

8.Yıl

GÜNCEL MEVZUAT

SAYI

94

EKİM 2013

AYLIK HAKEMLİ İHALE-MALİ YÖNETİM-SOSYAL GÜVENLİK MEVZUATI DERGİSİ

ISSN 1306-4118

**Yapım İşleri Fiyat Farkı Esaslarının
Karşılaştırılması ve Uygulamaya Yönelik Açıklamalar**

İsmet Zeki BÖKE

**İşi Aksatacak Sıklıkta Rapor Alan İşçinin
İş Sözleşmesi Feshedilir mi?**

Ufuk ÜNLÜ

Kamuda İç Kontrol Yolculuğu - I

Meryem FIKIRKOCA

İhale Mevzuatında Son Dönemde Yapılan ve Rekabeti Kısıtlayan, Suistimale Açık Düzenlemeler Nelerdir?



DUYGU KILIÇ ÇAYLI*



İLYAS KILIÇ**

ÖZET

İhale mevzuatı gibi teknik ve kamu kaynaklarını doğrudan ilgilendiren hususlarda yapılan değişikliklerde, daha duyarlı davranılması gerekir. Kanun değişikliğinin gerekçelerinde çok haklı gibi duran konuların, Kanun'un uygulanması aşamasında kamu kaynaklarının boşa harcanmasına neden olabileceği, kötü niyetli kişi ve kurumlara fırsat yaratabileceğinin unutulmaması gerekir.

ANAHTAR KELİMELER

Rekabet, Kamu Zararı, İhale İstatistikleri, Kanun Değişikliği, Pazarlık Usulü İhale

1. GİRİŞ

Kamu ihaleleri 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında yapılmaktadır. Bu Kanun'un en önemli özelliklerinden birisi, rekabetin sağlanabildiği, kamuoyunun denetimine açık ve şeffaf ihaleler yapılmasını amaçlamasıdır. Ancak son yıllarda yapılan bazı değişikliklerle, Kanun'un çıkış noktasına ters düşebilecek düzenlemeler getirilmiştir. Bu makalede, uygulamada ve kamuoyunda tereddüt yaratan söz konusu değişiklikler, sınıncalarıyla birlikte örnek olay kapsamında değerlendirilecektir.

2. REKABETİN SAĞLANMASI VE İHALELERE YÖNELİK BAŞVURU HAKKININ KULLANILMASI SORUNU

Örnek olayda, bir idare tarafından 13.04.2012 tarihinde "pazarlık usulü" ile yapılan ihaleye A Ltd. Şti. de katılmak istemiştir. Şirket

ihale konusu işi 12.04.2012 tarihinde EKAP¹ üzerinden öğrenmiş, 12.04.2012 tarihinde şirket yetkilisi, ihaleyi yapan idareye, doküman satın almak ve ihaleye girmek istediklerini beyan etmiştir. İhaleyi yapan idare ise ihalenin hangi tarihte ve saat kaçta olduğunu gizleyerek firma yetkilisine ihale dokümanını satmamıştır.

A Ltd. Şti. bunun üzerine ihaleye yönelik olarak şikâyet hakkını kullanarak sıralı mercilere başvuruda bulunmuştur. Ancak nihai başvuru mercii olan Kamu İhale Kuru-

* Avukat

** Kamu Yönetimi Uzmanı

¹ Makalenin devamında, Kamu İhale Kurumunun resmi internet sitesinde yer alan Elektronik Kamu Alımları Platformu, "EKAP" olarak kısaltılacaktır.

Tablo 2.1. 2012 yılında gerçekleştirilen ihalelerde isteklilerin yaptığı tenzilat (kırım) oranlarının yüzdesi

İhalenin Yapıldığı Yıl	İhale Usulü	Yapılan Kırım Oranı (%)	Kamu Yararı (%)
2012	Açık İhale Usulü	26	26
	Belli İstekliler Arasında İhale Usulü	30	30
	Pazarlık İhale Usulü	11	11

lu başvuruyu, "İdareye şikayet, Kuruma itirazın şikayet başvurusunda bulunulabilmesi için aday, istekli ve istekli olabileceklerin, hukuken korunması gerekli bir hakkının veya menfaatinin olması gerektiği, başvuru sahibinin ihale dokümanı satın almadığı, dolayısıyla başvuru ehliyetini haiz olmadığı..." gerekçesiyle reddetmiştir.² İstekli ihaleye girmek ve ihale dokümanı almak için gerekli tüm yolları denemiş fakat Kurum, ihale dokümanı alıp ihaleye katılmadığı için isteklinin ihaleye yönelik başvuru hakkının olmadığına karar verebilmiştir.

Söz konusu Kurul Kararı'ndan, pazarlık usulü ihalenin düzenlendiği 21'inci maddenin, (b), (c), (f) alt bentleri uyarınca ilansız yapılabilen ihalelerde, idarelerin istedikleri kişileri ihalelere davet edebilecekleri, istemediklerini de ihaleye sokamayabilecekleri anlaşılmaktadır.³ Ancak bu durum, yıllık ortalama

%10'luk bir orana sahip olan ve 2012 yılında 6.907.437.000,00.-TL kamu kaynağının harcadığı pazarlık usulü ihale yapılan bir sistemde, başta kamuoyu denetimi olmak üzere rekabetin de gerçekleştirilemeyeceği anlamına gelmektedir.⁴

2.1. İhalelerde "Rekabet" Hususu Neden Önemlidir?

Günümüzün değişen ve gelişen ihtiyaçlarına cevap vermesi, uygulamada ortaya çıkan aksaklıkların giderilmesi, Avrupa Birliği ve uluslararası ihale uygulamalarına paralellik göstermesi amacıyla kamu ihaleleri ile ilgili geniş kapsamlı yeni bir kanun hazırlanmış ve bu kanun 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu adıyla 2003 yılından itibaren yürürlüğe girmiştir. İhale mevzuatının Avrupa Birliği ve Dünya Ticaret Örgütü gibi uluslararası kuruluşların ihale mevzuatına paralel hâle getirilebilmesi için kamu harcaması yapılmasını gerektiren tüm ihale işlemleri bu Kanun kapsamına alınmıştır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda, ihalelerde saydamlığın, rekabetin, eşit muamelenin, güvenilirliğin, gizliliğin, kamuoyu denetiminin sağlanması, işlerin istekliler tarafından piyasa rayiçlerine uygun fiyatlara göre tespit ve teklif edilen gerçekçi bedeller üzerinden ihale edilmesi amaçlanmıştır. Kanun'da, uluslara-

rası ihale uygulamalarına paralellik sağlamak amacıyla açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü, pazarlık usulü olmak üzere üç ihale usulü ile doğrudan temin alım şekli belirlenmiştir.

Kanun'un 21'inci maddesinde yer alan pazarlık usulü ihale ise "... ivedilik, acil ve diğer ihalelerin uygulanmasının mümkün olmadığı..." durumlar için başvurulacak bir ihale usulüdür. Kanun kapsamında yapılacak ihalelerde uygulanabilecek ihale usulleri arasında sayılan pazarlık usulü, sadece Kanun'da belirtilen hâllerde kullanılabileninden açık ihale usulü ve bel-

Rekabetin olmadığı ihalelerde kamu zararı oluşmaktadır.

li istekliler arasında ihale usulü temel usuller olarak kabul edilmiştir. Yani daha az rekabet içeren pazarlık usulü ihale, sadece özel durumlar için başvurulması gereken bir usuldür.

Pazarlık usulü ile yapılan ihalelerin, 21'inci maddenin (b), (c) ve (f) bentlerinde belirtilen hâllerinde ilan yapılması zorunlu bulunmakla birlikte, en az üç istekli davet edilmesi kuralı getirilmiştir. Yani idareler her ne olursa olsun, rekabeti sağlamaya zorlanmıştır. Ancak buna rağmen pazarlık usulünün rekabetin en az sağlandığı ihale usulü olduğu Tablo 2.1'de yer alan verilerden de anlaşılmaktadır.⁵

Tablodaki verilerden de anlaşılacağı üzere rekabet arttıkça kamu yararı da artmaktadır.

² Kamu İhale Kurumunun, 07.05.2012 tarih ve 2012/UH.III-2012 sayılı Kararı

³ Kanun gereği, yapım işlerinde pazarlık usulü (21/f) ile ihale yapılamamaktadır.

⁴ bk. "http://www1.ihale.gov.tr/duyurular2012/2012_kamu_alimi_istatistikleri_rev.pdf", Tablo 1.4.1. (İhale tutarına ilanlı pazarlık ihaleleri de dâhildir.)

⁵ Tablodaki bilgiler Kamu İhale Kurumunun resmi internet sayfasındaki 2012 yılı ihale istatistiklerinin 1.16 no'lu tablosundan alınmıştır.

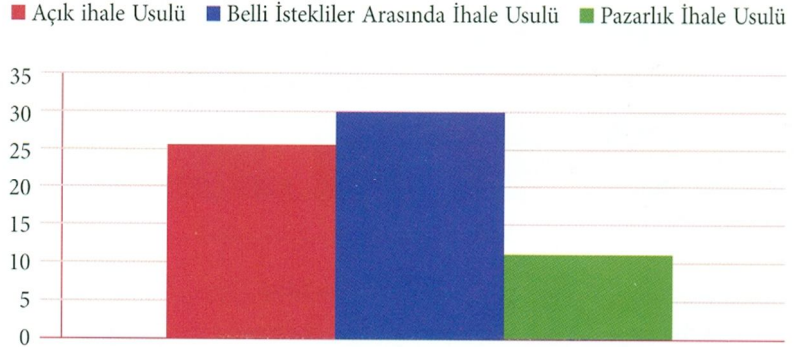
2.2. İlan Yapma Zorunluluğu Olmayan İhalelerde Rekabet Neden Yeterince Sağlanamaz?

İhalelerde açıklık ve rekabetin sağlanabilmesi, sorumluluk taşıyan gerçekçi teklifler hazırlanabilmesi için isteklilere yeterli hazırlık süresinin tanınmasını sağlamak amacıyla Avrupa Birliği ihale mevzuatındaki ilan süreleri de dikkate alınarak, eşik değerlere ve ihale usullerine göre farklı ilan süreleri belirlenmiştir. Ayrıca daha çok isteklinin ihalelere katılabilmesi amacıyla günümüz teknolojilerinden yararlanılarak bilgi işlem ağı veya elektronik haberleşme (internet) yoluyla ilan yapılmasına da imkân tanınmış,⁶ ihale konusu işle ilgili bütün isteklilerin inceleyerek bilgi sahibi olmalarını temin etmek amacıyla da ihale dokümanının idarede bedelsiz görülmesi sağlanmıştır.⁷

İhalede rekabetin oluşması için ilan yapılması şart kılınmış ancak Kanun'un 21'inci maddesinin birinci fıkrasının (b), (c) ve (f) bentleri kapsamında belirtilen işlerin ihalesinde "ilan yapmama" serbestisi getirilmiştir. Ancak pazarlık usulü ile ilan yapılmadan gerçekleştirilen ihalelerde de Kanun'un temel ihale usulü saydığı açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulünde sağlanan rekabet ortamının sağlanması gerekmektedir. Keza Kanun'un "Temel İlkeler" başlıklı 5'inci maddesi ile ihale yapan idarelere "rekabeti sağlama" zorunluluğu getirilmiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda belirtilen ihale usullerine göre gerçekleştirilen kamu alımlardan elde edilen tasarruftan, sözleşme bedeli ile yaklaşık maliyet arasındaki fark anlaşılmalıdır. Tablo 2.1'den de anlaşılacağı üzere, ihale usulle-

İlan yapılmayan ihalede rekabetin sağlanması da mümkün olmamaktadır.



Şekil 2.1. 2012 yılında gerçekleştirilen ihalelerde isteklilerin yaptığı tenzilat (kırım) oranları yüzdesi

rine göre sözleşme bedeli ve yaklaşık maliyet oranlarındaki değişim incelendiğinde, açık ihale usulünde bu oranın %74, belli istekliler arasında ihale usulünde %70, pazarlık usulünde ise %89 olduğu görülmektedir. Bu verilerden anlaşılana ise ne kadar çok pazarlık usulü ile ihale yapılırsa, rekabet oranının düştüğü ve kamu kaynaklarının o kadar zarara uğradığıdır.⁸

Tablo 2.1 ve Şekil 2.1'de yer alan veriler incelendiğinde;

- İhalenin, Kanun'un temel ihale usulleri olan açık ve belli istekliler arası ihale usulleri ile yapıldığı durumlarda kamu yararına %30'lara varan tenzilat (kırım) oluştuğu,
- Pazarlık usulü ile yapılan (b, c ve f bentleri ilansızdır.) ihalelerde tenzilat (kırım) oranlarının %11'lere kadar indiği, kamunun neredeyse %20 oranında zarar ettiği,

görülmektedir.

2.3. Rekabetin Sağlanması Açısından "İsteklilerin İhaleye Yönelik Başvuru Yapabilmesi" Neden Önemlidir?

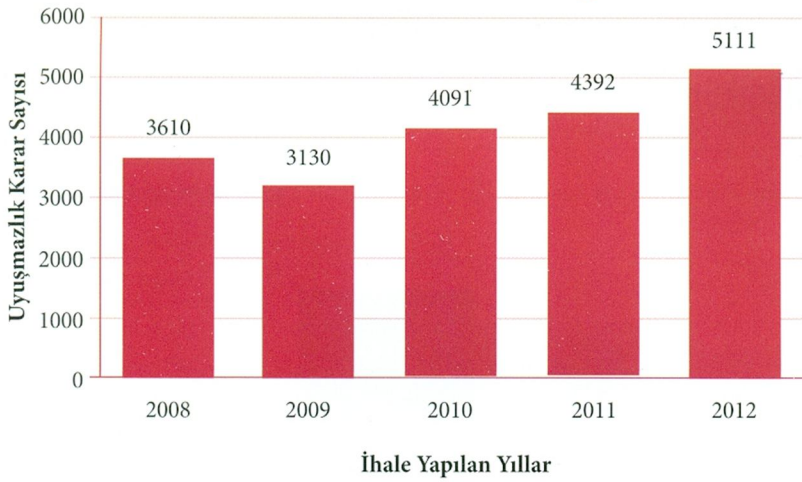
4734 sayılı Kanun'da, bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun ihale yapılmaması nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya uğrayacağını iddia eden bütün isteklilerin yazılı şikâyet suretiyle inceleme talebinde bulunmasına imkân tanınmıştır.

Söz konusu Kanun'da, ihale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday veya istekli ile do-

⁶ bk. TBMM resmi internet sitesinde yer alan 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun gerekçeleri

⁷ bk. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "İhale ve Ön Yeterlik Dokümanının Verilmesi" başlıklı 28'inci maddesi

⁸ İstatistiki bilgiler Kurumun resmi internet sitesinden alınmıştır. bk. "http://www1.ihale.gov.tr/duyurular2012/2012_kamu_alimi_istatistikleri_rev.pdf"



Şekil 2.2. Yıllara göre uyuşmazlık karar sayısındaki artış

küman satın alarak ihale sürecine katılma istek ve iradesini ortaya koyan istekli olabileceklerin de ihalelere yönelik başvuru yollarını kullanma hakları bulunduğu hususu açıklığa kavuşturulmakta, şikâyet ve itirazın şikâyet başvuru yollarının dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu idari başvuru yolları olduğuna ilişkin düzenleme yapılmaktadır.

Kanun, esasen ihaleye katılım bakımından yeterli olmakla birlikte hukuka aykırı işlem veya eylem nedeniyle ihaleye katılımının engellendiğini iddia edenlerin başvuru hakkını güvence altına almaktadır.⁹

Şikâyet başvurusunun, ihale sürecindeki işlem veya eylemlerin hu-

kuka aykırılığı iddiasıyla bu işlem veya eylemlerin farkına varıldığı veya farkına varılmış olması gereken tarihi izleyen günden itibaren 21'inci maddenin (b) ve (c) bentlerine göre yapılan ihalelerde beş gün, diğer ihalelerde ise on gün içinde ve sözleşmenin imzalanmasından önce, ihaleyi yapan idareye yapılması öngörülmüştür. Bu başvuru, ilan, ön yeterlik veya ihale dokümanına ilişkin olarak en geç ihale tarihinden üç iş günü öncesi kadar yapılabilir.¹⁰

Tablo 2.2. KİK kararlarının oranı

KİK Kararının Niteliği	2011	2012
İdarenin yaptığı ihalenin iptaline ilişkin karar	%10.04	%9.06
İdarenin verdiği ihale kararının, düzeltici işlem ile değiştirilmesine yönelik karar	%33.22	%31.42

Belirtilen süre içinde bir karar alınmaması durumunda, başvuru sahibi tarafından karar verme süresinin bitimini, süresinde alınan kararın uygun bulunmaması durumunda ise başvuru sahibi dâhil aday, istekli veya istekli olabilecekler tarafından idarece alınan kararın bildirimini

izleyen on gün içinde Kamu İhale Kurumuna itirazın şikâyet başvurusunda bulunulabilir. Öncelikle ihale süreciyle ilgili şikâyetleri incelemek ve sonuçlandırmakla görevli ve yetkili kılınan Kamu İhale Kurumuna şikâyette bulunulması ve buradan çıkacak karar üzerine yargı yoluna başvurulması gerekmektedir. Yani, ihalelerde idarelerin yaptığı işlemlere karşı başvuru yegâne yer Kamu İhale Kurumudur.

Geçmiş senelerde yapılan başvuru oranlarına Şekil 2.2'de yer verilmiştir. Şekilde de görüldüğü gibi, 2012 senesinde KİK tarafından 5111 adet karar alınmıştır. Bu oran neredeyse tüm yılların en yüksek seviyesindedir.¹¹

Geçmiş yıllara ait ihale istatistikleri incelendiğinde, istikrarlı bir şekilde idarelerin verdiği kararların neredeyse yarısının Kurum tarafından değiştirildiği görülmektedir. Son iki yılda, yani 2011 ile 2012 yılları arasında yapılan başvurulara ve idarelerin ihale işlemlerinde yaptıkları hatalar nedeniyle Kurumun verdiği aksi yöndeki karar oranlarına Tablo 2.2'de yer verilmiştir.¹²

Tablo 2.2'de yer alan veriler incelendiğinde, ihalelere yönelik olarak yapılan başvuruların her iki tanesinden neredeyse birinde Kurumun idari işlemi değiştirdiği veya düzelttiği görülmektedir. Demek ki ihalelere yönelik olarak yapılan başvuruların, ihalenin doğru

⁹ bk. TBMM resmî internet sitesinde yer alan 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 54'üncü maddesinin gerekçeleri

¹⁰ bk. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 55'inci maddesi

¹¹ Sayısal veriler, Kamu İhale Kurumunun resmî internet sitesinde yer alan "İstatistikler" bölümündeki 5.3 no'lu tablodan alınmıştır.

¹² Sayısal veriler, Kamu İhale Kurumunun resmî internet sitesinde yer alan "İstatistikler" bölümündeki 5.4 no'lu tablodan alınmıştır.

bir şekilde yapılmasına ve rekabetin geliştirilmesine katkısı oldukça fazladır. Eğer bu hak, çeşitli sebeplerle kullanılmazsa ihalede idarelerin keyfi tutum ve davranışları artacak, rekabet azalıp kamu zararı oluşacaktır.

3. İHALE MEVZUATINDA YAPILAN YENİ DÜZENLEMELER VE SAKINCALARI

Yasama organı tarafından başlan-gıçta iyi niyetle getirilen bazı düzenlemeler, istenilen sonucun tersi etki yapabilmektedir. Bu durumun somut olaylar kapsamında açıklanması önem taşımaktadır.

3.1. 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nda Yapılan Düzenleme ve Sakıncaları

İhale dokümanını satın alarak ihale sürecine katılma istek ve iradesini ortaya koyanların da ihalelere yönelik başvuru yollarını kullanma hakları bulunmakla birlikte bu hususun açıklığa kavuşturulmasını temin için Kanun'un 4'üncü maddesine "İstekli olabilecek" tanımı eklenmiştir. Yani ihalelere yönelik başvuru yapabilmek için önce ihale dokümanını temin etmiş olmak gerekmektedir.

İlanı yapılan ihalelerde, ihale dokümanını almak veya Kurumun resmî internet sitesinden e-imza ile temin etmek mümkündür. Ancak ilansız ihalelerde, ihale dokümanı EKAP üzerinden görülemez ve indirilemez.¹³ Bu durumda akla, "İlanı yapılmayan pazarlık usulü ihalelerde, istekli nasıl ihaleye katılacak veya teklif verecek ve başvuru hakkını kullanacaktır?" sorusu gelmektedir.

04.07.2012 tarih ve 6353 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 28'inci mad-

Şikâyet başvurusunun, ihale sürecindeki işlem veya eylemlerin hukuka aykırılığı iddiasıyla bu işlem veya eylemlerin farkına varıldığı veya farkına varılmış olması gereken tarihi izleyen gündünden itibaren 21'inci maddenin (b) ve (c) bentlerine göre yapılan ihalelerde beş gün, diğer ihalelerde ise on gün içinde ve sözleşmenin imzalanmasından önce, ihaleyi gerçekleştiren idareye yapılması gerekir.

desinde, "İlan yapılmayan ihalelerde, ihale dokümanı sadece idare tarafından davet edilenlere satılır."¹⁴ hükmü yer almaktadır. Bu düzenleme ile pazarlık usulünün (b), (c) ve (f) bendine göre ilansız ihale yapılan durumlarda, idareler;

- İlan yapmadıkları için en az 3 istekliyi davet edecek,
- Davet edilmeyen istekliler ihaleyi duyup gelseler bile bu isteklilere ihale dokümanı verilmeye-bilecek,
- İhale dokümanı alamayan istekli Kanun hükümlerine göre şikâyet ve Kuruma itirazın şikâyet hakkını kullanamayacaktır.

Anılan Kanun hükmüyle pazarlık ihale usulünün (b), (c) ve (f) bendine göre ilansız olarak gerçekleştirilen ihalelerde öncelik tamamen ihaleyi yapan idarelerin inisiyatifi-ne bırakılmaktadır. Böylece ihaleye girme ve başvuru yapma hakkı büyük ölçüde kısıtlanmaktadır. Keza ikinci bölümde değerlendirilen somut olayda da bunlar yaşanmıştır.

Kanun değişmeden önce makalede değerlendirilen örnek olaya benzer bir durumda Kurum; "İhaleye davet edilmemiş olan bir kişinin doküman

satın alıp teklif vermesini engelleyen bir hüküm de bulunmamaktadır.

Bu bağlamda, ilan yapılmadığı halde ihalenin yapılacağını öğrenip doküman satın alan, teklifini hazırlayıp ihaleye katılan isteklinin teklifinin, ihaleye davet edilmediği gerekçesiyle açılmadan iade edilmesinin, Kanunun 21 inci maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında yapılan ihalelerde davet edilmemiş kişinin doküman satın alıp teklif vermesinin yasaklanmadığı ve bu hükmün amacının öngörülemeyen, ani ve beklenmeyen ihtiyaçların ivedilikle karşılanması olduğu açık olduğundan, başvuru sahibinin ihaleye davet edilmediği gerekçesiyle teklifinin açılmadan iade edilmesinin (değerlendirilme dışı bırakılmasının) mevzuata aykırı olduğu sonucuna varılmıştır..." şeklinde karar vermiştir.¹⁵ Yani Kanun değişmeden önce, ihaleye katılmak isteyip de ihaleye davet edilmese bile ihale dokümanı alan istekliler için herhangi bir sınırlama bulunmamaktaydı.

¹³ bk. Kamu İhale Genel Tebliği'nin 15.2.4'üncü maddesi

¹⁴ bk. 04.07.2012 tarih ve 6353 sayılı Kanun'un 28'inci maddesi

¹⁵ Kamu İhale Kurumunun, 14.09.2009 tarih ve 2009/UH.I-2306 sayılı Kararı

Geçmiş yıllara ait ihale istatistikleri incelendiğinde, istikrarlı bir şekilde idarelerin verdiği kararların neredeyse yarısının Kurum tarafından değiştirildiği görülmektedir.

3.2. 6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'la Getirilen Düzenleme ve Sakıncası

16.05.2013 tarih ve 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'un 8'inci maddesinin 1'inci bendi, "Bu Kanun uyarınca kamu kaynağı kullanılarak gerçekleştirilen her türlü mal ve hizmet alımları ile yapım işleri, 4734 sayılı Kanununun 21 inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde belirtilen hâllere dayanan işlerden sayılır." hükmündedir.

Bu Kanun'un amacı, afet riski altındaki alanlar ile bu alanlar dışındaki riskli yapıların bulunduğu arsa ve arazilerde, fen/sanat norm ve standartlarına uygun, sağlıklı ve güvenli yaşama çevrelerini teşkil etmek üzere iyileştirmek, tasfiye ve yenilemelere dair usul ve esasları belirlemektir. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, bu Kanun'da belirtilen iş ve işlemlere ilişkin olarak TOKİ'ye veya idareye yetki devrine ve bu iş ve işlemlerden hangilerinin TOKİ veya idare tarafından yapılacağını belirlemeye yetkili kılınmıştır. 6306 sayılı Kanun'un gerekçesi olarak da

¹⁶ Kanun'un gerekçeleri için bakınız: "http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0569.pdf"

¹⁷ Mahkeme kararı için bakınız: "https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/Kurul-KararSorguMk.aspx"

aciliyet ve yapım işlerinin özelliği gösterilmiştir.¹⁶

Bu itibarla 4734 sayılı Kanun'un 21'inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde yer verilen, "Doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması." hükmüne atıf yapılmasının pek de uygun olmadığı anlaşılmaktadır.

Bu konuda Ankara Bölge İdare Mahkemesinin, 16.03.2011 tarih

Kanun değişiklikleri, kötü niyetli kişi ve kurumlara fırsat vermemelidir.

ve E: 2011/1209 sayılı Kararı'nda¹⁷; "İdarenin, ihaleyi 4734 sayılı Kanununun 21/b maddesi kapsamında pazarlık usulü ile yapabilmesi için, madde metninde yer alan iki şartın bir arada ve birbirine bağlı olarak gerçekleşmesi zorunludur. Birinci şart, doğal afet, salgın hastalık, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya idare tarafından önceden öngörülmeyen olayların ortaya çıkması, ikincisi ise, bu nedenle ihalenin ivedi olarak yapılması zorunluluğunun doğmasıdır.

Uyuşmazlık konusu ... İdare Bina İnşaatı yapım işi ihalesinde meydana gelen sel felaketlerinde ağır hasar gören ve bundan sonra da su baskınlarının tekrar etmesi riskinin bulunması nedeniyle yeni bir rektörlük hizmet binası yapılabilmesi için pazarlık usulü ile ihaleye çıkıldığı belirtilmekle birlikte, işin belli bir süre devam edecek bir bina yapım işi olduğu dikkate alındığında ihale, pazarlık usulü ile yapılsa bile sel felaketinin her zaman ortaya çıkma ihtimalinin bulunduğu, bu itibarla yukarıda yer alan yasa hükümleri uyarınca ani ve beklenmeyen veya idarece önceden öngörülmeyen olayların ortaya çıkması halinde, pazarlık usulünün istisnai bir usul olarak kullanılabilmesi, davaya konu yapım işi ihalesinin bu nitelikte bir ihale olmadığı gibi ihalenin açık ihale usulü ile yapılabileceği, söz konusu ihalede ihtiyaç konusu yapımın 4734 sayılı Kanununun 21/b maddesine göre pazarlık temin edilmesi gerektiğine ilişkin idarece gösterilen gerekçenin önceden öngörülmeyen olay kapsamında değerlendirilemeyeceği dolayısıyla 4734 sayılı yasanın 21/b maddesinde pazarlık usulü ile ihalenin yapılmasını gerektiren koşullar bulunmadığı anlaşıldığından ihalenin ilansız olarak pazarlık usulü ile gerçekleştirilmesi imkanı bulunmadığı..." belirtilerek idari işlem iptal edilmiştir.

Mahkeme Kararı'nda da açıkça belirtildiği üzere, pazarlık ihale usulünün kullanılması için;

- Ani ve beklenmeyen olayın gerçekleşmesi,
- İdarece önceden öngörülmeyen durumun oluşması,
- Açık ihale usulü ile ihale edecek zamanın olmaması,

gerekmektedir. Yani olayların gelecekte olma ihtimali değil, gerçekleşmiş olması şartı aranmıştır.¹⁸ Ancak 6306 sayılı Kanun'un belirlediği durumun, yukarıda yer verilen Mahkeme Kararı'yla çeliştiği de açıktır.

4. 6306 VE 6353 SAYILI KANUNLAR NEDEN REKABETE AYKIRIDIR VE SUİSTİMALE AÇIKTIR?

Makalenin üçüncü bölümünde yer verilen ve aynı dönemde kanunlaşan iki madde suistimale açıktır. Çünkü söz konusu maddelerde yer alan hükümler uyarınca;

- İdareler afet riski nedeniyle 6306 sayılı Kanun kapsamında istediği gibi ihaleye çıkabilecek,
- İhaleyi 4734 sayılı Kanun'un temel ihale usulleri haricinde pazarlık ihale usulü yerine, 4734 sayılı Kanun'un 21'inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında yapabilecek,
- İdareler, ihaleye 4734 sayılı Kanun'un 04.07.2012 tarih ve 6353 sayılı Kanun ile değiştirilen 28'inci maddesi gereği 3 istekli davet edebilecek,
- Davet edilmeyen vatandaş veya işinin ehli yapım müteahhidi ise ihaleye yönelik başvuruda bulunamayacaktır. Bu durumda, ihaleye davet edilen üç isteklinin birbiriyle anlaşma olasılığı ve kamu zararının oluşması yüksek bir ihtimaldir.

Bu iki düzenlemenin diğer bir sakıncalı yanı ise ihalede fesat suçuna varan suistimallere de açık olduğu gerçeğidir. Örneğin, T Belediyesi, afet riskini öne sürerek ayrıcalık tanımak (menfaat sağlamak) istediği üç isteklinin (Ali, Burhan, Cengiz) kazanabileceği 3 ayrı ihale için (A, B, C yapım işi ihaleleri) belirlediği kişi-

4734 sayılı Kanun'un 28'inci maddesindeki, "*İlan yapılmayan ihalelerde, ihale dokümanı sadece idare tarafından davet edilenlere satılır.*" hükmünün acilen iptal edilmesi gerektiği değerlendirilmektedir.

leri (Ali, Burhan, Cengiz) davet edilecek. Bu durumda hak etmedikleri hâlde;

- A işine Ali, B işine Burhan, C işine de Cengiz en düşük teklifi anlaşılarak (kırım ise asgari seviyede olacak) verebilecek,
- Verilen bu işlerde azami paralar kazanan Ali, Burhan, Cengiz iş bitiminde, "iş deneyim belgesi" alabilecektir.

Bu üç istekli de haksız rekabet sonucu elde ettikleri iş deneyim belgeleriyle piyasada hak etmedikleri ihalelere teklif verip belki de bu ihaleleri kazanacaklar, deprem riski olan Türkiye'de, hayati öneme sahip kusura neden olabileceklerdir.

5. SONUÇ VE TEMENNİLER

Yasama organı tarafından çok iyi niyetle çıkarılan yasaların bazen olumsuz sonuçlarının önceden tahmin edilmesi de mümkün olamamaktadır. Ayrıca Kanun'da yapılan küçük bir değişiklik bazen telafisi mümkün olmayan zararların doğmasına da neden olabilmektedir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na, ihalelerde rekabetin ve kamuoyu denetimi, açıklık, şeffaflık ilkelerinin korunabilmesi için sınırlayıcı değil, genişletici kuralların getirilmesi gerekmektedir. Keza makalede açıklanan verilerden, şekil ve tablolardan anlaşılacağı üzere, ihalelere ne kadar az istekli katılırsa reka-

bet o derece azalmakta, kamu menfaati o derecede zarar görmektedir.

İhalelerde başvuru haklarının sınırlandırılması ise ihaleyi yapan idarelerin hatalı ihale yapma olasılığını ve ihale yetkilerini sınırsız kullanma eğilimlerini artıracaktır. Tablo 2.2'de de görüldüğü üzere, sadece 2012 yılında idarelerin işlemlerine karşı yapılan başvuruların %40,48'lik bir bölümü Kurum tarafından haklı görülmüş, ihaleyi yapan idareler aleyhine karar alınmıştır. Demek ki ihalelere yönelik başvuru hakkı kısıtlanırsa idarelerin yanlış kararları ve ihale işlemleri önlenemeyecek, kamu menfaati olumsuz yönde etkilenecektir.

Bu süreç içerisinde yaşanan olumsuzluklar da göz önünde bulundurularak, 4734 sayılı Kanun'un 28'inci maddesindeki, "*İlan yapılmayan ihalelerde, ihale dokümanı sadece idare tarafından davet edilenlere satılır.*" hükmü ile 6306 sayılı Kanun'un, "*Bu Kanun uyarınca kamu kaynağı kullanılarak gerçekleştirilen her türlü mal ve hizmet alımları ile yapım işleri, 4734 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde belirtilen hâllere dayanan işlerden sayılır.*" hükmünün acilen iptal edilmesi gerektiği değerlendirilmektedir.

¹⁸ Kamu İhale Kurumunun, 01.11.2010 tarih ve 2010/UY.II-3323 sayılı Kararı da aynı yöndedir.