TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
SİYASET BİLİMİ VE KAMU YÖNETİMİ
ANABİLİM DALI

İDARENİN TAKDİR YETKİSİ KAVRAMININ UYGULAMADAKİ YERİ: KAMU İHALE KURUMU ÖRNEĞİ

Yüksek Lisans Tezi

ŞENOL SANCAK

ANKARA-2020

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
SİYASET BİLİMİ VE KAMU YÖNETİMİ
ANABİLİM DALI

İDARENİN TAKDİR YETKİSİ KAVRAMININ UYGULAMADAKİ YERİ: KAMU İHALE KURUMU ÖRNEĞİ

Yüksek Lisans Tezi

ŞENOL SANCAK

Tez Danışmanı

CAN UMUT ÇİNER

ANKARA-2020

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
SİYASET BİLİMİ VE KAMU YÖNETİMİ
ANABİLİM DALI

İDARENİN TAKDİR YETKİSİ KAVRAMININ UYGULAMADAKİ YERİ: KAMU İHALE KURUMU ÖRNEĞİ

ŞENOL SANCAK

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı: Doç. Dr. CAN UMUT ÇİNER

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı	**İmzası**
……...	
……...	
……...	

Tez Sınav Tarihi: ……..

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.(……/……/…...…)

Tezi Hazırlayan Öğrencinin
Adı ve Soyadı

……

İmzası

……

KISALTMALAR

DİK:	Devlet İhale Kanunu
IMF:	Uluslararası Para Fonu
KDV:	Katma Değer Vergisi
KİK:	Kamu İhale Kurumu
OECD:	Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü
TBMM:	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TY:	Takdir Yetkisi
UH:	Hizmet alım işi ihalelerine ilişkin verilen kararlarda kullanılan kısaltma
UM:	Mal alım işi ihalelerine ilişkin verilen kararlarda kullanılan kısaltma
UNCITRAL:	Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu
UY:	Yapım işi ihalelerine ilişkin verilen kararlarda kullanılan kısaltma

İÇİNDEKİLER vi
ŞEKİL VE TABLOLAR ix
GİRİŞ 1

İÇİNDEKİLER

A. İDARENİN TAKDİR YETKİSİ 10
1) Takdir Yetkisi Kavramı 10
2) Takdir Yetkisi ve Bağlı Yetki Tanımları 11
a. İdarenin Takdir Yetkisi 11
b. Bağlı Yetki 13
3) İdarenin Takdir Yetkisi ile Bağlı Yetki Ayrımının Sınırı 14
4) Takdir Yetkisinin Benzer Kavramlardan Farkları 16
a. Takdir Yetkisi ile Hükümet Tasarrufları Arasındaki Fark 16
b. Takdir Yetkisi ile Olağanüstü Yönetim Yetkileri Arasındaki Fark 18
c. Takdir Yetkisi ile Yerindelik Kavramı Arasındaki Fark 20
d. Takdir Yetkisi ile Hakimin Takdir Yetkisi Arasındaki Fark 22
5) Takdir Yetkisinin Sınırı 23
a. Kanun Hükmünün Uygulanmasında Takdir Yetkisi 23
b. Başka Bir Takdir Yetkisiyle Çakışması Durumunda Takdir Yetkisi 26
c. İdari Kademelerde Takdir Yetkisi 27
d. Kamu Yararı Karşısında Takdir Yetkisi 28
e. Yetki Tecavüzü Durumunda Takdir Yetkisi 28
6) Takdir Yetkisinin Kapsamı 29
a. İşlem Türü Açısından Takdir Yetkisi 31
b. İşlemin Unsurlarının Takdir Yetkisi Açısından Değerlendirilmesi 33
7) Bölüm Sonu Değerlendirmesi 40
B. KAMU İHALE KURUMU 43
1) Kamu İhale Kurumu Öncesi Durum 43
2) Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar 45
3) Kamu İhale Kurumu'nun Kuruluşu 49
4) Kamu İhale Kurumu'nun Türk İdare Teşkilatındaki Yeri 51
5) Kamu İhale Kurumu'nun Organizasyon Yapısı 52
6) Kamu İhale Kurulu 52
a. Kamu İhale Kurulu Üyeleri 52
b. Kamu İhale Kurulu'nun Atanma ve Görev Süresi 53
c. Kamu İhale Kurulu'nun Görev ve Yetkileri 53
7) Kamu İhale Kanunu 63

8) Kamu İhale Usulleri 65
a. Açık İhale Usulü 66
b. Belli İstekliler Arasında İhale Usulü 66
c. Pazarlık Usulü 67
d. Doğrudan Temin Usulü 69
9) Kamu İhale Süreci 69
10) Kamu İhale İlkeleri 73
a. Saydamlık İlkesi 73
b. Rekabet İlkesi 75
c. Eşit Muamele İlkesi 77
d. Güvenirlik İlkesi 79
e. Gizlilik İlkesi 80
f. Kamuoyu Denetimi İlkesi 81
g. İhtiyaçların Uygun Şartlarla ve Zamanında Karşılanması İlkesi 81
h. Kaynakların Verimli Kullanılması İlkesi 82
i. Mal Alımı, Hizmet Alımı, Yapım İşleri İhalelerinin Bağımsızlığı İlkesi 83
j. Eşik Değerlerin Altında Kalmak Amacıyla Mal veya Hizmet Alımları ile Yapım İşlerinin Kısımlara Bölünememesi İlkesi 84
k. Temel İhale Usulleri Önceliği İlkesi 85
l. Ödeneği Bulunmayan Bir İş İçin İhaleye Çıkılamaması İlkesi 85
m. ÇED Belgesi Alma Zorunluluğu İlkesi 86
11) Bölüm Sonu Değerlendirmesi 86
C. KAMU İHALE KURUMU'NUN TAKDİR YETKİSİ YORUMLARI 89
1) Alımın Teknik Kriterlerinin Belirlenmesinde İdarenin Takdir Yetkisi 90
2) İhale Yüklenicisinin Çalıştıracağı İşçilerin Kriterlerine İlişkin Takdir Yetkisi 93
3) Aşırı Düşük Teklif Sorgulamasında Takdir Yetkisi 96
4) Az Sayıda Geçerli Teklif Olması Sonucunda İhalenin İptal Edilmesinde Takdir Yetkisi 100
5) Ekipmanın İsteklinin Kendi Malı Olması Koşulunun Belirlenmesinde Takdir Yetkisi 105
6) Yaklaşık Maliyetin Belirlenmesinde Takdir Yetkisi 108
7) Tenzilat Oranının Düşük Olduğu Gerekçesiyle İhalenin İptal Edilmesinde İdarenin Takdir Yetkisi 112
8) İş Deneyim Belgesinin Kabulünde Takdir Yetkisi 115
9) Numunelerin Değerlendirilmesinde Takdir Yetkisi 118
10) İhalede İstenecek Belgelerde Takdir Yetkisi 122
11) Güvenirlik İlkesinin İhlaline İlişkin Uygulamalarda İdarenin Takdir Yetkisi 125
12) İhalenin Niteliğinde veya Miktarındaki Değişiklik Gerekçesiyle İhalenin İptalinde İdarenin Takdir Yetkisi 128
13) Ekonomik Açıdan Avantajlı İkinci Teklifin Belirlenmesinde Takdir Yetkisi 131
14) Tekliflerin Kıyasen Değerlendirilip İhalenin İptal Edilmesinde Takdir Yetkisi 133

15) Bölüm Sonu Değerlendirmesi 135
SONUÇ 143
KAYNAKÇA 153
ÖZET 162
ABSTRACT 163
TEŞEKKÜR 164

ŞEKİL VE TABLOLAR

Şekil I : Kamu İhale Süreci…….. 72
Tablo I : Kararlar Analiz Tablosu…….. 148

GİRİŞ

Devletin toplum ve bireylerin özgürlükleri üzerindeki hakimiyeti tarih boyunca devlet içinde gücü farklı birimlere dağıtmak ve bu sayede toplumsal ve bireysel menfaatlerin korunmasını sağlamaya çalışmakla sonuçlanmıştır. Böylece kamu yetkisi kullanan ajanlar ile bu yetkinin kullanımının sonucuna katlanan idare edilenler arasında bir güvence olarak hukuk devleti kavramı gelişmiştir.

Hukuk devleti en genel haliyle devletin bütün unsurlarının ortaya koydukları eylem ve işlemlerde kendilerini hukukla bağlı görmeleri, hukuk sınırları içerisinde kalmaları ve bu çerçevenin dışına çıkmaları halinde herkesin eşit yaptırımlara maruz bırakılmasıdır. Modern devlet idaresinde benimsenen güçler ayrılığı ilkesi ile uygulamada yasama, yürütme ve yargı erkleri birçok ülkede kurumsallaştırılmıştır. Söz konusu sacayağında yasama genel çerçeveyi belirleyen; yargı ise erklerin bu çerçevede kalıp kalmadığını denetleyen mekanizmalar olarak kurgulanmıştır. Bu üç erk sayılırken genelde ikinci sırada zikredilen yürütme gücü ise, iktidarın doğrudan sahadaki uygulaması olarak ortaya çıktığı için günümüze kadar geçen süre zarfında sınırlandırılmış iktidar gücünü ifade etmektedir. Diğer bir ifadeyle, yürütme, devletin idare pratiğinde hem bireylerin temel hak ve özgürlüklerini hem de toplum düzenini doğrudan kısıtlama ve kendisi veya çıkar grupları lehine bozma gücüne ve dolayısıyla potansiyeline sahiptir. Bu nedenle de yasama söz konusu temel hak ve özgürlükleri güvence altına alacak kuralları ve yürütmenin bu alana sınırlı müdahalesinin de koşullarını belirlemek doğrultusunda faaliyet gösterirken; yürütmenin mekanizmasının bu çerçeve içinde kalıp kalmadığı da yargı organları tarafından kontrol edilir. İdare ise merkezi ve adem-i merkezi olmak üzere yürütmenin siyasi kanadının dışında kalan kısmını ifade etmektedir. Farklı bir ifadeyle, yürütmenin Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanlığı Kabinesi ve Bakanlar haricinde kalan kısmının idare olduğu söylenebilir. Bu yönüyle idare dar anlamda yürütme olarak da adlandırılabilir. Bu sınıflandırmada idare, yürütmenin büyük ölçüde

uygulamaya yansıyan işlem ve eylemlerini gerçekleştiren kurum ve kuruluşlarını ifade eder. Söz konusu bu kurum ve kuruluşların işlemlerinin hukuk devleti sınırları içerisinde kalıp kalmaması ise hukuk devletinin uygulamaya yansıyan en önemli göstergelerinden birini ifade etmektedir.

Her ne kadar erkler arasındaki ilişkinin kurgusu teoride bu zemine oturtulmuşsa da her erkin faaliyet gösterdiği sorumluluk alanının uygulamadaki ihtiyaçları ve bu ihtiyaçların değişim hızları farklılık göstermektedir: yasama toplum yaşamı için gerekli gördüğü kuralları koyarken yargı bu kuralları bir sınır kabul ederek toplumda ortaya çıkan uyuşmazlıkları yasalar çerçevesinde çözmeye çalışır. Fakat, idare ise gerçek veya tüzel kişiliklerin, bireylerin ve kurumların her türlü günlük ihtiyaçlarını sağlamaya, toplumdan gelen taleplere cevaplar sunmaya çalışmaktadır. Bu ise içerisinde çok fazla çeşitlilik ve zamanla hızlı bir değişkenlik barındıran bir sorumluluk alanıdır. Çünkü doğrudan gündelik ihtiyaçlardan oluşmaktadır. Yasa yapımı veya yargılamada öngörülen uzun prosedürler veya mekanizmalar hemen karşılanması gereken toplumun günlük ihtiyaçlarına cevap verirken uygulanamaz. Dolayısıyla ortaya şöyle bir sonuç çıkmaktadır; devlet gücünün yasama, yürütme ve yargı erkleri arasında birbirini dengeleyen ve denetleyen (check and balance) bir mekanizma ile paylaştırıldığı, yürütmenin siyasi kanadının dışında kalan idarenin toplumun devamlılığında ortaya çıkan ihtiyaçları karşılamakla yükümlü kılındığı fakat bu görevini yerine getirirken de yasamanın belirlediği kuralların dışına da çıkmaması gerektiği, dolayısıyla değişmekte olan günün şartlarına uygun kuralları ancak uzun ve çeşitli prosedürler sonucunda değiştirebilecek yasama erkinin bu geriden gelişinden doğacak eksikliği de idarenin kapatması gerektiği bir yönetim ortamı ortaya çıkmaktadır. İdarenin hızlı değişikliklere aynı hızda cevap vermesi mümkün olmayan yasama organının bu eksikliğini kendisine sağlanan esneklik ile aşar. Söz konusu esneklik ve serbest hareket alanı yine yasamanın koyacağı kurallardan bağımsız değildir. Zira, başta da belirtildiği üzere hukuk devletinde

bütün birimlerin hukuka bağlı kalması esastır. Hukuk sınırları içerisinde idareye verilen söz konusu serbest hareket alanı idarenin takdir yetkisi olarak tanımlanmıştır.

Hukuk devleti ilkesi idareyi kurallarla sınırlandırırken; idareye verilen takdir yetkisi ise bir serbestlik ve seçim özgürlüğünü ifade etmektedir. Başka bir ifadeyle hukuk devleti ilkesi idare için seçim özgürlüğünü kısıtlarken ve kurallar ne emrediyorsa o yönde hareket etmesini gerektirirken; takdir yetkisi ile idareye çeşitli seçenekler arasından bir seçim yapma özgürlüğü verilmektedir. Bu yönüyle ilk bakışta hukuk devleti ilkesi ile idarenin takdir yetkisinin birbirinin aksi sonuçlar ortaya çıkardığı sanılsa da aslında birbirlerinin tamamlayıcısıdır. Şöyle ki, idareye verilen takdir yetkisi hukuk devleti ilkesi gereği hala hukuk kuralları ile çerçevelenmiş ve böylece devletin karşısındaki bireyin güvenliği sağlanmıştır. Bunun yanında ise, takdir yetkisi sayesinde sunulan seçim serbestisi hukuk kuralları ile idarenin hareketsiz bırakılmasını engellemekte ve ona bir süreklilik sağlayarak hukuk devletine devamlılık kazandırmaktadır.

Buraya kadar bahsedilen ve hukuk devletinde ortaya çıkan idarenin takdir yetkisi eski olmakla birlikte eskimeyen ve gerek yargı kararları gerekse de çeşitli idari işlemler ile sürekli güncel olarak tartışılan bir kavramdır. Zira özellikle günümüzde çeşitlenen ve artan toplum ihtiyaçları daha teknik meseleler ortaya çıkarmakta ve idare bu sorunlara cevap vermek zorunda kalmaktadır. Başka bir ifadeyle, idarenin takdir yetkisini kullanma gerekliliği karşılaştığı yeni durumlarla nitelik bağlamında olmasa da nicelik olarak artmaktadır. Fakat, idarenin takdir yetkisini gerçekten artan teknik meseleler bağlamında mı kullandığı yoksa hukuk kuralları ile belirlenen çerçeve içinde kalmayarak yetkisini nitelik olarak da mı artırdığı hususunun netleştirilmesi gerekmektedir. Devlet karşısında bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunması mücadelesi sonucunda gelinen süreçte idarenin takdir yetkisi adı altında tarihteki motivasyonu ile hareket edip hak ihlalinde mi bulunduğu, yoksa, yapılan işlemle idarenin hukuk kuralları içerisinde kalarak takdir yetkisini mi kullandığı sorusu bu nedenle gündemdeki yerini hep korumaktadır.

Bu tezde de hukuk devletindeki önemi yukarıda özetlenen "idarenin takdir yetkisi"nin, kamu ihalelerini gerçekleştiren idareler tarafından kullanımının, söz konusu kamusal faaliyetin üst kurulu olan Kamu İhale Kurumu (bundan sonra KİK) tarafından nasıl değerlendirildiği incelenmeye çalışılmıştır. Diğer bir ifadeyle, idarelerin ihale süreçlerinde takdir yetkisi kapsamında gerçekleştirdikleri işlemlerin KİK tarafından nasıl değerlendiği ele alınmıştır. Kamu İhale Kurumu'nun özellikle seçilmesindeki amaç ise bir devletteki kamu harcamalarının önemi, bu harcamalarda kamu ihalelerinin önemli bir yer tutması ve kamu ihalelerinin idari denetiminin ise bu kurum tarafından yapılıyor olmasıdır. Dolayısıyla, söz konusu kurumun incelenen alandaki yorumu değerlendirilerek kamusal kaynakların harcanması sürecinde katkı sunması öngörülmüştür. Yine KİK'in kurmuş olduğu elektronik araçların da kararları sınırlandırma, ayrıştırma ve analiz etmeye elverişli olmasıdır.

Tez ile amaçlanan ise KİK tarafından incelenen idari işlemlerde idarenin takdir yetkisi değerlendirmeleri analiz edilerek, KİK'in idarenin takdir yetkisi anlayışını ortaya çıkarmak ve idareler tarafından yapılacak daha sonraki ihaleler kapsamında gerçekleştirecekleri işlemlerde dikkate alabilmeleri için sınırlı da olsa bir kaynak oluşturabilmektir. Zira, ülkemizde kamunun mal ve hizmet alımı veya yapım işi alanlarında köklü değişiklikler getiren 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu 22/01/2002 tarihli ve 24648 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış ve maddelerinin kahir ekseriyeti yayımı itibarıyla yürürlüğe girmiştir. Ne var ki bu tarihten sonra 55 kez Kanun ve Kanun Hükmünde Kararname ile 2 kez de Anayasa Mahkemesi kararı ile çeşitli değişiklikler yapılmıştır.[1] Yaşanan yoğun değişiklik gerek ihaleye girecek firmalarda gerekse ihaleyi gerçekleştiren idarelerde kanuna ilişkin farklı yorumlamalara neden olabilmektedir. Bu nedenle, tezde Kamu İhale Kanunu'nun sahadaki uygulamasının denetleyici otoritesi olan

[1] Bakınız: 4734 Sayılı Kanuna Ek ve Değişiklik Getiren Mevzuatın veya Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yürürlüğe Giriş Tarihlerini Gösterir Liste: http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4734.pdf

Kamu İhale Kurumu'nun idarenin takdir yetkisi anlayışının tespit edilmesi önem arz etmektedir. Belirli bir dönem aralığındaki KİK kararlarının incelenmesinin belli durum ve koşullarda idareler için anlaşılması daha kolay ve somut bir anlayış çıkaracağı umulmaktadır.

Yukarıda da değinildiği üzere takdir yetkisi üzerine çok fazla çalışma yapılmış olmasına rağmen, söz konusu çalışmalar daha çok genel, soyut ve teorik düzlemde gerçekleştirilen çalışmalardır. Bu anlamda özellikle idarenin takdir yetkisinin yargısal denetimi literatürde en çok çalışılan alan olmuştur.[2] Söz konusu tez ve eserlerde de öncelikle idarenin takdir yetkisinin tanım, sınır ve kapsamına değinilmiş, benzer kavramlarla karşılaştırması yapılmış ve nihayet idarelerin kullandığı bu yetkinin yargısal denetimine değinilmiştir. Öte yandan, devlet memurlarının naklen atanmasında idarenin takdir yetkisi de birçok çalışmanın konusunu oluşturmuştur. Hatta idarenin takdir yetkisinin teorik ve yargısal düzlem haricinde somut olarak en çok çalışıldığı alanın memur atamaları olduğu görülmüştür.[3] Bu çalışmalarda da idarenin takdir yetkisinin özellikle aksini ifade eden bağlı yetki üzerinden tanımlaması yapılmaya çalışılmış, daha sonra özel bir idari işlem olan memurun naklen atanmasına geçmeden önce genel anlamda idari işlemin unsurları açısından takdir yetkisi incelenmeye çalışılmıştır. Naklen atama işlemi de yine aynı şekilde yetki, şekil, sebep, amaç ve konu unsurları açısından son

[2] Mehmet Sağlam, "İdarenin Takdir Yetkisi ve Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi", (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, 1992); Mustafa Demirkıran, "İdarenin Takdir Yetkisinin Yargı Yoluyla Denetimi ve Sınırı", (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, 1999); Ayşen Akbaba, "İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi" (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Sakarya Üniversitesi, 2004); Gökçe Ersan, "İdarenin Takdir Yetkisi ve Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi" (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Karadeniz Teknik Üniversitesi, 2008); Merve Çınar, "Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi ve Denetimi" (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Beykent Üniversitesi, 2018), Cemil Kaya, *İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetim*, 2. Baskı, 2014; Fatih Kırışık, *Kamu Yönetiminde Takdir Yetkisi Kullanımı ve Yargısal Denetimi*, 1. Baskı, 2016;

[3] Mustafa Avcı, "Devlet Memurlarının Naklen Atanmasında İdarenin Takdir Yetkisi", (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi, 2002); Zeki Uysal, "1982 Anayasası Çerçevesinde Devlet Memurlarının Naklen Atanmasından İdarenin Takdir Yetkisinin Yargı Yoluyla Denetimi", (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, 2010); Güney Akçer, "Devlet Memurlarının Naklen Atanmasında İdarenin Takdir Yetkisi ve Bu Yetkinin Yargısal Denetimi", (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gaziosmanpaşa Üniversitesi, 2011); Arif Bayburtlu, "Devlet Memurlarının Naklen Atanmalarında İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi", (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi, 2011).

bölümde detaylıca değerlendirilmiştir. Bu çalışmaların yanında son yıllarda idarenin takdir yetkisini en kapsamlı şekilde ele alan çalışma Jülide Gül Erdem'in Danıştay Kararları Işığında İdarenin Takdir Yetkisi Kavramı isimli Doktora Tezi olmuştur. Erdem tezinde diğer çalışmalardaki hususları da değerlendirmekle birlikte hem kavrama ilişkin literatürdeki tüm görüşleri vererek farklı anlayışları göstermiş hem de diğer çalışmalardan farklı olarak kavramı diğer ülkelerle –Almanya, Fransa, İngiltere- karşılaştırmalı olarak incelemiştir. İdarenin takdir yetkisinin yargısal denetimini de içeren tezde özellikle bu denetimdeki ölçütlere geniş bir kısım ayrılmıştır. Görüldüğü üzere literatürdeki çalışmaların büyük çoğunluğu kavramı teorik ve yargısal yönden incelerken, spesifik olarak ele alınan alan ise daha çok memur atamalarındaki uygulaması olmuştur. Bu tezin çalışma konusuyla en yakın ilgisi kurulabilecek çalışma ise Kübra Tetik'in "Kamu İhale İşlemlerinde İdarenin Takdir Yetkisi"[4] isimli yüksek lisans tezidir. Bu çalışmasında Tetik, öncelikle ihale kavramının hukuki niteliği ve kamu ihale sisteminin üzerine inşa edildiği yasal çerçeveyi ele almıştır. Ayrıca her bir ihale sürecinin hukuki niteliği değerlendirilmiştir. İkinci bölümde ise her ne kadar bazı Kamu İhale Kurulu kararları bazı ihale süreçlerindeki takdir yetkisini göstermek için kullanılmışsa da tezde izlenilen yöntem ihale sürecinde idarelerin sahip olduğu takdir yetkisinin özellikle mevzuat hükümlerinin değerlendirilerek tespit edilmesidir. Bu tespitte literatürden de faydalanılmıştır. Tetik'in tezinden farklı olarak ve idari bir kurum odaklı bakış açısıyla hazırlanan elinizdeki bu tezde ise belli bir zaman sınırlaması ile takdir yetkisine ilişkin Kamu İhale Kurumu'nun tüm kararları analiz edilmiş ve böylece KİK'in kavrama ilişkin bakış açısı değerlendirilmiştir. Diğer bir ifadeyle, bu tezin bir kurumun idarenin takdir yetkisini nasıl değerlendirdiğine ilişkin belli bir zamansal sınırla bütüncül olarak yapılmış ilk çalışma olduğunu belirtmek yanlış olmayacaktır. Bu kurumun ise idarelerin

[4] Kübra Tetik, "Kamu İhale İşlemlerinde İdarenin Takdir Yetkisi", (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi, 2012)

gerçekleştirdiği ihaleleri denetlemekle görevli olması, idarelerin daha sonraki işlemlerinde söz konusu kurumun kararlarına göre hareket etmesi ve yine bu kurumun esas olarak ihale faaliyetinde bulunacak idarelerin başvurmak zorunda oldukları bir idare olması, KİK'in bu konudaki değerlendirmesinin çalışmaya ne kadar değer olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla, çalışma bu anlamda ihtiyaç duyulacak boşluğu doldurma potansiyeline sahiptir. Ayrıca, diğer idarelerin takdir yetkisi anlayışına ilişkin yapılabilecek ilave çalışmaları da tetikleyebilecektir.

Tezde, bu konunun ele alınmasının ikinci nedeni ise kamu harcamaları yönünden önem ihtiva etmesidir. Bir ülkede devlet tarafından yapılan harcamalar milli gelir, yatırım, kaynak dağılımı ve üretim gibi temeli ekonomiye dayalı birçok parametreyi ve gelir dağılımı ile sosyal hizmet sunumu gibi sosyal yönü ağır basan birçok kavramı doğrudan etkiler.[5] Yani devletin büyük oranda vatandaşından aldığı vergilerle oluşturduğu ekonomik değerin nasıl kullanıldığı önem arz etmektedir. Kamu ihaleleri sonucunda yapılan harcamalar, devletin kaynaklarının harcanması anlamına gelmektedir. Bu nedenle devletler, kamu ihalelerine ilişkin saydamlık ilkesi, adalet ve eşit muamele ilkesi, amacına uygun harcama ilkesi, görev yapan personelin idarenin kamuya dönük amaçları doğrultusunda görev yapması ilkesi, ihale sisteminin yargısal denetime açıklığı ilkesi, hesap verilebilirlik ve kamusal denetim ilkeleri gibi prensipler geliştirmeye çalışmaktadırlar.[6] Dolayısıyla, kamu kaynaklarının kullanım alanlarından olan kamu ihalelerinin idari denetiminin araştırılması önemli görülmüştür. Çalışmadan faydalanacak idarelerin alacakları önlemler ile kamu kaynaklarının israf edilmesinin de önüne geçilebilecektir.

Tezde öncelikle idarenin takdir yetkisi kavramının literatürdeki konumu ve çeşitli eserlerde nasıl ele alındığı tespit edilmeye çalışılmıştır. Kavram uzun yıllardır

[5] Ahmet Arslan, "Kamu Harcamalarında Verimlilik Etkinlik ve Denetim", *Maliye Dergisi*, 2002, S.140, s.6
[6] Arif Köktaş, Fatih Karaosmanoğlu, Veysel K. Bilgiç, "Kamu İhaleleri ve Etik*", Yolsuzluğun Önlenmesi İçin Etik Projesi Akademik Araştırma Çalışması*, 2009, s.1

tartışılmasına ve günümüzde de hala yoğun şekilde gündeme gelmesine rağmen genel geçer bir tanımı veya sınırı bulunmamaktadır. Bu nedenle kavramın sınırlarının belirlenmeye çalışıldığı ilk kısımda tanımların ortak yönleri, zıddıyla ayrımı, benzer kavramlardan farkı ele alınmıştır. Daha sonra idari işlemin hangi unsurlarında idarenin takdir yetkisi olabileceği ele alınmıştır. Bu kısım herhangi bir idari işlemi inceleme konusu yaparken izlenmesi gereken yöntem olarak öne çıkmakta, tüm çalışmalarda da uygulanmaktadır. Tezde, takdir yetkisinin idari işlemin unsurları açısından değerlendirilmesinde yani hangi unsurda idarenin takdir yetkisi olabileceği konusunda genel anlamda literatürde bir fikir birliği bulunduğu tespit edilmiştir.

İkinci bölümde ise KİK hakkında genel bilgi verilmiştir. Bu bölümde hem kurumu ortaya çıkaran sebeplere genel olarak değinilmiş hem de KİK'in yapısı, görevleri ve faaliyetleri hakkında kısaca bilgi verilmiştir.

Üçüncü ve tezin esasını ihtiva eden bölümde ise, KİK kararlarında idarenin takdir yetkisinin nasıl değerlendirildiği incelenmiştir. KİK'in kararlarının tamamı tezin konusu yapılmamış; sadece idarenin takdir yetkisine vurgu yapanlar seçilmiş ve bu kararlar özelinde araştırma yapılmıştır. Bunun yanında, belirlenen nitelikteki kararlardan ise günümüze kadar olan bütün kararlar çalışma kapsamına alınmamıştır. Kararlara ilişkin tarih aralığının belirlenmesinde alınan kıstas ise (1 Ocak – 31 Aralık) 2016 yılıdır. Diğer bir ifadeyle seçilen kararların zamansal sınırı 2016, konu bazlı sınırı ise idarenin takdir yetkisiyle ilgili olmalarıdır. 2016 yılının özellikle seçilmesi ise bu tarihte yayımlanan kararlara ilişkin yargılama sürecinin de tamamlanmış olması ve çalışmada kullanılacak KİK kararlarına karşı şayet yargı yoluna başvurulmuşsa, nihai yargı kararlarına da çalışmada yer verme imkanını oluşturmasıdır. Dolayısıyla, bu yılın seçilmesiyle yargı kararlarına da yer verebilme amacını da içerecek şekilde KİK'in idarenin takdir yetkisini değerlendirmeye yönelik verdiği kararların en güncel olanlarının alınması hedeflenmiştir. Böylece, KİK'in "idarenin takdir yetkisi"ne bakışına ilişkin Danıştay değerlendirmesi de

çalışmada yansıtılabilmiştir. Bu sayede çalışmada ele alınan KİK kararlarındaki takdir yetkisi yorumunun en yüksek yargı organı Danıştay tarafından nasıl yorumlandığı da tespit edilebilmiştir. Sonuç olarak, 2016 yılında KİK'in vermiş olduğu yaklaşık 4000 karar içerisinden takdir yetkisi ile ilgili olan 173 karar ayrıştırılmış ve yaklaşık 900 sayfa olan bu kararlar analiz edilmiştir. Söz konusu 173 karar Kamu İhale Kurumu'nun çevrimiçi arama motoru kullanılarak tespit edilmiş, kararlara erişim de KİK'in internet sitesinden sağlanmıştır. Kararlardan ortaya çıkan takdir yetkisine ilişkin görüşler belli konular çerçevesinde gruplandırılmış ve bu hususlarda idarenin takdir yetkisi hakkında KİK'in değerlendirmesi şekillendirilmeye çalışılmıştır.

Sonuç bölümünde ise kararların kategorik olarak toplandığı her bir başlık için kısa bir değerlendirmeye yer verilmiştir.

A. İDARENİN TAKDİR YETKİSİ

1) Takdir Yetkisi Kavramı

İdareye hareket serbestisi tanınması hem kaçınılmaz hem gerekli hem de kabul edilen[7] bir husus olmakla birlikte tanınacak bu yetkinin herkes tarafından kabul edilmiş bir adı bulunmamaktadır. Gerek literatürde gerekse mahkeme kararlarında "takdir hakkı", "takdir vazifesi", "takdir salahiyeti", "takdir kudret ve salahiyeti", "takdir yetkisi", "takdiri selahiyet", "takdir mevzuu", "idari takdir" ve "takdiri yetki" gibi farklı farklı şekilde anılsa da günümüz itibarıyla "takdir yetkisi" etrafında oluşmuş kullanım ortaya çıkmıştır.[8] Anayasal ve yasal metinlerde de genelde bu şekilde kullanımına rastlamak mümkündür. Karahanoğulları, idarenin takdir yetkisi adı altında bir yetkisi olmadığını ve fakat kanun koyucu tarafından idareye verilen yetkilerden bir kısmının "takdiri" özellik içerdiğini, bu nedenle de idarenin takdir yetkisinden değil; ancak "takdiri yetki"sinden bahsedilebileceğini ileri sürer.[9]

Kavramın bu çalışmadaki kullanımı da genel kullanıma uygun olarak idarenin takdir yetkisi olarak yer alacaktır. Bununla birlikte her ne kadar çalışmanın ileriki bölümlerinde takdir yetkisinin sınırlarına ilişkin detaya girilecekse de kavramın bazı idari işlemlere özel olarak geniş yorumlanması gerektiği de dile getirilmiştir.[10] Takdir yetkisi sadece idare için değil diğer erklere yönelik de -örneğin hakimler için de- kullanılan bir kavramdır ve bu nedenle literatürde "idarenin takdir yetkisi" veya "hakimin takdir yetkisi" olarak nitelendirilerek kullanılır. Fakat bu çalışma boyunca "takdir yetkisi"

[7] Halil Kalabalık, "İdare Hukukunda Takdir Yetkisi Kavramı ve Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.1, S.2, 1997, s.206

[8] Jülide Gül Erdem, "Danıştay Kararları Işığında İdarenin Takdir Yetkisi Kavramı", (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, 2013), s.7-8

[9] Onur Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler*, 4. Baskı, Ankara, 2018, s.535

[10] Mehmet Boztepe, "Danıştay Kararları Işığında Vali Atamalarında İdarenin Takdir Yetkisinin Sınırları", *Türk İdare Dergisi*, S.481, s.343

denildiğinde idarenin takdir yetkisi kastedilmiş, diğer herhangi bir unsurun takdir yetkisine vurgu yapılmak istenildiğinde bu durum açıkça belirtilmiştir.

2) Takdir Yetkisi ve Bağlı Yetki Tanımları

Tıpkı kullanılacak terimde olduğu gibi terimin tanımında da sosyal bilimlerin doğası gereği genel geçer bir tanım mevcut değildir. Buna rağmen aşağıda görüleceği üzere kavramın vurgu yaptığı temel noktaların belirlenmesi amacıyla birkaç tanıma yer verilmiştir.

a. İdarenin Takdir Yetkisi

Gözler, takdir yetkisine oldukça geniş bir yer ayırdığı kitabında "İdare belli bir konuda karar almak ile almamak arasında seçim yapabiliyorsa veya aynı konuda içerik bakımından değişik en az iki karar alabiliyorsa idarenin o konuda takdir yetkisi vardır" demektedir.[11] Candan, ise "… idare belli sebeplerin doğması durumunda, yetkisini kullanıp kullanmamak, belli işlemleri tesis edip etmemek, belli eylemleri yapıp yapmamak konularında hareket serbestisine, değerlendirme yapma yetkisine sahiptir" diyerek takdir yetkisini tanımlamaktadır.[12] Onar ise, "sayısız ve çok çeşitli ihtiyaçlara muhtelif faaliyetlerle cevap vermek mecburiyetinde bulunan idareye bazı hallerde tasarrufun sebebini veya mevzuunu veyahut icra zaman ve mekanını tayin hususunda bir serbesti, bir takdir kudret ve salahiyeti tanınabilir. (…) kanunların hükümler sevk etmeyerek idareye bırakmış oldukları bu serbest saha, takdir salahiyetinin sahasını ve idarenin böyle hallerde muhtelif ihtimallerden ve şıklardan birini tercih edebilmesi de takdir kudret ve salahiyetini teşkil eder" demektedir.[13] Bir diğer tanım ise, "hukuk kurallarının (hukuk kuralları kavramı, kanun kavramından daha geniş bir anlam ifade

[11] Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, C.1, 3. Baskı, Bursa, 2019, s.1060
[12] Turgut Candan, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, 7. Baskı, Ankara, 2017, s.249
[13] Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, 3. Bası, İstanbul, C.I, 1966, s.420

ettiği için, yargı kararları da bu kavramın içine girer) idareye belli bir yönde hareket etmesi konusunda emir, yetki, görev vermediği durumlarda, idarenin takdir yetkisi vardır", şeklinde takdir yetkisini tanımlamıştır.[14]

Tanımlardaki ortak noktalara da vurgu yapan Kalabalık'a göre takdir yetkisi "idarenin belli şart ve durumların meydana gelmesi halinde belli bir kararı alıp almamak veya kanunda öngörülen değişik çözümler arasında bir seçim yapmak konusunda tanınan bir serbestiye ya da belirli bir konuda karar alabilmek için hangi şart ve durumların ortaya çıkması gerektiğini tespit etmek imkanına sahip olmasıdır".[15] Görüleceği üzere Kalabalık tanımında idari işlemin hem neden hem de konu unsuruna vurgu yapmıştır.

Öte yandan; takdir yetkisi idarecilerin farklı faaliyet yöntemleri veya çözüm yöntemleri karşısında kendi seçeneklerini meşrulaştıran da bir kurumdur.[16] Böylelikle, takdir yetkisi idare için bir araç olurken, aynı zamanda bu meşruiyet sayesinde idari yargının ve yargıcın yetkisini çevreleyen bir sınır olmaktadır.[17]

Ayrıca, idareye tanınan serbestliğin çok veya az olmasının bir önemi bulunmamakta; önem arz edenin idareye bir seçim hakkının verilmiş olmasıdır.[18] Hukuk kuralları ile kamu görevlisine verilen serbestlik ise yetki sahibinin vicdani kanaati ile iradesi çerçevesinde hareket edebileceği bir serbestliktir.[19] Söz konusu serbestliğin en belirgin görünümü, gerçekleştirilecek işlemle ilgili sebep ortaya çıktığında varılacak sonuca ilişkin idareye bir seçim yapma hakkının tanınmış olmasıdır.[20]

---

[14] İsmet Giritli, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner, Kahraman Berk, *İdare Hukuku*, 5. Baskı, İstanbul, 2012, s.109

[15] Halil Kalabalık, "İdare Hukukunda Takdir Yetkisi Kavramı ve Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.1, S.2, 1997, s.206

[16] Murat Yıldırım, "Kamu Yönetiminde Takdir Yetkisi: Geleneksel ve Yeni Kamu Yönetimi Arasında Karşılaştırmalı Bir İnceleme", *Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi*, C.7, S.2, 2010, s.841

[17] Nilay Arat Özkaya, *Türk İdare Hukuku'nda İdarenin Hukuk Sınırları İçinde Hareket Serbestisi*, 1. Baskı, İstanbul, 2015, s.10

[18] Kadir Korkmaz, "Takdir Yetkisinin Disiplin Hukukunda Kullanımı ve Yargısal Denetimi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* C.XIII, S.1-2, 2009, s.243

[19] Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 2019, s.108

[20] Onur Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler*, 4. Baskı, Ankara, 2018, s.538

Tüm tanımların genel olarak üzerinde hemfikir oldukları nokta, yetkinin ne şekilde kullanılacağının mevzuat hükümlerince gösterilmediği, gerçekleştirilecek işlem ya da yapılacak eyleme ilişkin geçerli birden çok seçeneğin bulunduğu ve idarenin bu seçeneklerden istediğini tercih edebildiği durumlar için takdir yetkisi kullanılmaktadır.[21]

b. Bağlı Yetki

Takdir yetkisinin tam aksi halini ifade eden bağlı yetki, idarenin hareket serbestisinin olmadığı, faaliyet yönünün önceden kurallar tarafından belirlendiği yetki halidir.[22] Diğer bir ifadeyle, idarenin seçim yapabileceği birden fazla seçeneğin bulunmadığı ve hukuki kurallarla idarenin davranış yönünün açık bir şekilde belirlendiği durumlar için bağlı yetkinin var olduğu söylenebilir. İşlem veya eylem bütün detayıyla düzenlenmiş olup, idare belirlenmiş alanın dışına çıkamamaktadır.[23] Bu durumda idare tıpkı bir aracıymışçasına hareket etmektedir[24]. Zaten bağlı yetkinin verildiği durumdaki sebep unsuru ortaya çıkmasına rağmen idarenin sonucu ortaya koymaması hizmet kusuru oluşturacaktır.[25] Öte yandan her ne kadar bağlı yetkinin sınırları yasalar tarafından çizilse de; yargı yerlerinin de –özellikle Danıştay'ın içtihatları ile- idarenin takdir yetkisini bağladığı belirtilmiştir.[26]

Takdir yetkisi bazen bağlı yetki üzerinden de tanımlanır. Yani idarenin belli bir yönde hareket etme mecburiyetinde bırakılmadığı durumlarda takdir yetkisinin

[21] Halil Kalabalık, "İdare Hukukunda Takdir Yetkisi Kavramı ve Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.1, S.2, 1997, s.206
[22] Yıldızhan Yayla, "İdarenin Takdir Yetkisi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.30, S.1-2*, 1964, s.202
[23] Nurhan Hacıibrahimoğlu, "Yargı Kararları Işığında Takdir Yetkisi Ve Yerindelik Denetimi," 2012, s.21
[24] Nilay Arat Özkaya, *Türk İdare Hukuku'nda İdarenin Hukuk Sınırları İçinde Hareket Serbestisi*, 1. Baskı, İstanbul, 2015, s.5
[25] Onur Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler*, 4. Baskı, Ankara, 2018, s.541
[26] Metin Kıratlı, "Danıştay'ın İdarenin Takdir Yetkisini Denetlemesi ve Bağlaması", *Mülkiyeliler Birliği Dergisi*, S.6, 1967, s.33

varlığından söz edilebilir denilmektedir.[27] İşte bu durumlarda da idare artık bir aracı değil; fakat hukuk idarenin önünde bir rehberdir.[28]

Bağlı yetkide idari işlemin hem sebep hem de konu unsurunda idarenin seçim yapma serbestisi olmadığından idarenin gerçekleştireceği işlemin konusu sebebine bağlıdır. Bu bağlılık, kamu hizmetinden yararlananlara idarenin sorumlu tutulduğu yükümlülüğün –görevin- gerçekleştirilmesini talep etme hakkı verir.[29]

3) İdarenin Takdir Yetkisi ile Bağlı Yetki Ayrımının Sınırı

Tanımlardan büyük oranda çıkan ortak sonuca göre idareye takdir yetkisi verilmesinin üç nedeninin olduğu söylenebilir. Bunlar; kural koyucu yasama organı tarafından idarenin gerçekleştireceği bütün işlemleri en detayına kadar kurala bağlama olanağının olmaması, idarenin karşılaşabileceği tüm ihtimallerin yasama organı tarafından önceden öngörülememesi ve zamanla ortaya çıkabilecek değişiklik ihtiyaçlarına yasama organınca aynı hızda cevap verilme durumunun olmaması. Bu nedenle, yasama organının günlük kamu hizmetlerinin sağlanabilmesi için idareye belli bir hareket serbestisi sağladığı söylenebilir.

Ayrıca, bir idari işlemin tüm unsurları ile takdir yetkisine veya bağlı yetkiye sahip olması gerekmemektedir. Kanun koyucu, işlemi belli unsurlar yönünden tamamen kanuni koşullara bağlarken; diğer unsurlar yönünden idareye serbestlik tanıyabilir.[30] Hatta bütün idari işlemlerin amaç unsuru kamu yararı olduğu için, her işlem unsurları arasında bağlı yetki bulundurmaktadır denilebilir. Veya bağlı yetkide gerçekleştirilecek işlemin niteliğine göre idari birimin harekete geçeceği zamanı makul bir şekilde seçebilir yani birçok işlemde belli bir seviyede takdir yetkisinden bahsedilebilir.[31] Bir diğer ifadeyle,

[27] Visalettin Pekiner, "İdarenin Takdir Yetkisi", *Ankara Barosu Dergisi*, S.4, 1961, s.2
[28] Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, 3. Bası, İstanbul, C.I, 1966, s.431
[29] Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 2019, s.107
[30] Sıddık Sami Onar, 1966, a.g.e., s.420
[31] Şükrü Karatepe, "İdarenin Takdir Yetkisi", *Türk İdare Dergisi*, S.392, 1991, 63-121, s.69

söz konusu iki kavram birbirlerini ortadan kaldıran kavramlar değillerdir.[32] Bunun yanında idarenin takdir yetkisi ile bağlı yetki birbirini takip eder halde de ortaya çıkabilmektedir. Örneğin; bir kadro için sınav açıp açmamada hareket serbestisi olan idare, sınavı açtıktan sonra alacağı kişiler arasında takdir yetkisine sahip değildir; sınav sonuçları doğrultusunda atama yapmakla mükelleftir.[33]

Söz konusu ayrımla ilgili somut örnek vermek gerekirse, Devlet İhale Kanunu'na göre uygun bedel, artırma ihalelerinde tahmin edilecek bedel miktarından daha az olmamak üzere teklif edilecek bedellerin en yükseğidir (DİK; Madde 4 ve 28). Görüldüğü üzere kanun koyucu tarafından burada "uygun bedel" tanımlanmış ve idarenin değerlendirme şansı ortadan kaldırılmıştır; aynı kanunun ihalelerin sonuçlandırılmasına ilişkin idareye verilen yetkisi ise takdiridir ve buradaki hükümde ihale komisyonlarının gerekçesini belirttikleri takdirde ihaleyi yapıp yapmamada serbest oldukları yer almıştır (DİK; Madde 29).[34] Fakat idarenin örnekteki uygun bedeli belirlemede serbestliği yoksa idareye seçim yapacağı birden çok olanak sunulmamışsa ve hukuk kuralları idarenin davranışını açıkça belirlemişse artık takdir yetkisinden değil; bağlı yetkiden bahsedilebilecektir.[35]

Öte yandan, idarenin karşılaştığı durum karşısında seçeceği sonuçlar ortaya takdiri bir yetki çıkarsa da, somut olayın özelliği ile o olaya sonuçların biri haricindekileri uygulamak hukuka aykırı bir durum arz ediyorsa takdir yetkisinin bağlı yetkiye dönüştüğü bir durumdan bahsedilebilir. Örneğin, ilan edilmiş doçentlik kadrosuna başvuran tek doçent adayın gerekli şartları sağlamasına rağmen idare tarafından

[32] Ali Ülkü Azrak, "İdari Yargı Denetiminin Sınırı Olarak İdarenin Takdir Yetkisi", *İdare Hukuku İlimleri Dergisi*, 1985, Sayı:1-3, s.24
[33] Ahmet Talha Tetik, "Hukuk Devleti İlkesi Bağlamında Takdir Yetkisi ve Yerindelik Denetimi İlişkisi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.25, S.2, 2017, 249-276, s.260
[34] Onur Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler*, 4. Baskı, Ankara, 2018, s.540
[35] İsmet Giritli, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner, Kahraman Berk, *İdare Hukuku*, 5. Baskı, İstanbul, 2012, s.110

atamasının reddedilmesi bu kapsamda Danıştay tarafından hukuka aykırı görülmüştür.[36] Bir diğer deyişle, takdir yetkisi bu durumda bağlı yetki olmuştur denilebilir.

Takdir yetkisi, maddi olayların değerlendirilmesi ve nitelendirilmesi, belli bir yönde hareket etme veya etmemesi ve harekete geçme zamanını saptaması durumlarının her üçünde veya sadece birinde ortaya çıkabilirken; bağlı yetkiden bahsedebilmek için söz konusu üç durumun da mevcut olmaması gerekmektedir.[37]

İki farklı ucu temsil eden sınırsız takdir yetkisi ile tamamen bağlı yetki arasındaki denge kurulmaması halinde her iki durumda da kararların adaletsiz, keyfi ve telif edilemez bir şekilde verildiği bir sonuç ortaya çıkaracaktır.[38]

4) Takdir Yetkisinin Benzer Kavramlardan Farkları

Yasama organı tarafından çıkarılan düzenlemelerle idareye belli bir serbestlik alanı tanınabilir ya da idarece yapılan bazı işlemler veya eylemler yargı denetimi dışında bırakılabilir ve yahut günümüzde olmasa da yargı organlarının kendileri tarafından idarenin işlemleri denetim dışında bırakılabilir. Böylece ortaya hükümet tasarrufları, olağanüstü yönetim yetkileri ve yerindelik gibi çeşitli kurumlar çıkar.[39] İdarenin takdir yetkisinin bu müesseseler ile benzerliği bulunabilse de onlarla aynı değil tamamen farklı bir kavramdır. Bu durum aşağıda açıklanmıştır.

a. Takdir Yetkisi ile Hükümet Tasarrufları Arasındaki Fark

Hükümet tasarruflarının ortaya çıkışı ülkemizde değil ilk olarak Fransa'da gerçekleşmiştir. İlk olarak bu müessesenin doğuşu idarenin almış olduğu kararlara karşı

[36] Onur Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler*, 4. Baskı, Ankara, 2018, s.546
[37] İsmet Giritli, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner, Kahraman Berk, *İdare Hukuku*, 5. Baskı, İstanbul, 2012, s.115
[38] Halil Kalabalık, "İdare Hukukunda Takdir Yetkisi Kavramı ve Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.1, S.2, 1997, s.209
[39] Halil Kalabalık, a.g.e., s.205

yargı denetim mekanizmasının gelişim dönemine denk gelir. Hükümet tasarrufları; yeni yeni güçlenmeye başlayan Fransız Danıştay'ının önüne gelen bazı idari işlemlere karşı yapacağı denetim sonucunda oluşacak hükümet çatışmasından kaçınarak söz konusu işlemleri "siyasi" kararlar olarak niteleyip denetlemekten kaçınması ile ortaya çıkmıştır.[40] Günümüzde hükümet tasarrufları çağdaş demokratik sistemlerde meşru görülmeyen bir kurumdur.[41] Zira hem bazı idari işlemlerin denetlenemeyeceği hem de yargının yürütmenin bazı işlemlerini denetlemekten kaçındığı anlamına gelmektedir.

Hükümet tasarrufları zaman itibarıyla hukukun girmediği ve hukuk kurallarının henüz etki alanının dışında kalan bir yeri ifade etmektedir. Dolayısıyla hükümet tasarruflarını hukuka aykırı işlemler olarak nitelendirmek doğru değildir ve bağlı olduğu hukuki kurallar olmadığı için de hukuka aykırı olup olmadıklarını denetlemeye gerek bulunmamaktadır.[42] Bu nedenle hükümet tasarruflarının idari işlemin tüm unsurları bakımından idarenin mutlak takdir yetkisi alanında kaldığını belirten yazarlar vardır.[43] Ülkemiz idare sisteminde 40 civarında işlemin hükümet tasarrufu kategorisinde değerlendirilebileceği ve bu işlemlerin idari işlem değil de hükümet tasarrufu olması nedeniyle yargı organları tarafından denetlenemeyeceği de savunulmaktadır. Örneğin, Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakan atama işlemleri, Cumhurbaşkanı'nın yasama organı ile olan ilişkileri çerçevesinde yaptığı işler, Cumhurbaşkanı'nın Anayasa değişikliği sürecinde yaptığı işlemler, Cumhurbaşkanı'nın Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açması işlemi, yürütme organının başka devletlerle olan ilişkileri çerçevesinde yaptığı işlemler vb.[44]

[40] Şükrü Karatepe, "İdarenin Takdir Yetkisi", *Türk İdare Dergisi*, S.392, 1991, 63-121, s.77
[41] Şükrü Karatepe, a.g.e., s.63
[42] Halil Kalabalık, "İdare Hukukunda Takdir Yetkisi Kavramı ve Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.1, S.2, 1997, s.228
[43] Şükrü Karatepe, a.g.e., s.80
[44] Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, C.1, 3. Baskı, Bursa, 2019, s.758-760

Takdir yetkisi, belirli şartlar altında idareye sağlanan hareket serbestisi iken; hükümet tasarrufu ise doğrudan yargı denetiminin istisnasını oluşturmaktadır ki bu hükümet tasarruflarına karşı yargı yoluna başvurulamayacağını, başvurulsa dahi ilk inceleme aşamasında reddedileceğini ifade etmektedir.[45] Oysa iptal davası açılan bir işlemin takdir yetkisi kapsamında yer alması esas denetimde ortaya konulan bir durumdur ve ancak hukuk sınırları içerisinde kalması durumunda meşru görülmektedir. Diğer bir ifadeyle takdir yetkisinin çerçevesi hukuk kuralları ile bağlı iken; hükümet tasarrufları tamamen hukuk kurallarının dışındadır. Hükümet tasarrufları ayrıca olağanüstü yönetim yetkilerinden de ayrılır; çünkü her ne kadar olağanüstü yönetim dönemlerinde idarelerin yetkileri oldukça genişlese de bu yetkiler hala tamamen veya kısmen hukuk sınırları içerisindeyken ve butlan veya iptal gibi sonuçlara maruz kalabilirken; hükümet tasarruflarının tabi olacağı hukuk kuralı olmadığı için hukuk kuralına aykırılık da söz konusu değildir.[46]

b. Takdir Yetkisi ile Olağanüstü Yönetim Yetkileri Arasındaki Fark

Savaş, savaşı gerektirecek bir durum, seferberlik, ayaklanma ve benzeri durumlarda Cumhurbaşkanı tarafından tek başına olağanüstü hal ilan edilebilir. Söz konusu nedenler Anayasanın 119 uncu maddesinde sayılmıştır. Belirtilen nedenlerin ortaya çıkıp çıkmadığı; diğer bir deyişle olağanüstü hal ilan etmek gerekip gerekmediği Cumhurbaşkanı'nın takdirindedir.[47]

Olağanüstü dönemler idarenin takdir yetkisinin olağan dönemlere kıyasla çok daha genişlediği zamanları ifade etse de bu durumun gerektirdiği bir ihtiyaçtır. Hukuk devleti varlığını devam ettirebilmek için idarenin uyması gerektiği hukuk kurallarını bazı

[45] Şükrü Karatepe, "İdarenin Takdir Yetkisi", *Türk İdare Dergisi*, S.392, 1991, 63-121, s.80
[46] Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, 3. Bası, İstanbul, C.I, 1966, s.442
[47] Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, C.2, 3. Baskı, Bursa, 2019, s.601.

durumlarda esnetmesi gerekebilir.[48] Zira, devletin sahip olduğu gücü tamamen bir kötülük ve baskı unsuru olarak görmek ve bu gücün sınırlarını kanunlarla köreltmek nihayetinde suiistimale karşı devleti hareketsiz kılar ve de sonunu getirebilir.[49]

Hukuka aykırı olarak meydana çıkan olağanüstü durumların derecesi arttıkça idareye verilen takdir yetkisi de o derecede artmaktadır.[50] Buradaki artış bazen bağlı yetkinin artık takdir yetkisi kapsamına girmesiyle olmakta ya da mevcut haliyle bazı unsurlarının takdir yetkisi kapsamında yer alan bir yetkinin daha fazla unsurunun takdiri hale gelmesiyle olur.[51]

İdareye tanınan takdir yetkisinin bir sonucu olan düzenleyici işlem yapma yetkisi de olağanüstü dönemlerde genişleyen bir yetkidir ve bunun sonucu olarak 1982 Anayasası'nda yürütme organı olan Bakanlar Kurulu'na olağanüstü hallerde kanun hükmünde kararname çıkarabilme yetkisi vermekteydi. 21 Ocak 2017 tarihli ve 6771 sayılı Kanunla değiştirilen Anayasa'nın 119 uncu maddesi günümüzdeki Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi ile olağanüstü hallerin gerektirdiği konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılabileceği anayasal hükmü getirilmiştir. Olağanüstü hal ilanı sonrasında her ne kadar TBMM onayına sunulsa da öncelikle Cumhurbaşkanı'nın takdirindedir. Fakat her ne kadar Anayasa 119 uncu maddede yazılan sebepler vaki olsa da Cumhurbaşkanı takdir yetkisi kapsamında olağanüstü hal ilan etmemeyi tercih ederse olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine de başvuramayacaktır.[52]

[48] Halil Kalabalık, "İdare Hukukunda Takdir Yetkisi Kavramı ve Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.1, S.2, 1997, s.224
[49] Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, 3. Bası, İstanbul, C.I, 1966, s.436
[50] Halil Kalabalık, a.g.e., s.224
[51] Şükrü Karatepe, "İdarenin Takdir Yetkisi", *Türk İdare Dergisi*, S.392, 1991, 63-121, s.82
[52] Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, C.2, 3. Baskı, Bursa, 2019, s.601-602

c. Takdir Yetkisi ile Yerindelik Kavramı Arasındaki Fark

Yerindelik kavramı hukukumuza ilk olarak 1981 yılında çıkarılan (mülga) Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu ile girmiş ve kavram bu Kanun'dan neredeyse on gün geçtikten sonra 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nda yer almıştır.[53] Bu kavramın idarenin takdir yetkisinin ele alındığı bir alanda tartışılması kaçınılmaz bir husus olarak ortaya çıkmaktadır. Zira yargı yerleri tarafından denetlenemeyen, ihtiyaca uygunluğu ifade eden yerindelik ile yargı kurumları tarafından hukuka uygunluğunun denetiminin yapıldığı takdir yetkisinin birbirinden farklı mı olduğu, yoksa iç içe geçkin kavramlar mı olduğu sorusu, öncelikli olarak tartışmada öne sürülmektedir.[54] Hatta, Yıldızhan Yayla yerindeliği takdir yetkisinin çekirdeği olarak tanımlamaktadır.[55] Çünkü idarenin takdir yetkisi bulunduğu durumlarda seçimde bulunacağı çözüm yollarından her biri hukuki bir çözüm olacağından, yargı yerinin bu seçeneğin uygun olup olmadığına ilişkin vereceği her türlü karar yerindelik denetimi anlamına gelecektir. Bu durum ise hukuka aykırılık teşkil edeceğinden yargı yerinin denetimi idarenin takdir yetkisini aşıp aşmadığı yani hukuka aykırı olup olmadığı ile sınırlı kalmalıdır.[56] Çünkü her hukuka uygun işlemin yerinde, yani en faydalı çözüm yolu olduğuna/olacağına dair bir kesinlik bulunmamaktadır ve ihtiyaca en uygun çözüm de olmayabilir.[57] Fakat bunu tespit ve iptale ilişkin yargı yerlerinin yetkisi yoktur.

Gerçekleştirilen idari işlemlerin ihtiyaca uygunluğunu ifade eden[58] yerindelik, yapılan işlemin gerçekleştirilme nedeniyle ilgiliyken; hukukilik ise işlemin mevzuata

---

[53] Selman Özdemir, "Yerindelik Yasağı Kuralının İdarî Yargı Bakımından İncelenmesi", *Adalet Dergisi*, S.60, 2018, s.20

[54] Nilay Arat Özkaya, *Türk İdare Hukuku'nda İdarenin Hukuk Sınırları İçinde Hareket Serbestisi*, 1. Baskı, İstanbul, 2015, s.23

[55] Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku*, 1. Baskı, İstanbul, 2009, s.193

[56] Erol Alpar, "Yönetimin Hareket Serbestisi Alanının Yargısal Denetimi ve Sınırları*", Danıştay Dergisi, S.52*, 1990'dan aktaran, Korkmaz, "Takdir Yetkisinin Disiplin Hukukunda Kullanımı", s.249

[57] Ahmet Talha Tetik, "Hukuk Devleti İlkesi Bağlamında Takdir Yetkisi ve Yerindelik Denetimi İlişkisi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.25, S.2, 2017, 249-276, s.260

[58] Onur Karahanoğulları, "İdarenin Yargısal Denetimine Yönelik Anayasa Değişiklikleri ve Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi", *Mülkiye Dergisi*, C.XXXV, 2011, s.11

uygunluğu anlamına gelmektedir. İdarenin takdir yetkisi kapsamında gerçekleştirilen işlemlerin denetimi ise ikinci alan çerçevesinde yapılmaktadır. Zira hukuki denetim dışında bırakılan sınırsız bir takdir yetkisi suiistimale açıktır.[59] Zaman zaman takdir yetkisinin geniş yorumlanması gerektiğinin belirtildiği durumlar da olmuştur.[60] Fakat idarenin takdir yetkisi yasallık ilkesine bir istisna oluşturmamaktadır[61] çünkü hâlihazırda idarenin yetkisinin takdiri niteliği de yasalarla temin edilmektedir. Ayrıca takdir yetkisini idari işlemin hukukiliği değil de yerindeliği ile ilgili gören yazarlar da bu nedenle takdir yetkisinin hukuka bağlılık ilkesinin istisnası olduğunu veya bu ilkenin sınırını aştığını kabul etmemektedir.[62] İdarenin yapacağı işlemin seçim kümesindeki ihtimallerin hepsinin hukuki olması; hangisi seçilirse seçilsin bu seçimin hukuka uygun bir sonuç doğuracak olması bu yetki kullanımının yerindelik alanında olduğunu göstermektedir de denilmektedir.[63]

Takdir yetkisi ile yerindelik arasındaki benzerlik ve farklılığı göstermek üzere daha önce belirtildiği üzere Yayla tarafından meyve metaforu da kullanılmaktadır. Buna göre, hukuki çerçeve bir meyvenin kabuğu iken; etli kısmının takdir yetkisi ve nihayet çekirdeğinin yerindelik olduğu ifade edilmiştir. Burada çekirdek kısmının unsurları arasında, idare tarafından "maddi olayın değerlendirilmesi ve nitelendirilmesi", idarenin "belirli bir istikamette hareket etme serbestisine sahip olup olmaması" ve "harekete ne zaman geçeceğine karar vermesi" sayılmıştır.[64] Çekirdeğe yaklaşan yargı yerinin durması gerekmektedir. Fakat bu sınırın bu kadar net olmaması zaman zaman yargı yerlerine ciddi

[59] Kemal Galip Balkar, "İdarenin Takdir Salahiyetine Dair Devlet Şurası Dava Daireleri Umumi Heyetinin Bir Prensip Kararı", *Ankara Barosu Dergisi,* S.4-5, 1959, s.214

[60] Valinin hükümetin de temsilci olduğu ve siyasi bir yönünün bulunduğu ayrıca valilerin atama önerisini yapacak İçişleri Bakanının söz konusu öneriyi ne tür kıstaslara göre yapacağına ilişkin herhangi bir yasal şartın belirtilmediği ifade edilerek, atama işleminin sadece yetki ve şekil unsurları açısından bağlı olduğu savunulmaktadır. (Mehmet Boztepe, "Danıştay Kararları Işığında Vali Atamalarında İdarenin Takdir Yetkisinin Sınırları", *Türk İdare Dergisi,* S.481, 2015, s.345)

[61] Onur Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler*, 4. Baskı, Ankara, 2018, s.537

[62] Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, C.1, 3. Baskı, Bursa, 2019, s.1070

[63] Emin Memiş, *Genel İdare Hukuku Notları*, 1.Baskı, İstanbul, 2014, s.255

[64] Yıldızhan Yayla, "İdarenin Takdir Yetkisi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.30, S.1-2,* 1964, s.207-208

eleştiriler gelmesine de yol açmıştır. Örneğin, Önal, yargı organlarının kendilerine bir yücelik ile kutsallık yakıştırması nedeniyle eleştirilmedikleri; kendilerini düzeltme ihtiyacı hissetmediklerini ve bunun sonucunda da kendi sınırlarının bilinciyle karar verme çabası göstermediklerini ileri sürmektedir.[65] Ayrıca Gözler, idari yargı yerlerinin aslında idarenin takdirine bırakılmış birçok işlemi denetlediğini ve sonucunda iptal ettiğini, böylece siyaseten hiçbir sorumluluk taşımayan yargı yerlerinin gerçekleştirilecek eylem ve işlemler üzerinde etkili olduklarını eleştirmektedir.[66]

d. Takdir Yetkisi ile Hakimin Takdir Yetkisi Arasındaki Fark

Genel anlamda hareket serbestisi niteliğinin mevcut olduğu takdir yetkisi hakimler için de kullanılmaktadır. Hatta, idarenin takdir yetkisi ile yargıcın takdir yetkisinin paralel özellikler taşıdığına yönelik akademik çalışmalar da mevcuttur.[67] Hakime verilen takdir yetkisinin gerekçesi de idareye tanınan takdir yetkisinden çok farklı değildir: bu serbestlik ile hakim; zamanın gereklerine, ortaya çıkan yeni durumlara ve yaşam koşullarına göre değişen ilişkilere genel ve soyut hukuk normunu uygulayabilecek ve hayatın akışına hukukun ayak uydurmasını sağlayabilecektir.[68] Soyut hukuk normu uyuşmazlıktaki somut olaya ne kadar büyük oranda uyumlu olursa, takdir hakkı da o nispette doğru kullanılmış olur.[69] Yani hakim de idare organı gibi yasama organının her bir somut olaya birebir uyan soyut kural koyma imkanı olmaması sonucu doğan eksikliği gidermek için takdir yetkisini kullanmaktadır.

Her iki takdir yetkisi de kanun tarafından açıkça veya dolaylı olarak izin verilmesi neticesinde kullanılmaları ve kullanımlarının sonucunda denetlenmeleri (idarenin takdir

---

[65] Hasan Önal, *Anayasa Mahkemesi Yargılanıyor*, Arı Sanat Yayınları, İstanbul, 2015, s.12
[66] Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, C.1, 3. Baskı, Bursa, 2019, s.1071-1073
[67] Hulusi Alphan Dinçkol, "İdari Yargıda Hakimin Takdir Yetkisi", (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2011) s.1
[68] Seyfullah Edis, "Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi*", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.30, S.1, 1973, s.170
[69] Ömer Uğur Gençcan, "Hakimin Takdir Yetkisi", *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, S.151, 2011, s.20

yetkisi yargı yeri, hakimin takdir yetkisi bir üst yargı yeri tarafından denetlenir) bakımından benzerlik göstermektedirler.[70] Dolayısıyla iki yetki de kaynaklarını kanundan almakta ve neticeleri itibarıyla doğru kullanılıp kullanılmadığı yönünde denetlenmektedirler.

Öte yandan, hakimin takdir yetkisi ile idarenin takdir yetkisinin en temel iki noktada birbirinden farklılaştığı söylenebilir. Bunlardan birincisi; hakim, durumun sahip olduğu özellikleri değerlendirerek en adil sonuca ulaşmaya çalışırken; idare, hukuki çerçevede kalmak şartıyla eldeki seçeneklerden herhangi birini seçebilmekte ve idarenin yapmış olduğu seçenek hangisi olursa olsun bunun adil olmadığına ilişkin bir değerlendirme yapılması mümkün olmamaktadır. İdarenin en adili veya en iyi seçimi uygulamak gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Daha önceki konularda değinildiği gibi yargı yerinin idarenin yapmış olduğu seçimden daha iyi ve faydalı başka bir seçim yapabileceği gerekçesi ile işlemi iptal etmesi yerindelik denetimi yapıldığı anlamına gelecektir ki bu hukuk dışı bir denetim olacakıtır. İkincisi ise, her iki takdir yetkisinin de verilme amacı ile ortaya çıkmaktadır ki hakimin takdir yetkisi ile adaletin dağıtılması amaçlanırken ve bu nedenle aynı zamanda bir ödevken; idarenin takdir yetkisinde ise kamu hizmetlerinin gerçekleştirilebilmesi amaçlanmaktadır.[71]

5) Takdir Yetkisinin Sınırı

a. Kanun Hükmünün Uygulanmasında Takdir Yetkisi

İdareler takdir yetkisini kullanırken hukuk kuralları ile bağlı olduğu daha önce de ifade edilmiştir. Belli sınırlar içerisindeki bir serbestlik olan takdir yetkisinin kapsamının belirlenmesinde kanun hükümleri doğal olarak bir çerçeve çizmektedir. Söz

[70] Halil Kalabalık, "İdare Hukukunda Takdir Yetkisi Kavramı ve Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.1, S.2, 1997, s.229

[71] Seyfullah Edis, "Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.30, S.1, 1973, s.175-176

konusu sınır kanunlar tarafından açıkça belirlenen durumlarda takdir yetkisi kullanılamayacağı, bu yetkinin kanunlarca belirlenen seviyede kullanılabileceği ve yetki kullanılırken kanun tarafından ortaya konulan temel amacın göz önünde bulundurulacağı koşulları ile çizilmiştir.

i. Kanun Hükmünün Açıkça Belirtilmesi Durumunda Takdir Yetkisi

Kanunun sarih bir şekilde belirttiği hususlarda idare takdir yetkisi kullanamaz; aksine bu durum idarenin bağlı yetki içinde bulunduğu durumu ifade etmektedir.[72] İdare kanunla düzenlenir. Bu nedenle nasıl ki bağlı yetkide idarenin bağlı olarak hareket edeceği seçenekler kanunla belirlenmişse, takdir yetkisi de idareye doğrudan kanunlarla verilebilir. Yasa koyucu bu durumlarda idarenin pozisyon almasını beklemektedir. Örneğin, kanun idareye emredici yüklemler yerine "verebilir", "edilebilir", "görevlendirilebilir", "atayabilir", "dönüştürülebilir" gibi ifadeler yönlendirmekteyse, idareye söz konusu işlemi yapıp yapmamada bir özgürlük tanımış olur.[73] Bunun aksini savunan yazarlar da vardır: bu ifadeler yapıp yapmama dışındaki diğer sonuçlar arasındaki bir seçimi veya somut olayın sonucunun kapsamını veya zamanını tespit etme açısından bir serbestliktir denilmektedir.[74] Ayrıca, kuralın yüklemi "yapılır" şeklinde olsa dahi bu kez de idareye sebeplerin değerlendirmesinde bir takdir tanınmış olabilir.[75]

Fakat, her durumda kanunun açıkça belirlediği hükümleri tartışmaz ve gerekli koşulların ortaya çıkması halinde kuralın gereği idarece yerine getirilir. Özellikle bireysel hakların söz konusu olduğu durumlarda idare kuralın yapmayı emrettiği veya yapmamayı mecbur kıldığı durumlara uyar.[76] Kanunun açık hükümlerini değerlendirerek çeşitli seçenekler ortaya çıkarmak, takdir yetkisini kullanmak değil; ancak yetki tecavüzü

[72] Visalettin Pekiner, "İdarenin Takdir Yetkisi", *Ankara Barosu Dergisi*, S.4, 1961, s.6
[73] Şükrü Karatepe, "İdarenin Takdir Yetkisi", *Türk İdare Dergisi*, S.392, 1991, 63-121, s.63
[74] Onur Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler*, 4. Baskı, Ankara, 2018, s.538
[75] Onur Karahanoğulları, *a.g.e.*, s.538
[76] Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, 3. Bası, İstanbul, C.I, 1966, s.433

anlamına gelecektir.[77] Öte yandan burada idarenin kanunun kuralı uygulamayı gerektirdiği duruma da değinilebilir. Takdir yetkisi mevzuatta uygulanması zorunlu tutulan bir işlemi veya eylemi gerçekleştirip gerçekleştirmemeyi içermez. Başka bir ifadeyle, idarenin sahip olduğu yetkinin herhangi bir değerlendirme seçeneği barındırması ile o yetkinin zorunlu olarak kullanılıp kullanılmaması farklı şeylerdir.[78] Yetki kullanılmak zorundadır fakat doğuracağı sonuç itibarıyla bir seçim hakkı var olabilir. Söz konusu husus ileriki bölümlerde, idari işlemin unsurlarının takdir yetkisi açısından değerlendirilmesinde daha detaylı açıklanacaktır.

ii. Kanunun Takdir Yetkisinin Ölçüsünü Belirlemesi Durumunda Takdir Yetkisi

İdareye verilen takdir yetkisine kaynaklık eden düzenlemeler bu yetkiyi bazen geniş bazen daha dar nitelikte idareye tanımaktadır. Düzenlemeler idareye belli durumlarda karşılaşmaları halinde bir seçim hakkı verirken bazen bu seçimi belli çerçeve ile sınırlandırır ve bir derecelendirme yapabilir. Örneğin, düzenlemeler öğretmenin öğrencisi için vereceği notu 1 ila 100 arasında belirlemesini beklemektedir.[79] Yine bir başka örnek olarak 442 sayılı Köy Kanunu 43. Maddesi ile köylerde hangi işlerin hangi sırada görüleceğinin belirlenmesinin takdiri ihtiyar meclisine bırakılmışsa da kanun takdir hakkını sınırlayarak en çok lazım olanı ön sıraya koymayı ve bunlardan da sağlık, yol ve okul işlerini başta bulundurmayı belirtmektedir.[80]

[77] Baha Kargın, "Takdir Hakkının Şumulü ve Sınırları", *Türk İdare Dergisi*, S.256, 1959, s.12
[78] Onur Karahanoğulları, a.g.e., s.537
[79] Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, C.1, 3. Baskı, Bursa, 2019, s.1066
[80] Baha Kargın, "Takdir Hakkının Şumulü ve Sınırları", *Türk İdare Dergisi*, S.256, 1959, s.16

iii. Kanunun Temel Amacı Karşısında Takdir Yetkisi

İdareler, işlem yaparken kanunları yasa koyucunun amacına bağlı bir şekilde uygulamakla yükümlüdürler.[81] Zaten takdir yetkisi de hukuk sınırları içerisinde kullanılan bir yetkidir. Fakat idarenin takdir yetkisini kullanırken her seçenekte hukuk sınırları içerisinde kalması gerekmesine rağmen bu yetkiyi kullanımı sonucunda takdir sınırını aşma ihtimali ve takdir yetkisinin verilme amacına ters düşen idari tasarrufları ortaya koyma ihtimali vardır.[82] İdari işlemler sonucunda ortaya çıkan uyuşmazlıkların birçoğu bu ihtimallerin vuku bulduğu iddiasıyla doğmakta ve idari yargı sistemi bu uyuşmazlıkları çözmeye çalışmaktadır. Hatta bu duruma ilişkin olarak takdiri yetki sonucunda gerçekleştirilen bir işlemin denetimi yapılırken yetkinin amacından yola çıkarak yasada açıkça belirlenmemesine rağmen yetkinin neden öğesinin saptanma ihtimali mümkündür ve bu sayede idarenin değerlendirmesi hakkında ölçüler konulabilir.[83]

b. Başka Bir Takdir Yetkisiyle Çakışması Durumunda Takdir Yetkisi

İdarenin takdir yetkisinin kapsamı kanunlarla daraltılırken bazen başka bir idari makamın takdir yetkisi ile de sınırlandırılabilir. Bu makam genelde bir üst idari makam olmaktadır.[84] Örneğin, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 75'inci maddesine göre:

> "Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu yararına çalışan dernekler, Cumhurbaşkanınca vergi muafiyeti tanınmış vakıflar ve 7/6/2005 tarihli ve 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar Meslek Kuruluşları Kanunu kapsamına giren meslek odaları ile ortak hizmet projeleri gerçekleştirebilir. Diğer dernek ve vakıflar ile

[81] Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku*, 8. Bası, Ankara, C.2, s.499
[82] Kazım Yenice, *Açıklamalı Notlu İdari Yargılama Usulü*, 1983, s.133
[83] Onur Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler*, 4. Baskı, Ankara, 2018, s.584
[84] Baha Kargın, "Takdir Hakkının Şumulü ve Sınırları*", Türk İdare Dergisi*, S.256, 1959, s.16

gerçekleştirilecek ortak hizmet projeleri için mahallin en büyük mülki idare amirinin izninin alınması gerekir" denilmektedir.

Dolayısıyla söz konusu düzenleme ile idarenin takdir yetkisi bir başka idare olan mahallin en büyük mülki idare amirinin takdir yetkisi ile sınırlandırılmıştır. Bu durumda takdir yetkisini kullanan birimin kullanacağı yetkinin takdiriliği işlemi onaylayacak diğer makamın takdirine kadardır. İşlemi onaylayacak makam, işlemi gerçekleştirecek makamın seçimini onaylamazsa, işlemi yapacak makamın onaylayacak makam tarafından uygun görülen seçenek doğrultusunda hareket etmesi gerekecektir.

c. İdari Kademelerde Takdir Yetkisi

İdarenin sahip olduğu takdir yetkisi sadece belli seviyelerde değil; idarenin her kademesinde görülür. Kendi sorumlu olduğu görev sahası ile ilgili olarak mevzuatı uygulamakla yükümlü olan her idarece görev alanında yer alan işlerin özellikleri ve kapsamına göre takdir yetkisi uygulanır. Fakat ayrıca hiyerarşik olarak üst makamlar alt makamları mevzuatın uygulanmasında aydınlatır ve yol gösterirler.[85] Dolayısıyla kamu yararı doğrultusunda hareket eden idarenin her birimi düzenlemelerin kendisine çizdiği çerçevede takdir yetkisini kullanarak kamu hizmetini sağlar.

İdarenin her kademesinde mevcut olan takdir yetkisinin bu sayede hukuka kaynaklık ettiği de söylenebilir. Zira idarelerin sürekli olarak kullandıkları takdir yetkileri zamanla bir geleneğin oluşması, bu geleneğin zamanla yargı kararları ile şekillenmesi ve bir ihtiyaç gerektirir duruma gelmesi ve sonuç olarak bu alanda yasal bir düzenleme oluşturması buna örnek olarak gösterilebilir.[86] Bu örnek tezin ilk kısmında ifade edilen yasama organının ihtiyaçlara cevabının daha geç ortaya çıkmasına da örnek teşkil etmektedir.

[85] Baha Kargın, *a.g.e.*, s.21
[86] Osman Kiper, "Bir Kamu Hukuku Sorunu Olarak Takdir Yetkisi (İdarenin ve Yargıcın Takdir Yetkisi) ve Yorum", *İstanbul Barosu Dergisi*, C.54, S.1-2, 14-21, 1980, s.14

d. Kamu Yararı Karşısında Takdir Yetkisi

İdareler tarafından veya idarelerin denetimi altında faaliyet gerçekleştiren özel hukuk tüzel kişileri tarafından yerine getirilen hizmetlerin kamusal hizmet olarak nitelendirilebilmesi için bu faaliyetlerin kamu yararı amacına dönük olarak yapılıyor olması gerekmektedir.[87] Bu nedenle, idare takdir yetkisini kullanırken kamu yararına dönük kullanmalıdır.[88] Hatta idare sadece hukukun gereklerini yerine getirmek amacıyla hareket etmemekte; gerçekleştirdiği faaliyetlerde kamu yararını sağlamak düşüncesi de bulunmaktadır.[89] İdari yargının denetlemesi yasak olan idari işlem ve eylemlerinin yerindeliği sınırının yargı tarafından özellikle "amaç" unsuruna ağırlık verilerek aşıldığı ifade edilmektedir.[90] Diğer bir ifadeyle, idari işlemi yerindelik bakımından denetleyemeyen yargı organı söz konusu işlemin kamu yararına aykırı olduğu gerekçesiyle işlemi iptal ederek bu yasağı aştığı eleştirileri yapılmaktadır.

Bir faaliyetin kamu hizmeti sayılması, o faaliyetin kamu yararını sağlama amacıyla gerçekleştirilmesini gerektirmektedir.[91] Bu nedenle, özellikle idarenin takdir yetkisinin yargısal denetiminde ortaya çıkan, yetkinin kamu yararına ve hizmet gereklerine uygun olarak kullanılması koşulu, hakkın kötüye kullanımına izin vermeyen ve idarenin her türlü işleminin yargısal denetimini öngören hukuk sistemimizde özellikle önem içermekte[92] ve birçok yargı kararının özünü oluşturmaktadır.

e. Yetki Tecavüzü Durumunda Takdir Yetkisi

Yetki yasa koyucu tarafından hangi organa veya makama verilmişse o makam veya organ tarafından kullanılması gerekmektedir. Diğer bir deyişle, belli nedenler

[87] Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, C.2, 3. Baskı, Bursa, 2019, s.259
[88] Fatih Kırışık, *Kamu Yönetiminde İdarenin Takdir Yetkisi Kullanımı ve Yargısal Denetimi*, 2016, s.31
[89] Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, 3. Bası, İstanbul, C.I, 1966, s.430
[90] Osman Kiper, a.g.e., s.19
[91] Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, 3. Bası, İstanbul, C.I, 1966, s.16
[92] Selami Celayir, "İdarenin Takdir Hakkı Prensibi ve (Görülen Lüzum) Telâkkisi*", Türk İdare Dergisi*, 1959, S.257-258, s.98

sonrasında ortaya çıkacak sonucun da belli olması durumunda, yani işlemin bağlı olması halinde dahi bu yetki başka birim tarafından kullanılamaz. İşlemi yetkili birim gerçekleştirse de aynı sonuç doğacaktı denilerek yetki dışı bu hareket hukuki sayılamaz.[93] Bağlı yetki durumunda dahi idari işlem yetkiye sahip olan organ harici bir makam tarafından kullanılamazken; takdiri özellik içeren yetkinin başka bir makam tarafından kullanılması evleviyetle kullanılamayacaktır.

6) Takdir Yetkisinin Kapsamı

İdare takdir yetkisi kapsamında bir işlemi yapıp yapmamayı veya yapacaksa ne zaman yapacağını seçebilecek durumda olsa da; söz konusu işlem için hareket kararını aldıktan sonra hukuk kuralları ile bağlıdır.[94] 1982 Anayasası'nın 125 inci maddesi[95] idarenin takdir yetkisine 3 temel sınır çizmiştir: idari eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı vermemek, idari işlemleri sadece hukuki yönden denetlemek, takdir yetkisini kaldıracak şekilde hüküm vermemek. Bu maddedeki idarenin sahip olduğu takdir yetkisini ortadan kaldıracak şekilde yargı kararının verilmemesi, idari yargı mahkemelerinin hukuki denetimin dışına çıkamamasının ve yerindelik denetimi yasağına tabi olmalarının bir sonucudur.[96] Fakat, Karahanoğulları, Anayasa'nın belirlediği üçüncü koşul için anlamının tam tersini içerdiğini ileri sürer. Zira yargı yeri karar verdikten sonra idare artık bu kararı uygulamak zorunda kalmış ve mahkeme kararının gerekleri ne ise yerine getirmekle yükümlendirilmiştir fakat idarenin söz konusu işlemi "gerçekleştirip

[93] Onur Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler*, 4. Baskı, Ankara, 2018, s.542
[94] Visalettin Pekiner, "İdarenin Takdir Yetkisi", *Ankara Barosu Dergisi*, S.4, 1961, s.4
[95] …Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez…
[96] Hamit Görür, *İdari Yargı Denetiminin Kapsam ve Sınırları*, 2010, s.28

gerçekleştirmemekteki" takdir yetkisi hala devam etmekte, dilerse bu işlemden artık vazgeçebilmektedir.[97]

Hukuk sınırları içerisinde idareye sağlanan hareket serbestisini ifade eden takdir yetkisinin ilkeleri olarak; sınırsız olmadığı, idarenin tasarruflarından önce gelen ve bu tasarrufları çerçeveleyen kuralların amacına uygun olması gerektiği, objektif esaslar ile hukukun genel ilkelerine bağlı kullanılacağı ve kamu yararı ile hizmet gereklerine aykırılık teşkil etmeyeceği sayılabilir.[98] Hem kamu yararı ve hem de hizmet gerekleri soyut kavramlar olduğu için yargı yerlerince zaman zaman birbiriyle çelişen kararlar verilmesine de neden olmaktadır.[99] Anılan ilkelerle idari işlemin hangi unsurunda sakatlık olduğu belirtilmeden iptal edilmesi yargının idarenin ihtiyaca uygunluğu belirleyen yerindelik alanını da denetim kapsamına sokması sonucunu doğurmaktadır.[100]

Kamusal hizmetlerin gerçekleştirilmesi için gerekli görülen ve idarelere verilen takdir yetkisinin etkin bir şekilde kullanılabilmesi ikili bir denge üzerinden sağlanabilmektedir: öncelikle idarenin ihtiyacından fazla yetki ile donatmaktan kaçınmak (ki bu takdir yetkisini belirleyen kaidelerin en başından yetkinin kapsamını açık şekilde yapılandırmasıyla olur) ve yetkilendirilen idareyi yine idare ve yargı kurumları tarafından denetlemek.[101] Böylelikle, idarenin söz konusu işlem için yetkiye sahip olup olmadığı, şekil ile yöntem kurallarına uyup uymadığı ve öne sürdüğü dayanak sebeplerin gerçeklere ve hukuka uygunluğu denetlenmiş olur.[102] Özellikle yargı kurumları tarafından hukuka uygunluğunun denetlenmesi hususu çok hassas bir denge üzerine kurulmalıdır. Bunun gözetilmemesi sonucunda ortaya çıkan yargı karşısında güçsüz bir idare, 1961

---

[97] Onur Karahanoğulları, "İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararları ve Vergi Davaları", *Prof. Dr. Gözübüyük'e Armağan*, Ankara, 2005, s.199-215

[98] Nilay Arat Özkaya, *Türk İdare Hukuku'nda İdarenin Hukuk Sınırları İçinde Hareket Serbestisi*, 1. Baskı, İstanbul, 2015, s.10

[99] Ahmet Talha Tetik, "Hukuk Devleti İlkesi Bağlamında Takdir Yetkisi ve Yerindelik Denetimi İlişkisi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.25, S.2, 2017, 249-276, s.271

[100] Şükrü Karatepe, "İdarenin Takdir Yetkisi", *Türk İdare Dergisi*, S.392, 1991, 63-121, s.108

[101] Nilay Arat Özkaya, *Türk İdare Hukuku'nda İdarenin Hukuk Sınırları İçinde Hareket Serbestisi*, 1. Baskı, İstanbul, 2015, s.19

[102] Turgut Candan, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, 7. Baskı, Ankara, 2017, s.249

Anayasası'nın oluşturduğu atmosferdeki gibi fonksiyonlarını yerine getiremeyen bir yapıya bürünebilir.[103]

Takdir yetkisinin idarelere verilmesi ve hareket serbestisi oluşturulması durumunda idareler kendilerine verilen takdir yetkisiyle güdülen amaca ve hukuki sınırlara uymakla yükümlü görülmüş; bu durumda takdir yetkisinin –geniş hatlarıyla da olsa- bir anlamda bağlı yetki olduğu da benimsenmiştir.[104] Fakat yine de idare ve hukuk kurallarının durdukları yerler ele alınırsa, hukukun idarenin özü ve ruhu değil ancak sınırı olduğu ve idarenin hukuk dışında canlı bir varlık ve mevcut bir gerçeklik olarak yaşadığı da ortaya çıkacaktır.[105]

Öte yandan, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, tavsiye kararında, idarenin takdir yetkisini kullanırken belirlenen amacın dışında bir amaca yönelmemesi, nesnellik ve tarafsızlık çerçevesinde elde edilen veriler ile hareket etmesi, ayrımcı uygulamalardan uzak durması, kişilerin haklarıyla elde edilecek amaç arasındaki dengeyi gözetmesi, işlemleri somut olayların gereğine göre makul bir sürede gerçekleştirmesi ve her olayın özelinde uygulamanın konulan ilkeleri ile uyum içerisinde kullanılması gerektiğini ifade etmiştir.[106] Daha genel ifadelerle, idare, takdir yetkisini kullanırken mevzuata, anayasal ilkelere, kamu yararı ile hizmet gereklerine ve son olarak gerekçeli olarak kullanma usulüne uyması gerekmektedir.[107]

a. İşlem Türü Açısından Takdir Yetkisi

Takdir yetkisinin sınırı değerlendirilirken idari işlemin unsurları açısından detaylı şekilde incelenmeden önce idari işlemlerin düzenleyici olup olmamaları durumunun takdir yetkisini nasıl etkilediğine değinilecektir.

[103] Şükrü Karatepe, "İdarenin Takdir Yetkisi", *Türk İdare Dergisi*, S.392, 1991, 63-121, s.64
[104] Kazım Yenice, *Açıklamalı Notlu İdari Yargılama Usulü*, 1983, s.133
[105] Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, 3. Bası, İstanbul, C.I, 1966, s.431
[106] Council of Europe, Committee of Ministers, Recommendation No. R (80) 2, s.2
[107] Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 2019, s.112

i. Düzenleyici işlemlerde takdir yetkisi

Düzenleyici işlemler genel işlemlerdir ve soyut, sürekli ve nesnel olan durumlar ortaya koyarlar. 1982 Anayasası'nda idareye çıkarma yetkisi verilen düzenleyici işlemler tüzük, yönetmelik ve Cumhurbaşkanlığı kararnameleridir.

Bunların haricinde kaynağını Anayasa'dan, kanunlardan veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinden almayan, idarenin kendi takdiri ile çıkardığı birçok düzenleme de mevcuttur: yönerge, genelge, ilke kararı, esaslar, sirküler, talimat ve benzeri. Yasa koyucu her konuda düzenleme yapamayacağı ve dolayısıyla idareye verilecek her düzenleme yetkisi için kaynak bir kanun bulunamayacağı için idarenin yürüttüğü kamu hizmetinin doğası gereği düzenleyici işlem yapma yetkisine sahip olduğu ileri sürülmektedir.[108]

Öte yandan, düzenleyici işlemlere ilişkin idarenin sahip olduğu takdir yetkisi sübjektif ve birel işlemlere nispetle çok daha geniştir.[109] Hele ki mevcut bir üst hukuk normunun idare tarafından daha özel ve somut bir alt düzenleme yapılmasını öngörmesi durumunda idare için takdir yetkisi zorunlu bir hale gelmektedir.[110] Diğer bir ifadeyle idarenin alt düzenlemede takdiri olarak belirleyeceği hususlarının olması, idarenin bu işlemi yapıp yapmamada bir özgürlüğünün olduğu anlamına gelmez ve yetkinin takdiri olması idarenin bu işlemi gerçekleştirme zorunluluğunu ortadan kaldırmaz.[111] Fakat idare bu düzenleyici işlemi yaparken belirleyeceği alanları takdiri olarak şekillendirir ve düzenleyici işlemin içini üst düzenleyici işlemin belirlediği çerçevede doldurarak nihai hale getirir.

---

[108] Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, C.1, 3. Baskı, Bursa, 2019, s.1279
[109] Şükrü Karatepe, "İdarenin Takdir Yetkisi", *Türk İdare Dergisi*, S.392, 1991, 63-121, s.93
[110] Şükrü Karatepe, *a.g.e.*, s.115
[111] Onur Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler*, 4. Baskı, Ankara, 2018, s.537

ii. Diğer işlemlerde takdir yetkisi

Bir konuyu *düzenlemeyen* tüm işlemler genel veya bireysel olup olmadığına bakılmaksızın bu başlık altında yer alabilir. Kamu İhale Kurumu gibi düzenleyici ve denetleyici kurumların idare teşkilatının içinde yer almasıyla özel nitelikli karar adıyla bir işlem türü daha ortaya çıkmıştır.[112] Esasen idareler –düzenleyici ve denetleyici kurumlar- özel nitelikli kararlarında düzenleme yetkilerini kullanmaktaysalar da düzenleyici nitelik gerektiren kararların Resmi Gazete'de yayımlanma zorunluluğu olduğundan ve özel nitelikli kararların Resmi Gazete'de yayımlanması gerekmediğinden bu kararların düzenleyici işlem niteliğinde olma zorunluluğu bulunmamaktadır.[113]

Belli şahıslarla ilgili genel nitelik içermeyen ve hukuk aleminde yeni bir durum ortaya koyan veya mevcut olan durumu değiştiren, özellikle şahsi hakkın söz konusu olduğu ve buna ilişkin yapılacak işlemin emredildiği bu tür kararlarda idarenin kural olarak takdir yetkisi bulunmamaktadır.[114]

b. İşlemin Unsurlarının Takdir Yetkisi Açısından Değerlendirilmesi

i. Yetki Unsuru ile Takdir Yetkisi İlişkisi

"Bir idari makamın belirli bir idari işlemi yapması için iradesini kullanabilme ehliyetine yetki unsuru" denir.[115] İdari işlemin yetki unsuru takdir yetkisi kapsamı dışında yer almaktadır. İdari makamların yetkileri "verme yetki" özelliğindedir ve bu nedenle yetkiye sahip olabilmelerinin önkoşulu yetkinin kendilerine kanun tarafından ayrıca ve açıkça verilmesi gerekliliğidir.[116] Bu da idarelerin sahip oldukları yetkinin sınırının kendilerine kanunla verilenler ile sınırlı olduğu, bunun haricinde takdiri şekilde herhangi

[112] Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku*, 8. Bası, Ankara, C.2, s.357
[113] Turgut Tan, "Bağımsız İdari Otoriteler veya Düzenleyici Kurullar", *Amme İdaresi Dergisi*, C.35, .S.2, 2002, s.27
[114] Şükrü Karatepe, "İdarenin Takdir Yetkisi", *Türk İdare Dergisi*, S.392, 1991, 63-121, s.93
[115] Emin Memiş, *Genel İdare Hukuku Notları*, 1.Baskı, İstanbul, 2014, s.237
[116] Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, C.1, 3. Baskı, Bursa, 2019, s.1061

başka bir alanda yetkili olmadıkları anlamına gelmektedir. Dahası, işlemin yetki unsurunun da takdir yetkisi kapsamında yer aldığının kabul edilmesi kamu idaresinde hangi yetkinin kim tarafından kullanılacağı noktasında bir karmaşa ve belirsizlik oluşturur ve bu ortaya çıkan öngörülemez durumun hukuki güven ilkesi ile bağdaşması mümkün gözükmemektedir.[117] Bu durumda, herhangi bir idari işlem için kullanılacak yetkinin herhangi bir makam tarafından talep edilmesi halinde kullanılabildiği ve böylece bir iptal nedeni olan yetkisizlik gerekçesinin ortadan kalktığı bir ortam doğacaktır.

Bunun yanında idari makamlara verilen yetkiyle beraber bu yetkiyi başka makamlara devredebilme hakkının da verilmesi durumunda yetkiyi kullanma veya devretme arasındaki tercihi de takdir yetkisi olarak yorumlayan yazarlar vardır.[118] Diğer bir ifadeyle, bir makama verilen yetki ile birlikte bu yetkiyi alt kademelere devredebilme hakkı da verilmişse (bu hak verilmemişse sahip olduğu yetkiyi söz konusu makamın kendisi kullanmak zorundadır) ilgili makamın yetkiyi kullanma veya devretme arasında kullanacağı seçim hakkı takdir yetkisine sahip olduğunu gösterdiği savunulmaktadır.

ii. Sebep Unsuru ile Takdir Yetkisi İlişkisi

İdari işlemin sebep unsuru bazen açık şekilde belirlenmiş olabilir; bazen birden fazla seçenek sunulmuş olabilir; bazen de "görülen lüzum", "genel ahlak", "kamu yararı" gibi anlamı geniş olan kavramlar sebep olarak gösterilmiş olabilir. İlk durum haricindeki durumlarda idarenin takdir yetkisi bulunduğu ifade edilse de özellikle son durumda idarenin yapmış olduğu işleme meşru bir gerekçe bulması ve kavramı hizmetin gereklerine göre yorumlaması gerekmektedir.[119]

[117] Nilay Arat Özkaya, *Türk İdare Hukuku'nda İdarenin Hukuk Sınırları İçinde Hareket Serbestisi*, 1. Baskı, İstanbul, 2015, s.101
[118] Şükrü Karatepe, *a.g.e.,* s.95
[119] Şükrü Karatepe, "İdarenin Takdir Yetkisi", *Türk İdare Dergisi*, S.392, 1991, 63-121, s.99-100

Her ne kadar idarenin sebep unsuru üzerinde takdiri yetkisi olduğu genel kabul görse de burada idarenin mutlak iradesinden yani verilerden yoksun, salt serbest seçme özgürlüğünden söz edilemez. Çünkü idarenin neden ile konu bağını koparmada serbestliği bulunmamaktadır. Örneğin, sözleşmesi biten personelin sözleşmeyi yenilememe noktasında takdir hakkı olmasına rağmen Danıştay yenilememe kararının ancak geçerli bir neden olması durumunda verilebileceğini hükme bağlamıştır.[120]

Bunun yanında sebep unsurunda takdir yetkisi olmadığını belirten yazarlar da vardır. Gözler, kanunun idareyi harekete geçirecek sebebi belirtmesi halinde bu çerçevede hareket etmesi gerektiği; bu durumun olmadığı ikinci seçeneğin ise idareyi harekete geçirecek "kamu düzeni", "milli güvenlik" ve "genel sağlık" gibi belirsiz kavramların idarece yorumlanmasının takdir yetkisi değil ancak "değerlendirme marjı" sayılabileceğini ifade etmiştir.[121] Buna rağmen genel anlamda işlemin sebep unsurunda idarenin takdir yetkisi olabileceği kabul edilmektedir.

iii. Şekil Unsuru ile Takdir Yetkisi İlişkisi

İdarenin işlem ve eylemlerinde düzenli, objektif ve güvenli bir şekilde hareket etmesi öncelikle belirlenmiş şekil kurallarına uyması ile gerçekleştirilebilecektir.[122] Kamu hukukunun bir cüzü olan idare hukukunda da gerçekleştirilecek işlemlerin belirli şekil kuralları izlenerek yerine getirilmesi öngörülür.[123]

Kanun koyucu tarafından belirlenen şekil kurallarına uymak zorunda olan idare, özellikle idari işlemin şeklinin belirtilmediği durumlarda ise yine takdir yetkisine sahip olmadığı ve idari işlemlerin kural olarak yazılı şekle tabi olduğu ileri sürülmektedir.[124]

---

[120] Onur Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler*, 4. Baskı, Ankara, 2018, s.564
[121] Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, C.1, 3. Baskı, Bursa, 2019, s.1063; Emin Memiş, *Genel İdare Hukuku Notları*, 1.Baskı, İstanbul, 2014, s.254
[122] Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku*, 8. Bası, Ankara, C.2, s.393
[123] Fatih Kırışık, *Kamu Yönetiminde İdarenin Takdir Yetkisi Kullanımı ve Yargısal Denetimi*, 2016, s.27
[124] Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, C.1, 3. Baskı, Bursa, 2019, s.1062

Her ne kadar idari işlemlerin yapılış usulünü genel olarak kurallaştıran bir mevzuattan kaynaklanmasa da işlemin taraflarını koruması ve Anayasal temele sahip olması bakımından bu kuralı genel olarak kabul etmek gerekmekle birlikte; hak ve özgürlüklere bir kısıtlama getirmeyen, yararlandırıcı bir nitelik taşıyan ve sürelerle ilgili usul koşullarını kapsamayacak durumlar özelinde şekil unsurunda da sınırlı bir takdir yetkisi savunulabilir.[125] Mesela, bir yardım fonu oluşturulmuş ve fakat bu yardımın hangi şekilde yapılacağına dair detaylar belirlenmemişse idare temel bir araştırma yapma ve bazı mercilerin görüşüne başvurma konusunda takdir yetkisine sahiptir. Dolayısıyla yardımın yapılmasına ilişkin şekil kuralları emredilmemişse idarenin belli bir şekle uyma yükümlülüğünden bahsedilemez.[126] Yine idarenin uygulayabileceği sınav yöntemine ilişkin bir belirleme yok ise idare yazılı veya sözlü sınav yapmada takdir yetkisine sahiptir.[127] Fakat söz konusu örnekler çok sınırlıdır ve idari işlemlerde esas olan şeklin belirli olmasıdır. Bu durum ve ihtiyaç kendisini özellikle idari işlemlerle ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıklarda göstermekte ve taraflar ispatlarını somut belgeler üzerinden yapmaktadırlar.

iv. Konu Unsuru ile Takdir Yetkisi İlişkisi

Bir idari işlemin konusu, o idari işlemin doğurması gereken hukuki sonuç olup, bu sonuç maddi veya hukuki olabilir. Hatta birçok zaman hukuki işlem maddi işlemin esasını, maddi işlem ise hukuki işlemin sonucunu teşkil eder.[128]

İdare makamlarınca gerçekleştirilecek idari işlemin hukuk dünyasında ortaya çıkaracağı sonuç olan konu unsuru, idare hukukçularının hepsi tarafından idarenin takdir yetkisine sahip olduğu savunulan yegâne unsurdur. Kanun koyucu bazı durumların ortaya

[125] Nilay Arat Özkaya, *Türk İdare Hukuku'nda İdarenin Hukuk Sınırları İçinde Hareket Serbestisi*, 1. Baskı, İstanbul, 2015, s.104
[126] Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, 3. Bası, İstanbul, C.I, 1966, s.425-426
[127] İsmet Giritli, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner, Kahraman Berk, *İdare Hukuku*, 5. Baskı, İstanbul, 2012, s.116
[128] Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, 3. Bası, İstanbul, C.I, 1966, s.311

çıkması halinde idarenin belli bir pozisyon almasını ve işlem yapmasını zorunlu kılmayabilir ve takdir ederse işlemi gerçekleştirir veya gerçekleştirmez. Bunun yanında bazı durumlarda ise idarenin varacağı sonucu birkaç seçenek arasından seçme şansı vardır. Bu iki durumda idarenin konu unsurunda takdir yetkisine sahip olduğu söylenebilir.[129] Bunun haricinde idarenin ortaya koyacağı kararın belli olması durumunda ancak o sonucun doğmasını sağlayacak; aksi halde hukuka aykırı davranmış olacaktır.[130] Diğer bir ifadeyle bağlı yetkinin dışına çıkmış olacaktır. Gözler de konu unsurunda sağlanan seçim serbestisini takdir yetkisi olarak kabul etmekte, hem sebep hem de konu unsurunun kanun tarafından belli hale getirilmesini bağlı yetki olarak değerlendirmektedir.[131]

Sonuç olarak idari işlemlerde konu sonuçtur ve takdir yetkisinin en bariz görünümü idarenin karşılaştığı durumun veya talebin sonucuna yönelik seçim hakkının bulunmasıdır. Ortaya çıkacak maddi olayın hangisi olacağına yönelik idareye bir seçim hakkı verilmişse idare işlemin ortaya çıkaracağı sonucu gerekli gördüğü yönde belirleyerek takdir yetkisini kullanır.

v. Amaç Unsuru ile Takdir Yetkisi İlişkisi

Bütün idari işlemlerin ortak unsuru ve ayırt edici özelliği amaçlarının kamu yararı olmasıdır.[132] Bu nedenle, idare ajanlarının gerçekleştirecekleri işlemlerin sonucunda ulaşmayı hedefledikleri amacın kamu yararından başka, şahsi veya siyasi bir çıktı olması kabul edilemez.[133] Bu şekilde ortaya çıkacak bir sonuç gayrı meşrudur ve hukukilik vasfından yoksundur.[134] Burada değerlendirme idari işlemin amaç unsurundaki hukuka

[129] Nilay Arat Özkaya, *Türk İdare Hukuku'nda İdarenin Hukuk Sınırları İçinde Hareket Serbestisi*, 1. Baskı, İstanbul, 2015, s.116
[130] Fatih Kırışık, *Kamu Yönetiminde İdarenin Takdir Yetkisi Kullanımı ve Yargısal Denetimi*, 2016, s.31
[131] Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, C.1, 3. Baskı, Bursa, 2019, s.1064
[132] Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, 3. Bası, İstanbul, C.I, 1966, s.426
[133] Jülide Gül Erdem, "Danıştay Kararları Işığında İdarenin Takdir Yetkisi Kavramı", (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, 2013), s.200
[134] Sıddık Sami Onar, a.g.e., s.426

uygunluk işlemi gerçekleştiren kamu görevlisinin niyetiyle değil; ortaya çıkan sonucun hukuka uygunluğu ile ölçülür.[135] Dolayısıyla kamu görevlisi şahsi başka bir amaç güdüyorsa dahi bunu açıklamamış ve sonuç kamu yararının şartlarını taşımışsa; yani şahsi gizli amaç ile kamu yararı içeren görünürdeki amaç işlem özelinde örtüşmüşse işlem kamu yararı doğrultusunda gerçekleşmiş denilebilir. Örneğin, bir amir şahsi kini olan bir memura devamsızlığı dolayısıyla düşük sicil vermişse, devamsızlık yapan bir memura düşük sicil notu verilmesi kamu yararı amacının yerine gelmesini sağlamış fakat bu amirin şahsi amacıyla örtüşmüştür.[136]

İdari makamın kamu yararından başka bir amaç güdebileceğinin yani işlemin amaç unsurunda takdir yetkisine sahip olunduğunun ileri sürülmesi söz konusu işlemin meşruluğunu dahi sorgulamayı gerektirir.[137] İdarenin güttüğü amacın hissi, siyasi veya kişisel olduğunu ispatlayabilecek olayların ortaya çıkarılması amaç unsuru bakımından sakatlığı ve yetki saptırmasını ifade edebilir -ki bu ihtimal amaç unsurunu sınırlandırmayı değil; amaç unsuru bakımından takdir yetkisini sınırlandırmayı gerektirmektedir.[138]

vi. İdari İşlemin Unsurlarının Takdir Yetkisi Açısından Genel Değerlendirmesi

İdari işlemin hangi unsurlarında idarenin takdir yetkisi bulunduğu konusunda da literatürde ortak bir görüş bulunmamaktadır. Sadece sebep unsurunda; sebep ve konu unsurunda; sadece konu unsurunda takdir yetkisi vardır diyen yazarlarla karşılaşılmıştır.

Her hukuk öznesinde olduğu gibi idarenin de sahip olduğu kuralı ve kuraldaki kavramları yorumlama davranışı idari işleme ilişkin bir takdir yetkisine sahip olduğunu göstermese de neden ve konu öğelerinde kullanılan belirsiz kavramların yorumlanması

[135] Şükrü Karatepe, "İdarenin Takdir Yetkisi", *Türk İdare Dergisi*, S.392, 1991, 63-121, s.98
[136] Jülide Gül Erdem, a.g.e., s.199
[137] Şükrü Karatepe, "İdarenin Takdir Yetkisi", *Türk İdare Dergisi*, S.392, 1991, 63-121, s.98
[138] Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, 3. Bası, İstanbul, C.I, 1966, s.436

yetkiye takdiri nitelik kazandırabilir.[139] Buradaki yorum idarenin sübjektif yorumunu değil; toplum tarafından kabul görmüş objektif yorumu ifade etmekle beraber bu defa belirsiz kavramın toplumca kabul görmüş bir yorumu olup olmadığı sorunu ortaya çıkmaktadır.[140] Soyut normun sebep ve konu unsurlarının haricindeki unsurlarına içerik kazandırmak için yorum yapılması söz konusu unsurlar hakkında idarenin takdir yetkisi olduğu anlamına gelmemektedir.[141]

İdarenin yetki kullanımıyla ortaya çıkacak konu genellikle sebebe bağlı şekilde gösterildiğinden sebep ile konu arasındaki bu yakın ilişki hukuk kuralarının genelde sadece sebep veya sadece konu içerecek şekilde ortaya çıkmamasını doğurur. Fakat birden fazla konunun bir sebebe bağlı seçenekler halinde sunulması mümkündür.[142]

Ayrıca idari işlemin unsurları haricinde gerçekleştirilecek işlem veya eylemin yeri ve zamanı, hangi araçlarla gerçekleştirileceği gibi hususlarda da idareye geniş bir takdir yetkisi bırakılmıştır. Özellikle kamusal ihtiyaçların sınırsız fakat kaynakların sınırlı olduğu günümüzde idari makam hangi ihtiyacı ne zaman ve nasıl yerine getireceği konusunda bir tercih sıralaması oluşturabilir.[143]

Son olarak takdir yetkisinin bulunduğu durumlar şu şekilde basitleştirilebilir:

- Çerçevesi düzenlemelerle belirlenmiş fakat içeriği bazı imkansızlıklar nedeniyle bilerek idareye bırakılmış bir idari usul varlığı,
- İdareye söz konusu idari usulü tayin etmede tanınan serbesti,
- İdareye herhangi bir kararı alma konusunda tanınan serbesti,
- İdareye farklı çözümleri seçme konusunda tanınan serbesti,

[139] Onur Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler*, 4. Baskı, Ankara, 2018, s.544
[140] Sinan Seçkin ve Gül Üstün, "İdari İşlemlerde Takdir Yetkisi ve Gerekçe İlkesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, S.21, 2016, 509-534, s.514
[141] Onur Karahanoğulları, a.g.e., s.544
[142] Şükrü Karatepe, "İdarenin Takdir Yetkisi", *Türk İdare Dergisi*, S.392, 1991, 63-121, s.101
[143] Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, C.1, 3. Baskı, Bursa, 2019, s.1067

- İdareye yetkiyi kullanış usulünü seçmede tanınan serbesti.[144]

7) Bölüm Sonu Değerlendirmesi

Bu bölümde, son kısımda idarenin takdir yetkisine ilişkin yorumlarının değerlendirileceği Kamu İhale Kurumu kararlarına geçmeden önce idarenin takdir yetkisine ilişkin literatürdeki hususlara yer verilmeye çalışılmıştır. Görüldüğü üzere idarenin takdir yetkisine ilişkin farklı uygulamaların ve tartışmaların günümüzde güncelliğini koruması akademik olarak da açıklamasını bulmaktadır. Çünkü kavramı tanımlama, kapsamının belirlenmesi, sınırının ne olduğu ve idari işlemin hangi unsurunda bulunduğu konularında farklı görüşler mevcuttur. Farklılıklar gerek ortaya çıkan çeşitli idari işlemlerin gerekse yargı kararlarının akademisyenler tarafından değerlendirilmesi sonucunda ortaya çıkmaktadır.

Bütün bu farklılıklara rağmen tanımların ortak özelliklerinden idarenin takdir yetkisinin ne olduğuna ilişkin ortalama bir tanıma ulaşılabilir ve idarenin takdir yetkisinin kanunların vermiş olduğu sınırlar içerisinde idare tarafından birden fazla seçenekten birini tercih edip etmeme yetkisi olduğu söylenebilir. Zira tüm farklılıklara rağmen tanımlarda bazı ortak özellikler ortaya çıkmaktadır.

Ayrıca kavramın diğer benzer kavramlardan farklarının neler olduğu da ayrı bir başlık altında değerlendirilerek literatürdeki yerinin daha net olarak belirlenmesine katkı sağlanmaya çalışılmıştır. Bu doğrultuda, idarenin takdir yetkisi ile hükümet tasarrufları, olağanüstü yönetim yetkileri, yerindelik ve hakimin takdir yetkisi arasındaki ayrımlara değinilmiştir. Özellikle yerindelik kavramı ile takdir yetkisi kavramları arasındaki ilişki hususi önem arz etmektedir. Yerindelik kavramı idarenin bir karar alırken o eylem veya işlemin çeşitli seçenekler arasından ihtiyaca uygunluğunu değerlendirerek bir seçimde

[144] Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 2019, s.109

bulunabilir. Yapmış olduğu seçim ise en uygun görülen seçim olarak kabul görür ve bunun yargı yerince denetlenmesi en başta anayasal olarak mümkün değildir. Yapmış olduğu seçimin hukukiliğinin denetlenmesi ise takdir yetkisini doğru kullanıp kullanmadığına ilişkin bir değerlendirmedir. Yargı yerleri ancak idarenin gerçekleştirdiği işlem veya eylemi bu yönüyle, yani hukuk sınırları içerisinde kalıp kalmamak yönünden inceleyip değerlendirme sonucunda hukuk dışı bulursa iptal edebilir. Yerindelik ile takdir yetkisi arasındaki söz konusu ince sınır veya yakın ilişki nedeniyle çeşitli yargı kararları sonrasında tartışma çıkabilmektedir. İdare yargının yerindelik denetimi yaparak yetki alanını daralttığını ileri sürerken; yargı yerleri kararlarında idarelerin takdir yetkilerini aşarak hukuk dışı alana çıktıklarına yer verebilmektedir. Bu nedenle idarenin takdir yetkisinin kapsamına, sınırlarına ve benzerlerinden farklılıklarına değinmek özellikle önem içermektedir.

Ele alınan bölümde takdir yetkisinin sınırına da değinilmiş kanunun hükmünü açıkça belirttiği, kanunun amacının dışına çıkıldığı, başka makamın yetkisinin kullanıldığı, kamu yararının gözetilmediği gibi durumların idarenin takdir yetkisi kapsamına dahil edilemeyeceği de ortaya konulmuştur. Kanunun idarenin hareket yönünü açıkça belirttiği durumlarda idarenin artık takdir yetkisinden bahsedilemeyeceği açıklanmıştır. Zira, bu durumda yapılacak işlem bağlı yetki içerisinde kalmıştır. Öte yandan, bu bölümde kamu yararı da takdir yetkisine bir sınır olarak belirtilmiştir. Daha detaylı olarak ise işlemin amaç unsurunda değerlendirilmiş ve idarece gerçekleştirilen her işlemin amacının kamu yararı olması gerektiği, kamu yararı haricinde başka bir amaçla idarenin işlem tesis edemeyeceğinin altı çizilmiştir. Ayrıca düzenleyici işlemlerde diğer işlemlerde idarenin takdir yetkisinin görünümüne de değinilmiştir.

İdarenin takdir yetkisinin kapsamına neler girdiği de yine bu bölümde değerlendirilmiştir. Konu hem işlemin türü hem de unsurları açısından ele alınmıştır. İşlemin hangi unsurunda takdir yetkisi olup olmadığı konusunda her ne kadar görüş birliği

olmasa da literatürde genel bir uzlaşı mevuttur: İdari işlemin 5 unsurundan özellikle sebep ve konu unsurunda takdir yetkisi olduğuna yönelik görüş ağırlık kazanmaktadır. Bu iki unsur haricindeki unsurlarda takdir yetkisi olmadığına ilişkin görüş birliği vardır. Farklılık bazı yazarlar tarafından takdir yetkisinin hem sebep hem de konu unsurunda değil de sadece sebep unsurunda veya sadece konu unsurunda bulunduğunu ileri sürmelerinden kaynaklanmaktadır. Diğer bir ifadeyle, idari işlemin amaç unsurunda takdir yetkisi olduğuna dair herhangi bir görüş bulunmamaktadır.

B. KAMU İHALE KURUMU

1) Kamu İhale Kurumu Öncesi Durum

1980 sonrası dönemde neoliberal iktisat politikaları sonucunda ekonomik ve mali özgürleşme reformlarıyla ticaretin ve sermayenin serbestleşmesi, yabancı yatırımlara cazip bir atmosfer oluşturulması, özelleştirmelerin yapılması, devletin ekonomideki tekel yetkilerinin kaldırılması ve kamunun yatırımlarının azaltılmasına yönelik politikalar uygulanmıştır. Böylelikle devlet piyasadan sermaye lehine çekilmiş, fiyat kontrollerinden vazgeçmiş ve bunun sonucunda piyasanın genel kapitalist üretim ilişkileri çerçevesinde işlemesini sağlamak üzere devlete düzenleyici rolü biçilmiştir.[145] Bu sayede küçültülmüş devlet anlayışı hakim hale getirilerek "devletin baskıcı ve otoriter" özelliğinden de kurtulunmuş olunacaktır.[146]

Fakat, bu yeni düzenleyici devlet sisteminde faaliyet gösteren şirketlerin rekabeti bozucu uygulamalara girişmesi; yani kartel oluşturmaları, mal sağlamayıp boykot etmeleri, bağlama anlaşmaları yapmaları, fahiş veya yıkıcı fiyat koymaları ve benzeri uygulamaları piyasada oluşacağı düşünülen fiyatları ve faydaları ortadan kaldırdığı için anılan piyasa bozucu uygulamalar rekabet kuralları ile yasaklanmıştır.[147] Çünkü serbest piyasa ekonomisi kendisine özel bir ekonomik düzen öngörmekte ve bu düzenin ihlali durumunda devlet tarafından müdahale ile eski durumun sağlanması gerektiğini savunmaktadır. Bu ise klasik kamu düzeninden başka, rekabet kurallarını piyasada koruyan bir ekonomik kamu düzenini ortaya çıkarmıştır.[148]

---

[145] Ahmet Fatih Özkan, "Ekonomik Kamu Düzeni ve Ekonomik Kolluk Faaliyeti", *Ankara Barosu Dergisi*, S.4., 2009, 75-94, s.84
[146] Nagehan Talat Aslan, Yönetimin Yeni Yapı Taşları: Bağımsız İdari Otoriteler: "Yavru Leviathanlara Doğru", *Sosyal Siyaset Konferansları*, S:59, 2010/2, 25-49, s.30
[147] Ahmet Fatih Özkan, a.g.e., s.80
[148] Ahmet Fatih Özkan, a.g.e., s.76

Bu doğrultuda, benimsenme sürecine 1980'li yıllarda başlanan ve Avrupa Birliği'ne giriş süreci ile hızlanan serbest piyasa ekonomisinin gerektirdiği ekonomik sisteme geçiş için özellikle 90'lı yıllarda kurulan birçok yeni kuruma düzenleyiciler olarak ihtiyaç duyulmuştur.[149] Değişen devlet unsuru artık bakanlıkların değil; piyasada gözetim işlevini üstlenecek üst kurulların dönemini başlatmıştır.[150] Çünkü devlete yeni düzenleyici sistemde biçilen rol bir hakem olmasıdır ve aynı anda hem hakem hem de oyuncu olunmasının doğru olmayacağı fikriyle devlete bağımlılığı olmayan yeni kurumların kurulması gerekmektedir.[151] Söz konusu kurumları anlatmak için literatürde ve mevzuatta üst kurul, bağımsız idari otorite, düzenleyici ve denetleyici kurum, ilişkili kuruluş gibi çeşitli isimler kullanılmaktadır.

Düzenleyici ve denetleyici kurumlar doğrudan liberal ekonomi politikalarının bir sonucudur ve kendilerinden önceki kurum örgütlenmelerine de benzememektedirler. Devletin piyasadan çekilmesi sonucunda ortaya çıkan boşluğu dolduracak ve liberal bir anlayışta seyretmesi beklenen piyasayı bu doğrultuda düzenleyecek bir misyon ile yüklenmişlerdir[152].

Bunun yanında söz konusu kurumların kurulması, gelişen ve değişen teknolojinin meydana getirdiği yeni idari durumun klasik yönetsel ve yargısal metotlarla örgütlenmesinin ve denetlenmesinin mümkün olmamasına ve siyasilere olan güvensizliğin bir sonucu olarak finans gibi hassas sektörlerde iktidarın etkisinin tarafsızlık açısından sorunlu bulunmasına da bağlanmıştır.[153]

---

[149] Ahmet Fatih Özkan, "Ekonomik Kamu Düzeni ve Ekonomik Kolluk Faaliyeti", *Ankara Barosu Dergisi*, S.4., 2009, 75-94, s.84

[150] Birgül Ayman Güler, Kamu Yönetimi Temel Kanunu Üzerine, *Hukuk ve Adalet – Eleştirel Hukuk Dergisi*, S.2, 2004, s.8

[151] Ali Ulusoy, *Bağımsız İdari Otoriteler*, 1. Bası, Ankara, 2003, s.25

[152] Nagehan Talat Aslan, Yönetimin Yeni Yapı Taşları: Bağımsız İdari Otoriteler: "Yavru Leviathanlara Doğru", *Sosyal Siyaset Konferansları*, S:59, 2010/2, 25-49, s.27

[153] Ali Ulusoy, a.g.e., s.6

Çeşitli değişiklikler ve düzenlemeler sonucunda kapatılan ve yeni kurulan Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu III sayılı cetvelde sayılmış olup, şunlardır: Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, Sermaye Piyasası Kurulu, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu, Kamu İhale Kurumu, Rekabet Kurumu, Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu, Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Nükleer Düzenleme Kurumu, Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumu.

2) Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar

Düzenleyici ve denetleyici kurumlar, görevlerinin kapsamına dahil edilen alanla ilgili düzenleme, denetleme ve yol gösterme ile yaptırım uygulama yetkilerine sahip kurumlardır. Bu özelliklerinden dolayı hizmet kolluğu, özel idari kolluk, ekonomi kolluğu gibi faaliyet yürüttükleri de ileri sürülmüştür.[154] Söz konusu kurumların diğer kamu kurum ve kuruluşlarından ayırt edilmelerini sağlayan en temel iki özelliği idari olarak bağımsız olmaları ile regülasyon fonksiyonuna sahip olmalarıdır. Bağımsızlığı ise; organlarının üzerinde idari makamların ya da siyasi mercilerin klasik anlamda idari denetim yetkisinin bulunmadığı organik bağımsızlık ile işlem ve eylemlerinin üzerinde bunların geçersiz sayılması, onaya tabi tutulması veya yürürlüğünün geciktirilmesi gibi doğrudan bir yetkiye sahip olunmadığı fonksiyonel bağımsızlıktan ileri gelir. Regülasyon özellikleri ise söz konusu kuruluşların piyasada "oyuncu" olarak değil bir düzenleyici olarak regüle etmesinden doğar[155].

Söz konusu iki özellikler sadece basit birer yapısal değişiklik değil; önemli bir anlayış değişikliğinin yansımasıdır. Meşruiyetini halktan alan ve demokratik

[154] Bekir Mustafa Yılmaz, *Kamu Alımlarında İdari Deneyim,* Ankara, 2007, s.123
[155] Ali Ulusoy, *Bağımsız İdari Otoriteler*, 1. Bası, Ankara, 2003, s.15-18

mekanizmalar ile devredilen yönetimlerden bağımsız olan ve yine yönetimin işlevi olan regülasyon özelliğini elde eden bu kurumlara ekonomik düzene karşı ortaya çıkabilecek tehditlerin kaynağının ne olduğuna bakmaksızın koruma görevi verilmiştir. Diğer bir ifadeyle, bu koruma siyasi iktidarlardan gelecek tehditlere karşı korumayı da içermektedir.[156] Bu yönüyle regülasyonun yasama, yürütme ve yargının birbirini dengelediği sistemin de ötesine giderek siyasi iktidarı kendi erki olan yürütmenin içinde de sınırlandırmak anlamına geldiği de belirtilmektedir.[157]

Nitekim regülasyona yüklenen anlam sadece koruma yönüyle de sınırlı olmamakta, ülkemizin de üye olduğu OECD tarafından eğitim, çevre, sağlık ve sosyal güvenlik ve benzeri pek çok kamu politikasının amacına ulaşmak için temel enstrümanlarından da biri olarak sunulmaktadır.[158] Her ne kadar söz konusu uluslararası kuruluş tarafından pek çok kamu politikası sayılmış olsa da özellikle "piyasa düzenleme" işlevleri ile "ekonomik ve sosyal" konularda idarelerin sahip olduğu pek çok kural koyma, karar alma ve aldıkları kararları uygulama yetkileri kendilerine verilmiş ve yürütmeye karşı da korunmuşlardır.[159] Dolayısıyla, hem halkın belirlediği siyasi iktidarı dahi sınırlandırması hem de bir kamusal faaliyete ilişkin harekete geçip geçmemedeki inisiyatifi elde etmesi bakımından değerlendirildiğinde regülasyon kurumları olan düzenleyici ve denetleyici kurumlar lehinde önemli bir güç ve yetki değişimi olduğu söylenebilir. Diğer bir ifadeyle, kamu siyasası uygulama görev ve yetkileri siyasi iktidardan bağımsız olarak kurgulanan düzenleyici ve denetleyici kurumlara doğru kaydırılmış olmaktadır.

---

[156] Nagehan Talat Aslan, Yönetimin Yeni Yapı Taşları: Bağımsız İdari Otoriteler: "Yavru Leviathanlara Doğru", *Sosyal Siyaset Konferansları*, S:59, 2010/2, 25-49, s.31

[157] Ali Ulusoy, *Bağımsız İdari Otoriteler*, 1. Bası, Ankara, 2003, s.29

[158] M. Tamer Müftüoğlu ve H. Baha Karabudak, İktisadi Politikalar Bağlamında Hukuki Düzenleme (Regülasyon) Üzerine Düşünceler, *Rekabet Dergisi,* S:11, 2002, s.3

[159] Taner Ayanoğlu, Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Düzenleme Yetkisi ve TAPDK Örneği, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası,* 2007, C: LXV, S:1, 39-84, s.48-49

Bağımsızlık yönünden ise öncelikle söz konusu kurumlar kamu tüzel kişiliği ile donatılmış kurumlardır. Dolayısıyla kendilerine ait bir bütçeleri olduğu ve kamu gücü ayrıcalıklarına sahip oldukları anlamına gelmektedir.

Ayrıca kurumun yanında kurumdaki karar alıcıların –kurul üyelerinin- bağımsızlığı asıl önemi ihtiva etmektedir. Kurul üyelerinin bağımsızlığı ise özellikle görevden alınma korkusu içerisinde olmadan karar almalarını da içermektedir. Bu doğrultuda, ülkemizde kurul üyelerinin görevden alınabilmeleri objektif kriterlere bağlanmış; "suç işleme, üyeliğe atanma koşullarını yitirme ve görevle bağdaşmayan işlerle uğraşma" gibi sebeplerin ortaya çıkması durumunda kurul üyelerinin görev süreleri dolmadan görevlerinden alınabilecekleri düzenlenmiştir.[160]

Bunun sonucunda düzenleyici ve denetleyici kurumların genel yapı ve işleyişleri çerçevesinde şu ortak özelliklere sahip olduğu söylenebilir:

- Kendine özgü bir organizasyon olan bu kurumlar merkezi idare içerisinde yer almazlar ve kamu tüzel kişiliğine sahiptirler.
- Organik bakımdan bağımsız olan bu kurumların görevli personeli hakimler için belirlenen teminatlara benzer güvenceler ile donatılarak siyasi baskı ve etkiden uzak tutulmaları amaçlanmıştır.
- İşlevsel olarak da bağımsız olan düzenleyici ve denetleyici kurumlar merkezi veya mahalli idarelerin ya da hizmet yerinden yönetim kuruluşlarının hiyerarşisi içinde bulunmamaktadırlar. Bu durumun idarenin bütünlüğü ilkesini zedelememesi için çeşitli Bakanlıklarla "ilişki"lendirilmişlerdir.
- İdari ve mali yönden özerktirler ve kendi özel gelirleri bulunmaktadır.

[160] Demet Akdeniz, Türkiye'de Hukuki ve İdari Açıdan Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Bağımsızlığına İlişkin Değerlendirme, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S:57, 2018, s.14

- Söz konusu kurumlar doğrudan kamusal hizmet ifa etmez; ilgili oldukları alanda verilen kamu hizmetlerini düzenler ve denetlerler. Hukuka aykırı gördükleri davranışlar nedeniyle yaptırım uygulama yetkileri vardır.[161]

Söz konusu kurumların belirtilen özelliklerinin yanı sıra görülen çeşitli sakıncaları da mevcuttur. Örneğin, düzenleyici ve denetleyici kurumların idarenin içinde yer almasına rağmen seçilmiş siyasi iktidarca denetlenememesinin ortaya çıkardığı siyasi meşruluk sorunudur. Dolayısıyla tüm toplumu ilgilendiren kararları alacak bazı kurumlar halkoyu ile belirlenen mekanizmanın dışına çıkarılmış olmaktadır. Fakat bu durum hemen kabullenmiş ve herhangi bir kriz ortaya çıkmamış da değildir. Siyasiler dönem dönem bu kurumların özerkliğinden yakınmışlardır. Örneğin, 2001 yılında dönemin koalisyon hükümeti başbakanı üst kurullar için başlarına buyruk hareket ettiklerinden ve siyasi iktidarın bu kurumlara söz geçiremediğinden yakınmıştır.[162] Üstelik bu durum sadece koalisyon hükümeti gibi nispeten hassas iktidarlarda değil tek başına iktidarda da yaşanmış, bu defa 2004 yılında başbakan tarafından Kamu İhale Kurumu işleri yavaşlatmakla itham edilmiştir.[163]

Yine bunun bir sonucu olarak, idari açıdan bağımsız olan bu idari organlar yine idarenin başındaki birimlerin vesayet denetiminde dahi olmaması idarenin bütünlüğü ilkesini yaralamaktadır. İdarenin bütünlüğü ilkesi tanımlanmış bir ilke olmadığından kurulacak en küçük bir ilişki bu ilkenin gerçekleştirildiği anlamını vereceğinden her bir düzenleyici ve denetleyici kurum bir bakanlık ile ilişkilendirilmiştir.[164] Buna rağmen üst kurullar arasında "ilişkili" kavramının kullanılmadığı ve bakanlıklarla aralarındaki

[161] Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 2019, s.296
[162] Ali Ulusoy, *Bağımsız İdari Otoriteler*, 1. Bası, Ankara, 2003, s.67
[163] Turan YILMAZ, "Kamu İhale Kurumu bize kan kusturuyor", Hürriyet Gazetesi, 2004, Erişim: 06/12/2019 http://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/kamu-ihale-kurumu-bize-kan-kusturuyor-284949
[164] Ali Ulusoy, a.g.e., s.32-37

ilintinin "ilgili" olarak kurulduğu üst kurullar da mevcuttur. Kurumların ilişkili veya ilgili görüldükleri bakanlıklar ise aşağıda belirtilmiştir.

Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, Kültür ve Turizm Bakanlığı'nın *ilgili* kuruluşu.[165] Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı'nın *ilişkili* kuruluşu; Sermaye Piyasası Kurulu, Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu Hazine ve Maliye Bakanlığı'nın *ilgili* kuruluşları, Kamu İhale Kurumu, Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumu yine Hazine ve Maliye Bakanlığı'nın *ilişkili* kuruluşları; Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu ve Nükleer Düzenleme Kurumu için Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın *ilişkili* kuruluşları; Rekabet Kurumu, Ticaret Bakanlığı'nın *ilişkili* kuruluşu; son olarak Kişisel Verileri Koruma Kurumu ise Adalet Bakanlığı'nın *ilişkili* kuruluşu olarak belirlenmiştir.

3) Kamu İhale Kurumu'nun Kuruluşu

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun getirdiği idari denetim mekanizmasının en önemli değişiklik ve yeniliklerinin başında Kamu İhale Kurumu gelmektedir. Yukarıda bahsedildiği üzere piyasa faaliyetlerinin bağımsız otoritelerce denetlenmesi yönündeki eğilimin sonucu olarak kamu alımları ile ilgili kurumlar da bazı ülkelerde mevcut kurumlar yenilenerek bazı ülkelerde ise tamamen yeniden kurularak oluşturulmuştur.[166]

1984 yılında Avrupa Topluluğu Bakanlar Konseyi tavsiye kararıyla ve 2001 yılında ise Dünya Bankası'nın Ülke İhale Değerlendirme Raporu'nda ihalelere ilişkin iyileştirilmiş bir şikayet/denetim mekanizmasının kurulması gerektiği vurgulanmıştır.[167] Daha sonra daha somut olarak ise söz konusu idari denetim mekanizması ülkemizde

[165] RTÜK, Bakanlık tarafından internet sitesinde "bağlı ve ilgili" kuruluşlar arasında gösterilirken; Devlet Teşkilatı Merkezi Kayıt Sistemi'nde (kaysis.gov.tr) "koordine" kuruluşlar arasında gösterilmiştir.
[166] Bekir Mustafa Yılmaz, *Kamu Alımlarında İdari Deneyim*, Ankara, 2007, s.128
[167] Atilla İnan, *İhale Hukuku Ders Notları*, 2011, s.75

03/05/2001 IMF Niyet Mektubu ile gündeme gelmiş ve ihale kanununun 15/10/2001 tarihine kadar TBMM'ye sunulması, IMF'nin takip eden gözden geçirmesinde "yapısal bir kriter" olarak yer almıştır.[168] Sonuç olarak, 04/01/2002 tarihinde kabul edilerek 01/01/2003 tarihinde yürürlüğe giren 4734 sayılı Kanunun en önemli yeniliklerinden biri de ihalelerde idari denetim konusunda yetki ve görevi haiz Kamu İhale Kurumu'nun kuruluşu olmuştur.[169]

KİK'in kurulma amacı kamu kaynaklarının kullanımında etkinliği ve verimliliği temin etmek ve ekonomideki kamu alımları katkısının seviyesini maksimum düzeye çıkarmaktır.[170] KİK, bağımsız idari otoriteler arasında olup, kamu tüzel kişiliğine sahip, idari ve mali yönden özerk bir kurumdur.

KİK'in başlıca görevlerinin, ihale sürecinin başlangıcından sonu olan sözleşme aşamasına kadar geçen sürede idare tarafından gerçekleştirilen işlemlerin ihale mevzuatına uygunluğuna ilişkin şikayetleri incelemek ve sonuçlandırmak, kamu ihalelerine uygulanması gereken mevzuatı, standart dokümanlar ile tip sözleşmeleri hazırlamak, geliştirmek ve uygulamaya yardımcı olmak, ihaleye katılmalarına yasak getirilenlerin kayıtlarını tutmak sayılabilir.[171] Bu anlamda Kamu İhale Kurumu'nun diğer birçok üstkuruldan farklı olarak geniş anlamda regülasyon otoritesi olduğu söylenebilir.[172] Zira, KİK'in görev alanı sadece belli bir sektörü ilgilendirmemekte; yatay olarak bütün sektörleri kesebilmektedir.

---

[168] Sonay Bayramoğlu, *Yönetişim Zihniyeti – Türkiye'de Üst Kurullar ve Siyasal İktidarın Dönüşümü*, 2. Baskı, İstanbul, 2010, s.324
[169] Atilla İnan, *İhale Hukuku Ders Notları*, 2011, s.76
[170] Cevdet Bozkurt, "4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun Son Değişiklikler (5812 Sayılı Kanun) de Dikkate Alınarak Genel Bir Değerlendirmesi", *Denetişim Dergisi*, S.2., 2009, s.62
[171] Burcu Zernişan, "Kamu İhale Süreçlerinin Uyuşmazlık Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C.74-1, 2019, s.114
[172] Ali Ulusoy, *Bağımsız İdari Otoriteler*, 1. Bası, Ankara, 2003, s.12

4) Kamu İhale Kurumu'nun Türk İdare Teşkilatındaki Yeri

Kamu İhale Kurumu özelinde olmasa da düzenleyici ve denetleyici kurumların idare teşkilatı içerisindeki konumu tartışılan konular arasında yer almıştır. Tartışmanın temel kaynağı Türk idare teşkilatının merkezi yönetim, mahalli yönetim ve kamu kurumları şeklinde örgütlendiği ve Anayasa'nın bunlar haricinde bir örgütlenmeye izin vermediğinden yola çıkılarak düzenleyici ve denetleyici kurumların konumunun kamu kurumları kategorisi olacağı savunulurken; bir kısım yazarlar da bu kurumların hizmet yerinden yönetim kuruluşları olduğunu ileri sürmüşlerdir.[173]

Öte yandan düzenleyici ve denetleyici kurumlar ile devlet tüzel kişiliği arasında kurulan bağ genelde "ilişkili" kuruluş kavramı üzerinden temellendirilmiştir. Diğer bir deyişle düzenleyici ve denetleyici kurumlar devlet tüzel kişiliğinden bağımsız olarak kamu tüzel kişiliğine sahip ve ayrı bütçeleri olan kurumlardır.[174] Düzenleyici ve denetleyici kurumlar ile devlet tüzel kişiliği arasında kurulan ilişkinin adı her ne kadar "ilişkili" olarak belirlenmişse de bu kavramın ne ifade ettiğinin tespiti kolay değildir. Çünkü, "ilgili" ve "bağlı" kavramları mevzuatımızda tanımlanmış olmasına rağmen "ilişkili" kavramı için aynı şeyi söylemek mümkün değildir.[175] Danıştay bir kararında[176] ilgili ve ilişkili kavramları arasında fark görmediğini belirtse de, 2575 sayılı Danıştay Kanunu'na getirilen bir yenilikle düzenleyici ve denetleyici kurumların verdiği kararların yargı denetimini yapmak için Danıştay'da ayrıca bir daire belirlenmiş olması, esasında uygulamada yasa yapıcının ve de Danıştay'ın bu iki kavram temelinde bir farklılık olduğunu kabul ettiklerini göstermektedir.[177]

---

[173] Bekir Mustafa Yılmaz, *Kamu Alımlarında İdari Deneyim,* Ankara, 2007, s.121-122
[174] Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, C.1, 3. Baskı, Bursa, 2019, s.380
[175] Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku*, 8. Bası, Ankara, C.2, s.319
[176] Danıştay 1. Daire 24/10/2002 tarihli E:2002/156 ve K:2002/167 sayılı kararı
[177] Ahmet Fatih Özkan, "Ekonomik Kamu Düzeni ve Ekonomik Kolluk Faaliyeti", *Ankara Barosu Dergisi*, S.4., 2009, 75-94, s.86

Sonuç olarak, bir Düzenleyici ve Denetleyici Kuruluş olan Kamu İhale Kurumu da Maliye Bakanlığı ile ilişkili bir kurumdur ve merkezi Ankara'da yer almaktadır. Hiçbir organ, makam, merci ve kişiden kararlarına etki edecek emir ve talimat da alamaz.

5) Kamu İhale Kurumu'nun Organizasyon Yapısı

Kamu İhale Kurumu başkanlık ile diğer hizmet birimlerinden oluşmaktadır. Kurumun teşkilatı, çalışma usulleri ve esaslar, hizmet birimlerinin neler olduğu ve bu hizmet birimlerine hangi görev, yetki ve sorumlulukların bırakıldığı, personelinin sayısı, unvanı ve sahip olması gereken niteliklerle beraber atanması, mali ve sosyal hakları Kamu İhale Kurumunun Teşkilatı ile Kurum Personelinin Mali ve Sosyal Hakları, Çalışma Usul ve Esasları Yönetmelik ile düzenlenmiştir.[178]

6) Kamu İhale Kurulu

a. Kamu İhale Kurulu Üyeleri

Kamu İhale Kurumu'nun karar organı Kamu İhale Kurulu'dur. Kurul, biri başkan, biri ikinci başkan olmak üzere dokuz üyeden oluşur. Üyelerin en az dört yıllık hukuk, iktisat, siyasal bilgiler, işletme, iktisadi ve idari bilimler, mimarlık ve mühendislik fakülteleri veya bu fakültelere denkliği yetkili makamlar tarafından kabul edilen yurtdışı yükseköğretim kurumlarında eğitim görmüş olması şarttır[179] ve hepsi Cumhurbaşkanı tarafından atanır. Kurul Başkanı, KİK'in de başkanıdır. Kurullar, üstkurulların olmazsa olmazı değildir. Diğer bir ifadeyle bütün üstkurulların karar organının kurul olması zorunlu olmamakla birlikte bu örgütlenmenin en özgün ve karakteristik özelliklerinden birisi bu kurumların karar organı olarak kurullara sahip olmalarıdır.[180]

---

[178] Melih Akyurt, "Kamu İhale Kurumu'nun Kuruluşu, Organik Yapısı, İşleyişi Ve İşlevsel Özellikleri" (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2012) s.56-57
[179] Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, C.1, 3. Baskı, Bursa, 2019, s.146
[180] Ali Ulusoy, *Bağımsız İdari Otoriteler*, 1. Bası, Ankara, 2003, s.11

b. Kamu İhale Kurulu'nun Atanma ve Görev Süresi

Bağımsız İdari Otoritelerin bağımsız ve kararlarında siyasi etkilerden uzak olmasının bir gereği olarak üyelerinin belirli sürelerle seçilmesi, söz konusu görev süresi boyunca görevlerinden alınamaması ve bir kez üye seçilenin tekrar seçilememesi gibi koşullar öngörülmüştür. Bahsedilen koşullardan özellikle üyeliğe tekrar seçilme durumu Kamu İhale Kurumunda mümkün değilken ve bu yönüyle organik anlamdaki tek bağımsız Düzenleyici ve Denetleyici Kuruluş olarak belirtilirken;[181] daha sonra yapılan değişikliklerle Kamu İhale Kurumu üyelerinin tekrar seçilmeleri önündeki engel kaldırılmıştır. Düzenleyici ve denetleyici kurumların üyelerine tekrar seçilebilme imkanı tanınması ülkemizdeki bu kurumların eleştiriye en çok açık özellikleri olarak değerlendirilmiştir.[182]

Başkan ve üyelerin aylıkları Cumhurbaşkanı tarafından belirlenir. Belirlenen üyeler, Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu önünde görev yaptıkları süre boyunca tarafsız ve dürüst olacaklarına, mevzuat hükümlerini ihlal etmeyeceklerine ve ettirmeyeceklerine dair yemin ederek görevlerine başlayabilirler.[183]

Kurul, başkan veya başkan yok ise ikinci başkanın çağrısı ile üye tam sayısı ile toplanır ve kararlarını çoğunlukla alır. Şayet oylar eşit ise başkanın görüşünün olduğu taraf çoğunlukta sayılır. Kurul üyelerinin çekimser oy kullanmaları mümkün değildir.

c. Kamu İhale Kurulu'nun Görev ve Yetkileri

i. Düzenleme Görev ve Yetkisi

Kuruluş kanunları ile kendilerine sorumlu oldukları alana ilişkin geniş bir düzenleme yetkisi verilen bağımsız idari otoriteler, bu yetki ile genel ve soyut nitelikte

[181] Bekir Mustafa Yılmaz, *Kamu Alımlarında İdari Deneyim*, Ankara, 2007, s.127
[182] Ali Ulusoy, *Bağımsız İdari Otoriteler*, 1. Bası, Ankara, 2003, s.16
[183] Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, C.2, 3. Baskı, Bursa, 2019, s.146

kurallar koyabilmektedirler. Verilen bu yetkinin bir sonucu olarak düzenleme alanında yer alan sektörlere yönelik kuruluş kanunlarıyla da uyumlu olmak şartıyla çeşitli ikincil mevzuat çıkarabilmektedirler.[184] Örneğin, itirazen şikayet başvuru yöntemine ilişkin KİK bir takım kurallar koyabilir fakat idarenin kural koymadaki çerçevesi üst normlarla sınırlıdır.[185]

Ayrıca tezin konusu özelinde ihale şartnameleri de idareler tarafından hazırlanan kural koyucu işlemlerdir ve dolayısıyla ihale edilecek işle ilgili özellikler, yöntem, süreç ve daha sonraki yapılış şekli bu kural koyucu işlemler ile düzenlenir.[186]

ii. Denetleme Görev ve Yetkisi

Anayasasın 167. maddesi ile devlete verilen para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarını inceleme ve denetleme görevi ve yetkisinin bir sonucu olarak, idare teşkilatı bu görevini düzenleyici ve denetleyici kurumlar eliyle gerçekleştirmektedir.[187]

İhale sürecindeki idarenin işlem ve eylemleri icrai olsalar da ilke olarak nihai işlem olarak değerlendirilip idari yargı konusu yapılamazlar. Öncelikle idari başvuru süreçlerinin tamamlanması ve bunun sonucunda verilen kararın yargı konusu yapılması gerekmektedir. İşte bu idari başvuru süreçleri şikayet ve itirazen şikayet başvurularıdır.[188] Fakat zorunlu başvuru yolu olan şikayet ve itirazen şikayet sadece Kamu İhale Kanunu kapsamındaki ihale işlemleri açısından gereklidir. Bu nedenle Devlet İhale Kanunu gibi diğer kanunlarda öngörülen ihalelerle veya Kamu İhale Kanunu'nda istisnalar arasında sayılan ihalelerle ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıklar için de bu idari denetim yolarının

[184] Ahmet Fatih Özkan, "Ekonomik Kamu Düzeni ve Ekonomik Kolluk Faaliyeti", *Ankara Barosu Dergisi*, S.4., 2009, 75-94, s.89
[185] Onur Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler*, 4. Baskı, Ankara, 2018, s.98
[186] Onur Karahaoğulları, a.g.e., s.184
[187] Ahmet Fatih Özkan, a.g.e., s.90
[188] Aziz Taşdelen, "Kamu Harcama İhalesi Sürecinde İhale ve Sözleşme Aşamaları ile Bu Aşamaların Yargı Yolları Ayrımını Belirleyici Rolü", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C.69, S.1-2, 2011, s.48

tüketilmesi zorunlu değildir.[189] Yasa koyucu kanunun idari denetimle ilgili maddelerinin gerekçesinde ihalelerle ilgili uyuşmazlıkların yargı aşaması öncesinde çözülebileceğini ve böyle bir uygulamanın uluslararası mevzuata uygun olacağı değerlendirilmiştir. Bunun yanında Kamu İhale Kanunu kapsamındaki bütün ihalelere ilişkin işlemlere yönelik de zorunlu idari başvuru yolu öngörülmemiş, istisnasına da yer verilmiştir. İdareler tarafından re'sen iptal edilen ihalelerde menfaati ihlal edilenler yine idari başvuru yolunu kullanabilecekleri gibi doğrudan yargı yoluna da başvurabilirler.

Öte yandan, uyuşmazlıkların mahkemelerde çözüme kavuşturulması zaman açısından uzun, mali açıdan ise pahalı bir yol olduğu için sorunların idarenin dinamik yapısı içerisinde hukuk sınırlarında kalarak çözülebilmesi daha tercih edilen bir yöntemdir. Zira, idarenin işlemin yapılmasında takdir hakkı ve öncelikleri mevcuttur ve bu takdir hakkıyla mahkemeye başvurmadan uyuşmazlığın çözümü sağlanabilir.[190]

Son olarak, idari çözüm yolları olarak da adlandırılabilecek şikayet ve itirazen şikayet yollarına ancak sözleşme öncesi işlemler için başvuru imkanı vardır. Dolayısıyla sözleşme imza edildikten sonra artık mümkün olan yol ancak yargısal çözümdür.[191]

Kamu İhale Kurumu'na Başvuru Şartları

Her iki idari başvuru için başvuranın ihale aşamasına katılması ve bu aşamada bir menfaat ihlalinin doğması koşulları aranmıştır. İhale aşamasına katılımdan "istekli", "istekli olabilecek" ya da "aday" olması gerektiği anlaşılmaktadır. İstekli, teklif veren tedarikçi, hizmet sunucusu veya yapım müteahhidini; istekli olabilecekler, ihalenin konusu alanda faaliyette bulunan ve ihale veya ön yeterlik dokümanı almış gerçek ya da tüzel kişileri veya oluşturdukları ortak girişimleri; son olarak aday ise, ön yeterlik için

[189] Yasin Sezer, Recep Emre Kalkan ve Mustafa Emre Şahin, *Kamu İhale Hukuku Dersleri*, 1.Baskı, Ankara, 2017, s.254
[190] İlhami Öztürk, "Kamu İhale Kanununda Düzenlenen Şikâyet ve İtirazen Şikâyet Başvuru Sürelerinin Hukuki Niteliği", *Ankara Barosu Dergisi*, S.3, Y.67 2009, s.131
[191] Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, C.2, 3. Baskı, Bursa, 2019, s.143

başvuran gerçek ya da tüzel kişiyi veya bunların oluşturdukları ortak girişimleri ifade etmektedir.[192] İdareye şikayet veya itirazen şikayet başvurusunda bulunabilecek kişilerin başvuru yapacakları hususlar sahip oldukları sıfata göre farklılık arz etmektedir. Diğer bir ifadeyle aday, istekli ve istekli olabileceklerin şikayet veya itirazen şikayet edebilecekleri hususlar ihalenin farklı süreçlerinde ortaya çıkmış farklı konulara ilişkin olacaktır. Aday ve istekliler ihale sürecindeki tüm işlem ve eylemleri idari denetim mekanizmasına konu edebilecekken; istekli olabilecekler ancak ihale ilanı ile ön yeterlik dokümanında yer alan hususlara ilişkin şikayet veya itirazen şikayet başvurusunda bulunabileceklerdir.[193] Bunun yanında, ikinci koşul olarak başvuru yapacak kişilerin şikayet veya itirazen şikayette bulunacakları işlemlerden "hak kaybı", "zarara uğrama" veya "zarara uğrama ihtimali" olacak şekilde etkilenmeleri gerekmektedir. Bu da başvuracak kişinin menfaat ihlalinin bulunması koşuluna işaret eder.[194]

Öte yandan aynı kişinin birden çok ihale için; birden çok kişinin ise tek bir ihale için tek dilekçe ile başvuru yapması mümkün değildir.[195] Bir dizi pusulasıyla birlikte sunulması gereken belgelerin elden veya posta ile gönderilmesi mümkündür. Aşağıdaki belirtilenler ise dilekçelerde bulunması gereken, eksiklik olması ve henüz başvuru süresinin dolmamış olması halinde tamamlanabilecek hususlardır:

- Başvuru sahibinin, varsa vekil ya da temsilcisinin adı, soyadı veya unvanı ve adresi,
- İhaleyi yapan idarenin ve ihalenin adı veya ihale kayıt numarası,
- Başvuruya konu olan durumun farkına varıldığı veya bildirildiği tarih,
- Başvurunun konusu, sebepleri ve dayandığı deliller,

[192] Kamu İhale Kanunu Tanımlar başlıklı 4 üncü maddesi
[193] Bekir Mustafa Yılmaz, *Kamu Alımlarında İdari Deneyim*, Ankara, 2007, s.153
[194] Yasin Sezer, Recep Emre Kalkan ve Mustafa Emre Şahin, *Kamu İhale Hukuku Dersleri*, 1.Baskı, Ankara, 2017, s.267
[195] Cevdet Bozkurt, "4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun Son Değişiklikler (5812 Sayılı Kanun) de Dikkate Alınarak Genel Bir Değerlendirmesi", *Denetişim Dergisi,* S.2., 2009, s.69

- İtirazen şikâyet başvurularında idareye yapılan şikâyetin ve varsa şikâyete ilişkin idare kararının bildirim tarihi.

Ayrıca başvurucunun talebi doğrultusunda ihalenin iptali, ihalenin iptalinin iptali veya düzeltici işlem tesis edilmesi başvuranın haklarını koruyan kararlar olduğu ve bu kararlar aleyhine dava açmada menfaati olmadığı için yargı yerine başvurması da mümkün değildir.[196]

İdareye şikayet başvurusu yapmak her zaman imkan dahilinde değildir. Başvuru ihale sürecindeki şikayet edilmek istenen işlem ya da eylemin farkına varıldıktan sonra veya farkına varılması gereken tarihten sonra 10 gün içerisinde yapılmalıdır. Bu süre, Kanunun 21. maddesinin birinci fıkrasının (b) ve (c) bentleri kapsamında yapılan ihalelerde 5 gündür. Fakat, ihale veya ön yeterlik dokümanına karşı yapılacak başvurular, yukarıda belirtilen süreleri aşmamak üzere başvuru veya teklif sunulmadan önce en geç ihale veya son başvuru tarihinden 3 iş günü öncesine kadar mümkündür. İtirazen başvuru süresi ise, şikayet ve itirazen şikayet başvuruları sonrasında idare tarafından verilen kararın iptal kararı olması durumunda 5 gün; diğer durumlarda ise 10 gündür.[197]

İhaleyi Gerçekleştiren İdareye Şikayet Başvurusu

Yukarıda idareye şikayet edebilme koşullarına ilişkin genel bilgilere yer verilmiştir. İlave olarak denilebilir ki, idareye şikayet başvurusuna açık ihale, belli istekliler arasında ihale ile pazarlık usulü süreçlerinde başvurulabilir; bir ihale usulü olmaktan çıkarılan doğrudan temin usulüne karşı şikayet ve itirazen şikayet başvuru yollarına gidilemeyecektir.[198] Öte yandan, şikayet edilebilecek hususlar doğrudan ihale

[196] Aziz Taşdelen, "Kamu Harcama İhalesi Sürecinde İhale ve Sözleşme Aşamaları ile Bu Aşamaların Yargı Yolları Ayrımını Belirleyici Rolü", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C.69, S.1-2, 2011, s.52
[197] Ozan Can, *Kamu İhale Hukuku*, 2.Baskı, Ankara, 2019, s.88
[198] Bekir Mustafa Yılmaz, *Kamu Alımlarında İdari Deneyim*, Ankara, 2007, s.150-151

süreci ile ilgili olmalı, doğrudan ilgili olmayan ve idare ile ihale komisyonunun etkisi dışında olan işlemlerin şikayetin konusu olması mümkün değildir.[199]

Şikayet başvurusunda idare incelemeyi ön inceleme ve esas inceleme olarak iki aşamalı gerçekleştirir. Ön inceleme aşaması şikayet başvurusunun gerekli şartları taşıyıp taşımadığına ilişkin bir süreçtir ve sonucunda şartların taşındığına karar verilirse esas incelemeye geçilir. Gerekli şartlar ise; başvurunun sözleşme imzalanmadan önce yapılmış olma koşulu, başvurunun süresi içinde yapılmış olma koşulu ve başvurunun öngörülen usule göre yapılma koşuludur.[200]

İdareye şikayet başvurusu yapıldığı takdirde şikayet süreci sonlanana kadar sözleşme imzalanamaz. Bu nedenle, şikayet başvurusu yapılması halinde itirazen şikayet başvurusu yapılabilecek kanuni süre olan 10 günlük sürenin tükenmesini bekleyerek ve KİK'e itirazen şikayet başvurusu yapılıp yapılmadığı sorgulanarak sözleşme imzalanması gerekmektedir. Fakat sözleşme imzalanamıyor oluşu, idari başvurunun ihale sürecini durdurduğu anlamına gelmez; ihale işlemleri sözleşme yapılması aşamasına kadar devam edebilmektedir.[201]

Kamu İhale Kurumu'na İtirazen Şikayet Başvurusu

İtirazen şikayet yolu, ihalenin başlangıç aşamasından idare ile istekli arasında sözleşme imzalanmasına kadar geçecek süre içerisinde idarenin yaptığı işlemlerde ilgili mevzuat kurallarına aykırılık iddiasının şikayet yolunda reddedilmesi veya idarece verilen cevabın yeterli görülmemesi sonucunda başvurulan yoldur. İdarelerin işlem ve kararlarına karşı yapılan şikayet başvuruları idarelerin yine kendileri tarafından değerlendirildiği için genelde etkili ve objektif bir sonuç vermediği; bu nedenle alanında

[199] Bekir Mustafa Yılmaz, *Kamu Alımlarında İdari Deneyim*, Ankara, 2007, s.153
[200] Yasin Sezer, Recep Emre Kalkan ve Mustafa Emre Şahin, *Kamu İhale Hukuku Dersleri*, 1.Baskı, Ankara, 2017, s.263
[201] Aziz Taşdelen, "Kamu Harcama İhalesi Sürecinde İhale ve Sözleşme Aşamaları ile Bu Aşamaların Yargı Yolları Ayrımını Belirleyici Rolü", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C.69, S.1-2, 2011, s.51-52

uzmanlaşmış ve bağımsız bir kurum tarafından yapılacak incelemenin daha yerinde olduğu savunulmaktadır.[202]

Nasıl ki idari denetim yolları tamamlanmadan yargıya başvurulamıyorsa şikayet yoluna başvurulmadan da itirazen şikayet yoluna başvurulamamaktadır.[203] Ayrıca burada zorunlu idari denetim mekanizmalarını atlayıp doğrudan yargıya başvurulması durumunda ise klasik idari merci tecavüzü uygulamasına göre hareket edilip, başvuru idareye gönderilse de mahkemeye başvuru zamanı idareye başvuru tarihi olarak kabul edilmez, mahkemenin gönderdiği dosyanın idareye ulaştığı tarih başvuru tarihi olarak kabul edilir ve bu tarih başvuru süresinin sonrasında ise başvuru süreden reddedilmektedir.[204]

Kamu İhale Kurumu tarafından başvurunun hangi açılardan inceleneceğinin sınırları da belirtilmiştir. KİK incelemesinde başvuru sahibinin iddialarını, idarenin şikayet sonucunda aldığı karardaki hususları ve itiraz edilen konularda eşit muamele ilkesinin ihlal durumunu ele alır. Öte yandan, şayet yapılan şikayet veya itirazen şikayet sonucunda idare tarafından ihalenin iptaline karar verilmişse, KİK bu durumda sadece idarenin iptal gerekçeleriyle sınırlı olarak bir inceleme yapar.[205] Söz konusu sınırlar Kanunun ilk halinde yer alan sınırlamalar değildir. 20/11/2008 tarihli ve 5812 sayılı Kanunun 23. maddesi ile Kamu İhale Kurumu'nun re'sen inceleme yetkisi kaldırılmış ve yukarıdaki sınırlamalar getirilmiştir. Hatta, 2012 yılında Danıştay 13. Dairesi tarafından Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvuru ile söz konusu sınırlamanın Anayasa'nın 2. ve 125. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülerek somut norm denetimi başvurusunda bulunulmuştur. Başvuruda,

[202] Şefika Başdaş ve Dursun Ali Demirboğa, "Kamu İhalelerinde Başvuru Yolları ve Usul Ekonomisi", *Kamu İhale Hukukunda Temel Konular*, Kamu İhale Kurumu Yayınları, 2014, s.180
[203] Yasin Sezer, Recep Emre Kalkan ve Mustafa Emre Şahin, *Kamu İhale Hukuku Dersleri*, 1.Baskı, Ankara, 2017, s.255
[204] Yasin Sezer, Recep Emre Kalkan ve Mustafa Emre Şahin, *a.g.e.*, s. 257
[205] Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, C.2, 3. Baskı, Bursa, 2019, s.144

> "… iptali istenilen düzenleme ile ilgililer tarafından ihale sürecindeki işlem veya eylemlerin hukuka aykırılığı iddiasıyla Kamu İhale Kurumuna yapılan itirazen şikayet başvurularının, başvuru sahibinin iddiaları ile idarenin şikayet üzerine aldığı kararda belirlenen hususlar ve itiraz edilen işlemler bakımından eşit muamele ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususu ile sınırlı olarak incelenmesi öngörülerek **Kamu İhale Kurumunun yapacağı incelemenin kapsamının sınırlandırıldığı, bu durumun yargı mercii tarafından yapılan incelemenin kapsamını da daralttığı**, yargı yetkisinin kısıtlanmasının ihale sürecindeki hukuka aykırı kimi işlem ve eylemlerin yargı denetiminin kapsamı dışında kalması sonucunu doğurduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2.[206] ve 125.[207] maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür."

Söz konusu dava sonucunda Anayasa Mahkemesi ise, dava konusu kanun maddesi ile KİK'in inceleme alanının sınırlandırıldığı, Kurul'a başvuracak kişiler açısından böyle bir sınırlandırmanın olmadığı, ilgililer ihale sürecinde gerçekleştirilen her işlem ve eyleme karşı her türlü gerekçe ile dava açabileceğinden herhangi bir işlem veya eylemin yargı denetimi dışında tutulduğu iddiası yerinde görülmeyerek reddedilmiştir.[208]

Öte yandan, bu durumun ciddi sayılabilecek ve medyada yer almış iddiaları KİK'in re'sen inceleyemeyecek olmasının olumsuz sonuçlar doğuracağı da literatürde yer bulmuştur.[209]

Kamu İhale Kurumu Tarafından Verilen Kararların Türleri

Başvurular sonucunda ihaleyi gerçekleştiren idare veya Kamu İhale Kurumu gerekçesini de belirterek,

- İhale sürecinin devam etmesine engel oluşturacak ve düzeltici işlemle giderilemeyecek hukuka aykırılığın tespit edilmesi halinde ihalenin iptaline,
- İdare tarafından düzeltme yapılması yoluyla giderilebilecek ve ihale sürecinin kesintiye uğratılmasına gerek bulunmayan durumlarda, düzeltici işlem belirlenmesine,

[206] Madde 2: "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir."
[207] Madde 125: "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. (…)"
[208] Anayasa Mahkemesi'nin 10/07/2013 tarihli, E:2012/66 ve K: 2013/85 sayılı kararı
[209] Cevdet Bozkurt, "4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun Son Değişiklikler (5812 Sayılı Kanun) de Dikkate Alınarak Genel Bir Değerlendirmesi", *Denetişim Dergisi,* S.2., 2009, s.71

- Başvurunun süre, usul ve şekil kurallarına uygun olmaması, usulüne uygun olarak sözleşme imzalanmış olması veya şikayete konu işlemlerde hukuka aykırılığın tespit edilememesi veya itirazen şikayet başvurusuna konu hususun KİK'in görev alanında bulunmaması hallerinde başvurunun reddine,

karar verir.

İdareye şikayet başvurusunda olduğu gibi itirazen şikayet başvurusu yapıldığı takdirde de bu başvuruya ilişkin KİK tarafından nihai karar verilmeden idare ile istekli arasında sözleşme imzalanması mümkün değildir.[210]

Her ne kadar KİK kararları mahkeme kararı olmasa da idare bu kararları uygulamak zorundadır. Kararların uygulanmaması, eksik veya yanlış uygulanması durumunda ilgililer tarafından Kurul'a başvurulabilir, böyle bir durumun tespit edilmesi halinde ise Kurul Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunabilir.[211]

iii. Yaptırım Uygulama Yetkisi

Bağımsız idari otoriteler sahip oldukları inceleme ve denetleme yetkilerinin doğal sonucu olarak sorumlu oldukları sektörde meydana gelecek kamu düzeni bozukluklarını önlemek veya ortaya çıkan aksaklıkları önceki haline döndürmek için sektörde faaliyet gösteren firmalara kanunlarından belirtilen yaptırımları uygulayabilmektedirler.[212] Bu anlamda ihalelere ilişkin ortaya çıkan şikâyetlerin incelenmesi ve mevcut anlaşmazlıkların çözümü için yetkili kılınan KİK tarafından ortaya konulan kararlar da bağlayıcı özelliğe sahiptirler.[213] İdari cezalar olan yaptırımların genel cezalarla karıştırılmaması da gerekmektedir. İdari cezalar idarenin düzenine uygun olmayan

[210] Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, C.2, 3. Baskı, Bursa, 2019, s.144
[211] Atilla İnan, *Kamu İhale Hukuku Ders Notları*, 2011, s.157
[212] Ahmet Fatih Özkan, "Ekonomik Kamu Düzeni ve Ekonomik Kolluk Faaliyeti", *Ankara Barosu Dergisi*, S.4., 2009, 75-94, s.90
[213] Burcu Zernişan, "Kamu İhale Süreçlerinin Uyuşmazlık Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C.74-1, 2019, s.114

davranışların yaptırımı olarak uygulanan ve idari düzenin tesisini amaçlayan cezalar iken; toplum düzenine karşı olarak ortaya çıkan ve kanunlar tarafından suç olarak tanımlanan eylemlere cevap olarak uygulanan cezalar toplumsal düzenin sağlanmasını amaçlamaktadır.[214]

İhaleler kamu ve özel sektörün mali bir ilişki içerisine girdikleri temel alanlardan biridir ve bu nedenle rüşvet, adam kayırmacılık, yolsuzluk gibi etik olmayan uygulamaların görülebileceği ve sistemin verimli işlememesine neden olabileceği bir süreçtir. Bu nedenle, KİK, yasak fillerde veya davranışlarda bulunan kişi veya kurumlar hakkında yasaklama yaptırımı uygular ve ayrıca hakkında yasaklama kararı verilenlerin kayıtlarını tutar.[215] Bu sayede, ihale yetkilisi tarafından ihale kararı uygulanmadan önce ihaleyi kazanan istekli ve varsa en ekonomik ikinci teklif sahibi KİK'ten sorularak söz konusu yasaklama listesinde yer alıp almadığı öğrenilir ve bu listede yer almamaları sonucunda ihale onaylanır.

Genel olarak KİK'in görevleri özetlenirse;

- İhale başlangıç aşamasından sözleşmenin imza anına kadar olan sürede idarenin gerçekleştirdiği işlemlerin ilgili mevzuata uygun olmadığına dair şikayetleri incelemek ve karara bağlamak,
- Hem 4734 hem de 4735 sayılı Kanunlara ilişkin bütün mevzuatı, standart olarak belirlenmiş ihale dokümanları ile tip sözleşmeleri hazır hale getirmek, gerektiğinde geliştirmek ve uygulamayı yönlendirmek,
- İhale mevzuatına dair eğitimler vermek, hem ulusal hem de uluslararası düzeyde koordinasyonu sağlamak,

[214] Metin Günday, *İdare Hukuku*, 7. Baskı, 2003, Ankara, s.202
[215] Burcu Zernişan, "Kamu İhale Süreçlerinin Uyuşmazlık Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C.74-1, 2019, s.123

- Gerçekleştirilen ihaleler ve imzalanan sözleşmelerle ilgili belirlenen şekilde bilgi toplamak ve çeşitli başlıklarda istatistikler derleyip yayımlamak,
- Hakkında ihalelere katılmaktan yasaklananların kayıtlarını tutmak,
- Araştırma ve geliştirme faaliyetleri yapmak,
- İhalelerin ilanı ile ilgili usulleri belirlemek, basılı olarak veya elektronik ortamda Kamu İhale Bülteni yayımlamak,
- Ülkemizin yerli isteklilerinin diğer ülkelerde yapılacak ihalelere katılmalarına yabancı ülkelerce engel olunması durumunda o ülkelerin isteklilerinin de ülkemiz ihalelerinde istekli olabilmelerini engelleyici tedbirleri almak ve bu konuda düzenlemelerin oluşturulması için gerekli merciilere teklifte bulunmak,
- Kurumun bütçesi ve kesin hesabı ile raporlarını yıllık olarak hazırlamak, bütçenin uygulanmasını, gelirlerin elde edilmesini ve giderlerin yapılmasını sağlamaktır.[216]

7) Kamu İhale Kanunu

22/01/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu genel gerekçesinde özet olarak alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa gibi işler hem kamu harcaması yapılması hem de kamuya gelir sağlanması ile ilgili oldukları için tek bir düzenleme olan 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun çatısı altında düzenlenmesinin uygulamada çeşitli sorunları ortaya çıkardığı, harcama yapıcı ve gelir getirici ihalelerin kendilerine özgü niteliklerinin yer aldığı ve böylelikle ihtiyacı karşılayacak olan ayrı kanunların düzenlenmesinin gerektiği yer almıştır. Söz konusu gerekçelendirmeye rağmen gri alanlar da mevcuttur. Bir idarenin kat karşılığı inşaat işlerin 4734 sayılı Kanuna mı yoksa 2886 sayılı Kanuna mı tabi olacağı net değildir. Zira bir inşaat yapım işi olduğu için Kamu İhale Kanunu'na tabi gibi görünmektedir fakat kat karşılığı olan inşaat işlerinde idarenin kasasından bir

[216] Atilla İnan, *Kamu İhale Hukuku Ders Notları*, 2011, s.77-78

harcama yapılmamakta ve hatta idare taşınmaz bir mal edinmektedir. Gelir getirici bu yönünden dolayı Devlet İhale Kanunu'na tabi olduğu da söylenebilir. Nihayet Kamu İhale Kurumu, söz konusu işlerin kamu harcamasını gerektirmediği ve bütçeden ödenek kullanımını gerektirmediği için 4734 sayılı Kanun kapsamında olmadığına karar vermiştir.[217] Kanun, 1 Ocak 2003 tarihi itibarıyla uygulamaya geçmiştir.

Öncelikle belirtilmesi gerekir ki Kamu İhale Kanunu genel bir ihale usulü kanunu değildir çünkü düzenlenecek bütün idari sözleşmelere bu kanunun uygulanması söz konusu değildir. Fakat, en yoğun kullanılan iki özel ihale usulü kanunundan biri olduğu söylenebilir.[218]

Ayrıca ülkemizin Dünya Ticaret Örgütü ile olan ilişkileri ve Avrupa Birliği'ne üyelik sürecindeki ülkemize yönelik değerlendirmeler de 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun yetersiz olduğunu ve yeni bir düzenlemeye ihtiyaç duyulduğunu ileri sürmüştür.[219] Bu nedenle, 4734 sayılı Kanun'un hazırlık aşamasında Birleşmiş Milletler, Dünya Bankası ve OECD tarafından önerilen UNCITRAL Model Kanunu'nun temel kaynak olarak kullanılmasının yanı sıra Avrupa Topluluğu ihale Direktifleri'nin, Dünya Bankası'nın ihale süreçlerinin ve Dünya Ticaret Örgütü'nün ilgili hükümlerinden de bazı ilkeleri yansıtır.[220]

Son olarak Kanun kapsamında olan idareler 2. maddede tek tek sayılmaktadır: 1. Genel ve özel bütçeli kamu idareleri ile il özel idareleri ve belediyeler; bu kamu idarelerine bağlı döner sermayeli kuruluşlar, birlikler ve tüzel kişiler; 2. Kamu iktisadî kuruluşları ile kamu iktisadî teşebbüsleri; 3.) Sosyal güvenlik kuruluşları, fonlar, özel kanunlarla kurulmuş ve kendilerine kamu görevi verilmiş tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar

[217] Abdullah Uz, "İhale Konusu Hukuki İşlemler Bakımından 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nun Kapsamı ve Gelir/Hasılat Paylaşımı Uygulaması: İddaa Örneği", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.57, S.1, 1301-1308, 2008, s.188
[218] Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, C.2, 3. Baskı, Bursa, 2019, s.108
[219] Arif Köktaş, Fatih Karaosmanoğlu, Veysel K. Bilgiç, "Kamu İhaleleri ve Etik*", Yolsuzluğun Önlenmesi İçin Etik Projesi Akademik Araştırma Çalışması,* 2009, s.11
[220] Arif Köktaş, Fatih Karaosmanoğlu, Veysel K. Bilgiç, a.g.e., s.12

ile bağımsız bütçeli kuruluşlar; 4. Önceki bentlerde belirtilenlerin doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip oldukları her çeşit kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketler; 5. 4603 sayılı kanun kapsamındaki bankalar.[221] Kapsamdaki idarelerin ihalelerde saydamlık, rekabet, eşitlik, güvenirlik, gizlilik, kamuoyu denetimi ile kaynakların verimli kullanılmasını sağlamaları gerekirken; doğrudan ya da dolaylı da olsa ihaleye fesat karıştırmak, isteklileri herhangi bir tereddüde düşürmek, ihaleye katılmayı engellemek, rekabeti ya da ihale sonucunda verilecek kararı etkilemek, sahte belge veya teminat vermek, istisnalar haricinde birden fazla teklif vermek, ihaleye katılamayacaklardan olunmasına rağmen ihaleye katılmak ise yasaklı fiiller olarak belirlenmiştir.[222] Sayılan idareler ise, mal ve hizmet alımları, yapım işleri, kiralama (kiraya alma) ve taşıma işleri bakımından bu kanun kapsamında yer almaktadır.[223]

8) Kamu İhale Usulleri

4734 sayılı Kanunun çıkarılma gerekçelerinden biri de ihalelere ilişkin uluslararası uygulamalara paralel bir sistem kurgulamak için açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü, pazarlık usulü ve doğrudan temin olmak üzere dört ihale usulü belirlemektir. Doğrudan temin daha sonra bir ihale yöntemi olmaktan çıkarılmıştır.

İhale usulünün belirlenmesi rekabet ilkesiyle doğrudan bağlantılıdır. Tekliflerin çok sayıda olabilmesi ve dolayısıyla kaynakların verimli kullanılması ihale sürecinin öncül amacı olduğundan, rekabet ortamının sağlanması gerekmektedir. Bu nedenledir ki

[221] Ancak, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu ve bu Fonun hisselerine kısmen ya da tamamen sahip olduğu bankalar, 4603 sayılı Kanun kapsamındaki bankalar ve bu bankaların doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip bulundukları şirketler ((e) bendinde belirtilen yapım ihaleleri hariç) 4603 sayılı Kanun kapsamındaki bankaların 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununa tabi gayrimenkul yatırım ortaklıkları ile enerji, su, ulaştırma ve telekomünikasyon sektörlerinde faaliyet gösteren teşebbüs, işletme ve şirketler bu Kanun kapsamı dışındadır.

[222] Ertuğrul Karatoprak, "Kamu İhalelerinde ve Sözleşme Yönetimi Süreçlerinde Görevlendirilen Kamu Personelinin Sorumlulukları", *Maliye Dergisi,* S.160, 411-422, 2011, s.413

[223] Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, C.2, 3. Baskı, Bursa, 2019, s.115

daha az rekabeti gerektiren ihale usullerinin tercih edilmesine yönelik uygun gerekçenin varlığı şarttır.[224]

Öte yandan, idarelere ihale yöntemini seçme özgürlüğü vermek veya gerçekleştirilecek işlerin türü ve miktarı bakımından belli işlere belli yöntemleri uygulamayı zorunlu tutmak bir tercihtir. Ayrıca, her yöntem için hangi teklifin kabul edileceğine ilişkin belirlenen ölçüler idareye seçme yetkisi kapsamında bir takdirilik de sağlayabilir, sınırlılık da getirebilir.[225]

a. Açık İhale Usulü

İhalelerde şeffaflık, rekabet ve eşitlik ilkelerinin doğal sonucu olarak istekliler arasında ayrım yapmaksızın ihalelere katılmada yeterliliği olan herkese ihaleye teklif verme fırsatı verilmesi esastır.[226] İşte açık ihale usulü bütün istekli olanların teklifte bulunabildikleri usuldür ve belli istekliler arasında ihale usulü ile birlikte temel ihale usulleridir.[227]

b. Belli İstekliler Arasında İhale Usulü

Temel ihale usullerinden biri olan bu ihale usulünde herkes değil; ancak ön yeterlik değerlendirmesini geçebilen belirli istekliler teklif verebilmektedir. 4734 sayılı Kanunun 20. maddesinde belirtildiği üzere her iş için değil; ancak yapım işi, mal ve hizmet alımı şayet özelliği gereği bir uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektirmesi sebebiyle açık ihale usulünün uygulanamaması ve yapım işlerinde yaklaşık maliyetin eşik değerin yarısını aşması durumlarında uygulanabilir.

---

[224] Burcu Zernişan, "Kamu İhale Süreçlerinin Uyuşmazlık Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C.74-1, 2019, s.119

[225] Onur Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler*, 4. Baskı, Ankara, 2018, s.215

[226] Hakkı Yıldırım, "Kamu İhale Hukuku'nun 21'inci Maddesinin (b) Bendinde Yapılan Düzenlemenin Değerlendirilmesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Y.6, S.12, 2018, s.726

[227] Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, C.2, 3. Baskı, Bursa, 2019, s.125

Ön yeterlik değerlendirmesi yapılan adaylardan belirtilen asgari yeterlik şartlarını sağlayamayanlar yeterli kabul edilmez ve yeterli görülmeme gerekçeleri yazılı olarak kendilerine bildirilir. Daha önceden belirtilmek kaydıyla belli sayıda veya belli bir sayı belirtmeksizin yeterli bulunanların tamamı teklif vermek üzere davet edilebilir. İhaleye davet edilebilecek yeterli aday sayısının beşten daha az veya davet edilenlerden teklif verenlerin sayısının üçten daha az olması halinde ihale iptal edilir.

c. Pazarlık Usulü

Pazarlık usulü ise Kamu İhale Kanunu'nda yer alan belirli hallerde kullanılabilir ve idare isteklilerle ihale konusu işle ilgili teknik detayları, yöntemleri ve fiyatı görüştüğü usulü ifade eder. Doğrudan temin yönteminden farklı olarak bir ihale usulü olmasına rağmen doğrudan temin gibi pazarlık usulü de idarenin ihtiyacını hızlı bir şekilde karşılama gereksiniminden doğmuştur.[228] Pazarlık usulü bir istisnadır. Diğer bir ifadeyle 4734 sayılı Kanun ihalelerin yapılması için esas ihale yöntemini açık ihale usulü olarak belirlemiş, pazarlık usulünün ise ancak belli şartlar altında uygulanabileceğini kurala bağlamıştır. Bu koşullar kanunda şöyle ifade edilmişlerdir:

- Açık ihale usulü veya belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan ihale sonucunda teklif çıkmaması.
- Doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya yapım tekniği açısından özellik arz eden veya yapı veya can ve mal güvenliğinin sağlanması açısından ivedilikle yapılması gerekliliği idarece belirlenen hallerde veyahut idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması.

[228] Cevdet Bozkurt, "4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun Son Değişiklikler (5812 Sayılı Kanun) de Dikkate Alınarak Genel Bir Değerlendirmesi", *Denetişim Dergisi,* S.2., 2009, s.67

- Savunma ve güvenlikle ilgili özel durumların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması.
- İhalenin, araştırma ve geliştirme sürecine ihtiyaç gösteren ve seri üretime konu olmayan nitelikte olması.
- İhale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin özgün nitelikte ve karmaşık olması nedeniyle teknik ve malî özelliklerinin gerekli olan netlikte belirlenememesi.
- İdarelerin yaklaşık maliyeti ellimilyar Türk Lirasına kadar olan mamul mal, malzeme veya hizmet alımları.

İkinci, üçüncü ve altıncı maddelerde belirtilen hallerde idarenin ilana çıkmasına dahi gerek yoktur. Bu durumlarda idare en az üç olmak üzere istekliler davet edilir, yeterlilik belgeleri ile fiyat teklifleri birlikte istenir.

İhaleye davet edilemeyenler ihale dokümanını alamayacaklar, ihaleye katılamayacak ve bu nedenle idari denetim yolları olan şikayet ve itirazen şikayet yollarını da kullanmaları mümkün olamayacaktır.[229] Bu ise nihai durumda bu ihalelerin gerçekten de pazarlık usulüyle yapılması gereken ihaleler olduğunu gösterecek "öngörülemeyen ve ivedi" işler kapsamında olup olmadığını yargı yolu ile denetleyemeyecekleri bir sonucu doğuracaktır.

Ayrıca, pazarlık usulü önceden öngörülemeyen ve ivedi olan durumlar için getirilmiş usullerden biridir. Bu nedenle idarelere her ne kadar bu konuda takdir yetkisi tanınmışsa da somut ihalede hangi durumların önceden öngörülemediği ve ihalenin neden ivedilik arz ettiği hususlarında açık olmaması takdir yetkisinin kullanımında keyfiliğe kaçıldığının göstergesidir.[230] Hatta Devlet İhale Kanunu'nda pazarlık usulü ihale

[229] Hakkı Yıldırım, "Kamu İhale Hukuku'nun 21'inci Maddesinin (b) Bendinde Yapılan Düzenlemenin Değerlendirilmesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi,* Y.6, S.12, 2018, s.727
[230] Hakkı Yıldırım, a.g.e., s.730

sonucunda alınan kararda pazarlığın ne suret ile yapıldığı, sunulan tekliflerin neler olduğu ve tercih edilen kişinin tercih nedeninin ne olduğunun yer alması şartı yer alırken bu husus Kamu İhale Kanunu'nda yer almamaktadır.[231]

d. Doğrudan Temin Usulü

4734 sayılı Kanundaki değişiklikle,[232] doğrudan temin usulü artık ihale usulleri arasında yer almamakta; belirtilen durumlarda, idarece davet edilen isteklilerle teknik şartların ve fiyatın müzakere edilerek ihtiyaçların doğrudan temin edildiği yöntemdir. Söz konusu yöntemde ihale yetkilisince görevlendirilen kişi en az 3 teklif alarak piyasada fiyat araştırması yapar ve ihtiyacı hızlıca temin eder.[233]

9) Kamu İhale Süreci[234]

İhale kavramı, idarenin yapacağı sözleşmelerde icaba davet ve kabul iradelerinin doğması için ve bu süreci yönetmesi için uyması gereken kuralların bütününü ifade eder.[235] Kamu ihaleleri oluşturdukları ekonomik büyüklükten dolayı ayrı ve detaylı bir süreç planlamasını gerektirmekte; bu nedenle dünya genelinde çeşitli yöntem ve uygulamalar geliştirilmektedir. Örneğin, 2018 yılında Avrupa Birliği'nde kamu alımlarının büyüklüğü ülkelerin toplam gayrisafi milli hasılalarının %14'üne tekabül etmektedir.[236] Aynı yıl için ülkemizde ise sadece 4734 sayılı Kanun kapsamında olup sözleşme bilgisi gelen ihalelerin milli gelire oranı %5,5 civarındadır. İhale kavramının Kanundaki tanımı dahi bir sürecin tanımından farksızdır: "(…) yazılı usul ve şartlarla mal

---

[231] Onur Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler*, 4. Baskı, Ankara, 2018, s.589

[232] Söz konusu değişiklik 4964 sayılı Kanun ile gerçekleştirilmiştir.

[233] Cevdet Bozkurt, "4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun Son Değişiklikler (5812 Sayılı Kanun) de Dikkate Alınarak Genel Bir Değerlendirmesi", *Denetişim Dergisi*, S.2., 2009, s.66

[234] Arif Köktaş, Fatih Karaosmanoğlu, Veysel K. Bilgiç, "Kamu İhaleleri ve Etik*", Yolsuzluğun Önlenmesi İçin Etik Projesi Akademik Araştırma Çalışması*, 2009, s.13

[235] Onur Karahanoğulları, a.g.e., s.213

[236] Aysun Gürbüz, "E-İhale Kapsamında Avrupa Birliği ve Türk Kamu Alımları'nda Dinamik Alım Sistemi'nin Karşılaştırmalı Analizi", *Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi*, C.4, S.2, 2019, s.334

veya hizmet alımları ile yapım işlerinin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve ihale yetkilisinin onayını müteakip sözleşmenin imzalanması ile tamamlanan işlemleri" ifade etmektedir (KİK Madde 4). Bir başka ifadeyle, sözleşme imzalanması öncesinde idarelerin sözleşmeyle ilgili iradelerini oluşturma yöntemine ihale adı verilmektedir.[237]

Kamunun doğan ihtiyacının karşılanması amacını ifade eden kamu alımları, kaynakların uygun koşul ve zamanda verimli bir şekilde kullanılarak gerçekleştirilmesi gereken bir silsiledir. Diğer bir ifadeyle, kamu alımlarının ihtiyacın tanımlanmasıyla başladığı, gereken kaynağın ayrıldığı, ihaleye ilişkin dokümanların hazırlandığı, ilana çıkıldığı, en elverişli teklifin belirlendiği sürecin sonunda sözleşme imzalanması ile son bulduğu bir süreç olduğu anlamına gelmektedir.[238] Zira bu aşamadan sonra artık özel hukuk sözleşmesi alanı başlamış olmaktadır.[239] Bu kısımdan önce idarenin kamu gücü üstünlüğü vardır. Gerek idari gerekse teknik şartnameler idare tarafından tek taraflı olarak hazırlanan dokümanlardır ve sözleşmeyi yapacak ihaleyi kazanan kişi bu şartnameleri olduğu haliyle kabul veya reddeder.[240] Dolayısıyla, idarenin karşısındaki tarafın şartnamelerinde hükümlerini müzakere etmek gibi bir şansı yoktur.

İhale sürecindeki her bir işlem birbirini önceleyen işlemlerdir. Başka bir ifadeyle herhangi birinde mevcut olan hukuki sakatlık sonraki işlemi öncekindeki sakatlık bağlamında geçersiz kılacaktır. Örneğin; ihalenin ilanı ihale işlemlerini önceleyen bir işlemdir ve idarenin iradesinin ihale ilanındaki görünümü gerçeği yansıtmıyor ve ilana

[237] Onur Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler*, 4. Baskı, Ankara, 2018, s.13
[238] Burcu Zernişan, "Kamu İhale Süreçlerinin Uyuşmazlık Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C.74-1, 2019, s.113
[239] Onur Karahanoğulları, a.g.e., s.219
[240] Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, C.2, 3. Baskı, Bursa, 2019, s.129

ilişkin kanunun öngördüğü şartları taşımıyorsa ilana dayanarak yapılan ihale ve nihai sözleşme de geçersiz olacaktır.[241]

İhale sonunda karar aşamasına gelindiğinde idarenin takip edeceği süreç ortaya çıkmaktadır. Bunların ilki ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesi; ikincisi ise aşırı düşük tekliflerin değerlendirilmesidir. Ekonomik açıdan en avantajlı teklif de ya fiyat esasına göre ya da fiyat dışı unsurlar esasına göre olmak üzere yine iki şekilde belirlenir. İhale sonucunda belirlenecek yüklenici şayet fiyat dışı unsurların da değerlendirilmesiyle belirlenecekse bu kriterlerin ihale öncesinde tespit edilmesi, ihale ilanında ve idari şartnamede yer alması gerekmektedir.[242] Ekonomik açıdan en avantajlı teklif olmanın koşulu olarak en düşük bedelin belirlenmemesi daha önceden yaşanan deneyimin sonucudur. 2490 sayılı Artırma, Eksiltme ve İhale Kanunu'nun öngördüğü bu şart sonrası en düşük bedelli tekliflerin süre, maliyet ve kalite açısından olumsuzlukla sonuçlandığı ve sonuç olarak diğer tekliflerden daha pahalıya mal olduğu görülmüş ve bu sistemden vazgeçilmiştir.[243] İhalelerde fiyat dışı unsur olarak birlikte işletme ve bakım maliyeti, maliyet etkinliği, verimlilik, kalite ve teknik değer gibi kriterler belirlenebilir.[244] Söz konusu unsurların parasal değeri ile nispi ağırlıkları da ihale dokümanında tereddüde yer vermemek için yer alır.

Kamu İhale Kanunu 39. maddeye göre idare, isteklilerce sunulan tüm teklifleri reddedip ihaleyi iptal edip, bu durumu tüm isteklilere bildirebilir ve bu iptal idare üzerinde herhangi bir yükümlülük oluşturmaz. Fakat idare isteklilerin talep etmesi halinde iptal gerekçesini talep edenlere bildirmesi gerekmektedir. Takip eden maddede

---

[241] Onur Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler*, 4. Baskı, Ankara, 2018, s.320

[242] Cemil Akçay, Ahmet Sertaç Karakaş, Barış Sayın ve Ekrem Manisalı, "Ekonomik Açıdan En Avantajlı Teklifin Belirlenmesinde 2004/18/EC AB Kamu İhale Direktifi ile 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun Karşılaştırılması", *E-Journal of New World Sciences Academy*, C.7, S.1, 2012, s.335

[243] Hüseyin Gencer ve Muhammet Ali Cankatar, "Kamu İhale Kanununa Göre Yapılan Alt Yapı İhalelerinde, Aşırı Düşük Sınır Değerin Düşük Olmasını Etkileyen Faktörlerin Analizi", *E-Journal of New World Sciences Academy,* C.7, S.1, s.130

[244] Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, C.2, 3. Baskı, Bursa, 2019, s.132

ise ihale komisyonunun ihaleyi bir istekli üzerine bırakmasına rağmen ihale yetkilisi tarafından gerekçesini de belirterek iptal edebileceğini düzenlemiştir.

Tüm süreci basitleştirmek gerekirse açık ihale usulü ile gerçekleştirilen bir hizmet alım sürecinin şematik gösterimi aşağıdaki gibidir.[245]



[245] Cevdet Bozkurt, "4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun Son Değişiklikler (5812 Sayılı Kanun) de Dikkate Alınarak Genel Bir Değerlendirmesi", *Denetişim Dergisi*, S.2., 2009, s.62

10) Kamu İhale İlkeleri

Söz konusu ilkeler ihalelere herhangi bir usulsüzlük veya yolsuzluğun karışmasını engellemeye yönelik alınan tedbirler olarak da değerlendirilebilir. Tezde ele alınan kararlar idarelerin takdir yetkisine ilişkin KİK tarafından yapılmış değerlendirmeleri içerdiğinden ve bu kararlar da özellikle idareler tarafından ihalelerin re'sen iptal edilmesi sonucunda yapılan başvurular üzerine alınan kararlar olduğundan idareler iptallerinde söz konusu ilkelere dayanmaya çalışmışlardır. KİK de işlemleri değerlendirirken takdir yetkisinin kullanımının açıklanacak ilkeler doğrultusunda gerçekleşip gerçekleşmediğini kararlarında ele almıştır.

a. Saydamlık İlkesi

Literatürde aleniyet, şeffaflık ve açıklık olarak da geçen saydamlık ilkesi, ihalelerde katılımcıların ihale hakkındaki bilgilere ulaşabilmesini, öğrenebilmesini ve görebilmesini ifade eder.[246] Her ne kadar 4734 sayılı Kanunun 5 inci maddesinde soyut olarak belirtilmişse de bu ilke hem aynı kanunun diğer maddelerinde hem de başka kanuni düzenlemelerde yer almaktadır. Örneğin, ihale sürecinde birçok aşamada ihale yetkilisi veya komisyonu tarafından verilecek kararlar gerekçeleriyle ilgililere bildirilmek zorundadır. Bu gereklilik saydamlığın bir sonucudur.[247] Saydamlığın ihalelerde önemli bir ilke olması ise kamu alımlarının yolsuzluğa ve rüşvet gibi uygulamalara açık oluşudur. Bunun önüne geçebilmek için saydamlık adına ihale ilanlarının ve tekliflerin aleni olarak açılması gerekmektedir.[248] Diğer bir ifadeyle, ihale konusunun alım kriterlerinin ve alım usulünün ihale öncesinde idare tarafından açıklanması ve karar aşamasında şeffaflık

[246] Gürsel Özkan, *Danıştay Kararları Işığında Kamu İhale Hukukunda Egemen Olan İlkeler*, 1.Baskı, Ankara, 2014, s.174
[247] Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku*, 8. Bası, Ankara, C.2, s.525-526
[248] Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, C.2, 3. Baskı, Bursa, 2019, s.117

kriterine uyulması, idare hukukunun tek taraflı işlem gerçekleştirebilme özelliğinden kaynaklanan hukuk dışına çıkma olasılığını engelleyecektir.[249]

Saydamlığın ihalenin hangi aşamalarında gözetileceğini ise ihale tanımından çıkarmak mümkündür. İhale işlemlerden oluşan bir bütündür. Bu ise ihale sürecinin başından sonuna kadar yani sözleşme imzalanana kadar şeffaf olma anlamına gelmektedir.[250] Böylelikle şeffaf kurallar sayesinde ihale yetkililerinin sahip olduğu takdir yetkisinin nasıl kullanılması gerektiğini de gösterecek ve hukuk dışı durumların önlenmesine katkı sağlayacaktır.[251]

Saydamlık ilkesinin uygulandığı ihalelerde bu ilke; rekabet ilkesi, eşit muamele ilkesi, güvenirlik ilkesi ve kamuoyu denetimi ilkesine de katkı sağlayacaktır. Zira, saydam olan ihalelere tüm olası istekliler katılarak rekabet ilkesini; idarenin herhangi bir kayırmasının herkesçe anlaşılma ihtimali olduğu için bu olasılık ortadan kalkarak eşit muamele ilkesini; aleniyet sayesinde yolsuzluklara teşebbüs edilememesi güvenirlik ilkesini ve son olarak şeffaflık sayesinde hangi ihalenin hangi nitelikte istekliler tarafından alındığı bilinerek kamuoyu denetimi ilkesini destekleyecektir.[252]

Son olarak, üç unsurun varlığı bir ihale sisteminin saydamlık ilkesine uygun olduğunu göstermektedir: ilk olarak ihale sistemini oluşturan kurallar açık olmalı ve idare tarafından isteklilere uygulanacak kural ve yöntemlerin herkes tarafından biliniyor olması gerekmektedir. Bunun yanında ihalenin tüm ilgili olabileceklere duyurulması ikinci unsuru meydana getirmektedir. Son olarak, tüm süreç sonunda idarenin yapmış olduğu seçim sorgulanabilir olmalı ve kişisel tercihlerden ziyade ekonomik ve kamusal yönlerin dikkate alınarak değerlendirme yapıldığından kuşku duyulmamalıdır.[253]

---

[249] Bekir Mustafa Yılmaz, *Kamu Alımlarında İdari Deneyim,* Ankara, 2007, s.90
[250] Ozan Can, *Kamu İhale Hukuku*, 2.Baskı, Ankara, 2019, s.22
[251] Gürsel Özkan, *Danıştay Kararları Işığında Kamu İhale Hukukunda Egemen Olan İlkeler*, 1.Baskı, Ankara, 2014, s.179
[252] Ozan Can, a.g.e., s.21
[253] Gürsel Özkan, a.g.e., s.179

b. Rekabet İlkesi

Ekonomi biliminde tam rekabetin sağlanabilmesi için piyasada yer alan alıcıların ve satıcıların malın/hizmetin fiyatı ve miktarına ilişkin hiçbir etkisinin olmaması, malın bölünebilir olması, piyasada yer alan her aktörün bilgi açısından tam donanıma sahip olması, piyasa giriş ve çıkışlarında herhangi bir engelin yer almamasının gerekli olduğu ve ancak bu sayede ortaya çıkacak fiyatların üreticiler ile tüketicilerin özgür karar vererek alışveriş ilişkisine girmesini sağlayacağı ifade edilir.[254] Kamu ihalelerinde ise isteklilerin gerçekleştirilecek ihalelere özgür bir şekilde katılma iradesi sergileyebilmelerini ve ayrıca özgürce karar verebilmelerini temin edecek ortamın sağlanması olarak tanımlanabilir.[255] Buna rağmen burada kastedilen ilgili ilgisiz herkesin idarenin düzenlediği ihaleye katılımı değildir. Böylesi bir durum işi gerçekleştirecek en nitelikli isteklinin tespitini de zorlaştıracağından yasa koyucu ekonomik, mali, mesleki ve teknik yeterliklerin idarece belirlenmesine yönelik gerekli belgeleri ayrıntıya varacak şekilde düzenlemiştir.[256]

Yukarıda yer alan tanımlama çerçevesinde en kaliteli ürüne en uygun fiyatla ulaşılabileceği öngörüldüğünden ve idare de kamu alım ihalelerinde ilişkinin talep tarafını temsil ettiğinden, rekabetin sağlandığı bir ortam idare tarafından her zaman tercih edilecek bir ortam olacaktır.[257] Kamu ihalelerinin yapılma sürecindeki en önemli ilkelerden biri olarak kabul edilen ve uygulamada da ihlal edildiği çok kez ileri sürülen rekabet ilkesi ihale başlangıcından sözleşme sürecine kadar hakim olması gereken bir

[254] Burcu Zernişan, "Kamu İhale Süreçlerinin Uyuşmazlık Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C.74-1, 2019, s.9
[255] Gürsel Özkan, *Danıştay Kararları Işığında Kamu İhale Hukukunda Egemen Olan İlkeler*, 1.Baskı, Ankara, 2014, s.199
[256] Yasin Sezer, Recep Emre Kalkan ve Mustafa Emre Şahin, *Kamu İhale Hukuku Dersleri*, 1.Baskı, Ankara, 2017, s.81
[257] Ozan Can, *Kamu İhale Hukuku*, 2.Baskı, Ankara, 2019, s.23

prensiptir. Fakat, ihale süreci başlamadan önce ve sözleşme sonrası rekabet ihlallerin durumu denetim açısından gri bir alanı oluşturmaktadır.[258]

Kamu İhale Kanunu'ndaki rekabet ilkesi, haksız rekabeti engelleme, rekabet yasağının ve sınırlandırmalarının yasaklanmasını da kapsamaktadır.[259] Bunu sağlamaya dönük olarak, idarenin ihale yetkilisinin belli dereceye kadar olan yakınlarının ve idare personelinin ihaleye katılımı yasaklanmış ayrıca Kanun'da aşağıda belirtilen fiiller ile davranışlar yasaklanmış ve bunları gerçekleştireceklere yönelik yaptırımlar belirlenmiştir.

- Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek,
- İsteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak,
- Sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek,
- Alternatif teklif verebilme halleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekaleten birden fazla teklif vermek,
- 11 inci maddeye[260] göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak.

[258] Bekir Mustafa Yılmaz, *Kamu Alımlarında İdari Deneyim*, Ankara, 2007, s.98
[259] Ozan Can, *Kamu İhale Hukuku*, 2.Baskı, Ankara, 2019, s.28
[260] İhaleye katılamayacak olanların sayıldığı maddedir.

Bu ilkeye aykırı olan ve Kanunda istisna tutulan husus ise ihalenin yabancı isteklilerin tekliflerine kapalı olması veya açık olsa dahi yerli istekliler lehine avantajlar belirlenmesidir.[261]

Sonuç olarak, kamu ihalelerinde rekabet ilkesini teminen mümkün oldukça fazla kişinin katılımına imkan verilmeli, katılanlar ise ihale sürecinde herhangi bir baskı altında kalmamalı, ihaleyi gerçekleştiren kurumların bilgilendirilmesi sağlanmalı, şartnameler ihtiyaca uygun olarak hazırlanmalı, ihaleye katılımın önünde varsa engeller kaldırılmalı ve ölçülü bir saydamlık olmalıdır. Bunlar için ise, ilk olarak ihtiyaç doğru şekilde belirlenmeli, ihale dokümanında işi tanımlayacak idari ve teknik kriterler belirlenen iş ile tutarlı olmalı ve nihayet ihale şartlarının tüm ilgililere duyurulması sağlanmalıdır.[262] Bu duyurulmada özel bir yer işgal eden ilan ihalelerde saydamlık ve rekabet ilkelerinin bir gereğidir.[263] Diğer bir ifadeyle mevcut olanın kamuya duyurulması, gösterilmesi, sunulmasıdır. İhale dokümanlarının ilan edilmesinde idarenin tek taraflı olarak hazırladığı şartnamelerin de olduğu gibi belirtilmesi ve bir farklılık bulunmaması gerekir. Aksi halde bu tür bir ilan yanıltıcı bir unsur içermiş olacaktır.

c. Eşit Muamele İlkesi

Anayasa'da belirtilen eşitlik ilkesi devletin tüm organları açısından bağlayıcı olduğundan Kamu İhale Kanunu'nda da ihaleye hakim olan ilkelerden biri olarak sayılmıştır. Eşit muamele ilkesi idarenin yürüttüğü ihalenin tüm aşamalarında yaptığı işlemlerde tarafsız olarak hareket etmesi anlamına gelmektedir.[264] Ayrıca sadece Anayasa değil Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL)'nun hazırladığı Kamu İhale Model Kanunu'nda; Avrupa Topluluğu ise

[261] Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, C.2, 3. Baskı, Bursa, 2019, s.118
[262] Gürsel Özkan, *Danıştay Kararları Işığında Kamu İhale Hukukunda Egemen Olan İlkeler*, 1.Baskı, Ankara, 2014, s.212
[263] Kemal Gözler, a.g.e., s.129
[264] Ümit Süleyman Üstün ve Hande Sena Çalış, "4734 Sayılı Kamu İhale Kanununa Hâkim Olan İlkelerin Değerlendirilmesi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.26, S.2, 2018, s. 122

ihalelerin değerlendirilmesinde kullanılacak ilkeler arasında eşit muamele ilkesine vurgu yapmıştır.[265] 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun itirazen şikayet aşamasında incelenecek konular arasında açıkça bu ilkenin sayılması da ülkemizde kanun koyucunun eşit muamele ilkesine verdiği özel önemi göstermektedir.[266]

Eşit ilkesi ile ihale düzenleyicisi idarenin isteklilere yönelik ayrımcı ve keyfi uygulamalarının önlenmesi ve herkesin eşit şartlar altında yarışması hedeflenmiştir. Bu nedenle, yasak fiil veya davranışla diğer isteklilerle eşit olmayan koşullar oluşturan kişiler ihalelerden yasaklanırlar.[267] Yukarıda belirtildiği üzere ihale dokümanlarının hazırlanmasından sözleşme imzalanma aşamasına kadar tüm ihale sürecini kapsayan eşit muamele ilkesi herhangi bir istekliye diğer isteklilere göre herhangi bir avantaj sağlanmasını veya engel çıkarılmasını ya da teklifinin maliyetinin artırılmasını önlerken; yeterlik kriterlerini ve teknik şartname kurallarını objektif ölçütler doğrultusunda (verimliliği ve fonksiyonelliği sağlamaya yönelik olarak[268]) belirlemeyi gerektirir.[269] Bu nedenle; Kamu İhale Kurumu'na yapılan itirazen şikayet başvurusunda KİK, eşit muamele ilkesi açısından yapacağı değerlendirmede itiraz konusu işlemin ilgili mevzuat hükümleri doğrultusunda diğer adaylara ya da isteklilere de uygulanıp uygulanmadığına bakar.[270]

Bunun yanında, ihale sürecinde idareler sadece eşit muamele ilkesini ihlal etmemekle kalmamalı, bu ilkenin istekliler arasında uygulanmadığına dair bir kanaatin oluşmasına da müsaade etmemelidir.[271]

---

[265] Arif Köktaş, Fatih Karaosmanoğlu, Veysel K. Bilgiç, "Kamu İhaleleri ve Etik*", Yolsuzluğun Önlenmesi İçin Etik Projesi Akademik Araştırma Çalışması*, 2009, s.28
[266] Ozan Can, *Kamu İhale Hukuku*, 2.Baskı, Ankara, 2019, s.28
[267] Gürsel Özkan, *Danıştay Kararları Işığında Kamu İhale Hukukunda Egemen Olan İlkeler*, 1.Baskı, Ankara, 2014, s.245
[268] Ozan Can, a.g.e., s.31
[269] Gürsel Özkan, a.g.e., s.246
[270] Asiye Solak, "Kamu İhale Kurumu**"** (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi, 2011) s.96
[271] Sami Kaplan, "İdeal Bir Kamu İhale Kanunu ve İdeal Bir Kamu İhale Kurumu ve Kurulu Nasıl Olmalıdır? Fonksiyonel Bir Model Çalışması", *Maliye Dergisi*, S.162, 2012, s.33

Öte yandan, rekabet ilkesinde olduğu gibi bu ilkenin de istisnası yerli ve yabancı tekliflere yönelik uygulanacak ayrımcı uygulamalardır ve bu uygulamalar da mevzuat hükümleri çerçevesinde gerçekleştirilir. Buna göre eşik değerin altındaki yabancı istekli tekliflerinin kabul edilmeyebilir veya eşik değer üstündeki yerli isteklilerin tekliflerine fiyat avantajı sağlanabilir.[272]

d. Güvenirlik İlkesi

İdarenin işlem ve eylemlerine maruz kalanların idare ile tekrardan iş ilişkisine girme konusunda sahip oldukları arzu ve kararlarını etkileyen ve daha önceki deneyimlere dayalı bir olgu olan idareye duyulan güven, idarenin sadece ihalelerle sınırlı olarak değil her zaman sağlaması gereken ve böylece yapacağı ihalelerin de bu güvenden faydalanmasını sağlayan bir olgudur.[273] Kısacası, isteklilerin idarece işlemlerin hukuka uygun olarak gerçekleştireceğine dair duydukları kuşkusuz inançtır.[274] Ayrıca ihalelerde güven unsuru sadece idarenin eylemlerinden bozulabilecek bir olgu da değildir. Aynı zamanda ihaleye katılacak diğer istekliler de diğer isteklileri korkutma, hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, anlaşma, çıkar sağlama, rüşvet, irtikap gibi yollarla ihaleye fesat karıştırması veya buna teşebbüs etmesi de isteklilerin güven duygusunu sarsabilir.[275] Somut olarak yansımasında ise ihalenin katılım şartlarında, yönteminde, teklif türlerinde ve değerlendirilmelerinde ve verilen tekliflerde değişiklik yapılmaması örnek olarak verilebilir.[276]

Güvenin tesisinde ihale sürecindeki işlemlerin mevzuat hükümlerine göre yapılması ve diğer ilkelere riayet edilmesi önem arz etmektedir. Yaklaşık maliyetin

[272] Atilla İnan, *İhale Hukuku Ders Notları*, 2011, s.56
[273] Yasin Sezer, Recep Emre Kalkan ve Mustafa Emre Şahin, *Kamu İhale Hukuku Dersleri*, 1.Baskı, Ankara, 2017, s.133
[274] Atilla İnan, a.g.e., s.59
[275] Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, C.2, 3. Baskı, Bursa, 2019, s.120
[276] Mehmet Aksoy ve Mehmet Şimşek, *En Son Değişikliklerle Kamu Alımları İhale Süreci*, 1.Baskı, Ankara, 2010, s.36

zamanında açıklanması, ilan sürelerine uyulması, ihale ilanındaki saat ve yerine riayet edilmesi, yasaklama kararı verilenlerin yasaklanması, idari denetim mekanizmalarının işletilmesi ve benzeri uygulamalar güvenirlik ilkesinin tesisi için mevzuata göre gerçekleştirilmesi gereken uygulamalardır.[277] Hukuki kuralların tüm kamu ihale sisteminde istikrarlı bir şekilde uygulanması sonucunda ise güvenirlik ilkesi de artık kurumsallaşır. Böylesi bir ortamda ihale ilişkisinin her iki tarafı da öngörülü olarak davranır ve her bir ihalede yeni bir kurallar kümesine giriyor hissiyatına kapılmazlar.[278]

e. Gizlilik İlkesi

Yukarıda da ifade edildiği üzere ihalelerde temel ilke saydamlıktır. Saydamlığın temel ilke olduğu yerde gizliliğin bir ilke olarak bahsedilmesi ancak saydamlık ilkesinin uygulanmasına engel olmayacak şekilde mümkün olabilecektir. Diğer bir ifadeyle, gizlilik ilkesi ihalelerde uygulanması gereken diğer ilkelerin de gerçekleşmesi ve hatta saydamlık ilkesinin sakınca doğurabileceği yerleri önlemek için uygulanacaktır.

İhale sürecinde gizlilik ilkesinden kastedilen tekliflerin verilmesi veya ihaleye sunulan tekliflerin değerlendirilmesi gibi süreçlerin gizli şekilde yapılması değil;[279] aksine idarenin ihale öncesi süreçte yaptığı bazı hazırlıklardır. Örneğin, idare mal ve hizmet alımı veya yapım işlerinin ihalelerini gerçekleştirmeden önce fiyatlara ilişkin her türlü araştırmayı yaparak ve katma değer vergisini de hariç tutarak ihale sonucunda açıklamak üzere bir yaklaşık maliyet belirler.[280] Dolayısıyla hesaplanan yaklaşık maliyet istekliler arasında rekabet ilkesini teminen ihale sonuçlanıncaya kadar gizlilik ilkesi kapsamında açıklanmayacaktır. Fakat, yine saydamlık ve güvenirlik ilkeleri gereği ihale sonucunda isteklilerin kendi tekliflerini değerlendirebilmeleri için belirlenen yaklaşık

[277] Bekir Mustafa Yılmaz, *Kamu Alımlarında İdari Deneyim*, Ankara, 2007, s.101
[278] Gürsel Özkan, *Danıştay Kararları Işığında Kamu İhale Hukukunda Egemen Olan İlkeler*, 1.Baskı, Ankara, 2014, s.251
[279] Bilakis bu süreçler özellikle belirtildiği gibi güvenirlik ilkesinin temin edilebilmesi için saydamlık ilkesinin maksimum düzeyde uygulandığı süreçlerdir.
[280] Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, C.2, 3. Baskı, Bursa, 2019, s.120

maliyetin katılımcılara açıklanması gerekmektedir. Ayrıca söz konusu gizlilik tüm katılımcılar için uygulandığı için eşit muamele ilkesi de zedelenmemektedir.

f. Kamuoyu Denetimi İlkesi

Bir konu hakkında genel bir düşünceye sahip büyük çoğunluğun oluşturduğu topluluk olan kamuoyu, idare edenlerin belirlenmesinde ve belirlenenlere hesap sorulmasında en önemli unsurlardandır. Özellikle halktan toplanan vergilerin harcanması anlamına gelen kamu alımlarının hukuka uygun ve adil yapıldığını göstermek için saydam bir şekilde gerçekleştirilen ihaleler sayesinde kamuoyu denetimi de mümkün olmaktadır.[281]

İhalelere hakim olan ilkeler genel anlamda birbirleriyle iç içe ve ilişkili olarak mevcutturlar. Bununla birlikte kamuoyu denetimi ilkesi saydamlık ilkesi ile doğrudan bağlantılıdır. Zira, saydamlık ilkesi sayesinde duyurulan ve tüm gerekli detayları ile ilan edilen ihaleler hakkında bütün ilgililer bilgi sahibi olabilecektir. Fakat, kamuoyu denetiminin gerçek anlamda ortaya çıkabilmesi için ihale sürecinde gerçekleştirilen işlemler kamuoyunun ilgi alanına sokulması gerekmektedir.[282]

g. İhtiyaçların Uygun Şartlarla ve Zamanında Karşılanması İlkesi

Mal veya hizmet alımı ya da bir inşaatın yapılmasını sağlayan kamu ihaleleri ile gerçekleştirilecek kamu hizmetlerinin, kamu yararını üst düzeyde temin edebilmeleri için tam zamanında ve en uygun şekilde yerine getirilmeleri gerekmektedir. Kamu yararının gerçekleşmesi için kamu hizmetinin ne zaman ve hangi şartlar altında gerçekleştirilmesi gerektiği hususu ise idarenin takdir yetkisi alanında yer almaktadır. Diğer bir ifadeyle idarenin kendi ihtiyacını, ihtiyacın giderilme zaman ve şeklini belirlemede takdir yetkisi

[281] Ozan Can, *Kamu İhale Hukuku*, 2.Baskı, Ankara, 2019, s.40
[282] Yasin Sezer, Recep Emre Kalkan ve Mustafa Emre Şahin, *Kamu İhale Hukuku Dersleri*, 1.Baskı, Ankara, 2017, s.143

vardır.[283] Bunun için idarenin ihaleyi gerçekleştirmeden önce iyi bir hazırlık süreci geçirmiş olması, özellikle yapım işlerinde arsayı temin etmesi, mülkiyet, kamulaştırma ve gerektiğinde imar işlemlerini tamamlaması ve uygulama projelerini yaparak ihaleye çıkması önemli bir gerekliliktir.[284]

Bu durumun temin edilmediği hallerde ortaya çıkacak belirsizlik henüz teklif verme aşamasında olan isteklilerde tereddüt doğuracak ve bunun sonucunda sadece ihaleye katılım ve rekabeti engellemeyecek aynı zamanda ihaleye katılıp teklif verenlerin tekliflerini de olumsuz olarak etkileyecektir. Bu nedenle, bu ilkenin, ihaleleri en verimli şekilde sonuçlandırmaya da katkı sağladığı söylenebilir.[285]

h. Kaynakların Verimli Kullanılması İlkesi

İdareler tarafında çıkılan ihaleler için ayrılan kaynakların rasyonel, yerinde ve zamanında kullanımı anlamına gelen bu ilke özellikle iki aşamada ortaya çıkmaktadır. Öncelikle ihale kapsamında alınacak mal veya hizmete ya da yaptırılacak inşaata ihtiyacın tam olarak belirlenmesi, ihtiyacın üzerinde ihaleye çıkılmaması ve böylece gereğinden fazla kamu kaynağının israfının engellenmesidir. İkinci aşama ise tekliflerin değerlendirilmesi aşamasıdır. Söz konusu ikinci aşamada da sadece finansal açıdan en avantajlı teklif değil; idarenin ihtiyaçlarını karşılayacak niteliklere sahip en avantajlı teklifin belirlenmesi olacaktır.[286] Kaynakların verimli kullanılması ilkesi, ön hazırlığın ve alt yapı çalışmalarının doğru yapılması, uygun mevsimin ve zamanın doğru belirlenmesinin yanında şikayet ve itirazen şikayet gibi idari denetim süreçlerinin olabileceğinin hesaba katılmasını da içermektedir.[287] Çünkü bu anlamda yapılacak hatalar

[283] Ümit Süleyman Üstün ve Hande Sena Çalış, "4734 Sayılı Kamu İhale Kanununa Hâkim Olan İlkelerin Değerlendirilmesi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.26, S.2, 2018, s.130
[284] Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, C.2, 3. Baskı, Bursa, 2019, s.121
[285] Gürsel Özkan, *Danıştay Kararları Işığında Kamu İhale Hukukunda Egemen Olan İlkeler*, 1.Baskı, Ankara, 2014, s.261
[286] Gürsel Özkan, *Danıştay Kararları Işığında Kamu İhale Hukukunda Egemen Olan İlkeler*, 1.Baskı, Ankara, 2014, s.265
[287] Ozan Can, *Kamu İhale Hukuku*, 2.Baskı, Ankara, 2019, s.44

da zamanlamayı bozarak ve işin teslim sürecini geciktirerek kamu hizmetinin sunumunu geciktirecektir. Bu ise kamu hizmeti için yapılan bir harcamanın sonuçta kamu hizmetinin aksadığı bir nihayeti beraberinde getirdiği bir süreç olacaktır.

i. Mal Alımı, Hizmet Alımı, Yapım İşleri İhalelerinin Bağımsızlığı İlkesi

Kamu ihale düzenlemesi kamu ihalelerinde uzmanlaşmayı ve katılım sağlayacakların belirli özelliklere sahip olmalarını gerektirmiştir. Bu ilke ile nitelikleri farklı ihaleler için öngörülen yeterliğin ve ortaya çıkacak fiyatlar için nesnelliğin gerçekleşmesi sağlanır.[288] Yapı müteahhitlerinin yapım işlerini yapması, tedarikçilerin mal satımını gerçekleştirmesi ve hizmet sunucularının gerekli hizmeti sağlaması ile daha ekonomik, akılcı ve katılımcı bir sonucun ortaya çıkması amaçlanmıştır. Zira bunun aksi durumda, mal veya hizmet alımlarından ya da yapım işlerinden birinde uzmanlaşmış kişilerin işin diğer kısımlarını yapamama endişesi ile ihaleye katılmamaları ihalede rekabeti önleyici bir unsur olarak ortaya çıkacakken; uzmanlığı dışında kalan kısımları başka kaynaktan temin ederek idareye sunması durumunda ise bir de kendi karını eklemeleri ile artan fiyat kaynakların verimli kullanılmasını engelleyecektir.[289]

Burada ayrıca belirtmek gerekir ki tür olarak farklı olmasına rağmen mal veya hizmet alımları ile yapım işleri, aralarında kabul edilebilir makul doğal bir bağlantı bulunması halinde bir arada ihaleye çıkılabilmesi mümkündür.[290]

[288] Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*, 1.Baskı, Ankara, 2006, s.459
[289] Oğuz Sancakdar, *İdare Hukuku*, , 4.Baskı, Ankara, 2014, s.622
[290] Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, C.2, 3. Baskı, Bursa, 2019, s. 121

j. Eşik Değerlerin Altında Kalmak Amacıyla Mal veya Hizmet Alımları ile Yapım İşlerinin Kısımlara Bölünememesi İlkesi

Kamu İhale Kanunu 67 nci maddesi gereğince Kamu İhale Kurumu tarafından çıkarılan Kamu İhale Kurumu Genel Tebliği ile her yıl belli eşik değerler ve parasal sınırlar belirlenmektedir.

Söz konusu eşik değerler yükseldikçe ve ihalelerin parasal büyüklükleri arttıkça ihale süreci daha hassas kurallarla daha sıkı bir şekilde denetlenmektedir. Bu durum ise ihaleleri daha küçük kısımlar halinde ve daha esnek kurallar altında gerçekleştirmeyi cazip hale getirmektedir.[291] Örneğin, yaklaşık maliyeti eşik değerin altında olan ihaleler için sadece ilan süresi kısa tutulmamış; ilanın yapılacağı yayın organı için ihale konusu işin yapılacağı yerde çıkarılan bir gazete yeterli görülmüştür. Öte yandan, eşik değerin üzerindeki bir ihale ise ilan süreleri daha uzundur ve ihalenin ilanı Kamu İhale Bülteni'nde yayımlanmak zorundadır.[292]

Burada özellikle belirtilmesi gereken husus ise eşik değerin belirleyiciliğidir. Çünkü kurallar söz konusu değer temel alınarak konulmuştur. Bu sınırlar ihlal edilmeden ihalenin kısımlara bölünmesi ise mümkündür. Yani yaklaşık maliyeti eşik değerin üzerinde olan bir ihale, her biri eşik değer üzerinde olmak üzere ayrı ayrı kısımlara bölünmesi mümkündür.[293] Dolayısıyla uygulama ile temel amacın ihaleye uygulanacak kurallarda bir değişiklik yapılmasının önüne geçmek olduğu ortaya çıkmaktadır.

[291] Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, 2. Baskı, Ankara, 2014, s.536
[292] Ümit Süleyman Üstün ve Hande Sena Çalış, "4734 Sayılı Kamu İhale Kanununa Hâkim Olan İlkelerin Değerlendirilmesi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.26, S.2, 2018, s.140
[293] Gürsel Özkan, *Danıştay Kararları Işığında Kamu İhale Hukukunda Egemen Olan İlkeler*, 1.Baskı, Ankara, 2014, s.270

k. Temel İhale Usulleri Önceliği İlkesi

Kamu ihale mevzuatı açık ihale usulü ile belli istekliler arasında ihale usulünü temel ihale usulleri olarak belirlemiş, idarelerin bunların haricindeki yöntemlere başvuru yoğunluğunu engellemek için diğer ihale yöntemlerinin miktarını bütçelerine ihalelerde kullanılmak üzere konulan ödeneklerin belli bir oranıyla sınırlandırmıştır.[294] Bu durumda temel ihale usulleri haricinde kalan usuller istisnai ve belli şartlar altında başvurulabilen yöntemler olmaktadır.[295]

Bunun yanında uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektiren işlerin ihalesinde öncelikle belli kriterlere sahip olanların belirlendiği ve o adaylar arasında ihale yapıldığı bir usul olan belli istekliler arasında ihale usulü, her ne kadar temel ihale usullerinden biri olarak sayılsa da bu kapsamda olan işlerin hepsi için en temel usul olan açık ihale usulüne göre ihaleye çıkılması da mümkündür.[296]

l. Ödeneği Bulunmayan Bir İş İçin İhaleye Çıkılamaması İlkesi

İhtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ilkesinin bir uzantısı olan bu ilke, mali kaynak yetersizliği nedeniyle ihale konusu işlerin yarım kalması veya çok uzun süreye yayılmasını önlemek üzere tesis edilmiştir. Önce kaynak bulunmalı sonra ihaleye çıkılmalıdır.[297] Aksi durumda ödenek yetersizliği nedeniyle ihaleden beklenen amaç gerçekleşmeyecek, kamu kaynakları israf edilmiş olacak ve sonucunda kamu hizmeti sağlanamadığından idari iş ve eylemlerin temel amacı olan kamu yararı yerine getirilmemiş olacaktır.[298] Kamu İhale Kanunu 62 nci maddeye göre idare ihtiyaç duyduğu işin yapılma sürecinin birden fazla yıla ihtiyaç duyması halinde bu süreye uygun olarak

[294] Yasin Sezer, Recep Emre Kalkan ve Mustafa Emre Şahin, *Kamu İhale Hukuku Dersleri*, 1.Baskı, Ankara, 2017, s.145
[295] Gürsel Özkan, a.g.e., s.48
[296] Gürsel Özkan, a.g.e., s.273
[297] Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, 2. Baskı, Ankara, 2014, s.536
[298] Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*, 1.Baskı, Ankara, 2006, s.459

yıllara göre ödeneğin bütçede ayrılmış olması zorunludur. Dolayısıyla işin ihalesi için ayrılan ödenek hesaplanan yaklaşık maliyetten ve isteklilerce sunulan tekliflerden yüksek olmak zorundadır.[299] İlk yıl için belirlenen ödenek proje için öngörülen maliyetin %10'undan az olamaz (merkezi yönetim bütçe kanununda belirlenen stratejik öneme sahip yatırımlar veya projeler hariç).

m. ÇED Belgesi Alma Zorunluluğu İlkesi

Bazı işlerin gerçekleştirilmesi için Çevresel Etki Değerlendirme (ÇED) olumlu belgesi alması zorunlu tutulmaktadır. İdarelerin bu işleri ihaleyle yaptırmak istemeleri durumunda ihaleye çıktıklarında ÇED olumlu raporunun alınmış olması gerekmektedir.

11) Bölüm Sonu Değerlendirmesi

Son bölümde kararları analiz edilecek Kamu İhale Kurumu'nun kurumsal yönden ele alındığı bu bölümde öncelikle kurumun günümüzdeki işlevine gelişine yönelik tarihsel bir değerlendirme yapılmıştır. Kısaca ele alınan bu bölümde KİK'in kurulmasının arkasında yatan ideolojik nedenler, ülkemiz teşkilat yapısında konumlandırıldığı yer ve sebepleri ile organizasyon yapısı özet olarak verilmiştir. Burada özellikle neo-liberal devlet anlayışı, onun getirdiği piyasa işleyişi ve bu işleyişteki devletin konumlandırması hususlarının öncelikle düzenleyici ve denetleyici kurumların oluşumu ve gelişimi yönünden daha sonra ise bu kurumlardan biri olan Kamu İhale Kurumu'nun ortaya çıkışı yönünden temel belirleyici olduğu tespit edilmiştir. Anılan gelişmeler sonucunda ortaya çıkan kurumların idari konumlarının farklılığı da özellikle belirtilmiştir. Bu değerlendirmenin KİK'in Türk Devlet teşkilatındaki önemine de katkı sağlaması hedeflenmiştir.

[299] Ümit Süleyman Üstün ve Hande Sena Çalış, "4734 Sayılı Kamu İhale Kanununa Hâkim Olan İlkelerin Değerlendirilmesi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.26, S.2, 2018, s.139

Daha sonra Kamu İhale Kurumu'nun faaliyet alanını oluşturan ve tezde ele alınan kararlarını verdiği konu olan ihale uygulaması değerlendirilmiştir. Bu kısımda ihale usulleri açıklanmış ve idarelerin ihaleleri gerçekleştirirken takip edecekleri sürece yer verilmiştir. Söz konusu kısımlar KİK kararların ele alındığı bölüm için de önem içermektedir. Verilen kararlarda ihale türlerine ilişkin herhangi bir atfın ve göndermenin anlaşılması için de kolaylık sağlaması hedeflenmiştir.

KİK'in ihaleleri nasıl inceleme konusu yaptığı sürece de bu bölümde yer verilmiş olup, idareye yapılan şikayet başvurusu ile Kamu İhale Kurumu'na yapılan itirazen şikayet başvurusundan oluşan ihalelerin idari denetim süreci açıklanmıştır. Kural olarak ihalelerin yargısal denetimine geçilmeden idari denetimin bir zorunluluk olduğu, bunun yanında özellikle idarelerin re'sen iptalinde idareye başvurmanın bir zorunluluk arz etmediği fakat buna rağmen idarelerin yine de idari denetim mekanizmasını kullanabileceklerine değinilmiştir. Teorik bu bölümün uygulaması ise KİK kararlarının analiz edildiği son bölümde daha iyi anlaşılacak, KİK'in bazı kararlarında idarelerin şikayet başvuruları sonucunda vermiş olduğu kararları başvuruyu reddederek onayladığı, bazılarını ise iptal ettiği, her bir iddiayı tek tek ele aldığı görülecektir.

Bölümün son kısmında ise ihalelerin gerçekleştirilmesinde, ihalelerin idari makamlar tarafından denetlenmesinde ve hatta yargısal denetimde dikkate alınan ihale ilkelerine yer verilmiştir. Söz konusu ilkelerden özellikle rekabet, saydamlık ve kamu kaynaklarının verimli kullanımı ilkelerinin incelenen pek çok Kamu İhale Kurumu kararında esas alındığı tespit edilmiştir. İdarelerin takdir yetkilerini kullanırken dayanak olarak gösterilen ilkelerin anlaşılması bu anlamda özel önem içermektedir. Zira, soyut bir kavram olan idarenin takdir yetkisi yine soyut ilkeler doğrultusunda kullanılmaktadır. Bunun değerlendirmesini kararlarında yapan KİK, mevcut ihalede yapılan uygulamanın söz konusu ilke kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini ele aldıktan sonra idarenin ihaleyi iptal etmede veya ihaleye başvuranın teklifini değerlendirme dışı

bırakmada idarenin takdir yetkisi olup olmadığına karar vermektedir. Ele alınan ve idarenin takdir yetkisinin değerlendirme konusu yapıldığı kararların kahir ekseriyetinde görülmüştür ki idareler özellikle re'sen iptal ettikleri ihalelerde ihale ilkelerine atıf yapmışlardır. Diğer bir ifadeyle, ihalelerde ihale ilkelerinin ihlal edildiklerine kanaat getirerek ihaleleri iptal etmişler; söz konusu iptaller ise itirazen şikayet başvurusu ile KİK'in önünde getirilmiştir. KİK ise idarelerin ihale ilkeleri doğrultusunda yaptıkları değerlendirmeleri hukuki yönden inceleyerek takdir yetkisi kapsamında olup olmadığını sonuçlandırmıştır. Bu nedenle kamu ihale ilkelerinin her biri ayrıca ele alınmıştır.

C. KAMU İHALE KURUMU'NUN TAKDİR YETKİSİ YORUMLARI

Kamu İhale Kanunu ile idarelere verilen görevlerden biri de ihaleleri gerçekleştirirken yukarıda belirtilen ilkeleri göz önünde bulundurmak ve ihaleleri bu ilkelere göre yerine getirmektir. Büyük oranda soyut kavramlar olan bu ilkeler kanunun 5 inci[300] maddesinde yoğunlaşmış ve bu nedenle aşağıda yer verilen örneklerde de görüleceği üzere idareler ihaleleri iptal kararlarında bu maddeyi dayanak göstermişlerdir. Bu madde idarelerin iptal gerekçesini oluştururken; söz konusu gerekçe sonunda aldıkları iptal yetkisi ise 39 uncu[301] ve 40 ıncı[302] maddelerden ileri gelmektedir. Bu maddelerde ise idarelere ve ihale yetkilisine bütün teklifleri reddederek ihaleyi iptal etmek yetkisi vermektedir. Aşağıda görüleceği üzere genel anlamda idareler bu maddeye dayanarak ihaleleri iptal etmiş; Kamu İhale Kurumu da idarelerin kararlarının 39 ve 40 ıncı maddelerdeki takdir yetkisini aşıp aşmadığını yorumlamıştır. Çalışma kapsamında değerlendirilen 2016 yılındaki kararlarından gruplanabilenler aşağıda başlıklar halinde değerlendirilmişlerdir.

---

[300] **Madde 5-** İdareler, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur.
Aralarında kabul edilebilir doğal bir bağlantı olmadığı sürece mal alımı, hizmet alımı ve yapım işleri bir arada ihale edilemez.
Eşik değerlerin altında kalmak amacıyla mal veya hizmet alımları ile yapım işleri kısımlara bölünemez.
Bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulü temel usullerdir.
(…)
Ödeneği bulunmayan hiçbir iş için ihaleye çıkılamaz.
İlgili mevzuatı gereğince Çevresel Etki Değerlendirme (ÇED) raporu gerekli olan işlerde ihaleye çıkılabilmesi için ÇED olumlu belgesinin alınmış olması zorunludur. (…)

[301] **Madde 39-** İhale komisyonu kararı üzerine idare, verilmiş olan bütün teklifleri reddederek ihaleyi iptal etmekte serbesttir. İhalenin iptal edilmesi halinde bu durum bütün isteklilere derhal bildirilir. İdare bütün tekliflerin reddedilmesi nedeniyle herhangi bir yükümlülük altına girmez. Ancak, idare isteklilerin talepte bulunması halinde, ihalenin iptal edilme gerekçelerini talep eden isteklilere bildirir.

[302] **Madde 40-** (…) ihale, ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren isteklinin üzerinde bırakılır.
Ekonomik açıdan en avantajlı teklif, sadece fiyat esasına göre veya fiyat ile birlikte işletme ve bakım maliyeti, maliyet etkinliği, verimlilik, kalite ve teknik değer gibi fiyat dışındaki unsurlar da dikkate alınarak belirlenir. Ekonomik açıdan en avantajlı teklifin fiyat dışındaki unsurlar da dikkate alınarak belirleneceği ihalelerde, ihale dokümanında bu unsurların parasal değerleri veya nispi ağırlıkları belirlenir.
(…)
İhale yetkilisi, karar tarihini izleyen en geç beş iş günü içinde ihale kararını onaylar veya gerekçesini açıkça belirtmek suretiyle iptal eder.
İhale; kararın onaylanması halinde geçerli, iptal edilmesi halinde ise hükümsüz sayılır.

İdareye tanınan serbestlik sonucunda idarenin elde edeceği sonucun idareye tanınan takdir yetkisi kapsamında olup olmadığı, takdir yetkisinin denetlenmesinde kullanılan yöntemlerle denetlenebilir.[303] Bu anlamda Kamu İhale Kurumu tarafından, idarelerin özellikle yukarıda anılan maddeleri nasıl değerlendirdiğinin yorumlanması özel önem ihtiva etmektedir.

1) Alımın Teknik Kriterlerinin Belirlenmesinde İdarenin Takdir Yetkisi

Yapım işleri ve mal ya da hizmet alımları ihalesi olsun fark etmeksizin ihale konusu işin teknik kriterlerinin yer aldığı belge teknik şartnamedir. İhale mevzuatının da belirttiği üzere söz konusu kriterler rekabeti engellememeli, verimliliği, fonksiyonelliği ve fırsat eşitliğini sağlamalı ve belli bir marka, patent, model, menşei, kaynak veya ürüne işaret etmemelidir. Kamu İhale Kurumu idarelerin belirledikleri kriterlerin takdir yetkisi kapsamında belirlenip belirlenmediği konusunda ihale kararlarını denetlemektedir. Aşağıda yer verilen kararlar bu kapsamdaki kararlardır.[304] Ayrıca bu kriter Kamu İhale Kurumu'nun 2016 yılında idarenin takdir yetkisi değerlendirmesini en çok yaptığı kriterdir.

Tıbbi cihaz mal ve hizmet alım ihalesine karşı itirazen şikayet yoluna başvuran istekli tarafından ihale şartname koşulları nedeniyle "GE, Simeks, Ultramed, Konika, Bims, Hologic" firmalarının ihale kapsamı dışında kaldığı ve kriterlerin değişmesi durumunda ihaleye sunulabilecekleri iddia edilmiştir. İddiayı **2016/UH.I-3189** sayılı kararın değerlendiren KİK, şartnamedeki teknik kriterlerin sadece rekabeti engellemeyeceği veya fırsat eşitliğini önlemeyeceği değil; aynı zamanda verimlilik ve işlevselliği de sağlayacağı ifade edilmiştir. Bu nedenle, KİK'e göre, idarenin ihtiyaç için

[303] Onur Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler*, 4. Baskı, Ankara, 2018, s.215

kullanılabilecek tüm cihazları kapsam dahiline almak gibi bir yükümlülüğü bulunmamakta ve önemli olan belli ve tek bir markaya işaret etmemesidir. Teknik şartnamede belli değişikliklerin yapılması halinde kendi sattığı hemodiyaliz cihazının ihale kapsamına gireceği gerekçesiyle KİK'e başvuran istekliye cevap ise **2016/UM.III-3026.1** sayılı kararla verilmiştir. Kararda, gereksinimlerini en uygun şekilde karşılama sorumluluğu olan idarelerin aynı zamanda ihtiyaç ve kapasite belirleme konusunda da takdir yetkilerinin olduğu yer almıştır. İdarenin daha önceki teamülünü değiştirerek uygun gördüğü yeni uygulamasına örnek bir karar da mevcuttur. Söz konusu karara konu laboratuvar hizmeti alım ihalesi şartnamesinde idare "bütün test sonuçları ertesi gün saat 09:00'a kadar çalışılmış ve uzmanı tarafından onaylanmış olmalıdır" maddesini koymuş önceki yıl "11:00" olan teslim vaktini 2 saat erkene çekmiştir. İstekli ise test sonuçlarını onaylayacak uzmanlar üzerinde kendi tasarrufları olmadığı gerekçesiyle teslim sonuçlarının önceki yıl olduğu saatle aynı olması gerektiği itirazıyla KİK'e başvurmuştur. **2016/UH.I-3090** sayılı kararda, idarelerin ihtiyaçlarını en uygun şekilde karşılamaya dönük olarak şartname hazırlamalarının takdir yetkileri kapsamında olduğu ve ihaleye teklif verecek istekliler de işi idarenin belirlediği şartlarda gerçekleştirebileceklerse teklif vermesi gerektiği KİK tarafından belirtilmiş ve idarenin koşulunda hukuka aykırılık görülmemiştir.

Öte yandan Kamu İhale Kurumu'nun farklı kriterlere vurgu yaptığı kararları da bulunmaktadır. Yine bir tıbbi cihaz alım ihalesinde istekli tarafından şartnamedeki "smartbifazik veya actibifazik veya rectilinear" teknolojisinin bazı markalara ait olan patentli bifazik dalga formu olduğu, her "defibrilatör" cihazı üreticisinin uluslararası kabul edilen bir "bifazik" dalga formu geliştirdiği ve farklı isimlerle ticaretini yaptığı iddia edilerek kendilerinin teklif ettikleri "physio control lifepak defibrilatör" cihazının da bifazik dalga formu ile diğer dalga formlarından daha kötü olmadığı öne sürülmüştür. İddiaları değerlendiren KİK, idarelerin verimli, işlevsel, rekabet ortamında ve eşit

şartlarla ihtiyaçlarını karşılayacaklarını ve aynı zamanda ihtiyacına cevap verecek araçların teknolojik performansını belirleme konusunda da takdir yetkisine sahip olduklarına **2016/UM.I-1405** sayılı kararında yer vermiştir. Kararda devamla, şartnamedeki maddeyi incelemiş ve "veya" bağlacının "defibrilasyon" cihazının "smartbifazik veya actibifazik veya rectilinear" adlı 3 farklı teknolojiden biri olabileceği anlamına geldiğine kanaat getirmiştir. Dolayısıyla kararında KİK, sadece idarenin takdir yetkisine vurgu yapmakla kalmamış, bunun yanında idarenin rekabet koşullarını nasıl ihlal etmediğini gösterir şekilde kullandığı ifadeyi analiz etmiştir. Benzer şekilde KİK'in **2016/UM.I-2008** sayılı kararının konusu olan cihaz alım işi ihalesine ise ihale kapsamında alınacak cihazın şartnamede belirlenen ebatlarına itiraz edilmiş ve şartların değiştirilmesi gerektiği iddia edilmiştir. KİK ise idarenin takdir yetkisine değinirken aynı zamanda isteklinin şikayetine karşı idarenin yapmış olduğu gerekçelendirmeye de yer vermiştir. Söz konusu gerekçede talep edilen cihazın büyük olmasının faydaları olarak büyük vücutların tek seferde görüntülenmesi sayesinde daha az radyasyona maruz kalması ve geniş vücutluların damarsal işlemlerinde frotal dedektör sayesinde anjiyo çekim sayısının azalması ile personel ve hastanın aldığı radyasyonun düşmesi sayılmıştır.

Bunların yanında KİK tarafından teknik kriterlere ilişkin takdir yetkisi kullanımında idarelerin sahip oldukları sınırı aştığına ilişkin kararlar da verilmiştir. Radyoloji görüntüleme hizmeti alımı ihalesinde yer alan bazı kriterlerin rekabeti engellediği gerekçesi ile KİK'e başvuru yapılmış, KİK tarafından **2016/UH.III-2547** sayılı kararı tesis edilmeden önce teknik şartlar hakkında bir akademik görüş alınmıştır. Söz konusu uzman istekli tarafından itiraz konusu edilen çeşitli kriterleri tek tek ele almış bir kısmının tıbbi ve teknolojik gereklilikler olduğunu tespit ederken bir kısmının ise gerekli olmadığını ve rekabeti engellediğini belirlemiştir. KİK kararını alırken gerekçesinde hem akademik görüşe hem de ihale sonucu ortaya çıkan duruma yer vermiştir. Zira ihale sonucunda 14 kişi ihale dokümanı almış, 16 kişi şikayet yoluyla

idareye başvurmuş, ihaleye tek istekli teklif vermiş ve o teklif de yaklaşık maliyetin %9 üzerinde yer almıştır. KİK rekabet oluşmadığı gerekçesi ile idarenin takdir yetkisi ile belirlediği teknik kriterleri hukuka aykırı görmüştür.

Teknik şartnamede belirtilen kriterlere ilişkin ortaya çıkabilecek sorunlar genel anlamda belli bir şirkete yönelik olarak hazırlanması, çok muğlak ifadelerin kullanılması veya performans kriterlerini karşılamıyor oluşu, açık olarak ve objektif bir şekilde tanımlama yapmaması, hileli testler veya kalite güvence belgeleri ile yeterli olmayan şirketleri lisanslı gibi gösterme sayılabilir.[305]

2) İhale Yüklenicisinin Çalıştıracağı İşçilerin Kriterlerine İlişkin Takdir Yetkisi

Kamu ihale mevzuatında işçiyle hükümlere özellikle maliyet hesaplamalarıyla, izin hakları göz önüne alınarak teklif edilecek işçi sayısıyla, çalıştırılacak engelli işçi sayısıyla ve benzeri hususlarla ilgili olarak yer verilmiştir. Bu konularda ise idareye belli bir oranda takdir yetkisi tanınmıştır. Konuya ilişkin idarenin takdir yetkisinin Kamu İhale Kurumu tarafından değerlendirildiği kararlara aşağıda yer verilmiştir.

Radyoterapi sistemi bakım ve onarımı hizmet alımı ihalesi teknik şartnamesinde "*yüklenici, sistemin periyodik ayar, kalibrasyon, bakım ve onarım işlerini nitelikli personele yaptıracaktır. Teknik personelin en az birisi, üretici firmasından veya üretici firmanın yetkilendirdiği eğitim merkezinden veya yetkili servisince verilmiş* ***Elekta Lineer hızlandırıcı (Precise Table), Iview GT, XVI konularında eğitim belgesi ve/veya eğitim sertifikasına sahip olmalıdır****. Bu belge ve/veya sertifikalar sözleşme imzalanma sırasında idareye sunulacaktır"* düzenlemesinde yer alan koyu kısmın ihaleye katılımı engelleyeceği gerekçesiyle "*Elekta Lineer hızlandırıcı cihazları konusunda eğitim*

[305] Arif Köktaş, Fatih Karaosmanoğlu, Veysel K. Bilgiç, "Kamu İhaleleri ve Etik*", Yolsuzluğun Önlenmesi İçin Etik Projesi Akademik Araştırma Çalışması*, 2009, s.17

belgesi ve/veya eğitim sertifikasına sahip olmalıdır" olarak değiştirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Söz konusu gerekçeyi değerlendiren ve **2016/UH.I-451** sayılı kararında sonuca bağlayan KİK, idarenin kararını, ihtiyaçların uygun zamanda uygun şartlarda karşılanması, kaynakların verimli kullanımı ve rekabet ilkeleri ile sertifika talep edilen kısımların kullanım amacı, risk grubu ve önemi açılarından değerlendirmiştir. Buna göre, en az bir personelin bu sertifikaya sahip olması ve cihazın tamamından ziyade belli kısımlarına ilişkin sertifika istenmesi rekabeti özellikle artıracak unsurlardır. Ayrıca, sertifikalar cihazın güvenliği ve hastaların sağlığı açısından şart koşulmaktadır. KİK tüm bu sayılanlar nedeniyle idarenin çalıştırılacak personele ilişkin koyduğu bu koşulun idarenin takdir yetkisi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Aynı şekilde, tıbbi cihaz bakım ve onarım işi ihalesinde yine eğitim sertifikasının kapsamına itiraz edilmiş ve cevaben **2016/UH.II-499** sayılı karar tesis edilmiştir. KİK kararında eğitim sertifikalarına ilişkin idarenin ihtiyaçların uygun şart ve zamanda yerine getirilmesi ve kaynakların verimli kullanılması ilkeleri ile sınırlandırılmış bir takdir hakkı olduğunu belirtmiştir.

412 personel ile gerçekleştirilecek genel temizlik hizmet alım ihalesinde çalışacakların en az 30 tanesinin engelli olmasının idare tarafından ihale şartnamesinde zorunlu tutulmasının 4857 sayılı İş Kanunu'nun öngördüğü asgari engelli çalıştırma kuralına aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle ihale kararına ilişkin KİK'e itirazen şikayet başvurusu yapılmıştır. Başvuruyu, **2016/UH.III-516** sayılı kararında değerlendiren KİK, idarelere 4857 sayılı İş Kanunu'nun öngördüğü asgari sayıları aşma konusunda ihale mevzuatı tarafından takdir yetkisi verildiğini, idareler için söz konusu kanunun bağlılık teşkil eden kısmın belirlenen asgari sayının altına inmemek olduğunu, dolayısıyla idarenin koşulunda herhangi bir hukuka aykırılık bulunmadığını öne sürmüştür. Bunun yanında, çalıştırılacak işçilerin ücretlerinin yatırılacağı bankanın belirlenmesinin rekabeti engelleyeceği ve bu konuda idarenin takdir yetkisi olmadığı hususu da KİK'in önüne

gelmiştir. Söz konusu özel güvenlik alım işi ihalesine ilişkin KİK'in vermiş olduğu **2016/UH.II-1792** sayılı kararında, idare tarafından ücretlerin elden ödenmeyeceği, bankaya yatırılacağı, yatırılacak banka şubesinin belirlendiği, yatırıldığına dair hesap belgesinin ve onaylı banka listesinin takip eden hakediş dosyasında yer alacağı koşullarının şartnamede belirlendiği tespit edilmiştir. KİK kararında devamla, idarelerin, ihale yüklenicisi için çalışan işçi ücretlerinin ödenme durumunu takip ve gerektiğinde temin sorumluluğu bulunduğu ve bunun sağlanmasına ilişkin herhangi bir yöntemin ve kısıtlamanın ise belirlenmediğini ifade etmiştir. Hatta, ödenmeyen işçi ücretlerinin yüklenicinin hakedişinden kesilerek işçilere ödeneceği de belirtilmiştir. Bu gerekçelerle işçi ücretlerinin yatırılacağı banka şubesinin belirlenmesinin idarenin takdir yetkisi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği açıklanmıştır.

Öte yandan, silahlı güvenlik hizmeti alım işi ihalesine istekli "özel güvenlik görevlilerinde aranacak şartlar" maddesi gereği itirazda bulunmuştur. Söz konusu maddede ihale konusu işte çalışacak erkekler için asgari 170 cm boy (boy ile kilo arasında ise +/- 10 kg); kadınlar için asgari 160 cm boy (boy ile kilo arasında +/- 10 kg) öngörülmektedir. İstekli bu şartın hem 4857 sayılı İş Kanunu'nda yer alan "eşit davranma ilkesine" hem de Anayasa'nın "çalışma ve ödev hakkı" maddesine aykırı olduğunu iddia etmiştir. Söz konusu iddiayı **2016/UH.II-2964** sayılı kararında inceleyen KİK, idarenin personel kriterlerini belirlemedeki takdir yetkisi olduğunu belirttikten sonra bu kriterlerin rekabeti ve fırsat eşitliğini engellememesi gerektiğini, özel güvenlik hizmetine ilişkin olarak ise mevzuatında özel bir koşula yer verilmediğini, ihale konusu işte çalışacak tüm personel için getirilecek boy ve kilo şartının Anayasa'daki "çalışma hak ve hürriyeti"ni kısıtlayarak idarenin takdir yetkisini aştığını değerlendirerek işlemi iptal etmiştir.

3) Aşırı Düşük Teklif Sorgulamasında Takdir Yetkisi

İhalelerde iki taraf bulunmaktadır. Bunlardan birincisi yapacağı ödemenin tam karşılığını alarak kamusal hizmeti yerine getirmek isteyen idare; diğeri ise söz konusu işi alarak gerçekleştireceği hizmet karşılığında kazanç elde etmek isteyen istekli. Bu taraflardan ikincisi olan isteklinin kazanç arzusu ne kadar artar ve bu yönde sunacağı teklif ne kadar yükselirse, işi kazanma ihtimali de diğer istekliler karşısında o derece azalacaktır. O halde ihale sürecinde istekliler arasında ortaya çıkan bu fiyat rekabetinde teklifin belirlenmesi sorunu; ihaleyi kazanma *ihtimali* ile ihalenin üzerine kalması sonucunda elde etmeyi umduğu *kazanç* arasındaki optimizasyon sorunudur.[306] Tekliflerin verilmesi sonrasında idare tarafından bir sınır değer belirlenir ve söz konusu değerin altında kalan teklifler aşırı düşük teklif olarak adlandırılır. Aşırı düşük teklif sorgulaması için gerekli olan sınır değerin belirlenmesinde, ihaleye sunulan geçerli teklif sayısı, isteklilerce teklif edilen ihale bedelleri ve idarece hesaplanan yaklaşık maliyetin fonksiyonu göz önünde bulundurulabilir.[307] Hesaplanan sınır değerin altında kalan teklifler için idareler isteklilerden açıklama isteyip istememekte takdir hakkına sahiptir.

Nitekim, KİK, **2016/UH.II-1378** sayılı kararında idarenin teknik şartnamede belirterek ihaleyi "aşırı düşük teklif sorgulaması yapılmaksızın" tamamlamasının ve en düşük teklifin ekonomik açıdan en avantajlı teklif olarak belirlenmesinin takdir yetkisinde bulunduğu belirtmiştir. Her ne kadar karara konu ihale hizmet alımı olsa da söz konusu takdir yetkisini tanıyan hüküm mal alımı ve yapım işleri düzenlemelerinde de mevcuttur.[308] Bu doğrultuda, ekonomik olarak en avantajlı teklifin yaklaşık maliyete ve

---

[306] Mustafa Yavuz, "Hizmet Alımı İhalelerinde Aşırı Düşük Tekliflerin Tespiti, Belgelendirilmesi ve Değerlendirilmesi**"** (Yayımlanmamış Uzmanlık Tezi, Kamu İhale Kurumu, 2011) s.31

[307] Deniz Bayraktar ve Emre Artun Bayraktar, "Yapım İşlerinde Yaklaşık Maliyetin Belirlenmesi Üzerine Bir Çalışma", *Beykent Üniversitesi Fen ve Mühendislik Bilimleri Dergisi*, C.9, S.2, 2016, s.31

[308] **Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği**, Madde 59, (2) Aşırı düşük teklif tespit ve değerlendirme işlemlerine ilişkin olarak, ihale ilanı ve dokümanında belirtilmek kaydıyla, üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralardaki koşullar çerçevesinde aşağıdaki seçeneklerden bir tanesi kullanılır.
a) (…)
b) İhale, aşırı düşük teklif tespit ve değerlendirme işlemleri yapılmaksızın sonuçlandırır.

diğer tekliflere göre aşırı düşük olup olmadığı değerlendirilmeden sonlandırılan bir mal alımı ihalesinde de KİK **2016/UM.I-2819** sayılı kararıyla durumu idarenin takdir yetkisinde değerlendirmiştir.

Hatta, KİK'in, idarelerin aşırı düşük teklif değerlendirmesi yapmamalarındaki takdir yetkisini belli bir oranla sınırlamadığı da görülmüştür. **2016/UY.II-1390** sayılı kararda, ihalenin, vermiş olduğu teklifi yaklaşık maliyetin %40'ının altında olan bir isteklinin üzerinde bırakılmasına ilişkin yapılan itirazen şikayet başvurusunda KİK, sınır değerin ne kadar aşağısında olacağına dair bir belirleme olmadığı ve idare tarafından aşırı düşük fiyat sorgulamasının yapılmayacağı şartnamede belirtildiği için %40 oranında düşük bir teklifin ihalede kabul edilmesi takdir yetkisi kapsamında görülmüştür. Söz konusu kararda KİK tarafından aşırı düşük teklif sorgulaması yapılmayacağı hususunun eşit muamele ilkesi gereği -bütün katılımcılar için geçerli- şartnamede belirtilmesine özellikle değinilmiştir. Aynı şekilde **2016/UH.III-629** sayılı kararda KİK aşırı düşük teklif açıklaması istenen her istekliye aynı bileşenlerin sorulmasının eşit muamele ilkesinin bir gereği olduğu gerekçesiyle isteklinin başvurusunu kabul etmiştir. Zira isteklilerden birinden binek araç, temizlik malzemeleri, ebru ile hat atölyeleri malzemelerine ilişkin açıklama yapılması istenirken; diğer istekliden binek araç, resim atölyesi malzemeleri, bilgi evleri ve gençlik merkezleri malzemelerine yönelik açıklama istenmiştir.

İdareler ve istekliler arasında ihtilaf çıkan diğer bir husus ise "önemli teklif bileşeni"nin belirlenmesinde ortaya çıkmaktadır. Önemli teklif bileşeni, idarelerin aşırı

Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, Madde 58, (1) Aşırı düşük teklif tespit ve değerlendirme işlemlerine ilişkin olarak, ihale ilanı ve dokümanında belirtilmek kaydıyla, ikinci ve üçüncü fıkralardaki koşullar çerçevesinde aşağıdaki seçeneklerden bir tanesi kullanılır.
a) (…)
b) İhale, aşırı düşük teklif tespit ve değerlendirme işlemleri yapılmaksızın sonuçlandırılır.
Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, Madde 60, 2) Aşırı düşük teklif tespit ve değerlendirme işlemlerine ilişkin olarak, ihale ilanı ve dokümanında belirtilmek kaydıyla, üçüncü, dördüncü, beşinci ve altıncı fıkralardaki koşullar çerçevesinde aşağıdaki seçeneklerden bir tanesi kullanılır.
a) (…)
b) İhale, aşırı düşük teklif tespit ve değerlendirme işlemleri yapılmaksızın sonuçlandırılır.

düşük teklif sorgulaması yapılmasında önemli gördükleri ve isteklilerden açıklamasını istedikleri bileşenlerdir.[309] Özel güvenlik hizmeti alım ihalesine karşı yapılan itirazen şikayet başvurusunda istekli, görüşmelerin yapılması için istenen 18 adet cep telefonu ile yapılacak GSM hat görüşme ücretinin yaklaşık maliyeti ve sınır değeri etkileyecek olmasına rağmen aşırı düşük teklif sorgulanmasında açıklaması istenmemesine itiraz etmiştir. Söz konusu itiraza cevaben **2016/UH.III-1725** sayılı karar ile idarelerin esas/önemli teklif bileşenlerini kendileri belirlediği değerlendirilerek KİK tarafından başvuru reddedilmiştir. Ayrıca söz konusu bileşenlerin yaklaşık maliyeti meydana getiren gider kalemleri ile uyumlu olma şartının da aranmadığı **2016/UH.III-198** sayılı KİK kararında ifade edilmiştir. Aşırı düşük teklif değerlendirmesinde idarelerin takdir yetkisinde bir oran sınırı görülmemesi hususu burada da geçerlidir. Bir nakliye hizmeti alım işinde önemli teklif bileşeni olarak sadece işçilik maliyetlerinin sorulmasına; oysa çekici, dorse ve hizmet aracının işin yaklaşık maliyetinin %61,10 gibi büyük bir kısmını ifade etmesine rağmen önemli teklif bileşenleri arasında sorulmamasına itiraz edilmiştir. KİK yukarıda bahsedilen tutumunu burada da sürdürmüş ve **2016/UH.III-1802** sayılı kararında, ihale konusu işlerin yapılabilirliğinin tespitinde açıklanması istenen kalemlerin idarenin takdir yetkisinde olduğunu, bunun sınırına ilişkin bir düzenlemenin de bulunmadığını ve önemli olanın belirlenen bileşenlerin bütün istekliler için aynı olması gerektiğini belirtmiştir.

Her ne kadar yukarıda örnek verilen çeşitli KİK kararlarında itiraz edilen hususlar idarenin takdir yetkisi alanında görülerek reddedilse de bu yetkinin bağlı etkiye dönüştüğü durumlar da ortaya çıkabilmektedir. Teklifi sınır değerin altında kalmasına rağmen aşırı düşük teklif sorgulaması yapılmayan isteklinin olduğuna ilişkin yapılan itiraz sonucunda verilen **2016/UH.I-2449** sayılı kararda KİK, idare tarafından hazırlanan

[309] Adem Solak, "Yapım İhalelerinde Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri", *KSU Mühendislik Bilimleri Dergisi,* C.16, S.2, 2013, s.20

şartnamede teklifi sınır değeri geçemeyen isteklilerden açıklama isteneceği belirtildiğinden artık idarenin bu kapsama giren isteklilerden açıklama istemek zorunda olduğuna karar vermiştir. Bunun yanında ihaleye özel takdir yetkisinde sınırlandırma olabilmektedir. **2016/UH.I-3070** sayılı kararın konusu malzemeli yemek hizmetidir. Malzemeli yemek hizmetlerine yönelik ihalelerde aşırı düşük teklif sorgulamalarının "asgari" iki haftalık olan örnek bir menü üzerinden yapılacağı ihale mevzuatında[310] düzenlendiğinden 1 aylık bir maliyet hesaplaması talebine karşı yapılan itirazı KİK reddetmiştir.

Bunun yanında idarenin bağlı olduğu diğer bir husus da önemli teklif bileşenini belirleme zorunluluğudur. Diğer bir ifadeyle, idare aşırı düşük teklifi sorgulaması yapmasına rağmen önemli teklif bileşenlerini belirlememede takdir yetkisi bulunmamaktadır. Taşımalı eğitime yemek hizmeti verilmesi ihalesinde idare aşırı düşük tekliflerini açıklamalarını istediği isteklilere "önemli olduğunu tespit ettiğiniz bileşenler"e ilişkin açıklama yapınız diye sorması, **2016/UH.I-2674** sayılı KİK kararıyla takdir yetkisinin aşılması olarak görülmüştür.

İhalelerde kamu kaynakları kullanıldığı için işin en düşük teklif verene verilmesinin kaynakların verimli kullanımı ilkesine uygun olacağı düşünülse de isteklilerin ihaleyi almak için verecekleri irrasyonel teklifler ile işin tamamlanması mümkün olmayabilir ve iş yarıda kalarak kamu kaynakları israf da edilebilir.[311] Öte yandan her düşük teklifin irrasyonel olduğunu söylemek de doğru olmayacaktır. Bu nedenle, kanun koyucu tarafından idarenin aşırı düşük olarak belirlediği teklifleri doğrudan reddetmesi yerine istekliden belirlenen bileşenler çerçevesinde açıklama talep

[310] **Kamu İhale Genel Tebliği**, Madde 79: 2.6. Malzemeli yemek hizmet alımı ihalelerinde aşırı düşük tekliflerin değerlendirilmesinde kullanılmak üzere teknik şartnamede asgari iki haftalık örnek menü düzenlemesi yapılır ve bu menüde yer alan yemeklerin içerikleri ile çiğ girdi miktarları belirtilir.
[311] Yasin Sezer, Recep Emre Kalkan ve Mustafa Emre Şahin, *Kamu İhale Hukuku Dersleri*, 1.Baskı, Ankara, 2017, s.216

etmesinden sonra değerlendirilmesi gerekçesiyle bu uygulama getirilmiştir. İsteklinin sunacağı açıklamanın aşağıdaki bilgileri içermemesi durumunda teklif reddedilecektir:[312]

- İmalatın yapılacağı sürecin ya da sunulan hizmet ile yapım yönteminin ekonomik yönden uygun olması
- İsteklinin seçtiği teknik çözümler veya ihale konusu iş için kullanılacak avantajlı durumlar
- Teklif edilen işin konusunun özgünlüğü

konularında açıklama verilmesi gerekmektedir.

4) Az Sayıda Geçerli Teklif Olması Sonucunda İhalenin İptal Edilmesinde Takdir Yetkisi

Yukarıda ihale türleri ve ilkeleri bölümlerine değinilirken belirtildiği üzere ihalelerde ne kadar çok teklif yer alırsa o kadar rekabetçi bir süreç olur. Teklif veren sayısının çok olması gerektiği ihale türü ise açık ihale usulüdür. Fakat uygulamada sadece teklif sayısı rekabete ilişkin doğrudan bir gösterge olamamaktadır. Kamu İhale Kurumu, idarelerin Kanunun 39 uncu maddesindeki takdir yetkisine dayanarak iptal ettiği ihalelere ilişkin verdiği kararlarda az sayıda teklif olmasına rağmen rekabetçi ortamın oluştuğuna veya çok sayıda teklif olmasına rağmen rekabetin oluşmadığına ve idarenin iptale ilişkin takdir yetkisi olduğuna dair değerlendirmelerde bulunmuştur. Aşağıda bu kararlar ele alınmıştır.

Hastane yapım işi ihalesine başvuran 7 istekliden 2 tanesi sınır değerin altında ve 4 tanesi de yaklaşık maliyetin üzerinde olması sonucunda tek geçerli teklif kalmış ve ihale yetkilisi tarafından rekabet oluşmadığından bahisle ihale iptal edilince tek geçerli teklif sahibi KİK'e başvurmuştur. İdarenin ihale iptalindeki takdir yetkisinin mutlak ve sınırsız

[312] Atilla İnan, *İhale Hukuku Ders Notları*, 2011, s.125

olmadığı iddiasıyla yapılan itirazen şikayet başvurusu sonucunda **2016/UY.I-2352** sayılı karar tesis edilmiştir. Kararda Kamu İhale Kurumu, idarelerin bütün teklifleri reddederek ihalenin iptaline karar vermesi konusunda sahip olduğu takdir yetkisi her ne kadar mutlak ve sınırsız olmasa da rekabetin sağlanması ve kamu kaynaklarının verimli kullanılmasından sorumlu olan idarenin rekabetin sağlanamadığı gerekçesiyle ihaleyi iptali takdir yetkisi kapsamındadır demiştir. Söz konusu karar konu sonunda değinilen genel çıkarımın istisnası niteliğinde, sadece teklif sayısı baz alınarak yapılmış bir değerlendirmedir. KİK'in bu kararına karşı yargı yoluna gidilmiş ve Danıştay 13. Dairesi'nin 20/04/2017 tarihli ve E: 2017/579; K:2017/1110 sayılı kararıyla karar hukuka uygun bulunmuştur. Danıştay Dairesi, değerlendirmesinde ihalede geçerli tek teklif kalmasının rekabeti sınırladığına ve ihalenin idare tarafından kamu zararını önlemek amacıyla iptal edilmesinin hukuka uygun olduğuna yer vermiştir.

Verilen 6 tekliften 5 tanesinin geçersiz sayıldığı bir başka bakım onarım hizmet alım işi ihalesinin iptal edilmesi sonucunda verdiği **2016/UH.III-1873** sayılı kararında KİK, idarelerin ihaleleri iptal etmede sahip oldukları takdir yetkisinin kamu yararı, hizmet gerekleri, tekliflerin yaklaşık maliyete göre oldukça yüksek olması, yaklaşık maliyete göre çok yüksek olmasa da söz konusu maliyeti karşılayacak ödeneğin bulunmaması ve ihale temel ilkelerine uygun olmayan durumların tespit edilmesi "gibi" bazı gerekçelerle sınırlı olduğunu belirtmiştir. Anılan kararda geçerli olan teklifin yaklaşık maliyete oranı %95,01'dir ve KİK tarafından kararda gerekçe olarak gösterilmiştir. Kararda sayılan son 3 gerekçe Kanunun ilgili madde gerekçesidir. Bu gerekçeler arasında sayılmış olmasa da KİK kendi değerlendirmesi ile ilave yorumlar da yapmıştır. Açılan dava sonucunda Danıştay 13. Dairesi'nin vermiş olduğu karar ise, idarenin "kanaati"ni belirterek takdir yetkisini KİK'in belirttiği haline kıyasen daha da genişletir niteliktedir. 16/11/2017 tarihli ve E:2017/931; K:2017/3103 sayılı kararında Danıştay, her ne kadar isteklinin teklifi yaklaşık maliyetin altında yer alsa da ihaleyi yapan idarenin hizmeti daha düşük bir

maliyetle yapabileceğine dair "kanaate" sahip olduğu ve kaynakların verimli kullanılması ile ihtiyaçların uygun şartlarda karşılanması ilkeleri doğrultusunda idare takdir yetkisini kullanarak yeni bir ihale yapılması için ihaleyi iptal edebileceği hususu onaylanarak karar verilmiştir.

Bunun yanında, az sayıda teklif sunulan ve rekabetin oluşmadığından idarenin takdir yetkisi kapsamında bir kullanım olduğunu kabul eden **2016/UM.III-1122** sayılı karardaki "karşı oy" görüşü belirtmeye değerdir. Laboratuvar Cihazları Kullanım Uygulaması Alımı ihalesinin 2 inci kısmına sadece 2 istekli tarafından teklif verilmiş ve tekliflerden biri KİK kararı sonrası değerlendirme dışı kalmıştır. Kalan teklif sayısının tek olması nedeniyle rekabetin oluşmadığından bahisle idare tarafından ihale iptal edilmiş KİK tarafından da takdir yetkisinin kullanımı için yeterli gerekçe oluşmuş denilmiştir. Fakat karşı oyda, tek kalan son teklifin idare tarafından hesaplanan yaklaşık maliyetten %19 daha düşük olduğu, bir teklifin değerlendirme dışı bırakılan bir başka teklifle kıyas yapılarak ondan %10 daha pahalı olduğu gerekçesiyle değerlendirme dışı bırakılamayacağı, yaklaşık maliyetin altındaki bir teklif ile ihale konusu hizmetin satın alınması ile kamunun zarara uğrayacağının ileri sürülemeyeceği belirtilmiştir. Dolayısıyla söz konusu üye tarafından isteklilerden birinin teklifinin baz alınarak diğer teklifin uygun görülmemesi doğru bulunmamıştır.

Bu kararların yanında teklif sayısı az olmasına rağmen KİK tarafından rekabet ortamının oluştuğuna ve bu nedenle takdir yetkisinin ihale iptali kapsamında kullanılamayacağına dair kararları da vardır. KİK'in bu kararlarda hangi kıstasları değerlendirdiği takip eden kararlarda da görülebilir. İmar planı yapımı hizmet alım işi ihalesine 7 istekli teklifte bulunmuş, 2 tanesi geçersiz teklif olurken; 4 tanesi yaklaşık maliyet üzerinde teklif olarak kayda geçmiştir. Yaklaşık maliyetin altında sınır değerin üstünde tek teklif kaldığından idare rekabet ve kaynakların verimli kullanılması ilkelerini gerekçe göstererek ihaleyi iptal etmiştir. Bu karara karşı yapılan itirazen şikayet

başvurusu sonucunda verilen **2016/UH.II-177** sayılı kararda KİK, yaklaşık maliyet üzerindeki tekliflerin de geçerli teklifler arasında sayılması gerektiği, dolayısıyla ihalede 5 geçerli teklif olduğu ve sadece teklif sayısına bakılarak rekabetin oluşmadığına karar verilemeyeceğini ifade etmiştir. Ayrıca aynı kararda KİK, söz konusu teklifin yaklaşık maliyetin %88,61'i olduğu ve bu yönüyle kaynakların verimli kullanılması ilkesine de aykırı olmadığı belirtilmiştir. Dolayısıyla anılan iki ilkeye de aykırılık olmadığı için idarenin ihaleyi iptal yönündeki takdir yetkisi hukuka aykırı görülmüştür.

Park, bahçe bakımı hizmet alım ihalesinde sadece 2 teklif verilmesi ve her 2 teklifin de yaklaşık maliyet üzerinde olması üzerine idare yaklaşık maliyetten düşük teklif olmaması ve sadece 2 teklif sunulması rekabet ortamının oluşmadığı anlamına gelmesi nedenleriyle ihaleyi iptal etmiştir. Bu karara karşı gidilen idari denetim sonucunda KİK tarafından verilen **2016/UH.II-1193** sayılı kararda her ne kadar tekliflerin yaklaşık maliyet üzerinde olması nedeniyle iptali takdir yetkisi kapsamında olsa da sadece 2 istekli tarafından teklif sunulmasının rekabet ortamının oluşmadığına ve bu gerekçe ile ihalenin iptal edilebileceğine dair bir yorumlamanın yanlış olduğu belirtilmiştir.

Personel servis kiralamasına ilişkin ihalede idarenin yaklaşık maliyeti yanlış hesapladığı, ihaleye sunulan en avantajlı teklifin bir önceki yıl gerçekleşen ihaleden %29 daha yüksek fiyatlı olduğu, bunun beklenen teklif olmadığı ve doğru hesaplanması sonucunda daha düşük bir fiyatla kapatılabileceği iddiasıyla ihalenin iptaline karşı yapılan itirazen şikayet başvurusu sonucunda verilen **2016/UH.I-2443** sayılı kararda, KİK, yaklaşık maliyetin hesaplanmasında herhangi bir hata olmadığı ve kullanılan yöntemin mevzuatta yer alan bir yöntem olduğunu belirtmiştir. KİK kararın devamında teklif sayısına da değinerek; 3 teklif sunulduğu, 1 tanesinin değerlendirme dışı bırakıldığı, kalan 2 tekliften düşük olanın yaklaşık maliyetin %79,56'sını oluşturduğu görüldüğünden ihalenin idare tarafından iptal edilmesi takdir yetkisi kapsamında değerlendirilemeyeceğini eklemiştir. Dolayısıyla yaklaşık %80'lik bir oranın bulunduğu

2 teklifli bir ihalenin iptali Kamu İhale Kurumu tarafından hukuka aykırı görülmüştür. Öte yandan söz konusu karara karşı başvurulan yargı yolu sonucunda, karar ilk derece mahkemesi tarafından hukuka aykırı görülerek iptal edilmiş, KİK'in temyiz etmesi üzerine Danıştay 13. Dairesi'nin 17/05/2017 tarihli ve E:2017/298; K:2017/1554 sayılı kararıyla mahkeme kararı onaylanmış ve işlemin iptali kesinleşmiştir.[313]

Kamu İhale Kurumu'nun yukarıda yer verilen kararlarından da gözüktüğü üzere idarenin 39 uncu maddeye dayanan takdir yetkisini aşıp aşmadığını değerlendirirken genellikle teklif sayısıyla sınırlı kalmamış ve bir yan gerekçe aramıştır.[314] Aynı şekilde **2016/UH.I-319** sayılı kararında da tek teklif kalan isteklinin teklif geçerlilik süresini uzatmaması nedeniyle idarenin ihale iptalini hukuka uygun bulmuştur. Her ne kadar söz konusu KİK kararı ilk derce mahkemesinin kararıyla iptal edilmişse de Danıştay 13. Dairesi'nin 17/10/2016 tarihli ve E:2016/3345; K:2016/3284 sayılı kararıyla mahkeme kararı bozulmuş ve KİK'in kararı hukuka uygun bulunmuştur. Danıştay bozma gerekçesinde ise, yedi isteklinin teklif verdiği ve geçerli tek teklifin kaldığı ihalenin tam anlamıyla bir rekabet ortamına ve kamu yararına sahip olduğundan bahsedilemeyeceği, dava dışı bir diğer isteklinin şikayet başvurusu kabul edilmesine rağmen teklif geçerlilik süresinin uzatılmasını kabul etmemesinin güvenirlik ilkesini zedelediği, bu nedenle

[313] Danıştay, Kamu İhale Kurumu'nun 2016/UH.I-2443 sayılı kararının iptalini onaylayan kararında gerekçesini idarenin yaklaşık maliyetin hesabında hata yapıldığı iddiasını kabul ederek açıklamıştır. Diğer bir deyişle karar gerekçesi az sayıda geçerli teklif olup olmaması değildir. Kararında Danıştay: "(…) ihale konusu işe ait, Yaklaşık Maliyet Hesap Cetveli İcmali incelendiğinde, piyasada faaliyet gösteren üç firma ile İzmir Otobüsçüler ve Umum Servis Araçları ve İşletmeciler Odasından teklif alındığı, önceki yıllara ait gerçekleşen ihale fiyatlarının yaklaşık maliyet hesabında dikkate alınmak üzere bu cetvele dahil edildiği, ihaleyi yapan idarenin tüm bu unsurları dikkate alarak yaklaşık maliyeti hesaplama iradesinin var olduğu, ancak yaklaşık maliyet hesaplanırken İzmir Otobüsçüler ve Umum Servis Araçları ve İşletmeciler Odasından alınan teklifin ve önceki yıllara ait gerçekleşen ihale fiyatlarının sehven değerlendirmeye alınmadığı, Yaklaşık Maliyet Hesap Cetveli İcmalinde yer verilen unsurların tümünün hesaplamada dikkate alınması durumunda yaklaşık maliyetin düşeceği ve kamu zararı oluşmasının önüne geçileceği, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 39. maddesinde idarelere bütün teklifleri reddederek ihaleyi iptal etme konusunda yetki verildiği, idarenin kendisine tanınmış olan bu yetkiyi kamu yararı ve hizmet gereklerine aykırı olarak kullandığını ortaya koyacak bir bilgi ya da belgenin dosyaya sunulmadığı, ihaleye ait yaklaşık maliyetin doğru ve gerçekçi bir şekilde hesaplanmadığı, bu yaklaşık maliyet ile aşırı düşük tekliflerin sağlıklı olarak belirlenemeyeceği ve ihalenin bu şartlarda sonuçlandırılamayacağı, ihalenin iptal edilmesine dair kararın iptaline ilişkin dava konusu Kamu İhale Kurulu kararında kamu yararına ve hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline" karar veren mahkeme kararını onaylamıştır.

[314] Yasin Sezer, Recep Emre Kalkan ve Mustafa Emre Şahin, *Kamu İhale Hukuku Dersleri*, 1.Baskı, Ankara, 2017, s.233

ihalenin iptalini hukuka uygun değerlendiren KİK kararının hukuka uygun olduğu; kararı iptal eden mahkeme kararında hukuki isabet bulunmadığı yer almıştır.

Son olarak unutulmamalıdır ki belli istekliler arasında ihale usulünde ihale mevzuatı tarafından teklifte bulunan istekli sayısına yönelik kullanılacak yetkinin çerçevesi çizilmiştir. Diğer bir ifadeyle, ihaleye davet edilebilecek aday sayısı beşten, teklif veren istekli sayısı üçten az olması durumunda ihalenin iptal edilmesi idare için bağlı yetkidir.

5) Ekipmanın İsteklinin Kendi Malı Olması Koşulunun Belirlenmesinde Takdir Yetkisi

Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nden farklı olarak Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği ile Hizmet Alımı İhale Yönetmeliği ihale konusu işin gerçekleştirilmesine yönelik gereken ekipmanların ihaleye teklif verecek isteklinin kendi malı olması şartını istisna olarak görmüştür. Diğer bir ifadeyle hizmet alımı ile yapım işleri ihalelerinde ihaleyi düzenleyen idareden beklenen, ihale konusu işte kullanılacak ekipmanın isteklinin kendi malı şartını aramamasıdır. Çünkü ihalelerin bir parçası olan şartnamelerde rekabeti engelleyici düzenlemelere yer verilmemesi gerekmektedir.[315] Fakat, esas olan bu kuralın istisnaları mevcuttur. KİK'in idarelerin aradığı hangi koşulları bu istisna kapsamında kabul ettiği ele alınan örnek kararlarda değerlendirilmeye çalışılmıştır.

Yol yapım işi ihalesine karşı itirazen şikayet başvurusunda bulunan istekli, idare tarafından şartnamede 1 adet "280 hp gücünde kırıcı aparatlı" ekskavatörün isteklinin kendi malı olması şartının yer aldığı ve bu düzenlemenin rekabet koşullarının sağlanması ile kamu kaynaklarının verimli kullanımına aykırılık teşkil ettiğini ileri sürmüştür.

[315] Yasin Sezer, Recep Emre Kalkan ve Mustafa Emre Şahin, *Kamu İhale Hukuku Dersleri*, 1.Baskı, Ankara, 2017, s.195

Başvurunun neticesi **2016/UY.II-2969** sayılı kararda, ihale konusu işlerin özelliklerinin gerektirmesi halinde aday veya isteklinin bir kısım makine, teçhizat ve diğer ekipmanlara sahip olması gerektiği kriterini belirlemede idarenin takdir yetkisi olduğu belirtilmiştir. Kamu İhale Kurumu açıklamasında işin gerçekleştirilmesi için 6 adet ekskavatör gerektiği, idarenin bunlardan sadece 1 tanesi için sahip olma şartını istediği, herhangi bir model şartını da öne sürmediği ve son olarak ihaleye 61 isteklinin teklif sunduğuna yer vermiştir. Bahsedilen model, kapasite, güç ve teknik özellik şartları ile ihaleye sunulan teklif sayısının idarenin takdir yetkisi sınırları içinde kaldığının değerlendirilmesinde baz alındığı KİK'in başka kararlarında da görülmüştür. Çalıştırılması gereken 29 araçtan 7 tanesinin yüklenicinin kendi malı olması gerektiğini belirten bir başka yapım ihalesine karşı yapılan başvuru sonucunda alınan **2016/UY.I-1623** sayılı KİK kararında da sadece belli sayıda ekipmanın kendi malı olmasının istendiği, araçlara ilişkin herhangi bir kapasite, güç ve teknik özellik şartı konulmadığı ve ihaleye 8 isteklinin teklif verdiğini belirterek idarenin belirttiği koşulların rekabeti engellemediği ve takdir yetkisi kapsamında belirleyebileceği kriterler olduğu ileri sürülmüştür. Öte yandan, söz konusu karara dava açılması sonucunda işlemi iptal eden ilk derece mahkemesi kararını bozan ilgili Danıştay Dairesi de KİK ile benzer gerekçeleri ileri sürmüştür. Danıştay 13. Dairesi'nin 15/12/2016 tarihli ve E:2016/4190; K:2016/4213 sayılı kararında, ihale ile yapılacak işin niteliği göz önünde bulundurulduğunda isteklinin makine, teçhizat ve ekipmanlarından "kendi malı olması şart koşulanların" 29 araçtan sadece 7 araç için olduğu ve makul kabul edilebileceği, tek bir firmanın bu şartı sağlayamaması halinde iş ortaklığı yöntemine başvurabilecekleri, ayrıca ihaleye 8 isteklinin teklifte bulunduğu ve tekliflerinin yaklaşık maliyetin altında olduğu gerekçeleri ile belirtilen "kendi malı olma" koşulunun rekabeti engellemeyecek düzeyde olduğuna hükmetmiştir. Benzer şekilde KİK, konulan koşulların verimlilik ve fonksiyonellik amacıyla konulabileceği, buradaki

engelin rekabeti önleyici unsurlar içermemesi gerektiğini **2016/UH.III-432** sayılı bir diğer kararında açıkça belirtmiştir.

Ekipmanın kendi malı olma şartının amacına ilişkin idarenin ihale konusu ihtiyacı zamanında karşılamak ve söz konusu işi aksatmadan yerine getirmek gibi belirlemelere yer veren **2016/UH.I-2288** sayılı kararda da takdir yetkisinin kullanımına ilişkin bazı koşullara yer verilmiştir. Bu kararda, KİK, idarenin ekipmanın kendi malı olması şartını belirlemedeki takdir yetkisinin fazla veya sınırsız olmadığı, kullanılması durumunda rekabeti engellememesi ve belirtilen ekipmanın teknik kriterleri ile özelliklerinin İdari Şartname'de yer alması gerektiği, Teknik Şartname'de ise ancak İdari Şartname'de yer verilmesi halinde bulunabileceği yer almıştır. Görüldüğü üzere KİK bu yetkinin kullanımında şekilsel şartlar da istemiştir.

Öte yandan KİK, ekipmanın kendi malı olmasına ilişkin öngörülen koşulu takdir yetkisinin aşımı olarak da yorumlamıştır. Kararın konusu temizlik işi ihalesinde çalıştırılacak 31 araç öngörülmüş ve bu araçlardan 19 tanesinin[316] isteklinin kendi malı olması şartı istenmiştir. İhaleye karşı yapılan başvuru sonucunda verilen **2016/UH.I-3260** sayılı kararda, takdir yetkisinin ihaleye katılımı ve dolayısıyla rekabeti engelleyici yönde kullanılamayacağına değinilmiş; rekabeti engelleyici husus olarak ise talep edilen 19 aracın 5 tanesinin 2014 model ve üzeri, 14 tanesinin ise 2015 model ve üzeri olduğu (ihale tarihi 12/12/2016) belirtilmiştir. Söz konusu şartların isteklileri henüz ihaleyi almadan 2014 ve 2015 model 19 tane araç satın almak zorunda bırakacağından, dipnottan da görüleceği üzere hepsinin nitelikleri dolayısıyla yüksek maliyetli araçlar olduğundan ve

[316] Monoblog Hidrolik Sıkıştırmalı Büyük Çöp Kamyonu 2014 model ve üzeri 1 adet, Hidrolik Sıkıştırmalı Büyük Çöp kamyonu 2015 model ve üzeri 10 adet, Konteynır Yıkama ve Dezenfekte Aracı 2014 model ve üzeri 1 adet, Vakumlu Yol Süpürme Aracı 2014 model ve üzeri 2 adet, Vakumlu Yol Süpürme Aracı (farklı özelliklerde) 2014 model ve üzeri 1 adet, Mini Damperli Çöp Aracı 2015 model ve üzeri 3 adet, Arazöz 2015 model ve üzeri 1 adet

bu nedenle fırsat eşitliği ile rekabeti engelleyerek temel ihale ilkelerini ihlal edeceğinden bahsedilmiştir.

Son olarak ekipmanın kendi malı olması koşulu KİK tarafından ihalenin rekabete açık olup olmadığını değerlendirmede bir kriter olarak da kullanılmıştır. Öğrenci taşıma işine ilişkin yapılan itirazen şikayet başvurusunda şikayetçi ihalede, SRC belgesi, taşıma güzergâhı için araç ruhsatı ya da kiralamayla taşıma güzergâhlarında çalışacak şoförlerin ehliyet ve sabıka kayıtlarının yeterlik kriteri olarak belirlenmesinin ihaleye katılımı sınırlandırdığını iddia etmiştir. Bu iddiayı inceleyen KİK **2016/UH.III-2381** sayılı kararında cevaben araçların isteklilerin ister kendi malı olabileceği isterlerse kiralama ile temin edilebileceği, rekabetin ve ihaleye teklif vermenin engellenmediği, söz konusu şartların işin niteliği için gerektiğine karar vermiştir.

Kararlardan da görüleceği üzere Kamu İhale Kurumu gerçekleştirilecek ihalelerde yapılacak işte kullanılacak makine, teçhizat ve ekipmanların isteklilerin kendi malı olmasında idarelerin sahip olduğu takdir yetkisine bir çerçeve çizmeye çalışmıştır. Bir yandan, rekabeti engelleyip engellemediğini teklif sayısından tespit etmeye çalışırken; öte yandan, yine ihaleye katılımda kısıtlamanın olup olmadığını şart koşulan ekipmanların maddi külfeti üzerinden değerlendirmeye çalışmıştır. Dolayısıyla, idare kendi malı olacak ekipmanın tüm ekipman içindeki oranı ile ekipmana ilişkin model ve standart niteliklerini artırdıkça sahip olduğu takdir yetkisinin sınırına yaklaşacak ve aşma tehlikesiyle karşı karşıya kalacaktır.

6) Yaklaşık Maliyetin Belirlenmesinde Takdir Yetkisi

Kamu İhale Kanunu'nda tanımı yapılmamış olan yaklaşık maliyet, mal ve hizmet alımı ile yapım işleri ihaleleri uygulamaları ile ilgili ikincil düzenlemelerde aynı şekilde tanımlanmıştır. Buna göre yaklaşık maliyet, ihale onay belgesi düzenlenmeden önce idarece her türlü fiyat araştırması yapılarak, Katma Değer Vergisi (KDV) hariç olmak

üzere hesaplanan ve dayanakları ile birlikte bir hesap cetvelinde gösterilen, ihale konusu işin öngörülen bedelidir.[317] Yaklaşık maliyete ilişkin hesabın çıkarılabilmesi için ilk olarak ihale konusu iş kalemleri veya grupları ile bunların ne kadar olacağı tespit edilmesi gerekmektedir.[318] İdare tarafından ihaleye çıkmadan önce yaklaşık maliyetin hesaplanmasının amacı çok yüksek veya çok düşük tekliflerle idarenin zarar etmesinin önüne geçilmesidir.[319] Yaklaşık maliyet ihalelerdeki temel ilkelerden gizlilik ilkesinin gereği olarak ihale sonuna kadar gizli tutulur. Bu sayede ihaleye teklif vereceklerin tekliflerini maliyet hesabına göre tespit etmeleri amaçlanmıştır.[320] Bu gizlilik o kadar önemlidir ki yaklaşık maliyetin ihale öncesinde öğrenildiğine dair ciddi bilgi ve belgelerin mevcut olması durumunda bütün teklifler reddedilerek ihale iptal edilir.[321] 4734 sayılı Kanunun getirmiş olduğu yaklaşık maliyet kriteri öncesinde uygulanan "tahmini bedel" ise ihale ilanında belirtilmek zorunda olan bir uygulamaydı ve dolayısıyla aleniydi.

İhale mevzuatı ihalenin türüne göre fark etmek üzere yaklaşık maliyetin belirlenebileceği alternatifler saymıştır: kamu kurumları ile kuruluşlarından ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarından ihale konusu işle ilgili fiyat istemek, piyasadan soruşturarak fiyat araştırması yapmak, ihaleyi yapan idare olarak veya diğer idareler tarafından daha önce yapılmış aynı veya benzeri işlerin fiyatlarını değerlendirme konusu yapmak, üniversite ve benzeri kurumların yayımladığı rayiçlere başvurmak,

[317] Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin "Tanımlar" başlıklı 3. maddesi
[318] Cevdet Bozkurt, "4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun Son Değişiklikler (5812 Sayılı Kanun) de Dikkate Alınarak Genel Bir Değerlendirmesi", *Denetişim Dergisi*, S.2., 2009, s.63
[319] Yasin Sezer, Recep Emre Kalkan ve Mustafa Emre Şahin, *Kamu İhale Hukuku Dersleri*, 1.Baskı, Ankara, 2017, s.132
[320] Hüseyin Gencer ve Muhammet Ali Cankatar, "Kamu İhale Kanununa Göre Yapılan Alt Yapı İhalelerinde, Aşırı Düşük Sınır Değerin Düşük Olmasını Etkileyen Faktörlerin Analizi", *E-Journal of New World Sciences Academy*, C.7, S.1, s.131
[321] H. Hüseyin Gürhan, Namık Dağalp, Vural Şahbenderoğlu ve Atilla İnan, *Son Değişiklerle Kamu İhale Hukuku,* 1.Baskı, Ankara, 2009, s.126

uzmanlara veya ekspertizlere sorarak çeşitli fiyatlamalara ulaşmak gibi çeşitli yöntemler arasından seçim yapma konusunda idareye takdir yetkisi verilmiştir.[322]

Bu doğrultuda, yaklaşık maliyetin hatalı olduğu iddiasıyla itirazen şikayet başvurusunda bulunulan öğrenciye sıcak yemek temini işi ihalesinin Kamu İhale Kurumu tarafından incelenmesi sonucunda verilen **2016/UH.III-2222** sayılı kararda, idarelerin yaklaşık maliyete ilişkin hesaplama yaparken ürün ve hizmetlerin birim fiyatlarını alternatif yöntemlerle belirleyebileceği ve hangi yöntemin kullanılacağı yönünde idarenin takdir yetkisinin olduğu yer almıştır.

Öte yandan idarenin yaklaşık maliyeti takdir yetkisi kapsamında istediği yöntemle belirledikten sonra yaklaşık maliyet hesabında yanlışlık yapıldığı iddiasıyla ihalenin iptal edilemeyeceğine dair de karar vardır. 18/12/2015 tarihinde gerçekleştirilen personel çalıştırma işi ihalesinde teklifi değerlendirme dışı bırakılan isteklinin teklifi idari ve yargısal yolları takip ettikten sonra yaklaşık 10 ay sonra Kamu İhale Kurumu'nun 09/09/2016 tarih ve 2016/UH.I-2333 sayılı kararıyla değerlendirmeye alınmasına karar verilmiştir. Bu kararın ardından idare "yaklaşık maliyet hesabında yanlışlık yapılarak ortalaması değil; en düşük fiyatın seçildiği" öne sürerek ihaleyi iptal etmiştir. Bu defa KİK tarafından alınan **2016/UH.II-2866** sayılı kararda idarenin yaklaşık maliyetin hesabı yöntemlerinde takdir yetkisine sahip olduğu, fakat bu yetkinin sınırsız olmadığı belirtilerek idarenin maliyet hesabında bir veya birkaç firmadan teklif isteyebileceği, "bunların ortalamasını alabileceği gibi gerçekçi bulduklarını da dikkate alabileceği", fakat daha önce teklifi değerlendirme dışı bırakılan isteklinin Kurul kararı ile değerlendirilmeye alınmasından sonra yaklaşık maliyetin yanlış olduğu ileri sürülerek ihalenin iptal edilemeyeceği belirtilmiştir. Bu sadece yaklaşık maliyet yönteminin çok

[322] Söz konusu alternatiflere Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 10 uncu maddesi, Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 8 inci maddesi, Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 8 inci maddesinden ulaşabilir.

uzun zaman sonra yanlış olduğunu iddia ederek buradaki takdir yetkisini aşmak değil; aynı zamanda idarelerin tüm teklifleri reddedip ihaleyi iptal etme konusunda sahip oldukları takdir yetkisinin de aşımı anlamına gelmektedir.

Benzer olarak, ihale yapıldıktan sonra idarenin yaklaşık maliyeti güncelleme amacıyla ihaleyi iptal etmesi sonucunda, KİK'in yaklaşık maliyetteki hatanın büyüklüğünü değerlendirdiği görülmektedir. Elektrik enerjisi mal alımı ihalesi, Belediye tarafından 5 adet aboneliğin sehven ihale kapsamında yer aldığı ve dolayısıyla yaklaşık maliyeti artırdığı ileri sürülerek iptal edilmiştir. Söz konusu iptal işlemini itirazen şikayet yolunda inceleyen KİK, **2016/UM.II-2360** sayılı kararında abonelik sayılarının artıp eksilmesinin işin doğası gereği olabileceğinden, mevzuatın buna izin verdiğinden ve bunun yanında bahsedilen aboneliklerin yaklaşık maliyete oranının %3,5 gibi düşük bir seviyeyi ifade ettiğinden yaklaşık maliyetin güncellenmesi amacıyla ihalenin iptalini uygun görmemiştir. Yine, tıbbi cihaz alım ihalesinde idarenin yaklaşık maliyeti belirledikten sonra güncelleme yapıp yapamayacağının incelendiği **2016/UM.I-222** sayılı kararda, KİK, yapılan güncellemeyi gereklilik ve objektiflik açılarından değerlendirmiş ve mevzuata uygun bir yöntemle belirlenen yaklaşık maliyetin güncellenmesini hukuka uygun bulmamıştır. Buna karşın, bu değerlendirmeler yaklaşık maliyet tespit edildikten sonra artık değiştirilemeyeceğini de göstermemektedir. Zira, bir yapım işi ihalesinde isteklilerden biri yaklaşık maliyetin yanlış hesaplandığından bahisle idareye başvurmuş ve başvurusu kabul edilerek yaklaşık maliyet yeniden hesaplanmıştır. Bu yeniden hesaplamanın ortaya çıkardığı yeni koşullar KİK tarafından **2016/UY.III-479** sayılı kararda değerlendirilmiş ve yeni durumla birlikte yeniden hesaplama da uygun görülmüştür.

Ayrıca, ihaleye hazırlık aşamasında idarenin yaklaşık maliyet hesaplamasında sahip olduğu takdir yetkisi ihale dokümanları ile bağlı yetkiye de dönüşebilmektedir. Cihaz alım ihalesi ile ilgili KİK'e yapılan itirazen şikayet başvurusu sonucunda ihale

şartnamesinde tekliflerin efektif fiyata göre (fiyat dışı unsurlar da dikkate alınarak) değerlendirileceği belirtilmesine rağmen yaklaşık maliyetin fiyat dışı unsurların dikkate alınmaksızın hesaplandığı ve bu durumun düzeltilmesi gerektiği **2016/UM.II-2698** sayılı KİK kararında yer almıştır. Görüleceği üzere şartname idarenin yaklaşık maliyet hesaplamasındaki takdir yetkisini sınırlamaktadır.

Yaklaşık maliyet hem ihale sürecinde hem de sağladığı veri ile daha sonraki süreçte kamu hizmetlerine ışık tutmaya yardımcı olmaktadır. Kamu Alımları İzleme Raporları'nda sözleşme bedelleri ile idarelerin hesapladığı yaklaşık maliyetler arasında karşılaştırma yapılarak ihaleler ile kamunun ne kadar tasarruf yaptığı ölçülmeye çalışılmaktadır.[323] Bu anlamda idarelerin yaklaşık maliyete ilişkin uygulamaları özellikle önem arz etmektedir.

7) Tenzilat Oranının Düşük Olduğu Gerekçesiyle İhalenin İptal Edilmesinde İdarenin Takdir Yetkisi

Yaklaşık maliyetten sözleşme bedelinin çıkarılması ve ortaya çıkan bu sonucun yaklaşık maliyete bölünmesiyle bulunan orandır.[324] Diğer bir ifadeyle, yaklaşık maliyet ile ortaya çıkan sözleşme arasındaki karşılaştırmayı, indirimi gösterir. Örneğin, yaklaşık maliyeti 100 birim olarak hesaplanan bir ihalede sözleşme bedeli 80 birim ise tenzilat oranı %20 olarak ortaya çıkmaktadır. Bu oran idarelere sunulan tekliflerin değerlendirmek için bir gösterge olmaktadır. Öyle ki bu oran üzerinden idareler değerlendirme yaparak ve teklifleri yüksek bularak ihaleleri iptal etmekte; Kamu İhale Kurumu da söz konusu iptallerin idarelerin takdir yetkisi kapsamında olup olmadığını değerlendirmektedir.

[323] Burcu Zernişan, "Kamu İhale Süreçlerinin Uyuşmazlık Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C.74-1, 2019, s.119

[324] M. Emin Öcal ve Nuray Turhan, "Kamu İhale Sistemindeki Değişikliğin İnşaat Yatırımlarının Süre ve Maliyetine Yansımaları", *4.İnşaat Yönetimi Kongresi Sempozyum Bildirileri,* 2007, s.238

Bir araç kiralama hizmet alımı işi için gerçekleştirilen ihale geçerli son iki teklifin sadece %5,01'lik ve %3,34'lük tenzilat oranlarına sahip olduğundan iptal edilmiş, söz konusu iptal, **2016/UH.II-541** KİK kararıyla tekliflerin yaklaşık maliyete çok yakın olması gerekçesi uygun bulunarak takdir yetkisi kapsamında görülmüştür.

Aynı şekilde, çelik otokorkuluk yapım ihalesinde en avantajlı geçerli teklifin yaklaşık maliyet ile arasındaki %7,06'lik tenzilat oranı kabul görmemiş, aynı idare tarafından iki yıl önce yapılan aynı işe ilişkin ihalede tenzilat oranı %47,68 olarak gerçekleştiğinden bahisle kamu kaynaklarının verimli kullanılması ilkesine dayanarak ihaleyi iptal etmiştir. İdarenin kararını inceleyen KİK, **2016/UY.II-2132** sayılı kararında, söz konusu ihale ilkesinin yerine getirilip getirilmediği hususu mevcut tenzilat oranı ile daha önce gerçekleştirilen aynı veya benzer işlerin tenzilat oranları karşılaştırılarak belirlenebileceğini belirtmiştir. Örnekteki tenzilat oranı kıyas yapılan ihaleye göre nispeten düşük olmakla birlikte sayısal değer olarak da düşüktür. Fakat, rekabet ortamının oluşmadığından, kaynakların verimli kullanma ilkesinin ihlal edildiğinden ve ihtiyacın uygun şartlarda temin edilmediğinden bahisle %19,36'lık tenzilat oranına sahip ihaleyi iptal eden idarenin bu kararını hukuka uygun gören KİK, **2016/UY.III-1832** sayılı kararında idarenin diğer idarelerden aldığı tenzilat oranlarını (%32, %30, %41 ve %38) dayanak olarak kullanmıştır. Hatta, söz konusu ihalede ön yeterliği 20 aday başvurmuş, 9 aday yeterli bulunarak teklife davet edilmiş ve 3 aday geçerli teklif vermiştir. Diğer bir ifadeyle istekli açısından ihale rağbet de görmüştür. Belirtmekte fayda var ki idarenin tenzilat oranına ilişkin yaptığı değerlendirme sadece kendisinin daha önce yaptığı ihalelerle de sınırlı değildir. Örneğin, huzurevi yapım işi ihalesinde ön yeterliği geçen 20 kişiden 13 istekli ihaleye teklif vermiş bunlardan ise 7 tanesi geçerli teklif olmuştur. İdare söz konusu tekliflerden ekonomik olarak en avantajlı olan teklifin yaklaşık maliyete göre tenzilat oranının sadece %7,08 olduğu, halbuki, aynı idarenin daha önce yapmış olduğu yapım ihalelerinde tenzilat oranlarının ortalama %25'in üzerine çıktığı ileri sürülerek

rekabet koşulları oluşmadığından ihale iptal edilmiştir. Söz konusu karar KİK tarafından başvuru üzerine incelenmiş ve **2016/UY.I-2401** sayılı kararla her ne kadar istekli ve geçerli teklif sayısı çok olsa da tenzilat oranının düşük olmasının ihalenin iptali için geçerli bir gerekçe olarak kabul edilebileceği ve iptalde idarenin takdir yetkisini aşmadığı belirtilmiştir. Dava konusu edilen karar ilk derece mahkemesince de hukuka uygun görülmüş ve karar gerekçesinde idareye tanınan takdir yetkisinin sınırsız olmadığı, ihalenin iptaline idare tarafından gerekçe olarak rekabet eksikliği ve tenzilat oranının düşüklüğü gösterildiği, bu iptal ile kamu kaynaklarının verimli, etkili ve ekonomik kullanılmasının sağlanması hedeflendiği değerlendirilmiştir. Söz konusu mahkeme kararı ise Danıştay 13. Dairesi'nin 16/11/2017 tarihli ve E:2017/912; K:2017/3098 sayılı kararıyla onanarak KİK'in işleminin hukukiliği kesinleşmiştir.

Söz konusu kararlara ilave olarak idarenin kendisinin veya başka idarelerin ihalelerine bakmadan düşük olduğuna kanaat getirerek iptal ettiği ihaleyi de KİK takdir yetkisinde görmüştür. Anılan ihale, teklifindeki tenzilat oranı %22 olan bir istekliye rağmen iptal edilmiş, KİK tarafından **2016/UH.II-704** sayılı kararı ile iptal hukuka uygun görülmüş ve kararın gerekçesinde istekli sayısı ve geçerli teklif sayısına yer verilmiştir. İhaleye sadece 3 istekli katılmış olup geçerli teklif olarak sadece %22'lik tenzilat oranına sahip bir teklif kalmıştır.

Öte yandan, Kamu İhale Kurumu'nun tenzilat oranının ölçüsüne dair de kararları bulunmaktadır. 11 isteklinin teklif verdiği üst yapı onarım işine ilişkin ihalede 5 istekli idari şartname gereği reddedilmiş, 1 isteklinin teklifi değerlendirme dışı bırakılmış, diğer 5 isteklinin teklifi ise yaklaşık maliyete ve birbirine yakın görülerek rekabet ilkesi gereği ihale iptal edilmiştir. İdarenin kararını inceleyen KİK, **2016/UY.I-2209** sayılı kararında ihalede sınır değerin üstünde 5 teklifin bulunduğu ve itirazen şikayet yoluna başvuran isteklinin teklifinin yaklaşık maliyetten %17,44 oranında düşük olduğu için buradan isteklilerin tekliflerinin yaklaşık maliyete yakın olduğu sonucunun çıkarılamayacağı ve

idarenin ihaleyi iptal etmede takdir yetkisini aştığını ileri sürmüştür. Personel servisi kiralama ihalesinde ise idare yaklaşık maliyeti yanlış hesapladığını ve tekliflerin yaklaşık maliyete yakınlığının da bunun bir göstergesi olduğu iddiasıyla ihaleyi iptal etmiştir. İdarenin ihaleyi iptal etmedeki takdir yetkisini değerlendiren KİK, **2016/UH.I-2443** sayılı kararı tesis etmiş, kararda ise yaklaşık maliyet hesaplamasında bir hata olmadığı gibi itirazen şikayet başvurusunda bulunan isteklinin teklifindeki tenzilat oranının %20,44 olduğuna ve bu durumda piyasa fiyatlarının yansıtılmadığı gerekçesiyle ihalenin iptal edilemeyeceğine yer vermiştir[325].

Görüldüğü üzere diğer ihalelerin baz alınması söz konusu olduğundan KİK'in takdir yetkisi kapsamında uygun tenzilat oranına ilişkin niceliksel bir belirleme yapmak mümkün olmamaktadır. İdarelerin tenzilat oranına ilişkin gerekçelendirmesinde piyasadaki diğer ihaleleri dayanak göstermemesi veya istekli ve geçerli teklif sayısının belli bir sayıyı bulmaması durumunda idarenin iptal kararının takdir yetkisini aşmak olarak yorumlanması ihtimalini ortaya çıkarmaktadır. İdarenin tenzilat oranına ilişkin yapmış olduğu kıyaslamalar ise bazen diğer idarelerin ihaleleriyle, bazen sektördeki işlerle ve bazen de idarenin kendisinin daha önceki yıllarda yapmış olduğu ihalelerle olduğu görülmüştür.

8) İş Deneyim Belgesinin Kabulünde Takdir Yetkisi

İhale mevzuatında benzer iş kavramı "ihale konusu iş veya işin bölümleriyle nitelik ve büyüklük bakımından benzerlik gösteren, aynı veya benzer inşaat tekniği gerektiren, tesis, makine, teçhizat ve diğer ekipman ile mali güç, ihtisas ve organizasyon gerekleri itibariyle benzer özellikteki işleri" ifade etmektedir. Çok küçük farklılıklar

[325] Daha önce dipnotta da belirtildiği üzere **2016/UH.I-2443** sayılı Kurum kararı Danıştay tarafından hukuka aykırı bulunarak iptali yönünde hüküm tesis edilmiştir. Danıştay 13. Dairesi'nin 15/12/2016 tarihli ve E:2016/4190; K:2016/4213 sayılı kararındaki iptal gerekçesi "yaklaşık maliyette hata" yapıldığını tespit etmesi ve idarenin gerekçesini hukuka uygun bulmasıdır.

olmakla beraber tanım hem yapım işleri hem de mal veya hizmet alım işleri ile ilgili yönetmeliklerde yer almaktadır.[326] İstekliler, "benzer iş" yönünden yeterliliklerini ise "iş deneyim belgesi" ile ispat etmektedirler.[327] İncelenen kararlarda idarelerin iş deneyim belgesinin yeterliğine ve benzer iş olarak sunulan işin kabul edilmesine yönelik idarenin takdir yetkisinin KİK tarafından değerlendirilmesine rastlanılmıştır.

Muhtelif yolların taşınmaz değerlemesi danışmanlık işi ihalesinin Teknik Şartnamesi'nde benzer iş olarak "Otoyolu veya devlet yolu veya il yolu projelerini esas alarak yapılan (…) kamulaştırmalar için taşınmaz (…) mühendislik/danışmanlık hizmet alımı işleri" belirlenmiştir. İhale isteklisi söz konusu benzer iş tanımının sadece otoyolu veya devlet yolu ya da il yolu projelerine yönelik işler olduğu fakat BOTAŞ tarafından ihale edilen doğal gaz boru hattı arazisi etüt, harita ve kamulaştırma/mühendislik işinin de hem nitelik hem de büyüklük olarak aynı olduğu ileri sürülerek şikayet ve sonrasında itirazen şikayet başvurusunda bulunmuştur. Bu şekilde bir belirleme ile idarenin sadece kendisinin gerçekleştirdiği işler sonrasında edinilen iş deneyimine sahip firmalara işaret ettiği ve takdir yetkisini aştığı iddia edilmiştir. Belirtilen iddiaları **2016/UH.III-1377** sayılı kararında inceleyen KİK, kamu ihale mevzuatında benzer işin belirlenmesi konusunda idarelere sınırlama getirilmediğini ve takdir yetkisi verildiğini fakat benzer iş ile ihale konusu işin büyüklük ve nitelik yönünden benzer olması; benzer yöntemlerle gerçekleştirilmesi; teçhizat, ekipman, finansal güç, uzmanlık, personel ve organizasyon icapları bakımından benzer özellikte olmasının gerektiğini belirtmiştir. Bu ihaledeki iddiaya ilişkin ise benzer iş tanımındaki "otoyolu veya devlet yolu veya il yolu" ifadesinin "boru hattı, baraj inşası, vb" dışarda bırakmadığı, nitelik ve nicelik yönünden benzer olması halinde teklif verilebileceğini iletmiştir.

[326] Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, Madde 3, (b) fıkrası; Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, Madde 3, (a) fıkrası; Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, Madde 3, (b) fıkrası

[327] Mustafa Yaşar Demircioğlu, "Kamu İhale Hukukunda "Benzer İş" Kavramı ve İş Deneyim Belgeleri", *Ankara Barosu Dergisi*, S.2, 2014, s.162

Diğer bir ihale olan öğrenci taşıma ihalesinde ise idare tarafından benzer iş olarak sadece "öğrenci" taşıma işi belirlendiğinden istekli tarafından rekabetin daraltıldığı iddia edilmiş ve başvurusu üzerine **2016/UH.III-2233** sayılı KİK kararı alınmıştır. Kararda, ihale konusu olan öğrenci taşıma işi hakkında Ulaştırma Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı tarafından hazırlanan Okul Servis Araçları Hizmet Yönetmeliği'nin olduğu, anılan Yönetmeliğin "taşımacının yükümlülüğü" ve "taşıma işlerinde çalışanlar" başlıklı maddeleri ile ihale konusu işi yapacaklarda çeşitli niteliklerin belirlendiği, bu nedenle idarenin şartnamedeki düzenlemesinin takdir yetkisi kapsamında olduğu ve ihaleye katılıma halel getirmeyeceği yer almıştır.

İdarenin benzer iş belirlemesindeki takdir yetkisinin sınırlı bir takdir yetkisini de geçerek bağlı yetkiye dönüştüğü durum da mevcuttur. İhale mevzuatında idarenin birden fazla işi benzer iş olarak belirlemesi durumunda sayılan işlerin birlikte mi yoksa tek tek mi benzer iş olarak kabul edilebilir olduğunu şartnameye eklemek zorunda olduğu, bu durumun şartnamede yer almaması halinde idarenin isteklilerden benzer iş tanımında bulunan bütün işleri gerçekleştirmelerini artık talep edemeyeceği ve sayılan işlerden herhangi birini gerçekleştirenlerin benzer iş yükümlülüğünü yerine getirmiş olacağı yer almaktadır. Dolayısıyla, "park, bahçe, kent temizliği, şoförlük, çöp nakli işi; tek sözleşmeye bağlı hepsi birlikte benzer iş kabul edilecektir" şeklinde bir maddenin yer aldığı şartnameye sahip ihaleye istekli tarafından benzer iş olarak sunulan "şehir çöpünün toplanması, süpürülmesi, temizlenmesi ve şehir çöplüğüne nakli işi"nin kabul edilmemesine karşı yapılan itirazen şikayet başvurusu KİK tarafından incelenmiştir. KİK'in **2016/UH.I-2333** sayılı kararında, idarenin işin hepsinin birlikte yapılmasını öngördüğü, bu nedenle artık gelecek iş deneyim belgelerini değerlendirirken bununla bağlı olduğu ve isteklinin sunduğu iş deneyim belgesinde ise park ve bahçe bakım onarımı

ile şoförlük hizmetlerinin olmadığı belirtilmiştir. Diğer bir ifadeyle, idarenin isteklinin iş deneyim belgesini kabul etmemesi hukuka uygundur denilmiştir.[328]

9) Numunelerin Değerlendirilmesinde Takdir Yetkisi

İsteklilerin ihaleye katılabilmeleri için teknik yeterliklerinin de belirlenmesi gerekmektedir. İdareler bu yeterlikleri belirlemek için malların numunelerini, kataloglarını ve/veya fotoğraflarını teyit edilmek üzere isteyebilirler. İdare numuneleri tutanakla alır ve bir örneğini de istekliye teslim eder. Genelde özellikle mal alımı ihalelerinde ortaya çıkan bu ihtiyaç ürünlerin teknik şartnameye uygunluğunu temin etmek için idareler tarafından yapılmaktadır. İdareler söz konusu numune incelemesini tekliflerin değerlendirildiği aşamada yapabileceği gibi muayene ve kabul aşamasında da yapabilir. İlk bahsedilen aşamada yapılması öngörülürse bu durum ihale dokümanlarında belirtilmelidir.

Sunduğu numunelerin teknik şartnameye uyumsuzluğu nedeniyle teklifi değerlendirme dışı bırakılan istekli tarafından itirazen şikayet başvuru yoluna gidilmiş ve başvuru sonucunda KİK tarafından **2016/UM.III-1551** sayılı karar tesis edilmiştir. Söz konusu kararda, sadece numunelerin teknik şartnameye uygunluğunun tespitindeki takdir yetkisi değil; uygunluk konusunda idarenin alacağı nihai kararın sorumluluğunun da idareye ait olduğu belirtilmiştir. Sonuçta, KİK, bu iddiaya ilişkin olarak idarenin şartnameye uyumlu gördüğü teklifleri değerlendirmeye almasını; uyumlu görmediği teklifleri ise değerlendirme dışı bırakmasını hukuka uygun bulmuştur. Bu defa, istekli tarafından ihale üzerine bırakılan yüklenicinin teklifinin şartnameye uygunluğunun denetlenmeden ihalenin sonlandırıldığı şikâyetiyle idareye ve sonrasında KİK'e

[328] Kamu İhale Kurumu'nun 2016/UH.I-2443 sayılı kararını hukuka uygun bulan Danıştay 13. Dairesi'nin 04/05/2017 tarihli ve E:2017/608; K:2017/1295 sayılı kararın konusu Kurum kararının "iş deneyim belgesi" ile ilgili olmayan başka bir kararı ile ilgidir.

başvurulmuştur. KİK ise, **2016/UH.III-681** sayılı kararında, şartnamenin ilgili maddesinde isteklilerin teklif ettikleri cihazların şartnamelere uygunluğunu ispat etmek üzere sunacakları herhangi bir belgeye yer verilmediğini; dolayısıyla idarenin bu uygunluğu denetlemek için ancak yine şartnamede belirtilen numune seçeneğine başvurabileceği belirtilmiştir. Kararın devamında ise şartnamedeki numune isteme düzenlemesinin de "isteyebilecektir" şeklinde olması idareye yine takdir hakkı tanımaktadır denilmiştir. Bu haliyle idarenin yüklenicinin teklif ettiği cihazın uygunluğunu deneme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Diğer bir deyişle, idarenin sunulan ürünlerin şartnameye uygunluğunun belgelerle denetlenme ve tek seçeneğin numune uygulaması olması durumunda dahi idare numuneleri alıp denetlemek zorunda değildir ve takdir yetkisine sahiptir. KİK'in bu kararı ilk derece idare mahkemesince iptal edilmiş ve bu iptal Danıştay 13. Dairesi tarafından onanmıştır. Dairenin 07/02/2017 tarihli ve E:2016/3894; K:2017/302 sayılı kararında; KİK'in gerekçelerine yer vermiştir. KİK, isteklilerin katalog, teknik ve benzeri belgeleri yeterlik kriteri olarak sunmaları istenmediğini, bu nedenle yeterlik kriteri olarak idarenin numune değerlendirmesi yapabileceğini fakat söz konusu değerlendirmeyi yapıp yapmama konusunda idarenin takdir yetkisinin bulunduğunu belirtmiştir. Danıştay, kararın devamında ise numune değerlendirilmesinin yapılmadığı fakat isteklinin teklif ettiği ürünün teknik şartnameye uygunluğunun uzmanlardan bilgi ve belge istenerek tereddüdü ortadan kaldıracak şekilde açıklığa kavuşturulması gerektiği, dolayısıyla, araştırma yapılmadan ortaya konan KİK kararının hukuka uygun olmadığına hükmetmiştir.

KİK ayrıca numunelerin testi sonucundaki idarelerce verilen teklifin değerlendirme dışı bırakılması kararının da somut gerekçelere dayanmasını beklemektedir. Tıbbi malzeme alım ihalesinde sunulacak ürünün "kanamayı durdurmada kullanılacak ve her türlü kanamaya uygulanabilecek" özellikte olması gerektiği belirtilmiş, teklif sunan isteklinin ürün kataloğunda "beyin ve sinir sistemi

ameliyatlarında riskleri mevcuttur ibaresi yer aldığı için teklifi değerlendirme dışı bırakılmıştır. İsteklinin bu ifadenin sadece önlem amaçlı olduğu iddiasıyla yapmış olduğu başvuru KİK tarafından incelenmiştir. Kamu İhale Kurumu, **2016/UM.II-1248** sayılı kararında idarenin değerlendirmesini incelemiştir. İdare yaptığı değerlendirmede katalogda yer alan riskin tespit edilebilmesi için numune aşamasında ancak uygulama ile görülebileceği, insan bedeni üzerinde –özellikle beyin ve sinir sistemi gibi hassas ve hayati bir operasyonda- denenmesinin ölümcül riskler taşıdığı ve bu nedenle değerlendirme dışı bırakıldığı gerekçesini sunmuş ve bu gerekçe KİK tarafından somut dayanak olarak kabul etmiştir.

Her ne kadar yukarıdaki kararlarda KİK tarafından idarenin numuneleri değerlendirmesindeki takdir yetkisine yoğun vurgu yapsa da buradaki yetkinin kullanımının sınırlarını da kontrol etmektedir. Teklifinin kişisel görüşler sonucunda değerlendirme dışı bırakıldığını iddia eden isteklinin başvurduğu KİK, **2016/UM.III-1033** sayılı kararında idarenin işlemini incelemiştir. İnceleme sonucunda numune incelemesinde idarenin takdir yetkisinin olduğunu da belirten KİK, idarenin numune değerlendirmesinin esasında ürünün teknik şartnameye uygunluğunun denetimi olduğu, değerlendirme dışı bırakılan teklifteki ürünün ihaleye dahil edilmeme gerekçesinin "cihazın prob yuvalarının, probu düşmelere karşı koruyamayabileceği" olarak belirlendiği, teknik şartnamede ise "prob"un nasıl olması gerektiğine dair bir hüküm olmadığından idarenin ulaştığı sonucun takdir yetkisini aştığını belirtmiştir. Dolayısıyla KİK, idarenin takdir yetkisini numunelerin değerlendirilmesi sürecinin amacıyla sınırlamıştır.

Bunun yanında ayrıca usule yönelik değerlendirmede de bulunmaktadır. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 10 uncu maddesinde hangi bilgi ve belgelerin yeterlik değerlendirmesinde baz alınacağının ihale dokümanında, ihale veya ön yeterliğin ilanında veya davet belgelerinde belirtilmesi gerektiği yer almaktadır. Bu doğrultuda, alınacak

ürünün "prospektüsünün" teklifle birlikte sunulacağına dair teknik şartnamede herhangi bir ifadenin yer almadığı, ayrıca yer alsa dahi idari şartname ve ilanda bu gereklilik belirtilmedikten sonra yeterlik kriterinin uygulanamayacağı KİK'in **2016/UM.III-1106** sayılı kararında belirtilmiştir.

Öte yandan numunelerin idare tarafından ne zaman isteneceğine dair de idarelerin takdir yetkisi bulunmaktadır. **2016/UM.II-2591** sayılı KİK kararında belirtildiği üzere idareler numunelerin değerlendirmesini "tekliflerin değerlendirilmesi" aşamasında yapabileceği gibi; "muayene ve kabul" aşamasında da yapabilir. İlk aşamayı seçmesi halinde ise bu değerlendirmenin yapılacağının ihale dokümanında belirtilmesi gerekmektedir

Son olarak, belirtilen kararlar her ne kadar yeterlik kriterlerinin ihalede uygulama sürecine ilişkinse de söz konusu kriterlerin istenip istenmemesi dahi idarenin takdir yetkisinde görülmüştür. Hatta KİK, **2016/UM.I-2393** sayılı kararında idarenin böyle takdir etmesinin rekabeti artırıcı yönünün olduğunu dahi belirtmiştir. Karar, Danıştay 13. Dairesi'nin 18/05/2017 tarihli ve E:2017/870; K:2017/1557 sayılı kararıyla onaylanarak kesinleşmiştir. Takdir yetkisine de vurgu yapan Danıştay kararının ilgili bölümü şöyledir:

> "ihalelerde ekonomik ve mali yeterlik ile mesleki ve teknik yeterlik kriterlerin istenilip istenilmemesi yönünde ihale dokümanında düzenleme yapma yetkisinin idarenin takdirine bırakıldığı, bu bağlamda uyuşmazlığa konu ihalede idarenin ekonomik ve mali yeterlik kriterleri ile kalite ve standarda ilişkin belgenin yeterlik kriteri olarak istenilmesi yönünden düzenleme yapılmaması hususundaki takdir yetkisini rekabeti engelleyici şekilde kullanmadığı, ihaleye katılımı artırmak, dolayısıyla rekabeti artırarak ihtiyaçların uygun şartlarda karşılanması ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamak amacıyla (…) temel ilkelere uygun olarak kullandığı, takdir yetkisinin kamu yararı ve hizmetin gereklerine aykırı olarak kullanıldığına dair davacının soyut iddiaları dışında tespit bulunmadığı davacının bahse konu iddialarının reddine dair işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varıldığı, ayrıca bahse konu ihalede idarece ihale dokümanında söz konusu yeterlik kriterlerine yer verilmemesinin istekliler açısından bir ayrıcalık veya kayırmaya neden olmadığı, her istekli açısından tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında objektif kriterlere bağlı olarak aynı sonucu doğurduğundan istekliler açısından eşit muamele ilkesinin korunduğu (…) gerekçesiyle davanın reddi"nin onanmasına karar verilmiştir.

10) İhalede İstenecek Belgelerde Takdir Yetkisi

İhale dokümanı ihale hakkında ilgililere bilgi vermekte ve bu sayede tekliflerin sağlıklı oluşturulmasını sağlamaktadır. Bu nedenle, ihale dokümanında yer alacak her türlü belgenin eksiksiz, çelişkisiz, uyumlu olması ve dokümanı alan herkese aynı bilgiyi sunması gerekmektedir. Bilgi ve belgelerin muğlak ve anlaşılmaz oluşu ihaleye teklif verecek olanlarda tereddüt meydana getirecektir.[329]

Bu kapsamda örnek olarak, konusu şoförlü hizmet aracı alım işi olan ihaleye teklif veren 11 istekliden 7 tanesinin teklifi, araç bilgilerini gösteren "Türkiye Sigorta, Reasürans ve Emeklilik Şirketleri Birliğince yayımlanan araç kasko değer listesinin" araçların marka ve teknik özelliklerini belirten dokümanlarla beraber teklif ekinde sunulması gerekirken, sunulmadığı veya yanlış evrak sunulduğu gerekçesiyle değerlendirme dışı bırakılmıştır. Bunun üzerine idare tarafından yapılan değerlendirmede idari şartnamede yer alan *"İstekli teklif ettiği araç bilgilerini gösteren Türkiye Sigorta, Reasürans ve Emeklilik Şirketleri Birliğince yayımlanan (Ocak ayı) araç kasko değer listesini (araçların marka ve teknik özelliklerini belirten dokümanlarla birlikte) teklifin ekinde sunacaktır."* kuralının istekliler tarafından doğru ve aynı şekilde anlaşılmadığı, şüpheye ve tereddüde neden olduğu, idarenin güvenirliği ve objektifliği sağlaması gerektiği öne sürülerek rekabet ilkesinin de zedelediğinden bahisle ihale iptal edilmiştir. İhaledeki ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibi isteklinin yapmış olduğu başvuru sonucu idarenin kararını inceleyen KİK, vermiş olduğu **2016/UH.II-551** sayılı kararda idarenin ihaleyi iptalindeki takdir yetkisini değerlendirmiştir. KİK, şartnamedeki kuralın istenen belgelerin nasıl, hangi ay ve yıla ilişkin olduğu konusunda isteklilerde tereddüt

[329] Burcu Zernişan, "Kamu İhale Süreçlerinin Uyuşmazlık Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C.74-1, 2019, s.120

meydana getirdiğinden isteklilerin tekliflerini düzgün hazırlayamadığına ve dolayısıyla idarenin ihaleyi iptal ederek takdir yetkisi kapsamında hareket ettiğine karar vermiştir.

Ayrıca, sadece belgelerin isteniliş şekli değil; belgelerin sunulup sunulmayacağı konusunda da idarelerin takdir yetkisi ele alınmıştır. Söz konusu değerlendirme ise özellikle temel ihale ilkeleri çerçevesinde yapılmıştır. İtirazen şikayet yoluna başvuran istekli, idare tarafından ihaleye katılacakların ekonomik ve finansal yeterliği ile ilgili düzenlemeye idari şartnamede yer verilmemesinin ve ilgili belgelerin istenilmemesinin hukuka aykırı olduğunu iddia etmiştir. KİK tarafından söz konusu ihale ile idarenin işlemi incelenmiş ve yukarıda da yer verilen **2016/UM.I-2393** sayılı kararla sonuçlanmıştır. KİK kararında, idarenin şartnamede ekonomik ve mali yeterliğe ilişkin istenecek belgeler ve kriterler maddesini boş bırakmasının kendi takdir yetkisinde olduğu, takdir yetkisinin bu yönde kullanımının ise rekabet, ihtiyaçların uygun şartlarda karşılanması ve kaynakların verimli kullanılması ilkelerine aykırı değil; aksine artırıcı bir rol oynadığına karar vermiştir. Bu konudaki Danıştay 13. Dairesi'nin 18/05/2017 tarihli ve E:2017/870; K:2017/1557 sayılı onama kararına da yukarıda yer verilmiştir.

Ayrıca anılan belgelerin istenmemesi ihaleye katılacaklar açısından herhangi bir ayrıcalık oluşturmamakta, herkes için geçerli olması ve aynı sonucu doğurması eşit muamele ilkesini de tesis etmiş olmaktadır. İsteklinin belirtilen belgelerin şartnamede istenilmemiş olmasına itiraz etmesi anlamlıdır. Zira, KİK'in **2016/UH.III-681** sayılı kararında belirttiği üzere yeterlik belgeleri isteklilerden şartnamede talep edilmedikçe teknik şartnameye uyumlulukta kullanılamayacağı belirtilmiştir. Fakat KİK kararı ilk derece idare mahkemesince iptal edilmiş, iptal kararı ise Danıştay 13. Dairesi'nin 07/02/2017 tarihli ve E:2016/3894; K:2017/302 sayılı kararıyla onanarak kesinleşmiştir. Yargı kararında yargı yeri ihaleyi kazanan isteklinin teklif ettiği cihazların teknik şartnamenin gerektirdiği şartları sağlayıp sağlamadığının şüpheye yer kalmayacak şekilde

tespit edilmesi için bir uzman görüşüne başvurulması gerekli görülmüş; bunu gerçekleştirmeden tesis edilen karar iptal edilmiştir.

Mevcut bir belgenin sadece beyanını isteyip belgenin dayanağının istenmemesinde idarenin takdir yetkisine sahip olduğu durum ise aşırı düşük teklif açıklamasında ortaya çıkmaktadır. Aşırı düşük fiyat tekliflerini açıklayabilecekleri yöntemlerden biri de üçüncü kişilerden alınan fiyat tekliflerinin ihaleye verilen teklifin maliyetine dayanak olması durumunda ortaya çıkmaktadır. Söz konusu fiyata dayanak olan maliyet/satış tutarı tespit tutanağı meslek mensubu tarafından düzenlenecek ve sonrasında da muhafaza edilecektir. Takdir yetkisinin görünümü ise bu süreçten sonra ortaya çıkmaktadır. İhale üzerine kalan isteklinin verdiği aşırı düşük teklif açıklamasında belirtilen fiyatların piyasa fiyatlarının çok altında kaldığından gerçeği yansıtmadığı ve meslek mensubunun düzenlediği maliyet/satış tespit tutanaklarının istenerek kontrol edilmesi gerektiği iddiasıyla şikayet edilen ihaleyi inceleyen KİK, **2016/UY.II-2778** sayılı kararı vermiştir. KİK kararında, maliyet/satış tutarı tespit tutanaklarının mali müşavirler tarafından düzenlenip korunacağı, tutanaklardaki bilgilerin doğruluğundan ise meslek mensubunun mesul olduğu, tutanakların idareye verilmeyeceği fakat bunların idare tarafından istenilip istenilmemesi idarenin takdir yetkisinde olduğundan talep edilmesi halinde gönderilmesinin zorunlu olduğu yer almıştır. İdarenin buradaki takdir yetkisinin varlığı konusunda kurumun hassasiyeti oldukça dikkat çekicidir. **2016/UY.III-2851** sayılı karara konu olan ihalede itirazen şikayet yoluna başvuran istekli analiz ile fiyat teklifinin uyumsuz olduğu ve farklı girdileri barındırdığı, hesap hatası ve bilgi eksikliği içerdiği ve her girdinin fiyatı ayrı olarak gösterilmediği iddialarında bulunmuştur. KİK ise değerlendirmesinde, şikayet edilen istekli ile ilgili meslek mensubu tarafından imza atıldığı ve kaşelendiği, yine iletişim bilgileri ile gerekli unvanı taşıdığı, firmanın da teklif ile ilgili faaliyet alanında yer aldığı belirtilerek sonraki aşama için tutanakların idarece istenip kontrol edilmesi idarenin takdir yetkisindedir denilmiştir.

Diğer bir deyişle, KİK, tutanakların ilgili meslek mensubunca hazırlandığı değerlendirmesinden ileri gitmemiş, tutanakların istenip teyit edilmesi idarenin takdir yetkisinde olduğunun altı çizilmiştir.

11) Güvenirlik İlkesinin İhlaline İlişkin Uygulamalarda İdarenin Takdir Yetkisi

Güvenirlik ilkesinin gereği idarenin tesis edeceği işlemlerde hukuka uygun davranacağına ve tüm isteklilere eşit muamele edeceğine dair bir inanç olması gerekmektedir.[330] Bahsedilen güvenin hem ihale katılımcıları tarafından hem de kamuoyu tarafından hissedilmesi gerekmektedir.[331] Kamu İhale Kurumu da ihale sürecinde ortaya çıkan durumların güvenirlik ilkesini zedelediğinden bahisle idare tarafından ihalenin iptal edilmesini takdir yetkisi bağlamında çeşitli kararları ile değerlendirmiştir.

Güvenirliğin de aralarında yer aldığı temel ihale ilkelerinin ihlal edildiğine dair makul şüphe ile iptal edilen yapım işi ihalesine ilişkin yapılan itirazen şikayet başvurusu KİK tarafından incelenerek **2016/UY.I-594** sayılı karar tesis edilmiştir. Söz konusu ihalede aşırı düşük teklif açıklaması talep edilen isteklilerden birinin açıklaması sonucunda gizli bilgilere ulaşıldığına dair makul şüphe oluştuğu ve sorunun düzeltici işlemle ortadan kaldırılamayacağı ileri sürülerek ihale iptal edilmiştir. Olayda, belirtilen istekli, yaklaşık maliyeti hesaplarken idarenin yaklaşık maliyet hesabında yapmış olduğu hatayı yapmıştır. Diğer bir ifadeyle idare yaklaşık maliyeti hesaplarken hata yapmış, söz konusu hatayı yaklaşık maliyeti öncesinde bilme durumu olmayan istekli de tekrarlamıştır. İdarenin şüphesi KİK tarafından da makul görülmüş ve ihalenin iptalini takdir yetkisinin kullanım alanında görmüştür.

---

[330] Gürsel Özkan, *Danıştay Kararları Işığında Kamu İhale Hukukunda Egemen Olan İlkeler*, 1.Baskı, Ankara, 2014, s.248

[331] H. Hüseyin Gürhan, Namık Dağalp, Vural Şahbenderoğlu ve Atilla İnan*, Son Değişiklerle Kamu İhale Hukuku,* 1.Baskı, Ankara, 2009, s.126

Bir diğer ihale web portalı hizmet alım işi ihalesinde idare tarafından birim fiyat teklif cetvelinde çalışma süresi için sadece bir satır açılarak gün sayısı üzerinden teklif istenmiştir. Bu durumda işin süre hesaplamasının 10 ay ve 15 artık gün üzerinden mi yoksa birim fiyat teklif cetveline göre 10 ay ve 30 gün ile 21 artık gün (321 gün) üzerinden mi yapılarak belirlenmesi gerektiği konusunda tereddüt olmuş ve idare, teklifleri hangi usulü uygulayarak değerlendireceği konusunda kararsız kalmıştır. Çünkü 15 artık gün olan hesabın uygulanması durumunda ekonomik açıdan en avantajlı olan teklif, 21 artık gün hesabında asgari işçilik maliyetinin de altında kalarak değerlendirme dışı bırakılması gerekmektedir. İdari denetim yolunda idarenin ihalenin iptali yönündeki kararı KİK tarafından **2016/UH.II-700** sayılı karar takdir yetkisi içinde değerlendirilmiştir. Benzer olarak tıbbi cihaz alım ihalesinde idarede bazı tereddütler hasıl olmuş ve işin uzmanlarının yaptığı numune değerlendirmesi sonucunda düzenledikleri tutanakların farklı olması idarede şüphe doğurmuştur. Sonuçta iptal edilen ihale KİK tarafından incelenmiş ve **2016/UM.II-2042** sayılı karar verilmiştir. İdare tarafından, aynı cihaza ilişkin iki farklı tutanak düzenlendiği, bir tutanakta cihazın teknik şartnameye uygun olduğu belirtilirken diğer tutanakta bazı kriterler açısından şartları karşılamadığı ve iki tutanakta diğer uzmanların yanı sıra ortak uzman bulunmasına rağmen böyle bir durumun ortaya çıktığı tespitleri yapılmış; sonuç olarak söz konusu değerlendirmenin KİK tarafından somut gerekçelere dayandığı belirtilmiştir. Bu nedenle, güvenirlik ilkesinin zedelendiği ve idare tarafından ihalenin iptal edilmesi takdir yetkisi kapsamında olduğu kararda yer almıştır.

İdarenin sağlıklı bir ihale ortamının oluşmadığı değerlendirmesi için her zaman somut durumlara ihtiyaç bulunmamaktadır. **2016/UH.III-1661** sayılı karara konu ihale ile birlikte eş zamanlı gerçekleştirilen 23 grup ihalede "aynı grup ihalenin kısa listesi içerisinde yer alan en az iki istekli tarafından birim fiyat teklif cetvelinde yer alan her bir iş kalemi için farklı fiyatlar teklif edilmesine rağmen" söz konusu iş ile ilgili toplam mali

tekliflerin son değerine kadar aynı olması ve bunun 12 ihalede aynı anda görülmesi hayatın olağan akışı dışında görülmüştür. Ayrıca aynı teklifi vermeyen isteklilerin de tenzilat oranları çok düşük olarak ve birbirlerine çok yakın teklifler verdiği tespit edildiğinden 24 grup ihale de iptal edilmiştir. KİK kararında idarenin değerlendirmesini ihalenin iptali için geçerli bir gerekçe olarak hukuka uygun bulmuştur.

İdarenin tereddüt ve kuşkularının KİK tarafından geçerli görülmeyip ihale iptalinin takdir yetkisinin aşımı olarak değerlendirildiği kararlar da mevcuttur. Örnek **2016/UY.III-418** sayılı kararın konusu ihaleye ilişkin başvurulan idari denetimde KİK tarafından itirazen şikayet başvurusu şekil yönünden reddedilerek esastan incelenmemiştir. Bunun üzerine idare istekliyi sözleşmeye davet etmiş olmasına rağmen belirtilen itirazen şikayet başvurusu esastan incelenmediği gerekçesi ile tereddüdün hala devam ettiğini belirterek ihaleyi iptal etmiştir. İdarenin kararını inceleyen KİK, idarenin takdir yetkisini kullanırken sınırsız olmadığı, kamu yararı ve hizmet gerekleri ile sınırlandırıldığını özellikle belirttikten sonra idarelerde tereddütleri kaldırma konusunda inceleme yetkisinin bulunduğu ve idarenin iş deneyim belgesinde şüphe ve tereddüt mevcut olduğu gerekçesiyle ihaleyi iptal edemeyeceğine karar vermiştir. Benzer olarak **2016/UH.III-480** sayılı karara konu ihale, verilen dosyadaki imza, birim fiyat teklif mektubu ve cetveli üzerindeki imza ve imza sirkülerindeki imzaların farklı olduğu kanaatiyle idare tarafından iptal edilmiştir. İdare buradaki gerekçesini telafisi mümkün olmayan durumların önlenmesi olarak genelleştirmiştir. İdarenin iptal kararını denetleyen KİK, idarenin yapmış olduğu gerekçelendirmeyi soyut bulmuş, imza sirkülerindeki şirket yetkili temsilcisinin 20 yıllık müdür olarak seçildiği, teklif zarfında, teklif mektubunda ve birim fiyat teklif cetvelinde şirket kaşelerinin bulunduğu, kaşeler üzerindeki imzaların sirkülerdeki imza ile benzerlik gösterdiği, şikayet başvurusunda şirket temsilcisinin yine imzalı olarak imzanın kendisine ait olduğunu belirttiği ve imzası inkar edilmeyen

belgenin geçerli olarak kabul edilmesi gerektiğini belirterek idarenin ihale iptal kararını takdir yetkisi dışında görmüştür.

12) İhalenin Niteliğinde veya Miktarındaki Değişiklik Gerekçesiyle İhalenin İptalinde İdarenin Takdir Yetkisi

İdarenin ihale öncesinde ihalenin konusu olacak ihtiyacı belirlemesi gerekmektedir.[332] Mal veya hizmet alımı ya da yapım işi olacak ihtiyacın niteliği de belirlenecektir.[333] Fakat bu belirlemeden sonra ihale aşamasında veya sürecinde ihalenin miktarında veya niteliğinde bazı değişiklikler meydana gelebilmektedir. Söz konusu değişiklikler gerekçesi ile idareler tarafından ihaleler iptal edildiğinde, bu iptal Kamu İhale Kurumu tarafından takdir yetkisinin kullanımı çerçevesinde değerlendirilmektedir.

Toplu konut yapım işi ihalesi idare tarafından ihale yapıldıktan sonra ilave ihtiyaçlar çıktığı gerekçesi ile iptal edilmiş, söz konusu işlem ekonomik açıdan en avantajlı teklif olarak belirlenen istekli tarafından KİK denetimine taşınmıştır. KİK tarafından incelenen ihale iptal kararına ilişkin **2016/UY.III-534** sayılı karar tesis edilmiştir. Kararda idare tarafından belirtilen ilave ihtiyaçların; 630 kg makine daireli asansörlerin 800 kg makine dairesiz asansörlerle değiştirilmesi, mimari projedeki asansör kova ölçüsünün değiştirilmesi, makine dairesine ihtiyaç kalmadığından çıkarılması, işin 6 adet trafo ihtiyacı elektrik altyapısını yapacak firma tarafından karşılanacağı için trafoların ihalede artık yer almaması ve çatı projelerinin değiştirilmesi olarak öne sürüldüğü belirtilmiştir. KİK, söz konusu ihtiyaç değişikliğinin boyutunu ve mahiyetini iş artışı ve eksilişi yoluyla tamamlanamayacak büyüklükte bularak idarenin takdir yetkisini hukuk sınırları içerisinde kullandığına kanaat getirmiştir. **2016/UH.II-1004** sayılı kararın alınmasına neden olan özel güvenlik alım işi ihalesi ise idare tarafından yeni

[332] Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 2019, s. 496
[333] Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, C.2, 3. Baskı, Bursa, 2019, s.128

açılan birimlerin söz konusu olması ve ihalede öngörülen özel güvenlikçi sayısının ihtiyacı artık karşılayamayacağı gerekçesiyle iptal edilmiştir. Bu kapsamda, KİK, idarenin ihtiyacını belirleme yetkisinin hukuken idarenin kendisine ait olduğu ve bu nedenle KİK'in yapacağı değerlendirmenin yerindelik denetimine geçeceği belirtilmiş, idarenin ihale iptal yetkisini kullanımı takdir yetkisi kapsamında görülmüştür. Bu karar, Danıştay 13. Dairesi'nin 28/04/2017 tarihli ve E:2017/572; K:2017/1238 sayılı kararıyla onanmıştır. Temyiz makamının onadığı idare mahkemesi kararının gerekçesi ile kararı destekleyen kısımlar aşağıda belirtilmiştir.

> İdare Mahkemesi'nce; kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde; ihale yoluyla mal veya hizmet alımının temelini oluşturan "**İhtiyaçların en iyi ve uygun şartlarda karşılanması, rekabetin sağlanması**" ilkelerinin gözetilmesi gerektiği, bu genel ilkeler çerçevesinde; idarelerin ihtiyaçların karşılanması amacıyla **ihale yapıp yapmamakta serbest olduğu**, yapılacak ihalelerde de, **kârlılık ve verimlilik** ilkelerinin gözetilerek serbest rekabet yoluyla ve en uygun fiyatla mal veya hizmet alımının yapılacağı, **bu amaçlara uygun olarak ihale iptal etme konusunda takdir yetkisinin bulunduğu**, (…) ihaleyi gerçekleştiren idarece ihalenin iptali için gerekçe olarak gösterilen diğer bir husus olan "yeni açılacak birimler için özel güvenlik elemanı **ihtiyacının değiştiği**" hususunun Kamu İhale Kurulu tarafından hukuka uygun kabul edildiği ve davacının başvurusunun sonucu itibarıyla reddedildiği, iş bu davada Mahkemece yapılacak hukuki irdeleme ikinci gerekçe kapsamında davalı idarece verilen kararın hukuka uygun olup olmadığına münhasır olduğu, bu durumda; dava konusu ihalenin iptaline ilişkin olarak, ihtiyaç duyulan personel sayısının arttığı, yüzdelik dilimlerde değişiklik yapılacağı ve bu durumun yaklaşık maliyeti değiştireceği şeklindeki gerekçelerin **somut ve makul gerekçeler** olduğu, idarenin ihale komisyonu kararı üzerine verilmiş olan **bütün teklifleri reddederek ihaleyi iptal etmekte takdir yetkisinin bulunduğu** dikkate alındığında, idarenin mevzuat uyarınca sahip olduğu **takdir yetkisinin kamu yararı ve hizmet gerekleri** dışında subjektif (öznel) nedenlerle kullanıldığına dair dava dosyasında somut bir iddia veya herhangi bir bilgi ve belge de bulunmadığından, davacı şirketin itirazen şikâyet başvurusunun reddine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş" ve karar onanmıştır.

Öte yandan, idarenin ihtiyaç değişikliğini somut gerekçelere dayandırması ve bunun iş azalış ve eksilişi kapsamında yapılamayacağını göstermesi gerekmektedir. İbadethane tadilat ve onarım ihalesinde ihale üzerine kalan istekli sözleşmeye davet

edilmesine rağmen bir gün sonra tesis edilen yeni bir işlemle ihale meydana gelen yeni ihtiyaçlar nedeniyle iptal edilmiştir. KİK'in idareye talep ile ortaya çıkan ihtiyaçlarının neler olduğunu sorması ve idare tarafından gönderilen 12 adet dilekçeyi incelemesi sonucunda **2016/UY.II-1432** sayılı kararı vermiştir. Bütün dilekçeleri inceleyen KİK bunlardan 11 tanesinin sözleşmeye davet tarihinden evvel idareye ulaşan dilekçeler olduğu, dolayısıyla söz konusu dilekçeler gelmesine rağmen idarenin istekliyi sözleşmeye davet iradesinin hala devam ettiği ve son dilekçedeki talebin ise "korkuluk ve rampa yapılması ile merdiven tamirine" ilişkin olduğunu tespit ederek idarenin ihale iptal gerekçesini yerinde görmemiştir.

Çöp toplama, nakil ve kent temizliği ihalesi ise idare tarafından ihalede 1 tane olan konteynır yıkama aracının 2'ye çıkarılması ve 2 adet robotlu otomatik yeraltı çöp toplama konteynır aracının da ihaleye eklenmesi gerekçeleriyle takdir yetkisini kullanarak iptal edilmiştir. KİK, **2016/UH.I-223** sayılı kararında işlemi denetlemiş ve yaklaşık 48 milyon TL tutarında yaklaşık maliyete sahip bir ihalede söz konusu konteynır maliyetlerinin sadece %0,7 kadar tutacağından bu boyutta küçük bir değişiklikten dolayı ihalenin iptal edilmesini hukuka uygun görmemiştir. Bir diğer kararın alınmasına sebep personel taşımacılığı hizmet alımı ihalesinde ise idare güzergah değişikliği gerekçesiyle ihalenin nitelik ve miktarında değişiklik olduğunu ileri sürerek iptal işlemini uygulamıştır. Konuyla ilgili **2016/UH.I-3084** sayılı kararı tesis eden KİK, teknik şartname hükümlerinin güzergahın ilk ve ara duraklarında değişiklik yaparak 10 kilometreye kadar kısaltıp uzatmaya ve tesislerin kapanması veya taşınması halinde ise yeni güzergahların sözleşmedeki birim fiyatlar üzerinden yeniden hesaplamaya müsaade ettiğini belirterek iptal kararını objektif ve somut gerekçelere dayalı bulmamıştır.

Kamu İhale Kurumu ihtiyaçta meydana gelen değişiklik nedeniyle ihalelerin iptal edilmesi kararına müdahale etmeyi idare üzerinde yerindelik denetimi olarak görüp idarenin kararlarını genel anlamda hukuka uygun görmüştür. Buna rağmen buradaki yetki

kullanımını boyut ve muhteviyat açısından denetlememesi halinde takdir yetkisinin aşılması ve temel ihale ilkelerinin ihlal edilmesi durumlarının ortaya çıkacağını değerlendirip somut ve objektif olarak ispatlanamayan gerekçelerin varlığı durumunda idarenin ihale iptal kararını iptal etmiştir.

13) Ekonomik Açıdan Avantajlı İkinci Teklifin Belirlenmesinde Takdir Yetkisi

Ekonomik açıdan en avantajlı teklif fiyat esasına göre belirlenebileceği gibi fiyat ile birlikte işletme maliyet ve bakım maliyeti, maliyet etkinliği, verimlilik, kalite ile teknik değer gibi fiyat dışı etkenler dikkate alınarak da belirlenebilir.[334] En avantajlı teklifle beraber –en avantajlı teklifle sözleşme imzalanmaması ihtimaline binaen- ekonomik açıdan avantajlı ikinci teklif de idareler tarafından belirlenebilmektedir. Ekonomik açıdan avantajlı ikinci teklifin belirlenip belirlenmeme konusunda idarenin takdir yetkisine ilişkin kurum kararları aşağıda değerlendirilmiştir.

Sarf malzemesi alım işi ihalesinde KİK'e başvuran isteklinin teklifi yaklaşık maliyetin altında olmasına rağmen yüksek bulunarak değerlendirme dışı bırakılmıştır. Söz konusu durum KİK tarafından da tespit edilmiş ve mevzuatta yaklaşık maliyet altındaki bir teklifin bu gerekçe ile değerlendirme dışı bırakılmasının hukuka aykırılığını belirtmiştir. Fakat, KİK **2016/UM.I-1452** sayılı kararıyla durumu farklı bir noktadan değerlendirerek idarenin ekonomik açıdan avantajlı ikinci teklif belirleme iradesi ile kararını sonuca bağlamıştır. Diğer bir ifadeyle kararda KİK, her ne kadar yapılan uygulama hukuki olmasa da ihalede idarenin ekonomik açıdan avantajlı ikinci teklif belirleme iradesinde bulunmadığından, dolayısıyla takdir yetkisini ekonomik açıdan avantajlı ikinci teklifi belirlememe doğrultusunda kullandığından, başvuru yapan isteklinin teklifi değerlendirmeye alınsa dahi idare tarafından ekonomik açıdan avantajlı

[334] Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 2019, s.500

ikinci teklif olarak belirlenmeyeceğinin açık olduğu ve işlemi iptal etmeye gerek olmadığı kararını vermiştir. Benzer olarak bir araç kiralama ihalesinde idare isteklilerden birinin teklifini yine yaklaşık maliyetin altında olmasına rağmen değerlendirme dışında bırakmıştır. **2016/UH.I-710** sayılı kararda da bir önceki kararda olduğu gibi söz konusu uygulamanın hukuki olmadığı fakat ekonomik açıdan avantajlı ikinci teklifin belirlenip belirlenmemesinde idarenin takdir yetkisi olduğu, ihalede idarenin bu tercihini belirlememekten yana belirlediği, dolayısıyla, başvuran isteklinin teklifi ihalede değerlendirilse dahi seçilen teklifler arasında olamayacağından işlemin iptal edilmesi öngörülmemiştir.

Diğer bir ihalede ise durumun gerekleri açısından idarenin ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifi belirlemesi gerektiği **2016/UY.I-111** sayılı kararda KİK tarafından belirtilmiştir. Söz konusu ihalede ilk önce ekonomik açıdan en avantajlı ve ikinci en avantajlı teklif belirlenmiş daha sonra Kurul kararıyla belirlenen isteklilerin teklifleri değerlendirme dışı bırakılmıştır. Bu defa idare tarafından sadece ekonomik açıdan en avantajlı teklif belirlenmiş, bu isteklinin teklif geçerlilik süresini uzatmadığı gerekçesiyle ihaleyi iptal etmiştir. Bunun üzerine anılan Kurul kararında KİK tarafından, idarenin "karar gereği" hem ekonomik açıdan en avantajlı hem de ikinci avantajlı istekliyi yeniden belirlemesi gerektiği, fakat ekonomik açıdan ikinci en avantajlı teklifi belirlemede olduğu gibi, söz konusu belirlenen ikinci en avantajlı teklifle sözleşme imzalayıp imzalamamada da takdir yetkisine sahip olduğu, dolayısıyla KİK kararını yerine getirerek ikinci en avantajlı teklifi belirlese dahi onunla sözleşme imzalamayı takdir etmediğinin de idarenin yeni işleminden anlaşıldığı için ihalenin iptalini iptal etmemiştir. Diğer bir ifadeyle, idarenin ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklifle sözleşme yapıp yapmamadaki takdir yetkisi nedeniyle KİK kararı gereği belirlemek zorunda olduğu istekliyi belirlememesini hukuka uygun görmüştür. Sözleşme yapıp yapmamadaki idarenin takdir yetkisini gösteren bir diğer karar ise **2016/UY.II-1884** sayılı KİK kararıdır. Bu kararın konusu

ihalede ekonomik açıdan en avantajlı ve ikinci en avantajlı teklifler belirlenmiş ve fakat teklif geçerlilik süreleri geçmiştir. Daha sonra idare ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibine teklif süresini uzatıp uzatmayacağını sorması ve olumsuz yanıt alması üzerine aynı soruyu ekonomik açıdan ikinci en avantajlı teklif sahibi istekliye sormadan ihaleyi iptal etmiştir. KİK bir önceki kararda olduğu gibi idarenin ekonomik açıdan ikinci en avantajlı teklifi belirlese dahi söz konusu istekli ile sözleşme yapıp yapmamada hala takdir yetkisi olduğunu belirtmektedir.

14) Tekliflerin Kıyasen Değerlendirilip İhalenin İptal Edilmesinde Takdir Yetkisi

Bu bölümde ihaleye sunulan, sınır değerin üstünde ve yaklaşık maliyetin altında olmasına rağmen idarenin ihaledeki teklifleri önceki yıllardaki ihale maliyetleri, güncel rayiç bedeller veya diğer idarelerin yapmış oldukları benzer ihalelerle kıyaslayarak ihaleleri iptal etmeleri ve bu durumun Kamu İhale Kurumu tarafından değerlendirilişi ele alınmıştır.

Personel servisi kiralama ihalesinde sunulan tekliflerden ekonomik açıdan en elverişli teklif yaklaşık maliyetten %18 daha düşük maliyetli olmasına rağmen idare tarafından bir önceki yıl yapılmış ihale ile kıyaslanarak maliyetli olduğu gerekçesiyle ihale iptal edilmiştir. KİK'e yapılan başvuru sonucunda ise **2016/UH.III-1680** sayılı karar tesis edilmiştir. KİK idarelerin rekabetin oluşmadığına dair gerekçeleri olması durumunda tüm teklifleri reddedip ihaleyi iptal etmeye ilişkin takdir yetkileri olduğunu belirtmesine rağmen buradaki yetkilerinin sınırsız olmadığı ve gerekçelerin ortaya açıkça konulması gerektiğini eklemiştir. Kararda ise söz konusu işe ilişkin yakıt fiyatının bir önceki yıla göre düşmesi ve sefer sayısının azalmasına rağmen yaklaşık maliyet %4,38 artarken söz konusu isteklinin teklif maliyetinin bir önceki yılın sözleşme bedeline göre %21,92 arttığına yer verilmiştir. Söz konusu ihalelerde içerik ve nitelik olarak birbirine

yakın görülmesine rağmen bu farkın olması rekabetin oluşmadığı yönde kanaat oluşması ve ihalenin iptal edilmesi idarenin takdir yetkisi kapsamında bir hareket olarak değerlendirilmiştir. KİK kararının yargısal denetiminde ise işlemi iptal eden ilk derece mahkemesinin kararı Danıştay tarafından bozulmuştur. Danıştay 13. Dairesi vermiş olduğu 12/01/2017 tarihli ve E:2016/4707; K:2017/127 sayılı kararda temel ihale ilkelerinden ihtiyacın uygun şart ve zamanda karşılanması ile verimli kaynak kullanımının sağlanması ilkeleri dikkate alınarak ihalenin iptal edildiği ve idarede ihalenin yeniden yapılması durumunda daha ekonomik tekliflerin alınabileceği kanaatinin oluştuğu, böylece kamu kaynaklarında verimliliği sağlamak için ihaleye devam etmemenin kamu yararı açısından daha uygun olduğu gerekçeleriyle ihaleyi iptal etmesinde hukuka aykırılık olmadığı yer almıştır.

Bir diğer KİK kararı **2016/UH.II-1644** sayılı karardır. Malzemeli yemek hizmeti alımı ihalesinde sunulan teklifler yaklaşık maliyete yakın olmakla birlikte her bir ihale kısmındaki ekonomik açıdan en avantajlı teklifler bir önceki yıla göre %21,57; %51,88 ve %5,68 oranında daha yüksektir. Bu nedenle, idarenin kaynakların verimli ve uygun şartlarda kullanılma ilkesinin ihlal edilmemesi için ihaleyi iptal etmesi KİK tarafından takdir yetkisi dahlinde görülmüştür. KİK'in bu hususta değerlendirmesi oldukça ısrarlıdır. İdarenin sahip olduğu ödenekten dahi bağımsız değerlendirme yapmaktadır. Zira, yemek hizmeti ihalesinde sunulan tekliflerden ekonomik açıdan en avantajlı teklifin sınır değerler arasında olmasına rağmen bir önceki yılın sözleşme bedelinden %70 daha maliyetli ve aynı yıl diğer idareler tarafından gerçekleştirilen ihalelerden de daha yüksek bir fiyatta olması nedeniyle ihale iptal edilmiştir. Bu ihaleye ilişkin alınan **2016/UH.I-454** sayılı kararda dikkat çekici husus ise ödenek miktarına rağmen KİK'in değerlendirmesidir. Yaklaşık maliyeti 19 milyon TL civarında olan, maliyetten ötürü iptal edilen ve iptali KİK tarafından uygun görülen ihale için ayrılan ödenek miktarı yaklaşık 33 milyon TL'dir. Bir diğer ifadeyle, ihale sonucu ortaya çıkan teklif ayrılan ödeneğin

neredeyse yarısı olmasına rağmen ihale iptal edilmiş ve bu iptal KİK tarafından takdir yetkisi kapsamında değerlendirilmiştir. KİK görüşünü hukuka aykırı gören ilk derece yargı yeri kararı ise Danıştay 13. Dairesi'nin 03/11/2016 tarihli ve E:2016/3745; K:2016/3603 sayılı kararıyla bozulmuştur. Danıştay mahkeme kararını bozma gerekçesi olarak ise ihale sahibi idarenin temel kamu ihale ilkelerini göz önünde bulundurması gerektiği, gerçekleşen ihale işlemlerinin söz konusu ilkelere uygun olmaması durumunda ise ihalenin idare tarafından iptal edilebileceği, ihaleye sunulan tekliflerin yaklaşık maliyete çok yakın olduğu ve bu nedenle ihtiyaçların uygun şartlarda karşılanması ile kaynakların verimli kullanılması ilkelerinin ihlal edilerek kamu yararının gerçekleşmediğinden ihalenin idare tarafından iptal edildiği belirtilmiştir.

İdareler tarafından ekonomik açıdan ikinci en avantajlı teklifin en avantajlı tekliften çok yüksek olduğu veya piyasa rayiçlerinden yüksek olduğu gerekçeleriyle teklif fiyatları yetersiz görülüp iptal edilen ve söz konusu bu iptallerin KİK tarafından takdir yetkisi kapsamında değerlendirildiği kararları (sırasıyla **2016/UH.II-701** ve **2016/UH.III-677** sayılı kararlar) da vardır. Piyasa rayiçlerinden yüksek olduğundan bahisle ihale iptal işlemine karşı açılan davada üst yargı kuruluşu KİK ile aynı yönde karar vermiş piyasa rayiçleri ile kıyas değerlendirmesi yapılarak rekabetin oluşmadığına karar verilebileceğini belirtmiştir.

15) Bölüm Sonu Değerlendirmesi

Tezin son ve ana bölümü olan bu bölümde analiz edilen kararlarda KİK tarafından idarelerin ihaleleri gerçekleştirirken takdir yetkileri kapsamında hareket edip etmediklerini değerlendirmesi analiz edilmeye çalışılmıştır.

İlk olarak değerlendirilen KİK kararları, ihaleye teklif veren isteklilerin ihale konusu mal veya işin teknik kriterlerine karşı başvurdukları itirazen şikayet sonucunda verilmiş kararlardır. İdareler ihale konusu mal/hizmet veya işin nasıl olması gerektiği

yönünde şartlar/kriterler belirlemektedirler. Uygulamada ise isteklilerin sunabilecekleri mal/hizmetin söz konusu belirlenen kriterlere uymaması sonucunda ihale kapsamına dahil olabilmek için başvuruda bulunmaktadırlar. Bu başvuruların birçoğu ihale kriterlerinin belli bir marka veya firmayı gösterdiğine ve temel ihale ilkelerini ihlal ettiğine yönelik olmaktadır. KİK, idarece belirlenen kriterlerin takdir yetkisi kapsamında olup olmadığını değerlendirmektedir. Kararları sonucunda ise; idarelerin tüm firmaları kapsam dahiline almak gibi bir yükümlülüklerinin olmadığı, idarelerin en uygun ihtiyaç ve kapasite ile teknolojik performansı belirlemede takdir yetkilerinin olduğunu belirtirken; öte yandan aldığı akademik görüşler neticesinde tıbbi ve teknolojik olarak konulmasında gerek olmayan kriterleri de hukuka aykırı görmüştür.

İhale konusu işte çalıştırılacak işçilerle ilgili de idareler ihale dokümanlarında belli koşullar getirebilmektedirler. İdarelerin belirlediği koşullar ise istekliler tarafından çeşitli ihale ilkelerine aykırı görülebilmektedir. İdare tarafından öngörülen asgari engelli çalışan sayısı veya bazı işçilerin belli eğitim sertifikalara sahip olma yükümlülüğü bu şikayetlere örnek olarak verilebilir. KİK ise genel bir kanun olan İş Kanunu'nun kurallarına daha özel nitelikte olan ihale mevzuatının da yer verdiğini ve genel kanundaki asgari sayılardan aşağı olmamak üzere idarelerin sınırı daha yukarı çekme konusunda takdir yetkisine sahip olduğunu belirtmiştir. İdarelerin sertifika taleplerine ilişkin yapılan itirazlara ise KİK tarafından kaynakların verimli kullanılması ve ihtiyaçların uygun şart ve zamanda karşılanması ilkeleri çerçevesinde cevap verilmiş ve idarelerin yetkilerini hukuk sınırları içerisinde kullandıklarına kanaat getirmiştir. Ayrıca KİK, ihale konusu işte çalışacak işçilerin haklarının verildiğine dair idarelerin sorumluluğu olduğundan bu kapsamda önlemler alma konusunda da takdir yetkisine sahip olduklarını belirtmiştir. Öte yandan, çalışma ve ödev hakkını ihlal edecek şekilde idareler tarafından kriterler belirlenmesi ise takdir hakkının aşımı olarak değerlendirilmiştir.

İdareler ihalede rekabet ilkesinin tesisine, bu sayede ekonomik teklifler almaya, aynı zamanda işin kaliteli ve zamanında yerine getirilmesine yönelik ihaleler gerçekleştirmektedirler. Bu kapsamda ihalelerde belirlenen yaklaşık maliyet sonucunda ortaya çıkarılan sınır değerlerden dahi düşük teklifler gelmekte, söz konusu isteklilere ihalenin verilmesi ise ihalenin gerçekleştirilmesi konusunda tehlike doğurabilmektedir. Bu nedenle mevzuatın ortaya koyduğu aşırı düşük teklif sorgulaması usulünün uygulanmasına yönelik istekliler tarafından itirazlar KİK'e yöneltilmektedir. İdarelerin aşırı düşük teklif sorgulama yapma veya yapmama konusunda idarenin takdir yetkisi olduğunu kararlarında belirten KİK, sorgulama yapılırken eşit muamele ilkesinin uygulanıp uygulanmadığına bakmış, şayet farklı isteklilere farklı teklif bileşenleri sorulması durumunda idarenin takdir yetkisinin dışına çıktığına karar vermiştir. Bir başka ifadeyle, KİK, idarelerin isteklilere soracağı önemli teklif bileşenlerini farklılaştırmada takdir yetkisinin olmadığını düşünmektedir. Öte yandan her istekliye sorulacak önemli teklif bileşenleri aynı olduktan sonra idare tarafından hangi kriterin önemli teklif bileşeni olarak belirleneceği konusunda yetkisini sınırlandırmamıştır. Fakat, şartnamede aşırı düşük teklif sorgulaması yapılacağına dair bir düzenleme bulunması halinde idarenin artık bağlı yetki gereği bu sorgulamayı yapıp yapmama seçeneğinin ortadan kalktığına karar vermiştir.

Rekabet ilkesinin bir diğer ortaya çıkardığı uyuşmazlık ise teklif sayılarıdır. Teklif sayısının az olması idarelerde rekabet şartlarının oluşmadığı düşüncesi oluşturmakta ve bu nedenle tüm teklifleri reddederek ihaleleri iptal etmektedirler. Kararlarda ise KİK'in söz konusu koşulu –genellikle- tek başına değerlendirmediği ve yan unsurlarla desteklediği görülmüş, az sayıda teklif olmasına rağmen rekabetin var olduğu veya çok sayıda teklife rağmen rekabetin oluşmadığı yönünde kararlar verdiği tespit edilmiştir. Yine de KİK'in eğilimi az sayıda teklif gerekçesi ile idarenin ihaleyi iptal etmesi durumunda işlemi takdir yetkisi kapsamında değerlendirmektir denilebilir. Bu anlamda

Danıştay kararları da KİK'in görüşünü destekler niteliktedir. Zira Danıştay içtihatları idarenin ihaleleri bu gerekçeyle iptal etmede takdir yetkisine sahip oldukları yönündedir.

İhaleye katılacak isteklilerin ihale konusu işte kullanacakları ekipmanların kendi malları olma şartının ihale şartnamelerinde yer alması rekabeti engelleyebilecek bir husustur. Zira yükleniciler söz konusu işi kiralama yöntemiyle gerçekleştirmek de isteyebilirler. Bu nedenle ihale mevzuatı anılan ekipmanların maliki olunması şartının aranamayacağını esasen belirlemiştir. İstisna olan ise gerçekleştirilecek iş kamu hizmeti olacağından ve aksamaması gerektiğinden ekipmanın bir kısmına sahip olunabileceği şartıdır. Kamu İhale Kurumu da bu minvalde çok sayıda itirazla karşılaşmakta idareler tarafından ekipmanlar için konulan malik olma şartının takdir yetkisi kapsamında olup olmadığını incelemektedir. Özellikle, sahip olunması gereken araçların maliyetinin çok yüksek olması, istekli olunan aşamada henüz kazanılıp kazanılmayacağı bilinemeyeceği için katılacakların yüksek maliyetli araç almak zorunda bırakılması veya araç modellerinin çok yüksek tutularak isteklilere yüksek maliyet yüklenilmesi KİK tarafından takdir yetkisinin aşılması olarak değerlendirilmiştir. Ayrıca KİK koşulun ağırlığını değerlendirirken ihaleye verilen teklif sayısını da gösterge olarak almıştır. Yüksek sayıda teklif sayısına istekliler üzerinde yoğun bir mali baskı olmadığına dair delil olarak kararlarında yer vermiştir. Öte yandan ekipmanın isteklinin kendi malı olma şartının ihale dokümanlarına konulmaması ise KİK tarafından ihalenin rekabeti sağlayıcı ortamda düzenlendiğine yönelik yorumlanmasını sağlamıştır.

İhale mevzuatında idarelerin düzenleyeceği ihalede alacağı teklifleri değerlendirebilmesine yönelik yaklaşık maliyet hesaplamaları öngörülmüştür. Bu maliyet ve ondan türetilen sınır değer sayesinde ihalenin çok yüksek veya düşük maliyetle gerçekleşmesi önlenmektedir. Yaklaşık maliyeti hesaplamada ise idareye birkaç hesap yöntemi sunulmuş, bu yöntemlerden herhangi birini kullanma yetkisi verilmiştir. Fakat, ihale dokümanlarında yaklaşık maliyetin hesaplama yöntemine ilişkin bilgilere yer

verilmişse, idare artık belirttikleri ile bağlı hale gelmiştir. KİK, idarelerin söz konusu belirleme yöntemlerinin seçiminde takdir yetkisine sahip olduğunu vurgulamakla birlikte idarenin yaklaşık maliyette hata yapıldığı iddiasıyla ihaleyi iptal etmesini her durumda bu kapsamda değerlendirmemiştir. Yapılan hatanın yaklaşık maliyetteki büyüklüğünü ve zaman gibi bazı kriterleri de değerlendirmeye dahil etmiştir.

İdareler gerçekleştirdikleri ihalelerin ne kadar rekabet ortamında gerçekleştiği veya kaynakların verimli kullanılmasına ne kadar hizmet ettiğini belirlemek ve sonuç olarak ihale sonrası sözleşmeyi imzalamalarına yardımcı olması için tenzilat oranını hesaplarlar. Bu oran ile sunulan tekliflerin yaklaşık maliyet karşısındaki durumu ele alınmaktadır. Ayrıca bu oran ile idareler yaptıkları ihaleyi kendi yaptıkları veya diğer idarelerin yaptıkları ihaleler ile kıyaslamasına olanak da vermektedir. Bu kıyaslar dolayısıyla KİK'in belli bir oranın üzerindeki veya altındaki tenzilat oranları için onay verip vermediğini değerlendirmek mümkün değildir. Çünkü ortaya çıkan tenzilat oranı düşük olsa bile diğer kurumların ihaleleri ile kıyas yapınca yüksek bir oran olabilmekte ve ihalenin iptali idarenin takdir yetkisinde görülebilmektedir. Veya bu durumun tersi de söz konusudur.

İstekliler ihale konusu işe benzer başka işleri daha önce gerçekleştirdiklerini ispat etmekte, bunun için sundukları belgelere de iş deneyim belgesi denilmektedir. Bu kapsamda isteklilerin sundukları belgeler idareler tarafından uygun görülmemekte ve teklifleri değerlendirme dışı bırakılmaktadır. Söz konusu kararlara karşı yapılan itirazlar sonucunda KİK, yapılacak işlere benzerlik parametresi olarak yöntemi, ekipmanı, teçhizatı ve personel organizasyonu gibi unsurları saymıştır. Ayrıca bazı işler için idareler ihale yapacakları zaman bazı özel kriterler koyarak benzer işin sınırlarını da daraltabilmektedirler. Bu konuda KİK, işin niteliğini ve kapsamında olduğu mevzuatı değerlendirmekte ve bunun sonucunda idarenin işlemini takdir yetkisi kapsamında yerine

getirilebilir bulmaktadır. Ayrıca benzer iş şartının ihale dokümanlarında belirtilen düzenlemeler ile bağlı yetkiye dönüşmesi de mümkündür.

İsteklilerin ihale kapsamında sundukları ürünlerin ihale şartnamelerinde belirtilen koşulları sağlamaları gerekmektedir. Bunun için idareler, ürünlerin katalog ve fotoğraflarını kullanabilecekleri gibi ürünlerin numunelerini isteyerek şartname kriterleri çerçevesinde test edebilecektir. İdarenin takdir yetkisi bununla da sınırlı değildir. Söz konusu kontrolü tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında yapabilecekleri gibi ürünlerin kabulünde de yapabilirler. KİK, idarenin numunelerin değerlendirilmesindeki takdir yetkisini incelerken söz konusu demonstrasyon işleminin şartnamede yer alıp almadığını; aldıysa ne şekilde yer aldığını da incelemiştir. KİK, şartnamede yer almaması durumunda ise idarelerin herhangi bir zorunluluğu da bulunmadığını belirtmiştir. Danıştay ise her ne kadar KİK'le aynı görüşü paylaşsa da ihalenin itirazen şikayete konu olması durumunda ürünlerin uygunluğuna ilişkin bir uzman görüşüne başvurulması gerektiğine vurgu yapmıştır. Ayrıca KİK numune değerlendirme sürecinin ürünün teknik şartnameye uygunluğunun denetimi ile sınırlı olduğu ve dolayısıyla şartnamede yer almayan bir husus sonucunda idare tarafından numunenin uygun bulunmamasının takdir yetkisini aşmak anlamına geleceği belirtilmiştir.

İhalelerde rekabetin olması, çok sayıda ve gerçekçi tekliflerin gelmesi gibi hususlar kamuoyunun idarenin gerçekleştireceği ihaleye güveniyle doğrudan ilgilidir. İstekliler idareler tarafından eşit muameleye uğrayacaklarına inandıkları durumda ihaleye katılırlar. Bu ise idareye duyulan güveni gösterir. Bu durumda güvenirlik ilkesinin ihlal edildiğini düşünen idareler ihaleyi iptal edebilirler. Oldukça soyut olan ve sarsılma sınırları belli olmayan güvenirlik ilkesinin ihlalini değerlendiren idareleri KİK denetlemiş ve kararlar vermiştir. Yaklaşık maliyetin öğrenildiğine dair makul şüphe olması, ihale dokümanlarında isteklileri farklı çıkarımlar yapmaya iten düzenlemelerin olması, aynı hususa ilişkin farklı ve çelişen belgelerin sunulması gibi güveni sarsan olguların ortaya

çıkması durumunda idarenin iptal gerekçesi KİK tarafından hukuk çerçevesi dahilinde bulunmuştur.

İhtiyacın niceliği ve niteliği idareler tarafından belirlenen kısımlardır. Diğer bir ifadeyle idarenin ne kadarlık bir hizmete ihtiyacı olduğu yine idarenin kendisi tarafından belirlenmektedir. Fakat idarelerin ihaleye çıktıkları süreçte gerçekleştirilecek işin konusunda veya miktarında bazı değişiklikler ortaya çıkabilmekte ve ihale idare tarafından iptal edilebilmektedir. KİK de idarenin ihtiyaç belirleme hususundaki takdir yetkisinden dolayı iptal edebileceğini düşünmesine rağmen her nitelik ve miktardaki değişme gerekçesini de kabul etmemektedir. Söz konusu değişikliğin ne büyüklükte olduğunu, gerçekten öyle bir değişiklik olup olmadığını itirazen şikayet yolunda incelemektedir.

Ekonomik açıdan en avantajlı teklifin sözleşme imzalamaması ve ihale sürecinin sözleşme yapılmadan sonlanması tehlikesine önlem olarak idarelerin en avantajlı ikinci teklifi belirleme yetkileri vardır. Bunun yanında KİK kararlarında idare ikinci en avantajlı teklifi belirlese dahi söz konusu istekli ile sözleşme imzalamak gibi bir zorunluluğunun da olmadığı, takdir ederse sözleşme imzalayacağı da belirtilmektedir. Öte yandan, öncesinde ekonomik açıdan en avantajlı ve ikinci en avantajlı tekliflerin belirlendiği bir ihalede söz konusu iki isteklinin de teklifleri Kurul kararı ile değerlendirme dışı bırakılmış, sonrasında ise idare tarafından ikinci en avantajlı teklif belirlenmemiştir. Bu durumda, idarenin KİK'in kararının gereğini yerine getirmek zorunda olduğu, bir diğer deyişle; KİK kararı öncesinde takdiri olan yetkinin KİK kararı ile bağlı yetkiye dönüştüğü görülmüştür.

İsteklilerin vermiş oldukları teklif değerlerinin olması gerektiği iki referans aralık bulunmaktadır. Bunlardan ilki idare tarafından hesaplanmış yaklaşık maliyet, diğer ise yaklaşık maliyetten türetilmiş sınır değerdir. Yaklaşık maliyetten yüksek veya sınır değerin altında olan tekliflerin de ihaleyi kazanmaları mümkündür. Fakat beklenti

tekliflerin sınırlar arasında kalması ve bunlardan yaklaşık maliyete çok yakın olmaması üzerinedir. Bu aralıkta olmasına rağmen idareler tüm teklifleri reddedip ihaleleri iptal etmekte ve bunu da genellikle rekabet şartlarının oluşmadığına bağlamaktadırlar. İdareler ayrıca önceki yıllardaki ihale maliyetlerini, güncel rayiç bedelleri veya diğer idarelerin yapmış oldukları benzer ihaleleri gerekçe göstererek ihaleleri iptal etmektedirler. KİK tarafından ise söz konusu iptaller takdir yetkisi kapsamında görülmüştür.

İdareye çeşitli konularda serbestlik tanınması -daha özelde yukarıda bahsedildiği üzere ihaleleri iptal edip etmemekte bir takdir hakkı verilmesi- idarenin tamamen keyfi olarak ve belirsiz nedenler kaynaklı işlemler yapabileceği anlamına gelmemekte; yukarıda bahsedilen örneklerde gördüğümüz üzere ihaleye fesat karıştırıldığının tespit edilmesi, piyasa fiyatlarındaki ani değişikliklerin vuku bulması, açıklığın ve rekabet ilkesinin sağlanamaması, şartnameye gerçekleşme imkanı olmayan bir maddenin konulduğunun daha sonradan fark edilmesi gibi gerekçelerin yer alması gerekmektedir.[335] Söz konusu gerekçelerin ihaleyi iptal etme takdir yetkisinin sebep unsurunu oluşturup oluşturmadığı yönünde ise ihalelerin idari denetiminin en üst idari otoritesi olan Kamu İhale Kurumu tarafından incelemesi yapılmaktadır. Bu çalışmada da yukarıda belirtilen başlıklarda KİK'in takdir yetkisini nasıl yorumladığı değerlendirilmiştir.

[335] Onur Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler*, 4. Baskı, Ankara, 2018, s.541

SONUÇ

İdarenin takdir yetkisi kavramı devlet idaresinde belli zorunlulukların sonucunda ortaya çıkmış, devlet erklerinin uzun süreli ilişkileri ile gelişmiş ve hala üzerine çalışılan ve tartışma yapılan bir kavramdır. Ayrıca sadece teorik düzlemde değil; günlük pratiklerde, idarelerin kararları ve yargısal değerlendirilmeleri sonucunda zaman zaman ülke gündemini meşgul edecek seviyede de tartışılmaktadır. İlgili bölümde uzun uzun değerlendirildiği üzere bu durumda kavramın ve özellikle sınırlarının soyut bir muhteviyata sahip olması etkilidir. Soyut sınırların idarelerce yanlış veya geniş yorumlanması sonrası idareler hukuk dışına çıkabilmekte; yargı yerlerinin değerlendirmesindeki seviye ise idareler üzerinde yerindelik denetimi yapacak düzeye kadar ulaşabilmektedir. Söz konusu muğlaklık sadece uygulama sonucunda ortaya çıkmamış, akademik dünyada da üzerinde uzlaşılmış genel geçer bir çerçeve çizilememiştir.

Çalışmada kavram üzerine çeşitli görüşlere yer verilmiş ve nihayet "idarenin hukuk sınırları içerisindeki tercih serbestisi" olarak değerlendirilmiştir. Serbestinin koşullarına ve sınırlarına da değinilmiş, kanun tarafından verilmesi gerektiği, açıkça kapsamı belirlenen kuralların farklı yorumlarla emredici hükmün dışına çıkılmasının mümkün olmadığı, takdir yetkisinin bir diğer takdir yetkisinin sınırına kadar olduğu, her idari kademede mevcut olabileceği ve nihayet takdir yetkisinin kullanımı sonucu tesis edilen işlem ve eylemlerin nihai amaçlarının kamu yararı olması gerektiğine yer verilmiştir.

İdareler kamu hizmetlerini idari işlem ve eylemlerle yerine getirirler. İdari işlemler idare hukukunda herhangi bir hususta değerlendirilirken beş unsur üzerinden ele alınmaktadırlar. Bu çalışmada da idarenin sahip olduğu takdir yetkisinin işlemin hangi

unsurları üzerinden mümkün olup olamayacağı değerlendirilmiştir. İlk olarak yetki unsurunda takdir yetkisinin var olup olmadığı değerlendirilmiş ve böyle bir durumun söz konusu olması halinde yetkinin kim tarafından kullanılacağının belli olmayacağı, bir belirsizlik ortamı doğacağı ve öngörülmez yeni durumun hukuki güven ilkesini zedeleyeceği tespitleriyle idari işlemin yetki unsurunda takdiri bir özellik olmadığı ortaya konulmuştur. İkinci unsur olan idari işlemin sebep unsurunda ise idarenin takdir yetkisi olmadığı yönünde görüş belirtenler olmasına rağmen özellikle "kamu düzeni", "genel sağlık" ve "milli güvenlik" gibi kavramların sebep olarak belirtildiği durumlarda idareye takdir yetkisi verildiği değerlendirilmiştir. Şekil unsuru idari işlemlerde genel olarak yazılı usulde gerçekleştirilir ve bu kişilerin haklarının korunması ve ispat açısından önem arz eder. Bunun haricinde idarenin birden fazla yolla işlemi gerçekleştirebileceği durumlar da mevcuttur. İdarenin işlemlerini belli şekilde gerçekleştirmesi öngörülmesi halinde ise bu kuralı uygulamak zorundadır. Konu unsuru ise idarenin takdir yetkisine sahip olduğu konusunda ittifak edilen unsurdur. İdarenin işlemi yapıp yapmama veya birkaç seçenekten birini tercih etmesi bu unsura işaret etmektedir. Nasıl ki konu unsuru takdir yetkisi olduğu konusunda hemfikir olunan unsur ise; amaç unsuru da takdir yetkisinin olmadığı yönünde görüş birliği olunan unsurdur. Zira idari işlemlerde amaç her zaman için kamu yararıdır.

Tezde daha sonra çalışmanın konusunu oluşturan kurum olan Kamu İhale Kurumu'nun tarihsel arka planına yer verilmiştir. 1980 sonrası neoliberal ekonomi düzeninin neden olduğu devlet düzeni ve bu yöndeki politikalar sonucunda dünyanın birçok yerinde olduğu gibi ülkemizde de devlet teşkilatından nispeten bağımsız ve özerk üst kurullar kurulmuş, tezin çalışma alanı olan ihalelerle ilgili olarak da Kamu İhale Kurumu tesis edilmiş, görev alanlarıyla ilgili düzenleme yapma, denetleme gerçekleştirme ve yaptırım uygulama yetkileri söz konusu kurumlara verilmiştir.

Kamu İhale Kurumu kendisi ile ilgili görev alanında klasik denetim usulünü yapmamakta, düzenlemeler ile idarelerin yapmış oldukları işlemler yargı öncesi öncelikle KİK'e gönderilmektedir. Diğer bir ifadeyle, ihalelerde herhangi bir usulsüzlük olduğunu düşünen hak kaybı yaşayanlar söz konusu usulsüzlük iddiasını yargı denetimine götürmeden önce istisnası olmakla birlikte (idarelerin resen iptal ettikleri ihaleler) Kamu İhale Kurumu'na itirazen şikayet idari denetim yoluna başvuracaklardır. Aksi halde davalarının mahkeme tarafından görülmesi mümkün değildir. İtirazen şikayet yolunda ise idarelerin vermiş oldukları kararların hukuk içinde olup olmadığı KİK tarafından denetlenmektedir. Bu anlamda, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun özellikle 5 inci maddesinde belirtilen temel ihale ilkeleri ile 39 uncu maddesinde belirtilen idarelerin tüm teklifleri reddederek ihaleleri iptal edebilecekleri yetkisi tezde ön plana çıkmaktadır. Zira, söz konusu 5 inci madde rekabet, saydamlık, kaynakların verimli kullanılması, ihtiyaçların uygun şartlarda ve zamanında karşılanması, güvenirlik ve benzeri birçok soyut ilkeyi sayarak bu ilkelerin ihlali halinde 39 uncu maddeyle idareye ihaleyi iptal yetkisi vermiştir. Dolayısıyla idareler için ihale uygulama sürecinde geniş bir hareket ve yorum alanı doğmuştur. Bu yetki ile idareler tarafından alınan birçok karar söz konusu ilkelere dayandırılarak iptal edilebilmekte, KİK ise idareler ilkeleri yorumlarken takdir yetkilerini aşarak hukuk dışına çıkıp çıkmadıkları yönünde denetlemektedir. Elbette KİK bir yargı mercii değildir ve kararları mutlak olarak idarelerin takdir yetkilerini doğru kullanıp kullanmadıklarını göstermemektedir. Fakat KİK'in değerlendirmesi söz konusu piyasadaki yatay alanın en yetkili idari birimi olarak önem arz etmektedir. Öte yandan, belirtilen sakıncaya yönelik olarak ise dava açılan KİK kararlarının nihai durumu da tezde paylaşılmış, yargının KİK değerlendirmeleri sonucunda vermiş olduğu kararlara değinilmiştir. Halihazırda görülecektir ki yer verilen birçok karara karşı dava yoluna da başvurulmamış ve KİK kararı tıpkı yol gösterici olarak kabullenilmiştir. Bu ise KİK

kararlarının neden bu anlamda bir çalışma konusu edilmesi gerektiğini gösteren bir unsurdur.

Son bölümde ise KİK'in idarenin takdir yetkisini değerlendirdiği kararları zaman sınırlaması içerisinde ele alınmış ve belli kategoriler oluşturulmuştur. Belirlenen başlıklar altında hangi durumlarda idarenin işleminin takdir yetkisi kapsamında kullanıldığı hangi durumlarda bu yetkisini aştığı kararlar temelinde ele alınmıştır. Çok farklı sektörlerde gerçekleştiren çeşitli büyüklüklerde ihaleler olmakla birlikte genel anlamda Kamu İhale Kurumu'nun belli bir görüş çerçevesinde hareket ettiği tespit edilmiştir.

Tezde idarenin takdir yetkisinin Kamu İhale Kurumu tarafından nasıl yorumlandığını ortaya çıkarmak üzere özeti aşağıdaki tabloda belirtilen KİK kararlarının analizi sonucunda ortaya çıkan sonuçlar şunlardır:

1. Kamu İhale Kurumu idarelerin takdir yetkisine yönelik yapılan başvurularda idarelerin işlemlerini "*daha çok"* takdir yetkisi kapsamında değerlendirmiş, idareleri ihaleleri iptal etmede haklı görmüş ve başvuruları reddetmiştir. İdarenin takdir yetkisini aştığı yönünde karar verdiği durumlarda idarelerin gerekçeleri soyut, makul olmayan, gerçeği yansıtmayan, yan unsurlar tarafından yanlışlanan olması durumlarında ise takdir yetkisinin aşıldığını tespit etmiştir. Ayrıca, analiz tablosunda kararlar değil de kararlardan çıkan durumların özetlendiği ve tekrar eden benzer kararlara tezde tekrar tekrar yer verilmediği düşünüldüğünde, KİK'in idarenin takdir yetkisine dayanarak işlem tesis ettiği yönündeki yorumunun çok daha yoğun olduğu ortaya çıkmaktadır.
2. İncelenen kararlarda takdir yetkisinin olup olmadığı önem arz etmeksizin en çok vurgu yapılan ihale ilkesi "*rekabet ilkesidir"*. Ayrıca, ilk çıkarımdaki durum bu madde için de söz konusudur. Yani, tekrar eden kararlarla birlikte değerlendirildiğinde rekabet ilkesi kapsamında yapılan idarenin takdir yetkisi

yorumu çok daha fazla ön plana çıkmaktadır. Bu tespit, tezin ikinci bölümünde ele alınan düzenleyici ve denetleyici kurumların –dolayısıyla KİK'in- kuruluş felsefesi ile birlikte değerlendirildiğinde oldukça anlamlıdır. Zira, düzenleyici ve denetleyici kurumların temel görevi serbest piyasa ilkelerinin uygulanmasını sağlamaktır ve rekabet ilkesi de bu ilkelerin başında gelmektedir.

3. KİK, ihalelerin idareler tarafından resen iptalini takdir yetkisi bağlamında değerlendirirken genellikle sadece tek kriter üzerinden ele almamış, başvuru yapılan hususları yan unsurlar (teklif sayısı, ihale değişikliğindeki büyüklük, diğer isteklilere karşı yapılan muamele, ihale dokümanlarında yer alan koşullar, idarenin gösterdiği gerekçenin somutluğu ve benzeri) yönünden de değerlendirdiği görülmüştür. Dolayısıyla idarelerin ihaleleri resen iptal etme gerekçelerini soyut olarak belirlemeleri takdir yetkilerini aşma olarak değerlendirilmiştir.
4. Yaklaşık maliyetin belirlenme yöntemi, numunelerin istenme zamanı ve benzeri durumlar gibi idarelerin birden fazla seçeneği olduğu durumlarda KİK, idarelerin seçimlerini (şartnamelerde belirterek bağlı yetki haline getirmedikleri sürece) hep takdir yetkisi kapsamında değerlendirmiştir.

Tablo 1: Kararlar Analiz Tablosu

	İDARENİN TAKDİR YETKİSİ		**GEREKÇE**	
	TY VAR	**TY YOK**		
Alımın Teknik Kriterlerinin Belirlenmesinde İdarenin Takdir Yetkisi	Kriterlerin bazı markaları ihale dışında bırakmasında		İdarelerin ihtiyaçlarını en uygun şekilde karşılamaya dönük olarak şartname hazırlamalarının takdir yetkileri kapsamında olması	
	Mesleki ve teknolojik kriterler konulmasında		İhtiyaca cevap verecek araçların teknolojik performansını idarelerin belirlemesi	
		Hizmetin gereği olmayan kriterler konulması		Rekabeti engelleyici kriterlerin öngörülememesi
İhale Yüklenicisinin Çalıştıracağı İşçilerin Kriterlerine İlişkin Takdir Yetkisi	Çalışacak personele sertifika şartı konulmasında		İhtiyaçların uygun zamanda uygun şartlarda karşılanması ve kaynakların verimli kullanımı	
	Asgari engelli sayısının İş Kanunu'nda yer alan sınırdan yüksek tutulmasında		İdarenin kanundaki alt sınırdan az olmamak üzere istediği kadar yüksek limit belirleyebileceği	
	İşçi ücretlerinin ödeneceği bankanın idarece belirlenmesinde		İşçi ücretlerinin ödenme durumunu takip ve gerektiğinde temin sorumluluğu bulunması	

		Özel güvenlik personeli için boy ve kilo şartı konulmasında		"Eşit davranma ilkesine" ve "çalışma ve ödev hakkı"na aykırı olması
Aşırı Düşük Teklif Sorgulamasında Takdir Yetkisi	Aşırı düşük teklif sorgulamaması yapılmamasında		En düşük teklifin ekonomik açıdan en avantajlı teklif olarak belirlenmesinin takdir yetkisinde bulunduğu	
		İsteklilere sorulacak önemli teklif bileşenlerinin farklı olmasında		Eşit muamele ilkesinin bir gereği olması
	Önemli teklif bileşenlerinin idare tarafından belirlenmesinde		Kurumun önemli teklif bileşenlerini belirleme görevi ve yetkisi olduğu	
Az Sayıda Geçerli Teklif Olması Sonucunda İhalenin İptal Edilmesinde Takdir Yetkisi		Sadece teklif sayısına bakılarak ihalenin iptal edilmesinde		Teklif sayısının tek başına rekabetin oluşmadığına gösterge olamayacağı
	Teklif sayısının yanı sıra ilave göstergenin olması durumunda		Rekabetin sağlanması ve kamu kaynaklarının verimli kullanılması	
Ekipmanın İsteklinin Kendi Malı Olması Koşulunun Belirlenmesinde Takdir Yetkisi	Bir kısım ekipmanın aday veya isteklinin mülkü olma zorunluluğu getirilmesinde		Rekabeti engellememesi ve işlerin özelliklerinin gerektirmesi	
		Kendi malı olma şartının birçok		Rekabeti engellemesi

		ekipman için şart koşulması		
Yaklaşık Maliyetin Belirlenmesinde Takdir Yetkisi	Yaklaşık maliyet belirleme yöntemlerinden herhangi birini uygulamasında		Yöntem seçmede idarenin takdir yetkisi olması	
		Yaklaşık maliyetin hesabında meydana gelen az miktarda yanlışlık nedeniyle ihalenin iptal edilmesi		Gereklilik ve objektiflik açılarından uygun olmaması
Tenzilat Oranının Düşük Olduğu Gerekçesiyle İhalenin İptal Edilmesinde İdarenin Takdir Yetkisi	Düşük tenzilat oranları sonucunda ihalenin iptal edilmesinde		Rekabet ortamının oluşmaması ve kaynakların verimli kullanılması ilkesinin ihlali	
İş Deneyim Belgesinin Kabulünde Takdir Yetkisi	Benzer işin belirlenmesinde		İdarelere herhangi bir sınırlama getirilmediği	
Numunelerin Değerlendirilmesinde Takdir Yetkisi	Numunelerin teknik şartnameye uygunluğunun tespit edilmesinde		Uygunluk konusunda idarenin alacağı nihai kararın sorumluluğunun idareye ait olması	
		Numunelerin teknik şartname harici dışında kriterler ile değerlendirilmesinde		Numunelerin değerlendirilmesi sürecinin amacına aykırı olması
İhalede İstenecek Belgelerde Takdir Yetkisi	Belgelerin isteklilerce anlaşılmasında tereddüt		Rekabet ilkesinin zedelendiği	

	ortaya çıkmasında			
	İstenecek belgelerin idarece serbestçe belirlenmesinde		Rekabet, ihtiyaçların uygun şartlarda karşılanması ve kaynakların verimli kullanılması ilkelerine uygun olması	
Güvenirlik İlkesinin İhlaline İlişkin Uygulamalarda İdarenin Takdir Yetkisi	Makul şüphenin olması durumunda ihalenin iptal edilmesinde		Güvenirliğin zedelenmesi	
	Tekliflerin değerlendirileceği usulde belirsizlik olması sonucu idarenin ihaleyi iptal etmesinde		Somut verilere dayanması	
		İdarenin tereddüdü sonucunda ihaleyi iptal etmesinde		Şüphenin makul düzeyde olmaması
İhalenin Niteliğinde veya Miktarındaki Değişiklik Gerekçesiyle İhalenin İptalinde İdarenin Takdir Yetkisi	Miktarı değişen ihalenin iptal edilmesinde		Değişikliğin iş artışı ile karşılanamayacak düzeyde büyük olması	
		Miktarı değişen ihalenin iptal edilmesinde		Değişikliğin iş artışı/eksilişi kapsamında tamamlanabilmesi ve somut nedenlere dayanmaması
Ekonomik Açıdan Avantajlı İkinci Teklifin Belirlenmesinde Takdir Yetkisi	Ekonomik açıdan avantajlı ikinci teklifin belirlenmesinde		Kurumun ekonomik açıdan avantajlı ikinci teklifi belirleme yetkisi olduğu	
Tekliflerin Kıyasen Değerlendirilip	Daha önceki yıllarda yapılan		Rekabetin oluşmaması	

İhalenin İptal Edilmesinde Takdir Yetkisi	teklifleri değerlendirer ek ihalenin iptal edilmesinde			

KAYNAKÇA

Akçay, Cemil, Ahmet Sertaç Karakaş, Barış Sayın, ve Ekrem Manisalı. "Ekonomik Açıdan En Avantajlı Teklifin Belirlenmesinde 2004/18/EC AB Kamu İhale Direktifi ile 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun Karşılaştırılması." *E-Journal of New World Sciences Academy* 7, S.1 (2012): 335.

Akdeniz, Demet, Türkiye'de Hukuki ve İdari Açıdan Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Bağımsızlığına İlişkin Değerlendirme, *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S:57, 2018, s.14

Aksoy, Mehmet, ve Mehmet Şimşek. *En Son Değişikliklerle Kamu Alımları İhale Süreci*. 1. Baskı. Ankara, 2010.

Akyılmaz, Bahtiyar, Murat Sezginer, ve Cemil Kaya. *Türk İdare Hukuku*, 2019.

Akyurt, Melih. "Kamu İhale Kurumu'nun Kuruluşu, Organik Yapısı, İşleyişi ve İşlevsel Özellikleri," 2012.

Alpar, Erol. "Yönetimin Hareket Serbestisi Alanının Yargısal Denetimi ve Sınırları." *Danıştay Dergisi*, 1990, 52.

Arat Özkaya, Nilay. *Türk İdare Hukuku'nda İdarenin Hukuk Sınırları İçinde Hareket Serbestisi*. 1.Baskı. İstanbul, 2015.

Arslan, Ahmet. "Kamu Harcamalarında Verimlilik Etkinlik ve Denetim." *Maliye Dergisi*, S.140 (2002): 6.

Aslan, Nagehan Talat, Yönetimin Yeni Yapı Taşları: Bağımsız İdari Otoriteler: "Yavru Leviathanlara Doğru", *Sosyal Siyaset Konferansları*, S:59, 2010/2, 25-49, s.30

Atay, Ender Ethem. *İdare Hukuku*. 1. Baskı. Ankara, 2016.

Ayanoğlu, Taner, Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Düzenleme Yetkisi ve TAPDK Örneği, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2007, C: LXV, S:1, 39-84, s.48-49

Azrak, Ali Ülkü. "İdari Yargı Denetiminin Sınırı Olarak İdarenin Takdir Yetkisi." *İdare Hukuku İlimleri Dergisi*, S.1-3 (1985): 24.

Balkar, Kemal Galip. "İdarenin Takdir Salahiyetine Dair Devlet Şurası Dava Daireleri Umumi Heyetinin Bir Prensip Kararı." *Ankara Barosu Dergisi*, S.4-5 (1959): 214.

Bayraktar, Deniz, ve Emre Artun Bayraktar. "Yapım İşlerinde Yaklaşık Maliyetin Belirlenmesi Üzerine Bir Çalışma." *Beykent Üniversitesi Fen Ve Mühendislik Bilimleri Dergisi*, C.9, S.2 (2016): 31.

Bayramoğlu, Sonay. *Yönetişim Zihniyeti – Türkiye'de Üst Kurullar Ve Siyasal İktidarın Dönüşümü*. 2.Baskı. İstanbul, 2010.

Başdaş, Şefika, ve Dursun Ali Demirboğa. *Kamu İhalelerinde Başvuru Yolları ve Usul Ekonomisi", Kamu İhale Hukukunda Temel Konular*. Kamu İhale Kurumu Yayınları, 2014.

Bozkurt, Cevdet. "4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun Son Değişiklikler (5812 Sayılı Kanun) de Dikkate Alınarak Genel Bir Değerlendirmesi." *Denetişim Dergisi,* S.2 (2009): 62.

Boztepe, Mehmet. "Danıştay Kararları Işığında Vali Atamalarında İdarenin Takdir Yetkisinin Sınırları." *Türk İdare Dergisi* S.481 (2015): 343.

Can, Ozan. *Kamu İhale Hukuku*. 2.Baskı. Ankara, 2019.

Candan, Turgut. *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*. 7.Baskı. Ankara, 2017.

Celayir, Selami. "İdarenin Takdir Hakkı Prensibi ve (Görülen Lüzum) Telâkkisi." *Türk İdare Dergisi* 257-258 (1959): 98.

Council of Europe, Committee of Ministers, Recommendation No. R (80) 2, s.2

Çağlayan, Ramazan. *İdare Hukuku Dersleri*. 2. Baskı. Ankara, 2014.

Demircioğlu, Mustafa Yaşar. "Kamu İhale Hukukunda 'Benzer İş' Kavramı ve İş Deneyim Belgeleri." *Ankara Barosu Dergisi* S.2 (2014): 162.

Dinçkol, Hulusi Alphan. "İdari Yargıda Hakimin Takdir Yetkisi," 2011.

Edis, Seyfullah. "Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.30, S.1 (1973): 170.

Erdem, Jülide Gül. "Danıştay Kararları Işığında İdarenin Takdir Yetkisi Kavramı," 2013.

Gencer, Hüseyin, ve Muhammed Ali Cankatar. "Kamu İhale Kanununa Göre Yapılan Alt Yapı İhalelerinde, Aşırı Düşük Sınır Değerin Düşük Olmasını Etkileyen Faktörlerin Analizi." *E-Journal of New World Sciences Academy*, C.7, S.1 (2012): 130.

Gençcan, Ömer Uğur. "Hakimin Takdir Yetkisi." *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi,* S.151 (2011): 20.

Giritli, İsmet, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner, ve Kahraman Berk. *İdare Hukuku*. 5.Baskı. İstanbul, 2012.

Görür, Hamit. *İdari Yargı Denetiminin Kapsam ve Sınırları*, 2010.

Gözler, Kemal. *İdare Hukuku*. C.1-2, 3.Baskı. Bursa, 2019.

Gözübüyük A.Şeref, ve Turgut Tan. *İdare Hukuku*. 8.Baskı. Ankara: Turhan Kitabevi, 2017.

Güler, Birgül Ayman. "Kamu Yönetimi Temel Kanunu Üzerine." *Hukuk ve Adalet – Eleştirel Hukuk Dergisi* S.2 (2004): 8.

Günday, Metin. *İdare Hukuku*. 7.Baskı. Ankara, 2003.

Gürbüz, Aysun. "E-İhale Kapsamında Avrupa Birliği ve Türk Kamu Alımları'nda Dinamik Alım Sistemi'nin Karşılaştırmalı Analizi." *Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi*, C.4, S.2 (2019): 434.

Gürhan, H Hüseyin, Namık Dağalp, Vural Şahbenderoğlu, ve Atilla İnan. *Son Değişiklerle Kamu İhale Hukuku*. 1.Baskı. Ankara, 2009.

İnan, Atilla. *İhale Hukuku Ders Notları*, 2011.

"Hürriyet Gazetesi ." *Hürriyet Gazetesi* . Turan Yılmaz, Aralık 30, 2004. http://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/kamu-ihale-kurumu-bize-kan-kusturuyor-284949., erişim: Aralık 1, 2019

Hacıibrahimoğlu, Nurhan. "Yargı Kararları Işığında Takdir Yetkisi Ve Yerindelik Denetimi," 2012.

Kargın, Baha. "Takdir Hakkının Şumulü ve Sınırları." *Türk İdare Dergisi*, S.256 (1959): 12.

Kalabalık, Halil. "İdare Hukukunda Takdir Yetkisi Kavramı ve Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması." *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.1, S.2 (1997): 205.

Kaplan, Sami. "İdeal Bir Kamu İhale Kanunu ve İdeal Bir Kamu İhale Kurumu ve Kurulu Nasıl Olmalıdır? Fonksiyonel Bir Model Çalışması." *Maliye Dergisi*, S.162 (2012): 33.

Karahanoğulları, Onur. *"İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararları ve Vergi Davaları", Prof. Dr. Gözübüyük'e Armağan*. Ankara, 2005.

Karahanoğulları, Onur. *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler*. 4.Baskı. Ankara, 2018.

Karahanoğulları, Onur. "İdarenin Yargısal Denetimine Yönelik Anayasa Değişiklikleri ve Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi." *Mülkiye Dergisi* XXXV (2011): 11.

Karatepe, Şükrü. "İdarenin Takdir Yetkisi." *Türk İdare Dergisi*, S.392, 63-121 (1991): 69.

Karatoprak, Ertuğrul. "Kamu İhalelerinde ve Sözleşme Yönetimi Süreçlerinde Görevlendirilen Kamu Personelinin Sorumlulukları," S.160 (2011): 413.

Kırışık, Fatih. *Kamu Yönetiminde Takdir Yetkisi Kullanımı ve Yargısal Denetimi*. 1.Baskı. Ekin Yayınevi, 2016.

Kiper, Osman. “Bir Kamu Hukuku Sorunu Olarak Takdir Yetkisi (İdarenin ve Yargıcın Takdir Yetkisi) ve Yorum.” *İstanbul Barosu Dergisi,* C.54, S.1-2 (1980): 14.

Korkmaz, Kadir. “Takdir Yetkisinin Disiplin Hukukunda Kullanımı Ve Yargısal Denetimi.” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.XIII, S.1-2 (2009): 243.

Köktaş, Arif K., Fatih K. Karaosmanoğlu, ve Veysel K. Bilgiç . “Kamu İhaleleri ve Etik,” 1.Baskı, 2009.

Kıratlı, Metin. “Danıştay’ın İdarenin Takdir Yetkisini Denetlemesi ve Bağlaması.” *Mülkiyeliler Birliği Dergisi,* S.6 (1967): 31.

Memiş, Emin. *Genel İdare Hukuku Notları*. 1.Baskı. İstanbul, 2014.

Mevzuat , Ocak 22, 2002. http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4734.pdf .

Müftüoğlu, M. Tamer ve Karabudak, H. Baha, İktisadi Politikalar Bağlamında Hukuki Düzenleme (Regülasyon) Üzerine Düşünceler, *Rekabet Dergisi,* S:11, 2002, s.3

Onar, Sıddık Sami. *İdare Hukukunun Umumi Esasları*. 3.Baskı. İstanbul, 1966.

Öcal, M. Emin, ve Nuray Turhan. “Kamu İhale Sistemindeki Değişikliğin İnşaat Yatırımlarının Süre ve Maliyetine Yansımaları.” *4.İnşaat Yönetimi Kongresi Sempozyum Bildirileri*: 238, 2007.

Önal, Hasan. *Anayasa Mahkemesi Yargılanıyor*. İstanbul: Arı Sanat Yayınları, 2015.

Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku: Ergun Özbudun*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2017.

Özdemir, Selman. “Yerindelik Yasağı Kuralının İdarî Yargı Bakımından İncelenmesi.” *Adalet Dergisi,* S.60 (2018): 20.

Özkan, Ahmet Fatih. “Ekonomik Kamu Düzeni ve Ekonomik Kolluk Faaliyeti.” *Ankara Barosu Dergisi,* S.4, 75-94 (2009): 84.

Özkan, Gürsel. *Danıştay Kararları Işığında Kamu İhale Hukukunda Egemen Olan İlkeler*. 1.Baskı. Ankara, 2014.

Öztürk, İlhami. “Kamu İhale Kanununda Düzenlenen Şikâyet ve İtirazen Şikâyet Başvuru Sürelerinin Hukuki Niteliği.” *Ankara Barosu Dergisi,* S.3, Y.67 (2009): 131.

Pekiner, Visalettin. “İdarenin Takdir Yetkisi.” *Ankara Barosu Dergisi,* S.4 (1961): 2.

Sancakdar, Oğuz. *İdare Hukuku*. 4.Baskı. Ankara, 2014.

Seçkin, Sinan, ve Gül Üstün. “İdari İşlemlerde Takdir Yetkisi Ve Gerekçe İlkesi.” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, S.21, 509-534 (2016): 514.

Sezer, Yasin, Recep Emre Kalkan, ve Mustafa Emre Şahin. *Kamu İhale Hukuku Dersleri*. 1.Baskı. Ankara, 2017.

Solak, Adem. "Yapım İhalelerinde Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri." *KSU Mühendislik Bilimleri Dergisi*, C.16, S.2 (2013): 20.

Solak, Asiye. "Kamu İhale Kurumu," 2011.

Tan, Turgut. "Bağımsız İdari Otoriteler Veya Düzenleyici Kurullar." *Amme İdare Dergisi*, C.35, S.2 (2002): 27.

Taşdelen, Aziz. "Kamu Harcama İhalesi Sürecinde İhale ve Sözleşme Aşamaları ile Bu Aşamaların Yargı Yolları Ayrımını Belirleyici Rolü." *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C.69, S.1-2 (2011): 48.

Tetik, Ahmet Talha. "Hukuk Devleti İlkesi Bağlamında Takdir Yetkisi ve Yerindelik Denetimi İlişkisi." *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.25, S.2 (2017): 260.

Tetik, Kübra. "Kamu İhale İşlemlerinde İdarenin Takdir Yetkisi," 2012.

Ulusoy, Ali. *Bağımsız İdari Otoriteler*. 1.Baskı. Ankara, 2003.

Uz, Abdullah. "İhale Konusu Hukuki İşlemler Bakımından 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nun Kapsamı Ve Gelir/Hasılat Paylaşımı Uygulaması: İddaa Örneği." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.57, S.1 (2008): 188.

Üstün, Ümit Süleyman, ve Hande Sena Çalış. "4734 Sayılı Kamu İhale Kanununa Hâkim Olan İlkelerin Değerlendirilmesi." *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.26, S.2 (2018): 122.

Yavuz, Mustafa. "Hizmet Alımı İhalelerinde Aşırı Düşük Tekliflerin Tespiti, Belgelendirilmesi ve Değerlendirilmesi," 2011.

Yayla, Yıldızhan. "İdarenin Takdir Yetkisi." *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C.30, S.1-2 (1964): 202.

Yayla, Yıldızhan. *İdare Hukuku*. 1.Baskı. İstanbul, 2009.

Yenice, Kazım. *Açıklamalı Notlu İdari Yargılama Usulü*, 1983.

Yıldırım, Hakkı. "Kamu İhale Hukuku'nun 21'Inci Maddesinin (b) Bendinde Yapılan Düzenlemenin Değerlendirilmesi." *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, C.6, S.12 (2018): 726.

Yıldırım, Murat. "Kamu Yönetiminde Takdir Yetkisi: Geleneksel ve Yeni Kamu Yönetimi Arasında Karşılaştırmalı Bir İnceleme." *Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi*, C.7, S.2 (2010): 841.

Yılmaz, Bekir Mustafa. *Kamu Alımlarında İdari Deneyim*. Ankara, 2007.

Zernişan, Burcu. "Kamu İhale Süreçlerinin Uyuşmazlık Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi." *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C.74, S.1 (2019): 114.

Analiz Edilen Kararlar

28.12.2016 tarih ve 2016/UY.III-3275 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
28.12.2016 tarih ve 2016/UM.I-3264 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
28.12.2016 tarih ve 2016/UH.I-3260 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
28.12.2016 tarih ve 2016/UH.I-3258 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
28.12.2016 tarih ve 2016/UM.II-3227 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
28.12.2016 tarih ve 2016/UH.II-3231 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
21.12.2016 tarih ve 2016/UH.I-3194 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
21.12.2016 tarih ve 2016/UH.I-3189 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
21.12.2016 tarih ve 2016/UM.I-3181 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
15.12.2016 tarih ve 2016/UH.II-3115 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
15.12.2016 tarih ve 2016/UY.III-3105 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
15.12.2016 tarih ve 2016/UH.I-3090 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
15.12.2016 tarih ve 2016/UM.I-3088 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
15.12.2016 tarih ve 2016/UH.I-3084 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
13.12.2016 tarih ve 2016/UH.I-3070 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
07.12.2016 tarih ve 2016/UM.III-3026 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
07.12.2016 tarih ve 2016/UH.I-2986 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
07.12.2016 tarih ve 2016/UM.II-2976 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
07.12.2016 tarih ve 2016/UY.II-2969 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
07.12.2016 tarih ve 2016/UH.II-2964 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
30.11.2016 tarih ve 2016/UY.III-2911 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
23.11.2016 tarih ve 2016/UH.II-2868 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
23.11.2016 tarih ve 2016/UH.II-2866 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
23.11.2016 tarih ve 2016/UY.III-2851 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
23.11.2016 tarih ve 2016/UM.III-2842 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
23.11.2016 tarih ve 2016/UH.I-2822 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
23.11.2016 tarih ve 2016/UM.I-2819 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
16.11.2016 tarih ve 2016/UH.III-2806 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
16.11.2016 tarih ve 2016/UH.III-2800 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
16.11.2016 tarih ve 2016/UH.I-2791 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
16.11.2016 tarih ve 2016/UY.II-2778 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
16.11.2016 tarih ve 2016/UH.II-2774 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
09.11.2016 tarih ve 2016/UH.III-2726 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
02.11.2016 tarih ve 2016/UM.II-2698 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
02.11.2016 tarih ve 2016/UM.III-2686.1 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
02.11.2016 tarih ve 2016/UH.I-2674 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
27.10.2016 tarih ve 2016/UM.I-2653 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
19.10.2016 tarih ve 2016/UH.I-2607 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
19.10.2016 tarih ve 2016/UM.II-2591 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
19.10.2016 tarih ve 2016/UH.III-2548 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
19.10.2016 tarih ve 2016/UH.III-2547 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
12.10.2016 tarih ve 2016/UH.I-2475 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
05.10.2016 tarih ve 2016/UH.I-2449 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
05.10.2016 tarih ve 2016/UH.I-2443 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
28.09.2016 tarih ve 2016/UY.I-2401 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
28.09.2016 tarih ve 2016/UM.I-2399 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı

28.09.2016 tarih ve 2016/UH.I-2406 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
28.09.2016 tarih ve 2016/UM.I-2393 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
28.09.2016 tarih ve 2016/UH.III-2381 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
28.09.2016 tarih ve 2016/UH.III-2379 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
28.09.2016 tarih ve 2016/UH.III-2378 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
21.09.2016 tarih ve 2016/UY.II-2361 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
21.09.2016 tarih ve 2016/UM.II-2360sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
21.09.2016 tarih ve 2016/UM.III-2358 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
21.09.2016 tarih ve 2016/UH.III-2356 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
21.09.2016 tarih ve 2016/UY.I-2352 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
09.09.2016 tarih ve 2016/UH.I-2333 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
09.09.2016 tarih ve 2016/UM.I-2325 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
07.09.2016 tarih ve 2016/UH.I-2297 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
07.09.2016 tarih ve 2016/UH.I-2288 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
07.09.2016 tarih ve 2016/UM.III-2261 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
07.09.2016 tarih ve 2016/UH.III-2260 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
31.08.2016 tarih ve 2016/UH.III-2233 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
31.08.2016 tarih ve 2016/UH.III-2222 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
31.08.2016 tarih ve 2016/UY.I-2209 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
24.08.2016 tarih ve 2016/UM.III-2164 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
24.08.2016 tarih ve 2016/UY.II-2132 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
17.08.2016 tarih ve 2016/UY.I-2092 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
10.08.2016 tarih ve 2016/UM.II-2042 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
10.08.2016 tarih ve 2016/UM.I-2008 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
10.08.2016 tarih ve 2016/UH.I-2005 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
03.08.2016 tarih ve 2016/UH.I-1962 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
03.08.2016 tarih ve 2016/UM.II-1940 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
27.07.2016 tarih ve 2016/UY.II-1884 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
27.07.2016 tarih ve 2016/UH.III-1873 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
20.07.2016 tarih ve 2016/UY.III-1832 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
13.07.2016 tarih ve 2016/UH.III-1802 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
13.07.2016 tarih ve 2016/UH.II-1792 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
01.07.2016 tarih ve 2016/UH.I-1777 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
29.06.2016 tarih ve 2016/UH.III-1725 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
29.06.2016 tarih ve 2016/UH.III-1723 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
29.06.2016 tarih ve 2016/UH.I-1704 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
22.06.2016 tarih ve 2016/UH.III-1680 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
22.06.2016 tarih ve 2016/UH.III-1661 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
22.06.2016 tarih ve 2016/UH.II-1644 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
20.06.2016 tarih ve 2016/UY.I-1623 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
20.06.2016 tarih ve 2016/UM.I-1617 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
15.06.2016 tarih ve 2016/UH.II-1584 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
15.06.2016 tarih ve 2016/UH.III-1559 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
15.06.2016 tarih ve 2016/UM.III-1551 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
08.06.2016 tarih ve 2016/UH.II-1536 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
02.06.2016 tarih ve 2016/UH.III-1475 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
02.06.2016 tarih ve 2016/UH.III-1471 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
02.06.2016 tarih ve 2016/UH.III-1459 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
02.06.2016 tarih ve 2016/UM.I-1452 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
02.06.2016 tarih ve 2016/UY.II-1432 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
25.05.2016 tarih ve 2016/UM.I-1405 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
25.05.2016 tarih ve 2016/UY.I-1402 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı

25.05.2016 tarih ve 2016/UY.II-1390 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
25.05.2016 tarih ve 2016/UH.II-1378 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
25.05.2016 tarih ve 2016/UH.III-1377 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
18.05.2016 tarih ve 2016/UM.III-1325 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
11.05.2016 tarih ve 2016/UH.III-1290 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
11.05.2016 tarih ve 2016/UH.III-1279 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
11.05.2016 tarih ve 2016/UY.I-1260 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
11.05.2016 tarih ve 2016/UM.II-1248 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
04.05.2016 tarih ve 2016/UH.I-1204 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
04.05.2016 tarih ve 2016/UH.II-1193 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
18.04.2016 tarih ve 2016/UM.III-1122 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
18.04.2016 tarih ve 2016/UM.III-1106 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
18.04.2016 tarih ve 2016/UH.I-1094 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
13.04.2016 tarih ve 2016/UM.III-1033 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
13.04.2016 tarih ve 2016/UM.III-1026 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
06.04.2016 tarih ve 2016/UM.II-1010 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
06.04.2016 tarih ve 2016/UH.II-1006 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
06.04.2016 tarih ve 2016/UH.II-1004 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
06.04.2016 tarih ve 2016/UH.I-977 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
30.03.2016 tarih ve 2016/UH.I-938 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
23.03.2016 tarih ve 2016/UH.II-864 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
23.03.2016 tarih ve 2016/UH.III-859 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
16.03.2016 tarih ve 2016/UH.II-800 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
16.03.2016 tarih ve 2016/UM.III-787 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
16.03.2016 tarih ve 2016/UY.I-765 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
07.03.2016 tarih ve 2016/UH.I-740 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
07.03.2016 tarih ve 2016/UY.II-732 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
07.03.2016 tarih ve 2016/UH.II-730 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
03.03.2016 tarih ve 2016/UY.I-717 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
03.03.2016 tarih ve 2016/UH.I-703 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
03.03.2016 tarih ve 2016/UH.I-702 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
03.03.2016 tarih ve 2016/UH.I-710 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
03.03.2016 tarih ve 2016/UH.II-701 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
03.03.2016 tarih ve 2016/UH.II-704 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
03.03.2016 tarih ve 2016/UH.II-700 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
03.03.2016 tarih ve 2016/UH.III-681 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
03.03.2016 tarih ve 2016/UH.III-677 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
24.02.2016 tarih ve 2016/UM.II-648 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
24.02.2016 tarih ve 2016/UH.II-640 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
24.02.2016 tarih ve 2016/UH.III-629 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
24.02.2016 tarih ve 2016/UH.III-616 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
24.02.2016 tarih ve 2016/UY.I-594 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
24.02.2016 tarih ve 2016/UY.I-592 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
17.02.2016 tarih ve 2016/UH.I-568 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
17.02.2016 tarih ve 2016/UH.II-551 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
17.02.2016 tarih ve 2016/UH.II-541 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
17.02.2016 tarih ve 2016/UY.III-534 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
17.02.2016 tarih ve 2016/UH.III-516 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
10.02.2016 tarih ve 2016/UH.II-498 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
10.02.2016 tarih ve 2016/UH.II-499 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
10.02.2016 tarih ve 2016/UH.II-490 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
10.02.2016 tarih ve 2016/UH.III-481 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı

10.02.2016 tarih ve 2016/UH.III-480 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
10.02.2016 tarih ve 2016/UY.III-479 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
10.02.2016 tarih ve 2016/UH.III-473 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
10.02.2016 tarih ve 2016/UM.I-455 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
10.02.2016 tarih ve 2016/UH.I-454 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
10.02.2016 tarih ve 2016/UH.I-451 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
03.02.2016 tarih ve 2016/UH.III-432 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
03.02.2016 tarih ve 2016/UY.III-418 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
03.02.2016 tarih ve 2016/UY.III-411 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
03.02.2016 tarih ve 2016/UH.I-389 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
03.02.2016 tarih ve 2016/UM.II-369 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
28.01.2016 tarih ve 2016/UH.I-319 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
28.01.2016 tarih ve 2016/UH.I-318 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
28.01.2016 tarih ve 2016/UM.III-261 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
20.01.2016 tarih ve 2016/UH.II-177 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
20.01.2016 tarih ve 2016/UH.III-198 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
20.01.2016 tarih ve 2016/UH.I-223 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
20.01.2016 tarih ve 2016/UM.I-222 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
14.01.2016 tarih ve 2016/UH.III-141 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
14.01.2016 tarih ve 2016/UY.I-116 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
14.01.2016 tarih ve 2016/UY.I-111 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
12.01.2016 tarih ve 2016/UH.III-85 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı
07.01.2016 tarih ve 2016/UH.I-42 sayılı Kamu İhale Kurumu Kararı

ÖZET

İDARENİN TAKDİR YETKİSİ KAVRAMININ UYGULAMADAKİ YERİ: KAMU İHALE KURUMU ÖRNEĞİ

İdarenin takdir yetkisi uzun yıllardır ülkemiz dahil birçok ülkede tartışılmış ve günümüzde çeşitli yönleriyle hala tartışılmaya devam etmektedir. Erklerin ayrımı süreci sonunda idarenin kendisine çizilen sınırlar içerisinde serbestçe hareket etmesine olanak sağlayan takdir yetkisi her durumda net bir şekilde gözükmemekte ve kesin olarak ortaya konulamamaktadır.

Öte yandan, 1980 sonrası neo-liberal devlet ve ekonomi anlayışının özellikle sektör ile ilgili kamusal mekanizmaları siyaset yani bakanlıklar dışına çıkarması dünyada olduğu gibi ülkemizde de hakim olmaya başlamış bir anlayıştır. Bu kapsamda, ülkemizde birçok bağımsız idari otorite kurulmuş bunlardan biri de kamu kurum ve kuruluşlarının yaptıkları ihaleleri denetleyen Kamu İhale Kurumu olmuştur.

İdarelerin gerçekleştirdikleri ihaleler ile ilgili menfaati bulunanlar tarafından iddia edilen hukuka aykırılıklar idari yargı önüne getirilmeden önce kural olarak Kamu İhale Kurumu'na uyuşmazlık olarak getirilmeleri gerekmektedir. Söz konusu iddialara ilişkin Kamu İhale Kurumu'nun vereceği kararlar yargıya taşınabilmektedir. İşte yargı öncesi idarelerin ihale mevzuatı açısından verdikleri kararları takdir yetkisi kapsamında olup olmadığı yönünden inceleyen Kurum kararları, uygulayıcı idareler açısından özel önem içermektedir. Özellikle bütün kararların yargıya taşınmadığı düşünülürse Kamu İhale Kurumu'nun kararları ile çizdiği çerçeve bir anlamda uygulamanın da yönünü belirleyecektir. Tezde de Kurumun idarelerin takdir yetkilerinin kapsamına ilişkin değerlendirme yaptığı kararları ele alınmış ve bu çerçevede kategoriler ortaya konulmuştur.

ABSTRACT

PRACTICE OF THE CONCEPT OF DISCRETIONARY: THE CASE OF PUBLIC PROCUREMENT AUTHORITY

The concept of discretionary has been discussed for years and it is still being discussed in terms of many aspects in many countries including ours. Discretionary power which enables administration to take a decision independently within the borders determined at the end of the process of division of powers cannot be exactly identified and asserted.

On the other hand, putting some public services –especially related to the market- out of the political institutions like ministries by the neo-liberal state and economy after 1980s in some countries is prevailing understanding in our country, as well. In this context, many independent autonomous authorities were established in our country like Public Procurement Authority which audits the procurements of the public entities.

Asserted unlawful practices about public procurements must be sent to Public Procurement Authority "in principle" by the ones affected from that unlawfulness before to open a case for that. The decisions about that unlawfulness taken by Public Procurement Authority can be a subject in the judiciary process. Hence, the decisions of the Authority which audits whether the transactions of the administrations are in the borders of their discretionary power according to procurement laws are significant for the administration bodies. Especially, because all the decisions of the Authority are not brought to the court, the frame which is defined by Public Procurement Authority is defines the way of the practice, as well. In this thesis, the decisions of the Authority on the discretionary power of the administrations were analysed and some categories were formed.

TEŞEKKÜR

İnsan; yaptığı iş kadar çok yaşayan, zorlandığı kadar hayatı hisseden ve hedefe vardığı ölçüde mutlu olan yaratılış. Yüksek lisans ise akademide neredeyse başlangıç raddesini ifade eden ilmi emek. Henüz işin başı olan bu sürecin dahi insana hayatı daha ziyade hissettirdiğinden ve verilen çabanın ürünü olarak ortaya çıkan tezin gönülde bir tebessüm meydana getirdiğinden şüphem yok. Muhtemelen kendini gerçekleştirmeye vesile olan ve emeğin sonucunda vücut bulan ürünün verdiği haz da bu olsa gerek.

Bu anlamda, neticesinde şad olduğum ve hayatı daha yoğun tecrübe ettiğim bu süreçte donanım ve deneyimlerini benden esirgemeyerek çalışmayı kolaylaştıran danışmanım Can Umut Çiner'e; tez konusunun tayininde vakit ayıran ve yol gösteren Jülide Erdem Gül'e; görüş ve önerileriyle beni teşvik eden Akif Tögel'e ne kadar teşekkür etsem kafi gelmez.

Son ve en önemlisi olarak, çalışmanın bidayetinden nihayetine sadece manevi destek ve motivasyon katkısıyla değil, aynı zamanda tezdeki biçimin ve şeklin esasına uygun hale gelmesindeki payıyla ve dile değgin hatalarımı tespit ve tadil etmesiyle çalışmaya vücut biçen kıymetli eşim Sümeyye Sancak'a ve zihni yorgunluğumu tedavi etmede mütehassıs olan oğlum Ömer Sancak'a minnetim tezi tamamlamış olmanın vermiş olduğu mutluluktan daha az değildir.