşturulmuştur ve bunun en büyük göstergesi de, kanunun 5. maddesinde yer alan, ihalelerde uygulanacak olan ilkelere. Bir diğer gösterge, “Devlet İhale Kanunu”nda yer alan uygun bedelin ihale komisyonu yani idare tarafından tespit edilmesine ilişkin uygulamaya, yeni kanunda yer verilmemesidir. Yeni kanunda, sözleşmecinin piyasa araştırması sonucunda bir bedel teklif etmesi söz konusudur. Bu sayede ihale bedeli, idare tarafından değil, piyasa mekanizması aracılığıyla belirlenmiş olacaktır (Ayhan &Üstüner, 2015: 10).

4734 sayılı Kanundaki bir diğer yönetim göstergesi, kanunun 5. maddesinin 4. fıkrasında yer almaktadır (Ayhan &Üstüner, 2015: 10). Yeni

¹¹ UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law): Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu.

kanunda temel ihale usulleri, “açık ihale usulü” ve “belli istekliler arasında ihale usulü” olarak gösterilmiş ve “Devlet İhale Kanunu”nda yer alan “kapalı teklif usulü”nün, ancak kanunda belirtilen özel hallerde kullanılabileceği belirtilmiştir. Bu hüküm hesap verebilirliği güçlendirici bir nitelik arz etmektedir. Teklif sahiplerinde birtakım niteliklerin aranmasını öngören 4734 sayılı Kanunun 10. maddesi de, bir yönetim göstergesi oluşturmaktadır (Ayhan &Üstüner, 2015: 10). Teklif sahiplerinin birtakım kriterleri gerçekleştirmesi zorunluluğu, ortaya konulacak kamu hizmetinin kalitesini kuvvetlendirecektir.

Bir diğer yönetim göstergesi ise bir bağımsız idari otorite olarak “Kamu İhale Kurumu”nun kurulmasıdır (Ayhan &Üstüner, 2015: 10). Kamu İhale Kurumu, 4734 sayılı Kanunun 53. Maddesinin a bendinde: *“idari ve mali özerkliğe sahip, kamu tüzel kişiliğini haiz ve Kamu İhale Kanununun doğru olarak uygulanmasında doğrudan yetkili”* olarak tanımlanmıştır.

Yönetişim yaklaşımı sahip olduğu pek çok olumlu niteliğe rağmen, eleştirilere de konu olmuştur. Yönetişim ilkelerinden biri, yönetimin hesap verebilirliğidir. Yönetişim, merkezi devletin rollerini toplumdaki diğer aktörler ile paylaşarak çok aktörlü bir yönetimi öngörmektedir. Fakat yönetimde bu kadar çok aktörün varlığı, sorumlulukların sınırlarını da belirsizleştirmekte ve hesap verebilirlik problemlerine sebep olabilmektedir (Stoker, 1998: 21-22; Mehde, 2006: 63; Tortop v.d., 2007: 568). Ayrıca Stoker’a göre (1998, 19-20), halk yerel hizmetlerin özel sektördense, seçtikleri kişilerin kontrolünde olmasını tercih etmektedir.

Yönetişimin bir başka özelliği, kamu ve özel sektörün birlikte iş yapabilme olanağını yaratmasıdır. Fakat bu durum, kamu özel işbirliğinin, bir süre sonra, her iki sektörün kendi içinde var olan dengesini bozma tehlikesini içermesi sebebiyle eleştirilmiştir (Mehde, 2006: 73). Yine yönetişimin en temel ilkelerinden birini oluşturan katılım, bilgili, iyi organize olmuş, örgütlü bir sivil toplumu gerektirmektedir (Mehde, 2006: 64; Kahraman v.d., 2012: 121). İyi organize olmamış bir sivil toplum, yönetilenlerin gerçek anlamda yönetime katılmasını sağlamayacaktır. Sivil toplum ile ilgili önemli bir görüş de, sivil toplum örgütlerinin kamunun yararına hareket edebilmesi için kaynaklarının bağımsız olması gerekliliğidir (Keleş, 2013: 67).

Yönetişim yaklaşımına getirilen eleştirilerden bir diğeri de, devlet dışı aktörlerin ön plana çıkarılarak devletlerin güçsüzleştirildiğidir. Yönetişim yaklaşımında devlet güçsüzleştirilmemekte, yalnızca rollerini toplumdaki diğer aktörlerle paylaşmaktadır. Fakat bu aktörler arasındaki koordinasyonu sağlaması ve onları yapabilir kılması yani dümeni tutması bakımından devlet, yönetim yaklaşımına göre önemli bir aktör olarak varlığını sürdürmektedir (Çukurçayır, 2003: 268).

Yönetişim uygulamaları kapsamında Türkiye’de, birtakım kanunlarla yerel yönetim reformlarının gerçekleştirildiği yukarıda ifade edilmiştir. Keleş (2013: 65-66), söz konusu kanunlarla, yerel yönetimlerin yetkilerinde önceki haline oranla yapılan artışların, anayasamıza uygun olmadığını ve merkezi devletin yereldeki gücünün azaltılmasının, devletin üniter yapısına uygun olmadığını belirtmiştir. Anayasamızın mahalli idarelerin düzenlendiği 127. maddesinde mahalli idarelerin, “*mahalli müşterek ihtiyaçları karşılama*” amacının olduğu ve bu amacın gerçekleştirebilmesi için “*görev ve yetkilerinin yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenleneceği*” belirtilmiştir. Türkiye’de, yeni kamu işletmeciliği ve yönetim yaklaşımlarının prensipleri doğrultusunda yeniden düzenlenen yerel yönetimlerle ilgili yukarıda da bahsedilen kanunlar, yerel yönetimlerin, yerinden yönetim ilkesine uygun olarak mahalli müşterek ihtiyaçların karşılanması konusunda yetki bakımından güçlendirilmesi amacını taşımaktadır. Bu sebeple söz konusu yerel yönetim kanunları, anayasamızda yerel yönetimlerin düzenlendiği kısımdaki hükümlere aykırılık teşkil etmemektedir.

1.3. Kamu Hizmeti Kavramının Anlamı ve Kapsamında Yaşanan Değişimler ve Kamu İhale Sözleşmeleri Üzerindeki Etkisi

Kamu hizmeti: “bir kamu tüzel kişisi tarafından üstlenilen ve doğrudan doğruya onun tarafından veya onun görevlendirmesi ve denetimi altında bir özel kişi tarafından yürütülen kamu yararına yönelik faaliyetlerdir” (Gözler ve Kaplan, 2015: 528). Kamu hizmetlerinin en temel şartı kamu yararına yönelik olmasıdır. Gözler ve Kaplan’ın tanımında, aradaki “ve” bağlacından da anlaşılacağı üzere, bir hizmetin kamu hizmeti olması için yalnızca kamu yararına yönelik olması yeterli değildir. Kamu yararına yönelik olmakla birlikte hizmet, bir kamu tüzel kişisi tarafından üstlenilmiş ve bizzat kendisi tarafından yürütülen veya yine bir kamu tüzel kişisi tarafından üstlenilmiş, fakat onun görevlendirmesi ve denetimi altında bir özel kişi tarafından yürütülmelidir.

Günday’a göre ise (2011: 332), bir hizmetin kamu hizmeti niteliği kazanabilmesi için o hizmetin, kamu yararı amacını gütmesi ve yasama organı tarafından kamu yararı götüğü dolayısıyla kamu hizmeti olarak öngörülmesi gerekmektedir. Günday’ın böyle bir betimleme yapmasında, klasik liberal dönemden günümüze değin yaşanan siyasal gelişimlerin etkili olduğunu söyleyebiliriz. Şöyle ki, klasik liberal dönemde, kamu hizmetleri oldukça sınırlı sayıdaydı ve idare tarafından yürütülüyordu. Liberal dönem sonrası sosyal devlete geçilmesi ile birlikte, devletin ekonomiye müdahalesi esas oldu ve kamu hizmetlerinin sayısı arttı. İdarenin üstlendiği kamu hizmetlerinin sayısı artarken, bir yandan bu hizmetlerin özel kişiler aracılığıyla da yürütülebileceği düşüncesi oluştu (Günday, 2011: 330-331). Sosyal devlet ilkesini tahribata uğratan neo-liberal dönemde ise devletin küçültülmesi, devletin kamu hizmeti üretmekten çekilmesi, üretim işinin özel sektör ve üçüncü sektöre bırakılması ve devletin ise bunların koordinasyonu sağlamakla görevli olmasını ileri süren yeni kamu işletmeciliği ve yönetim gibi yönetim yaklaşımları ortaya çıkmıştır.

Günday’a göre (2011: 332-333); bir faaliyet ya kanun ile kamu hizmeti olarak belirlenir ya da kanun koyucu tarafından o faaliyetin yürütülmesi ile ilgili olarak “kamulaştırma, ceza kesme veya tekel kurma” gibi kamusal usuller getirilir. Bir faaliyetin kamu hizmeti olabilmesinin bir başka alternatifi ise, bu faaliyetin yürütülmesine ilişkin yapılacak sözleşmelerde, özel hukuku aşan şartların bulunmasıdır. Faaliyet, kanun ile kamu hizmeti olarak belirlenmemişse; kamu hizmeti olabilmesi için bu sayılan şartlardan en az birini taşımalıdır. Bu görüş, Fransız doktrininde bazı yazarlarca da paylaşılmıştır (Gözler, 2009: 266-267). Günday’ın bu görüşünü paylaşan bir başka yazara göre de, bir faaliyetin kamu hizmeti sayılabilmesi için, bu faaliyetin özel bir hukuki statüye tabi olması gerekir. Bu statüden kasıt, kamu hizmetinin yürütülmesinin birtakım ayrıcalık ve yükümlülöklere tabi kılınmasıdır. Bu ayrıcalık ve yükümlölükler, kamu hizmetinin daha iyi sunulabilmesi için gereklidirler (Ulusoy, 2004: 15)

Fakat gerek Fransız Danıştay’ının kararlarında gerekse Türk yargı kararlarında, kamu hizmetlerinin kamu hukuku rejimine tabi olma zorunluluğu benimsenmemiştir (Gözler, 2009: 269). Bu konuda Uyuşmazlık Mahkemesi’nin vermiş olduğı bir kararda, bu husus şu şekilde dile getirilmektedir:

“bugün artık özel hukuktakinden ayrı, kamu hukuku usulleri ile görölmesi zorunluluğı kamu hizmetinin değışmez bir karakteri ve

unsuru olmaktan çıkmıştır. Faaliyet konularının gereklerine göre, değişik nispetlerde kamu ve özel hukuktan oluşan karma bir yöntem ile yürütülen sınai ve ekonomik ağırlıklı birçok kamu hizmet alanı vardır.”¹²

Aynı husus, Anayasa Mahkemesi’nin bazı kararlarında da şu şekilde ifade edilmiştir:

“Kamu hizmetleri kavramının gerek öğretide gerekse uygulamalarda Devletçe ve öteki kamu tüzel kişilerinca genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetler alanının dışına taşan ve yayılan bir kapsamı olduğu ve kapsamın da gittikçe genişlediği bilinmektedir.”¹³

“Devletin, yalnızca ülkede disiplini sağlamakla görevli bulunduğu çağlardaki kamu hizmeti ve kamu yararı kavramları ile bugün devletin birçok iktisadi görevleri de bulunduğu çağdaki kamu hizmeti ve kamu yararları kavramları birbirinin benzeri olamaz.”¹⁴

“Kamu hizmetleri, aslında bir bütündür. Bunun yerine getirilmesi de ilke olarak Devlete aittir. Ancak toplum hayatının gittikçe genişlemesiyle çoğalan kamu hizmetlerinin mutlaka klasik idare kuruluşları tarafından görülmesi koşulu artık aranmamakta, bunların dışında özel kişilerce de gerçekleştirilebileceği kabul edilmektedir. Başka bir deyişle, kamusal hizmet ünitelerinin nitelik ve özellikleriyle uyuşabildiği ölçüde, kamu ve özel hukuk kurallarından oluşan karma nitelikte yapılandırılmaları mümkündür. Bu sebeptendir ki, kamu hizmetleri ne suretle yürütülürse yürütülsün kamu kurum ve kuruluşlarının gözetim ve denetimleriyle hizmeti yönlendirme yetkileri var olduğu sürece, hizmet kamusal niteliğini korumuş olur.”¹⁵

Geleneksel Weberyen kamu yönetimi yaklaşımında, kamu hizmetlerinin üretimindeki esas aktör merkezi devlettir (Genç, 2015: 130). Bu kamu yönetimi ve kamu hizmeti yaklaşımı, 1960’lar ve 1970’lerin sonlarına kadar geçerliliğini

¹²Uyuşmazlık Mahkemesi, 26.12.1992 tarihli, 1992/33 Esas ve 1992/36 Karar sayılı kararı.

¹³Anayasa Mahkemesi, 21.01.1971 tarihli, 1969/33 Esas ve 1971/7 Karar sayılı kararı.

¹⁴Anayasa Mahkemesi, 25.10.1969 tarihli, 1967/41 Esas ve 1969/57 Karar sayılı kararı.

¹⁵Anayasa Mahkemesi, 12.04.1990 tarihli, 1990/4 Esas ve 1990/6 Karar sayılı kararı.

sürdürmüştür. Fakat 1970'lerin sonlarından itibaren siyasal alanda neo-liberalizm ekseninde yaşanan gelişmeler, kamu yönetimini ve onun konularından birini oluşturan kamu hizmetini etkilemiştir. 1970'lerde yaşanan ekonomik krizler sonrasında devletlerin düştüğü mali sıkıntılardan kurtulmasının yolu, kamu harcamalarının azaltılması ve dolayısıyla devletin kamu hizmeti üretiminde alternatif yollar bulmasında görülmüştür (Osborne&Gaebler, 1992: 27-31). Kamu hizmetlerinin etkin ve verimli sunulması için yeni kamu işletmeciliği yaklaşımı, işletmecilikte kullanılan yönetim teknik ve ilkelerinin kamu sektöründe kullanılmasını önermiştir (Hood, 1991: 5; Drechsler, 2009: 8; Genç, 2015: 131). Kamu hizmetlerinin üretiminde özel sektör ve gönüllü kuruluşların yer almasını öngören yönetim yaklaşımı da, (Stoker, 1998: 19), kamu hizmetinin geleneksel üretim mantığından dönüşümünün bir parametresini oluşturmaktadır.

Kamu hizmeti kavramının geçirdiği dönüşüm sürecindeki ortaya çıkan yaklaşımlardan biri de, yeni kamu işletmeciliği eleştirileri üzerine kurulan **yeni kamu hizmeti** yaklaşımıdır (Genç, 2010: 145). Yeni kamu hizmeti, devletin, paylaşılan değerleri yaratabilmek için yurttaşlar arasında aracılık yapması ve yurttaşların bu değerleri konuşmasını sağlamasını ifade eder (Denhardt&Denhardt, 2003: 5). Yeni Kamu İşletmeciliği, özelleştirme, performans ölçümü ve müşteri odaklı hizmete önem verirken; yeni kamu hizmeti, bu yaklaşımın ötesinde demokratik ideallere önem vermektedir (Denhardt&Denhardt, 2003: 5). Bu yaklaşım, yeni kamu işletmeciliğini, demokratik düşünme ve kamusal ruhu, kamu hizmeti ve bunun gibi değerleri ihmal ettiği gerekçesiyle eleştirmektedir (Denhardt&Denhardt, 2003: 6). Yeni kamu hizmetinin kamu yönetimi için 7 önerisi şu şekilde sıralanabilir (Denhardt&Denhardt, 2000: 553-557):

- **Dümen tutmak yerine hizmet etmek:** Kamu görevlilerinin görevi, toplumu kontrol etmek veya toplumun dümenini tutmak değil; yurttaşların paylaşılan değerleri konuşmalarına yardım etmektir (Denhardt&Denhardt, 2000: 553).

- **Kamu yararı bir ürün değildir, amaçtır:** Kamu yöneticilerinin amacı, çıkarların ve sorumlulukların paylaşarak kamu yararının oluşturulmasını sağlamaktır (Denhardt&Denhardt, 2000: 554).

- **Stratejik düşünüp, demokratik hareket etmek:** Politikalar ve programlar, kolektif çalışma ve işbirliği süreçleri sayesinde etkili ve sorumlu bir

şekilde kamu ihtiyaçlarını karşılayacaktır (Denhardt&Denhardt, 2000: 555). Yani yöneticilerin otoriteyi paylaşması ve işbirliğinin etkililiğine güvenmesi gerekmektedir (Denhardt&Denhardt, 2003: 7).

• **Müşteriye değil, yurttaşlara hizmet etmek:** Kamu yararı, paylaşılan değerler üzerine yapılan diyalogun sonucu oluşacaktır. Bunun için kamu görevlileri, yurttaşlar arasında güven ilişkileri ve işbirliğini sağlamalıdır. Devlet, hizmet bekleyenlere hizmet ettiği gibi, aktif olarak hizmet beklemeyen gelecek kuşaklar için de hizmet etmektedir (Denhardt&Denhardt, 2000: 555). Ayrıca devletin, kendisinden talep edilmeyebilecek nitelikte birtakım görevleri de vardır (Denhardt&Denhardt, 2003: 8).

Yurttaş, kendi çıkarlarının ötesinde kamu çıkarlarına göre bir bakış geliştirmektedir (Denhardt&Denhardt, 2003: 7). Bir başka deyişle, yurttaşın müşteriiden farkı, yurttaşın toplum için ortak iyiyi gözetmesidir. Yurttaş ve müşteri ayrımı üzerine ortaya çıkan “Citizens First!” (Öncelikle Yurttaşlar) programı; yurttaşların yurttaş olarak sorumluluk sahibi olmaları ve devletin yurttaşların sesini sadece seçimlerde değil, bütün politika uygulamalarında dinlemesini ifade etmektedir (Denhardt&Denhardt, 2000: 8). Yurttaşın kamu işlerini bilmesi ve bir topluluğa ait olma düşüncesinin yerleşmesi (Denhardt&Denhardt, 2003: 7), sorumluluk sahibi olması ile yakından ilişkilidir. Siyasetçilerin ise yurttaşları seçmen veya müşteri olarak değil de yurttaş olarak görmesi (Denhardt&Denhardt, 2003: 7), yurttaşların bütün politika uygulamalarında yer alabilmelerini sağlayacaktır.

• **Hesap verebilirlik basit değildir:** Kamu görevlileri, piyasa mekanizmasının ötesinde anayasaya, kanunlara, topluluk değerlerine, politik normlara, profesyonel standartlara ve yurttaşların çıkarlarına uygun hareket etmelidir (Denhardt&Denhardt, 2000: 555). Hükümet hesap verebilirliği, yurttaşların hak ve özgürlüklerini koruyup demokratik ilkeleri garanti ederek sağlayacaktır (Denhardt&Denhardt, 2003: 7).

• **Sadece verimliliğe değil, insanlara değer vermek:** Kamu kuruluşları ve ağlar, işbirliği süreçlerine ve tüm insanlara saygıyı temel alan liderliğe önem verirlerse, uzun dönemde başarılı olurlar (Denhardt&Denhardt, 2000:556).

Devlet sadece hizmetlerin tüketimini teşvik etmemeli, ayrıca kamusal alanın doğasında olan birtakım ilkeleri de gerçekleştirmelidir. Devlet, yurttaşların güvenini sağlamak için sorumluluk sahibi olmalı ve etik değerlere saygılı olmalıdır. Devletin, yurttaşların güvenini sağlamak için etkinliği sağlaması tek başına yeterli değildir (Denhardt&Denhardt, 2003: 8).

• **Yurttaşlığa ve kamu hizmetlerine girişimciliğin üzerinde değer vermek:** Kamu yararı, kamu görevlileri ve yurttaşlar tarafından topluma yapılan anlamlı katkılarla geliştirilecektir (Denhardt&Denhardt, 2000: 556).

Kamu hizmeti kavramını tanımlayıp geçirdiği dönüşümü ifade ettikten sonra, **kamu hizmetinin genel ya da klasik ilkelerini ve süreç içerisinde bu ilkelere eklenen yeni ilkeleri** açıklamak uygun olacaktır.

Kamu hizmetinin genel ya da klasik ilkeleri: süreklilik, değişkenlik, eşitlik, tarafsızlık (Gözübüyük ve Tan, 2014: 591; Tan, 2015a: 358) ve bedelsizlik (meccanîlik)'tir (Günday, 2011: 334-337; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, 2015: 555).

• **Süreklilik İlkesi:** Kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli bir şekilde, aksatılmadan yürütülmesini ifade eden ilkedir. Kamu hizmetinin sürekli bir şekilde yürütülmesinin gereği, kamu yararının gerçekleştirilmesi amacından ötürüdür (Günday, 2011: 334). Hukuk sistemimizde; kamu hizmeti yürüten memurların grev yasağının bulunması (657 sayılı “Devlet Memurları Kanunu” madde 27), memuriyetten çekilme hakkı ile ilgili olarak, görevden çekilecek memurun “yerine atanan kimse gelmesi veya çekilme isteğinin kabulüne kadar görevine devam edeceği” hükmünün bulunması (657 sayılı “Devlet Memurları Kanunu” madde 94), kamu mallarının haczedilememesi (2004 sayılı “İcra ve İflas Kanunu” madde 82) hükmünün bulunması, 3082 sayılı Devletleştirmeye İlişkin Kanun¹⁶ özel teşebbüslerin devletleştirilme şartları arasında “hizmet veya üretimin yavaşlatılması veya durdurulması halinde kamunun büyük zarar görmesi”nin yer alması, bu ilkenin göstergelerindendir (Gözübüyük ve Tan, 2014: 591-593; Tan, 2015a: 358-359).

¹⁶ 3082 sayılı “Kamu Yararının Zorunlu Kıldığı Hallerde, Kamu Hizmeti Niteliği Taşıyan Özel Teşebbüslerin Devletleştirilebilmesi Usul ve Esasları Hakkında Kanun”.

• **Değişkenlik İlkesi:** Kamu hizmetinin yürütülmesinde, değişen ve gelişen koşullara göre değişiklik yapılmasını ifade eder. Kamu hizmetlerinin değişen koşullara göre güncellenmesi karşısında, hizmetten yararlananların kazanılmış hak iddiasının kabul edilmemesi, bu ilkenin bir göstergesini oluşturmaktadır (Günday, 2011: 335; Gözübüyük ve Tan, 2014: 594; Tan, 2015a: 360).

• **Eşitlik İlkesi:** Kamu hizmetinden yararlananlardan eşit durumda olanların eşit şekilde, farklı durumda olanların farklı şekilde yararlanmasını ifade eder (Tan, 2015a: 361).

• **Tarafsızlık:** Tarafsızlık ilkesi, eşitlik ilkesi ile yakından ilişki içindedir (Gözübüyük ve Tan, 2014: 596; Tan, 2015a: 361). Hatta bu sebeple bazı yazarlar tarafından (Günday, 2011: 336), eşitlik ilkesi ile aynı başlık altında değerlendirildiği görülmüştür. Bu ilke, kişilerin dil, din, renk, siyasi görüş ve benzeri nedenlerle kamu hizmetlerinden yararlanma konusunda ayrımcılığa tabi tutulmamasını ifade eder.

• **Bedelsizlik (Meccanîlik):** Bedelsizlik ilkesine, kimi yazarlar (Günday, 2011: 336; Akyılmaz v.d., 2015: 556; Karahanoğulları, 2015: 228) tarafından, kamu hizmetinin genel ilkeleri arasında yer verilmiş, kimi yazarlar tarafından (Gözübüyük ve Tan, 2014: 598; Tan, 2015a: 362) ise kamu hizmetinin genel ilkeleri arasında yer verilmemiştir. Kamu hizmetlerinin sayısının günümüzdeki kadar fazlalaşmadığı dönemlerde idare, kamu hizmetlerini, kullanıcılardan bedel almaksızın finanse edebilmiştir. Fakat “kamu hizmetlerinin sayısının artması, teknolojinin gelişmesine paralel olarak kamu hizmetlerinin görülüş şekillerinin değişmesi” (Akyılmaz v.d.,2015: 567) ve kamu hizmetlerinden yararlananların sayısının artması gibi sebeplerle, hizmet kullanıcılarından bedel alınmaya başlanmıştır. Nitekim Anayasa Mahkemesi’nin bir kararında¹⁷: “*Klasik idare hukukunun bedelsiz-meccanî olmasını ilk koşul saydığı kamu hizmeti kavramı, giderek değişiklik görmüş, günümüzde karşılık olarak yararlananlardan ödeme güçleri oranında bir ücret alınması uygulaması yaygınlaşmıştır. Böylece, yararlananlarla yararlanmayanlar arasındaki eşitsizlik de giderilmiştir*” şeklinde ifade edildiği üzere, bu uygulama kabul edilmiştir. Anayasa Mahkemesi’nin

¹⁷Anayasa Mahkemesi, 14.04.1988 tarihli, 1987/16 Esas ve 1988/8 sayılı karar.

belirtilen kararında, kamu hizmeti karşılığında bedel alınmasının, kamu hizmetinin eşitlik ilkesine de uygun olduğunun altı çizilmiştir.

Kamu hizmetleri karşılığında alınan bu bedelin, fiyat olup olmadığı ve kâra konu olup olamayacağı meselesi de tartışmalıdır (Çal, 2008: 31). Literatürde kamu hizmetleri karşılığında alınan bedelin fiyat olamayacağı yönünde görüşler (Akyılmaz v.d., 2015: 557) mevcuttur. Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında¹⁸: *“Karayollarından, köprülerden alınan geçiş parası, su, elektrik, havagazı, demiryolları, havayolları, kimi hastane ücretleri gibi, şartlara göre oluşturulan ve hizmetin konusu tesislerin bakım ve idamesini ve yeni yatırımlar yapılmasını sağlamak için belirlenen bir fiyattır ve belirtilen nitelikleri bakımından muayyen kamu hizmetleri karşılığı kişilerden alınan resim, harç veya benzeri mali yükümlülüklerden sayılamaz”* denilmek suretiyle sayılan kamu hizmetleri karşılığında alınan bedelin fiyat olduğu ifade edilmiştir.

Kamu hizmetinden yararlanma karşılığında alınan bu bedelin, kâr içerip içermeyeceği meselesi de literatürde tartışmalıdır (Gözübüyük ve Tan, 2014: 601). 2560 sayılı “İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun”da, *“Su satışı, kanalizasyon tesisi bulunan yerlerdeki kullanılmış suların uzaklaştırılması, septik çukurların boşaltılması giderleri için ayrı tarifeler yapılır. Bu tarifelerin tespitinde, yönetim ve işletme giderleri ile, amortismanları doğrudan gider yazılan (aktifleştirilmeyen) yenileme, ıslah ve tevsi masraflave bir kâr oranı esas alınır.”* ibaresinin yer alması, sayılan hizmetler bakımından hukukumuzda kamu hizmetleri karşılığında alınan bedele kâr eklenmesine izin verir görünmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin konuyla ilgili vermiş olduğu kararda¹⁹: *“Bu kapsamda büyükşehir belediyelerince sunulan hizmetlere karşılık talep edilen bedele ölçülü ve adil olarak belirlenen bir kâr oranının ilave edilmesinde Anayasaya aykırı bir yön bulunmamaktadır”* denilmek suretiyle, büyükşehir belediyelerinin bu kapsamdaki hizmetleri bakımından alınan bedelin içinde kâr olmasına izin verilmiştir.

Kamu hizmetinin bu klasik ilkelerine, zaman içerisinde: “kalite ve etkinlik, yurttaşlık ya da temel hizmet hakkı, katılım, açıklık” gibi yeni ilkeler eklenmiştir ve bu yeni ilkelerin oluşumunda, Avrupa Topluluğu'nun kamu hizmeti

¹⁸Anayasa Mahkemesi, 18.02.1985 tarihli, 1984/9 Esas ve 1985/4 Karar sayılı karar.

¹⁹ Anayasa Mahkemesi, 26.01.2012 tarihli, 2011/6 Esas ve 2012/16 Karar sayılı karar.

konusunda oluşturduğu uygulamanın etkisi söz konusu olmuştur (Ulusoy, 1998: 30; Ulusoy, 2004: 101).

Kamu hizmeti kavramını tanımladıktan ve kamu hizmetine egemen olan ilkeleri saydıktan sonra, hangi hizmetlerin kamu hizmeti sayılıp hangilerinin sayılmayacağını belirleme sorunu karşımıza çıkmaktadır. Anayasa Mahkemesi tarafından, kamu hizmetlerini kurma veya belirleme konusundaki asli yetkinin, yasama organında olduğu ifade edilmiştir²⁰. Kamu hizmetlerinin yasama organının oluşturduğu yasalar ile kurulmasının haricinde, anayasa ile kurulup kurulamayacağı meselesi, “anayasal kamu hizmetleri” terimini ortaya çıkarmıştır. Bu terim, Fransa Anayasa Konseyi’nin, bazı kamu hizmetlerinin anayasal değerde olduğu ve bu sebeple özel kesime devredilemeyeceğini belirtmesi üzerine oluşmuştur. Fransa Anayasa Konseyi’nin bu kararında, anayasal kamu hizmetleri olarak sınai ve ticari kamu hizmetlerinin değil, idari kamu hizmetlerinin kastedildiği ifade edilmiştir (Karahanoğulları, 2015: 264-265). Fakat hukukumuzda, Fransa’daki gibi özel kesime devri mümkün olmayan anayasal kamu hizmetleri şeklinde bir kategoriye ilişkin bir içtihat bulunmamaktadır (Karahanoğulları, 2015: 269).

1980 sonrasında ortaya çıkan neo-liberal akımın etkisiyle özel sektörün giderek güçlenmesi, kamu hizmetlerini de etkilemiş ve kamu hizmetlerinin özelleştirilmesi gündeme gelmiştir. Karahanoğulları’na göre (2015: 298), **kamu hizmetinin özelleştirilmesi** iki şekilde yapılmaktadır: **“hukuki rejimin özelleştirilmesi ve hizmetlerin yerine getirilmesinde özel kesimden yararlanma”**. Hukuki rejimin özelleştirilmesi noktasında, **sınai ve ticari kamu hizmetleri** karşımıza çıkar. Sınai ve ticari kamu hizmetleri ile bu hizmetten yararlananlar arasındaki ilişki, özel hukuka tabidir ve adli yargının görev alanındadır (Gözler ve Kaplan, 2015: 536). Fakat sınai ve ticari kamu hizmetlerinin düzenlenişine ilişkin düzenleyici işlemler, idare hukukuna tabi olup idari yargının görev alanı içerisinde (Karahanoğulları, 2015: 302). **İdari kamu hizmetleri** ise kamu hukukuna tabidir ve idari yargının denetimindedir (Gözler ve Kaplan, 2015: 535). Bunlar; eğitim, sağlık, adalet, tapu ve kadastro, güvenlik gibi devletin geleneksel olarak yürüttüğü hizmetlerdir (Günday, 2011: 338; Avcı, 2014: 113; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, 2015: 558).

²⁰ Anayasa Mahkemesi, 25.10.1969 tarihli, 1967/41 Esas ve 1969/57 Karar sayılı karar.

Kamu hizmeti sunumun ilk halinde devlet başat aktör olarak karşımıza çıkmaktaydı. Fakat zaman içinde nüfusun artması ve bu sebeple sunulan hizmetlerin alıcılarının artması, dünyada kamu hizmeti sunumu konusunda yeni yöntemlerin gelişmesi ve küreselleşmenin bu gelişmelerin hızlı bir şekilde yayılmasını sağlaması ve hizmet alıcılarının taleplerinin farklılaşması sonucunda, kamu hizmetinin sunumu işinin özel sektöre bırakılması ve hizmetlerin özelleştirilmesi gündeme gelmiştir (Avcı, 2014: 112-113).

Özelleştirme kavramı, “dar anlamda, kamu iktisadi teşebbüslerinin hisselerinin kısmen veya tamamen özel kişilere devrini; geniş anlamda ise, kamu iktisadi teşebbüslerinin hisselerinin özel kişilere devrinin yanında yönetimin veya işletmenin özel kişilere devri, kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi, altyapı yatırımlarının gerçekleştirilmesinde kamu-özel iş birliği gibi uygulamaları” ifade etmektedir (Tan, 2015b: 384). Kamu hizmetlerinin özelleştirilmesi, 1980’de neo-liberal akımın etkisiyle oluşan devletin ekonomiye müdahalesinin önüne geçilmesi, devletin kamu hizmetlerini etkili ve verimli bir şekilde üretmediği ve bu sebeple kamu hizmetlerinin üretilmesinin özel kesime bırakılarak piyasa kuralları ve rekabet ilişkisi içerisinde sunulmasının sağlanması düşüncelerinin, hayata geçirilmesi organizasyonudur.

Kamu hizmetleri kamu yararını sağlama amacını taşır. Bu sebeple, kamu hizmetlerinin sunumunun özel kesime devredilmesi durumunda, kamu yararı gereği devletin düzenleyici ve denetleyici bir rol üstlenmesi gerekmektedir (Avcı, 2014: 126). Devletin bu düzenleyici ve denetleyici rolü, 1980 sonrasında oluşan devletin ekonomik hayattaki rolünün sınırlandırılması ve ekonomi düzeninin piyasa mekanizması kurallarına göre işlemesi düşüncesinin bir ürünü niteliğindedir (Çal, 2002: 164). Kamu hizmetlerinin özelleştirilmesi sonucunda, gerek kamu hizmetlerinin kamu yararı amacını taşıması bakımından, gerekse kamu hizmeti sunumunun yetersiz rekabet koşulları içinde sunulması riski dolayısıyla, hizmetlerin görülüşünün tamamen piyasa mekanizmasının işleyişine bırakılmasının yaratacağı sakıncaları önlemek için regülasyon kurumları ya da **bağımsız idari otoriteler** ya da diğer bir deyişle düzenleyici ve denetleyici kurumlar oluşturulmuştur (Avcı, 2014: 126-130). Çalışma konusumuzu oluşturan kamu ihaleleri alanında, düzenleme ve denetleme yetkisine sahip Kamu İhale Kurumu da, bu kurumlardan biridir.

Bağımsız idari otoritelerin, idari bağımsızlık ve regülasyon yapma olmak üzere iki temel işlevi vardır (Ulusoy, 2003: 15). İlk işlev olan idari bağımsızlık, kendi içinde organik ve işlevsel bağımsızlık olmak üzere ikiye ayrılır. Organik bağımsızlık, bağımsız idari otoritelerin organlarının hakim ve savcılarinkine benzeyen, statülerine bağlı birtakım güvencelere sahip olmasıdır (Ulusoy, 2003: 17). İşlevsel bağımsızlık ise hiçbir kurum ve kuruluşun bağımsız idari otoritelere emir ve talimat verememesini ifade eder (Ulusoy, 2003: 17). Bağımsız idari otoritelerin regülasyon işlevi ise, kendi görev alanları ilgili düzenlemeler yapma görev ve yetkilerini ifade eder (Ulusoy, 2003: 18). Bağımsız idari otoriteler; devlet tüzel kişiliğinin dışında ayrı bir kamu tüzel kişiliğini haiz ve özerk bütçeleri bulunan ve bu sebeple kurumun zarara sebebiyet vermesi halinde kurum kamu tüzel kişiliğinin bizzat sorumlu tutulabildiği ve organik ve işlevsel özerkliğe sahip kuruluşlarıdır (Ulusoy, 2003: 89-90). Bağımsız idari otoritelerin bu şekilde bir bağımsızlığa sahip olmaları demek, hiçbir denetime tabi olmayacakları anlamına gelmez. Şöyle ki bağımsız idari otoritelerin, Anayasamızın 123. maddesinde bulunan: *“idarenin, kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu”* hükmünün varlığı sebebiyle az da olsa bir idari denetime tabi oldukları (Avcı, 2014: 128) ve yine Anayasamızın 125. maddesinde bulunan: *“İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu”* hükmü sayesinde yargı denetimine tabi oldukları açıktır (Ulusoy, 2003: 99).

Hizmetlerin yerine getirilmesinde özel kesimin iki türlü yardımı olmaktadır. Bunlardan ilki, kamu hizmetinin yerine getirilebilmesi için gereken mal ve hizmetlerin özel sektörden temin edilmesi (kamu ihaleleri), ikincisi ise kamu hizmetlerini yerine getirme işinin özel kesime bırakılması şeklindedir (Karahanoğulları, 2015: 316). Kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi için gerekli olan mal ve hizmetlerin özel sektörden teminine ilişkin sözleşmeler, yani kamu ihale sözleşmeleri, Türk yargı içtihatlarında ve literatürdeki yazarların büyük çoğunluğu tarafından, özel hukuka tabi görülmektedir. Oysa ihale bir özel hukuk sözleşmesini ifade etmemekte, idarenin gerek idari gerekse özel hukuk sözleşmelerini akdederken kullanacağı usul olarak tanımlanmaktadır (Karahanoğulları, 2015: 320; Akyılmaz v.d., 2015: 498; Gözler ve Kaplan, 2015: 469). Bu sebeple, kamu ihale sözleşmelerinin tümünün özel hukuk sözleşmesi olduğunu söylemek yanılgıya düşürebilecektir. Karahanoğulları’nın da (2015: 320) ifade ettiği üzere her sözleşme ayrıca değerlendirilmeli ve hangi tip sözleşme olduğuna karar verilmelidir. Hizmetlerin yerine getirilmesinde özel kesimden

yararlanmanın ilk türünü oluşturan, kamu hizmetinin yerine getirilebilmesi için gereken mal ve hizmetin temini, 4734 sayılı “Kamu İhale Kanunu” ve 4735 sayılı “Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu” kapsamındaki mal ve hizmet alımlarını içermektedir. Bu kamu alımları neticesinde akdedilen sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi veya idari sözleşme olup olmadığı tartışmalı olup çalışmamızın son bölümünde incelenecektir.

Hizmetlerinin yerine getirilmesinde özel kesimin yardımının ikinci türünü oluşturan **hizmetlerin yerine getirilmesinin özel kesim tarafından yapılması, ruhsat gibi idarenin tek yanlı işlemleri ile veya idarenin çift yanlı işlemleri olan sözleşmeler ile mümkün olmaktadır** (Karahanoğulları, 2015: 323). İdarenin çift yanlı işlemleri, idari sözleşmeler ve özel hukuk sözleşmeleridir. İdari sözleşmelerin en tipik örneği, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesidir. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi; bir kamu tüzel kişisi ile özel hukuk kişisi arasında akdedilen, devletin tasarruf alanında bulunan bir kamu hizmetinin, özel kişinin bu hizmeti kendi yararına ve zararına kurması ve işletmesi ve ücretini hizmetten yararlanacaklardan tahsil etmesi koşuluyla, özel kişiye bırakılmasını öngören sözleşmedir (Gözler ve Kaplan, 2015: 459; Akyılmaz v.d., 2015: 487).

Özel kesimin kamu hizmetinin yürütülmesi için gerekli mal ve hizmet üretimi ve yapım işini temin etmesi; 4734 sayılı “Kamu İhale Kanunu” ve 4735 sayılı “Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu”nda düzenlenmiştir. Kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi ya da yürütülmesinin özel kesime bırakılması ise; idarenin tek yanlı işlemleri ile özel kişiyi kamu hizmetinin görülmesi için görevlendirmesi veya sözleşme ile özel kişiyi kamu hizmetinin görülmesi için görevlendirmesi yoluyla yapılmaktadır. İdarenin özel kişiyi, kamu hizmetini yerine getirmek üzere görevlendirdiği tek yanlı işlemleri; özel hukuk tüzel kişisini kurarak görevlendirme usulü, mevcut bir özel hukuk tüzel kişisinin kamu hizmetinin yürütülmesi için ruhsat veya lisans verilerek görevlendirilmesi usulü ve kamuya yararlı dernek sayarak görevlendirme usulüdür (Gözler ve Kaplan, 2015: 556-557). İdarenin sözleşme ile özel hukuk kişisini, kamu hizmetinin görülmesi için görevlendirmesi de; imtiyaz sözleşmesi, iltizam sözleşmesi ve müşterek emanet sözleşmesi ve vekalet sözleşmesinden oluşan klasik görevlendirme usulleri, yeni görevlendirme usulleri ve isimsiz sözleşmelerle görevlendirme usullerinden oluşur (Gözler ve Kaplan, 2015: 551). Kamu hizmetinin özel kişi tarafından yürütülmesine ilişkin görevlendirme sözleşmeleri içerisinde en önemlileri, 3096

sayılı Kanunun²¹ düzenlediği yap-işlet devret sözleşmeleri ve 4283 sayılı Kanunun²² düzenlediği yap-işlet sözleşmeleridir. Bu sözleşmeler idarenin özel hukuk sözleşmeleridir. 3096 sayılı Kanuna dayalı olarak yapılan yap-işlet-devret sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi olduğu, 13 Ağustos 1999 tarihli Anayasa değişikliğinden²³ sonra kesinleşmiştir (Gözler ve Kaplan, 2015: 573).

4734 sayılı Kanun ve 4735 sayılı Kanunun kapsamında olan kamu ihale sözleşmeleri, kanunda sayılan kamu idarelerinin yapacağı mal ve hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin ihale sözleşmeleridir. 4734 sayılı Kanunda sayılan kamu idarelerinin, kamu hizmetinin yerine getirilmesi için gerekli olan mal ve hizmet alımı ile yapım işlerine ilişkin ihale sözleşmelerinin idari sözleşme kapsamında olup olmadığının belirlenebilmesi için, bu sözleşmelerin idari sözleşmelerin kriterlerine göre değerlendirilmesi gereklidir (Gözler ve Kaplan, 2015: 456). Bir sözleşmenin idari (kamu hukuku) veya özel hukuk sözleşmesi olup olmadığının kanunla belirlenmesi asıldır; fakat kanun ile böyle bir belirleme yapılmamış ise içtihadi yol ile belirlenebilmektedir (Gözler ve Kaplan, 2015: 452). Hukuk sistemimizde idari sözleşmeler, kanun ile nitelendirilmediğinden, Danıştay içtihatları ile belirlenmiştir.

Danıştay içtihatlarında²⁴ bir sözleşmenin **idari sözleşme** sayılabilmesi için, aşağıda sayılan şartların birlikte gerçekleşmesi aranmaktadır:

²¹ 3096 sayılı “Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun”

²² 4283 sayılı “Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun”

²³ Bu anayasa değişikliği ile Anayasamızın 47.maddesine, “Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabilceği veya devredilebileceği kanunla belirlenir” fıkrası eklenmiştir. Bu hükümle birlikte, kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerine özel hukuk sözleşmeleri ile gördürülmesi, anayasal olarak benimsenmiştir (Ulusoy, 2004: 48).

²⁴ Danıştay 8. D. 16.01.1985 tarihli, 1984/495 Esas ve 1985/46 Karar sayılı karar; Danıştay 13. D. 27.11.2006 tarihli, 2005/5304 Esas ve 2006/4486 Karar sayılı kararı; Danıştay 8. D. 13.12.1999 tarihli, 1999/2852 Esas ve 1999/7533 Karar sayılı kararı; Danıştay 5. D. 17.05.2000 tarihli, 2000/476 Esas ve 2000/1516 Karar sayılı kararı; Danıştay 10. D. 11.04.2005 tarihli, 2004/12712 Esas ve 2005/1612 Karar sayılı kararı; Danıştay 10. D. 24.04.1993 tarihli, 1991/1 Esas ve 1993/1752 Karar sayılı kararı.

1. Taraflardan birinin idare olması,
2. Sözleşmede, özel hukuk sözleşmelerinde bulunması mümkün olmayan birtakım ayrıcalık ve üstünlüklerin bulunması,
3. Sözleşmenin doğrudan ve dolaylı olarak bir kamu hizmetine ilişkin bulunması²⁵/sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili olması²⁶.

Danıştay'ın söz konusu içtihatlarında, idari sözleşmelerin yukarıda numaralandırılmış şartları arasında ilk iki şarta ilişkin bir tereddüt olmamakla birlikte; üçüncü şart olan kamu hizmeti şartının Danıştay'ın bazı kararlarında sözleşmenin, “doğrudan veya dolaylı olarak kamu hizmetine ilişkin olması”, bazı kararlarında ise “kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olması” olarak yer alması, literatürde bu şartın belirlenmesi konusunda birtakım farklılıklara sebep olmuştur.

Örneğin Zehra Odyakmaz, bir sözleşmenin idari sözleşme olması için sözleşmenin konusunun kamu hizmetine ilişkin değil, kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olması gerektiğini belirtmiştir. Hatta bu sebeple kamu tüzel kişilerinin “kamu hizmetleri ile ilgili araç veya gereci ya da bazı işleri özel hukuk sözleşmeleri ile yapabileceğini” belirtmiştir (Odyakmaz, 1998: 150). Odyakmaz'ın (1998: 150) kamu hizmetlerinin yürütülmesinden kastı, imtiyaz sözleşmelerinde olduğu gibi sözleşmenin karşı tarafının hizmeti görmesi veya hizmetin görülmesine katılmasıdır. Yazarın, araç-gereç teminine ilişkin sözleşme olarak, idarenin mal alımlarına ilişkin kamu ihale sözleşmelerini kastettiği düşünülmektedir. Yazarın bu ifadesinden, bu sözleşmelerin kamu hizmeti ile ilgili olmasına rağmen, kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olmadığını düşündüğü anlaşılmaktadır. Yazar tarafından ilgili makalede, kamu ihale sözleşmelerinin mal alımı sözleşmeleri veya diğer tip ihale sözleşmelerine ilişkin doğrudan bir belirleme yapılmamış olmakla birlikte; yazarın yukarıda ifade edilen görüşlerinden yola çıkılarak, mal alımlarına ilişkin kamu ihale sözleşmelerini özel hukuk sözleşmesi olarak gördüğünü söylemek yanlış olmayacaktır.

Gözler'e göre, bir sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olması üç şekilde olabilir. Bunlardan ilki, bir kamu hizmetinin yürütülmesinin kısmen veya tamamen bir özel kişiye devridir. Bunun en bilindik örneğini imtiyaz

²⁵ Danıştay 8. D. 16.01.1985 tarihli, 1984/495 Esas ve 1985/46 Karar sayılı karar.

²⁶ Danıştay 13. D. 27.11.2006 tarihli, 2005/5304 Esas ve 2006/4486 Karar sayılı karar.

sözleşmesi oluşturmaktadır, fakat bunun dışındaki idari sözleşmelerle de kamu hizmetinin yürütülmesi özel kişiye devredilebilmektedir. İkincisi, bir gerçek kişinin kamu hizmetinin yürütülmesine katılmasıdır. Üçüncü ve sonuncusu ise sözleşmenin bizzat kendisinin bir kamu hizmetinin yürütülmesi usulünü oluşturması durumudur. Bunların dışında kalan, idarenin kamu hizmeti için gerekli olan malların satın alınmasına ilişkin sözleşmelerinin konusu kamu hizmeti şartını sağlamaz (Gözler, 2009: 24-28). Gözler'in kamu hizmeti için gerekli malların satın alınmasına ilişkin sözleşme olarak belirttiği sözleşmenin, 4735 sayılı "Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu"na göre akdedilen mal alımı sözleşmeleri olduğu düşünülmektedir. Bu düşünce çerçevesinde, yazarın 4735 sayılı Kanuna göre akdedilen mal alımı sözleşmelerinin konusunun kamu hizmetinin yürütülmesi değil, kamu hizmeti için gerekli eşyanın satın alınmasına ilişkin olduğunu ve bu sebeple kamu hizmeti şartını sağlamadığını ifade etmek istediği düşünülmektedir. Ancak yazara göre, mal ve eşyanın satın alınmasına ilişkin bu sözleşmelere de özel hukuku aşan şartlar konulursa, bunlar da idari sözleşme olabilir. Gözler'in bu görüşünün altında, onun, idari sözleşmelerin yargı kararlarında belirlenen şartlarının birlikte gerçekleşme zorunluluğunun olmadığını, şartların birbirine alternatif olduğunu düşünmesi bulunmaktadır (Gözler ve Kaplan, 2015: 456). Fakat yine Gözler'e göre, 4735 sayılı Kanun kapsamındaki sözleşmelerin kamu hizmeti şartını sağlaması mümkündür. Buna örnek olarak da yol yapım sözleşmelerini vermiştir (Gözler, 2009: 135-138).

Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk ise idari sözleşmelerin kriterleri ile ilgili daha farklı bir belirleme yapmıştır. Onlara göre bir sözleşmenin idari sözleşme olabilmesi için, sözleşmenin konusu kamu hizmeti ile ilişkili olmalıdır. Onlara göre, sözleşme ile kamu hizmeti arasındaki ilişki iki türlü olabilir. İlk durum olan kamu hizmetinin yürütülmesinin kısmen veya tamamen özel kişi tarafından yerine getirildiği sözleşmeler, yalnızca bu nitelikleri dolayısıyla idari sözleşmedir. Kamu hizmeti ile sözleşme arasındaki ilişki, ilk durumdan farklı bir ilişki ise sözleşmenin idari sözleşme olabilmesi için mutlaka idare lehine üstünlüklerin tanındığı bir sözleşme olmalıdır. Sözleşme ile kamu hizmeti arasındaki ilişkinin ilk durumun dışında olması haline örnek olarak kamu hizmeti için gerekli olan malzeme ya da kişilerin sağlanması örnek verilmiştir (Giritli v.d., 2013: 1309-1314). Kamu hizmeti için gerekli olan malların temini, 4735 sayılı Kanun kapsamındaki mal alımlarına ilişkin sözleşmelerdir. Bu sözleşmeler, Giritli'lerin görüşleri çerçevesinde değerlendirildiğinde, şayet özel hukuku aşan ayrıcalıklı hükümler

içeriyorlarsa idari sözleşme; içermiyorlarsa ise özel hukuk sözleşmesi olacaktır. Nitekim kanaatimizce Gözler ve Kaplan'ın yukarıdaki paragrafta belirtilen görüşleri de bu yöndedir.

Literatürdeki, idari sözleşmelerin kamu hizmeti şartı ile ilgili görüşler bu şekildedir. Kamu ihale sözleşmelerinin idari sözleşmelerin bu şartı bakımından değerlendirilmesi, dördüncü bölümde ayrıntılı olarak yapılacağından, bu bölümde bu açıklamalar ile yetinilmiştir.

Bu bölümde, kamu yönetimi disiplininde yaşanan dönüşümün ve kamu hizmeti kavramının anlam ve kapsamında yaşanan değişimin, kamu ihale sözleşmeleri üzerindeki etkisi incelenmiştir. Bu inceleme neticesinde kamu ihale sözleşmelerinin düzenlenmesinde ve hukuki rejiminin belirlenmesinde, kamu yönetiminde ve kamu hizmetinde yaşanan dönüşümlerin etkili olduğu saptanmıştır. Bir sonraki bölümde bu etkinin, Türkiye'nin üyelik sürecinde bulunduğu AB'deki durumunu incelemek üzere, AB'de kamu ihale sisteminin düzenlenişi incelenmiştir. Üçüncü bölümde ise kamu ihale sisteminin Türkiye'deki düzenlenişi incelenmiştir. İkinci bölümde, AB kamu ihale sisteminin incelenmesinin sebebi, Türkiye'nin üyelik sürecinde bulunduğu AB'den, diğer alanlarda olduğu gibi kamu ihaleleri alanında da etkilenmiş olmasıdır.

2. AVRUPA BİRLİĞİ KAMU İHALE SİSTEMİ

Çalışmamızın bu ikinci bölümünde, AB kamu ihale sistemi ve AB üye devletlerinde kamu ihalelerinin hangi hukuki rejime tabi olduğu incelenmiştir. Bu bölümde AB kamu ihale sisteminin incelenme sebebi, bir sonraki bölümde Türkiye’de kamu ihale sisteminin incelenecek olması ve Türkiye’nin üyelik sürecinde bulunduğu AB’den diğer alanlarda olduğu gibi kamu ihaleleri alanında da etkilenmiş olmasıdır. Kamu ihalelerinin kamu hizmeti ile olan ilişkisinden dolayı bu bölüme ilk olarak, AB’de kamu hizmeti anlayışı ve kamu hizmeti kavramı yerine kullanılmaya başlanan bazı kavramların açıklanmasıyla başlanması yerinde olacaktır.

2.1. Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Anlayışı

Avrupa topluluklarını, AB haline getiren anlaşma 1957 tarihli Avrupa Ekonomik Topluluğu Anlaşması ya da diğer adıyla Roma Anlaşması’dır. Kamu hizmeti terimine Roma Anlaşması’nda yer verilmemiştir. Fakat anlaşmanın 77. maddesinde yer alan “public utility” kavramının, kamu hizmeti kavramını ifade ettiği düşünülmektedir (Ulusoy, 1998: 23). Anlaşmada kamu hizmeti kavramı yerine başka bir kavrama yer verilmiştir. Bu kavram, anlaşmanın 90. maddesinde kullanılan “services of general economic interest” yani “genel ekonomik yarar hizmetleri” kavramıdır. Bir başka kavram ise “evrensel hizmet”tir.

Genel ekonomik yarar hizmetleri kavramını açıklayabilmek için öncelikle kavramın yer aldığı Roma Anlaşması’nın 90. maddesini analiz etmek gerekmektedir. Roma Anlaşması’nın 90. maddesi:

(1) “Üye devletler, kamu teşebbüslerine veya kendisine özel veya münhasır haklar tanınan teşebbüslere ilişkin, bu anlaşmanın hükümlerine ve özellikle de 85 ve 94. maddeler arasındaki hükümlerine aykırı hükümler oluşturamaz ve devam ettiremez.”

(2) “Genel ekonomik yarar hizmetlerini yürütmekle yükümlü teşebbüsler veya mali tekel karakterine sahip teşebbüsler, bu teşebbüslerin yükümlü oldukları özel görevleri hukuken veya fiilen engellemedikçe, bu anlaşmanın hükümlerine ve özellikle de rekabet ile ilgili hükümlerine tabidir. Ticaretin gelişimi, topluluğun yararına aykırı olacak düzeyde etkilenmemelidir.”

Maddede geçen 85 ve 94. maddeler arasındaki hükümler, rekabetin düzenlenmesine ilişkin hükümlerdir. Anlaşmanın bu maddesinde, üye devletlerin rekabete ilişkin hükümlere uyması gerektiği belirtilmiştir. Bunun tek istisnası, rekabete ilişkin hükümlerin, genel ekonomik yarar hizmetlerini yürüten teşebbüslerin kendilerine yüklenen görevlerini yapmalarını hukuken veya fiilen engellemesidir. Bu istisnaya mahsus olmak üzere, üye devletler rekabete ilişkin hükümlere bağlılıktan kurtulabilecektir.

1980 öncesinde, Avrupa toplulukları içerisinde egemen olan güçlü refah devletlerinin varlığı sebebiyle, devletin rekabete aykırı harekette bulunamaması ve dolayısıyla ekonomiye müdahale etmemesi anlamına gelen bu hükümler uygulanamamıştır. Fakat 1980 sonrasında, refah devletinden neo-liberal devlete geçişle birlikte bu hükümler önem kazanmıştır (Ulusoy, 1998: 23). Dolayısıyla bu hükümlerde geçen genel ekonomik yarar hizmetleri kavramı da önem kazanmış ve AB metinlerinde yer almıştır.

Genel ekonomik yarar hizmetleri, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD) kararlarında, “bir bölgenin bütününde, tüketicilerin tamamına, aynı kalitede, özdeş ve ancak herkese uygulanan kriterlere göre değişebilen fiyatlarla yerine getirilebilen hizmetler” olarak betimlenmiştir (Ulusoy, 2004: 86).

Anlaşmanın rekabete ilişkin hükümleri, AB ortak pazarının²⁷ oluşturulması ve bu ortak pazar içerisindeki ekonomik işleyişin rekabet ilkesi üzerinden yürümesini amaçlamaktadır. Bu amaçla, üye devletlerin rekabeti önleyici hareketlerde bulunmalarının önüne geçilmek istenmektedir (Karahanoğulları, 2015: 142). Karahanoğulları (2015: 141), anlaşmanın 90.maddesinde belirtilen hizmetleri “iktisadi kamu yararı hizmetleri” olarak ifade etmiştir. Ona göre anlaşmanın 90. maddesinde belirtilen hizmetler, iktisadi ve ticari niteliktedir ve rekabet kurallarına tabidir. Maddenin 2. fıkrasında bazı teşebbüslerin rekabet kurallarından müstesna kılınmasındaki sebep, bu teşebbüslerin yaptıkları işlerin kamusal niteliklerinin ağır basmasından ötürüdür

²⁷Gerek AB’nin kurucu anlaşması olan Roma Anlaşması’nda gerekse AB’ye ait diğer metinlerde kullanılan ortak pazar (common market) terimi yıllar içerisinde, tek pazar (single market), iç pazar (internal market) olmak üzere farklı adlarla ifade edilmiştir. Bu ortak pazar kavramı, ortak Avrupa pazarında insanların, malların, hizmetlerin ve sermayenin olmak üzere 4 unsurun serbest dolaşımına dayanır (European Commission, 2010a: 2).

(Karahanoğulları, 2015: 142). İstisnanın uygulanabilmesi; teşebbüslerin genel ekonomik yarar ya da diğer deyişle iktisadi kamu yararı hizmetlerini yürütmeleri ve bu yükümlülüklerinden kaynaklanan işleri yürütmelerinin, rekabet kurallarına tabi olmaları sebebiyle hukuken veya fiilen engellenmesi gerekmektedir. Buradan da anlaşılacağı üzere, kamu hizmetinin belirlenmesinde ölçüt, kamusal niteliği ağır basan faaliyetin kim tarafından yürütüldüğü değil, bizzat faaliyetin kendisinin niteliğidir (Karahanoğulları, 2015: 143). (Oysa bir önceki bölümden hatırlanacağı üzere Türk hukukunda kamu hizmetinin belirlenmesinde yasama organının iradesi esas alınmakta idi.) Nitekim genel ekonomik yarar hizmetlerinden bahsedilirken, ekonomik niteliğe sahip hizmetler kastedilmekte (Uyanık, 2013: 116) ve bu hizmetlerin kamu veya özel sektör tarafından görülmesinin öneminin bulunmadığı belirtilmektedir (Orak, 2011: 97; Ulusoy, 2004: 86).

AB’de 1980 sonrası oluşturulan Avrupa Tek Senedi (EuropeanSingleAct), Beyaz Kitaplar (White Paper), ve Yeşil Kitaplara (Green Paper) bakıldığında; Avrupa ortak pazarının oluşturulması, Avrupa toplumunda ekonomik işleyişinin liberalleşmesi ve rekabet ilişkilerine tabi olması amaçları görülmektedir. AB’nin kamu hizmetleri konusundaki yaklaşımında, ekonomik bir bakış açısı esas alınmıştır (Ulusoy, 1998: 33; Orak, 2011: 84). Devletin ekonomiye müdahale etmemesi ve bu amaçla, kamu hizmetlerinin işletilmesi ve regüle edilmesi görevlerinin ayrıştırılması gündeme gelmiştir (Karahanoğulları, 2015: 146). Devletin, zorunda kalmadıkça, kamu hizmetlerini üretme ve işletme konumundan çekilmesi, bunun yerine düzenleyici ve denetleyici bir konuma yerleşmesi hedeflenmiştir (Orak, 2011: 84). Devletin regülasyon işlevini üstlenmesinde, liberalleşmenin aşırılıklarının ve bu aşırılıkların yaratacağı olumsuz sonuçların önüne geçmek düşüncesi yatmaktadır (Ulusoy, 1998: 32). Bu regüle etme işlevinin zaman içerisinde devlet tüzel kişiliği dışında yerine getirilmesi düşüncesi, bağımsız düzenleyici ve denetleyici kurulların oluşumunu beraberinde getirmiştir (Ulusoy, 1998: 32-33). AB’nin bu dönüşümünde, liberal geleneğe sahip Anglo-Amerikan etkisinin olduğu vurgulanmaktadır (Karahanoğulları, 2015: 140).

Avrupa yapılanmasının ortak pazar anlayışı ve liberalleşme politikaları, rekabet ilkesini, kamu hukukunun ve dolayısıyla kamu hizmetlerinin bir parçası haline getirmiştir. Avrupa yapılanması, kamu hizmetlerinin eskiden olduğu gibi tekel bir biçimde üretilmesine karşıdır. Önemli olan, kamu hizmetlerinin üretiminin kamu veya özel sektör tarafından yerine getirilmesinden ziyade, rekabete tabi olarak yerine getirilmesidir. Fakat tüm bu liberalleşme ortamına

rağmen; serbest piyasa işleyişinin ve rekabetin uygulanamayacağı, “egemenlik, savunma, güvenlik, sosyal dayanışma, yeryüzü düzenlemesi” gibi hizmetlerin olduğu belirtilmektedir (Ulusoy, 1998: 35).

AB kamu hizmeti literatüründe kullanılan bir başka kavram **evrensel hizmet** kavramıdır. Bu kavram AB hukuki metinlerinde; “uygarlığın ulaştığı düzeyde bireyin gündelik yaşamı için vazgeçilemez niteliği nedeniyle en azından minimum bir bölümünün istisnasız herkese sağlanması zorunlu olan ve bu sağlamanın makul bir fiyat ve kaliteden olacağı temel bazı hizmetler” şeklinde ifade edilmiştir (Ulusoy, 2004: 87). Evrensel hizmetler rekabet ilkesine tabidir. Fakat yukarıda açıklandığı üzere, Roma Anlaşmasının 90.maddesinin 2. fıkrasına göre bazı istisnai hallerde rekabet dışında tutulabilmektedirler. Türkiye’de de, AB uyum sürecinde bu kavramdan etkilenilerek, elektronik haberleşme alanına mahsus olmak üzere, 2005 yılında 5369 sayılı “Evrensel Hizmet Kanunu” çıkarılmıştır. Kanunun genel gerekçesinde (TBMM, 2005: 1), elektronik haberleşme alanında evrensel hizmet sunumu anlayışının fayda sağlayacağı belirtilmiş ve kanun AB uyum sürecinin bir parçası olarak görülmüştür. Kanunun 2. maddesinde, evrensel hizmet kavramı: *“Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde coğrafi konumlarından bağımsız olarak herkes tarafından erişilebilir, önceden belirlenmiş kalitede ve herkesin karşılayabileceği makul bir bedel karşılığında asgari standartlarda sunulacak olan, internet erişimi de dahil elektronik haberleşme hizmetleri ile bu Kanun kapsamında belirlenecek olan diğer hizmetler”* olarak tanımlanmıştır. Bu tanımdan ve kanunun tamamının incelenmesinden, evrensel hizmet anlayışının Türkiye bakımından henüz sadece elektronik haberleşme alanında uygulama alanı bulabildiği anlaşılabilmektedir (Orak, 2011: 95).

Genel ekonomik yarar hizmetleri veya evrensel hizmet kavramı olsun, her iki kavramla ifade edilmek istenen, hizmetlerin rekabet ortamı içerisinde sunulması gereğidir. Fakat bu hizmetler arasında, sahip oldukları birtakım özellikler nedeniyle rekabet dışı tutulabilecek bazı hizmetler vardır. Bu hizmetler, kârlı olmamaları dolayısıyla özel sektör tarafından yürütülmek istenmeyen veya büyük altyapı yatırımları gerektirmesi yüzünden kamu tarafından üstlenilmesi söz konusu olan hizmetlerdir. Bu hizmetlerin rekabet dışı tutulup tekel halinde üretilmesi mümkündür. Buna ek olarak, elektrik üretimi ve dağıtımı ve demiryolu taşımacılığı gibi doğal tekel niteliğinde hizmetler vardır (Ulusoy, 1998: 36-37). Bu hizmetlerin rekabete ve serbest piyasaya tabi olabilmesinin yolu da, hizmetlerin

parçalara bölünerek serbestleştirilmesidir (Karahanoğulları, 2015: 147). Örneğin demiryolu taşımacılığında, demiryolları devlete ait olmakta, fakat bu demir yolu üzerinde işleyen hatlar özelleştirilerek rekabete tabi kılınabilmektedir (Karahanoğulları, 2015: 146). Elektrik üretim ve dağıtımında; elektrik taşıma ve dağıtımına ilişkin kamuya ait tek bir hat oluşturulup, özel sektörün bu hatta ilişkin, kamu tüzel kişisine kullanma ücreti ödemesi, müşterilerin bu hat üzerinde faaliyette bulunan pek çok elektrik firması içerisinde tercihte bulunabilmesi ve bu şekilde elektrik üretiminin rekabet ilkesi içerisinde sürdürülebilmesi mümkündür (Ulusoy, 1998: 37).

Avrupa yapılanması, sadece kamu hizmeti kavramı yerine geçen birtakım yeni kavramlar üretmekle kalmamış, ayrıca kamu hizmetinin ilkelerinde de birtakım değişikliklere sebep olmuştur. Eski ilkelerde var olan değişikliklerin yanı sıra kamu hizmetlerinde “kalite ve etkinlik (Orak, 2011: 86), yurttaşlık (yurttaşların belirli kalite ve makul fiyatlarda temel kamu hizmetlerine ulaşma hakkı), katılım (hizmetten yararlananların hizmete ilişkin karar alma mekanizmalarına katılma hakkı) ve açıklık (hizmete ilişkin bilgilerin hizmetten yararlananların erişimine açık olması)” ilkeleri ortaya çıkmıştır (Ulusoy, 2004: 101-102). Kamu hizmetinin klasik ilkelerinden olan eşitlik ilkesi bakımından fiyatlandırmada eşitlik anlayışının kabul edilmesi de, yine Avrupa yapılanmasının etkisidir. Fiyatlandırmada eşitlik anlayışı, “hizmetten yararlananlar arasında hizmetin mal oluş fiyatına göre bir ayırım yapılmamasını” ifade etmektedir (Ulusoy, 1998: 31).

AB içerisinde kamu hizmetinin liberalleşmesi, Avrupa Komisyonu’nun direktifleri ya da diğer bir adla yönergeleri ile yapılmaktadır. Bu direktifler, kamu ihale direktiflerinde olduğu gibi tüm sektörleri ilgilendirebildiği gibi belli başlı bazı sektörleri ilgilendiren direktifler de olabilmektedir (Karahanoğulları, 2015: 145). Kamu ihaleleri ve dolayısıyla kamu ihale direktifleri, kamu hizmetlerinin finansmanında da özel bir önem arz etmektedir. AB’de kamu hizmetlerinin finansmanının; sektör bazlı düzenlemeye uygun, verimli bir finansal mekanizma ile ve rekabeti engellemeyecek şekilde olması hedeflenmektedir ve kamu ihaleleri de bu hedefleri gerçekleştirecek bir yöntem olarak görülmektedir (Bovis, 2005: 109).

2.2. Avrupa Birliği'nde Kamu İhale Sisteminin Düzenlenişi

AB, Avrupa tek pazarını oluşturabilmek için ekonomik, parasal ve politik bir birleşmeyi ifade eder (Bovis, 1998: 220). Birliğe ekonomik ve politik anlamda bir entegrasyonun sağlanması için; devletler arası gümrük birliğinin sağlanması, serbest ticaretin önündeki tüm engellerin kaldırılması ve bunun için de devletlerin idari ve yasal sistemlerinin birleştirilmesi gerekmiştir (Bovis, 1998: 221). AB tek pazarının amacı, malların, hizmetlerin, iş gücünün ve sermayenin üye devletler içindeki serbest dolaşımını sağlamaktır (Gelderman, Ghijssen & Schoonen, 2010: 223). Serbest dolaşımı istenen bu 4 ögenin içerisinde kronolojik olarak en önce şekillenen malların serbest dolaşımı düşüncesidir (Lüleci, 2009: 49). AB tek pazarını oluşturabilmek için sınırların kaldırılması ve ayrımcılıkların önüne geçilmesi, negatif entegrasyon olarak ifade edilmektedir (Greer & Rauscher, 2011: 798).

AB mevzuatı; müktesebat adı verilen tüzük, yönetmelik, direktifler ve Yeşil Kitap ve Beyaz Kitaplardan oluşan politika önerilerinden oluşmaktadır ve hiyerarşik bakımdan birlik üyesi devletlerin ulusal hukuklarından önce gelmektedir (Akdoğan, 2015: 61). AB'de kamu ihaleleri ya da kamu alımları; AB kurucu anlaşması ve Avrupa Tek Senedi'nin de dahil olduğu AB kurucu anlaşmalarından oluşan birincil mevzuat ve yönergelerin (direktifler) içerisinde yer aldığı ikincil mevzuat ile düzenlenmektedir.

AB'yi kuran Roma Anlaşması'nın amaçları, mal ve hizmetlerin Avrupa'da serbest dolaşımını sağlamak, Avrupa genelinde rekabetin önündeki engelleri kaldırmak, tüm Avrupa'yı bir birlik olarak uluslararası ticarete önemli bir güç haline getirmek ve bu amaçla Avrupa ülkeleri için ortak politikalar oluşturmak ve bu sayede ekonomik kalkınmayı sağlamak olarak ifade edilebilir (European Union, 1957: 2). AB içerisinde yapılan kamu ihalelerinde, anlaşmada belirtilen bu amaçların gözetilmesi gerekmektedir. AB kurucu anlaşması olan Roma Anlaşması'nda, kamu ihalelerine yönelik doğrudan bir hüküm bulunmamakla birlikte, anlaşmada yer verilen birtakım ilkeler kamu ihalelerinde uyulması gereken temel kriterleri ortaya koymaktadır (Bovis, 1998: 227). Anlaşmanın kamu ihalelerinde uyulması gereken temel kriterlere ilişkin hükümleri; 7. maddede yer alan uyruklu temeline dayalı olarak ayrımcılık yapılmaması, 30. maddede yer alan üye devletler arasında mal ve hizmetlerin serbest dolaşımına aykırı tedbirler alınamayacağı, 52. maddede yer alan üye devletlerden birinin vatandaşının bir

başka üye devlette şirket kurabilmesi ve iş yapabilmesi, 59. maddede yer alan üye devletler arasında hizmetlerin serbest dolaşımına ilişkin kısıtlamaların kaldırılması, 85. maddede yer alan Avrupa ortak pazarında rekabeti engelleyici faaliyetlerin yasaklanması, 86. maddede yer alan ortak pazardaki üstün durumu üye devletler arasındaki ticareti etkileyecek ölçüde kullanma yasağı ve 90. maddede yer alan kamu kurumlarının ve devletin kendisine özel birtakım haklar tanıdığı kuruluşların ayrımcılık yasağına ve rekabet kurallarına aykırı davranamayacağıdır (Uz, 2005: 89). Anlaşmada yer alan bu kurallar, kamu ihale hukukunun genel ilkelerini düzenlemekle birlikte; tek başına Avrupa alanında kamu ihale hukuku bakımından yeknesak bir uygulama sağlamayı başaramadığından, kamu ihalelerinin düzenlenmesi esas itibariyle ikincil mevzuat olan direktifler (yönergeler) ile yapılmaktadır (Özkan, 2014: 79). Bu direktifler üye devletler bakımından bağlayıcı bir niteliğe sahiptir (Özkan, 2014: 82). AB tarafından kamu ihale sistemini düzenlemek için çıkarılan direktiflerdeki kurallara göre yapılacak olan kamu ihaleleri, bedelleri AB organları tarafından belirlenen eşik değerlerin üzerinde olan ihalelerdir. Bu direktifler temel olarak; eşik değerlerin üzerindeki kamu ihalelerinin topluluk çapında ilan edilmesi, bazı isteklilerin katılımını engelleyici nitelikteki teknik özelliklere ihale şartnamelerinde yer verilmemesi, ihaleye katılım ve ihalenin verilmesi süreçlerinde objektif kriterlerin uygulanması hedefleri üzerine kuruludur (Bovis, 1998: 228). Bu hedefler aslında mal ve hizmetlerin Avrupa tek pazarında serbest dolaşımı, ticaretin ve rekabetin önündeki engellerin kaldırılmasını ifade etmektedir. Kamu ihaleleri bakımından serbest ticaretten kasıt, kamu ihale pazarına yalnızca ihalenin yapıldığı üye devletten değil; bütün Avrupa'dan isteklilerin katılabileceği ve hatta Avrupa dışından AB ile kamu ihaleleri konusunda ilişki içerisinde olan AB dışı devletlerdeki isteklilerin de katılabilmesidir. Nitekim kamu ihale direktiflerinin oluşturulmasının sebeplerinden biri de, AB anlaşmasının, ulusal piyasalara, ulusal sınırlar dışından katılımcıların katılımını yeterince sağlayamamasıdır (Günel, 2011: 98). Eşik değerlerin altında kalan kamu ihaleleri, üye devletlerin kendi ulusal mevzuatları doğrultusunda gerçekleştirilecektir. Fakat eşik değerlerin altında kalan ihalelerin, direktiflerin kapsamı dışında kalması, bunların hiçbir kurala bağlı olmayacağını da göstermez. Eşik değerlerin altında kalan ihaleler, üye devletlerin ulusal mevzuatlarındaki kurallara bağlı olmakla birlikte, AB'nin Roma Anlaşması dahil olmak üzere kurucu metinlerindeki genel ilkelere de uygun olmak zorundadır (Özkan, 2014: 80). Yani eşik değerlerin altında kalan ihaleleri de, paragrafın

başında madde numaralarıyla belirtilen Roma Anlaşması'nda yer alan ayrımcılık yasağına, mal ve hizmetlerin üye devletler arasında serbest dolaşımına ve AB ortak pazarında rekabet ilkesine aykırı olamayacaktır (Akdoğan, 2015: 66).

AB Kamu İhale Direktifleri; belli değerlerin üzerindeki ihalelerin yayınlanması zorunluluğunu getirerek şeffaflık ilkesini önemsemekte, ihalelerin yapılmasına ilişkin olarak teknik şartnamelerin hazırlanmasından, istekliler arasında yapılacak seçime kadar tüm kuralları belirlemekte ve ihalelerin bu direktiflere, AB topluluk mevzuatına ve ulusal mevzuata aykırı olması durumunda, bu uyumsuzluk durumlarına karşı başvuru yollarını düzenlemektedir (Özkan, 2014: 81).

AB'de, üye devletlerden herhangi birinin vatandaşının diğer bir üye devletteki ihalelere katılabilmesi, yani ticaret serbestinin sağlanması, AB ortak pazarında mal ve hizmetlerin serbest dolaşımı ve AB düzeyinde yeknesak kurallar oluşturabilmek, kamu ihale düzenlemelerinin temel amaçlarıdır (Akdoğan, 2015: 62). Bu amaçlara ulaşabilmek için kamu ihale hukukunun düzenlenme çabaları, 1970'li yıllarda başlamıştır (Benlialper, 2013: 1). Bu çalışmaların başlangıcının 1970'li yıllara denk gelmesi bir tesadüf değildir. Önceki bölümden hatırlanacağı üzere 1970'li yıllar, dünyada ekonomik krizlerin yaşandığı ve bu sebeple devletler üzerindeki mali baskıların arttığı, devletlerin refah devleti harcamalarını finanse etmekte zorlandığı yıllar olmuştur. Bu sebeple 1970'lerin sonu ve 1980'li yıllar, refah devleti anlayışının çöktüğü ve devletlerin yükselen neo-liberalizm akımının etkisinde kaldığı bir dönemin başlangıcı olmuştur. 1980'lerden itibaren devletler, neo-liberalizm akımının etkisiyle malların, hizmetlerin ve sermayenin engelsiz dolaşımı yönünde liberalleşme ve serbestleşme politikalarını hayata geçirmiştir. Bu anlamda pek çok kamu reformu gerçekleştirilmiş olup, özelleştirme uygulamaları, kamu idarelerinin kamu hizmetlerini özel sektöre gördürmesi, kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi için gerekli mal, hizmet ve yapım işlerinin özel sektörden temini (kamu ihaleleri) de bu reform dalgasının bir parçasını oluşturmaktadır.

AB kamu ihale sistemini düzenlemek üzere, 1970'li yıllardan bugüne değin çalışmalar yapılmış ve pek çok direktif oluşturulmuştur. Bugün itibarıyla yürürlükte olan direktifler, Avrupa Parlamentosu tarafından 2014 yılında çıkarılan

2014/24 EU (Avrupa Birliği)²⁸ sayılı “Mal ve Hizmet Alımları ile Yapım İşlerinin” ihale edilmesini düzenleyen kamu ihale direktifi ve 2014/25 EU sayılı “Su, Enerji, Ulaşım ve Posta Hizmetlerinin” ihale edilmesini düzenleyen kamu ihale direktifidir.²⁹ Bu direktifler, 28 Şubat 2014 tarihinde AB Resmi Gazetesinde yayınlanmış ve üye devletlere bu ihale direktiflerinin hükümlerini ulusal ihale sistemlerine aktarmaları için 18 Nisan 2016 tarihine kadar³⁰ süre verilmiştir (European Union, 2014a: 142; European Union, 2014b: 330). 2014/24 EU sayılı kamu ihale direktifi, 2004/18 EC (Avrupa Topluluğu)³¹ sayılı kamu ihale direktifini yürürlükten kaldırmış (European Union, 2014a: 65) ve 2014/25 EU sayılı kamu ihale direktifi de, 2004/17 EC sayılı kamu ihale direktifini yürürlükten kaldırmıştır (European Union, 2014b: 243). Üye devletlere, yeni direktifleri ulusal mevzuatlarında yürürlüğe koymaları için verilen süre, 18 Nisan 2016 tarihi itibari ile dolduğundan, 2014 yılında resmi olarak yürürlüğe girmiş olan yeni direktifler, 18 Nisan 2016 tarihi itibari ile tam anlamıyla uygulamaya konulmuştur. Yeni direktifler, 2004 tarihli direktiflere pek çok yenilik getirmektedir. Fakat 2014 tarihli direktifler, esas itibari ile 2004 tarihli direktiflerin oluşturduğu temel üzerine kurulduğundan, bu direktiflerden bahsetme zorunluluğu oluşmuştur. Bu direktiflerin haricinde, kamu ihalelerinin sözleşmeye bağlanmasından önceki usulsüzlüklere ilişkin itiraz ve şikayet başvurularını düzenleyen ihtilaf direktifleri³² söz konusudur (Akdoğan, 2015: 77). Bu direktifler, çalışmamızda 2004 ve 2014 tarihli direktiflerden sonra incelenmiştir.

2004/17 EC sayılı Direktif, kendisinin yerine yürürlüğe giren 2014/25 EU sayılı Direktif gibi “su, enerji, ulaşım ve posta hizmetleri”nin ihale edilmesini düzenlemektedir. 2004/18 EC sayılı Direktif de, kendisinin yerine yürürlüğe konulan 2014/24 EU sayılı Direktif gibi “Mal ve Hizmet Alımları ve Yapım

²⁸ Direktifin sonunda kullanılan “EU” kısaltması, metnin orijinalinde de bu şekilde kullanılmış olup açılımına yer verilmemiştir. “EU” kısaltmasının açılımının, “European Union (Avrupa Birliği)” olduğu tahmin edilmektedir.

²⁹ Bu direktiflerin dışında kamu ihalelerine ilişkin yürürlükte olan bir diğer direktif, yine Avrupa Parlamentosu tarafından çıkarılan ve AB Resmi Gazetesinde 20.08.2009 tarihinde yayınlanan 2009/81 EC sayılı Direktiftir. Bu direktif savunma ve güvenlik alanında faaliyet gösteren makam ve kuruluşların mal ve hizmet alımı ile yapım işlerinin ihalesine ilişkin direktiftir (European Union, 2009: 76).

³⁰ 2014/24 EU sayılı Direktif madde 90 ve 2014/25 EU sayılı Direktif madde 106.

³¹ Direktifin sonunda kullanılan “EC” kısaltması, metnin orijinalinde de bu şekilde kullanılmış olup açılımına yer verilmemiştir. “EC” kısaltmasının açılımının, “European Community (Avrupa Topluluğu)” olduğu tahmin edilmektedir.

³² 89/665 EEC ve 92/13 EEC sayılı Direktifler ve bu direktifleri yeniden düzenleyen 2007/66 EC sayılı Direktif.

İşleri”nin ihale edilmesini düzenlemektedir. Kapsamından da anlaşılacağı üzere, 2004/18 EC ve 2014/24 EU sayılı Direktifler genel nitelikteki kamu alımlarını ya da ihalelerini düzenlediğinden bu direktiflere “klasik direktifler” denilmektedir (Özkan, 2014: 87). 2004/18 EC sayılı klasik ihale direktifi, kendisinden önce mal alımları, hizmet alımları ve yapım işlerini ayrı ayrı düzenleyen 93/36 EEC (European Economic Community)³³, 92/50 EEC ve 93/37 EEC sayılı direktifleri tek bir direktifte birleştirmesi bakımından oldukça önemlidir (Özkan, 2014: 83).

2.2.1. 2004/17 EC Sayılı ve 2004/18 EC Sayılı Direktifler

2004/17 EC sayılı Direktif, AB ülkelerinde “su, enerji, ulaşım, posta servisleri”nin ihale edilmesini düzenleyen bir direktiftir (European Union, 2004a: 1)³⁴. Bu direktif düzenlendiği alanların belli başlı bazı sektörlerle ilişkin olması sebebiyle, sektörel direktif ya da “sektörler direktifi” olarak adlandırılmaktadır (Özkan, 2014: 85). Bu ve diğer sektörler direktifleri, Avrupa’daki liberalleşme ve özelleşme akımının bir yansıması olarak görüldüğü gibi (Schulten et. al., 2008: 297); AB Tek Pazar anlayışının bir uygulaması olarak da değerlendirilmektedir (Raza, 2008: 279). Bu yönergede belirlenen ihale usulleri³⁵, açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü ve pazarlık usulüdür (European Union, 2004a: 15). Bu yönergenin amacı, yönergenin düzenlediği sektörlerdeki ekonomik aktörlerin, piyasada tek başlarına hakimiyet kurma isteklerinin önüne geçmek ve rekabeti sağlamaktır (Özkan, 2014: 85).

2004/18 EC sayılı Direktif, AB ülkelerinde kamu mal alımları, hizmet alımları ve yapım işlerinin ihale edilmesini düzenleyen direktiftir (European Union, 2004b: 114). Bu yönergede belirtilen ihale usulleri³⁶, açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü ve rekabetçi diyalog usulüdür (European Union, 2004b: 127). Bu usullerden rekabetçi diyalog usulü yeni bir usul olduğundan, direktifin 1. maddesinde tanımlandığı haliyle açıklamak uygun olacaktır. Rekabetçi diyalog usulü, herhangi bir ekonomik operatörün katılabileceği ve bu

³³ Direktifin sonunda yer alan “EEC” kısaltması, metnin orijinalinde de bu şekilde kullanılmış olup açılımına yer verilmemiştir. “EEC” kısaltmasının açılımının, “European Economic Community (Avrupa Ekonomik Topluluğu)” olduğu tahmin edilmektedir.

³⁴ Türkiye’de, 2004/17 EC sayılı Direktif kapsamındaki sektörlerdeki kamu alımlarına ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut olmadığı gibi, bu sektörlerle ilişkin kamu alımları 4734 sayılı “Kamu İhale Kanunu”nun kapsamı dışında tutulmuştur (Özkan, 2014: 87).

³⁵ 2004/17 EC sayılı Direktif madde 1.

³⁶ 2004/18 EC sayılı Direktif madde 1.

sayede ihale kuruluşunun, ihtiyaçlara uygun bir veya daha fazla alternatif geliştirebilmek için sürece dahil olan adaylar arasında diyalog yürüttüğü ve seçilen adayların ihaleye davet edildiği usuldür (European Union, 2004b: 127). Bu usulün karışık yapıya sahip ihale sözleşmeleri bakımından esnek bir uygulama getireceği belirtilmiştir (Gelderman et.al., 2010: 244). Bu yönergenin amacı, kamu ihalelerine ilişkin daha önceden dağınık halde bulunan yönergelerin birleştirilmesi, kamu ihale sisteminin AB'nin taraf olduğu uluslararası anlaşmalara uygunluğunun sağlanması ve elektronik ihalenin uygulamaya konulmasıdır (Özkan, 2014: 87).

Her iki direktif, kapsam ve getirdiği birtakım usuller bakımından benzerlik arz etmektedir. Sektörler direktifinin 2. maddesi, klasik direktifin ise 1.maddesinde “contracting authorities” olarak belirtilen ihale makamları; devlet, bölgesel veya yerel otoriteler, kamu hukukuna tabi oluşumlar, kamu hukukuna tabi bir veya daha fazla kuruluş veya makam tarafından düzenlenen kuruluşlar, olarak ifade edilmiştir. Direktiflerin bahsi geçen maddelerinde, kamu hukukuna tabi oluşumların, anlam karışıklığına yol açmaması açısından tanımlanması gereği duyulmuştur. Buna göre kamu hukukuna tabi oluşumlardan kastedilenler (European Union, 2004a: 16; European Union, 2004b: 127):

- Kamu yararını gerçekleştirmek üzere kurulmuş, endüstriyel veya ticari bir karakteri olmayan kuruluşlar,
- Tüzel kişiliğe sahip,
- Devlet, bölgesel ve yerel otoriteler tarafından finanse edilen veya bu kuruluşlar tarafından yönetilen veya yönetim ve denetim kurullarının üyelerinin yarısından fazlası devlet, bölgesel ve yerel otoriteler tarafından belirlenen kuruluşlardır.

Her iki direktifte de çerçeve sözleşme, dinamik alım sistemi ve elektronik artırma usullerine yer verilmiştir. Çerçeve sözleşme, sektörel ve klasik direktiflerin 1. maddelerinde; bir veya daha fazla sözleşmecî kurum arasında veya sözleşme kendisine ihale edilen bir veya daha fazla ekonomik operatör arasında, özellikle para ile ilgili olarak veya önceden belirlenen uygun özelliklerle ilgili olarak yapılan sözleşme olarak ifade edilmiştir (European Union, 2004a: 15; European Union, 2004b: 127).

Dinamik alım sistemi de, 2004 tarihli direktiflerle benimsenen yeniliklerdendir. Bu sistem her iki direktifin 1. maddelerinde; sıklıkla kullanılan alımlar için tamamıyla elektronik bir süreç olarak tanımlanmıştır. Bu alımlar; piyasada erişilebilir olarak bulunan, sözleşmeyi yapan kurumun ihtiyaçlarını karşılayan, süre ile sınırlı, geçerliliği süresince seçilme kriterlerini yerine getiren ve özelliklere uygun bir ön teklif vermiş olan tüm ekonomik aktörlere açık alımlardır (European Union, 2004a: 15; European Union, 2004b: 127).

2004 tarihli klasik ve sektörel direktiflerin düzenlediği bir başka yenilik, elektronik açık artırma usulüdür. Bu usul her iki direktifin 1. maddelerinde; ihalelerin bütünüyle değerlendirilmesi neticesinde, düşüşlerin revize edilmesi ve/veya ihalelerin belli unsurlarına ilişkin yeni değerlerin meydana gelmesi ve yeni bedellerin gösterilmesi için elektronik bir aracı içeren tekrarlanan bir süreç olarak tanımlanmıştır (European Union, 2004a: 15; European Union, 2004b: 127).

2004 tarihli klasik ve sektörler alımı direktifleri, önceki direktifleri tek bir başlık altında toplaması ve mevzuatı bütünleştirmesi açısından kapsamlı bir reform çalışması olmakla birlikte, yaşanan ekonomik krizler sonrasında bu direktiflerin günün şartlarına uygunluğu tartışılır hale gelmiştir (Benlialper, 2013: 1). 2004 tarihli direktiflere ilişkin AB tarafından oluşturulan bir değerlendirme raporunda³⁷, bu direktifler etkililik ve verimlilikleri açısından değerlendirilmiştir. Bu raporda (European Commission, 2016: 21), 2004 tarihli direktiflerle ilgili olarak şu eleştiriler yer almıştır:

- Direktiflerin şeffaflığı ve beraberinde rekabeti yüksek oranlarda sağladığı; ancak, mevcut düzenlemelerle sınır ötesindeki ihalelerde istenilen seviyeye ulaşamadığı belirtilmiştir. Ekonomik operatörlerin başka üye devletlerdeki ihalelere katılımı önünde yasal, idari ve rekabet faktörlerinden kaynaklanan engellerin olduğu belirtilmiştir.

- Bütçe baskıları ve ‘paranın tam karşılığını almak’ (value for money)³⁸ vurguları sebebiyle, direktiflerin amaçlarına uygunlukları bakımından geçerlilikleri tartışılır hale gelmiştir.

³⁷EU Public Procurement Legislation: Delivering Results Summary of Evaluation Report.

³⁸Paranın tam karşılığını almak (value for money): “Yüksek düzeyde kamu yararı sağlayacak ihaleleri sözleşmeye bağlamak” demektir (Özkan, 2014: 89).

- Direktiflerin mevcut haliyle oluşturduğu düzende, tek pazar anlayışının gereklerini, kamu ihalelerinin tümüne hakim kılmanın önünde engeller olduğu belirtilmiştir.

- Etkililik bakımından yapılan değerlendirmede, mevcut düzende, kamu ihalelerinin maliyetleri ile beklenen faydaları arasında orantısızlık bulunduğu ifade edilmiştir.

Bu ve benzeri sebeplerle 2004 tarihli direktiflerin günün koşullarına uygun olmadığı yönündeki eleştiriler artmış (Sahilyol, 2012) ve Avrupa Parlamentosu tarafından bu direktiflerin modern koşullara uydurulması için çalışmalar başlatılmıştır (Akdoğan, 2015: 67-68). Bu çalışmalar neticesinde, 2004/17 EC sayılı direktifi yürürlükten kaldıran 2014/25 EU sayılı direktif ve 2004/18 EU sayılı direktifi yürürlükten kaldıran 2014/24 EU sayılı direktif oluşturulmuştur. Bu direktiflerin oluşum evresinde, AB Kamu Alımları Politikasının Modernleştirilmesine İlişkin Yeşil Kitap, Avrupa 2020 Stratejisi (The Europe 2020) ve Avrupa Tek Pazar Anlaşması (Single Market Act) metinlerinin büyük etkisi olmuştur (Özkan, 2014: 123-124). 2014 tarihli direktiflere temel oluşturan Tek Pazar Anlaşması (European Commission, 2010a: 13-15), Avrupa 2020 Stratejisi (European Commission, 2010b: 3-4) ve AB Kamu Alımlarının Modernleştirilmesine İlişkin Yeşil Kitap'ta (European Commission, 2011a: 4-5), kamu ihale sisteminin düzenlenişi ile ilgili ortak bazı noktalara vurgu yapılmıştır:

- Her üç belgede de inovasyon vurgusu bulunmaktadır. Kamu ihaleleri inovasyonu sağlamanın bir yolu olarak görülmüştür.

- Her üç belgede de Küçük ve Orta Büyüklükteki İşletmelerin (KOBİ) piyasadaki önemi vurgulanmış ve kamu ihale sistemine katılımının önünün açılması gerekliliği ifade edilmiştir. Nitekim 2004 tarihli direktiflerin eleştirilme nedenlerinden biri de; bu direktiflerin KOBİ'lerin kamu ihale sistemine katılmasına uygun düzenlemeler içermemesidir.

Aslında kamu ihale sisteminde yapılması gereken değişiklik önerileri her belgede benzerdir; fakat farklı terimlerle anlatılmıştır. Özellikle öne çıkan reform önerileri, kamu ihale sisteminin basitleştirilmesi, güncelleştirilmesi ve esnekleştirilmesidir. Tek Pazar Anlaşmasına göre bu reformların hedefi, topluluk hukukuyla üye devletlerin ulusal hukuklarının birleştirilmesi ve bu sayede

ihalelerde sınır ötesi katılıma imkan sağlanmasıdır (European Comission, 2010a: 15).Yine her üç belgede de, kamu kaynaklarının etkili kullanılması gerekliliği ifade edilmiştir. Tek Pazar Anlaşması'nda (European Comission, 2010a: 12), kamu kaynaklarının etkili kullanılmasının enerji verimliliğini sağlamada önemli olduğu belirtilmiştir. Avrupa 2020 Stratejisi'nde (European Comision, 2010b: 3), kaynakların etkili ve verimli kullanılması, daha yeşil ve rekabete dayalı bir ekonominin ön koşulu sayılmış ve bu şekilde sürdürülebilir bir büyümenin sağlanacağı belirtilmiştir. Sürdürülebilirlik ve çevresel faktörlerin dikkate alınması, AB'de önem verilen konular haline gelmiş ve çalışma raporlarında sıklıkla yer bulmuştur. Bu konuların önem kazanması Yeşil Kamu Alımı olarak Türkçe'ye çevrilebilecek olan “Green Public Procurement” kavramını ortaya çıkarmıştır. Yeşil Kamu Alımı; AB'de kamu alımlarına ulusal ve topluluk bazında çevresel kriterler getirilmesi ve kamu otoriteleri tarafından çevreyle dost mal ve hizmetlerin alımını ifade etmektedir (European Comission, 2015). Avrupa 2020 Stratejisi'nde, piyasa dinamiklerine uygun olarak yapılacak olan yeşil kamu alımlarının, kaynakların kullanımı bakımından etkin ve düşük karbon salınımını hedefleyen bir ekonomiye katkı sağlayacağı belirtilmiştir (European Comission, 2010b: 14). Çevresel faktörlere verilen önemin kamu ihalelerine bir yansıması olarak AB Kamu Alımlarının Modernleştirilmesine İlişkin Yeşil Kitap'ta da (European Comission, 2011a: 5); çevrenin korunması, enerji verimliliği, iklim değişikliği ile mücadele, inovasyon, topluluk içi birliği teşvik, kamu hizmetlerinin kaliteli üretilmesi gibi toplumsal hedeflere ulaşmak için kamu ihalelerinde isteklilere olanak tanınması gerekliliği, kamu ihale reformunun amaçlarından biri olarak gösterilmiştir.

2004 tarihli AB ihale direktiflerini yürürlükten kaldıran 2014 tarihli ihale direktiflerine geçmeden önce, bu direktiflerin oluşmasına zemin hazırlayan yukarıda da isimleri geçen, Tek Pazar Anlaşması, Avrupa 2020 Stratejisi ve AB Kamu İhale Politikasının Modernleştirilmesine İlişkin Yeşil Kitap belgelerini kısaca açıklamak uygun olacaktır.

Tek Pazar Anlaşması (Single Market Act); 2014 tarihli direktiflerin oluşmasına katkı sağlayan belgelerdendir. Büyük Avrupa Pazarı hedefine ulaşmak için yıllar içinde tek pazar, ortak pazar, iç pazar gibi kelimeler kullanılmıştır. Büyük Avrupa Pazarı düşüncesi dört şeyin Avrupa pazarında serbest dolaşımına dayanır. Bunlar: insan, mal, hizmet ve sermayedir. Bu düşünce, ekonomik birleşme, Avrupa genelinde tek bir para biriminin kullanılması ve bağlılık

politikası ile tamamlanmıştır. Nitekim AB'nin bu ortak pazar düşüncesi ve devamında, endüstrilerin liberalleşmesi ve büyüme politikaları işe yaramıştır. Bu politikalar, 1992-2009 yılları arasında pek çok yeni iş alanı ortaya çıkarmış ve %1,85'lik bir büyüme sağlamıştır. Avrupa bu gelişimini sürdürürken, dünya da değişmiş ve küreselleşmenin etkisiyle teknolojik birtakım değişimler gerçekleşmiştir. Avrupa'nın, yeni gelişmeler karşısında yüksek katma değer yaratan sektörleri geliştirmek ve yeni büyüme alanlarında büyük fırsatlar yaratan Avrupa şirketlerine ve özellikle de KOBİ'lere yardım eden politikalar izlemek, yeni hedefleri haline gelmiştir. 2010 yılında, yüksek düzeyde rekabete dayalı sosyal pazar politikasına ulaşabilmek için tek pazar hedefleri konusunda daha hırslı bir çalışmaya girişilmiştir. Tek pazar anlayışına küresel bir bakış kazandırılmış ve AB içerisinde tek pazar hedeflerinin günlük yaşamda uygulamaya konulması düşüncesi oluşmuştur. Tek pazar anlaşması, AB için güçlü, sürdürülebilir ve eşitlikçi büyüme hedefleri koymuştur. (European Comisson, 2010a: 2-5).

Bu belge, kamu ihaleleri bakımından açık ve rekabetçi bir sistemi desteklemektedir. Aynı zamanda bu belgede, kamu ihalelerine, inovasyonun desteklenmesi ve istihdam kaynakları yaratması bakımından önemli bir işlev yüklenmiştir (European Comission, 2010a: 15). Tek pazar hedeflerinin gerçekleştirilmesi bakımından, kamu ihalelerinde elektronik yöntemlerin kullanılması önemli görülmüştür (European Comisson, 2010a: 17). Bu belgede AB kamu ihale sistemi ile ilgili; kamu ihale sisteminin basitleştirilmesi ve güncelleştirilmesi, sözleşmelerin ihale edilmesinin esnekleştirilmesi (European Comission, 2010a: 15) ve AB'nin endüstrileşmiş uluslardaki ihalelere erişimi bakımından gerekli düzenlemelerin yapılması önerilmiştir (European Comission, 2010a: 18).

Avrupa 2020 Stratejisi'nin (The Europe 2020); ana teması, akıllı, sürdürülebilir ve kapsayıcı büyümedir. Bu belgeye göre, Avrupa'nın dünyanın değişen düzeninde başarılı olabilmesi için birlik halinde hareket etmesi gerekmektedir. Avrupa 2020 Stratejisinin, Avrupa için koyduğu hedefler şunlardır:

- Akıllı Büyüme: Bilgi ve inovasyona dayalı bir ekonomi geliştirmek.
- Sürdürülebilir Büyüme: Kaynak bakımından etkin daha yeşil ve daha rekabetçi bir ekonomiyi teşvik etmek.

- Kapsayıcı Büyüme: Sosyal ve bölgesel birliğe dayanan yüksek istihdamlı bir ekonomiyi teşvik etmek.

Avrupa Komisyonu, bu amaçları gerçekleştirmek için yedi tane araç belirlemiştir. Bunlardan ilki, “inovasyon birliği”dir. İnovasyon birliği, inovatif fikirleri ürün ve hizmetlere dönüştürecek ve bu şekilde büyüme ve iş imkanları yaratacak koşulları geliştirmek olarak ifade edilmiştir. İkincisi, eğitim performansını yükselterek gençleri iş piyasalarına dahil etmektir. Üçüncüsü, teknoloji ve internet imkanlarını artırarak, ailelerin ve firmaların dijital tek pazarın imkanlarından faydalanmalarını sağlamaktır. Dördüncüsü, kaynak etkin bir Avrupa’dır. Kaynak etkin Avrupa’dan kasıt, düşük karbon ekonomisine geçiş, yenilenebilir enerji kullanımını artırmak, ulaşım sektörünü modernize etmek ve enerji verimliliğini teşvik etmektir. Beşincisi, KOBİ’lerin iş çevresini genişleterek, onları küresel düzeyde rekabet edebilecek hale getirmektir. Altıncısı, iş piyasalarını düzenlemektir. Bu düzenleme, iş piyasalarının modernize edilmesi, insanların yetenekleri doğrultusunda gelişmesi ve iş piyasalarına katılımının sağlanması, iş piyasalarındaki arz ve talebin buluşturulması olarak ifade edilmiştir. Yedincisi, Avrupa’da sosyal ve bölgesel birliğin sağlanmasıdır. Avrupa’daki yoksulların ve sosyal açıdan dışlanan insanların onurlu bir şekilde yaşamasını ve toplum içinde yer edinmesini sağlamak, bu birliğin gerekleri içerisinde gösterilmiştir (European Commission, 2010b: 3-4).

Kamu ihaleleri, AB için oluşturulan bu hedeflerle bağlantılandırılmıştır. İlk olarak kamu ihaleleri, iş dünyası için inovasyonu sağlamanın, KOBİ’lerin piyasaya erişiminin, sermayeye erişim ve talep yönlü politikaların geliştirilmesi için bir araç olarak görülmüştür (European Commission, 2010b: 10). AB’nin hedeflerinden bir diğeri, kaynak etkinliği ve düşük karbon ekonomisidir. Bu bağlamda, yeşil kamu ihalelerinin, enerji verimliliğini sağlamak ve karbondioksit emisyonunu azaltmak için AB çapında geniş kapsamlı olarak uygulanması önerilmiştir (European Commission, 2010b: 14).

Gerek Tek Pazar Anlaşması’nda gerekse Avrupa 2020 Stratejisinde sıklıkla vurgulanan, KOBİ’lerin piyasalara erişiminin kolaylaştırılması ve geliştirilmesidir. Avrupa 2020 Stratejisinde, KOBİ’lerin ve KOBİ’ler gibi finansal krizden etkilenen bazı sektörlerin gelişmesini sağlayacak şekilde, modern bir endüstri politikası oluşturulması gerekliliğinden bahsedilmektedir. Modernize edilmiş bir kamu ihale mevzuatı ve rekabet kuralları, bu politikanın gereklerinden

biri olarak görülmüştür (European Comission, 2010b: 15). Kamu ihaleleri, kamu gelirlerinin en etkin şekilde kullanılmasını sağlamalı ve ihale piyasaları AB ortak pazarında üye devletlerin tamamına açık olmalıdır (European Comission, 2010b: 24).

AB Kamu İhale Politikasının Modernleştirilmesine İlişkin Yeşil Kitap’a göre; 2004 tarihli direktifler, şeffaflığı ve ayrımcılığın engellenmesini garanti altına almış ve ekonomik aktörlerin kamu ihale alanındaki temel serbestilerden olabildiğince yararlanmasını sağlamıştır. Ayrıca bu direktifler, çevrenin ve sosyal standartların korunması ve yolsuzluğa karşı mücadele alanında da etkili olmuştur. Fakat günümüzün koşulları gereğince, bu ihale kurallarının sosyal, ekonomik ve politik birtakım amaçları gerçekleştirmek için güncellenmesi ve modernize edilmesi gerekmektedir (European Comission, 2011a: 4).

Bu amaçlardan ilki, kamu harcamalarının verimliliğinin artırılmasıdır. Bu amaç, kamu ihaleleri bakımından “paranın tam karşılığını almak (value for money)” olarak da ifade edilmektedir. Bu amacı gerçekleştirmek için rekabetin artırılması ve daha etkili ihale prosedürlerinin geliştirilmesi gerekmektedir. AB düzeyinde kamu ihale piyasasındaki önemli sorunlardan biri, ihalelere sınır ötesi katılımların düşük kalmasıdır. Bu bakımından daha etkili ihale prosedürlerinin uygulanması, hem tüm ekonomik aktörlere fayda sağlayacak hem de KOBİ’lerin ve sınır ötesi katılımcıların ihale süreçlerine katılımını kolaylaştıracaktır. (European Comisson, 2011a: 4).

İkinci amaç, isteklilerin toplumsal birtakım amaçları gözetmesine izin vermek ve onları desteklemektir. Bu toplumsal amaçlara; çevrenin korunması, kaynak ve enerji verimliliği, iklim değişikliği ile mücadele, inovasyon ve sosyal birleşmeyi teşvik, yüksek kalitede kamu hizmetlerinin oluşumu için gerekli koşulları sağlamak örnek verilebilir. Bu amaç, uzun dönemde kamu harcamalarının verimliliğini amaçlayan ilk amaç ile örtüşecektir (European Comission, 2011a: 5).

Bu belgede, kamu ihalelerinin modernize edilmesini gerektiren diğer sebepler ise: kamu ihaleleri bakımından kayırmacılığın ve yolsuzluğun önlenmesi, Avrupalı girişimcilerin üçüncü ülkelerin ihale piyasalarına erişiminin geliştirilmesi, ihale mevzuatının AB’nin tarafı olduğu çok taraflı anlaşmalara uygunluğunun sağlanması olarak belirtilmiştir (European Comission, 2011a: 5).

2.2.2. 2014/24 EU Sayılı ve 2014/25 EU Sayılı Direktifler

2014/24 EU sayılı Klasik Direktif ve 2014/25 EU sayılı Sektörler Direktifi ile yürürlükten kaldırılan 2004 tarihli direktiflerde, en çok eleştirilen yönler; rekabet ortamının yetersizliği, sınır ötesi isteklilerin ve KOBİ'lerin ihalelere katılımının önünde engeller bulunmasıdır. Dolayısıyla bunların yerine yürürlüğe konulan 2014 tarihli direktifler de, bu sorunların çözümüne yönelik oluşturulmuşlardır. Direktiflerin amaçları; serbest piyasa ekonomisinin işleyişini korumak, üye devletlerin kamu ihale sistemlerini topluluk hukukuyla benzeştirmek, ortak pazarda rekabeti sağlamak, ihalelerin kamu kaynaklarının etkin kullanılarak yapılması, ihalelerin sınır ötesindeki katılımcıların katılımına açık olması ve bunun için de kamu ihale kurallarının topluluk bazında yeknesak bir hale getirilmesi, basitleştirilmesi, esnekleştirilmesi ve modernize edilmesidir (Özkan, 2014: 90). Bu direktifler de kendilerinden önce gelen direktifler gibi, eşik değerlerin üzerindeki kamu ihalelerini kapsamaktadır. Eşik değerler 2014/24 EU sayılı Klasik Direktifin 4. maddesinde mal alımları, hizmet alımları ve yapım işleri için ayrı ayrı belirlenmiştir (European Union, 2014a: 99).

Çizelge 2.1. 2014/24 EU Sayılı Direktife Göre Eşik Değerler³⁹

Yapım İşleri İçin	5.186.000 €
Merkezi İdare Kuruluşları ve Bunlar Gibi Düzenlenen Kuruluşların Mal ve Hizmet Alımları İçin	134.000 €
Yarı-merkezi İhale Kuruluşları ve Bunlar Gibi Düzenlenen Kuruluşların Mal ve Hizmet Alımları İçin	207.000 €
Ek 14'te ⁴⁰ Listelenen Sosyal ve Diğer Hizmetler İçin Yapılan Kamu Hizmeti Sözleşmeleri İçin	750.000 €

Yönergelerin kapsamındaki kamu ihaleleri, yukarıda belirtilen eşik değerlerin üzerindeki ihalelerdir. Fakat daha önce de belirtildiği üzere, ATAD Kararları ve Roma Anlaşmasının hükümleri gereğince, eşik değerlerinin üzerinde olsun veya olmasın, AB üye devletlerinde yapılan kamu ihaleleri Roma Anlaşması'nda belirlenen ihalelerin temel ilkelerine uygun olmalıdır (Benlialper, 2013: 7; Özkan, 2014: 136).

³⁹Bu çizelge Avrupa Parlamentosu tarafından hazırlanan 2014/24 EU sayılı Direktif'ten yararlanılarak yazar tarafından oluşturulmuştur.

⁴⁰Burada bahsi geçen 14 numaralı Ek, 2014/24 EU sayılı direktifin 74.maddesine göre özel birtakım ihale rejimine tabi olan sosyal ve diğer özel bazı hizmetleri listeleyen ektir.

2014/25 EU sayılı Sektörler Direktifi ve 2014/24 EU sayılı Klasik Direktifin, 2004 tarihli direktiflerin oluşturduğu kamu ihale düzeninde getirdiği yenilikleri şu şekilde sıralayabiliriz:

- 2004 tarihli direktiflerde anlam karmaşası yaratan birtakım kavramlar tanımlanarak açıklığa kavuşturulmuştur (Benlialper, 2013: 3; Özkan, 2014: 124). 2004 tarihli direktiflerde, “kamu hukukuna tabi kuruluşlar” kavramı anlam karışıklığına tabi olan kavramlardan biridir (European Comission, 2011a: 10). Bu kavram, 2014 tarihli direktiflerde tanımlanarak açıklığa kavuşturulmuştur. Direktifler içerisinde kullanılan kavramlar, ATAD kararlarına uygun olarak tanımlanmaya çalışılmıştır. 2014 tarihli direktiflerin oluşturulma aşamasında sıklıkla vurgu yapılan “inovasyon” kavramı bu direktiflerde yer almış ve tanımlanmıştır.

- 2014 tarihli direktiflerin kapsamına giren ihale makamları, 2004 tarihli direktiflere göre genişletilmiştir (Benlialper, 2013: 3; Özkan, 2014: 125). AB Kamu Alımlarının Modernleştirilmesine İlişkin Yeşil Kitap’ta (European Comission, 2011a: 10) belirtilen, kamu idaresi ile yakın ilişki içerisinde bulunan veya kamu idaresi gibi hareket eden bağımsız kuruluşlar, 2014 tarihli direktiflerde ihale makamlarının arasına alınmıştır.

- Yönergelerdeki kuralların tamamına tabi olan A tipi hizmet sözleşmeleri ile yönergelerdeki kuralların bir kısmına tabi olan B tipi hizmet sözleşmeleri ayrımı, yeni direktiflerde ortadan kaldırılmış ve her iki sözleşmeler de, yönergelerde ortak kurallara tabi kılınmıştır (Benlialper, 2013: 4; Özkan, 2014: 125).

- Yönergelerde, sağlık, eğitim ve sosyal hizmetler alanında yapılan kamu ihalelerine ilişkin kurallar daha esnek hale getirilmiştir (Benlialper, 2013: 4; Özkan, 2014: 125).

- Yönergelerin kapsamından istisna tutulan ihaleler, AB’nin tarafı olduğu uluslararası anlaşmalara uygun hale getirilmiştir (European Comission, 2011a: 9; Benlialper, 2013: 4; Özkan, 2014: 125).

- İhale süreçlerindeki bürokrasiden kaynaklanan katı kurallar kaldırılmıştır (Benlialper, 2013: 5; Özkan, 2014:127).

- Pazarlık usulü ile kamu alımının uygulanabileceği haller, önceki sektörler direktifine göre artırılmıştır (Benlialper, 2013: 5; Özkan, 2014: 127)

- Yeni kamu ihale usulü olarak rekabetçi pazarlık usulü ve inovasyon ortaklığı usulü getirilmiştir (Benlialper, 2013: 5; Özkan, 2014: 127). Rekabetçi pazarlık usulü⁴¹; ihale makamı tarafından talep edilen ve önceden ihale dokümanlarında belirtilmiş olan kriterleri sağlayan herhangi bir ekonomik operatörün, rekabet ortamında ihaleye katılabilesini ifade eden usuldür (European Union, 2014a: 110; European Union, 2014b: 299)⁴². İnovasyon ortaklığı usulünde ise amaç, inovatif bir ürün, hizmet veya yapıım işi geliştirmektir (European Union, 2014a: 112; European Union, 2014b: 300).⁴³

- İhalelerin, elektronik ortamda uygulanabilir hale gelmesini sağlayacak düzenlemeler getirilmiştir (Benlialper, 2013: 5; Özkan, 2014: 126). İhale sürecinin elektronik ortama aktarılmasına, hem ihale sisteminin maliyetlerini düşürmesi ve hem de bürokrasinin azaltılması öngörüsünden hareketle, AB tarafından özel önem atfedilmektedir (Sahilyol, 2012). Ayrıca elektronik ihale ya da e-ihalenin; birer yönetim prensipleri olan şeffaflığı, hesap verebilirliği, rekabeti ve eşitliği sağlayacağı belirtilmektedir (Khorana, Boucher & Kerr, 2015: 305).

- 2004 tarihli direktiflerde yer alan dinamik ihale sistemi⁴⁴, bu sistemin tüm avantajlarından yararlanabilmek için, 2014 tarihli direktiflerde yeniden düzenlenmiş ve sadeleştirilmiştir. Bu sistem, ihale makamının, daha fazla teklif alıp değerlendirebilmesini sağlayacak ve bu sayede kamu kaynaklarının rekabet ortamı içerisinde optimal düzeyde kullanılmasını sağlayacaktır (European Union, 2014a: 115).⁴⁵

- 2014/24 EU sayılı Klasik Direktif ile ATAD kararlarına uygun olarak, “kamu-kamu işbirlikleri” yönergeler kapsamı dışında bırakılmıştır (Özkan, 2014: 142). Kamu-kamu işbirlikleri (public-public cooperation); ihale makamının bir kamu hizmetini kendi kaynakları ile yerine getirmesi veya başka ihale

⁴¹ Rekabetçi pazarlık usulü, Türkiye’nin kamu ihale mevzuatında bulunmamaktadır (Özkan, 2014: 128).

⁴² 2014/24 EU sayılı Direktif madde 29 ve 2014/25 EU sayılı Direktif madde 48.

⁴³ 2014/24 EU sayılı Direktif madde 31 ve 2014/25 EU sayılı Direktif madde 49.

⁴⁴ Dinamik alım sisteminin Türkiye’deki düzenlenişi, 4734 sayılı Kanun’un ek 4. maddesinde düzenlenmekte olup ilerleyen başlıklarda incelenecektir.

⁴⁵ 2014/24 EU sayılı Direktif Paragraf 63.

kuruluşlarıyla işbirliği oluşturarak yerine getirmesidir. Bu durumlarda, AB İhale Direktifleri uygulanmaz (European Comission, 2011b: 5).

- Direktiflerle getirilen yeniliklerden bir tanesi de, AB ekonomisi bakımından çok önemli olan KOBİ'lerin, kamu ihale sistemine erişebilmesinin kolaylaştırılmasıdır (Benlialper, 2013: 10; Özkan, 2014: 145). KOBİ'ler, AB ekonomisinde önemli iş imkanları yaratma, büyüme ve inovasyonun sağlanması bakımından önemli bir yere sahiptir. KOBİ'lerin kamu ihale sistemine dahil edilmesi, ihale makamlarına ulaşacak olan teklif potansiyelini yükseltecek ve kamu ihaleleri için geniş bir rekabet ortamının yaratılmasında etkili olacaktır. Bu sebeple, KOBİ'lerin kamu ihale sistemine katılımının kolaylaştırılması için ihale hukukunda, sözleşmecinin seçimi aşamasında istekliler tarafından yerine getirilmesi gereken idari yükler, KOBİ'ler bakımından azaltılmıştır. Buna örnek olarak; sözleşmecinin seçiminde, KOBİ'lerin seçilme kriterlerini sağlayabilmeleri için, bilgi ve yeterlilikleri hakkında özet niteliğinde beyanat vermelerinin yeterli kabul edilmesi ve seçim kriterlerinden olan mali durum bakımından, KOBİ'lere birtakım avantajlar sağlanması verilebilir (European Comission, 2011a: 28).

- AB'de yeşil alıma verilen önem çerçevesinde, ihaledeki tekliflerin değerlendirilmesinde, yalnızca teklif edilen bedel değil, alımı yapılacak olan mal veya hizmetin veya yapım işinin sosyal ve çevresel etkileri değerlendirilecek ve AB'nin taraf olduğu sosyal ve çevresel sözleşmelere uymayan teklif sahipleri ihale dışı tutulabilecektir (Benlialper, 2013: 13; Özkan, 2014: 144-145).

- AB Kamu İhale Direktifleri, sözleşmenin uygulanmasından önceki aşamaları düzenlemekte, sözleşmelerin uygulanması evresindeki işlemler üye devletlerin kendi mevzuatları ile çözümlenmektedir. Yeni direktifler ile sözleşmede yapılacak değişikliklere ilişkin düzenleme yapılmıştır (Benlialper, 2013: 9; Özkan, 2014: 142-143; Akdoğan, 2015: 71). Bu düzenlemeye göre; sözleşmede yapılabilecek değişiklikler, başlangıçtaki ihale dokümanında öngörülmüş olmalıdır. Bu değişiklikler, sözleşme bedelinin revize edilmesi veya diğer alternatifler ve sözleşmeci tarafından önemli görülen ek iş, hizmet veya mal temini durumunda mümkündür. Fakat yapılan değişiklikler, sözleşmenin veya çerçeve sözleşmenin doğasını bütünüyle değiştirecek nitelikte olamayacaktır (European Union, 2014a: 136; European Union, 2014b: 324).⁴⁶

⁴⁶ 2014/24 EU sayılı Direktif madde 72 ve 2014/25 EU sayılı Direktif madde 89.

- Yeni direktifler ile kamu ihale sistemlerine AB devletlerinin katılmalarına izin vermeyen veya AB ile kamu ihaleleri ile ilgili bir anlaşması olmayan veya AB'nin taraf olduğu kamu ihalelerini ilgilendiren uluslararası anlaşmalara taraf olmayan devletlerin, AB kamu ihalelerine katılımının kısıtlanmasına ilişkin düzenleme yapılmıştır (Benlialper, 2013: 11; Özkan, 2014: 152-153).

- Yeni direktifler ile ihale makamlarına, sözleşmenin yerine getirilmesine ilişkin özel koşullarda değişiklik yapabilme imkanı getirilmiştir (Akdoğan, 2015: 71). Bu koşullar, sözleşmenin konusu ile ilgili olmalı ve ihale dokümanı veya ihale ilanında belirtilmiş olmalıdır. Bu koşullar, ekonomik, inovasyonla ilgili, çevresel, sosyal ve istihdamla ilgili içerikte olabilir (European Union, 2014a: 135; European Union, 2014b: 323).⁴⁷

- 2014 tarihli yeni direktiflerle getirilen bir başka yenilik ise, üye devletlerin ihale makamlarına, ulusal hukuklarına uygun koşullar altında, sözleşmeyi sona erdirmeye imkanı verilmesidir (Akdoğan, 2015: 72). İhale makamları; sözleşme yeni bir ihale prosedürünü gerektirecek bir değişikliğe konu olmuşsa, sözleşmecinin direktifin (2014/24 EU) 57. maddesindeki durumlardan birinde bulunması sebebiyle ihale prosedürünün dışında bırakılması gerekiyorsa ve sözleşmecinin, ATAD tarafından belirtilen usulde bu direktif ve anlaşmaların yükümlülüklerini ihlal etmesi nedeniyle sözleşmenin kendisine verilmemesi gerektiği durumlarda, sözleşmeyi feshedebilecektir (European, 2014a: 138; European Commission, 2014b: 325).⁴⁸

2.2.3. İhtilaf Direktifleri

Bu direktifler, mal ve hizmet alımı veya yapım işleri ihalelerinin düzenlendiği klasik direktifin uygulanmasına ilişkin ihtilafları düzenleyen 89/665 EEC sayılı direktif (European Communities, 1989: 33) ve su, enerji, ulaştırma ve telekomünikasyon sektörlerinin ihalelerinin düzenlendiği sektörler direktifinin uygulanmasına ilişkin ihtilafları düzenleyen 92/13 EEC sayılı direktiftir (European Communities, 1992: 14). 89/665 EEC sayılı Direktif, 30Aralık 1989 tarihinde Avrupa Toplulukları Resmi Gazetesi'nde yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. 92/13 EEC sayılı Direktif de, yine 23 Mart 1992 tarihinde AB Resmi Gazetesi'nde

⁴⁷ 2014/24 EU sayılı Direktif madde 70 ve 2014/25 EU sayılı Direktif madde 87.

⁴⁸ 2014/24 EU sayılı Direktif madde 73 ve 2014/25 EU sayılı Direktif madde 90.

yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu direktifleri yeniden düzenleyerek, direktiflere önemli yenilikler getiren 2007/66 EC sayılı Direktif, 89/665 EEC sayılı ve 92/13 EEC sayılı direktiflerdeki denetim usullerinin etkililiğini artırmak amacını taşımaktadır (European Union, 2007: 31). Bu direktif de, 20 Aralık 2007 tarihinde AB resmi gazetesinde yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

Üye devletler, AB İhtilaf Direktiflerindeki düzenlemeleri kendi ulusal hukuklarına nasıl aktaracakları konusunda, iki zorunluluğu yerine getirmek kaydıyla, serbesttirler. İhtilaf direktifleri, üye devletlerin şu iki zorunluluğu yerine getirmelerini istemektedir (OECD, 2000: 10):

- Üye devletler ulusal hukuklarında kamu ihalelerini düzenlerken, AB'nin kamu ihaleleri alanında oluşturmuş olduğu direktiflerdeki amaçlara uygunluğu sağlamalıdır.

- Üye devletler denetim organları oluşturmalıdır.

Ülkeler, kamu hukuku-özel hukuk ayrımında durdukları noktaya göre, kamu ihalelerinin ihtilaflarına ilişkin iki çözüm yolu benimseyebilmektedirler (OECD, 2010: 10):

- İhale sürecinde yasalara aykırı olan bir işlemin idari mahkemelerde ertelenmesi veya iptal edilmesi.

- Yasalara aykırı bir işlem ya da karar sonucunda mağdur olan isteklinin uğradığı zararlarının tazmininin genel hukuk mahkemelerinde yapılması.

Bu bakımdan AB üyesi devletlerde, denetim sistemleri farklıdır (Akdoğan, 2015: 81). Üye devletler arasındaki bu farklılıklara, AB üyesi devletlerde kamu ihale sözleşmelerinin hukuki rejiminin incelendiği başlıkta değinilecektir.

2007/66 EC sayılı Direktif ile ihalenin denetimine ilişkin iki önemli düzenleme yapılmıştır.⁴⁹ Bu düzenlemelerden ilki ihale işlemlerinin sonuçlanması

⁴⁹ Bu düzenlemelere geçmeden önce belirtmek gerekir ki; 2007/66 EC sayılı Direktifte, 89/665 EEC sayılı Direktifin hükümlerinde yapılan değişiklikler ile 92/13 EEC sayılı Direktifin hükümlerinde yapılan değişiklik sırayla incelenmiştir. Fakat yapılan değişiklikler her iki direktifte de aynı maddelere karşılık gelmektedir. Bu sebeple çalışmamızın bu başlığı altında 2007/66 EC sayılı Direktife yapılan atıflarda, Direktifte ilk

ile sözleşmenin imzalanması arasında bir askı süresinin belirlenmesidir (Akdoğan, 2015: 78). İhalenin sonuçlandığı, teklif sahiplerine ve adaylara faks veya elektronik iletişim araçlarıyla gönderilmişse 10 gün; diğer iletişim araçlarıyla gönderilmişse 15 gün; ihale kararının istekli ve adaylara tebliğ edilmesinden itibaren 10 gün beklenilmeden sözleşme imzalanamamaktadır.⁵⁰ Bu süreler askı süresi olarak değerlendirilmektedir (European Union, 2007: 37). Üye devletler bu askı sürelerini, direktifte belirtilen sürelerin üzerinde belirleyebilecek; fakat bu sürelerin altında belirlemeyecektir (European Union, 2007: 32). Sözleşme ile ilgili kişiler veya ihlal dolayısıyla zarar görme riski altındaki kişiler⁵¹ (European Union, 2007: 35), ihale kararına ilişkin şikayette bulunabilecektir. İhale kararı ile ilgili bir şikayet olursa askı süresi, denetimi yapacak olan makam şikayet hakkındaki kararını vermeden bitmeyecektir (European Union, 2007: 33).

Bu düzenlemelerden bir diğeri, sözleşmenin hükümsüzlüğü ve alternatif ceza düzenlemesidir. 2007/66 EC sayılı Direktife göre, ihale kararının klasik ve sektörel direktiflere göre AB Resmi Gazetesinde ilan edilmesi gereken ihaleler bakımından ilan yapılmadan ihale kararı verilmesi halinde; minimum askı sürelerinin beklenmeden sözleşmenin imzalanması halinde; sözleşme öncesi aşamada gerçekleşen direktiflere aykırılık dolayısıyla teklif sahiplerinden birinin ihaleyi kazanma şansının ortadan kalkması durumunda, sözleşmenin geçersizliği söz konusu olacaktır. Denetim makamının yukarıdaki hallerde sözleşmeyi hükümsüz kılma yetkisi vardır; fakat, denetim makamı yaptığı inceleme sonrasında, genel kamu yararına ilişkin sebeplerin ağır bastığı kanaatine varırsa, sözleşmenin sürdürülmesine ve alternatif cezaların verilmesine hükmedebilecektir⁵² (European Union, 2007: 38). Alternatif cezalar; idareye para cezası verilmesi ve ihale süresinin kısaltılması olabilir⁵³. Sözleşmenin hükümsüzlüğü iddiası, ihalenin sonuçlandırılması ilanının, AB Resmi Gazetesinde yayınlanmasını izleyen günden itibaren 30 gün içinde veya her halde ihalenin sonuçlandırılmasından itibaren 6 ay içinde ileri sürülebilmektedir⁵⁴ (European Union, 2007: 39).

sırada yer verilen 89/665 EEC sayılı Direktifte yapılan değişikliklerin yer aldığı sayfalar kullanılmıştır.

⁵⁰ 2007/66 EC sayılı Direktif madde 2a.

⁵¹ 2007/66 EC sayılı Direktif madde 1.

⁵² 2007/66 EC sayılı Direktif madde 2d.

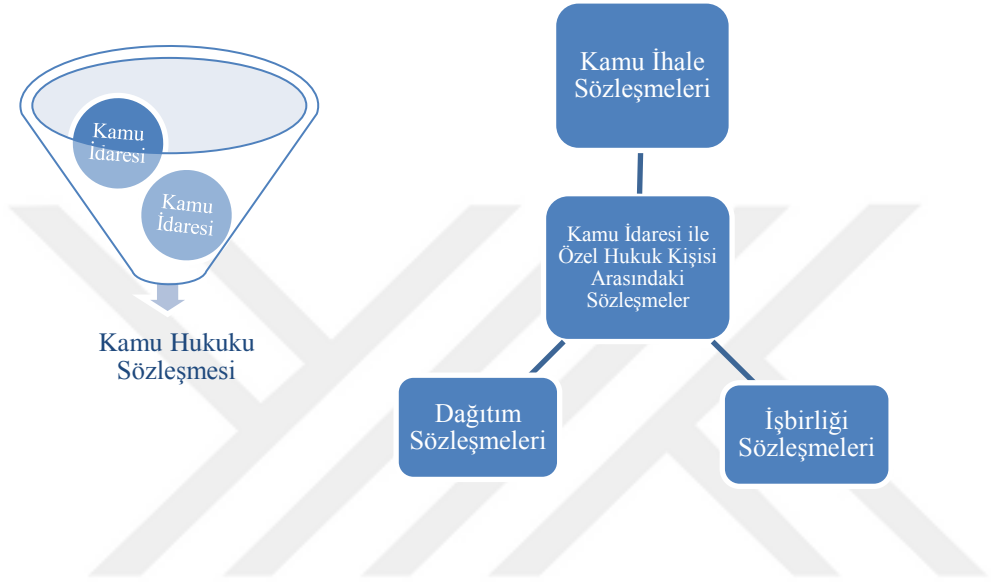
⁵³ 2007/66 EC sayılı Direktif madde 2e.

⁵⁴ 2007/66 EC sayılı Direktif madde 2f.

İhtilaf Direktifleri kamu ihale sözleşmelerinin, sözleşme öncesindeki aşamalarında oluşabilecek hukuka aykırılıklara karşı denetim mekanizması oluşturmuştur. Yukarıda ifade edilen iki temel zorunluluğu gerçekleştirmek kaydıyla, üye devletler bu denetim mekanizmasını kendi ulusal hukuklarında nasıl kuracakları konusunda serbestiye sahiptirler. Kamu ihale sözleşmelerinin sözleşme sonrası aşamasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar, bu ihtilaf direktiflerinin dışındadır. Keza sözleşme sonrasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar hakkında - 2014 tarihli ihale direktiflerinde sözleşme sonrası aşamaya ilişkin birtakım düzenlemelere yer verilmesine rağmen- AB düzeyinde özel bir düzenleme bulunmadığından; bu uyuşmazlıkların çözümü üye devletlerin ulusal hukukları çerçevesinde gerçekleşmektedir (Akdoğan, 2015: 92). Bu bağlamda AB üyesi devletlerde kamu ihale sözleşmelerinin hukuki rejimi ve buna bağlı olarak sözleşme sonrası ihtilafların hangi yargıya tabi olduğu bir alt başlık altında incelenmiştir.

2.3. Avrupa Birliği Üye Devletlerinde Kamu İhale Sözleşmelerinin Hukuki Rejimi

AB üye devletlerinde kamu ihale sözleşmelerinin hukuki rejimi konusunda, üye devletler arası bir birliğe varılmış değildir. Kamu idarelerinin, bir başka kamu idaresi ile yapmış olduğu sözleşmeler kamu hukuku sözleşmeleri olarak kabul edilmekle birlikte, kamu idarelerinin bir özel hukuk kişisi ile yaptığı sözleşmelerin özel hukuk-kamu hukuku ayrımında konumlandırılması, ülkeler arasında farklılık göstermektedir (Akdoğan, 2015: 108).



Şekil 2.1. Kamu İdaresinin Yaptığı Sözleşmeler⁵⁵

Kamu idaresinin özel hukuk kişisi ile yaptığı sözleşmeler; kamu idaresinin özel hukuk kişisinden mal, hizmet ve yapım işi temin ettiği kamu alımı ya da kamu ihale sözleşmeleri, “işbirliği anlaşmaları” ve “dağıtım sözleşmeleri” olmak üzere 3 farklı tür oluşturabilmekte ve bunlar AB üyesi devletlerde, özel hukuk-kamu hukuku ayrımında farklı konumlandırılmaktadır (Akdoğan, 2015: 108).

Fransa’da, Akdoğan’ın (2015: 109) belirttiği üzere, bir kamu tüzel kişininin özel sektörden mal, hizmet ve yapım işi alımı yaptığı sözleşmeler, idari sözleşme kategorisinde değerlendirilmektedir. Fransız Danıştay’ı olarak görülen “Conseil d’Etat” kararlarında bu değerlendirme yapılmıştır. Hatta daha da ileri gidilerek, yalnızca bir kamu tüzel kişisi tarafından özel kişi ile yapılan kamu alım sözleşmeleri değil; özel kişi tarafından kamu tüzel kişi nam ve hesabına, başka bir özel kişiyle yapılan sözleşmeler dahi idari nitelikte görülmektedir (Uz, 2010: 13).

Fransa’da, AB çapında oluşturulan tüm ihale direktifleri ulusal hukuka aktarılmıştır (Public Procurement Network, 2010: 59). Fransa’da kamu ihalelerini

⁵⁵ Bu şekil, Muzaffer Akdoğan’ın 2015 yılında basılan “Avrupa Birliği Kamu Alımlarında Sözleşme Sonrası İhtilafların Çözüm Yolları ve Türkiye Uygulaması” adlı kitabının 108. sayfasından yararlanılarak yazar tarafından oluşturulmuştur.

düzenleyen iki temel metin vardır. Bunlar: Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu (Public Procurement Contract Code) ve 2005-649 numaralı Kanundur (Ordinance). Kamu ihale sözleşmelerinin denetimi prosedürü, içtihat hukuku şeklinde gelişmiştir (OECD, 2010: 18) ve bu içtihat hukukunu oluşturan Conseil d'Etat' dır (Public Procurement Network, 2010: 74).

Fransa'da kamu ihale işlemlerinin denetimi, ilk aşamada mahkemede ve tek hakim tarafından yapılmaktadır. Hakim bu denetimde, ihalenin ilan ve rekabet koşullarını yerine getirip getirmediği hususlarına yoğunlaşmaktadır. Bu sayede hakim, ihale dışı bırakılan isteklilerin ihale dışı bırakılmasının sebeplerini inceleyebilmektedir. Bu inceleme neticesinde verilen karar temyiz edilebilmektedir. Temyiz mercii olarak, Fransız Danıştay'ı olarak adlandırılan Conseil d'Etat inceleme yapmaktadır. Kamu ihale süreçlerinin denetiminde, sözleşmenin tarafları, sözleşme ile ilgili olan üçüncü kişiler, sözleşmenin iptal edilmesi veya ihalenin yapılması sırasındaki işlemler ile ilgili olan yargı mensupları ve bu işlemlerle ilgili olan sıradan kişiler, ihale süreçlerindeki işlemlerden dolayı sözleşmenin geçersizliğini ileri sürme hakkına sahiptir. İkinci denetim usulü, Conseil d'Etat tarafından içtihat hukuku içerisinde geliştirilen denetim prosedürüdür. Bu prosedürde, ihale süreçlerindeki işlemlerden dolayı sözleşmenin iptalini ileri sürebilecek olanlar, yalnızca ihaleye katılması uygun bulunmayan adaylar ve ihaleyi kazanamayan isteklilerdir (Public Procurement Network, 2010: 71-74).

Bir başka AB üyesi olan **İngiltere'de** ise, kamu ihale sözleşmeleri özel hukuk sözleşmesi kabul edilmektedir (Akdoğan, 2015: 115). 1980 sonrasında ortaya çıkan neo-liberal akımın, kamu ihaleleri üzerinde de önemli etkisi olmuştur. Kamu ihalelerinde rekabet, maliyetlerin azaltılması ve paranın tam karşılığını almak düşüncesi temel amaç haline gelmiştir. 1990'ların sonlarından itibaren ise rekabetten daha çok işbirliği, uzun dönemde verimliliği sağlamak için birlikte çalışma gibi değerler ön plana çıkmış; fakat bu değerlerin ön plana çıkması, kamu ihaleleri bakımından maliyetlerin azaltılması düşüncesinden vazgeçilmesine de sebep olmamıştır (Pickernell, Kay, Packham ve Miller, 2011: 643). İngiltere'de kamu ihaleleri konusunda şu anki politika ise, 1980 sonrasında ortaya çıkan bu politikaların karışımı niteliğindedir. Mevcut durumda kamu ihalelerinin kapsamlı sosyoekonomik gerekleri, yerel ve bölgesel gelişme ve inovasyon; paranın tam karşılığını almak düşüncesinin hakimiyetine zarar vermeksizin önemini korumaktadır (Pickernell et. al., 2011: 644).

İngiltere, AB üyelik sürecinden itibaren kamu ihaleleri konusunda oluşturulan direktifleri kendi hukuk sistemine aktarmıştır. Kamu ihaleleriyle ilgili yasal çerçevenin oluşturulması ve ihale politikasının belirlenmesinde yetkili kurum, bağımsız bir kuruluş olan Devlet Ticaret Bürosu'dur (The Office of Government Commerce) (OGC)⁵⁶ (Public Procurement Network, 2010: 227). İngiltere'de kamu ihaleleri, kamu sözleşmeleri düzenlenmeleri ile düzenlenmekte ve bu düzenlemelerle, AB kamu ihale direktifleri ulusal hukuka aktarılmaktadır. Bu düzenlemeler sadece İngiltere'de değil, Galler ve Kuzey İrlanda'da da uygulanmaktadır. İngiltere'nin kamu ihaleleri ile ilgili özel bir kanunu yoktur. Kamu ihaleleri, "rekabet aracılığıyla paranın tam karşılığını almak" ilkesini hedefleyen bir devlet ihale politikası çerçevesinde düzenlenmektedir (Public Procurement Network, 2010: 228). İngiltere'de kamu ihale sisteminin denetimi ulusal mahkemelerde yapılmaktadır. Kamu ihale süreçlerinde yapılan işlemlerin, kamu ihale düzenlemelerine aykırılığı dolayısıyla zarara uğrayan ya da uğrama ihtimali olan teklif sahipleri, bu mahkemelere başvurabilmektedirler. Kamu ihale işlemlerindeki hukuka aykırılıklara ilişkin yargılama, ulusal mahkemelerde genel mahkemelere (idari mahkeme olmayan)⁵⁷ ilişkin kurallara göre yapılmaktadır. Bu mahkemeler, ihale süreçlerini askıya almak, ihale makamının hukuka aykırı kararlarını iptal etmek ve ihaleden dolayı oluşan zararların tazminine karar vermek dahil bütün gerekli yetkileri taşımaktadırlar (OECD, 2000: 29). Ulusal mahkeme kararları neticesinde, aykırılığın giderilmediğini ileri süren iddia sahipleri temyiz mahkemesine (Court of Appeal) başvurabilmektedir. Temyiz Mahkemesi kararına karşı da, Yüksek Mahkeme'ye (Supreme Court) başvurulabilmektedir. Sözleşme öncesi aşamadaki işlemlere ilişkin olarak yapılan denetimde, 2007/66 EC sayılı İhtilaf Direktifi esas alınmıştır (Public Procurement Network, 2010: 231-232).

İngiltere'de adli yargı ve idari yargı ayrımı benimsenmemiş olduğu için sözleşme öncesinde ihale işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar da, sözleşmenin kurulmasından itibaren sözleşmenin uygulanması ile ilgili ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar da, genel hukuk mahkemelerinde yapılmaktadır. Bu durum, İrlanda gibi İngiliz hukuku etkisi altındaki ülkelerde de görülmektedir (Akdoğan, 2015: 83).

⁵⁶The Office of Government Commerce (OGC) kurumunun Türkiye' de bir karşılığı bulunmadığından, yazar tarafından Türkçe'ye "Devlet Ticaret Bürosu" olarak çevrilmiştir.

⁵⁷ Bu çalışma içerisinde "genel mahkeme" olarak bahsedilen mahkemeler, adli yargı mahkemelerini (hukuk ve ceza mahkemeleri) ifade etmek üzere kullanılmıştır.

İngiltere’de kamu ihale sistemi, AB Kamu İhale Direktifleri esas alınarak oluşturulmuştur. Bu direktiflerdeki kuralların ulusal hukuka aktarılmasındaki amaç, Avrupa tek pazarı politikası gereğince, kamu ihale piyasalarını yabancı isteklilere açmaktır (Braun, 2003: 576). İngiltere’de 1990’lı yıllarda, Özel Finans Girişimi⁵⁸ (Private Finance Initiative) (PFI) adı altında, ticari karaktere sahip bir metot olarak klasik kamu alım metotlarından farklı bir kamu alım metodu geliştirilmiştir. Bu metotta, kamu hukukunun katı ve sert kurallarının, kamu ihaleleriyle ilgili bazı zor ve karışık işlemlere uygun olmadığı gerekçesiyle, işletme benzeri bir yaklaşım hakimdir (Braun, 2003: 583). Bu yaklaşıma göre, kamu otoriteleri kamu ihale masraflarını azaltmaya çalışmakta; fakat verimli ihale metotlarını kullanamamaktadır. En etkili ihale metotları, kamu otoritelerinin ticari durumunda yaşanan önemli değişiklikler sayesinde ortaya çıkmakta; fakat bu değişiklikler, ihalelerin yasal çerçevesi üzerinde etkili olmamaktadır. Uygulayıcılar tarafından, ihale hukukunun, PFI ihaleleri bakımından bir yük oluşturduğu ve bu yüzden PFI ihalelerinin geliştirilmesi gerekliliği savunulmaktadır (Braun, 2003: 598).

Türkiye’nin sınır komşusu ve AB üyesi **Yunanistan**’da ise, diğer AB üye devletlerinde olduğu gibi AB kamu ihale direktifleri ulusal mevzuata aktarılmıştır (Public Procurement Network, 2010: 87). Yunanistan’da idari sözleşmeler konusunda Fransız hukuku etkili olmuştur. İdari sözleşmelerde, sözleşme öncesi aşamada Danıştay denetimi söz konusu iken; sözleşmenin yürütülmesinden doğan uyuşmazlıkları Yargıtay denetlemektedir ve Yargıtay bu sözleşmelerin bazılarının kamu hukukuna tabi olmadığını belirtmektedir (Akdoğan, 2015: 110-111). Kamu ihale sözleşmeleri, Yunanistan’da özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmektedir (Akdoğan, 2015: 115).

Bir diğer AB üyesi devlet olan **İtalya**’da, idare, kamu alım sözleşmesi yaparken karşı taraf ile eşit kabul edilmekte, sözleşme süresince kamu yararına çok önem verilmekte; fakat sözleşmenin uygulanması sırasında bazı durumlar haricinde özel hukuk kuralları uygulanmaktadır (Akdoğan, 2015: 112). AB ihale direktifleri “Mal, Hizmet ve Yapım İşlerine İlişkin Kamu Sözleşmeleri Kanunu” ile ulusal hukuka aktarılmıştır. AB üyesi devletlerin kamu ihale sistemlerinin karşılaştırmalı olarak incelendiği bir araştırmada, İtalya’da sözleşme öncesi (pre-

⁵⁸ “Private Finance Initiative” kavramı Türkçe’ye yazar tarafından “Özel Finans Girişimi” olarak çevrilmiştir.

contractual review) ve sözleşme aşamasındaki (contractual review) denetimin idari yargılamaya tabi olduğu belirtilmiştir. Fakat sonrasında sözleşme aşamasındaki denetim, denetim sonucunda sözleşmenin hükümsüzlüğüne karar verebilme ve kamu yararının ağır bastığı hallerde ise alternatif cezalara (idari para cezası veya ihale süresinin kısaltılması) hükmedebilme olarak ifade edilmiştir (Public Procurement Network, 2010: 101-109). Bu ifadelerden, AB'nin 2007/66 EC sayılı İhtilaf Direktifine atıf yapıldığı anlaşılmaktadır. Bir önceki başlıktan hatırlanacağı üzere, ihale süreçlerinde hukuka aykırılık dolayısıyla sözleşmenin hükümsüzlüğüne; kamu yararının ağır basması sebebiyle sözleşmenin devam etmesi gerekliliği durumlarında ise alternatif cezalara hükmedilmesi, 2007/66 EC sayılı İhtilaf Direktifleri ile getirilen düzenlemelerdir. Bu sebeple, sözleşme aşamasında yapılan denetimden bahsedilmekte ise de, yapılan denetim zaman bakımından sözleşme aşamasında gerçekleşebilmekte; fakat denetimin konusunu yine sözleşme öncesi aşamadaki işlemler oluşturmaktadır.

İtalyan ihale piyasasında, kamu alımlarının alıcı tarafında; merkezi devlet, üniversiteler, yerel yönetimler ve sağlık kuruluşları yer almaktadır. Tedarikçiler kısmında ise daha önceden ihale dokümanlarında ilan edilen niteliklere sahip tedarikçiler yer almaktadır. AB ihale direktiflerinde düzenlenen e-ihale sistemine İtalya'da çok önem verilmiş ve İtalya, bu sistemi Avrupa ülkeleri içerisinde uygulamaya koyan ilk ülkelerden olmuştur. İtalya'da kamu ihale piyasasındaki işlemler, elektronik ortama aktarılmış ve bu süreçlerin hukuka uygunluğu ve şeffaflığı e-imza sistemi ile garanti altına alınmıştır (Albano, Russo, Castaldi & Zampino, 2015: 234-235). Yeterli niteliklere erişen tedarikçiler⁵⁹, sunabilecekleri mal ve hizmeti finansal koşulları ile birlikte, açık bir platform olan e-ihale piyasasında listelemektedirler. Kamu alımı iki yöntemle yapılmaktadır. Bunlardan ilki olan “Fiyat Teklifi Talebi (Request for Quotation)”nde⁶⁰, ihaleyi yapacak olan kuruluş, aranan niteliklere sahip tüm isteklileri teklifleri vermeye davet eder ve ihale hem para hem de nitelik veya kalite bakımından en iyi teklif sahibine verilir. Bu ihale sistemi, rekabeti ön planda tutan ve paranın tam karşılığını almayı hedefleyen bir sistemdir. İkinci yöntem olan “Direkt Alım

⁵⁹ Tedarikçiler için yeterlilik düzeyi belli başlı bazı suçlardan mahkum olmamaya indirgenmiştir (Albano et.al., 2015: 235).

⁶⁰ Fiyat Teklifi Talebi (Request for Quotation): İtalya'da kullanılan e-ihale araçlarından ilkidir (Albano et.al., 2015: 231). “Request for Quotation” kavramı, “Fiyat Teklifi Talebi” şeklinde yazar tarafından Türkçe'ye çevrilmiştir.

(Direct Purchasing)”da⁶¹ ise, ihaleyi yapacak olan kuruluşlar, e-ihale piyasasında tedarikçiler tarafından listelenmiş olan mal ve hizmetlerin, belirtilen teknik ve finansal koşullarda alımını yapmaktadır. Bu ihale yöntemi daha çok düşük değerli ihalelerde kullanılmaktadır (Albano et. al., 2015: 235).

Almanya’da, AB ihale direktiflerinden 2004/18 EC sayılı Klasik Direktif ve 2007/66 EC sayılı İhtilaf Direktifi, “Rekabetin Engellenmesine Karşı Kanun (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen)” ve “Kamu Sözleşmelerinin İhale Edilmesine İlişkin Düzenleme (Vergabeverordnung)” ile ulusal hukuka aktarılmıştır. 2004/17 EC sayılı Sektörler Direktifi’nin, ulusal hukuka aktarılması için de “Sektör Düzenlemesi” oluşturulmuştur. Sektörler düzenlemesiyle ilgili, ihalelerdeki sorumluluk belediyeler, yerel kuruluşlar ve topluluklardan oluşan yerel otoritelere aktarılmıştır. Almanya’da ihalelerin denetim sistemi federal ve eyalet düzeyindeki Kamu İhale Odaları ve temyiz mahkemesi tarafından yerine getirilmektedir (OECD, 2000: 22). Kamu İhale Odaları idari kuruluşlardır. Temyiz mahkemesi ise yargılama sürecinin bir parçasını oluşturur. İhaleler, işlem maliyeti ve ihale prosedürleri bakımından, federal ve eyalet düzeyinde mahkemeler tarafından denetlenmektedir. Kamu İhale Odaları, ihalenin hükümsüzlüğüne karar verebilir; ancak ihale sözleşmesinin sonuçlanması sonrasındaki tazminat işlemlerine hükmetmeye genel hukuk mahkemeleri yetkilidir (Public Procurement Network, 2010: 81-85). Almanya’da kamu ihale sözleşmeleri özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmektedir (Akdoğan, 2015: 115). Nitekim sözleşme sonrası uyuşmazlıklara genel hukuk mahkemelerinin bakacak olması da, bu sözleşmelerin özel hukuk kurallarına tabiiyetini ifade etmektedir.

Avusturya’da, AB ihale direktiflerinden klasik ve sektörler direktifleri, ulusal hukuka aktarılmıştır. Avusturya’da da Almanya’daki gibi, ihale süreçlerini denetlemek üzere federal, eyalet ve yerel düzeyde bağımsız idari denetim organları mevcuttur. Haksız yere ihale dışında bırakıldığını düşünen kişi, ihale süreçlerinin incelenmesi için bu denetim organlarına başvurabilmektedir. Bu denetim organlarının, ihale makamının hukuka aykırı olan ihale işlemlerini iptal etme yetkisi vardır. Sözleşme aşamasında da, ihale sürecindeki hukuka aykırı işlemlerden dolayı denetim organlarının 2007/66 EC sayılı AB İhtilaf Direktifi çerçevesinde sözleşmeyi hükümsüz kılma yetkisi vardır. Sözleşme sonrasındaki

⁶¹ Direkt Alım (Direct Purchasing): İtalya’da kullanılan e-ihale araçlarından ikincisidir (Albano et.al., 2015: 231). “Direct Purchasing” kavramı, “Direkt Alım” şeklinde yazar tarafından Türkçe’ye çevrilmiştir.

uymazlıklar, genel hukuk mahkemelerinin yargı yetkisindedir (Public Procurement Network, 2010: 1-4). Avusturya’da sözleşmenin yapılmasından önceki işlemler, sözleşmenin uygulanmasından ayrılmaktadır. Sözleşmenin uygulanması özel hukuk kurallarına tabidir (Akdoğan, 2015: 114).

İspanya’da, AB klasik ve sektörler ihale direktifleri ile ihtilaf direktifi, İspanyol ulusal hukukuna 30/2007 sayılı Kanun ile aktarılmıştır. İspanya’da, kamu ihale sisteminin denetimi, iç kontrol ve dış ve bağımsız kontrol olmak üzere iki şekilde yapılmaktadır. İç kontrolde, kamu görevlileri tarafından ihale sözleşmesinin bedelini karşılamaya yetecek bütçe olup olmadığı incelenmektedir. Dış ve bağımsız kontrol ise, “Tribunal de Cuentas” adında (Türkiye’deki Sayıştay benzeri) bir mahkeme tarafından yapılmaktadır. Bu mahkeme ulusal ve bölgesel düzeyde mevcuttur. Bölgesel olan mahkeme, kendi bölgesi ile sınırlı olmak üzere denetim yapmaktadır. Dış ve bağımsız denetim mahkemelerinin görevi, kamu ihale süreçlerini, yasalara uygunluk, verimlilik ve ekonomi ilkelerine uygunluğu bakımından denetlemektir. Denetim mekanizması, idari denetim ve yargısal denetim olmak üzere ikiye ayrılır. İhalelerde sözleşme öncesi ve sözleşme aşamasında idari kuruluşlar tarafından idari denetim yapılır. İdari denetimden sonraki aşama yargısal denetim aşamasıdır (Public Procurement Network, 2010: 197-199).

İspanyol hukukunda, özel hukuk sözleşmeleri: “özelikle satış, bağış, döviz, kira sözleşmeleri ve binalar, fıkri mülkiyet veya menkul kıymet sözleşmeleri ile sanatsal yaratma, yorumlama ve edebi performanslara ilişkin diğer sözleşmeler” denilerek örneklenmiştir. Kamu alım sözleşmeleri bu sözleşmelerin arasında sayılmamıştır (Akdoğan, 2015: 110). OECD’nin AB ülkeleri arasında karşılaştırmalı bir analiz yaptığı raporunda; kamu ihale sözleşmeleri ile ilgili ihtilafların çözümünde yetkili mahkemelerin idare mahkemeleri olduğu belirtilmiştir (OECD, 2000: 27). İspanya’da kamu ihale sözleşmeleri, idari sözleşme olarak değerlendirilmekte ve bu sebeple bu sözleşmelerden doğacak uymazlıklar idari yargıda çözümlenmektedir (Akdoğan, 2015: 84).

Belçika da, AB üyesi olmanın bir gereği olarak, AB ihale mevzuatını ulusal mevzuatına aktarmıştır. Belçika’da, AB ihale direktifleri ulusal mevzuata bir kanunla değil, yeni direktifler oluşukça yenilenen bir yasama işlemi ile aktarılmıştır. Kamu ihalelerinin, kamu ihale direktifleri çerçevesinde oluşturulan yasal çerçeveye uygunluğunun bütçe, hesap verebilirlik ve mali işlemler

bakımından denetimi, Türkiye’deki Sayıştay benzeri federal, topluluk, bölgesel ve yerel bazda çalışan ve “Denetçiler Mahkemesi (The Court of Auditors)”⁶² adı verilen yapılar tarafından denetlenmektedir. İdari uyuşmazlıklar, Türkiye’deki Danıştay benzeri “Council of State”⁶³ adı verilen bir mahkeme tarafından denetlenmektedir. Danıştay tarafından ihale süreçlerinin denetlenebilmesi, ihaleyi yapan makamın, Danıştay ile ilgili kanunlarda sayılan makamlardan biri olması gereklidir. Bu kanunlarda sayılmayan bir makamın yapmış olduğu ihaleler, genel mahkemelerde denetlenmektedir. Yine sözleşmenin hükümsüzlüğüne veya alternatif cezalara karar verme ve ihale sözleşmesinin oluşturduğu zararlarla ilgili uyuşmazlıklar genel mahkemelerin yetkisindedir. İdari mahkemelerin kararlarına karşı Danıştay’a başvuru yapılabilir. Danıştay’ın kararlarına karşı başka bir mahkeme veya kuruma başvuru yapılamaz. Genel mahkemelerin kararlarına karşı ise Temyiz Mahkemesi’ne (Court of Appeal) ve gerekli olursa, temyiz mahkemesinin de üzerindeki Yüksek Mahkemeye (Supreme Court of Appeal) başvurulabilir (Public Procurement Network, 2010: 10-12).

AB İhtilaf Direktifi ile getirilen sözleşmenin imzalanmasından önceki askı süresi, Belçika’da da benimsenmiştir. İhale işleminin tamamlanması sonrasında, sözleşmenin imzalanmasının askıya alınması veya diğer tedbirlere karar verilmesi; ancak denetim organı tarafından yapılacak yargılama sonrasında mümkündür. Danıştay aslında sözleşmenin imzalanmasının askıya alınması yetkisi ile donatılmamıştır; fakat, Danıştay tarafından verilen askıya alma hükmü, kanunen sözleşmenin imzalanmasını askıya almış olmaktadır. Belçika’da kamu ihalelerinde sözleşme öncesi ve sonrası denetimde, belirgin bir ayrım söz konusu değildir. Sözleşme sonrası denetim aşamasında, ihale işlemlerin hukuka aykırılığından dolayı sözleşmenin hükümsüzlüğü ileri sürülebilir. İdari veya genel mahkemeler sözleşmeyi feshetme yetkisine sahiptir. İhale makamı tarafından; ihalenin Avrupa topluluk çapında ilan edilmesi zorunluluğu varken bu koşul yerine getirilmeden sözleşme imzalanmış ise veya askı süresi beklenmeksizin veya askı süresi içerisinde denetim organına başvurulmuş ve denetim organı ihale işlemlerinin devam edebileceğine ilişkin hükmünü vermeden sözleşme imzalanmış ise, mahkemeler sözleşmenin hükümsüzlüğüne karar verebileceklerdir (Public

⁶²“The Court of Auditors” kavramı, Türkçe’ye yazar tarafından “Denetçiler Mahkemesi” olarak çevrilmiştir.

⁶³ “Council of State” kavramı, Türkçe’de Danıştay kavramına karşılık geldiği için Belçika ile ilgili açıklamaların içerisinde “Council of State” yerine Danıştay kelimesi kullanılmıştır.

Procurement Network, 2010: 12-14). İhale işlemlerindeki hukuka aykırılıklardan dolayı uğranılan zararlara ilişkin davalar adli mahkemelerin yetkisindedir ve bu davaları açma yetkisine, yalnızca söz konusu ihale ilgili sübjektif hak sahipleri sahiptir. İhale işlemlerinde, bu işlemler hukuka uygun olarak yapılmış olsaydı, ihale işlemlerine katılabilecek olan aday veya ihaleyi kazanabilecek olan istekli tarafından uğranılan zararın tazmin edilmesi için adli mahkemelere başvurulabilmektedir (OECD, 2010: 18)

Belçika’da, kamu ihaleleriyle ilgili denetim yetkisi idari ve adli mahkemeler arasında paylaşılmış durumdadır (OECD, 2000: 18). Sözleşmenin sonlandırılmasına kadar tüm aşamalarda kamu yararı gözetilmekteyse de, sözleşmenin yürütülmesi aşaması genel olarak özel hukuk kurallarına bağlanmıştır (Akdoğan, 2015: 112).

Yine bir başka AB üyesi **Danimarka**’da da, kamu ihale sözleşmeleri özel hukuk sözleşmesi olarak görülmektedir (Akdoğan, 2015: 115). Dolayısıyla sözleşmenin yürütülmesi özel hukuk kurallarına tabidir. AB’nin, klasik ve sektörel ihale direktifleri, 2004 yılında çıkarılan kanunlarla ve İhtilaf Direktifi ise 2010 yılında çıkarılan bir kanun ile ulusal hukuka aktarılmıştır. Danimarka’da, AB ihale mevzuatı küçük istisnalar dışında tümüyle uygulamadadır. AB ihale direktiflerinin ulusal hukuka aktarılması sonucunda oluşan kamu ihale mevzuatına aykırılıkların denetimi, “Danimarka Kamu İhaleleri Şikayet Kurulu⁶⁴ (The Danish Complaint Board for Public Procurement)” adı verilen İhtilaf Direktifine uygun bir bağımsız idari otorite tarafından gerçekleştirilmektedir. Bu kurum, İhtilaf Direktifine uygun olarak, kamu ihalelerinde sözleşme öncesi aşamadaki işlemlerin mevzuata uygunluğunu denetlemektedir. Bu denetimi yaparken hem ulusal mevzuatı, hem AB ihale mevzuatını ve AB kurucu anlaşmasındaki ayrımcılık yasağı ve mal ve hizmetlerin serbest dolaşımı kurallarını esas almaktadır. Bu kurumda, tıpkı hukuk mahkemelerinde olduğu gibi bir yargılama yapılmaktadır (Public Procurement Network, 2010: 35-41). Kamu ihalesiyle belli bir ölçüde ilgili olan her ilgili, bu kuruma itiraz başvurusunda bulunabilmektedir. Kurumun AB İhtilaf Direktiflerine uygun olarak, ihale süreçlerini askıya alma ve ihale makamının hukuka aykırı kararlarını iptal etme yetkisi vardır. Bu kurumun kararları hakkında, genel mahkemelerde itiraz başvurusunda bulunulabilmektedir. Kamu ihale

⁶⁴“The Danish Complaint Board for Public Procurement” ifadesi, Türkçe’ye yazar tarafından “Danimarka Kamu İhaleleri Şikayet Kurulu” olarak çevrilmiştir.

süreçlerindeki hukuka aykırı işlemlerden dolayı oluşan zararların tazminine ilişkin uyuşmazlıklar kurumun değil, mahkemelerin yetkisindedir (OECD, 2000: 19-20).

Çalışmamızın bu bölümünde Türkiye'nin üyelik sürecinde bulunduğu AB'de kamu ihale sisteminin düzenlenişi ve AB üye devletlerinde kamu ihale sözleşmelerinin tabi olduğu hukuki rejim incelenmiştir. Çalışmamızın bundan sonraki bölümünde AB kamu ihale sisteminin Türkiye üzerindeki etkisini görebilmek üzere Türkiye'de kamu ihale sistemi incelenmiştir.

3. TÜRKİYE’DE KAMU İHALE SİSTEMİ

Türkiye’de kamu ihaleleri, idare hukuku içerisinde düzenlenmiştir. Bu bakımdan idare hukukunun Türkiye’deki oluşumu ve idare hukukunun geçirdiği dönüşümü bu kısımda incelemek uygun olacaktır.

3.1. Türkiye’de Kamu İhalelerinin İçerisinde Düzenlendiği İdare Hukukunun Oluşumu ve Bugünkü Durumu

İdare hukukunun geçirdiği dönüşüm incelenirken, öncelikle Türk idare hukukunun gelişimi ve zaman içerisinde geldiği durum ifade edilmeye çalışılmıştır. Sonrasında ise idare hukukunun en temel konularından birini oluşturan ve kamu ihale sözleşmelerinin de yakından ilişkili olduğu kamu hizmeti kavramının görülüş usullerindeki dönüşüm incelenmiştir.

3.1.1. Türk İdare Hukukunun Gelişimi

İdare hukukunun ayrı bir hukuk olarak gelişebilmesi için, o ülkede kamu hukuku ve özel hukuk şeklinde bir ayırım olması gerekmektedir. Bu ayırım, Kara Avrupası ya da Fransız Hukuk Sistemi denilen sistemin geçerli olduğu ülkelerde vardır (Gözler ve Kaplan, 2015: 28). İdare hukuku sistemleri iki türdür. Bunlardan ilki Anglo-Sakson sistemidir. Bu sistem ABD, İngiltere gibi Anglo-Sakson ülkelerinde uygulanmaktadır. Bu sistemde idare hukuku, ayrı bir hukuk dalı olmayıp özel hukuk kuralları ile düzenlenmekte ve bu bağlamda idare hukuku ile ilgili uyuşmazlıklar adli yargıda çözümlenmektedir. Böylece idarenin herhangi bir üstünlüğü bulunmamakta, hukuk karşısında idare, sıradan bir birey ile aynı kurallara tabi kılınmaktadır (Gözler ve Kaplan, 2015: 27; Günday, 2011: 24). Bu durum liberalizmin kanun önünde eşitlik düşüncesi ile uyum içerisinde (Tan, 2015a: 7).

Kara Avrupası Hukuk Sisteminde ise idare hukuku, özel hukuktan ayrı bir hukuk olarak düzenlenmiş ve uyuşmazlıkların çözümü için idari yargı kolu oluşturulmuştur. Bu sistem özellikle Fransa olmak üzere, Kara Avrupası ülkelerinde uygulanmaktadır. Kara Avrupası sistemi ilk olarak Fransa’da geliştiğinden, buna Fransız Sistemi denildiği de görülmektedir (Gözler ve Kaplan, 2015: 27). Bu sebeple Fransa’da köklü bir idare hukuku geleneği oluşmuştur. Bu sistemde idareye bazı üstünlükler tanınmıştır. Fransa’da ilk etapta devlet başkanına bağlı olarak kurulan Conseil d’Etat, zaman içerisinde idari

uyuşmazlıklar hakkında kesin karar verme yetkisine kavuşmuş ve içtihadi yolla idare hukukunun temellerini oluşturmuştur (Gözler ve Kaplan, 2015: 29). İdare hukukunun ve idari yargının kapsamı net olarak belirli olmadığından, idare hukukunun kapsamına giren uyuşmazlıkları belirlemek üzere Fransa’da “kamu hizmeti ve “kamu gücü” ölçütleri benimsenmiştir (Gözübüyük ve Tan, 2014: 4-5). Türkiye’de de, Fransız Conseil d’Etat’sı gibi Danıştay’ın kurulması ile idare hukuku ve idari yargı, adli yargıdan ayrı olarak oluşmuştur. Nitekim Türk idare hukukunun oluşumunda, Fransa’dan etkilenilmiştir (Gözler ve Kaplan, 32-33).

Günday’a göre (2011: 26-27), bir ülkede idare hukukunun gelişebilmesi için o ülkede kamu hukuku-özel hukuk ayrımının bulunması gerekliliğinin yanında; hukuka bağlı bir devletin bulunması ve devletin idari fonksiyonunun gelişmesi, idarenin yargı denetimine tabi olması ve idari yargı sisteminin varlığı da gerekmektedir. Devletin idari fonksiyonu, sosyal refah devleti hakimiyetinin olduğu dönemde oldukça güçlenmiştir. Fakat 1980’lerden itibaren sosyal refah devleti anlayışının sorgulanmaya başlanması ve neo-liberal akımın tüm dünyayı etkisi altına alması üzerine, devletin iktisadi hayattan mümkün olduğunca elini çekmesi ve konumunun adalet, güvenlik gibi sınırlı birtakım hizmetleri sağlama noktasına çekilmesi gündeme gelmiştir. Tüm bu gelişmeler, devletin idari fonksiyonunu zayıflatmıştır (Günday, 2011: 26).

İdare hukuku, küreselleşmenin etkisiyle biçim değiştirmekte ve global idare hukuku kavramı ortaya çıkmaktadır (Tan, 2015a: 10). Global idare hukuku kavramının oluşumunda, 1980’lerden itibaren dünyayı etkisi altına alan neo-liberalizmin etkisi büyüktür. Neo-liberalizm; ekonomide mal, hizmet, insan ve sermayenin serbest dolaşımına dayanan ticaret anlayışını benimsemiştir. Bunun idare hukukuna yansması ise idare hukukunun, bu ticareti engellemeyecek ve bu ticaretle uyumlu bir noktaya çekilmesidir. Bu liberal etkinin hukuki alandaki söylemleri olan insan hakları vurgusu ve açıklık, şeffaflık, hesap verebilirlik ve katılımcılık gibi iyi yönetim göstergeleri de, idare hukukunun dönüşümünde etkili olmuştur (Tan, 2015a: 10).

Tan’a göre (2015a: 11), “idare hukukunun birbiri ile çelişir görünen iki amacı vardır: Kamu yararını en iyi karşılayacak etkin idari faaliyeti sağlamak; öte yandan idare edilenleri idare karşısında etkin bir korumadan yararlandırmak. Birinci amaç idareye üstünlük ve ayrıcalık tanınmasını, ikincisi ise, yetkilerinin sınırlandırılmasını gerektirmektedir” (Tan, 2015a: 11). İdare hukukunun ilk

amacını gerçekleştirebilmesi için, kamu hizmeti sunması veya sundurması ve kamu harcaması yapması gerekmektedir. Bu açıdan bakıldığında, bu ilk amacın gerçekleştirilmesi için idarenin yani devletin, ekonomik hayata belli ölçüde müdahale etmesi gerekmektedir. İkinci amaç ise devletin, idaresi altındaki kişilerin hak ve özgürlüklerini koruması ve bu bakımdan kendi yetkilerini sınırlandırmasına yöneliktir. Bu amaç doğrultusunda devlet, kişilerin temel haklarına ve bu haklardan biri olan mülkiyet haklarına dokunmamalı ve piyasanın işleyişine müdahale etmemelidir. Ekonomiye devlet müdahalesinin boyutları geçmişten bugüne yaşanan ekonomik krizlerde tartışılmış ve devletin müdahalesinin olmaması yönündeki yaklaşımlar ile olması yönündeki yaklaşımlar arasında birbirini takip eden dönüşümler yaşanmıştır.

1929 Ekonomik Krizi öncesi, Adam Smith'in savunucusu olduğu klasik liberalizmin hakim olduğu bir dönemdir (Tan, 2015b: 1). Klasik liberalizmde devlet, savunma, adalet, eğitim ve sağlık gibi temel birtakım hizmetler dışındaki mal ve hizmetlerin üretimini piyasaya bırakması gereken "sınırlı ve sorumlu devlet"tir (Aktan, 1995: 5). 1929 Ekonomik Krizi sonrasında ise klasik liberal anlayıştan, ekonomide devlet müdahalesini gerekli gören Keynesyen anlayışa ve bunun devlet biçimi olan sosyal refah devletine geçiş yapılmıştır. Sosyal refah devletlerinde kamu harcamaları yüksektir ve devlet toplumsal hayatın birçok alanında faaldir. 1980'lerden itibaren ise Keynesyen devlet anlayışından, yeniden klasik liberalizmin savunduğu görüşlere geri dönüş niteliğinde neo-liberal bir devlet anlayışına geçiş yaşanmaktadır (Tan, 2015b: 2). Keynesyen müdahaleci devlet anlayışı ile liberal devlet anlayışı arasında yaşanan geçişler, ekonomik kriz dönemlerine rastlamıştır. Nitekim 1970'lerin sonlarından itibaren Keynesyen ekonomiden neo-liberal ekonomiye ve piyasa yaklaşımını temel alan bir devlet yapılanmasına geçiş olmasında da, 1974'te ortaya çıkan Petrol Krizi etkili olmuştur (Coşkun, 2004: 131). Bu döneme hakim olan görüş ise, kamu harcamalarının ve devletin ekonomiye müdahalesinin azaltılmasıdır (Tan, 2015b: 3).

Devletin ekonomiye müdahalesinin azaltılması ve kamu harcamalarının azaltılması demek, devletin kamu hizmeti üretmekten önemli ölçüde çekilmesi demektir. Neo-liberal anlayışa göre devlet, her alanda hizmet üretmekten kaçınmalıdır. Devletin her alanda faaliyette bulunması, onu verimsiz yapmaktadır. Nitekim 1980'li yıllardan itibaren idare hukuku ile yakından ilişkili bir disiplin olan kamu yönetiminde de, etkinlik ve verimlilik arayışları, müdahaleci devlet ve

onun yönetim anlayışı geleneksel kamu yönetimi anlayışından; küçültülmüş devlet ve onun yönetim anlayışını yansıtan işletmecî kamu yönetimine geçiş yaşanmaktadır. Kamu yönetimi alanında yaşanan bu dönüşüm, idare hukukuna ve onun kamu hizmeti gibi temel kavramlarına da etki etmiş ve onları dönüştürmüştür (Tan, 2015a: 11).

3.1.2. İdare Hukukunun Temel Kavramı Olan Kamu Hizmetinin Görülüş Usullerinin Dönüşümü

Çalışmamızın birinci bölümde ifade edildiği üzere⁶⁵; klasik liberal dönem ile bundan sonraki dönem olan sosyal refah devletinin, kamu hizmetlerine bakışı çok farklıdır. İlkinin aksine kamu hizmetlerinin sayısı sosyal refah devletinde çok sayıdadır. Devlet tarafından yerine getirilen bu hizmetlerin, zaman içerisinde özel kişiler tarafından da yerine getirilebileceği düşünülmeye başlanmıştır (Günday, 2011: 330-331). Sosyal refah devleti döneminin ardından gelen neo-liberal dönemde ise devletin küçültülmesi amacına uygun olarak devletin kamu hizmeti üretmekten çekilmesi ve bu işlevini özel sektör başta olmak üzere toplumdaki diğer aktörlere bırakmasını ileri süren yeni kamu işletmeciliği ve yönetim gibi yaklaşımlar oluşmuştur.

Geleneksel kamu yönetimi anlayışında, devlet kamu hizmeti üretimini esas itibarıyla kendisi yerine getirmekteydi. 1970'lere kadar geçerliliğini sürdüren bu kamu yönetimi ve kamu hizmeti yaklaşımı, kamu hizmetlerinin iyice artması sebebiyle devletlerin üzerinde mali bir yük oluşturmaya başlamıştır. Bu sorunun çözümü, kamu harcamalarının azaltılması anlamına gelen devletin kamu hizmeti sunumundan çekilmesidir (Osborne & Gaebler, 1992: 27-31). Kamu yönetimi ve kamu hizmeti alanında gerçekleşen bu gelişmeler, 1970'li yıllarda siyasal alanda yaşanan neo-liberalizm akımıyla yakın ilişki içerisinde. Bu süreçte kamu yönetimi disiplini geleneksel kamu yönetimi anlayışını, diğer pek çok konuda olduğu gibi kamu hizmeti üretimi konusunda da eleştiren yeni kamu işletmeciliği ve yönetim gibi yönetim yaklaşımları ortaya çıkmıştır.

⁶⁵Çalışmamızın birinci bölümünde kamu yönetimindeki dönüşüm ve kamu hizmeti kavramının dönüşümü ve bunların kamu ihale sözleşmeleri üzerindeki etkileri ifade edilmeye çalışılmıştır. Birinci bölümde kamu hizmetinin dönüşümü başlığı altında anlatılanlar, aslında kamu hizmetinin konusunu oluşturduğu idare hukukunun dönüşümü açısından da geçerlidir. Bu bakımdan bu başlık altında bu anlatılanları yeniden değerlendirmek gerekmektedir.

Kamu hizmeti anlayışı, kamu hizmet sunumunun tamamıyla devlet tarafından yerine getirildiği dönemden oldukça farklı bir noktadır. Kamu hizmeti anlayışındaki değişimin bir boyutunu neo-liberalizmin kamu yönetimi üzerindeki etkisi oluşturmaktadır. Verimli ve etkin kamu hizmeti sunumu için devletin faaliyet alanlarını daraltması ve bu alanlara özel sektörün yerleşmesi ve kamu sektörünün özel sektör dinamikleriyle çalışması gerektiği düşüncesi bu etki ile oluşmuştur (Özer, 2012: 7-8). Kamu sektöründe, özel sektörün işletmecilik yöntemlerinin kullanılması; özel sektörde kullanılan müşteri kavramını da, kamu yönetimi ve idare hukuku disiplinlerinin bir öznesi haline getirmektedir. Kamu hizmetlerinin etkin ve verimli sunulabilmesi için vatandaş beklentilerini dikkate alan müşteri odaklı bir kamu hizmeti anlayışı gelişmiştir (Sezer, 2008: 155).

Kamu hizmetindeki değişimin bir başka boyutu ise; kamu hizmetlerinden yararlananların, hizmet sunucularından beklentilerinin, devletin tek aktör olarak yerine getiremeyeceği ölçüde çeşitlenmesidir. Bu sebeple yeni kamu hizmeti anlayışında devletin kamu hizmeti sunumunda özel sektör ve gönüllü kuruluşlarla birlikte çalışması ve en nihayetinde kamu hizmeti sunumunu özel sektör ve gönüllü kuruluşlara bırakması söz konusudur. Kamu hizmetlerinin özel sektör tarafından yürütülmesi noktasında, özel sektörün kâr amacı gütmesi ve kamu hizmetlerinin toplumsal yönünü ihmal etmesi endişesi söz konusudur. Bu bakımdan özellikle toplumsal yönü yüksek olan kamu hizmetlerin sunumunda gönüllü kuruluşların rol oynaması düşünülmektedir (Ateş ve Nohutçu, 2006: 246-247). Gönüllü kuruluşlar, özel sektörden farklı olarak herhangi bir maddi beklenti olmaksızın toplum yararına hizmette bulunan kuruluşlardır (Ateş ve Nohutçu, 2006: 248). Devlet, yeraltı zenginlikleri ve ormanların korunması gibi özel sektörün altından kalkamayacağı ölçüde büyük çaplı hizmetler ve özel sektörün kârlı olmaması dolayısıyla yapmak istemediği hizmetlerin sunumunda elbette yer alacaktır. Fakat dünyanın değişen düzeni karşısında hizmetlerin verimli bir şekilde sunulabilmesi için devletin toplumdaki diğer aktörlerle birlikte çalışması gerekmektedir. Nitekim kamu yönetimi disiplini, geleneksel yönetim anlayışına alternatif olarak gelişen yaklaşımlardan yönetişim yaklaşımının da, kamu hizmetlerinin sunumu konusundaki tutumu bu doğrultudadır (Ateş ve Nohutçu, 2006: 254-255). Gönüllü kuruluşların kamu hizmetlerinde etkin hizmet sunumunu sağlayacağı düşünülmektedir. Fakat gönüllü kuruluşların etkin hizmet sunabilmeleri için, bu kuruluşların çalışabileceği ortam yaratılmalıdır. Bu ortamın en önemli şartları da gönüllülük düşüncesinin oluşabileceği toplumsal bilincin

oluşması ve devlet tarafından bu kuruluşların çalışabilmesi için gerekli hukuki düzenlemelerin yapılmasıdır (Ateş ve Nohutçu, 2006: 273).

Kamu yönetimindeki değişim ve yaklaşım arayışları da devam etmektedir (Köseoğlu ve Sobacı, 2015b: 298-299). Bu yaklaşımlardan bir diğeri de yine birinci bölümde kamu hizmeti kavramının dönüşümü kısmında ifade ettiğimiz, demokratik yurttaşlığı ön plana çıkaran ve yurttaşların ortak yararını ortaya çıkarmaya çalışan yeni kamu hizmeti yaklaşımıdır (Denhardt & Denhardt, 2000: 552).

Kamu yönetiminde işletmeci bir bakış açısı, kamu yönetiminin ve ilgili disiplin olarak idare hukukunun temel kavramlarından olan kamu hizmetinin de piyasalaşmasına yol açmıştır. Bu dönüşümün başladığı 1980’li yıllardan itibaren verimsiz bulunmaya başlanan devletin, kamu hizmeti üretmekten büyük ölçüde çekilmesi yalnızca adalet, güvenlik gibi birtakım hizmetleri sunma noktasına getirilmesi çabaları söz konusudur. Bu kapsamda, devlete göre daha verimli görülen özel sektörün devletin üretmekten çekileceği kamu hizmetlerinin üretiminde yer alması düşüncesi, özelleştirmeleri beraberinde getirmiştir. **Özelleştirme kavramı**, ilk bölümde kamu hizmeti kavramı içerisinde açıkladığımız üzere, kamu iktisadi teşebbüslerinin özelleştirilmesi anlamına gelen dar anlamda özelleştirme ile bunun dışında kalan kamu hizmetlerinin özelleştirilmesi gibi geniş anlamda özelleştirmeyi kapsamaktadır (Tan, 2015b: 384). 1980 sonrasında siyasal alanda neo-liberalizm akımının kamu yönetimine yansımaları, devletin küçültülmesi ve kamu harcamalarının azaltılması olmuştur. Bu yansımanın kamu hizmeti alanındaki göstergesi de devletin kamu hizmeti üretmekten çekilmesi anlamına gelen kamu hizmetlerinin özelleştirilmesidir.

Özelleştirme uygulamaları, 1980 sonrası dönemde, Türkiye’yi de etkilemiştir. 1980’li yıllardan itibaren Kamu İktisadi Teşebbüsleri’nin (KİT) özelleştirilmeleri başlamış, ancak özelleştirme uygulamaları 1994 yılında yasal düzenlemeye kavuşturulmuştur (Tan, 2015b: 385). 1994 yılında yürürlüğe giren 4046 sayılı “Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun”un 1.maddesinde belirtilen kapsama göre, özelleştirme kavramının içine, kamu iktisadi kuruluşlarının veya bu kuruluşlardaki payların veya bu kuruluşların temel amaçlarına uygun mal ve hizmet üretim birimlerinin işletilmesi hakkının özelleştirilmesi dahil edilmektedir. Bu kanun öncesinde ve sonrasında, Türkiye’de pek çok kamu iktisadi teşebbüsü özelleştirilmiştir. Kamu iktisadi teşebbüslerinin

bir bütün olarak özelleştirilmesinin haricinde, kamu hizmetlerinin özelleştirilmesi de özelleştirme kapsamındaki uygulamalardan sayılabilir. Nitekim yukarıda ifade edilen dar anlamda ve geniş anlamda özelleştirmenin geniş anlamda olanı, kamu hizmetlerinin özelleştirilmesini ifade etmektedir.

Günday'ın (2011: 332-333), kamu hizmeti konusundaki ilk bölümde yer verdiğimiz görüşü, kamu hizmetlerinin doğrudan kanunla belirlenmesi veya ya da kanun ile bu hizmetlerin yürütülmesine ilişkin kamusal ayrıcalıkların getirilmesidir. Nitekim literatürde bu görüşü paylaşan başka yazarlar da bulunmaktadır (Ulusoy, 2004: 15). Fakat yüksek yargı organlarının kararlarında kamu hizmetlerinin kamu hukuku rejimine tabi olma zorunluluğu benimsenmemiştir⁶⁶. (Gözler, 2009: 269).

Kamu hizmetlerinin özelleştirilmesi düşüncesinin altında; nüfusun artması ve bu sebeple sunulan hizmetlerin alıcılarının artması, dünyada kamu hizmeti sunumu konusundaki yeni yöntemlerin gelişmesi ve küreselleşmenin bu gelişmelerin hızlı bir şekilde yayılmasını sağlaması ve hizmet alıcılarının taleplerinin farklılaşması sonucunda, kamu hizmetinin sunumu işinin özel sektöre bırakılması sebepleri bulunmaktadır (Avcı, 2014: 112-113).

Kamu hizmetlerinin özelleştirilmesi konusunda Karahanoğulları'nın ayrıntılarıyla belirlemiş olduğu sistem (2015: 298), çalışmamızın ilk bölümünde kamu hizmeti kavramının anlatıldığı kısımda belirtilmişti. Kamu hizmetlerinin özelleştirilmesi idarenin tek yanlı ve çift yanlı işlemleri ile olabilmektedir (Karahanoğulları, 2015: 323). İdarenin çift yanlı işlemlerinde, idarenin idari sözleşmeleri ve özel hukuk sözleşmeleri karşımıza çıkmaktadır. İdarenin, kamu hizmetleri özel hukuk sözleşmeleri ile özel kişilere gördürmesinin mümkün olup olmadığı konusu, 13 Ağustos 1999 tarihli Anayasa değişikliği ile çözüme kavuşturulmuştur. 13 Ağustos 1999 tarihinde yapılan Anayasa değişikliği ile Anayasamızın 47.maddesine: “Devlet kamu iktisadî teşebbüslerinin ve diğer kamu

⁶⁶ Bu konuda yüksek yargı organları tarafından verilen kararlara – bu kararların konu ile ilgili kısımlarına çalışmamızın ilk bölümünde kamu hizmeti kavramının anlatıldığı kısımda yer verildiğinden- tekrar olmaması açısından atıf yapmakla yetinilmiş, bu kararların metinlerine yer verilmemiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi, 26.12.1992 tarihli, 1992/33 Esas ve 1992/36 Karar sayılı kararı, Anayasa Mahkemesi, 21.01.1971 tarihli, 1969/33 Esas ve 1971/7 Karar sayılı kararı, Anayasa Mahkemesi, 25.10.1969 tarihli, 1967/41 Esas ve 1969/57 Karar sayılı kararı, Anayasa Mahkemesi, 12.04.1990 tarihli, 1990/4 Esas ve 1990/6 Karar sayılı kararı.

tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabilceği veya devredilebileceği kanunla belirlenir” fıkrası eklenmiştir. Bu fıkranın eklenmesi ile idarenin özel kişilere özel hukuk sözleşmeleri ile kamu hizmeti gördürmesi anayasal düzeyde benimsenmiştir. Anayasanın bu hükmü karşısında iki sonuç ortaya çıkmaktadır. Birincisi, tüm kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülebileceğidir. Bu sonuca, Anayasamızda herhangi bir kamu hizmetinin özel kişiler tarafından görülmesini engelleyici bir düzenleme olmamasından dolayı ulaşılmıştır. İkinci sonuç ise, tüm kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmesi ile özel kişilere gördürülmesinin söz konusu olmadığıdır. Zira Anayasamızın bahsi geçen hükmünde, idarenin hangi yatırım ve hizmetlerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gördürüleceğinin kanunla belirlenmesi öngörülmüştür. Bu durumda kanun ile özel hukuk sözleşmeleri ile gördürülecek kamu hizmetleri dışında kalan bir kamu hizmeti grubu kalacaktır (Ulusoy, 2004: 48-49). Bu hizmetlerin neler olacağı bilinmemektedir. Fakat Ulusoy’a göre (2004: 49-50): “Bu konuda Anayasa metninden bir sonuç çıkarmak mümkün olmamakla birlikte, bu alana sadece, *egemenlikle doğrudan bağlantılı(ulusal savunma, kamu düzeninin sağlanması gibi)* kamu hizmetlerinin gireceği ve özellikle ekonomik yönü ağır basan kamu hizmetlerinin bu alana dahil olmayacağı savunulabilir.”

Devletin kamu hizmet sunumunda verimsiz bulunması neticesinde, idare kamu hizmetlerinin görülmesi işini özel sektörden karşılama yoluna başvurmakta, bunu gerek tek yanlı gerekse çift yanlı işlemleri olan sözleşmeler ile yapmaktadır. İdare kamu hizmetlerinin görülmesi için özel hukuk kişileriyle kamu hukuku sözleşmeleri yapabildiği gibi, yukarıda bahsedilen Anayasa değişikliği ile birlikte özel hukuk sözleşmeleri de yapabilmektedir. Kamu hizmetlerinin verimli bir şekilde sunulmasının yolu, hizmetlerin rekabet ortamında sunulmasından geçmektedir. Bu sebeple idare, özel hukuk kişileri ile sözleşme yaparken bu kıstası dikkate almalıdır. Rekabet ortamının oluşabilmesi için üç veya daha fazla teklif sahibinin olması gerektiği düşünülmektedir. Fakat her ne kadar rekabet ortamının oluşması, verimliliğin sağlanması için önemli bir etkense de tek başına yeterli değildir; aynı zamanda idarenin sözleşmeyi yaparken dikkatli olması gerekmekte olduğu ifade edilmiştir (Girth & Hefetz, 2012: 888).

1980 sonrası neo-liberal dalga ile devletler açısından oluşan bir algı vardır. Bu algı, ekonominin işleyişinin piyasa mekanizmasına bırakılması, devlet müdahalesinin minimum düzeye indirilmesi ve bu kapsamda kamu hizmetlerinin

mümkün olduğunca özelleştirilmesi gereğidir. Bu algı, devletlerde serbest piyasa ekonomisinin hakimiyetini gerektirmektedir. Nitekim bu açıdan bakıldığında; ABD, İngiltere, Fransa, Almanya gibi ülkelerde serbest piyasa ekonomisine geçiş yapıldığı söylenebilir. Türkiye, Rusya gibi ülkeler ise bu bakımdan serbest piyasa ekonomisinin bazı gereklerini yerine getirmiş; fakat kamu kesiminin hala özel önem arz ettiği ülkeler grubunda bulunmaktadır (Tan, 2015b: 5). Her ne kadar 1980 sonrasında, tamamıyla serbest piyasa mekanizmasının düzgün işlemesinin, devletler için yeterli olacağı algısı oluşmuşsa da; ekonominin tamamıyla piyasa mekanizmasına bırakılması ve ekonomiye devlet müdahalesinin tamamıyla engellenmesi de düşünülemez. Zira bu düzende özelleştirmeler dolayısıyla kamu hizmetlerinin de özel sektör eliyle görülmesi söz konusu olacağından; kamu yararı oluşturan kamu hizmetlerinin, kâr maksimizasyonunu hedefleyen piyasanın insafına bırakılması adil olmayacaktır. Nitekim piyasa mekanizmasının, hukuki düzenlemelerle çerçevesinin belirlenmediği ve devletin ekonomik hayata hiçbir şekilde müdahale etmediği ya da edemediği durumlar, ekonomik krizleri beraberinde getirmiştir. Bu sebeple piyasa mekanizmasının ve piyasadaki aktörlerin işleyişinin çerçevesi hukuken belirlenmeli ve denetim altına alınmalıdır (Tan, 2015b: 8-18). Anayasa Mahkemesi de bu gerekliliği bir kararında şu şekilde ifade etmiştir:

*“piyasa ekonomisini bir sistem tercihi olarak ortaya koyan
ülkelerde dahi devletler, piyasanın işleyişine çeşitli vasıtalara ve
belirli sınırlar içinde müdahale etmektedir. Devletlerin bu piyasalara
müdahalesi, bazı sektörlerin kamu tarafından tekel olarak işletilmesi
ya da bu sektörlerdeki özel işletmelerin regülasyonu şeklinde
olmaktadır.”⁶⁷*

Ekonominin işleyişinin yalnızca piyasa mekanizmasına bırakılamayacağı ve hukuki düzenlemelerle düzenlenmesi kaygısı regülasyon kavramını ortaya çıkarmış ve bu işlevi yerine getirmek üzere de, bağımsız idari otoriteler ortaya çıkmıştır (Tan, 2015b: 221). Bağımsız idari otoriteler, devletin müdahale etmemesi gerektiği, fakat tamamıyla piyasanın inisiyatifine bırakılamayacak alanlarda, düzenleyici ve denetleyici bir rol üstlenmektedir.

⁶⁷ Anayasa Mahkemesi 04.12.2014 tarihli, 2013/84 Esas ve 2014/183 Karar sayılı Kararı.

Bağımsız idari otoritelerin, devletin müdahale edemediği alanlardaki düzenleyici rolünden başka sebeplerle de oluşturulduğu belirtilmektedir. Bu sebeplerden ilki, bu kurumların düzenledikleri alanda uzmanlaşmış olmalarıdır. Çünkü bazı ekonomik sorunlar, klasik bakanlık örgütlenmesi içerisinde çözülemeyecek düzeyde uzmanlık istemektedir. İkinci olarak, devlet, piyasada hem mal ve hizmet üreticisi hem mal ve hizmet alıcısı ve aynı zamanda düzenleyici olmak üzere 3 farklı rol üstlenmektedir (Tan, 2015b: 11). Fakat devletin, hem piyasaya üretim yapan veya üretileni satın alan hem de bu üretim ilişkilerini düzenleyen olarak yer alması, düzenleme işlevinin bağımsızlık ve tarafsızlığına şüphe düşürebilmektedir. Bu sebeple düzenleme ve denetleme işlevinin, bağımsız birtakım kurumlara devredilmesi daha uygun olacaktır. Üçüncüsü ise bağımsız idari otoritelerin görevlerini yaparken siyasi baskılardan arınmasının, bu görevin bizzat devlet tüzel kişiliği içerisinde yapılması halinde olabilecek siyasi baskılardan arınmaktan daha kolay olacağı düşüncesidir (Tan, 2002: 14).

Türkiye’de; Rekabet Kurulu, Sermaye Piyasası Kurulu, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu, Bilgi Teknolojileri ve İletişimi Kurulu, Telekomünikasyon Kurulu, Kamu İhale Kurumu bağımsız idari otoritelere örnek olarak verilebilir (Tan, 2015b: 226).

Devletin küçültülmesi, verimlilik ihtiyacı doğrultusunda kamu hizmetlerinin özelleştirilmesi, devletin piyasaya müdahalesinin engellenmesi ve ekonomik işleyişteki düzenleme ve denetleme yetkisinin devlet tüzel kişiliğinden bağımsız idari otoritelere verilmesi gibi düşünce ve uygulamalar, idare hukukunun temel kavram ve ilkelerinde değişime neden olmaktadır. Hatta günümüzde, idare hukukunun varlığının ve geleceğinin sorgulandığı da düşünülmektedir (Gözübüyük ve Tan, 2014: 12; Tan, 2015a: 11).

Devletin ekonomik alanda faaliyette bulunması, devleti özel hukuk ile yakınlaştırmaktadır (Tan, 2015a: 9). Bu yakınlaşma, kamu hukukunun içinde özel hukukun uygulanmasını, özel hukukun içinde kamu hukukunun uygulanmasını olanaklı kılmakta ve iki hukuk arasındaki sınırları belirsizleştirmektedir. Bu gelişmelerin, idare hukukunun geleceğini tehdit ettiği düşünülmektedir. Devletin ekonomik alandaki faaliyetlerinin artması, hukuk ve ekonomiyi birbirine yaklaştırmış ve bu bağlamda idare hukuku yerine ekonomik idare hukuku, ekonomik kamu hukuku gibi kavramlar ortaya çıkmıştır (Tan, 2015b: 18-24).

3.2. Türkiye’de Kamu İhale Sisteminin Düzenlenişi

Bu başlık altında kamu ihale sisteminin Türkiye’deki durumu; kamu ihale hukukunu düzenleyen kanunlar ve bunların kapsamı, bu kanunların AB İhale Direktifleri ile uyumu ve yine bu kanunların AB İhtilaf Direktifleri ile uyumu bakımından incelenmiştir.

3.2.1. Türkiye’de Kamu İhale Hukukunu Düzenleyen Kanunlar ve Kapsamları

Türkiye’de kamu ihale sistemi, 4734 sayılı “Kamu İhale Kanunu”, 4735 sayılı “Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu” ve 2886 sayılı “Devlet İhale Kanunu” ile düzenlenmektedir. 2886 sayılı Kanun ile 4734 sayılı Kanunun kapsadığı ihaleler birbirinden farklıdır.

2886 sayılı Kanunun 1. maddesinde: “*Genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli⁶⁸ idarelerin, özel idare ve belediyelerin alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işleri bu Kanunda yazılı hükümlere göre yürütülür.*” şeklinde belirtilmiştir. Bu durumda bu kanun kapsamındaki ihaleler “alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi”ne ilişkin ihalelerdir.

4734 sayılı Kanunun 1 ve 2. maddeleri ortak olarak değerlendirildiğinde bu kanunun kapsamı: *kamu hukukuna tabi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihaleleri* olarak ifade edilebilir. Aynı Kanunun 22. maddesinin e bendinde: “*idarelerin ihtiyacına uygun taşınmaz mal alımı veya kiralınması*” bu kanun kapsamındaki ihale edilecek işlerden sayılmıştır. 2886 sayılı ve 4734 sayılı Kanunların kapsadığı işlere bakıldığında, her ikisinde de, mal ve hizmet alımı ve yapım işinden bahsedildiği göze çarpmaktadır. Bu karışıklığı ortadan kaldırmak üzere, 4734 sayılı Kanunun 68. Maddesinin a bendinde: “*bu Kanun kapsamında yer alan işlerin ihalelerinde 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümleri uygulanmaz.*” denilmiştir. Bu düzenlemeyle 4734 sayılı Kanun, 2886 sayılı Kanunu yürürlükten

⁶⁸5018 sayılı “Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu” ile katma bütçe kaldırılmış ve bu kapsamdaki idareler özel veya genel bütçeli idareler haline getirilmiştir (TBMM, 2003b: 2).

kaldırmamış; fakat kendi kapsamına giren ihaleler bakımından bu kanunun uygulanmayacağını hükme bağlamıştır. Bu durumda, 4734 sayılı Kanunda sayılan kuruluşların mal veya hizmet alımı ile yapım işlerinde, 2886 sayılı Kanun değil, 4734 sayılı Kanun uygulanacaktır. 2886 sayılı Kanun, mal veya hizmet ile yapım işlerinin satımlarını düzenlemektedir; oysa mal veya hizmet alımı ile yapım işi alımlarında 4734 sayılı Kanun uygulanacaktır. (Gözler ve Kaplan, 2015: 474).

Çizelge 3.1. 2886 Sayılı Kanun ve 4734 Sayılı Kanunun Kapsamı

	2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu	4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu
Kapsadıkları Kurumlar	Genel bütçeye dahil dairelerle özel bütçeli idareler, il özel idareleri ve belediyeler	Kamu hukukuna tabi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veya kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlar
Kapsadıkları İş ve İşlemler	- Mal ve hizmet satımları - Kiraya verme (İdare kiraya veren) - Mülkiyetten gayri aynî hak tesisi - Trampa	- Mal ve hizmet alımları - Yapım işleri - Kiralama (İdare kiracı)

Kaynak: Gözler, K. ve Kaplan, G. (2015). İdare Hukuku Dersleri (17. Baskı). Bursa: Ekin Kitabevi. Sf. 47

4735 sayılı Kanun ise “Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu”dur. Bu kanunun ve 4734 sayılı Kanunun gerekçelerinde, 4734 sayılı “Kamu İhale Kanunu”na göre yapılacak sözleşmelere ilişkin kuralların ayrı bir kanun altında düzenlenmesi, Türkiye’nin tabi olduğu uluslararası ihale mevzuatının bir gereği olarak ifade edilmiştir (TBMM, 2001a: 1; TBMM, 2001b: 1). 4735 sayılı “Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu”nun 2. maddesinde bu kanunun kapsamı: “*Kamu İhale Kanununa tabi kurum ve kuruluşlar tarafından söz konusu Kanun hükümlerine göre yapılan ihaleler sonucunda düzenlenen sözleşmeler*” olarak belirlenmiştir. Bu durumda “Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu” yalnızca 4734 sayılı “Kamu İhale Kanunu”na uygun olarak düzenlenen ihalelerin sonuncundaki sözleşmelere uygulanmakta ve 2886 sayılı “Devlet İhale Kanunu” çerçevesinde düzenlenen ihaleler sonucunda imzalanan sözleşmeleri dışarda bırakmaktadır. Çalışma konumuz 4734 sayılı Kanuna tabi kamu ihale sözleşmelerinin hukuki rejimi olduğundan, incelememizi 4734 ve 4735 sayılı Kanunlar çerçevesinde yapmakta ve 2886 sayılı Kanunu inceleme alanımızın dışında bırakmaktayız.

3.2.2. 4734 Sayılı Kanunun AB İhale Direktifleri Bakımından İncelenmesi

Kamu ihaleleri alanında AB, ortak pazar hedeflerini gerçekleştirmek üzere, direktifler oluşturmuş ve bu direktiflerdeki hükümler üye ülkelerin ulusal mevzuatlarına aktarılmıştır. Türkiye de, AB'ye tam üyelik sürecindeki bir ülke olarak, ulusal mevzuatını AB müktesebatı ile uyumlulaştırma çabası içerisinde. Bu uyumlulaştırma alanlarından birini de, kamu ihaleleri mevzuatı oluşturmaktadır. Nitekim 4734 sayılı Kanunun gerekçesinde de, AB ve Dünya Ticaret Örgütü gibi kuruluşların oluşturduğu uluslararası ihale mevzuatına uyum sağlama amacı ifade edilmiştir (TBMM, 2001a: 1). 22.01.2002'de Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren “Kamu İhale Kanunu”, AB'nin kamu ihale alanında çıkardığı direktiflerinde yer alan birtakım uygulamaları ulusal mevzuata aktarmıştır. AB'ye uyum süreci çerçevesinde hazırlanan yasal düzenlemelerden olan bu kanunun en temel amacı, AB kamu ihale mevzuatı ile uyum sağlamaktır. Nitekim bu amaç, Kalkınma Bakanlığı tarafından oluşturulan Dokuzuncu Kalkınma Planında vurgulanmıştır (T.C. Kalkınma Bakanlığı, 2006: 36). Kanunun bunun dışında, kamu kaynaklarının etkili kullanılması ve ihalelerde rekabet ve eşit muamele ilkelerinin sağlanması amaçları bulunmaktadır (Özkan, 2014: 50).

AB ihale sistemindeki ihale direktiflerinin kapsamına giren kuruluşların artırılması hedefi, Türkiye için de önemli bir hedef haline gelmiştir. Bu bağlamda 4734 sayılı Kanun, kamu kaynakları kullanan tüm kurum ve kuruluşları bu kanunun kapsamına dahil ederek kapsamı genişletmiş ve böylece kamu alımları bakımından yeknesak bir düzen oluşturmuştur (Özkan, 2014: 51). Kanunun kapsamı AB ihale direktiflerinden Klasik Direktiflerle paralellik arz etmektedir. Fakat AB ihale direktiflerinden ikincisi olan Sektörler Direktifi kapsamındaki enerji, su, ulaştırma ve telekomünikasyon sektörlerinde yapılacak olan kamu ihaleleri, 4734 sayılı Kanunun kapsamı dışında bırakılmıştır (Akdoğan, 2010: 96; Özkan, 2014: 54). Bu sektörlerdeki kamu alımlarının ayrı kanunlarla düzenlenmesi ve 4734 sayılı Kanunda yer alan kurallardan farklı kurallara tabi olması; bu sektörlerdeki kamu alımlarını kısıtladığı gerekçesi ile Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanan 2015 yılı Türkiye İlerleme Raporunda eleştirilmiştir (Avrupa Komisyonu, 2015: 39). 4734 sayılı Kanun, AB ihale direktifleri ile paralel olarak “savunma ve güvenlik alanındaki” kamu ihalelerini genel nitelikteki bu kanunun kapsamı dışında bırakmıştır. AB ihale direktiflerinin anlatıldığı başlıktan hatırlanacağı üzere, AB ihale sisteminde de savunma ve

güvenlik alanındaki kamu alımları Klasik ve Sektörler Direktiflerinin dışında 2009/81 EC sayılı ayrı bir direktif ile düzenlenmiştir.

4734 sayılı Kanuna göre ihaleler, 3 farklı ihale usulü ile yapılabilmektedir. Bunlar, açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü ve pazarlık usulüdür (madde 18). Ayrıca kanunun 22. maddesinde belirtilen hallerde, ilan yapılmaksızın ve teminat alınmaksızın doğrudan temin usulü ile de ihale yapılabilmektedir. 2014/24 EU sayılı AB İhale Direktifinde yer alan “rekabetçi pazarlık usulü” Türkiye’deki ihale mevzuatında bulunmamaktadır. Fakat 4734 sayılı Kanunun 21. maddesinde pazarlık usulünün yapılabileceği haller arasında sayılan: “*İhale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin özgün nitelikte ve karmaşık olması nedeniyle teknik ve malî özelliklerinin gerekli olan netlikte belirlenememesi*” halinde pazarlık usulü ile ihale yapılabilmesi hükmünün, AB ihale direktiflerinde yer alan rekabetçi pazarlık usulüne benzer nitelikte olduğu düşünülmektedir (Özkan, 2014: 134).

Kanunun 53. maddesi ile kamu ihalelerinde sözleşme imzalanıncaya kadar olan süreçte çıkabilecek uyuşmazlıklara ilişkin, şikayet ve itirazlara çözüm mercii olarak Kamu İhale Kurumu kurulmuştur. Kamu İhale Kurumu, Kanunun 53. maddesine göre “kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip” bir bağımsız idari otoritedir. Kamu hizmetlerinin özel sektöre gördürülmesi veya kamu hizmetlerinin görülmesi için gerekli, mal veya hizmetin ya da yapım işinin özel sektörden temini ilişkisinin ne tamamıyla devletin denetimine ne de kamu yararı içermesi sebebiyle tamamıyla piyasanın işleyişine bırakılamayacağı düşüncesi, devlet tüzel kişiliğinden ayrı tüzel kişiliğe sahip bağımsız idari otoriteleri ortaya çıkarmıştır (Avcı, 2014: 127). Kamu İhale Kurumu’nun bir bağımsız idari otorite olarak kurulması, Devlet Planlama Teşkilatı (DPT) tarafından 2003 yılında yayınlanan, AB’nin 2003 tarihli Türkiye İlerleme Raporunda, ekonomi üzerindeki siyasi baskının etkisini kırmak açısından olumlu bir gelişme olarak değerlendirilmiştir (DPT, 2003: 91). Yine AB’nin 2002 tarihli Türkiye İlerleme Raporunda da, Kamu İhale Kurumu’nun kurulması, AB ihale müktesebatına uyum sağlanması bakımından, olumlu olarak değerlendirilmiştir (T.C. AB Bakanlığı, 2002: 57).

4734 sayılı Kanunun gerekçesinde, ilan süreleri oluşturulurken AB ihale mevzuatına uyumun hedeflendiği ve bu hedefe yönelik olarak ilan süreleri oluşturulurken eşik değerlerin ve farklı ihale usullerinin dikkate alındığı

belirtilmiştir (TBMM, 2001a: 3). Kanuna göre 01.02.2016 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere eşik değerler; genel ve katma bütçeli⁶⁹ idarelerin mal ve hizmet alımları için **300.000 TL**, kanun kapsamındaki diğer idarelerin mal ve hizmet alımları için **500.000 TL** ve kanun kapsamındaki idarelerin yapım işleri için **11.000.000 TL** olarak belirlenmiştir (4734 sayılı Kanun madde 8).

4734 sayılı Kanun, 2002 yılında yürürlüğe girdiğinde henüz 2004/17 EC ve 2004/18 EC sayılı AB Kamu İhale Direktifleri yürürlüğe girmemişti ve AB ihale sistemi bu direktiflerden önce mal, hizmet ve yapım işlerini ayrı ayrı direktifler ile düzenlenmekteydi. Dolayısıyla 4734 sayılı Kanunun hazırlanmasında da, 2004 tarihli direktiflerin yürürlüğe girmesinden önce yürürlükte olan direktifler esas alınmıştır. 2004 tarihli direktiflerin yürürlüğe girmesi ile 4734 sayılı Kanun ve AB ihale direktifleri arasında uyumsuzluklar oluşmuştur. AB mevzuatı ile uyum sağlamak amacıyla, 2004 tarihli yeni direktiflerle getirilen, “dinamik alım sistemi, elektronik ihale ve çerçeve anlaşmalar”, 4734 sayılı Kanunu değiştiren 5812 sayılı Kanunla mevzuatımıza alınmıştır (TBMM, 2008: 12). 4734 sayılı Kanunun 4.maddesinde Elektronik Kamu Alımları Platformu: “İdareler ile kamu alımları sürecine taraf olanların bu sürece ilişkin işlemleri internet üzerinden gerçekleştirebilecekleri ve Kurum tarafından yönetilen elektronik ortam” şeklinde ifade edilmiştir. Elektronik alımlar kanunun ek 1.maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler neticesinde, kanun kapsamındaki tüm işlemlerin elektronik ortamda yapılabilmesi mümkün hale gelmiştir. Bu bağlamda, kanunun ilan sürelerini ve kurallarını düzenleyen 13. maddesinin 3. fıkrasında, ilanın elektronik ortamda yapılması imkanı düzenlenmiştir. AB ihale sisteminde ihalelerin elektronik ortama aktarılmasına özel önem verilmiş olduğundan, 4734 sayılı Kanunda bu düzenlemenin yer alması, AB müktesebatına uyum sağlama amacını göstermektedir. Kanunda ihale sürecinin elektronik ortama aktarılmasına ilişkin yeniliklerden biri de, yine 5812 sayılı Kanunla değişikliğe uğratılan 65.maddede, elektronik ortamda aday, istekli veya diğer ilgililere tebligat yapma ve bildirimde bulunma imkanının getirilmesidir. İhalelerin elektronik ortama aktarılmasına, uluslararası platformda çok önem verilmesi sebebiyle, Türkiye’de de ulusal

⁶⁹ 5018 sayılı “Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu” ile katma bütçe kaldırılmış ve bu kapsamdaki idareler özel veya genel bütçeli idareler haline getirildiğinden (TBMM, 2003b: 2), buradaki katma bütçeli idareleri genel veya özel bütçeli idareler olarak değerlendirmek gerekmektedir.

metinlerde e-ihale uygulamalarını geliştirmek ve yaygınlaştırmak sıklıkla vurgulanmıştır (T.C. Kalkınma Bakanlığı, 2006: 67).

4734 sayılı Kanunun, Kanun kapsamındaki terimlerin tanımlandığı 4.maddesinde Dinamik Alım Sistemi de tanımlanmıştır. Bu sistem: *“İhale dokümanına uygun ön teklif veren ve sistemin geçerlik süresi içerisinde yeterli kriterlerini sağlayan bütün isteklilerin sisteme kabul edildiği, piyasada mamul olarak bulunan malların tedarikine yönelik tamamen elektronik ortamda gerçekleştirilen alım süreci”* olarak tanımlanmıştır. Dinamik Alım Sistemi Kanunun ek 4. maddesinde ayrıntılı olarak da düzenlenmiştir. Son olarak yine tanımlar içerisinde çerçeve anlaşma kavramı da: *“Bir veya birden fazla idare ile bir veya birden fazla istekli arasında, belirli bir zaman aralığında gerçekleştirilecek alımların özellikle fiyat ve mümkün olan hallerde öngörölen miktarlarının tespitine ilişkin şartları belirleyen anlaşma”* şeklinde tanımlanmıştır. Çerçeve Anlaşmalar da, Kanunun ek 2.maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Kanunun 40.maddesinde ihalenin “ekonomik açıdan avantajlı teklif”i verenin üzerine bırakılması öngörölmüştür. Bu madde, 2014/24 EU sayılı direktifin “ihalenin kazanılması kriterlerinin” düzenlendiği 67.maddesi ile uyum sağlamıştır. Nitekim her iki düzenlemede yer alan ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesinde, yalnızca fiyat değil, fiyatla birlikte maliyet etkinliği, kalite, sosyal ve çevresel faktörler gibi kriterler de esas alınabilmektedir.

Çizelge 3.2. 4734 Sayılı Kanunun AB İhale Mevzuatı ile Uyumlu Yönleri

AB İhale Mevzuatı (2014/24 EU Sayılı Direktif)	4734 Sayılı Kanun
Kapsadığı kuruluşlar: Merkezi devlet, yerel yönetimler ve kamu hukukuna tabi kuruluşlar	Kapsadığı kuruluşlar: Harcamaları kamu kaynakları tarafından karşılanan tüm kuruluşlar
İhale Usulleri: Açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü, rekabetçi pazarlık usulü, rekabetçi diyalog usulü, inovasyon ortaklığı usulü	İhale Usulleri: Açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü, pazarlık usulü
Eşik Değerler: yapım işlerinde 5.186.000 € mal ve hizmet alımlarında 104.000 € 207.000 € 750.000 €	Eşik Değerler: mal ve hizmet alımlarında 300.000 TL 500.000 TL Yapım işlerinde 11.000.000 TL
Dinamik Alım Sistemi (2014/24 EU sayılı Direktif madde 34)	Dinamik Alım Sistemi (4734 Sayılı Kanun ek madde 4)
Elektronik Alım (2014/24 EU Sayılı Direktif madde 35)	Elektronik Alım (4734 sayılı Kanun ek madde 1).
Çerçeve Sözleşme (2014/24 EU Sayılı Direktif madde 33)	Çerçeve Anlaşmalar (4734 Sayılı Kanun ek madde 2)
İhalenin Kazanılması Kriteri: ekonomik açıdan en avantajlı teklif (2014/24 EU Sayılı Direktif madde. 67)	İhalenin Kazanılması Kriteri: ekonomik açıdan en avantajlı teklif (4734 Sayılı Kanun madde 40).

4734 sayılı Kanun, her ne kadar AB ihale müktesebatına uyum amacıyla oluşturulmuşsa da, AB müktesebatı ile uymayan pek çok yönü vardır.

AB ihale direktiflerinde temel alınan ilkelerden belki de en önemlisi ayrımcılık yasağıdır ve bu ilkenin önemine Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanan 2015 yılı Türkiye İlerleme Raporunda da vurgu yapılmıştır (Avrupa Komisyonu, 2015: 39). Bu ilke, sınır ötesi isteklilerin ihalelere katılımını ve rekabetin gerçekleşmesini sağlayan bir ilkedir. 4734 sayılı Kanun, ihalelerde uygulanacak olan ilkeler arasında “rekabet ve eşit muamele” ilkesine yer vermiş (madde 5), fakat başka bazı maddelerinde bu ilkelerle ters düşecek hükümlere yer vermiştir. Örneğin Kanunun 63.maddesinde yerli istekliler lehine birtakım ayrıcalıklar konulmuş olması, AB’ye üyelik sürecinde sorun teşkil edebilecek bir düzenlemedir (Akdoğan, 2010: 93). Kanunun 63.maddesinin a, b ve c bentlerine göre:

a) “Yaklaşık maliyeti eşik değerinin altında kalan ihalelerde sadece yerli isteklilerin katılabileceğine ilişkin düzenleme yapılabilmektedir”.

b) *“Hizmet alımı ve yapım işi ihalelerinde yerli istekliler lehine % 15 oranına kadar fiyat avantajı sağlanabilir”.*

c) *“Mal alımı ihalelerinde yerli malı teklif eden istekliler lehine % 15 oranına kadar fiyat avantajı sağlanabilir”.*

AB’nin ortak pazarında herhangi bir AB üyesi ülkeden isteklinin, başka bir AB üyesi ülkede yapılacak olan ihaleye, ayrımcılığa uğramadan katılabilmesi esastır. Fakat Türkiye’nin yerli istekliler lehine böyle bir düzenleme yapması, AB üyesi ülkelerden Türkiye’deki ihalelere katılmak isteyen istekliler ve AB mallarının ihale edilmesi aleyhine bir ayrımcılık yaratmaktadır. Türkiye’nin AB’ye üyelik sürecinde ve üye olması durumunda, bu düzenleme AB ortak pazarı anlayışına ters düşecektir. Nitekim Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanan 2015 yılı Türkiye İlerleme Raporunda, Türkiye, kamu alımları sistemi bakımından AB’ye üye olmak için yeteri kadar hazır bulunmamıştır. Türkiye’nin ihale mevzuatında AB ile uyum göstermeyen yönler arasında bulunan, “yerli fiyat avantajlarının”, kaldırılması gerekliliği ifade edilmiştir (Avrupa Komisyonu, 2015: 39). Aynı raporda eleştirilen bir diğer nokta ise 4734 sayılı Kanundaki eşik değerlerin, AB ihale direktiflerindeki eşik değerlerden yüksek olmasıdır (Avrupa Komisyonu, 2015: 39). 4734 sayılı Kanun aslında hem eşik değerlerin üzerindeki hem de altındaki ihalelerde uygulanabilme kabiliyetine sahiptir. Fakat eşik değerlerin altındaki ihalelerde yerli isteklilerin fiyat avantajlarına sahip olması düzenlemesi sebebiyle, eşik değerlerin yüksek tutulması hem ayrımcılık yasağı hem de rekabet ilkesi ile uyumsuzdur.

Son 6 yılın AB İlerleme Raporlarına bakıldığında, Türkiye’nin kamu ihale piyasasındaki uygulama ve yürütme kapasitesinden övgü ile bahsedildiği görülmektedir. Çoğu sektörde piyasa mekanizması araçlarının ve rekabetin iyi bir şekilde yürütüldüğü belirtilmektedir (Avrupa Komisyonu, 2010: 51; Avrupa Komisyonu, 2011: 59; Avrupa Komisyonu, 2012: 49; Avrupa Komisyonu, 2013: 28; Avrupa Komisyonu, 2014: 29; Avrupa Komisyonu, 2015: 40). Fakat 2015 yılı itibarıyla, kamu-özel işbirliklerinin çalışmasında sorunlar olduğu ve özellikle bazı büyük işbirliklerinin siyasi baskılar altında kaldığı belirtilmiştir. Çözüm olarak bu işbirliklerinin çalışması ve denetimi konusundaki yetkilerin ortak bir otoritede birleştirilmesi önerilmektedir (Avrupa Komisyonu, 2015: 40).

4735 sayılı “Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu”, 4734 sayılı “Kamu İhale Kanunu”nun tamamlayıcı parçasını oluşturmaktadır. Şöyle ki; 2886 sayılı “Devlet İhale Kanunu”nda, hem sözleşme öncesi aşama hem de sözleşmenin uygulanması aşaması düzenlenmiştir. 4734 ve 4735 sayılı Kanunlar oluşturulurken ise AB ihale düzenlemelerine paralel olarak, sözleşme öncesi aşama ve sözleşme aşaması ayrılarak, ayrı kanunlarla düzenlenmiştir (TBMM, 2001a: 1; TBMM, 2001b: 1).

3.2.3. 4734 Sayılı Kanunun AB İhtilaf Direktifleri Bakımından İncelenmesi

4734 sayılı Kanun, 2014/24 EU sayılı klasik direktife uygunluğunun haricinde, AB tarafından düzenlenen ihtilaf direktifleri (89/665 EEC, 92/13 EEC, 2007/66 EC) ile de uyumlu düzenlemeler içermektedir. Bu ihtilaf direktiflerinin temeldeki amacının, üye devletlerde AB ihale direktiflerine uyumun sağlanması ve denetim organlarının oluşturulması olduğu yukarıda belirtmişti. Bu ihtilaf direktiflerinde, sözleşme öncesi aşamada ihalenin hukuka aykırılığı dolayısıyla şikayet başvurusunda bulunulması düzenlenmiştir. Türkiye de, AB’ye üye aday bir ülke olarak kamu ihale mevzuatını, AB ihale direktifleri çerçevesinde oluşturmayı amaçlamıştır. Bu bağlamda, AB’nin ihtilaf direktiflerine paralel olarak ihale aşamasındaki hukuka aykırı işlemlere karşı başvuru yolları oluşturulmuştur.

4734 sayılı Kanun’un 54.maddesine göre: *“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”* şikayet ve itirazın şikayet başvuru yolunu kullanabileceklerdir. Şikayet başvurusu, Kanunun 55.maddesine göre, ihale sürecindeki hukuka aykırı eylem veya işlemin farkına varıldığı andan itibaren, Kanunda belirtilen süreler çerçevesinde, ihaleyi yapan idareye yapılabilecektir. Kanunun 55.maddesinin 4.fıkrasına göre, ihaleyi yapan idarenin Kanunda belirlenen süreler içerisinde bir karar vermemesi veya süresinde verilen kararın başvuru sahibi tarafından uygun bulunmaması halinde başvuru sahibi, Kamu İhale Kurumu’na itirazın şikayet başvurusunda bulunabilmektedir.

Kanunun 55.maddesinin 5.fıkrasına göre: *“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 itirazın şikayet başvurusunda bulunulmadığı*

hususuna ilişkin sorgulama yapılmadan veya itirazın şikayet başvurusunda bulunulması halinde ise Kurum tarafından nihai karar verilmeden sözleşme imzalanamaz”.

İhaleyi yapan idare ve Kamu İhale Kurumu kendilerine yapılan başvuru ile ilgili olarak;

“a) İhale sürecinin devam etmesine engel oluşturacak ve düzeltici işlemle giderilemeyecek hukuka aykırılığın tespit edilmesi halinde ihalenin iptaline,

b) İdare tarafından düzeltme yapılması yoluyla giderilebilecek ve ihale sürecinin kesintiye uğratılmasına gerek bulunmayan durumlarda, düzeltici işlem belirlenmesine,

c) Başvurunun süre, usul ve şekil kurallarına uygun olmaması, usulüne uygun olarak sözleşme imzalanmış olması veya şikayete konu işlemlerde hukuka aykırılığın tespit edilememesi veya itirazın şikayet başvurusuna konu hususun Kurumun görev alanında bulunmaması hallerinde başvurunun reddine” karar verebileceklerdir (4734 sayılı Kanun 54.madde 11.fıkra).

İstekli ve adaylar, şikayet ve itirazın şikayet başvuru yollarını tüketmeden idari yargıda iptal davası açamayacaklardır (4734 sayılı Kanun 54.madde 2.fıkra). Başvuru sahipleri ihale sürecindeki hukuka aykırı olduğunu düşündükleri işlemler bakımından idari yargıda iptal davası açabilmek için; öncelikle ihaleyi yapan idareye şikayet başvurusunda bulunmak, bu başvurusunda hukuka aykırılığın giderilmediğini düşünmesi halinde, ihaleyi yapan idarenin başvuru hakkındaki kararı hakkında Kamu İhale Kurumu’na itirazın şikayet başvurusunda bulunmak zorundadır. Kamu İhale Kurumu’nun vereceği karar bir idari işlemdir ve dolayısıyla bu işlem hakkında idari yargıda iptal davası açılabilecektir (Gözler ve Kaplan, 2015: 495).

Kanunda öngörülen bu başvuru yolları, AB İhtilaf Direktifleri ile karşılaştırıldığında, birbiri ile büyük ölçüde uyum içinde olduğu görülmektedir. İlk olarak, AB İhale Direktiflerine uyum amacıyla oluşturulmuş 4734 sayılı Kanunda, ihale sürecinde oluşabilecek hukuka aykırılıklara karşı idari ve yargısal başvuru yolları oluşturulmuştur. İkinci olarak, İhtilaf Direktiflerinin bir denetim organı oluşturulması amacını karşılayan bağımsız idari otorite niteliğinde **Kamu İhale**

Kurumu mevcuttur ve Kurum ihale sürecindeki hukuka aykırılıkları inceleme yetkisi ile donatılmıştır.

Kamu İhale Kurumu, 4734 sayılı Kanun ile kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip bir bağımsız idari otorite olarak kurulmuştur. Kurum, bağımsız idari otoritelerin, devlet tüzel kişiliğinden ayrı bir kamu tüzel kişiliğe sahip olma ve özerk bütçesi bulunma (Ulusoy, 2003: 89) özelliklerini taşımaktadır. Kurumun kendi çalışma alanında düzenleme ya da regülasyon yapma yetkisi mevcuttur (Uz, 2005: 384). Kanunda düzenlendiği üzere, “hiçbir organ, makam, merci ve kişinin Kurumun kararlarını etkilemek amacıyla emir ve talimat verememesi” (4734 sayılı Kanun madde 53/a), Ulusoy’un (2003:17) işlevsel bağımsızlık olarak kastettiği bağımsızlığı taşıdığını göstermektedir. Yine “kurul üyeliğine atanacak kişilerin geçmişte ve halen bir siyasi parti ile aday gösterme dahil üyelik ve görev alma ilişkilerinin bulunmaması gerekliliği” de (4734 sayılı Kanun madde 53/c), kanaatimizce bu tür bağımsızlığın kapsamındadır. “Kurul üyelerinin görev süresi dolmadan görevlerine son verilememesi” de (4734 sayılı Kanun madde 53/c), Ulusoy’un (2003: 15-17) bağımsız idari otoritelerin organik bağımsızlık olarak kastettiği bağımsızlığı ifade etmektedir. Kurumun karar organı “Kamu İhale Kurulu”dur. Kurul tarafından alınan kararların yürütülmesi ve kurulun temsili kurul başkanı tarafından yerine getirilir (4734 sayılı Kanun madde 53/c).

Kamu İhale Kurumu, devlet tüzel kişiliğinden ayrı bir kamu tüzel kişiliğini haiz bir idare olduğundan, kurumun almış olduğu kararlar da birer idari işlem niteliğindedir. Anayasamızın 125.maddesi doğrultusunda, Kamu İhale Kurumu’nun da her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yoluna başvurulabilmektedir. Türkiye’de Kamu İhale Kurumu, bir bağımsız idari otorite olması dolayısıyla idari yargı denetimine tabidir. Danıştay’ın bağımsız idari otoritelerin kararlarının yargısal denetiminde, bu kuruluşları sıradan bir idare olarak gördüğü ve kendilerine has özellikleri dolayısıyla yargısal denetimde ayrıcalıklı bir incelemeye tabi tutmadığı belirtilmektedir (Ulusoy, 2003: 52).

Üçüncü olarak, idari başvuru yollarının kullanılması durumunda bu başvurular hakkında nihai karar verilmeden sözleşme imzalanmayacak olması da, İhtilaf Direktiflerinde belirlenen askı süreleri ile uyum arz etmektedir. İhaleyi yapan idare ya da Kamu İhale Kurumu’nun ihale sürecindeki işlemlerde hukuka aykırılık tespit etmesi halinde, ihalenin iptaline karar verebilmesi de İhtilaf

Direktifleri ile uyumludur. Fakat İhtilaf Direktiflerinde denetim organının verebileceği alternatif cezalara, 4734 sayılı Kanunda yer verilmemiştir.

AB'nin 2015 yılı Türkiye İlerleme Raporunda, 4734 sayılı Kanundaki ihale sürecindeki hukuka aykırılıklara karşı başvuru yolları, AB İhtilaf Direktifleri ve AB Anlaşması ile uyumlu bulunmuştur. Keza Kamu İhale Kurumu'nun şikayetleri inceleme ve çözüme kavuşturma uygulaması da etkin, hızlı ve yeterli bulunmuştur. Raporda, 4734 sayılı Kanun'da düzenlenen sözleşme öncesi başvuru yolları bakımından getirilen iki eleştiri vardır. Bunlardan ilki, 4734 sayılı Kanun, AB İhale Direktiflerinden sektörel direktifi kapsamadığından, bu direktiflere ilişkin ihale işlemlerinin, 4734 sayılı Kanunun ve bu kanun kapsamındaki ihale işlemlerini denetlemek için kurulan Kamu İhale Kurumu'nun denetim yetkisinin kapsamı dışında kalmasıdır. İkinci eleştiri ise Kamu İhale Kurumu'nun şikayet başvuru harçlarının yüksek olmasıdır (Avrupa Komisyonu, 2015: 41).

4734 sayılı Kanun'da öngörülen hukuki başvuru yolları, kamu ihale sözleşmelerinin imzalanmasından önceki işlemlere ilişkindir. Literatürde ve yargı kararlarında, kamu ihale sözleşmesinin imzalanmasından itibaren sözleşmenin uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların, Türk hukukunda özel hukuka ve dolayısıyla adli yargıya tabi olduğu belirtilmektedir (Gözler ve Kaplan, 2015: 492).

3.3. Türkiye’de Kamu İhale Sözleşmelerinin Durumu

4735 sayılı Kanun'da, kamu ihale sözleşmeleri özel hukuk sözleşmesidir veya hatta da kamu hukuku sözleşmesidir şeklinde bir belirleme yapılmamıştır. Fakat Kanunun 4.maddesinin 3.fıkrası ile 36.maddesindeki düzenlemeler sebebiyle, literatürde bu sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olduğu yönünde görüş bildirilmiştir (Gözübüyük ve Tan, 2014: 525). Kanunun 4.maddesinin 3.fıkrasına göre: *“Bu Kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülöklere sahiptir. İhale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemez”*. Bahsi geçen diğör hüküm olan 36.maddede ise *“Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacağı”* belirtilmiştir.

Bir sözleşmenin idari (kamu hukuku) veya özel hukuk sözleşmesi olup olmadığının kanunla belirlenmesi asıldır; fakat kanun ile böyle bir belirleme

yapılmamış ise içtihadi yol ile belirlenebilmektedir (Gözler ve Kaplan, 2015: 452). Örneğin Danıştay içtihatlarında bir sözleşmenin idari sözleşme olabilmesi için taşıması gereken şartlar şu şekilde ifade edilmiştir:

“Bir sözleşmenin "idari sözleşme" sayılabilmesi için, sözleşmenin taraflarından birinin kamu idaresi, kurumu ya da kuruluşu olması; sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili bulunması ve yönetime özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler tanınması gereklidir.”⁷⁰

“Bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için sürekli bir kamu hizmetinin görülmesi amacını taşıması, taraflardan birinin idare olması ve kamu hukukuna özgü, kamu hukukundan doğan şart ve hükümlerin sözleşmede yer alması zorunludur.”⁷¹

“bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için taraflardan birinin idare olmasının konusunun doğrudan veya dolaylı olarak bir kamu hizmetine ilişkin bulunmasının ve sözleşmenin özel hukuk sözleşmelerinde rastlanmasına olanak bulunmayan olağanüstü hüküm ve şartları içermesinin gerektiği...”⁷²

Konuyla ilgili olarak Yargıtay da bir kararında: *“Bir sözleşmenin "idari sözleşme" sayılabilmesi; sözleşmenin taraflarından birinin kamu idaresi, kurumu yada kuruluşu olması, sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili bulunması, sözleşmede idareye özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler tanınmasına bağlıdır.”⁷³* şeklinde belirterek Danıştay ile aynı görüşü paylaşmıştır.

Anayasa Mahkemesi de bir kararında: *“Öğretide de kabul edildiği gibi, bir sözleşmenin "idari sözleşme" sayılabilmesi için, sözleşmenin taraflarından birinin kamu idaresi, kurumu ya da kuruluşu olması; sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili bulunması ve yönetime özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler tanınması gereklidir.”⁷⁴* şeklinde belirtmiştir.

⁷⁰ Danıştay 13.D. 27.11.2006 tarihli, 2005/5304 Esas ve 2006/4486 Karar sayılı kararı.

⁷¹ Danıştay 10. D. 11.04.2005 tarihli, 2004/12712 Esas ve 2005/1612 Karar sayılı kararı.

⁷² Danıştay 5.D. 17.05.2000 tarihli, 2000/476 Esas ve 2000/1516 Karar sayılı kararı.

⁷³ Yargıtay HGK 14.02.2007 tarihli, 2007/4-81 Esas ve 2007/78 Karar sayılı kararı.

⁷⁴ Anayasa Mahkemesi 28.06.2005 tarihli, 1994/71 Esas ve 1995/23 Karar sayılı kararı.

Yüksek mahkemeler arasında yer alan Uyuşmazlık Mahkemesi de bir kararında: *“Bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için ise, sürekli bir kamu hizmetinin görülmesi amacının taşınması, taraflardan birinin idare olması ve kamu hukukuna özgü, kamu hukukundan doğan şart ve hükümlerin sözleşmede birlikte yer alması gerekir.”*⁷⁵ şeklinde belirtmiştir.

Yüksek mahkemelerin bu kararları değerlendirildiğinde, bir sözleşmenin idari sözleşme olabilmesi için şu üç şartın birlikte gerçekleşmesi gerektiği görülmektedir;

- a) Sözleşmenin taraflarından birinin idare olması,
- b) Sözleşmenin konusunun bir kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olması ve
- c) Sözleşmenin idare lehine özel hukuku aşan şartlar içermesi.

Yargı kararlarında, idari sözleşmelerin şartları bu şekilde belirlenmiştir. Kamu ihale sözleşmelerinde ise sözleşme öncesi aşamadaki işlemlerin denetiminin idari yargıya tabi olması belirtilmekle birlikte, sözleşmenin uygulanmasından doğacak uyuşmazlıkların özel hukuk hükümlerine tabi olarak adli yargıda çözüleceği yargı kararlarında ifade edilmiştir. Nitekim bu belirleme, Danıştay’ın kararlarında:

*“ihale aşaması tamamlanıp, sözleşme imzalandıktan sonra sözleşmenin uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların adli yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği...”*⁷⁶

*“ihale safhası tamamlanıp, taraflar arasında sözleşme imzalandıktan sonra, bu sözleşmelerin uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıkların adli yargı yerine ait olduğu tartışmasıdır. Bu durumda, taraflar arasında imzalanan sözleşmenin uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlığın özel hukuk hükümleri çerçevesinde adli yargı yerince çözümlenmesi gerektiğinden...”*⁷⁷ şeklinde yapılmıştır.

⁷⁵ Uyuşmazlık Mahkemesi 29.12.2014 tarihli, 2014/679 Esas ve 2014/1064 Karar sayılı kararı.

⁷⁶ Danıştay 10.D. 05.02.2003 tarihli, 2001/5105 Esas ve 2003/358 Karar sayılı kararı.

⁷⁷ Danıştay 6.D. 17.06.1997 tarihli, 1996/3976 Esas ve 1997/3037 Karar sayılı kararı.

Yine Uyuşmazlık Mahkemesi'nin de bu yönde kararları mevcuttur. Buna örnek olarak Uyuşmazlık Mahkemesi'nin şu kararı gösterilebilir:

“Belirtilen yasal düzenlenmeler çerçevesinde, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nun kamu hukukunu ilgilendiren yasalar olması nedeniyle, sözleşme aşamasına kadar yasaya dayanılarak idarece alınan karar ve yapılan işlemlerin iptali istemiyle açılan davaların idari yargı yerinde, sözleşme yapıldıktan sonra sözleşme hükümlerinin uygulanması nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıkların ise sözleşme ve özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerinde görülmesi gerekmekte ise de, sözleşme yapıldıktan sonra tesis edilse bile sözleşmenin uygulanmasından kaynaklanmayan, sözleşmeden doğan bir hak veya alacağın takibi niteliğini taşımayan, idarenin kamu gücüne dayanarak ve tek yanlı olarak tesis ettiği idari işlemlerin iptali istemiyle açılan veya bu nitelikteki idari işlemler nedeniyle doğan tazminat istemleri nedeniyle açılan davaların da idari yargı yerinde görülüp çözümlenmesi gerektiği tartışmasızdır.”⁷⁸

Literatürdeki yazarların büyük bir kısmı yüksek yargı organlarının verdiği kararlar ile paralel görüşe sahiptir. Bu görüşlerden biri olan Gözübüyük ve Tan’a göre (2014: 471); kamu ihale sözleşmelerinde, 4735 sayılı Kanunun yukarıdaki paragraflarda bahsi geçen 4. ve 36.maddelerindeki hükümlerinin varlığı, bu sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olduğunun göstergesidir. Turgut Tan, Şeref Gözübüyük’ten ayrı olarak tek başına yazdığı İdare Hukuku kitabında (2015: 317), ihale yöntemi kullanılarak akdedilen sözleşmelerin doktrinde ve yargı kararlarında özel hukuk sözleşmesi olarak görüldüğünü belirtmektedir.

Benzer görüşteki Günday (2011: 195), İdare Hukuku adlı kitabında, kamu ihale sözleşmelerini “idarenin özel hukuk sözleşmeleri” başlığı altında incelemiştir. Günday (2011: 195), bu sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edildiğini; ancak, idare bu sözleşmeleri kamu harcaması yaparak gerçekleştirdiğinden ve sözleşmelerin kamu yararları ile ilgili olmasından dolayı bu sözleşmelerin “belli ölçüde kamu hukuku kurallarına tabi” olduğunu ifade etmiştir.

⁷⁸ Uyuşmazlık Mahkemesi, 29.12.2014 tarihli, 2014/1097 Esas ve 2014/1145 Karar sayılı kararı.

Yılmaz'a göre (2014: 55), 4735 sayılı “Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu”nun 4.maddesinde tarafların sözleşmenin uygulanması bakımından eşit haklara sahip görülmesi hükmünün varlığı, kanun koyucunun kamu ihale sözleşmelerini özel hukuka tabi kılma konusundaki tercihini ortaya koymuştur.

Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (2015: 485), 2886 ve 4734 sayılı Kanunlara göre yapılan ihale sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmeleri olarak kabul edildiğini belirtmektedirler. Aynı yazarlar, sözleşmenin imzalanmasından önceki işlemlerin, kamu hukuku içerisinde değerlendirilmesi gerektiği ve idari yargı denetimine tabi olduklarını belirtmektedirler (Akyılmaz v.d.,2015: 485-486). Belirtmek gerekir ki; 2886 sayılı ve 4734 sayılı Kanunlar çerçevesinde sözleşmenin imzalanmasından önceki işlemler, idari işlem niteliğindedirler ve bu işlemler dolayısıyla ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar idari yargıda çözümlenirler (Gözler ve Kaplan, 2015: 492). Nitekim bu durum literatürde tartışmalı değildir (Günday, 2011: 218; Gözler ve Kaplan, 2015: 492; Karahanoğulları, 2015: 321). Keza yargı kararlarında da, sözleşme öncesi işlemlerin kamu hukukuna ve idari yargı denetimine tabi olduğu belirtilmiştir. Nitekim Danıştay’ın bir kararında:

“2886 sayılı İhale Yasasına dayanılarak sözleşme aşamasına kadar idarece alınan kararlar ve yapılan işlemler idari niteliktedir. İhale kararı alınması, ihale şartlarının tespiti, şartnamenin hazırlanması, tahmini bedel tayini, ihale komisyonun teşkili, ihalenin ilanı, tekliflerin değerlendirilmesi, ihale kararı, komisyonun ihaleyi yapıp yapmamakta serbest olması, ihale kararının onayı ve iptali gibi tüm hazırlıkların, idarenin, yasanın verdiği yetkiye dayanılarak gerçekleştirdiği tek yanlı ve buyurucu nitelikte bir dizi işlemler olduğu görülmektedir. Bu nedenle bu tür işlemlere karşı açılacak davalar idari yargının görevinde olup sözleşmenin imzalanmasından sonra sözleşme hükümlerinin uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıklar ise adli yargının görevine girecektir.” şeklinde belirtilmiştir. Yargıtay’ın da konuyla ilgili verdiği bir kararında: *“Kural olarak devlet ihalesinde sözleşmenin yapılması aşamasına kadar ortaya çıkan çekişmelerin giderilme yeri idari yargı, sözleşmenin*

yapılmasından sonra doğan uyuşmazlıkların çözümü yeri ise adli yargıdır.”⁷⁹ şeklinde belirtilmiştir.

Yargı kararlarında görüldüğü üzere, kamu ihale sözleşmelerinde sözleşmenin imzalanmasına kadar yapılan işlemlerin idari işlem niteliğinde olduğu ve idari yargı denetimine tabi olduğu; sözleşmenin imzalanmasından itibaren yapılan işlemlerin ise özel hukuk hükümlerine ve adli yargı denetimine tabi olduğu şeklinde bir belirleme yapılmıştır. Literatürde, sözleşmenin imzalanmasından sonra sözleşmenin uygulanmasından bağımsız olarak, idare tarafından tek yanlı olarak yapılan işlemlerin birer idari işlem olduğu ve idari yargı denetimine tabi olduğunu destekleyen görüş de mevcuttur (Gözübüyük ve Tan, 2014: 474). Bu görüş yargı kararlarında da benimsenmiştir. Nitekim Danıştay’ın konu ile ilgili olarak vermiş olduğu kararında:

*“Olayda söz konusu sözleşmenin bir özel hukuk sözleşmesi olduğu konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Fakat “Ayrılabilir işlem teorisi” yönünden ele alındığında, söz konusu fesih işleminin bağımsız ve ayrı bir işlem ve nitelik olarak da idarenin asıl sözleşmeden farklı olarak kamu gücüne dayanarak kullandığı tek yanlı bir irade açıklamasını içerdiğinden idari işlem olduğu”*⁸⁰ ifade edilmiştir.

Akdoğan’a göre (2015: 126-127), kamu ihale sözleşmeleri karma bir nitelik arz etmektedir. Yazar bu görüşünü, kamu ihale sözleşmelerinin özel bir mevzuatla düzenlenmesi ve katı şekil kurallarına tabi kılınmasına dayandırmıştır. Yazar, sözleşmenin uygulanmasında özel hukuk ile idare hukukunun bir arada bulunması gerekliliğine, tarafların eşit olduğu durumlar bakımından özel hukukun, bu ilişkiden ayrılabilir nitelikteki idari işlemler söz konusu olduğunda da idare hukukunun uygulanması gerektiğini belirtmiştir (Akdoğan, 2015: 123).

Karahanoğulları (2015: 320-321): “ihale, idarenin sözleşme iradesini oluşturmada uymak zorunda olduğu idari yöntemdir” şeklinde belirterek; idarenin gerek özel hukuk sözleşmesi yaparken gerekse idari sözleşme yaparken ihale usulünü kullanabileceğini ifade etmektedir. Ona göre, ihale usulü kullanılarak akdedilen sözleşmelerin idari sözleşme mi yoksa özel hukuk sözleşmesi mi

⁷⁹ Yargıtay 15.D. 01.11.2001 tarihli, 2001/2801 Esas ve 2001/4934 Karar sayılı kararı.

⁸⁰ Danıştay 1.D. 27.02.2003 tarihli, 2003/19 Esas ve 2003/26 Karar sayılı kararı.

olduğunu belirleyebilmek için, her bir sözleşme ayrıca değerlendirilerek karar verilmelidir.

Gözler ve Kaplan’a göre (2015: 456); 4734 sayılı Kanundaki tarafların eşit hak ve yükümlülükler sahip olduğu 4.madde hükmü ve bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu’nun uygulanacağı 36.madde hükmünün bulunması, tek başına, bu sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olduğunu göstermeye yeterli değildir. Ona göre, kamu ihale sözleşmelerinin idari sözleşme ya da özel hukuk sözleşmesi olduğunu belirleyebilmek için idari sözleşmenin kriterleri dikkate alınmalıdır. Yargı kararlarına göre, bir sözleşmenin idari sözleşme olabilmesi için taraflarından biri idare olan sözleşmenin, konusunun kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olması “ve” özel hukuku aşan şartlar içermesi gerekmektedir. Gözler ve Kaplan’a göre (2015: 456) ise, “maddi şartlar [yukarıda açıkladığımız gibi,] kümülatif değil, alternatif olduklarına göre, tarafların eşitliği ilkesi nedeniyle özel hukuku aşan hüküm içermeyen bir kamu ihale sözleşmesi, kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin ise, bir idari sözleşmedir.”. Yani onlara göre bir idari sözleşme; kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olup özel hukuku aşan şartlar içermeyebilir; özel hukuku aşan şartlar içerip kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olmayabilir veya hem kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olup hem de özel hukuku aşan şartlar içerebilir. Yazarlar bu görüşlerine paralel olarak, şöyle bir belirlemede bulunmuşlardır:

“[şüphesiz,] kamu hizmetinin yürütülmesine değil, kamu hizmeti için ihtiyaç duyulan mal ve eşyanın alınmasına ilişkin olarak yapılan bir sözleşme ilke olarak özel hukuk sözleşmesidir. Ancak, bu tür sözleşmelere özel hukuku aşan şartlar konulursa –ki konulması ihtimal dahilindedir-, bunların da idari sözleşme olarak kabul edilmesi gerekir.” (Gözler ve Kaplan, 2015: 456).

Gözler ve Kaplan’ın yukarıda alıntılanan görüşlerinde, “kamu hizmeti için ihtiyaç duyulan mal ve eşyanın alınmasına ilişkin olarak yapılan sözleşme” olarak kamu ihale sözleşmelerinin mal alımı tipini kastettikleri düşünülmektedir.

Uz’a göre (2010: 160), “[Öncelikle belirtilmelidir ki,] uygulamada yapılan alandırma, hukuksal rejimin ve görevli yargı yerinin tespitinde tek başına yeterli olmayıp, işlemin niteliğinin belirlenmesi bu konuda yol gösterici olacaktır. Dolayısıyla, ihale süreci sonrasında ortaya çıkacak olan sözleşmeler; konusu ve

içerdiği hükümler dikkate alınarak ayrı ayrı tahlil edilmesi gerekir. O nedenle, amaç ölçütü dikkate alındığında kamu ihalelerinin kamu yararına yönelik olduğu söylenebileceği için, kamusal bir hizmete katılımı içermesi durumunda bu sözleşmeler kamu hukukuna tabi tutulmalıdır.”.

Uz da, kamu ihale sözleşmelerinin hukuki rejiminin belirlenmesi konusunda oluşan yargı kararlarını eleştirmektedir. İşlemin niteliğine bakıp ona göre kamu hukuku sözleşmesi mi özel hukuk sözleşmesi mi olduğuna karar vermek gerektiği görüşündedir (Uz, 2010: 160).

Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk’e göre (2013: 1309); “bir sözleşmenin idari sözleşme olabilmesi için, bir kamu hizmetinin işlemlerini sağlamak amacıyla yapılmış olması gerekir. Bununla birlikte bu koşul tek başına her zaman yeterli değildir.”. Yazarların bu cümlesinden, bir sözleşmenin idari sözleşme olabilmesi için sözleşmenin kamu hizmetinin işlemlerini sağlama amacına özgülenmiş olması şartının tek başına yeterli olduğu durumların da olduğu anlaşılmaktadır.

Yine aynı yazarlara göre; “Bir sözleşmenin idari sözleşme olabilmesi için, kamu hizmeti ile arasında bir ilişkinin bulunması gerekir. Kamu hizmeti ile sözleşme arasındaki ilişki değişik biçimler alabilir: Örneğin, sözleşme ile sözleşmeye yan özel kişiye, kamu hizmetinin kurulması ve işletilmesi görevi verilebileceği gibi, hizmetin yerine getirilmesinde gereksinime olan malzemelerin (gereçlerin) ve kişilerin sağlanması ya da halkın kamu hizmetlerinden yararlanması idari sözleşmelerin konusunu oluşturabilir.” (Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk, 2013: 1310).

Yazarların, kamu hizmetinin yerine getirilmesinde ihtiyaç duyulan malzemelerin sağlanması olarak belirttiği sözleşmelerin, 4734 sayılı Kanuna göre akdedilen mal alımı sözleşmeleri olduğu düşünülmektedir. Yazarların bu görüşlerinden yola çıkılarak, bu sözleşmelerin de, kamu hizmeti ile ilişkili sayılabileceğinden idari sözleşme sayılabileceği sonucuna ulaşılmaktadır.

Aynı yazarlar son olarak şöyle belirtmişlerdir: “Türk hukukunda kamu hizmetlerinin bir bölümünün ya da tümünün sözleşmeye yan özel kişi tarafından yürütülmesi konusunda yapılan sözleşmeler, sadece bu nedenle idari oldukları halde; sözleşme ile kamu hizmeti arasındaki ilişki bunun dışındaki bir ilişki ise, ancak idarenin sözleşmeye yan özel kişiye karşı kamu gücüne dayanan üstün

yetkilere sahip olması ve kamu hizmetinin yürütülmesine yetecek bir sürenin kabul edilmesi durumlarında, ortada bir idari sözleşme vardır.” (Giritli v.d., 2013: 1314).

Yazarların görüşleri çerçevesinde düşünüldüğünde, 4734 sayılı Kanuna göre akdedilen kamu ihale sözleşmeleri kamu hizmeti ile ilişkilidir ve bu sebeple idari sözleşmelerin ilk kriterini sağlamaktadır. Eğer bu sözleşmeler aynı zamanda idarenin kamu gücü ayrıcalıkları ile donatılacak şekilde ve -yazarların eklediği yeni bir kriter olarak da- kamu hizmetinin yürütülmesine yetecek bir süre için akdedilirlerse, idari sözleşme olacaklardır. Fakat yazarlar, kamu ihale sözleşmelerinin 4735 sayılı Kanunun 4 ve 36.maddeleri dolayısıyla özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olduğunu belirtmişlerdir (Giritli v.d., 2013: 1331).

Sezginer’ e göre de (2013: 35), 2886 sayılı ve 4734 sayılı Kanunlar çerçevesinde akdedilen sözleşmeler özel hukuk sözleşmeleridir. Görüldüğü üzere kamu ihale sözleşmelerinin hukuki rejimi sorunu literatürde oldukça tartışmalıdır. Fakat literatürdeki yazarların görüşlerine bakıldığında, kamu ihale sözleşmelerinin kesinlikle bir kamu hukuku sözleşmesi olduğuna dair bir ifadeye rastlanmamıştır. Bu durumda literatürde temelde iki farklı görüş vardır. Bunlardan ilki; kamu ihale sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi olduğunu ifade eden görüştür. İkincisi ise, kamu ihale sözleşmelerinin idari sözleşme şartlarını sağlayabileceğini ve şayet sağlarsa idari sözleşme olabileceğini ifade eden görüştür. Bizim görüşümüz ikinci görüş yönünde olup, bir sonraki bölümde kamu ihale sözleşmelerinin hukuki rejimi, idari sözleşmelerin şartları bakımından incelenmiştir.

4. TÜRKİYE’DE 4735 SAYILI KANUNA GÖRE YAPILAN KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNİN HUKUKİ REJİMİ

Türkiye’de 4735 sayılı Kanuna dayalı olarak akdedilen kamu ihale sözleşmelerinin hukuki rejiminin belirlenmesi, bu kanun veya herhangi diğer bir kanun ile yapılmamıştır. Fakat sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların tabi olacağı hukuk kurallarını belirleyebilmek için, yani sözleşmelerin adli yargı kurallarına mı idari yargı kurallarına mı tabi olacağını belirleyebilmek için, sözleşmelerin hukuki rejimini belirleme zorunluluğu mevcuttur. Yukarıdaki bölümlerde de ifade edildiği üzere, sözleşmelerin tabi olacağı hukuki rejim ya kanunla ya da içtihatlarla yapılmaktadır. Türkiye’de yüksek yargı organları, idari sözleşmelerin kriterlerini; “ taraflarından biri idare olan bir sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olması ve sözleşmede özel hukuku aşan şartların yer alması” şeklinde belirlemişlerdir. Yüksek yargı organlarının kararlarında, bir sözleşmenin idari sözleşme olabilmesi, bir önceki cümlede belirtilen kriterlerin birlikte gerçekleşmesine bağlanmıştır. Kamu ihale sözleşmelerinin ise, özel hukuka tabi olduğu ve bu sebeple bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların da adli yargıda çözüleceği belirtilmiştir.

Literatürde ve yargı kararlarında birlikte gerçekleşmesi aranan bu kriterlerin; bir sözleşmenin idari sözleşme olabilmesi için birlikte gerçekleşmesi gerekmediği, bu şartlardan yalnızca birinin gerçekleşmesi halinde de sözleşmenin idari sözleşme sayılabileceği yönünde bir görüş (Gözler ve Kaplan, 2015: 456) olduğu önceki bölümde belirtmişti. Literatürde, 4735 sayılı Kanun’un 4. ve 36.maddeleri gereğince, bu kanuna göre yapılan sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olduğu yönünde görüş (Gözübüyük ve Tan, 2014: 525) belirtildiği de, yine bir önceki bölümde ifade edilmişti. Kanunun anılan 4.maddesi, bu sözleşmelerde tarafların yani idare ve özel kişinin eşit hak ve yükümlülöklere sahip olduğunu düzenlemektedir. Nitekim özel hukuk sözleşmelerinde taraflar eşittirler. Borçlar Kanunu’nuzun 1.maddesinde ifade edildiği üzere; sözleşmenin kurulması için tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı gereklidir. Sözleşme bir hukuki işlem olduğundan (Eren, 2015: 200), bu hukuki işlemi gerçekleştirmeye ehil olan her kişi sözleşme yapabilecektir. Bu bakımdan sözleşmenin tarafları eşittir. 4735 sayılı Kanunun 4.maddesine göre yapılacak sözleşmelerde tarafların eşit kabul edilmesi, bu kanuna göre yapılacak sözleşmelerin, genel olarak Borçlar Kanunu’nda düzenlenen özel hukuk sözleşmelerinden bir farkı yokmuş gibi bir izlenim yaratmaktadır. Fakat aynı

kanunun başka bazı maddeleri, bu eşitliği bozucu hükümlere yer vermektedir. Bu bölümün ikinci ana başlığı altında, 4735 sayılı Kanun bakımından bu eşitliği bozan hükümler, yani özel hukuku aşan şartların varlığı incelenmiştir.

4735 sayılı Kanunun 36.maddesinde ise bu kanunda hüküm bulunmaması halinde, Borçlar Kanunu hükümlerine başvurulması gerekliliği düzenlenmiştir. Kanunda, özel hukuk sözleşmelerine ilişkin genel hükümlerin yer aldığı Borçlar Kanunu'na atıf yapılmış olması da, 4735 sayılı Kanuna göre yapılacak sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olarak düzenlendiğini düşündürmektedir. Fakat Gözler'in haklı olarak ifade ettiği üzere, hukuki rejimi tartışmalı olan Kamu İhale Sözleşmeleri bir kenara bırakılırsa; idarenin idari sözleşmesi olarak kabul edilen sözleşmeleri için de, Borçlar Kanunu'nun sözleşmelere ilişkin genel hükümlerinin uygulanması mümkündür. Zira en nihayetinde, idari sözleşmeler de birer sözleşmedir. Bu sebeple, idari sözleşmelere ilişkin uyuşmazlıklar sırasında idare hukuku içerisinde çözülemeyen durumlarda genel hüküm olarak Borçlar Kanunu'nun uygulanması doğaldır (Gözler, 2009: 150). Bu açıdan bakıldığında; 4735 sayılı "Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu"na, bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu'na başvurulması hükmünün getirilmiş olması, yalnızca bu sebeple onu, idarenin idari sözleşmelerinden ayırmaya yeterli değildir.

Tez çalışmamızın en başında, giriş bölümünde ifade edildiği üzere, bir sözleşmenin idari sözleşme mi yoksa özel hukuk sözleşmesi mi olduğunun kanunla belirlenmesi asıldır. Şayet kanun ile böyle bir belirleme yapılmamışsa yargı içtihatlarına bakılmalıdır (Gözler ve Kaplan, 2015: 452). Türk hukukunda yargı içtihatları tarafından bir sözleşmenin idari sözleşme olabilmesi için taşıması gereken kriterler belirlenmiştir. Dolayısıyla kanun ile özel hukuk sözleşmesi veya idari sözleşme olduğu belirtilmeyen bir sözleşmenin, özel hukuk veya idari sözleşme olduğunu belirleyebilmek için yargı içtihatlarında belirlenen idari sözleşmelerin kriterlerine göre bir değerlendirme yapmak gerekmektedir. 4735 sayılı "Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu"nda kamu ihale sözleşmelerinin idari sözleşme veya özel hukuk sözleşmesi olduğu belirtilmemiştir. Bu sebeple Gözler ve Kaplan'ın (2015: 456), kamu ihale sözleşmelerinin idari sözleşme veya özel hukuk sözleşmesi olduğunu belirleyebilmek için yargı kararlarında belirtilen idari sözleşmelerin kriterlerini esas almak gerektiğini ifade eden görüşüne katılmaktayız. Dolayısıyla çalışmamızda, 4735 sayılı Kanuna göre yapılan kamu ihale sözleşmelerinin hukuki rejimini incelerken, idari sözleşmelerin kriterlerine

göre bir bölümlendirme yapmak uygun bulunmuştur. Bu sebeple bu bölüm; kamu ihale sözleşmelerinin konusunun kamu hizmetinin yürütülmesi ile olan ilişkisi ve bu sözleşmelerin özel hukuku aşan şartlar bakımından incelenmesi olmak üzere iki ana kısımdan oluşmaktadır.

Bu bölümü incelemeye geçmeden önce belirtmek gerekir ki; çalışma konumuz 4734 sayılı “Kamu İhale Kanunu”na göre akdedilen kamu ihale sözleşmelerinin hukuki rejiminin incelenmesi ile sınırlı olduğundan; burada kamu ihale sözleşmelerinden kasıt, 4734 sayılı Kanun ve bu kanuna göre akdedilen sözleşmeleri düzenleyen 4735 sayılı “Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu” kapsamındaki kamu ihale sözleşmeleridir.

4.1. İdari Sözleşmelerde Sözleşmenin Konusunun Kamu Hizmetinin Yürütülmesine İlişkin Olması Şartı Bakımından Kamu İhale Sözleşmeleri

İdari sözleşmelerin ilk şartı, taraflardan birinin idare olmasıdır. 4735 sayılı Kanuna göre akdedilen kamu ihale sözleşmelerinin taraflarından biri her zaman idare olacaktır. Nitekim 4735 sayılı Kanun, 4734 sayılı “Kamu İhale Kanunu”na göre akdedilen sözleşmeleri kapsamaktadır ve 4734 sayılı Kanunun 4.maddesinde, bu kanunun kapsamına giren idareler sayılmıştır. Bu sebeple bu şart bakımından herhangi bir inceleme yapılmamıştır.

İdari sözleşmelerin kriterleri arasında yer alan kamu hizmeti kavramı; yine idare hukuku açısından önem arz eden kamu yararı ve kamu düzeni kavramları gibi, anlamı ve kapsamı net olarak belirlenemeyen kavramlardır. Dolayısıyla bu kavramı, literatürdeki ve yargı kararlarındaki ele alınışı bakımından açıklamakta yarar vardır.

4.1.1. Kamu Hizmeti Kavramı ve Kapsamı

Kamu hizmeti kavramı; hem literatürde hem de yargı kararlarında birbirine benzer şekilde tanımlanmıştır. Danıştay’ın bir kararında kamu hizmeti; *“devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından veya bunların gözetim ve denetimi altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da*

çıkartını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinlikler”⁸¹ olarak tanımlanmıştır.

Yine Anayasa Mahkemesi de bir kararında, Danıştay’ın tanımına benzer şekilde kamu hizmetini, *“devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların denetim ve gözetimleri altında, ortak gereksinimleri karşılamak ve kamu yararını sağlamak için topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinlikler”⁸² olarak tanımlanmıştır.*

Yine literatürde de yargı kararlarına benzer şekilde, kamu hizmeti kavramının iki unsuruna vurgu yapılmıştır. Bunlardan ilki bir hizmetin kamu hizmeti olabilmesi için, faaliyetin kamu tüzel kişisi tarafından üstlenilmesidir. Bu üstlenme, faaliyetin ya bizzat kamu tüzel kişisinin kendisi tarafından yerine getirilmesini ya da kamu tüzel kişisinden alacağı yetki ile ve onun gözetim ve denetimi altında özel kişi tarafından yerine getirilmesini gerektirir. Kamu hizmeti kavramının ikinci önemli unsuru, bir faaliyetin kamu hizmeti sayılabilmesi için kamu yararına yönelik olması gerekliliğidir (Giritli vd., 2013: 1194-1196; Gözler ve Kaplan, 2015: 533).

Kamu yararına yönelik olan kamu hizmetlerinin neler olduğu ve neler olmadığını belirleme sorunu oldukça karmaşıktır. Kamu yararı ölçütü açısından belirleme yapılmaya çalışıldığında ise kamu yararı kavramının da, kamu hizmeti kavramı gibi soyut ve içeriğinin belirlenmesi zor bir kavram olduğu anlaşılmaktadır. Ulusoy’a göre (2004: 20); “ulusal güvenlik, kamu düzeninin sağlanması ve adalet hizmetleri gibi ‘ekabir’ kamu hizmetleri ve temel sosyal güvenlik, temel sağlık ve temel eğitim hizmetleri için sorun yoksa da, günümüzde birçok faaliyetin gerçekte kamu yararı içerip içermediği tartışmalıdır”. Ulusoy’un belirttiği kamu yararı içerdiği tartışmalı olmayan hizmetler, yukarıdaki bölümlerde açıklamış olduğumuz klasik idari tipteki kamu hizmetleridir.

Kamu hizmetinin tanımlanmasında üçüncü bir unsur olarak, kamu hizmetlerinin yasama organı tarafından belirlenmesi unsuru eklenmektedir (Akyılmaz v.d., 2015: 554). Kamu hizmetleri kanunla kurulurlar⁸³ ve bu konuda

⁸¹ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu (İDDK), 03.10.1996 tarihli, 1996/79 Esas ve 1996/83 Karar sayılı kararı.

⁸² Anayasa Mahkemesi, 22.11.2007 tarihli, 2004/114 Esas ve 2007/85 Karar sayılı kararı.

⁸³ Bu kural toplumun tümüne hitap eden kamu hizmetleri için geçerlidir. Oysa mahalli nitelikteki kamu hizmetlerinin kanunla kurulması zorunluluğu söz konusu değildir. Mahalli

yasama organının takdir yetkisi söz konusudur. Fakat bunun bir istisnası vardır. Anayasada kendisine kamu hizmeti niteliği verilen birtakım faaliyetler söz konusudur. Bu faaliyetlerin anayasal düzeyde kamu yararına yönelik olduğu belirlenmiştir. Bu sebeple kanun koyucunun, bu faaliyetleri kanunla kamu hizmeti olarak kurma zorunluluğu söz konusudur. Anayasada yer alan; milli savunma, adalet, eğitim, sağlık, gençliğin korunması, sosyal güvenlik, şehitlerin dul ve yetimlerini, gazileri, sakatları, yaşlıları muhtaç çocukları koruma, tarih, kültür ve tabiat varlıklarını koruma, yükseköğrenim, radyo ve televizyon yayıncılığı anayasal kamu hizmetleri olarak görülmektedir (Gözler, 2015: 546-547).

Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında kamu hizmetleri bakımından; *“Gerçekten, Devletin hüküm ve tasarrufu altında olan doğal zenginlikler ve kaynakların aranma ve işletilmesinin ilke olarak Devletin görevi olması, Anayasa Koyucunun bu işleri “kamu hizmeti” niteliğinde gördüğünün açık kanıtıdır”*⁸⁴ şeklinde bir belirleme yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi bu kararında, anayasada devletin görevleri arasında sayılan faaliyetlerin kamu hizmeti olduğunu belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin bu belirlemesi doğrultusunda, anayasada kamu hizmeti olarak sayılan bu faaliyetler, kanun koyucu tarafından kanunla kamu hizmeti olarak kurulsa da kurulmasa da, kamu hizmeti olarak sayılacaktır.

Nelerin kamu hizmeti olup olmadığı hususundaki yetki yasama organına aittir. Bu durum Anayasa Mahkemesi tarafından kabul edilmekle birlikte, yüksek mahkeme bazı kararları ile birtakım faaliyetlerin nitelikleri dolayısıyla kamu hizmeti olduğu yönünde belirlemeler yapmıştır (Gözler, 2009: 262-265; Gözübüyük ve Tan, 2014: 584-585). Anayasa Mahkemesi'nin aşağıda yer verilen kararları bu belirlemelere örnek gösterilebilir:

*“Kişilerin su, elektrik, havagazı gibi ihtiyaçlarının karşılanması önemli kamu hizmetlerindendir.”*⁸⁵

“Elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı ile ilgili etkinlikler kamu hizmetidir. Çünkü bu etkinlikler kamu yararına dönük, toplumun ortak

nitelikteki kamu hizmetleri, mahalli idareler tarafından kurulabilir (Gözler, 2015: 545-547).

⁸⁴ Anayasa Mahkemesi, 21.06.1979 tarihli, 1979/1 Esas ve 1979/30 Karar sayılı kararı.

⁸⁵ Anayasa Mahkemesi, 26.03.1974 tarihli, 1973/32 Esas ve 1974/11 Karar sayılı kararı.

gereksinimlerinin karşılanmasına yönelik, düzenli ve sürekli etkinliklerdir.”⁸⁶

Anayasa Mahkemesi’nin bu kararında, elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı temel kamu hizmetlerinden sayılmıştır. Mahkemenin aynı kararında, Anayasa Mahkemesi yasama organının kamu hizmetlerinin belirlenmesi konusundaki yetkisini kabul etmiş; fakat hemen sonrasında, kamu hizmetlerinin belirlenebilmesi için niteliklerine bakılması gerektiğini de belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi kararının ilgili kısmı şu şekildedir:

“Öğretide, kamu hizmetini belirlemenin tek geçerli ölçütünün, onu kuranların istenci (iradesi) olduğu ileri sürülmektedir. Daha açık anlatımıyla bir hizmetin kamu hizmet niteliğine bürünmesinde yasakoyucunun istenci rol oynamaktadır. Kuşkusuz Anayasa kurallarına uygun olmak koşulu ile, kamusal gereksinimlerin gerekli kıldığı durumlarda yasama organı herhangi bir alanı yasal statü içine alarak kamu hizmeti kurabilir. Ancak, Anayasa Mahkemesi’nin anayasal denetim görevini yerine getirmesindeki değerlendirmeleri saklıdır. Çünkü etkinliği irdeleyip nitelendirmeden Anayasa kurallarına uygunluğunu ya da aykırılığını saptamanın olanağı yoktur.

Bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığı saptanırken, niteliğine bakmak gerekir. Nitelik yönünden kamu hizmeti olan bir hizmetin özel kesimce yürütülmesi, onun niteliğine etkili görülemez.”⁸⁷

“...köprü, tünel, baraj, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, otoyol, demiryolu, deniz ve hava limanları yapımı ve işletilmesi ve benzeri etkinlikler kamu hizmetidir. Çünkü bunlar, toplumun ortak gereksinimlerini karşılamaya yönelik, kamu yararı için yapılan düzenli ve sürekli etkinliklerdir.”⁸⁸

Anayasa Mahkemesi’nin bu tutumu, Kemal Gözler tarafından, kamu hizmeti kurma konusundaki yetkinin yasama organına ait olduğu ve bu sebeple

⁸⁶ Anayasa Mahkemesi, 09.12.1994 tarihli, 1994/43 Esas ve 1994/0 Karar sayılı kararı.

⁸⁷ Anayasa Mahkemesi, 09.12.1994 tarihli, 1994/43 Esas ve 1994/0 Karar sayılı kararı.

⁸⁸ Anayasa Mahkemesi, 28.06.1995 tarihli, 1994/71 Esas ve 1995/23 Karar sayılı kararı.

niteliği gereği kamu hizmeti diye bir şey olamayacağı belirtilerek eleştirilmiştir. Ona göre bir faaliyet yasama organı tarafından kamu hizmeti olarak belirlenmişse kamu hizmetidir; şayet böyle bir belirleme yapılmamışsa o faaliyet kamu hizmeti değildir (Gözler, 2009: 262-266).

Nelerin kamu hizmeti olduğunu belirleme yetkisi yasama organına aittir. Hatta yasama organının bu konuda bir takdir yetkisi de bulunmaktadır. Fakat bu yetki, yasama organının kamu hizmetlerini belirleme yetkisinin sınırsız olduğunu göstermez. Anayasa tarafından birtakım faaliyetler kamu hizmetleri niteliğinde düzenlenmiş olmakla birlikte, bu faaliyetlerin dışındaki faaliyetlerin kamu hizmeti olarak belirlenmesinde yasama organı bizzat anayasa tarafından sınırlandırılmaktadır (Ulusoy, 2004: 24). Bir faaliyetin yasama organı tarafından kamu hizmeti olarak kurulması iki şekilde olur: tekel halinde kurulma veya özel sektör ile rekabet halinde kurulma. Bir faaliyetin tekel halinde kamu hizmeti olarak kurulması, özel sektörün o faaliyet alanından çekilmesi zorunluluğunu doğurur. Faaliyetin kamunun, özel sektör ile rekabet edecek şekilde kurulması da, Anayasamızın 48.maddesinde düzenlenen özel girişim özgürlüğü ve 35.maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkı gibi temel hakların sınırlandırılması niteliği taşır (Ulusoy, 2004: 21-24; Gözler ve Kaplan, 2015: 545-546). Bu sebeple bu sınırlandırmanın, Anayasanın 13.maddesinde temel hakların sınırlandırılması usulüne göre kanun ile yapılması esastır. Yasama organı tarafından yapılacak olan kamu hizmeti belirlemesi, objektif kriterler ele alınarak yapılmalıdır. Aksi durumda, gerek özel girişim özgürlüğü gerekse yine Anayasamızın 167.maddesinde yer alan “piyasada tekelleşme ve kartelleşme yasağına” aykırı hareket edilmiş olur (Ulusoy, 2004: 24).

Çalışmamızın ilk ve üçüncü bölümlerinde kamu hizmeti kavramı ve kamu hizmeti kavramının dönüşümünün anlatıldığı kısımlarında ifade edildiği üzere, Günday’a göre (2011: 332-333); bir faaliyet kanun ile kamu hizmeti olarak belirlenmemişse, o faaliyetin kamu hizmeti olabilmesi için, kanun tarafından o faaliyetin yürütülmesine yönelik kamu gücü ayrıcalıkları tanınması gerekmektedir. Literatürde Günday’ın bu görüşüne benzer nitelikte görüşler (Ulusoy, 2004: 15) bulunmaktadır. Fakat gerek Fransız yargı kararlarında gerekse Türk yargı kararlarında⁸⁹, kamu hizmetlerinin kamu hukuku rejimine tabi olma zorunluluğu

⁸⁹Uyuşmazlık Mahkemesi, 26.12.1992 tarihli, 1992/33 Esas ve 1992/36 Karar sayılı kararı; Anayasa Mahkemesi, 21.01.1971 tarihli, 1969/33 Esas ve 1971/7 Karar sayılı kararı;

benimsenmemiştir (Gözler, 2009: 269). Bu kararlardan Anayasa Mahkemesi tarafından verilen -çalışmamızın ilk bölümünde de yer verilen- bir tanesi, bu bölüm açısından da önem arz etmektedir. Anılan karar şu şekildedir:

“Kamu hizmetleri, aslında bir bütündür. Bunun yerine getirilmesi de ilke olarak Devlete aittir. Ancak toplum hayatının gittikçe genişlemesiyle çoğalan kamu hizmetlerinin mutlaka klasik idare kuruluşları tarafından görülmesi koşulu artık aranmamakta, bunların dışında özel kişilerce de gerçekleştirilebileceği kabul edilmektedir. Başka bir deyişle, kamusal hizmet ünitelerinin nitelik ve özellikleriyle uyushabildiği ölçüde, kamu ve özel hukuk kurallarından oluşan karma nitelikte yapılandırılmaları mümkündür. Bu sebepledir ki, kamu hizmetleri ne suretle yürütülürse yürütülsün kamu kurum ve kuruluşlarının gözetim ve denetimleriyle hizmeti yönlendirme yetkileri var olduğu sürece, hizmet kamusal niteliğini korumuş olur.”⁹⁰

Türk hukukunda idari sözleşmelerin kriterleri arasında yer alan kamu hizmet kriteri, sözleşmenin konusunun kamu hizmeti ile ilişkili olmasını gerektirmektedir. Bazı yazarlara göre, bu ilişki, kamu hizmetinin yürütülmesi veya işletilmesi kadar güçlü bir ilişki olduğunda sözleşme, özel hukuku aşan şartlar aranmaksızın idari sözleşme sayılabilmektedir. Oysa sözleşmenin konusunun kamu hizmeti ile ilişkisi bunun dışında bir ilişki ise sözleşmenin idari sözleşme olabilmesi için özel hukuku aşan şartların varlığı da aranmaktadır (Giritli v.d., 2013: 1314). Danıştay’ın kararlarında, bir sözleşmenin idari sözleşme olabilmesi için, sözleşmenin konusunun kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olması ve sözleşmenin özel hukuku aşan şartlar içermesi gerekliliği belirtilmiş olsa da; Danıştay’ın, sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olması halinde, sözleşmede özel hukuku aşan şartların varlığını incelemediği kararları da⁹¹ mevcuttur.

Kamu Hizmetinin İlkeleri Bakımından; Kamu hizmetinin tabi olduğu ilkelerden bazıları, 4735 sayılı Kanun kapsamındaki kamu ihale sözleşmelerinin hukuki rejiminin belirlenmesinde önem arz etmektedir. Bu ilkelerden biri

Anayasa Mahkemesi, 25.10.1969 tarihli, 1967/41 Esas ve 1969/57 Karar sayılı kararı; Anayasa Mahkemesi, 12.04.1990 tarihli, 1990/4 Esas ve 1990/6 Karar sayılı kararı.

⁹⁰ Anayasa Mahkemesi, 12.04.1990 tarihli, 1990/4 Esas ve 1990/6 Karar sayılı kararı.

⁹¹ Danıştay 8. D. 28.12.1989 tarihli, 1989/1174 Esas ve 1989/1148 Karar sayılı kararı.

süreklilik ilkesidir (Uz, 2010: 47). **Süreklilik ilkesi** gereğince, kamu hizmetinin kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik olmasından ötürü bir kez bu kamu yararının sağlanmış olması, bu yararı sağlayan kamu hizmetinin aralıksız ve kesintisiz olarak sürdürülmesini gerektirmektedir (Günday, 2011: 334; Giritli v.d., 2013: 1204; Akyılmaz v.d., 2015: 555). Danıştay’ın bir kararında süreklilik ilkesi ile ilgili olarak; *"Bu süreklilik kamu hizmetinin mutlak bir şekilde her an yürütülmesi anlamına gelmemektedir. Kamu hizmetinin yürütülmesi ile giderilecek olan gereksinimin kendini hissettirdiği anda kesintisiz olması esastır"*⁹² şeklinde belirtilmiştir. Bu karardan, kamu hizmetlerin sürekliliğinin, bu hizmetlere ihtiyaç olduğu her an sağlanabilmesinin yeterli olduğu anlaşılmaktadır.

4735 sayılı Kanuna dayalı olarak akdedilen mal ve hizmet alımı ve yapım işi sözleşmelerinde, sözleşmenin bir tarafını oluşturan kamu tüzel kişisi, diğer taraf olan özel kişiden aldığı mal ve hizmet alımı ya da yapım işi doğrultusunda özel kişiye bir bedel ödemektedir. Fakat özel kişinin üstlendiği işi, idarenin denetleme hak ve yükümlülüğü söz konusudur ve bu yükümlülüğü yerine getirmediği takdirde sorumluluğu söz konusu olacaktır (4735 sayılı Kanun madde 11, 28 ve 31). Örneğin kanun kapsamındaki yol yapım işinin ihale edilerek sözleşmeye bağlanması neticesinde, yol yapımının hatalı yapılması durumunda, bu yol üzerinde işleyen toplu ulaşım hizmeti sektöre uğrayacaktır. Danıştay’ın bir önceki paragrafta bir bölümüne yer verilen kararında; *"Toplu ulaşım hizmetinin, kamu yararına, bir gereksinimi karşılayan kamu hizmeti niteliğinde bir faaliyet olduğu açık olup bu nedenle sürekli ve düzenli bir biçimde yürütülmesi esastır"* denilmiştir. Örnekte verilen yol yapım işinin hatalı yapılması dolayısıyla, bu yol üzerindeki toplu ulaşım da aksayacak ve idarenin sorumluluğuna yol açacaktır. Bu bakımdan bakıldığında, süreklilik ilkesi bakımından kamu ihale sözleşmelerinin kamusal yönünün ağırlığı söz konusudur.

Kamu ihale sözleşmelerinin, kamu hizmetinin süreklilik ilkesi ile ilgili bir başka bağlantısı da, 4735 sayılı Kanunun 9.maddesinde yer alan "iş ve işyerinin sigortalanması" hükmü olarak gösterilebilir. Maddeye göre:

"Yapım işlerinde yüklenici; işyerlerindeki her türlü araç, malzeme, ihzarat, iş ve hizmet makineleri, taşıtlar, tesisler ile sözleşme konusu iş için, işin özellik ve niteliğine göre ihale

⁹² Danıştay 8. D. 06.05.2009 tarihli, 2007/8336 Esas ve 2009/2995 Karar sayılı kararı.

dokümanında belirtilen şekilde, 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, geçici kabul tarihinden kesin kabul tarihine kadar geçecek süreye ilişkin ise kapsamı ihale dokümanında belirtilen genişletilmiş bakım devresi teminatını içeren sigorta yaptırmak zorundadır.”

Yüklenici firma işi ve işyerini sigorta ettirerek, üretilen yapım işinin aksamaması durumundaki zararı garanti altına almaktadır. Yüklenici firmanın üstlendiği yapım işi kamu yararına yönelik bir iştir. Çünkü bu yapım işi tamamlandıktan sonra idare bu yapı üzerinden kamu hizmeti sunacaktır. Bu yapım işindeki olası aksamlar, kamu hizmetinin sürekliliğine zarar vereceğinden, iş ve işyeri sigortalanarak bir bakıma bu zararın gerçekleşme olasılığı sigortalanmaktadır.

Yargıtay’ın kamu ihale sözleşmelerinde gecikme cezasına ilişkin olarak vermiş olduğu bir kararında, kamu ihale sözleşmelerine ilişkin olarak yapmış olduğu belirleme, bu sözleşmelerin kamu hizmeti ve onun süreklilik ilkesiyle bağlantısını açık bir şekilde vurgulamaktadır:

“4735 sayılı Yasa’ya tabi idareler kamu hizmeti ifa ederler. İhale işlemleri de bu hizmetin gereklerindendir. İhale ve mal teslimi işlemlerinin gecikmesi; hizmetin aksamasına, gecikmesine ve dolayısıyla kamunun bundan zarar görmesine neden olur.”⁹³

Kamu hizmetinin ilkelerinden **değişkenlik ilkesi** de, kamu ihale sözleşmelerinin hukuki rejimin belirlenmesi bakımından bazı özellikler taşımaktadır (Uz, 2010: 48). Değişkenlik ilkesi, kamu hizmetlerinin karşıladığı gereksinimlerin değişmesine bağlı olarak, kamu hizmetlerinin de değişen koşullara uyum sağlayabilmesini ifade etmektedir. Kamu hizmetleri, kamu yararını sağlamaya yönelik faaliyetlerdir. Kamu yararının oluşması için gerekli koşullar değiştiğinde, bu yararın gerçekleşmesini sağlayacak olan kamu hizmetlerinin değişen koşullara uyum göstermesi zorunludur (Karahanoğulları, 2015: 221). İdarenin kamu hizmetleri ile ilgili sözleşmelerinin, hizmet koşullarına ilişkin

⁹³ Yargıtay 13. H.D. 16.10.2006 tarihli, 2006/8713 Esas ve 2006/13605 Karar sayılı kararı.

düzenleyici hükümlerinde, tek taraflı olarak değişiklik yapma yetkisinin bulunması, kamu hizmetinin değişkenliği ilkesinin bir gereğidir (Karahanoğulları, 2015: 223).

4735 sayılı Kanuna göre yapılan kamu ihale sözleşmelerinde, idarenin sözleşmede tek taraflı olarak değişiklik yapma yetkisi yoktur. Sözleşmede değişiklik yapılması idare ve sözleşmeci özel kişinin anlaşması şartına bağlanmıştır (4735 sayılı Kanun madde 15). Ancak mevzuatta, kanunda yer alan bu düzenlemelerin aksine düzenlemelerin yer aldığı da belirtilmektedir. Örneğin “Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği”nin⁹⁴ 8.ekinde yer alan “Yapım İşleri Genel Şartnamesi (YİGS)”nin 13.maddesinde; iş için gerekli olan proje ve teknik belgelerle ilgili değişiklik yapma yetkisinin idareye tanınmış olması ve yüklenicinin buna itiraz hakkının bulunmaması nedeniyle bu hükmün, idareye tek taraflı değişiklik yetkisinin tanınması yönünde bir hüküm olduğu belirtilmektedir (Uz, 2010: 86). Literatürde oluşan bu görüşün değerlendirilmesi, kamu ihale sözleşmelerinin idari sözleşmelerin ikinci kriteri olan özel hukuku aşan hükümler bakımından değerlendirildiği kısımda, idarenin idari sözleşmelerinde sahip olduğu tek taraflı değişiklik yetkisinin kamu ihale sözleşmelerindeki durumunun incelendiği başlık altında yapılmıştır.

4.1.2. Kamu Hizmeti Kriteri Bakımından Kamu İhale Sözleşmeleri

Yargı kararlarında, bir sözleşmenin idari sözleşme olabilmesi için, ilk iki bölümde yer verilen yüksek yargı kararlarında belirtildiği üzere, kamu hizmeti şartı söz konusudur. Fakat bu kamu hizmeti şartı yargı kararlarında farklı şekillerde ifade edilmiştir. Danıştay’ın konu ile ilgili farklı kararlarında, bu şart şöyle ifade edilmiştir:

*“Bir sözleşmenin "idari sözleşme" sayılabilmesi için, sözleşmenin taraflarından birinin kamu idaresi, kurumu ya da kuruluşu olması; sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili bulunması ve yönetime özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler tanınması gereklidir.”*⁹⁵

⁹⁴ Resmi Gazetede, 29399 sayı ile 27.06.2015 tarihinde son hali yayınlanmıştır.

⁹⁵ Danıştay 13.D. 27.11.2006 tarihli, 2005/5304 Esas ve 2006/4486 Karar sayılı kararı.

“Bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için sürekli bir kamu hizmetinin görülmesi amacını taşıması, taraflardan birinin idare olması ve kamu hukukuna özgü, kamu hukukundan doğan şart ve hükümlerin sözleşmede yer alması zorunludur.”⁹⁶

“bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için taraflardan birinin idare olmasının konusunun doğrudan veya dolaylı olarak bir kamu hizmetine ilişkin bulunmasının ve sözleşmenin özel hukuk sözleşmelerinde rastlanmasına olanak bulunmayan olağanüstü hüküm ve şartları içermesinin gerektiği...”⁹⁷

Konu ile ilgili olarak Yargıtay, Anayasa Mahkemesi ve Uyuşmazlık Mahkemesi’nin de benzer nitelikte kararları vardır⁹⁸. Yukarıda yer verilen Danıştay kararlarına bakıldığında, kimi kararlarda kamu hizmeti şartı kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili olma; kimi kararlarda doğrudan veya dolayısıyla kamu hizmetine ilişkin olma; kimi kararlarda ise sürekli bir kamu hizmetinin görülmesi amacını taşıma şeklinde ifade edilmiştir. Bu küçük gibi gözükken farklılıklar, kamu ihale sözleşmelerinin konusu bakımından önem taşımaktadır. Nitekim literatürde kamu hizmeti şartı için genellikle kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olma ifadesi esas alınmıştır (Gözler, 2009: 25; Günday, 2011: 186; Akyılmaz v.d., 2015: 480).

Karahanoğulları, kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesi ile kamu hizmeti için gerekli mal ve hizmetin özel kesimden karşılanmasının ayrımını yapmanın zor olduğunu belirtmektedir. Ona göre, kamu hizmetinin özel kesime gördürülmesini düzenleyen sözleşmeler idari sözleşmedir. Kamu hizmeti için gerekli olan araç-gereç ve malların satın alınmasına ilişkin sözleşmeler ise en nihayetinde kamu hizmeti ile ilişkilidir; fakat bu ilişki kamu hizmetinin görülmesini konu almadığından özel hukuk sözleşmeleridirler (Karahanoğulları, 2015: 316-321).

⁹⁶ Danıştay 10. D. 11.04.2005 tarihli, 2004/12712 Esas ve 2005/1612 Karar sayılı kararı.

⁹⁷ Danıştay 5.D. 17.05.2000 tarihli, 2000/476 Esas ve 2000/1516 Karar sayılı kararı.

⁹⁸ Yargıtay HGK 14.02.2007 tarihli, 2007/4-81 Esas ve 2007/78 Karar sayılı kararı; Anayasa Mahkemesi 28.06.2005 tarihli, 1994/71 Esas ve 1995/23 Karar sayılı kararı; Uyuşmazlık Mahkemesi, 29.12.2014 tarihli, 2014/679 Esas ve 2014/1064 Karar sayılı kararı.

Gözler'e göre, bir sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olması üç şekilde olabilir. Bunlardan ilki, bir kamu hizmetinin yürütülmesinin kısmen veya tamamen bir özel kişiye devridir. Bunun en bilindik örneğini imtiyaz sözleşmesi oluşturmaktadır, fakat bunun dışındaki idari sözleşmelerle de kamu hizmetinin yürütülmesi özel kişiye devredilebilmektedir. İkincisi, bir gerçek kişinin kamu hizmetinin yürütülmesine katılmasıdır. Üçüncü ve sonuncusu ise sözleşmenin bizzat kendisinin bir kamu hizmetinin yürütülmesi usulünü oluşturması durumudur (Gözler, 2009: 24-28). İdarenin kamu hizmeti için gerekli olan mal ve eşyanın satın alınmasına ilişkin sözleşmelerinin konusu ise, kamu hizmeti şartını sağlamamaktadır; fakat bu sözleşmelere de özel hukuku aşan hükümler konulursa, sözleşmelerin idari sözleşme kabul edilmesi gerekmektedir (Gözler, 2009: 53; Gözler ve Kaplan, 2015: 456). Gözler'in kamu hizmeti için gerekli mal ve eşyanın satın alınmasına ilişkin sözleşme olarak belirttiği sözleşmenin, 4735 sayılı "Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu"na göre akdedilen mal alımı sözleşmeleri olduğu düşünülmektedir. Bu görüş çerçevesinde düşünüldüğünde, 4735 sayılı Kanuna göre akdedilen mal alımı sözleşmelerinin konusu kamu hizmetinin yürütülmesi değil, kamu hizmeti için gerekli mal ve eşyanın satın alınmasına ilişkindir ve bu sebeple kamu hizmeti şartını sağlamaz. Ancak bu sözleşmelere de özel hukuku aşan şartlar konulursa, bunlar da idari sözleşme olabilir. Gözler'in bu görüşünün altında, onun idari sözleşmelerin yargı kararlarında belirlenen şartlarının birlikte gerçekleşme zorunluluğunun olmadığı, şartların birbirine alternatif olduğunu düşünmesi bulunmaktadır (Gözler ve Kaplan, 2015: 456). Fakat yine Gözler'e göre, 4735 sayılı Kanun kapsamındaki sözleşmelerin kamu hizmeti şartını sağlaması mümkündür. Buna örnek olarak da yol yapım sözleşmelerini vermiştir (Gözler, 2009: 135-138).

Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk ise idari sözleşmelerin kriterleri ile ilgili daha farklı bir belirleme yapmıştır. Onlara göre bir sözleşmenin idari sözleşme olabilmesi için, sözleşmenin konusu kamu hizmeti ile ilişkili olmalıdır. Onlara göre, sözleşme ile kamu hizmeti arasındaki ilişki iki türlü olabilir. İlk durum olan kamu hizmetinin yürütülmesinin kısmen veya tamamen özel kişi tarafından yerine getirildiği sözleşmeler, yalnızca bu nitelikleri dolayısıyla idari sözleşmedir. Kamu hizmeti ile sözleşme arasındaki ilişki, ilk durumdan farklı bir ilişki ise sözleşmenin idari sözleşme olabilmesi için mutlaka idare lehine üstünlüklerin tanındığı bir sözleşme olmalıdır. Sözleşme ile kamu hizmeti arasındaki ilişkinin ilk durumun dışında olması haline örnek olarak kamu hizmeti için gerekli olan malzeme ya da

kişilerin sağlanması örnek verilmiştir (Giritli v.d., 2013: 1309-1314). Kamu hizmeti için gerekli olan malların teminine ilişkin sözleşmeler ile, 4735 sayılı Kanun kapsamındaki mal alımlarına ilişkin sözleşmelerin kastedildiği düşünülmektedir. Bu sözleşmeler, Giritli’lerin görüşleri çerçevesinde değerlendirildiğinde, şayet özel hukuku aşan ayrıcalıklı hükümler içeriyorlarsa idari sözleşme; içermiyorlarsa ise özel hukuk sözleşmesi olacaktır. Nitekim kanaatimizce Gözler ve Kaplan’ın yukarıdaki paragrafta belirtilen görüşleri de bu yöndedir.

Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk’in bu görüşleri bazı Danıştay Kararlarında da benimsenmiş durumdadır. Örneğin Danıştay’ın bir kararında, “belediyeye ait bir yazıhaneden önceden belirlenmiş yönlerde yolcu taşıma işlevinin belediyeye ait bir hak olmasına karşın, bu hakkın bir sözleşme ile yazıhane kiralayan kişilere devrine ilişkin protokol kira şartnamesi ve sözleşmesi bir genel hizmetin yürütülmesi için yapılan idari sözleşme niteliğindedir.”⁹⁹ şeklinde belirtilmiştir. Bu kararda 2576 sayılı “Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun”un 5.maddesinin c bendine atıf yapılmıştır. Nitekim bu maddede, “kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasındaki uyuşmazlıklara ilişkin davaların” idare mahkemelerinin görev alanında olduğu belirtilmiştir. Danıştay’ın bu kararında, yolcu taşıma işlevinin bir genel hizmetin yürütülmesi olması sebebiyle, belediye ile yazıhane işleten kişiler arasında yapılan sözleşmenin idari sözleşme olduğu belirtilmiş; fakat sözleşmede, özel hukuku aşan şartların var olup olmadığı incelenmemiştir. Bu durum göstermektedir ki; Danıştay’ın da, literatürde oluşan, sözleşmenin konusu bir kamu hizmetinin yürütülmesi olması durumunda, diğer şart olan sözleşmede özel hukuku aşan şartların bulunmasının aranmaması görüşünü paylaştığı kararları mevcuttur.

Danıştay’ın bu ve benzeri kararlarından hareketle, sözleşmenin kamu hizmeti ile doğrudan ilişkili olması durumunda özel hukuku aşan şartların varlığını aranmasına gerek olmadığı; sözleşmenin kamu hizmeti ile dolaylı bir ilişkisi olması durumunda ise özel hukuku aşan şartların aranması gerektiği düşünülmektedir (Uz, 2010: 38). Uz tarafından (2010: 41), sözleşmenin kamu hizmeti ile ilişkisinin belli ölçüye ulaşması durumunda, o sözleşmenin idari

⁹⁹ Danıştay 8. D. 28.12.1989 tarihli, 1989 Esas ve 1989/1148 Karar sayılı kararı.

sözleşme olabileceği ve bu bakımdan hizmet alımı ve yapım işlerine ilişkin ihale sözleşmelerinin idari sözleşme olabileceği belirtilmiştir.

4.2. İdari Sözleşmelerin Özel Hukuku Aşan Şartlar Kriteri Bakımından Kamu İhale Sözleşmeleri

İdari sözleşmelerde, sözleşmenin konusu kamu yararının gerçekleştirilmesine yöneliktir. Bu sebeple idari sözleşmelerde, idare lehine, özel hukuk sözleşmelerinde rastlanmayacak bazı üstünlükler söz konusudur (Odyakmaz, 1998: 150). Hatta bu üstünlüklerin sözleşmede yazılı olması gerekmemektedir. Çünkü idarenin idari sözleşmelerinde sahip olduğu bu üstünlükler, sözleşmeden değil idare hukukundan doğmaktadır (Gözler, 2009: 151). İdarenin sahip olduğu bu üstünlükler, idari sözleşmelerdeki özel hukuku aşan şartlar olarak adlandırılmaktadır. Bir sözleşmenin idari sözleşme olabilmesi için bu şartların varlığının, yargı kararlarında da arandığı belirtilmişti. Bu sebeple kamu ihale sözleşmelerinin hukuki rejimini incelerken, idarenin idari sözleşmelerinde; sözleşmeci özel kişinin ve idarenin hak ve borçlarında, idare lehine tanınan üstünlükler bakımından kamu ihale sözleşmelerinin düzenlenişini incelemek uygun olacaktır.

İdari sözleşmelerde, sözleşmeci özel kişinin ve idarenin hak ve borçlarını incelemenden önce bir hususa değinmekte fayda vardır. İdari sözleşmeler de adı üzerinde bir sözleşmedir. Dolayısıyla bu sözleşmelerde de, idare hukukunun kendilerine has olarak getirdiği düzenlemelerin haricinde, genel hüküm niteliğinde olan Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanması mümkündür. Keza Borçlar Hukukunda sözleşmeler için geçerli olan tarafların eşitliği prensibi, ilke olarak idari sözleşmeler için de geçerlidir. Fakat idari sözleşmeler, kamu yararının korunması için idare lehine bazı üstünlükler içermesi bakımından bu eşitliği belli ölçüde bozmakta ve özel hukuk sözleşmelerinden ayrılmaktadır (Gözler, 2009: 150-151).

Bilindiği üzere 4735 sayılı “Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu”nun 4.maddesinde, tarafların bu sözleşmeler bakımından eşit hak ve yükümlülüklerle sahip olduğu ve 36.maddesinde de, bu kanunda hüküm bulunmayan haller bakımından Borçlar Kanunu’nun uygulama alanı bulacağı ifade edilmiştir. 4735 sayılı Kanunun bu hükümleri literatürdeki bazı yazarların, kamu ihale sözleşmelerini özel hukuk sözleşmesi olarak addeden görüşlerinin dayanağını

oluşturmuştur. Fakat yukarıdaki paragrafta da ifade edildiği üzere, 4735 sayılı Kanunun bu hükümleri, sözleşmelerin Borçlar Kanunu'ndan kaynaklanan genel hükümleridir ve prensip olarak bir sözleşme olması sebebiyle idari sözleşmeler için de geçerlidir. Bu sebeple sırf bu hükümlerin varlığı, kamu ihale sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi sayılması için yeterli değildir (Gözler, 2009: 150; Gözler ve Kaplan, 2015: 491).

4.2.1. Sözleşmede Taahhüt Edilen Şeyin Sözleşmeci Kişi Tarafından Şahsen İfa Edilmesi Bakımından

İdari sözleşmeler de, netice itibarıyla birer sözleşme olduklarından bir borç ilişkisi oluşturur. Bu ilişkinin alacaklı ve borçlu olmak üzere iki tarafı vardır. Bir borç ilişkisi şayet tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme ise alacaklı aynı zamanda borçlu, borçlu ise aynı zamanda alacaklıdır (Kılıçoğlu, 2012: 3). İdari sözleşmelerde de, iki tarafa borç yükleyen bir borç ilişkisi vardır. İdare ve sözleşmeci özel kişi, sözleşmede yazılı olan karşılıklı edimlerini yerine getirme yükümlülüğü altındadır (Gözler, 2009: 150). Nitekim kamu ihale sözleşmelerinde de; sözleşmeci özel kişi taahhüt ettiği mal veya hizmeti veya yapım işini idareye sağlamak ve idare de sözleşmeci özel kişiye bu işin bedelini ödemekle yükümlüdür.

Sözleşmeci özel kişinin borcu, sözleşmede idareye karşı taahhüt ettiği borcu yerine getirmektir. Borçlar Hukukunda, borcun borçlu tarafından şahsen ifa edilme zorunluluğu yoktur. Nitekim Borçlar Kanunu'muzun 83.maddesinde, *“Borcun, bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlu, borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü değildir”* denilmekle; borcun herhangi biri tarafından yerine getirilmesi kural, bizzat borçlunun kendisi tarafından yerine getirilmesi ise istisna olarak öngörülmüştür.

İdare hukukunda ise idari sözleşmeler bakımından borcun bizzat borçlu tarafından yerine getirilmesi gerekmektedir (Gözübüyük ve Tan, 2014: 534). Bu durumdan 3 sonuç ortaya çıkmaktadır:

- İdari sözleşmelerde sözleşme devredilemez.
- İdari sözleşmelerde, sözleşmeci özel kişi alt yüklenici kullanamaz.

- İdari sözleşmelerde sözleşmeci özel kişinin ölümü halinde sözleşme sona erer (Gözler, 2009: 152).

İlk olarak **sözleşmenin devri bakımından** bakıldığında; idari sözleşmelerde sözleşmeci özel kişi, üstlendiği edimin ifasını bir başka kişiye devredememektedir. Kural bu yöndedir; fakat bu istisnasız değildir (Gözler, 2009: 152). Kamu ihale sözleşmeleri açısından bakıldığında; 4735 sayılı Kanunun 25.maddesinin g bendine göre, aynı kanunun 16.maddesindeki kurallara aykırı olarak sözleşmenin devri yasaktır. 4735 sayılı Kanunun sözleşmenin devrini düzenleyen 16.maddesi şu şekildedir:

“Sözleşme, zorunlu hallerde ihale yetkilisinin yazılı izni ile başkasına devredilebilir. Ancak, devir alacaklarda ilk ihaledeki şartların aranması zorunludur. Ayrıca, isim ve statü değişikliği gereği yapılan devirler hariç olmak üzere, bir sözleşmenin devredildiği tarihi takibeden üç yıl içinde aynı yüklenici tarafından başka bir sözleşme devredilemez veya devir alınamaz. İzinsiz devredilen veya devir alınan veya bir sözleşmenin devredildiği tarihi takibeden üç yıl içinde devredilen veya devir alınan sözleşmeler feshedilerek, devreden ve devir alanlar hakkında 20, 22 ve 26 ncı madde hükümleri uygulanır.”

Maddede düzenlendiği üzere kamu ihale sözleşmelerinin devri “zorunlu hallerde ve ihaleyi yapan idarenin yazılı izni” ile mümkündür. Yine aynı maddenin devam eden cümlelerinde, sözleşmenin devrinin katı kurallara bağlandığı ve devreden sözleşmeciye, bir başka sözleşme ile ilgili devretme ve devralma yasağı öngörülmüş ve sözleşmeci kişinin bu yasaklara aykırı hareket etmesi birtakım yaptırımlara bağlanmıştır. Ayrıca bu maddede, zorunlu hallerin gerçekleşip gerçekleşmediğinin, şayet bu zorunlu haller gerçekleşmişse, sözleşmenin devrinin maddede sayılan diğer şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini tespiti noktasında idareye takdir yetkisi tanınmıştır (Tuna, 2013: 82). Bu maddenin düzenlenişi itibarıyla, 4735 sayılı Kanun kapsamındaki kamu ihale sözleşmelerinde sözleşmenin devrinin, tıpkı idari sözleşmelerde olduğu gibi istisnai nitelikte olduğu anlaşılmaktadır.

Sözleşmeci özel kişinin **alt yüklenici kullanma yasağı**, şahsen ifa yükümlülüğünün bir diğer sonucudur. İdari sözleşmelerde sözleşmeci özel kişi, sözleşmede taahhüt ettiği şeyi şahsen ifa ile yükümlü olduğundan, bu şeyi alt

yükleniciye yaptıramamaktadır (Gözler, 2009: 153). Kamu ihale sözleşmelerinde ise sözleşmeci özel kişinin, 4734 sayılı “Kamu İhale Kanunu”nun 15.maddesinde; “ihale aşamasında alt yüklenicilere yaptırılması düşünülen işler ve sözleşmenin imzalanmasından önce onayına sunmaları koşulları ile alt yüklenici kullanılabileceği” ifade edilmiştir. Yine 4735 sayılı Kanunun 30.maddesinde de, yapım işlerinde alt yüklenici kullanılması ile ilgili bir düzenleme mevcuttur.

4735 sayılı Kanun kapsamındaki kamu ihale sözleşmelerinde, sözleşmeci özel kişinin alt yüklenici kullanabilmesi mümkündür. Bu durumun şahsen ifa yükümlülüğüne aykırılık oluşturması, kamu ihale sözleşmelerini özel hukuk sözleşmeleri ile benzer bir duruma getirmektedir. Fakat 4734 sayılı Kanunda düzenlendiği üzere alt yüklenicilerin listesinin sözleşmenin imzalanmasından önce idarenin onayına sunulması düzenlemesinin olması da; idarenin özel kişi karşısındaki durumunu yükseltmektedir. Zira bu düzenleme, idareye alt yüklenici listesini onaylamama hakkını tanımaktadır. (Uz, 2010: 72)

Şahsen ifa yükümlülüğünün bir diğer sonucu, **yüklenicinin ölümü halinde sözleşmenin sona ermesidir** (Gözler, 2009: 153). Özel hukukta borç ilişkisinin taraflarından biri ölürse, kural olarak sözleşme sona ermemektedir. Bunun istisnası ise kişiye bağlı edimlerde ölüm halinde borç ilişkisinin sona ermesidir (Eren, 2015: 1257). Görüldüğü üzere özel hukukta, taraflardan birinin ölümü halinde sözleşmenin devam etmesi kural; sözleşmenin sona ermesi istisnadır. İdare hukukunda ise, idari sözleşmelerde sözleşmeci kişinin ölümü kural olarak sözleşmeyi sona erdirmektedir (Gözler, 2009: 153).

4735 sayılı Kanunun 17.maddesinde, sözleşmeci özel kişinin ölümü halinde kamu ihale sözleşmesinin durumu şu şekilde düzenlenmiştir:

“Yüklenicinin ölümü halinde, sözleşme feshedilmek suretiyle hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilerek kesin teminatları ve varsa diğer alacakları varislerine verilir. Ancak, aynı şartları taşıyan ve talepte bulunan varislere idarenin uygun görmesi halinde, ölüm tarihini izleyen otuz gün içinde varsa ek teminatlar dahil taahhüdün tamamı için gerekli kesin teminatı vermeleri şartıyla sözleşme devredilebilir.”

Maddenin bu düzenlemesinden, 4735 sayılı Kanun kapsamındaki kamu ihale sözleşmeleri bakımından kural olanın, sözleşmeci özel kişinin ölümü halinde sözleşmenin sona ermesi olduğu; sözleşmeci özel kişinin ölümü halinde sözleşmenin varislere devrinin ise istisna olduğu anlaşılmaktadır. Üstelik sözleşmeci özel kişinin ölümü halinde sözleşmenin varislere devri de, belli şartlara bağlanmıştır. Görüldüğü üzere; kamu ihale sözleşmelerinin bu düzenlemesi özel hukuktaki durumun tam tersidir. Bu düzenleme bakımından kamu ihale sözleşmeleri, idari sözleşmelerin rejimiyle uyum içerisindedir.

4.2.2. Sözleşmecinin Ücret ile İlgili Hakları Bakımından

İdari sözleşmelerde, sözleşmeci özel kişinin en temel hakkı ücret hakkıdır. Bu ücret sözleşmede taraflarca belirlenir. İdari sözleşmenin ücrete ilişkin hükümleri akdi hükümlerdir ve bu sebeple idarenin tek taraflı değişiklik yetkisinin kapsamı dışındadır (Gözler, 2009: 155-156). Bu bakımdan idari sözleşmeler ile kamu ihale sözleşmeleri açısından farklılık söz konusu değildir. 4735 sayılı Kanuna göre de, sözleşmenin bedeli yani ücret, sözleşmede belirtilmesi zorunluluğu olan unsurlardandır (4735 sayılı Kanun madde 7). 4735 sayılı Kanuna göre, kamu ihale sözleşmelerinde tıpkı idari sözleşmelerde olduğu gibi idarenin, sözleşmecinin ücreti hakkında tek taraflı değişiklik yapma yetkisi yoktur (4735 sayılı Kanun madde 15). 4735 sayılı Kanuna göre kamu ihale sözleşmelerinde, idari sözleşmelerden farklı olarak idarenin ücret dışındaki hükümler bakımından da tek taraflı değişiklik yetkisi düzenlenmemiştir. Bu durum kamu ihale sözleşmelerini, idari sözleşmelerin rejiminden ayıran en önemli hususlardan biridir ve aşağıdaki başlıklar altında daha ayrıntılı incelenecektir. Fakat sadece ücret hakkı bakımından değerlendirildiğinde, idarenin sözleşmecinin ücreti hakkında tek taraflı değişiklik yetkisinin olmaması ve ücretin sözleşmede taraflarca kararlaştırılması idari sözleşmeler ve kamu ihale sözleşmeleri için ortaktır.

4.2.3. İdarenin Kamu Gücünden Kaynaklanan Hak ve Yetkileri Bakımından

İdarenin idari sözleşmelerinde, sözleşmede yazılı olsun veya olmasın birtakım hak ve yetkileri vardır. Bu hak ve yetkileri kamu gücünden kaynaklanmaktadır. İdarenin sözleşmeci özel kişi karşısında, kamu gücü ayrıcalıklarıyla donatılmasının sebebi, sözleşmelerin kamu hizmetlerinin yürütülmesini amaçlaması ve kamu yararına ilişkin olmasındandır (Gözübüyük ve Tan, 2014: 469; Akyılmaz v.d., 2015: 482). İdarenin, idari sözleşmelerde kamu

gücünden kaynaklanan hak ve yetkileri; denetim ve yönlendirme yetkisi, yaptırım uygulama yetkisi, tek taraflı değişiklik yapma yetkisi ve fesih yetkisidir (Gözler, 2009: 161; Günday, 2011: 187). Bu başlık altında sıralanan alt başlıklarda, idarenin idari sözleşmeleri bakımından sahip olduğu bu hak ve yetkilerinin, kamu ihale sözleşmelerindeki durumu incelenecektir.

4.2.3.1. Denetim ve Yönlendirme Yetkisi Bakımından

İdari sözleşmelerin konusunu, kamu hizmetinin yürütülmesi oluşturmaktadır ve bu hizmetlerin yürütülmesinde kamu yararı mevcuttur. İdare organı, kamu hizmetlerini ya bizzat kendisi üreterek ya da kendi denetimi ve gözetimi altında başkalarına ürettirerek, kamu yararını yerine getirmenin sorumluluğu altındadır (Çakmak, 2013: 435-437). Bu sebeple, şayet idare organı, kamu hizmetini kendisi yürütmüyor ve yürütme işini bir başkasına bırakıyor ise o kişiyi, kamu hizmetinin doğru bir şekilde yürütülebilmesi ve dolayısıyla kamu yararının gerçekleşebilmesi için, her zaman denetleme ve yönlendirmeye yetkili olmalıdır. Bunun bir yansıması olarak idari sözleşmelerde, idarenin denetim ve yönlendirme yetkisi mevcuttur (Gözler, 2009: 161).

4735 sayılı Kanun kapsamındaki kamu ihale sözleşmeleri açısından da, idarenin denetleme yetkisi mevcuttur. 4735 sayılı Kanunun 11.maddesinin 1.fikrasında; idare tarafından oluşturulacak bir muayene ve kabul komisyonu, sözleşmeciyi özel kişi tarafından teslim edilen mal veya hizmet veya yapım işinin muayenesini ve kabulünü yapmakla yetkilendirilmiştir. Bu cümleden, kamu ihale sözleşmelerinde idarenin, tıpkı idari sözleşmelerdeki gibi kamu gücü ayrıcalığına dayanarak denetim yetkisi olduğu anlaşılmaktadır. Fakat cümlemin devamında, idarenin bu muayene işlemini, sözleşmecinin taahhüt ettiği şeyi tesliminden önce gerçekleştirmesinin yasaklanması; kamu ihale sözleşmeleri bakımından idareye bir önceki cümlede verilen kamu gücü ayrıcalığını sınırlandırmaktadır. Nitekim aynı maddenin 2.fikrasında da idarenin, taahhüt edilen şeyin tesliminden önce muayene yapabilmesi, sözleşmede buna ilişkin hüküm bulunmasına bağlanmıştır. Bu fıkra da, ilk fıkranın 1.cümlesinde idareye tanınan kamu gücü ayrıcalığını sınırlamaktadır. 4735 sayılı Kanun kapsamındaki kamu ihale sözleşmeleri bakımından idarenin denetim yetkisinin, idari sözleşmelerdeki denetim yetkisine göre daha sınırlandırılmış bir durumda olduğu, 4735 sayılı Kanundaki düzenlemeden anlaşılmaktadır. Bu sebeple bu yetki bakımından kamu ihale sözleşmeleri, idari sözleşmelerin rejiminden uzaklaşmaktadır.

4.2.3.2. Yaptırım Uygulama Yetkisi Bakımından

İdari sözleşmeler de netice itibarıyla bir sözleşme olduğu için, tarafların edimlerini tam ve zamanında ifa etmeleri gerekmektedir. Bu gereklilik, sözleşmeci özel kişinin edimini ifası bakımından, 4735 sayılı Kanunun 25.maddesinin c bendinde: “*Sözleşme konusu işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak, fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı veya kusurlu imalat yapmak*” yasaklanarak düzenlenmiştir (Gözler, 2009: 154). Şayet sözleşmeci özel kişi sözleşme ile üstlendiği edimini tam ve zamanında ifa etmezse, idarenin yaptırım yetkisi doğmaktadır (Giritli v.d., 2013: 1344). Bu yaptırımların ortak özellikleri şunlardır (Gözler, 2009: 162-163):

- İdare bu yaptırımları uygulayabilmek için mahkemeye başvurup sözleşmeci kişinin kusurunu tespitle yükümlü değildir; bu yaptırımları tek taraflı işlem olarak uygulama yetkisine sahiptir. Bunun doğal bir sonucu olarak idarenin tek taraflı olarak tesis ettiği bu yaptırım işlemi, yargı denetimine tabidir (Giritli v.d., 2013: 1344).

- İdare yaptırım uygulama yetkisine, sözleşmede yazılı olsa da olmasa da sahiptir. Bunun nedeni, bu sözleşmenin gereklerinin tam ve zamanında yerine getirilmesinin kamu yararını sağlayacak olmasıdır (Giritli v.d., 2013: 1344). Kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik olmasından dolayı bu yetki bir kamu gücü ayrıcalığıdır ve tam da bu sebeple idarenin vazgeçemeyeceği bir yetkidir.

- İdarenin bu yaptırımı uygulayabilmesi için sözleşmeci özel kişiyi, ifayı tam ve zamanında yapmadığı hususunda ihtar etmesi gerekmektedir. Kural bu yöndedir; fakat sözleşmede öngörülürse, idare bu ihtara gerek olmaksızın yaptırım yetkisini kullanabilir (Gözler, 2009: 163).

İdarenin idari sözleşmelerde uygulayabileceği yaptırımlar parasal yaptırımlar, cebri yaptırımlar ve yaptırım niteliğinde fesihtir. Parasal yaptırımlar da kendi içinde cezai şart yaptırımı ve teminatı gelir kaydetme yaptırımı olmak üzere ikiye ayrılır. (Gözler, 2009: 164-168). Bu yaptırımları ve Kamu İhale Sözleşmelerindeki düzenlenişlerini maddeleyerek açıklamak uygun olacaktır.

- **Cezai Şart Yaptırımı;** idari sözleşmelerde öngörülmüş olması gerekmez, sözleşmeci kişinin taahhüt ettiği şeyi zamanında

tamamlayamaması durumunda, idarenin hükmedebileceği bir yaptırımdır (Gözler, 2009: 164).

Cezai şart yaptırımı, kamu ihale sözleşmeleri açısından da mevcuttur. 4734 sayılı Kanunun 7.maddesinin r bendinde, *“gecikme halinde alınacak cezaların”* ihale dokümanının bir unsurunu oluşturan idari şartnamede yer alması gerekliliği ifade edilmiştir. Yine 4735 sayılı Kanunun 7.maddesinin n bendinde de, kamu ihale sözleşmelerinde *“gecikme halinde alınacak cezaların”* belirtilmesi zorunludur, denilmiştir. Aynı Kanunun 20.maddesinin a bendinde de, *“Yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi üzerine, ihale dokümanında belirlenen oranda gecikme cezası uygulanması”* belirtilmiştir.

Bu hükümlerden anlaşılacağı üzere, 4735 sayılı Kanun kapsamındaki kamu ihale sözleşmeleri bakımından cezai şart yaptırımı idareye tanınmış bir yetkidir. İdari sözleşmelerde idare, cezai şart yaptırımını uygulamaya sözleşmede yazılı olmasa bile uygulama yetkisine sahiptir. Kamu ihale sözleşmelerinde ise, cezai şartın ihale dokümanında ve sözleşmede yer alması kanun ile zorunlu hale getirilerek, idarenin cezai şart yaptırımını uygulama yetkisi mutlak haline getirilmiştir. Bu durumda kamu ihale sözleşmeleri bakımından, sözleşmeci özel kişinin taahhüdünde gecikmesi durumunda cezai şart yaptırımı, idarenin uygulamaktan vazgeçemeyeceği bir yetkisini oluşturmuştur. Bu vazgeçilmezliği oluşturan kanundur. Kamu ihale sözleşmeleri, bu yaptırımın uygulanması bakımından idari sözleşmelerin rejimine uygun durumdadır.

Cezai şartın kamu ihale hukuku açısından düzenlenişini, özel hukuk açısından incelemek de bu noktada faydalı olacaktır. Kamu ihale sözleşmeleri, tarafların edimleri itibariyle iki tarafa (karşılıklı) borç yükleyen bir sözleşme niteliğindedir. Özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilen kamu ihale sözleşmelerinde, bu kabulün en önemli dayanaklarından biri bu sözleşmelere ilişkin mevzuatta yer alan tarafların eşit olduğunu düzenleyen hükümdür. Bu eşitliğin bir gereği olarak; sözleşmecinin taahhüdünü geciktirmesinde uygulanan yaptırımın, idarenin taahhüdünü geciktirdiğinde de uygulanması beklenmektedir. Fakat 4735 sayılı Kanuna tabi yapım işleri ihalelerini düzenlemek için oluşturulan “Yapım İşleri Genel Şartnamesi”nin 13.maddesinde yer alan;

“İş için gerekli olan projelerle diğer teknik belgelerin yükleniciye tesliminde gecikme olması veya uygulanmak üzere yükleniciye verilen proje ve teknik belgelerde, yeni proje veya belge hazırlanmasını gerektirecek ve dolayısıyla zamana ihtiyaç gösterecek şekilde değişiklik yapılması hallerinde yüklenici hiçbir itiraz öne süremeyecektir” ifadesi idarenin gecikmesi halinde, sözleşmecî özel kişinin hiçbir itiraz öne sürememesini öngörmektedir (Uz, 2010: 73). Şartnamede yer alan bu ifade, hiyerarşik olarak kendisinden üstte bulunan 4735 sayılı Kanunda tarafların eşitliğini düzenleyen hükme aykırıdır. Hiyerarşik olarak kendisinden üstte olan bir düzenlemeye aykırı olan alttaki düzenlemenin, uygulanma kabiliyeti olmamakla birlikte, böyle bir hükmün düzenlenmiş olması ve şartname pek çok kez değişikliğe uğramasına rağmen, bu hükmün bu haliyle bırakılması da çelişkili bir durum oluşturmaktadır.

Yalnızca 4735 sayılı Kanundaki tarafların eşitliği düzenlemesi bakımından değil; Borçlar Kanunu’na göre, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borcun ifa edilmemesi -bizim açımızdan idarenin projelerle diğer teknik belgeleri yükleniciye teslim etmemesi- durumunda sözleşmecî özel kişinin seçimlik iki hakkı bulunmaktadır. Borçlar Kanunu’nun 123 ve 125.maddelerine göre, kamu ihale sözleşmelerinde sözleşmecî özel kişi, idareye projelerle diğer teknik belgelerin teslim edilmesi için süre vermeli; bu sürenin sonunda idare borcunu ifa etmemişse; “aynen ifayı ve beraberinde gecikme tazminatını” veya “sözleşmeden dönüp borcun ifa edilmemesinden doğan zararına ilişkin tazminat” isteyebilmektedir. Oysa kamu ihale mevzuatında, sözleşmecî özel kişiye böyle bir hak tanınmamıştır. Bu durumda, 4735 sayılı Kanunun 36.maddesine göre “Borçlar Kanunu”nun genel hüküm niteliğinde uygulanması mümkündür. Bu sebeple Borçlar Kanunu’nun bahsi geçen hükümleri bu durumda uygulanabilecektir. Fakat 4735 sayılı Kanunda düzenlenen “tarafların eşitliği” prensibinin bir göstergesi olarak kanun koyucunun, gecikme halinde tarafların hak ve yetkilerini; ya her iki taraf için de düzenlemesi ya da her iki taraf için de düzenlemeyip genel hüküm niteliğinde Borçlar Kanunu’nun uygulanmasını sağlaması gerekmektedir. Nitekim kanun koyucu bu durumda Borçlar Kanunu’nun uygulanmasını istemiş olsaydı; gecikme halinde tarafların haklarını, her iki taraf için de düzenlemez ve böylece genel hüküm niteliğindeki Borçlar Kanunu’nun uygulanmasını sağlardı. Zira 4735 sayılı Kanunun 20.maddesi olmasaydı, Borçlar Kanunu’nun anılan hükümleri,

sözleşmecinin gecikmesi halinde idarenin hak ve yetkileri bakımından da uygulanma kabiliyetine sahip olurdu ve taraflar, gecikme halindeki hak ve yetkiler bakımından eşit olurdu. Fakat mevcut haliyle 4735 sayılı Kanunun 20.maddesinin varlığı sebebiyle, özel nitelikteki 4735 sayılı Kanun uygulama alanı bulacağından; sözleşmeci özel kişinin ifada gecikmesi haline bağlanan sonuçların düzenlenip, idarenin gecikmesi halinde sözleşmeci özel kişinin haklarının düzenlenmemiş olması, kanaatimizce kanun koyucunun bu noktada idareye bir üstünlük tanıdığını göstermektedir.

Gecikme halinde alınacak ceza hakkında Yargıtay tarafından verilen bazı kararlarda da idareye, gecikme cezası ile ilgili olarak üstünlük tanındığı görülmektedir. Üstelik aşağıda yer verilen kararlarda yüksek mahkeme, bu kararını kamu hizmeti ile ilişkilendirmiştir. Yargıtay'ın bir kararında¹⁰⁰:

“taraflar arasında kararlaştırılmış olan sözleşmede, normal teslim süresinin bitmesiyle davacı idarenin hemen fesih ihtarında bulunamayacağı, bunun için 20 gün bekleyeceği, buna karşılık davalı yüklenicinin de geçen her gün için iş bedelinin binde beşi oranında ceza ödeyeceği kabul edilmiştir. Davacının, sözleşme ve şartnamede kararlaştırılan gecikme tazminatını isteme hakkı vardır.” denilmiştir. Yargıtay'ın bu karara varmasındaki gerekçe ise daha ilginçtir. Yargıtay'ın aynı kararında, bu kararının gerekçesi şu şekilde ifade edilmiştir:

“4735 sayılı Yasa'ya tabi idareler kamu hizmeti ifa ederler. İhale işlemleri de bu hizmetin gereklerindendir. İhale ve mal teslimi işlemlerinin gecikmesi; hizmetin aksamasına, gecikmesine ve dolayısıyla kamunun bundan zarar görmesine neden olur. Bu yüzden, bu tür sözleşmelerdeki ceza koşulu nitelendirilirken, idarelerin açıklanan özelliği gözden uzak tutulmamalıdır. Davacı, sözleşme ve idari şartnamenin yukarıda değinilen hükümleri uyarınca fesih ihbarından önce 20 gün beklemek zorunda kalmış ve böylece fesihden öncesine ait olmak üzere bu cezayı isteme hakkını kazanmıştır. Şu durumda taraflar arasında kararlaştırılan cezanın,

¹⁰⁰ Yargıtay 13. H. D. 16.10.2006 tarihli, 2006/8713 Esas ve 2006/13605 Karar sayılı kararı. Yargıtay'ın aynı yönde başka kararı için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 28.03.2001 tarihli, 2001/13-289 Esas ve 2001/299 Karar sayılı kararı.

4735 sayılı Yasa'nın amacına uygun bir kararlaştırma olduğunun, olayda Borçlar Kanunu'nun seçimlik ceza ve ifaya eklenen ceza hükümlerinin uygulanma yeri olmadığına kabulü gerekir.”

Literatürdeki yazarlar arasında, kamu ihale sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi olarak görülme sebeplerinden biri de, 4735 sayılı Kanun kapsamındaki bazı işlerin kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olmadığına düşünülmesidir. Odyakmaz’a göre (1998: 150) idare, kamu hizmetleriyle ilgili araç-gereç teminini özel hukuk sözleşmeleri ile yapabilir. Ona göre bu sözleşmelerin konusu kamu hizmetidir; fakat kamu hizmetinin yürütülmesi değildir. Odyakmaz’ın belirttiği sözleşmelerin 4735 sayılı Kanuna tabi mal alımı ihale sözleşmeleri olduğu düşünülmektedir. Odyakmaz’ın bu görüşü çerçevesinde düşünüldüğünde 4735 sayılı Kanuna tabi mal alımı ihale sözleşmeleri idari sözleşmelerin kamu hizmeti kriterini yerine getirmemektedir. Yargıtay bu kararında; 4735 sayılı Kanun kapsamındaki işlerin kamu hizmeti ile ilişkili olduğunu, sözleşmenin ifasıyla ilgili işlerin gecikmesinin kamu hizmetlerini aksatacağı ve bu sebeple sözleşmede kararlaştırılan cezanın, Borçlar Hukukundaki cezadan farklı olmasının normal olduğu, sözleşmede kararlaştırılan cezanın 4735 sayılı Kanunun amacına uygun olduğu ve bu sebeple sözleşmede kararlaştırılan cezanın talep edilebileceğini ifade etmiştir. Yargıtay bu kararında açıkça, 4735 sayılı Kanun kapsamındaki sözleşmelerdeki işlerin, kamu hizmeti ile ilişkili olduğunu ve kamu hizmetlerinin gerekleri doğrultusunda bu sözleşmelerde özel hukuku aşan hükümler olabileceğini kabul etmiş bulunmaktadır.

• **Tazminat Yaptırımı:** idarenin, sözleşmeci özel kişinin kusurlu hareketleriyle kendisini zarara uğratması durumunda uygulayabileceği bir yaptırımdır. İdare bu yaptırımı, sözleşmede öngörülmüş olsa da olmasa da, mahkemeye başvurmayla gerek olmaksızın uygulama yetkisine sahiptir (Gözler, 2009: 164-165). Kamu ihale sözleşmeleri bakımından, idareye tazminat yaptırımına hükmetme yetkisi, 4735 sayılı Kanun ile tanınmamıştır. Bu sebeple, mevcut düzenlemeler karşısında kamu ihale sözleşmelerinde idarenin, sözleşmeci özel kişiye karşı kusurlu hareketlerinden dolayı tazminat yaptırımı uygulama imkanı yoktur. İdarenin kamu ihale sözleşmeleri bakımından bu yaptırımı uygulama imkanı kazanması, bu sözleşmelerin kanunla veya içtihadi yolla idari sözleşme olarak tanınmasına bağlıdır.

• **Teminatı Gelir Kaydetme Yaptırımı:** İdare, bazı durumlarda sözleşmeci özel kişiden kesin veya geçici nitelikte teminat alır (Gözler, 2009: 165). İhaleler açısından teminatın iki fonksiyonu vardır. İlk fonksiyonu, gerçekten ihale konusu işi yapmaya yeterli maddi imkanlara sahip kişilerin ihalelere katılabilmesini sağlamaktır. İkinci fonksiyonu ise sözleşmeci özel kişinin, sözleşme ile üstlendiği işi, ihale dokümanında veya sözleşmede öngörülen şartlara uygun olarak yerine getirmemesi halinde idarenin uğradığı zararı karşılamaktır (Pirler, 1992: 47).

Sözleşmeci özel kişiden teminat alınması, 4734 ve 4735 sayılı Kanunlarda da ifade edilmiştir. Bu kanunlara göre sözleşmeci özel kişiden, geçici, kesin ve ek kesin teminat olmak üzere 3 tür teminat alınmaktadır. 4734 sayılı Kanunun 33.maddesinde; *“ihalelerde, teklif edilen bedelin % 3'ünden az olmamak üzere, istekli tarafından verilecek tutarda geçici teminat alınır”* şeklinde geçici teminat düzenlenmiştir. Yine 4734 sayılı Kanunun 43.maddesinde: *“Taahhüdün sözleşme ve ihale dokümanı hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak amacıyla, sözleşmenin yapılmasından önce ihale üzerinde kalan istekliden ihale bedeli üzerinden hesaplanmak suretiyle % 6 oranında kesin teminat”* alınması hükme bağlanmıştır. 4735 sayılı Kanunun 12.maddesinde ise fiyat farkı ödemesi öngörülen ihalelerde, belirlenen fiyat farkı bedeli üzerinden *“ek kesin teminat”* alınması öngörülmektedir.

Bu teminatlar, taahhüt edilen şeyin sözleşmeye ve ihale dokümanına uygun olarak yerine getirilmesini garanti altına aldığından, şayet taahhüt edilen şey bu belgelere uygun olarak yerine getirilir ve sözleşmeci özel kişinin, idareye başkaca bir borcu bulunmaz ise alınan teminatlar iade edilir. Sözleşmeci özel kişinin idareye herhangi bir borcu varsa, alınan teminattan mahsup edilir (4735 sayılı Kanun madde 13). Teminatın alınma sebebinin doğal bir sonucu olarak da, şayet taahhüt sözleşme ve ihale dokümanına uygun olarak yerine getirilmezse, teminat iade edilmemekte ve hazineye gelir olarak kaydedilmektedir. Bu durum 4735 sayılı Kanunun 19.maddesinde: şu şekilde ifade edilmiştir:

“Sözleşme yapıldıktan sonra mücbir sebep halleri dışında yüklenicinin mali acz içinde bulunması nedeniyle taahhüdünü yerine getiremeyeceğini gerekçeleri ile birlikte yazılı olarak bildirmesi halinde, ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve

varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir”.

İdarenin, alınan teminatı gelir olarak kaydetmesi, üç durumda mümkündür. İlki, yukarıda alıntılanan 19.maddede yazılı olan durumdur. İkincisi, sözleşmeci özel kişinin, 4735 sayılı Kanunun 25.maddesinde belirlenen yasak fiil ve davranışlarda bulunma durumudur (4735 sayılı Kanun madde 21). Üçüncüsü ise sözleşmeci özel kişinin taahhüdünü gereği gibi veya zamanında ifa etmemesi halidir (4735 sayılı Kanun madde 20). Bu hallerin dışında, sözleşmenin yapılmasından önce isteklilerin teklif ettikleri bedel üzerinden belli bir oranda verecekleri geçici teminatın da gelir kaydedilmesi mümkün olup, bu hal 4734 sayılı Kanunda (madde 10, 11, 37, 44 ve 52) düzenlenmiştir.

Gelir kaydedilen teminatların, yüklenicinin borcuna mahsup edilmesi mümkün değildir (4735 sayılı Kanun madde 22/4). 4735 sayılı Kanunda sayılan hallerde (19, 20 ve 25.maddeler) teminatın gelir kaydedilerek sözleşmenin feshi halinde, gelir kaydedilen teminat idarenin tıpkı idari sözleşmelerinde olduğu gibi yaptırım uygulama yetkisi kapsamındadır. Zira yüklenicinin borçlarının bu teminattan mahsup edilememesi de, bu yetkinin en büyük göstergesidir. Çünkü gelir kaydedilen bu teminat, idarenin sözleşmenin feshinden doğan zarar ve ziyanını karşılamamaktadır. Nitekim 4735 sayılı Kanunda idarenin fesih sonrası uğradığı zarar ve ziyanının karşılanması, teminatın gelir kaydedilmesinden ayrıca düzenlenmiştir (4735 sayılı Kanun madde 22/5). Yargıtay’ın da kanun hükmüne uygun olarak, yüklenicinin borcunun teminattan mahsup edilemeyeceğine ilişkin kararı mevcuttur:

“Sözleşmenin feshi nedeniyle davacı idarenin maruz kaldığı zarar, aynı zamanda davalının borcunu oluşturur. Yasada borcun kaynağı yönünden ayırım yapılmadığına göre yasa ve sözleşme hükümleri esas alınarak davacı zararından gelir kaydedilen teminat tutarının mahsubu da yapılamaz.”¹⁰¹

İdarenin, kanunda sayılan durumlarda sözleşmeci özel kişiden aldığı teminatları hazineye gelir kaydetmesi, idarenin kamu gücünden kaynaklanan tek yanlı olarak uyguladığı bir işlemini oluşturmaktadır. İdarenin teminatı gelir kaydetmesi ve bunu yaparken protesto çekmeye dahi gerek olmaması, kamu ihale

¹⁰¹ Yargıtay 13. H.D. 01.11.1994 tarihli, 1994/7280 Esas ve 1994/9464 Karar sayılı kararı.

sözleşmelerinde bu düzenleme bakımından, idari sözleşmelerin özel hukuku aşan rejiminin uygulanması anlamına gelmektedir. Bu sebeple, bu düzenleme bakımından idareye özel kişi karşısında üstünlük tanındığına ilişkin görüşün (Uz, 2010: 71) kanaatimizce de haklılık payı bulunmaktadır.

• **Cebrî Yaptırımlar:** İdari sözleşmeler kamu hizmetlerinin yürütülmesine ilişkindir ve kamu yararı sebebiyle bu hizmetlerin devamlı bir şekilde sunulması gerekmektedir. Kamu hizmetinin yürütülmesini üstlenen sözleşmeci özel kişinin, borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi durumunda, kamu hizmetlerinin aksaması durumu söz konusu olmaktadır. Bu sebeple sözleşme konusu taahhüdün mutlaka yerine getirilmesi için idarenin; geçici olarak sözleşmeci özel kişi yerine bizzat kendisi geçerek (Giritli v.d., 2013: 1344) veya bir başka özel kişiyi geçirerek, ilk sözleşmecinin kâr ve zararına sözleşme konusu taahhüdü yerine getirmeye devam ettirme yetkisi mevcuttur. Bu yaptırım cebrî yaptırımdır (Gözler, 2009: 166).

4735 sayılı “Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu”nun 17.maddesinin c bendindeki hükmün, bu yaptırıma benzer görünse de esas itibarıyla farklı bir usul getirdiği düşünülmektedir (Gözler, 2009: 167) Anılan madde hükmü şu şekildedir:

“Ağır hastalık, tutukluluk veya özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkumiyeti nedeni ile yüklenicinin taahhüdünü yerine getirememesi halinde, bu durumun oluşunu izleyen otuz gün içinde yüklenicinin teklif edeceği ve ilgili idarenin kabul edeceği birinin vekil tayin edilmesi koşuluyla taahhüde devam edilebilir. Ancak, yüklenicinin kendi serbest iradesi ile vekil tayin edecek durumda olmaması halinde, yerine ilgililerce aynı süre içinde genel hükümlere göre bir yasal temsilci tayin edilmesi istenebilir.”

Hükümde görüleceği üzere, kamu ihale sözleşmeleri bakımından, idari sözleşmelerdekinden farklı olarak sözleşmeci özel kişi, taahhüdünü ifa edememesi durumunda yerine taahhüdü ifa edecek kişiyi yine kendisi bulmakta ve kendisi yerine vekil tayin ederek idarenin onayına sunmaktadır. Ayrıca taahhüdün yerine getirilmesinde sözleşmeci özel kişi tarafından vekil tayin edilemezse; ilgililerce kendisi yerine tayin edilecek yasal temsilcinin, “genel hükümlere göre” tayin edilmesi düzenlenmiştir. Buradaki genel hükümler ifadesinden, sözleşmeci yerine

belirlenecek kişinin, özel hukuka göre belirleneceği düşünülmektedir (Gözler, 2009: 167).

• **Fesih Yaptırımı:** Yaptırım niteliğinde fesih, idari sözleşmelerde, sözleşmecinin ağır kusuru halinde uygulanabilen idarenin tek taraflı bir yaptırımıdır (Giritli v.d., 2013: 1344). Kamu ihale sözleşmelerinde de, idarenin yaptırım niteliğinde fesih yetkisi vardır ve bu 4735 sayılı Kanunun çeşitli maddelerinde düzenlenmiştir. Kamu ihale sözleşmelerinde idarenin tek taraflı yaptırım niteliğinde fesih yetkisini kullanabildiği durumlar; yüklenicinin iflası (4735 sayılı Kanun madde 17/b), sözleşmeci özel kişinin sözleşme ile üstlendiği taahhüdünü sözleşme ve ihale dokümanına uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi (4735 sayılı Kanun madde 20/a), sözleşmenin uygulanması sırasında, sözleşmeci özel kişi tarafından Kanunun 25.maddesinde sayılan yasak fiil ve davranışların gerçekleştirilmesi (4735 sayılı Kanun madde 20/b) ve son olarak 4734 sayılı “Kamu İhale Kanunu”na göre yasak fiil ve davranışların sözleşmenin imzalanmasından önce ihale işlemleri sırasında sözleşmeci özel kişi tarafından gerçekleştirilmesi (4735 sayılı Kanun 21/1) durumlarıdır (Gözler, 2009: 167-168).

4735 sayılı Kanunda sayılan ve yukarıda da belirtilen nedenlerle, sözleşmenin idare tarafından feshedilmesi halinde, idarenin zararının tazmini gündeme gelmektedir. Fakat fesih halinde idarenin müspet zararının mı, menfi zararının mı tazmin edilebileceği hususunda farklı yargı kararları mevcuttur. Bu konudaki yargı kararlarına geçmeden önce müspet ve menfi zararı belirlemekte fayda bulunmaktadır. Borçlar hukukuna göre müspet (olumlu) zarar; sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilememesinden, bir başka deyişle, sözleşme ifa edilmiş olsaydı alacaklının malvarlığında oluşacak durum ile sözleşmenin ifa edilmediği şu anki durumdaki malvarlığı arasındaki farktan kaynaklanan zarardır (Reisoğlu, 2014: 354; Eren, 2015: 1056). Menfi (olumsuz) zarar ise alacaklı tarafın sözleşme hiç imzalanmamış olsaydı sahip olacağı malvarlığı ile sözleşmenin imzalanıp geçersiz olduğu şu anki durumdaki malvarlığı arasındaki farktan kaynaklanan zarardır. Bir başka deyişle, menfi zarar, şayet bu sözleşme yapılmamış olsaydı, alacaklının yapabileceği başka sözleşmeler ile elde edeceği menfaati sağlamaya çalışmaktadır (Oğuzman ve Öz, 2014: 397; Eren, 2015: 1057). Bu durumda sözleşmenin feshi halinde, tarafların isteyebileceği zarar, bu sözleşmenin yapılmış olması nedeniyle kaçırılan fırsatlara tekabül eden menfi zarardır (Doğanyığıt,

2015: 1448). Nitekim buna ilişkin bir Yargıtay kararında bu durum açık bir şekilde ifade edilmiştir:

“Davacı arsa sahibi davalının temerrüdü nedeniyle akdi feshettiğinden BK.nun 108. Maddesi uyarınca menfi zararlarının ödetilmesini isteyebilir. Menfi zarar uyulacağı ve yerine getirileceğine inanılan bir sözleşmenin hüküm ifade etmemesi ve yerine getirilmemesi yüzünden güvenin boşa çıkması nedeniyle uğranılan zarardır. Başka bir anlatımla sözleşme yapılmasaydı uğranılmayacak olan zarardır. Menfi zarar borçlunun sözleşmeye aykırı hareket etmesi yüzünden sözleşmenin hüküm ifade etmemesi dolayısıyla ortaya çıkar.”¹⁰²

Borçlar Hukuku açısından geçerli olan bu durum, kamu ihale sözleşmelerinde de geçerlidir. Zira kamu ihale sözleşmelerinin feshini düzenleyen 4735 sayılı Kanunun 22.maddesinde, “sözleşmenin feshi halinde idarenin uğradığı zarar ve ziyanın yükleniciye tazmin ettirileceği” ve yine 4735 sayılı Kanunun 20.maddesinde “sözleşmenin feshedilip hesabının genel hükümlere göre tasfiye edileceği” düzenlenmiştir. Kamu ihale sözleşmelerinin feshi sonrasında, idarenin zararının tazmini konusunda verilen bazı yargı kararlarında menfi zararın istenebileceği, bazı yargı kararlarında müspet zararın istenebileceği kararlaştırılmıştır.

Yargıtay’ın bir kararında, hem menfi zarar ile müspet zararın tanımı yapılmış hem de kamu ihale sözleşmesinin feshi halinde hangi zararın isteneceğini kararlaştırılmıştır:

“Borçlu gereği gibi ve vaktinde yerine getirse idi, alacaklının mameleki ne durumda olacak idiyse bu durumda eylemli durum arasındaki fark olumlu zararı oluşturur. Hemen belirtelim ki, burada sözleşmenin feshedilmesinden değil, borcun gereği gibi ifa edilmemesinden doğan zarar söz konusudur. Olumsuz zarar ise, uyulacağına ve yerine getirileceğine inanılan bir sözleşmenin hüküm ifade etmemesi ve yerine getirilmemesi yüzünden güvenin boşa çıkmasıyla uğranılan zarardır. Başka bir anlatımla; sözleşme

¹⁰² Yargıtay 15. H. D. 11.07.2005 tarihli, 2004/5821 Esas ve 2005/4163 Karar sayılı kararı.

yapılmasaydı uğranılmayacak olan zarardır. Sözleşmenin feshinde istenebilecek zarar ise olumsuz zarardır.”¹⁰³

Bu kararda belirtildiğinin aksine bir başka Yargıtay kararında, kamu ihale sözleşmelerinde sözleşmenin feshi halinde, Borçlar Hukukundaki duruma aykırı olarak müspet zararın istenebileceği karara bağlanmıştır:

“Davacı idarenin 22.05.2002 tarihli encümen toplantısında; yükleniciye ait ihale kesin teminat mektuplarının irat kaydedilmesine ve davalının ihalelerden bir yıl süre ile yasaklanmasına karar vermiştir. Bu karar sonuçları itibariyle davacı idare yönünden fesih iradesinin ortaya konulması niteliğindedir. Nitekim sözleşmenin 20. maddesinde teminat mektubunun irat kaydı feshin bir sonucu olarak düzenlenmiş olup sözleşmedeki diğer koşulların da varlığı halinde ihtar ve ihbara gerek olmaksızın feshin gerçekleşeceği kabul edilmiştir. Yapılan bu açıklamalar çerçevesinde feshin 22.05.2002 tarihinde gerçekleştiğinin kabulü yerindedir. Ne var ki bu fesih ile birlikte taraflar arasındaki borç ilişkisi ileriye etkili olarak sona ermiş olup bu noktada feshe neden olan taraf açısından tazminat sorumluluğu söz konusu olacaktır. Bahse konu tazminatı borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinin bir sonucu olup müspet zarar kapsamında değerlendirilmesi gerekir.”¹⁰⁴

Yargıtay’ın kamu ihale sözleşmesinin feshi halinde müspet zarara hükmetmesi, özel hukukta yukarıda açıklanan durum ile uyumsuzluk göstermektedir. Uygulamada müspet zararın kapsamının, menfi zararın kapsamından çoğunlukla daha fazla olduğu belirtilmiştir (Reisoğlu, 2014: 356). Bu bakımdan düşünüldüğünde, yüksek mahkemenin sözleşmenin feshi halinde menfi zarara hükmetmesi gerekirken müspet zarara hükmetmesi, idarenin lehine bir durum oluşturmaktadır. Yargıtay’ın; kamu ihale sözleşmelerinin feshi halinde idarenin zararının tazminiyle ilgili verdiği bu farklı kararlar, kamu ihale sözleşmelerinin feshi konusunun özel hukuk rejimine uygun olarak yorumlanmasının önüne geçmektedir.

¹⁰³ Yargıtay 13. H. D. 16.04.1996 tarihli, 1996/3653 Esas ve 1996/3920 Karar sayılı kararı.

¹⁰⁴ Yargıtay 6. H. D. 11.03.2014 tarihli, 2013/16620 Esas ve 2014/2855 Karar sayılı kararı.

4.2.3.3. Tek Taraflı Değişiklik Yapma Yetkisi Bakımından

İdarenin, idari sözleşmeler bakımından sahip olduğu tek taraflı değişiklik yetkisinin temelinde; idari sözleşmelerin kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olması ve kamu hizmetinin değişkenlik ve uyum ilkesinin bir sonucu olarak kamu hizmetinin zamana uyum sağlaması gereği vardır. Bu yetki kamu gücünden kaynaklanan, idareye tanınan bir ayrıcalık olup, idare tarafından sözleşmede öngörülmüş olmasına gerek olmaksızın kullanılabilen, vazgeçilemeyen bir yetkidir (Gözler, 2009: 169). İdarenin tek taraflı değişiklik yetkisini kullanabilmesinin bazı sınırları vardır. Bunlar:

- İdare, idari sözleşmelerde, sözleşmenin akdi hükümlerine ilişkin tek taraflı değişiklik yetkisini kullanamaz. Özellikle sözleşmenin bedeli ya da ücretine (Giritli v.d., 2013: 1345) ve diğer mali hükümleri ile sözleşmenin süresine ilişkin hükümleri akdi niteliktedir ve tek taraflı değişiklik yetkisinin konusunu oluşturamaz (Gözler, 2009: 170). Tek taraflı olarak değişikliğe konu olabilecek hükümler, sözleşmede kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin hükümlerdir (Tan, 2015: 329).

- İdare, tek taraflı değişiklik yetkisini kullanarak sözleşmede öngörülmeyen yeni bir taahhüdün oluşmasına sebebiyet verecek bir değişiklik yapamayacaktır. Zira idarenin yapacağı tek taraflı değişiklikler, sözleşmenin esasını değiştirecek düzeyde değişiklikler olmamalıdır; aksi takdirde sözleşmeci kişinin bu düzeyi aşan değişiklikleri yargıya taşıma hakkı doğmaktadır (Tan, 2015: 329).

- İdare tarafından yapılan tek yanlı değişiklik yetkisi sözleşmenin mali dengesini bozuyorsa, idare sözleşmeci özel kişinin zararını tazmin etmelidir (Gözler, 2009: 171; Tan, 2015: 329).

4735 sayılı Kanuna göre yapılan kamu ihale sözleşmelerinde, idarenin sözleşmede tek taraflı olarak değişiklik yapma yetkisi yoktur (Gözler, 2009: 171). Sözleşmede değişiklik yapılması idare ve sözleşmeci özel kişinin anlaşması şartına bağlanmıştır. 4735 sayılı Kanunun 15.maddesinde sözleşmede değişiklik yapılması şu şekilde düzenlenmiştir:

“Sözleşme imzalandıktan sonra, sözleşme bedelinin aşılması ve idare ile yüklenicinin karşılıklı olarak anlaşması kaydıyla, aşağıda belirtilen hususlarda sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılabilir:

a)İşin yapılma veya teslim yeri

b)İşin süresinden önce yapılması veya teslim edilmesi kaydıyla işin süresi ve bu süreye uygun olarak ödeme şartları”.

Mevzuatta, kanunda yer alan bu düzenlemelerin aksine düzenlemeler mevcuttur. Örneğin “Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği”nin 8.ekinde yer alan “Yapım İşleri Genel Şartnamesi”nin 13.maddesinde; *“iş için gerekli olan proje ve teknik belgelerle ilgili değişiklik yapma yetkisinin idareye tanınmış olması ve yüklenicinin buna itiraz hakkının bulunmaması”*nın, idareye tek taraflı değişiklik yetkisinin tanınması yönünde bir hüküm olduğu belirtilmektedir (Uz, 2010: 86). Bu hüküm, 4734 sayılı Kanuna dayalı olarak çıkarılan Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği’nin eki niteliğindeki şartnamede bulunmaktadır. Bu şartname, hiyerarşik olarak 4735 sayılı “Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu”na göre alt sıradadır. 4735 sayılı Kanunda yer alan tek taraflı değişiklik yasağı hükmü ile “Yapım İşleri Genel Şartnamesi”nin bahsi geçen 13.madde hükmü çatışma halindedir. Çatışan hükümler söz konusu olduğunda hiyerarşik olarak üstte yer alan düzenlemenin –bizim örneğimizde kanun hükmünün- uygulanacağında şüphe yoktur. Fakat 4735 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra hazırlanan ve yürürlüğe giren bu yönetmeliğin ve eklerinin, Kanundaki kesin düzenlemeye rağmen, idareye tek taraflı değişiklik yetkisi vermesi ilginç bir durum oluşturmaktadır. Kaldı ki bu hükmün yer aldığı genel şartname, “Yapım İşlerine İlişkin Tip Sözleşme”de ihale dokümanları arasında en öncelikli uygulanacak doküman olarak belirtilmiştir (Yapım İşleri Tip Sözleşmesi madde 8). 4735 sayılı Kanunun 4.maddesinde ise, ‘sözleşmelerde ihale dokümanına aykırı hükümlere yer verilemeyeceği’ belirtilmiştir. Bu hüküm gereğince, sözleşmelerde ihale dokümanına aykırı hükme yer verilemeyecektir. Bu durumda -bizim örneğimiz bakımından- yapım işleri sözleşmelerinde, ihale dokümanlarından olan Yapım İşleri Genel Şartnamesindeki idarenin iş için gerekli proje ve teknik belgelerde idarenin tek taraflı değişiklik yapabileceği hükmüne aykırı hükme yer verilemeyecektir. Fakat sözleşmede, 4735 sayılı Kanun gereğince, şartnamedeki tek taraflı değişiklik hükmüne uygun bir hükme yer verilmesi de, aynı Kanunun idarenin tek taraflı değişiklik yapamayacağına ilişkin 15.maddesine aykırı

davranılmasına yol açacaktır. Bu çıkmazı çözebilecek olan 4735 sayılı Kanun'un 4.maddesinin 3.fıkrasıdır. Bu hükme göre ihale dokümanında, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında tarafların eşit hak ve yükümlülüklerle sahip olması prensibine aykırı hükümlere yer verilemeyecektir. Şartnamedeki bu hüküm, idareye tek taraflı değişiklik yetkisi vererek, tarafların eşitliğini bozmaktadır. Fakat şartnamenin, ekini oluşturduğu “Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği”, ilk olarak 2009 yılında Resmi Gazete’de yayınlanıp yürürlüğe girdikten sonra 16 kez değişikliğe uğramış ve bugünkü şeklini almış olmasına rağmen; bu yönetmeliğin eki olan şartnamede kanuna aykırı olarak halen, tarafların eşitliğini bozan tek taraflı değişiklik yetkisinin bulunması ilginçtir.

4.2.3.4. Kamu Yararına Fesih Yetkisi Bakımından

İdare tarafından sözleşmenin feshedilmesinin iki türü vardır. Bunlardan ilki -daha önce açıkladığımız- yaptırım niteliğinde fesih, ikincisi ise kamu yararına fesihdir (Tan, 2015: 330). Kamu yararına fesih, idari sözleşmelerde kamu hizmetlerinin bir gereği olarak ortaya çıkabilen, idarenin sözleşme ile gördürdüğü kamu hizmetini ortadan kaldırması veya kendisinin yürütmesi için yaptığı fesihdir. İdari sözleşmeler bakımından idareye tanınan bu yetki, sözleşmede öngörülmemiş olsa bile idare tarafından kullanılabilir; fakat bu yetki kullanıldığında sözleşmeci kişi, bu fesihden doğan zararını talep edebilmekte ve sözleşme devam etseydi elde edeceği kazancına ilişkin tazminat talebinde bulunabilmektedir. 4735 sayılı Kanuna göre, kamu ihale sözleşmeleri bakımından bu ikinci tür fesih yani kamu yararına fesih yetkisi idareye tanınmamıştır. Bu durum, kamu ihale sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi kabul edilmesi ile uyum içerisindedir (Gözler, 2009: 172-173). Çünkü bu yetki idareye tanınan kamu gücü ayrıcalığıdır ve özel hukukta görülmeyecek nitelikte bir yetkidir.

4.2.4. Yeni Olayların Sözleşmeye Uygulanması Bakımından

Sözleşmenin uygulanması sırasında ortaya çıkan bazı olaylar, borcun ifasını zorlaştırabilir veya imkansız kılabilir. İdari sözleşmeler bakımından sözleşmenin uygulanması sırasında ortaya çıkan yeni durumların sözleşmeye etkisine ilişkin 4 teori bulunmaktadır. Bu teoriler mücbir sebep teorisi, fedüprens (fait du prince) teorisi, öngörülemezlik teorisi (l'imprévision) ve öngörülmemiş güçlükler teorisi. Bu teoriler, idari sözleşmelerin uygulanması bakımından

kamu düzenine ilişkin teorilerdir ve dolayısıyla sözleşmede öngörülmemiş olsa bile uygulanma kabiliyetine sahiptirler (Gözler, 2009: 192).

4.2.4.1. Mücbir Sebep

Mücbir sebep; tarafların iradesinden bağımsız olarak ortaya çıkan, önceden öngörülmesi mümkün olmayan ve sözleşmenin uygulanmasını engelleyen olaydır (Gözler, 2009: 175; Gözübüyük ve Tan, 2014: 536; Tan, 2015: 333). Mücbir sebep sözleşmenin ifasını engellediğinden, tarafları borcun ifasından kurtarır. Mücbir sebebin gerçekleşmesi durumunda, taraflar birbirinden sözleşmenin ifasını talep edemeyeceklerdir. İdari sözleşmelerde mücbir sebebin gerçekleşmesi halinde; idare, sözleşmeci özel kişi borcunu ifa etmediği için tek taraflı yaptırım yetkisini kullanamayacak ve sözleşmeci özel kişi de borcunu ifa etmeyen idareden tazminat talep edemeyecektir (Gözler, 2009: 176).

Kamu ihale sözleşmelerinde de mücbir sebep hali düzenlenmiştir. 4735 sayılı Kanunun 10.maddesinde mücbir sebep olarak belirlenen haller sayılmıştır. Bu haller; “doğal afetler, kanuni grev, genel salgın hastalık, kısmî veya genel seferberlik ve gerektiğinde Kamu İhale Kurumu tarafından belirlenecek benzeri diğer haller”dir. Maddenin devamında, sayılan bu hallerin idare tarafından mücbir sebep olarak kabul edilebilmesi için şu şartların varlığının zorunlu olduğu ifade edilmiştir:

- “Bu hallerin yükleniciden kaynaklanan bir kusurdan kaynaklanmaması”. Bu şart mücbir sebebin tarafların iradesinden bağımsız olması ile ilgilidir.
- “Bu hallerin, taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olması” gerekmektedir. Bu şart mücbir sebebin sözleşmenin ifasını imkansız kılması ile ilgilidir.
- “Bu hallerin ortadan kaldırılmasına yüklenicinin gücünün yetmemesi” gerekmektedir. Bu şart mücbir sebebin önlenemezliği ile ilgilidir. Fakat bu önlenemezlik objektif olmalıdır. Yüklenicinin meydana gelen olayın zararlarını ortadan kaldırmaya ilişkin önlemleri almış olmasına rağmen, meydana gelen zararın engellenememesi gerekir (Evren, 2010: 286).

- “Mücbir sebebin meydana geldiği tarihi izleyen yirmi gün içinde yüklenicinin idareye yazılı olarak bildirimde bulunması ve yetkili merciler tarafından belgelendirilmesi” gerekmektedir.

4735 sayılı Kanunun 10.maddesinde mücbir sebebe 2 sonuç bağlanmıştır. Bunlardan ilki, **mücbir sebebin meydana gelmesi halinde ifanın olanaksız hale gelmesi sonucu sözleşmenin feshidir.** 4735 sayılı Kanunun 23.maddesine göre mücbir sebeplerden dolayı sözleşmenin feshedilmesi halinde, *“hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilerek, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar iade edilir.”* Maddenin düzenlediği bu fesih hali, mücbir sebebin sözleşmenin ifayı imkansız kılması halinde uygulama alanı bulacaktır.

İkinci sonuç ise **mücbir sebebin meydana gelmesi halinde sözleşmeci özel kişinin işi süresinde bitirme imkanının kalmaması sonucunda, sözleşmeciye 4735 sayılı Kanunun 10.maddesinin 2.fıkrasında bahsedilen “süre uzatımının verilmesi”**dir. Mücbir sebeplerin gerçekleşmesi halinde sözleşmenin ifası olanaksız hale gelmez, fakat zamanında ifa edilemeyecek olursa, idare sözleşmeciye süre uzatımı vermelidir (Özçelik, 2016: 320). Süre uzatımı verilebilmesi için ifayı geciktiren olayın, 4735 sayılı Kanunun 10.maddesinde yukarıda da sayılan şartlarını sağlaması ve dolayısıyla idare tarafından mücbir sebep olarak kabul edilmesi gerekir. Mücbir sebep dolayısıyla, sözleşmecinin edimini zamanında ifa edememesi dolayısıyla idare süre uzatımı vermek zorunda kalacak, mücbir sebep dışında zamanında ifa edilememe durumunda olduğu gibi 4735 sayılı Kanunun 20.maddesinde sayılan gecikme cezası ve sonrasında fesih yaptırımına başvurmayacaktır (Özçelik, 2016: 321).

Kamu ihale sözleşmeleri bakımından mücbir sebebin düzenlenişi genel olarak idari sözleşmelerle paralellik arz etmektedir. Fakat idari sözleşmelerde mücbir sebep hali, sözleşmenin uygulanmasını imkansız kılmakta ve sözleşmenin feshine neden olmaktadır (Gözler ve Kaplan, 2015: 514). İdari sözleşmelerde, kamu ihale sözleşmelerinde olduğu gibi mücbir sebebin, sözleşmenin ifasını imkansız kılmasının yanında, imkansız kılmayıp, ifa süresini geciktirmesi ve buna bağlı olarak sözleşmeci özel kişiye süre uzatımı verilmesini gerektirmesi düzenlenmemiştir.

4.2.4.2. Fedürens (Fait de Prince), Öngörülemezlik (l'imprévision) ve Öngörülmemiş Güçlükler Teorileri

Fedürens teorisi; “bir idari sözleşmenin tarafı olan idarenin, bu sözleşmenin tarafı olmak sıfatıyla sahip olduğu tek yanlı değişiklik yetkisi ile değil kolluk gibi başka bir yetkisi ile aldığı bir tedbirin, tarafı olduğu idari sözleşmenin karşı tarafını oluşturan sözleşmeci kişinin sözleşmeyi ifasını güçleştirmesini” ifade eder (Gözler, 2009: 180). Odyakmaz da (1998: 172), fedürens teorisini, sözleşmenin tarafı olan idarenin, sözleşme dışı yetkilerini kullanarak sözleşmeci özel kişinin yükünü artırması sonucunda mali dengeyi sağlayan teori olarak açıklamıştır. Nitekim idarenin sözleşmenin tarafı olmaktan değil de, başkaca bir yetkisinden dolayı yaptığı eylem ve işlemlerinden dolayı ediminin ifası güçleşen ve zarara uğrayan sözleşmeci özel kişinin bütün zararını idare karşılamakla yükümlüdür (Gözler, 2009: 181). Sözleşmenin tarafı olan idare tarafından yapılan tek yanlı işlem, aslında genel bir işlem olmakla birlikte; sözleşmenin karşı tarafı olan özel kişinin sözleşmedeki ediminin ifasını doğrudan etkilemektedir (Giritli v.d., 2013: 1346).

Şayet sözleşmeci özel kişinin sözleşmedeki ediminin ifasının güçleşmesine neden olan durum, sözleşmenin tarafı olan idareden başka bir idarenin sözleşme dışı genel-düzenleyici işleminden kaynaklanmışsa, sözleşmeci özel kişinin zararının karşılanması fedürens teorisi ile değil; **öngörülemezlik teorisi** ile sağlanır (Odyakmaz, 1998: 172; Giritli v.d., 2013: 1346). Öngörülemezlik teorisinin uygulanabilmesi için, sözleşmenin tarafı olmayan bir idare tarafından yapılan eylem veya işlem, sözleşmeci özel kişinin sözleşmeyi ifasını beklenen güçlüklerin ötesinde güçleştirmelidir. Fedürens teorisinde de öngörülemezlik teorisinde de sözleşmeci özel kişinin uğradığı bir zarar vardır. Fedürens teorisine göre sözleşmenin mali dengesi, sözleşmeci özel kişinin zararının tümünün karşılanması ile sağlanırken; öngörülemezlik teorisinde sözleşmenin devamını sağlayacak ölçüde tazminat ödenerek karşılanır (Giritli v.d., 2013: 1346-1347). Öngörülemezlik teorisinde sözleşmeci özel kişinin kişinin tazminat alabilmesi için, sözleşmenin ifasına ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmesi gerekmektedir (Tan, 2015: 332). Çünkü sözleşmeci özel kişiyi, öngörülemez olayın gerçekleşmesi durumunda zor duruma düşüren, bu koşullarda sözleşmenin ifasıdır. Sözleşmeyi ifa yükümlülüğü gerçekleşmediği sürece, öngörülemez olayın sözleşmeciye zarar vermesi durumu da söz konusu olmayacaktır.

Öngörülmemiş güçlükler teorisi; yapım sözleşmelerinde uygulama alanı bulur. Yapım sözleşmelerinde; sözleşmenin taraflarından kaynaklanmayan, sözleşmenin dengesini bozacak ağırlıktaki ve taraflarca öngörülmeleyen güçlükler, sözleşmeci özel kişinin, edimini ifa edebilmesi için ek masraflar yapmasını gerektirir. Sözleşmeci özel kişi, bu ek masrafları yapmak ve sözleşmeyi ifaya devam etmek mecburiyetindedir. Bunun karşılığında, bu güçlük dolayısıyla yaptığı ek masrafların tümü idare tarafından tazmin edilir (Gözler ve Kaplan, 2015: 513).

Fedürens, öngörülemezlik ve öngörülmemiş güçlükler teorileri kapsamındaki olaylar mücbir sebep yaratan olaylardan farklı olarak sözleşmede, sözleşmecinin durumunu geçici olarak ağırlaştırır. Oysa idari sözleşmeler bakımından mücbir sebep sözleşmenin ifasını devamlı olarak engellemektedir (Gözler ve Kaplan, 2015: 514).

Sözleşmede ortaya çıkan yeni durumların sözleşmeye etkileri bağlamında incelediğimiz mücbir sebep hali dışındaki teoriler (fedürens, öngörülemezlik, öngörülmemiş güçlükler) kamu ihale sözleşmeleri ile ilgili mevzuatta düzenlenmemiştir. Bu durum kamu ihale sözleşmelerini idari sözleşmelerin hukuki rejiminden uzaklaştırmaktadır. Bu teorilerin tamamı, kamu düzeninden kaynaklanan teorilerdir ve idari sözleşmelerde, sözleşmede öngörülme bile uygulanabilmektedirler (Gözler, 2009: 192). Mücbir sebep hali kamu ihale sözleşmelerinde uygulanmaktadır; fakat diğer teorilerin kamu ihale sözleşmelerinde uygulanabilmesi, ancak bu sözleşmelerin idari sözleşme olarak kabulü durumunda mümkün olacaktır.

4.2.5. Kamu İhale Sözleşmelerinde Özel Hukuku Aşan Diğer Şartlar Bakımından

Kamu ihale sözleşmelerini düzenleyen 4735 sayılı Kanun ve bu kanuna uygun olarak çıkarılan tip sözleşmeler ve şartnamelerde, yukarıdaki başlıklarda yer verilen, sözleşmede idarenin ve sözleşmeci özel kişinin hak ve borçlarına ilişkin özel hukuku aşan hükümler dışında, başkaca bazı özel hukuku aşan hükümlere de yer verilmiştir. Bu başlık altında bunları incelemek uygun olacaktır.

Özel hukuku aşan şartlara ilk olarak sözleşmenin taraflarının sözleşmeyi imzalamaya konusundaki durumları örnek gösterilebilir. 4734 sayılı “Kamu İhale Kanunu”nun 44.maddesine göre, “ihale üzerinde kalan istekli kesin teminatı

vererek sözleşmeyi imzalama” zorunluluğu altındadır. Zira bu zorunluluğu yerine getirmezse, “protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek olmaksızın” ihale üzerinde kalan isteklinin geçici teminatı gelir kaydedilir. Bu durumda, ihale üzerinde kalan özel kişi sözleşmeyi imzaya mecbur bırakılmakta, şayet imzalamazsa özel hukukta görülmeyecek ağırlıkta bir yaptırıma tabi tutulmaktadır. Aynı Kanunun 45.maddesinde de, idarenin sözleşmeyi imzalama konusundaki durumu düzenlenmiştir. Maddede idare de, sözleşme yapılması için yükümlülüklerini yerine getirmekle ödevlendirilmiştir. Fakat idare, bu yükümlülüğünü yerine getirmezse, sözleşmeci özel kişinin taahhüdünden vazgeçebilmesi için bu durumu idareye noter ihbarnamesi ile bildirmesi gerekmektedir. İdarenin göndermek zorunda olmadığı ihbarnamenin, sözleşmeci özel kişi tarafından mutlaka gönderilmesi gerekliliğinin olması, idare ve sözleşmeci özel kişinin, sözleşmenin imzalanmasına bağlanan sonuçlar bakımından eşit olmadığını göstermektedir. Ayrıca 4734 sayılı Kanunun 45.maddesinin gerekçesinde, idarenin sözleşmeyi imzalama yükümlülüğünün düzenlenmesinin sebebi, sözleşmeci özel kişinin zarara uğramaması değil, “ihtiyacın karşılanmasında gecikmelere neden olunmaması” şeklinde ifade edilmesi de bu yükümlülüğün idare lehine özel hukuku aşan bir şart oluşturduğunu düşündürmektedir (Uz, 2010: 83).

Bir başka özel hukuku aşan şart, 4735 sayılı Kanunun 24.maddesinde görülmektedir. Bu maddeye göre taahhüt edilen iş, kararlaştırılan bedelin %80’inin altında bir bedel ile bitirilecek olursa, sözleşmeci özel kişiye sözleşmede kararlaştırılan bedel değil, işin gerçek tamamlanma bedeli ödenecektir. Sözleşmeci özel kişinin kârına yönelik olarak da, “*sözleşme bedelinin % 80’i ile sözleşme fiyatlarıyla yaptığı işin tutarı arasındaki bedel farkının % 5’i geçici kabul tarihindeki fiyatlar üzerinden*” ödenmektedir. Sözleşmede, özel kişi tarafından taahhüt edilen işin tamamlanmasına rağmen, sözleşmede kararlaştırılan bedelin ödenmemesi durumu özel hukuku aşan bir nitelik arz etmektedir (Uz, 2010: 82).

4.2.5.1. Fiyat Farkı Uygulaması Bakımından

Kamu ihale sözleşmelerinde; “*Sözleşme türlerine göre fiyat farkı verilebilmesine ilişkin esas ve usulleri tespiti Kamu İhale Kurumunun teklifi üzerine Bakanlar Kurulu yetkilidir. Sözleşmelerde yer alan fiyat farkına ilişkin esas ve usullerde sözleşme imzalandıktan sonra değişiklik yapılamaz*”(4735 sayılı Kanun madde 8). Kanunda, kamu ihale sözleşmelerinde idarenin sahip olmadığı tek taraflı değişiklik yetkisinin, fiyat farkı uygulaması bakımından da söz konusu

olmadığı vurgulanmıştır. 4735 sayılı Kanun bakımından, fiyat farkının verilmesine ilişkin, sözleşme imzalandıktan sonra tarafların anlaşması ile bile değişiklik yapılması mümkün değildir (4735 sayılı Kanun madde 15). Kanunda yer alan bir diğer hüküm, fiyat farkı uygulaması bakımından sözleşmede, yükleniciyi idare karşısında eşit olmayan bir duruma getirmektedir:

“31/5/2008 tarihinden önce 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa göre ihalesi yapılmış yapım işlerinde, iş kalemleri veya iş gruplarının imalatında kullanılan malzemelerin fiyatlarında beklenmeyen artışlar meydana gelmesi nedeniyle ihale dokümanında fiyat farkı verilmesine ilişkin hüküm bulunup bulunmadığına veya ihalenin yabancı para üzerinden sözleşmeye bağlanıp bağlanmadığına bakılmaksızın 1/1/2008 tarihinden sonra yapılan ve yapılacak olan imalatlar için fiyat farkı verilebilmesine ilişkin esas ve usulleri tespiti Kurumun teklifi üzerine Bakanlar Kurulu yetkilidir.”

Bu hükme göre, fiyat farkı verilmesi hakkındaki esasları idarenin düzenleyecek olması ve sözleşmenin imzalanmasından sonra, sözleşmenin ifası için kullanılacak olan malzemelerde vergiler veya benzeri yükümlülüklerden kaynaklanan fiyat artışları veya sözleşme bedelinin yabancı para üzerinden belirlenmesi halinde kur farkından kaynaklanabilecek bedel farklılıklarının riskini sözleşmeci özel kişinin taşımakta olduğu düşünülmektedir (Uz, 2010: 72). Bu bakımdan bu hüküm, sözleşmeci özel kişiyi özel hukukta görülmeyecek nitelikteki şartlara maruz bırakmaktadır. Buna örnek olarak özel tüketim vergisindeki artışın fiyat farkını etkileyip etkilemeyeceği, Sayıştay’ın bir kararında şu şekilde incelenmiştir (Doğanyigit, 2015: 1284);

“İşe ilişkin sözleşmenin 15’inci maddesinin 1’inci bendinde, alım konusu malın fiyatıyla doğrudan ilgisi olmayan, başka bir ifadeyle, malın fiyatı içinde olmayan veya fiyatına eklenmeyen vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kastedilmiştir. Oysa özel tüketim vergisi akaryakıt fiyatının içinde yer alan fiyatı direk etkileyen bir unsurdur. Bu nedenle özel tüketim vergisindeki artışın akaryakıt fiyat farkının hesabında dikkate alınmaması hukuka aykırı olur.”¹⁰⁵

¹⁰⁵ Sayıştay 7. D. Tutanak Tarihi: 29.05.2009, Tutanak No: 11883.

Karardan, ihale sözleşmesi konusu işin sözleşmesinde, malın fiyatına etki eden vergi ve benzeri yükümlülüklerinin fiyat farkının hesabına katılacağı kararlaştırıldığı anlaşılmaktadır. Bu bakımdan sözleşmenin imzalanmasından sonra ortaya çıkacak, malın fiyatını ilgilendirmeyen vergilerden kaynaklı fiyat artışlarının riskinin, sözleşmeci özel kişinin üzerinde bırakıldığı görülmektedir. Malın fiyatını ilgilendiren özel tüketim vergisinin, fiyat farkında hesaba katılmasının sebebi ise bu durumun sözleşmede kararlaştırılmış olmasıdır.

4735 sayılı Kanunda, şayet fiyat farkı ödenecekse bunun sözleşmede mutlaka belirtilmesi zorunluluğu ifade edilmiştir (4735 sayılı Kanun madde 7). Bu hükme ilişkin Sayıştay tarafından verilen örnek bir karar mevcuttur (T.C. Sayıştay Başkanlığı, 2010: 130);

“Söz konusu işe ait idari şartnamenin “Fiyat Farkı” başlıklı 53 üncü maddesinde yükleniciye ait fiyat farkı verilmeyeceği belirtilmiştir. Aynı şekilde yüklenici ile idare arasında 26.07.2007 tarihinde imzalanan sözleşmenin “Fiyat Farkı” başlıklı 15 inci maddesinde de bu iş için fiyat farkı verilmeyeceği açıkça ifade edilmiştir. İdari şartnamede ve sözleşmede söz konusu iş için yükleniciye fiyat farkı verilmeyeceği belirtildiği halde yükleniciye fiyat farkı ödenmesi açıkça mevzuata aykırılık teşkil etmektedir.”¹⁰⁶

4.2.5.2. Süre Uzatımı Verilmesi Bakımından

Süre uzatımı verilmesi, 4735 sayılı Kanunun 10.maddesinde düzenlenen ve idare tarafından mücbir sebep hali olarak kabul edilecek hallerden dolayı, sözleşmecinin taahhüdünü yerine getirmede gecikmesi halinde mümkündür. 10.maddeye göre mücbir sebebin (doğal afet, kanunî grev, genel salgın hastalık ve kısmî veya genel seferberlik halleri) gerçekleşmesi halinde, bu hallerin “idare tarafından mücbir sebep olarak kabul edilebilmesi” ve sözleşmeci özel kişinin gecikmesi için süre uzatımı verilebilmesi için bu hallerin:

- “yükleniciden kaynaklanan bir kusurdan ileri gelmemiş olması”
- “taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olması”

¹⁰⁶Sayıştay 8. D. Karar Tarihi: 02.06.2009, Tutanak No: 6414.

- “yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemiş bulunması”

- “mücbir sebebin meydana geldiği tarihi izleyen yirmi gün içinde yüklenicinin idareye yazılı olarak bildirimde bulunması ve yetkili merciler tarafından belgelendirilmesi” gerekmektedir (4735 sayılı Kanun madde 10/2).

Kanunun 10.maddesinde mücbir sebeplerin gerçekleşmesi nedeniyle, sözleşmeci özel kişinin taahhüdünde gecikmesi hali düzenlenmiş olup, gecikmenin idareden kaynaklanan nedenlerle oluşması hali düzenlenmemiştir. İdareden kaynaklanan nedenlerle sözleşmeci özel kişinin gecikmesi ise, “Yapım İşleri Genel Şartnamesi”nin 29.maddesinde düzenlenmiştir. 29.maddenin 4.fıkrasına göre; idarenin sözleşme ile ilgili yükümlülüklerini (yer teslimi, projelerin onaylanması, iş programının onaylanması, ödenek yetersizliği gibi) ifa etmemesi nedeniyle, sözleşmecinin kendi kusurundan kaynaklanmayan gecikmelerde de, sözleşmeciye süre uzatımı verilebilmektedir. Fakat aynı maddenin 6.fıkrası bu halde süre uzatımı ile ilgili şu hükmü düzenlemektedir:

“Mücbir sebepler ve/veya idarenin sebep olduğu hallerden dolayı, işte sorumluluğu yükleniciye ait olmayan gecikmelerin meydana gelmesi halinde, durum idarece incelenerek işi engelleyici sebeplere ve yapılacak işin niteliğine göre işin bir kısmına veya tamamına ait süre uzatılır.”

Bu hükmeye göre sözleşmeci özel kişinin kusuru olmamasına rağmen, idareden kaynaklanan nedenler dolayısıyla sözleşmeci özel kişi gecikirse, süre uzatımı verilmesi, idarenin yapacağı incelemenin sonucuna bağlanmıştır. Yani idare yapacağı inceleme sonucunda sözleşmeci özel kişinin gecikmesini kabul etmezse, süre uzatımı vermeyebilecek ve kendi kusurundan kaynaklanan bir gecikmenin zararını, sözleşmeci özel kişinin üzerinde bırakabilecektir. Bu hüküm bakımdan haklı olarak idareye yönelik özel hukuk sözleşmelerinde olmaması gereken bir ayrıcalık tanındığı düşünülmektedir (Uz, 2010: 75).

Yine aynı şartnamenin 13.maddesinde, “İş için gerekli olan projelerle diğer teknik belgelerin yükleniciye tesliminde gecikme olması” halinde “yüklenici hiçbir itiraz öne süremeyecektir” düzenlemesinin yer alması; her ne kadar bu durumda süre uzatımı verilme imkanı tanınsa da, aynı gecikme yüklenici tarafından gerçekleştirilseydi gecikme cezası ve fesih yaptırımları

uygulanabilecekken (4735 sayılı Kanun madde 20/a), idarenin kendi gecikmesinin cezasız kalması da idareye yönelik tanınan bir ayrıcalıktır.

4.2.5.3. İfa Yerindeki Değişiklik Bakımından

İfa yeri ya da 4735 sayılı Kanundaki ifadeye göre işin yapılma yerinde değişiklik yapılması, “sözleşme imzalandıktan sonra, sözleşme bedelinin aşılması ve idare ile yüklenicinin karşılıklı olarak anlaşması”na bağlı tutulmuştur (4735 sayılı Kanun madde 15).

“Yapım İşleri Genel Şartnamesi”nin 6.maddesinin 7.fıkrasında zorunluluk halinde işyerinin değiştirilmesi, kanundaki şartlar tekrar edilerek düzenlenmiştir. Kanundaki şartlar sayıldıktan sonra, bu değişiklik işin gecikmesine neden olacaksa süre uzatımı verilmesi de düzenlenmiş; fakat eski iş yerindeki araç-gereçlerin yeni işyerine taşınması giderleri yüklenicinin üzerinde bırakılmıştır. Şartnamede bu şekilde düzenlendiği için, araç-gereçlerin yeni işyerine taşınma giderlerinin yüklenicinin üzerinde bırakılması, taraflar bunu kararlaştırmamış olsa da uygulanacaktır.

“Hizmet İşleri Genel Şartnamesi”nin 7.maddesinin 3.fıkrasında, eski işyerindeki araç-gerecin yeni işyerine taşınmasında yüklenicinin gözetim yükümlülüğü düzenlenmiştir ve taşınma sırasında oluşabilecek zararlar yüklenicinin sorumluluğunda bırakılıp, idare tarafından bu zararlar için bedel ödenmeyeceği düzenlenmiştir. Aynı maddenin 2.fıkrasında ise yeni işyerinin tesliminde idare tarafından gecikilmesi hali düzenlenmiştir:

“İşin yapılacağı yerin yükleniciye tesliminde gecikme olması halinde bu gecikme işin bir kısmının veya tamamının zamanında bitirilmesini etkilerse işin süresi, gecikmeyi karşılayacak şekilde işin ilgili kısmı veya tamamı için uzatılır. Yüklenici bu nedenle sözleşme bedelinin artırılmasını veya sözleşmede öngörülenler dışında kendisine bir ödemede bulunulmasını isteyemez”.

Gerek yapım işleri gerekse hizmet işleri şartnamelerinde düzenlenen bu hükümlerde, idareye özel hukuku aşan ayrıcalıkların tanındığı açıktır (Uz, 2010: 76-77).

4.2.5.4. Yasak Fiil ve Davranışlarda Bulunma Sebebiyle İhalelere Katılmaktan Yasaklanma Bakımından

4735 sayılı Kanunun 25.maddesinde, sözleşmeci özel kişinin sözleşmenin uygulanması sırasında yapması yasak olan davranışlar belirtilmiştir. Kanunun 26.maddesi ise, bu yasak fiil ve davranışları gerçekleştiren sözleşmeci özel kişi hakkındaki yaptırımı düzenlemektedir:

“25 inci maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulundukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar, 4734 sayılı Kanunun 2 nci ve 3 üncü maddeleri ile istisna edilenler dahil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilir. Katılma yasakları, sözleşmeyi uygulayan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunulan bakanlık, herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise İçişleri Bakanlığı tarafından verilir.”

4735 sayılı Kanunun 26.maddesinde düzenlenen, özel kişinin ihalelere katılmaktan yasaklanması hükmü, sözleşmenin uygulanması sırasında yasak fiil ve davranışlarda bulunanlar hakkında uygulanmaktadır. 4734 sayılı “Kamu İhale Kanunu”nun 58.maddesi de, 4735 sayılı Kanunun yukarıda yer verilen 26.maddesine paralel olarak düzenlenmiştir. Fakat 4734 sayılı Kanun, 4735 sayılı Kanundan farklı olarak sözleşmenin kurulmasından önce ihale aşamasında yasak fiil ve davranışlarda bulunanlar hakkında ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı verilmesini düzenlemektedir (Sezginer, 2013: 1012).

Kanunun 25.maddesinde sayılan yasak fiil ve davranışlarda bulunan sözleşmeci özel kişiye verilen yaptırım ağır bir yaptırımdır (Uz, 2010: 81). Alınan yasaklama kararı özel hukukta görülmeyecek nitelikte bir yapıya sahiptir. Çünkü bu karar idarenin tek taraflı olarak almış olduğu bir idari işlem niteliğindedir. Kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanma kararı, idarenin kolluk yetkisi kapsamındaki yaptırım uygulama yetkisinin bir örneğini oluşturmaktadır. İdarenin bu yetkisini kullanması kamu düzeninin sağlanması ile ilgilidir (Sezginer, 2013: 1012). İdarenin kamu ihale sözleşmeleri bakımından, özel hukukta görülmeyecek

ağırlıkta böyle bir yetkiye sahip olması, kamu ihale sözleşmelerini idari sözleşmelerin rejimine yakınlaştırmaktadır.

4.2.5.5. İş ve İşyerinin Sigortalanması Yükümlülüğü Bakımından

4735 sayılı Kanunun 9.maddesine göre; *“Yapım işlerinde yüklenici; işyerlerindeki her türlü araç, malzeme, ihzarat, iş ve hizmet makineleri, taşıtlar, tesisler ile sözleşme konusu iş için, işin özellik ve niteliğine göre ihale dokümanında belirtilen şekilde, 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, geçici kabul tarihinden kesin kabul tarihine kadar geçecek süreye ilişkin ise kapsamı ihale dokümanında belirtilen genişletilmiş bakım devresi teminatını içeren sigorta yaptırmak zorundadır.”*

Kanunda böyle bir hükmün öngörülmesi, sözleşme sonunda ortaya çıkacak olan yapım işinin kamu hizmetine ilişkin olması ile ilgilidir. Yapım işinde ortaya çıkabilecek risklerin sigorta ettirilmesi ile aynı zamanda, sürekli bir şekilde yürütülmesi gerekli kamu hizmetindeki aksamının da önüne geçilmesi sağlanmaktadır. Oysa özel hukukta Borçlar Kanunu’na göre yapılacak yapım işlerinde, işyerindeki malzemelerin sigortalanması zorunluluğu, eser sözleşmelerine ilişkin hükümlerin yer aldığı Borçlar Kanunu’nun 470 v.d. maddelerinde düzenlenmemiştir.

Yargıtay’ın konu ile ilgili vermiş olduğu bir kararında da bu duruma değinilmiştir (Doğanyığıt, 2015: 1297). Karara konu inşaat işinde inşaat arazinin, başka bir uyuşmazlığa konu olmasına rağmen, idare tarafından yükleniciye tahsis edilmesi hatalı bulunmuştur. Uyuşmazlık sona erdiğinde işe başlayabilecek nitelikte olan yüklenicinin, sel basması sonucunda inşaat alanındaki malzemelerinin zarar görmesinin sorumluluğu -idarenin kusurlu olarak üzerinde ihtiyati tedbir kararı bulunan inşaat arazisini yükleniciye tahsis etmesine rağmen- yüklenici üzerinde bırakılmıştır¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Yargıtay 15. H.D. 20.12.1978 tarihli, 1978/2341 Esas ve 1978/2433 Karar sayılı kararı.

4.2.5.6. İdarenin İhale Dokümanında Değişiklik Yapabilme Yetkisi Bakımından

4735 sayılı Kanunun 4.maddesinde; “bu kanuna göre düzenlenecek sözleşmelerde ihale dokümanına aykırı hükümlere yer verilemez” denilmekle, ihale dokümanındaki hükümler, taraflar arasında yapılacak olan sözleşmeden üstün duruma getirilmiştir. Bu husus, 4735 sayılı Kanunun 5.maddesine uygun olarak çıkarılan Yapım İşleri, Hizmet Alımları ve Mal Alımlarına ilişkin Tip Sözleşmelerin 8.maddelerinde de, ihale dokümanı ile taraflar arasında imzalanan sözleşme hükümleri arasında bir çelişki ortaya çıkarsa, ihale dokümanı hükümlerinin esas alınması gerekliliği ifade edilerek düzenlenmiştir.

“Yapım İşleri Tip Sözleşmesi” ve “Hizmet Alımlarına Ait Tip Sözleşme”nin 8.maddelerine göre ihale dokümanını oluşturan belgeler arasından öncelikli olarak uygulanacak belgeler sırasıyla; yapım işleri ve hizmet işleri genel şartnameleri ve idari şartnamelerdir. “Mal Alımlarına Ait Tip Sözleşme”nin 8.maddesinde ise genel şartnameye yer verilmemiş, ilk sırada uygulanacak olan belge idari şartname olarak belirlenmiştir.

Kanunda ve tip sözleşmelerde kendisine sonuç bağlanan ihale dokümanı ve bu dokümanı oluşturan genel şartnameler ve idari şartnameler, idare tarafından tek taraflı olarak oluşturulan idari işlem niteliğindedirler (Uz, 2010: 87). Nitekim bu durum 4734 sayılı Kanunun 12.maddesinde de ifade edilmiştir. Ayrıca şartnameler, isteklilerden özel olarak biri için değil; ihale ile ilgilenen tüm istekliler açısından hüküm ifade etmektedir. Bu özelliği bakımından şartnameler, düzenleyici nitelikteki idari işlemlerdir (Yılmaz, 2012: 101). İdarenin tek taraflı idari işlemleri, kendilerini oluşturan idare tarafından kaldırılabilir, düzeltilebilir veya değiştirilebilir (Tan, 2015: 280). İdari işlemler, bu işlemlerin tümüyle ortadan kaldırılması anlamına gelen geri alma işlemine de konu olabilirler (Çağlayan, 2000: 43).

Şartnamelerin idare tarafından tek taraflı olarak oluşturulması demek, sözleşmeci özel kişinin bu şartnamenin oluşturulması aşamasına katılamaması veya şartname oluşturulduktan sonra değişiklik talep edememesidir. Şartnameler idarenin tek taraflı işlemleri oldukları için, sözleşmenin karşı tarafını oluşturan özel kişinin şartname karşısındaki durumu; ya şartnameyi bütünüyle kabul etme ya

da bütünüyle reddetme şeklindedir (Yılmaz, 2014: 90). Nitekim bu durum Danıştay’ın bir kararında da ifade edilmiştir:

“Şartnameler, tamamen düzenleyici bir tasarruf niteliğindedir.”¹⁰⁸

Şartnameler sözleşmenin yapılması sürecinde de, sözleşmenin uygulanması sürecinde de tek yanlı idari işlem olma özelliğini korurlar (Gözler, 2009: 147-148). Gözler’e göre (2009: 148) sözleşmenin uygulanması aşamasında, sözleşmenin imzalanması aşamasına kadar düzenleyici nitelik arz eden şartname hükümleri, akdi bir niteliğe bürünür. Bu sebeple sözleşmenin imzalanmasından itibaren, şartname hükümleri idare tarafından tek taraflı olarak değişikliğe konu edilemez.

Danıştay’ın ihale dokümanını oluşturan belgelerden şartnameler hakkında verdiği birtakım kararlarda ise, idari işlem niteliğinde olan bu şartnamelerde, idarenin tek taraflı olarak değişiklik yapabileceği düzenlenmiştir:

*“Madde metninden de anlaşılacağı üzere, imtiyaz sözleşme ve şartlaşmalarının kesin şeklini alması kanunen bazı işlemlere tabi kılınmış olup, bu şekilde kesinleşen sözleşme ve şartlaşmaların hükümlerine taraflar aynen uymak zorunda oldukları gibi, onu tek taraflı olarak değiştirmek yetkisini de haiz değildirler.”*¹⁰⁹ Danıştay 3. Dairesinin bu kararı Danıştay Genel Kurulu tarafından kabul edilmemiş ve şartnameler bakımından idarenin tek taraflı değişiklik yetkisi kabul edilmiştir (Uz, 2010: 90).

Uz’a göre (2010: 90), şartnameler idarenin tek taraflı işlemleri olduğu için şartnamelerde tek taraflı olarak yapılacak bir değişikliğin, dolayısıyla sözleşmede de tek taraflı değişiklik yapılmasına sebep olması bakımından; şartnamelerin bu özelliğinin, kamu ihale sözleşmelerine idari sözleşmelerin ayırt edici özelliklerinden olan tek taraflı değişiklik yetkisini kazandırmakta olduğu söylenebilir. Fakat Gözler’e göre (2009: 148), şartnameler sözleşmenin imzalanmasından itibaren idarenin tek yanlı işlemi olma özelliğini korumakla birlikte akdi niteliğe büründüğünden, sözleşmenin imzalanmasından itibaren, idarenin şartnameler üzerinde tek taraflı değişiklik yapma yetkisi ortadan

¹⁰⁸ Danıştay 8. D. 23.06.1997 tarihli, 1997/185 Esas ve 1997/2229 Karar sayılı kararı.

¹⁰⁹ Danıştay 3. D. 23.05.1974 tarihli, 1974/243 Esas ve 1974/270 Karar sayılı kararı.

kalkmaktadır. Gözler'in bu görüşü çerçevesinde düşünüldüğünde; sözleşmenin imzalanmasından itibaren idare tarafından tek taraflı olarak değiştirilemeyen şartnameler, kamu ihale sözleşmelerine tek taraflı değişiklik yetkisini sağlayamamaktadır.

Şartnameler ihale dokümanını oluşturan belgelerdendir ve gerek mal alımları, hizmet alımları ve yapım işleri hakkındaki tip sözleşmelere göre, gerekse 4735 sayılı Kanuna göre taraflar arasındaki sözleşme hükümlerinden, uygulanma bakımından üstündür. Zira Kanunda, taraflar arasındaki sözleşmede ihale dokümanına aykırı hükümlere yer verilemeyeceği (4735 sayılı Kanun madde 4), tip sözleşmelerde ise taraflar arasındaki sözleşme hükümleri ile ihale dokümanı hükümlerinin çatışması durumunda ihale dokümanındaki hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir (Mal Alımlarına Ait Tip Sözleşme madde 8, Hizmet Alımlarına Ait Tip Sözleşme madde 8, Yapım İşlerine Ait Tip Sözleşme madde 8). Uz'a göre (2010: 90) idare, şartnameler üzerinde tek taraflı değişiklik yetkisine sahiptir ve şartnameler üzerinde yapacağı değişiklik ile sözleşmelerde ihale dokümanına aykırı hükümlere yer verilemeyeceği hükmü dolayısıyla sözleşme üzerinde de tek taraflı değişiklik yapmış olmaktadır. Bu görüşten ilk bakışta, şartnamelerde yer alabilecek kamu gücü ayrıcalıklarının idareyi, sözleşmeci özel kişi karşısında ayrıcalıklı konuma getirebileceği düşünülebilir.

Gözler'e göre (2009: 148) ise sözleşmenin uygulanması aşamasında, sözleşmenin imzalanmasından itibaren şartname hükümleri akdi nitelik kazanacağından, idarenin şartname hükümleri üzerindeki tek taraflı değişiklik yetkisi ortadan kalkmaktadır. Gözler'e göre (2009: 148) şartname hükümleri; sözleşmenin yapılması sürecinde de, sözleşmenin uygulanması sürecinde de idare tarafından tek yanlı olarak hazırlanır; fakat, sözleşmenin uygulanması aşamasında sözleşmenin imzalanmasından itibaren idare tarafından tek yanlı olarak değiştirilemez. Gözler'in görüşü çerçevesinden ilk bakışta; şartname hükümlerinde yer alan kamu gücü ayrıcalıklarının (sözleşmenin uygulanması aşamasında şartname hükümleri tek taraflı olarak değiştirilemese de ilk anda var olan kamu gücü ayrıcalıkları hükümleri), idareyi sözleşmeci özel kişi karşısında ayrıcalıklı konuma getirebileceği düşünülebilir. Fakat iki yazarın görüşlerinin değerlendirilmesi neticesinde ilk bakışta oluşan bu düşüncelerin birer gerçek hale gelmesinin önünde kanunî bir engel mevcuttur. Şöyle ki 4735 sayılı Kanunun 4.maddesinin 3.fıkrasına göre:

“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.”

Bu hükmün varlığı karşısında ihale dokümanını oluşturan belgelerden olan ve tek yanlı olarak idare tarafından oluşturulan şartnamelerde, ne oluşturulma aşamasında ne de bu şartnameler üzerinde tek taraflı değişiklik yetkisinin olduğu varsayımı altında şartnamelerin değiştirilmesi aşamasında, sözleşmenin taraflarının, bu sözleşmenin uygulanması bakımından eşit hak ve yükümlülüklere sahip olduğu ilkesine aykırı bir düzenleme yapılamayacaktır. Bu kanun maddesinin varlığı sebebiyle, ihale dokümanlarıyla idareyi, sözleşmeci özel kişi karşısında ayrıcalıklı konuma getirmenin imkanı bulunmamaktadır. Bu sebeple idarenin kamu ihale sözleşmeleri bakımından, sözleşmeci özel kişi karşısında ayrıcalıklı konuma getirilmesi, ya yine 4735 sayılı Kanun hükümleriyle ya da başka kanunlarla mümkündür.

TARTIŞMA VE SONUÇ

Tez çalışmamızın konusu, kamu ihale sözleşmelerinin hukuki rejimidir. Çalışma konumuzu sınırlandırabilmek adına kamu ihale sözleşmeleri üzerine yapılmış olan bu inceleme, 4734 sayılı Kanun ve bu kanuna göre düzenlenen sözleşmelere ilişkin esasları düzenleyen 4735 sayılı Kanuna göre akdedilen kamu ihale sözleşmelerinin hukuki rejiminin incelenmesi ile sınırlı tutulmuştur. Çalışmamız, dört bölüm halinde incelenmiştir. İlk bölümde, kamu ihale sözleşmelerinin teorik arka planında kamu yönetimi disiplini içinde yaşanan dönüşümler ve bu dönüşümler sırasında ortaya çıkan yönetim yaklaşımları ve kamu ihale sözleşmelerinin ilişkili olduğu kamu hizmeti kavramı ve bu kavramın kapsamında yaşanan değişimler ele alınmıştır. İkinci bölümde, AB kamu hizmeti anlayışı ile AB kamu ihale sistemi ve AB ülkelerinde kamu ihale sözleşmelerinin hukuki rejimi incelenmiştir. Üçüncü bölümde, Türkiye’de kamu ihale sisteminin düzenlenişine ve kamu ihale sözleşmelerinin hukuki rejimi hakkında literatürde ve yargı kararlarında oluşan görüşlere yer verilmiştir. Dördüncü ve son bölümde, Türkiye’de kamu ihale sözleşmelerinin hukuki rejimi, yargı kararlarında idari sözleşmeler için geliştirilen kriterler çerçevesinde incelenmiştir.

Kamu ihale sözleşmeleri, literatürde yazarların büyük çoğunluğu tarafından ve yargı kararlarında özel hukuk sözleşmesi olarak görülmektedir. Fakat kamu ihale sözleşmeleri, konu itibarıyla idare hukukunun kapsamı içerisindedir. İdare hukuku disiplini ile kamu yönetimi disiplini iç içedir. Dolayısıyla birinde yaşanan bir gelişmeden diğerrinin etkilenmemesi mümkün değildir. Bu sebeple tez çalışmamızın ilk bölümünde, kamu ihale sözleşmelerinin özel hukuka tabi kılınmasının altındaki nedenler, kamu yönetimi disiplini içinde yaşanan dönüşümler ile açıklanmaya çalışılmıştır. Kamu yönetimi disiplini içinde 1970’lerin sonlarından itibaren geleneksel kamu yönetimi yöntemlerinin yetersiz kaldığına ilişkin görüşler oluşmuş ve bu yıllardan itibaren bir reform arayışına girilmiştir. Bu reformların temel sebepleri arasında devletlerin geleneksel refah devleti harcamalarının çok artması ve bunun birtakım mali sıkıntılara sebep olması gösterilmiştir. Bu sorunu çözmek için, devletin refah harcamalarının azaltılması ve bunun için de devletin küçültülmesi, rol ve fonksiyonlarının azaltılması gündeme gelmiştir. Ortaya çıkan bu düşünceler, küreselleşmenin ve uluslararası örgütlerin de etkisiyle hızlı bir şekilde yayılmıştır (OECD, 1999: 2-5). Devletin küçültülmesi tartışmaları, yeni sağ ideolojinin yükselişi ile de alakalıdır. Zira yeni sağ ya da neo-liberal ideolojiye göre, kamu verimsiz çalışmaktadır; bu sebeple devlet

küçültülmeli, verimsiz olan kamunun rolleri verimli olan özel sektöre bırakılmadır (Aksoy, 1998: 8-9).

Kamu hizmetleri, teknolojik gelişmelere paralel olarak çeşitlenmiştir. Devletin geleneksel refah devletinde olduğu gibi tüm hizmetleri sunmaya çalışması, hizmetlerin kalitesinde düşüşe ve vatandaşların beklentilerinin karşılanamamasına yol açmaktadır. Tüm bu sorunlara çözüm olmayı hedefleyen yeni kamu işletmeciliği yaklaşımı, kamu sektörünün küçültülmesini ve küçülen kamu sektörünün de verimli çalışması için işletmeciliğe ilişkin tekniklerin kullanılmasını hedeflemektedir (Drechsler, 2009: 8). Kamu sektörünün küçültülmesi demek, devletin kendi eliyle yürüttüğü hizmetleri özel sektöre devretmesi demektir. Bu sayede hem hizmetlerin kalitesi ve dolayısıyla vatandaşların memnuniyeti artacak hem de kaynakların etkin kullanılması sağlanacaktır. Kamu sektörünün verimsiz olarak ürettiği bir hizmeti özel sektöre devretmesi, bu hizmetin kaynakların verimli kullanılarak rekabet ortamı içerisinde sunulmasını sağlayacaktır. Kamu ihale sözleşmeleri de kamunun, birtakım mal, hizmet ve yapım işlerini özel sektörden temin etmesine ilişkin sözleşmelerdir. Bu sözleşmeler ile devlet, kendisi üretmek yerine bunu üreten özel sektörden satın almakta, bu sayede kamu hizmetlerinin rekabet ortamında, kaynakların verimli kullanılarak üretilmesini sağlamaktadır. 4734 sayılı “Kamu İhale Kanunu”nda ihalelerin tabi olduğu ilkeler arasında, kaynakların verimli kullanılması ve rekabet ilkelerinin yer alması da bu amaca yöneliktir.

Yeni kamu işletmeciliğinin ihmal ettiği demokrasi, hesap verebilirlik, şeffaflık, hukukun üstünlüğü gibi devletler için önem arz eden değerleri (Drechsler, 2009: 9) temel alan ve yönetim sürecinin her aşamasına kamunun yanında özel sektör ve sivil toplumun katılımını öngören bir yaklaşım olarak yönetim yaklaşımı da (Okçu, 2012: 12), kamu yönetiminin dönüşümü sırasında ortaya çıkan yaklaşımlardan biridir. Bu yaklaşımda yeni kamu işletmeciliğinde olduğu gibi, devletin toplumdaki aktörleri aktif hale getirmesi söz konusudur. Birlikte yönetme eyleminin bir parçası olarak devletin, özel sektör ve sivil toplum ile rol ve sorumluklarını paylaşması, özellikle kamu hizmetlerinin etkin sunulması için hizmetlerin sunumunda, bu aktörlerden yararlanması yönetim yaklaşımının hedeflerindendir. Kamu ihale sözleşmeleri de bu durumun bir yansıması niteliğindedir. Devlet, kamu hizmetlerini kendisi üretmek yerine özel sektörü üretebilir kılmakta ve onun ürettiğini satın almaktadır. Böylece kaynakların etkin kullanılması da sağlanmış olmaktadır. Yine 4734 sayılı “Kamu İhale Kanunu”nda

ihalelerin tabi olduğu ilkeler arasında saydamlık, kamuoyu denetimi (hesap verebilirlik) ve kaynakların verimli kullanılması ilkelerinin yer alması da, bu kanunun yönetim prensipleri esas alınarak oluşturulduğunun bir delilini oluşturmaktadır.

Kamu hizmetlerinin sunumunun özel kesime devredilmesi, kamu hizmetlerinin özelleştirilmesini beraberinde getirmektedir. Özelleştirme ve serbestleşme politikaları yeni sağ ideolojinin ürünüdürler. Kamu ihale sözleşmeleri ile devlet, kamu hizmeti ile ilgili mal ve hizmet üretimi ve yapım işini özel sektörden satın almaktadır. Bu durum, yeni sağın ekonominin işleyişinin ve - önceleri devletin tekelinde olan- hizmet üretiminin piyasa mekanizmasına bırakılması düşüncesi ile uyum içerisindedir. Kamu ihale sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmesi de, yeni sağın serbestleşme politikalarıyla uyum içerisindedir. Zira bu serbestleşmenin kapsamında idare hukuku yerine özel hukuk tercih edilmekte ve idarenin, özel sektörle aynı hukuk kurallarına (özel hukuk) tabi olması sağlanmak istenmektedir (Tortop v.d., 2007: 573). İdarenin özel hukuk kişileriyle aynı hukuka (özel hukuka) tabi kılınması onu kamu gücü ayrıcalıklarından mahrum bırakmaktadır. Bu mahrumiyet ise ekonomi için bir kazanım niteliğinde görülmektedir. Çünkü kamu gücü ayrıcalıklarını kullanamayan devletin, ekonomiye müdahalesi de sınırlanmaktadır. Kamu hizmetlerinin üretilmesinin bütünüyle piyasaya bırakılması, kamu yararı gerekçesiyle düşünülemeyeceğinden, devletin bu senaryoda düzenleyici ve denetleyici bir rol üstlenmesi gereği, bağımsız idari otoriteleri ortaya çıkarmıştır (Avcı, 2014: 126). Kamu ihale sözleşmeleri bakımından bu otorite Kamu İhale Kurumu'dur. Görüldüğü üzere, kamu ihale sözleşmelerinin düzenlenme biçimi ve tabi olduğu hukuki rejim, 1970'lerin sonlarından itibaren kamu yönetimi disipliniinde yaşanan gelişmelerle doğrudan ilişki içerisindedir.

1970'lerin sonlarından itibaren yaşanan dönüşümde Türkiye, en çok üyelik sürecinde bulunduğu AB yapılanmasının etkisi altındadır. Zira AB aralıklarla, Türkiye'nin gerçekleştirmesi gereken reformlara ilişkin taleplerde bulunarak ve bu taleplerin gerçekleşip gerçekleşmediğini yıllık olarak düzenlediği ilerleme raporlarında belirleyerek, Türkiye'yi yönlendirmektedir. Bu sebeple ikinci bölümde, AB kamu ihale sistemi ve bazı AB ülkelerinde kamu ihale sözleşmelerinin hukuki rejimi incelenmiştir. AB'de kamu ihale sisteminin temeli, AB kurucu anlaşmasına dayanmaktadır. Bu sistemin dayandığı temel ilkeler mal, hizmet, sermaye ve işgücünün AB çapında serbest dolaşımı, ticaretin önündeki

ulusal sınırların kaldırılması ve bir üye devletteki ihalede tüm AB üyesi devletlerden isteklilerin rekabet edebilmesidir (Akdoğan, 2015: 62). AB kamu ihale sistemi bu amaçları sağlamak üzere, kamu ihale direktifleriyle düzenlenmiştir. Dağınık halde bulunan kamu ihale mevzuatını bir araya getiren, 2004 tarihinde çıkarılan mal ve hizmet alımları ve yapım işlerinin ihale edilmesine ilişkin klasik direktif ile su, enerji, posta ve ulaşım hizmetlerinin ihale edilmesine ilişkin sektörler direktifidir. Bu direktiflerin, AB kamu ihale sisteminin dayandığı temel ilkeleri gerçekleştirmede yetersiz kaldığı düşüncesi neticesinde, 2014 yılında bu direktifler yeniden düzenlenmiştir. 2014 tarihli AB kamu ihale direktiflerinde, kamu ihale sözleşmelerinin sözleşmenin imzalanmasından sonraki aşama yani uygulanması aşamasına ilişkin hükümler yer almakla birlikte, sözleşmelerin uygulanmasından doğan ihtilafların çözümü esas itibarıyla ulusal hukuklara bırakılmıştır (Akdoğan, 2015: 92). Tez çalışmamızda, inceleme konusu yaptığımız AB üyesi devletler içerisinde, Fransa ve İspanya’da kamu ihale sözleşmelerinin idari sözleşme olarak kabul edilip kamu hukuku kurallarına tabi kılındığı görülmüştür. İnceleme konusu yapılan diğer ülkelerde (İngiltere, İtalya, Almanya, Avusturya, Belçika ve Danimarka) ise kamu ihale sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi kabul edilip özel hukuk kurallarına tabi kılındığı görülmüştür.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde, Türkiye’de kamu ihale sisteminin düzenlenişi incelenmiştir. Türkiye’de de kamu ihale mevzuatı, AB kamu ihale sistemine uygun olarak oluşturulmaya çalışılmıştır. AB ihale mevzuatında yer alan elektronik ihale, dinamik alım usulü, çerçeve sözleşme düzenlemeleri 4734 sayılı Kanunda da yer bulmuş, ihale süreçlerinin denetlenmesi için bağımsız idari otorite olarak Kamu İhale Kurumu kurulmuştur. Bu sebeple, Türkiye’nin AB ihale mevzuatına uyum açısından başarılı olduğu söylenebilmektedir. Fakat kamu ihale mevzuatımızın temel düzenlemesi niteliğinde olan 4734 sayılı “Kamu İhale Kanunu”nda, AB kamu ihale direktiflerinde düzenlenen su, enerji, posta ve ulaşım hizmetlerine ilişkin işlerin ihale edilmesi düzenlenmemiştir. Ayrıca AB kamu ihale sisteminin dayandığı en temel sayılabilecek ilke, birlik içinde bir üye devletteki ihaleye, başka bir üye devletten isteklilerin ayrımcılığa tabi tutulmadan katılabilmesidir. Oysaki Türkiye’de, 4734 sayılı Kanunda yerli isteklilere ihale süreçlerinde maddi birtakım avantajlar sağlanması düzenlenmiştir. Bu durum AB kamu ihale mevzuatı açısından kabul edilemez bir durumdur. Nitekim 4734 sayılı Kanundaki bu düzenleme ve su, enerji, posta ve ulaşım hizmetlerinin ihale

edilmesinin ayrı kanunlarla düzenlenmesi sorunu, AB tarafından düzenlenen İlerleme Raporlarında eleştirilmiştir.

Türkiye’de kamu ihale sözleşmeleri, yargı kararlarında ve literatürdeki yazarların büyük bir çoğunluğu tarafından özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. Türkiye’de hukuk sistemi, Kara Avrupası Hukuk Sistemine göre düzenlenmiş olup adli yargı-idari yargı ayrımı benimsenmiştir. Kara Avrupası Hukuk sistemi Fransa hukuk sistemi üzerine kuruludur. Nitekim Türk idare hukukunun şekillenmesinde, Fransız idare hukukunun etkisi büyüktür. Fransa’da kamu ihale sözleşmeleri idari sözleşme kabul edilirken, Türkiye’de özel hukuk sözleşmesi olarak görülmesi şaşırtıcıdır. Türkiye, kamu ihale sözleşmelerinin hukuki rejimini belirlerken, idare hukukunu büyük ölçüde aldığı Fransa’dan değil, adli-yargı-idari yargı sistemini benimsememiş Anglo-Sakson tarzından etkilenmiş görünmektedir.

Literatürde, 4735 sayılı Kanunun; tarafları sözleşmenin uygulanması bakımından eşit hak ve yükümlülöklere tabi kılan 4.maddesi ve bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağını belirten 36.maddesi sebebiyle, 4735 sayılı Kanun’da düzenlenen kamu ihale sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi olduğunu düşönen yazarlar mevcuttur (Günday, 2011: 216; Giritli v.d., 2013: 1331; Gözübüyük ve Tan, 2014: 525; Yılmaz, 2014: 55; Tan, 2015: 297, Akyılmaz v.d., 2015: 485). Kamu ihale sözleşmeleri, yargı kararlarında da özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmiştir. Kamu ihale sözleşmelerinin, sözleşmenin yapılmasından önceki ihale işlemlerinin idari yargıya tabi olduğu ve hatta sözleşmenin yapılmasından sonra, sözleşmenin uygulanmasından ayrılabilir nitelikteki idari işlemlerin de idari yargıya tabi olduğu yargı kararlarında belirtilmiştir. Yargı kararlarında, idari sözleşmelerin kriterleri belirlenmiştir. Yargı kararlarında, idari sözleşmelerin kriterleri; “taraflarından biri idare olan bir sözleşmenin konusunun kamu hizmetinin yürütölmesine ilişkin olması ve sözleşmede özel hukuku aşan şartların yer alması” olarak belirtilmiştir.

Yargı kararlarında idari sözleşmelerin kamu hizmeti şartına ilişkin, bazı kararlarında, “doğrudan veya dolaylı olarak bir kamu hizmetine ilişkin olma” ifadesi kullanılırken, başka bazı kararlarında “kamu hizmetinin yürütölmesine ilişkin olma” ifadesi kullanılmıştır. Bu iki ifadenin yorumu farklıdır. Zira literatürde Zehra Odyakmaz tarafından, bir sözleşmenin idari sözleşme olabilmesi için, idarenin karşısındaki akidin kamu hizmetini bizzat yürütmesi veya görmesi

veya yürütülmesine katılması gerektiği ifade edilmiştir. Sözleşmenin konusunun kamu hizmeti olması, bir sözleşmeyi idari sözleşme yapmaya yeterli değildir. Bu sebeple aynı yazara göre, idarenin kamu hizmeti için gereken araç ve gerecin temin edilmesi (yazarın burada kamu ihale sözleşmelerinin mal alımı tipine işaret ettiği düşünülmektedir) özel hukuk sözleşmesi ile yapılabilmektedir (Odyakmaz, 1998: 150). Konusu kamu hizmetinin yürütülmesi değil, kamu hizmetinin görülmesi için gerekli olan malzemelerin teminine ilişkin sözleşmeler, Karahanoğulları'na göre de özel hukuk sözleşmesidir. Yazara göre ihale, idarenin sözleşme yaparken uyması gereken usulden ibarettir; dolayısıyla idare, özel hukuk sözleşmesi yaparken de, idari sözleşme yaparken de ihale usulünü kullanmak zorundadır. Ayrıca bir sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesine mi ilişkin yoksa kamu hizmeti için gerekli olan mal veya hizmetin teminine mi ilişkin olduğu ayrımını yapmak zordur. Bu sebeplerle yazar, ihale sözleşmesinin özel hukuk veya idari sözleşme olduğunu genelleyici bir şekilde ifade etmek yerine, her sözleşmenin ayrıca değerlendirilerek hukuki rejiminin belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir (Karahanoğulları, 2015: 316-321).

Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk'e göre ise bir sözleşmede, kamu hizmeti tamamen veya kısmen özel kişi tarafından yürütülüyorsa, bu sözleşme yalnızca bu niteliği itibarıyla idari sözleşme olabileceksen, sözleşmenin kamu hizmeti ile ilişkisi bunun dışında bir ilişki ise (örneğin kamu hizmeti için gerekli olan malzeme veya kişilerin sağlanmasına ilişkin sözleşme), ayrıca idareyi özel kişi karşısında ayrıcalıklı kılan özel hukuku aşan şartların da bulunması gerekmektedir (Giritli v.d., 2013: 1309-1314). Yazarların kamu hizmeti için gerekli olan malzeme temininden kastının, kamu ihale sözleşmelerinin mal alımı sözleşmeleri olduğu düşünülmektedir. Bu durumda yazarların görüşleri çerçevesinde, mal alımı ihale sözleşmeleri, özel hukuku aşan hükümler içerirse idari sözleşme olabilecektir. Her ne kadar 4735 sayılı Kanunun 4.maddesinde bu kanuna tabi sözleşmelerin uygulanmasında tarafların eşit hak ve yükümlülüklerle sahip olduğu belirtilmişse de aynı kanunun başka bazı maddelerinde, idarenin özel kişi karşısında ayrıcalıklı tutulduğu bazı hükümler görülmektedir. Bu durumda kamu hizmeti ile ilişkili bulunan kamu ihale sözleşmelerinin özel hukuku aşan hükümler içermesi kanunen mümkün görünmektedir.

Kemal Gözler'e göre de bir sözleşmenin idari sözleşme olabilmesi için, sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olması gerekmektedir. Bu bakımdan bakıldığında yargı kararlarında idari sözleşmelerin kamu hizmeti şartı

için oluşturduğu; “doğrudan veya dolayısıyla bir kamu hizmetine ilişkin olma” ifadesi ve “kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olma” ifadeleri arasında literatürde kabul edilenin, “kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olma” ifadesinin olduğu söylenebilir. Gözler’e göre de, idari sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesi şartının kapsamında; kamu hizmetinin tamamen veya kısmen özel kişi tarafından yürütülmesi veya özel kişinin kamu hizmetinin yürütülmesine katılması veya sözleşmenin kendisinin bir kamu hizmeti yürütme usulünü oluşturması vardır (Gözler, 2009: 24-28).Yazara göre, kamu hizmetinin yürütülmesine yönelik olmayıp, kamu hizmeti için gerekli olan malların tedarik edilmesine ilişkin sözleşmeler, idari sözleşmelerin kamu hizmeti şartını sağlamaz; fakat bu sözleşmelere özel hukuku aşan şartlar konulursa bu sözleşmeler de idari sözleşme olabilmektedir. Yazarın bu görüşü, idari sözleşmelerin kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olma ve özel hukuku aşan şartlar içermek kriterlerinin birlikte gerçekleşme zorunluluğunun olmadığını düşünmesinden kaynaklanmaktadır. Ona göre bir idari sözleşme, kamu hizmeti şartını sağlamayıp, özel hukuku aşan şartlar içerebilir; kamu hizmeti şartını sağlayıp, özel hukuku aşan şartlar içermeyebilir ve son olarak her iki şartı da içerebilir (Gözler ve Kaplan, 2015: 456). Yazarın bu görüşü çerçevesinde düşünüldüğünde, kamu hizmetinin yürütülmesi şartını yerine getirmeyen 4735 sayılı Kanundaki mal alım sözleşmeleri özel hukuku aşan şartlar içerirse pek tabii idari sözleşme olabilecektir. Fakat yine yazara göre 4735 sayılı Kanuna tabi olarak yapılan kamu ihale sözleşmelerinin de kamu hizmeti şartını sağlaması mümkündür. Buna örnek olarak da, yol yapım sözleşmesinin (4735 sayılı Kanuna göre yapım işi ihale sözleşmesi) kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olma şartını sağladığını belirtmiştir (Gözler, 2009: 53). Yazarın bu görüşü, sözleşmenin kamu hizmeti ile ilişkisinin kamu hizmetinin yürütülmesinin dışında bir ilişki olması durumunda idari sözleşme olabilmesi için, özel hukuku aşan şartlar da içermesi gerektiğini ifade eden Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk’in görüşleriyle de uyumludur. Yine Abdullah Uz’un da, buna benzer bir görüşü mevcuttur. Ona göre de eğer sözleşme kamu hizmeti ile doğrudan bir ilişki içerisindeyse, idari sözleşme olabilmesi için ayrıca özel hukuku aşan şartlar içermesine gerek yoktur. Fakat sözleşme kamu hizmeti ile dolaylı bir ilişki içerisindeyse, sözleşmenin idari sözleşme olabilmesi için özel hukuku aşan şartlar da içermesi gerekmektedir (Uz, 2010: 38). Nitekim bu konuya ilişkin yargı kararları da mevcut olup çalışmamızın son bölümünde yer verilmiştir. Literatürde, kamu ihale sözleşmelerinin yargı kararlarında yapılan belirleme doğrultusunda kategorik olarak özel hukuk sözleşmesi kabul edilmesinin doğru olmadığı, kamu

ihale sözleşmelerinin idari sözleşme veya özel hukuk sözleşmesi olduğunu belirleyebilmek için idari sözleşmelerin kriterlerinin esas alınması gerektiği görüşü oluşmuştur (Gözler ve Kaplan, 2015: 456). Uz'a (2010: 160) göre de, ihale usulü kullanılarak akdedilen sözleşmelerin hukuki rejiminin tespiti için her sözleşmenin ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir.

Kamu ihale sözleşmelerinin kamu hizmeti ile ilişkisi, Danıştay'ın bazı kararlarında da, kamu ihale sözleşmelerinin kamu hizmetine ilişkin olduğu, özel kişi tarafından taahhüt edilen işin gecikmesi halinde kamu hizmetinin aksama riski bulunduğu için idareye özel kişi karşısında belli üstünlükler tanınmasının olağan olduğu şeklinde ifade edilmiştir.¹¹⁰

İdari sözleşmelerin diğer kriteri, sözleşmede özel hukuku aşan şartların yer alması gerekliliğidir. Özel hukuku aşan hükümler, idareye tanınan kamu gücü ayrıcalıklarıdır. İdareye kamu gücü ayrıcalıklarının tanınmasının sebebi, idarenin kamu yararını gerçekleştirme yükümlülüğünün bir sonucudur (Gözler ve Kaplan, 2015: 51-52). Kamu ihale sözleşmeleri kamu hizmeti ile ilgili olduğundan kamu yararını gerçekleştirme amacını taşırlar. Bu sebeple bu sözleşmelerde kamu gücü ayrıcalıkları ya da diğer bir deyişle özel hukuku aşan hükümlerin bulunması son derece doğaldır.

Kamu gücü ayrıcalıklarının olduğu durumlar idare hukukunun uygulama alanı bulduğu durumlardır. Bu cümlemin karşıt anlamı da, kamu gücü ayrıcalıklarının bulunmadığı bir durumda idare hukukunun değil, özel hukukun uygulama alanı bulacağını işaret etmektedir (Gözler ve Kaplan, 2015: 55). Kamu yönetiminde yaşanan dönüşüm neticesinde, kamu yönetiminde idare hukukunun katı kurallarından arınma ve özel hukuku hakim kılma gibi bir yönelim göze çarpmaktadır (Tortop v.d., 2007: 573). Kamu ihale sözleşmelerinin, özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmesi de, bu yönelimin göstergelerinden birini oluşturmaktadır. Kamu ihale sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi kabul edilmesi, bu alanda özel hukukun uygulama alanı bulması demektir. Bu da, kamu ihale sözleşmesinin tarafı olan idarenin, özel hukuk kişileriyle aynı hak ve yükümlülöklere sahip olmasını ifade etmektedir. Bu durum, kamu yararını gerçekleştirme yükümlölöğü altında olan idarelerin, yapmış olduğı kamu ihale

¹¹⁰Yargıtay 13. H. D. 16.10.2006 tarihli, 2006/8713 Esas ve 2006/13605 Karar sayılı kararı. Yargıtay'ın aynı yönde başka kararı için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 28.03.2001 tarihli, 2001/13-289 Esas ve 2001/299 Karar sayılı kararı.

sözleşmelerinde kamu gücü ayrıcalıklarından yoksun kalması sonucunu doğurmaktadır. Bu da kamu ihale sözleşmelerinde, idare ile özel kişinin eşit hak ve yükümlülüklerle sahip olması sonucunu doğurmaktadır. Kamu ihale sözleşmelerinde, idarenin kamu yararını sağlaması amacı ile sözleşmenin karşı tarafı olan özel kişinin bireysel yararını oluşturan kâr maksimizasyonu amacı çatışma halindedir. Kamu ihale sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi kabul edilip özel hukuka tabi kılınması, idarenin gerçekleştirmekle yükümlü olduğu kamu yararını tehdit etmektedir. Türkiye’de, kamu ihale sözleşmeleri mevzuatı incelendiğinde, her ne kadar 4735 sayılı Kanunda, bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağı belirtilse de, bu sözleşmelerin, özel hukukun hakimiyetine bırakılmayıp özel bir kanunla (4735 sayılı Kanun) düzenlenmesi, kanun koyucunun kamu yararı amacına üstünlük tanıdığını düşündürmektedir. Nitekim idari sözleşmelerin ikinci kriteri olan sözleşmede özel hukuku aşan şartların bulunması açısından kamu ihale sözleşmeleri değerlendirildiğinde, 4735 sayılı “Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu”nun pek çok hükmünde idareye sözleşmeci özel kişi karşısında üstünlük tanıdığı görülmüştür. Her ne kadar Kanunun 4.maddesi, sözleşmenin uygulanması bakımından tarafların eşit hak ve yükümlülüklerle sahip olacağını ifade etse de, aynı Kanunun devam eden maddelerinde bu maddenin aksine idareye özel kişi karşısında üstünlük tanıyan hükümler mevcuttur. Bu hükümlerin varlığı sebebiyle, kamu ihale sözleşmelerine özel hukuku aşan şartların konulabilmesi mümkündür. Kanunda yer alan bu hükümlerin neler olduğu çalışmamızın son bölümde ayrıntılı olarak incelenmiştir. Burada da bir kısmına maddeler halinde yer vermek gerekirse;

- İdari sözleşmelerde şahsen ifa yükümlülüğü olduğundan, sözleşme devredilememektedir. Kamu ihale sözleşmelerinde ise sözleşmenin devri mümkündür; fakat özel hukuktaki devre göre katı kurallara tabi kılınmıştır.

- Yine idari sözleşmelerde, şahsen ifa yükümlülüğünün bir sonucu olarak yüklenicinin ölümü halinde sözleşme sona ermektedir. Kamu ihale sözleşmelerinde de, kural olarak yüklenicinin ölümü halinde sözleşme sona ermektedir. Sözleşmenin yüklenicinin varisleriyle devam etmesi istisnâdır. Özel hukukta ise yüklenicinin ölümünde sözleşmenin devam etmesi kuraldır; istisnâ olarak kişiye bağlı edimlerde yüklenicinin ölümüyle sözleşme sona ermektedir.

- İdari sözleşmelerde, idarenin kamu yararı nedeniyle, sözleşmeci özel kişinin yaptığı işi her an denetleyebilme yetkisi vardır. Kamu ihale sözleşmelerinde idarenin sözleşmeci özel kişinin yaptığı işi denetim yetkisi, idari sözleşmelere göre daha sınırlı da olsa mevcuttur.

- Kamu ihale sözleşmelerinde, sözleşmeci özel kişinin taahhüdünde gecikmesi durumunda idarenin yaptırım niteliğinde gecikme cezası uygulaması söz konusudur. Fakat aynı gecikme cezası hükmü, idarenin gecikmesi halinde sözleşmeci özel kişinin uygulayabileceği bir hüküm olarak düzenlenmemiştir. Bu düzenleme bakımından idareye özel kişi karşısında üstünlük tanınmıştır.

- Kamu ihale sözleşmelerinde, idarenin sözleşmeci özel kişiden aldığı teminatlar, sözleşmeci özel kişinin 4735 sayılı Kanunda sayılan fiilleri gerçekleştirmesi halinde ve taahhüdünü gereği gibi ve zamanında yerine getirememesi halinde, bir yaptırım olarak idare tarafından protesto çekmeye gerek olmaksızın hazineye gelir kaydedilir. Teminatın hazineye gelir kaydedilmesi işlemi, idare tarafından tek taraflı olarak uygulanan, yaptırım niteliğinde bir idari işlemdir. Bu düzenleme özel hukuku aşan bir nitelik arz etmektedir.

- Kamu ihale sözleşmelerinde, idarenin idari sözleşmelerde olduğu gibi yaptırım niteliğinde fesih yetkisi mevcuttur. Bu fesih, sözleşmeci özel kişinin taahhüdünü gereği gibi veya zamanında ifa etmemesi veya Kanunda sayılan yasak fiil ve davranışları gerçekleştirmesi halinde uygulanmaktadır.

- Kamu ihale sözleşmelerinde, 4735 sayılı Kanuna göre mücbir sebeplerin gerçekleşip gerçekleşmediğini ihaleyi yapan idarenin takdir etmesi söz konusudur. Keza Kanuna göre Kamu İhale Kurumu tarafından kanunda sayılmayan hallerin de mücbir sebep kabul edilebilmesi mümkündür. Bu düzenleme bakımından da idareye üstünlük tanınmıştır.

- Kamu ihale sözleşmelerinde idare, sözleşmeci özel kişinin 4735 sayılı Kanunda sayılan yasak fiil ve davranışları gerçekleştirmesi halinde, sözleşmeci özel kişi hakkında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı vermektedir. Bu karar, idare tarafından tek taraflı olarak yapılan idari bir işlemdir. İdarenin bu işlemi, özel hukukta görülemeyecek nitelikte bir yaptırımdır.

İdari sözleşmelerin kamu hizmeti kriteri açısından bakıldığında, 4735 sayılı Kanuna tabi yapım işi ihale sözleşmelerinin kamu hizmetinin yürütülmesine

ilişkin olduğu yönündeki görüş kanaatimizce de haklıdır. İdari sözleşmelerin yargı kararlarında birlikte gerçekleşmesi gerektiği belirtilen kamu hizmetinin yürütülmesi ve özel hukuku aşan hükümler şartlarının, birlikte gerçekleşme zorunluluğu aranmaz ise, kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olma şartını yerine getiren kamu ihale sözleşmeleri, sırf bu şartı yerine getirmesi dolayısıyla idari sözleşme olabilecektir. Ayrıca idari sözleşmelerin birlikte gerçekleşmesi gerektiği düşünülen şartlarının, birlikte gerçekleşme zorunluluğu aranmaz ise, literatürde kamu hizmetinin yürütülmesi şartını gerçekleştirmediği düşünülen mal alımı ihale sözleşmeleri de, şayet özel hukuku aşan şartlar içerirse idari sözleşme olabilecektir.

Çalışmamızın son bölümünde ifade edildiği üzere, 4735 sayılı “Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu”nun 4.maddesinde, bu sözleşmelerin uygulanması bakımından tarafların eşit hak ve yükümlülöklere sahip olduğu ifade edilse de, aynı kanunun devam eden maddelerinde idareye, sözleşmecı özel kişı karşısında pek çok kez üstönlük tanınmıştır. Nitekim literatürde, kamu ihale sözleşmelerinin, özel hukuktan ayrı bir mevzuatla (kamu ihale mevzuatı) düzenlenmesi ve katı şekil kurallarına tabi olması bakımından, özel hukuk sözleşmelerinden farklı olduğuna ilişkin görüş mevcuttur (Akdoğan, 2015: 126). Kamu ihale sözleşmelerinin uygulanması da, 4735 sayılı Kanuna tabi olacağından, bu sözleşmelerin özel hukuku aşan şartlar içermesi son derece olağandır. Bu şartlar altında kamu ihale sözleşmelerinin, idari sözleşmelerin her iki şartını birden sağlama imkanı mevcut gözökmektedir.

4735 sayılı Kanunun 36.maddesinde, bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu’nun uygulanacağı hükümü mevcuttur. Bu hüküm de literatürde, kamu ihale sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi kabul edilme gerekçelerinden birini oluşturmaktadır. Oysaki Gözler’e göre (2009: 138); kamu ihale sözleşmeleri de netice itibarıyla sözleşme olduğundan, somut olaya uygulanacak hükümün idare hukuku içerisinde bulunamaması durumunda, genel hüküm niteliğinde Borçlar Kanunu’nun uygulama alanı bulması, 4735 sayılı Kanunun 36.maddesi olmasa dahi mümkündür. Hukuk sistemimizde; somut olaya uygulanacak özel bir hüküm bulunamaması halinde, genel hükümlere başvurma olanağı vardır. Bu sebeple tarafımızca, kamu ihale sözleşmelerinde özel hüküm olan 4735 sayılı Kanunda somut olaya uygulanacak olan bir hüküm bulunamaması halinde, sözleşme kavramının ait olduğu Borçlar Hukukunun genel hüküm olarak uygulanmasının doğal olduğu yönündeki görüşün haklı olduğu düşünülmektedir.

Literatürde Gözler ve Kaplan (2015: 456) tarafından ileri sürülen, literatürdeki yazarların büyük çoğunluğunun kamu ihale sözleşmelerini özel hukuk sözleşmesi olarak kabul etmelerinin dayanağını oluşturan 4735 sayılı Kanun'un 4. ve 36.maddelerinin varlığı sebebiyle, kamu ihale mevzuatına göre akdedilen kamu ihale sözleşmelerinin tamamını özel hukuk sözleşmesi kabul etmenin doğru olmadığı ve kamu ihale sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi mi idari sözleşme mi olduğunu belirleyebilmek için idari sözleşmelerin kriterlerinin esas alınması gerektiği görüşüne katıldığımız için çalışma konumuzu oluşturan kamu ihale sözleşmelerinin hukuki rejimi, idari sözleşmelerin kriterleri çerçevesinde incelenmiştir. Tüm bu inceleme neticesinde denebilir ki; 4735 sayılı Kanuna tabi olarak akdedilen kamu ihale sözleşmeleri, idari sözleşmelerin yargı kararlarında kabul edilen kriterlerini yerine getirme kabiliyetine sahiptir ve bu sebeple idari sözleşme olabilme imkanı taşımaktadır.

KAYNAKLAR

- Akdoğan, M. (2010). *Avrupa Birliği Uyum Sürecinde Türk İhale Rejiminin Şeffaflık Açısından Değerlendirilmesi* (1. Baskı). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Akdoğan, M. (2015). *Avrupa Birliği Kamu Alımlarında Sözleşme Sonrası İhtilafların Çözüm Yolları ve Türkiye Uygulaması* (1. Baskı). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Aksoy, Ş. A. (1998). Yeni Sağ, Kamu Yönetimi ve Yerel Yönetim: Eleştirel Bir Yaklaşım. *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi*, 7(1), 3-13.
- Aktan, C. C. (1995). Klasik Liberalizm, Neo-Liberalizm ve Libertarianizm. *Amme İdaresi Dergisi*, 28(1), 3-32.
- Akyılmaz, B., Sezginer, M. ve Kaya, C. (2015). *Türk İdare Hukuku* (6. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Albano, G. L., Russo, F. A., Castaldi, G. & Zampino, R. (2015). Evaluating Small Businesses' Performance in Public e-Procurement: Evidence from the Italian Government's e-Marketplace. *Journal of Small Bussiness Management*, 53(1), 229-250.
- Ateş, H. ve Nohutçu, A. (2006). Kamu Hizmeti Sunumunda Gönüllü Kuruluşlar ve Devlet. *Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi*, 11, 244-276.
- Avcı, M. (2014). İdarenin Kamu Hizmeti Faaliyetlerinde Daralma ve Dönüşüm: Özelleştirme ve Regülasyon. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 16, 105-139.
- Avrupa Komisyonu. (2010). Türkiye 2010 Yılı İlerleme Raporu. 06.03.2016, http://www.ab.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/turkiye_ilerleme_rap_2010.pdf.
- Avrupa Komisyonu. (2011). Türkiye 2011 Yılı İlerleme Raporu. 06.03.2016, http://www.ab.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/2011_ilerleme_raporu_tr.pdf.
- Avrupa Komisyonu. (2012). Türkiye 2012 Yılı İlerleme Raporu. 06.03.2016, http://www.ab.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/2012_ilerleme_raporu_tr.pdf.

- Avrupa Komisyonu. (2013). Türkiye 2013 Yılı İlerleme Raporu. 06.03.2016, http://www.ab.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/2013_ilerleme_raporu_tr.pdf.
- Avrupa Komisyonu. (2014). Türkiye 2014 Yılı İlerleme Raporu. 06.03.2016, http://www.ab.gov.tr/files/ilerlemeRaporlariTR/2014_ilerleme_raporu_tr.pdf.
- Avrupa Komisyonu. (2015). 2015 Yılı Türkiye Raporu. 06.03.2016, http://www.ab.gov.tr/files/000files/2015/11/2015_turkiye_raporu.pdf.
- Ayhan, B. & Üstüner, Y. (2015). Governance in Public Procurement: The Reform of Turkey's Public Procurement System. *International Review of Administrative Sciences*, 81(3), 640-662.
- Azaklı, S. (Haziran, 2006). *Belediyelerde Stratejik Planlama Sürecinde Paydaş Analizinin Önemi*. 08.07.2016, <http://www.e-akademi.org/makaleler/sazakli-1.htm>.
- Benlialper, N. A. (2013). *Avrupa Birliği'nde Reform Çalışmaları Kamu Alımları Düzenlemelerinde Yenilikler*. 28.02.2016, <http://www.abmaliye.gov.tr/Sayfalar/Arastirma-ve-inceleme-Serileri.aspx>.
- Bovis, C. (1998). The Regulation of Public Procurement as a Key Element of European Economic Law. *European Law Journal*, 4(2), 220-242.
- Bovis, C. H. (2005). Financing Services of General Interest in the EU: How do Public Procurement and State Aids Interact to Demarcate between Market Forces and Protection?. *European Law Journal*, 11(1), 79-109.
- Bozlağan, R. (2003). Kamu Yönetimi Paradigmasında Değişim ve Özelleştirme Yaklaşımı. M. Acar ve H. Özgür, (Ed.), *Çağdaş Kamu Yönetimi 1* içinde (277-303). Ankara: Nobel Yayın Dağıtım.
- Braun, P. (2003). Strict Compliance versus Commercial Reality: The Practical Application of EC Public Procurement Law to the UK's Private Finance Initiative. *European Law Journal*, 9(5), 575-598.
- Brown, T. L. & Potoski, M. (2003). Contract-Management Capacity in Municipal and County Governments. *Public Administration Review*, 63(2), 153-164.

- Can, E. (2013). 6360 Sayılı Kanun ve Yerel Yönetimlerde Yeni Dönem. F. N. Genç, (Ed.), *Yönetişim Türk Kamu Yönetimine Yansımaları* içinde (265-275). Konya: Çizgi Kitabevi.
- Christensen, T. & Laegreid, P. (2011). Democracy and Administrative Policy: Contrasting Elements of New Public Management (NPM) and post-NPM. *European Political Science Review*, 3(1), 125-146.
- Comission of European Communities. (2001). European Governance A White Paper. 22.12.2015, http://www.ab.gov.tr/files/ardb/evt/1_avrupa_birligi/1_6_raporlar/1_1_white_papers/com2001_white_paper_european_governance.pdf.
- Cope, S., Leishman, F. & Starie, P. (1997). Globalization, New Public Management and the Enabling State Future of Police Management. *International Journal of Public Sector Management*, 10(6), 444-460.
- Coşkun, S. (2004). Kamu Reformları: Değişim ve Süreklilik. M. Acar ve H. Özgür, (Ed.), *Çağdaş Kamu Yönetimi II* içinde (129-159). Ankara: Nobel Yayın Dağıtım.
- Çağlayan, R. (2000). İdari İşlemin Geri Alınması Üzerine. *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(1-2), 43-58.
- Çal, S. (2002). Anayasa Değişikliği Sonrasında Kamu Hizmeti Kavramının İrdelenmesi. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 51(2), 163-197.
- Çal, S. (2008). Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü. Ankara: TOBB Yayınları.
- Çoban, A. R. (2003). Kamu Tercih Teorisi. M. Acar ve H. Özgür, (Ed.), *Çağdaş Kamu Yönetimi I* içinde (75-95). Ankara: Nobel Yayın Dağıtım.
- Çukurçayır, M. A. (2003). Çok Boyutlu Bir Kavram Olarak Yönetişim. Acar M. ve Özgür, H., (Ed.), *Çağdaş Kamu Yönetimi I* içinde (259-275). Ankara: Nobel Yayın Dağıtım.
- deLeon, L. & Denhardt, R. B. (2000). *The Political Theory of Reinvention. Public Administration Review*, 60(2), 89-97.
- Denhardt, J. V. & Denhardt, R. B. (2015). The New Public Service Revisited. *Public Administration Review*, 75(5), 664-672).

- Denhardt, R. B. & Denhardt, J. V. (2000). The New Public Service: Serving Rathet Than Steering. *Public Administration Review*, 60(6), 549-559.
- Denhardt, R. B. & Denhardt, J. V. (2003). The New Public Service: An Aproach to Reform. *International Review of Public Administration*, 8(1), 3-10.
- Doğanyığıt, S. (2015). *Açıklamalı-İçtihatlı-Sorun Çözümlü Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu* (15. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- DPT. (2003). Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne Katılım Sürecine İlişkin 2003 Yılı İlerleme Raporu. 06.03.2016, http://www.ab.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/Turkiye_Ilerleme_Rap_2003.pdf.
- Drechsler, W. (2009). The Rise and Demise of The New Public Management: Lessons and Oppurtunities for South East Europe. *International Public Administration Review*, 7(3), 7-27.
- Eikenberry, A. M. & Kluver, J. D. (2004). The Marketization of the Nonprofit Sector: Civil Society at Risk ?. *Public Administration Review*, 64(2), 132-140.
- Eren, F. (2015). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (18. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları.
- European Comission. (2010a). *Towards a Single Market Act For a Highly Competitive Social Market Economy*. 28.02.2016, http://ec.europa.eu/internal_market/smact/docs/single-market-act_en.pdf.
- European Comission. (2010b). *Europe 2020 A Strategy for Smart, Sustainable and Inclusive Growth*. 28.02.2016, <http://ec.europa.eu/eu2020/pdf/COMPLET%20EN%20BARROSO%20%20%20007%20-%20Europe%202020%20-%20EN%20version.pdf>.
- European Comission. (2011a). *Green Paper on the Modernisation of EU Public Procurement Policy Towards a More Efficient European Procurement Market*. 28.02.2016, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0015:FIN:EN:PDF>.
- European Comission. (2011b). *Comission Staff Workin Paper Concerning the Application of the EU Public Procurement Law to Relations between*

- Contracting Authorities ('Public-Public Cooperation'). 28.02.2016, http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/public_public_cooperation/sec2011_1169_en.pdf.
- European Commission. (2015). Green Public Procurement. 28.02.2016, http://ec.europa.eu/environment/gpp/index_en.htm.
- European Commission. (2016). EU Public Procurement Legislation: Delivering Results Summary of Evaluation Report. 28.02.2016, ec.europa.eu/DocsRoom/documents/14461/attachments/1/.../pdf.
- European Communities. (1989). *Council Directive 89/665 EEC*. 02.04.2016, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31989L0665&from=EN>.
- European Communities. (1992). *Council Directive 92/13 EEC*. 02.04.2016, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31992L0013&from=RO>.
- European Union. (1957). *The Treaty of Rome*. 28.02.2016, http://ec.europa.eu/archives/emu_history/documents/treaties/rometreaty2.pdf.
- European Union. (2004a). *Directive 2004/17 EC of the European Parliament and of the Council*. 28.02.2016, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:134:0001:0113:en:PDF>.
- European Union. (2004b). *Directive 2004/18 EC of the European Parliament and of the Council*. 28.02.2016, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004L0018&from=en>.
- European Union. (2007). *Directive 2007/66 EC of the European Parliament and of the Council*. 02.04.2016, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007L0066&from=EN>.
- European Union. (2009). *Directive 2009/81 EC of the European Parliament and of the Council*. 28.02.2016, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:216:0076:0136:en:PDF>.

- European Union. (2014a). *Directive 2014/24 EU of the European Parliament and of the Council*. 28.02.2016, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024&from=EN>.
- European Union. (2014b). *Directive 2014/25 EU of the European Parliament and of the Council*. 28.02.2016, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0025&from=EN>.
- Evren, Ç. C. (2010). İdarenin Sorumluluğunu Etkileyen Neden Olarak Mücbir Sebep. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 14(1), 263-297.
- Farazmand, A. (2001). *Küreselleşme ve Kamu Yönetimi*(Çev. Sevilay Kaygalak). Mülkiye Dergisi, 25(229), 245-278. (Eserin orijinali 1999'da yayımlandı).
- Gelderman, K., Ghijzen, P. & Schoonen, J. (2010). Explaining Non Compliance with European Union Procurement Directives: A Multidisciplinary Perspective. *Journal of Common Market Studies*, 48(2), 243-264.
- Genç, F. N. (2010). Yeni Kamu Hizmeti Yaklaşımı. *Türk İdare Dergisi*, 466, 145-159.
- Genç, F. N. (2012). Yönetişim, Yönetime Katılma ve Farklı Katılım Türleri. F.N. Genç, (Ed.), *Yönetişim ve Yönetim Ekseninde Kamu Yönetimi* içinde(47-86). Bursa: Ekin Yayınevi.
- Genç, F. N. (2015). Yeni Kamu Hizmeti: Vatandaş ve Kamu Yararı Temelinde Kamu Hizmetini Yeniden Düşünmek. Köseoğlu, Ö. ve Sobacı, M. Z., (Ed.), *Kamu Yönetiminde Paradigma Arayışları Yeni Kamu İşletmeciliği ve Ötesi* içinde (129-149). Bursa: Dora Yayıncılık.
- Giritli, İ., Bilgen, P., Akgüner, T. Ve Berk, K. (2013). *İdare Hukuku* (6. Basım). İstanbul: Der Yayınları.
- Girth, A. M. & Hefetz, A. (2012). Outsourcing Public Service Delivery: Management Responses in Noncompetitive Markets. *Public Administration Review*, 72(6), 887-900.
- Gözler, K. (2008). *İdare Hukuku Dersleri* (7. Baskı). Bursa: Ekin Kitabevi.
- Gözler, K. (2009). *İdare Hukuku Cilt 2* (2. Baskı). Bursa: Ekin Kitabevi.
- Gözler, K. ve Kaplan, G. (2015). *İdare Hukuku Dersleri* (17. Baskı). Bursa: Ekin Yayınevi.

- Gözübüyük, T. ve Tan, T. (2014). *İdare Hukuku Cilt 1 Genel Esaslar* (10. Bası). Ankara: Turhan Kitabevi.
- Greer, S. L. & Rauscher, S. (2011). When Does Market-Making Make Markets? EU Health Services Policy at Work in the United Kingdom and Germany. *Journal of Common Market Studies*, 49(4), 797-822.
- Günel, C. (2011). *İdarenin Mal ve Hizmet Edinme Usullerinden Biri Olarak Kamu İhaleleri*. Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Günday, M. (2011). *İdare Hukuku* (10. Baskı). Ankara: İmaj Yayınevi.
- Gündoğan, E. (2013). Yönetişim: Kavram, Kuram ve Boyutlar. Çukurçayır, M. A. Ve Eroğlu, T., (Ed.), *Yönetişim içinde* (15-55). Konya: Çizgi Kitabevi.
- Hood, C. (1974). Administrative Diseases: Some Types of Dysfunctionality in Administration. *Public Administration*, 52(4), 439-454.
- Hood, C. (1991). A Public Management For All Seasons?. *Public Administration*, 69, 3-19.
- Kahraman, Y., Vurgun, L. ve Öztop, S. (2012). Yönetişim Anlayışı ve Değerlerin Yönetim Kültürüne Etkileri. F. N. Genç, (Ed.), *Yönetişim ve Yönetim Ekseninde Kamu Yönetimi içinde*(111-136).Bursa: Ekin Yayınevi.
- Karahanoğulları, O. (1998). Özelleştirme Yöntemi Olarak İhale. *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi*, 7(1), 104-109.
- Karahanoğulları, O. (2015). *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)* (3. Bası). Ankara: Turhan Kitabevi.
- Karcı, Ş. M. (2008). Yeni Kamu İşletmeciliğinin Temel Değerleri Üzerine Bir İnceleme. *Akdeniz Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, 16, 40-64.
- Karkın, N. (2015). Kamu Değeri Kavramı ve Kamu Değeri Yönetiminin Kamu Yönetimi Kuramı Bağlamındaki Yeri. Köseoğlu, Ö. ve Sobacı, M. Z., (Ed.), *Kamu Yönetiminde Paradigma Arayışları Yeni Kamu İşletmeciliği ve Ötesi içinde* (249-272). Bursa: Dora Yayıncılık.
- Keleş, R. (2013). Yönetişim Kavramına Eleştirel Bir Yaklaşım. Çukurçayır, M. A. ve Eroğlu, T., (Ed.), *Yönetişim içinde* (57-69). Konya: Çizgi Kitabevi.

- Khorona, S., Boucher, K. F. & Kerr, W. A. (2015). Governance Issues in the EU's e-Procurement Framework. *Journal of Common Market Studies*, 53(2), 292-310.
- Kılıçoğlu, A. (2012). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (16. Bası). Ankara: Turhan Kitabevi.
- Köksal, T. (1993). Türkiye'de Belediye Hizmetlerinin Özelleştirilmesi Üzerine. *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi*, 2(5), 37-41.
- Kösecik, M. (2004). Avrupa Birliği Entegrasyonu ve Ulusal Kamu Yönetimi. M. Acar ve H. Özgür, (Ed.), *Çağdaş Kamu Yönetimi II* içinde (3-31). Ankara: Nobel Yayın Dağıtım.
- Köseoğlu, Ö. ve Sobacı, M. Z. (2015b). Kamu Yönetimi Kuramının Geleceği: Yeni Kamu İşletmeciliğinden Hibritleşmeye Doğru. Köseoğlu, Ö. ve Sobacı, M. Z., (Ed.), *Kamu Yönetiminde Paradigma Arayışları Yeni Kamu İşletmeciliği ve Ötesi* içinde (297-314). Bursa: Dora Yayıncılık.
- Leland, S. & Smirnova, O. (2009). Reassessing Privatization Strategies 25 Years Later: Revisiting Perry and Babitsky's Comparative Performance Study of Urban Bus Transit Services. *Public Administration Review*, 69(5), 855-867.
- Lüleci, B. (2009). *Avrupa Topluluğu Kamu İhale Mevzuatı ve Sorunları*. Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Mehde, V. (2006). Governance, Administrative Science and the Paradoxes of New Public Management. *Public Policy and Administration*, 21(4), 60-81.
- Milward, H. B. & Provan, K. G. (2000). Governing the Hollow State. *Journal of Public Administration Research and Theory*, 10(2), 359-379.
- Odyakmaz, Z. (1998). Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(1-2), 141-195.
- OECD. (1999). Synthesis of Reform Experiences in Nine OECD Countries: Government Roles and Functions, and Public Management. 21.10.2015, [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=PUMA/SGF\(99\)1&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=PUMA/SGF(99)1&docLanguage=En).

- OECD. (2000). *Public Procurement Review Procedures* (Sigma Paper No: 30). Paris: OECD Publishing.
- OECD. (2010). *Public Procurement in the EU Member States – The Regulation of the Contract Below the EU Thresholds and in Areas not Covered by the Detailed Rules of the EU Directives* (Sigma Papers, No: 45). Paris: OECD Publishing.
- Oğuzman, K. ve Öz, M. T. (2014). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1* (12.Bası). İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Okçu, M. (2012). Değişen Dünyayı Anlamak İçin Önemli Bir Kavram: Yönetişim. F. N. Genç, (Ed.), *Yönetişim ve Yönetim Ekseninde Kamu Yönetimi* içinde(9-29).Bursa: Ekin Yayınevi.
- Orak, C. Ç. (2011). *Kamu Hizmetleri ve Kamu Teşebbüslerine Rekabet Hukuku Kurallarının Uygulanması* (1. Bası). Ankara: Çakmak Yayınevi.
- Osborne, D. & Gaebler, T. (1992). *Reinventing Government How the Entrepreneurial Spirit is Transforming the Public Sector*. Massachusetts: Addison-Wesley Publishing Company.
- Ömürgönülşen, U. (2003). Kamu Sektörünün Yönetimi Sorununa Yeni Bir Yaklaşım: Yeni Kamu İşletmeciliği. M. Acar ve H. Özgür, (Ed.), *Çağdaş Kamu Yönetimi 1* içinde (3-43). Ankara: Nobel Yayın Dağıtım.
- Özçelik, Ş. B. (2016). Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na Göre Mücbir Sebepler ve Sonuçları. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 123, 303-324.
- Özer, M. A. (2012). Kamu Sektöründe Rekabetçi Anlayışın Teorik Temelleri. *Üçüncü Sektör Sosyal Ekonomi*, 47(1), 1-30.
- Özgür, H. ve Öztepe, M. C. (2015). Amerikan Yeni Kamu Yönetimi Hareketi (YKYH): Sosyal Adalet ve Hakkaniyet Odaklı Bir Kamu Yönetimi Arayışı. Köseoğlu, Ö. ve Sobacı, M. Z., (Ed.), *Kamu Yönetiminde Paradigma Arayışları Yeni Kamu İşletmeciliği ve Ötesi* içinde (97-127). Bursa: Dora Yayıncılık.
- Özkan, G. (2014). *Danıştay Kararları Işığında Kamu İhale Hukukuna Egemen Olan İlkeler*. Ankara: Yetkin Yayınları.

- Page, S. (2005). What's New About the New Public Management? Administrative Change in the Human Services. *Public Administration Review*, 65(6), 713-727.
- Parlak, B. (2003). Küreselleşme Sürecinde Modern Ulus-Devlet ve Kamu Yönetimi. M. Acar ve H. Özgür, (Ed.), *Çağdaş Kamu Yönetimi I* içinde (347-391). Ankara: Nobel Yayın Dağıtım.
- Peters, B. G. & Pierre, J. (1998). Governance Without Government? Rethinking Public Administration. *Journal of Public Administration Research and Theory*, 8(2), 223-243.
- Pickernell, D., Kay, A., Packham, G. & Milleri C. (2011). Competing Agendas in Public Procurement: An Empirical Analysis of Opportunities and Limits in the UK for SMEs. *Environment and Planning C: Government and Policy*, 29, 641-658.
- Pirler, O. (1992). Yerel Yönetimlerce Yapılan İhalelerde Teminat Alınması, Teminat Olacak Değerler ve Teminatların İade Edilmesi. *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi*, 1(6), 47-56.
- Public Procurement Network, (2010). The Comparative Survey on the National Public Procurement Systems Across PPN. 28.02.2016, <http://www.publicprocurementnetwork.org/docs/ItalianPresidency/Comparative%20survey%20on%20PP%20systems%20across%20PPN.pdf>.
- Raza, W. (2008). The WTO – a Driving Force for the Liberalisation of Public Services in the EU?. *European Review of Labour and Research*, 14(2), 277-294.
- Reisoğlu, S. (2014). *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (25. Bası). İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Rhodes, R. A. W. (1996). The New Governance: Governing Without Government. *Political Studies*, 44, 652-667.
- Sahilyol, K. (2012). Avrupa Birliği ve Türkiye’de Kamu Alımları ve Elektronik Tedarik Uygulamaları. 28.02.2016, http://ikv.org.tr/images/upload/data/files/degerlendirme_notu_-_51__2_.pdf.

- Schulten, T., Brandt, T. & Hermann C. (2008). Liberalisation and Privatisation of Public Seives and Strategic Options For European Trade Unions, 14(2), 295-311.
- Seldon, A. (2005). Public Choice in Britain In. G. Tullock, A. Seldon ve G. L. Brady, (Ed.), *Government Failure: A Primer in Public Choice* (Second Printing) (pp. 129-176). Washington D.C. Cato Institute.
- Sezer, Ö. (2008). Kamu Hizmetlerinde Müşteri (Vatandaş) Odaklılık: Türkiye’de Kamu Hizmeti Anlayışı Açısından Bir Değerlendirme. *Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 4(8), 147-171.
- Sezginer, M. (2013). *İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Sobacı, M. Z. ve Köseoğlu, Ö. (2015a). Yeni Kamu Yönetişimi: Birlikte Üretmenin ve İşbirliğinin Teorik Çerçevesi. Köseoğlu, Ö. ve Sobacı, M. Z., (Ed.), *Kamu Yönetiminde Paradigma Arayışları Yeni Kamu İşletmeciliği ve Ötesi* içinde (231-248). Bursa: Dora Yayıncılık.
- Sozen, S. & Shaw, I. (2002). The International Applicability of “New” Public Management: Lessons from Turkey. *The International Journal of Public Sector Management*, 15(6), 475-486.
- Stoker, G. (1998). Governance as Theory: Five Propositions. *International Social Science Journal*, 50(155), 17-28.
- Şakar, C. ve Genç, F. N. (2015). Avrupa Birliği Reform Süreci Çerçevesinde Türkiye’de Yargı Reformları. *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 20(3), 341-359.
- T.C. Avrupa Birliği Bakanlığı. (2002). Türkiye’nin Avrupa Birliği’ne Katılım Sürecine İlişkin 2002 Yılı İlerleme Raporu. 06.03.2016, http://www.ab.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/Turkiye_Ilerleme_Rap_2002.pdf.
- T.C. Kalkınma Bakanlığı. (2006). Dokuzuncu Kalkınma Planı. 06.03.2016, <http://www.kalkinma.gov.tr/Lists/Kalknma%20Planlar/Attachments/1/plan9.pdf>.
- T.C. Sayıştay Başkanlığı. (2010). *Sayıştay Kararları Dizisi: 15* (1. Basım). Ankara: Sayıştay Yayın İşleri Müdürlüğü.

- Tan, T. (2002). Bağımsız İdari Otoriteler veya Düzenleyici Kurullar. *Amme İdaresi Dergisi*, 35(2), 11-37.
- Tan, T. (2015a). *İdare Hukuku* (4. Bası). Ankara: Turhan Kitabevi.
- Tan, T. (2015b). *Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri* (2. Bası). Ankara: Turhan Kitabevi.
- TBMM (2001b). Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Tasarısı ve Plan ve Bütçe ve Bayındırlık, İmar, Ulaştırma ve Turizm Komisyonları Raporları. 06.03.2016,
<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d21/c082/tbmm21082047ss0795.pdf>.
- TBMM. (2001a). Kamu İhale Kanunu Tasarısı ve Plan ve Bütçe ve Bayındırlık, İmar, Ulaştırma ve Turizm Komisyonları Raporları. 06.03.2016,
<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d21/c082/tbmm21082047ss0794.pdf>.
- TBMM. (2003a). *Kamu Yönetimi Temel Kanunu Tasarısı ile İç İşleri, Plan ve Bütçe ve Anayasa Komisyonları Raporları*. 22.11.2015,
<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss349m.htm>.
- TBMM. (2003b). *Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu Tasarısı ve Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu*. 18.12.2015,
<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c032/tbmm22032026ss0302.pdf>.
- TBMM. (2004). *Büyükşehir Belediyesi Kanunu Tasarısı ile İç İşleri, Avrupa Birliği Uyum ve Plan ve Bütçe Komisyonları Raporları*. 18.12.2015,
<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c055/tbmm22055113ss0619.pdf>.
- TBMM. (2005). *Belediye Kanunu Tasarısı*. 18.12.2015,
<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c090/tbmm22090123ss0944.pdf>.
- TBMM. (2005). *Evensel Hizmetin Sağlanması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı ve Avrupa Birliği Uyum ile Bayındırlık, İmar, Ulaştırma ve Turizm Komisyonları Raporları*. 28.02.2016,

<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c088/tbmm22088113ss0927.pdf>.

TBMM. (2008). 5812 Sayılı Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı. 06.03.2016, <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0584.pdf>.

TBMM. (2012). *Büyükşehir Belediyesi Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükümünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı*. 03.05.2016, <http://www.sayilikanun.com/6360-sayili-on-uc-ilde-buyuksehir-belediyesi-ve-yirmi-alti-ilce-kurulmasi-ile-bazi-kanun-ve-kanun-hukmunde-kararnemelerde-degisiklik-yapilmasina-dair-kanunun-gerekcesi-ve-komisyon-raporu/>.

TCMB. (2001). Strengthening the Turkish Economy. 22.12.2015, <http://www.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/9d473f48-f02c-4631-94e7-ee64593f250d/strengteningecon.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ROO-TWORKSPACE9d473f48-f02c-4631-94e7-ee64593f250d>.

Tekeli, İ. (2003). Yönetim Kavramının Yanısıra Yönetişim Kavramının Gelişmesinin Nedenleri Üzerine. B. Aykaç, Ş. Durgun ve H. Durgun, (Ed.), *Türkiye’de Kamu Yönetimi* içinde (621-631). Ankara: Yargı Yayınları.

Terry, L. D. (2005). The Thinning of Administrative Institutions in the Hollow State. *Administration & Society*, 37(4), 426-444.

Tortop, N., İsbir, E. G., Aykaç, B., Yaman, H. ve Özer, A. (2007). *Yönetim Bilimi*. Ankara: Nobel Yayın Dağıtım.

Tullock, G. (2005). The Theory of Public Choice. In G. Tullock, A. Seldon ve G. L. Brady, (Ed.), *Government Failure: A Primer in Public Choice* (Second Printing) (pp. 3-79). Washington D.C. Cato Institute.

Tuna, M. O. (2013). *Kamu İhale Sözleşmelerinin Değiştirilmesi ve Devri*. Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Tuncer, A. ve Usta, S. (2013). İki Kriz Arasında Yönetim: Yeni Kamu İşletmeciliği. *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 30, 181-195.

- Turan, H. T. (2013). Yönetişim ve Yeni Kamu Yönetimi. F. N. Genç, (Ed.), *Yönetişim Türk Kamu Yönetimine Yansımaları* içinde (63-85). Konya: Çizgi Kitabevi.
- Ulusoy, A. D. (2004). *Kamu Hizmeti İncelemeleri* (1. Basım). İstanbul: Ülke Kitapları.
- Ulusoy, A. (2003). *Bağımsız İdari Otoriteler* (1. Bası). Ankara: Turhan Kitabevi.
- Ulusoy, A. D. (1998). Kamu Hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler: Avrupa Yapılanmasının Kamu Hizmeti Teorisine Etkileri. *Amme İdaresi Dergisi*, 31(2), 21-40.
- UNDP. (1997). *Reconceptualising Governance Discussion Paper 2*. 20.12.2015, <ftp://pogar.org/LocalUser/pogarp/other/undp/governance/reconceptualizing.pdf>.
- UNESCAP. (2009). *What is Good Governance?* 12.12.2015, <http://www.unescap.org/sites/default/files/good-governance.pdf>.
- United Nations. (2000). *Habitat Country Report for İstanbul+5 on Progress in Implementing the Habitat Agenda*. 22.12.2015, <http://www.un.org/ga/Istanbul+5/Tanzania.pdf>.
- Uyanık, H. (2013). *Ekonomik Kamu Yararı Kavramının Türk İdare Hukukundaki Anlam ve İşlevi* (1. Baskı). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Uz, A. (2005). *Kamu İhale Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Uz, A. (2010). *İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmelerin Hukuksal Rejimi Bakımından Kamu İhale Sözleşmeleri*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- World Bank. (1989). *Sub-Saharan Africa from Crisis to Sustainable Growth*. Washington D.C.: World Bank.
- Yang, K., Hsieh, J. Y. & Li, T. S. (2009). Contracting Capacity and Perceived Contracting Performance: Nonlinear Effects and the Role of Time. *Public Administration Review*, 69(4), 681-696.
- Yıldırım, M. (2011). Pragmatizm ve Yeni Kamu İşletmeciliği. *Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, 29(1), 187-208.
- Yılmaz, D. (2012). *Kamu İhale Hukukunda Şartnameler*. Yayınlanmış Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Yılmaz, D. (2014). *Kamu İhale Hukukunda Şartnameler* (2. Baskı). Ankara: Gazi Kitabevi.

Zengin, O. (2015). Eleştirel Kamu Yönetimi: İşletmeciliği Dengeleme Çabasında Bir Eleştiri Pratiği. Köseoğlu, Ö. ve Sobacı, M. Z., (Ed.), *Kamu Yönetiminde Paradigma Arayışları Yeni Kamu İşletmeciliği ve Ötesi* içinde (47-74). Bursa: Dora Yayıncılık.



ÖZGEÇMİŞ

KİŞİSEL BİLGİLER

Adı Soyadı : Ceren ŞAKAR
Doğum Yeri ve Tarihi : Menemen, 1990

EĞİTİM DURUMU

Lisans Öğrenimi : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yüksek Lisans Öğrenimi : Adnan Menderes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Ana Bilim Dalı
Bildiği Yabancı Diller : İngilizce

BİLİMSEL FAALİYETLERİ

-Makaleler :
-SCI :
-Diğer : Şakar, C. ve Genç, F. N. (2015). *Avrupa Birliği Reform Süreci Çerçevesinde Türkiye’de Yargı Reformları. Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, 20(3), 341-359.

Bildiriler

-Uluslararası :
-Ulusal : Şakar, C. ve Genç, F. N. (2015, Mayıs). *Küreselleşmenin Türkiye’de Kamu Yönetimine Etkisi: Dördüncü Yargı Reformu Paketi Örneği*. Tam Metin Bildiri, TODAİE, 9. Kamu Yönetimi Sempozyumu 2015, T.C. İnönü Üniversitesi Malatya, 129-140.

Katıldığı Projeler :

İŞ DENEYİMİ

Çalıştığı Kurumlar ve Yıl : İzmir Barosu, 2014

İLETİŞİM

E-posta Adresi : ceren.sakar@adu.edu.tr
Telefon : 0256 347 70 11/166
Tarih :