

KAMU İHALE KANUNUNA GÖRE İHALENİN İPTALİ

CANCELLATION OF PUBLIC PROCUREMENT WITHIN THE SCOPE OF THE PUBLIC PROCUREMENT LAW NO.4734

Eren CENAN*

ÖZ

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında yapılan ihalelerde, kimi zaman ihale saatinden önce, kimi zaman ihale komisyonu kararı üzerine idare tarafından, kimi zaman ise ihale komisyonu tarafından alınan ihale kararının akabinde ihale yetkilisi tarafından ihale iptal edilebilmektedir. Bununla birlikte ihale üzerinde kalan istekli ve ikinci en avantajlı teklif sahibi isteklinin ihalelerden yasaklı olduğunun tespit edilmiş olması gibi bazı durumların gerçekleşmesi halinde ise ihalenin iptal edilmesi kanunun emri gereği olmaktadır. İhalelerin iptaline yönelik söz konusu Kanunda yer alan hukuki rejim incelendiğinde, bu konuda bazen idareye takdir yetkisi verildiği, bazen de idarenin bağlı yetki içerisine sokulduğu görülmektedir. İhalenin iptali açısından verilen söz konusu takdir yetkisi, özellikle kamu ihalelerinde keyfiliğin ve kayırmacılığın önlenmesi bakımından, idareye her türlü kayıttan azade olarak hareket etme imkânı vermemekte, bunun yanı sıra yargı denetimine tabi bulunmaktadır. Bu çalışmada, Kamu İhale Kanununa göre ihalenin iptalinin tabi olduğu hukuksal rejim açıklanmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Kamu İhale Kanunu, Kamu İhalesinin İptali, Takdir Yetkisi

Makalenin Geliş Tarihi : 06.11.2022

Makalenin Kabul Tarihi : 09.01.2023

* Sakarya 2. İdare Mahkemesi Başkanı

erencenan06@gmail.com ORCID ID: 0000 0002 9167 4144

ABSTRACT

In the tenders made within the scope of the Public Procurement Law No. 4734, the tender may be canceled by the contracting authority before the tender hour or upon the decision of the tender commission. After the decision taken by the tender commission, authority of the contracting administrative may cancel the tender. However, in case of certain situations such as the bidder who won the tender and the second most advantageous bidder have been determined to be banned from the tenders, the cancellation of the tender is required by the law. When the legal regime in the law (Law No. 4734) regarding the cancellation of tenders is examined, it is seen that sometimes the administration is given discretionary power in this regard, and sometimes the administration is included in the subordinate authority. The said discretion given for the cancellation of the tender, especially in terms of preventing arbitrariness and favoritism in public tenders, does not allow the administration to act free from any kind of record, besides, it is subject to judicial review. In this study, the legal regime that is subject to the cancellation of the tender according to the Public Procurement Law will be explained.

Keywords: Public Procurement Law No. 4734, Cancellation of Public Procurements, Discretionary Power

GİRİŞ

Kamu ihaleleri denildiğinde, kamu idareleri tarafından bir işin yapımı, bir malın veya hizmetin satın alınması istendiğinde, en elverişli koşulları sunan isteklinin tespiti ve işin bu istekli üzerinde bırakılmasına yönelik işlemler bütünü akla gelecektir. Başka bir yönüyle ise kamu ihalesi; kamu idarelerine ait malların satılması, kiralanması, taşınmazların üzerinde mülkiyetin dışında aynı hak tesisi gibi durumlarda en uygun bedeli teklif eden isteklinin belirlenmesi ve işin yine bu istekli üzerinde bırakılmasına yönelik işlemlerin tamamını ifade edecektir. 1.1.2003 tarihinde 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun yürürlüğe girmesiyle kamu ihalelerinin tabi olacağı pozitif düzenlemeler anlamında kapsamlı bir değişiklik yaşanmış; söz konusu Kanunun 2'nci maddesinde sayılan kamu idarelerinin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işleri ihalelerinin işbu kanundaki düzenlemelere tabi olacağı düzenleme altına

alınmıştır. Bununla birlikte aynı kanunun “istisnalar” başlıklı 3’üncü maddesinde, kamu kaynakları kullanılsa dahi bazı mal veya hizmet alımları ile yapım işleri ihalelerinin adı geçen kanuna tabi olmadığı da belirtilmiştir. Bu istisna ihalelere yönelik olarak çoğunlukla yönetmelikler gibi daha özel düzenlemeler bulunmaktadır.

Diğer taraftan, kamu kaynakları kullanılarak yapılan mal ve hizmet alımları ile yapım işi ihalelerinin dışında 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 1’inci maddesinde sayılan idarelerin mallarının satılması, kiralanması, taşınmazlarının üzerinde mülkiyetin dışında aynî hak tesisi gibi hususlarda yapılacak ihaleler ise söz konusu kanuna tabi olarak yapılacaktır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu yürürlüğe girmeden önce mal ve hizmet alımları ile yapım işleri ihaleleri de 2886 sayılı Devlet İhale Kanununa göre yürütülmekteydi. Ancak 2003 yılında 4734 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesiyle bu Kanunun 68/a maddesi ile kanun kapsamındaki idarelerin (md.2) yapacağı mal ve hizmet alımları ile yapım işleri ihalelerinde 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerinin uygulanmayacağı düzenlenerek bahse konu ihalelerin pozitif hukuk çerçevesi 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa hasredilmiştir. Bununla birlikte 2886 sayılı Kanun bütünüyle ilga edilmemiş ve hâlâ 1’inci maddesinde sayılan idarelerin mallarının satılması, kiralanması, taşınmazlarının üzerinde mülkiyetin dışında aynî hak tesisi gibi hususlarda yapılacak ihalelerde uygulanmaya devam etmektedir.

Kamu ihalelerinin tabi olacağı pozitif hukuk çerçevesini kabaca böyle çizdikten sonra bu çalışmanın konusunun, yalnızca 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa tabi ihalelerin iptali olduğu belirtilmelidir. Başka bir ifade ile bu çalışmada yalnızca adı geçen kanuna göre alınan ihalenin iptali kararlarının hukuki rejimi incelenecektir. Bunun yanı sıra 2886 sayılı Kanuna ve diğer bazı düzenlemelere göre yapılan kamu ihalelerinin iptalinin incelenmesi, çalışma alanı dışında bırakılacaktır.

Kamu İhale Kanununun birden çok maddesinde ihalenin iptaline ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Uygulamada da bu düzenlemelere dayalı olarak ihalelerin sıkça iptal edildiği¹, bu iptal kararlarından

¹ 2015-2018 yılları arasında yapılan toplam kamu ihalesi sayısı ve ihale tarihinden sonra iptal edilen ihale sayılarına ilişkin bkz. TÜĞEN Kamil, AKKAŞ Fatma, “Kamu

kaynaklı olarak idare mahkemelerine ve Danıştay'a sıklıkla davalar açıldığı görülmektedir. Bununla birlikte yapılan alanyazın taramasında ihalenin iptalinin ele alındığı, meselenin kuramsal olarak ortaya konulması çabası içeren çalışmalara rastlanmamıştır. Bu nedenle, bu makalede sözü edilen konular sistematik bir şekilde ele alınarak ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Çalışmanın planından bahsedilecek olursa, makalede Kamu İhale Kanununa göre ihalenin iptalinin hukuksal rejimi incelenecektir.

KAMU İHALE KANUNUNA GÖRE İHALENİN İPTALİ

1. “İhale İptalinin” Kavramsal İncelenmesi

İhalenin iptali dendiği zaman bu söz öbeğinde iptal edilen nesne “ihale” olduğundan öncelikle bu kavramın ne olduğu ortaya konulmalıdır. Arapça kökenli bir sözcük olan ihale Türkçe sözlükte, “iş, mal vb.ni birçok istekli arasından en uygun şartlarla kabul edene verme, eksiltme veya artırma” diye tanımlanmıştır². “İhale” sözcüğü, Arapça “geçmek, geçirmek” anlamına gelen “havl” kökünden türemiştir ve “bir işi bir kimseye bırakma, havale etme” anlamına gelmektedir³. Kamu İhale Kanununda ise ihale, “bu Kanunda yazılı usul ve şartlarla mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve ihale yetkilisinin onayını müteakip sözleşmenin imzalanması ile tamamlanan işlemler bütünüdür.” şeklinde tanımlanmıştır (md.4).

İhalenin iptali söz konusu olduğunda, ihale işlemleri, idare tarafından geçersiz kılınmaktadır. Bilindiği gibi bir idari işlemin idare tarafından geçersiz kılınmasının birden farklı yolu bulunmaktadır. Bu yolları genel anlamda; geri alma, kaldırma, değiştirme şeklinde ifade

İhale Kanununda Düzenlenen İdari Denetim Yolları: Şikayet ve İtirazen Şikayet”, Bandırma Onyediy Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi, [2019, 2 (2)] s. 225.

² Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, 10. Baskıdan Tıpkı Basım, Ankara, 2009, s. 941

³ SEYHAN Serkan, “4734 sayılı Kamu İhale Kanunu Kapsamındaki İhalelerin İdari ve Yargısal Denetimi”, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018, s.4 <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/> (Erişim tarihi:09.01.2022). YEĞİN Abdullah, Yeni Lugat, Genişletilmiş Baskı, Hizmet Vakfı Yayınları, İstanbul, Aralık, 2008, s. 463.

edebiliriz. Kanun koyucu da bu yolları genel anlamda böyle kabul etmiş olacak ki İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 11'inci maddesinde, ilgililer tarafından yapılan başvuru üzerine idare tarafından bu yollardan birinin kullanılması suretiyle işleminin geçersiz kılınabileceği kabul edilmiştir. Bununla birlikte, İdare Hukuku yazınında bu konuda farklı terminolojiler kullanıldığına rastlanabilir. Söz gelimi, işlemin kaldırılmasını Gözler “işlemin ilgası” olarak ifade etmekte⁴, Giritli, Bilgen, Akgüner, Berk ise “işlemin iptali” olarak belirtmektedir⁵. Akyılmaz, Sezginer, Kaya ise “işlemin yürürlükten kaldırılması” şeklinde ele almaktadır⁶. Yine Gözübüyük ve Tan da bunu “kaldırma” olarak kavramaktadır⁷. Ancak kullanılan terminolojiler farklı olsa da bu durumların gerçekleşmesi halinde ortaya çıkan hukuki sonuç aynı kabul edilmektedir.

İdare tarafından işleminin geçersiz kılınmak istenmesi durumunda başvurulacak yola göre ortaya çıkacak hukuki sonuçlar farklı olacaktır. Şayet işlem idare tarafından geri alınırsa bu işlem en başından itibaren hiç yapılmamış gibi sonuç doğuracaktır. Böylelikle işlemin doğurduğu tüm sonuçlar bertaraf edilerek işlem öncesi hukuki duruma dönülmesi amaçlanacaktır. İşlemin idare tarafından kaldırılarak geçersiz kılınması yolu tercih edildiğinde ise kaldırma tarihine kadar doğurduğu hukuki sonuçlar korunarak işlem geleceğe yönelik olarak geçersiz kılınacaktır. Görüldüğü üzere işlemin geri alınması ile kaldırılmasının hukuki sonuçları farklı olacaktır. İşlemin değiştirilmesi ise kısmen işlemin değiştirilmesi⁸ (söz gelimi Yönetmelik hükümlerine ek ifadeler eklenmesi) veya tamamen işlemin kaldırılması sonucunu doğurur⁹.

⁴ GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.1 üçüncü baskı, Ekin Yay. Bursa, Mayıs 2019, s. 1214.

⁵ GİRİTLİ İsmet, BİLGİN Pertev, AKGÜNER Tayfun, BERK Kahraman, İdare Hukuku, 5. Baskı, Der Yay. İstanbul, 2012, s.1122.

⁶ AKYILMAZ Bahtiyar, SEZGİNER Murat, KAYA Cemil, Türk İdare Hukuku, 15. Baskı, Savaş Yay. Ankara, Ekim 2022, s. 476-477.

⁷ GÖZÜBÜYÜK Şeref, TAN Turgut, İdare Hukuku, C.I. Genel Esaslar, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s. 515.

⁸ AKYILMAZ Bahtiyar, SEZGİNER Murat, KAYA Cemil, Türk İdare Hukuku, 15. Baskı, Savaş Yay. Ankara, Ekim 2022, s. 456.

⁹ GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.1 üçüncü baskı, Ekin Yay. Bursa, Mayıs 2019, s.1215.

Pozitif Hukukumuzda bakıldığında idare tarafından bir idari işlemin geçersiz kılınması anlamında kanunlarda farklı kavramların kullanıldığı görülmektedir. Mevzuatımızda genel idari usûl kanununun bulunmaması nedeniyle bu konuda bir kavram karmaşasının bulunduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Kanunlarımızda idari işlemin idare tarafından geçersiz kılınması anlamında sıklıkla işlemin iptalinden söz edilmektedir. Ancak bu “*iptal*” kavramıyla kimi zaman işlemin geçmişe etkili olacak şekilde geçersiz kılınması murat edilirken, kimi zaman da işlemin geleceğe dönük olarak geçersiz kılınması amaçlanmaktadır. Söz gelimi Türk Vatandaşlığı Kanununun 31’inci maddesinde, Türk vatandaşlığını kazanma kararının; ilgilinin yalan beyanı veya vatandaşlığı kazanmaya esas teşkil eden önemli hususları gizlemesi sonucunda vuku bulmuş ise kararı veren makam tarafından iptal edileceği düzenlenmiştir. Bir sonraki maddede ise bu iptal kararının, karar tarihinden itibaren hüküm ifade edeceği açık bir şekilde belirtilmiştir. Yine mevzuatımızda bazı ticari faaliyetlerin yürütülmesi için verilen lisans, ruhsat veya izin gibi bazı işlemlerin iptalinden söz edilmekte¹⁰, bunların iptali durumunda işlemin geleceğe dönük olarak geçersiz kılındığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte işlemin iptal edilmesinin hukuki sonuçları her zaman bu kadar net olmayabilir. Bu gibi hallerde bu düzenlemenin teknik anlamda bir geri almayı mı yoksa bir kaldırmayı mı amaçladığı ancak düzenlemenin yorumlanması yoluyla anlaşılabilir.

Uygulamada idare tarafından işleminin geçersiz kılınması istenildiğinde de çoğu zaman kavram karmaşası ile karşılaşılmaktadır. Yine genel bir idari usûl kanunumuzun bulunmayışı nedeniyle burada da tekdüze bir kullanımdan söz etmek olanaksızdır. Çoğunlukla idare tarafından işleminin “iptalinden” söz edilmekte, ancak bunun teknik olarak bir geri alma mı yoksa kaldırma mı olduğu, bu uygulamanın sebep ve sonuçlarına bakılarak anlaşılmaktadır¹¹. Bu işleme karşı iptal davası açıldığında, yargı yeri öncelikle bu işlemin hukuki nitelemesini

¹⁰ Örneklemek gerekirse, 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu ve 3572 sayılı İşyeri Açma Ve Çalışma Ruhsatlarına Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulüne Dair Kanunun ilgili maddeleri.

¹¹ ULUSOY Ali D., Yeni Türk İdare Hukuku, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 438.

yapmak durumunda kalmakta, akabinde ise bu nitelemenin hukuki rejimini olaya uygulamaktadır.

Kamu İhale Kanunu da ihale işleminin ya da ihale kararının idare tarafından geçersiz kılınması anlamında “*iptal*” kavramını tercih etmiştir. Kamu İhale Kanunu incelendiğinde, kanunun birden çok maddesinde ihalenin iptalinden söz edilmektedir. Bunun yanı sıra Kanunun 40’ıncı maddesinde ise “*ihale kararının*” iptalinden söz edilmektedir. Acaba burada kullanılan ihalenin veya ihale kararının iptal edilmesinin hukuki sonucu ne olacaktır? Başka bir ifade ile burada tercih edilen “*iptal*” ifadesi teknik anlamda bir geri alma mıdır yoksa kaldırma mıdır?

İhale işlemine idari işlem teorisi açısından bakıldığında, bu işlemin birden çok idari işlemin birbirine eklenerek bir diğer işlemi oluşturduğu zincir işlem niteliğinde olduğu görülecektir¹². Gerçekten de ihale işlemi, Kamu İhale Kanununda tanımlandığı gibi¹³ başlangıcından sonuçlanmasına kadar birden çok aşaması olan ve her aşamada farklı idari işlemlerin bulunduğu bir işlemler bütünüdür. Dolayısıyla sözü edilen “*iptal*” yolunun teknik olarak bir geri alma olması durumunda, ihale işleminin en başından itibaren geçersiz olması sonucu doğacaktır. Diğer taraftan bu yolun teknik anlamda bir kaldırma olması durumunda ise iptal kararının alındığı aşamadan önceki işlemler ayakta kalacak ve fakat bu aşamadan sonraki işlemler geçersiz kılınacaktır. Böylelikle ihalenin baştan itibaren hükümsüz kalmasına gerek olmayacak, ihalede iptal edilen işlem geçersiz kılınp ihale kaldığı yerden devam edecektir.

Yukarıda ifade edildiği gibi Kamu İhale Kanunu ihalenin veya ihale kararının iptalinden söz etmektedir. İhalenin bir işlemler bütünü olduğu ifade edildikten sonra “*ihalenin iptali*” bahse konu edildiğinde, bu işlemlerin **tamamının iptal edilerek geçersiz kılındığını** anlamak lafzi yorum yönteminin gereğidir. Dolayısıyla ihale sürecindeki tüm işlemlerin geçersiz kılınması, tüm bu süreci başa götürüp sanki hiç bu

¹² SEYHAN Serkan, “4734 sayılı Kamu İhale Kanunu Kapsamındaki İhalelerin İdari ve Yargısal Denetimi”, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018, s.12 <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/> (Erişim tarihi:09.01.2022)

¹³ Kamu İhale Kanunu md.4, söz konusu tanım için yukarıda sayfa 2 ve 3’e bakınız.

işlemler yapılmamış gibi sonuç doğuracaktır. Bu durumun doğal bir sonucu olarak da “*ihalenin iptali*” işleminin **teknik anlamda bir geri alma işlemi** olduğu anlaşılmaktadır. Doktrindeki genel kabulün de bu yönde olduğu belirtilmelidir¹⁴. Ancak Kanunun 40’inci maddesinde yer verilen, ihale yetkilisinin, ihale kararının iptaline karar vermesi durumunun hukuki sonucu ne olacaktır peki? Zira burada ihaleden değil de ihale komisyonu kararının iptalinden söz edilmektedir. Tam da burada bir kafa karışıklığı meydana geleceği Kanun koyucu tarafından öngörülmüş olacak ki Kanunun 40’inci maddesinin 7’nci fıkrasında, ihalenin; ihale kararının onaylanması halinde geçerli, iptal edilmesi halinde ise hükümsüz sayılacağı düzenlemesine yer verilmiştir. Böylelikle ihale kararının ihale yetkilisi tarafından iptali durumunda da ihalenin en baştan itibaren geçersiz sayılacağı, bu “*iptal*” kararının da **teknik anlamda bir geri alma işlemi** olduğu anlaşılmaktadır.

İhalenin veya ihale kararının iptali sonucunda ihale baştan itibaren geçersiz sayılacağı için yeniden aynı ihalenin yapılmak istenmesi durumunda, ihaleye ilişkin bütün işlemlerin baştan itibaren yeniden yapılması gerekecektir. Bu cümleden olarak; ihalenin ilanı, tekliflerin alınması ve değerlendirilmesi, ihalenin karara bağlanması ve onaya sunulması gibi süreçteki tüm işlemlerin yeniden yapılması gerekecektir. İhalenin veya ihale kararının iptal edilmesi işlemi, teknik anlamda bir geri alma olduğundan bu işlemlerin “idari işlemin geri alınmasının” hukuki rejimine tabi olması gerekir¹⁵. Bilindiği gibi bir idari işlemin daha sonraki bir işlem ile geri alınması durumunda, ilk işlem hiç yapılmamış gibi sonuç doğurarak ilk işlemin bütün hukuki sonuçlarının hukuk âleminde ve mümkünse maddi âlemden silinmesi gerekir. Bu

¹⁴ UZ Abdullah, Kamu İhale Hukuku, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2005, s. 422; SANCAKDAR Oğuz, “Kamu İhale Kurulu Kararlarının Yargısal Denetimi Bağlamında Yürütmenin Durdurulması ve Hukukî Sonuçları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014 C. 16, Özel Sayı, s. 3908 <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/756191> (Erişim tarihi:09.01.2022); YILDIZ Hayrettin, “Kamu İhale Kurulunun İhale Sürecindeki Kararları ve Bu Kararların Yargısal Denetimi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2021) 70 (1) s. 316 <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/756191> (Erişim tarihi:09.01.2022).

¹⁵ UZ Abdullah, Kamu İhale Hukuku, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2005, s.422

husus teknik anlamda geri almanın en temel yönüdür ki bu hususa yukarıda değinilmişti.

İdari işlemlerden yalnızca hukuka aykırı olanları geri alınabilirken kaldırma işlemi hem hukuka aykırı hem de hukuka uygun işlemler için söz konusu olabilmektedir¹⁶. Bu durum kaldırma işlemi ile geri alma işlemi arasındaki temel iki farktan bir tanesidir¹⁷. Diğer temel fark ise bu işlemlerin zaman bakımından etkisi anlamındadır¹⁸. Kaldırma işlemi geri almadan farklı olarak yalnızca yapıldığı tarihten ileriye dönük olarak işlemin geçersiz kılınması sonucunu doğurur. Geri almanın yalnızca hukuka aykırı işlemler yönünden gündeme geleceği ifade edilmiş olmakla birlikte burada her türlü hukuka aykırı idari işlemin geri alınması da “*hukuki güvenlik ilkesi*” ve “*kazanılmış haklara saygı ilkesi*” bakımından mahzurlu olabilecektir. Özellikle ilgilileri yönünden hak doğurucu ya da ilgilileri yönünden lehe sonuç doğurucu hukuka aykırı işlemlerin geri alınması durumunda, geri alma işleminin yapıldığı tarihe kadar işlemin muhatabı kişi, bu işlem kapsamında bazı haklar ve avantajlar sağlamış olabilir. Ya da bu işleme dayalı olarak diğer başka hukuka uygun işlemler yapılmış veyahut hukuki ilişkiler kurulmuş

¹⁶ Ancak hukuka uygun işlemler yönünden, düzenleyici işlemler ile birel işlemler arasında; birel işlemler için ise hak doğurucu veya hak doğurucu olmayan işlemler arasında bir ayırım yapılmaktadır. Öz olarak düzenleyici işlemler ile hak doğurucu olmayan nitelikteki birel işlemlerin diğer bir işlem ile her zaman kaldırılabilceği, ancak hak doğurucu birel işlemlerin ancak belli şartlarla kaldırılabilceği ve fakat bu işlemin ilgisine sağladığı kazanımların korunacağı genel olarak kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bakınız AKYILMAZ Bahtiyar, SEZGİNER Murat, KAYA Cemil, Türk İdare Hukuku, 15. Baskı, Savaş Yay. Ankara, Ekim 2022, s. 455-465.; GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, Güncellenmiş 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011, s.182; GİRİTLİ İsmet, BİLGİN Pertev, AKGÜNER Tayfun, BERK Kahraman, İdare Hukuku, 5. Baskı, Der Yay. İstanbul, 2012, s.1121-1124; GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.1 üçüncü baskı, Ekin Yay. Bursa, Mayıs 2019, s.1214-1224.

¹⁷ ULUSOY Ali D., Yeni Türk İdare Hukuku, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara,2020, s.439; GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, Güncellenmiş 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011, s.182.

¹⁸ AKYILMAZ Bahtiyar, SEZGİNER Murat, KAYA Cemil, Türk İdare Hukuku, 15. Baskı, Savaş Yay. Ankara, Ekim 2022, s. 465., ULUSOY Ali D., Yeni Türk İdare Hukuku, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s.439; GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, Güncellenmiş 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011, s.182.

olabilir. Böyle durumlarda herhangi bir sınırlamaya tabi olmadan idarenin işlemini geri alabileceğini kabul etmek, geri almanın doğurduğu ağır sonuçlar dikkate alındığında, hakkaniyetli olmayacak, hukuk devletinin yukarıda yer verilen iki temel ilkesinin ihlâl edilmesi sonucunu doğuracaktır. Hukuk Devletinin diğer bir temel ilkesi olan “*idarenin işlem ve eylemlerinin hukukla bağlı olması ilkesi*” dikkate alındığında ise hukuka aykırı işleminden haberdar olan idarenin, söz konusu ilkenin gereği olarak bu işlemini geçersiz kılması gerekecektir.

Hukuka aykırı hak doğurucu bir işlemin varlığından haberdar olan idare için yukarıda yer verilen Hukuk Devleti ilkelerinin yarışması ve çatışması kaçınılmaz olacaktır. Bu nedenle bu ilkeler arasında oluşan bu çatışmanın bir dengeleme mekanizması yoluyla çözülmesi genel olarak hem doktrinde hem de yargı uygulamasında kabul edilmektedir. Buna göre, hukuka aykırı, hak doğurucu birel işlemlerin, ancak belli bir süre içinde geri alınabileceği kabul edilmektedir. Doktrinde çoğunlukla kabul edildiğine göre bu nitelikteki işlemler ancak dava açma süresi içinde geri alınabilecek, bu süreler geçtikten sonra geri alınamayacaktır¹⁹. Bunun yanı sıra işlemin tesisi sırasında ilgilisinin hilesi, gerçek dışı beyanı, açık hatanın varlığı, işlemin baştan itibaren yoklukla batıl olması gibi durumlar söz konusu ise bu işlemin zaman kısıntısı olmaksızın geri alınabileceği kabul edilmektedir²⁰. Yargı uygulamasında ise Yargıtay, “...yokluk ile mutlak butlan halleri hariç ve kişinin gerçek dışı beyanı veya hilesi de sebebiyet vermemiş olmak kaydıyla...” hukuka aykırı işlemini idarenin ancak dava açma süresi içinde veya iptal davası sonuna kadar geri alabileceğine hükmederek farklı içtihatları ilk kez 1973

¹⁹ AKYILMAZ Bahtiyar, SEZGİNER Murat, KAYA Cemil, Türk İdare Hukuku, 15. Baskı, Savaş Yay. Ankara, Ekim 2022, s. 479.; GİRİTLİ İsmet, BİLGİN Pertev, AKGÜNER Tayfun, BERK Kahraman, İdare Hukuku, 5. Baskı, Der Yay. İstanbul, 2012, s.1127; GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.1 üçüncü baskı, Ekin Yay. Bursa, Mayıs 2019, s. 1241-1243. Bununla birlikte bu işleme karşı iptal davası açılmışsa bu dava sonuna kadar da işlem geriye alınabilecektir.

²⁰ AKYILMAZ Bahtiyar, SEZGİNER Murat, KAYA Cemil, Türk İdare Hukuku, 15. Baskı, Savaş Yay. Ankara, Ekim 2022, s. 479. GİRİTLİ İsmet, BİLGİN Pertev, AKGÜNER Tayfun, BERK Kahraman, İdare Hukuku, 5. Baskı, Der Yay. İstanbul, 2012, s. 1126; GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.1 üçüncü baskı, Ekin Yay. Bursa, Mayıs 2019, s.1258; GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, Güncellenmiş 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011, s.179.

yılında birleştirmiştir²¹. Danıştay ise farklı tarihlerde verdiği içtihadı birleştirme kararlarında Yargıtay gibi bütün işlemler için geçerli olacak şekilde kesin süre sınırlamaları getirmek yerine olay bazında değerlendirmeye imkân verecek şekilde ilkeler belirlenmesi yoluna gitmiştir. Söz gelimi 1973 tarihli içtihadı birleştirme kararında, hatalı terfi ve intibak işlemleri nedeniyle yapılan ödemelerin; yokluk, açık hata, işlemin yapılmasında memurun gerçek dışı beyanı veya hilesi bulunmamak kaydıyla, ancak dava açma süresi içinde geri alınabileceğine hükmetmiştir²². Ancak bu nitelikte olmayan işlemler yönünden böyle net bir süre sınırı getirmemiştir. 1987 tarihli bir içtihadı birleştirme kararında ise kişilerin hilesi veya gerçek dışı beyanlarına dayalı olarak bir yükseköğrenim kurumuna kayıt yaptırılması durumunda bu kayıt işleminin her zaman değil, “*öğrenim süresi sonuna kadar*” geri alınabileceğine hükmedilmiştir²³. Özetle ifade etmek gerekirse Danıştay, Yargıtay gibi tüm idari işlemler için geçerli olacak şekilde bir geri alma süresi belirleme yoluna gitmemiş, somut olayın özellikleri ve yukarıda yer verilen Hukuk Devleti ilkeleri dikkate alınarak bu süreyi değerlendirmeyi yeğlemiştir. Diğer bir ifade ile Danıştay, geri alma işleminde süre konusunda kendisini kesin çizgilerle bağlamamış, bu süreyi dava konusu olaya göre belirleme serbestisini korumayı tercih etmiştir²⁴.

²¹ Yargıtay İçtihatları Birleştirme Genel Kurulu, 27.01.1973 tarih ve E:1972/6, K:1973/2, 04.04.1973 tarih ve 144497 sayılı Resmi Gazete.

²² Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, 22.12.1973 tarih ve E:1968/8, K:1973/14 sayılı kararı. İdari yargı uygulamasında söz konusu içtihadı birleştirme kararındaki ilkeler işlemin geri alınması konusundaki temel ilkeler olarak kabul edilip sıklıkla kullanılmaktadır. “Hatalı idarî işlemlerin geri alınmasına ilişkin Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu kararlarının devlet memurlarının intibak ve terfi işlemlerine özgü olarak alındığı görülmekle birlikte, esasında söz konusu kararlarda belirtilen ilkelerin genel ilkeler olduğu, hukuka aykırı idarî işlemlere dayalı olarak elde edilen kazanımların geri alınıp alınamayacağına ilişkin bu ilke ve yaklaşımların her somut olayın özelliği de dikkate alınmak suretiyle tatbik sahası bulabileceği açıktır.” Danıştay 13. Daire, 13.09.2021, E:2020/2438, K:2020/3081 sayılı karar. Bu çalışmada yararlanılan yargı kararlarına Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP) kapsamında erişim sağlanmıştır.

²³ Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, 06.07.1987 tarih ve E:1987/1,2,4, K:1987/2 sayılı kararı.

²⁴ TAN Turgut, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, 8. Bası, Ankara, Eylül 2019, s. 300.

İhalenin veya ihale kararının iptali işlemi bir geri alma işlemi olduğundan geri almaya ilişkin yukarıda yer verilen prensiplerin ihale veya ihale kararının iptali işlemleri bakımında da geçerli olması gerekir. Bahsi geçtiği üzere hukuka aykırı ancak hak doğurucu birel işlemlerin geri alınmasında idare belli sınırlamalara tâbidir. Kamu İhale Kanununda öngörülmüş ihale sürecine bakıldığında, bu süreçte belli işlemlerin ilgilileri için hak doğurucu nitelikte olabileceği anlaşılmaktadır. Geri almanın yukarıda yer verilen hukuki rejimi göz önüne alındığında ihale işlemlerinin ilgilisi bakımından hak doğurucu olması durumunda nasıl hareket edilmelidir? Aşağıda yer verileceği üzere, ihale sürecinin hemen her aşamasında, başka bir ifade ile ihale saatinden önce ve ihale yapıldıktan sonra belli durumların meydana gelmesi hâlinde ihalenin veya ihale kararının iptal edilebileceği açıkça öngörülmüştür. Söz gelimi Kanunun 16'ncı maddesinde ihale saatinden önce belli nedenlere dayalı olarak ihalenin iptal edilebileceği, 39 ve 40'inci maddelerinde de ihalenin, ihale yapıldıktan sonra idarenin veya ihale yetkilisinin takdir yetkisine bağlı olarak iptaline karar verilebileceği düzenlenmiştir. İhale süreci incelendiğinde, ihale komisyonu kararı ile ihalenin bir istekli üzerinde bırakılması durumunda ihale işlemlerinin hak doğurucu bir kimliğe büründüğü görülecektir. Dolayısıyla bu aşamadan sonraki ihale kararının onaylanması ve sözleşme yapılmasına kadarki süreçte, ihalenin veya ihale kararının iptali konusunda, **ihale yetkilisinin ya da idarenin geri almaya ilişkin kurallara uygun hareket etmesi gerekir.**

Kanunun 40'inci maddesinde ihale yetkilisi açısından ihale kararının iptali konusunda zaten özel bir süre bulunmaktadır. Buna göre ihale komisyonunun ihale kararından sonra, ihale yetkilisi, karar tarihini izleyen en geç beş iş günü içinde ihale kararını onaylar veya gerekçesini açıkça belirtmek suretiyle iptal eder. Burada geri almaya ilişkin süre kısıtlaması konusunda bir sorun bulunmamaktadır. Bununla birlikte ihale yetkilisinin ihale kararını onaylamasından sonraki aşamada alınacak ihalenin iptali kararında geri almaya ilişkin süre sınırlaması söz konusu olabilir.

İhale kararının onaylanmasından sonra bu karar, ihaleye teklif sunan tüm isteklilere bildirilir. İhale sonucunun bütün isteklilere bildiriminden itibaren; 21'inci maddenin (b) ve (c) bentlerine göre yapılan ihalelerde beş gün, diğer hallerde ise on gün geçmedikçe

sözleşme imzalanamaz (md.41). 41'inci maddede belirtilen sürelerin bitimini, ön mali kontrol yapılması gereken hallerde ise bu kontrolün tamamlandığı tarihi izleyen günden itibaren üç gün içinde ihale üzerinde bırakılan istekliye, tebliğ tarihini izleyen on gün içinde kesin teminatı vermek suretiyle sözleşmeyi imzalaması hususu bildirilir. Yabancı istekliler için bu süreye oniki gün ilave edilir (md.42). Görüldüğü üzere ihale kararının onaylanmasından sonra sözleşme imzalanana kadar belli bir süre geçmektedir. Bu süre bazen farklı nedenlerden ötürü daha da uzayabilir. Böyle durumlarda, ihale kararı onaylanmış olmasına rağmen idare tarafından ihale sürecinde esaslı bir hukuka aykırılık bulunduğu tespit edilirse, ihalenin ancak dava açma süresi içinde iptal edilebileceğini kabul etmek gerekir. Zira ihale kararı, ihale üzerinde bırakılan istekli için hak doğurucu bir işlemdir. Bu nedenle, ihale kararının 41'inci maddeye uygun şekilde tebliğini izleyen günden başlamak üzere otuz gün içinde²⁵ idare tarafından ihalenin iptaline karar verilebilecektir. Diğer yandan, ihale kararı, ihale üzerinde kalan isteklinin hilesi, gerçek dışı beyanı, idarenin çok açık hatası nedeniyle alınmışsa, bahsi geçen süre sınırlamasına tâbi olmadan ve sözleşme imzalanmadan önce, idare tarafından ihalenin iptali edilebileceği kabul edilmelidir.

2. Kamu İhale Kanununda İhalenin İptali

Kamu İhale Kanununun farklı maddelerinde ihalenin iptalinden söz edilmiştir. Belli durumların gerçekleşmesi halinde ihalenin iptal edilmesi bağlı yetki olarak öngörülmüşken, kimi durumlarda da ihalenin iptali konusunda idareye takdir yetkisi tanınmıştır. Yine ihalelere yönelik başvurular sonrasında idare veya Kamu İhale Kurulu tarafından alınabilecek kararların arasında “ihalenin iptali” kararına yer verilmiştir. Burada Kamu İhale Kanunu çerçevesinde ihalenin iptalinin düzenlendiği durumların hukuki rejimi incelenecektir.

a. İhale yasaklısı üzerine ihale yapılması hâlinde ihalenin iptali

Kamu İhale Kanunu kapsamında yapılan ihalelere katılabilmek için isteklilerin belli şartları taşımaları gerekmekte birlikte, ihaleye

²⁵ İYUK md.20/A- md.8. İhale kararı da bir ihale işlemi olması nedeniyle 2577 sayılı İYUK'un 20/A maddesi uyarınca bu işleme karşı dava açma süresi otuz gündür.

katılmaktan yasaklanmamış da olmalıdırlar. İhaleye katılmaktan yasaklanmış olmak, ihale mevzuatı çerçevesinde alınmış idari kararlarla olabildiği gibi kanunlarla belli durumlarda olanların kamu ihalelerine katılması engellenmiş olabilir. Nitekim Kamu İhale Kanunu da belli durumlarda olanları veya haklarında mahkemelerce ya da idarelerce ihaleye katılmaktan yasaklılık kararı alınmış olanları, kanun kapsamındaki ihalelere katılmaktan men etmiştir.

Kanunun 11'inci maddesinde; a) Bu Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak idarelerce veya mahkeme kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan veya örgütlü suçlardan veyahut kendi ülkesinde ya da yabancı bir ülkede kamu görevlilerine rüşvet verme suçundan dolayı hükümlü bulunanlar. b) İlgili mercilerce hileli iflas ettiğine karar verilenler. c) İhaleyi yapan idarenin ihale yetkilisi kişileri ile bu yetkiye sahip kurullarda görevli kişiler. d) İhaleyi yapan idarenin ihale konusu işle ilgili her türlü ihale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve onaylamakla görevli olanlar. e) (c) ve (d) bentlerinde belirtilen şahısların eşleri ve üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar kayın hısımları ile evlatlıkları ve evlat edinenleri. f) (c), (d) ve (e) bentlerinde belirtilenlerin ortakları ile şirketleri (bu kişilerin yönetim kurullarında görevli bulunmadıkları veya sermayesinin % 10'undan fazlasına sahip olmadıkları anonim şirketler hariç) doğrudan veya dolaylı veya alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde bu kanun kapsamındaki ihalelere katılamayacakları düzenlenmiştir.

Yine ihale konusu işin danışmanlık hizmetlerini yapan yükleniciler bu işin ihalesine katılamazlar. Aynı şekilde, ihale konusu işin yüklenicileri de o işin danışmanlık hizmeti ihalelerine katılamazlar. Bu yasaklar, bunların ortaklık ve yönetim ilişkisi olan şirketleri ile bu şirketlerin sermayesinin yarısından fazlasına sahip oldukları şirketleri için de geçerlidir. İhaleyi yapan idare bünyesinde bulunan veya idare ile ilgili her ne amaçla kurulmuş olursa olsun vakıf, dernek, birlik, sandık gibi kuruluşlar ile bu kuruluşların ortak oldukları şirketler bu idarelerin ihalelerine katılamazlar.

Bu yasaklamalarla temel ihale ilkeleri olan gizlilik, saydamlık, rekabet, eşitlik, tarafsızlık ilkelerinin hayata geçirilmesi amaçlanmıştır. Bu durum 11'inci maddenin kanun gerekçesinde de ifade edilmiştir²⁶.

Bu yasaklara rağmen ihaleye katılan istekliler değerlendirme dışı bırakılarak geçici teminatları da irat kaydedilecektir (md.11/son). Yine bu istekliler ihalelerde yasaklanmış davranışlardan birini gerçekleştirmiş olacağından, Kanunun 17'nci maddesinin (e) bendi uyarınca kamu ihalelerinden yasaklanacaktır. Tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında tespit edilememesi nedeniyle **ihale, hakkında anılan katılma engeli bulunan bir istekli üzerine yapılmışsa** yine bu isteklinin var olan teminatları gelir kaydedilerek söz konusu ihale **iptal edilecektir** (md.11/son).

Görüldüğü üzere Kanunun 11'inci maddesi kapsamında ihalenin iptali gündeme geldiğinde, eğer sebep unsuru gerçekleşmişse idare, ihalenin iptali konusunda **bağlı yetki** içerisindedir. Buradaki sebep unsuru, ihale yasaklısı olan kimseler üzerine ihalenin yapılmış olmasıdır. Gerçekleşen bu sebep sonucunda ihalenin iptali ise kaçınılmazdır. Söz gelimi tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında fark edilmemiş olması nedeniyle ihalenin, ihale aşamalarında görev yapmış bir kamu görevlisinin kardeşi olan istekli üzerinde bırakıldığı, yapılan şikâyet başvurusu sonrasında ortaya çıkmışsa, idare tarafından ihale iptal edilecektir. Burada Kanun koyucunun bir ön kabulünden söz etmek mümkündür. Buna göre, ihale yasaklısı istekli üzerine işin ihale edilmiş olması durumunda, mezkûr temel ihale ilkelerinin ihlâl edildiği kabul edilmiştir. Temel ihale ilkelerinin ihlâl edildiği bir ihale ise ağır bir sakatlık ile malûldür. Bu sakatlığın yaptırımını olarak düzeltici işlem belirlenmek yerine, baştan itibaren ihalenin hükümsüz sayılması kabul edilmiştir.

Kanunun 11'inci maddesinin (a) bendinde yer verilen ihale yasaklılığı durumu üzerine ayrı bir parantez açmak gerekir. Kanunun ilk hâlinde, “a) Bu Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar...” kanun kapsamındaki kamu ihalelerine katılmaktan men edilmişlerdi. Ancak 1/11/2012 tarih ve 6359 sayılı Kanunun 1'inci

²⁶ <https://www.ihale.gov.tr/Mevzuat.aspx> (Erişim tarihi: 29.01.2022)

maddesiyle; bu bentte yer alan “olarak” ibaresinden sonra gelmek üzere “idarelerce veya mahkeme kararıyla” ibaresi eklenerek söz konusu bentte değişiklik yapılmıştır. Sözü edilen ibarenin madde metnine eklenmesiyle bahse konu bent kapsamındaki yasaklılık, daha özel bir duruma indirgenmiştir. Yani bu bent kapsamında kamu ihalesinden yasaklı olunması için, aday veya isteklinin **bir idari işlemle veya bir mahkeme kararıyla kamu ihalelerinden yasaklanmış olması** gerekmektedir. Kuşkusuz bu ibarelerin eklenmesiyle Kanunlarla getirilmiş diğer ihale yasaklılığı hallerinin kaldırıldığından söz etmek mümkün değilse de, bir idari işlemle ya da mahkeme kararıyla ihalelerden yasaklanmamış ve fakat **diğer bir mevzuat gereğince** ihale yasaklısı olan bir kimsenin Kanun kapsamındaki bir ihaleye katılması durumunda bu kimseye yukarıda yer verilen yaptırımlar (teminatın gelir kaydedilmesi, 1-2 yıl ihalelerden yasaklanma) uygulanmayacaktır. Yine bu kimse üzerine ihale yapılmışsa bunun fark edilmesi durumunda **ihale 11’inci maddeye dayalı olarak iptal edilemeyecektir**. Zira burada 11’inci madde anlamında ihalenin iptali noktasında sebep unsurunun gerçekleştiğinden söz etmek olanaklı değildir.

Gerçekten de, farklı mevzuat düzenlemeleri kapsamında bazı durumlarda olanların kamu ihalelerine girmesi yasaklanmıştır. Özellikle bir idare bünyesinde kamu görevlisi olarak görev yapmış kimselerin buradaki görevlerinin sona ermesinden belli bir süre sonraya kadar bu idareye karşı iş almaktan, taahhütte bulunmaktan yasaklanmış oldukları gözlenmektedir. Örneğin 2531 sayılı Kamu Görevlerinden Ayrılanların Yapamayacakları İşler Hakkında Kanuna göre, kamu idarelerindeki görevlerinden hangi sebeple olursa olsun ayrılanlar, ayrıldıkları tarihten önceki iki yıl içinde hizmetinde buldukları daire, idare, kurum ve kuruluşlara karşı ayrıldıkları tarihten başlayarak üç yıl süreyle, o daire, idare, kurum ve kuruluştaki görev ve faaliyet alanlarıyla ilgili konularda doğrudan doğruya veya dolaylı olarak görev ve iş alamazlar, taahhüde giremezler, komisyonculuk ve temsilcilik yapamazlar (md.2). Yine benzer bir düzenleme 5393 sayılı Belediye Kanununun 28’inci maddesinde yer almaktadır. Buna göre Belediye başkanı görevi süresince ve görevinin sona ermesinden itibaren iki yıl süreyle, meclis üyeleri ise görevleri süresince ve görevlerinin sona ermesinden itibaren bir yıl süreyle, belediye ve bağlı kuruluşlarına karşı doğrudan doğruya veya dolaylı olarak taahhüde giremez, komisyonculuk ve temsilcilik yapamaz.

Diğer bir yasaklılık durumu Kamu İhale Kanununun 59'uncu maddesinin 2'nci fıkrasında yer alır. Düzenlemeye göre, bu Kanun kapsamında yapılan ihalelerden dolayı haklarında birinci fıkra gereğince ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler ve 58'inci maddenin ikinci fıkrasında sayılanlar yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamaz. Haklarında kamu davası açılmasına karar verilenler, Cumhuriyet Savcılıklarınca sicillerine işlenmek üzere Kamu İhale Kurumuna bildirilir. Bunun gibi bizim tespit edemediğimiz başka mevzuat düzenlemelerinde de Kanun kapsamındaki kamu ihalelerine katılım yasağı getirilmiş olabilir. Tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında fark edilmemiş olması nedeniyle ihale, yasal düzenlemeler nedeniyle ihalelerden yasaklı durumda olan bir istekli üzerine yapılmışsa, bu isteklinin yasaklılık hâlinin mevzuattan kaynaklı olarak devam etmesi nedeniyle, bu isteklinin teklifi değerlendirme dışı bırakılacak ve ihale kaldığı yerden devam edecektir. Başka bir ifade ile ihale 11'inci maddeye dayalı olarak doğrudan iptal edilemeyecektir.

Kanunun 11'inci maddesinin (a) bendi kapsamındaki yasaklılık durumu uygulamada farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Söz gelimi ihaleye teklif sunulması, tekliflerin değerlendirilmesi, ihalenin üzerinde bırakıldığı sırada bir istekli hakkında herhangi bir yasaklama kararı bulunmamasına rağmen ihale kararının ihale yetkilisince Kanunun 40'ncü maddesine göre onaylanması aşamasında başka bir idare tarafından geçmişteki bir ihaleyle ilgili olarak söz konusu istekli hakkında idari işlemle bir yasaklama kararı verildiğini varsayalım. Böyle bir durumda aslında başta yasaklı durumda olmayan bir istekli üzerinde ihalenin bırakıldığı ve bunun onay aşamasında yasaklandığının anlaşıldığı bu tabloda acaba ihale, Kanunun 11'inci maddesine göre iptal edilebilir mi?

Burada Kanunun 40'ncü maddesinin son fıkrasındaki düzenleme ile birlikte 11'inci maddenin birlikte yorumlanması gerektiğini değerlendirmekteyiz. Kanunun 40'ncü maddesinin son fıkrasında 20/11/2008 tarih ve 5812 sayılı Kanunun 13'üncü maddesiyle bir değişiklik yapılmış, sözü edilen fıkrada ihale kararlarının ihale yetkilisince onaylanmadan önce idarelerin, ihale üzerinde kalan istekli ile varsa ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi isteklinin ihalelere katılmaktan yasaklı olup olmadığını teyit ettirerek buna ilişkin

belgeyi ihale kararına eklemek zorunda olduğu, iki isteklinin de yasaklı çıkması durumunda ihalenin iptal edileceği düzenlenmiştir. Değişikliğin gerekçesi ise “*Uygulama yönetmelikleri hükümlerine göre ihale üzerinde kalan isteklinin yasaklı çıkması hâlinde ihale iptal edilmekte (ikinci uygun teklif sahibinin de mağduriyetine neden olmaktadır.) ve sürecin uzaması nedeniyle kamu zararına sebebiyet verilmektedir.*” şeklinde belirtilmiştir²⁷. Dolayısıyla yukarıda yer verilen örnekte, ihale onay aşamasında üzerine ihale yapılan isteklinin daha sonra yasaklandığının tespit edilmesi durumunda ihalenin iptal edilmesi hatalı olacaktır. Bunun yerine yasaklı isteklinin teklifi değerlendirme dışı bırakılmalı, ikinci en avantajlı teklif sahibi üzerine ihale yapılmalıdır. Burada mümkün olduğunca ihale ayakta tutulmalıdır. Zira ihalenin iptali, idare için de istekliler için de külfetler getiren bir yoldur.

Yine ihalenin, ihale yetkilisince onaylanmasından sonraki aşamada sözleşme imzalanmadan önce ihale üzerinde kalan isteklinin yasaklılık teyidinin yapılması Kanunun 42’nci maddesinde öngörülmüş bir zorunluluktur. Bu aşamada ihale üzerinde kalan istekli hakkında başka bir idare tarafından yasaklılık kararı alınmışsa, bunun tespit edilmesi durumunda ihalenin 11’inci maddeye göre iptali söz konusu olamaz. Yine burada Kanunun 11’inci maddesi ile 44’üncü maddesi birlikte ele alınmalıdır. Buna göre ihale yetkilisinin uygun görmesi hâlinde ikinci en avantajlı teklif sahibi ile sözleşme imzalanabilir²⁸. Böylelikle ihale ayakta tutularak istekliler zarara uğratılmayacağı gibi idarenin ihtiyaç duyduğu mal ve hizmetin veya yapım işinin zamanında temini sağlanmış olacaktır.

b. İhale saatinden önce ihalenin iptal edilmesi

Kamu İhale Kanunu düzenlemeleri incelendiğinde, ihale sürecinin her aşamasına ilişkin olarak ihalenin iptal edilebilmesine imkân tanıyan

²⁷ <https://www.ihale.gov.tr/Mevzuat.aspx> (Erişim tarihi: 29.01.2022)

²⁸ Kamu İhale Genel Tebliğinin 30.5.2’nci maddesinde; 4734 sayılı Kanunun 42’nci maddesinin birinci fıkrası uyarınca yapılacak yasaklılık teyidi sonucunda, ihale üzerinde bırakılan isteklinin yasaklı olması durumunda ihale kararının iptal edilmesine de karar verileceği belirtilmiştir. <https://www.ihale.gov.tr/Mevzuat.aspx> (Erişim tarihi: 29.01.2022) Kamu İhale Kurumu çıkarmış olduğu tebliğinde ileri sürdüğümüz görüşün aksine söz konusu kanuni düzenlemelerden farklı bir sonuç çıkarmıştır.

kuralların getirildiği hemen göze çarpacaktır. Bu düzenlemelerden bir tanesi, ihale saatinden önce ihalenin iptal edilmesine ilişkin hususları düzenleyen Kanunun 16'ncı maddesidir. Bu kuralın ilk hâlinde ihalenin, ihale gününden önce iptali hususu düzenlenmekteydi. Ancak daha sonra kuralın kenar başlığı ve birinci fıkrasındaki “gününden” ibaresi, 30/7/2003 tarihli ve 4964 sayılı Kanunun 11'inci maddesiyle “saatinden” olarak değiştirilmiş, kuralın muhtevasını, ihalenin ihale saatinden önce değiştirilmesine ilişkin hususlar oluşturmuştur. Bu değişiklikler yerinde olmuştur. Zira kuralda yer alan ihalenin iptalini gerektiren hususlar ihale günü, ihale saatinden önce fark edilmiş olabilir. Maddenin eski hâlinde böyle bir durumda ilgili maddeye dayalı olarak ihalenin iptali olanaklı değilken yürürlükteki hâliyle bu mümkün olmuştur.

Kanunun 16'ncı maddesine göre, idarenin gerekli gördüğü veya ihale dokümanında yer alan belgelerde ihalenin yapılmasına engel olan ve düzeltilmesi mümkün bulunmayan hususların bulunduğunu tespit ettiği hallerde ihale saatinden önce ihale iptal edilebilir. Burada ihalenin iptal edilebilmesi için iki durum öngörülmüştür. Bunlardan birincisi, idarenin gerekli gördüğü hallerdir. Söz konusu kanun hükmünün yazılışından, ihale saatinden önce ihalenin iptali konusunda bu ilk durumda idareye takdir yetkisi verildiği görülmektedir. Şayet idare söz konusu ihale yoluyla gerçekleştirmek istediği kamu yararı amacına uygun olarak ilana çıkmış olduğu ihalenin yapılamayacağını ve böylesinin kamu yararına daha uygun olduğu kanaatine varırsa, ihale saatinden önce ihalenin iptaline karar verebilir. Bu maddede verilen takdir yetkisi kullanılırken idare tarafından meşru ve makul nedenlere dayanılması gerekir. Söz gelimi ilana çıkılmış ihalede ihalenin yapılmasından önce Kanunda yer verilen temel ihale ilkelerinin ihlâl edildiğinin tespit edilmesi durumunda ihale saatinden önce ihale iptal edilebilir. Örnelemek gerekirse; çıkılan ihalede ödeneğin yetersiz hale gelmesi, ihale konusu mal veya hizmete ihtiyaç kalmaması²⁹, olağanüstü

²⁹ GÜRHAN H.Hüseyin, DAĞALP Namık, ŞAHBENDEROĞLU Vural, İNAN Atilla, Son Değişikliklerle Soru ve Cevaplı Kamu İhale Hukuku, Merkez Yayıncılık, Ankara, Kasım 2009, s.67.

durumların gerçekleşmesi (deprem, savaş, diğer afetler vs.)³⁰ gibi durumlarda, takdir yetkisine dayalı olarak ihale iptal edilebilir.

Kanaatimizce ihale saatinden önce ihalenin iptali konusunda idareye tanınan takdir yetkisi, sınırları içinde kullanılıp kullanılmadığıyla ilgili hukukilik denetimine tabi olmakla birlikte, bu alanda idareye geniş bir takdir yetkisi tanındığının kabulü gerekir. Çünkü henüz ihale süreci herhangi bir aday/istekli açısından hak doğurucu bir kimliğe bürünmemiştir. Bu aşamada idarenin ihaleyi iptal ederken makul bir neden göstermiş olması bu takdir yetkisinin hukuka uygunluğu noktasında yeterli olmalıdır. Oysa ihale aşamaları ilerledikçe ihalenin iptali konusunda idareye verilmiş olan takdir yetkisi daralmaktadır. Zira süreç giderek bazı istekliler açısından hak doğurucu hüviyet kazanmakta, ihale yolsuzluklarının ortaya çıkma ihtimali artmaktadır. Burada savladığımız hususu destekleyici bir referans olarak Kanunun 27'nci maddesinin 2/o bendinde getirilen zorunluluğu gösterebiliriz. Bu düzenlemeye göre ihalenin idari şartnamesinde, ihale saatinden önce ihalenin iptal edilmesinde idarenin serbest olduğunun belirtilmesi zorunludur. Buna göre idareye verilmiş söz konusu takdir yetkisinin kullanımında neredeyse bir serbestiyet bulunmaktadır.

İhale saatinden önce ihalenin iptal edilebileceği ikinci durum ise ihale dokümanında³¹ yer alan belgelerde ihalenin yapılmasına engel olan ve düzeltilmesi mümkün bulunmayan hususların bulunduğu tespit edilmesidir. Böyle bir durumda ihalenin iptal edilebilmesi için iki şartın birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Buna göre ilk şart, daha önce ilanına çıkmış ihaleye ait dokümanda ihalenin yapılmasına engel bir hususun bulunduğu tespit edilmesidir. Bu tespit, ihale saatinden önce idare tarafından yapılabileceği gibi ihale dokümanına yönelik olarak istekli olabileceklerden birisinin yapmış olduğu şikâyet başvurusu sonucunda da ortaya çıkabilir. Bu iptal nedenine ilişkin eş zamanlı

³⁰ ÖZEK Ali, KAYA Osman, Açıklamalı Kamu İhale Rehberi, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s.340.

³¹ İhale dokümanı; ihale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinde; isteklilere talimatları da içeren idari şartnameler ile yaptırılacak işin projesini de kapsayan teknik şartnameler, sözleşme tasarısı ve gerekli diğer belge ve bilgilerin tamamını ifade eder (md.4). İhale dokümanına ilişkin ayrıntılı düzenlemeler Kanunun 12, 24, 25, 26 ve 27'nci maddelerinde yer almaktadır.

olarak gerçekleşmesi gereken diğer şart ise, ihale dokümanında bulunan, ihalenin yapılmasına engel hususun, ihale dokümanında değişiklik yapılarak giderilmesinin mümkün olmamasıdır.

Bakıldığında Kanunun 62'nci maddesinin (f) bendinde ihale dokümanının, ihale ilanından önce hazırlanmasının gerektiği belirtilmiştir. İhalenin ilanından sonra idarenin ihale dokümanında değişiklik yapmaması esastır. Ancak değişiklik yapılması kaçınılmaz olursa ya da ilân yapıldıktan sonra, tekliflerin hazırlanmasını veya işin gerçekleştirilmesini etkileyebilecek maddi veya teknik hatalar ya da eksikliklerin idarece tespit edilmesi veya isteklilerce yazılı olarak bildirilmesi halinde, ihale dokümanında, bu dokümanın ayrılmaz parçaları sayılacak zeyilnameler ile değişiklikler yapılabilir³² (md.29). İşte ihalenin yapılmasına engel olan hususun böyle bir düzeltmeye konu olamayacağını anlaşılmış durumda ihale, idare tarafından ihale saatinden önce iptal edilebilecektir. Kamu İhale Kurulunun önüne giden bir başvuruya konu olayda, ihale dokümanına ait belgelerde işin miktarı ile ilgili düzenlemelerin farklı olması karşısında, ihalede sağlıklı ve geçerli bir teklif mektubunun ve teklif fiyatının oluşturulmasının mümkün olmadığı ve bu nedenle ihalenin iptali gerektiğine karar verilmiştir³³.

Kanunun 16'ncı maddesi hükmüne göre ihale saatinden önce ihalenin iptal edilmesi halinde, iptal nedeni belirtilmek suretiyle ihalenin iptal edildiği isteklilere hemen ilân edilerek duyurulur³⁴. Bu aşamaya kadar teklif vermiş isteklilere, ihalenin iptal edildiği ayrıca yazılı olarak

³² Kanunun 29'uncu maddesinin gerekçesinde istisnai olarak ihale dokümanında düzeltme yapılabilmesinin nedeni, idarenin ihtiyaçlarının giderilmesinde gecikmelere sebebiyet verilmemesi olduğu belirtilmiştir. <https://www.ihale.gov.tr/Mevzuat.aspx> (Erişim tarihi: 29.01.2022)

³³ Kamu İhale Kurulu Uyuşmazlık Kararı, 01.10.2004 Karar No:2004/UH.Z-1297 (Aktaran UZ Abdullah, Kamu İhale Hukuku, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2005, s.226-227)

³⁴ İhale veya son başvuru saatinden önce ihalenin iptal edilmesi durumunda, İhale Uygulama Yönetmeliklerinin ekinde bulunan ihale iptal ilan formu kullanılarak ilanın yayımlandığı yayın organında ihalenin iptal edildiği hususunun hemen ilan edilerek duyurulması gerekmektedir. Bu duyuruda, iptal nedeni veya nedenlerinin de yer almasının zorunlu olduğu hususuna dikkat edilmelidir. Kamu İhale Genel Tebliği md.13.5.

tebliğ edilir. İhalenin iptal edilmesi halinde, verilmiş olan bütün teklifler reddedilmiş sayılır ve bu teklifler açılmaksızın isteklilere iade edilir. İhalenin iptal edilmesi nedeniyle isteklilerce idareden herhangi bir hak talebinde bulunulamaz. İhalenin bu şekilde iptal edilmesi durumunda, iptal nedenleri gözden geçirilerek yeniden ihaleye çıkılabilir (md.16/2,3).

Kanunun 16'ncı maddesi uyarınca alınan ihalenin iptali kararlarından ötürü isteklilerce idareden herhangi bir hak talebinde bulunulamayacaktır (md.16/2). Bu düzenlemeye göre ihalenin iptali nedeniyle istekli olabilecekler veya istekliler tarafından idareden tazminat talep edilemeyeceği gibi ihale için yapılmış olan harcamalar da talep edilemeyecektir³⁵. Söz konusu düzenlemelerin Anayasaya aykırı olduğu ileri sürülebilir. Zira Anayasanın 125'inci maddesi uyarınca idare, eylem ve işlemlerinden doğan zararları karşılamak zorundadır. Ancak Kanunun anılan düzenlemesi, ihalenin iptali kararından doğan zararların tazmini yolunu kapatmıştır³⁶.

Kanunun 16'ncı maddesine göre ihalenin iptal edilmesi, ihale saatinden önceki herhangi bir aşamada mümkündür. Buna göre ihalenin iptali, ihale ilanından önce olabileceği gibi ilandan sonra da olabilir³⁷. Bununla birlikte Danıştay'a göre bu maddede yer alan ihale iptal nedenlerinin varlığı, ihalenin yapılmasından sonra tespit edilirse, her aşamasında ihale bu maddeye dayalı olarak iptal edilebilecektir. Konuya ilişkin bir uyuşmazlıkta, ihale dokümanından olan teknik şartnamedeki bazı eksikliklerin, aşırı düşük teklif sorgulamalarını zorlaştırdığı ve yine teklif hazırlama maliyetlerini doğrudan etkilediğinin ihalenin yapılmasından sonra fark edildiği bir ihalede, idare yönetim kurulu kararıyla kanunun 16'ncı maddesi uyarınca ihalenin iptaline karar vermiştir. İhalenin iptali kararına karşı açılan davada ilk derece mahkemesi; ihale dokümanında yer alan belgelerde ihalenin yapılmasına engel olan ve düzeltilmesi mümkün bulunmayan hususlar bulunsa da,

³⁵ İNAN Atilla, İhale Hukuku Ders Notları, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara, 2015, s.165.

³⁶ Benzer yönde açıklamalar için BÖKE Veli, Kamu İhale Kurulu Kararları Işığında Kamu İhale Mevzuatı, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, Mart 2004, s.395.

³⁷ DOĞANYİĞİT Saadettin, Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, Nisan 2008, s.401.

anılan Kanun hükmü uyarınca ve ihale saatinden önce ihalenin iptal edilmesi gerekirken, ihale yapılıp teklifler alındıktan ve aşırı düşük fiyat sorgulamaları yapıldıktan sonra, ihale dokümanında eksiklik bulunduğu gerekçesine dayanılarak ihalenin iptal edilmesine ilişkin olarak tesis edilen işlemin hukuka aykırı olduğuna hükmetmiştir³⁸.

Danıştay 13. Dairesi söz konusu kararın bozulmasına dair verdiği kararında³⁹ “*Bu durumda, ihale yapıldıktan sonra ihalenin 4734 sayılı Kanun'un 5. maddesinde sayılan temel ilkeler, ihale mevzuatı veya ihale dokümanına aykırı bir durumun tespit edilmesi hâlinde kamu yararı ve hizmet gerekleri doğrultusunda idarenin her zaman ihaleyi iptal edebileceği göz önüne alındığında, somut olayda idare tarafından ihalenin iptaline gerekçe olarak ileri sürülen hususların ihalenin iptalini gerektirip gerektirmediği konusunda inceleme ve değerlendirme yapıldıktan sonra bir karar verilmesi gerekirken, idare tarafından ihalenin iptaline gerekçe olarak sayılan hususların ancak ihale saatinden önce ihalenin iptalini gerektireceği, bu nedenle ihale yapılıp aşırı düşük teklif sorgulaması tamamlandıktan sonra ihalenin iptal edilmeyeceği gerekçesiyle dava konusu işlemin iptali yolundaki Mahkeme kararında hukuki isabet bulunmadığı...*” gerekçesine yer vermiştir. Ayrıca aynı kararda “... Kaldı ki, 4734 sayılı Kanun'un 16. maddesinde; idarenin gerekli gördüğü veya ihale dokümanında yer alan belgelerde ihalenin yapılmasına engel olan ve düzeltilmesi mümkün bulunmayan hususların bulunduğu tespit edildiği hâllerde ihale saatinden önce ihale iptal edilebilir, kuralına yer verilmek suretiyle idareye bu konuda seçimlik bir hak tanınmış ve bu hususların idare tarafından ihale yapıldıktan sonra tespit edilmesi hâlinde ihalenin iptal edilemeyeceğine ilişkin yasaklayıcı bir hükme de Kanun koyucu tarafından yer verilmemiştir.” değerlendirmelerinde bulunmuştur. Dolayısıyla Kanunun 16'ncı maddesindeki ihale iptal nedenleri, ihalenin yapılmasından sonra tespit edilmiş olursa, bu durumda da ihalenin söz konusu madde uyarınca iptali mümkün olmalıdır.

³⁸ Ankara 1. İdare Mahkemesi'nin 23.10.2014 tarih ve E:2014/1781, K:2014/1687 sayılı kararı.

³⁹ Danıştay 13. Dairesi, 28.01.2015 tarih ve E:2014/4870, K:2015/207 sayılı karar.

c. Belli istekliler arasındaki ihale usûlünde yeterli aday veya istekli çıkmaması nedeniyle ihalenin iptal edilmesi

Kamu İhale Kanunu'nda, mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalelerinde üç tür ihale usûlü öngörülmüştür. Bunlar açık ihale usûlü, belli istekliler arasında ihale usûlü ve pazarlık usûlüdür. Bunlardan açık ihale usûlü ve belli istekliler arasında ihale usûlü temel ihale usûlleridir (md.5). Açık ihale usûlü bütün isteklilerin teklif verebildiği usuldür (md.19). Bu usûlün yanında bazı durumlarda belli istekliler arasında ihale usûlüne başvurulabilir. Belli istekliler arasında ihale usûlü, yapılacak ön yeterlik değerlendirmesi sonucunda idarece davet edilen isteklilerin teklif verebildiği usûldür. Buna göre yapım işleri, hizmet ve mal alım ihalelerinden işin özelliğinin uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektirmesi nedeniyle açık ihale usûlünün uygulanmadığı işlerin ihalesi ile yaklaşık maliyeti eşik değerin yarısını aşan yapım işi ihaleleri bu usûle göre yaptırılabilir (md.20).

Belli istekliler arasında ihale usûlünde idare öncelikle ihaleye davet edeceği adayları belirleyebilmek için Kanunun 10'uncu maddesine göre belirlediği ve ön yeterlik dokümanı ile ilanında belirttiği kriterlere göre adayları ön yeterlik incelemesine tabi tutar. İdare, belirlediği şartları sağlayan adaylardan belli sayıda olanı veya tamamını ikinci aşamada teklif vermeye davet eder. Daha sonra teklif veren adayların teklifleri, ihale dokümanı ile davet mektubunda belirtilen değerlendirme kriterlerine göre değerlendirilerek ihale sonuçlandırılır. Ancak ihaleye davet edilebilecek aday sayısının beşten az olması veya teklif veren istekli sayısının üçten az olması halinde ihale iptal edilir (md.20/3).

Belli istekliler arasında ihale usûlü belirtildiği şekliyle iki aşamalı yapılır. Bu aşamaların ilki olan ön yeterlik aşamasına katılan adaylardan belirlenen yeterliği sağlayan ve davet edilebilecek adayların sayısının beşten az olması durumunda ihale iptal edilir. Keza davet edilen aday sayısı beşten fazla olmasına rağmen ihaleye teklif veren istekli sayısının üçten az olması durumunda ihale yine iptal edilecektir.

Belli istekliler arasında ihale usûlünde anılan durumların gerçekleşmesi halinde idare, bağlı yetki içerisinde ihaleyi iptal etmek zorundadır. Burada idareye verilmiş bir takdir yetkisi bulunmadığı gibi idarenin aksi yönde hareket etmesine de imkân bulunmamaktadır.

Bununla birlikte teklif veren istekli sayısının üçten az olması nedeniyle ihalenin iptal edilmesi durumunda, ihale dokümanı gözden geçirilerek varsa hatalar ve eksiklikler giderilmek suretiyle, ön yeterliği tespit edilen bütün istekliler tekrar davet edilerek ihale sonuçlandırılabilir (md.20/4). Teklif verilmesine engel hususlar giderilerek ihalenin yenilenmesi durumunda, ön yeterlik aşamasının yeniden yapılmasına gerek olmadan yeterliği bir önceki ihalede tespit edilmiş tüm adaylar tekrar davet edilerek ihale sonuçlandırılabilir. Kuşkusuz teklif verilmesine engel hususlar, adayların ön yeterlik aşamasına da katılmasını engellemiş olabilir. Bu nedenle sürecin sil baştan başlatılması gerektiği düşünülebilir. Ancak burada idarenin ihtiyacının bir an önce giderilmesi düşüncesinden hareketle böyle bir düzenlemeye gidildiği anlaşılmaktadır.

Bu usûlde, ihalenin iptaline ilişkin düzenlemenin kanun gerekçesi incelendiğinde, uluslararası mevzuata uyum sağlamak üzere, ön yeterlik sonucunda yeterli olduğu tespit edilen aday sayısının beşten az olması veya yapılan davet üzerine teklif veren istekli sayısının üçten az olması hallerinde ihalenin iptal edilmesi esası getirildiği belirtilmiştir⁴⁰. Bu düzenlemenin ihalede temel ilkelerden olan rekabet ilkesine ve bu ilkenin hizmet ettiği ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve kaynakların verimli kullanılması ilkelerine yönelik olarak yapıldığı anlaşılmaktadır. Gerçekten de belli istekliler arasında ihale usûlünde belli sayıda aday veya isteklinin çıkmadığı durumlarda yeterli rekabetin gerçekleşmeyeceği, bu nedenle ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmayacağı ve kaynakların verimli kullanılmayacağı kabulünden hareket edilerek temel ihale ilkelerinin gerçekleşmediği ihalenin iptali zorunlu kılınmıştır.

Belli istekliler arasında ihale usûlünde getirilen bu iptal nedeninin açık ihale usûlünde neden getirilmediği sorusu anlamlı bir sorudur. Başka bir ifade ile belli sayıda isteklinin çıkmadığı veya kalmadığı açık ihale usûlüne göre yapılan bir ihalede anılan temel ihale ilkelerinin gerçekleşmeyeceğinden hareketle niçin iptal zorunluluğu getirilmemiştir? Öncelikle belli istekliler arasında ihale usûlünün uygulanabileceği durumların önemli bir kısmında yaklaşık maliyet çok

⁴⁰ <https://www.ihale.gov.tr/Mevzuat.aspx> (Erişim tarihi: 09.02.2022)

yüksek rakamlara ulaşabilmektedir. Örneğin bu usûlün uygulanabildiği işin uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektiren yol, köprü, baraj ve metro yapım ihaleleri gibi ihalelerde durum böyledir. Bu tarz ihalelerde belli sayıda aday veya isteklinin çıkmaması durumunda ihalede rekabetin gerçekleşmeyeceğinin kabulü makul bir yaklaşımdır. Ancak yaklaşık maliyetin çok yüksek rakamlara çıkmadığı ihalelerde verilen tek teklifin veya kalan tek teklifin de, yaklaşık maliyetin doğru hesaplanmış olması kaydıyla, en avantajlı teklif olarak kabul edilmesi mümkündür⁴¹. Zira bu teklif yeterli tenzilat oranına (uygulamadaki ifadesiyle kırım oranına) ulaşmışsa, ihtiyaçların uygun şartlarla karşılanması ve kaynakların verimli kullanılması ilkeleri ihalede gerçekleşmiştir. Burada sırf yeterli sayıda katılım olmadığı ve bu nedenle rekabetin gerçekleşmediği gerekçesine dayalı olarak ihalenin iptalinin zorunlu kılınması anlamsız olacaktır. Zira rekabet ilkesi ihalelerde tek başına bir amaç değildir. Hizmet ettiği anılan ana ilkeler gerçekleştiği takdirde yeterli katılımı rekabetin gerçekleşmesinin aranmaması kanunda bir eksiklik olarak nitelenemez. Bu nedenle Kanunda açık ihale usûlünde belli sayıda teklifin olmaması durumunda ihalenin iptal edilmesi gerektiğinin düzenlenmemesi yerinde olmuştur⁴².

Belli istekliler arasında ihale usûlünde ihaleye teklif veren istekli sayısının üçten az olması durumunda ihale iptal edilecektir. Peki, ihaleye üçten fazla söz gelimi beş teklif sunulmasına rağmen bunlardan üç tanesi değerlendirme dışı bırakılıp geriye geçerli iki teklif kalması durumunda, üçten az istekli tarafından teklif verildiğinden bahisle ihale iptal edilmeli midir? Kanaatimizce bu soruya olumsuz yanıt vermek gerekir. Zira kanunun lafzı başka bir yorum yapmaya imkân tanımamaktadır. Üç veya üçten fazla teklif gelmesi durumunda teklifler değerlendirilmelidir. Yapılan değerlendirme sonucunda tekliflerden bazılarının değerlendirme dışı bırakılması nedeniyle tek bir istekli dahi kalmış olsa, söz konusu teklif; yaklaşık maliyet, ödenek durumu, temel ihale ilkeleri çerçevesinde değerlendirilerek ihale sonuçlandırılmalıdır. Bu sayılanlar

⁴¹ GÜRHAN H.Hüseyin, DAĞALP Namık, ŞAHBENDEROĞLU Vural, İNAN Atilla, Son Değişikliklerle Soru ve Cevaplı Kamu İhale Hukuku, Merkez Yayıncılık, Ankara, Kasım 2009, s.69.

⁴² Aksi görüş için bkz. UZ Abdullah, Kamu İhale Hukuku, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2005, s.319.

noktasından sorunlu bir durum var ise bu başlık altında incelenen ihale iptal düzenlemelerine değil de aşağıda açıklanacak olan takdir yetkisine dayalı düzenlemelere göre ihale iptal edilebilir.

Burada yeri gelmişken ifade edelim ki, bu başlık altında açıklanan ihale iptal durumları dışında belli istekliler arasında ihale usûlünde, takdir yetkisine dayalı olarak ya da ihale saatinden önce ihalenin iptali şartları gerçekleşmişse ihale iptal edilebilir. Yargı önüne taşınan bir uyuşmazlıkta, belli istekliler arasında yapılan ihalede belirlenen kriterlere göre yapılan puanlama sonunda en yüksek puanı alan şirketin vermiş olduğu teklifin idare tarafından belirlenen yaklaşık maliyetin üzerinde olması nedeniyle bütçe ve ödenek imkânları göz önünde bulundurularak ihalenin iptal edilmesi üzerine itirazın şikâyet ile Kamu İhale Kurumuna başvurulmuş, Kamu İhale Kurulu tarafından ihale iptal kararı hukuka uygun bulununca idari yargıda iptal davası açılmıştır. İlk derece mahkemesi, Kamu İhale Kanununun 20'nci maddesinde belli istekliler arasında ihale usulüyle yapılan ihalelerin hangi durumlarda iptal edileceğinin açıkça belirlendiği, idarenin iptaline neden olarak gösterilen olguların idare tarafından ortaya konulmadığı için Kurul kararını hukuka aykırı bulmuştur. Yapılan temyiz başvurusu sonrasında Danıştay, alınan iptal kararını aşağıda yer verilecek olan takdir yetkisine dayalı olarak gerçekleştirilmiş bir iptal kararı şeklinde incelemiştir. İdare tarafından ihalenin iptaline sebep gösterilen hususların makul ve temel ihale ilkelerinden; rekabet, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve kaynakların verimli kullanılması ilkelerine uygun olduğu, bu noktadan kullanılan takdir yetkisinin hukuka uygun olduğundan bahisle ilk derece mahkemesinin kararını bozarak davanın reddine karar vermiştir⁴³.

Görüldüğü üzere, bu başlık altında incelenen ihale iptal nedenleri saklı kalmak üzere, kanunda yer verilen takdir yetkisine dayalı ihale iptal halleri, temel ihale usûllerinden biri olan belli istekliler arasında ihale usûlünde de geçerli olmaktadır.

⁴³ Danıştay 13. Dairesi, 16.10.2018 tarih ve E:2012/646, K:2018/2851 sayılı karar.

d. İhale saatinden sonra takdir yetkisine dayalı olarak ihalenin iptal edilmesi

Kamu İhale Kanununda düzenlenen ihalenin iptali durumlarını yukarıda yer verilen başlıklar dışında sınıflandırmak istersek, ihalenin bağlı yetki çerçevesinde iptal edileceği durumlar ile takdir yetkisine dayalı olarak iptal edilebileceği durumlar şeklinde ikili bir ayırım yapmak gerekir. Buraya kadar her iki sınıfa girebilecek durumlara da yer verildi. Bu başlık altında ise ihaleye ait kronolojik akışta ihale saatinden sonra ihalenin takdir yetkisine dayalı olarak iptal edilebileceği hallerin hukuksal rejimi incelenecektir.

İhale saatinden sonra ihalenin takdir yetkisine göre iptal edilebileceği durumlar Kanunun 39 ve 40'ıncı maddelerinde düzenlenmiştir. Kural olarak bu maddelere göre ihalenin iptal edilebileceği aşama, ihaleye başladıktan sonraki aşamadır. Kanunun 39'uncu maddesinde, ihale komisyonunun kararı üzerine idarenin, verilmiş olan bütün teklifleri reddederek ihaleyi iptal etmekte serbest olduğu düzenlenmiştir. İhale komisyonu Kanunun 36 ve 37'nci maddelerindeki iş ve işlemleri yürütürken, başka bir ifade ile tekliflerin alınması ve daha sonradan değerlendirilmesi sırasında, ihalenin iptal edilmesi gereken durumların gerçekleştiğini tespit etmesi durumunda ihalenin iptaline karar verip idarenin onayına sunabilir. Burada henüz ihale kararı alınıp ihale yetkilisinin onayına sunulmadan önceki aşamadan söz ediyoruz.

Bu düzenlemeye göre ihalenin iptaline karar verecek olan mercii idaredir. Bununla birlikte, bu konuda öncelikle ihale komisyonunun kararı olmalıdır. İhale komisyonu ihalenin iptaline karar vermeli, bu kararı idareye bildirmelidir. Bu karar üzerine idare tarafından ihalenin iptaline karar verilebilir. Buradan ihale komisyonu kararının, idari işlem teorisi anlamında, **kesin ve icrai** olmadığı sonucu çıkar. Bu karar, ihale iptal kararı sürecinin bir parçası olmakla birlikte işleme etki kazandıran son işlem halkası değildir. Daha çok öneri niteliğindedir. Bu karara icrailik kazandıracak olgu, bu önerinin idare tarafından benimsenerek karar haline getirilmesidir⁴⁴. Bu, söz konusu kararın onaylanması ile

⁴⁴ Aksi görüşte olan yazarlar, ihalenin iptaline ilişkin ihale komisyonu kararlarının, ihale yetkilisinin onayına tabi olmadığını belirtmektedirler. Bkz. GÜRHAN

olabileceği gibi bu karara dayalı ancak bağımsız bir karar almakla da mümkündür. Kanunda idare, ihaleyi yapan, bu Kanun kapsamındaki kurum ve kuruluşlar olarak tanımlanmıştır (md.4). Dolayısıyla nihai iptal kararı, idarenin bu konuda karar almaya yetkili makamınca alınacaktır. Bu makam ise kanaatimce ihale yetkilisidir⁴⁵. Çünkü yine Kanunda, ihale yetkilisinin, idarenin, ihale ve harcama yapma yetki ve sorumluluğuna sahip kişi veya kurulları ile usûlüne uygun olarak yetki devri yapılmış görevlilerini belirttiği ifade edilmiştir. Dolayısıyla ihale yapma konusunda yetkili makam kimse, yetkide paralellik ilkesi uyarınca, ihalenin iptali konusunda da yetkili olan aynı makamdır. İhale yetkililerine ayrıca 40'ncı maddede ihalenin resen iptali yetkisi verilmiştir. Ancak 40'inci maddedeki yetki, komisyon tarafından alınan ihale kararının iptaline ilişkin, 39'uncu maddedeki yetki, ihale komisyonunun ihale iptali konusundaki kararı sonrasında bu kararın onaylanması/bu karara dayalı olarak ihale iptali kararı alınması şeklindeki bir yetkidir.

39'uncu maddede ihalenin iptali konusunda idareye takdir yetkisi verilirken neredeyse bir serbestiyet verilmiş gibi ifade edilmiştir. Hatta ihale dokümanından olan idari şartnamede belirtilmesi gereken hususların arasında (p) bendinde, bütün tekliflerin reddedilmesi ve ihalenin iptal edilmesinde idarenin serbest olduğu hususu da yer almıştır (md.27). Düzenleme bu şekilde olmakla birlikte, bütün iş ve eylemleri yargı denetimine tabi olan hukuk devletinde, idarenin takdir yetkisi de yerindelik denetimi sınırına varmadığı sürece yargı denetimine tabidir.

Söz konusu takdir yetkisinin kullanımının daha ayrıntılı incelemelerle ele alınması gerekmele birlikte burada şu kadarı belirtilebilir ki; idareye anılan takdir yetkisi verilmekle birlikte hangi hallerde ihalenin iptal edilebileceğine ilişkin yasal düzenlemede ayrıntıya yer verilmemiştir. Bununla birlikte 39'uncu maddenin kanun gerekçesinde örnek kabilinden belli durumlar sayılmak suretiyle bu

H. Hüseyin, DAĞALP Namık, ŞAHBENDEROĞLU Vural, İNAN Atilla, Son Değişikliklerle Soru ve Cevaplı Kamu İhale Hukuku, Merkez Yayıncılık, Ankara, Kasım 2009, s.125.

⁴⁵ TETİK Kübra, "Kamu İhale İşlemlerinde İhalenin Takdir Yetkisi", Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012, s.105, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/> (Erişim tarihi: 09.01.2022)

durumlarda ihalenin iptaline karar verilebileceği belirtilmiştir. Buna göre; tekliflerin yaklaşık maliyete kıyasla çok yüksek olması veya yaklaşık maliyete göre çok yüksek olmamakla birlikte mevcut ödeneğin verilen teklifleri karşılayamaması, Kanunun temel ilkelerine uygun olmayan durumların tespiti gibi nedenlerle, ihale yetkilisinin onayından önceki herhangi bir aşamada ihale komisyonunun kararı üzerine idare tarafından ihalenin iptaline karar verilebilir⁴⁶.

Bahse konu madde uyarınca ihalenin iptali konusunda verilen takdir yetkisinin 16'ncı madde uyarınca verilen takdir yetkisine kıyasla, hukukilik sınırında kalınmak kaydıyla, daha sıkı denetlenmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Çünkü tekliflerin açılıp değerlendirmeye alınmasından sonraki süreç kayırmacılık, yolsuzluk ve partizanlık ihtimalinin arttığı bir süreçtir. İhale uygulamaları konusundaki suistimallerin ve kamu kaynaklarının hukuksuz şekilde aktarımının önlenmesi, sıkı bir hukuki denetimi gerektirmektedir.

İhale saatinden sonra bütün tekliflerin reddedilerek ihalenin iptal edilebilmesi hususunda idareye 39'uncu maddede takdir yetkisi verilmişken, aynı düzenlemede bu yetkiye görece sınırlamalar da getirilmiştir. İdarenin bütün teklifleri reddederek ihalenin iptaline karar vermesi durumunda, bu durum bütün isteklilere derhal bildirilir. Öte taraftan idare isteklilerin talepte bulunması halinde, ihalenin iptal edilme gerekçelerini talep eden isteklilere bildirmek zorundadır (md.39). Bakıldığında, talep eden isteklilere gerekçe bildirme yükümlülüğünün getirilmiş olması, idareyi söz konusu takdir yetkisini kullanırken hukuka uygun davranmaya zorlayacaktır. İhaleyi iptal ederken idare kendisini makul ve meşru gerekçelere dayanmak zorunda hissedeceğinden, bu durum kötü niyetli kamu görevlilerinin kayırmacılık ve yolsuzluğa olan meylini de kıracaktır. Böylelikle gerekçe belirtme zorunluluğu, ihale temel ilkelerinden saydamlık, güvenilirlik ve kamuoyu denetimi ilkelerinin hayata geçmesini sağladığı gibi söz konusu iptal kararlarının yargısal denetiminin de etkin bir şekilde yapılmasına hizmet edecektir.

Bütün tekliflerin reddedilerek ihalenin iptal edilmesi durumunda, talep edenlere gerekçe bildirme yükümlülüğü dışında idare başka bir yükümlülük altına girmeyecektir (md.39). Burada başka bir

⁴⁶ <https://www.ihale.gov.tr/Mevzuat.aspx> (Erişim tarihi: 09.02.2022)

yükümlülükten kasıt idarenin tazmin yükümlülüğüdür. Yani, istekliler tarafından ihaleye katılabilmek için yapılan harcamalar bu istekliler üzerinde kalacak, bu harcamaların tazmini için idareye karşı bir talep ileri sürülemeyecektir. Ancak burada da bu düzenlemenin yukarıda değerlendirildiği gibi Anayasaya aykırılığı ileri sürülebilecektir.

Tekrar hatırlatmak gerekirse 16'ncı maddede yer alan ihale iptal nedenlerinin varlığı, ihalenin yapılmasından sonra tespit edilirse, 39'uncu maddeye dayalı olarak ihale komisyonu kararı üzerine ihale, idarece iptal edilebilecektir. Söz gelimi ihale dokümanında yer alan belgelerde ihalenin yapılmasına engel olan ve düzeltilmesi mümkün bulunmayan hususların bulunmasına rağmen bu durum ihale saatinden önceki aşamada tespit edilememesine karşın tekliflerin değerlendirildiği aşamada, teklifi değerlendirme dışı bırakılan bir istekli tarafından şikâyet yoluyla ileri sürüldüğünde, ihale dokümanında zeyilnamelerle düzeltme yapma imkânı da ortadan kalktığından, bu ihalenin komisyon kararı üzerine iptal edilmesi mümkündür. Yukarıda yer verildiği üzere Danıştay'ın yaklaşımı da bu yöndedir⁴⁷.

İhale komisyonu tarafından 39'uncu maddeye göre ihalenin iptaline karar verildikten sonra idare tarafından bu karar uygun görülmeyip, ihalenin devamına karar verilebilir. Böyle bir ihtimalde, ihale komisyonunun önünde iki seçenek vardır. Ya ihalenin devamıyla ihale kararı alınabilir; ya da önceki iptal kararına götüren süreçteki iptal nedenleri hâlâ geçerliyse ihalenin yapılamayacağına karar vererek bu kararı 40'inci maddenin 5'inci fıkrasına göre ihale yetkilisinin onayına sunar⁴⁸. Kanunun 40'inci maddesinde, ihalenin yapılamadığı durumlarda ihale yetkilisinin bu karara karşı ne şekilde hareket edeceği, ne yönde karar verebileceği belirtilmemiştir. Kanaatimizce ihale yetkilisi, bu kararın aksine ihalenin devamına karar veremez ve kararı onaylayarak ihalenin iptaline karar vermelidir.

İhale saatinden sonra ihalenin takdir yetkisine dayalı olarak iptal edilebileceği diğer bir düzenleme Kanunun 40'inci maddesinde yer

⁴⁷ 13. Sayfaya bakınız. Danıştay 13. Dairesi, 28.01.2015 tarih ve E:2014/4870, K:2015/207 sayılı karar.

⁴⁸ ÖZEK Ali, KAYA Osman, Açıklamalı Kamu İhale Rehberi, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s.402.

almaktadır. Burada ise ihale yetkilisine verilen bir takdir yetkisi söz konusudur. İhaleye verilen teklifler, Kanunun 37 ve 38'inci maddelerine göre değerlendirildikten sonra birinci ve ikinci en avantajlı teklifler belirlenerek, ihale en avantajlı teklif sahibi üzerinde bırakılır (md.40/1). İhale komisyonu tarafından alınan ihale kararı, ihale yetkilisinin onayına sunulur. İhale yetkilisi beş iş günü içerisinde bu kararı onaylar veya gerekçesini açıkça belirtmek suretiyle ihale kararını iptal eder. Şayet karar onaylanırsa ihale geçerli sayılırken, iptal edilirse hükümsüz sayılacaktır (md.40/5-6).

Dikkat edildiğinde burada ihalenin iptalinden değil, ihale kararının iptalinden söz edilmiştir. Bu kullanım terminolojik olarak doğrudur. Çünkü ihale yetkilisinin önüne incelenmek üzere giden, ihale kararıdır. Haliyle ihale yetkilisinin iptaline karar vereceği şey de ihale kararıdır. Bununla birlikte, ihale kararının iptaline bağlanan sonuç ile ihalenin iptaline bağlanan sonuç tamamen aynıdır. Her iki durumda da, ihale, tüm işlemleriyle birlikte baştan itibaren hükümsüzdür (md.40/6). İhale komisyonu tarafından alınan ihale kararı, ihale yetkilisi tarafından onaylanmadan önce kesin ve icrai nitelikte değildir. Söz konusu kararın hukuk âleminde etki doğurabilmesi için ihale yetkilisince onaylanması gerekir⁴⁹.

İhale yetkilisine ihale kararının iptali konusunda yetki verilmiş olmasına rağmen, hangi hallerde ihalenin iptal edileceği hususu 40'ıncı maddede düzenlenmemiştir. 39'uncu maddede yapılanın aksine 40'ıncı maddenin kanun gerekçesinde ihale kararının iptal edilebileceği durumlar örneklendirilmemiştir. Bunun bir sonucu olarak sözü edilen yetki konusunda fazla ayrıntıya gidilmeyerek ihale yetkilisine hareket serbestisi ve alanı tanınmıştır. Başka bir deyişle takdir yetkisi öngörülmüştür. Bununla birlikte 39'uncu maddenin gerekçesinde belirtilen genel iptal nedenlerine dayanılarak ihale kararının iptaline

⁴⁹ TETİK Kübra, "Kamu İhale İşlemlerinde İhalenin Takdir Yetkisi", Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012, s.105, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/> (Erişim tarihi: 09.01.2022)

karar verilebilecekken, meşru ve makul diğer nedenlerle de ihale kararının iptaline karar verilebilir⁵⁰.

Burada ihale yetkilisine verilen takdir yetkisi 39'uncu maddede ihale komisyonuna verilen yetki gibi belli hukuksal araçlarla sınırlı bir yetkidir. Bununla birlikte, ihale yetkilisinin, ihale kararını iptal ederken gerekçe göstermek zorunda olması kanundan kaynaklı bir sınırlamadır (md.40/5). 39'uncu maddede ihale komisyonu kararı üzerine ihalenin iptalinde gerekçe gösterme zorunluluğu ile ilgili yapılan açıklamalar burada da aynen geçerlidir⁵¹.

İhale yetkilisine verilen bahse konu yetki, mahiyeti itibariyle hiyerarşik denetimin bir örneğidir. Kanunun madde gerekçesinde, bu karar üzerine gerekli incelemeleri yapmak üzere ihale yetkilisine süre tanındığından söz edilir⁵². İhale yetkilisi, hiyerarşik denetim kapsamında ihale kararının hukukilik denetimini yaparken bir yandan da yerindelik denetimini de yapacaktır. Danıştay'a göre "...ihale yetkilisine ihaleyi onaylama ya da onaylamayarak iptal etme konusunda tanınan yetki, ihale işlemlerinin sırf mevzuata uygunluğunu denetlemeye yönelik olmayıp, aynı zamanda ihale konusu için özelliklerini, benzer işlere ilişkin diğer ihalelerin sonuçlarını ve ihalede oluşan fiyatın piyasa şartlarına uygun olup olmadığını en iyi bilebilecek durumda bulunması nedeniyle ihale yetkilisinin yerindelik denetimi yaparak idare menfaatini koruması amacıyla düzenlenmiştir. Nitekim, ihaleye katılanlar arasında yapılan anlaşmalar veya bazı katılımcıların ihaleden çekilmeye zorlanmaları veya belli paylar karşılığında piyasa şartlarına uygun olmayan teklifler vermeye ikna edilmeleri yoluyla kamu kaynaklarının haksız biçimde özel kişi veya kuruluşlara aktarılması şeklinde gelişen olaylara Ülkemizde sıkça rastlandığı bilinen bir husustur. İşte bütün bu gerçekler göz önünde tutularak, son kez genel bir değerlendirme

⁵⁰ TETİK Kübra, "Kamu İhale İşlemlerinde İhalenin Takdir Yetkisi", Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012, s.105, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/> (Erişim tarihi: 09.01.2022)

⁵¹ Bkz. s. 17-18.

⁵² <https://www.ihale.gov.tr/Mevzuat.aspx> (Erişim tarihi: 09.02.2022)

yaparak idare menfaatini kollamak üzere ihale yetkilisine sözü edilen yetki tanınmıştır”⁵³.

İhale kararının ihale yetkilisi tarafından iptal edilmesi durumunda isteklilere gerekçeleri belirtilmek suretiyle bildirim yapılır (md.41/2).

2008 yılında Kanunun 40’ıncı maddesinin son fıkrasında 5812 sayılı Kanunun 13’üncü maddesiyle yapılan değişiklik ile aynı maddede bağlı yetkiye dayalı yeni bir ihale iptal durumu düzenlenmiştir. Buna göre ihale kararları ihale yetkilisince onaylanmadan önce idareler, ihale üzerinde kalan istekli ile varsa ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi isteklinin ihalelere katılmaktan yasaklı olup olmadığını teyit ettirerek buna ilişkin belgeyi ihale kararına eklemek zorundadır. İki isteklinin de yasaklı çıkması durumunda ihale iptal edilir. Ancak en avantajlı teklif sahibi istekli yasaklı çıkmış olmasına rağmen ikinci en avantajlı teklif sahibi hakkında yasaklılık ve başkaca bir iptal nedeni de bulunmuyorsa ihale iptal edilmek yerine, bu ikinci istekli üzerine yapılmalıdır⁵⁴.

e. İkinci en avantajlı teklif sahibi isteklinin sözleşme imzalamaması durumunda ihalenin iptali

İhale komisyonu tarafından ihale kararı alınıp bu karar ihale yetkilisi tarafından onaylandıktan sonra artık söz konusu ihalenin sözleşmeye bağlanma aşamasına geçilecektir. Bu çerçevede ihale üzerinde kalan istekliden taahhüdün sözleşme ve ihale dokümanı hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak amacıyla, sözleşmenin yapılmasından önce ihale bedeli üzerinden hesaplanmak suretiyle % 6 oranında kesin teminat alınır (md.43). Bu istekli 42 ve 43’üncü maddelere göre kesin teminatı vererek sözleşmeyi imzalamak zorundadır. Sözleşme imzalandıktan hemen sonra ihale aşamasında alınan geçici teminat iade edilir.

İhale üzerinde kalmış olmasına ve 42’nci maddeye göre usûlüne uygun sözleşme imzalamaya çağrılmasına rağmen kesin teminatı vererek sözleşme imzalamaya gelmediği takdirde, protesto çekmeye ve hüküm

⁵³ Danıştay 13. Dairesi, 06.07.2020 tarih ve E:2020/1453, K:2015/207 sayılı karar; 24.12.2018 tarih E:2018/2420, K:2018/4296 sayılı karar.

⁵⁴ Bkz. s. 10.

almaya gerek kalmaksızın ihale üzerinde kalan isteklinin geçici teminatı gelir kaydedilir. Bu durumda idare, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif fiyatının ihale yetkilisince uygun görülmesi kaydıyla, bu teklif sahibi istekli ile de Kanunda belirtilen esas ve usûllere göre sözleşme imzalayabilir (md.44/2). Dikkat edilirse burada ikinci en avantajlı teklif fiyatı sahibi istekliyle sözleşme imzalanabilmesi için ihale yetkilisinin bunu uygun görmesi gerekmektedir. İhale üzerinde kalan isteklinin sözleşme imzalamaya gelmemesi durumunda doğrudan ihalenin iptal edilmeyip ikinci en avantajlı teklifin değerlendirilmesi, bir yandan idarenin ihtiyaçlarının zamanında giderilmesini temin edecek olup diğer yandan da ikinci en avantajlı isteklinin mağdur olmamasını sağlayacaktır.

Ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekli ile sözleşme imzalanabilmesi için, 42'nci maddede belirtilen on günlük sürenin bitimini izleyen üç gün içinde ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekliye 42'nci maddede belirtilen şekilde tebligat yapılır. Ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibinin sözleşmeyi imzalamaması durumunda ise, bu teklif sahibinin de geçici teminatı gelir kaydedilerek **ihale iptal edilir** (md.44/2). Burada idareye bir takdir yetkisi verilmemiş, idare **bağlı yetki** içerisine sokulmuştur. Söz konusu süreç sonucunda en avantajlı ikinci teklif sahibi istekli de sözleşme imzalamaya gelmezse ikinci bir seçenek olmaksızın ihale doğrudan iptal edilecektir.

f. Şikâyet veya itirazın şikâyet üzerine ihalenin 54'üncü madde uyarınca iptali

Bilindiği gibi ihalelere yönelik idari başvurular Kamu İhale Kanununda şikâyet ve itirazın şikâyet olarak düzenlenmiştir. Kanun kapsamında kalan ihalelerde, ihale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday veya istekli ile istekli olabilecekler, bu Kanunda belirtilen şekil ve usûl kurallarına uygun olmak şartıyla şikâyet ve itirazın şikâyet başvurusunda bulunabilirler. Bu yollar zorunlu idari başvuru yolu olarak düzenlenmiştir (md.54). Bu başvurular sonucunda idare veya Kamu İhale Kurumu (Kurum) tarafından üç ayrı karar verilebilir.

Buna göre:

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

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

3) Başvurunun süre, usûl ve şekil kurallarına uygun olmaması, usulüne uygun olarak sözleşme imzalanmış olması veya şikâyete konu işlemlerde hukuka aykırılığın tespit edilememesi veya itirazın şikâyet başvurusuna konu hususun Kurumun görev alanında bulunmaması hallerinde başvurunun reddine,

karar verilir (md.54).

Görüldüğü üzere ihalelere yönelik anılan idari başvuruların yapılmasından sonra belli şartların gerçekleşmesi durumunda idare veya Kurum tarafından ihalenin iptaline karar verilebilir. Bu şartlara bakıldığında; yapılan idari başvuru sonrasında öncelikle idare veya Kurum tarafından ihale sürecinde bir hukuka aykırılık tespit edilmelidir. Bunun yanı sıra, söz konusu hukuka aykırılık öyle bir aykırılık olmalıdır ki, düzeltme yapılması suretiyle giderilmesi mümkün olmayan ve bu yönüyle de ihale sürecinin devam etmesine engel oluşturan bir niteliği olmalıdır. Belirtilmelidir ki, idari başvurular sonrasında ihalenin iptaline karar verilebilmesi için anılan şartların kümülatif olarak ortaya çıkması gerekmektedir.

İdari başvurular üzerine ihalenin iptaline karar verilebilmesi için kanunda kademeli bir durum öngörülmüştür. Buna göre idare veya Kurum tarafından ihalenin iptali yoluna gidilebilmesi için tespit edilen hukuka aykırılığın, düzeltici işlem ile giderilemeyen bir niteliği olmalıdır. Buradan da şu sonuç çıkar; idari başvuru üzerine idare veya Kurum, tespit ettiği hukuka aykırılığın ihale sürecinin kesintiye uğratılmaksızın düzeltme yapılması yoluyla giderilip giderilmeyeceğini araştırmalı⁵⁵, iptal kararı vermeden önce düzeltici işlem belirlenmesi

⁵⁵ YALAZAY Sait, “4734 sayılı Kamu İhale Kanunu Kapsamında Yapılan İhalelere Karşı İdari Başvuru Yolları”, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler

ihtimalini hesaba katarak bu ihtimali değerlendirilmelidir⁵⁶. Bu araştırma sonucunda vardığı sonuç olumsuzsa idare veya Kurum ihaleyi iptal edebilecektir.

İhalenin iptali konusunda burada söz edildiği şekilde kademeli bir durumun öngörülmesi “ölçülülük ilkesi” ile uyum içindedir. Bakıldığında ihalenin iptali kararı, ağır bir yaptırım içermektedir. Zira ihale sürecini başından itibaren hükümsüz kılarak gerek idare gerekse de ihaleye katılan istekliler açısından ağır sonuçları olmaktadır. Bu nedenle var olan hukuka aykırılık daha hafif tedbirlerle ortadan kaldırılabiliyorken ağır olan ihalenin iptali yolunun tercih edilmesi ölçülülük ilkesini ihlâl edecektir⁵⁷. Bu nedenle idari başvurular sonrasında ihalenin iptaline karar verilebilmesinin ön şartı olarak, hukuka aykırılığın düzeltici işlemle giderilememesinin öngörülmesi ölçülülük ilkesi anlamında isabetli bir tercih olmuştur.

Burada ölçülülük ilkesinin gözetilmiş olması dikkate alındığında, idarenin takdir yetkisine dayalı olarak ihalenin iptaline karar verebildiği yukarıda sözü edilen durumlarda da bu ilkenin gözetilmesi, Kanun koyucunun iradesine uygun olacaktır. Ortaya çıkan bir nedenden ötürü ihalenin iptaline karar vermeden önce söz konusu nedenin ihale sürecinin devam etmesine engel olup olmadığına iyi irdelenmesi gerekir. Bahse konu neden, düzeltilmek suretiyle ihale sürecinin devamına engel teşkil etmiyorsa bu konuda en ağır sonuçları olan ihalenin iptali yolunun tercih edilmesi hukuka uygun bir davranış

Enstitüsü, 2014, s.194, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/> (Erişim tarihi: 09.01.2022)

⁵⁶ YILDIZ Hayrettin, Kamu İhale Kurulunun İhale Sürecindeki Kararları ve Bu Kararların Yargısal Denetimi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2021) 70 (1) s. 317 <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/756191> (Erişim tarihi:09.01.2022)

⁵⁷ İlkenin (ölçülülük ilkesi), idare hukuku çerçevesinde yapılan tanımlardan biri, “idarenin davranış ve hareketlerinde kullandığı imkân, araç ve ölçülerin, bu davranışı ile elde etmek istediği sonuçlara uyarlanması” şeklindedir. İdare hukuku açısından yapılan tanımlamalarda vurgu, idarenin meşru hedefe ulaşmak için olası en hafif şiddetteki önlemlere başvurması gerekliliğine yapılmaktadır. ERDEM Jülide Gül, “Ölçülülük İlkesinin İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanımındaki Yeri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, [2016, 62] s. 985 <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/622932> (Erişim tarihi: 09.02.2022)

olmayacaktır. Dahası böyle bir tercih temel ihale ilkelerinden olan ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve duruma göre kaynakların verimli kullanılması ilkelerini de ihlâl edecektir. Unutulmamalıdır ki asıl olan, mümkün mertebe ihalenin ayakta tutulmasıdır⁵⁸. Dolayısıyla hukuka aykırılığın düzeltilebilmesi ihtimali, ihalenin iptali konusunda idareye verilen takdir yetkisinin sınırını oluşturur.

Yine kısmi teklife açık olan ihalelerde tespit edilen hukuka aykırılıklar ihale sürecinin devamına engel teşkil ediyor ve yalnızca belli bir ihale kısmına ilişkinse, ihalenin bu ayrılabilir kısmı yönünden iptal kararı verilmesi ölçülülük ilkesinin gereğidir⁵⁹.

İdari başvurular sonrasında hangi hukuka aykırılıkların ihale sürecinin devam etmesine engel teşkil ettiğinin bir listesini yapmak olanaklı değildir. Tespit edilen hukuka aykırılığın böyle bir sonucunun olup olmadığı, her somut olayda değerlendirilmelidir⁶⁰. Söz gelimi yaklaşık maliyetin dışarıya sızdırıldığı tespit edildiği bir ihalede, temel ihale ilkelerinden gizlilik ve güvenilirlik ilkelerinin ihlâl edildiği hukuka aykırılık halinin, ihale sürecinin devamına engel teşkil ettiği açıktır. Çünkü artık yaklaşık maliyetin gizliliğinin sağlanması için belirlenebilecek bir düzeltici işlem yoktur. Bu durumda idari başvuru sonucunda ihale iptal edilmelidir.

İdari başvurular üzerine ihale yetkilisi⁶¹ veya Kamu İhale Kurulu tarafından İhalenin iptaline karar verilmesi durumunda ihale komisyonunca bu konuda ayrıca bir karar alınmasına gerek

⁵⁸ YALAZAY Sait, “4734 sayılı Kamu İhale Kanunu Kapsamında Yapılan İhalelere Karşı İdari Başvuru Yolları”, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014, s.194, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/> (Erişim tarihi: 09.01.2022)

⁵⁹ YALAZAY Sait, “4734 sayılı Kamu İhale Kanunu Kapsamında Yapılan İhalelere Karşı İdari Başvuru Yolları”, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014, s.196, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/> (Erişim tarihi: 09.01.2022)

⁶⁰ YALAZAY Sait, “4734 sayılı Kamu İhale Kanunu Kapsamında Yapılan İhalelere Karşı İdari Başvuru Yolları”, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014, s.195, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/> (Erişim tarihi: 09.01.2022)

⁶¹ İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik md.10/4

bulunmamaktadır⁶².Oysa düzeltici işlem belirlenmesine karar verilmesi durumunda bu kararda belirtilen düzeltici işlemin gereklerinin yerine getirilmesi için ihale komisyonunca yeniden karar alınmalıdır⁶³.

SONUÇ

4734 sayılı Kamu İhale Kanununda, bu kanuna tabi kamu ihalelerinin iptal edilmesine imkân tanıyan düzenlemeler bulunmaktadır. Bu düzenlemeler uyarınca Kamu ihalesinin ihalenin herhangi bir aşamasında iptal edilmesi, bu ihalenin baştan itibaren hükümsüz hâle gelmesi sonucunu doğurmaktadır.

Kanundaki anılan düzenlemeler incelendiğinde ihalelerin kimi zaman bağlı yetki çerçevesinde iptal edilmesi gerektiği, kimi zaman da idarenin ya da ihale yetkilisinin takdir yetkisine dayalı olarak iptal edilebileceği anlaşılmaktadır.

İhaleye sunulan tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında fark edilmemiş olması nedeniyle ihale yasaklısı istekli üzerine ihale kararı alınmışsa ihalenin iptal edilmesi gerekmektedir. Yine belli istekliler arasındaki ihale usûlünde, ön yeterlik aşamasına davet edilebilecek aday sayısının beşten az olması veya teklif aşamasında, teklif veren istekli sayısının üçten az olması durumunda ihalenin iptal edilmesi zorunludur. Bununla birlikte en avantajlı teklif sahibinin usulüne uygun sözleşme imzalamaya davet edilmesine rağmen gelmemesi durumunda gene usûlüne uygun şekilde ikinci en avantajlı teklif sahibi sözleşme imzalamaya davet edilir. Bu isteklinin de sözleşme imzalamaya gelmemesi hâlinde ihale bağlı yetki içerisinde iptal edilir.

Yukarıda yer verilen ihalenin iptali durumlarına ilave olarak ihalenin her aşamasında, makul ve meşru sebeplerin ortaya çıkmasına dayalı olarak, ihalenin takdir yetkisi çerçevesinde iptali mümkündür.

⁶² SEYHAN Serkan, “4734 sayılı Kamu İhale Kanunu Kapsamındaki İhalelerin İdari ve Yargısal Denetimi”, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018, s.158 <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/> (Erişim tarihi:09.01.2022)

⁶³ SEYHAN Serkan, “4734 sayılı Kamu İhale Kanunu Kapsamındaki İhalelerin İdari ve Yargısal Denetimi”, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018, s.158 <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/> (Erişim tarihi:09.01.2022); İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik md.23/1

Sözgelimi ihale saatinden önce bunu gerektiren sebeplerin zuhuru ve bu nedenle idarenin gerekli görmesi nedeniyle ihale iptal edilebilir. Yine, ihale dokümanında yer alan belgelerde ihalenin yapılmasına engel olan ve düzeltilmesi mümkün olmayan hususların bulunduğu tespit edildiği durumlarda ihale, ihale saatinden önce iptal edilebilir. Diğer taraftan, ihale yapıldıktan sonra ihale komisyonu kararı üzerine idare tarafından geçerli sebepler gösterilerek ihalenin iptaline karar verilebilir. Keza ihale komisyonu tarafından alınan ihale kararı sonrasında, bu kararın onayı aşamasında ihale yetkilisi tarafından kamu yararı gözetilerek hukukilik ve yerindelik denetimi yapılarak ihalenin iptaline karar verilebilir.

KAYNAKÇA

AKYILMAZ Bahtiyar, SEZGİNER Murat, KAYA Cemil, Türk İdare Hukuku, 15. Baskı, Savaş Yay. Ankara, Ekim 2022

BÖKE Veli, Kamu İhale Kurulu Kararları Işığında Kamu İhale Mevzuatı, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, Mart 2004

DOĞANYİĞİT Saadettin, Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, Nisan 2008

ERDEM Jülide Gül, “Ölçülülük İlkesinin İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanımındaki Yeri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, [2016, 62] <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/622932> (Erişim tarihi: 09.02.2022)

GİRİTLİ İsmet, BİLGİN Pertev, AKGÜNER Tayfun, BERK Kahraman, İdare Hukuku, 5. Baskı, Der Yay. İstanbul, 2012

GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, C.1 üçüncü baskı, Ekin Yay. Bursa, Mayıs 2019

GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, Güncellenmiş 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011

GÜRHAN H.Hüseyin, DAĞALP Namık, ŞAHBENDEROĞLU Vural, İNAN Atilla, Son Değişikliklerle Soru ve Cevaplı Kamu İhale Hukuku, Merkez Yayıncılık, Ankara, Kasım 2009

İNAN Atilla, İhale Hukuku Ders Notları, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara, 2015

ÖZEK Ali, KAYA Osman, Açıklamalı Kamu İhale Rehberi, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003

SANCAKDAR Oğuz, “Kamu İhale Kurulu Kararlarının Yargısal Denetimi Bağlamında Yürütmenin Durdurulması ve Hukukî Sonuçları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014 C. 16, Özel Sayı

SEYHAN Serkan, “4734 sayılı Kamu İhale Kanunu Kapsamındaki İhalelerin İdari ve Yargısal Denetimi”, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/> (Erişim tarihi:09.01.2022)

GÖZÜBÜYÜK Şeref, TAN Turgut, İdare Hukuku, C.I. Genel Esaslar, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007

TAN Turgut, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, 8. Bası, Ankara, Eylül 2019

TETİK Kübra, “Kamu İhale İşlemlerinde İhalenin Takdir Yetkisi”, Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012, s.105, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/> (Erişim tarihi: 09.01.2022)

TÜĞEN Kamil, AKKAŞ Fatma, “Kamu İhale Kanununda Düzenlenen İdari Denetim Yolları: Şikayet ve İtirazen Şikayet”, Bandırma Onyediy Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi, [2019, 2 (2)]

Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, 10. Baskıdan Tıpkı Basım, Ankara, 2009

ULUSOY Ali D., Yeni Türk İdare Hukuku, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara,2020

UZ Abdullah, Kamu İhale Hukuku, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2005

YALAZAY Sait, “4734 sayılı Kamu İhale Kanunu Kapsamında Yapılan İhalelere Karşı İdari Başvuru Yolları”, Doktora Tezi, İstanbul

Eren CENAN

Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/> (Erişim tarihi: 09.01.2022)

YEĞİN Abdullah, Yeni Lügat, Genişletilmiş Baskı, Hizmet Vakfı Yayınları, İstanbul, Aralık, 2008

YILDIZ Hayrettin, “Kamu İhale Kurulunun İhale Sürecindeki Kararları ve Bu Kararların Yargısal Denetimi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2021) 70 (1) s. 316 <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/756191> (Erişim tarihi: 09.01.2022).