

KAMU İHALELERİNDE İDARİ BAŞVURULAR

Serdar BASTIK

Uzmanlık Yeterlilik Tezi

Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası
İnşaat ve Malzeme Genel Müdürlüğü
Ankara, Temmuz 2011

KAMU İHALELERİNDE İDARİ BAŞVURULAR

Serdar BASTIK

Danışman

Prof. Dr. Ali Dursun ULUSOY

Uzmanlık Yeterlilik Tezi

Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası
İnşaat ve Malzeme Genel Müdürlüğü
Ankara, Temmuz 2011

İÇİNDEKİLER

	<u>Sayfa No</u>
İÇİNDEKİLER	i
KISALTMA LİSTESİ	vi
ÖZET	viii
ABSTRACT	ix
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

İDARİ BAŞVURULAR	3
1.1. Genel İdari Başvurular	3
1.1.1. İdarenin Denetimi ve İdari Denetim	3
1.1.1.1. Yargı Denetimi	4
1.1.1.2. Siyasi Denetim	5
1.1.1.3. Kamuoyu Denetimi	6
1.1.1.4. Ombudsman (Kamu Denetçisi) Tarafından Yapılan Denetim	7
1.1.1.5. İdari Denetim	8
1.1.2. İdari Başvuru Kavramı	11
1.1.2.1. Tanımı	11
1.1.2.2. Unsurları	13
1.1.2.2.1. Başvuran	13
1.1.2.2.2. Menfaat	15
1.1.2.2.3. Başvuru Makamı	16
1.1.2.2.4. Başvurunun İçeriği (Konusu)	18
1.1.3. Türleri	20
1.1.3.1. Hukuki Sonuçları Açısından	20
1.1.3.2. Gerçekleştirildikleri Zaman Açısından	22
1.1.3.3. Başvuru Makamı Açısından	23
1.1.3.4. Başvuru İradesi Açısından	27
1.2. Kamu İhalelerine İlişkin Özel Başvurular	30
1.2.1. Genel Olarak	30

1.2.2. Özel İdari Başvuruların Genel İdari Başvurularla İlişkisi.....	35
1.2.2.1. Özel İdari Başvuruların Varlığı, Genel İdari Başvurulara Gidilmesine Engel midir?.....	35
1.2.2.2. Özel İdari Başvuruların İnceleme Süreci ve Yöntem Açısından, İYUK Çerçevesinde Yargısal Başvurular ile Karşılaştırılması.....	43
1.2.2.2.1. Genel Olarak	43
1.2.2.2.2. Görev Açısından.....	44
1.2.2.2.3. Ehliyet Açısından.....	45
1.2.2.2.4. Süreler Açısından.....	47
1.2.2.2.5. Başvuru Dilekçesinde Bulunması Gereken Şekil Unsurları Açısından	49
1.2.2.2.6. Tek Dilekçe İle Birden Fazla Kişinin Başvurusu ve/veya Birden Fazla İhale Hakkında Başvuru Yapılması Açısından ..	50
1.3. DİK Kapsamındaki İdari Başvurular	52
1.4. Yasaklama Kararlarına İlişkin İdari Başvurular.....	54
1.5. 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu Kapsamı Dışındaki İhale İşlemlerine Karşı Yapılacak İdari Başvurular: “Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Örneği”	59
1.6. Avrupa Birliği Mevzuatında Özel İdari Başvurulara İlişkin Düzenlemeler	64

İKİNCİ BÖLÜM

İDAREYE ŞİKAYET	68
2.1. Genel Olarak.....	68
2.2. Şartları	69
2.2.1. Şikayet Ehliyeti	69
2.2.2. Objektif Şartlar	76
2.2.2.1. Süreler	76
2.2.2.2. Başvurunun Konusu.....	82
2.2.2.2.1. Genel Olarak	82
2.2.2.2.2. İhale Süreci ve İhale İşlemleri.....	82
2.2.2.2.2.1. Ön Yeterlik ve/veya İhale İlanındaki Aykırılıklar	84
2.2.2.2.2.2. Ön Yeterlik ve/veya İhale Doküman Dosyasındaki Aykırılıklar.....	85

2.2.2.2.3. Hukuka Aykırı Diğer İdari İşlem ve Eylemler.....	88
2.2.2.2.3. Başvuru Konusuna İlişkin Kısıtlamalar	91
2.2.3. Başvuruların Biçimsel Unsurları	94
2.2.3.1. İmzalı Dilekçe ile Başvurulması.....	94
2.2.3.2. Tek Dilekçede Başvuru Şartı	96
2.2.3.3. Dilekçenin Şekli	96
2.2.3.4. Dilekçenin Ekleri.....	97
2.2.4. Başvuru Usulü	98
2.2.5. Şikayet Başvurusundan Feragat Edilmesi	99
2.2.5.1. Feragat.....	99
2.2.5.2. Feragatten Feragat Edilmesi	102
2.3. Şikayet Başvurusunun İhale İşlemlerine Etkisi	103
2.4. Başvuru Üzerine Yapılacak İşlemler	107
2.4.1. Başvuruların İncelenmesi.....	107
2.4.1.1. İnceleme Yetkisi	107
2.4.1.2. İnceleme Süreci ve Yöntemi.....	108
2.4.1.2.1. Ön İnceleme	108
2.4.1.2.2. Esas Yönünden İnceleme.....	110
2.4.1.2.3. Süre Sınırı	110
2.4.2. İnceleme Sonucunda Alınacak Kararlar	112
2.4.2.1. Şikayet Başvurusunun Uygun Bulunmadığı Kararı	113
2.4.2.2. İhalenin İptali	113
2.4.2.3. Düzeltici İşlem Belirlenmesi.....	115
2.4.2.4. Başvurunun Zımnen Reddi.....	115
2.4.3. Kararlarda Bulunacak Hususlar	118
2.4.4. Kararın Gereklilerinin Yerine Getirilmesi.....	120
2.5. Şikayet Dışındaki İdari Başvurular	122
2.5.1. Zeyilname Düzenlenmesi.....	123
2.5.2. İhale Dokümanı ile İlgili Açıklama Talebi.....	125
2.5.3. Kesinleşen İhale Kararına İlişkin Açıklama Talebi	126
2.5.4. İş Deneyim Belgesi Talebi	128

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İTİRAZEN ŞİKAYET	130
3.1. Genel Olarak.....	130

3.2. Şartları	131
3.2.1. Subjektif Şart: Şikayet Edenin Ehliyeti	132
3.2.2. Objektif Şartlar	135
3.2.2.1. İdareye Şikayet Başvurusu Yapılmış Olması	135
3.2.2.2. Süreler	138
3.2.2.3. Başvuruların Biçimsel Unsurları	141
3.2.2.4. Başvuru Usulü.....	147
3.2.2.5. Başvurunun Konusu.....	147
3.2.2.5.1. Genel Olarak	147
3.2.2.5.2. Başvuru Konusuna Yönelik Kısıtlamalar.....	148
3.3. İtirazen Şikayet Üzerine Kamu İhale Kurumu Tarafından Yapılacak İşlemler	150
3.3.1. Başvurunun Kayda Alınması ve İlgiliye Alındı Belgesi Verilmesi	150
3.3.2. Ön (Şekil ve Usul Yönünden) İnceleme Aşaması	151
3.3.2.1. Genel Olarak.....	151
3.3.2.2. Ön İncelemenin Kapsamı	153
3.3.2.2.1. Görev.....	153
3.3.2.2.2. Ehliyet.....	155
3.3.2.2.3. Süre.....	155
3.3.2.2.4. Dilekçe ve Ekleri.....	156
3.3.2.3. Ön İnceleme Süreci.....	157
3.3.2.3.1. Eksikliklerin Tespiti ve Tamamlanması.....	157
3.3.2.3.2. İdareden İhale İşlem Dosyası ve Gerekli Diğer Belgelerin İstenmesi.....	158
3.3.2.4. Ön İnceleme Raporunun Hazırlanması	159
3.3.2.5. Ön İnceleme Sonucunda Alınacak Kararlar	159
3.3.2.5.1. Genel Olarak	159
3.3.2.5.2. Başvurunun Reddi.....	160
3.3.2.5.3. Dilekçenin İlgili İdareye veya Cumhuriyet Savcılığına Gönderilmesi.....	160
3.3.2.6. İtirazen Şikayet Başvurusundan Feragat Edilmesi	162
3.3.3. Esas Yönünden İnceleme Aşaması	164
3.3.3.1. Genel Olarak.....	164
3.3.3.2. İncelemenin Kapsamı.....	165

3.3.3.3. Kamu İhale Kurumu'nun İhtisas Gerektiren Hususlarda Görüş Sorması	170
3.3.3.4. Dinleme Toplantısı	170
3.3.3.5. Esas Yönünden İnceleme Sonucunda Alınacak Kararlar (Nihai Kararlar)	171
3.3.3.5.1. Genel Olarak	171
3.3.3.5.2. İhalenin İptali	172
3.3.3.5.3. Düzeltici İşlem Belirlenmesi.....	172
3.3.3.5.4. Başvurunun Reddi.....	173
3.3.3.5.5. Başvuru Teminatının Gelir Kaydedilmesi....	175
3.3.3.5.6. Cumhuriyet Savcılığı'na Suç Duyurusunda Bulunulması ve/veya Üst/İlgili İdareye Bildirim Yapılması	176
3.3.3.5.7. Karar Verilmesine Yer Olmadığı Kararı	177
3.4. Karar Gereklilerinin Yerine Getirilmesi.....	177

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

SONUÇ VE ÖNERİLER.....	179
KAYNAKÇA	182

KISALTMA LİSTESİ

AB	: Avrupa Birliği
Anayasa	: 1982 Anayasası
A.Ş.	: Anonim Şirket
ATAD	: Avrupa Topluluğu Adalet Divanı
A.Ü.H.F.D.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
AYMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
AYİMK	: 1602 Sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu
D.D.D.K.	: Danıştay Dava Daireleri Kurulu
DİK	: Devlet İhale Kanunu
D.(x).D.	: Danıştay (x) Dairesi
E.	: Esas
EU	: European Union (Avrupa Birliği)
İ.D.D.K.	: Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu
İ.D.D.G.K.	: Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu
İ.Ü.H.F.M.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İ.Y.B.H.Y.	: İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik
İ.Y.B.H.T.	: İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Tebliğ
İYUK	: 2507 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu
K.	: Karar
KİK	: Kamu İhale Kurumu

PTT : Posta Telefon Telgraf
R.G. : Resmi Gazete
Œti. : Œirketi
T. : Tarih
TBMM : Türkiye Büyük Millet Meclisi
T.C. : Türkiye Cumhuriyeti
TL : Türk Lirası

ÖZET

İdarelerin kamu kaynağı kullanarak, “ihtiyaç duydukları mal veya hizmetleri temin edecekleri ya da yapım işlerini yaptıracakları özel hukuk tüzel kişilerinin tespitine yönelik idari işlem ve eylemler bütünü” şeklinde tanımlanan kamu ihalelerine ilişkin olarak, 2886 sayılı Kanun ile getirilmiş olan düzenlemelerin ihtiyaçlara cevap veremez duruma geldiğine yönelik eleştiriler ve Avrupa Birliği mevzuatı ile uyum hedefi çerçevesinde, 1.1.2003 tarihinde 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu yürürlüğe konulmuştur.

4734 sayılı Kanunun getirdiği en önemli yenilik, kamu ihalelerine yönelik özel bir idari denetim mekanizması oluşturulması ve bu mekanizmanın harekete geçirilmesini teminen idari başvuru yolları öngörülmesidir. Söz konusu idari başvurular içerisinde en önemlileri, idareye şikayet ve Kamu İhale Kurumu’na itirazın şikayet başvurularıdır. Zorunlu idari başvuru niteliğinde olan bu hukuki yollar tüketilmeden idari yargıda dava açma imkanı bulunmadığı gibi söz konusu idari başvuru yollarının süresinde kullanılmaması durumunda dava açma hakkı da ortadan kalkmaktadır.

Bu çalışmada, 4734 sayılı Kanunda öngörülen idari başvuru yolları incelenmiş, bu başvuruların etkin bir idari denetime olanak sağlayıp sağlamadığı hak arama özgürlüğü ve hukuk devleti ilkesi çerçevesinde irdelenmiştir.

Çalışma sonucunda, ihale hukukundaki idari başvuruların uyuşmazlıkların idari yargıya götürülmeden ve kısa sürede sonuçlandırılması açısından yararlı olmakla birlikte, hak arama özgürlüğüne katkısı ve harekete geçirdiği idari denetimin etkinliği konularında bazı eksiklikleri bünyesinde barındırdığı tespit edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: İdari Denetim, İdari Başvuru, Hak Arama özgürlüğü, Şikayet, İtirazın Şikayet, Kamu İhale Kanunu, Kamu İhale Kurumu.

ABSTRACT

The legislative authority introduced the Public Procurement Law No: 4734 on January 1st, 2003 in the frame of compliance with European Union regulations and as a response to the criticisms about inefficiencies of Law No: 2886 in meeting administrations' needs in public procurement procedure which can be defined as all the processes and operations of administrations in order to determine the private legal entities to meet their goods and services needs as well as providing construction works by using public funds.

The primary improvements brought by Law No: 4734 are its establishing a special administrative control mechanism and designing specific administrative application ways in order to run this control mechanism. The most important administrative application ways are objection to the contracting entity and appeal to public procurement authority. It is not possible to refer to any legal action without completing these obligatory administrative application ways. Moreover, the contractor, supplier or service provider will also lose their rights to refer to administrative tribunal unless they use these application ways within the required time limits.

This study observes the ways of administrative applications designated by Law No: 4734 as well as questioning their role in providing an effective administrative control within the framework of freedom to seek justice and rule of law.

Key Words: Administrative Control, Administrative Application, Freedom to Seek Justice, Appeal to Public Procurement Authority, Public Procurement Law, Public Procurement Authority

GİRİŞ

22.01.2002 tarih ve 24648 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak, 53 üncü, geçici 1, geçici 5 ve geçici 6 ncı maddeleri yayımı tarihinde, diğer maddeleri 01.01.2003 tarihinde yürürlüğe giren, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile kamu ihalelerinin idari denetimine ilişkin yeni bir mekanizma getirilmiş ve T.C. Kamu İhale Kurumu (KİK) kurulmuştur. 4734 sayılı Kanun’da düzenleme yapma yetkisi, şikayet mekanizması ile getirilen idari denetim görevi ve uyuşmazlıkların çözümü yetkisi ile birlikte Kanunun 53 üncü maddesi ile kurulan Kamu İhale Kurumu’na verilmiştir.

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu (DİK)’nda öngörülmeyen ihalelerin idari denetimine yönelik olarak, 4734 sayılı Kanun ile iki aşamalı bir idari denetim mekanizması getirilmiştir. Böylelikle, anılan Kanun kapsamında yapılan mal ve hizmet alımları ile yapım işleri ihalelerine yönelik olarak öncelikle ihaleyi yapan idareye, daha sonra ise Kamu İhale Kurumu’na başvurulması olanağı sağlanmıştır. 4964 sayılı Kanun ile 4734 sayılı Kanunda yapılan değişikliklerden sonra, başlangıçta her iki başvuru türünü de kapsayacak şekilde kullanılan şikayet terimi yerine, idareye şikayet ve Kamu İhale Kurumu’na itirazın şikayet terimleri kullanılmaya başlanmıştır.

İhale işlem ve eylemlerinin önce idare, sonra da bir bağımsız idari otorite olarak kurulan Kamu İhale Kurumu tarafından incelenmesi ve denetlenmesi, gerektiğinde Kamu İhale Kanunu’nda öngörülen kararlar biri alınarak uyuşmazlığın yargı önüne gelmeden çözüme kavuşturulması, hukuk devleti ilkesi bağlamında, idarenin kanuniliği ve hak arama özgürlüğünün hayata geçirilmesi açılarından oldukça önemlidir.

Bu nedenle bu çalışmada, ihale hukukundaki idari başvurular, idari başvurular arasındaki yerleri, hukuki nitelikleri, etkin bir idari denetim getirip getirmediği ve hak arama özgürlüğüne ne derecede katkıda buldukları açılarından incelenip değerlendirilecektir.

Çalışmanın birinci bölümünde, idari başvuru kavramının kuramsal çerçevesi çizilmeye çalışılacak, bu bağlamda genel idari başvurular ile özel idari başvurular arasındaki ilişki incelenecek ve son olarak bazı önemli idari başvuru türlerine değinilecektir.

Çalışmanın ikinci ve üçüncü bölümlerinde sırasıyla, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda öngörülen zorunlu idari başvurular olan idareye şikayet ve Kamu İhale Kurumu'na itirazın şikayet başvuruları incelenecektir.

Çalışmanın son bölümünde ise ulaşılan sonuçlar ve önerilere yer verilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

İDARİ BAŞVURULAR¹

1.1. Genel İdari Başvurular

1.1.1. İdarenin Denetimi ve İdari Denetim

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 125 inci maddesinin birinci fıkrasında "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.", yedinci fıkrasında ise "İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür." hükümleri yer almaktadır. Bu düzenlemeler, yetkinin sorumluluk ile bir arada bulunması zorunluluğunun birer yansıması olup, İdarenin, sahip olduğu yetkilerin karşılığı olarak, yetkilerini kullanırken hukuka aykırı hareket etmesi durumunda, bundan sorumlu olacağını hükme bağlamaktadır. Zira, hukuk devletinde, İdarenin yetkilerini kullanırken yapacağı eylem ve işlemlerinden sorumlu olmaması kabul edilemez.² Bu nedenle, İdarenin eylem ve işlemlerinin denetlenmesi, eğer hukuka aykırılık tespit edilirse hukuka aykırı durumun giderilmesi ve/veya zararın giderilmesi gerekmektedir.

İdarenin denetimi, literatürde çeşitli açılardan sınıflandırılmakla birlikte³, tüm sınıflandırmaları kapsayacak şekilde "yargısal denetim, siyasi denetim, kamuoyu denetimi, kamu denetçisi (ombudsman) tarafından yapılan

¹ Genel idari başvurular, tek başına uzun ve kapsamlı bir incelemenin konusu olabilecek nitelikte olmakla birlikte, tezin konusunun "Kamu İhalelerinde İdari Başvurular" olduğu dikkate alınarak bu bölümde idari başvuruların teorik çerçevesi genel hatlarıyla çizilmeye çalışılacaktır.

² "Hukuk devleti, hukuka bağlı olan devlet demek olduğuna ve devlet de, yasama, yürütme ve yargı organlarından oluştuğuna göre, hukuk devletinin üç temel gereği vardır: (1) Yasama organı hukuka bağlı olmalıdır. (2) Yürütme organı hukuka bağlı olmalıdır. (3) Yargı organı hukuka bağlı olmalıdır (Gözler, 2005).

³ Doktrinde, idarenin denetim yöntemlerinin genellikle "yargısal denetim-yargı dışı denetim" şeklinde ikili bir sınıflandırmaya tabi tutulduğu görülmektedir. Bu ayırım tarzı, idarenin denetlenmesinde asıl ve en etkili denetim türünün yargısal denetim olmasından kaynaklanmaktadır (Gözler, 2003, s.295).

denetim ve idari denetim,” şeklinde bir sınıflandırma yapılmasının daha yerinde olacağı değerlendirilmektedir.⁴

1.1.1.1. Yargı Denetimi

Yargı denetimi, Anayasanın yukarıda da bahsi geçen 125 inci maddesinin birinci fıkrasındaki “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.” hükmü ile anayasal dayanağa kavuşturulmuş olan denetim türüdür. Anayasanın 125 nci maddesinin 4 üncü fıkrasında yer alan “Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır.” hükmü gereğince, yargı denetimi sadece hukukilik denetimi ile sınırlıdır. Yargı yerleri, idarenin eylem ve işlemlerini yerindelik açısından denetleyemezler. Yerindelik denetimi yapılması durumunda, idare verilecek karara uymak zorunda olduğundan, kararın uygulanması durumunda yargı yeri idarenin yerine geçerek onun yerine işlem yapmış olacaktır. Oysa ki 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK)’nun 2 nci maddesinin 2 nci fıkrası, idari yargı yerlerinin yerindelik denetimi yapmasını ve idari eylem veya işlem niteliğinde karar vermesini yasaklamaktadır.^{5, 6}

Yargı denetiminin, idarenin denetimi yollarından en etkili olduğu şüphesizdir. Çünkü yargı denetiminde idare, kendisinden tamamen bağımsız yargı yerlerince denetlenmekte, denetim sonucunda uyulması zorunlu, bağlayıcı kararlar alınmakta ve bu kararlar etkili müeyyideler içermektedir. Bu nedenle ki, idarenin denetimi, birçok eserde “idarenin yargısal denetimi-

⁴ Görüldüğü üzere idari denetim, idarenin denetiminden farklı bir kavram olup, idarenin denetlenmesi için kullanılan yöntemlerden bir tanesidir. Bu tezin konusu, idari denetimin harekete geçirilmesine olanak sağlayan idari başvurular olduğu için, bu denetim türüne ilişkin ayrıntılı açıklamalar yapılacak olmakla birlikte, öncesinde idarenin denetimi başlığı altında yer alan diğer denetim türlerine kısaca değinilecektir.

⁵ İYUK 2 nci maddenin 2 nci fıkrasında “İdari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. İdari mahkemeler; yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı veremezler.” denilmektedir.

⁶ D.12.D., E.2001/2892, K.2001/4064, T.26.11.2001:

“... 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 125.maddesinin 4. fıkrasının son cümlesinde, yer alan; "Takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez." buyurucu kuralına koşut olarak, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2.maddesinin 2.fıkrasında, "İdari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. İdari mahkemeler, yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı veremezler." kuralına yer verilmiştir. Yukarıda sözü edilen PTT Personel Yönetmeliği'nin 123. maddesinde yer alan "uygulanabilir" ibaresi nedeniyle memurun geçmiş çalışmalarının başarılı veya sicillerinin çok iyi olması halinde ya da diğer hafifletici nedenlerin bulunması durumunda, daha hafif bir ceza verilmesi konusunda idareye takdir yetkisi tanınmış olup, anılan Anayasal ve Yasal düzenleme karşısında, yargı yerlerince idarenin yerine geçerek memurun geçmiş hizmetlerinin ve sicillerinin değerlendirilmesi sonucu, idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde idareyi bir derece hafif ceza vermeye zorlamak hukuken mümkün olmadığından, bir alt cezanın verilmesi gerektiği gerekçesiyle işlemin iptali yolundaki İdare Mahkemesi kararda hukuki isabet bulunmamaktadır. ...”

yargı dışı denetim” şeklinde sınıflandırılmakta, böylece yargısal denetim, esas ve etkisi açısından birincil denetim yolu olarak algılanmaktadır (Günday, 2004, s.45).

Yargısal denetim en etkili ve asıl denetim türü olmasının yanında hızlı olmaması, mali açıdan hak arayana yük getirmesi, yerindelik denetimine kapalı olması, sert şekil kurallarına tabi olması açılarından çeşitli eleştirilere maruz kalmakta, yargısal denetimin tek başına yetersiz olduğu, farklı denetim türleri ile tamamlanması gerektiği dile getirilmektedir (Canbazoğlu, 2008, s.8).

1.1.1.2. Siyasi Denetim

İdarenin yargı dışı denetim yollarından biri olan siyasi denetim, genel olarak, idarenin hükümet aracılığı ile yasama organı tarafından denetlenmesidir. Parlamenter rejimi benimseyen ülkelerde siyasi denetim, diğerlerine göre daha etkili bir denetim biçimidir. Yasama organının idareyi denetlemesi, doğrudan doğruya Türkiye Büyük Millet meclisi (TBMM) denetimi ve Anayasanın 74 üncü maddesine istinaden vatandaşların ve müttekabiliyet koşulu ile Türkiye’de ikamet eden yabancıların TBMM’ye dilekçe ile başvurması sonucunda yapılacak denetim olmak üzere iki şekilde ortaya çıkmaktadır.

Doğrudan doğruya TBMM denetimi, Bakanlar Kurulunun veya münferit olarak bakanlar ve bakanın en üst idari amiri konumunda bulunduğu idarenin merkez ve taşra teşkilatları ile dolaylı olarak bakanlığın vesayet denetimine tabi yerinden yönetim kuruluşlarının denetlenmesine olanak sağlar. Bu tür denetimin gerçekleşme yolları Anayasanın 98 inci maddesine düzenlenmektedir⁷. Bu tür denetim de hem hukukilik hem de yerindelik denetimi yapılmaktadır.

Anayasanın 74 üncü maddesine istinaden vatandaşların ve müttekabiliyet koşulu ile Türkiye’de ikamet eden yabancıların TBMM’ne dilekçe ile başvurması sonucunda yapılacak denetimde ise, konusu yargı

⁷ Anılan maddenin birinci fıkrasında, “Türkiye Büyük Millet Meclisi soru, Meclis araştırması, genel görüşme, gensoru ve Meclis soruşturması yollarıyla denetleme yetkisini kullanır.” denilmektedir.

yerlerinde incelenmekte veya yargı yerlerince kesin karara bağlanmış olmayan, yasa teklifi niteliğinde bulunmayan dilekçeler incelenmektedir. Ayrıca dilekçe konusu husus, konu ile ilgili olarak karar almaya yetkili idari bir merci tarafından incelenmekte ve henüz nihai karar alınmamış ise, dilekçe yine incelenmeyecektir.⁸

3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılması Hakkında Kanun'un 8 inci maddesi gereğince, dilekçeler TBMM'ye Dilekçe Komisyonu tarafından incelenir ve karara bağlanır. Alınan karar dilekçe sahibine ve ilgili idareye bildirilir. Ancak kuvvetler ayrılığı ilkesi gereğince⁹, bu kararlar bağlayıcı bir nitelik arz etmemektedir. Dolayısıyla, ilgili idarenin karar uyma zorunluluğu bulunmamaktadır.

1.1.1.3. Kamuoyu Denetimi

Bir başka yargı dışı denetim türü olan kamuoyu denetimi, idarenin yapmış olduğu eylem ve işlemlerin daha ziyade basın ve sivil toplum örgütleri tarafından denetlenmesi şeklide ortaya çıkmaktadır. Aslında bu teknik anlamda bir denetim olmayıp, diğer denetim türlerinin, özellikle de siyasi ve yargısal denetimin, harekete geçirilmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. Kamuoyu denetimi, idarenin eylem ve işlemlerinin hukuka aykırı olduğunun çeşitli platformlarda dile getirilmesi veya duyurulması ile sınırlı kalan ve doğrudan bir yaptırım bulunmayan bir denetim türüdür.

Sonuç olarak, siyasi denetim gibi kamuoyu denetiminin de, sonuçlandığında bağlayıcı kararlar alınamaması bağlamında, idarenin denetiminde etkili bir denetim yolu olmadığı düşünülebilir.

⁸ Yargı yerlerinde incelenmekte olan veya yargı yerlerince kesin karara bağlanmış veya idari bir merci tarafından incelenmekte fakat henüz hakkında kesin bir karar verilmemiş olan bir konu ile ilgili olarak, TBMM'nin inceleme yapması ve karar vermesi, kuvvetler ayrılığı ilkesi ile bağdaşmaz.

⁹ Kuvvetler ayrılığı prensibi, Anayasanın Başlangıç maddesinde, "Kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medenî bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu;" şeklinde ifadesini bulmaktadır.

1.1.1.4. Ombudsman (Kamu Denetçisi) Tarafından Yapılan Denetim

Bazı ülkelerde ombudsman (kamu denetçisi) adı verilen, parlamento veya yürütme organı tarafından seçilen bağımsız denetim faaliyeti yürüten kişi ya da kişiler eliyle de idarenin denetlenmesi söz konusu olmaktadır. Bu denetim türünde kamu denetçisinin denetim sonunda aldığı kararlar, ne idari denetimde olduğu gibi icrai; ne yargı kararları gibi kesin hüküm niteliğini haizdir. Demokrasi ve hukukun üstünlüğü ilkesinin gerçek manada hayata geçirilmesi yönündeki uygulamalar paralelinde, idarelerin tavsiye niteliğindeki bu kararlara uydukları ve idare-vatandaş uyuşmazlıklarını çözdükleri gözlenmektedir. Kamu denetçileri, bazı ülkelerde resen, bazı ülkelerde ise başvuru üzerine denetim yapmaktadır (Gözler, 2003, s.300).

Ülkemizde kamu denetçisi yoluyla denetime ilişkin yasal düzenleme, 13 Ekim 2006 tarih ve 26318 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 5548 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu idi. Anılan Kanun, kamu denetçiliği işlemlerinin Kamu Denetçiliği Kurumu adlı yeni bir kurum tarafından yürütülmesini öngörmekteydi. Ancak Anayasa Mahkemesi, 27.10.2006 tarih ve 2006/140 esas sayılı kararı ile Kanunun bazı maddelerinin yürürlüğünün durdurulmasına; 25.12.2008 tarih ve 2006/140 esas sayılı kararı ile de Kanunun tümünün iptaline karar vermiştir.

Bu defa, 07.05.2010 tarihinde TBMM Genel Kurulunda kabul edilen, 13.05.2010 tarih ve 27580 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan, 12.09.2010 tarihli halk oylamasında kabul edilerek yürürlüğe giren 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile kamu denetçiliği anayasal dayanağa kavuşturulmuştur. 5982 sayılı Kanunun 8 inci maddesi, Anayasanın 74 üncü maddesinin başlığını “VII. Dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı” olarak değiştirmiştir. Ayrıca söz konusu anayasa hükmüne aşağıdaki hüküm eklenmiştir:

“Herkes, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkına sahiptir.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına bağlı olarak kurulan Kamu Denetçiliği Kurumu idarenin işleyişiyle ilgili şikâyetleri inceler.

Kamu Başdenetçisi Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından gizli oyla dört yıl için seçilir. İlk iki oylamada üye tamsayısının üçte iki ve üçüncü oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğu aranır. Üçüncü oylamada salt çoğunluk sağlanamazsa, bu oylamada en çok oy alan iki aday için dördüncü oylama yapılır; dördüncü oylamada en fazla oy alan aday seçilmiş olur.

Bu maddede sayılan hakların kullanılma biçimi, Kamu Denetçiliği Kurumunun kuruluşu, görevi, çalışması, inceleme sonucunda yapacağı işlemler ile Kamu Başdenetçisi ve kamu denetçilerinin nitelikleri, seçimi ve özlük haklarına ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir.”

Anayasanın 74 üncü maddesi çerçevesinde yapılacak yasal düzenlemeler ile birlikte, kamu denetçiliği kurumu kurulacak ve yetki alanı belirlenecektir.

1.1.1.5. İdari Denetim

İdari denetim, idarenin yine idare tarafından denetlendiği, idarenin kendi içerisinde gerçekleştirdiği veya farklı bir idare ya da merci tarafından denetlenmesini ifade etmektedir.

Hukuka aykırı idari eylem ve işlemlerin ortadan kaldırılması için ilgililerin başvurabileceği tek yol idari dava değildir. İlgililer idari dava yoluna gitmeden önce, idari başvuruda da bulunabilirler. İdarenin elinde, yargı kararıyla varılacak sonuçları sağlayabilecek araçlar bulunmaktadır. İdarenin hukuka aykırı olduğunu anladığı/saptadığı bir işlemi geri alması iptal benzeri sonuçlar doğurur.

İdari faaliyetler karşısında insan haklarının gereği gibi korunabilmesi için, sadece ilk derece idare makamları önünde işleyen karar üretme süreci yeterli olmayıp, bunun dışında işleme karşı idari başvuru yollarının kabulü ve düzenlenmesi de gerekmektedir (Özkan, 1998, s.74).

Her türlü hukuka aykırılık şüphesinde idari yargının devreye sokulmaması, ilgililerin idari başvuruya da sonuç alabilmeleri, hukuka bağlı bir idarenin var olduğu sistemde yargının iş yükünü hafifletecektir (Karahanoğulları, Erişim: Mart 2010).

Dava yolu, işlerin çözümünde daha uzun ve pahalı bir yoldur. Bu nedenle uyuşmazlıkların idarenin dinamik yapısı içinde hukuk sınırları içinde

kalınarak çözüme kavuşturulması yeğlenen bir yöntemdir (Öztürk, 2009, s.131).

İdarenin idari denetimi, idarenin kendi içerisinde işleyen veya ilgili kişilerce işletilen bir yoldur. İdari işlem ya da eylemde bulunan makama veya üst makamına ve hatta kanunla bir ilişki kurulmuş ise vesayet makamına yapılabilecek başvurular sonucu ya da anılan idari işlem ve eylemde bulunan idarece resen yapılabilecek olan denetim başvurular eliyle işletilen idari denetim olarak adlandırılabilir. Bunun gibi hiyerarşik makamların astları ve astlarınca tesis edilen işlemler üzerinde sahip oldukları yetki de resen işletilen idari denetimdir (Canbazoğlu, 2008, s.6).

Gözler, idari denetimi isti'taf yoluyla denetim, hiyerarşik denetim ve vesayet denetimi şeklinde üçe ayırmaktadır.

İsti'taf¹⁰, idarenin bir eylem ve işlemiyle menfaat veya hakları ihlal edilen kişinin, bizzat bu eylemi yapan veya bu işlemi tesis eden idari makama başvurarak söz konusu idari işlemin geri alınmasını, ilga edilmesini veya değiştirilmesini, söz konusu eyleme son verilmesini ve varsa bu eylem ve işlemlerden dolayı uğradığı zararın tazmin edilmesini istemesidir.

Hiyerarşik denetim¹¹, aynı kamu tüzel kişiliği içinde yer alan üst makamların alt makamların eylem ve işlemlerini hem yerindelik, hem de hukukilik bakımından denetlemeleridir.

Vesayet denetimi¹² ise, merkezi idare makamlarının yerinden yönetim kuruluşlarının işlemleri üzerinde kanunla öngörülmesi durumunda sahip olduğu istisnai ve sınırlı bir denetim türüdür (Gözler, 2003, s.297).

İdari denetim, denetimi yapan organ ya da merci açısından ise iç denetim ve dış denetim olmak üzere iki ayrı başlık altında incelenmektedir.

¹⁰ 1.1.3.1 numaralı başlıkta, etkisiz idari başvurular bahsinde de incelenmiştir.

¹¹ 1.1.3.2. numaralı başlıkta, hiyerarşik başvurular bahsinde de incelenmiştir.

¹² 1.1.3.2. numaralı başlıkta, idari vesayet makamına yapılan başvurular bahsinde de incelenmiştir.

İdarenin kendi içerisinde gerçekleştirdiği ve bu yönüyle bir otokontrol mekanizması niteliği arz etmekte olan iç denetim, genellikle hiyerarşik denetim olarak ortaya çıkmaktadır.

Kamu bürokrasisinin her kademesinde her bürokrat aynı zamanda denetleyen ve denetlenendir. Her bürokrat eyleminden dolayı üstüne karşı sorumludur ve astının eylemini denetler. Hiyerarşik denetimin, bürokratik piramit içinde kendi organlarınca yapılması ve bürokrasinin hem denetleyen hem denetlenen durumunda kalması nedeniyle genel bir denetim görüntüsü vermemektedir (Başözen, 1999).

Hiyerarşik denetim iki kümede toplanabilir. Bunlardan bir kümeyi, üstlerin emirleri altında çalışanlar hakkında, ikinci kümeyi ise, üstlerin, astların yaptıkları işlemler üzerinde sahip oldukları yetkiler oluşturur. Üstlerin, astların yaptıkları işlemler üzerinde sahip oldukları denetim yetkisi hem hukuka uygunluk, hem de yerindelik denetimidir (Gözübüyük, 1994, s.32).

Hiyerarşik denetim, bazen ilgilinin başvurusuna gerek kalmaksızın, re'sen ve olağan bir denetim yoludur. Bu denetimin yapılması için açık bir yasal dayanağa gerek bulunmamaktadır. Üst, astın yaptığı işlem ve eylemleri denetlemeye kendiliğinden yetkilidir.

Hiyerarşik denetim sonucunda üst, astın yaptığı işlem ya da eylemin yerinde olmadığına veya hukuka aykırı olduğuna kanaat getirirse, hiyerarşik yetkisini kullanarak işlemin uygulanmasını erteleyebileceği gibi, işlemi kaldıracak, değiştirebilecek, geri alabilecek veya iptal edebilecektir. Ayrıca astın yerine geçip işlem yapamamakla birlikte üst, asta belli bir yönde işlem yapma talimatı verebilmektedir (Günday, 2005, s 33).

Hiyerarşik denetim, bazen de başvuru üzerine işletilebilen bir denetim yolu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu başvuru türüne hiyerarşik başvuru adı verilmekte olup, hiyerarşik başvuru, kaynağını Anayasa'nın 74 üncü maddesinden almaktadır. Yukarıda bahsi geçen dilekçe hakkı, ilgilinin işlemi yapanın hiyerarşik olarak üstünde bulunan kişiye (üste) başvuruda bulunmasını da kapsamaktadır. Yetki paralelliği ilkesi uyarınca, bir idari işlemi yapmaya yetkili olan makam, aynı işlemi geri almaya, kaldırmaya ve

değiştirmeye de yetkilidir. Bu nedenle ilgili kendisi hakkında bir işlemin hukuka aykırı olduğunu düşünüyorsa ve işlemi yapanın hiyerarşik amiri bulunmuyorsa, başka bir anlatım ile işlemi yapan hiyerarşik olarak en üstte ise, başvurunun işlemi yapan makama yapılması gerekmektedir. Bu başvurunun içeriği, işlemin geri alınması, kaldırılması, değiştirilmesi veya iptal edilmesi yönünde olacaktır.¹³

Dış denetim, idarenin kendisi dışındaki bir idare veya organ tarafından denetlenmesi olarak tanımlanmakta olup, idari vesayet denetimi¹⁴ ve denetim kuruluşlarınca¹⁵ yapılan denetim olmak üzere, iki şekilde gerçekleştirilmektedir.

Bir sonraki başlık altında incelenecek olan idari başvuru kavramı, idari denetimin başvuruya bağlı olarak harekete geçirildiği durumlar açısından önem arz etmektedir. İdari başvurular, idari denetimin gerek iç denetim, gerekse dış denetim şeklinde tezahür etmesine olanak sağlayabilmektedir. Örneğin, kesinleşen ihale kararını aykırı bulan bir isteklinin idareye şikayette bulunmasından sonra yapılan inceleme, bizzat işlemi yapan idare tarafından gerçekleştirileceği için iç denetim; bu inceleme üzerine verilecek karar aleyhine Kamu İhale Kurumu'na başvurulması durumunda anılan kurum tarafından yapılacak inceleme ise dış denetim olarak nitelendirilebilir.

1.1.2. İdari Başvuru Kavramı

1.1.2.1. Tanımı

“Kamusal başvurular, yapılan başvurunun içeriği göz önüne alındığında, yargısal başvurular ve idari başvurular olmak üzere iki gruba ayrılır. Bu sınıflandırmada, başvuru hakkının kullanılıp kullanılmadığı,

¹³ 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 11 inci maddesinin 1 inci fıkrasında “İlgililer tarafından idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde istenebilir.” hükmü yer almaktadır.

¹⁴ Anayasa'nın 127 nci maddesinin 5 inci fıkrasında “Merkezî idare, mahallî idareler üzerinde, mahallî hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahallî ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idarî vesayet yetkisine sahiptir.” denilerek, merkezi idarenin yerel yönetimler üzerindeki idari vesayet yetkisini düzenlemiştir. İdari vesayet yetkisi, vesayete tabi idarenin organları ve işlemleri üzerinde sonuç doğurduğu gibi, ilgili idarenin vesayet makamınca onaylanmadıkça geçerli olmayan işlemleri üzerinde de etkilidir (Günday, 2005, s.35).

¹⁵ Dış denetimde, idareleri denetleme yetkisi olan kurumlar arasında Sayıştay, Devlet Denetleme Kurulu, Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu, Başbakanlık Teftiş Kurulu ve Kamu İhale Kurumu sayılabilir.

başvuru sonucu izlenen usuller ve elde edilen sonuçlar nazara alınmaktadır. Ancak, kamusal başvurular idari ve yargısal olarak sınıflandırıldığında, siyasal başvurular, ayrı bir kategoride ele alınmamakta ve idari başvuru kapsamında değerlendirilmektedir. Kişilerin yasama organına yaptıkları her türlü başvuruyu ifade eden siyasal başvurular, gerek izlenen usul gerekse uygulanan yaptırım bakımından idari başvurulardan farklılıklar taşımaktadır. Maddi açıdan yapılan bu tasnifin siyasal başvuruları açıklayamaması nedeniyle kamusal başvurular, başvurunun yapıldığı organa (organik tasnife) göre, idari başvurular, siyasal başvurular ve yargısal başvurular olmak üzere üç grupta tasnif edilmiştir.” (Sezer, 2008, s.337)

İdari başvuru kavramı da, öğretilerde organik ve işlevsel ölçütlere göre tanımlanmaktadır. Örneğin Duran, idari başvuruyu;

“Fertlerin, menfaatleri bulunan hususlarda, merkeziyet veya ademi merkeziyet idarelerinde vaki olacak, amme hukukuna müteallik, bil cümle talep, iddia ve dilekleri idari müracaatı tazammum eder.”

şeklinde organik kritere göre tanımlamıştır (Duran, 1946, s.135).

Bu tanım esas alındığında, yasama ve yargı mercilerinin idari nitelikli işleriyle ilgili olarak yapılan başvurular¹⁶ ile başvuranın birey olma sıfatından ziyade idare içerisindeki konumundan kaynaklanan yetki veya statüye dayalı olarak yaptığı başvuruların idari başvuru olmadığı sonucu ortaya çıktığından söz konusu tanım eleştirilmiş, organik kritere göre yapılan tanımların idari başvuruların tamamını kapsamadığı, bu nedenle idari başvuruların fonksiyonel kritere göre tanımlanması gerektiği iddia edilmiştir. Örneğin Yıldırım, idari başvuruları,

“Kişilerin menfaatleri bulunan ve idari işlev kapsamına giren konularda, kamusal makamlara yaptıkları başvuruların tümü ile; kamu yararını korumak amacıyla, yetki verilen kamu görevlilerinin veya kamu tüzel kişilerinin, diğer idari makamların yaptığı idari işlemlerin iptali, değiştirilmesi veya geri alınması gibi nedenlerle, yine yasaların gösterdiği idari işleve sahip makamlara yaptıkları İdare Hukuku'na ilişkin başvurulardır.”

şeklinde tanımlamaktadır. Yazar, maddi (işlevsel) ölçütün, kamusal başvuruların tasnifinde yetersiz kalsa bile, idari başvuruların tasnifinde yeterli ve hatta gerekli olduğunu savunmaktadır (Yıldırım, 2006, s.28).

Bazı kaynaklarda ise idari başvurular, idari kanun yolları olarak adlandırılmaktadır. Örneğin Özkan (1998, s.75)'a göre idari kanun yolları, hukuk düzeninin, ilgililere haklarında tesis edilen işleme karşı, değiştirilmesi

¹⁶ Örneğin, TBMM'nin büro görevlilerine ilişkin özlük işlemleri yasama işlevine dahil olmadığı gibi mahkeme personelinin yönetimine ilişkin işlemler de yargısal işlev içerisinde yer almayıp idari işlevin yerine getirilmesine ilişkindir (Günday, 2005, s.10; Gözübüyük, 2004, s.7).

veya iptal edilmesi talebiyle üst idare makamlarına başvurabilmek amacıyla sağlanan bireysel hukuki güvenlik ve idari denetim yoludur.

İdari başvurular, geniş anlamda, idarenin denetimi sonucunu doğurmayan, sadece ilgilinin belirli bir konudaki talebini içeren, idarenin olumlu ya da olumsuz bir hareketine yönelik başvuruları da kapsayacak şekilde anlaşılabilir. ¹⁷ Örneğin bir yüklenicinin, işin bitmesinden ve sözleşmesel edimini kusursuz olarak yerine getirmesinden sonra, daha önce sözleşme imzaladığı idareye başvurarak, iş deneyim belgesi talep etmesi durumunda, bu talebinin, maddi ve işlevsel kriterlere göre yapılan tanım açısından idari başvuru olduğu hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Ancak tezin konusunu oluşturan idari başvurular, dar anlamda, idarenin iç ve dış denetime tabi tutulması sonucunu doğuran özel idari başvurular olacağından, idari başvuru, bundan sonraki kısımda, kişilerin menfaatleri bulunan ve idari işlev kapsamına giren konularda, idarenin iç ve dış denetiminin gerçekleştirilmesi için yaptıkları, denetimi yapacak kişi ya da makamı harekete geçirici niteliğe sahip idari başvurular anlamında kullanılacaktır. Başka bir anlatımla, idari denetim ile ilgisi olmayan idari başvurular, tezin kapsamı dışında olduğundan, bu idari başvuruların üzerinde durulmayacaktır.

1.1.2.2. Unsurları

1.1.2.2.1. Başvuran

Medeni hakları kullanma ehliyeti olan, yani ergin ve ayırt etme gücü olan gerçek kişiler ve yetkili organları aracılığı ile tüzel kişilerin, idari başvuruda bulunmaya mezun olduğu hususunda şüphe yoktur. Ergin olmayanlar ve kısıtlılar, ancak yasal temsilcileri aracılığı ile idari başvuruda bulunabilirler.

¹⁷ İdari başvurular, sadece idarenin denetimi alanında değil diğer birçok alanda da hukuksal araç olarak kullanılmaktadır. İdari başvurular, her şeyden önce hak arama özgürlüğü açısından önemli bir araç olmaktadır. Zira yargısal yollara başvurmak her ne kadar esas hak arama yolu olsa da, etkili ve sonuç alınabilir idari başvuruların varlığı, bireylerin uzun ve mali yük getiren yargı yoluna gitmeksizin haklarını korumaları açısından hak arama özgürlüğünü daha da ileri götürmektedir. Keza Anayasa Mahkemesi bir kararında hak arama özgürlüğünün kapsamı ile ilgili olarak "Hak arama özgürlüğü, insan varlığını soyut ve somut değerleriyle koruyup geliştirmek amacıyla hukuksal olanakları kapsamlı biçimde sağlama, bu konuda, tüm yollardan yararlanma hakkını içerir." ifadelerini kullanmıştır (AYM 19.09.1991, E 1991/2, K 1991/30, AYMKD, S: 28, C: 1, s.116-117).

Bunun dışında idari başvurular; kamu hizmetine giriş ve kolluk denetiminin gerçekleştirilmesinde, idarenin kendi iç işleyişinde kendilerine idari başvurunun bir görev olarak verildiği durumlarda da hukuksal bir araç olarak kullanılmaktadır. Bu tez açısından ise, idari başvuruların en önemli fonksiyonu şüphesiz ki idarenin denetlenmesinin aracı olmasıdır.

Kural olarak, idari başvuruda bulunmak için T.C. vatandaşı olma şartı da bulunmamaktadır. Ancak, Devletler Özel Hukukundan kaynaklanan yasaklamaların mevcut olduğu durumlar, yabancıların idari başvuru ehliyetini kısıtlamaktadır.

İkinci olarak, Devletler Özel Hukukundaki en önemli ilkelerden bir olan karşılıklılık ilkesi gereğince, ilgili yabancıнын ülkesinde T.C. vatandaşlarına bahşedilmeyen bir hak, muhtemelen Türkiye’de yabancılara da verilmeyeceğinden, söz konusu hususla ilgili olarak yabancılar, idari başvuruda bulunamayacaklardır.

Örneğın, 2644 sayılı Tapu Kanunu’nun 35 inci maddesinde,

“Yabancı uyruklu gerçek kişiler, karşılıklı olmak ve kanunî sınırlamalara uyulmak kaydıyla, Türkiye’de işyeri veya mesken olarak kullanmak üzere, uygulama imar planı veya mevzii imar planı içinde bu amaçlarla ayrılıp tescil edilen taşınmazları edinebilirler. Sınırlı aynî hak tesis edilmesinde de aynı koşullar aranır. Yabancı uyruklu bir gerçek kişinin ülke genelinde edinebileceğı taşınmazlar ile bağımsız ve sürekli nitelikte sınırlı aynî hakların toplam yüzölçümü iki buçuk hektarı geçemez.”

hükümleri bulunmaktadır. Dolayısıyla ülkesinde T.C. vatandaşlarına taşınmaz edinme hakkı verilmeyen bir yabancıнын, Türkiye’de bir taşınmazın mülkiyetine geçirilmesi için Tapu Müdürlüğü’ne idari başvuruda bulunması veya başvurusundan olumlu sonuç alması mümkün değildir.

Bunun dışında, bazı haklar, kanun gereğı sadece T.C. vatandaşlarına hasredilmiştir. Bu tür haklara yönelik olarak, yabancıların idari başvuruda bulunması, bulunsa dahi sonuç elde edebilmesi imkanı bulunmamaktadır.

Örneğın, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 48 inci maddesinde, devlet memurluğuna alınabilmek için “Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmak” şart koşulmuştur. Bu nedenle, yabancıların, bir idareye devlet memuru olabilmek için sınav başvurusu yapması mümkün değildir.

Bazen, idari başvurular, başvuruyu yapan kişinin bireysel hakkından ziyade, işgal ettiğı makamın kendisine yüklediğı görev veya bahşettiğı yetkiye dayanmaktadır. Örneğın, 03.01.2009 tarih ve 27099 sayılı Resmi Gazete’de

yayımlanarak yürürlüğe giren İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik ile yürürlükten kaldırılan İhalelere Yönelik Yapılacak Başvurular Hakkında Yönetmeliğin (mülga) 21 ve 22 nci maddeleri kapsamında, Kamu İhale Kurulu başkanı, iddiaların incelenmesi için Kamu İhale Kurulu'na başvurabilmekte ve buna "Başkanlık İstemi" adı verilmekteydi (Böke, 2006, s.75; Şimşek, 2006, s.395).¹⁸

"Kamu yararının gerekli veya zorunlu kıldığı durumlarda, yerinden yönetim ilkesine göre örgütlenmiş idarelerin bir organında bulunan kamu görevlisine, bir başka organının yaptığı işlemlere karşı, o kamu tüzel kişinin üçüncü bir organına ya da merkez konumundaki idarenin bir organına veya kamu görevlisine idari başvuruda öngörülmesi yasayla öngörülebilir. Örneğin, eskiden belediye başkanı ile encümen arasında anlaşmazlık çıktığında, bu anlaşmazlığı belediye meclisi giderirdi. Meclisin verdiği karara karşı tarafların valiye itiraz için başvurması ise, böyle bir idari başvuruydu"¹⁹ (Yıldırım, 2006, s.31).

1.1.2.2.2. Menfaat

İdari başvuruda bulunan kişinin, başvuru konusuna ilişkin bir menfaatinin olması gerektiği konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Zira bir kimsenin, hiçbir menfaati bulunmaksızın idari başvuruda bulunması, idari mercileri oyalamaktan başka bir işe yaramayacaktır. Menfaat unsurunun varlığı, hem idari başvurularda gerçeklik ve ciddiyetin sağlanması, hem de olası yargısal başvurularda dayanak teşkil etmesi açısından zorunlu görülmektedir (Duran, 1946, s.136).

İdari başvuruyu yapana göre, menfaat kişisel menfaat olabileceği gibi kamusal menfaat ya da kamu yararı şeklinde de ortaya çıkabilmektedir.

İdari başvuru sahibinin, özel hukuk öznesi olması durumunda, idari başvuru konusu ile ilgili maddi veya manevi, meşru ve kişisel bir menfaatinin

¹⁸ Kamu İhale Kurulu'nun 01.12.2008 tarih ve 2008/UY.II-4851 no'lu kararı: 25.11.2008 tarih ve II.Y.45.02.0218/2008-60 sayılı Ön İnceleme Raporunda;

İski Genel Müdürlüğü tarafından 12.08.2008 tarihinde açık ihale usulü ile yapılan "Kağıthane Şube Müdürlüğü Mesuliyet Sahası İçerisinde Bozuk, Çökük, Hasarlı ve Hizmet Dışı Kalmış Atıksu ve İçmesuyu Hatlarında Kısmi Yenileme ve Rehabilitasyon İşi" ihalesine ilişkin olarak 08.10.2008 tarih ve 2008/596 sayılı Başkanlık İstemi üzerine yapılan inceleme neticesinde; iddiaların incelenmesine geçilmesine gerek bulunmadığına karar verilmesinin uygun olacağı hususlarına yer verilmiştir."

¹⁹ 1580 sayılı, Belediye Kanunu (Mülga), Madde 97:

"Belediye reisi ile belediye encümeni arasında ihtilaf vukuunda belediye meclisi ihtilafatı tetkik eder ve bir karar verir. Verilen karar hakkında encümen veya belediye reisinin valiye müracaatı üzerine kaza belediyeleri için vilayet idare heyetince ve vilayet merkezi belediyeleri için vilayet idare heyetinin mütalaası alındıktan sonra Şûrayı Devlet tarafından verilen karar katidir.

Belediye reisi veya belediye encümeni ile belediye meclisi arasında ihtilaf vukuunda belediye reisinin valiye müracaatı üzerine kaza belediyeleri için vilayet idare heyetince ve vilayet merkezi belediyeleri için vilayet idare heyetinin mütalaası alındıktan sonra Şûrayı Devlet tarafından verilen karar katidir."

olması gerekmektedir. Bunun için, idari başvuru konusu ile başvuran arasında ciddi ve makul bir ilgi olması zorunludur.

İdari başvuruların unsuru olarak menfaat, İYUK kapsamındaki iptal davasının ön şartı olan menfaat kavramına paralel olmakla birlikte ondan daha geniştir. Zira idari başvuruların tümü, sadece ileride açılacak olası iptal davalarına dayanak teşkil etmek üzere yapılmamaktadır. Ayrıca idari eylemler aleyhine iptal davası açılmayacağından, idari eylemlere karşı açılacak idari davalarda menfaat ihlali yeterli olmayabilmektedir (Yıldırım, 2006, s.32).

İdari başvuru sahibinin kamusal bir makam ya da kamu görevlisi olması ve idari başvuruyu kendisine verilen görev veya yetkiye dayanarak yapması durumunda, bireysel menfaat değil kamu yararından söz edilecektir. İdari fonksiyon kapsamında, idari işlem ve eylemler gerçekleştiren idare, halihazırda kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla hareket ettiğinden, başka bir anlatımla kamu yararının tesisi, idarenin en önemli var oluş sebebi olduğundan, kamu görevlileri veya kamusal bir makam tarafından yapılan idari başvurunun kamu yararına yönelik olması tabiidir. Bu tür idari başvurularda, başvurunun hangi koşullarda, ne zaman ve hangi yöntemle yapılacağı kanun koyucu tarafından açıkça belirtilerek somutlaştırılmaktadır. Örneğin, yukarıda verilen örnekte, Kamu İhale Kurumu Başkanı'nın Başkanlık İstemi olarak adlandırılan idari başvuru türünü işletebilmesinin yasal dayanağı, 4734 sayılı Kanun'un 5812 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki halinde, 53 üncü maddenin ikinci fıkrasında, "Kurum gerekli gördüğü takdirde, bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine aykırılık bulunduğuna ilişkin iddiaları da inceler ve sonuçlandırır." şeklinde açıkça düzenlenmekteydi.

1.1.2.2.3. Başvuru Makamı

İdari başvurularda, başvuru makamının tespitinde, idari işlevin ya da faaliyetin tanımlanmasında kullanılan kriter önem arz etmektedir. Çünkü kullanılan kritere göre, idari başvuruların tanımı ve kapsamı da değişmekte, idari faaliyetin eksik tanımlanması durumunda, bazı başvuruların idari

başvuru oldukları halde idari başvuru tanımı dışında kalması sonucu ortaya çıkmaktadır.

Organik kriter kullanıldığında, idari faaliyet, devletin yürütme organı ve onun doğal uzantısı olan idare cihazı tarafından gerçekleştirilen tüm işlem ve eylemler olarak tanımlanmaktadır. Bu takdirde bu tanımda yer alan organ ve mercilere yapılan tüm başvuruların idari başvuru olarak kabul edilmesi zorunlu olacaktır.

Fonksiyonel kriterin kullanılması durumunda ise, idari fonksiyon, devletin yasama ve yargı fonksiyonları ile yürütme organının salt siyasal nitelikli faaliyetleri dışında kalan ve toplumun günlük gereksinimlerini karşılamak ve gündelik yaşamının sürdürülmesini sağlamak amacıyla yürütülen tüm kamusal iş ve faaliyetler bütününden ibaret olacaktır (Günday, 2004, s.14; Gözübüyük, 2004, s.6).

İdari faaliyet organik kritere göre belirlendiğinde, yargı ve yasama organlarının idari işlev kapsamındaki faaliyetlerine yönelik başvurular idari başvuru olarak kabul edilmeyecektir. Oysa fonksiyonel kritere göre hareket edilirse, yargı ve yasama organlarının idari işlev kapsamındaki faaliyetlerine yönelik başvurular da idari başvuru sayılacaktır.

Danıştay, birçok kararında idari işlemin tanımında, idari işlevi esas almış, yargı ve yasama organlarının idari işlev kapsamındaki işlemlerinin idari işlem olduğunu vurgulamıştır.²⁰

1.1.2.2.4. Başvurunun İçeriği (Konusu)

İdari başvurunun varlığından söz edilebilmesi için, idareye ya da idari işlev kapsamındaki faaliyetleri ile ilgili olmak koşuluyla diğer devlet organlarına yapılan başvurunun İdare Hukukuna ilişkin bir başvuru olması gerekmektedir.

Bir başvurunun idareye yapılması veya yasama yahut yargı organının idari işlev kapsamındaki bir işlem ya da eylemine ilişkin olması, onu kendiliğinden idari başvuru yapmamaktadır. Çünkü, idare her zaman kamu gücünü kullanmamakta²¹, bazı işlemlerinde ve hukuksal ilişkilerinde, muhatap ile eşit konumda olabilmektedir. Bu tür işlemlerde, idare ile karşılarındaki açısından eşitlik ilkesi geçerli olmakta ve çıkabilecek uyuşmazlıklarda özel hukuk kuralları uygulanmakta ve aynı zamanda adli yargı mercileri görevli olmaktadır. Bu nedenle, idarenin ve muhatabının eşit olduğu hukuksal ilişkilere yönelik başvuruların, fonksiyonel açıdan idari başvuru olarak nitelenmesi imkanı bulunmamaktadır. Bu tür başvurular, özel hukuka ilişkin başvurulardır. Örneğin, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında gerçekleştirilen ihalelerde, ihale işlemlerine ilişkin başvurular

²⁰ 1- D.5.D., E.1995/44116, K.1996/1911, T. 17.15.1996. Kararda, "... dava konusu Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu işlemi, yapısı itibarıyla 2797 sayılı Yargıtay Yasası'nın 18. Maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak ve adı geçen kurulun idari işlevi nedeniyle tesis edilen, tek yanlı irade açıklaması ile hukuki varlık kazanan, Davacının eski dairesindeki yargı yetkisini bitirerek yeni dairede yargı yetkisi kullanması yönünde hukuki sonuç doğuran kesin ve yürütülmesi gereken ve bu haliyle de idari davaya konu olabileceği açık olan idari bir işlemidir. ..." denilmektedir.

2- D.10.D., E.2004/8713, K.2006/2507, KT18.04.2006, künyeli kararda ise, idari işlem ve eylemin tanımına ilişkin olarak, aşağıdaki ifadelerle yer verilmiş, davalı Maliye Bakanlığı'nın dava konusu zarara yol açan inşaat firmasının anılan bakanlığın gözetim ve denetiminde olması nedeniyle, idarenin sorumluluğunun doğacağı belirtilmiştir:

"İdari işlem; idarenin, idare işlevi ile ilgili konularda aldığı tek taraflı, doğrudan uygulanabilen kararı olarak nitelenebilir.

İdari eylem ise; idarenin işlevi sırasında bir hareketi, bir davranışı, bir tutumu veya hareketsizliği; idari karar ve işlemle ilgisi olmayan, başka bir deyişle; öncesinde, temelinde bir idari karar veya işlem olmayan salt maddi tasarrufları ifade etmektedir.

...

Bu haliyle dava konusu uyuşmazlık, davalı idare ile şirketler arasında yapılmış kira sözleşmesinden doğmayıp, davalı Bakanlığın, dere yatağını kum ocağı olarak kiraya verme şeklindeki idari işlemlerinden ve kum ocağı işletmelerinin çevreye zarar vermemesi yolunda gerekli denetimleri yapmamasından, önlemler almamasından, bir başka deyişle hareketsiz kalarak yaptığı idari eylemden kaynaklanmaktadır.

Davalı Bakanlığın idari işlemleri ve eylemleri üzerine açılan tam yargı davasının esasını incelenerek, olayda davalı Bakanlığın hukuki sorumluluğunun belirlenmesi gerekirken, davanın görev yönünden reddedilmesinde hukuki isabet bulunmamaktadır."

²¹ İdari fonksiyon yerine getirilirken, idare kamu gücünü kullanmakta olup, kamu yararının gerçekleştirilmesi için idarenin üstün ve ayrıcalıklı yetkiler ile donatılması zorunludur (Günday, 2004, s.16).

idari başvuru iken; ihalenin tamamlanması ve sözleşmenin imzalanmasından sonra, Yüklenici ile İdare arasında sözleşmesel bir ilişki, daha doğru bir anlatımla özel hukuk ilişkisi tesis edilmiş olacağından, Yüklenicinin sözleşmeye ilişkin olarak yapacağı herhangi bir başvuru, özel hukuka ilişkin bir başvuru olacaktır.

İdareye yapılmakla birlikte, idare ile başvuru sahibinin eşit sayıldığı bir özel hukuk ilişkisine ilişkin olduğu için, fonksiyonel açıdan idari başvuru değil, özel hukuka ilişkin başvuru olarak nitelendirilen başvuruların, idari başvurulardan önemli diğer bir farkı da, ileride açılacak davaya etkili olmamalarıdır. Özel hukuk ilişkisinde taraflar, dava açmak için karşı tarafa başvuruda bulunmak zorunda olmadığı gibi, yapacakları başvuru ancak ispat hukuku açısından önem arz edebilecektir.

Menfaat unsurunda bahsi geçen, meşru ve haklı olma şartı, idari başvurunun konusu için de geçerlidir. İdari başvurunun konusu hukuka aykırı olamayacağı gibi, başvuru sahibi ile başvuru konusu arasında hukuken kabul edilebilir bir nedensellik bağının olmadığı durumlarda, geçerli ya da istenilen sonuca ulaşılabilecek bir idari başvurudan söz etmek mümkün olmayacaktır. Bu nedensellik bağı çoğu kez, yasal düzenlemelerde kanun koyucu tarafından açıkça düzenlendiğinden, yasada yer alan koşulların gerçekleşmesi nedensellik bağının tesisi için yeterli olmaktadır (Yıldırım, 2006, s.40).

Örneğin ihale doküman dosyası dahi almamış olan bir gerçek ya da tüzel kişinin, ihalenin iptali için idareye başvurması durumunda, yasada aranan nedensellik bağının kurulduğundan söz edilemez.²²

²² 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "İhalelere yönelik başvurular" başlıklı 54 üncü maddesinin 1 inci fıkrasında, "İhale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday veya istekli ile istekli olabilecekler, bu Kanunda belirtilen şekil ve usul kurallarına uygun olmak şartıyla şikayet ve itirazın şikayet başvurusunda bulunabilirler." hükmü yer almaktadır. Dolayısıyla, ihale dosyası dahi almamış olan bir gerçek ya da tüzel kişinin yapacağı başvuruda yasada öngörülen ve kabul edilen bir nedensellik bağı bulunmamaktadır.

1.1.3. Türleri

1.1.3.1. Hukuki Sonuçları Açısından

İdari başvurular, hukuki sonuçları açısından etkili ve etkisiz idari başvurular olarak sınıflandırılmaktadır.

Etkili idari başvurular, başvuru sahibinin hukuken korunan, meşru hak veya menfaatine dayanan, idareyi talep konusu işlemi yapmaya veya yapmamaya yahut eylemi gerçekleştirmeye ya da gerçekleştirilmemeye yönelten, başvuru sahibi tarafından idari davaya konu edilebilen başvurulardır. Bu tür başvurular sonucunda idarenin gerçekleştirdiği işlem ve eylemlerin hukuka uygun olmaması durumunda, yargı yerleri tarafından iptal ya da tazminat yaptırımlarına hükmedilmesi mümkündür.

Etkisiz idari başvurular ise, idareyi herhangi bir işlem yapmaya veya eylemde bulunmaya zorlamayan, idarenin başvuru yönünde hareket edip etmemekte tamamen serbest olduğu başvurulardır. İdare, etkisiz idari başvuru karşısında, başvuru yönünde işlem yapabilir. Ancak yapmasa dahi, başvuru sahibinin buna karşı iptal dava açması, daha doğru bir anlatımla sonuç alması mümkün değildir.

Bu konuda, istisna olarak 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılması Hakkında Kanun ve 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu akla gelmektedir. Zira her ikisi de, idarelere, konu ile ilgili yetkisiz de olsalar, mutlaka bir cevap verme zorunluluğu yüklemektedir.²³ Ayrıca, başvuru konusu bir talebi içeriyorsa ve talep idare tarafından yerine getirilmeyecek de olsa, cevap verme zorunluluğu ortadan kalkmamaktadır. Zira başvurunun reddedilmesi durumunda, her şeyden önce bu kararın gerekçesi ve buna karşı gidilebilecek başvuru yolları ve süreleri başvuru sahibine bildirilmek zorundadır (Kaya, 2005, s.241). Bu nedenle, anılan kanunlar çerçevesinde

²³ 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu MADDE 12.- Kurum ve kuruluşlar, bilgi edinme başvurularıyla ilgili cevaplarını yazılı olarak veya elektronik ortamda başvuru sahibine bildirirler. Başvurunun reddedilmesi hâlinde bu kararın gerekçesi ve buna karşı başvuru yolları belirtilir.

3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılması Hakkında Kanun, MADDE 7- Türk vatandaşlarının ve Türkiye'de ikamet eden yabancıların kendileri ve kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri konusunda yetkili makamlara yaptıkları başvuruların sonucu veya yapılmakta olan işlemin safahatı hakkında dilekçe sahiplerine en geç otuz gün içinde gerekçeli olarak cevap verilir. İşlem safahatının duyurulması halinde alınan sonuç ayrıca bildirilir.

yapılacak başvuruların, etkisiz idari başvurular olarak kabul edilmesi mümkün görülmemektedir.

Etkisiz idari başvurular, geniş anlamda etkisiz idari başvurular ve dar anlamda etkisiz idari başvurular olarak ikiye ayrılmaktadır (Yıldırım, 2006, s.64).

Geniş anlamda etkisiz idari başvurudan kasıt, başvuru makamının konu ile ilgili olarak kesin olarak yetkisiz olması veya işlemi yapanın üstüne başvurulması gerekirken yine işlemi yapana başvuruda bulunulmasıdır. Üste başvurulması gerekirken, bizzat işlemi yapana başvurulması durumunda, işlemin tekrar gözden geçirilmesi ve hata varsa gerekli düzeltmenin yapılması, dava yoluna başvurulmaksızın uyuşmazlığın çözülmesi ve idarenin davasız olarak hukuka uygun hareket etmesi açısından olumlu karşılanması gereken bir davranış olmakla birlikte, pratikte uygulamasına sık rastlanılmayan bir durumdur. Ayrıca, Danıştay'ın yerleşik içtihatları, İYUK 11 açısından, bu tür başvuruların dava açma süresini de durdurmayaacağı yönündedir.²⁴

Dar anlamda etkisiz idari başvurular ise, hukuken korunan hiçbir subjektif kamusal hakka dayanmadan, idarenin bir yönde davranması veya davranmamasına ilişkin olarak yapılan başvurulardır. Bu tür başvuruların, İYUK'un 10 uncu maddesi kapsamındaki başvurulardan farkı, hukuken korunan bir hakka veya menfaate dayanmamalarıdır. Örneğin tüm sınavlarını başarıyla tamamlayan bir öğrencinin, diplomanın kendisine ibrazı için fakültenin öğrenci işlerine başvurması İYUK'un 10 uncu maddesi kapsamında bir idari başvuru iken; öğrenci olmayanın diploma için başvurması dar anlamda etkisiz idari bir başvurudur.

²⁴ D.10.D., E.1984/971, K.1984/2122, T. 18.12.1984:

" ... disiplin amirinin doğrudan doğruya veya onayı ile verilen disiplin cezalarının kesin ve yeniden görüşülmesi mümkün olmayan kararlar olduğu, bu kararlara karşı başvurulabilecek bir üst idari merciin bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda olayda davacının kararın tebliği üzerine, Valilik kanalıyla Milli Eğitim Bakanlığı Yüksek Disiplin Kuruluna kararın kaldırılması yolundaki başvurusu bir üst makama ya da aynı makama başvuru niteliğinde kabul edilemeyeceğinden, bu başvurunun 16.1.1982 tarihinden itibaren işlemeye başlamış olan 90 günlük dava açma süresini durdurmayaacağı tartışmasızdır.

Olayda, 16.1.1982 tarihinde işlemeye başladığı kabul edilen dava açma süresine göre, davanın, mülga 521 sayılı Kanununun 67.maddesi uyarınca en geç 16.4.1982 tarihinde açılması gerekirken, 17.5.1982 gününde açıldığından süre aşımı nedeniyle esasını inceleme olanağı bulunmamaktadır."

1.1.3.2. Gerçekleştirildikleri Zaman Açısından

Bazı idari başvurular ortada hiçbir işlem ya da eylem yokken yapılırken, bazı idari başvurular ise idarenin bir işlem veya eyleminden sonra veya bir işlem ya da eylem üzerine yapılmaktadır.

Ortada hiçbir idari işlem veya eylem yokken yapılan başvurulara “ilk başvuru” adı da verilmektedir. Ancak bu adlandırma, bu tür idari başvuruların, idarenin gerçekleştirdiği bir işlem ya da eyleme ilişkin başvurular ile karıştırılması sonucunu doğurduğundan çeşitli açılardan eleştirilmektedir.

Örneğin Yıldırım, bu adlandırmayı;

- İdarenin gerçekleştirdiği bir işlem ya da eyleme ilişkin başvuruların da, tıpkı ortada hiçbir idari işlem veya eylem yokken yapılan başvurular gibi, başvuran açısından ilk olması,

- Yasa koyucunun iradesiyle, idarenin yapmış olduğu işlem veya eylem üzerinde iki ayrı başvuru yolunun öngörüldüğü durumların olması açılarından eleştirmektedir (Yıldırım, 2006, s.70).

Ortada hiçbir idari işlem veya eylem yokken yapılan başvurular, idareye başvuran hakkında bir işlemin yapılması veya bir eylemin gerçekleştirilmesine yönelik idari başvurulardır. Bu idari başvuru türü, İYUK'un 10 uncu maddesinin 1 inci fıkrasında düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme, “İlgililer, haklarında idari davaya konu olabilecek²⁵ bir işlem veya eylemin yapılması için idari makamlara başvurabilirler.” şeklindedir.

Bazı idari başvurular ise, idarenin bir eylem veya işleminden sonra veya o işlem ya da eylem üzerine yapılan başvurulardır. Bu tür başvuruları itiraz olarak adlandıran yazarlar da bulunmaktadır. Duran ise bu tür başvurulara muahhar müracaatlar adını vermektedir.²⁶

²⁵ Kanun maddesi, daha önce değindiğimiz etkili idari başvuru tanımındaki “idari davaya konu olabilme” hususunu açıkça düzenlemiştir. Başka bir anlatımla, etkisiz idari başvurular sonucunda idarenin hareketsiz kalmasının, İYUK 10 uncu madde kapsamında idari davaya konu edilmesi imkanı bulunmamaktadır.

²⁶ Duran (1946, s.143).

Bu tip idari başvurular İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 11 inci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre,

“İlgililer tarafından idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde istenebilir.”

1.1.3.3. Başvuru Makamı Açısından

İdari başvurular, başvuru yapılan makam açısından da çeşitli sınıflara ayrılabilir.

İdari başvuruyu gerçekleştiren makamın üstünde başka bir makamın olmaması durumunda işlemi yapan makama başvurudan söz edilmektedir. Bu tür başvurular, işlemi yapan makama başvurulması açısından yukarıda değinilen geniş anlamda etkisiz idari başvurulara benzemekle birlikte, aradaki belirgin fark, bu idari başvurularda başvurulacak bir üst makamın olmamasıdır. İşlemi yapan makama başvuru, idari dava açma süresini durdurmaktadır.²⁷

İdari başvuruyu gerçekleştiren makamın üstünde başka bir makamın olması durumunda ise idari başvuru bu makama yapılmakta ve buna hiyerarşik başvuru adı verilmektedir. Bu başvuru türüne ilişkin olarak en önemli düzenlemeler, İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK)'nun 11; Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu (AYİMİK)'nin 34 ve 35 inci maddelerinde yer almaktadır. Hiyerarşik başvurular, hiyerarşik amire, astının hukuka uygun olmadığı iddia edilen işlemi geri alma, kaldırma, iptal etme ya da değiştirme yolu ile, uyuşmazlığın yargı mercilerine intikal etmeksizin çözülmesini sağlama fırsatı yaratmak suretiyle kamu hizmetlerinin olması gerektiği gibi yürütülmesine katkıda bulunurken, aynı zamanda kişilerin haklarının korunması açısından da önemli bir rol üstlenmektedir. İdari fonksiyonun gereği olan ve kamu yararının gerçekleştirilmeye yönelik işlemlerin süratli, idari teamüllere ve hukuka uygun bir biçimde yerine getirilmesi için zorunlu olduğundan, hiyerarşi yetkisinin kullanılması için açık bir yasal dayanağın

²⁷ 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Madde 11: 1- İlgililer tarafından idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde istenebilir. Bu başvuruda, işlemeye başlamış olan idari dava açma süresini durdurur.

varlığı gerekmemektedir. Böylece hiyerarşik amirin, astın işlemleri üzerinde, onun yerine geçerek işlem yapmak hariç, her türlü tasarruf yetkisi bulunduğundan, amir, astının hukuka aykırı olduğunu düşündüğü veya yerinde bulmadığı her türlü işlemi geri almak, değiştirmek veya kaldırmak suretiyle hiyerarşik başvurunun gereğini yerine getirebilecektir.

Başvuru makamına göre yapılan sınıflandırmada, bir diğer idari başvuru türü, idari vesayet makamlarına yapılan idari başvurulardır. Kişiler, yerinden yönetim ilkesine göre örgütlenen kamu tüzel kişilerinin kararları veya işlemlerinin hukuka uygun ve/veya yerinde olmadığını düşündükleri takdirde, kanun koyucu tarafından yasada açıkça düzenlenmek koşuluyla, yasada gösterilen vesayet makamlarına başvurabilirler. Vesayet makamlarına başvuru, dayanağını Anayasanın 127 nci maddesinin 5 inci fıkrasında;

“Merkezi idare, mahalli idareler üzerinde, mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idari vesayet yetkisine sahiptir.”

ifadeleri ile bulmaktadır.

Günday; temel olarak, merkezi yönetim kuruluşlarının yerinden yönetim kuruluşlarının kararları üzerinde kullandığı bir yetki olan vesayet yetkisinin, zamanla bir kamu tüzel kişisinin başka bir kamu tüzel kişisi üzerindeki denetim yetkilerini de kapsayacak şekilde anlaşıldığını belirtmektedir (Günday, 2005, s.34).

İdari vesayet makamlarına yapılan idari başvurularda, hiyerarşik başvuruların aksine, vesayet makamının yetkileri yasa ile sınırlıdır. Açık yasal dayanak olmadıkça, vesayet makamı, idari başvuru konusu işlemi yapan yerinden yönetim idaresinin kararına dokunamaz, yasada yapabileceği belirtilen işlemler haricinde bir tasarrufta bulunamaz, özellikle de onun yerine

geçerek karar alamaz.²⁸ Bu, idari vesayet hiyerarşinin aksine, olağan değil istisnai bir yetki olmasından kaynaklanmaktadır. Vesayet makamının, kendisine yasa ile verilen vesayet yetkisini aşması veya hiç verilmeyen bir yetkiyi kullanmaya kalkması durumunda, vesayet yetkisinin istisnai ve ayrıksı; yerinden yönetim kuruluşlarının özerk olması ilkeleri ihlal edilmiş olacaktır.²⁹

Bir başka idari başvuru türü olan idari eylem başvurularında ise, idarenin eylemi nedeniyle zarara uğrayan bireylerin, dava açmadan önce, ilgili idareye başvurarak zararlarının tazminini talep etmeleri söz konusu olmaktadır. İdari eylem başvuruları İYUK'un 13 üncü maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre, idari eylemler dolayısıyla hakları ihlal edilmiş olanların, dava açmadan önce, zarara sebep olan eylemleri öğrenmelerinden itibaren bir yıl ve her durumda eylemin gerçekleşme tarihinden itibaren beş

²⁸ D.8.D., E.1996/1937, K.1999/649, T.23.02.1999:

"... Belediye Encümeni tarafından bir işyerinin faaliyetten men'i ve para cezasıyla cezalandırılması yolunda verilen ... gün ve ... sayılı işlemin iptaline ilişkin Ankara Büyükşehir Belediye Encümeni'nin gün ve ... sayılı işleminin iptali istemiyle açılan davada; ilçe belediye encümeninin her kararının büyükşehir belediye organlarıca onanacağı yolunda bir yasal düzenleme bulunmadığı, 3030 sayılı Yasanın 24. maddesinde öngörülen ihtilafların giderilmesi yolunun ise farklı uygulamaları ortadan kaldırmak amacıyla büyükşehir belediye meclisince yönlendirici ve düzenleyici tedbirlerin alınmasını amaçladığı, ilçe belediyeleri ve büyükşehir belediyelerinin görev ve yetkilerinin 1580 ve 3030 sayılı Yasalarda açıkça düzenlendiği, ilçe belediyelerinin yasayla görevli bulunduğu konularda etkili idari tasarruflarda bulunacakları konusunda kuşkuyla yer olmadığı, bu durumda yasalarda açıkça belirtilen istisnalar dışında büyükşehir belediyesinin ilçe belediyesi üzerinde vesayet yetkisi ve hiyerarşik üstlük yetkisinden söz edilemeyeceği açık olup, ilçe belediyesinin üçüncü bir kişi hakkında tesis ettiği işlemin kaldırılması yolundaki dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemi iptal eden ... İdare Mahkemesinin ... gün ve ... sayılı kararının; Çankaya Belediyesi Encümeni tarafından tesis edilen işlemin belediyelerin ruhsat verme yetkisinin bulunmadığı yerlerden olan bir televizyon stüdyosunu ilgilendirdiği üçüncü kişinin başvurusu üzerine ihtilafın giderilmesi yolunda tesis edilen işlemin hukuka uygun olduğu öne sürülerek 2577 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca temyizden incelenerek bozulması istemidir.

İdare ve Vergi Mahkemeleri tarafından verilen kararların temyiz yolu ile incelenip bozulabilmeleri 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasasının 49.maddesinin 1.fıkrasında yazılı nedenlerin bulunmasına bağlıdır. İdare Mahkemesince verilen kararın dayandığı gerekçe Usul ve Yasaya uygun olup, bozulmasını gerektiren bir neden bulunmadığından, temyiz isteminin reddi ile anılan kararın onanmasına karar verildi."

²⁹ D.8.D., E.2001/3979, K.2001/2583, T.07.05.2002:

"... Anayasanın 127.maddesiyle; hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, kamu yararına olan yerel ihtiyaçların yasal sınırlar içinde karşılanması amacıyla merkezi yönetime, yerel yönetimler üzerinde vesayet yetkisi tanınmıştır. Ancak yerel yönetim birimlerinin birbirleri üzerinde vesayet yetkisi bulunmamaktadır.

3030 sayılı Büyükşehir Belediyelerinin Yönetimi Hakkında Kanun ile Uygulama Yönetmeliğinin; büyükşehir belediyelerine, ayrı tüzel kişiliğe sahip büyükşehir ilçe belediyeleri üzerinde hizmetlerin koordinasyonu yönünden gözetim, yönlendirme ve denetim vermeyi amaçladığı, bu konuda doğabilecek uyumsuzlukların çözüm yolunu gösterdiği, ancak bu yetkinin sınırı yasada belirlenmediği gibi, aksine davranışta bulunanlara uygulanması gereken yaptırımlara da yasada yer verilmediği, uygulama yönetmeliğinde yer alan imarla ilgili konularda ve ilçe belediyelerince yapılan hizmetlerin etkinliğini sağlayıcı tedbirlerin alınmasında, büyükşehir belediye başkanına ya da onun görevlendireceği personele tanınan kontrol ve denetim yetkisinin, 3152 sayılı İçişleri Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanununun 15. ve 38. maddeleriyle İçişleri Bakanlığı Teftiş Kurulu Müfettişlerine ve Mahalli İdareler Kontrolörlerine tanınan teftiş ve soruşturma yetkisiyle çeliştiği anlaşılmaktadır.

Bu itibarla; 3030 sayılı Yasanın 6/b maddesi ile 14/n maddesinde sözü edilen, büyükşehir belediyelerinin, büyükşehir ilçe belediyeleri üzerindeki denetleme yetkisinin; araştırma, inceleme, bilgi ve belge isteme hakkıyla sınırlı olduğu açıktır.

Olayda ise; davalı ... Büyükşehir Belediye Başkanlığı tarafından, davacı ... Belediyesini denetlemek ve kontrol etmek için bir heyet görevlendirildiği görülmektedir.

Bu durumda; Anayasa'nın ve Yasaların öngörmediği bir yetkinin kullanılması durumunu ortaya çıkaran dava konusu işlemde ve bu işlemin iptali için açılan davayı reddeden Mahkeme kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır."

yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri zorunludur.³⁰

İdarenin yaptığı idari işlemler hukuka aykırı olabileceği gibi gerçekleştirdiği hukuka aykırı idari eylemler kişilere zarar verebilmektedir. Anayasanın 125 inci maddesi karşısında İdarenin eylem ve işlemlerine karşı yargı yoluna gidilebileceği ve dolayısıyla idarenin eylem ve işlemlerinin sonuçlarından sorumlu olacağı açık olmakla birlikte, kanun koyucu, zarara neden olan eylemi yapan makamın ita amiri tarafından zararın tazmin edilebilmesine ve böylece uyuşmazlığın yargıya intikal ettirilmeksizin çözümüne olanak sağlamak amacıyla İYUK ve AYİMK'de idari eylem başvurularına ilişkin düzenlemeler yapmıştır.

İdari eylem başvurularının yapılacağı ilgili idare ya da yetkili makamın tespiti açısından farklı görüşler ileri sürülmüştür. Örneğin Gözübüyük, başvuru makamının İdari yargı önünde davalı olabilme yeteneğine sahip idari birimler olduğunu savunurken, Yıldırım, bu görüşe katılmamaktadır. Yıldırım'a göre, iptal davalarında, idari işlemin hukuka aykırı olup olmadığı denetlendiğinden, davalı olma yeteneğinin çok fazla önemi bulunmamaktadır. Oysa tam yargı davalarında ödenmesi talep edilen maddi bir karşılık (tazminat) söz konusu olduğundan, idari eylem başvurusunun zarara neden olan eylemi gerçekleştiren idari makamın ita amiri³¹ pozisyonundaki makama yapılması gerekir (Yıldırım, 2006, s.99).

İdari başvuruların yapıldıkları makama göre sınıflandırılmasında son idari başvuru türü, disiplin hukukuna ilişkin kurul başvurularıdır. Bu başvurular

³⁰ Doğrudan doğruya tam yargı davası açılması:

"Madde 13

1. İdari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gereklidir. Bu isteklerin kısmen veya tamamen reddi halinde, bu konudaki işlemin tebliğini izleyen günden itibaren veya istek hakkında altmış gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren dava süresi içinde dava açılabilir.

2. Görevli olmayan adli ve askeri yargı mercilerine açılan tam yargı davasının görev yönünden reddi halinde sonradan idari yargı mercilerine açılacak davalarda, birinci fıkrada öngörülen idareye başvurma şartı aranmaz."

Paralel bir düzenleme AYİMK Madde 43'te yer almaktadır.

³¹ "İta amiri", 1050 sayılı Muhasebe-i Umumiye Kanunu'nda yer alan bir unvan olup, söz konusu kanun 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Denetim Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır. 5018 sayılı Kanun'da ita amiri yerine "harcama yetkilisi" unvanı getirilmiş olup, harcama yetkilisi, anılan Kanunun 31 inci maddesinde "Bütçeyle ödenek tahsis edilen her bir harcama biriminin en üst yöneticisi harcama yetkilisidir." şeklinde tanımlanmıştır.

Yılmaz, harcama yetkilisinin ita amirinin karşılığı olduğunu belirtmektedir (Yılmaz, 2009, s.11).

disiplin cezasına muhatap olan ilgili tarafından yapılabildiği gibi, kamu görevi olarak yapılan başvurular³² şeklinde de ortaya çıkabilmektedir.

Disiplin hukukunda, itiraz mercileri, disiplin cezasını veren yetkili amirin varsa bir üst disiplin amiri, yoksa disiplin kurullarıdır. Üst disiplin amirleri veya disiplin kurulları itiraz halinde, kararı gözden geçirerek verilen cezayı aynen kabul edebilecekleri gibi cezayı hafifletebilir veya tamamen kaldırabilirler. Üst disiplin amirleri veya disiplin kurullarının verilen disiplin cezasında daha ağır bir ceza verme yetkileri yoktur. İtiraz mercileri, itiraz dilekçesi ile karar ve eklerinin kendilerine intikalinden itibaren 30 gün içinde kararlarını vermek zorundadırlar (Söyler, 2008, s.101).

1.1.3.4. Başvuru İradesi Açısından

İdari başvuruların sınıflandırılmasında belki de en önemli ayırım, ihtiyari idari başvuru-zorunlu idari başvuru ayırımıdır. Zira başvurunun zorunlu olup olmamasına göre, bazı durumlarda başvuru sahibinin yargı yoluna başvurma hakkı ortadan kalkmaktadır.

Kural olarak, herhangi bir konuda idari başvuru yapıp yapmamak bireyin iradesine bağlıdır. Başka bir anlatımla kişiler, idari makamlara başvurmaksızın doğrudan doğruya yargıya da başvurabilirler. Bu, Anayasanın 36 ncı maddesinde; “Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.” şeklinde ifadesini bulan hak arama hürriyetinin doğal bir sonucudur. Yapılıp yapılmaması bireylerin iradesine ya da kamusal makamların takdirine bırakılan idari başvurulara ihtiyari idari başvurular denilmektedir.

İhtiyari idari başvurularda, eğer idari başvuru yapılmazsa, doğal olarak bunun ağır bir yaptırımının da olmaması gerekir. Aksi takdirde başvurunun ihtiyari olmasının bir anlamı olduğundan söz edilemez. Kural

³² Bazı durumlarda, disiplin cezası verme yetkisi disiplin kurullarına veya yüksek disiplin kurullarına verilmekte, disiplin amiri gerekli cezanın verilmesi için bu kurullara başvurmaktadır. Bu başvurular bireysel haktan değil kamu görevinden kaynaklanmaktadır.

olarak ihtiyari idari başvuruların yapılmaması karşısında hukuki bir yaptırım uygulanmaması gerekir.³³

Bununla birlikte, bazen ihtiyari idari başvuruda bulunmamanın sınırlı ve dolaylı da olsa bir yaptırımı olabilmektedir. Örneğin haklarında yapılan bir idari işlemin hukuka aykırı olduğunu düşünenler, İYUK'un 11. madde çerçevesinde bir üst makama ya da üst makam yoksa işlemi yapan makama gereği için idari başvuru yapmazlarsa dava açma süresi durmayacak, işlemeye devam edecektir. Bunun dışında, ortada hiçbir idari işlem yokken yapılan idari başvurularda da, idari başvurunun yapılmamasının sonucu olarak idarenin hareketsiz kalması, hiçbir işlem veya eylem yapmamasıdır.

İhtiyari idari başvurular, bazı durumlarda, kamusal makamların takdirine de bağlı olabilmektedir. Bu tür idari başvurularda, başvuruda bulunma yetkisi verilen kamusal makama bağlı yetki değil takdir yetkisi verilmiş, idari başvuruda bulunup bulunmama seçimi kendisine bırakılmıştır. Bununla birlikte, idarenin kendi içerisinde gerçekleştirdiği iç denetim esnasında hesap verilebilirlik açısından, başvurunun yapılma veya yapılmama gerekçelerinin, ilgili kamusal makam ya da kamu görevlisinden sorulabilme ihtimali her zaman mevcuttur.

Bazen de, kanun koyucu, dava açabilmek için, dava açmadan önce ya da farklı bazı durumlarda idari makamlara başvurmayı zorunlu kılmıştır. Bu tür idari başvurulara zorunlu idari başvuru denilmektedir.

Zorunlu idari başvuruların en karakteristik örneği, dava açmadan önce idari makamlara başvurunun zorunlu kılınması olmakla birlikte, bazı durumlarda dava söz konusu olmasa dahi, yasalarda veya düzenleyici işlemlerle idari başvuru yapılması zorunluluğu getirilebilmektedir. Örneğin askerlik işlemleri, inşaat ruhsatı işlemleri ya da ilköğretime kayıt işlemlerinde de idari başvuru yapmak zorunludur. Ancak bu örneklerde, dava açmadan önce başvurma zorunluluğundan ve bireyin menfaatlerinden ziyade vatandaşlık ödevi veya kanuni zorunluluk ön plana çıkmaktadır.

³³ Yıldırım, aksi takdirde hak arama özgürlüğünün idari işlemlerle veya yargı kararları ile ortadan kaldırılmış olacağını, bunun ise Anayasanın 13 üncü maddesine aykırı olacağını dile getirmektedir (Yıldırım, 2006, s.112).

İdari eylem başvuruları, zorunlu idari başvuruların en önemli örneğini teşkil etmektedir. İdari eylemler dolayısıyla zarara uğrayan bireylerin, dava açmadan önce, kanuni süresi içerisinde ilgili idareye zararlarının tazmini için başvurmaları zorunludur. Başka bir söyleyişle, doğrudan doğruya yargı merciine başvurmaları mümkün değildir. Bunun istisnası, İYUK'un 13 üncü maddesinin 2 nci fıkrasında düzenlemiştir. O da, görevli olmayan adli ve askeri yargı mercilerine açılan tam yargı davasının görev yönünden reddi halinde sonradan idari yargı mercilerine açılacak davalarda, ilgili idareye başvuru zorunluluğunun olmaması durumudur.

İdari eylem başvuruları dışında, idari işlemlere karşı dava açılmadan önce, idareye ya da idari makamlara başvuru da kanunen zorunlu olabilmektedir. Tezin de konusunu oluşturan 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'ndaki idari başvurular, zorunlu idari başvurunun en önemli örneklerindedir. Anılan Kanun'un İhalelere Yönelik Başvurular başlıklı 54 üncü maddesinin 2 nci fıkrasında "Şikayet ve itirazın şikayet başvuruları, dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu idari başvuru yollarıdır." denilerek bu husus açıkça hükme bağlanmıştır. Şikayet ve itirazın şikayetin zorunlu idari başvuru olarak öngörülmesi ile, diğer zorunlu idari başvurularda da olduğu üzere, kanun koyucu ihale işlemlerine ilişkin uyuşmazlıkların, yargı önüne gelmeden önce hızlı ve uzman kişiler (Kamu İhale Kurulu üyeleri ve uzmanları) eliyle çözülmesini, böylece yargı mercilerinin yükünü hafifletirken aynı zamanda uyuşmazlıkların kısa süre çözülmesini ve idarelerin ihale işlemlerinde daha dikkatli ve özenli olmalarını sağlamayı hedeflemiştir.³⁴

³⁴ 4734 sayılı Kanunun 54 ve 55 inci maddelerinin gerekçeleri:

Madde 54. - Bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun ihale yapılmaması nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya uğrayacağını iddia eden bütün isteklilerin yazılı şikâyet suretiyle "İnceleme Talebinde Bulunulması ve Şikâyetlerin İncelenmesi" bölümünde belirtilen hükümler çerçevesinde inceleme talebinde bulunmasına imkân tanınmıştır.

Madde 55: İstekliler tarafından şikâyetin öncelikle ihaleyi yapan idareye yapılması ve sulhen çözülmeye çalışılması öngörülerek, idare tarafından incelemeye ve Kuruma başvuruda bulunma hallerine ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

1.2. Kamu İhalelerine İlişkin Özel Başvurular³⁵

1.2.1. Genel Olarak

Ülkemizde bir idari usul kanunu olmadığı için, idari yargıya konu olabilecek idari uyuşmazlıklara yönelik idari başvurulara ilişkin olarak İYUK ve AYİMK'de sınırlı sayıda düzenleme yer almaktadır.³⁶ Örneğin İYUK'un 10, 11 ve 13 üncü maddelerinde, sırasıyla; ortada hiçbir idari işlem yokken idareye bir işlem veya eylemde bulunması için, daha önce yapılmış bir idari işleme yönelik olarak kanunda sayılan işlemlerin gerçekleştirilmesi için ve son olarak bir idari eylem nedeniyle zarara uğrayan kişinin zararının tazmini için ilgili idareye yapılacak genel idari başvurular düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler, kural olarak tüm idari başvurulara uygulanabilir niteliktedir.

Bunun dışında, 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılması Hakkında Kanun'un 1 inci maddesi, bireylerin siyasal başvuru hakkının yanında idari başvuru hakkına da dayanak teşkil eder. Bireyler, kamu hizmetlerinin yürütülmesi, idarenin denetlenmesi, yönetime katılma, hizmetten yararlanma gibi amaçlarla dilekçe hakkını kullanabilir (Yıldırım, 2006, s.57).

Yukarıda bahsi geçen idari başvurulara, tüm idari başvurulara uygulanabilir nitelikte oldukları göz önünde bulundurularak, genel idari başvurular denilebilir.

Bununla birlikte, idarenin bazı faaliyetleri, karmaşık, teknik ve/veya uzmanlık gerektirir özellikler taşıyabilmektedir. İdarenin bu tür faaliyetlerine yönelik olarak, kanun koyucu özel bazı düzenlemeler getirmekte, hem yargı yerlerine başvurulmadan önce uyuşmazlıkların idari denetim yollarıyla hallini, hem de o faaliyete ilişkin işlemlerin hızlı ve etkili bir biçimde yapılabilmesi için

³⁵ Tezin bundan sonraki kısımlarında, "4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda düzenlenen idari başvurular", "özel idari başvurular" olarak anılacaktır.

³⁶ Dağınık düzenlemeleri bir çatı altında toplamak, hukuk devletini gerçekleştirmek, hukuki istikrarı, demokratik yönetimi sağlamak, adil, eşit ve tarafsız bir idari işlevi gerçekleştirmek, sosyal devleti gerçekleştirmek, yargı organlarına yardımcı olmak gibi gerekçelerle, idari usulün düzenlenmesi gerektiği birçok eserde dile getirilmektedir (Akyılmaz, 1998, s.42; Akyılmaz, 2000, s.85; Yılmaz, D., 2007, s.9).

uygulamaya yön vermeyi ve açıklık getirmeyi amaçlamaktadır³⁷. İşte bu tür uzmanlık gerektiren konularla ilgili olarak, kanun koyucunun özel düzenlemelerine konu olan idari başvurulara özel idari başvurular denilebilir.

Özel idari başvurular, çeşitli kanunlarda ve onlara bağlı mevzuatlarda düzenlenmişlerdir. Çoğunlukla, literatürde Bağımsız İdari Otoriteler olarak anılan kurumlara, bu kurumların denetim fonksiyonları kapsamındaki konularda yapılan özel idari başvurulardan, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında yapılanlar tezin konusu oluşturmaktadır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile ihalelere ilişkin getirilen idari usulün önemli birer parçası olan idareye şikâyet başvurusu ve itirazın şikâyet başvurusu, kamu ihalelerine ilişkin eylem ve işlemlerin ihaleyi yapan idare ile bağımsız bir idari otorite olan Kamu İhale Kurumu tarafından idari olarak denetlenmesine imkân sağlamaktadır (Öztürk, 2009, s.130). 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve bağlı mevzuat,³⁸ ihale aşamasında, idareler tarafından yapılan işlemlere karşı yapılacak idareye şikâyet ve Kamu İhale Kurumu'na itirazın şikâyet müesseseleri gibi zorunlu idari başvurular yanında, bazı ihtiyari idari başvuru türlerine de³⁹ yer vermiştir.

İdareye şikâyet, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun İdareye Şikâyet Başvurusu başlığını taşıyan 54 üncü maddesinde düzenlenmiştir. Kanuna göre idareye şikâyet başvurusu, ihale sürecindeki işlem veya eylemlerin hukuka aykırılığı iddiasıyla bu işlem veya eylemlerin farkına varıldığı veya farkına varılmış olması gereken tarihi izleyen günden itibaren yasal süre içerisinde ve sözleşmenin imzalanmasından önce, ihaleyi yapan idareye yapılır.

³⁷ 4734 sayılı Kanununun 53 üncü maddesinin gerekçesi:

"Madde 53. Uluslararası ihale mevzuatına uyum sağlamak üzere, kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip bir kurum kurulması gereği ortaya çıkmıştır. Bu nedenle uluslararası örneklere paralel olarak; ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içinde idarece yapılan işlemlerde mevzuata aykırılık bulunduğuna ilişkin şikâyetleri incelemek ve sonuçlandırmak, bütün ihale mevzuatını hazırlamak ve uygulamayı yönlendirmek, kamu ve özel sektöre eğitim vermek, ihalelerle ilgili istatistikler oluşturmak ve yayımlamak, haklarında yasaklama kararı verilenlerin sicillerini tutmak ve maddede belirtilen diğer görevleri yapmak üzere Kamu İhale Kurulu, Başkanlık ve hizmet birimlerinden oluşan Kamu İhale Kurumu kurulmuştur. ..."

34 nolu dipnottaki madde gerekçelerinde de benzer ifadelere yer verilmektedir.

³⁸ Bağılı mevzuat ifadesinden, ihale uygulama yönetmelikleri, İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik, İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Tebliğ ve 2009 yılı Kamu İhale Genel Tebliği anlaşılmalıdır.

³⁹ İhale doküman dosyasına yönelik açıklama talebi, zeyilname düzenlenmesi hali, iş deneyim belgesi talebi gibi.

İdari başvuruların sınıflandırılması açısından baktığımızda, idareye şikayet başvurularının;

- Etkili idari başvurular,
- Bir idari işlem veya eylemden sonra yapılan idari başvurular,
- İşlemi yapan makama yapılan idari başvurular,
- Zorunlu idari başvurular

olduklarını görmekteyiz.

İdareye şikayet başvuruları, etkili idari başvurulardır. Çünkü, şikayet başvurusunu alan idare, kanuni süresi içerisinde bir karar almak ve kararı ilgililere tebliğ etmek zorundadır. Karar almaması durumunda da, yasal karar alma süresinin bitiminden sonra şikayet başvurusu sahibinin Kamu İhale Kurumu'na itirazın şikayet başvurusunda bulunma hakkı bulunmaktadır.

İdareye şikayet başvuruları, bir idari işlem veya eylemden sonra yapılan idari başvurulardır. Zira, idarenin hukuka aykırı bir işlem ya da eylemine yönelik olarak yapılmaktadırlar.

İdareye şikayet başvuruları, işlemi yapan makama yapılan idari başvurulardır. Çünkü, başvuruya konu olacak hukuka aykırı işlem ya da eylemi yapan idare ile başvuru yapılan aynı idaredir. Şikayet başvurusu sonucunda, incelemenin ihale yetkilisi tarafından bizzat veya ihale yetkilisinin yetkilendireceği kişi ya da kişilerce yapılması da sonucu değiştirmez. Zira başvuruya konu işlem ya da eylemi yapan idare yetkilisi, ihale komisyonu ve ihale yetkilisi aynı idare kapsamında bulunmaktadır.

İdareye şikayet başvuruları, zorunlu idari başvurulardır. Bu husus, Kanunun İhalelere Yönelik Başvurular" başlıklı 54 üncü maddesinin 2 nci fıkrasında "Şikayet ve itirazın şikayet başvuruları, dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu idari başvuru yollarıdır." şeklinde açıkça ifade edilmektedir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve bağılı mevzuatta düzenlenen diğere zorunlu idari başvuru türü Kamu İhale Kurumu'na yapılan itirazden şikayet başvurusudur. Bu idari başvuru türü, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun Kuruma İtirazen Şikayet Başvurusu başlıklı 56 ncı maddesinde düzenlenmiştir.

Buna göre, idareye şikayet başvurusunda bulunan veya idarece alınan kararı uygun bulmayan aday, istekli veya istekli olabilecekler tarafından yasal süresi içerisinde, sözleşme imzalanmadan önce itirazden şikayet başvurusunda bulunulabilir. İhalenin iptaline ilişkin işlem ve kararlardan, sadece şikayet ve itirazden şikayet üzerine alınanlar itirazden şikayete konu edilebilir ve bu kararlara karşı yasal süresi içerisinde doğrudan Kamu İhale Kurumu'na başvuruda bulunulabilir.

Kamu İhale Kurumu itirazden şikayet başvurularını başvuru sahibinin iddiaları ile idarenin şikayet üzerine aldığı kararda belirlenen hususlar ve itiraz edilen işlemler bakımından eşit muamele ilkesinin ihlal edilip edilmediği açılarından inceler. İdare tarafından şikayet veya itirazden şikayet üzerine alınan ihalenin iptal edilmesi işlemine karşı yapılacak itirazden şikayet başvuruları ise idarenin iptal gerekçeleriyle sınırlı olarak incelenir.

4734 sayılı Kanunda belirtilen sürelerle ve usule uyulmadan sözleşme imzalanmış olması veya itirazden şikayet başvurusundan feragat edilmesi itirazden şikayet başvurusunun incelenmesine engel teşkil etmez.

İdari başvuruların sınıflandırılması açısından baktığımızda ise, itirazden şikayet başvurularının;

- Etkili idari başvurular,
- Bir idari işlem veya eylemden sonra yapılan idari başvurular,
- Zorunlu idari başvurular

olduklarını görmekteyiz.

İtirazen şikayet başvuruları, etkili idari başvurulardır. Çünkü, şikayet başvurusunu alan Kamu İhale Kurumu, kanuni süresi içerisinde bir karar almak ve kararı ilgililere tebliğ etmek zorundadır. Karar almaması durumunda da, yasal karar alma süresinin bitiminden sonra şikayet başvurusu sahibinin, yasal dava açma süresi içerisinde, idari yargıda dava açma hakkı bulunmaktadır.

İtirazen şikayet başvuruları, bir idari işlem veya eylemden sonra yapılan idari başvurulardır. Zira, idarenin, kendisine yapılmış olan şikayet başvurusu üzerine verdiği karara ya da yasal süresi içerisinde hiçbir karar vermemesi üzerine Kamu İhale Kurumu'na yapılmaktadırlar.

İtirazen şikayet başvuruları, zorunlu idari başvurulardır. İdareye şikayet başvurusu hususunda da değinildiği üzere, bu husus, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun İhalelere Yönelik Başvurular başlıklı 54 üncü maddesinin 2 nci fıkrasında açıkça hükme bağlanmıştır.

İdari başvuruların, başvuru makamına göre sınıflandırılması açısından bakıldığında, itirazen şikayet başvurularının kendine özgü (sui generis) bir nitelik arz ettiği görülmektedir.

İtirazen şikayet başvuruları, işlemi yapan makama yapılmamaktadır. Zira Kamu İhale Kurumu, şikayet konusu işlem ya da eylemi gerçekleştiren idareden farklı, bağımsız bir idari otoritedir.

İtirazen şikayet başvurusu, hiyerarşik başvuru da değildir. Çünkü Kamu İhale Kurumu, başvuru konusu işlem ya da eylemi gerçekleştiren idarenin hiyerarşik olarak üstünde yer almamaktadır.

İtirazen şikayet başvurusu, idari vesayet başvurusu da değildir. Çünkü Kamu İhale Kurumu'nun başvuru konusu işlem ya da eylemi gerçekleştiren idarenin üzerinde herhangi bir vesayet yetkisi bulunmamaktadır. Zira, vesayet yetkisi, merkezi idarenin yerinden yönetim tüzel kişileri üzerinde sahip olduğu bir yetkisi olarak tanımlanmakta, Kamu İhale Kurumunun denetim yetkisi ise sadece yerinden yönetim kamu tüzel kişilerini değil, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na tabi olan ve kamu kaynağı

kullanarak ihale işlemleri yapan tüm idareleri kapsamaktadır. Ayrıca Kamu İhale Kurumu, bağımsız bir idari otorite olup, organik ve işlevsel bağımsızlığa sahip bulunmakta, merkezi idare kapsamında yer almamaktadır (Ulusoy, 2003, s.15; Uygur, 2007, s.85, s.249).

Ancak vesayet yetkisinin, aynı zamanda, bir kamu tüzel kişinin başka bir kamu tüzel kişisi üzerinde sahip olduğu yetkiyi de kapsayacak şekilde anlaşılması durumunda, Kamu İhale Kurumu'na yapılan itirazın şikayet başvurularının, vesayet başvurusu olduğu söylenebilecektir.⁴⁰

1.2.2. Özel İdari Başvuruların Genel İdari Başvurularla İlişkisi

1.2.2.1. Özel İdari Başvuruların Varlığı, Genel İdari Başvurulara Gidilmesine Engel midir?

İdari başvuruların, her şeyden önce hak arama özgürlüğü açısından önemli bir araç olduğunu daha önce belirtmiştik. Etkili ve sonuç alınabilir idari başvuruların varlığı, bireylerin uzun ve mali yük getiren yargı yoluna gitmeksizin haklarını korumaları açısından hak arama özgürlüğünü daha da ileri götürmektedir. Anayasa Mahkemesi bir kararında⁴¹ hak arama özgürlüğünü, "Hak arama özgürlüğü, insan varlığını soyut ve somut değerleriyle koruyup geliştirmek amacıyla hukuksal olanakları kapsamlı biçimde sağlama, bu konuda, tüm yollardan yararlanma hakkını içerir." şeklinde tanımlamaktadır.

Hak arama özgürlüğü, meşru yollardan yapılmak kaydıyla her türlü hukuksal yola başvurulabilme hakkı olarak anlaşıldığında, kural olarak, özel idari başvuru türlerinin varlığının genel idari başvurulara gidilmesine engel teşkil etmemesi gerektiği düşünülebilir. Genel idari başvurular olarak tanımladığımız, idarenin idari işlem ve eylemlerinin yargı mercileri tarafından denetlenmesinden önce, bireylerin gene işlemi yapan ya da eylemi gerçekleştiren idareye yaptıkları başvurular ile 3071 sayılı Dilekçe Hakkının

⁴⁰ Örneğin Günday, temel olarak, merkezi yönetim kuruluşlarının yerinden yönetim kuruluşlarının kararları üzerinde kullandığı bir yetki olan vesayet yetkisinin, zamanla bir kamu tüzel kişinin başka bir kamu tüzel kişisi üzerindeki denetim yetkilerini de kapsayacak şekilde anlaşıldığını belirtmektedir (Günday, 2005, s.33).

⁴¹ İlgili Anayasa Mahkemesi kararı, 17 numaralı dipnotta yer almaktadır.

Kullanılması Hakkında Kanunun 1 inci maddesi⁴² kapsamında herhangi bir konu ile ilgili olarak idareye dilekçe ile yapılan başvurular, hak arama özgürlüğü çerçevesinde, kişilerin her zaman başvurabilecekleri birer hukuksal yol olmalıdırlar.

Öncelikle, ihtiyari özel idari başvuruların genel idari başvurulara gidilmesine engel teşkil etmediğini belirtmek gerekir. Örneğin, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamındaki bir ihale sonucunda imzalanan sözleşmenin gerektirdiği edimleri yerine getiren yüklenicinin, idareye iş deneyim belgesi talebi ile başvurması özel bir idari başvuru olduğu gibi ihtiyari bir idari başvurudur. İş deneyim belgesi almak, yüklenicinin yararına olup, söz konusu belge için talepte bulunup bulunmamak tamamen kendi iradesine bağlıdır. İş deneyim belgesinin düzenlenmesi ve yükleniciye verilmesine ilişkin olarak 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve bağlı mevzuattaki düzenlemeler, konu ile ilgili olarak yapılacak genel bir idari başvuru yapmaya engel teşkil etmez. Örneğin talebi reddedildiği takdirde, yüklenicinin bir dilekçe ile idareye başvurarak red gerekçelerini sorabileceği veya İYUK 11 inci madde çerçevesinde reddi içeren cevap yazısını tebellüğ ettiği tarihten itibaren altmış gün içerisinde, bu işlemi geri alması için idareye ya da doğrudan idare mahkemesine başvurabileceği konusunda tereddüt bulunmamaktadır.

Zorunlu idari başvurular söz konusu olduğunda ise durum aynı olmayabilmektedir. Zira zorunlu bir idari başvuru yolu varken doğrudan idari yargıya başvurulamayacağı gibi, zorunlu idari başvuruya ilişkin sürenin kaçırılması durumunda, idari başvuru yolları yanında yargıya başvurma hakkı da ortadan kalkmaktadır (Yıldırım, 2006, s.200).

⁴² 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılması Hakkında Kanun.

"Madde 1- Bu Kanunun amacı, Türk vatandaşlarının ve Türkiye'de ikamet eden yabancıların kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında, Türkiye Büyük Millet Meclisine ve yetkili makamlara yazı ile başvurma haklarının kullanılma biçimini düzenlemektir."

Danıştay'ın yerleşik içtihatları da, zorunlu idari başvuru süresinin kaçırılması durumunda, uyuşmazlığın idari yargı yerlerince incelenemeyeceği yönündedir.⁴³

İYUK karşısında özel kanun olarak nitelendirilen bazı kanunlarda, bazen hiçbir idari başvuru yolu düzenlenmemektedir. Örneğin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 55 inci maddesine göre Rekabet Kurulu'nun nihai kararlarına, tedbir kararlarına ve idari para cezalarına karşı açılacak iptal davaları ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülecektir. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, bir kararında⁴⁴, Danıştay 10 uncu Dairesinin, Rekabet Kurulu kararlarına karşı İYUK'un 11 inci maddesi çerçevesinde Kurula genel idari başvuru yapılamayacağına yönelik kararını onamıştır. Söz konusu kararda;

“... Dava; telekomünikasyon piyasasında 4054 sayılı Kanunun ihlal edilip edilmediği, soruşturma açılması gerekip gerekmediğini belirlemek amacıyla ön araştırma yapılması yolunda verilen kurul kararı doğrultusunda yetkililerce yerinde inceleme yapılmasına izin verilmediğinden bahisle Rekabet Kurulunun ... günlü, ... sayılı kararı ile 4054 sayılı Kanunun 16/b ve 17/d maddeleri uyarınca davacı firma adına verilen para cezalarına yapılan itiraz üzerine 4054 sayılı Kanunun 17. maddesi "d" fıkrasına yönelik itirazın reddine ilişkin olarak verilen ... günlü, ... sayılı Rekabet Kurulu Kararının iptali istemiyle açılmıştır.

⁴³ D.10.D., E.1982/2684, K.1983/2273, T.14.11.1985:

“... Olay anında yürürlükte bulunan 521 sayılı Yasanın 72.maddesi "İdari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların, idari dava açmadan önce bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve herhalde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde, ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri lazımdır. Bu isteklerin kısmen veya tamamen reddi halinde bu konudaki işlemin tebliği tarihinden ve üç ay içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren doksan gün içinde dava açabilirler" hükmünü içermektedir. ... Açıklanan nedenlerle, sigorta ettiği aracın hasar bedeli olan meblağın tazmini istemiyle bir yıllık süre içinde davalı idareye başvurmadan, bu sürenin bitiminden sonra davanın adliye mahkemesinde görev yönünden reddi üzerine açılan ve süresinde olmadığı için esasını inceleme olanağı bulunmayan davanın süre aşımı yönünden reddine karar verildi.”

D.7.D., E.2005/474, K., 2006/978, T.28.03.2006:

“... Anılan düzenlemelerde öngörülen düzeltme ve itiraz başvuruları, yargı yerlerine başvurulmadan önce ilgililerce tüketilmesi gereken zorunlu idari başvuru yollarıdır. Bu başvurular için öngörülen ve kamu düzeniyle ilgili olan sürelerle uyulmamış olması veya bu yollar tüketilmeden dava açılması hallerinde, bu durumların idari yargı yerlerince kendiliklerinden nazara alınması, İdari Yargılama Hukukunun gereklerindedir. Dolayısıyla; yetkili gümrük idaresince alınan idari kararlara karşı tebliğlerinden itibaren düzeltme yoluna değil; yedi gün içerisinde, işlemi tesis etmiş olan gümrük müdürlüğünün bağlı bulunduğu başmüdürlüğe itiraz yoluna gidilmesi, idari yargı yolunun açılabilmesi için zorunludur.

Bu bakımdan; ilgili yasada açıkça düzenlenen bu başvuru yolu ve süresi konusunda idarece ilgililere yanlış bilgi verilmiş olmasının, bu yolun kullanılmasına ilişkin koşulları değiştirebileceği düşünülmemeyeceğinden; hizmet kusuru nedeniyle tam yargı davasına yol açabilecek nitelikteki böyle bir durum nedeniyle, yasada öngörülmemeyen idari başvuru yolunun kullanılması olanaklı değildir.

Olayda; teminat alınmasına ilişkin idari karara karşı, tebliğinden itibaren yedi gün içerisinde ilgili başmüdürlüğe itiraz edilmesi ve itiraz üzerine tesis edilecek işleme karşı da, tebliğini izleyen günden itibaren, otuz günlük dava açma süresi içerisinde dava açılması gerekirken; davacı Şirket tarafından, önce yetkisiz makam olan gümrük müdürlüğüne düzeltme başvurusunda bulunularak, bu başvurunun reddedilmesi üzerine, başmüdürlüğe itiraz yoluna gidildiğinden, anılan karar için öngörülen yedi günlük itiraz süresinin geçirildiği açıktır. Dolayısıyla; süresi geçtikten sonra yapılan söz konusu itiraza verilen cevabın, dava hakkı doğurması olanaklı bulunmadığından, davanın, itirazın süresinde yapılmaması nedeniyle reddi gerekirken, işin esasını incelenerek verilen kararda isabet mevcut değilse de; temyiz dilekçesinde ileri sürülen hususlar, sonucu itibarıyla yerinde bulunan temyize konu kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir.”

⁴⁴ İDDK, E.2003/428, K.2005.2175, T.16.06.2005

Danıştay Onuncu Dairesi 14.11.2002 günlü, E:2000/1221, K:2002/4361 sayılı kararıyla; Rekabet Kurulu kararlarının, kesin ve yürütülmesi zorunlu idari işlemler olduğu, bu kararlara karşı ilgililerin başvuru yollarının 2577 sayılı Kanunun 11. maddesine göre özel hüküm niteliğinde olan, dolayısıyla öncelikle uygulanması gereken 4054 sayılı Kanunun 55. maddesinin birinci fıkrasında düzenlendiği, anılan Kanun hükmü uyarınca işlem tesis eden davalı idarenin bu işlemine karşı dava yolundan başka başvurulabilecek bir idari itiraz yolu öngörülmediği dolayısıyla 4054 sayılı Kanunun 17/d maddesi uyarınca para cezası verilmesine ilişkin 16.11.1999 günlü Rekabet Kurulu kararının 2577 sayılı Kanunun 11 nci maddesi uyarınca itiraz yoluyla incelenmesine olanak bulunmadığı, 4054 sayılı Kanunun 55 inci maddesine aykırı olarak konunun yeniden incelenerek karar verilmesinde yetki yönünden hukuka ayarlık görülmediği gerekçesiyle dava konusu işlemin davacıya yönelik kısmının iptaline karar vermiştir. Davalı idare anılan kararın temyizden incelenerek bozulmasını istemektedir. Temyiz edilen kararla ilgili dosyanın incelenmesinden; Danıştay Onuncu Dairesince verilen kararın usul ve hukuka uygun bulunduğu, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenlerinin kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı anlaşıldığından, davalı idarenin temyiz isteminin reddine, Danıştay Onuncu Dairesinin 14.11.2002 günlü, E:2000/1221, K:2002/4361 sayılı kararının ONANMASINA, 16.6.2005 günü oyçokluğu ile karar verildi.”

denilmiştir.

Bu karara katılmak mümkün değildir. Zira 4054 sayılı Kanunun 55 inci maddesinde, İYUK'un 11 inci maddesine istinaden genel idari başvuruda bulunma imkanını ortadan kaldıran bir düzenleme bulunmamaktadır. Söz konusu kanun hükmünün İYUK'un 11 inci maddesi karşısında özel hüküm olmasının, ondan farklı bir düzenleme yapmadıkça bir anlamı bulunmamaktadır. Başka bir anlatımla, ancak İYUK'un 11 inci maddesinden farklı bir başvuru yolu, örneğin zorunlu bir idari başvuru yolu düzenleyen özel kanun hükümleri genel idari başvuru yolunu kapatabilir. 4054 sayılı Kanunun 55 inci maddesi ile genel idari başvuru yolunun kapatılması değil, davanın görüleceği mahkemenin belirlenmesi amaçlanmıştır. Kaldı ki maddenin başlığı da “Kurul Kararlarına Karşı Yargı Yolu” şeklindedir. Bu nedenle, maddenin, Kurul kararlarına karşı yargı yolu dışındaki hukuksal yolları yasakladığı şeklinde yorumlanması mümkün olmamalıdır.

Söz konusu karara muhalif kalan üyelerin karşı oyunda da, haklı olarak;

“... 4054 sayılı Kanunun 52. maddesinde kararın içeriği hüküm altına alınmasına karşın başvuru yollarının gösterilmesi öngörülmemiş, buna karşın 55. maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere Kurul

kararlarına karşı yargı yolu olarak Danıştay'a başvurulması esası getirilmiştir.

4054 sayılı Kanunda, özellikle 52. maddesinde Rekabet Kurulu kararlarına yönelik olarak idari usul açısından idareye itiraz yolunun düzenlenmemiş yada öngörülmemiş olması, anılan kararlara karşı 2577 sayılı Kanunun 11. maddesi anlamında itiraz edilemeyeceği anlamına gelmemektedir. Çünkü 4054 sayılı Kanunun gerek 52 nci maddesi, gerekse 55. maddesinde itiraz yolunu kaldıran bir düzenleme yer almamaktadır.

Bu durumda, Rekabet Kanununun 52. maddesinde, Kurul kararlarına karşı idari usul çerçevesinde bir başvuru yolunun gösterilmemesi, 55. maddesinde ise sadece yargı yolu olarak Danıştay'a başvurulabileceğinin belirtilmesi karşısında; Rekabet Kurulu kararlarına karşı, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 11. maddesi kapsamında kararın kaldırılması, geri alınması yada değiştirilmesi için başvurulabileceği, yapılan bu başvuruların Kurulca incelenebileceğinin kabulü gerekmektedir.

Nitekim dava konusu olayda, davacı tarafından yapılan itiraz Kurulca 2577 sayılı Kanunun 11. maddesi kapsamında değerlendirilmek suretiyle incelenmiş ve dava konusu edilen karar verilmiştir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kabul edilerek Danıştay Onuncu Dairesinin temyize konu kararının bozulması gerektiği düşüncesiyle çoğunluk kararına katılmıyoruz.”

denilmiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve bağlı mevzuatta düzenlenen zorunlu idari başvurular olan idareye şikayet ve itirazen şikayet başvuruları açısından bakıldığında, şikayet dilekçesinde yer alması gereken şekil unsurlarından, Kamu İhale Kurumu tarafından alınacak nihai kararda bulunması gereken hususlara kadar bir çok konunun ayrıntılı olarak hükme bağlandığı ve böylece ilgililerin idari başvuru haklarının teminat altına alındığı görülmektedir. Dolayısıyla, şikayet ehliyetine sahip olan kişiler açısından, zorunlu idari başvuru niteliğindeki şikayet ve itirazen şikayet müesseselerine başvurulmaması durumunda yargısal başvuru yolunun kapatılması, anlaşılabilir bir husustur. Zira, kendilerine idari başvuru imkanı verilmesi ve bu başvuruların zorunlu idari başvuru olduğunun 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 54 üncü maddesinde açıkça belirtilmesi karşısında, şikayet başvurusu yollarını işletmeyen kişilerin hak arama özgürlüklerinin kısıtlandığını iddia etmeleri mümkün değildir.

Bu nedenle bir isteklinin, genel idari başvuru hakkının her şartta saklı olacağı düşüncesiyle, örneğin ihale doküman dosyasında yer alan bir hükmün hukuka aykırı olduğu gerekçesi ile dosyadan çıkarılması talebini

içeren bir dilekçe ile idareye başvurusu durumunda, bu ihale dokümanına karşı yapılmış bir idareye şikayet başvurusu olarak nitelendirilecek, böylece de zorunlu bir idari başvuru olacaktır. Dolayısıyla isteklinin, idarenin red cevabı aleyhine doğrudan idari yargıda dava açması durumunda, idare mahkemesi; itirazın şikayet başvurusu süresi içinde dava açılmış ise idari merci tecavüzü tespit ederek dilekçenin Kamu İhale Kurumu'na tevdiine, itirazın şikayet başvurusu süresi kaçırılmış ise de davanın süre yönünden reddine karar verecektir.⁴⁵

Şikayet ehliyeti bulunanlar açısından durum böyle olmakla birlikte, idareye şikayet ve Kamu İhale Kurumu'na itirazın şikayet başvurusu için ehliyeti bulunmayan, fakat bir şekilde menfaatinin ihlal ettiğini düşündüğü bir ihale işlemine karşı idari yargıda dava açmayı düşünen bir vatandaşın, dava açmadan önce İYUK'un 11 inci maddesi kapsamında idareye yapacağı başvurunun hukuki sonucu ne olabilir? Bu soruyu daha da açmak gerekirse, ihale dosyası satın almamış, yani istekli olabilecek sıfatını dahi haiz olmayan bir vatandaşın, nükleer santral yapımı işine ilişkin ihale ilanını gördükten sonra, ilgili idareye başvurarak ihale işlemlerini durdurmasını talep etmesi durumunda, bu genel idari başvuruya yönelik olarak idareden alacağı cevaba karşı idari yargıda dava açma imkanı olacak mıdır?

Yukarıdaki sorunun konusu olan ihale ilanının, özel ve zorunlu idari başvuru türleri olan idareye şikayet ve itirazın şikayetin konusu olduğu açıktır. İhale dosyası satın alan ve istekli olabilecek sıfatını kazanmış bir kişinin, bu tür başvuruyu doğrudan idari yargıya taşıması durumunda, idari merci tecavüzü nedeniyle dilekçenin idareye tevdi ya da süre yönünden davanın reddi kararlarından birinin alınacağı da tartışmasızdır. Dolayısıyla, yukarıdaki sorunun cevabı olumlu olursa, soru konusu uyuşmazlık açısından

⁴⁵ Örneğin, Danıştay'ın, D.13.D., E.2005/5988, K., 2005/4789, T.28.09.2005 künyeli kararında;

"... Yukarıda yer verilen hükümlere göre, yapım müteahhidi, tedarikçi veya hizmet sunucusu tarafından açılan davalarda, ihale süreci ile ilgili olarak idari davaya konu olabilecek işlem, ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde ihale makamı tarafından yapılan işlemler değil, bu işlemlere karşı, anılan Kanun hükümlerinde öngörülen usullere göre ihaleyi yapan idareye yapılacak şikâyet başvurusundan sonra, Kamu İhale Kurumu'na yapılacak itirazın şikâyet başvurusu sonucu Kamu İhale Kurulu tarafından tesis edilecek işlemidir. Olayda, dava konusu ihalenin bir başka şirkete verildiğinin bildirilmesi işlemine karşı, 4734 sayılı Yasa'nın yukarıda belirtilen maddelerinde öngörülen usul izlendikten sonra, idari dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu başvuru yolu olan itirazın şikâyet başvurusu üzerine Kamu İhale Kurulu'nca verilen kararın iptalinin istenebileceği açıktır. Bu durumda, kesinleşen ihale kararının bildirilmesi işleminin iptali istemiyle, davalı Diyarbakır Valiliği'ne karşı açılan davanın incelenmeksizin reddi gerekirken, davanın esasının incelenmesi suretiyle verilen İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık görülmemiştir." denilmektedir.

özel idari başvurunun genel idari başvuruya engel teşkil etmeyeceği sonucuna ulaşılacaktır.

Kamu ihale mevzuatı açısından şikayet ehliyeti bulunmayan bir vatandaşın, genel idari başvuruda da bulunamayacağını, bulursa dahi idari yargıda açacağı davadan istediği sonucu alamayacağını iddia etmek, onun hak arama özgürlüğünü tamamen ortadan kaldırmak anlamına gelecektir. Bu nedenle, bahsi geçen örnekteki vatandaşın genel idari başvuruda bulunması ve yasal koşulları çerçevesinde konuyu idari yargıya taşımasının olanaklı olduğunun kabulü gerekir.

Oğuz (2005, s.15) da aynı görüştedir. Ona göre, idari yargılama usulü ile Kurumun inceleme usulü arasında ehliyet koşulundaki farklılık nedeniyle; aynı ihale sürecinde tesis edilmiş bir işlem, aynı anda, hem işlemle hakkı ihlal edilenler tarafından, hem de menfaat ilgisi bulunanlar tarafından idari yargıya konu edilmiş olabilecektir. Oğuz'a göre, ihale sürecine ilişkin işlemle menfaat ilgisi kurabilen herhangi bir kişi idari yargıda iptal davası açabilecek, ancak şikayet yoluna başvuramayacaktır.

Başvuru ehliyeti dışında, Kamu İhale Kurumu'nun, itirazın şikayet başvurularının incelenmesine yönelik yetkisine yasa ile getirilen sınırlamalar açısından da, özel idari başvuruların genel idari başvurulara engel teşkil etmemesi gerektiği söylenebilir. Örneğin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 56 ncı maddesinin 2 nci fıkrasında, idare tarafından şikayet veya itirazın şikayet üzerine alınan ihalenin iptal edilmesi işlemine karşı yapılacak itirazın şikayet başvurularının idarenin iptal gerekçeleriyle sınırlı olarak inceleneceği hükme bağlandığından, idarenin herhangi bir şikayet başvurusu olmaksızın, resen ihalenin iptali kararı vermesi durumunda, bu iptal kararının Kamu İhale Kurulu tarafından incelenmesi mümkün değildir.⁴⁶ Bu durumda, ihalenin iptali işlemine karşı gidilebilecek tek yol İYUK'un 11 inci maddesi çerçevesinde, iptal işleminin kaldırılması için, ilgili makama genel idari başvuruda bulunmak

⁴⁶ Örnek KİK kararları:

Karar Tarihi: 08.04.2010, Karar No: 2010/UH.II-1042

Karar Tarihi: 06.04.2010, Karar No: 2010/UY.II-1014

Karar Tarihi: 06.04.2010, Karar No: 2010/UY.II-997

Karar Tarihi: 30.03.2010, Karar No: 2010/UY.II-891

Karar Tarihi: 04.03.2010, Karar No: 2010/UH.698

Karar Tarihi: 23.02.2010, Karar No: 2010/UY.II-637

ve sonrasında idari yargıda iptal davası açmak veya doğrudan idari yargıda iptal davası açmaktır. İhalelere Yönelik İdari Başvurular Hakkında Tebliğ'in 8 inci maddesinin 3 üncü fıkrasında da bu husus açıkça düzenlenmiştir.

Kamu İhale Kurulu da kararlarında, şikayet üzerine verilmeyen iptal kararlarına karşı idari yargı mercilerine başvurulabileceğini açıkça belirtmektedir.

İhale mevzuatı ile düzenlenen özel idari başvuruların konusunu teşkil eden ihale işlemlerine yönelik olarak, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 54 üncü maddesinde zorunlu idari başvuru yollarını kullanabileceği belirtilenler dışında, herkesin 3071 sayılı Kanun çerçevesinde dilekçe hakkını kullanarak bir talepte bulunabileceği, 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu çerçevesinde söz konusu işlemlere ilişkin olarak bilgi isteyebileceği ve aldığı cevaba göre idari yargıya başvurabileceğinin kabulü, Anayasanın 36 ncı maddesinde düzenlenen ve Anayasa Mahkemesi kararlarında sadece yargısal yolları değil, meşru ve hukuka uygun vasıtalarla kullanılmak şartı ile tüm yolları kapsadığı belirtilen hak arama özgürlüğünün korunması açısından zorunludur.

Kamu İhale Mevzuatındaki zorunlu idari başvurular olan idareye şikayet ve itirazın şikayetin uygulamasının ve yorumunun, hak arama özgürlüğüne ilişkin Anayasa hükmü (36 ncı madde) ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ilgili maddelerine aykırı olduğu yönünde olduğu yönünde görüşler de mevcuttur. Örneğin Canbazoğlu (2008, s.232);

"A. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda düzenlenen ve kanun lafzı gereği dava açmadan evvel tüketilmesi zorunlu olan şikayet ve itirazın şikayet başvuruları üzerine gidilen makamın Kamu İhale Kurumu olması Anayasa'nın 36. maddesi bağlamında yargı merciine başvurma hakkının ilgililerin elinden alınması anlamına gelebilmektedir. Zira iptal davası açma süresi içerisinde olmakla beraber, ... şikayet süresinden sonra yapılan idari başvurular üzerine idari usul işletilemediğinden sonuçta nihai karara karşı dava yolu kapanmaktadır. Yine aynı süreç içerisinde idare mahkemesine başvurulması halinde de idare mahkemeleri merciine tevdi kararı değil, başvuru süresi geçmiş olduğundan davanın reddine karar vermektedirler.

B. Anayasa'nın 90.maddesinin son fıkrası bağlamında usulüne uygun yürürlüğe girmiş bir milletlerarası antlaşma olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı da Kamu İhale Kanunu'nun söz konusu hükümlerinin dar biçimde yorumlanması nedeniyle ihlal edilmektedir.

C. Kamu İhale Kurumu'nun 4734 sayılı Yasa'ya ikincil düzenlemeler eliyle getirdiği, Yasa'ya aykırı yorumunun formunu teşkil eden bu düzenleyici işlemlerden oluşan bütünün, dayandığı Yasa'ya aykırılık üzerine bina edilmiş olması,öte yandan yasanın da yukarıdaki gerekçelerle anayasanın diğer hükümlerine ve yine anayasa delaletiyle temel haklara ilişkin uluslar arası antlaşmalara uygun düşmemesi, tartışılmış bulunan bu konular üzerinde idari yargının er ya da geç son sözü söyleyeceğini ve belki de bu kumdan kalenin büsbütün yıkılacağına ilişkin öngörülerini kendi adımıza kuvvetlendirmektedir.”

demektedir.

1.2.2.2. Özel İdari Başvuruların İnceleme Süreci ve Yöntem Açısından, İYUK Çerçevesinde Yargısal Başvurular ile Karşılaştırılması

1.2.2.2.1. Genel Olarak

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve ikincil mevzuat kapsamındaki ihalelere ilişkin işlem ve eylemlerin hukuka aykırı olduğu iddiası ile yapılan özel idari başvurular olan idareye şikayet ve Kamu İhale Kurumu'na itirazın şikayet başvuruları sonucunda, başvuru konusu işlem veya eylem önce idare, daha sonra da Kamu İhale Kurumu tarafından incelenmektedir. Bu inceleme, şekil ve usul açısından İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik⁴⁷(İYBHY) ve İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Tebliğ⁴⁸ (İHYBHT); esas açısından ise temel olarak 4734 sayılı Kanun ve bağlı mevzuat çerçevesinde gerçekleştirilmektedir. Bu inceleme esnasında yapılan idari denetim olmakla birlikte, yapılan inceleme, genel idari başvurulara yönelik olarak idari yargı mercilerince gerçekleştirilen yargısal inceleme mekanizmalarına benzer bazı noktalar içermektedir.

Örneğin, hem idareye şikayet hem de itirazın şikayet incelemesinde, idare ve Kamu İhale Kurumu, başvuru sahibinin başvuru ehliyetinin bulunup bulunmadığını, başvurunun süresi içinde olup olmadığını, başvuru konusunun mevzuatta açıkça düzenlenen konular kapsamında olup olmadığını incelemektedir. Usule ilişkin bu hususlar, başvurunun esasının incelenip incelenmemesi, dolayısıyla etkili olup olmaması açısından büyük önem arz etmektedir.

⁴⁷ 03.01.2009 tarih ve 27099 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

⁴⁸ 28.01.2009 tarih ve 27124 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır..

Bu nedenle, idari yargı yerlerince, İYUK'un 14 üncü maddesi çerçevesinde yapılan inceleme ile idarelerin ve Kamu İhale Kurumu'nun İYBHY'nin sırasıyla 10 ve 16 ncı maddeleri kapsamında yaptıkları incelemenin mukayese edilmesi ve bu bağlamda, ihalelere yönelik idari başvuruların, hak arama özgürlüğü ve idari denetimin etkinliği yönlerinden irdelenmesi yararlı olacaktır.

1.2.2.2.2. Görev Açısından

İYBHY'nin 16 ncı maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde, itirazın şikayet başvurularının Kamu İhale Kurumu'nun görev alanında bulunan konulardan birine ilişkin olup olmadığının inceleneceği; 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 53 üncü maddesinde ise Kamu İhale Kurumu'nun 4734 sayılı Kanuna göre yapılan ihalelere ilişkin itirazın şikayet başvurularını inceleyerek sonuçlandırmak ile görevli olduğu hükme bağlanmıştır. Bu nedenle, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında olmayan bir idarenin ihale kararına ya da anılan Kanun kapsamında olan bir idarenin, istisna kapsamında gerçekleştirdiği bir ihalenin sonucuna veya usulüne uygun olarak sonuçlandırılan bir ihale sözleşmenin imzalanmasından sonra, sözleşmesel bir uyuşmazlığa ilişkin olarak, Kamu İhale Kurumuna itirazın şikayet başvurusu yapılması durumunda, Kurum, İYBHY'nin 21 inci maddesinin 1 inci fıkrasının (c) bendine istinaden başvurunun reddine karar verecektir.⁴⁹

Bunun dışında, bazen, itirazın şikayet başvuruları, Kamu İhale Kurumu'nun görev alanındaki bir konuya ilişkin olsalar dahi, Kamu İhale Kurumu'nun inceleme yetkisine kanunla getirilen sınırlar nedeniyle de Kurul başvurunun reddine karar verebilmektedir. Örneğin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 56 ncı maddesinin 2 nci fıkrasında "İdare tarafından şikayet veya itirazın şikayet üzerine alınan ihalenin iptal edilmesi işlemine karşı yapılacak

⁴⁹ Örnek KİK kararları:

Karar Tarihi: 27.03.2006, Karar No: 2006/UM.Z-828

Karar Tarihi: 18.01.2009, Karar No: 2009/UY.II-2379

Karar Tarihi: 11.03.2010, Karar No: 2010/UH.747

Karar Tarihi: 16.11.2009, Karar No: 2009/UM.III-2751

Karar Tarihi: 07.12.2009, Karar No: 2009/UM.III-2913

Karar Tarihi: 14.12.2009, Karar No: 2009/UH.III-3008

Karar Tarihi: 14.01.2010, Karar No: 2010/UM.I-152

itirazın şikayet başvuruları ise idarenin iptal gerekçeleriyle sınırlı incelenir.” hükmü bulunmaktadır.⁵⁰ Dolayısıyla idarenin, şikayet başvurusu olmaksızın ihalenin iptaline karar vermesi durumunda, bu iptal kararına karşı itirazın şikayet başvurusu yapıldığında, Kamu İhale Kurulu, başvurunun görev yönünden reddine karar verilecektir.⁵¹

İdareye şikayet başvuruları, bizzat şikayet konusu işlemi yapan idareye yapıldığından, idare açısından görev yönünden bir inceleme yapma gereği bulunmamaktadır. Şikayet başvurusunun, işlemi yapan idare dışında bir idareye yapılması durumunda, etkisiz bir idari başvuru söz konusu olacak, idarenin herhangi bir işlem yapma ya da başvuruya yanıt verme yükümlülüğü bulunmayacaktır.

İdari yargı açısından baktığımızda, idari yargı yerlerinin de, İYUK’un 14 üncü maddesinin 3 üncü fıkrasının (c) bendi kapsamında, dilekçeler üzerindeki ilk inceleme safhasında, dilekçenin idari yargının bakmakla görevli olduğu konular kapsamında olup olmadığını incelediğini görmekteyiz. İYUK’da, idari yargı yerlerinin görevi ve kapsamı ile ilgili bir hüküm bulunmamakla birlikte, idari dava türleri, iptal ve tam yargı davaları olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla, idari yargıda, ancak hukuka aykırı bir idari işlemin iptaline ya da şahsi hakların ihlal edildiği iddiasıyla zararın tazminine yönelik olarak, sırasıyla iptal davası veya tam yargı davası açılabilir. Adli ya da askeri yargının görev alanına giren konularda dava açıldığının tespiti durumunda, idari yargı yerleri, İYUK’un 15 inci maddesinin 1 inci fıkrasının (a) bendine istinaden davanın reddine karar verecektir.

1.2.2.2.3. Ehliyet Açısından

İhalelere karşı yapılacak idari başvurular açısından ehliyet hususu, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 54 üncü ve İYBHY’nin 5 inci maddelerinde düzenlenmektedir.

⁵⁰ 5812 sayılı Kanun ile getirilen değişiklikten sonra Kamu İhale Kurulu’nun sadece şikayet üzerine verilen iptal başvurularını inceleme yetkisinin bulunması hususuna ve buna ilişkin eleştirilere, tezin üçüncü bölümünde ayrıntılı olarak yer verileceğinden, burada konuya sadece görev bağlamında değinilmekle yetinilecektir.

⁵¹ Örnek: Kamu İhale Kurulu’nun 18.01.2010 tarih ve 2010/UH.II-240 nolu kararı.

Buna göre, şikayet ehliyeti, hem idareye hem de Kamu İhale Kurumu'na itirazen şikayeti kapsamakta olup, şikayet başvuruları sadece, ihale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday, istekli veya istekli olabilecekler tarafından yapılabilecektir. Şikayet ehliyetine sahip olduğu kanun tarafından hükme bağlanan aday, istekli veya istekli olabilecekler, Kanununun 4 üncü maddesinde aşağıdaki gibi tanımlanmıştır:

“Aday: Ön yeterlik için başvuran gerçek veya tüzel kişileri veya bunların oluşturdukları ortak girişimleri,

İstekli: Mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalesine teklif veren tedarikçi, hizmet sunucusu veya yapım müteahhidini,

İstekli olabilecek: İhale konusu alanda faaliyet gösteren ve ihale veya ön yeterlik dokümanı satın almış gerçek veya tüzel kişiyi ya da bunların oluşturdukları ortak girişimi

...

İfade eder.”

Bu durumda isteklilerin şikayet incelemesi talebinde bulunabilmesi için idarenin işleminden dolayı ihale dışı kalma ya da ihaleyi kaybetme gibi doğrudan, meşru, somut ve korunması gereken kişisel bir hakkının kaybolması gerekir. İstekliler, doğrudan kendisinin zararına yol açmayan veya ancak dolaylı olarak bir menfaatini etkileyebilecek ihale işlemine karşı şikayet yolunu kullanamayacaklardır. (Karaca, 2005)

Kamu İhale Kurulu'nun, şikayete ilişkin yasal düzenlemelere dayanarak, şikayet ehliyetini, dava açma ehliyetine kıyasla daha dar olarak algıladığı ve genel olarak hak kaybı ölçütünü esas alarak karar verdiği görülmektedir.⁵²

İdari yargılama usulü hukuku açısından bakıldığında, dava açma ehliyetinin, ihale hukukundakinden çok daha geniş algılandığını söylemek mümkündür. Zira İYUK'un 2 nci maddesinde “menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan iptal davaları” ve “İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları” ifadeleri

⁵² Örnek KİK kararları:

Karar Tarihi: 14.08.2006, Karar No: 2006/UM.Z-1901

Karar Tarihi: 31.12.2009, Karar No: 2009/UY.I-3176

Karar Tarihi: 21.12.2009, Karar No: 2009/UH.III-3062

Karar Tarihi: 03.12.2007, Karar No: 2007/UH.Z-3892

kullanılmakta olup, menfaat ihlali şartı, Danıştay ve Anayasa Mahkemesi içtihatlarında oldukça geniş yorumlanmıştır.

Anayasa Mahkemesi, iptal davaları için, ehliyet açısından kişisel hak ihlalinin aranmasına ilişkin kanun hükmünün iptaline karar vermiş⁵³ ve sonrasında kanun koyucu, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2 nci maddesine menfaat ihlali şartını tekrar getirmiştir.

Bugün idari yargı uygulamasında, iptal davaları açısından menfaat; güncel, meşru, makul ve kabul edilebilir bir ilgi olarak kabul edilmekte, dava ehliyeti açısından hak ihlali şartı aranmamaktadır (Baş ve Demirkol, 2004, s.86-87).

Danıştay, bir kararında;

“İptal davalarında, sübjektif ehliyet şartı olarak bulunması gerekli "menfaat ihlali" hak ihlali anlamında değil, ciddi ve makul alaka anlamındadır. İhlal edilen menfaatin her halde maddi veya ekonomik nitelikte olması gerekmediği gibi; Mahkemelerce hak ihlali gibi düşünülmesi, en başta iptal davalarının objektiflik niteliği ile de bağdaşmaz. İdare Mahkemesinin, davanın ehliyet yönünden reddinde ısrarına ilişkin kararına gerekçe olarak aldığı hususların hemen hapsi, davacılar ile iptalini istedikleri işlem arasında yasanın aradığı anlamda menfaat alakasının bulunduğunu göstermektedir.”⁵⁴

ifadelerine yer vererek, menfaat ihlalinin geniş anlaşılması gereğine vurgu yapmaktadır.

Sonuç olarak, ihale hukukundaki zorunlu idari başvurular açısından ehliyetin, hak kaybı ölçütünü içeren, ayrıca sadece istekli ve ihale doküman dosyası alan istekli olabileceklerin şikayet başvurusunda bulunabilmesine yönelik yasal düzenlemeler sınırlandırılmasının, hak arama özgürlüğünün daraltılması açısından eleştiriye açık olduğu söylenebilir.⁵⁵

1.2.2.2.4. Süreler Açısından

Hak arama özgürlüğü ile idari işlemlerin sürekli iptal tehdidi altında olmaması ve hukuksal istikrar düşüncesi arasındaki dengenin korunmasını

⁵³ Anayasa Mahkemesi'nin 21.09.1995 tarih, E.1995/27, K.1995/47 sayılı kararı. Küçük (2008, s.99), bu kararı eleştirmektedir.

⁵⁴ İ.D.D.G.K., E.1989/430, K.1990/18, T.02.02.1990

⁵⁵ Uz (2005, s.395), 4734 sayılı Kanunun ehliyete ilişkin düzenlemelerini, hak arama özgürlüğü açısından eleştirmektedir.

teminen, gerek idari, gerekse yargısal başvurular açısından, kanun koyucu süre koşulu getirmektedir. Yasal süre içerisinde başvuru yapılmaması durumunda, başvuru sahibi istediği hukuksal sonucu alamamakta, başvurusu süre yönünden reddedilmektedir.

İdari yargıda dava açma süresi kural olarak, Danıştay ve İdare mahkemeleri için altmış; Vergi Mahkemeleri için ise otuz gündür. Ancak özel Kanunlarda, dava açma süresine ilişkin istisnai düzenlemeler bulunabilmektedir. Örneğin 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 14 üncü maddesine göre, kamulaştırma işlemlerine karşı idari yargıda açılacak iptal davalarında süre otuz gündür.

İhale hukukundaki zorunlu idari başvurularda ise idari yargıdaki dava açma süresine kıyasen oldukça kısa bir süre öngörülmüş olup, bu süre, başvurunun konusuna göre on veya beş gün ile sınırlıdır.⁵⁶ Söz konusu sürelerin kaçırılması durumunda idari başvuru hakkının yanı sıra idari yargıda dava açma hakkı da ortadan kalkacağından, sürelerin dava açma süresine oranla çok kısa olması eleştiriye açık bir husustur.

İhale hukukundaki zorunlu idari başvuru sürelerinin hukuki niteliğinin hak düşürücü süre olduğunu söylemek mümkündür.⁵⁷ Zira süresi içinde başvuru yapılmaması durumunda, Kamu İhale Kurumu başvurunun süre yönünden reddine karar verdiği gibi⁵⁸, idari yargı yerleri de zorunlu idari başvurularda sürenin kaçması durumunda davanın süre yönünden reddine karar vermektedirler.⁵⁹

⁵⁶ Genel olarak şikayet başvurusu süresi, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 55 maddesine göre, şikayete konu işlem ya da eylemin farkına varıldığı veya farkına varılmış olması gereken tarihi ve idarenin şikayet üzerine verdiği kararın bildirimini izleyen on gündür. Ancak 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 21 inci maddesinin (b) ve (c) bentleri kapsamındaki ihalelere ilişkin idareye şikayet başvuruları ile şikayet üzerine verilen iptal kararlarına karşı Kamu İhale Kurumu'na yapılan itirazın şikayet başvurularında süre beş güne inmektedir.

Süreye ilişkin ayrıntılı değerlendirmeler, tezin ikinci ve üçüncü bölümünde yapılacağından, burada sadece idari yargıda dava açma süreleri ile yapılan karşılaştırma bağlamında verilen bilgiler ile yetinilecektir.

⁵⁷ Aksi görüşler için (Uz, 2005, s.402)

⁵⁸ Örnek KİK kararları:
Karar Tarihi: 06.01.2010, Karar No: 2010/UH.I-41
Karar Tarihi: 04.01.2010, Karar No: 2010/UH.I-3
Karar Tarihi: 28.12.2009, Karar No: 2009/UH.III-3113
Karar Tarihi: 21.12.2009, Karar No: 2009/UH.I-3020

⁵⁹ D.10.D., E.1982/2684, K.1983/2273, T.14.11.1985,
D.7.D., E.2005/2993, K.192005/2574, T.26.10.2005

1.2.2.2.5. Başvuru Dilekçesinde Bulunması Gereken Şekil Unsurları Açısından

İhalelere yönelik idari başvuru dilekçelerinde bulunması gereken şekil unsurları, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 54 üncü ve İYBHY'nin 8 inci maddelerinde sayılmıştır. Buna göre şikayet ve itirazın şikayet başvuruları, ilgili idareye ya da Kamu İhale Kurumu'na hitaben yazılmış dilekçeler ile yapılır ve dilekçelerde aşağıdaki unsurların yer alması zorunludur:

- Başvuru sahibinin, varsa vekil ya da temsilcisinin; adı, soyadı veya unvanı ve adresi ile varsa bildirim esas elektronik posta adresi ve faks numarası.
- İhaleyi yapan idarenin ve ihalenin adı veya ihale kayıt numarası.
- Başvuruya konu olan durumun farkına varıldığı veya bildirildiği tarih.
- Başvurunun konusu, sebepleri ve dayandığı deliller.
- İtirazın şikayet başvurularında ayrıca idareye yapılan şikayetin tarihi ve varsa şikayete ilişkin idare kararının bildirim tarihi.

İdari yargı yerlerinde açılan davalarda, dava dilekçesinde bulunması gereken şekil unsurları, İYUK'un 3 üncü maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre idari yargı yerlerinde açılacak davalarda, dava dilekçelerinde;

- Tarafların ve varsa vekillerinin veya temsilcilerinin ad ve soyadları veya unvanları ve adresleri,
- Davanın konusu ve sebepleri ile dayandığı deliller,
- Davaya konu olan idari işlemin yazılı bildirim tarihi,
- Vergi, resim, harç, benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezalarına ilişkin davalarla tam yargı davalarında uyuşmazlık konusu miktar,

- Vergi davalarında davanın ilgili bulunduğu verginin veya vergi cezasının nevi ve yılı, tebliğ edilen ihbarnamenin tarihi ve numarası ve varsa mükellef hesap numarası,

unsurlarının yer alması gerekmektedir.

Her iki madde hükmü birlikte değerlendirildiğinde, dilekçelerde bulunması zorunlu kılınan şekil unsurlarının, gerek ihale hukukundaki şikayet ve itirazın şikayet incelemesinde, gerekse idari yargı yerlerince yapılacak yargısal incelemede; uyuşmazlık konusu, deliller, uyuşmazlığın tarafları, uyuşmazlık konusu işlem ya da eylemin başvuru sahibi tarafından öğrenilme tarihi gibi, dava ya da idari başvuruya ilişkin olarak esas incelemesine geçilmeden önce, usul açısından önem arz eden hususlar olduğu görülmektedir. Bu unsurlar önemlidir, çünkü şekil unsurlarında bir hata ya da eksiklik olması, başvurunun veya dilekçenin reddine sebep olabilmektedir. Örneğin dava dilekçesinde dava konusu idari işlemin yazılı bildirim tarihi veya itirazın şikayet başvurusuna ilişkin dilekçede idarenin hukuka aykırı işleminin farkına varıldığı ya da farkına varılması gereken tarihin yer almaması durumunda, başvurunun yasal süresi içinde yapılıp yapılmadığının değerlendirilmesine olanak bulunmamaktadır.

Sonuç olarak, ihalelere yönelik başvurular ile dava açmak için idari yargı yerlerine yapılan başvuruların, dilekçelerde bulunması gereken şekil unsurları açısından paralel oldukları söylenebilir.

1.2.2.2.6. Tek Dilekçe İle Birden Fazla Kişinin Başvurusu ve/veya Birden Fazla İhale Hakkında Başvuru Yapılması Açısından

İdari yargıda kural olarak her idari işlem için ayrı ayrı dava açılır. Yine kural olarak birden fazla kişi aynı dilekçe ile değil ayrı dilekçeler ile dava açmalıdır. Bununla birlikte, aralarında maddi veya hukuki yönden bağıllık ya da sebep–sonuç ilişkisi bulunan birden fazla işleme karşı bir dilekçe ile dava açılabileceği gibi, davacıların hak veya menfaatlerinde iştirak bulunması ve davaya yol açan maddi olay veya hukuki sebeplerin aynı olması şartı ile

birden fazla kişinin ortak dilekçe ile dava açması mümkündür. Bu hususlar, İYUK'un 5 inci maddesinde açıkça düzenlenmiştir.

Kanun koyucu, söz konusu maddedeki düzenlemeler ile, usul ekonomisi ilkesinin hayata geçirilmesini, aralarında maddi veya hukuki yönden bağıllık ya da sebep-sonuç ilişkisi bulunan birden fazla işleme ilişkin ayrı davalar açılmasını önlemeyi, yargı yerlerinin gereksiz yere fazladan meşgul edilmesini ve yargısal iş yükünün artmasını engellemeyi amaçlamıştır.

Davaların hızlı ve pratik olarak sonuçlandırılması açısından olumlu olarak değerlendirilen bu hükümlere, ihalelere yönelik idari başvurularda ilişkin düzenlemelerde yer verilmemiştir. Bilakis, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 54 üncü maddesinin 8 inci fıkrasında, aynı kişi tarafından birden fazla ihaleye, birden fazla kişi tarafından ise aynı ihaleye tek dilekçe ile başvuruda bulunulamayacağı hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla arasında maddi ya da hukuki bağlantı veya sebep-sonuç ilişkisi bulursa dahi, birden fazla ihaleye ilişkin olarak tek dilekçe ile şikayet başvurusunda bulunulamaz.⁶⁰

Uz (2005, s.399-400), haklı olarak, anılan düzenlemelerin hak arama hürriyetini bazı durumlarda kullanılamaz hale getirdiğini belirtmektedir. Uz'a göre, İYUK'un 5 inci maddesi uyarınca dava açmaya engel teşkil etmeyen söz konusu durumlarda şikayet başvurusunda bulunulamaması ciddi bir çelişkiye işaret etmektedir.

⁶⁰ Örneğin, Kamu İhale Kurulu'nun 17.09.2007 tarih ve 2007/UH.Z-3025 nolu kararında aşağıdaki ifadelere yer verilmiştir:

"İhalelere Karşı Yapılacak İdari Başvurulara Ait Yönetmeliğin "Başvuruların Şekil Unsurları" başlıklı 8 inci maddesinin son fıkrasında; "Aynı kişi, bir ihaleye ilişkin birden fazla konu hakkında tek dilekçeyle şikayet ve itirazın şikayet başvurusunda bulunabilir. Aralarında "maddi ya da hukuki" bir bağlantı veya sebep-sonuç ilişkisi bulursa dahi, birden fazla ihaleye ilişkin olarak tek dilekçeyle şikayet ve itirazın şikayet başvurusu yapılamaz. Birden fazla kişi aynı ihaleye yönelik olarak tek dilekçeyle başvuramaz." hükmü yer almaktadır. Yukarıda yer alan mevzuat hükmü uyarınca, aralarında "maddi ya da hukuki" bir bağlantı veya sebep-sonuç ilişkisi bulursa dahi, tek dilekçe ile birden fazla ihaleye ilişkin olarak itirazın şikayet başvurusunda bulunulamayacağı hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla, bu başvuru kapsamında, şikayet sahibinin sadece 2007/99498 no'lu İhale Kayıt Numaralı ihaleye ilişkin iddialarının incelenmesi mümkün olup, idarece daha önce 21.04.2007 tarihinde pazarlık usulü ile yapılan "49 kişi ile 3 aylık Malzemesiz Hastane Genel Temizlik, Kalorifer Yakma ve İlaçlama" işine ait olduğu anlaşıldığından bu iddiaya ilişkin değerlendirilme yapılması mümkün bulunmadığından başvuru sahibinin iddiası yerinde bulunmamıştır."

Söz konusu karar mülga İhalelere Karşı Yapılacak İdari Başvurulara Ait Yönetmelik hükmüne istinaden verilmekle birlikte, kararın dayanağı olan mülga yönetmelik hükmüne paralel bir düzenleme, hem 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 54 üncü maddesinin 8 inci fıkrasında, hem de İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin 8 inci maddesinin 9 uncu fıkrasında yer almaktadır.

Aynı dilekçe ile birden fazla ihale hakkında şikayet başvurusunda bulunulamamasından farklı olarak, şikayet başvurusu dilekçesinde, aynı ihale ile ilgili olarak birden fazla konuya ya da işleme ilişkin iddialara yer verilebilir (Doğanyigit, 2003, s.513). Örneğin başvuru sahibinin, dilekçesinde ihale doküman dosyasındaki mevzuat gereğince istenmesi mümkün olmayan kalite belgelerinin idare tarafından istendiğini belirtirken, aynı zamanda da yeterliğe ilişkin idari şartname maddesinin rekabeti daraltıcı ve bir ya da birkaç istekliyi tanımlar derecede sınırlayıcı nitelikte olduğunu iddia etmesinde herhangi bir hukuksal engel bulunmamaktadır.

1.3. DİK Kapsamındaki İdari Başvurular

Kanun koyucu, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile Devlet İhale DİK tamamen yürürlükten kaldırmamış, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamındaki alımlarda, başka bir anlatımla kamu kaynağı kullanılarak gerçekleştirilen kamu alımlarında, DİK'in uygulanmayacağını belirtmekle yetinmiştir.

DİK'in mal alımı, hizmet alımı, yapım işleri ve bunlarla ilgili sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanması hakkındaki hükümleri, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır. Anılan tarihten itibaren mal alımı, hizmet alımı ve yapım işleri ihaleleri Avrupa Birliği müktesebatı ve uluslar arası normlara uyumlu olarak hazırlanmış 4734 ve 4735 sayılı Kanunlar ve ikincil mevzuatına göre yapılmaya başlanmıştır (Kepek, 2009, s.32).

4734 sayılı Kanun'da, DİK'in bu Kanuna aykırı hükümlerinin uygulanmayacağı ifade edildiğinden, 4734 sayılı Kanun kapsamında yer alan işler için 01.01.2003 tarihinden itibaren DİK hükümleri uygulanmamaktadır. Satım, kiraya verme, trampa ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi için ise DİK'in bu işlere ilişkin hükümleri yürürlükte olduğundan anılan Kanunun ilgili hükümleri uygulanmaktadır (Küçük, 2005, s.4).

Kamu İhale Yasasınının 68. maddesinde kanun kapsamında yer alan işlerin ihalelerinde DİK'in uygulanmayacağı belirtilmiş, diğer kanunların da DİK'den muafiyet tanıyan hükümleri ile bu kanuna uymayan hükümlerinin

uygulanmayacağı hüküm altına alınmıştır. Buna göre, mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinde, yani kamunun para harcamasını gerektiren işlerinde sadece 4734-4735 sayılı Yasalar uygulanacak, harcamayı gerektirmeyen işlerde yani gelir getirici işlerde ise DİK hükümleri uygulanacaktır (Uz, 2008, s.186).

Dolayısıyla, DİK'in, devlete gelir getirici ihale işlemleri ile sınırlı da olsa yürürlükte olduğu açıktır. Danıştay, bir kararında;

"4734 sayılı Kamu İhale Kanununun "kapsam" başlıklı 2. maddesi hükmü ile 2003/4 sayılı Kamu İhale Tebliği'nin 10. maddesi hükmüne göre; 2886 sayılı Kanun kapsamındaki idarelerin, mal, hizmet alım ve yapım dışındaki ihalelerinde 2886 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmasına devam edileceği kuşkusuzdur."⁶¹

ifadelerine yer vermiştir.

DİK'de, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'ndan farklı olarak, ihale işlemlerinin idari denetimine olanak sağlayacak özel ve zorunlu idari başvurular ya da başka herhangi bir denetim mekanizması bulunmamaktaydı. Bu eksiklik, birçok yerli ve yabancı kaynak tarafından eleştirilmiş⁶², 4734 sayılı Kanunun gerekçe metninde de yer almıştır.

DİK; günümüzün değişen ve gelişen ihtiyaçlarına cevap veremediği, uygulamada ortaya çıkan aksaklıkları gidermede yetersiz kaldığı, Avrupa Birliği, Dünya Bankası ve Dünya Ticaret Örgütü gibi uluslararası kuruluşların uygulamaları ve çağdaş standartlara paralellik göstermediği, bütün Dünya'da daha şeffaf ihale kuralları uygulandığı, alım yapan idarelerin hesap verilebilirliğinin artırılması gerektiği, uluslararası rekabete uygun hükümlere ihtiyaç duyulduğu, idarelerin istekliler arasında objektif ayırım yapamadığı ve kamuoyunun daha çok bilgilendirilmesinin yararı görüldüğünden kamu ihaleleri ile ilgili geniş kapsamlı bir reform gerçekleştirilmiştir (Küçük, 2005, s.3).

Kamuya gelir getirici ihale işlemleri açısından, kısmen yürürlükte olan DİK, kendisine özel bir idari denetim mekanizması öngörmediğinden, bu kanun çerçevesindeki ihale işlemlerinin hukuka aykırı olduğunu düşünenlerin,

⁶¹ D.13.D., E.2005/6217, K.2007/696, T. 13.07.2007

⁶² Canbazoğlu, 2008, s.31; Karabayır, 2008, s.5

İYUK'un 11 inci maddesi çerçevesinde, ihale işlemini gerçekleştiren makamın varsa üst makamına, yoksa bizzat işlemi yapan makama işlemin geri alınması, kaldırılması ya da değiştirilmesi için başvurması ya da doğrudan idari yargıya başvurması gerekecektir. Başka bir anlatımla, DİK'in yürürlükte olan hükümlerine istinaden gerçekleştirilen ihale işlemlerine karşı, genel idari başvuruda bulunulması veya doğrudan idari yargıya başvurulması mümkündür.⁶³

DİK kapsamındaki ihale işlemlerine karşı, Kamu İhale Kurumu'na başvurulması imkanı bulunmamaktadır. Başvuru yapılması durumunda, Kamu İhale Kurulu, başvurunun görev yönünden reddine karar verecektir.⁶⁴

1.4. Yasaklama Kararlarına İlişkin İdari Başvurular

Yasaklama kararı, "4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda öngörülen şartların gerçekleşmesi durumunda, idarenin anılan kanunlardaki fiilleri işleyenlerin istisna kapsamında ihaleler dahil tüm kamu ihalelerine belirli bir süre ile girmesini engelleyen idari işlem veya idari karar" olarak tanımlanabilir.

İhalelerden yasaklama kararı vermeye yetkili merciler, 4734 sayılı Kanunun 58 ve 4735 sayılı Kanunun 26 ncı maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, katılma yasakları, ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunan bakanlık, herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise İçişleri Bakanlığı tarafından verilecektir.

İhale sırasında veya sonrasında bu fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenler, idarelerce o ihaleye iştirak ettirilmeyecekleri gibi

⁶³ 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun yürürlükte olduğu 2006 yılında, DİK'e göre yapılan bir satım işlemine ilişkin Danıştay Kararı: D.13.D., E.2007/1538, K. 2007/3459, T. 25.05.2007

⁶⁴ Örnek KİK kararları:
Karar Tarihi: 11.02.2010, Karar No: 2010/UY.III-537
Karar Tarihi: 20.05.2008, Karar No: 2008/UY.Z-2171
Karar Tarihi: 05.11.2007, Karar No: 2007/UH.Z-3592
Karar Tarihi: 20.07.2007, Karar No: 2007/UH.Z-2470
Karar Tarihi: 01.10.2007, Karar No: 2007/UY.Z-3206

yasaklama kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar aynı idare tarafından yapılacak sonraki ihalelere de iştirak ettirilmezler.

Yasaklama kararları, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen en geç kırkbeş gün içinde verilir. Verilen bu karar Resmi Gazetede yayımlanmak üzere en geç onbeş gün içinde gönderilir ve yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

İhale sürecinin, İYBHY'nin 3 üncü maddesinde, "İhale yetkilisince ihale onayının verildiği tarihten itibaren başlayan, sözleşmenin taraflarca imzalanıp notere onaylatılması ve tescili ile noter onayı ve tescili gerekmeyen hallerde ise sözleşmenin taraflarca imzalanmasıyla tamamlanan süreç" olarak tanımlandığı dikkate alındığında, yasaklama kararlarının ihale süreci kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği ve dolayısıyla yasaklama kararlarına karşı şikayet ve itirazın başvurusunda bulunulup bulunulamayacağı değerlendirilmesi gerekir.

Doktrinde, ihalenin ve ihale sürecinin farklı şekilde tanımları yapılmış olmakla birlikte, tümünün ortak noktası, ihale sürecinin ve ihale işlemlerinin amacının idarenin yapacağı kamu alımında sözleşmenin karşı tarafını belirleme amacına yönelik olduğu hususuna vurgu yapmalarıdır.

Uz (2005, s.8) ihaleyi idarenin idari yahut özel hukuka ilişkin olsun sözleşme yapması için işletilmesi gereken ve uyulması gerekli usulün kanunla belirlendiği süreç olarak tanımlamaktadır.

Kutlu'ya (1997, s.76) göre ihale, idarenin görev alanına giren hizmetlerin yürütülmesi amacıyla karşılığı idare tarafından ödenmek üzere gerekli mal veya hizmetlerin veya bir işin yasada öngörülen usul kurallarına uymak suretiyle oluşturulan rekabet ortamı içerisinde katılan adaylardan en uygun teklifi sunan özel bir kişiye yaptırılmasına yönelik olarak imzalanacak sözleşmelerin oluşum sürecini ifade eden bir dizi işlemleri ifade eder.

Buz da (2007, s.125) kamu ihalesi ile başlayan sürecin ideal sona erme biçiminin sürecin kamu ihale usullerine uygun bir şekilde yürütülerek

ihalenin ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren istekli üzerinde bırakılması ve sözleşmenin imzalanması olacağını ifade etmektedir.

Bu tanımlardan da anlaşıldığı üzere, ihale süreci, ihale onayının alınması ile başlayan ve sözleşmenin usulüne uygun olarak imzalanması ile sona eren bir zaman diliminde yapılan idari işlemleri ifade etmekle birlikte, yapılan işlemlerin ihale süreci kapsamında değerlendirilebilmesi için sadece anılan zaman aralığından yapılması yeterli olmamakta, aynı zamanda ihale üzerinde bırakılacak ve sözleşmenin imzalanacağı isteklinin tespitine yönelik olması da gerekmektedir. Başka bir anlatım ile, ihale onayının alınması ile başlayan ve sözleşmenin usulüne uygun olarak imzalanması ile sona eren bir zaman diliminde yapılan idari işlemlerin tümü ihale işlemi olarak değerlendirilmemektedir.

Yasaklama kararlarının amacı, ihale üzerinde bırakılacak isteklinin tespiti ile ilgili değildir. Zira yasaklama kararları ile 4734 ve 4735 sayılı Kanunlarda belirlenen yasak fiil ve davranışlarda bulunanların kamu ihalelerine katılmalarını belirli bir süreliğine engellenmesi amaçlanmaktadır.

Bu nedenle, sözleşmenin imzalanmasından önceki yasaklama durumlarını düzenleyen 4734 sayılı Kanun hükümlerine göre haklarında yasaklama kararı verenlerin şikayet ve itirazın şikayet başvurusunda bulunması imkanının bulunmadığı söylenebilir.⁶⁵

Uz (2007, s.431) aynı görüşte değildir. Uz'a göre, ihalelerden yasaklama kararı da ihale süreci içerisinde alınan bir karar olup, şikayete ve itirazın şikayete konu edilebilmelidir. Zira bazen yasaklama kararı, ihalenin sonucunu değiştirebilecek niteliktedir. Mesela ihalede en avantajlı teklifi sunan istekli hakkında ihalelerden yasaklama kararı verilmesi durumunda, kararın Kamu İhale Kurulu tarafından iptal edilmesi ile başvuru sahibinin ihaleyi kazanması mümkün olabilecektir. Yargı yoluna başvurulması durumunda, muhtemelen uzun süre sonra verilecek iptal kararının, karar tarihine kadar sözleşmenin imzalanmış ve hatta süresinin sona ermiş olacağı düşünüldüğünde, tazminat sorumluluğu dışında bir anlamı olmayacaktır.

⁶⁵ Canbazoğlu (2008, s.96-97) da aynı görüştedir.

Kamu İhale Kurulu, yasaklama kararlarına ilişkin itirazın şikayet başvurularını görev yönünden reddetmektedir.

Örneğin Kamu İhale Kurulu'nun 10.12.2007 tarih ve 2007/UY.Z-4019 sayılı kararında;

“... 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 53/b maddesinde bu Kanuna göre yapılacak ihaleler ile ilgili olarak Kamu İhale Kurumuna verilen görev ve yetki, ihale süreci içerisinde ve bu süreçte sonuç doğuran işlem ve eylemler olarak belirlenmiş, ihalelerden yasaklama kararlarına karşı Kamu İhale Kurumuna başvuruda bulunulacağına ve bu kararlardan doğan zararların giderilmesi yolunda hüküm verileceğine dair yetki ve görev Kamu İhale Kurumuna verilmemiştir. Karaman Valiliğinin yazısı ekinde gönderilen dilekçede yer alan birinci iddia, yasaklama işleminin iptaline yönelik olduğundan, yukarıda anılan Kanun maddesinde tanımlanan ihale süreci içerisinde değerlendirilmesi mümkün bulunmamaktadır. Bu itibarla yasaklama işlemi ilgili olarak Kamu İhale Kurumunun inceleme görev ve yetkisi bulunmamaktadır. ...”

ifadelerine yer verilmiştir.

Başka bir kararında⁶⁶ Kurul yine görevsizlik kararı vermiş ve kararda;

“... Şikayet konusu, yasaklama işleminin iptaline yönelik olup, Kamu İhale Kurumuna ihalelerden yasaklama kararlarına dair yetki ve görev verilmemiştir. İhalelerden yasaklama kararlarına karşı idari yargıda dava açılması gerekmektedir. ...”

denilmiştir.

Sonuç olarak, 4734 sayılı Kanun kapsamında verilen yasaklama kararlarına karşı şikayet ve itirazın şikayet başvurusunda bulunulamayacak, ancak İYUK'un 11 inci maddesi çerçevesinde genel idari başvuru ve/veya idari yargıda iptal davası yollarına başvurulabilecektir.

4735 sayılı Kanun kapsamında verilen yasaklama kararlarında ise durum daha farklıdır. Anılan Kanun hükümlerine göre verilen yasaklama kararları sözleşmenin uygulanması aşaması ile ilgilidir. Zira anılan Kanunun 26 inci maddesinde 25 inci maddedeki yasak fiil ve davranışlarda bulunanlar hakkında yasaklama kararı verileceği hükme bağlanmış olup, 25 inci maddede yasak fiil ve davranışlar şu şekilde sıralanmıştır:

⁶⁶ Kamu İhale Kurulu'nun 07.05.2007 tarih ve 2007/UH.Z-1577 nolu kararı.

- Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla sözleşmeye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek,
- Sahte belge düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek,
- Sözleşme konusu işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak, fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı veya kusurlu imalat yapmak,
- Taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar vermek,
- Bilgi ve deneyimini idarenin zararına kullanmak veya 29 uncu madde hükümlerine aykırı hareket etmek,
- Mücbir sebepler dışında, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmemek,
- Sözleşmenin 16 ncı madde hükmüne aykırı olarak devredilmesi veya devir alınması.

Dolayısıyla, sözleşmenin imzalanmasından sonra ihale süreci sona erdiğinden, bu tür yasaklama kararlarına karşı yapılacak itirazın şikayet başvurularının Kamu İhale Kurumu'nun görev alanı kapsamında olmadığı açıktır.

Şikayet ve itirazın şikayet başvuru yollarının kapalı olduğunu tespit ettikten sonra, bu tür yasaklama kararlarına ilişkin uyuşmazlıkların hangi yargı mercileri tarafından inceleneceği hususuna da değinmek gerekir.

Uyuşmazlık Mahkemesi içtihatları⁶⁷ gereğince, sözleşmenin imzalanması ile birlikte ihale süreci sona erdiği gibi, bu aşamadan sonra idare hukuku kuralları değil özel hukuk kuralları uygulanacaktır. Buna göre, sözleşmenin uygulanması aşaması ile ilgili olarak, 4735 sayılı Kanunun 29 uncu maddesi kapsamında idarelerce verilecek yasaklama kararlarına ilişkin

⁶⁷ E.1987/2, K. 1987/7, T.02.03.1987
E.2005/16, K.2005/36, T.16.05.2005

uyuşmazlıkların adli yargının görev alanı içerisinde olup olmadığı sorunu ortaya çıkmaktadır. Gerçekten de, sözleşmesel edimlerini mücbir sebepler dışında yerine getirmedeği gerekçesi ile hakkında yasaklama kararı verilen yüklenicinin verilen bu kararın, sözleşmesel edimlerini yerine getirmiş olması nedeniyle hukuka aykırı olduğunu düşünmesi durumunda, adli yargıya mı yoksa idari yargıya mı başvurusu gerekecektir?

Bu soruya cevap verebilmek için yasaklama kararının hukuki niteliğini tespit etmek gerekir. Zira yasaklama kararı idari fonksiyon kapsamında yapılan bir idari işlem olarak değerlendirilir ise idari yargının, bir özel hukuk işlemi olarak değerlendirilir ise adli yargının görevli olduğu sonucuna ulaşılabilecektir.

İdarenin ilgilinin rızasını aramaksızın, kamu gücünü kullanmak suretiyle karar alması, ilgiliye göre üstün ve ayrıcalıklı bir konumda bulunduğu dikkate alındığında, yasaklama kararının idari işlem olduğu ortaya çıkmaktadır.

Danıştay 13 üncü Dairesi, bir kararında 4735 sayılı Kanunun 26 nci maddesi çerçevesinde verilen yasaklama kararına karşı açılan iptal davasına ilişkin temyiz başvurusunu incelemiş, davanın görev yönünden reddi gerektiğine hükmetmemiştir.

Sonuç olarak, 4735 Kanun kapsamında alınan yasaklama kararlarına karşı da, 4734 sayılı Kanun kapsamında alınanlarda olduğu gibi, ancak İYUK'un 11 inci kapsamında genel idari başvuru ve/veya idari yargıda iptal davası açma yollarına başvurulabilecektir.

1.5. 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu Kapsamı Dışındaki İhale İşlemlerine Karşı Yapılacak İdari Başvurular: “Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Örneği”

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 3 üncü maddesi “İstisnalar” başlığını taşımakta, yasaklama ve ceza hükümleri hariç olmak üzere, kanunda düzenlenen esas ve usullere tabi olmaksızın, idarelerin kendi belirledikleri yöntemlerle yapacakları, istisna kapsamındaki ihaleleri

düzenlemektedir. İstisna hükümlerinin sınırlayıcı ve dar yoruma tabi olmasının doğal sonucu olarak, 3 üncü maddede istisnalar tek tek sayılmaktadır.

İdarelerin, Kanunun 3 üncü maddesinde düzenlenen ihalelerine yönelik olarak özel bir idari başvuru türü bulunmamaktadır. Şikayet ve itirazın şikayet, Kanun kapsamındaki ihalelere yönelik idari başvuru yolları olup, Kamu İhale Kurulu tarafından, istisna kapsamındaki ihale işlemlerine yönelik itirazın şikayet başvurularının görev yönünden reddine karar verilmektedir. Zira Kanunun 53 üncü maddesi gereğince, Kamu İhale Kurumu, Kanun kapsamındaki ihalelere yönelik itirazın şikayet başvurularını incelemekle görevlidir.⁶⁸

Bununla birlikte, istisna kapsamında olmadığı halde Kanunda düzenlenen esas ve usullere uyulmadan gerçekleştirilen ihalelere yönelik olarak yapılan başvurularda, Kamu İhale Kurulu, başvuru konusu ihalenin Kanun kapsamında olduğu tespit ederse, ihalenin iptaline karar veremese dahi, meselenin soruşturulması için ilgili idareye bilgi verilmesine karar vermektedir. Örneğin bir kararında Kurul;

“... Başvuruya konu ihalenin 4734 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (k) bendi kapsamında istisna olarak yapılmış olup, istisna olarak yapılan ihale ile ilgili olarak Kurumun inceleme görev ve yetkisi bulunmamaktadır. Bununla birlikte, anılan Kanun maddesindeki istisnanın mal ve hizmet alımlarına ilişkin olduğu, yapım işi ihalelerini kapsamadığı, idare tarafından 04.09.2009 tarih ve 1214 sayılı yazı ekinde gönderilen ve 04.09.2009 tarih ve 1674 sayı ile Kurum kayıtlarına alınan yazı ekinde gönderilen bilgi ve belgelerin incelenmesi neticesinde, ihale kayıt numarası alınmadan ihaleye çıkıldığı tespit edilmiş olup, ayrıca, incelenen ihalenin yapım işi olduğu ve bu nedenle anılan Kanun maddesindeki istisnadan yararlanamayacağı sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle;

1) Başvurunun reddine,

2) İstisna kapsamında yapılmaması gereken bir ihalenin bu kapsamda yapılması ve ihale kayıt numarası almadan “istisna kapsamında” ihaleye çıkılması hususu ile ilgili sorumluluğu olanlar hakkında gerekiyorsa inceleme ve/veya soruşturma başlatılmak üzere konunun Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğüne bildirilmesine,

Oybirliği ile karar verildi.”⁶⁹

ifadelerine yer vermiştir.

⁶⁸ Konu ile ilgili örnek Kamu İhale Kurulu kararları 142 nolu dipnotta yer almaktadır.

⁶⁹ 14.09.2009 tarih ve 2009/UM.I-2302 nolu Kamu İhale Kurulu Kararı.

Sonuç olarak, idarelerin istisna kapsamındaki ihale işlemlerinin ya da uygulamalarının hukuka aykırı olduğunu düşünen ilgililerin genel idari başvuru yoluna gitmesi gerekmektedir. İlgililer, istisna kapsamındaki ihale işlemlerine yönelik olarak, İYUK'un 11 inci maddesine dayanarak idareye başvurabileceği gibi doğrudan doğruya idari yargıda iptal davası da açabilecektir.⁷⁰ Gök (2009, s.1171) de aynı görüştedir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na tabi olan idareler, istisna kapsamındaki ihalelerine ilişkin esas ve usulleri, genellikle kendilerinin çıkardığı yönetmelik, yönerge vb. düzenleyici işlemlerle belirlemektedir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na tabi idarelerden olan Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası A.Ş.'nin kanununun 3 üncü maddesindeki ihalelerine ilişkin esas ve usuller de, Banka Meclisi'nin 13.02.2004 ve 8511/18110 sayılı kararı ile yürürlüğe giren Alım Satım ve İhale İşleri Yönetmeliği'nde düzenlenmektedir. Söz konusu yönetmelikte, kanun kapsamındaki ihalelere yönelik düzenlemeler de bulunmakla birlikte, yönetmeliğin temel işlevi, kanunda, hakkında hüküm bulunmayan istisna kapsamındaki işlere ilişkin yöntemleri düzenlemesidir. Yönetmeliğin "Amaç" başlıklı 1 inci maddesinde de bu husus açıkça düzenlenmiştir.⁷¹

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 3 üncü maddesinde düzenlenen istisnalardan, Merkez Bankası açısından en önemlileri, (c) ve (g) bentlerinde düzenlenenlerdir.

3 üncü maddenin (c) bendinde, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'nın banknot ve kıymetli evrak üretim ve basımı ile ilgili mal veya hizmet alımlarının istisna kapsamında olduğu hükme bağlanmış olup, herhangi bir parasal sınır da öngörülmemiştir. Dolayısıyla bentte düzenlenen konu kapsamında yapılacak mal ve hizmet alımları, yaklaşık maliyeti ne olursa olsun istisna kapsamında gerçekleştirilebilecektir.

⁷⁰ Kanun kapsamındaki idareler, kanunun 2 nci maddesinde sayılmakta olup, bu idarelerin istisna kapsamındaki ihale işlemlerinin idari işlem olduğu konusunda şüphe bulunmamaktadır. Zira istisna kapsamındaki ihale işlemleri, devletin yasama ve yargı işlevi dışında olup, idari işlev kapsamındadır. D.5.D., E.1995/4416, K.1996/1911, T. 17/05/1996:

"... Bilindiği gibi idari işlem, idari makamların kamu gücü ve kudreti ile hareket ederek, idare işlevine ilişkin olarak yaptıkları ve çeşitli hak ve/veya yükümlülükler doğuran tek yanlı irade açıklamaları olarak tanımlanmaktadır. ..."

⁷¹ "Madde 1- ... Bu Yönetmelik'in amacı, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'nın birinci fıkrada belirtilen mevzuata tabi olan işlerinin bu mevzuat hükümlerine göre yürütülmesine ve 4734 sayılı Kanunla istisna edilmiş alımlarının gerçekleştirilmesine ilişkin esas ve usuller ile mevzuatta yer almayan ve açıklık getirilmesine ihtiyaç duyulan konuları düzenlemektir."

3 üncü maddenin (g) bendinde ise, 2 nci maddenin birinci fıkrasının (b) ve (d) bentlerinde sayılan kuruluşların, ticarî ve sınaî faaliyetleri çerçevesinde; doğrudan mal ve hizmet üretimine veya ana faaliyetlerine yönelik ihtiyaçlarının temini için yapacakları ve yaklaşık maliyeti her yıl Kamu İhale Kurumu tarafından belirlenen parasal sınırı aşmayan mal ve hizmet alımlarının kanundan istisna olduğu düzenlenmektedir. Buna göre, Merkez Bankası, Kanunun 2 inci maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde sayılan kuruluşlar kapsamında değerlendirilmektedir. Zira anılan bentte,

“(a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilenlerin doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip buldukları her çeşit kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketler.”

denilmektedir. 1211 Sayılı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanunu’nun 8 inci maddesinde ise “(A) sınıfı hisse senetlerinin her biri en az 100 hisseliktir. Bu sınıf hisse senetleri münhasıran Hazineye ait olup, sermayenin yüzde ellibirinden aşağı düşemez.” denilerek, Bankanın sermayesinin yarısından fazlasının hazineye (devlete) ait olduğu hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla, söz konusu hükümler birlikte değerlendirildiğinde, Merkez Bankasının ana faaliyetlerine yönelik ihtiyaçlarının temini için yapılacak, yaklaşık maliyeti yasal-parasal sınırın altında kalan mal ve hizmet alımlarının, Kanunun 3 üncü maddesinin (g) bendi kapsamında yapılması mümkün olabilmektedir.

Merkez Bankası’nın ana faaliyetlerinin neler olduğu, 1211 sayılı Kanun’un Temel Görev ve Yetkiler başlıklı 4 üncü maddesinde sayılmaktadır. Merkez bankasının burada sayılan faaliyetlerine yönelik ve yaklaşık maliyeti yasal sınırı aşmayan mal ve hizmet alımları, Banka’nın kendi çıkardığı Alım Satım ve İhale İşleri Yönetmeliği hükümleri çerçevesinde gerçekleştirilmektedir.

Merkez Bankası tarafından, 3 üncü maddenin (c) ve (g) bentleri dışında, diğer bentlerine istinaden de istisna kapsamında ihale işlemleri yapılmaktadır. Örneğin (e) bendi kapsamında, Devlet Malzeme Ofisi, Et Balık Kurumu ile Adalet Bakanlığına bağlı ceza infaz kurumları, tutukevleri işyurtları kurumlarından yapılacak alımlar gibi.

Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'nın Alım Satım ve İhale İşleri Yönetmeliği'nde, istisna kapsamındaki ihale işlemlerine yönelik idari başvurulara ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Acaba Banka tarafından istisna kapsamında gerçekleştirilen ihalelerde, ihale işlemlerinin hukuka aykırı olduğunu düşünen ilgilinin, Bankaya işlemin iptali için başvurması veya doğrudan idari yargıda dava açma imkanı bulunmakta mıdır?

Bu sorunun cevabını bulmak için, Merkez Bankası'nın hukuksal statüsünün ve istisna kapsamında gerçekleştirdiği ihale işlemlerinin idari işlev kapsamında olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.

Merkez Bankası A.Ş., 1211 sayılı Kanun ile kurulmuş olup, bir anonim şirkettir. Anılan Kanunun 1 inci maddesinde, kanunda açıklık bulunmayan hallerde, Banka'nın özel hukuk hükümlerine tabi olduğu hükme bağlanmıştır. Banka herhangi bir bakanlığa olmadığı gibi, bütçesi devlet bütçesinden bağımsızdır.

Anonim Şirket olan ve özel hukuk hükümlerine tabi olduğu kanununda açıkça hükme bağlanmış olmakla birlikte, Banka'nın klasik bir özel hukuk tüzel kişisi olduğu iddia etme imkanı bulunmamaktadır. Zira Banka, kamu gücüne dayanarak, icrai ve tek yanlı işlemler yapmaktadır. Örneğin 1211 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesine istinaden zorunlu karşılıklar ve umumi dispoñibilite oranlarının belirlenmesinde, Banka özel hukuk tüzel kişisi olarak değil, bir kamu idaresi olarak hareket etmektedir.

Danıştay da Merkez Bankası'nın bir kamu idaresi olduğu görüşündedir. Danıştay 5. Dairesi bir kararında,

“... Türkiye'de banknot ihracı imtiyazına münhasıran sahip, temel amacı ülkemizde fiyat istikrarını sağlamak olan, sermayesindeki Hazine payının yüzde ellibirden aşağı düşmeyeceği yasayla hükme bağlanan Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasına, 1211 sayılı Kanunla verilen işlevin doğal sonucu olarak özel hukuki statü tanınıp, karma bir hukuki rejime tabi tutulmasının, yasayla para politikasını belirleyip, uygulama yetkisi verilen, hükümetin mali ve ekonomik müşaviri ve haznedarı olarak tanımlanan Bankayı özel hukuk tüzel kişisine dönüştürmeyeceği ve Bankanın kamu kurumu niteliğini ortadan kaldırmayacağı...”⁷²

⁷² D.5.D., E:2003/570, K:2004/4653, T. 24.11.2004 ve İ.D.D.K., E:2005/1846, K. 2006/746, T.15/06/2006

ifadelerine yer vererek, Bankanın kamu kurumu olduğunu belirtmiş, İdari Dava Daireleri Genel Kurulu da Daire görüşüne katılmıştır.

Ayrıca, yukarıda açıklanan gerekçelerle, Banka'nın, kamu kaynağı kullanılarak yapılan kamu ihalelerine ve bu ihaleleri gerçekleştiren kamu idarelere yönelik düzenlemeleri içeren 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na tabi olması da, Banka'nın bir kamu idaresi olduğu savını desteklemektedir.

Bankanın organik anlamda idare olduğunun kabul edilmesi, tek başına istisna kapsamındaki ihalelerinin idari işlem olduğu sonucunu doğurmayacağından, yapılan işlemlerin işlevsel anlamda idari işlem olup olmadığının da sorgulanması gerekir.

Merkez Bankası, Alım Satım ve İhale İşleri Yönetmeliği hükümleri çerçevesinde, istisna kapsamındaki ihalelerini gerçekleştirirken, ihaleye katılanlar ile eşit konumda bulunmamakta, özel hukuktaki hukuksal ilişkilerde olduğundan farklı ve üstün bir konumda bulunmaktadır. Zira ihale şartnamelerinde, idarenin tek yanlı olarak sözleşmeyi feshetme, herhangi bir gerekçe göstermeksizin ihaleyi iptal etme, ihaleye katılanların teminatlarını gelir kaydetme gibi kamusal yetkilerinin bulunduğuyla yönelik düzenlemeler yer almaktadır. Böylelikle Banka'nın bu tür ihalelerde, kamu gücünü kullanarak, tek yanlı ve yükümlülük doğurucu işlemler yapması mümkün olabilmektedir. Özel hukuk hükümleri, ancak sözleşmenin imzalanması sonrasında, sözleşme aşamasında uygulama alanı bulmakta, ihale aşamasında idare hukuku ilkeleri hakim olmaktadır.

Sonuç olarak, Merkez Bankası'nın istisna kapsamındaki ihaleleri, gerek organik gerekse işlevsel anlamda idari işlem niteliği taşımakta ve bu yönüyle idari yargıda dava konusu olmaya elverişli bulunmaktadır. Dolayısıyla, Banka'nın istisna kapsamındaki ihaleleri esnasında gerçekleştirilen eylem ve işlemlere karşı şikayet ve itirazın şikayet başvurusunda bulunma imkanı bulunmamakla birlikte, idari yargıda dava açma veya öncesinde, İYUK'un 11 inci maddesi çerçevesinde, Banka'ya genel ihtiyari idari başvuruda bulunulmasının mümkün olduğu söylenebilir.

1.6. Avrupa Birliği Mevzuatında Özel İdari Başvurulara İlişkin Düzenlemeler

Avrupa Birliği'nde kamu ihaleleri denetim sistemi, 89/665 ve 92/13 sayılı Kamu Alımları Yasal Yollar Direktifleri, Avrupa Birliği Anlaşması ve Avrupa Adalet Divanı içtihatları çerçevesinde kurulmuş ve geliştirilmiştir.

Avrupa Birliği tarafından, üye ülkelerde ihale işlemlerinin denetlenmesine ilişkin olarak, uyuşmazlıkların giderilmesine yönelik direktifler çıkartılmıştır. Bu direktifler; 21.12.1989 tarih ve 89/665 sayılı, Klasik Kamu Sektörleri (Yapım, Mal, Hizmet) İhalelerine İlişkin şikayet Başvuru Direktifi ile 25.02.1992 tarih ve 92/13 sayılı, Kamu Hizmet (Su, Enerji, Ulaşım ve Telekomünikasyon) Sektörleri İhalelerine İlişkin şikayet Başvuru direktifidir.

Bu Direktifler, üye devletlerin ihalelere yönelik inceleme ve denetim sistemini kapsamlı olarak düzenlemek yerine, üye devletlerin ihale inceleme sistemleri ile ilgili bazı asgari koşulları düzenlemektedir.

Birliğe üye bazı devletlerde ihalenin idari yoldan denetlenmesi imkanı bulunmaktadır. Bu imkan 89/665 sayılı Direktif Md. 2/9 nedeniyle kabul edilmektedir. Maddede "idari denetimi kabul eden ülkelerde" ifadesi yer almaktadır. Bu ifade, idari denetimi kabul etme konusundaki takdir hakkının ye devletlere bırakıldığını göstermektedir (Aksoy, 2010, s.102).

Dolayısıyla, idari denetimi tercih eden ülkelerde, AB ihale mevzuatına aykırı olmamak kaydıyla, ihalelerin idari denetim mekanizmaları ile denetlenmesini teminen, idari başvuru yapma imkanı tanıyan ulusal düzenlemeler yapılabilecektir.

89/665 sayılı Direktif md. 1/3'de denetim için bařvuru⁷³ hakkına sahip olunabilmesi için iki koşul aranmaktadır. Denetim hakkına sahip olabilecek kişilerin maddede belirtilen her iki koşula uygun bir durumda olmaları gerekmektedir. İlk koşul menfaat kavramına, dolayısıyla başvuru ehliyetine ilişkindir. Maddeye göre, denetime yönelik başvuru hakkına, sözleşmeyi imzalamakta menfaat sahibi olanlar başvurabilecektir. İkinci şart

⁷³ AB hukukunda idari veya yargısal denetim üye ülkelerin takdirinde olduğundan, denetim için başvuru denildiğinde hem idari hem de yargısal başvurular anlaşılmakta, ilgili direktiflerdeki düzenlemeler, idari veya yargısal tüm başvuruları kapsamaktadır. Bu nedenle, tezin konusu bağlamında idari başvurular ile sınırlı olarak bir inceleme yapılırsa dahi, kavramsal olarak yanlış ifade kullanma hatasına düşmemek adına, idari denetime yönelik idari başvurular yerine "denetim için başvuru" ya da "denetime yönelik başvuru" ifadelerini kullanmanın yerinde olacağı düşünülmektedir.

ise, hukuka aykırı işlem ya da eylem ile zarar görmek veya zarar görme tehlikesi altında bulunmaktadır.

Başvuru ehliyetinin belirlenmesinde esas alınan sözleşme imzalamakta menfaat sahibi olma kavramı, 89/665 sayılı Direktifte tanımlanmamaktadır. Ancak menfaat kavramı geniş olduğu için; sürece katılan, katılma olanağı bulunan ve ihalenin ilan edilmesi durumunda katılmayı düşünebilecek olan tüm isteklileri ve potansiyel isteklileri kapsar. Söz konusu kişilerin denetim başvurularının kabul edilebilmesi için, ihaleyi kazanma olasılıklarını ispat etmeleri de gerekmemektedir (T.C. Kamu İhale Kurumu, 2005, s.260).

Bu şekliyle, AB hukukunda ehliyetle ilişkin düzenlenmelerin, ihale hukukumuzdakinden farklı olarak hak arama özgürlüğünü genişletici nitelikte ve İdari Yargılama Usulü Hukuku uygulamamızdaki dava ehliyetine yakın bir şekilde algılandığı söylenebilir.

2007/66 sayılı Direktifin 1. (5) maddesine göre, İdare tarafından alınan kararın ya da yapılan işlemin aday veya istekli tarafından uygun bulunmaması durumunda, aday veya istekli, kararın faks veya elektronik araçlarla bildirilmesi halinde kararın gönderildiği tarihi izleyen 10 gün; normal posta yoluyla gönderilmesi halinde ise kararın ilgili tarafından tebellüğ edildiği tarihi izleyen 10 gün veya kararın gönderildiği tarihi izleyen 15 gün içerisinde ihale işlemi aleyhine şikayette bulunabilir.⁷⁴

Özel bildirim gerektirmeyen ihale ilanına veya dokümanına karşı yapılacak şikayetler için başvuru süresi söz konusu ilanın veya ihale dokümanının yayımlandığı tarihten itibaren 10 gündür.

2007/66 sayılı Direktife göre, sözleşmenin geçersiz olduğunun tespitine yönelik olarak da başvuruda bulunma imkanı bulunmaktadır. Buna göre, ihale sonuç ilanının Avrupa Birliği Resmi Gazetesinde yayımlanmasından itibaren 30 gün içerisinde, her durumda sözleşmenin

⁷⁴ Official Journal of European Union, 20.12.2007, L335/31
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:335:0031:0046:EN:PDF>

imzalanmasından itibaren 6 ay içerisinde sözleşmenin geçersiz olduğu ileri sürülebilir.

Kamu ihale mevzuatımıza göre de, şikayet başvurusunda bulunanlar tarafından sözleşmenin geçersiz olduğunun iddia edilmesi mümkündür. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 56 ıncı maddesinin 3 üncü fıkrası ile İYBHY'nin 18 inci maddesinin 4 üncü fıkrası hükümlerine göre, Kamu İhale Kurumu'na itirazın şikayet başvurusu üzerine yapılacak incelemede, sözleşmenin usulüne uygun olarak yapılmadığının tespit edilmesi durumunda, sözleşmenin imzalanmış olması itirazın şikayet başvurusunun incelenmesine engel teşkil etmeyecektir. Sözleşmenin dayanağı olan ihalenin iptali durumunda da, sözleşme geçersiz olacaktır.⁷⁵

Avrupa Birliği ihale denetimi uygulamasında, 89/665 sayılı Direktifin md. 2/1 – a, 2/1-b ve 2/1-c maddelerine göre, denetim makamının sırasıyla geçici önlem, iptal kararı ve zararın tazmini kararı verme yetkisi bulunmaktadır. Kamu İhale Kurulu'nun iptal kararı verme yetkisi bulunmakla birlikte, geçici önlem⁷⁶ ya da zararların tazmini kararı verme yetkisi yoktur. Ülkemizde ihalelere ilişkin işlem ya da eylemlerden doğacak zararların tazmini kararını ancak açılacak tam yargı davası sonucunda idari yargı yerleri verebilir.

⁷⁵ Kamu İhale Kurulu'nun 11.02.2010 tarih ve 2010/UH.I-519 nolu kararında;

“... Bu çerçevede; 31.12.2009 tarihinde ihale üzerinde bırakılan istekli ile yukarıda anılan yönetmelikte bahsi geçen sürelerle uyulmadan sözleşme imzalandığı dolayısıyla anılan “sözleşmenin usulüne uygun” olmadığı sonucuna varılmıştır. Diğer taraftan, her ne kadar idarece aşırı düşük tekliflere yönelik açıklama istenmesine ilişkin yazıda, teklifte önemli olduğu tespit edilen bileşenlere yer verilmemişse de, ihale konusu işin niteliği gereği temizlik malzeme gideri ile giyim giderinin açıklanmasının zorunlu olduğu, ancak ihale üzerinde bırakılan istekli tarafından ihale konusu işte kullanılacak temizlik malzemeleri giderinin teklif fiyata dahil edilmeyip, evsaf ve sayısı teknik şartnamede öngörülen giyim eşyalarının tamamı için gider hesaplanarak teklif bedeline yansıtılmadığı, diğer bir ifadeyle bahsi geçen gider kalemlerinin açıklanması bir yana, ihale dokümanında şartları belirlenmiş olan işin tamamına dahi teklif verilmediği, bu sebeple ihale komisyonu tarafından ihale üzerinde bırakılan isteklinin teklif bileşenlerine ilişkin açıklamasının yeterli görülmesinde mevzuata aykırılık olduğu, ihale üzerinde bırakılan isteklinin teklifinin değerlendirme dışı bırakılması suretiyle ihale işlemlerine mevzuata uygun olarak devam edilmesi gerektiği anlaşılmıştır.

Bu itibarla başvuru sahibinin iddiası yerinde bulunmuştur.

Açıklanan nedenlerle, 4734 sayılı Kanunun 65 inci maddesi uyarınca tebliğ edildiği veya tebliğ edilmiş sayıldığı tarihi izleyen 60 gün içinde Ankara İdare Mahkemelerinde dava yolu açık olmak üzere;

Anılan Kanunun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (b) bendi gereğince düzeltici işlem belirlenmesine, Oybirliği ile karar verildi.”

denilerek sözleşmenin geçersiz olduğuna ve sözleşme imzalanan istekli ihale dışı bırakılarak ihale işlemlerine devam edilmesine yönelik düzeltici işlem belirlenmesine karar verilmiştir.

⁷⁶ 5812 sayılı Kanun öncesi dönemde Kamu İhale Kurulu'nun “geçici önlem” niteliğinde karar alması mümkün olabiliyordu. Zira 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 5812 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki halinde, 56 ncı maddenin 4 üncü fıkrasında, Kamu İhale Kuruluna ihale yetkilisince ivedilik ve kamu yararı bulunması nedeniyle ihale işlemlerine devam edilmesi kararı üzerine yapılan itirazın şikayet başvurularında, gerekli görülmesi halinde ihale süreci durdurulması yetkisi verilmekteydi. 5812 sayılı Kanun ile ivedilik ve kamu yararı kararı ile birlikte, ihale sürecinin durdurulması kararına ilişkin düzenlemeler de kanundan çıkarılmıştır.

Avrupa Birliği ihale mevzuatında, ihale işlemleri ile ilgili olarak, ilgililerin denetim makamlarına bireysel olarak yapacakları başvurular sonucunda yapılacak denetimin dışında, 89/665 sayılı Direktifin 3 üncü maddesine istinaden Avrupa Birliği Komisyonu, Avrupa Topluluğu Antlaşması'na istinaden ise Avrupa Topluluğu Adalet Divanı tarafından gerçekleştirilen istisnai denetim yolları da bulunmaktadır. Avrupa Birliği Komisyonu yaptığı inceleme sonucunda tespit ettiği ihlali ya da ihlalleri ilgili idareye ve idarenin bulunduğu devlete bildirim yapma yetkisine sahiptir. ATAD ise geçici önlem veya iptal kararı verebilmekte, ancak bu kararların doğrudan icra edilebilirlik niteliği bulunmamaktadır. Kararların icra edilmeleri, üye devletlerin sorumluluğundadır (Aksoy, 2010, s.112).

İKİNCİ BÖLÜM

İDAREYE ŞİKAYET

2.1. Genel Olarak

İdarelerin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve bağlı mevzuatta düzenlenen esas ve usullere göre yaptıkları kamu ihaleleri ile ilgili işlem ve eylemlerinin hukuka aykırı olduğunu ve bu hukuka aykırılığın kendileri aleyhine bir hak kaybına ya da zarara uğramalarına neden olduğunu veya zarara uğramalarının muhtemel olduğunu düşünen aday, istekli ya da istekli olabileceklerin, ilgili idareye hukuka aykırılığın düzeltilmesine yönelik olarak yaptıkları başvuruya idareye şikayet adı verilmektedir (Akbaşlı ve Şimşek, 2007, s.5, Gürhan, 2008, s.24).

Şikayet terimi⁷⁷, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda 4964 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmadan önce, hem idareye şikayet hem de Kamu İhale Kurumu'na itirazın şikayet kavramlarını kapsayacak şekilde kullanılmaktaydı. 4964 sayılı Kanun ile getirilen değişiklikten sonra, idareye yapılan şikayetler idareye şikayet, idareye şikayet başvurusu üzerine idarenin aldığı karara karşı Kamu İhale Kurumu'na yapılan şikayetler itirazın şikayet olarak adlandırılmıştır (Uz, 2005, s.389).

İdareye şikayet başvurusu ile kanun koyucu, Kamu İhale Kurumu ve idari yargı yerlerinden önce, hukuksal uyumsuzluğun işlemi yapan ya da eylemi gerçekleştiren idare tarafından incelenmesini ve en kısa zamanda çözülmesini amaçlamıştır.

Hukuk devletinin gerçekleştirilmesi için, idarenin denetiminde yargısal denetimin yanında değil idari denetim de önemli bir işlev üstlenmektedir. Dolayısıyla idari başvuru mekanizmalarının varlığı ve

⁷⁷ Canbazoglu (2008, s.37), şikayet başvurularının, ilgili işlemi yapan makama yapılan başvurular değil, bu makamdan farklı ve çeşitli yetkilere sahip bir makama yapılan başvuru olduğunu düşünmektedir.

bunların gerçek anlamda işletilmesi, devletlerin hukuksal kültür düzeyi hakkında fikir vermektedir (Uz, 2005, s.390; Uler, 1990, s.27).

Doğrudan doğruya yargıya gitmek yerine, öncelikle işlemi yapan idareye şikayet başvurusunda bulunulması, idareyi işlem ve eylemlerinin hukuka aykırı olup olmadığı hakkında bir kez daha değerlendirme yapmaya sevk etmekte, dış denetim mekanizmaları harekete geçirilmeden ve idare dışındaki bir merci tarafından hukuka aykırılık tespiti yapılmaksızın, varsa aykırılığın idare tarafından giderilmesi mümkün olmaktadır. Bu yönüyle idareye şikayet başvurusu, hak arama özgürlüğünün doğal bir sonucu olduğu kadar, uyuşmazlıkların çözümü için bireylerin hemen yargı yoluna itilmemesi ve yargı dışı yollardan çözüme ulaşılması açısından önemli bir işleve de sahip olmaktadır (Akıllıoğlu, 1990, s.5; Uz, 2005, s.390).

İdareye şikayet, itirazın şikayet öncesi tüketilmesi gereken zorunlu bir idari başvuru yoludur. Dolayısıyla, ilgili idareye şikayet başvurusunda bulunulmaksızın, doğrudan Kamu İhale Kurumu'na itirazın şikayet başvurusunda bulunulması durumunda, Kamu İhale Kurulu, bunu idari merci tecavüzü olarak değerlendirmekte ve dilekçeyi ilgili idareye göndermektedir⁷⁸ (Karaca, 2004).

2.2. Şartları

2.2.1. Şikayet Ehliyeti

İdari başvuruların hak arama özgürlüğü bağlamındaki işlevi göz önüne alındığında, idareye şikayet başvurusunun kimler tarafından işletilebileceğinin tespit edilmesi hususunun önem arz ettiği anlaşılmaktadır. Zira şikayet ehliyeti bulunmayan ilgililer, yaptıkları şikayet başvurusundan istedikleri sonucu alamayacaklardır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 54 üncü maddesine göre, ihale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına

⁷⁸ Örnek KİK kararları:
Karar Tarihi: 13.06.2003, Karar No: 2003/UK.T-148
Karar Tarihi: 27.05.2003, Karar No: 2003/UK.T-104
Karar Tarihi: 08.04.2003, Karar No: 2003/UK.T-19

veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday veya istekli ile istekli olabilecekler, Kanunda belirtilen şekil ve usul kurallarına uygun olmak şartıyla şikayet başvurusunda bulunabilirler.

Söz konusu kanun hükmünde, şikayet ehliyetine sahip olabilmek için gerekli unsurlar sayılmıştır. Buna göre, yalnızca aday, istekli ve istekli olabilecekler, idareye şikayet başvurusunda bulunabilir (Köse, 2008).

Aday, istekli ve istekli olabilecek kavramları da, aynı kanunun 4 üncü maddesinde tanımlanmıştır.

Aday ve isteklilerin, ihale işlem ve eylemlerine karşı şikayet başvurusunda bulunmalarına imkan sağlanması, ihale işlemleri arasında en önemlileri olan yeterlik ve ihale kararlarının muhatabı olmaları açısından doğal, hatta zorunludur. Hukuka aykırı bir şekilde ihale dışı bırakılan isteklinin ya da yeterlik değerlendirmesi sonucunda yeterli bulunmayan adayın, ilgili idareye şikayet başvurusunda bulunabilmesi gerekir.

Aday ve istekliler dışında, istekli olabilecek iken, ihaleye katılmayarak istekli sıfatını haiz olmayan kişilerin de hukuka aykırı ihale işlem veya eylemleri nedeniyle hak kaybına ya da zarara uğramaları mümkündür. Bu nedenle, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, bu kişileri “istekli olabilecek” olarak adlandırmış ve idareye şikayet başvurusunda bulunabileceklerini hükme bağlamıştır.

İstekli olabileceklerin de şikayet ehliyetini haiz olduklarına ilişkin düzenleme yerinde olmuştur. Çünkü bu kişiler, ihale veya ön yeterlik dokümanında yanlış olduğunu düşündükleri hususların bulunması nedeniyle ihaleye katılmaktan vazgeçmiş olabilirler (Altun, 2004, s.482).

Kanundaki tanım gereği “istekli olabilecek” sıfatını kazanabilmek için dokümanın satın alınması gerekmektedir. Dolayısıyla sadece dokümana değil, ilana yönelik başvuruda bulunabilmek için de dokümanın satın alınması ve bu nedenle, doküman almadan ilana yönelik şikayet başvurularının idarelerce yetki yönünden reddedilmesi gerekmektedir (Koçtepe, 2009).

İYBHY'nin "Başvuru Ehliyeti" başlıklı 5 inci maddesinde, başvuru ehliyeti ile ilgili olarak 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda öngörülmeven bazı sınırlamalar getirildiği görülmektedir. Şöyle ki, kanunda, 54 üncü maddede sayılan öznelerden hangilerinin hangi konular hakkında şikayet başvurusunda bulunabileceğine ilişkin bir sınırlama yapılmamışken, İYBHY ile başvuru sahiplerine başvuru konuları açısından bazı kısıtlamalar getirilmiştir. İYBHY'nin 5 inci maddesine göre;

- Adaylar, belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan ihalelerde ön yeterlik başvurularının sunulması, değerlendirilmesi ve sonuçlandırılmasına ilişkin idari işlem ve eylemler; belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan danışmanlık hizmet alımı ihalelerinde ise kısa listeye alınmış olmaları kaydıyla ayrıca ihale daveti ve/veya ihale dokümanının gönderilmesi, ihale dokümanında yer verilen düzenlemeler ve/veya bu düzenlemeler ile idari uygulamalar arasındaki uyumsuzluklar,
- İstekliler, yeterlik başvurularının veya tekliflerin sunulması, değerlendirilmesi ve ihalenin sonuçlandırılmasına ilişkin idari işlem veya eylemler,
- İstekli olabilecekler, ön yeterlik ve/veya ihale dokümanının verilmesi, ön yeterlik ve/veya ihale ilanında veya ön yeterlik ve/veya ihale dokümanında yer verilen düzenlemeler ve/veya bu düzenlemeler ile idari uygulamalar arasındaki uyumsuzluklar hakkında başvuruda bulunabilecektir.

İhalelere Yönelik İdari Başvurular Hakkında Tebliğ'de de benzer düzenlemelerin yanı sıra, İYBHY'den farklı olarak, yine başvuru ehliyetini daraltıcı nitelikte başka bir düzenleme daha yer almaktadır. Tebliğ'in 5 inci maddesinin 4 üncü fıkrasında, "Ortak girişim adına yapılacak şikayet veya itirazın şikayet başvurularının, pilot ortak/koordinatör ortak veya temsil yetkisi verilen özel ortak ya da ortakların tamamı tarafından yapılması zorunludur." hükmü bulunmaktadır. Bu hükmü göre, ortak girişimde, pilot ortağın karşı çıkması durumunda, hak kaybına uğrasa dahi özel ortağın idareye şikayet başvurusunda bulunması mümkün olmayacaktır. Söz konusu hükmü

istinaden Kamu İhale Kurulu'nun vermiş olduğu bir karar⁷⁹ aleyhine açılan iptal davası sonucunda, Ankara 4. İdare Mahkemesi, 03.10.2007 tarih ve 2007/1872 nolu kararı ile; "davacının Kuruma süresinde yaptığı başvurunun, başvuru ehliyetine haiz olunmadığı gerekçesiyle, reddedilmesi ve itirazın esasına yönelik incelemeye geçilmeyerek, Yasanın 56/2 maddesi uyarınca bir karar alınmaması işleminde hukuka ve mevzuata uygunluk bulunmadığı" gerekçesine dayanarak Kurul kararının iptaline hükmetmiştir.

Şikayet ehliyetini ve şikayet başvurularının konusunu sınırlayan bir başka düzenleme de Tebliğ'in 3 üncü maddesinin 6 ncı fıkrasında yer almaktadır. Buna göre, ilan ile ön yeterlik veya ihale dokümanına yönelik şikayet başvuruları, ihale veya son başvuru tarihinden üç iş günü öncesine kadar yapılabilmekte ise de bu tarihten önce ön yeterlik/ yeterlik başvurusunda bulunulması veya teklif verilmesi halinde, Kanununun 30 uncu maddesinin ikinci fıkrası uyarınca "Teklif mektubunda ihale dokümanının tamamen okunup kabul edildiğinin belirtilmesi, zorunludur." hükmü uyarınca, ihaleye teklif veren isteklilerin teklif mektuplarında, ihale dokümanı içeriğini tamamen okuyup kabul ettiklerine dair beyanda bulunmaları ve tekliflerini buna göre vermiş olmaları nedeniyle, bu aşamadan sonra ihale ilanı veya ihale dokümanının içeriğine yönelik şikayet başvurusunda bulunulamaz.

Yukarıda bahsi geçen şikayet ehliyetine yönelik İYBHY ve İYBHT hükümlerinin, başvuru sahiplerinin şikayet ehliyetlerini konu bakımından, kanunda öngörülmeleyen bir şekilde daralttıklarından, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na aykırı oldukları söylenebilir.

Kamu İhale Kurulu'nun da, şikayet ehliyetine yönelik kanun ve yönetmelik hükümlerini lafzi yoruma tabi tutarak, ehliyet yönünden şikayet başvurusu imkanını ortadan kaldıracak bazı kararlar verdiği görülmektedir. Örneğin bir kararında⁸⁰ Kurul, şartlar oluşmadığı halde bir ihalenin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 21 inci maddesine göre pazarlık yöntemi ile yapıldığı yönündeki itirazın şikayet başvurusunu, ihaleye davet edilmeyen şikayet sahibinin ihale dosyası almaması ve dolayısıyla istekli olabilecekler

⁷⁹ Kamu İhale Kurulu'nun 21.01.2008 tarih ve 2008/UY.Z-338 nolu kararı.

⁸⁰ Kamu İhale Kurulu'nun 14.08.2006 tarih ve 2006/UM.Z-1901 nolu kararı.

kapsamında olmadığı gerekçesi ile reddetmiştir. Kendisi ihaleye davet edilmeyen ve dolayısıyla ihale dokümanı alamayan isteklinin, özellikle de ihale yöntemine ilişkin olarak şikayet ehliyetinin bulunmadığını iddia etmek, ilgilinin idari başvuru hakkının ortadan kaldırılması anlamına gelmektedir. Keza anılan kararın karşı oy gerekçesinde de,

“Pazarlıkla yapılması öngörülen ihaleye çağrılmayan ve dolayısıyla ihale dokümanı alamayan şikayetçinin, ihalenin pazarlık usulüyle yapılamayacağı yolundaki iddiasını içeren itirazın şikayet başvurusunun esasının incelenmesi gerekir. Aksine bir yorum zaten ihale dokümanını alamayan ilgililerin istisnai bir usul olan pazarlık usulüne göre ihale yapılmasına ilişkin işlemlere karşı yasal şikayet hakkının kullanılmaması sonucunu doğurur ki bunu 4734 sayılı Kanunun şikayet inceleme amacıyla bağdaştırmaya imkan bulunmamaktadır. Bu itibarla; başvurunun esasının incelenmesi gerektiği oyuyla, karara katılmıyoruz.”

ifadelerine yer verilmiştir.

Yine bir başka kararında Kurul, idarenin tekliflerini geçerlilik süresinin uzatılması talebine yanıt vermeyen isteklinin şikayet ehliyeti bulunmadığına hükmetmiştir. Söz konusu karara muhalif kalan üyelerin karşı oy gerekçelerinde, haklı olarak,

“Yasayla yasaklanmadığı alanlarda herkesin hak ve yetkilerini serbestçe kullanılabileceği genel kabul görmüş bir hukuk kuralı olup, Kamu İhale kurumu tarafından 4734 sayılı yasanın verdiği yetkiye göre çıkarılmış yönetmeliklerde de ‘teklif geçerlilik süresini ve dolayısıyla geçici teminat mektubunda öngörülen sürenin uzatılmasına yönelik yazısına karşı başvuru sahibinin herhangi bir cevap vermemesi durumunda’ şikayet ehliyetinin bulunmadığına ilişkin bir düzenleme de bulunmadığından 4734 sayılı kanunun 54 maddesinde sayılan üç karardan biri olan ‘düzeltici işlem tesis edilmesi’ şeklinde bir karar alınması gerektiği şeklindeki düşüncemizle, başvurunun ‘ehliyet yönünden’ reddi kararına katılmıyoruz.”

denilmektedir.

Yeni tarihli bazı kararlarında ise Kurul, ehliyet hususunda genişletici yorum yapmakta ve hak arama özgürlüğüne katkıda bulunmaktadır. Örneğin bir kararında Kurul, pazarlık usulü ile yapılan bir ihalede, kendisine doküman satılmadığı hususunu dile getiren kişinin başvurusunu kabul ederek ihalenin iptaline karar vermiştir.⁸¹

Doktrinde, şikayet ehliyeti bulunmayanların, idareye şikayet başvurusunun zorunlu bir idari başvuru olması sebebiyle, idari yargılama

⁸¹ Kamu İhale Kurulu'nun 21.04.2009 tarih ve 2009/UH.1-1379 nolu kararı.

usulü hukuku açısından dava açma ehliyetine de sahip bulunmadıkları yönünde görüşler mevcuttur.

Örneğin Uz (2005, s.398), şikayet ehliyeti ile dava ehliyeti paralel hale getirilmedikçe, şikayet ehliyeti bulunmayan ilgililerin, sadece ihale hukukundaki zorunlu idari başvuru yollarına değil, ayrıca idari yargı yerlerinde iptal davası açma yoluna da gidemeyeceğini savunmaktadır.

Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira, ihale hukukuna özgü zorunlu idari başvuru yollarının zorunlu olma niteliklerinin, sadece ihale hukuku anlamında şikayet ehliyeti bulunanlar açısından geçerli olduğunun ve bu kişiler dışındakiler açısından genel idari başvuruda bulunma ve idari yargıda dava açma hakkının mevcut bulunduğu kabul edilmesi gerekir. Aksi takdirde, idari yargılama usulü hukuku anlamında dava açma ehliyeti bulunan kişinin yargısal başvuru hakkı, ihale hukuku anlamında şikayet ehliyeti bulunmadığı gerekçesi ile elinden alınmış ve idarenin hukuka aykırı işlemleri yargı denetimi dışında bırakılmış olur. Bu ise Anayasa'nın 36 ve 125 inci maddelerine⁸² açıkça aykırı olacaktır.

Şikayet başvurusunda bulunabilmek için, 4734 sayılı Kanunda ve İYBHY'de sayılan öznelerden olmak yeterli değildir. Aynı zamanda, hukuka aykırı işlem ya da eylem nedeniyle hak kaybına veya zarara uğranıldığı için ya da zarara uğranılmasının muhtemel olduğunun ispatı zorunludur.

Örneğin ihale doküman dosyasına ilişkin şikayet başvurularında, önemli olan doküman hükmünün yasaya aykırı olup olmadığı değil şikayetçinin iddiasının yasa gereği korunması gereken bir hakkının korunmadığına ilişkin olup olmadığıdır. Aksi takdirde hukuka aykırılığın mevcudiyeti konusunda esas incelemesine geçmeden, daha ön inceleme aşamasında bir saptama yapılmış olacaktır ki; bu hukuka aykırı bir durum oluşturur (Küçük, 2007, s.106).

⁸² Anayasa'nın 36 maddesinde "Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz."; 125 inci maddesinde ise "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır." hükümleri bulunmaktadır.

İdari yargılama usulü hukukunda, iptal davalarında dava ehliyeti açısından menfaat, kişisel hak ihlali veya kaybı olarak değil, güncel, meşru ve makul bir ilgi olarak kabul edilmekte, tüm vatandaşları yakından ilgilendiren konularda, örneğin çevre konusunda, menfaat kavramı geniş yorumlanarak herkesin dava ehliyeti olduğu kabul edilmektedir. Bunun yanında sivil toplum kuruluşları, dernekler, sendikalar, vakıflar, odalar ve birlikler gibi kuruluşlar, yasalarda belirlenen yetkiler ışığında gerek kendi kuruluşlarının gerekse üyelerinin çıkarlarını korumak amacıyla idari dava yoluna başvurabilmektedir (Coşkun ve Karyağdı, 2001, s.189). Dolayısıyla, idari yargıda menfaati ihlal edilen hemen herkesin iptal davası açabileceği söylenebilir (Uyanık, 2003).

Özay (2004, s.136), menfaati, “bir idari işlemin yargı önüne götürülebilmesi için onun davacı arasında var olduğu anlaşılabilir ve yeterli sayıldığı kabul edilen salt bir ilişki” olarak tanımlamakta, yargı yerlerinin bu ilişki konusundaki yorumları ile iptal davaları, dolayısıyla Hukuk Devleti arasında bir orantı bulunduğunu, menfaatin geniş yorumlanmasının yargısal yolla denetimi de etkin ve etkili bir hale getirdiğini, tersi durumda denetim dışı durumların çoğalacağını vurgulamaktadır.

4734 sayılı Kanun ve İYBHY’de, şikayet başvuruları için, idari yargılama usulü hukukundaki dava ehliyetinden farklı olarak, menfaat ihlali yerine hak ihlali şartının getirilmesi, şikayet ehliyetini daraltmakta, dolayısıyla da şikayet başvurularını ve hak arama özgürlüğünü sınırlandırmaktadır. Mevcut düzenlemelere göre, ihale doküman dosyası satın alınmış bir kişinin şikayet başvurusunda bulunması imkanı bulunmamaktadır. İhale doküman dosyalarının, ihalenin türüne ve maliyetine göre bazen binlerce TL olabildiği dikkate alındığında, bazı idari işlemlerin şikayet incelemesinden varesten bırakılarak, denetim dışı alana itildiği söylenebilir.

Ayrıca, istekliler doğrudan kendisinin zararına yol açmayan veya ancak dolaylı olarak bir menfaatini etkileyebilecek ihale işlemine karşı şikayet yolunu kullanamayacaklardır (Karaca, 2005).

Uz (2005, s.398), haklı olarak, şikayet ehliyeti bağlamında, hak ihlali yerine menfaat ihlali şartının getirilmesi gerektiğini, şikayet ehliyetinin genişletilmesi ile idarelerin ve Kamu İhale Kurumu'nun iş yükünün artmasının, hukuka aykırı işlemlerin denetlenmemesinden daha az sakıncalı olduğunu dile getirmektedir.

2.2.2. Objektif Şartlar

2.2.2.1. Süreler

İdari fonksiyonunun sürekli bir devlet fonksiyonu olması bağlamında, ihale işlemlerinin mütemadiyen iptal tehdidi altında olmasını engellemek, idari işlevin sürekliliğini sağlamak amacıyla, genel idari başvurularda ve diğer özel idari başvurularda olduğu gibi, ihale hukukundaki özel idari başvurularda da süre kısıtlaması getirilmiştir.

İdareye şikayet başvuruları, kural olarak, şikayete konu olan hukuka aykırı durumun farkına varıldığı veya farkına varılması gereken tarihi izleyen on gün içinde ve sözleşme imzalanmadan önce yapılmalıdır. Kanunun 21 inci maddesinin (b) ve (c) bentlerine göre yapılan ihalelerde ise, süre beş güne düşmektedir.

Ayrıca, Kanunun 55 inci maddesinin 2 nci fıkrası gereğince, ihale ya da ön yeterlik ilanı veya dokümanına yönelik şikayet başvuruları, yukarıda bahsi geçen beş veya on günlük süreler aşılmamak şartıyla ihale ya da son başvuru tarihinden 3 iş günü öncesine kadar yapılabilecektir.

Kanun'un 55 inci maddesinde, sürelerle ilişkin düzenlemelerde, gün sayısının takvim günü mü yoksa iş günü mü olduğu konusunda açıklık bulunmamaktadır. Ancak Kanunun genelinde, iş günü olarak düzenleme yapılan durumlar açıkça belirtilmektedir. Örneğin Kanunun 40 inci maddesindeki, "İhale yetkilisi, karar tarihini izleyen en geç beş iş günü içinde ihale kararını onaylar veya gerekçesini açıkça belirtmek suretiyle iptal eder." hükmünde olduğu gibi. Dolayısıyla bu durumlar dışındaki düzenlemelerde gün sayısının takvim günü olarak anlaşılması, başka bir anlatımla tatil günlerinin de sürelerin hesabında dikkate alınması gerekir.

Süre sonunun resmi tatil gününe gelmesi durumunda, süre, tatil günün izleyen ilk iş gününün mesai saati bitimine kadar uzar (Uz, 2005, s.402). Zira Kanunun 64 üncü maddesinde, Kanunda hüküm bulunmayan hallerde sürelerin hesabının Borçlar Kanunu hükümlerine göre yapılacağı belirtilmektedir. Borçlar Kanunu'nun 77 nci maddesinde, tatil gününe gelen süre sonunun takip eden tatil olmayan güne kadar uzayacağı hükme bağlanmıştır.

Tebliğ'in 4 üncü maddesinin 5 inci fıkrasında da, bu husus "Tatil günleri sürelere dahil olup, sürenin son gününün tatil gününe rastlaması halinde süre, tatil gününü izleyen ilk iş gününün bitimine kadar uzar." şeklinde hükme bağlanmıştır.

Başvuru süresinin başlaması açısından, hukuka aykırı durumun farkına varıldığı veya farkına varılması gereken tarihin hangi tarih olduğuna ilişkin olarak da Kanunda açıklık bulunmamaktadır. Bu konuya İYBHY'nin 7 nci maddesinde açıklık getirilmiştir. Buna göre, süreler;

- İlane yönelik başvurularda ilk ilan tarihini,
- Ön yeterlik veya ihale dokümanının ilana yansımayan hükümleri için dokümanın satın alındığı tarihi, belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan danışmanlık hizmet alımı ihalelerinde ihale dokümanının teslim alındığı tarihi, zeyilnameye yönelik başvurularda ise zeyilnamenin bildirildiği tarihi,
- İdarenin işlem veya eylemlerine karşı yapılacak başvurularda şikayete yol açan durumun farkına varıldığı yahut farkına varılmış olması gerektiği tarihi,
- Şikayet üzerine idare tarafından verilen kararın bildirildiği veya bildirilmiş sayıldığı tarihi, on gün içerisinde karar alınmaması halinde ise bu sürenin bitimini,
- İhalenin iptali kararına karşı yapılan itirazın şikayet başvurularında ise iptal kararının bildirildiği veya bildirilmiş sayıldığı tarihi,

izleyen günden itibaren başlayacaktır.

Başvuru süreleri ile ilgili bir başka düzenleme, idareye şikayet başvurusunun ilan, ön yeterlik veya ihale dokümanına ilişkin olması durumunda, başvurunun, beş veya on günlük süreleri aşmamak üzere en geç ihale veya son başvuru tarihinden üç iş günü öncesine kadar yapılabileceğine yöneliktir. Buna göre, beş veya on günlük yasal başvuru süresi dolmamış olsa dahi, her durumda başvurunun yasada yer alan düzenlemelere göre hesaplanacak tarihten önce yapılması gerekmektedir.

Süre ile ilgili olarak, gün sayısı dışında getirilen bir başka kısıtlama sözleşmenin imzalanmamış olmasıdır. Çünkü sözleşmenin imzalanması ile ihale süreci sona ermekte, ihale sürecine ilişkin uyuşmazlıkların incelenmesi imkanı kalmamaktadır.

Sözleşmenin imzalanmasından kasıt, her ne şekilde olursa olsun sözleşmenin imzalanması değil, sözleşmenin usulüne ve mevzuata uygun olarak imzalanmasıdır. Aksi takdirde, idarelere şikayetleri bertaraf edebilmek için en kısa sürede sözleşmeyi imzalama yetkisi verildiğinden söz edilebilir.

Kanunun 5812 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki halinde, 56 ncı maddede “Sözleşme imzalandıktan sonra yapılan itirazın şikayet başvuruları Kurul tarafından değerlendirmeye alınmaz.” hükmü bulunmakla birlikte, Kamu İhale Kurulu, itirazın şikayet başvurusu sözleşme imzalandıktan sonra yapılmış olsa dahi, sözleşmenin usulüne uygun olarak imzalanmadığını tespit etmesi durumunda ihalenin iptaline karar veriyordu.⁸³

5812 sayılı Kanun ile getirilen değişikliklerden sonra, Kanunun 56 ncı maddesinde, bu husus,

“Kanunda belirtilen sürelerle ve usule uyulmadan sözleşme imzalanmış olması veya itirazın şikayet başvurusundan feragat edilmesi itirazın şikayet başvurusunun incelenmesine ve 54 üncü maddede sayılan kararlardan birinin alınmasına engel teşkil etmez.”

⁸³ Örnek KİK kararları:
Karar Tarihi: 10.09.2007, Karar No: 2007/UM.Z-2980
Karar Tarihi: 01.10.2007, Karar No: 2007/UH.Z-3158
Karar Tarihi: 03.06.2008, Karar No: 2008/UM.Z-2357
Karar Tarihi: 29.12.2008, Karar No: 2008/UH.III-5188
Karar Tarihi: 23.02.2009, Karar No: 2009/UH.III-941

şeklinde açıkça ifadesini bulmuştur.

Dolayısıyla, idarelerin, kesinleşen ihale kararının isteklilere bildirilmesini izleyen günden itibaren 10 gün beklemeden sözleşme imzalamaları ve sonrasında gelebilecek olası şikayet başvurularını sözleşmenin imzalandığı gerekçesi ile reddetmeleri durumunda, ihalenin Kamu İhale Kurulu tarafından iptal edileceği açıktır. Bu durumda usulüne uygun olarak imzalanmamış olan sözleşme de hükümsüz olacaktır.

Kesinleşen ihale kararlarına karşı yapılacak idareye şikayet başvurularında süre, gerekçeli kararın ilgiliye bildirildiği tarihi izleyen günden itibaren işlemeye başlamaktadır. Ancak idarenin, kesinleşen ihale kararı bildirim yazılarında, ilgilinin ihale dışı bırakılma nedenlerinin ve gerekçelerinin yer almaması ve gerekçenin sonradan resen veya talep üzerine bildirilmesi durumunda, süre karar değil gerekçe bildirim tarihini izleyen günden itibaren işlemeye başlayacaktır. İYBHT'nin 4 üncü maddesinin 9 uncu fıkrasında da, bu husus açıkça hükme bağlanmıştır. Buna göre, kesinleşen ihale kararında tekliflerin değerlendirmeye alınmama veya uygun bulunmama gerekçelerine yer verilmemesi halinde, tekliflerinin değerlendirmeye alınmama ya da uygun görülmemesine karşı yapılacak şikayet başvurusunda, istekliler kararın gerekçelerinin bildirilmesiyle şikayet konusundan haberdar olduklarından sürenin hesabında kesinleşen ihale kararının bildirim tarihinin değil, karar gerekçelerinin bildirildiği tarihin esas alınması gerekmektedir.

Son olarak, sürelerin hukuki niteliği hususuna da değinmek gerekir. Doktrinde ve uygulamada, idari başvuru ve dava açma sürelerinin düzenleyici ya da disiplinler nitelikte mi yoksa hak düşürücü mü olduğu hususunda görüş birliği bulunmamaktadır.

Duran, dava açma süresinin sui generis bir nitelikte olmakla beraber hak düşürücü bir süre olmaktan daha çok zamanaşımına benzediğini, özel hukuka ilişkin kavramların kamu hukukuna ilişkin müesseselerin niteliğini açıklamada kullanılmasının yanıltıcı ve aldatıcı olduğuna da dikkat çekerek ifade etmektedir (Duran, 1945, s.254; Canbazoğlu, 2008, s.98).

Yıldırım (2006, s.46) ise, dava açma süresinin hak düşürücü olduğu görüşündedir. Yazara göre, davanın çabuk bir biçimde sonuçlanabilmesi için yargısal başvuruların belirli süreler içinde yapılmasını kanun koyucu zorunlu kılmıştır. Bu süreler yasal ve hak düşürücü sürelerdir.

Danıştay da, idari dava açma süresinin hak düşürücü nitelikte olduğunu kararlarında açıkça ifade etmektedir.⁸⁴

Şikayet ve itirazın şikayet başvurularındaki süreler aynı zamanda kamu düzenine ilişkin olduklarından, yetkili merci hakkın süresinde kullanılıp kullanılmadığının denetimini herhangi bir itiraz yada başvuru olmaksızın kendiliğinden yapmak zorundadır. Bu konuya ilişkin olarak; Kanunda ve İYBHY’de belirlenmiş süreler tanımlandığı şekliyle kamu düzenine ilişkin hak düşürücü sürelerdir (Küçük, 2007, s.112).

Uz da (2005, s.403), şikayet süresinin hak düşürücü olmadığını söylemenin zor olduğunu belirtmektedir.

Danıştay sekizinci dairesi bir kararında, idari başvuru süresini hak düşürücü süre olarak değerlendirmiştir.⁸⁵

Danıştay Dava Daireleri Kurulu da, 30.04.1971 tarih ve E. 1969/612, K. 1971/475 sayılı kararında, idari başvuru sürelerini hak düşürücü süre olarak değerlendirmiştir (Uz, 2005, s.402).

Öztürk (2009, s.136), Kamu İhale Kanunu’nda düzenlenen idari başvurulara ilişkin sürelerin yargı kararları ışığında hak düşürücü süre mahiyetinde olduğunu, bu sürelerle riayet edilmeden yapılan başvuruların reddi aynı zamanda idari dava açma hakkını da ortadan kaldırdığını ifade etmektedir.

İdari başvuru sürelerinin hak düşürücü süre olarak kabul edilmesinin hukuksal sonucu olarak, idari başvuru süresinin sona ermesi, hem idari

⁸⁴ D.D.D.K., E.1969/612, K.1971/475, T. 30.04/1971 (Yıldırım, 2006, s.45-46)
D.D.K., E. 2005/1553, K. 2006/729, T. 15.06.2006,
D.10.D., E.2001/2676, K.2003/1093, T.25.03.2003

⁸⁵ D.8.D., E. 1986/732, K. 1988/213, T. 22.3.1988

başvuru; hem de yargısal başvuru yoluna gidilmesi imkanını ortadan kaldırmaktadır (Gözübüyük, 1996, s.141).

Şikayet başvuru süresi sona erdikten sonra idareye ulaşan başvurular hakkında, idarenin başvurunun süre yönünden reddine karar verebileceği hususunda tereddüt bulunmamakla birlikte, süre aşımı dikkate alınarak başvuruyu esastan inceleyip inceleyemeyeceği hususunu da değerlendirmek gerekir.

Küçük (2007, s.114), idarenin süre aşımına rağmen idarenin şikayet dilekçesini inceleyip, talep doğrultusunda işlem yapabileceğini, ancak bunun şikayet başvurusunu süresi içinde yapılmış hale getirmeyeceğini ifade etmektedir.

Dolayısıyla, hukuka saygılı bir idarenin süresi geçtikten sonra yapılan şikayet başvurusu doğrultusunda işlem yapmasında herhangi bir sakınca bulunmamakla birlikte, gecikmeli şikayet başvurusunu esastan inceleyerek reddettiği ya da süre aşımından bahsetmeden sadece başvurunun reddedildiğini belirtmek ile yetindiği durumlarda, idarenin vereceği cevabın süreyi yeniden başlatıp başlatmadığı tartışılmalıdır.

Küçük (2007, s.115) bu durumda sürenin ihya olması gerektiği görüşündedir. Başvuru süresinin hak düşürücü süre olarak nitelendirilmesi durumunda, şikayet süresi sonunda başvuru sahibinin şikayet başvurusu hakkı ortadan kalktığından bu görüşe katılmak güçtür.

İYUK'un 10 uncu maddesinin 2 nci fıkrasının son cümlesinde, dava açılmaması veya davanın süreden reddi hallerinde, altmış günlük sürenin bitmesinden sonra yetkili idari makamlarca cevap verilirse, cevabın tebliğinden itibaren altmış gün içinde dava açılabileceği hükme bağlanmaktadır. Ancak, 4734 sayılı Kanun'da, idarenin başvuru süresinin sona ermesinden sonra yapılan şikayet başvurusunu reddettiğine ilişkin cevabının itirazın şikayet yoluna başvurulabilmesi için öngörülen süreyi yeniden başlatacağına ilişkin hüküm bulunmamaktadır. İYUK madde 10/2 hükmü, idareye idari davaya konu olabilecek bir işlemin yapılması yönünde idari başvuru yapılması durumunda, bu başvuruya ilişkin red cevabı hakkında idari yargıda dava açma süresine ilişkin genel bir hükümdür. Dolayısıyla, söz

konusu hükme istinaden, idarenin süresinde yapılmayan şikayet başvurusunun esastan reddine ilişkin cevabının itirazın şikayet başvurusunu ihya edebileceğini savunmak mümkün gözükmemektedir.

2.2.2.2. Başvurunun Konusu

2.2.2.2.1. Genel Olarak

Şikayet başvuruları, en temel anlatımla, hukuka aykırı oldukları düşünülen ihale işlemlerine veya ihaleye ilişkin idari eylemlere ilişkin olabilmektedir. Bu nedenle, şikayet başvurusunun konusunun tespitinde ihalenin ve ihale sürecinin tanımlanması, zaman bakımından sınırlarının belirlenmesi önem arz etmektedir.

Genel olarak ihale sürecinde gerçekleştirilen işlem ve eylemlerini Kanuna ve ilgili mevzuata aykırı olduğunun belirlenmesi, rekabeti kısıtlayıcı ve katılımı daraltıcı kural, kayıt ve şartların öngörülmesi olması, ihale sürecinde gerçekleşen işlemlerin ve yapılan değerlendirmelerin daha önce duyurulmuş ilan ve ihale dokümanında yer alan kurallar ile çelişmesi, takdir hataları, usul, şekil ve sürelerle ilişkin hatalı uygulamalar, eşit muamele ilkesinin gözetilmemesi gibi hususlar şikayet başvurusuna konu olabilmektedir (Gök, 2009, s.1154).

Başvuru konusunun tespitinde, şikayet ehliyeti ve başvuru süresine ilişkin düzenlemelerin gözden kaçırılmaması gerekir. Çünkü, şikayet ehliyeti açısından bakıldığında, hangi kişilerin hangi konularda şikayet ehliyetine sahip olduğuna ilişkin olarak, İYBHY’de çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır. Başvuru süresine ilişkin düzenlemeler de, belirli bir sürenin geçmesinden sonra, ancak belirli konulara ilişkin şikayet başvurusunda bulunabileceğinden, başvuru konusu ile ilgili bulunmaktadır.

2.2.2.2.2. İhale Süreci ve İhale İşlemleri

İdareye şikayet başvurularının konusunu oluşturan, hukuka aykırı olduğu düşünülen ihale işlemleri, Kanun kapsamındaki idareler tarafından, yine Kanun kapsamındaki esas ve usullere göre gerçekleştirilen ihale

sürecinde gerçekleştirilen idari işlemlerdir. Bu nedenle, hangi işlemlerin şikayet başvurularının konusunu teşkil edebileceğinin tespiti için, Kanun kapsamındaki işler ile ihalenin ve ihale sürecinin tanımlanması gerekmektedir. Yapılacak tanıma göre, Kanun kapsamında olmayan ya da Kanun kapsamında olmakla birlikte ihale süreci kapsamında yer almayan işlemler şikayet başvurusuna konu edilemeyecek, edilse dahi başvuru idare tarafından reddedilecektir.

Kanunun 2 inci maddesine göre, maddede sayılan idarelerin, her türlü kamu kaynaktan temin ettikleri mal ve hizmet alımları ile yapım işleri Kanun kapsamındaki esas ve usullere göre gerçekleştirilecektir.

Kanunun 3 üncü maddesinde ise istisna kapsamında olan, dolayısıyla Kanunda yer alan esas ve usullere tabi olmaksızın yapılacak alımlar sayılmaktadır.

Sonuç olarak, Kanunun 3 üncü maddesinde belirtilen işler hariç olmak üzere, Kanun kapsamındaki idarelerin Kanun kapsamındaki ihalelerine yönelik olarak idareye şikayet başvurusunda bulunma imkanı vardır. Bu nedenle, istisna kapsamındaki bir ihalede, hukuka aykırı olduğu düşünülen bir işleme karşı, özel idari başvuruda değil ancak İYUK 11 inci madde kapsamında genel idari başvuruda bulunulabilir.

İstisnalar dışında, Kanunun 22 nci maddesinde düzenlenen Doğrudan Temin yöntemi ile yapılan alımlar da, Doğrudan Temin bir ihale yöntemi olmadığından⁸⁶, şikayetin konusu olamazlar (Gök, 2009, s.1171). Bu nedenle, doğrudan temin ile yapılan alımlara ilişkin olarak da genel idari başvuru yolları işletilebilir.

Kamu İhale Kurulu da, bir kararında;

“... Başvuruya konu alımın 4734 sayılı Kanunun 22 nci maddesi uyarınca doğrudan temin usulü ile gerçekleştirildiği, anılan alım usulünün 4734 sayılı Kanunda bir ihale usulü olarak tanımlanmadığı, dolayısıyla bahsi geçen usul ile gerçekleştirilen alıma ilişkin yapılan başvuruda yer verilen hususun Kurumun görev alanında bulunmadığı anlaşılmıştır.

⁸⁶ 4734 sayılı Kanunun “İhale Yöntemleri” başlıklı 18 inci maddesinin (d) bendi, Kanunda 4964 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile ilga edilmiş, böylelikle Doğrudan Temin ihale yöntemi olmaktan çıkarılmıştır.

Şikayetçi tarafından, bu konuda, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 10 uncu maddesi uyarınca alımı yapan idareye veya aynı Kanununun 11 inci maddesi uyarınca üst makama, ya da aynı Kanununun 3 üncü maddesi uyarınca ilgili idari yargı merciine, yine aynı Kanunda belirtilen süreler içinde başvuruda bulunulabilecektir. ...”

ifadelerine yer vermek suretiyle, doğrudan temin ile yapılan alımlara ilişkin olarak genel idari başvuru yoluna gidilebileceği hususunu vurgulamıştır.

Kanun kapsamındaki idarelerin, Kanun kapsamındaki ihalelerinin şikayet başvurusunun konusu olduğunu belirledikten sonra, ihalenin tanımlanması ve ihale sürecinin sınırlarının çizilmesi gerekir.

İhalenin tanımı, 4734 sayılı Kanununun 4 üncü maddesinde,

“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”

şeklinde yapılmıştır. Kanun metninde ihale sürecinin sona ereceği an belirtilmiş, ancak başlangıç anı belirtilmemiştir.

İhale süreci, İYBHY'nin 3 üncü maddesinde;

“İhale yetkilisince ihale onayının verildiği tarihten itibaren başlayan, sözleşmenin taraflarca imzalanıp notere onaylatılması ve tescilli ile noter onayı ve tescilli gerekmeyen hallerde ise sözleşmenin taraflarca imzalanmasıyla tamamlanan süreç”

olarak tanımlanmıştır. Bu tanımdan, ihale sürecinin ihale onayı ile başladığı anlaşılmaktadır. İhale onayı ile kastedilen, Kamu İhale Kurumu tarafından uygulama yönetmelikleri ekinde yer alan standart formlar arasında bulunan ve ihale yetkilisi tarafından imzalanan İhale Onay Belgesi'dir.

Sonuç olarak, Kanun kapsamındaki idarelerin, Kanun kapsamındaki ihaleleri esnasında, idare tarafından ihaleye ilişkin olarak yapılan işlemler ve gerçekleştirilen eylemler, şikayet başvurusuna konu olabilecektir.

2.2.2.2.2.1. Ön Yeterlik ve/veya İhale İlanındaki Aykırılıklar

Kanununun 13 üncü maddesi gereğince yapılan ön yeterlik ve ihale ilanlarında bir hukuka aykırılık tespit edilmesi durumunda, ilk ilan tarihini izleyen tarihten itibaren yasal süresi içinde idareye şikayet başvurusunda bulunulabilir.

Kanunun 24 ve 25 inci maddelerinde, sırasıyla ihale ilanlarında bulunması zorunlu hususlar, sayılmıştır. Anılan madde hükümleri ve KİK tarafından hazırlanan standart ilan formlarının içeriğinden de anlaşılacağı gibi, ihale dokümanında yer alan, başta ihaleye katılım kuralları olmak üzere, ihale konusu işle isteklinin yükümlülükleri ile ilgili önemli bilgi, kayıt ve şartlar aynı zamanda ilanda da bulunmaktadır.

İhalelere katılmayı düşünen potansiyel istekliler, idarelerin açmış oldukları ihalelere katılıp katılmama yönündeki kararlarını, büyük ölçüde ihale ya da ön yeterlik ilanlarındaki düzenlemeleri inceledikten sonra vermektedir. Dolayısıyla, şikayet başvuruları açısından önemli olan aykırılıkların farkına varma ya da farkına varmış sayılma olgusu, ilana yansıyan konular açısından tartışmasız bir şekilde ilan ile gerçekleşmektedir (Gök, 2009, s.1183).

Bu nedenle, ilanda bulunan düzenlemelerde, mevzuat gereğince istenmesi mümkün olmayan bir yeterlik belgesinin istenmesi ya da rekabeti daraltıcı düzenlemeler yer verilmesi durumunda, Kanun gereğince istekli olabilecek sıfatını haiz olabilmek için ihale dokümanının satın alınması⁸⁷ ve daha sonra süresi içerisinde idareye şikayet başvurusunda bulunulması gerekir.

2.2.2.2.2. Ön Yeterlik ve/veya İhale Doküman Dosyasındaki Aykırılıklar

Kural olarak, Kanun kapsamındaki ihalelere katılmak için ihale doküman ya da ön yeterlik dokümanını satın almak zorunlu olmakla birlikte, anılan dokümanların satın alınmadan önce incelenmesi imkanı her zaman bulunmaktadır.

Her ne kadar, Kanunun 24 üncü maddesi gereğince, idarelerin ilanda yer vermedikleri hususlara ihale doküman dosyasında yer vermeleri mümkün olmasa da, uygulamada idarelerin ilanda yer almayan hususlara ön yeterlik ya da ihale doküman dosyasında yer verebildiği veya dokümanda yer alan hususları ilanda belirtmeyi unuttuğu görülebilmektedir. Bunun dışında, ihale

⁸⁷ Daha önce de değinildiği üzere, şikayet başvurusunda bulunabilmek için ihale dokümanı satın alınmasının zorunlu olması, hak arama özgürlüğünü daraltmaktadır.

doküman dosyalarında ihale mevzuatına (özellikle Kanununun 5 inci maddesindeki temel ilkelere) aykırı düzenlemeler de bulunabilir.

İhale ya da ön yeterlik dokümanının satın alınmadan önce incelenmesi esnasında, ilanda yer almayan hususlara dokümanda yer verildiği, ilan ile doküman arasında çelişki bulunduğu veya dokümanda başka bir aykırılık olduğunun farkına varılabilir.

Ön yeterlik ve ihale dokümanındaki aykırılıklar açısından şikayet süresinin hangi andan itibaren başlatılacağı büyük önem arz etmektedir. Kural olarak, ihale dokümanına karşı yapılacak şikayet başvurularında süre dosyanın satın alındığı tarihten başlamakla birlikte, şikayet konusu hususun ihale ilanında da yer alması durumunda şikayet süresinin ilk ilan tarihini izleyen günden itibaren işlemeye başladığı kabul edilmektedir.

İlana yansıyan doküman hüküm ya da hükümlerinin, hukuka aykırı olduğunun, hak ihlali doğurup doğurmadığının tespiti için, ihale dokümanının konu ile bağlantılı hükümlerinin incelenmesini zorunlu kılacak bir durum söz konusu ise, sürenin dokümanın satın alındığı tarihi izleyen günden itibaren işletilmesi gerekir. Kamu İhale Kurulu da, 04.03.2010 tarih ve 2010/UY.710 no'lu kararında;

“Detay bilgisi ihale dokümanı içerisinde yer alan bir hususun sadece başlık olarak ihale ilanında yer almasının, söz konusu düzenleme için yapılacak şikayet başvurusu süresini ihale ilan tarihinden itibaren başlatmayacağı açıktır.

Bu nedenle, dokümanın satın alındığı 11.01.2010 tarihinden itibaren süresi içerisinde idareye yapılan şikayet başvurusunun esasın incelenmesi gerekirken, süre yönünden reddedilmesinde mevzuata uyarlık görülmemiştir.”

ifadelerine yer vererek, bu hususu vurgulamaktadır.

İhale dokümanı ile ilan arasında çelişki bulunması durumunda, bu hususun tespitinin ancak doküman ile ilanın karşılaştırılması suretiyle mümkün olabileceği açık olduğundan, sürenin başlangıcı dokümanın alındığı tarihi izleyen gündür (Gök, 2009, s.1185).

İhale dokümanının satın alındığı tarih, ilgili standart forma uygun olarak idare tarafından düzenlen ve istekli tarafından imzalanan ihale dokümanının satın alındığına ilişkin belgede yer alan tarihtir. Bu nedenle

isteklinin, ispat sorunlarına engel olmak için mutlaka bu belgeyi imzalaması, bir fotokopisini talep etmesi ve belgenin düzenlenmediğini görürse dosya satışı ile ilgilenen idari personeli uarması gerekir. Aksi takdirde, ihale dokümanını aldığı, dolayısıyla şikayet süresinin başlamasında esas alınacak tarihi ispatlamakta sıkıntı yaşaması muhtemeldir. Zira Kamu İhale Kurulu, bir kararında, başvuru sahibinin doküman dosyasını satın aldığını gösterir belgenin ihale işlem dosyasında yer almadığı gerekçesi ile, itirazın şikayet başvurusunu ehliyet yönünden reddetmiştir.⁸⁸

İhale dokümanında açık olmayan bir husus bulunuyorsa, Kanunun 29 uncu maddesi çerçevesinde istekli olabileceklerin idareye yazılı olarak açıklama talebinde bulunması mümkündür. Açıklama talebine idarenin vereceği cevap üzerine hukuka aykırı durumun fark edilmesi durumunda, şikayet süresinin başlangıcına ilişkin olarak Kanunda ve ikincil mevzuatta hüküm bulunmamaktadır. Bu takdirde sürenin, idarenin açıklamasını içeren yazının, istekli tarafından tebellüğ edildiği tarihi izleyen günden itibaren başlatılması gerektiği düşünülmektedir. Zira Tebliğde, böyle bir yorum yapmaya dayanak teşkil edecek bir düzenleme yapılmıştır. Kanunun 29 uncu maddesi gereğince, isteklilerin başvurusu ile veya idare tarafından resen, ihale dokümanında, tekliflerin hazırlanmasını veya işin gerçekleştirilmesini etkileyebilecek maddi veya teknik hatalar ya da eksikliklerin tespit edilmesi durumunda idare ihale dokümanının ayrılmaz bir parçası olan zeyilname hazırlamakta ve ihale dokümanı alanlara göndermektedir. İYBHT'nin 4 üncü maddesinin 2 inci fıkrasının (b) bendinde, zeyilnamelere ilişkin olarak yapılacak şikayet başvurularında sürenin zeyilnamenin bildirildiği tarihte işlemeye başlayacağı hükme bağlanmıştır.

Belli istekliler arasında ihale usulü ile gerçekleştirilen danışmanlık hizmeti alımlarında, ön yeterlik aşamasında yeterli bulunan adaylara ihale dokümanı idare tarafından gönderilmektedir. Bu tür ihalelerde, ihale dokümanına ilişkin şikayet başvuru süreleri, dokümanın teslim alındığı tarihte işlemeye başlayacaktır.

İhale dokümanına ilişkin şikayet başvurularında dikkat edilmesi gereken bir diğer husus da, ihaleye teklif veren isteklilerin artık ihale ya da ön

⁸⁸ Kamu İhale Kurulu'nun 03.12.2007 tarih ve 2007/UH.Z-3892 nolu kararı.

yeterlik dokümanına karşı şikayet başvurusunda bulunamayacağıdır. Kanununun 30 uncu maddesinin 2 nci fıkrası gereğince, istekliler teklif mektuplarında, ihale dokümanı içeriğini tamamen okuyup kabul ettiklerine dair beyanda bulunmaları ve tekliflerini buna göre vermiş olmaları nedeniyle, bu aşamadan sonra ihale ilanı veya ihale dokümanının içeriğine yönelik şikayet başvurusunda bulunamaz. Bununla birlikte, şikayet başvurusunda bulunulduktan sonra ihaleye teklif verilmiş olması, Kamu ihale Kurumu'na itirazın şikayet başvurusunda bulunulmasına engel teşkil etmez.⁸⁹

Bazen, aynı ihale dokümanında yer alan hükümlerin de tutarsız ve/veya çelişkili olabildiği görülmektedir. Bu durumda nasıl hareket edilmesi gerektiği ile ilgili olarak Kamu İhale Kurulu tarafından verilen farklı kararlar bulunmaktadır. Bazı kararlarında Kurul, ihale dokümanındaki öncelik sıralamasına göre sorunun çözülmesi gerektiğine işaret ederken⁹⁰, bazı kararlarında ise ihalenin iptaline hükmetmektedir⁹¹.

İptal, ihalelerde son çare olarak düşünülmesi gereken bir yol olmalıdır. Bu nedenle, ihale dokümanında bulunan çelişik düzenlemelerin tüm isteklileri yanıltması durumu haricinde, iptal yoluna gidilmemesi, ihale mevzuatında, ihale dokümanındaki tutarsızlıkların belgelerin öncelik sıralamasına göre çözüleceği yönünde düzenleme yapılmasının yararlı olacağı belirtilmektedir (Gündüz, 2010, s.15).

2.2.2.2.3. Hukuka Aykırı Diğer İdari İşlem ve Eylemler

İhale ilanı ve dokümanı dışında, idarenin diğer ihale işlemleri ile ihale uygulamalarında karşı da idareye şikayet başvurusunda bulunulması mümkündür.

Şikayet başvurusuna en fazla konu olan ihale işlemi, hiç kuşkusuz kesinleşen ihale kararıdır. Teklifleri değerlendirme dışı bırakılan istekliler,

⁸⁹ İYBHT'nin 4 üncü maddesinin 8 inci bendi.

⁹⁰ Örnek KİK kararları:
Karar Tarihi: 22.10.2007, Karar No: 2007/UY.Z-3394
Karar Tarihi: 31.08.2005, Karar No: 2005/UY.Z-1646

⁹¹ Örnek KİK kararları:
Karar Tarihi: 18.01.2010, Karar No: 2010/UH.I-206
Karar Tarihi: 15.10.2009, Karar No: 2009/UH.I-2448

idarenin kesinleşen ihale kararını kendilerine tebliğ etmesi üzerine, Kanun gereğince kesinleşen ihale kararı bildirim yazılarında bulunması zorunlu olan tekliflerin değerlendirme dışı bırakılma gerekçelerinin⁹² mevzuata aykırı olduğunu düşünüyorlarsa, süresi içerisinde idareye şikayet başvurusunda bulunabilirler.

Yasal bir zorunluluk olmakla birlikte, idarenin ihale kararını bildirir yazısında, isteklinin değerlendirme dışı bırakılma gerekçesine yer vermemesi durumunda, isteklinin gerekçenin bildirilmesini ayrıca talep etmesi mümkün olabilecek ve şikayet başvuru süresi ihale kararı bildirdim tarihinden değil gerekçe bildirim tarihinden itibaren başlayacaktır. İdarenin ihale dışı bırakma gerekçesini istekliye göndermemesi durumunda, isteklinin ne kadar süre beklemesi gerektiğine ilişkin olarak mevzutta herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda isteklinin, ihtiyaten, kesinleşen ihale kararını tebellüğ ettikten sonra, yasal süre dolmadan idareye şikayet başvurusunda bulunmasının, dilekçesinde idarenin yazısında ihale dışı bırakılma gerekçesinin bildirilmediği ve bunun başlı başına bir hukuka aykırılık teşkil ettiğini belirtmesinin yerinde olacağı düşünülmektedir. Zira gerekçe talebi üzerine uzun bir süre bekledikten sonra, Kamu İhale Kurumu'na yapılacak itirazın şikayet başvurusunun süre yönünden reddedilmesi ihtimali yüksektir. İdarenin, teklifin değerlendirme dışı bırakma gerekçesini, geç de olsa bildirmesi durumunda ise, başvuru süresinin gerekçe bildirim tarihini izleyen günden itibaren işlemeye başlayacağı konusunda ise tereddüt bulunmamaktadır.⁹³

Kanun gereği, ihale işlemleri dışında, idarelerin ihalelere yönelik olarak yaptığı uygulama ve eylemler⁹⁴ de şikayet başvurusunun konusu olabilmektedir. İdarelerin hukuka aykırı uygulama ve eylemleri Kanunun veya mevzuatın yanlış yorumlanması sebebiyle olabileceği gibi kasten yapılmış da

⁹² 4734 sayılı Kanununun 41 inci maddesinin 1 inci fıkrası.

⁹³ İYBHT'nin 4 üncü maddesinin 9 uncu fıkrası.

⁹⁴ Öğretide idari eylem, idarenin asli görevlerinden olan kamu hizmetlerini yerine getirirken, idare ajanlarının yapmış olduğu bir hareket, bir tutum, bir olay ya da ortada herhangi bir idari işlem olmadan yapılan iş, ameliye, hareket ve çalışmalar yani hukuk aleminde yenilik yaratan irade, tutum ve davranışlar olarak tanımlanmaktadır. (Demirkol, 2001, s.2)

14.04.1973 gün ve E:1972/2; K: 1973/10 sayılı Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu kararında ise, idari eylem, "İdari eylem, idarenin idare etme fonksiyonu sırasındaki bir hareketi, bir olayı, bir tutumu anlatır." şeklinde tanımlanmıştır.

olabilir. Kasıtlı olarak yapılan hukuka aykırı uygulamalar hakkında, şartlar gerçekleşmişse ceza ve disiplin hukuku açısından gerekli kovuşturma ve incelemelerin yapılacağı tabiidir.

Şikayete konu olabilecek idari eylem ve uygulamalarda, aykırılığın farkına varıldığı veya farkına varılmış sayılacağı tarih hususu, ispat açısından ihale işlemlerine kıyasla daha hassas bir konudur. Zira ihale işlemlerinde yazılılık esasken, ihale uygulamalarının her zaman yazılı olması gerekmez. Örneğin ihale saatine uzun bir zaman varken, ihale dokümanı satın almak için idareye başvuran isteklinin bu talebinin geri çevrilmesi durumunda, bu vakıanın ispatı, başvuru sahibi açısından güçlük arz edecektir. Bu nedenle ilgililerin, şikayet konusu yapacakları idari eylemin gerçekliğini ispat edebilmek için eğer mümkünse noter aracılığı ile yazılı talepte bulunmaları yararlı olacaktır.

Örneğin Kamu İhale Kurulu, pazarlık usulü ile yapılan ihalelerde, kendilerinin ihaleye davet edilmediği ve ihale doküman dosyası taleplerinin idarelerce geri çevrildiği iddiaları ile yapılan itirazın şikayet başvuruları hakkında karar verirken, başvuru sahiplerinin ihale doküman dosyası almak istediklerini idareye bildirme konusunda gerekli çabayı gösterip göstermediklerini incelemiş, bu bağlamda şifahi talebi yeterli saymamıştır.⁹⁵

28.08.2006 tarih ve 2006/UY.Z-2020 sayılı kararında ise Kurul, ihalenin birinci oturumunda tutulan zarf açma belge kontrol ve teklif edilen fiyatlara ilişkin tutanakların birer örneğinin ihale tarihinde yazılı olarak istenilmiş olmasına rağmen başvuru sahibine verilmediği, bu tutanakların daha sonra posta yoluyla iletildiği iddialarını içerir itirazın şikayet başvurusuna ilişkin olarak,

“...söz konusu tutanakların komisyon başkanınca onaylanmış suretlerinin isteyenlere imza karşılığı verilmesi gerektiği halde, ihale günü salonda başvuru sahibi adına bulunan bir kişi tarafından istendiği halde idarece “noter onaylı vekaletnamesi bulunmadığı” gerekçesiyle verilmemesi mevzuata aykırıdır. ...”

⁹⁵ Örnek KİK kararları:
Karar Tarihi: 06.04.2010, Karar No: 2010/UH.1028
Karar Tarihi: 30.03.2010; Karar No: 2010/UH.II-911
Karar Tarihi: 21.12.2009; Karar No: 2009/UH.II-3084
Karar Tarihi: 13.04.2009; Karar No: 2009/UH.I-1303
Karar Tarihi: 14.04.2008; Karar No: 2008/UY.Z-1654

şeklindeki gerekçe ile düzeltici işlem belirlenmesine hükmetmiştir.

2.2.2.2.3. Başvuru Konusuna İlişkin Kısıtlamalar

İdareye şikayet başvurularına konu olacak hususlarla ilgili olarak, ihale mevzuatında çeşitli kısıtlamalara gidildiği görülmektedir. Bu sınırlamaların bazıları Kanun ile yapılmışken, bazıları ikincil mevzuat hükümlerinde yer almaktadır. Gerek Kanunda, gerekse diğer düzenlemelerde yer alan başvuru konusuna ilişkin kısıtlamaların, idari başvuru olanaklarını daralttığı tartışmasız olmakla birlikte, idarenin idari denetime tabi olmayan bu türdeki işlem ve eylemlerinin aynı zamanda yargısal denetimin de dışına itilmesinin Anayasa'nın hak arama özgürlüğü ve idarenin sorumluluğu ile ilgili hükümleri çerçevesinde mümkün olamayacağını, bu nedenle şikayet başvurusuna konu edilemeyen hususlar hakkında, genel idari başvuru ve idari yargı yolunun açık olduğu değerlendirilmektedir.⁹⁶

Başvuru konusuna ilişkin kısıtlamalardan bazıları doğrudan doğruya bazı konularda şikayet başvurusunda bulunulamaması şeklinde ortaya çıkarken, bazıları da şikayet ehliyeti ile ilgili bulunmakta ve başvuru konularını dolaylı bir şekilde sınırlandırmaktadır.

Şikayet başvurusuna konu edilemeyen en önemli işlemler, idarelerin ihalenin iptaline ilişkin kararlarıdır. Kanun koyucu iptal kararını kısmen şikayet incelemesi dışına çıkarmıştır. Şöyle ki Kanununun 56 ncı maddesinde, Kamu İhale Kurumu'nun yalnızca şikayet üzerine verilen iptal kararlarına karşı yapılan itirazın şikayet başvurularını inceleyeceği hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla, idarenin şikayet olmaksızın ihalenin iptaline karar vermesi durumunda, isteklilerin idareye şikayet başvurusunda bulunmasının da bir anlamı olmayacaktır. Zira, yapılacak başvuru sonrasında, idareden alınacak cevap üzerine Kamu İhale Kurumu'na yapılacak itirazın şikayet başvurusu, Kamu İhale Kurulu tarafından, bahsi geçen hükme istinaden görev yönünden

⁹⁶ Daha önceki kısımlarda da, özel idari başvuruların konusu olamayan hususlarda genel idari başvuru ve idari yargı yolunun açık olduğu belirtilmişti. Tebliğ'de de bu yorumu destekler nitelikte bir düzenleme bulunmaktadır. Tebliğin 8 inci maddesinin 3 üncü fıkrasında "Herhangi bir şikayet veya itirazın şikayet başvurusu olmaksızın idare tarafından alınan ihalenin iptali kararlarına karşı Kuruma itirazın şikayet başvurusunda bulunulamayacağından, bu kararlar ancak idari yargı mercilerinde dava konusu edilebilir." hükmüne yer verilmiştir. Dolayısıyla, özel idari başvuru yolunun kapalı olduğu hususlarda genel idari başvuru ve idari yargı yolunun her zaman açık olduğu söylenebilir.

reddedilecektir. Bu yönde Kamu İhale Kurulu'nun çok sayıda kararı bulunmaktadır.⁹⁷

Şikayet üzerine verilmeyen iptal kararlarına karşı şikayet yoluna başvurulamamasının 56 ncı madde dışındaki diğer yasal dayanakları, Kanunun 27 nci maddesinin 2 nci fıkrasının (p) bendi ile 39 uncu maddesinde yer alan düzenlemelerdir. 27 nci maddeye göre, tüm tekliflerin reddedilerek ihalenin iptal edilmesinde idarenin serbest olduğu hususuna ihale dokümanında yer verilmesi zorunludur. Aynı husus, KİK tarafından çıkarılan ihale uygulama yönetmelikleri eki tip şartnamelerde de yer almaktadır. İstekliler ihaleye teklif verirken, teklif mektubuna imza atmalla ihale dokümanında tüm şart ve düzenlemeleri kabul ettiğini de taahhüt etmiş olmakta, böylece idarenin her zaman ihaleyi iptal etmekte serbest olduğunu peşinen kabul etmiş sayılmaktadır.

Kanunun 39 uncu maddesinde de, 27 nci maddeye paralel olarak, ihale komisyonunun tüm teklifleri reddederek ihaleyi iptal edebileceği, ancak istekliler tarafından talep edilmesi halinde iptal gerekçelerinin kendilerine bildirilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır.

İhalenin, ihale yetkilisi tarafından iptali ise Kanunun 41 inci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre ihale komisyonu tarafından verilen karar, ihale yetkilisinin onayına sunulur ve ihale yetkilisi 5 iş günü içerisinde kararı onaylar veya gerekçesini açıkça belirtmek suretiyle iptal eder.

İdarelerin, ihaleyi henüz ihale oturumu yapılmadan, yani ihale saatinden önce de iptal etmesi mümkündür. Kanunun 16 ncı maddesine göre, idarenin gerekli gördüğü veya ihale dokümanında yer alan belgelerde ihalenin yapılmasına engel olan ve düzeltilmesi mümkün bulunmayan hususların bulunduğu tespit edildiği hallerde ihale saatinden önce ihale iptal edilebilir. Bu durumda, iptal nedeni belirtilmek suretiyle ihalenin iptal edildiği isteklilere hemen ilan edilerek duyurulur.

⁹⁷ Örnek KİK kararları:

Karar Tarihi: 20.04.2010, Karar No: 2010/UH.II-1141

Karar Tarihi: 06.04.2010, Karar No: 2010/UY.II-1014

Karar Tarihi: 30.03.2010, Karar No: 2010/UY.II-891

Karar Tarihi: 04.03.2010, Karar No: 2010/UH.705

Karar Tarihi: 04.03.2010, Karar No: 2010/UH.698

Karar Tarihi: 11.01.2010, Karar No: 2010/UH.I-117

Sonuç olarak, şikayet üzerine alınmayan tüm iptal kararı türlerinde, iptal gerekçelerinin isteklilere bildirilmesi zorunludur. Dolayısıyla, şikayet üzerine verilmeyen iptal kararlarının gerekçelerinin hukuka uygun olmaması durumunda, menfaati ihlal edilenler İYUK 11 inci madde kapsamında iptal kararına karşı genel idari başvuruda bulunabilecek veya doğrudan idari dava açma yoluna gidebilecektir. Her ne kadar idarenin ihaleyi her aşamada iptal edebileceğine ilişkin yasal düzenlemeler yapılmış olsa ve böylelikle idareye takdir yetkisi verilmiş olsa da, idari yargı yerleri, idarenin takdir yetkisini denetlemektedir.

Danıştay bir kararında,⁹⁸

“İdari faaliyetlerin temel ve ortak amacı kamu yararını gerçekleştirmektir. İdarenin bu amacı sağlamak için yapacağı işlem ve eylemlerin türünü, zamanını ve yöntemini belirlemede sahip bulunduğu takdir yetkisinin sınırsız olmadığı ve yetki, şekil, sebep, amaç ve konu yönlerinden yargı denetimine tabi bulunduğu idare hukukunun bilinen ilkelerindedir.”

ifadelerine yer vererek, takdir yetkisinin de yargı denetimine tabi olduğunu vurgulamıştır.

Kamu İhale Kurulu da 08.07.2008 tarih ve 2008/UY.Z-2945 numaralı kararında;

“... ihale yetkilisinin ihaleyi iptal yetkisi bulunmakta ise de, bu yetki mutlak ve sınırsız olmayıp ihalenin iptali konusundaki idarenin takdir yetkisinin, kamu yararı ve hizmet gerekleri ile sınırlı olduğu açıktır. Başvuru sahibinin şikayetinin ihale komisyonu tarafından uygun bulunarak teklifinin değerlendirmeye alınmasından sonra idarece ihale işlemlerine devam edilerek ihaleye ilişkin olarak uygun bir kararın alınması gerekirken ihale yetkilisi tarafından açık ve tam anlaşılır olmayan bir gerekçeye dayandırılarak ihalenin iptal edilmesinin mevzuata aykırı olduğu anlaşıldığından başvuru sahibinin iddiasının yerinde olduğu sonucuna varılmıştır.”

diyerek, idarenin ihalenin iptali hususundaki takdir yetkisinin sınırsız olmadığına işaret etmiştir.

Uz (2005, s.421) da, takdir yetkisinin kamu yararı ile sınırlı olduğunu, takdir yetkisi kullanılarak yapılan idari işlemlerin yargı denetimine tabi olduğunu ve bunun bir yerindelik değil hukukilik denetimi olduğunu belirtmektedir.

⁹⁸ D.5.D., E.1993/4248, K.1993/3874, T.20.10.1993

İptal kararlarına yönelik kısıtlamalar dışında, İYBHY'nin 5 inci maddelerinde yer alan düzenlemelerle de, başvurusu konusuna yönelik dolaylı kısıtlamalar getirilmiştir. 5 inci maddede şikayet ehliyeti bağlamında, kimlerin hangi konularda şikayet başvurusunda bulunabileceği hükme bağlanmıştır.⁹⁹

2.2.3. Başvuruların Biçimsel Unsurları

Şikayet başvurularında bulunması gereken şekil unsurları 4734 sayılı Kanun'un 54, İYBHY'nin 8 ve İYBHT'nin 5 inci maddelerinde düzenlenmektedir.

5812 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önce, Kanunda şikayet dilekçelerinde bulunması gereken şekil unsurları sayılmamaktaydı. Bu konu İYBHY ve İYBHT hükümlerinde düzenlenmekteydi. Ancak Kamu İhale Kurulu'nun şekil eksikliklerini gerekçe göstererek verdiği kararlar, idari yargı yerlerince, Kamu İhale Kurumu'nun yönetmelik ve tebliğ hükümleriyle şekil ve biçim şartları getirilemeyeceği gerekçesi ile iptal edilmekteydi.¹⁰⁰

5812 sayılı Kanun ile bu şekil şartları Kanununun 54 üncü maddesinde ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin temel gerekçesi, şikayet ve itirazın şikayet başvurusunda bulunacakları iyi niyetli, esas amacı hak aramak olan, özenli başvurulara sevk etmek, bununla birlikte şikayet ve itirazın şikayet başvurularının hızlı bir biçimde gerçekleşmesini temin etmektir. Zira başvuru dilekçelerinin eksiksiz, amaca uygun bir şekilde düzenlenmiş olması, idarenin ve Kamu İhale Kurumu'nun şikayet başvurularını incelemesini kolaylaştıracak ve incelemenin gecikmesini engelleyecektir (Gök, 2009, s.1156).

2.2.3.1. İmzalı Dilekçe ile Başvurulması

İdareye şikayet başvurularının Kanununun 55 inci maddesinin 3 üncü fıkrası gereğince imzalı dilekçeler ile yapılması gerekir.

⁹⁹ "2.2.1.1. Şikayet ehliyeti" başlığında bu konu ayrıntılı olarak incelendiğinden burada sadece konu ile ilgisinin belirtilmesi ile yetinilmiştir.

¹⁰⁰ D.13.D., E: 2005/10004, K: 2006/1446, T. 20.03.2006

Türk Dil Kurumu'nun sözlüğünde imza; "bir kimsenin, herhangi bir belgeyi yazdığını veya onayladığını belirtmek için her zaman aynı biçimde kullandığı işaret" olarak tanımlanmıştır.

Soyadı Kanununun 2 nci maddesinde; "Söyleyişte, yazışta, imzada öz ad önde, soy adı sonda kullanılır." hükmüne yer verilerek imzanın şekil itibariyle nasıl olması gerektiği belirtilmiştir.

Soyadı Nizamnamesinde, imzanın nasıl atılması gerektiği daha detaylı olarak tarif edilmiş ve "imzada öz adın ilk harfi, öz ad iki tane ise her ikisinin ilk harfleri veya birinin ilk harfi ile öteki ad ve soyadının tümü yazılabilir. ..." şeklinde açıklama yapılmıştır.

Borçlar Kanununun 14 üncü Maddesi "İmza, üzerine borç alan kimsenin el yazısı olmak lazımdır." ifadesini içermektedir.

Türk Ticaret Kanununun 41 inci maddesinde ise; "Her tacir, ticari işletmesine mütaallik muameleleri ticaret unvaniyle yapmaya ve işletmesiyle ilgili senet ve sair evrakı bu unvan altında imzalamaya mecburdur. ..." hükmüne yer verilmiştir.

Yukarıdaki tanım ve düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, başvuru sahibinin şikayet başvurusunda bulunma iradesinin ortaya konulması açısından dilekçenin imzalanması zorunludur.

Başvuru sahibinin tüzel kişi olması durumunda, imzanın tüzel kişiyi temsile yetkili kişi ya da kişilere ait olması, ayrıca imza sahibi ya da sahiplerinin yetkili olduklarını gösterir belgelerdeki imza ile de örtüşmesi gerekir.

Başvurularda eksikliklerin önünde geçmek ve incelemeyi kolaylaştırmak amacıyla, KİK, Tebliğ ekinde örnek başvuru dilekçelerine yer verilmiştir. Gök (2009, s.1156), bu nedenle, idareye şikayet başvurusunda bulunulurken, ilgil örnek formun kullanılmasının yararlı olacağını, bununla birlikte söz konusu formun kullanılmasının zorunluluk teşkil etmediğini, zorunlu şekil şartlarına uymak kaydıyla başvuru sahibinin farklı biçimlerde

hazırlanmış dilekçeler ile de başvuruda bulunmasının mümkün olduğunu ifade etmektedir.

2.2.3.2. Tek Dilekçede Başvuru Şartı

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 54 üncü maddesinin 8 inci fıkrasında, aynı kişi tarafından birden fazla ihaleye, birden fazla kişi tarafından ise aynı ihaleye tek dilekçe ile başvuruda bulunulamayacağı hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla arasında maddi ya da hukuki bağlantı veya sebep-sonuç ilişkisi bulursa dahi, birden fazla ihaleye ilişkin olarak tek dilekçe ile şikayet başvurusunda bulunulamaz.¹⁰¹

2.2.3.3. Dilekçenin Şekli

4734 sayılı Kanunun 54 üncü maddesinde, şikayet dilekçelerinde yer alması zorunlu hususlar sayılmıştır. Buna göre, şikayet dilekçelerinde aşağıdaki hususların yer alması zorunludur:

- Başvuru sahibinin, varsa vekil ya da temsilcisinin adı, soyadı veya unvanı ve adresi,
- İhaleyi yapan idarenin ve ihalenin adı veya ihale kayıt numarası,
- Başvuruya konu olan durumun farkına varıldığı veya bildirildiği tarih,
- Başvurunun konusu, sebepleri ve dayandığı deliller,
- İtirazen şikayet başvurularında idareye yapılan şikayetin ve varsa şikayete ilişkin idare kararının bildirim tarihi.

4734 sayılı Kanunda sayılan zorunlu şekil unsurlarının idareye şikayet dilekçesinde bulunmaması durumunda, idare başvurunun reddine karar verecektir.

¹⁰¹ 1.2.2.2.6. nolu başlıkta da bu hususa değinilmektedir.

İYBHY'nin 8 inci maddesinde belirtilen ve dilekçe ile ekinde yer alması zorunlu olan bilgi ve belgeleri içermeyen şikayet başvurularında, söz konusu eksiklikler başvuru süresinin sonuna kadar başvuru sahibi tarafından giderilebilir. Eksikliklerin bu süre sonuna kadar giderilmemesi durumunda ise şikayet başvurusunun reddine karar verilir. İdare tarafından dilekçedeki eksikliklerin bildirilmesi zorunluluğu bulunmadığından, başvurunun şekil şartlarına uygun olarak yapılması önem arz etmektedir.¹⁰²

2.2.3.4. Dilekçenin Ekleri

Başvuran, talebine ilişkin gördüğü tüm bilgi ve belgeleri dilekçeye ekleyebilir. Bunun dışında, başvuru sahibinin şikayet başvurusunda bulunmaya yetkili olduğunu dair belgeler ile imza sirkülerinin aslı ya da noterce onaylı örneğini dilekçesine eklemesi Kanunun 55 inci maddesi hükmü gereğidir. Ancak aynı maddeye göre, aday veya isteklinin başvuru belgeleri veya teklif zarfı içerisinde bu belgelerin bulunması durumunda, dilekçe ekinde söz konusu belgeler aranmayacaktır.

Kanunda ve İYBHY'de, şikayet başvurusunda bulunmaya yetkili olduğuna dair belgelerin neler olduğu belirtilmemiştir. Temsile yetkili olduğuna ilişkin belgeler, İYBHT ekinde yer alan dilekçe örneğinde sayılmaktadır.¹⁰³

¹⁰² İYBHT'nin 6 ncı maddesinin 5 inci fıkrası.

¹⁰³ a) Başvuranın gerçek kişi olması durumunda:

1- Bizzat başvurusu halinde temsile ilişkin herhangi bir belge istenilmeyecektir.

2- Avukat olmayan temsilcisi aracılığı ile başvuruları halinde: Şikayet başvurusunda bulunmaya yetkili olduğunu gösteren vekaletnamenin aslı veya noter tasdikli sureti ile vekilin imza beyannamesi/ sirküsü

3- Avukat aracılığı ile başvuruları halinde: Şikayet başvurusunda bulunmaya yetkili olduğunu gösteren baro pulu yapıştırılmış vekaletnamenin aslı veya avukat ya da noter tarafından onaylı sureti

b) Başvuranın tüzel kişi olması durumunda:

1- Aday/istekli/istekli olabileceklerin bizzat başvurusu halinde: Tüzel kişiliği temsile yetkili olduğunu gösterir Ticaret Sicil Gazetesi veya benzeri belgelerin aslı veya noter onaylı suretleri ile bu kişi ya da kişilerin noter onaylı imza sirküsü

2- Avukat olmayan temsilcisi aracılığı ile başvuruları halinde: Şikayet başvurusunda bulunmaya yetkili olduğunu gösterir noter onaylı vekaletname ile vekilin imza beyannamesi

3- Avukat aracılığı ile başvuruları halinde: Şikayet başvurusunda bulunmaya yetkili olduğunu gösteren baro pulu yapıştırılmış vekaletnamenin aslı veya avukat ya da noter tarafından onaylı sureti

2.2.4. Başvuru Usulü

İdareye şikayet başvurusunda izlenmesi gereken usul kuralları, İYBHY'nin 9 uncu maddesi ile İYBHT'nin 4 üncü maddesinin 13 üncü fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, şikayet başvuruları ihaleyi yapan idareye, elden veya posta yoluyla yapılır. Ancak posta ile yapılan başvurularda, postadaki gecikme dikkate alınmaz. Bu nedenle, mümkünse elden başvuru yapmak, posta ile başvuru yapılacak ise acele posta servisini kullanmak yerinde olacaktır.

Şikayet başvurularının ihaleyi yapan idareye başvuru yapılması şarttır. Bu nedenle, ihale yapan idarenin bağlı olduğu Bakanlığa ya da herhangi bir şekilde bu idare dışındaki bir idareye yapılan başvurular, şikayet süresini durdurmamaktadır. Başka bir anlatımla, eğer ihaleyi yapan idare dışında bir yere başvuru yapılırsa, bu etkisiz bir idari başvuru olacağından, başvuruyu alan idarenin karar verme yükümlülüğü yoktur. Hukuka saygılı bir idarenin, başvuru dilekçesini ilgili idareye göndermesi ya da başvuru sahibini bilgilendirmesi gerektiği düşünülebilir ise de, bu bir zorunluluk teşkil etmemektedir. Dolayısıyla, yanlış idareye yapılan başvuru sonrasında cevap beklenirken, şikayet süresinin sona ermesi durumunda idari başvuru ve yargıya başvurma hakkı ortadan kalkmaktadır. Bu husus, İYBHT'nin 4 üncü maddesinin 13 üncü fıkrasında şu şekilde hükme bağlanmıştır:

“Başvurular idareye yapılacak şikayetlerde ihaleyi yapan idareye elden veya posta yoluyla yapılır. İhaleyi yapan idare dışındaki idari mercilere ya da yargı mercilerine yapılan başvurular, bu merciler tarafından muhatap idareye gönderilmesi halinde dikkate alınır. Bu durumda şikayet dilekçesinin ihaleyi yapan idare kayıtlarına girdiği tarih başvuru tarihi olarak kabul edilir. Posta yoluyla yapılan başvurularda postada geçen süreler dikkate alınmaz. Kanunun 54 üncü maddesinde şikayet ve itirazın şikayet başvuruları, dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu idari başvuru yolu olarak öngörüldüğünden, bir hak kaybına uğranılmaması bakımından dava açılmadan önce şikayet ve itirazın şikayet aşamalarının tamamlanması başvuru sahipleri için önem arz etmektedir.”

İdareye şikayet başvurularında, dilekçeye eklenen bütün belgeler; belgelerin adları, sayfa sayıları, asıl/tasdikli/fotokopi vb. olduklarını gösteren iki nüsha dizi pusulası ile birlikte sunulur. Elden başvurularda, idare tarafından dizi pusulası ekindeki bilgi ve belgelerin dizi pusulasında belirtilen şekilde olup olmadığı kontrol edilerek, belirtilen şekilde olması halinde dizi

pusulalarına; “ekler dizi pusulasında belirtilen şekildedir” şerhi düşülerek teslim alan idare görevlisi tarafından imzalanır ve bir nüshası başvuru sahibine geri verilir.

Posta yoluyla yapılan başvurularda dizi pusulasına eklerin dizi pusulasında belirtilen şekilde olup olmadığına ilişkin şerh düşülür. Başvuru dilekçelerinin derhal kaydı yapılarak, kayıt tarih ve sayısı dilekçenin üzerine yazılır ve elden yapılan başvurularda ilgisine kayıt tarih ve sayısını gösteren onaylı bir alındı belgesi verilir. Doğrudan KİK'e yapılan ve İYBHY'nin 15 inci maddesi gereğince idareye gönderilen şikayet başvurularında dilekçenin idare kayıtlarına alındığı tarih, idareye başvuru tarihi olarak kabul edilir.

Öztürk (2009, s.135) haklı olarak, Kamu İhale Kanunu kapsamında ihaleyi yapan idareye yapılması gereken şikâyet başvurusu yapılmadan doğrudan KİK'e başvurulması durumunda, Kamu İhale Kurumu'na yapılan başvuru tarihinin idareye başvurma tarihi olarak kabul edilmemesi nedeniyle başvuru süresinin geçirilmesi ihtimali doğduğuna işaret etmektedir. İYUK'un 15 inci maddesinin 2 inci fıkrasındaki dilekçelerin görevli mercie tevdi halinde Danıştay'a veya ilgili mahkemeye başvurma tarihinin merciiine başvurma tarihi olarak kabul edileceği yönündeki hükme benzer bir düzenlemeye 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda yer verilmesinin, dolayısıyla doğrudan KİK'e başvurulması durumunda, Kuruma yapılacak başvuru tarihinin idareye başvuru tarih olarak kabul edilmesinin daha yerinde olacağı değerlendirilmektedir.

2.2.5. Şikayet Başvurusundan Feragat Edilmesi

2.2.5.1. Feragat

Kanunda ve Yönetmelikte, itirazın şikayet başvurularından feragat edilmesi hakkında düzenleme bulunurken, idareye şikayet başvurularından feragat edilmesi hakkında düzenleme bulunmamaktadır. İdareye şikayet başvurusunda bulunanların, ikinci bir dilekçe ile idareye başvurarak ilk dilekçesinin dikkate alınmaması gerektiğini ve şikayet başvurusundan feragat ettiğini belirtmesi durumunda, idarenin şikayet başvurusuna hiç cevap

vermemesi, şikayet başvurusunu hiç yapılmamış sayarak ihale işlemlerine devam etmesi, özellikle de sözleşmeyi imzalamasının mümkün olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir.

Gök (2009, s.1188) idareye şikayet başvurusunda bulunma hakkı bulunanların, aynı zamanda bundan vazgeçme haklarının da bulunduğunu, dolayısıyla ikinci bir dilekçe ile şikayet dilekçesine atıfta bulunularak vazgeçilmesi durumunda, ihale sürecinin öngörülen normal takvim dahilinde yürüyeceği ve sözleşme imzalanabileceği görüşündedir.

Küçük (2007, s.125) ise şikayet veya itirazın şikayet başvurusunda bulunan ve bu suretle idari denetim mekanizmasını harekete geçiren kişinin şikayetinden vazgeçmesinin, sadece şikayet sonucunda karar alınmasını engelleyeceğini, idari denetim sürecinin devamını imkansız hale getirmeyeceğini iddia etmektedir.¹⁰⁴

İnan (Erişim: Temmuz 2010)¹⁰⁵ ise, idareye şikayet başvurularının idarece bir karar alınana kadar geri alınabileceğini, şikayet hakkında bir karar alındıktan sonra şikayet kamusal bir nitelik kazandığından artık geri alınamayacağını savunmaktadır.

Bu görüşlere katılmayarak, idareye şikayet başvurusundan feragat edilmesinin hukuki sonucuna ilişkin olarak, bu konuda, itirazın şikayet başvurularından feragat edilmesine ilişkin hükmün¹⁰⁶ uygulanmasının mümkün olabileceğini savunmak daha yerinde görünmektedir. Nasıl ki itirazın şikayet başvurusundan feragat edildiğine dair Kamu İhale Kurumu'na ikinci bir başvuru yapıldığında, bu başvuru önceki itirazın başvurusunun

¹⁰⁴ Küçük'ün tezini kaleme aldığı 2007 yılında, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu 5812 sayılı Kanun ile değişmemiştir ve Kamu İhale Kurumu'nun, şikayet başvurularının incelenmesi dışında, "iddiaların incelenmesi" ile de görevliydi. Bu bağlamda Küçük, şikayet başvurusunun geri alınması durumunda, idari denetimin iddiaların incelenmesi yolu ile devam edeceğini savunmuştur. Kurul da 5812 sayılı Kanun öncesi dönemde aldığı birçok kararında, idareye şikayet başvurusundan vazgeçilmesi durumunda, şikayet başvurusunun incelenemeyeceğini, bununla birlikte hukuka aykırılığın tespiti için iddiaların incelenmesi kapsamında değerlendirme yapılabileceğini hükme bağlamıştır. Ancak iddiaların incelenmesi sonucunda, Kurul düzeltici işlem ya da ihalenin iptaline karar veremediğinden, söz konusu idari denetimin etkin bir denetim olduğundan söz etmek güçtür. Kaldı ki, 5812 sayılı Kanun ile, itirazın şikayet başvurusundan vazgeçilmesinin, Kurulun şikayet başvurusunu incelemesine ve Kanunda sayılan kararlardan birini almasına engel teşkil etmeyeceği açıkça hükme bağlanmıştır. İdareye şikayet başvurularına ilişkin olarak, bu konuda bir düzenleme yapılmaması ve hukuka aykırılığı gündeme getirilen bir ihale işlemi ya da uygulamasının başvuru geri alına dahi idari denetime tabi olması düşüncesine dayanan bu düzenlemenin, idareye şikayet başvurusundan feragat edilmesi durumunda da uygulanması gerektiği değerlendirilmektedir.

¹⁰⁵ www.atillainan.com.tr/makaleler.

¹⁰⁶ 4734 sayılı Kanunun 56 ncı maddesinin üçüncü fıkrası gereğince, itirazın şikayet başvurusundan feragat edilmesi itirazın şikayet başvurusunun incelenmesine ve 54 üncü maddede sayılan kararlardan birinin alınmasına engel teşkil etmez.

incelenmesine engel teşkil etmeyecekse, idareye şikayet başvurusunun geri alınması da, hangi aşamada olursa olsun, idarenin şikayet başvurusunu incelemesine ve sonradan itirazın şikayet başvurusunda bulunulmasına engel teşkil etmemelidir. Çünkü idari denetime yönelik idari başvuru hakları, özel hukuktaki alacak haklarından farklı olarak, kamusal nitelik arz etmektedir.

Bu nedenle, şikayet hakkının aynı zaman da şikayetten feragat hakkını da içerdiğinin kabul edilmesi, idari işlemlerin hukuka aykırı olduklarına yönelik bir idari başvuru yapıldıktan, varsa hukuka aykırılığın tespit edilmesi ve giderilmesi talep edildikten sonra, hakkında hukuka aykırılık şüphesi bulunan bir idari işlemin, başvuranın iradesine göre denetim dışına çıkarılması, idarenin olası hukuka aykırı işlem ve eylemlerine denetim yapılmaksızın meşruiyet kazandırılması anlamına gelecektir.

Buna göre, idare, şikayet başvurusunun geri alındığına dair ikinci bir başvuruya muhatap olduğunda, şikayet hiç yapılmamış gibi işlem yapamamalı, örneğin idarenin Kamu İhale Kurumu'na şikayet süresini dikkate almaksızın sözleşme imzalaması mümkün olmamalıdır. Zira idareye şikayet başvurusunu geri aldığına ilişkin ikinci bir başvuruda bulunan istekli, bu düşüncesinden de vazgeçerek bu defa Kamu İhale Kurumu'na itirazın şikayet başvurusunda bulunabilir. Bu durumda, idarenin kendisine yapılan şikayet başvurusunu hiç yapılmamış sayarak, doğrudan sözleşme imzalaması durumunda, Kamu İhale Kurulu, birçok kararında olduğu gibi, sözleşmenin usulüne uygun olarak imzalanmadığı gerekçesi ile duruma göre düzeltici işlem tesisine ya da ihalenin iptaline karar verebilmelidir.¹⁰⁷

İdarenin kesinleşen ihale kararını isteklilere bildirdikten hemen sonra, tüm isteklilerden şikayet başvurusunda bulunmayacaklarını ve dolayısıyla şikayet haklarından peşinen feragat ettiklerini bildirir dilekçe almak suretiyle, yasal şikayet süresi beklenmeksizin ihale üzerinde bırakılan istekli ile sözleşme imzalaması durumunda da sonuç değişmemelidir. Başka bir

¹⁰⁷ Örnek KİK kararları:
Karar Tarihi: 11.02.2010, Karar No: 2010/UH.I-519
Karar Tarihi: 23.02.2009, Karar No: 2009/UH.III-941
Karar Tarihi: 21.01.2008, Karar No: 2008/UM.Z-341
Karar Tarihi: 03.06.2008, Karar No: 2008/UM.Z-2357

anlatımla, şikayet hakkında peşinen feragat edilmesi hukuken sonuç doğurmamalı, şikayet süresini beklemeden usulüne uygun olmadan sözleşme imzalayan idare, sonradan şikayet başvurusunda bulunulması durumunda, başvuru sahibinin daha önce şikayet hakkında peşinen feragat ve şikayette bulunmayacağını taahhüt ettiğini gerekçe gösterememelidir.

Ancak Kamu İhale Kurulu kararlarına bakıldığında, konu ile ilgili farklı yönde kararlar bulunduğu görülmektedir.

Kurulun bazı kararlarında idareye şikayet başvurusundan feragat edilmesi durumunda idareye şikayet başvurusunun yapılmamış sayılacağı belirtilirken diğer kararlara ise şikayet hakkında feragat edilse bile bundan vazgeçilerek şikayet hakkının kullanılabilmesine işaret edilmektedir.

Örneğin 03.11.2008 tarih ve 2008/UY.III-4480 nolu kararında Kurul,

“...Yapılan inceleme sonucunda, başvuru sahibinin 13.08.2008 tarihli dilekçeyle idareye şikayet başvurusunda bulunduğu, başvuru sahibinin 10.09.2008 tarihli dilekçe ile idareye şikayet başvurusundan feragat ettiği dikkate alındığında idareye yapılmış herhangi bir şikayet başvurusunun olmadığı, dolayısı ile başvurunun doğrudan Kuruma yapıldığı anlaşılmalı birlikte 21.10.2008 tarihinde Kurum kayıtlarına alınan dilekçe ile itirazın şikayet başvurusunda bulunulduğu göz önüne alındığında şikayet başvurusunun süresinde yapılmadığı anlaşılmıştır. ...”

ifadelerine yer verilmiştir.

2.2.5.2. Feragatten Feragat Edilmesi

Yukarıda şikayet başvurusundan feragat edilmesinin idari denetimi engellememesi ve şikayet incelemesinin devam etmesi gerektiği belirtilmişti. Bu çerçevede, şikayet başvurusundan feragat edildiğinin idareye yazılı olarak bildirilmesinden sonra, feragatten vazgeçilmesi de mümkün olabilmelidir.

Feragat durumunda şikayet incelemesi yapılmadan ihale işlemlerinde devam edilebileceği tezinin savunulması durumunda da, feragat hakkı olanın bundan vazgeçme hakkı da olacağı kabulü gerekir.

Bazı kararlarında¹⁰⁸ Kamu İhale Kurulu da, isteklilerin Kamu İhale Kanunu'nun 55 inci maddesi ile kendilerine tanınmış haktan feragat ettiklerini idareye bildirmeleri durumunda, Kanunun anılan maddesi tarafından kendilerine tanınan hakkı kullanamayacaklarına yönelik Kanunun amir hükmü bulunmadığından, feragatlerinden vazgeçmelerinin mümkün olabileceği, idarenin feragat ile şikayetin hiç yapılmamış sayılacağı düşüncesi ile Kamu İhale Kanununun 41 ve 42 nci maddelerinde belirtilen sürelerle uymadan imzaladığı sözleşmenin usulüne uygun olmadığı sonucuna varmıştır.

2.3. Şikayet Başvurusunun İhale İşlemlerine Etkisi

5812 sayılı Kanun öncesi dönemde, ihale yetkilisinin, yasada yer alan şartların gerçekleşmesi şartıyla, şikayet başvurusu üzerine ivedilik ve kamu yararı kararı olarak sözleşmeyi imzalaması imkanı bulunmaktaydı. Ancak bu uygulamaya ilişkin hükümler, 5812 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Yürürlükte bulunan 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na göre, idareye şikayet başvurusunda bulunulmasının hukuki sonucu, idarenin şikayet başvurusuna ilişkin olarak bir karar vererek, bu kararın başvuru sahibine tebliğinden itibaren, Kamu İhale Kurumu'na itirazın şikayet başvurusu süresi kadar beklemeden sözleşme imzalamamasıdır. Başka bir deyişle, idare, kendisine yapılan şikayet başvurusunu reddettiği takdirde, başvuru sahibinin Kamu İhale Kurumu'na başvurup başvurmadığını, Kurumun internet sitesi üzerinden itirazın şikayet süresinin sonuna kadar kontrol edecek, ancak süre sonunda herhangi bir başvuru yapılmadığını tespit ederse sözleşme imzalayabilecektir (Gök, 2009, s.1187). Ayrıca, yapılan kontrollerde itirazın şikayet başvurusunda bulunulduğunun tespit edilmesi durumunda da, itirazın şikayet başvurusunun nihai karara bağlanmasına kadar beklenmesi gerekecektir. Bu husus 4734 sayılı Kanunun 41 inci maddesinin 3 üncü fıkrası, İYBHY'nin 13 üncü maddesi ile İYBHT'nin 6 ncı maddesinin 6 ve 7 nci fıkralarında düzenlenmiştir.

¹⁰⁸ Örnek KİK kararları:
Karar Tarihi: 05.08.2008; Karar No: 2008/UH.Z-3281
Karar Tarihi: 10.06.2008; Karar No: 2008/UH.Z-2446

İhale kararına karşı yapılacak şikayet başvurularında durum yukarıda belirtildiği gibi olmakla birlikte, ihale dokümanına ya da ihale ilanına karşı yapılacak idareye şikayet başvurusu sonrasında ihale işlemlerinin durup durmayacağı konusunda Kanunda ya da ikincil mevzuatta hüküm bulunmamaktadır. Örneğin, ihale dokümanını satın alan kişinin, yeterlik için istenen belgelerden birinin mevzuata göre istenemeyecek belgelerden olduğu iddiasıyla idareye şikayet başvurusunda bulunması ve idarenin bu başvuruyu reddetmesi durumunda, ihale işlemleri duracak mıdır? Başka bir anlatımla, idare ihale gününde ihale oturumunu gerçekleştirecek midir? Yoksa itirazın şikayet başvurusu olup olmadığını yukarıda bahsi geçen yöntemle kontrol edecek ve gerekirse Kurulun nihai kararını beklemek için ihale tarihini erteleyecek midir?

İhalenin ileri bir tarihe ertelenmesi ile ilgili olarak Kanunun 29 ve 55 inci maddelerinde düzenleme bulunmaktadır. Buna göre, zeyilname ile yapılan değişiklikler nedeniyle tekliflerin hazırlanabilmesi için ek süreye ihtiyaç duyulması halinde, ihale tarihi bir defaya mahsus olmak üzere en fazla yirmi gün zeyilname ile ertelenebilir. Ayrıca şikayet üzerine yapılan incelemede tekliflerin hazırlanmasını veya işin gerçekleştirilmesini etkileyebilecek maddi veya teknik hataların veya eksikliklerin bulunması ve idarece ihale dokümanında düzeltme yapılmasına karar verilmesi halinde, gerekli düzeltme yapılarak son başvuru veya ihale tarihi bir defaya mahsus olmak üzere ertelenir.

Ancak şikayet üzerine idare, başvuruyu reddettiğine göre, tekliflerin hazırlanmasını veya işin gerçekleştirilmesini etkileyebilecek maddi veya teknik hataların veya eksikliklerin bulunmadığı görüşündedir. Bu nedenle, idare, muhtemelen ihale tarihini ertelemeyecektir.

İhalenin ertelenmeyerek ilanda ve dokümanda belirtilen tarihte yapılması, Kurul tarafından da itirazın şikayet başvurusunun uygun bulunarak düzeltici işlem tesisine karar verilmesi durumunda, şikayet konusu yeterlik belgesinin de yer aldığı ihale dokümanına göre yapılan ihalede, tekliflerin değerlendirilmesi ile ilgili sıkıntı oluşacaktır. Zira, bu durumda, şikayet konusu olan ve başvuru sahibi tarafından, idarece istenemeyeceği

iddia edilen belgeyi ibraz etmeyen isteklilerin ihale dışı bırakılıp bırakılmayacağı sorunu ortaya çıkacaktır. Daha da önemlisi, başvuru konusu belgeyi ibraz etmeyen isteklilerin tekliflerinin ihale dışı bırakılması ve kesinleşen ihale kararının isteklilere tebliğ edilmesinden sonra Kurulun yukarıda belirttiğimiz yönde bir nihai karar alması durumunda, ihale kararının hukuka aykırılığı gündeme gelecektir.

Buna göre, yukarıda bahsettiğimiz sorunların nasıl çözüme kavuşturulabileceğinin tespiti için, şikayet başvurusunun ihale işlemleri üzerindeki etkisinin ne olacağının belirlenmesi gerekir.

Doktrinde, şikayet başvurularının, ihale işlemleri üzerindeki etkisi hususunda görüş birliği bulunmamaktadır.

Uz (2005, s.405), Küçük (2007, s.127) ve Gözler (2007, s.472) şikayet başvurusunun ihale işlemlerini durduracağı görüşündedir.

Taşdelen (2004, s.132) ve Yılmaz (2007, s.155) şikayet başvurusunun ihale işlemlerini kendiliğinden durdurmayacağını, sadece sözleşme imzalanmasının mümkün olmadığını belirtmektedir.

Gök (2009, s.1182), idareye şikayet başvurusu yapıldıktan sonra idarenin sözleşmeye davet ve sözleşmenin imzalanması dışındaki diğer işlemleri yapmasına engel teşkil eden bir hüküm bulunmadığını belirterek, şikayetin ihale sürecini durdurmayacağını ifade etmektedir.

Buz (2007, s.255), şikayet başvurusunun ihale kararı ve sözleşmenin imzalanması açısından erteleyici bir etkisi olduğunu savunmaktadır.

Şikayet başvurularının ihale sürecine ilişkin yaratacağı sonuca ilişkin olarak idari denetimi güçlendiren ve isteklileri koruyan yukarıdaki görüşlerin dışında Canbazoğlu'nun (2007, s.117) müdafaa ettiği bir diğer görüş ise, ihale işlemi şikayet olunan idarenin şikayet başvuruları üzerine ihale sürecinin kendiliğinden işlemeye başlamayacağı, ihale sürecinin şikayetin sonuçlandırılması sonrasında yapılacak itirazın şikayet başvurusu üzerine Kamu İhale Kurumu'nun gerekli usulü tüketmemesi ve gerekli kararı

almaması halinde ihaleyi işlemlerine devam edemeyeceği ve dolayısıyla ihale kararı alamayacağı ve ihaleyi sözleşmeye bağlayamayacağı yönündedir.

İdari fonksiyonun sürekliliği ve idarenin kamu yararını gerçekleştirme amacı dikkate alındığında, şikayet başvurularının ihale işlemlerini otomatik olarak durdurmayacağı, sadece ihale kararının alınması ve sözleşmenin imzalanmasına engel teşkil edeceği düşüncesiyle Buz'un görüşüne katılmak, ihale kararına karşı yapılan şikayet başvurularında olduğu gibi, ihale dokümanına ilişkin şikayet başvurusunun reddedildiği durumlarda da, idarelerin, tekliflerin geçerlilik süresini de dikkate alarak ihale kararını almadan önce Kamu İhale Kurulu'nun nihai kararını beklemelerinin yerinde olacağını savunmanın daha yerinde olacağı değerlendirilmektedir. Böylece ihale komisyonu, Kurul'un itirazın şikayet başvurusunu reddetmesi durumunda ihale dokümanında yer alan kurallara göre karar verecek; tersi durumda ihalenin iptaline karar verecektir. Zira, mevzuat gereğince istenmemesi gerekirken ihale dokümanında ibrazı zorunlu kılınan belgeyi temin edemeyeceği düşüncesi ile ihaleye katılmayan istekliler olabilecektir. Bu durumda iptal sonrasında, yeniden açılacak ihalede başvuru konusu belge, yeterlilik kriteri olarak istenemeyecektir.

İtirazın şikayet başvurusu üzerine, Kamu İhale Kurulu tarafından ihale yapılmadan önce nihai karar verilmesi durumuna ilişkin olarak ise, Kanunun 55 inci maddesindeki zeyilnameye ilişkin düzenlemenin uygulanması gerektiği düşünülmektedir. Anılan maddenin başlığı "İdareye Şikayet Başvurusu" olduğundan, şikayet üzerine tespit edilecek maddi veya teknik hatalar ile kastedilenin, idareye şikayet başvurusu üzerine idare tarafından yapılan inceleme esnasında tespit edilen aykırılıklar olmakla birlikte, ihale dokümanındaki eksiklik ya da aykırılığın Kamu İhale Kurulu tarafından tespit edilmesi durumunda da anılan madde uygulanarak ihalenin zeyilname ile ertelenmesi mümkün olabilmelidir. İhalenin iptal edilmesi, her aşamada olduğu gibi bu aşamada da mümkün olmakla birlikte, zeyilname yoluna gidilmesi kamu kaynağı ve zaman kaybı olmaması açısından daha yerinde olacaktır.

2.4. Başvuru Üzerine Yapılacak İşlemler

2.4.1. Başvuruların İncelenmesi

2.4.1.1. İnceleme Yetkisi

İdareye şikayet başvurularında, şikayet başvurusunu inceleme yetkisinin kime ait olduğuna ilişkin olarak Kanunda bir hüküm bulunmamaktadır. Kanunun 55 inci maddesinin 3 üncü fıkrasında “İdare, şikayet başvurusu üzerine gerekli incelemeyi yaparak on gün içinde gerekçeli bir karar alır.” hükmü yer almış inceleme yetkisine ait bir düzenleme yapılmamıştır.

İnceleme yetkisine ilişkin düzenlemeler, İYBHY'nin 10 uncu maddesinin 4 üncü fıkrası ve İYBHT'nin 7 nci maddesinin 1 inci fıkrasında yer almaktadır. Buna göre, idareye şikayet başvurusu bizzat ihale yetkilisi veya onun yetkilendireceği bir veya birden fazla raportör tarafından yapılabilir. Kimlerin raportör olabileceği hususunda ise ne İYBHY, ne de İYBHT'de bir hüküm bulunmamaktadır. İhale yetkilisinin şikayet başvurusunun içeriğine göre hukuksal ve teknik açıdan değerlendirme yapma donanımına sahip idare personelinden birini ya da birkaçını raportör olarak görevlendirmesi mümkündür.

Şikayet başvurusuna muhatap idarede, başvuru konusunun teknik uzmanlık gerektirmesi ve karmaşık olması nedeniyle şikayet başvurusunu değerlendirebilecek kişilerin bulunmaması durumunda, mevzuatta açık bir hüküm bulunmamakla birlikte, ihale komisyonunun oluşumunda yapıldığı gibi, diğer idarelerden de raportör talep edilmesinin mümkün olması gerektiği düşünülmektedir.

Gök (2009, s.1178), ihale komisyonu üyelerinden bir kısmının hatta tamamının raportör olarak görevlendirilmesinin mümkün olabileceğini savunmaktadır. Mevzuatta şikayet incelemesi ile görevlendirilecek raportörün tanımı yapılmamış ve böylelikle ihale komisyonunun raportör olarak yetkilendirilmesine engel bir düzenlemeye yer verilmemiş olsa da, şikayete konu işlem ile ilgili olarak karar verenlerin, yine o işlem ile ilgili bir hukuka

aykırılık iddiasını incelemeleri, gerek hukuksal gerekse pratik açıdan uygun olmayacaktır.

Zira hukuksal açıdan, bir işlemin denetimi işlemi yapan tarafından yapıldığında gerçek anlamda bir denetimden söz etmek güçtür.

Pratik açıdan bakıldığında ise komisyon, çoğunlukla kendisinin verdiği ihale kararına ilişkin olan şikayet başvurularını büyük olasılıkla reddedecektir. Bu nedenle, şikayet başvurusunun bizzat ihale yetkilisi tarafından ya da yetkilendireceği, hukuki süreci değerlendirebilecek ve şikayetin konusuna göre teknik bilgiye sahip karma bir raportör heyeti tarafından incelenmesinin daha yerinde olacağı söylenebilir.

Kamu İhale Kurulu da bir kararında, şikayete konu işlemi yapan ihale komisyonu başkanının şikayet konusunda raportör olarak görevlendirilmesinin, idari başvurudan beklenen yararı ortadan kaldıracığı ve şikayetin tarafsızlıkla değerlendirilmesini engelleyeceği için ihale mevzuatına aykırılık teşkil edeceğini vurgulamıştır.¹⁰⁹

2.4.1.2. İnceleme Süreci ve Yöntemi

2.4.1.2.1. Ön İnceleme

İdareye şikayet başvurularının incelenmesi usulüne ilişkin olarak, Kanunda veya bağlı mevzuatta açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, incelemenin öncelikle şekil ve usul yönünde yapılacağı açıktır.¹¹⁰ Aksi takdirde, şikayet başvurusunun esas yönünden uzun ve ayrıntılı incelenmesinden sonra dilekçenin usulüne uygun olmadığı tespit edilmesi gibi durumlar ortaya çıkacak, bu ise inceleme yapanların gereksiz yere meşgul edilmesinden başka bir işe yaramayacaktır. Bu nedenle incelemenin öncelikle şekil ve usul yönünden yapılması, eğer bir şekil ya da usul hatası

¹⁰⁹ Kamu İhale Kurulu'nun 01.08.2005 tarih ve 2005/UM. Z-1478 no'lu kararı.

¹¹⁰ Canbazoglu (2008, s.127), ön incelemenin sadece görev, ehliyet ve süre yönünden yasal olduğunu, bunlar dışındaki hususlarda, ikincil mevzuat hükümlerine göre yapılacak ön incelemenin yasal dayanağının bulunmadığını belirtmektedir. Canbazoglu'nun 5812 sayılı Kanun öncesi dönemde yaptığı bu değerlendirmenin yerinde olduğu düşünülmektedir. Ancak söz konusu yasal dayanak, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda 5812 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle, Kanunun 54 üncü maddesinde ifadesini bulmuştur. 5812 sayılı Kanun ile değişik 54 üncü maddede, idarelerin şikayet başvuruları üzerine alacakları kararlar sayılmıştır. Bu nedenle, mevcut durumda, 54 üncü madde hükmünden, idarelerin esas incelemesine geçmeden önce, şikayet başvurularını öncelikle şekil ve usul yönünden incelemesi gerektiği çıkarımını yapmak mümkündür.

varsa başvurunun esas yönünden incelenmesine geçilmeden reddedilmesi gerekir. Bu husus, Kanunun 54 üncü maddesinin 10 uncu fıkrasının (c) bendinde de açıkça düzenlenmiştir.

Ön inceleme olarak da adlandırılan şekil ve usul yönünde incelemeye konu olacak hususlar, esasen başvurularda bulunması gereken şekil şartlarına ilişkindir. Başvurularda bulunması gereken şekil şartları İYBHY'nin 8 inci ve İYBHT'nin 5 inci maddesinde sayılan unsurlardır.¹¹¹

Ön inceleme, başvurunun süresi içinde yapılıp yapılmadığının incelenmesini de kapsar. Zira süresi içinde yapılmayan başvurular da, esas yönünden incelenmeksizin reddedilecektir.

Ön inceleme sonucunda, başvuruda şekil yönünden bir eksiklik tespit edilmesi durumunda, idarenin bu eksikliğin tamamlanması için başvuru sahibine bir bildirimde bulunması zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu husus Kanunun 54 üncü maddesinde,

“Belirtilen hususlara aykırılık içeren ve henüz başvuru süresi dolmamış olan başvurulardaki eksiklikler, idare veya Kurumun bildirim yapma zorunluluğu bulunmaksızın, başvuru süresinin sonuna kadar başvuru sahibi tarafından giderilebilir.”

şeklinde ifadesini bulmaktadır.¹¹² Bu nedenle, başvuru sahiplerinin, idareye başvuru süresi içinde varsa dilekçelerindeki şekil eksikliklerini tamamlamaları gerekir. Başvuru süresi sona erdikten sonra, Kanunun açık hükmü gereğince, eksikliklerin tamamlanması imkanı kalmayacaktır.

Bununla birlikte, idarelerin, şikayet başvurularındaki eksiklikler konusunda başvuru sahibine bildirimde bulunmasında hukuken bir sakınca bulunmamaktadır. Aksine bu tür bir uygulamanın takdir edilmesi gerekir (Gök, 2009, s.1164).

Sonuç olarak, idare şikayet başvurusu üzerine, öncelikle bu başvurunun bir şikayet başvurusu olup olmadığını, şayet şikayet başvurusu ise, başvurunun Kanun ve Yönetmelikte belirlenen şartları taşıyıp taşımadığını inceleyecektir. Şikayet başvurularına ilişkin esasa girmeden

¹¹¹ 2.2.3. Başvuruların Biçimsel Unsurları başlığında da bu hususa değinilmiştir.

¹¹² Paralel düzenleme İYBHT'nin 6 ncı maddesinin 5 inci fıkrasında da bulunmaktadır.

önce yapılacak bu inceleme, söz konusu başvurunun evvela idarenin görev alanında bulunup bulunmadığı, ehliyetli kimselerce ve süresinde söz konusu idari başvurunun gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği ve İYBHY'nin 8 inci maddesinde belirtilen şekli unsurların şikayet dilekçesinde yer alıp almadığını noktalarından yapılacaktır (Canbazoğlu, 2008, s.129).

2.4.1.2.2. Esas Yönünden İnceleme

Yapılan ön inceleme sonucunda, şikayet başvurusunun süresi içinde ve yasal şekil şartlarına uygun olarak yapıldığının tespit edilmesi durumunda, başvurunun esas yönünden incelenmesine geçilir.

Esas yönünden incelemede, ön incelemeden farklı olarak, şikayet başvurusunun maddi hukuk açısından incelenmesi söz konusu olmaktadır. Başka bir anlatımla, başvuru biçimsel olarak değil içeriği (özü) açısından incelenmektedir. Esas yönünden incelemede, başvurunun kamu ihale mevzuatı ve genel hükümler çerçevesinde haklı olup olmadığı incelenir. İdare, esas yönünden inceleme aşamasını, genellikle sadece şikayet konusu hususla sınırlı olarak gerçekleştirmektedir. Ancak idarenin, şikayet başvurusunda doğrudan yer almamakla birlikte, ihale işlemleri ya da uygulamalarında, başvuru konusu vasıtasıyla dolaylı olarak bir hukuka aykırılık tespit etmesi durumunda, söz konusu işlemi geri alması mümkün, hatta yerinde olacaktır (Uz, 2005, s.415).

O halde, şikayet üzerine yapılacak esas denetimi şikayet edilen konu ile bağlı olarak algılanmamalı, farkına varılacak olur ise hukuka aykırı ihale işlemlerinin de düzeltilmesi amacına yönelmelidir (Canbazoğlu, 2008, s.132).

2.4.1.2.3. Süre Sınırı

Kanunun 55 inci maddesinin üçüncü fıkrasına göre, idare, şikayet başvurusunu on gün içinde gerekçeli bir karar almak suretiyle sonuçlandırmak zorundadır. Bu süre içinde karar alınmaması durumunda şikayet başvurusunun zımnen (örtülü olarak) reddedildiği kabul edilecektir.

Maddede süre sınırı ile ilgili olarak sadece on gün ifadesi ile yetinildiğinden, sürenin takvim günü olarak hesaplanması gerekir.

Ancak burada, başvuru sahiplerine yönelik sürenin hesaplanmasından farklı olarak, süre sonunun resmi tatil gününe denk gelmesi durumunda, süre bir sonraki tatil olmayan güne kadar uzamayacaktır. Başka bir anlatımla, idarenin yasal süresi içinde karar vermemesi durumunda itirazın şikayet süresi tatil günü de olsa karar verme süresinin sona erdiği tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır.

Nitekim Kamu İhale Kurulu da 29.01.2007 tarih ve 2007/UY.Z-347 sayılı kararında;

“ ... İdarenin cevap verme süresinin son günün tatil gününe rastlaması, idarenin cevap verme süresinin tatil gününü izleyen çalışma gününün bitimine kadar uzayacağı şeklinde yorumlanamaz. ...”

şeklindeki gerekçe ile, itirazın şikayet başvurusunu süre yönünden reddetmiştir.

Danıştay 4. Dairesi de aynı görüştedir. Daire, 21.03.2003 tarih ve E.2001/4078, K.2003/169 sayılı kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 8 inci maddesinin ikinci fıkrasındaki, son günü tatil gününe rastlayan dava açma süresinin tatil gününü izleyen çalışma gününün bitimine kadar uzayacağı şeklindeki hükmün, idarenin cevap verme süresine uygulamayacağına hükmetmiştir.

İdarenin şikayet başvurusunu sonuçlandırmasına ilişkin süreye ilişkin bir başka kısıtlama da, şikayet başvurusunun ilana, ön yeterlik ya da ihale dokümanına yönelik olması durumunda ortaya çıkmaktadır. Kanunun 55 inci maddesinin ikinci fıkrasında, ilana, ön yeterlik ya da ihale dokümanına yönelik şikayet başvurularının, ihale ya da son başvuru tarihinden önce karara bağlanmasının esas olduğu hükme bağlanmıştır. Madde hükmündeki “esastır” ifadesinden, bu tür başvurularda idarenin son başvuru ya da ihale tarihinden sonra da karar alabileceği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, ihale yapıldıktan sonra, ihale dokümanına ya da ihale ilanına karşı yapılan şikayet başvurusunun yerinde olduğunun tespit edilmesi durumunda, idarenin ihalenin iptali dışında bir karar verme olanağı kalmamaktadır. Zira ihale

yapıldıktan sonra ilanda ya da ihale dokümanında değişiklik yapılması mümkün değildir.

Bu nedenle, ihale ilanına ya da dokümanına yönelik Şikayet başvurularının, mümkün olduğunca ihale tarihinden önce sonuçlandırılmasının, gerek idare gerekse istekliler ve istekli olabilecekler açısından yararlı olduğu değerlendirilmektedir (Gök, 2009, s.1180).

2.4.2. İnceleme Sonucunda Alınacak Kararlar

İdarenin, Şikayet başvurusuna yönelik inceleme sonucunda alabileceği kararlar, Kanunun 54 üncü maddesinde sınırlı olarak sayılmıştır. Buna göre idare, Şikayet incelemesi sonucunda;

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

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

- Başvurunun süre, usul ve Şekil kurallarına uygun olmaması, usulüne uygun olarak sözleşme imzalanmış olması veya Şikayete konu işlemlerde hukuka aykırılığın tespit edilememesi hallerinde başvurunun reddine,

karar verebilecektir. Sayılan kararlar dışında bir karar verilmesi imkanı bulunmamaktadır (Gök, 2009, s.1179; Uz, 2005, s.404).

Karar alma yetkisi ihale yetkilisine veya usulüne göre yetki devri yaptığı kişiye ait olup, raportörün görüşü karar mercii açısından bağlayıcı değildir. Başka bir anlatımla ihale yetkilisi ya da yetkisini devrettiği kişi, raportörün görüşünün aksine bir karar da alabilir.

Burada, idarece verilen iptal kararının, idare hukuku ve idari yargılama usulü açısından teknik anlamda bir iptal kararı olup olmadığı hususuna değinmek gerekir.

İdare hukuku ve idari yargılama usulü açısından iptal kararı denildiğinde, görevli idari yargı yerleri tarafından, İYUK hükümleri çerçevesinde açılan iptal davaları çerçevesinde, mahkemenin başvuru hakkı bulması sonucunda verdiği kararlar akla gelmektedir.

Şikayet üzerine inceleme yapıp karar veren ise bizzat şikayet konusu işlemi yapan ya da idari eylemi gerçekleştiren idaredir.

Canbazoğlu (2008, s.136-137), haklı olarak, idarenin şikayet üzerine yaptığı işlemin, idare hukuku açısından ancak geri alma olarak nitelendirilebileceğini, alınan kararın teknik anlamda bir iptal kararı olmadığını ifade etmektedir.

2.4.2.1. Şikayet Başvurusunun Uygun Bulunmadığı Kararı

İdare, yaptığı incelemeler sonucunda, iki durumda şikayet başvurusunun uygun bulunmadığına karar verebilecektir.

Yapılacak ön inceleme sonucunda, usul, şekil veya süre yönünden uygun olmadığı tespit edilen başvurular hakkında, idarece şikayet başvurusunun uygun bulunmadığına karar verilecektir.

Şikayet başvurusunun uygun bulunmadığına karar verilmesini gerektiren ikinci durum ise, şikayet başvuru üzerinde, idarece esas yönünden yapılan inceleme sonucunda, şikayete konu olan işlem ya da eylemlerde hukuka aykırılığın tespit edilememesidir.

2.4.2.2. İhalenin İptali

İdare, yaptığı incelemeler sonucunda, ihale sürecinin devam etmesine engel oluşturacak ve düzeltici işlemle giderilemeyecek hukuka aykırılıklar tespit ederse, ihalenin iptaline karar verecektir. İhalenin her aşamasında, hatta ihaleden önce, ihaleyi iptal etme yetkisi bulunan idarenin,

ihale işlem ya da eylemlerinde hukuka aykırılık(lar) tespit etmesi durumunda ihaleyi iptal etme yetkisi ile donatılması doğal ve zorunludur.

Kanun ve ikincil mevzuatta, ihalenin iptalinden bahsedilmekte birlikte, idare tarafından şikayetin uygun bulunması durumunda yapılacak işlemin, idare hukuku açısından teknik anlamda bir iptal olmadığı öne sürülmüştür. Canbazoğlu (2008, s.136, 137), haklı olarak, iptal kararlarının, idari yargı mercilerince, menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan davalar sonucunda verilen yargısal kararlar olduğunu, ihale hukukunda ise şikayet incelemesinin şikayet konusu işlemi yapan idare olduğunu, dolayısıyla idarenin hukuka aykırılığı tespit etmesi üzerine yaptığı işlemin teknik olarak iptal değil, geri alma ya da kaldırma olduğunu ifade etmektedir.

İptal, idari işlevin sürekliliği, idarenin ve isteklilerin menfaati açısından, ihale uyumsuzluklarında son çare olarak düşünülmelidir. Bundan dolayıdır ki, kanun koyucu, ancak düzeltici işlemle giderilmesi mümkün olmayan hukuka aykırılıkların tespiti durumunda ihalenin iptal edilebileceğini hükme bağlamıştır. Bu nedenle, örneğin üç isteklinin teklif verdiği bir ihalede, ihale üzerinde bırakılan isteklinin gerekli yeterlik şartlarını taşımadığı iddiasıyla yapılan bir şikayet başvurusu üzerine yapılan incelemede, ihale üzerinde bırakılan isteklinin gerçekten de yeterlik şartlarını taşımadığının anlaşılması ve dolayısıyla şikayetin uygun bulunması durumunda, eğer diğer isteklilerin teklifleri geçerli ise, onlardan birinin üzerine bırakılması mümkün olabileceğinden, iptal kararı yerine düzeltici işlem kararı verilerek, kararın uygulama aşamasında ihalenin teklifleri geçerli ve yeterlik şartlarını taşıyan diğer isteklilerden birinin üzerine bırakılması mümkündür.

Kamu İhale Kurulu, düzeltici işlem tesis edilerek ihale işlemlerine devam edilebilecekken, idare tarafından, ihalenin şikayet üzerine iptal edildiği durumlarda, ihalenin iptali kararının iptaline karar vermektedir.¹¹³

¹¹³ Örnek KİK kararları:
Karar Tarihi: 29.04.2010; Karar No: 2010/UH.I-1223
Karar Tarihi: 29.04.2010; Karar No: 2010/UH.I-1224
Karar Tarihi: 08.07.2008; Karar No: 2008/UY.Z-2945

2.4.2.3. Düzeltici İşlem Belirlenmesi

İdare tarafından, şikayete konu hukuka aykırılığın iptali gerektirmeyen ve düzeltici işlem ile giderilebilecek nitelikte olduğu tespit edilirse, düzeltici işlem tesis edilmesine karar verilebilir. Kanununun 54 üncü maddesinde, düzeltici işlem belirlenmesi yönünde karar verilebilmesine ilişkin olarak iki kümülatif şart getirilmiştir. Bu şartlar seçimlik değil kümülatif olduğundan her ikisinin de aynı anda gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu şartlar, aykırılığın düzeltme yapılması yoluyla giderilebilir nitelikte olması ve ihale sürecinin kesintiye uğramasına gerek bulunmamasıdır.

Düzeltilici işlem belirlenmesine karar verilmesi durumunda, şikayete konu işlemin geri alınmak suretiyle etki ve sonuçları hukuk aleminden silinecek ve devamında, şikayet başvurusunda kararlaştırılan işlem idarece tesis edilecektir. Örneğin ihaleye verdiği teklifinin şartnameye uygun bulunmaması nedeniyle ihale komisyonu tarafından teklifinin değerlendirilmeye alınmamasına ilişkin ilgilinin şikayeti üzerine idarece ilgilinin teklifinin de değerlendirilmeye alınması ve ihalenin bu şekilde sonuçlandırılması şeklinde düzeltici işlem belirlenmiş ise, idare öncelikle bu kararını geri alacak ve şikayetçinin teklifini değerlendirmeye alacaktır (Canbazoglu, 2008, s.138).

2.4.2.4. Başvurunun Zimnen Reddi

İdarenin, şikayet üzerine yasal karar alma süresi içinde hiç karar almaması durumunda, şikayet başvurusu zimnen reddedilmiş sayılacaktır. 4734 sayılı Kanununun 55 inci maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan

“Belirtilen süre içinde bir karar alınmaması durumunda başvuru sahibi tarafından karar verme süresinin bitimini ... izleyen on gün içinde Kuruma itirazın şikayet başvurusunda bulunulabilir.”

hükmünden bu çıkarımı yapmak mümkündür.

Gök (2009, s.1178), idarenin yasal karar verme süresi içerisinde karar almama yetkisi bulunmakla birlikte, KİK tarafından yapılan itirazın şikayet incelemesi esnasında, idarenin konuya ilişkin açıklama ve

gerekçelerinin dikkate alınması ve değerlendirilmesi karşısında gerekçelerle donatılmış bir karar alınmasının daha doğru olacağını ifade etmektedir.

Bazen idarelerin, on günlük yasal süre içerisinde bir karar almamakla birlikte, daha bu süre dahi dolmadan, usulüne uygun olmayarak sözleşmenin imzalanması yönünde işlem tesis ettiği görülmektedir. Bu durumda, idarenin şikayet başvurusunu zımnen reddettiği belli olduğundan, on günlük karar alma süresinin beklenmesine gerek yoktur. KİK'e on günlük sürenin dolması beklenmeden de itirazen şikayet başvurusunda bulunulabilir (Küçük, 2007, s.141).

İdareye şikayet başvurusu hakkında on günlük yasal süre içerisinde karar alınmaması durumunda, başvuru sahibi, idarenin karar alma süresinin bitiminden itibaren on gün içinde Kamu İhale Kurumu'na itirazen şikayet başvurusunda bulunmalıdır.

Bu noktada, idarenin on günlük süre sona erdikten sonra bir karar alması ve itirazen şikayet başvuru süresi dolduktan sonra, şikayet başvurusunun reddine ilişkin bu kararını başvuru sahibine tebliğ etmesi durumunda, itirazen şikayet süresinin yeniden başlayıp başlamayacağını tartışmak gerekir.

İdari yargılama usulü hukukunda, İYUK 10 ve 11 inci maddelerde, idarenin dava açma süresinden sonra başvuru sahibine cevap vermesi durumu farklı hükümlere tabi tutulmuştur.

Şöyle ki, ilk başvuru olarak adlandırılan, ortada idare tarafından yapılmış hiçbir idari işlem yokken, idari davaya konu olabilecek bir idari işlemin yapılmasının idareden talep edilmesi ve bu talep hakkında idarece bir cevap verilmemesi durumunu hükme bağlayan 10 uncu maddeye göre, idare altmış günlük dava açma süresi içerisinde başvuru sahibine cevap vermezse istek reddedilmiş sayılır. Ancak dava açma süresi dolduktan sonra bir cevap gelirse, dava açma süresi yeniden başlayacaktır.

İYUK'un 11 inci maddesinde ise, itiraz olarak da adlandırılan ve bir idari işlemin geri alınması, kaldırılması veya yeni bir işlem tesisi için idareye

yapılan idari başvurular düzenlenmiştir. Madde hükmüne göre bu başvuru dava açma süresini durdurur. Altmış gün içinde idareden bir cevap gelmezse istek reddedilmiş sayılır ve dava açma süresi kaldığı yerden işlemeye devam eder. Görüldüğü üzere, bu maddede, 10 uncu maddeden farklı olarak, idarenin dava açma süresi sona erdikten sonra cevap vermesi durumunda sürenin yeniden başlayacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.

İdari yargı uygulamasında, idare tarafından dava açma süresi geçtikten sonra cevap verilmesi durumunda, başvuru İYUK'un 10 uncu maddesi kapsamında ise dava açma süresinin yeniden başlayacağına kabul edildiği; İYUK'un 11 inci maddesi kapsamında ise duruma göre ikili bir ayrıma gidildiği görülmektedir. Buna göre, İYUK'un 11 inci maddesi kapsamında yapılan bir başvuruya idarenin geç yanıt vermesi durumunda, verilen cevabın başvuru konusu ile sınırlı olması durumunda süre yeniden başlamayacaktır. Ancak cevapta yeni bir işlem tesis edildiği belirtiliyor ise, bu başvuru konusundan farklı bir işlem olduğundan süre yeniden başlayacaktır.

Danıştay 6. Dairesi bir kararında¹¹⁴;

“2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 11.maddesi uyarınca idari işleme karşı idari dava açma süresi içerisinde yapılacak olan başvuru üzerine altmış gün içinde bir cevap verilmezse isteğin reddedilmiş sayılacağı, bu tarihten itibaren durmuş olan dava açma süresinin yeniden işlemeye başlayacağı ve dava açma süresi geçtikten sonra aynı nitelikte başvuruların ve idarece verilen cevapların dava açma süresini ihya etmeyeceği açık ise de, süresi geçtikten sonra idarece verilecek olan yanıtın dava açma süresini ihya etmemesi için istemin reddi yolunda bir yanıt olması gerektiği, idare tarafından başvuru değerlendirilerek yeni işlem tesis edilmiş olması halinde ise yeni bir hukuki durum ortaya çıkacağından, önceki işlemde farklı bir hukuki sonuç yaratan bu işleme karşı süresi içerisinde dava açılacağı sonucuna varılmıştır.”

ifadelerine yer vermiştir.

İhale hukukuna özgü özel idari başvurulardan biri olan idareye şikayet başvurusunda, idarenin karar alma ve itirazın şikayet süresi geçtikten sonra şikayete ilişkin bir karar vermesi ve bunu başvuru sahibine tebliğ etmesi durumu ile ilgili olarak ise, Kanun ve ikincil mevzuatta herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

¹¹⁴ D.6.D., E.1998/1839, K.1999/2054, T.20.04.1999

Kamu İhale Kurulu, şikayet başvurusunun, idarece süresinde karar alınmamak suretiyle zimnen reddi durumunda, başvuru sahibinin idarenin karar alma süresinin bitiminden itibaren on gün içinde itirazın şikayet başvurusunda bulunması gerektiği ve idarenin karar alma süresi sona erdikten sonra karar almasının şikayet süresini yenilemeyeceği görüşündedir.¹¹⁵

İdareye şikayet başvurularının, mevcut bir işleme yönelik olması bağlamında İYUK'un 11 inci maddesinde düzenlenen idari başvurulara benzemesi ve Kanunda idarenin karar alma süresinin bitiminden itibaren on günlük süre içerisinde Kamu İhale Kurumu'na itirazın şikayet başvurusu yapılması gerektiğinin açıkça belirtilmesi karşısında, idarenin yasal süresi içinde karar almaması ve süre dolduktan sonra aldığı kararı bildirir gecikmeli cevabının itirazın şikayet başvuru süresini ihya edeceğini savunmak güçtür.

İdarenin on günlük yasal karar alma süresi içinde karar alması, ancak bu kararı ilgiliye geç bildirmesi durumu ise tamamen farklıdır. Bu durumda, şikayet süresi kararın bildirim tarihini izleyen günden itibaren işlemeye başlayacaktır. Bu husus, İYBHT'nin 10 uncu maddesinin 3 üncü fıkrasında açıkça ifade edilmiştir. Buna göre, idarece on günlük karar verme süresi içinde karar alınmakla birlikte, bu kararın on günlük süre geçtikten sonra başvuru sahibine bildirildiği hallerde, kararın bildirildiği veya en geç tebliğ edilmiş sayıldığı tarihten itibaren de süresi içerisinde Kuruma itirazın şikayet başvurusunda bulunulabilir.

2.4.3. Kararlarda Bulunacak Hususlar

Şikayet üzerine, idare tarafından alınacak kararda bulunması gereken zorunlu unsurlar, İYBHY'nin 12 nci maddesinde belirtilmektedir. Buna göre, kararlarda bulunması zorunlu olan unsurlar şunlardır:

- İhalenin adı ve ihale kayıt numarası,

¹¹⁵ Örnek KİK kararları:
Karar Tarihi: 06.04.2010; Karar no: 2010/UH.II-1001
Karar Tarihi: 29.04.2010; Karar no: 2010/UM.I-1207

- Başvuru sahibinin, varsa vekil ya da temsilcisinin adı, soyadı veya unvanı ve adresi,
- Başvurunun idare kayıtlarına alındığı tarih ve sayısı,
- Başvuru üzerine alınan diğer kararlar ve yapılan işlemlerin özeti,
- İleri sürülen iddiaların, olayların ve hukuki dayanaklarının özeti,
- İddiaların ve olayların değerlendirilmesi,
- Kararın dayandığı hukuki sebepler ile gerekçeleri ve karar sonucu,
- Şikayetin kısmen veya tamamen haklı bulunması halinde, yapılması gereken düzeltici işlemler,
- Karar tarihi ile kararı alanların adı ve soyadı ile imzası.

Yönetmelik maddesinde, sayılan bu hususlardan bazılarının kararda yer almamasının yaptırımı düzenlenmemiştir. Ancak, İYBHY'nin anılan maddesinin KİK tarafından yapılacak itirazın şikayet incelenmesinde, uyuşmazlığın çözülmesine yön verecek hususların tespiti açısından inceleme yapanlara kolaylık sağlanması ve belirsizliklerin önüne geçilmesi amacını taşıdığı dikkate alındığında, kararlarda zorunlu unsurlardan bazılarının yer almaması durumunda eksikliğin niteliğine göre idareden sorulması ya da esasa etkili değil ise dikkate alınmaması gerektiği söylenebilir.

Kamu İhale Kurulu'nun bir kararında da;

“... idarece verilmiş olan 19.11.2009 tarih ve B.11.2.DHM.0.83.01.00.612.20/ 2007(64903)14395 sayılı cevap yazısında İKN numarasının ve başvurunun idare kayıtlarına alındığı sayının bulunmadığı, bununla birlikte söz konusu eksikliklerin başvuru sahibinin şikayet hakkını engelleyici nitelikte olmadığı, nitekim idarece şikayete verilen cevap yazısından alınan kararın hangi ihaleye ve hangi şikayete ilişkin olduğunun açıkça anlaşıldığı, dolayısıyla iddia edilen eksikliklerin şikayet sürecinde herhangi bir eksikliğe sebebiyet vermediği görüldüğünden belirtilen aykırılık esasa etkili görülmemiştir. ...”

ifadelerine yer verilmiştir.

Kararlarda yer alması gereken unsurlardan en önemlisi kararın gerekçeleri ve hukuki dayanaklarıdır. Zira sadece başvurunun reddedildiğinin

belirtilmesi, başvuru sahibinin itirazın şikayet başvurusu açısından gerekli bilgi ve dayanakları elde edememesi anlamına gelecektir.

2.4.4. Kararın Gereklerinin Yerine Getirilmesi

Şikayet üzerine yapılan inceleme sonucunda, İdare tarafından alınacak kararın gereklerinin de yerine getirilmesi zorunludur.

Kararın gereklerinin yerine getirilmesi hususu, 4734 sayılı Kanunun 55 inci maddesinin 3 üncü fıkrası, İYBHY'nin 13 üncü maddesi ve İYBHT'nin 7 nci maddesinin 10 uncu fıkrasında hükme bağlanmıştır.

Buna göre, ilan ile ihale veya ön yeterlik dokümanına yönelik başvuru sonucunda alınan kararlar aday, istekli ve istekli olabileceklere bildirilirken, başvuruların veya tekliflerin sunulması, değerlendirilmesi ve ön yeterlik değerlendirmesi veya ihalenin sonuçlandırılması işlemlerine karşı yapılacak şikayet başvuruları sonucunda alınan kararlar istekli olabileceklere bildirilmeyecektir. Ancak, ilan veya dokümanda yer alan düzenlemeler veya bu düzenlemeler ile idari uygulamalar arasındaki uyumsuzluklara karşı yapılan başvurularda aday veya isteklilerin yanında istekli olabileceklere de bildirim yapılacaktır.

Şikayet üzerine verilen kararların, ilgililere elektronik posta ve faks yoluyla bildirilmesi de mümkündür. Ancak bunun için, ilgilinin elektronik posta ya da faks ile tebligatı kabul ettiğini teklif mektubunda ya da dosya satın alındığına ilişkin formda belirtmesi zorunludur.

Elektronik posta ya da faks ile bildirimlerde, bildirim tarihi tebliğ tarihi sayılır. Bu şekilde yapılan bildirimlerin aynı gün idare tarafından teyit edilmesi zorunludur. Aksi takdirde bildirim yapılmamış sayılır. Teyit işleminin gerçekleşmiş kabul edilmesi için tebligatın iadeli taahhütlü mektupla bildirim çıkarılmış olması gerekir.

Bu çerçevede, elektronik posta yoluyla yapılan bildirimlerde elektronik postanın bilgisayar çıktısı, faks ile yapılan bildirimlerde iletim raporu ile birlikte gönderilmiş olan metnin faks makinesinin hafızasından

ıkarılması ve idare yetkilisi tarafından imzalanması, usulüne uygun bildirim yapıldığının ispatı açısından idareler için önem arz etmektedir.

4734 sayılı Kanunun 55 inci maddesinin 3 üncü fıkрасına göre, Şikayet incelemesi üzerine alınan karar tarihini izleyen üç gün içinde Kanunda sayılan ilgililere bildirim yapılması gerekir. Ancak kanunda bildirim süresinde yapılmamasının yaptırımını belirtilmemiştir. Dolayısıyla, sürenin disipliner nitelikte olduğu söylenebilir.

Kamu İhale Kurulu da bir kararında¹¹⁶,

“... gün içinde bildirim yapılmasının, idare cevabının bu süre içinde muhatabına ulaŐtırılmasına yönelik olmadığı, cevabi yazının  gün içerisinde postaya verilmiş olması gerekliliğine işaret ettiği görülmektedir. Ayrıca, Şikayet ve itirazın Şikayet başvuruları neticesinde ihale sürecinin uzaması nedeniyle bu aşamada işlemlerin daha çabuk gerçekleştirilmesi amacı ile Kanunda ngrlen ilgili üç günlük süre, yetki süresini belirleyen bir niteliğe sahip olmayan, disipliner bir süre olarak düzenlenmiştir.”

ifadelerine yer vermiştir.

İdarenin süresi içinde hiç karar almayarak, Şikayet başvurusunu zımnen reddettiği durumlarda da bildirim yükümlülüğü ortadan kalkmamaktadır. Başka anlatımla idare, bir Şikayet başvurusunu zımnen reddettiği durumlarda da, Kanunun 55 inci maddesi gereğince Şikayeti zımnen reddettiğini diğer isteklilere bildirmek zorundadır.

Kamu İhale Kurulu bir kararında;

“... idarenin kendisine 10.06.2003 tarihinde ulaşan 30 gün içinde cevaplamayarak zımnen red ettiği Şikayeti diğer isteklilere duyurmaksızın ihale üzerinde kalan firmaya 11.07.2003 tarihinde sözleşmeye davet yazısını gönderdiği ve 15 günlük Kamu İhale Kurumuna itirazın Şikayet başvuru süresini bekleyerek 30.07.2003 tarihinde sözleşmeyi imzaladığı anlaşılmıştır. Bahse konu Şikayetin, diğer isteklilere duyurulmaması 4734 sayılı Kanunun 55 inci maddesine aykırıdır. ...”

ifadelerine yer vererek, bildirim yükümlülüğünün zımnen red durumunda ortadan kalkmadığına işaret etmiştir.

Son bildirim tarihini izleyen günden itibaren süresi içinde Kuruma itirazın Şikayet başvurusunda bulunulmamıŐ ise idare tarafından kararın

¹¹⁶ Kamu İhale Kurulu'nun 26.04.2010 tarih ve 2010/UH.III-1174 nolu kararı.

gerektirdiği işlemler yerine getirilir. Şikayet incemesi sonucunda düzeltici işlem belirlenmesine karar verilmiş ise ilgili işlem yapılır, başvurunun uygun bulunmadığına karar verilmiş ise ihale işlemlerine devam edilir.

Ancak ilgilinin itirazın Şikayet başvurusu için gerekli süre olan on gün veya itirazın Şikayet başvurusu yapılmış ise Kamu İhale Kurumu'nun nihai kararı beklenmeden sözleşme imzalanamaz. İdare, Şikayet üzerine verdiği kararı ilgililere tebliğ ettikten sonra, on günlük itirazın Şikayet başvurusu süresi boyunca ilgilinin itirazın Şikayet başvurusunda bulunup bulunmadığını, Kamu İhale Kurumu'nun internet sitesi aracılığı ile takip edecek ve süre sonunda Şikayet olmadığını tespit ederse sözleşmenin imzalanmasına ilişkin işlemlere başlayabilecektir. İtirazın Şikayet başvurusunun yapıldığını tespit ederse, Kamu İhale Kurumu'nun nihai kararını bekleyecektir.

İdarenin bu kurallara uymaması durumunda, yapacağı işlemlerin tekrar Şikayet başvurusuna konu olacağı, özellikle de usulüne uygun olmayacak şekilde sözleşme imzalaması durumunda, Kamu İhale Kurumu tarafından ihalenin iptal edilmesi ve bu durumda sözleşmenin dayanağı olan idari işlemlerin de iptali sonucunu doğuracağından sözleşmenin tasfiyesinin gerekeceği açıktır (Kale, 2010, s.17).

Bu nedenle idarelerin, Şikayet üzerine verdikleri kararların gereklerini yerine getirmeleri, bunu yaparken de Kanunda ve ikincil mevzuatta yer alan emredici düzenlemeleri gözden kaçırmamaları gerekir.

2.5. Şikayet Dışındaki İdari Başvurular

Kanunda, Şikayet dışında, idareye yapılan fakat zorunlu idari başvuru niteliğinde olmayan bazı idari başvurular da düzenlenmiştir. Bu başvurular, idareye yapılması, idare hukukuna yönelik olmaları ve başvuranın başvuru konusunda bir menfaati bulunması nedeniyle idari başvurunun tüm unsurlarını taşıdıklarında şüphesiz ki idari başvuru niteliğini haizdirler.

Kanunda, ihale hukukuna özgü ve Şikayet başvurusu dışında kalan idari başvurular, zeyilname düzenlenmesi, ihale dokümanı ile ilgili açıklama

talebi, kesinleşen ihale kararına yönelik açıklama talebi ve iş deneyim belgesi talebi olarak sayılabilir.

2.5.1. Zeyilname Düzenlenmesi

Zeyilname, genellikle sigorta hukukunda kullanılan bir kavram olup, ek poliçe anlamına gelmektedir.¹¹⁷

İhale hukukunda ise zeyilname, ihale dokümanında değişiklik yapan ve dokümanın bağlayıcı bir parçası olarak kabul edilen belgeyi ifade etmektedir.

Zeyilname ve zeyilnameye yönelik idari başvurular, esas olarak Kanunun 29 uncu maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre, ilân yapıldıktan sonra, tekliflerin hazırlanmasını veya işin gerçekleştirilmesini etkileyebilecek maddi veya teknik hatalar veya eksikliklerin idarece tespit edilmesi veya isteklilerce yazılı olarak bildirilmesi halinde, ihale dokümanında değişiklikler yapılabilir. Yapılan bu değişikliklere ilişkin ihale dokümanının bağlayıcı bir parçası olan zeyilname, son teklif verme gününden en az on gün öncesinde bilgi sahibi olmalarını temin edecek şekilde ihale dokümanı alanların tamamına gönderilir. Zeyilname ile yapılan değişiklikler nedeniyle tekliflerin hazırlanabilmesi için ek süreye ihtiyaç duyulması halinde, ihale tarihi bir defaya mahsus olmak üzere en fazla yirmi gün zeyilname ile ertelenebilir. Zeyilname düzenlenmesi halinde, teklifini bu düzenlemeden önce vermiş olan isteklilere tekliflerini geri çekerek, yeniden teklif verme imkanı sağlanır.

İhale doküman dosyası satın alan isteklilerin, doküman içeriğinde hukuka aykırı ya da ilanla veya dokümanın diğer düzenlemeleri ile çelişen kuralların mevcut bulunduğunu fark etmeleri durumunda, yapacakları başvurunun hukuki niteliğinin, idare tarafından iyi değerlendirilmesi ve buna göre işlem yapması gerekir.

Şöyle ki, istekli olabilecekler, ihale dokümanındaki bir düzenlemede maddi ya da teknik hata veya eksiklik bulunduğunu yazı ile bildirebileceği

¹¹⁷ Zeyilnamenin kelime anlamı için:

<http://www.tdk.gov.tr/TR/Genel/SozBul.aspx?F6E10F8892433CFFAAAF6AA849816B2EF4376734BED947CDE&Keli me=zeyilname>

gibi, ilgili düzenlemenin açık olmadığını ve açıklanması gerektiğini ya da dokümanda hukuka aykırı düzenlemeler bulunduğunu, bu nedenle de şikayet başvurusunda bulduklarını belirtebilirler. Bu üç durum ve hukuki sonuçları birbirinden farklıdır.

Yukarıda sayılan durumlardan birincisinde, zeyilname düzenlenmesi için bir idari başvuru söz konusu olup, şikayet söz konusu değildir. Başvuran, Kanunun 29 uncu maddesi kapsamında bir eksiklik ya da hata bulunduğunu idareye bildirmektedir.

İkinci durumda başvuru sahibi, ne şikayet başvurusu yapmakta, ne de eksikliklerin tamamlanmasını talep etmektedir. Başvuru sahibinin açık olmayan hususların açıklığa kavuşturulması için yaptığı bu başvuruya kısaca açıklama talebi denilmektedir ve bir sonraki alt başlıkta incelenecektir.

Üçüncü durumda ise, başvuru sahibi, 4734 sayılı Kanunun 55 inci maddesi şikayet başvurusunda bulunmaktadır ve idarenin talebe konu işlemi yapmaması durumunda Kamu İhale Kurumu'na itirazın şikayet başvurusunda bulunacaktır.

Birinci durumda idare, başvuru dilekçesinde belirtilen durumların gerçekten de tekliflerin hazırlanmasını veya işin gerçekleştirilmesini etkileyebilecek maddi veya teknik hata veya eksiklik olarak görürse, zeyilname düzenleyerek gerekirse ihale tarihini en fazla yirmi gün süre ile erteleyecektir.

Üçüncü durumda ise, şikayetin incelenmesine ilişkin mevzuat hükümleri çerçevesinde gerekli incelemeleri yapacak, başvurunun reddine veya başvuru yerinde ise zeyilname düzenlenmesine ve ihalenin bir defalığına en fazla yirmi gün süreyle ertelenmesine karar verecektir.

4734 sayılı Kanunun 55 inci maddesi kapsamındaki şikayet başvurusu ile eksiklik veya 29 uncu maddesi çerçevesinde hataların ilgililerce yazı ile bildirilmesine yönelik başvurular, sonuçları itibariyle birbirine benzemektedir. Zira her ikisinde de, idare başvuruyu yerinde görürse

zeyilname düzenleyerek ihale tarihini ertelemektedir. Ancak bu iki başvuru türü arasında fark vardır.

29 uncu madde kapsamında yapılan başvurular sonucunda idare, zeyilname düzenleyip düzenlememe konusunda takdir yetkisine sahip bulunmakta ve ancak tekliflerin hazırlanması için ek süre gerektiğini düşünürse ihale tarihini erteleyebilmektedir.

55 inci madde kapsamında, ihale dokümanına ilişkin olarak yapılan şikayet başvurularında ise, idare, başvuruyu uygun bulması durumunda, zeyilname düzenlemek ve ihale tarihini 29 uncu maddedeki usule göre ertelemek zorundadır. Başka bir anlatımla idarenin burada takdir yetkisi bulunmamaktadır. Burada idarenin yetkisi, bağlı yetkidir.

2.5.2. İhale Dokümanı ile İlgili Açıklama Talebi

İhale dokümanında yer alan hükümlerin açık ve net olmaması, bu nedenle de idarenin iradesinin kesin olarak tespit edilememesi ve anlaşılabilmesi durumunda, ihale dokümanı satın alanlar, Kanunun 29 uncu maddesinde düzenlenen bir idari başvuru olan açıklama talebi yoluna gidebileceklerdir. Buna göre, istekliler tekliflerini hazırlarken ihale dokümanında açıklanmasına ihtiyaç duyulan hususlarla ilgili olarak son teklif verme gününden yirmi gün öncesine kadar yazılı olarak açıklama talep edebilir. Bu talebin idarece uygun görülmesi halinde yapılacak açıklama, bu tarihe kadar ihale dokümanı alan bütün isteklilere son teklif verme gününden on gün öncesinde bilgi sahibi olmalarını temin edecek şekilde ve açıklama talebinde bulunan istekli belirtilmeksizin yazılı olarak gönderilir.

İhale dokümanına ilişkin açıklama talebi de, şikayet başvurusundan farklı ve zorunlu idari başvuru niteliği bulunmayan özel bir idari başvuru türüdür. İdarenin açıklama talebine cevap vermemesi ya da başvuru konusu hususun açık olduğu, açıklama gerektirmediği yönünde bir cevap vermesi durumunda, başvuru sahibinin Kamu İhale Kurumu'na itirazın şikayet başvurusunda bulunması mümkün değildir. Zira ortada idareye şikayet başvurusu bulunmadığından, Kamu İhale Kurulu, İYBHY'nin 15 inci

maddesinin 2 nci fıkrası gereğince, dilekçenin idareye gönderilmesine karar verecektir.

İhale dokümanına yönelik açıklama talebine ilişkin Kanun maddesinde, Kanun koyucu, ihale ilan sürelerini ve bu sürelerin ihale tarihinin belirlenmesine etkisini göz ardı ederek, bu başvuruların son teklif verme gününden yirmi gün öncesine kadar yapılabileceğini ve idarenin de isteklilere son teklif verme gününden on gün öncesinde bilgi sahibi olmalarını temin edecek şekilde bildirim yapması gerektiğini hükme bağlamıştır. Oysa Kanununun 13 üncü maddesine göre ilan süreleri, işin yaklaşık maliyetine göre on dört ve hatta yedi gün olabilmektedir. Bu tür ihalelerde, ilan yayınlandıktan yedi veya on dört gün sonra ihale ya da ön yeterlik oturumu gerçekleştirilmektedir. Kanununun lafzı esas alındığında, bu tür küçük çaplı ihalelerde, ihale dokümanına ilişkin açıklama talebinde bulunulamayacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Zira, ihale ilanı ile ihale tarihi arasındaki gün sayısı, yirmiden küçüktür.

Kanun koyucunun sehven atladığı ihtimalini akla getiren bu hususta, yedi ve on dört günlük ilan süresi bulunan ihalelerde, idarelerin açıklama taleplerini geri çevirmemesi gerektiği düşünülmektedir.

2.5.3. Kesinleşen İhale Kararına İlişkin Açıklama Talebi

5812 sayılı Kanun öncesi dönemde, idarelerin kesinleşen ihale kararını bildirdikleri yazılarda, tekliflerin değerlendirmeye alınmama veya uygun bulunmama gerekçelerine yer verme zorunluluğu bulunmadığından, istekliler, değerlendirme dışı bırakılma gerekçelerini, idarelerden yazı ile talep etmekteydi. İhale kararına ilişkin açıklama talebi olarak adlandırılan bu idari başvurulara ilişkin düzenleme¹¹⁸, 5812 sayılı Kanun ile 4734 sayılı Kanun metninden çıkarılmıştır. Kanun koyucu, yeni düzenleme ile, idarelerin tekliflerin değerlendirmeye alınmama veya uygun bulunmama gerekçelerine

¹¹⁸ 5812 sayılı Kanununun yürürlüğe girmesinden önce, 4734 sayılı Kanununun 41 inci maddesinde, "İhaleye katılan isteklilerden teklifi değerlendirmeye alınmayan veya uygun görülmemişlerin tebliğ tarihini izleyen beş gün içinde yazılı talepte bulunmaları halinde, idare talep tarihini izleyen beş gün içinde yazı ile gerekçelerini bildirmek zorundadır." hükmü bulunmaktaydı. Bu hüküm, 5812 sayılı Kanun ile 4734 sayılı Kanundan çıkarılmıştır.

de yer vereceğini varsayarak, artık böyle bir idari başvuruya gerek olmayacağını düşünmüştür.

5812 sayılı Kanun ile, 4734 sayılı Kanunun 41 inci maddesinde, ihale sonucunun bildiriminde, tekliflerin değerlendirmeye alınmama veya uygun bulunmama gerekçelerine de yer verileceği hükme bağlanmıştır.

İhale uygulama yönetmeliklerinin eki olan, kesinleşen ihale kararının bildirilmesine ilişkin standart formlarda da, isteklinin teklifinin değerlendirme dışı bırakılma gerekçelerine ve isteklinin teklifi geçerli olmakla birlikte, teklif fiyatı yüksek olduğu için ihalenin üzerinde bırakılmadığı durumda bu hususa, kesinleşen ihale kararı bildirim yazılarında yer verilmesinin zorunlu olduğu belirtilmektedir.¹¹⁹

Dolayısıyla idarelerin, kesinleşen ihale kararını bildirir yazılarında, tekliflerin değerlendirme dışı bırakılma ya da ihaleni ilgilinin üzerinde bırakılmama gerekçesine yer vermeleri zorunludur.

Bununla birlikte, idarenin Kanunda ve standart formlarda yer alan kurallara uymayarak, ihale kararı bildirim yazısında, isteklinin teklifinin değerlendirme dışı bırakıldığını belirtmekle yetinmesi mümkündür. Bu durumda, ilgilinin şikayet başvurusunda bulunabilmek için ihtiyaç duyacağı en önemli bilgi olan karar gerekçesini elde edememesi durumu söz konusu olacaktır. Zira teklifi değerlendirme dışı bırakılan bir istekli, değerlendirme dışı bırakılma gerekçesini öğrenemediğinden, ortada bir hukuka aykırılık olup olmadığını da tespit edemeyecektir.

İşte bu tür durumlarda, isteklinin idareye başvurarak, teklifinin değerlendirme dışı bırakılma gerekçesinin kendisine bildirilmesini istemesi mümkündür. İdarenin gerekçeyi bildirmesi durumunda, itirazın şikayet süresinin kesinleşen ihale kararının bildirildiği tarihten değil, gerekçenin

¹¹⁹ Standart Form — KİK020.1/M, Standart Form — KİK018.0/H, Standart Form — KİK019.1/Y, Standart Form — KİK022.0/D

Anılan standart formların tümünde, aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

"[1- Bu mektubun teklifi değerlendirme dışı bırakılan istekliye gönderilmesi durumunda, isteklinin teklifinin değerlendirme dışı bırakılma gerekçeleri ayrıntılı olarak yazılacaktır.

2- Bu mektubun teklifi değerlendirmeye alınmakla birlikte, ekonomik açıdan en avantajlı teklif olarak belirlenmeyen istekliye gönderilmesi durumunda, teklifin ekonomik açıdan en avantajlı teklife göre yüksek olması nedeniyle uygun görülmediği belirtilecektir.]"

bildirildiği tarihten itibaren işletilmesi gerekir.¹²⁰ Zira gerekçe bildirilmeden, şikayet konu olacak hukuka aykırılığın farkına varılması mümkün değildir. İdarenin gerekçe talebini de karşılıksız bırakabileceği dikkate alındığında, daha önce de belirttiğimiz üzere, şikayet başvurusunda bulunacak kişinin, ihtiyatlı davranarak, kesinleşen ihale kararını tebellüğ ettikten sonra, yasal süre dolmadan idareye şikayet başvurusunda bulunmasının, dilekçesinde idarenin yazısında ihale dışı bırakılma gerekçesinin bildirilmediği ve bunun başlı başına bir hukuka aykırılık teşkil ettiğini belirtmesinin yerinde olacağı düşünülmektedir. Zira gerekçe talebine ilişkin olarak idareden gelecek cevap yazısı için uzun bir süre beklendikten sonra, Kamu İhale Kurumu'na yapılacak itirazın şikayet başvurusunun süre yönünden reddedilmesi ihtimali her zaman mevcuttur.¹²¹

2.5.4. İş Deneyim Belgesi Talebi

Yapılan ihale sonucunda imzalanan sözleşmenin kendisine yüklediği edimleri yerine getiren yüklenici, birçok ihalede yeterlik kriteri olarak ibrazı istenen iş deneyim belgesini, sözleşmenin diğer tarafı olan idareden talep edebilmektedir. İş deneyim belgesi, yüklenicinin, sözleşme şartlarına uygun olarak işi tamamladığını (iş bitirme belgesi) ya da Kanun ve ikincil mevzuatta düzenlenen şartları taşıdığını, dolayısıyla yeterlik kriteri olarak değerlendirilen iş deneyimine sahip olduğunu (iş durum, iş denetleme ve iş yönetme belgeleri) tevsik etmektedir. İhalenin konusuna göre, mal ve hizmet alımları ile danışmanlık hizmeti alımları ve yapım işlerinde, farklı iş deneyim belgesi türleri düzenlenmektedir.

İş deneyim belgesi taleplerinin ortak özelliği, ihale süreci kapsamında ve zorunlu idari başvuru niteliğinde olmamalarıdır. Zira ihale süreci sözleşmenin imzalanması ile sona ermektedir. Dolayısıyla, iş deneyim belgesi talebine yönelik idari başvuruların, 4734 sayılı Kanun ve ikincil

¹²⁰ Bu durumda İYBT'nin 4 üncü maddesinin 9 uncu fıkrasındaki hükmün uygulanabilmesi gerekir. Söz konusu hükme göre, kesinleşen ihale kararında idarenin gerekçe bildirmemesi durumunda, şikayet süresi karar bildirim tarihinden değil gerekçe bildirim tarihinden itibaren işlemeye başlamaktadır. Zira her iki durumda da, şikayet ve itirazın şikayet konusu yapılacak idari işlemlerin gerekçesi sonradan öğrenilmekte ve hukuka aykırı durumun farkına gerekçe bildiri ile varılmaktadır.

¹²¹ Gök (2009, s.1205) de paralel görüştedir.

mevzuatta düzenlenmekle birlikte, aynı zamanda İYUK'un 10 uncu maddesi kapsamında idari başvurular oldukları söylenebilir.

Sözleşmenin imzalanmasından sonraki aşamanın özel hukuk hükümlerine tabi olduğu dikkate alınarak, iş deneyim belgesi talebinin de idare hukukuna değil özel hukuk hükümlerine tabi olacağı düşünülmemelidir. Başka bir anlatımla, sözleşmenin imzalanmasından sonra özel hukuk hükümlerine tabi olan hususlar, sözleşmenin uygulanması ile ilgilidir. İş deneyim belgeleri ise, sözleşmenin uygulanması ile ilgili ve özel hukuka tabi belgeler değil, Kanunda ve ikincil mevzuatta belirli şartlara tabi tutulan ve yalnızca idareler tarafından düzenlenebileceği öngörülen resmi evraklardır. Bu nedenle iş deneyim belgesi talepleri, genel idari başvurular olup, bu idari başvurulara ilişkin uyuşmazlıklar adli yargının değil idari yargının görev alanında bulunmaktadır.

Keza Danıştay 13. Dairesi, 27.12.2005 tarih ve E.2005/1702, K.2005/6205 sayılı kararında, iş deneyim belgesi talebinin reddine ilişkin idare kararında hukuka aykırılık bulunmadığına karar vermiştir. Kararda;

“... 4734 sayılı Yasa'da olmayan süre sınırlamasının Yönetmelik'le düzenlenmesinin hukuka aykırı olduğu öne sürülmekte ise de, anılan Yasa'nın mesleki yeterliğin belirlenmesi için gerekli olan kriterleri koyduğu, mesleki yeterliğin bir unsuru olan deneyim süresinin ise, dava konusu düzenlemeyle belirlendiği anlaşıldığından bu iddia yerinde görülmemiştir.

Bu durumda dava konusu düzenlemede hukuka ve mevzuata aykırılık görülmemiştir.

Dava konusu işlem yönünden, davacının iş yönetme belgesi verilmesi talebiyle yaptığı başvuruların reddine ilişkin işlemlerde de yukarıda belirtilen mevzuata aykırılık bulunmamaktadır. ...”

denilmektedir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İTİRAZEN ŞİKAYET

3.1. Genel Olarak

İdarenin şikayet üzerine yaptığı inceleme sonucunda aldığı karar, başvuru sahibi tarafından uygun bulunmayabileceği gibi, idarenin yasal süresi içinde hiç karar almaması da mümkündür. Bu durumda, başvuru sahibinin doğrudan idare mahkemesinde iptal davası açma imkanı bulunamamakta, idareye şikayet başvurusundan sonra yapılan ve onun gibi zorunlu idari başvuru niteliğinde olan başka bir başvuru yolunun daha tüketilmesi gerekmektedir. Bu başvuru yolu, Kamu İhale Kurumu'na itirazen şikayettir.

Kanun koyucu, idarelerin hukuka aykırı olduğu edilen ihale işlem ve uygulamaları ile ilgili uyuşmazlıkların, idari yargıya intikal ettirilmeden önce, ihale alanında uzmanlaşmış ve bağımsız idari otorite vasfını haiz bir kurum olan Kamu İhale Kurumu tarafından incelenip karar bağlanmasını öngörmüştür. Böylelikle bir yandan yargının yükü hafifletilmeye, bir yandan da ihale uyuşmazlıklarının kısa bir sürede çözüme kavuşturulması hedeflenmiştir.¹²²

İtirazen şikayet başvurusu, idareye şikayet başvurusundan sonra gidilmesi gereken bir hukuksal çaredir. Bu idareye şikayet başvurusunun zorunlu bir idari başvuru olmasından kaynaklanmaktadır. Başka bir anlatımla, kural olarak, idareye şikayet başvurusunda bulunulmadan, Kamu İhale

¹²² 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 53 üncü maddesinin gerekçesi:

"Uluslararası ihale mevzuatına uyum sağlamak üzere, kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip bir kurum kurulması gereği ortaya çıkmıştır. Bu nedenle uluslararası örneklere paralel olarak; ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içinde idarece yapılan işlemlerde mevzuata aykırılık bulunduğu ilişkin şikâyetleri incelemek ve sonuçlandırmak, bütün ihale mevzuatını hazırlamak ve uygulamayı yönlendirmek, kamu ve özel sektöre eğitim vermek, ihalelerle ilgili istatistikler oluşturmak ve yayımlamak, haklarında yasaklama kararı verilenlerin sicillerini tutmak ve maddede belirtilen diğer görevleri yapmak üzere Kamu İhale Kurulu, Başkanlık ve hizmet birimlerinden oluşan Kamu İhale Kurumu kurulmuştur."

Kurumu'na itirazen şikayet başvurusunda bulunulamaz. Ancak bazı istisnai durumlarda, doğrudan başvuru mümkün olabilmektedir.

Zorunlu bir idari başvuru olması ve etkili idari denetime imkân tanınması özellikleri yanında, itirazen şikayet başvurusunun idari başvurular içerisindeki özgün niteliği, şikayete konu başvurunun itirazen iletildiği bu makamın, idari örgütleniş içerisindeki yerinden ve dolayısıyla, işlemleri üzerinde idari denetim yetkisi kullandığı idareye karşı konumundan kaynaklanmaktadır (Canbazoğlu, 2008, s.147).

Kamu İhale Kurumu'nun literatürde bağımsız idari otorite olarak nitelendirilen, organik ve işlevsel bağımsızlığı olan, dolayısıyla işlemleri itirazen şikayet konusu yapılan idare ile hiçbir organik bağı, hiyerarşi veya vesayet ilişkisi olmayan bir kurum olması, yaptığı idari denetimin etkin bir denetim olduğu veya en azından olması gerektiğini düşündürmektedir.

Kamu İhale Kurumu, ihale onayının alınmasından sözleşmenin usulüne uygun olarak imzalanmasına kadarki periyotta yapılan işlemleri kapsayan ihale süreci ile ilgili idareye şikayet başvurularından sonra idarenin almış olduğu kararlara karşı yapılan itirazen şikayet başvurularını, Kanunda yer alan esas ve usullere göre incelemekte, yine Kanunda sayılan kararlardan birini alarak uyuşmazlığı sona erdirmektedir. Kurumun karar almaya yetkili organı Kamu İhale Kurulu'dur.

Kamu İhale Kurumu bir bağımsız idari otorite; yaptığı denetim idari denetim; aldığı kararlar da idari işlem olduğundan, itirazen şikayet başvurusu üzerine yapılan inceleme sonucunda alınan nihai Kurul kararları da şüphesiz idari işlemdir ve dolayısıyla idari yargı denetimine tabidir.

3.2. Şartları

İdareye şikayet başvurularında olduğu gibi, hak arama özgürlüğü ile idari işlemlerin süratli bir şekilde yapılması, idari işlevin sürekliliği ilkeleri arasındaki dengeyi muhafaza etmek, ihale sürecini yavaşlatılmasına yönelik kötü niyetli başvuruları ve idari işlemlerin sürekli iptal tehdidi altında kalmasını önlemek amacıyla, itirazen şikayet başvuruları da bazı yasal

şartlara bağlanmıştır. Bu şartlardan bazıları başvurana özgü subjektif şartlar iken bazıları başvurandan bağımsız objektif şartlardır.

3.2.1. Subjektif Şart: Şikayet Edenin Ehliyeti

Şikayet ehliyeti, hem idareye hem de Kamu İhale Kurumu'na itirazın şikayeti kapsamakta olup, şikayet başvuruları sadece, ihale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday, istekli veya istekli olabilecekler tarafından yapılabilecektir. Şikayet ehliyetine sahip olduğu kanun tarafından hükme bağlanan aday, istekli veya istekli olabilecekler, 4734 sayılı Kanununun 4 üncü maddesinde tanımlanmıştır.

İdareye şikayet kısmında, şikayet ehliyetinden bahsederken, şikayet ehliyetinin, dava ehliyetine göre dar kapsamlı olduğunu, kanun koyucunun menfaat ihlali yerine hak kaybı ölçütünü getirdiği, bunun hak arama özgürlüğünü sınırladığını belirtmiştik. İtirazın şikayet başvuruları açısından da ehliyetle ilişkin düzenlemeler, idareye şikayet başvurularında ehliyetle ilişkin düzenlemelerden farklı değildir. Daha doğru bir anlatımla, şikayet ehliyeti, idareye şikayet ve itirazın şikayet başvurularının her ikisini de kapsayacak şekilde düzenlenmiştir.

İtirazın şikayet başvurusu üzerine Kamu İhale Kurumu tarafından yapılan incelemede, ehliyet, ön inceleme aşamasında değerlendirilen bir şart olup, başvuru sahibinin şikayet ehliyetinin olmadığını tespit edilmesi durumunda, itirazın şikayet başvurusu ehliyet yönünden reddedilecektir.

Kamu İhale Kurumu kararları incelendiğinde, Kurul tarafından, bazen Kanunun şikayet ehliyetini düzenleyen hükümlerinde yer almayan bazı şartların arandığını, bazen de yasa hükümlerinin katı bir şekilde lafzi yorumu yoluna gidilerek başvuruların ehliyet yönünden reddedildiği görülmektedir.

Örneğin Kamu İhale Kurulu, bazı kararlarında¹²³ pazarlık usulü ile yapılmaması gerektiği halde bu usulle yapılan ihalelerde, kendilerinin ihaleye

¹²³ Örnek KİK kararları:
Karar Tarihi: 14.08.2006 ; Karar No: 2006/UM.Z-1901
Karar Tarihi: 16.11.2009; Karar No: 2009/UM.I-2794

davet edilmediklerini ve ihale dokümanı satın almak için yaptıkları başvuruların idarece geri çevrildiğini beyan eden başvuru sahiplerinin itirazın şikayet başvurularını ehliyet yönünden reddetmiştir. Gerekçe olarak ise, ihale doküman dosyası satın almadıklarını ve dolayısıyla istekli olabilecekler sıfatını haiz olmadıklarını belirtmiştir. İdarenin açık ihale usulü ile yapılması gereken bir ihaleyi pazarlık usulü ile yapması, buna göre belli firmaları ihaleye davet etmesi ve böylece başvuru sahiplerinin dosya satın almalarını engellemesi karşısında, itirazın şikayet başvurusunun doküman dosyası alınmadığı gerekçesi ile reddi Kanunun ihale işlemlerinin idari denetimden geçirilmesi amacı ile bağdaşmamaktadır.

10.10.2005 tarih ve 2005/UM.Z-1936 nolu kararında ise Kurul, ihale üzerinde bırakılan isteklinin yaptığı itirazın şikayet başvurusunu, 4734 sayılı Kanunda öngörülen idari denetim için şikayet başvurusunda bulunmasını zorunlu kılan hukuken korunması gerekli bir hak ihlali bulunmadığı gerekçesi ile reddetmiştir. Bir isteklinin, sırf ihale üzerinde bırakıldığı için doğrudan şikayet ehliyetinin bulunmadığını savunmak anlaşılabilir değildir. Zira şikayet ehliyeti, Kanunun amacının kişilerin hak kayıplarının telafisi yanında ve belki ondan daha önemli olarak, idarenin hukuka aykırı olduğu iddia edilen işlem ve eylemlerinin idari denetimini de kapsadığı gözden kaçırılmadan incelenmesi gereken bir husustur. Dolayısıyla idarenin hukuka aykırı işlem ve uygulamalarının, ihale üzerinde bırakılan istekli tarafından da itirazın şikayet konusu yapılabilmesi ve bu bağlamda şikayet ehliyetinin olup olmadığı, başvuru konusu da göz önünde bulundurularak incelenmelidir. Zira anılan karara muhalif kalan Kurul üyeleri de, karşı oylarında;

“... Başvuru sahibinin şikayet konusu kalemlere ilişkin birim fiyat ve toplam fiyat tekliflerinin hem yaklaşık maliyete hem de diğer isteklilerin fiyatına göre aşırı düşük olduğu aşırıdır. Bu durumda 4734 sayılı Kanunun lafzına ve ruhuna uygun olarak, İdare tarafından bunun re'sen tespit edilmesi ve teklif sahibinden teklifte önemli olduğu tespit edilen bileşenler ile ilgili ayrıntıların yazılı olarak istenmesi gerekirken başvuru sahibinin bu husustaki uyarılarına rağmen aşırı düşük fiyat sorgulaması gerçekleştirilmemiştir. Dolayısıyla, İdare'nin başvuru sahibinin teklifini 4734 sayılı Kanunun 38 inci maddesi hükmüne aykırı olarak değerlendirdiği anlaşılmaktadır. Netice olarak, itiraz konusu kalemlerde başvuru sahibinin teklifinin aşırı düşük olduğu anlaşıldığından ve başvuru sahibince de teklif fiyatının virgül hatası sonucu yanlış yazıldığı ve bu fiyatın aşırı düşük olduğu kabul edildiğinden ayrıca aşırı düşük fiyat

sorgulamasına gerek bulunmadan söz konusu kalemlere ilişkin teklifin değerlendirme dışı bırakılması ve 4734 sayılı Kanununun 56 ncı maddesinin (a) bendi gereğince diğer isteklilerin tekliflerinin yeniden değerlendirilmesi düzeltici işlem olarak belirlenmelidir. Açıklanan nedenler ile çoğunluk kararına katılmıyoruz.”

ifadelerine yer vermişlerdir.

Nitekim, Kurulun benzer yöndeki bir kararı aleyhine, Ankara 7. İdare Mahkemesi'nde iptal davası açılmış ve Kurul kararı mahkemece iptal edilmiştir. Ankara 7. İdare Mahkemesi'nin bahsi geçen 23.02.2006 tarih ve E.2004/3121, K.2006/386 sayılı kararında, söz konusu ihalenin başvuru sahibinin üzerinden alınıp alınmaması hususunun başvuru sahibinin menfaatini etkileyeceğinden, işin esasına girilmeden başvurunun ehliyet yönünden reddedilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin (Kamu İhale Kurulu'nun 23.08.2004 tarih 2004/UK.Z-1079 sayılı kararının) iptaline karar verilmiştir.

31.12.2009 tarih ve 2009/UY.I-3176 nolu kararında ise Kurul, idarenin tekliflerin geçerlilik süresinin uzatılması talebine karşılık vermeyen ilgilinin itirazın şikayet başvurusunu, ihale süreci dışında kaldığı ve bu nedenle de şikayet ehliyetine sahip olmadığı gerekçesi ile ehliyet yönünden reddetmiştir. Muhalif üyelerin karşı oy yazısında, haklı olarak;

“... İdarenin Anayasa uyarınca yerine getirmekle görevli olduğu kanunların uygulanması ve yürütülmesi görevi, idarenin düzenleme yetkisini de içermekle birlikte, Kanunda açıkça yönetmelikle düzenleneceği öngörülerek hareket serbestisinin bağlı yetkiyle sınırlandırıldığı bir alanda, idarenin normlar hiyerarşisinde gerek yönetmelikten sonra gelen bir düzenleme yaparak gerekse hukuki durumda değişiklik yaratan bir Kurul kararı olarak bu yetkisini kullanmasına olanak bulunmadığı gibi, kanun gereği yönetmelik konusu olduğu için yönetmelikle düzenlenen bir alanın yine yönetmelikten sonra gelen bir düzenleyici işlemle, değiştirilmesi, aşılması da mümkün bulunmamaktadır.

Bir başka anlatımla, Yasanın genel olarak Yönetmelikle düzenleme yapma yetkisi verdiği alanda, yönetmelikten sonra gelen bir düzenleyici işlemle düzenleme yapılamayacağı gibi, düzenleme yapılacak alanda da her unsurun Yönetmelikle düzenlenemeyeceği, esas ve usulleri açıkça Yasada yer alan konuların Yönetmelikle ayrıntılandırılabilmesi, Yasa konusu alanda Yönetmelikle görev ve yetki tanımlanamayacağı, kural inşa edilemeyeceği, mevcut düzenlemeler aleyhine bir karar alınamayacağı, açıktır.

Sonuç olarak; Yasayla yasaklanmadığı alanlarda herkesin hak ve yetkilerini serbestçe kullanılabileceği genel kabul görmüş bir hukuk kuralı olup, Kamu İhale kurumu tarafından 4734 sayılı yasanın verdiği yetkiye göre çıkarılmış yönetmeliklerde de “teklif geçerlilik süresini ve dolayısıyla geçici teminat mektubunda öngörülen sürenin uzatılmasına

yönelik yazısına karşı başvuru sahibinin herhangi bir cevap vermemesi durumunda” şikayet ehliyetinin bulunmadığına ilişkin bir düzenleme de bulunmadığından 4734 sayılı kanunun 54 maddesinde sayılan üç karardan biri olan “düzeltici işlem tesis edilmesi” şeklinde bir karar alınması gerektiği şeklindeki düşüncemizle, başvurunun ehliyet yönünden reddi kararına katılmıyoruz.”

denilmiştir.

Yukarıdaki karar örneklerinden de anlaşılacağı üzere, Kanun ile halihazırda dar bir şekilde belirlenen şikayet ehliyeti, uygulamada, Kamu İhale Kurulu tarafından daha da daraltılmaktadır. Şikayet ehliyetinin, hak arama özgürlüğünün etkin bir şekilde kullanılabilmesini teminen, idari yargıdaki dava açma ehliyeti ve AB ihale mevzuatındaki başvuru ehliyeti ile paralel hale getirilmesinin, bunun için de Kanunun şikayet ehliyetine ilişkin düzenlemeleri içeren 54 ncü maddesinin değiştirilmesinin, getirilecek yeni düzenlemede ehliyete ilişkin olarak belli öznelerin tek tek sayılmaması ve hak ihlali koşulu yerine menfaat ihlali koşulunun getirilmesinin yararlı olacağı değerlendirilmektedir.

3.2.2. Objektif Şartlar

3.2.2.1. İdareye Şikayet Başvurusu Yapılmış Olması

İdareye şikayet başvurusu yapılmış olması şartı, 4734 sayılı Kanunun 55, İYBHY'nin 14 ve İYBHT'NİN 12 nci maddelerinde hükme bağlanmıştır.

Buna göre, idareye şikayet başvuruları, zorunlu idari başvurular olduklarından, itirazın şikayet yolunun işletilebilmesi için, idarelerin hukuka aykırı olduğu düşünülen işlem ve eylemlerine karşı öncelikle idareye şikayet başvurusunda bulunulmuş, idarenin bu konuda başvuru sahibinin uygun bulmadığı bir karar vermiş ve bu kararı ilgilisine tebliğ etmiş ya da yasal karar verme süresi içinde hiç karar vermemiş olması gerekmektedir.

İdareye şikayet başvurusunda bulunulmadan veya idareye yapılan şikayet başvurusu hakkında idarece bir karar alınmadan ve on günlük karar verme süresi beklenilmeden doğrudan Kuruma itirazın şikayet başvurusunda bulunulması halinde, İYBHY'nin 15 inci maddesinin ikinci fıkrası gereğince bu

başvurular ilgili idareye gönderilmekte ve başvuru sahibine de bilgi verilmektedir. Sürenin dolduğunun tespit edilmesi durumunda ise, başvurunun reddine karar verilmektedir.¹²⁴

İdareye yapılan bazı idari başvurular, şikayet başvurusu niteliği taşımayabilmektedir. İdareye şikayet başvurusuna ilişkin şartlardan bazılarının başvuru sahibi tarafından yerine getirilmemesi ya da başvuru iradesinin şikayet yönünde olmaması mümkündür. Bu durumda, itirazın şikayet başvurusuna gidilmeden önce, tüketilmesi gereken bir başvuru yolu olan idareye şikayet başvurusundan söz edilemez. Dolayısıyla, idarenin alacağı karar üzerine itirazın şikayet başvurusunda da bulunulamaz.

Öneğin Kamu İhale Kurulu bir itirazın şikayet başvurusu üzerine;

“... İncelemeye konu ihalede, ... Şti. tarafından söz konusu ihaleye ait ihale dokümanının satın alınmadığı ve ihaleye teklif sunulmadığı, anılan firma tarafından idareye yapılan söz konusu başvurunun 30.12.2009 tarih ve 16790 sayılı idare yazısı ile başvuru ehliyeti bulunmadığı gerekçesi ile reddedildiği, dolayısı ile idarece iptal kararının şikayet ya da itirazın şikayet üzerine alınmadığı, anılan firma tarafından idareye yapılan söz konusu başvurunun da içerik olarak esasen bir şikayet başvurusu olmaktan ziyade idareye yönelik bir bilgilendirme dilekçesi mahiyetinde olduğu tespit edildiğinden Kuruma itirazın şikayet başvurusu yapılması mümkün bulunmamaktadır. Bu nedenle 4734 sayılı Kanununun 54 üncü maddesinin 10 uncu fıkrasının (c) bendi gereğince başvurunun görev yönünden reddi gerekmektedir. ...”

şeklinde karar vermiştir¹²⁵.

Kural olarak, itirazın şikayet başvurusunda bulunmadan önce idareye şikayet başvurusu yapılması zorunlu olmakla birlikte, kanun koyucu bazı durumlarda doğrudan Kamu İhale Kurumu'na başvurulabileceğini hükme bağlamıştır. Kanununun 56 ıncı maddesine göre, şikayet ve itirazın şikayet başvurusu üzerine idareler tarafından alınan iptal kararlarına karşı doğrudan Kamu İhale Kurumu'na başvurulabilecektir. Bu düzenleme ile kanun koyucu, muhtemelen, şikayet üzerine iptal kararı veren idareye tekrar başvuru yapılması durumunda, zaten şikayet denetimi sonucunda konu hakkında

¹²⁴ Doğrudan Kamu İhale Kurumu'na yapılan başvurulara ilişkin örnek KİK kararları:
Karar Tarihi: 08.04.2010; Karar No: 2010/UH.II-1050
Karar Tarihi: 16.03.2010; Karar No: 2010/UH.II-809
Karar Tarihi: 11.01.2010; Karar No: 2010/UH.II-61
Karar Tarihi: 09.11.2009; Karar No: 2009/UH.II-2741
Karar Tarihi: 26.10.2009; Karar No: 2009/UM.II-2630

¹²⁵ Kamu İhale Kurulu'nun 28.01.2010 tarih ve 2010/UH.II-369 nolu kararı.

kararını veren idarenin gerçek anlamda ve etkin bir idari denetimi yapamayacağını ve idari denetim sürecinin gereksiz olarak uzatılmış olacağını düşünerek idareye şikayet başvurusu yapılmasını zorunlu tutmamıştır.

Doğrudan Kamu İhale Kurumu'na başvuru yapılması olanağının sağlandığı ikinci istisna, Kurul kararlarının eksik ya da yanlış uygulandığı iddiasıyla yapılan başvurularda karşımıza çıkmaktadır. Kanunun 56 ncı maddesinin son fıkrası gereğince, idareler hukuki durumda değişiklik yaratan Kurul kararlarını ivedilikle yerine getirmek zorundadırlar. Ancak maddede, kararların yerine getirilmemesi, eksik ya da yanlış yerine getirilmesi durumunda hangi yola başvurulacağı konusunda hüküm bulunmamaktadır. Bu konudaki boşluk, İYBHY'nin 23 üncü maddesinin 2 nci fıkrasındaki düzenleme ile doldurulmuştur. Anılan yönetmelik hükmüne göre, ilgililer, hukuki durumda değişiklik yaratan Kurul kararlarının eksik veya yanlış uygulandığı iddialarıyla doğrudan Kuruma başvuruda bulunabilir.

Son olarak, idareye şikayet başvurusunda bulunmayan, ancak idareye şikayet başvurusu üzerine aldığı kararlar kendilerine bildirilen aday ve isteklilerin durumundan da bahsetmek gerekir. Zira Kanunun itirazın şikayet başvurularını düzenleyen 56 ncı maddesinde, "İdareye şikayet başvurusunda bulunan veya idarece alınan kararı uygun bulmayan aday, istekli veya istekli olabilecekler" ifadesi kullanılmaktadır. Buna göre, idareye şikayet başvurusunda bulunmadığı halde, şikayet üzerine alınan karar kendisine bildirildiğinde bir hak kaybına uğradığını düşünen aday, istekli veya istekli olabileceklerin de idareye şikayet başvurusunda bulunmaksızın doğrudan Kamu İhale Kurumu'na itirazın şikayet başvurusunda bulunması mümkündür (Akbaşlı-Şimşek, 2007, s.21). Bu husus, İYBHT'nin 7 nci maddesinin 14 üncü fıkrasında açıkça hükme bağlanmıştır.

3.2.2.2. Süreler¹²⁶

İtirazen şikayet başvurusunda bulunma süresi, Kanunun 55 inci maddesinin 4 üncü fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, şikayet başvurusu üzerine idare tarafından bir karar alınmaması durumunda başvuru sahibi tarafından karar verme süresinin bitimini, süresinde alınan kararın uygun bulunmaması durumunda ise başvuru sahibi dahil aday, istekli veya istekli olabilecekler tarafından idarece alınan kararın bildirimini izleyen on gün içinde Kamu İhale Kurumu'na itirazen şikayet başvurusunda bulunulabilecektir.

Kanunun 56 ncı maddesinin 1 inci fıkrasına göre, şikayet üzerine verilen iptal kararlarına karşı doğrudan Kamu İhale Kurumu'na yapılacak itirazen şikayet başvurularında ise süre beş güne düşmektedir. Kanunda sürenin başlangıcına ilişkin bir düzenleme yer almamakla birlikte, sürenin iptal kararının bildirildiği tarihi izleyen günden itibaren işlemeye başlayacağı olduğu açıktır.

İtirazen şikayet başvurularında sürenin başlangıcı, idarenin şikayet üzerine verdiği kararın bildirim tarihidir. Ancak idarenin karar bildirim yazısında, kararın gerekçelerine yer vermemişse, yani sadece şikayet başvurusunun reddedildiğini belirtmekle yetinmiş ise sürenin kararın bildirildiği değil gerekçenin bildirildiği tarihi izleyen günden itibaren işletilmesi daha uygun olacaktır.

İdare tarafından verilen ihalenin iptali yönündeki kararların ilgililere bildiriminde gerekçe bulunmaması durumunda da sürenin iptal bildirim tarihinden mi, yoksa talep üzerine gerekçenin bildirildiği tarihten itibaren mi başlayacağı konusunda da Kanunda ve ikincil mevzuatta düzenleme bulunmamakla birlikte, bu durumda sürenin gerekçe bildirim tarihinden itibaren işletilmesinin daha yerinde olacağı düşünülmektedir.

Gök de (2009, s.1205) aynı görüştedir. Yazara göre, aksine bir uygulama istekliyi gerekçesini bilmediği bir işlem dolayısıyla Kamu İhale

¹²⁶ İdareye şikayet başvurusunda sürelerle ilişkin açıklamalar, burada da geçerli olduğundan, tekrardan kaçınmak amacıyla, sadece itirazen şikayet başvurularında sürelerle ilişkin hususlara değinilmiştir. Şikayet başvurularında sürelerle ilişkin ayrıntılı bilgi için 2.2.2.1. numaralı başlığa bakılabilir.

Kurumu'na başvurmaya ve dolayısıyla başvuru bedeli yatırmaya zorlamak olur ki, bu sonucu genel hukuk ilkeleri ile bağdaştırmak mümkün olmaz. Ayrıca gerekçesi bildirilmeyen iptal kararlarında, sonuca kusuru bulunan idarenin katlanması, hiç kimse kendi kusurundan yararlanmaz ilkesinin de gereğidir.

İdarenin yasal süresi içinde karar almaması durumunda, süre yasal karar verme süresinin bitiminden itibaren işlemeye başlayacaktır. Ancak burada, süre sonunun tatil gününe rastlaması durumunda sürenin takip eden çalışma gününe kadar uzamayacağını hatırlatmak gerekir.¹²⁷

İYBHY'nin 23 üncü maddesinin 2 inci fıkrasında yer alan ve hukuki durumda değişiklik yaratan kurul kararlarının idarelerce eksik ya da yanlış uygulanması durumunda doğrudan KİK'e başvurulmasına olanak sağlayan düzenlemede, bu tür başvuruların itirazen şikayet başvurusu niteliğinde olup olmadığı, KİK tarafından başvuru üzerine yapılacak incelemenin usulüne, kapsamına, verilecek karar ile uygulanabilecek yaptırımlara yer verilmediği gibi başvuru süresi de belirlenmemiştir. Bu başvuru türünün, itirazen şikayet başvuru niteliğinde olduğu var sayılır ise, genel itirazen şikayet başvuru süresi olan on günlük sürenin burada da geçerli olduğu söylenebilir. Ancak maddede öncelikle idareye başvurulması yönünde bir açıklık olmadığından, Kurul kararının hatalı ya da yanlış uygulandığının farkına varıldığı tarihten itibaren on gün içerisinde Kuruma doğrudan başvurulması da mümkün olabilmelidir. Bununla birlikte, ilgili tarafından öncelikle, Kurul kararının yanlış ya da eksik uygulandığının belirtildiği ve yapılan yanlış uygulamanın geri alınması ya da eksik uygulamanın tamamlanması yönündeki talepleri içeren bir dilekçe ile ilgili idareye başvurulması, talebin reddine ilişkin cevabı izleyen on gün içerisinde de Kuruma başvurulmasının daha ihtiyatlı bir davranış olacağı değerlendirilmektedir.

İYBHY'nin 23 üncü maddesinin 2 inci fıkrasında yer alan söz konusu düzenlemede getirilen başvuru imkanının, Kanunda yer almayan ve zorunlu

¹²⁷ Kamu İhale Kurulu'nun 29.01.2007 tarih ve 2007/UY.Z-347 sayılı kararı ile D.4.D., 21.03.2003 tarih ve E.2001/4078, K.2003/169 sayılı kararı.

idari başvuru niteliğinde olmayan istisnai bir idari başvuru türü olduğu da savunulabilir. Bu takdirde, ilgililerin doğrudan idari yargı yoluna gitmelerinde hiçbir engel bulunmamaktadır (Canbazoğlu, 2008, s.154).

Uz da (2005, s.418), tekrar tekrar bu başvuru yoluna gidilmesinin kısır bir döngüye neden olacağı ve herhangi bir sonuç alınamayacağını, yapılması gerekenin Kurul kararlarının uygulanmaması işlemini dava konusu yapmak olduğunu ifade etmekte, Avrupa Birliği ülkelerinde olduğu gibi, Kurul kararlarını eksik ya da yanlış uygulayan idarelere ve ihale yetkililerine Kamu İhale Kurumu'nun yaptırım uygulayabilmesi yönünde düzenleme getirilmesini önermektedir.

İtirazen şikayet süresi ile ilgili bir başka önemli husus da, başvuru sahibinin idareye aynı konu ile ilgili olarak ikinci bir başvuru yapması durumunda, itirazen şikayet süresinin yenilenmeyeceğidir. Bu husus, İYBHY'nin 14 üncü maddesinin 2 nci fıkrası ile İYBHT'nin 10 uncu maddesinin 4 üncü fıkrasında açıkça hükme bağlanmıştır. Bu düzenlemelerin, Danıştay içtihatları ile paralel olduğu söylenebilir. Zira Danıştay da, önceki idari başvuru ile aynı konuda ve yönde ikinci bir idari başvuru yapılmasının dava açma süresini ihya etmeyeceği görüşündedir.¹²⁸

İtirazen şikayet süresi kural olarak on gün olmakla birlikte, Kanunda şikayet başvurularına süre açısından farklı bir kısıtlama daha getirilmiştir. Bu kısıtlama, itirazen şikayet başvurusunun sözleşmenin imzalanmasından önce yapılması zorunluluğudur.

Sözleşmenin usulüne uygun olarak imzalanması ile birlikte ihale süreci sona erdiğinden, bu aşamadan sonraki işlemler için itirazen şikayet başvurusu yapma imkanı ortadan kalkmaktadır. Ancak sözleşmenin usulüne uygun olmaksızın imzalanması durumunda, yapılacak itirazen şikayet başvurusu üzerine Kamu İhale Kurulu, duruma göre düzeltici işlem

¹²⁸ D.6.D., E.1987/143, K.1987/1046, T.18.11.1987
D.3.D., E.1995/139, K.1995/3015, T.18.10.1995
D.6.D., E.1998/1839, K.1999/2054, T.20.04.1999
D.8.D., E.2005/6244, K.2006/736, T.27.02.2006
D.11. D., E.2006/2456, K.2006/5631, T.05.12.2006

belirlenmesine ya da ihalenin iptaline karar vermekte ve dolayısıyla sözleşmenin de tasfiye edilmesi yükümlülüğü ortaya çıkmaktadır.¹²⁹

Son olarak, itirazın şikayet süresinin hesaplanması hususuna da değinilmesi gerekir. Süreler iş günü olarak belirlenmediği için tatil günleri de sayılacak, hesaba dahil edilecektir. Süre sonunun resmi tatil gününe gelmesi durumunda, süre, tatil günün izleyen ilk iş gününün mesai saati bitimine kadar uzar (Uz, 2005, s.402). Zira 4734 sayılı Kanunun 64 üncü maddesinde, Kanunda hüküm bulunmayan hallerde sürelerin hesabının Borçlar Kanunu hükümlerine göre yapılacağı belirtilmektedir. Borçlar Kanunu'nun 77 nci maddesinde, tatil gününe gelen süre sonunun takip eden tatil olmayan güne kadar uzayacağı hükme bağlanmıştır.

İYBHT'nin 4 üncü maddesinin 5 inci fıkrasında da, bu husus "Tatil günleri süreler dahil olup, sürenin son gününün tatil gününe rastlaması halinde süre, tatil gününü izleyen ilk iş gününün bitimine kadar uzar." şeklinde hükme bağlanmıştır.

3.2.2.3. Başvuruların Biçimsel Unsurları

İtirazın şikayet başvurularında bulunması gereken şekil unsurları, Kanunun 54 üncü maddesinde, idareye şikayet başvuruları ile ortak olarak düzenlenmiştir. Başka bir anlatımla, aynı maddede hem idareye şikayet hem de itirazın şikayet başvurusunda yer alması zorunlu olan biçimsel unsurlar sayılmıştır. Başvuru bedelinin yatırıldığını gösterir makbuzun itirazın şikayet dilekçesine eklenmesi gibi itirazın şikayet başvurusuna özgü şekil unsurları da ayrıca belirtilmiştir.

5812 sayılı Kanun öncesi dönemde, şikayet başvurularına ilişkin şekil unsurlarının 4734 sayılı Kanunda düzenlenmediği, Kamu İhale Kurumu tarafından yönetmelik ile düzenlendiği ve Kurulun şekil eksiklikleri dolayısıyla

¹²⁹ Örnek KİK kararları:
Karar Tarihi: 11.02.2010 ; Karar No: 2010/UH.I-519
Karar Tarihi: 23.02.2009. ; Karar No: 2009/UH.III-941
Karar Tarihi: 03.06.2008. ; Karar No: 2008/UM.Z-2357
Karar Tarihi: 21.01.2008 ; Karar No: 2008/UM.Z-341

verdiği kararların idari yargı yerlerince iptal edildiği hususlarına daha önce değinilmişti.¹³⁰

İtirazen şikayet başvurularının biçimsel unsurları, KİK'te gerçekleşen ön inceleme aşaması açısından önem arz etmektedir. Çünkü KİK, itirazen şikayet başvurusunu, öncelikle usul ve şekil yönünden incelemekte, şekil yönünden eksiklik(ler) tespit ederse, esas incelemesine geçilmeksizin, başvurunun şekil yönünden reddine karar verilmektedir. Bu nedenle, itirazen şikayet yolunun etkin bir şekilde işletilebilmesi ve istenilen sonuçların alınabilmesi için, itirazen şikayet başvurusuna ilişkin dilekçelerde, şekil unsurlarının tam olması hususuna dikkat edilmesi gerekmektedir.

4734 sayılı Kanunun 54 üncü maddesinde, şikayet başvurularına ilişkin şekil unsurları hususunda idareye şikayet ve itirazen şikayet için ortak düzenleme yapıldığından, daha önce, idareye şikayet başvuruları bölümünde, şikayet başvurularında bulunması zorunlu biçimsel unsurlar konusunda belirttiklerimiz, kural olarak itirazen şikayet başvuruları açısından da geçerlidir.

Dolayısıyla, itirazen şikayet başvurularının KİK'e hitaben yazılmış ve yetkili kişi ya da kişilerce imzalanmış dilekçeler ile yapılması zorunludur. Bunun yanında, itirazen şikayet dilekçesinde,

- Başvuru sahibinin, varsa vekil ya da temsilcisinin adı, soyadı veya unvanı ve adresi,
- İhaleyi yapan idarenin ve ihalenin adı veya ihale kayıt numarası,
- Başvuruya konu olan durumun farkına varıldığı veya bildirildiği tarih,
- Başvurunun konusu, sebepleri ve dayandığı deliller,
- İdareye yapılan şikayetin ve varsa şikayete ilişkin idare kararının bildirim tarihi.

¹³⁰ 2.2.3. Başvuruların Biçimsel Unsurları.

hususlarına yer verilmesi gerekir.

Burada başvuruya konu durumun farkına varıldığı tarih kısmına, idareye şikayet başvurusuna konu olan durumun farkına varıldığı tarih yazılacaktır. Zira bu şekil şartı, KİK tarafından yapılan incelemede, başvuru sahibinin idareye şikayet başvurusunu süresinde yapıp yapmadığının tespit edilebilmesi için getirilmiştir.

Bunun dışında, idareye şikayet başvuru tarihi ile başvurunun idare tarafından reddedildiğini bildirir yazının tebliğ edildiği ya da idarenin şikayet başvurusu ile ilgili yasal karar alma süresinin sona erdiği tarih de yazılmalıdır.

Şikayet üzerine verilen iptal kararı ile ilgili olarak doğrudan Kamu İhale Kurumu'na itirazen şikayet başvurusunda bulunulduğu durumlarda, şikayet üzerine verilen iptal kararının bildirim tarihinin yazılması gerekir.

Kurul kararlarının eksik ya da yanlış uygulandığına yönelik olarak, İYBHY'nin 23 üncü maddesinin 2 nci fıkrasına istinaden yapılan başvurularda ise, bu başvuruların itirazen şikayet başvurusu olup olmadığı tartışmalı olmakla birlikte¹³¹, Kurul kararının yanlış uygulandığı hususunun farkına varıldığı tarihi tevsik eden yazılı bir belgenin tarihine yer verilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.¹³²

İdareye şikayet başvurularında olduğu gibi, itirazen şikayet başvurularında da, tek başvuru dilekçesi ile birden fazla ihaleyle ilgili başvuruda bulunulamaz. Ayrıca, birden fazla kişinin aynı ihale ile ilgili başvuruda bulunması da mümkün değildir. Aynı ihale ile ilgili birden fazla konu hakkında başvuruda bulunulmasında ise sakınca bulunmamaktadır (Böke, 2006, s.35).

İYBHY'nin 8 inci maddesinin 10 uncu fıkrası gereğince, idarenin şikayet üzerine aldığı kararda belirtilen hususlar hariç, şikayet başvurusunda belirtilmeyen hususlar itirazen şikayet başvurusuna konu edilemez. İdareye şikayet başvurusunda yer almayan bir konuya itirazen şikayet başvurusunda

¹³¹ "3.2.2.2. Süreler" başlığında bu husus ayrıntılı olarak incelenmektedir.

¹³² Örneğin Kurul kararı üzerine alınan yeni ihale kararının tebliğ edildiği yazının tarihine yer verilebilir.

yer verilmesi durumunda, başvuru bu iddia açısından şekil yönünden reddedilecektir.¹³³

Anılan Yönetmelik hükmünün yasal dayanağı, 4734 sayılı Kanunun 56 ncı maddesinin 2 nci fıkrasında yer alan “Kurum itirazın şikayet başvurularını başvuru sahibinin iddiaları ile idarenin şikayet üzerine aldığı kararda belirlenen hususlar ve itiraz edilen işlemler bakımından eşit muamele ilkesinin ihlal edilip edilmediği açılarından inceler.” düzenlemesidir.

Başvurunun konusu, sebepleri ve dayandığı delillerin başvuru dilekçelerinde belirtilmesi gerektiği hükme bağlandığından, başvuruda bulunan hususların dilekçelerde somut bir biçimde, mevzuata aykırı bulunma sebepleri ile birlikte gösterilmesi gerekmektedir. İşlemin hangi unsurlarının hangi gerekçelerle hukuka aykırı olduğu belirtilmeksizin sadece mevzuata aykırı olduğu gibi soyut ve mesnetsiz iddialara yer verilmesi halinde, İYBHY'nin 8 inci maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle başvurunun reddine ilişkin sorumluluk başvurana ait olacağından bu hususa dikkat edilmesi gerekmektedir.

İdare tarafından şikayet başvurusunun reddine dair bir bildirim yapılmış ise, şikayete idarece verilen cevabın bir örneğinin, başvuruda bulunmaya yetkili olduğuna dair belgelerin (imza beyannamesi/imza sirküleri, ortak girişim beyannamesi veya sözleşmesi, vekaletname, temsil belgesi, ticaret sicil gazetesi vb.) aslı veya yetkili mercilerce onaylı örneklerinin, itirazın şikayet dilekçesine eklenmesi gerekmektedir. Diğer taraftan, başvuru sahibinin gerçek kişi olması durumunda bu kişi tarafından yapılan başvurularda imza beyannamesinin sunulması zorunlu değildir.

İtirazın şikayet başvurularında, idareye şikayet başvurularından farklı olarak, 4734 Kanununun 54 üncü maddesinin 7 nci fıkrası gereğince, başvuru

¹³³ Örnek Kamu İhale Kurulu kararları:
Karar Tarihi: 04.05.2010; Karar No: 2010/UH.III-1285
Karar Tarihi: 29.04.2010; Karar No: 2010/UM.I-1210
Karar Tarihi: 06.04.2010; Karar No: 2010/UY.I-973
Karar Tarihi: 30.03.2010; Karar No: 2010/UH.II-905
Karar Tarihi: 09.02.2010; Karar No: 2010/UH.I-493

bedelinin ve teminat alınacak hallerde başvuru teminatının¹³⁴ Kamu İhale Kurumu hesaplarına yatırıldığına dair makbuzun da eklenmesi gerekir.

İtirazen şikayet başvurusunun avukat aracılığı ile yapılması durumunda, 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 27 nci maddesinde yer alan "Avukatlarca vekâletname sunulan merciler, pul yapıştırılmamış veya pulu noksan olan vekâletname ve örneklerini kabul edemez. Gerektiğinde ilgiliye on günlük süre verilerek bu süre içinde pul tamamlanmadıkça vekâletname işleme konulamaz." hükmü gereğince, Türkiye Barolar Birliği tarafından bastırılan baro pulu yapıştırılmayan ve on gün içinde bu eksikliği giderilmemiş vekaletnameler, Kamu İhale Kurumu tarafından işleme konulmamaktadır. Başka bir anlatımla, başvuru dilekçesi avukat tarafından vekaleten yazılmış ve imzalanmış ise, dilekçe ekinde Baro pulu yapıştırılmış olan vekaletnamenin sunulması zorunludur. Aksi takdirde, itirazen şikayet başvurusu şekil yönünden reddedilecektir.¹³⁵

Kamu İhale Kurulu'nun bu yöndeki kararlarından biri hakkında idari yargıda iptal davası açılmıştır. Ankara 9. İdare Mahkemesi, 31.12.2009 tarih ve 2009/1560 Esas Sayılı kararında,

" ... işin vekille takip edildiği durumlarda vekile verilen on günlük süre içinde pul tamamlanmadığı takdirde işi takip hakkının müvekkile geçtiği anlaşılmaktadır. ...

Dava konusu olayda, 1136 sayılı Kanunun 27. Maddesinde yer alan hüküm, bir avukatın Türkiye Barolar Birliği'nin kredi kaynaklarından birini oluşturmak üzere ihdas edilen ve Kanunun kendisine yüklemiş olduğu pul yapıştırma yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde, itirazen şikayet başvurusunun tarafı olan ve baro pulu yapıştırılması hususunda hiçbir yükümlülüğü bulunmayan davacı şirketin salt bu nedenle hak

¹³⁴ Başvuru teminatı, 5812 sayılı Kanun ile 4734 sayı Kamu İhale Kanunu'na girmiş bir kavramdır. 4734 sayılı Kanunun 5812 sayılı Kanun ile değişik 54 üncü maddesinin 10 uncu fıkrasında, kurumun görev alanına girmediği tespit edilen başvurular hariç, başvurunun reddine karar verilen durumlarda, başvuru teminatının gelir kaydedilmesine de karar verilecektir.

Bu düzenleme ile kanun koyucu, başvuru bedeline ek olarak, başvuru teminatı da alınması hususunda Bakanlar Kurulu'na yetki vermiştir. Böylelikle, idari denetim ve hukuka aykırı işlemlerin iptali amacı dışında, sırf ihale sürecini uzatmak için yapılan kötü niyetli itirazen şikayet başvurularının engellenmesi ve Kamu İhale Kurumu'nun iş yükünün azaltılması amaçlanmıştır.

Ancak konunun hak arama özgürlüğünün başvuru sahiplerine mali yükümlülükler getirilmek suretiyle sınırlandırılması açısından da değerlendirilmesi gerekir. Bu konu başlı başına bir inceleme konusu olduğundan ve tezin sınırlarını aştığından, burada sadece, 5812 sayı Kanun ile arttırılan şikayet bedellerine ek olarak başvuru teminatı alınmasının hak arama özgürlüğü açısından tartışmaya açık olduğunu belirtmek yeterli olacaktır. Başvuru bedellerinin hak arama özgürlüğü ile ilişkisi ve dava harçları ile karşılaştırılması konusunda İnan (Erişim: Haziran 2010) ayrıntılı değerlendirmeler yapmaktadır.

¹³⁵ Örnek Kamu İhale Kurulu kararları:

Karar Tarihi: 26.04.2010; Karar No: 2010/UH.1193

Karar Tarihi: 14.09.2009; Karar No: 2009/UY.III-2332

Karar Tarihi: 07.09.2009; Karar No: 2009/UH.I-2257

Karar Tarihi: 07.09.2009; Karar No: 2009/UH.III-2241

kaybına uğramasına neden olacak bir olgu olarak kabul edilemeyeceği gibi anılan Kanun hükmü böyle bir sonucu doğuracak şekilde de yorumlanamaz. Davacı şirketin bu durumdan etkilenebilmesi için vekilin yerine getirmediği yükümlülükten haberdar edilmesi, durumun ve sonuçlarının kendisine açıklıkla bildirilmesi gerekir.

Bu durumda, baro pulu eksikliği ve bu eksikliğin giderilmemesi halinde karşılaşılabilecek hukuki sonuçlar hakkında davacı şirkete herhangi bir bildirim yapılmaksızın tesis edildiği anlaşılan dava konusu işleminde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.”

şeklinde belirtilen gerekçe ile Kamu İhale Kurulu'nun 07.09.2009 tarih ve 2009/UH.I-2257 sayılı kararının yürütmesinin durdurulmasına karar vermiştir. Bunun üzerine Kurul, 23.03.2010 tarih ve 2010/MK-36 sayılı kararı hakkında yürütmenin durdurulması kararı verilen önceki kararının iptaline ve davacı şirketin söz konusu şekil eksikliğinden haberdar edilmesine karar verilmiştir.

Buna göre, söz konusu idare mahkemesi kararının temyizen incelenmesi ve Danıştay tarafından onanması durumunda, İYBHT'nin 11 inci maddesinin 3 üncü fıkrasındaki düzenlemenin iptal davasına konu olabileceğini söylemek mümkündür.

İdareye şikayet başvurularına ilişkin şekil şartları ile ilgili olarak, İYBHT'nin 5 inci maddesinin 4 üncü fıkrasındaki düzenleme, İYBHT'nin 11 inci maddesinin 4 üncü fıkrasında da tekrar edilmiştir. Buna göre, ortak girişim adına yapılacak itirazın şikayet başvurularının, pilot ortak/koordinatör ortak veya temsil yetkisi verilen özel ortak ya da ortakların tamamı tarafından yapılması zorunludur. Temsil yetkisine sahip olmayan özel ortak tarafından şikayet başvurusunda bulunulması halinde, başvuru süresinin sonuna kadar pilot/koordinatör ortağın şikayete katılması veya özel ortağa temsil yetkisi vermesi gerekmektedir. Şikayet başvurularının pilot ortak/koordinatör ortak tarafından yapılması halinde ortak girişim beyannamesinin veya sözleşmesinin, temsil yetkisi verilen özel ortak tarafından yapılması halinde ise ortak girişim beyannamesi veya sözleşmesi ile temsile yetkili olduğuna dair belgenin şikayet dilekçesine eklenmesi zorunludur.¹³⁶

¹³⁶ Bu düzenlemenin, şikayet başvuruları açısından başvuru ehliyetini ve dolayısıyla hak arama özgürlüğünü yasal dayanağı olmaksızın sınırladığı, KİK'in bu düzenlemeye istinaden aldığı bir kararın İdare Mahkemesi tarafından iptal edildiği, "2.2.1. Şikayet Ehliyeti" başlığında belirtilmiştir.

3.2.2.4. Başvuru Usulü

İtirazen şikayet başvurularına ilişkin usul kuralları, İYBHY'nin 9 uncu maddesinde düzenlenmiştir.

Buna göre, itirazen şikayet başvuruları Kuruma, elden teslim edilecek veya posta yoluyla gönderilecek dilekçeler ile yapılır. Dilekçeye eklenen bütün belgeler; belgelerin adları, sayfa sayıları, asıl/tasdikli/fotokopi vb. olduklarını gösteren iki nüsha dizi pusulası ile birlikte sunulur. Posta yoluyla yapılan başvurularda, postadaki gecikmeler dikkate alınmaz.¹³⁷

3.2.2.5. Başvurunun Konusu

3.2.2.5.1. Genel Olarak

Genel olarak, itirazen şikayet başvurularının şekli konusunu, idarelerin şikayet üzerine verdikleri ve başvuru sahibi tarafından uygun bulunmayan kararlar oluşturmaktadır. Ancak idarelerin, şikayet başvuruları hakkında hiç karar almaması, başka bir anlatımla idareye şikayet başvurularını zımnen reddetmeleri mümkün olduğundan, bu tür durumlarda, başvuruların şekli konusundan bahsedilememektedir. Kuşkusuz ki yasal süresi içinde karar alınmamasına yönelik negatif bir idari eylem ile karakterize olan bu durumda, süresi içinde yapılmak kaydıyla itirazen şikayet başvurusu Kamu İhale Kurumu tarafından incelenecektir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamındaki idarelerin, bu kanunda yer alan usul ve esaslara göre gerçekleştirdikleri ihaleler esnasında yaptıkları işlemler ve idari eylemlerden başvuru sahiplerince hukuka aykırı olduğu iddia edilenler ise itirazen şikayet başvurularının maddi konusunu teşkil etmektedir.

Dolayısıyla 4734 sayılı Kanun kapsamında olmayan idarelerin yaptığı ihaleler ile Kanun kapsamındaki idarelerin istisna kapsamında yaptığı ihalelere ve doğrudan temin ile yapılan alımlara ilişkin başvurular, itirazen

¹³⁷ Akyılmaz (1998, s.63), idari usul uygulamamızda, postadaki gecikmelerin dikkate alınmaması ilkesini eleştirmektedir.

şikayet incelemesine konu olamamaktadır. Kamu İhale Kurulu tarafından bu tür başvuruların reddine karar verilmektedir.¹³⁸

Ayrıca, daha önce de belirtildiği üzere, ihale onayının verilmesinden sözleşmenin usulüne uygun bir şekilde imzalanmasına kadar devam eden ihale sürecinin dışında kalan idari işlem ya da uygulamalar da, itirazın şikayet başvurusunun konusu kapsamında değerlendirilmemektedir.¹³⁹

3.2.2.5.2. Başvuru Konusuna Yönelik Kısıtlamalar

İtirazen şikayet başvurusunun konusuna ilişkin olarak, Kanunda ve ikincil mevzuatta yer alan düzenlemeler ile bazı sınırlamalar getirilmiştir.

İlk sınırlama, idare tarafından alınan iptal kararlarından sadece idareye şikayet başvurusu üzerine verilenler hakkında şikayet başvurusunda bulunulmasına ilişkindir. Başka bir söyleyişle, idare tarafından şikayet olmaksızın alınan iptal kararları, itirazın şikayet başvurusuna konu olamazlar.

Şikayet üzerine alınmayan iptal kararlarında, başka bir anlatımla idare tarafından herhangi bir idari başvuru olmaksızın ihalenin iptaline karar

¹³⁸ Örnek Kamu İhale Kurulu kararları:

Karar Tarihi: 29.04.2010; Karar No: 2010/UM.1212

Karar Tarihi: 26.04.2010; Karar No: 010/UH.I-1180

Karar Tarihi: 12.04.2010; Karar No: 2010/UH.II-1078

Karar Tarihi: 30.03.2010; Karar No: 2010/UH.887

Karar Tarihi: 14.12.2009; Karar No: 2009/UH.III-3008

¹³⁹ Örneğin Kurul 23.03.2010 tarih ve 2010/UH.I-875 nolu kararında;

“...

Esas İnceleme Raporu ve ekleri incelendi:

İtirazen şikayet dilekçesinde özetle;

2) İhale konusu hizmet alımının yapılabilmesi için Belediye Meclis Kararı gerektiği ancak idarenin söz konusu kararı almadan ihaleye çıktığı, ... İddialarına yer verilmiştir.

Başvuru sahibinin ikinci iddiasına ilişkin olarak;

4734 sayılı Kanununun 53 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin (1) numaralı alt bendinde, Kamu İhale Kurumunun, ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde idarece yapılan işlemlerin bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olmadığına ilişkin şikayetleri inceleyerek sonuçlandırma görev ve yetkisinin bulunduğu hüküm altına alınmıştır. Öte yandan İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin 16 ncı maddesinin birinci fıkrasında Kuruma ulaşan başvuruların öncelikle, başvuru konusunun

İncelenen ihalede, başvuru sahibi, ihale konusu hizmet alımının yapılabilmesi için öncelikle 5393 sayılı Belediye Kanununun 67 nci maddesi gereğince Belediye Meclisi kararı alınması gerektiğini, bu ihale için böyle bir kararın bulunmadığını iddia etmektedir.

Her ne kadar söz konusu iddia, kamusal yetki ve usullerle tesis edilen bir idari işlemdeki yetki yönünden hukuka aykırılığı içerse de, bu işlemin ihale onayı alınmadan yerine getirilmesi gereken bir yükümlülük olduğu açık olduğundan, Kurumun bu iddiayı inceleme ve sonuçlandırma görev ve yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla, itirazın şikayet başvurusunun, bu iddiaya ilişkin olarak, 4734 sayılı Kanununun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince görev yönünden reddi gerekmektedir. ...”

ifadelerine yer vermiş ve başvuruyu reddetmiştir.

verildiği durumlarda, KİK'in iptal kararına karşı yapılacak itirazın şikayet başvurularını inceleyememesini kurumun re'sen inceleme yetkisi bakımından tartışmak gerekir.

5812 sayılı Kanun ile KİK'in şikayet başvurusu olmaksızın inceleme yapma yetkisi, bir bakıma resen inceleme yetkisi kaldırılmıştır. Bu nedenle Kurumun şikayet başvurusu üzerine alınmayan iptal kararlarını, itirazın şikayet başvurusu olmaksızın, resen incelemesi zaten mümkün olamayacaktır. 5812 sayılı Kanun bir adım daha ileri giderek, şikayet başvurusu olsa bile, bu tür başvuruların incelenemeyeceğini hükme bağlamıştır. İdarelerin istedikleri istekli üzerinde ihaleyi bırakana kadar ihaleleri sürekli iptal etmeleri gibi bir sakınca doğuracağı ve bağımsız idari otoritelerin izleme ve denetleme yetkileriyle donatılması ilkeleri göz önünde bulundurulduğunda, söz konusu yeni düzenleme eleştiriye açıktır.

İptal kararlarına yönelik kısıtlamalar dışında, İYBHY'nin 5 inci maddelerinde yer alan düzenlemelerle de, başvuru konusuna yönelik dolaylı kısıtlamalar getirilmiştir. 5 inci maddede şikayet ehliyeti bağlamında, kimlerin hangi konularda şikayet başvurusunda bulunabileceği hükme bağlanmıştır.¹⁴⁰ Böylelikle, bazı ilgililerin bazı konularda idareye şikayet ve dolayısıyla itirazın şikayet başvurusunda bulunamayacağı hükme bağlanmıştır.

Anılan düzenleme, İYBHT'nin 3 üncü maddesinin 6 ncı fıkrası ile de desteklenmiştir. Buna göre, ilan ile ön yeterlik veya ihale dokümanına yönelik şikayet başvuruları, ihale veya son başvuru tarihinden üç iş günü öncesine kadar yapılabilmekte ise de bu tarihten önce ön yeterlik/ yeterlik başvurusunda bulunulması veya teklif verilmesi halinde, 4734 sayılı Kanunun 30 uncu maddesinin ikinci fıkrası uyarınca "Teklif mektubunda ihale dokümanının tamamen okunup kabul edildiğinin belirtilmesi, zorunludur." hükmü uyarınca, ihaleye teklif veren isteklilerin teklif mektuplarında, ihale dokümanı içeriğini tamamen okuyup kabul ettiklerine dair beyanda bulunmaları ve tekliflerini buna göre vermiş olmaları nedeniyle, bu aşamadan

¹⁴⁰ "2.2.1.1. Şikayet ehliyeti" başlığında bu konu ayrıntılı olarak incelendiğinden burada sadece konu ile ilgisinin belirtilmesi ile yetinilmiştir.

sonra ihale ilanı veya ihale dokümanının içeriğine yönelik şikayet başvurusunda bulunulamayacaktır.

3.3. İtirazen Şikayet Üzerine Kamu İhale Kurumu Tarafından Yapılacak İşlemler

3.3.1. Başvurunun Kayda Alınması ve İlgiliye Alındı Belgesi Verilmesi

İYBHY'nin 9 uncu maddesinin 4 üncü fıkrası ile İYBHT'nin 6 ncı maddesinin 3 üncü fıkrası gereğince, KİK'e ulaşan itirazen şikayet başvuru dilekçelerinin derhal kaydı yapılarak, kayıt tarih ve sayısı dilekçenin üzerine yazılır ve elden yapılan başvurularda ilgisine kayıt tarih ve sayısını gösteren onaylı bir alındı belgesi verilir.

Başvuruların kayda alınma tarihi, itirazen şikayet başvurusunun süresinde yapılıp yapılmadığının tespiti açısından çok önemlidir. Zira başvuru tarihi, başvurunun kayda alındığı tarihtir. Bu nedenle, Kurul kararlarına karşı idari yargı yerlerinde açılacak olası iptal davalarında, süreye ilişkin uyuşmazlıkların ispatında sıkıntı yaşamamak için elden başvuru yapmak, bu mümkün değilse iadeli taahhütlü mektup yoluyla başvurmak yararlı olacaktır. Zira postadaki gecikmeler dikkate alınmamaktadır.

Bu nedenle, elden veya iadeli mektupla başvuru yapılması durumunda, Kurum tarafından verilecek alındı belgesi veya PTT tarafından mektubu teslim alan Kurum personeline imzalatılarak başvuru sahibine gönderilecek olan belge, ispat açısından başvuru sahibi lehine olacaktır.

Kamu İhale Kurumu'na başvurulmadan, idarenin şikayet üzerine verdiği karara karşı doğrudan idari yargı yerlerinde dava açma yoluna gidilmesi durumunda, İdare Mahkemeleri, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun idari mercii tecavüzü ve başvuruların merciiine tevdiine ilişkin hükümlerini düzenleyen 14 ve 15 inci maddeleri gereğince, dava dilekçesinin Kamu İhale Kurumu'na gönderilmesine karar vermektedir. Bu durumda, İYUK'un 15 inci maddesinin 2 nci fıkrasındaki "Dilekçelerin görevli mercie tevdi halinde, Danıştay'a veya ilgili mahkemeye başvurma tarihi, merciiine

başvurma tarihi olarak kabul edilir.” hükmü gereğince, başvuru tarihi, mahkeme tarafından gönderilecek dilekçenin Kurum kayıtlarına alındığı tarih değil, mahkemeye başvuru tarihi olacaktır.

Kamu İhale Kurulu da, idari yargı yerlerinin, idari merci tecavüzü gerekçesiyle gönderdiği dilekçelerde, itirazın şikayet süresi açısından mahkemeye başvuru tarihini esas almaktadır.¹⁴¹

3.3.2. Ön (Şekil ve Usul Yönünden) İnceleme Aşaması

3.3.2.1. Genel Olarak

4734 sayılı Kanunda KİK tarafından yapılacak incelemenin aşamalarına ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. İYBHY'nin 16 ve İYBHT'nin 13 üncü maddelerinde, Kurumca yapılacak ön incelemeye ilişkin hususlar düzenlenmiştir.

İYBHY ve İYBHT'de, esas incelemesinden lafzi olarak söz edilmemekle birlikte, ön incelemenin ayrıca düzenlenmesinden, itirazın şikayet incelemesinin ön (şekil ve usul yönünden) inceleme ve esas yönünden inceleme olmak üzere iki aşamalı olarak yapılacağı anlaşılmaktadır.

İYBHY'nin 16 ncı maddesine göre, itirazın şikayet dilekçeleri açısından, ön incelemeye konu olacak hususlar şunlardır:

- Başvuru konusunun Kurumun görev alanında bulunup bulunmadığı,
- Başvuru ehliyeti,
- Başvurunun süresinde yapılıp yapılmadığı,
- Başvuru sahibinin, varsa vekil ya da temsilcisinin; adı, soyadı, unvanı, adresi, imzası ile başvuruda bulunmaya yetkili olduğuna dair

¹⁴¹ Örnek Kamu İhale Kurulu kararları:
Karar Tarihi: 09.03.2010; Karar No: 2010/UH.II-731
Karar Tarihi: 09.11.2009; Karar No: 2009/UY.II-2729

belgelerin ve imza sirkülerinin aslı veya yetkili mercilerce onaylı örneğinin bulunup bulunmadığı,

- İhaleyi yapan idarenin ve ihalenin adı veya ihale kayıt numarasının belirtilip belirtilmediği,

- Başvuruya konu olan durumun farkına varıldığı veya bildirildiği tarihin belirtilip belirtilmediği,

- İdareye başvuru tarihi ile varsa idarenin cevabının başvuru sahibine bildirildiği tarihin belirtilip belirtilmediği,

- İdare tarafından şikayet üzerine alınan karar başvuru sahibine bildirilmiş ise bu kararın bir örneğinin eklenilip eklenilmediği,

- Başvuru bedelinin, teminat alınacak hallerde ise başvuru teminatının yatırılıp yatırılmadığı,

- Aynı kişi tarafından birden fazla ihaleye, birden fazla kişi tarafından aynı ihaleye veya birden fazla ihaleye tek dilekçe ile başvuruda bulunulup bulunulmadığı,

- Başvurunun konusu, sebepleri ve dayandığı delillerin belirtilip belirtilmediği.

Buna göre, ön inceleme aşamasında, itirazın şikayet dilekçelerinde bulunması gereken şekil unsurları, görev, ehliyet, süre ve başvurunun usulüne uygun olarak yapılıp yapılmadığı hususları değerlendirilecektir. Bu hususlar açısından bir eksiklik olduğu ve başvuru süresinin sonuna kadar tamamlanmadığı tespit edilirse, başvurunun reddine karar verilecektir.

İdareye şikayet başvurusu yapılmadan veya idareye şikayet başvurusu yapıldıktan sonra idarenin yasal karar alma süresi sona ermeden Kamu İhale Kurumu'na başvurulduğunun tespit edilmesi durumunda, dilekçe ihaleyi yapan idareye gönderilmektedir.

İYBHY'nin 17 nci maddesinin 2 nci fıkrası gereğince, Kurul tarafından gerekli görüldüğü takdirde, başvuru dilekçesi ve eklerinin bir örneğinin ilgisi

nedeniyle idareye veya idarenin bağılı veya ilgili/ilişkili olduğu mercie yahut yetkili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesine karar verilir.

Sonuç olarak, başvurunun itirazen şikâyet niteliğinde olup olmadığı sırasıyla görev, ehliyet, süre, başvuru sahiplerinin, vekil veya temsilcilerinin adı, soyadı veya unvanı ve adresi ile başvuruda bulunmaya yetkili olduğuna dair belgelerin ve imza sirkülerinin aslı veya yetkili mercilerce onaylı örneğinin bulunup bulunmadığı, başvuru konusu ihalenin adı ve/veya ihale kayıt numarası, başvuru bedelinin yatırılıp yatırılmadığı yönlerinden Kurum tarafından ön inceleme aşamasında incelenir. Belirtilen yönlerden bir aykırılığın bulunmaması halinde başvuru, itirazen şikâyet başvurusu olarak kabul edilerek esasın incelemesine geçilir (Keyik, 2008, s.126).

3.3.2.2. Ön İncelemenin Kapsamı

3.3.2.2.1. Görev

KİK'in görev alanının doğru bir şekilde tespit edilebilmesi için Kanunun 53 ve 56 ncı maddelerinin birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir.

4734 sayılı Kanunun 53 üncü maddesinde, Kurumun görev ve yetkileri sayılmıştır. Buna göre Kamu İhale Kurumu;

- İhalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde idarece yapılan işlemlerde bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olmadığına ilişkin şikayetleri inceleyerek sonuçlandırmak,

- 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa ilişkin bütün mevzuatı, standart ihale dokümanlarını ve tip sözleşmeleri hazırlamak, geliştirmek ve uygulamayı yönlendirmek,

- İhale mevzuatı ile ilgili eğitim vermek, ulusal ve uluslararası koordinasyonu sağlamak,

- Yapılan ihaleler ve sözleşmelerle ilgili Kurum tarafından belirlenen şekilde bilgi toplamak, adet, tutar ve diğer konular itibarıyla istatistikler oluşturmak ve yayımlamak,

- Haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilenlerin sicillerini tutmak,
- Araştırma ve geliştirme faaliyetlerinde bulunmak,
- İhale ilanları ile ilgili esas ve usulleri düzenlemek, basılı veya elektronik ortamda Kamu İhale Bültenini yayımlamak,
- Yerli isteklilerin, yabancı ülkelerde açılan ihalelere katılmalarına engel olduğunun tespit edilmesi halinde, bu uygulamanın yapıldığı ülkenin isteklilerinin de, bu Kanun kapsamında yapılan ihalelere katılmalarının önlenmesine yönelik tedbirlerin alınmasını ve gerekli düzenlemelerin yapılmasını sağlamak üzere Bakanlar Kuruluna teklifte bulunmak,
- Kurumun yıllık bütçesi ile kesin hesabını ve yıllık çalışma raporlarını hazırlamak, Kurum bütçesinin uygulanmasını, gelirlerin toplanmasını ve giderlerin yapılmasını sağlamak

konularında görevli ve yetkilidir.

Madde metninde sayılanlar geniş anlamda görev kapsamındadır. Buna karşılık itirazın şikayet başvuruları açısından ön inceleme aşamasında Kurumun değerlendireceği husus, geniş anlamda görev değil teknik anlamda görevdir. Teknik anlamda görev, ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde idarece yapılan işlemlerde bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olmadığına ilişkin şikayetlerin inceleyerek sonuçlandırılması olarak tanımlanan Kurumun denetim görevine tekabül etmektedir.

Kamu İhale Kurumunun teknik anlamda görev alanı Kanununun 56 ncı maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, Kamu İhale Kurumu, idareye şikayet başvurusu sonucunda alınan ve başvuru sahibi tarafından uygun bulunmayan kararlara yönelik başvurular ile idarenin şikayet başvurusuna ilişkin olarak yasal süresi içinde karar almaması durumunda yapılan başvuruları incelemekle görevlidir. İptal kararlarından sadece idareye şikayet veya itirazın şikayet üzerine alınanlar Kurumun görev alanındadır.

Kurum, 4734 sayılı Kanun kapsamındaki idareler tarafından, Kanun kapsamındaki işlere yönelik olarak, Kanun kapsamındaki ihale yöntemleri ile gerçekleştirilen ihalelere ilişkin idari işlem ve eylemlerin hukuka aykırılığı iddialarını içeren itirazın şikayet başvurularını incelemekle görevli olduğundan, ihale onayının alınması ile sözleşmenin imzalanması arasındaki ihale süreci dışındaki işlemlere veya istisna kapsamındaki ihalelere yahut da bir ihale yöntemi olmayan doğrudan temine yönelik itirazın şikayet başvuruları görev yönünden reddedilecektir.¹⁴²

Sonuç olarak, itirazın şikayet başvurusunun konusu ve sınırları ile Kamu İhale Kurumu'nun görev alanı ve sınırlarının özdeş olduğu söylenebilir. Başka bir anlatımla itirazın şikayet başvurusuna konu olabilen hususlar, Kurumun görev alanına giren hususlardır.¹⁴³

3.3.2.2.2. Ehliyet¹⁴⁴

Kamu İhale Kurumu tarafından itirazın şikayet başvurularının incelenebilmesi için, başvuru sahibinin 4734 sayılı Kanunda tanımlanan şikayet ehliyetine sahip olması gerekmektedir. Başvuru ehliyeti bulunmayanlar tarafından yapılan başvuruların reddine karar verilmektedir.

3.3.2.2.3. Süre¹⁴⁵

KİK'in ön inceleme aşamasında değerlendirdiği hususlardan birisi de itirazın şikayet başvurusunun süresi içinde yapılıp yapılmadığıdır.

4734 sayılı Kanununun 56 ncı maddesine göre, itirazın şikayet başvurularının idarenin şikayet başvurusu üzerine aldığı kararı başvuru sahibine bildirdiği, yasal süresi içinde idare tarafından hiç karar alınmaması

¹⁴² Örnek Kamu İhale Kurulu kararları:
Karar Tarihi: 11.03.2010; Karar No: 2010/UH.747
Karar Tarihi: 04.03.2010; Karar No: 2010/UM.701
Karar Tarihi: 25.02.2010; Karar No: 2010/UH.II-650
Karar Tarihi: 16.02.2010; Karar No: 2010/UY.II-563
Karar Tarihi: 21.01.2010; Karar No: 2010/UM.I-268

¹⁴³ İtirazın şikayet başvurularının konusu ve sınırları hususlarına, "3.2.2.5. Başvurunun Konusu" başlığında ayrıntılı olarak değinilmiştir.

¹⁴⁴ Ehliyet konusu, daha önce ayrıntıları ile ele alındığı için burada tekrar edilmeyecektir. Ehliyetle ilişkin açıklamalar için "2.2.1. Şikayet ehliyeti"; "3.2.1. Sübjektif Şart: Şikayet Edenin Ehliyeti" başlıklarına bakılabilir.

¹⁴⁵ İtirazın şikayet başvurularına ilişkin süreler konusu, "3.2.2.2. Süreler" başlığında daha önce ayrıntıları ile ele alındığı için burada tekrar edilmeyecektir.

durumunda karar alma süresinin sona erdiği tarihten itibaren on gün içinde yapılması zorunludur. İtirazen şikayet başvurusunun şikayet üzerine alınan iptal kararlarına yönelik olması durumunda ise süre, iptal kararının bildirildiği tarihten itibaren beş gün olmaktadır.

Süresinde yapılmayan itirazen şikayet başvuruları, Kamu İhale Kurulu tarafından süre yönünden reddedilmektedir.¹⁴⁶

3.3.2.2.4. Dilekçe ve Ekleri¹⁴⁷

Ön inceleme aşamasında, Kanunun 54 üncü maddesi gereğince itirazen şikayet dilekçesinde bulunması gereken şekil şartlarının ve dilekçeye eklenmesi gereken belgelerin tamam olup olmadığı Kamu İhale Kurumu tarafından tetkik edilmektedir. Bir eksiklik tespit edildiği ve başvuru süresinin sonuna kadar tamamlanmadığı takdirde, itirazen şikayet başvurusu şekil yönünden reddedilmektedir.

Dilekçede bulunması gereken şekil şartları arasında, İYBHY'nin 8 inci maddesinin 10 uncu fıkrasında yer alan, idareye şikayet başvurusunda yer verilen hususlar dışında yeni iddialara yer verilemeyeceği yönündeki düzenleme dikkat çekmektedir.

Buna göre KİK, idare tarafından gönderilen ihale işlem dosyası örneğinde, idareye şikayet başvurusuna konu edilmiş hususlar dışında bir aykırılık tespit etse dahi ihalenin iptaline veya düzeltici işlem belirlenmesine karar veremeyecektir.

Diğer taraftan, idareye şikayet başvurusunda yer verilmeyen hususlara, itirazen şikayet başvurusunda yer verilmesi durumunda, itirazen şikayet başvurusunun reddine karar verilecektir.¹⁴⁸

¹⁴⁶ Örnek Kamu İhale Kurulu kararları:
Karar Tarihi: 04.05.2010; Karar No: 2010/UY.II-1240
Karar Tarihi: 29.04.2010; Karar No: 2010/UH.I-1211
Karar Tarihi: 26.04.2010; Karar No: 2010/UH.1199
Karar Tarihi: 12.04.2010; Karar No: 2010/UM.II-1068
Karar Tarihi: 06.04.2010; Karar No: 2010/UH.1026

¹⁴⁷ İtirazen şikayet başvurularında dilekçe ve eklerine ilişkin olarak daha önce ayrıntılı açıklamalar yapıldığından, burada tekrar edilmeyecektir. İtirazen şikayet başvuru dilekçesi ve eklerine ilişkin şekil şartları ile ilgili açıklamalar için "3.2.2.3. Başvuruların Biçimsel Unsurları" başlığı incelenebilir.

Buna göre, idareye şikayet dilekçesinde yer verilmeyen hususlar hakkında herhangi bir başvuru yolu kalmamaktadır. Başka bir anlatımla, idareye şikayet başvurusunda yer verilmeyen hususlar hakkında, daha sonra ne itirazın şikayet ne de idari yargıda dava açma yolları işletilebilecektir. Çünkü şikayet ve itirazın şikayet zorunlu idari başvuru yollarıdır. Bu nedenle, idareye şikayet başvurusu yapılırken, hukuka aykırı olduğu düşünülen tüm hususlara yer verilmesi yerinde olacaktır.

3.3.2.3. Ön İnceleme Süreci

3.3.2.3.1. Eksikliklerin Tespiti ve Tamamlanması

Ön inceleme sürecinin başlangıcında, öncelikle dilekçelerin şekil unsurları ve dilekçeye eklenmesi gereken belgeler açısından yapılan incelemede, dilekçe ve eklerinde eksiklik(ler) olup olmadığına bakılmaktadır. Dilekçe ve eklerinde eksiklik bulunduğu tespit edilirse, hemen başvurunun reddine karar verilmez ve itirazın şikayet süresinin sonuna kadar beklenir. Zira bu süre sonuna kadar, başvuru sahibinin eksiklikleri tamamlaması mümkündür. Ancak Kurumun eksiklikleri ilgiliye bildirme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu husus, 4734 sayılı Kanunun 54 üncü maddesinin 9 uncu fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, Kanunun 54 üncü maddesindeki dilekçelerde bulunması gereken şekil şartlarına ilişkin hükümlere aykırılık içeren ve henüz başvuru süresi dolmamış olan başvurulardaki eksiklikler, Kurumun bildirim yapma zorunluluğu bulunmaksızın, başvuru süresinin sonuna kadar başvuru sahibi tarafından giderilebilir.

Burada itirazın şikayet başvurusunun kabul edilebilmesi için getirilen koşul teknik anlamda kümülatif bir koşuldur. Bir başka ifade ile itirazın şikayet dilekçesindeki Yönetmeliğe aykırı hususlar zamanında ve bütünüyle giderilmek zorundadır. Aykırılıklar giderilip de bu iş süresinde yapılmazsa veya süresinde başvuru yapılmasına rağmen aykırılıklar giderilmemiş olursa başvuru reddedilecektir (Küçük, 2007, s.132).

Kanun hükmünde Kurumun eksikliklerin bildirim hususunda yükümlülüğü olmadığı açıkça belirtilmekle birlikte KİK, başvuru sahiplerinin

¹⁴⁸ Konu ile ilgili Kamu İhale Kurulu kararları, 134 numaralı dipnotta yer almaktadır.

varsa eksikliklerinin neler olduğunu Kurumun resmi internet sitesi aracılığı öğrenmesine olanak sağlamaktadır. Bu uygulama ile ilgili olarak, İYBHT'nin 11 inci maddesinin 7 nci fıkrasında düzenleme yapılmıştır. Buna göre, başvuru dilekçesi ve eklerinde İYBHY'nin 8 inci ve 16 ncı maddelerinde sayılan bilgi ve/veya belgelerde eksiklik bulunması ve başvuru süresinin henüz dolmamış olması halinde, başvuru sahibi veya vekili/temsilcisi tarafından söz konusu eksikliklerin başvuru süresi içerisinde tamamlanmasını teminen eksik bilgi ve belgeler Kurumun resmi internet adresinde yayımlanır.

Bu yerinde uygulamaya rağmen, bazı başvuru sahiplerinin başvurularındaki eksiklikleri tamamlamadığı ve başvurularının şekil yönünden reddedildiği görülmektedir.¹⁴⁹ Böylelikle başvuru sahiplerinin idari yargıda dava açma hakları da kalmayacağından, başvuru yaptıktan sonra Kurumun internet sitesine erişerek, dilekçelerde eksiklik olup olmadığının öğrenilmesi, başvuru sahiplerinin hak arama imkanlarının tükenmemesi açısından büyük önem arz etmektedir.

3.3.2.3.2. İdareden İhale İşlem Dosyası ve Gerekli Diğer Belgelerin İstenmesi

İYBHY'nin 19 uncu maddesinin 1 inci fıkrası ve İYBHT'nin 19 uncu maddesinin 1 nci fıkrası hükümleri gereğince, itirazın şikayete konu olan belgeler ile gerekli olduğu takdirde ihale işlem dosyasının tümü ilgili idareden istenecektir. Buna göre, yapılan inceleme sonucunda başvurunun şekil unsurlarına aykırı olmadığı tespit edilmesi durumunda, şikayetin esasının incelenmesine geçileceğinden, gerekli incelemenin yapılabilmesi için, gerekli görülen bilgi ve belgeler veya ihale işlem dosyası daire başkanlığı tarafından idareden istenir. 4734 sayılı Kanununun 53 üncü maddesinin (b) fıkrasında yer alan "Kurum, görevlerinin yerine getirilmesinde resmi ve özel bütün kurum, kuruluş ve kişilerden belge, bilgi ve görüş isteyebilir. Belge, bilgi ve görüşlerin istenilen süre içinde verilmesi zorunludur." hükmü gereğince Kurum tarafından istenilen bilgi ve belge veya ihale işlem dosyasının, ihale

¹⁴⁹ Örnek Kamu İhale Kurulu kararları:
Karar Tarihi: 29.04.2010; Karar No: 2010/UM.1217
Karar Tarihi: 26.04.2010; Karar No: 2010/UM.1195
Karar Tarihi: 12.04.2010; Karar No: 2010/UH.II-1079
Karar Tarihi: 04.03.2010; Karar No: 2010/UH.700
Karar Tarihi: 04.01.2010; Karar No: 2010/UM.I-8

yetkilisince veya görevlendireceği memur tarafından "aslı gibidir" onaylı ve imzalı suretlerinin dizi pusulasıyla birlikte belirtilen süre içinde gönderilmesi zorunludur.

3.3.2.4. Ön İnceleme Raporunun Hazırlanması

İYBHY'nin 16 ncı maddesinin 4 üncü fıkrasında Yapılan ön inceleme sonucunda, bir aykırılığın tespit edilmesi halinde bu hususa ilişkin ön inceleme raporu düzenleneceği hükme bağlanmıştır.

Kamu İhale Kurumu Teşkilatı ve Personelinin Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğinin¹⁵⁰ 18 inci maddesinin 2 nci fıkrasının (d) bendine göre, ön inceleme sonucunda, itirazın şikayet başvurularının eksiklik ya da eksiklik tespit edildiği takdirde, Kurum başkanı tarafından belirlenen inceleme dairesi tarafından bir ön inceleme raporu düzenlenir.

Anılan Yönetmeliğin 8 inci maddesinin 2 nci fıkrasının (e) bendine göre, başvuru dilekçesi ve eklerinde ön inceleme konuları bakımından bir aykırılık bulunmaması halinde ise, başvuru dilekçesi ve ekleri, esas yönünden inceleme yapılması için ilgili İnceleme Dairesi Başkanlığına gönderilir.

3.3.2.5. Ön İnceleme Sonucunda Alınacak Kararlar

3.3.2.5.1. Genel Olarak

Kamu İhale Kurulu'nun, ön inceleme sonucunda alabileceği kararlar, Kanunun 54 üncü maddesinde düzenlenmiştir.

Buna göre, Kurum tarafından gerekçeli olarak, başvurunun süre, usul ve şekil kurallarına uygun olmaması, usulüne uygun olarak sözleşme imzalanmış olması veya şikayete konu işlemlerde hukuka aykırılığın tespit edilememesi veya itirazın şikayet başvurusuna konu hususun Kurumun görev alanında bulunmaması hallerinde başvurunun reddine karar verilir.

¹⁵⁰ 01.12.2009 tarih ve 27419 sayılı Resmi Gazete.

Ayrıca, Kurumun görev alanında bulunmaması hali hariç, itirazın şikayet başvurusunun reddedilmesi durumunda, başvuru teminatı yatırılan hallerde teminatın gelir kaydedilmesine de karar verilir.

İYBHY'nin 17 nci maddesinde ise Kanundan farklı bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre ön inceleme sonucunda, Kurum tarafından;

- Başvurun uygun bulunmadığına,
- Kurul tarafından gerekli görüldüğü takdirde, başvuru dilekçesi ve eklerinin bir örneğinin ilgisi nedeniyle idareye veya idarenin bağlı veya ilgili/ilişkili olduğu mercie yahut yetkili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesine karar verilir.

3.3.2.5.2. Başvurunun Reddi

Kanunun 54 üncü maddesine göre, başvurunun süre, usul ve şekil kurallarına uygun olmaması, usulüne uygun olarak sözleşme imzalanmış olması veya şikayete konu işlemlerde hukuka aykırılığın tespit edilememesi veya itirazın şikayet başvurusuna konu hususun Kurumun görev alanında bulunmaması hallerinde başvurunun reddine karar verilecektir.

3.3.2.5.3. Dilekçenin İlgili İdareye veya Cumhuriyet Savcılığına Gönderilmesi

Kanun ve Yönetmelik hükümleri karşılaştırıldığında, Yönetmelik hükmünde yer alan bazı karar türlerinin, Kanunda düzenlenmediği göze çarpmaktadır. Şöyle ki, başvuru dilekçesi ve eklerinin bir örneğinin ilgisi nedeniyle idareye veya idarenin bağlı veya ilgili/ilişkili olduğu mercie yahut yetkili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesine karar verilebileceği yönündeki düzenleme sadece Yönetmelikte bulunmaktadır.

Danıştay 13. Dairesi, 20.03.2006 tarih ve E.2005/10004, K.2006/1446 sayılı kararında, Kamu İhale Kurulu'nun Kanunda yer alan kararlar dışında bir karar alamayacağını vurgulamıştır. Söz konusu kararda;

“... İtirazen şikâyet başvuruları üzerine Kamu İhale Kurulu'nun hangi kararları alacağına Yasayla belirlenmesi, bunlar arasında dilekçenin reddine ilişkin bir karar türüne ve bazı koşulları taşımayan itiraz dilekçelerinin incelenmeksizin reddine olanak tanıyan bir usule de yer verilmemesi karşısında, itirazın incelenmesini ortadan kaldıran böyle bir usulün Kurulca Yönetmelikle getirilmesinin hukuki dayanağın olmadığı aşıkardır. ...”

ifadelerine yer verilerek, Kurumun sadece yasada sayılan kararları alabileceği, bunların dışında bir karar alamayacağı hususuna dikkat çekilmiştir.

Danıştay 13 üncü dairesinin, buna benzer başka kararları¹⁵¹ da bulunmakta olup, anılan Dairenin konu ile ilgili içtihadının, Kamu İhale Kurumu'nun, Kanunda sayılanlar dışında karar alabileceğine ilişkin yönetmelik düzenlemesi yapılamayacağı yönünde olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca bu kararlarda, KİK'in 4734 sayılı Kanun'da öngörülen görev ve yetkilerini kullanabilmesi ve Kuruma yüklenen görev ve fonksiyonların etkin ve verimli bir şekilde yürütülebilmesinin, ancak, Kurul kararının sonuca etkili olabilmesiyle mümkün olabileceği, ihale işlemleriyle ilgili mevzuata aykırılıkların ilgili idaresine bildirilmesi şeklindeki kararların, tek başlarına sonuca etkili kararlar olmadığı belirtilmektedir.

Buna göre, bazı hükümleri 04.01.2009; bazı hükümleri ise 05.03.2009 tarihinde yürürlüğe giren ve tezin kaleme alındığı tarihte yürürlükte bulunan İYBHY'nin¹⁵² bahsi geçen hükümleri ve Kamu İhale Kurulu kararları, Danıştay'ın anılan kararları çerçevesinde değerlendirildiğinde, İYBHY'nin, Kanunda belirtilen kararlardan birinin yanısıra başvuru dilekçesi ve eklerinin bir örneğinin ilgisi nedeniyle idareye veya idarenin bağlı veya ilgili/ilişkili olduğu mercie yahut yetkili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesine de karar verilmesine ilişkin düzenlemesinin Kanuna aykırı olmadığı anlaşılmaktadır. Zira Kurul, anılan Danıştay

¹⁵¹ E.2005/5616, K.2005/5334, T. 31.10.2005
E.2005/6163, K.2005/5715, T. 30.11.2005
E.2005/6851, K.2005/5819, T. 09.12.2005

¹⁵² 03.01.2009 tarih ve 27099 sayılı Resmi Gazete.

kararlarından sonraki tarihli kararlarında¹⁵³, Kanunda sayılan kararlardan birinin yanında, başvuru dilekçesi ve eklerinin bir örneğinin ilgisi nedeniyle idareye veya idarenin bağlı veya ilgili/ilişkili olduğu mercie yahut yetkili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesine de karar vermektedir.

Bu nedenle, ön inceleme, sonucunda, Kurum tarafından Kanunda sayılan ve uyumsuzluk açısından sonuca etkili kararlar yanında, İYBHY'nin ilgili hükmünde yer alan kararların da alınmasının Kanuna uygun olduğu söylenebilir.

Bunun yanında, başvuru dilekçesinin idarenin bağlı/ilişkili bulunduğu idareye gönderilmesinin, itirazın şikayet başvurularının şekil, süre veya görev yönünden reddedildiği durumlarda, idari denetimin hiyerarşik denetim yolu ile sürdürülmesine olanak sağlaması bağlamında yerinde bir uygulama olduğu düşünülmektedir. Zira itirazın şikayet başvurusu Kamu İhale Kurulu tarafından reddedilse dahi, idarenin hukuka aykırı işlemi geri alması her zaman mümkündür.

3.3.2.6. İtirazın Şikayet Başvurusundan Feragat Edilmesi

İtirazın şikayet başvurusu yapıldıktan sonra, Kamu İhale Kurumu'na ikinci bir dilekçe ile gönderilmesi ve ilk dilekçe ile ilgili kurularak, itirazın şikayet başvurusundan feragat edildiğinin belirtilmesi durumunda nasıl bir yol izleneceği hususu, 4734 sayılı Kanunun 56 ncı maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, itirazın şikayet başvurusundan feragat edilmesi itirazın şikayet başvurusunun incelenmesine ve Kanunun 54 üncü maddesinde sayılan kararlardan birinin alınmasına engel teşkil etmez.

Aynı düzenleme, İYBHT'nin 14 üncü maddesinin 3 üncü fıkrasında tekrarlanmış ve ek olarak, şikayet başvurusu üzerine on gün içinde kendisine herhangi bir karar ulaşmayan başvuru sahibinin, Kuruma itirazın şikayet başvurusunda bulunmasından sonra, idarece şikayet başvurusunun uygun görüldüğüne ilişkin karar alındığını ve buna ilişkin tesis edilen işlemin de

¹⁵³ Örnek Kamu İhale Kurulu kararları:
Karar Tarihi: 04.05.2010; Karar No: 2010/UY.III-1281
Karar Tarihi: 16.02.2010 ; Karar No: 2010/UM.II-562
Karar Tarihi: 28.01.2010 ; Karar No: 2010/UH.I-361
Karar Tarihi: 28.12.2009; Karar No: 2009/UH.III-3104

başvuru sahibince uygun görüldüğünü belirtmek suretiyle itirazen şikayetinden vazgeçmesinin feragat sayılmayacağı belirtilmiştir.

5812 sayılı Kanun öncesi dönemde, itirazen şikayet başvurularından feragat edilmesinin hukuki sonucuna ilişkin olarak 4734 sayılı Kanunda hüküm bulunmadığından, Kamu İhale Kurulu, itirazen şikayet başvurusundan feragat edilmesi durumunda şikayet incelemesi yapılamayacağı ve başvurunun şartları varsa iddiaların incelenmesi¹⁵⁴ kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine karar veriyordu.¹⁵⁵

5812 sayılı Kanun yürürlüğe girdikten sonra ise Kurul, 4734 sayılı Kanunun 56 ncı maddesinin itirazen şikayet başvurusundan feragat edilmesinin başvurunun incelenmesi ve Kanunda sayılan kararlardan birinin alınmasına engel teşkil etmeyeceği yönündeki düzenlemesi çerçevesinde karar vermeye başlamıştır.

Örneğin 02.02.2010 tarih ve 2010/UM.II-427 nolu kararında Kurul,

“... başvuru sahibi tarafından 18.01.2010 tarih ve 1105 sayı ile Kurum kayıtlarına alınan dilekçe ile, 14.01.2010 tarihinde yapmış olduğu başvurunun işlemde kaldırılması talep edilmiş olmasına rağmen, 4734 sayılı Kanunun 56 ncı maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca; itirazen şikayet başvurusundan feragat edilmesi itirazen şikayet başvurusunun incelenmesine ve anılan Kanunun 54 üncü maddesinde sayılan kararlardan birinin alınmasına engel teşkil etmeyecektir. ...”

ifadelerine yer vererek feragat edildiği belirtilen itirazen şikayet başvurusunu incelemiş ve şekil eksiklikleri süresinde tamamlanmadığı için reddetmiştir.

Bir başka kararında¹⁵⁶ ise Kurul,

¹⁵⁴ İddiaların incelenmesi, Kamu İhale Kurumu'nun Kanununun 5812 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki 53 üncü maddesinde yer alan “Kurum gerekli gördüğü takdirde, bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine aykırılık bulunduğuna ilişkin iddiaları da inceler ve sonuçlandırır.” hükmüne istinaden şikayet ehliyeti bulunmayan kişilerin Kuruma yazılı olarak başvurusu veya Kamu İhale Kurumu Başkanı'nın talebi üzerine işletilen bir inceleme yöntemi idi. İddiaların incelenmesi sonucunda Kurul ihalenin iptali ve düzeltici işlem belirlenmesi gibi sonuca etkili kararlar veremiyor, sadece iddiaların yerinde bulunmadığına ya da mevzuata aykırı olduğu tespit edilen işlem ya da eylemlerin ilgili idareye ve/veya Cumhuriyet Savcılığı'na bildirilmesine karar verebiliyordu. Bu kararların sonuca etkili kararlar olmadığı yönündeki idare mahkemesi ve Danıştay kararlarının da etkisiyle 5812 sayılı Kanun ile iddiaların incelenmesine ilişkin düzenleme, 4734 sayılı Kanununun 53 üncü maddesinden çıkarılmıştır.

¹⁵⁵ Örnek Kamu İhale Kurulu kararları:
Karar Tarihi: 01.12.2008; Karar No: 2008/UH.III-4857
Karar Tarihi: 03.03.2008; Karar No: 2008/ UY.Z-1024
Karar Tarihi: 05.11.2007; Karar No: 2007/UH.Z-3550
Karar Tarihi: 01.05.2006; Karar No: 2006/UH.Z-1081

¹⁵⁶ Kamu İhale Kurulu'nun 06.04.2009 tarih ve 2009/UH.I-1244 nolu kararı.

“ ... Başvuru sahibi, Kuruma hitaben yazılmış 12.03.2009 tarihli dilekçesiyle itirazın şikayet başvurusundan feragat ettiğini beyan etmiştir. 4734 sayılı Kanunun 5812 sayılı Kanunla değişik 56 ncı maddesinin üçüncü fıkrasında, Kanunda belirtilen sürelerle ve usule uyulmadan sözleşme imzalanmış olması veya itirazın şikayet başvurusundan feragat edilmesinin itirazın şikayet başvurusunun incelenmesine ve 54 üncü maddede sayılan kararlardan birinin alınmasına engel teşkil etmeyeceği hüküm altına alınmıştır. Bu nedenle, her ne kadar başvuru sahibi itirazın şikayet başvurusundan feragat etmiş ise de, anılan hüküm uyarınca gerekli hukuki inceleme ve değerlendirme aşağıda yapılmıştır.

...

Sonuç olarak, yukarıda mevzuata aykırılıkları belirtilen işlemlerin düzeltici işlemle giderilemeyecek nitelikte işlemler olduğu tespit edildiğinden ihalenin iptali gerekmektedir. ...”

ifadelerine yer vererek ihalenin iptaline karar vermiştir.

3.3.3. Esas Yönünden İnceleme Aşaması

3.3.3.1. Genel Olarak

İtirazın şikayet başvurusu üzerine, Kamu İhale Kurumu'nun yetkili İnceleme Dairesi tarafından yapılan ön inceleme sonucunda, dilekçede şekil ve usul yönünden herhangi bir aykırılık olmadığı tespit edildiği takdirde, Kamu İhale Kurumu Teşkilatı ve Personelinin Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin 18 inci maddesinin 2 nci fıkrasının (e) bendi gereğince başvuru dilekçesi ve ekleri, esas yönünden inceleme yapılması için ilgili İnceleme Dairesi Başkanlığına gönderilir.

Esas yönünden inceleme yapmak ile görevli İnceleme Dairesi, anılan Yönetmeliğin 18 inci maddesinin 1 inci fıkrası gereğince esas yönünden inceleme yaparak esas inceleme raporunu düzenler.

Başvuru konusunun uzmanlık gerektiren bir konu olması durumunda, Kanunun 56 ncı maddesinin 6 ncı istinaden, teknik hususlarla ilgili olarak ihtisas sahibi kamu veya özel hukuk tüzel kişileri ile gerçek kişilerin görüşüne başvurabilir.

Kurul, itirazın şikayet başvurusuna konu ihaleye ilişkin bilgi ve belgelerin Kurum kayıtlarına alındığı tarihten itibaren yirmi gün içinde¹⁵⁷ 4734

¹⁵⁷ Bu süre, Kanunun 21 inci maddesinin (b) ve (c) bentleri kapsamındaki ihaleler ile şikayet ve itirazın şikayet başvurusu üzerine verilen iptal kararlarına ilişkin itirazın şikayet başvurularında bu süre on gündür.

sayılı Kanunun 54 üncü maddesinin 10 uncu fıkrasında sayılan kararlardan birini verir. Ayrıca, Kanunun 56 ncı maddesinin 4 üncü fıkrasına istinaden, gerekli görüldüğü takdirde bir dinleme toplantısı tarihi kararlaştırarak bu tarihte ilgilileri dinleyebilir.

3.3.3.2. İncelemenin Kapsamı

Kamu İhale Kurumu tarafından itirazın şikayet başvurusu hakkında esas yönünden yapılacak incelemenin kapsamı, 4734 sayılı Kanunun 56 ncı maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, Kamu İhale Kurumu, itirazın şikayet başvurularını başvuru sahibinin iddiaları ile idarenin şikayet üzerine aldığı kararda belirlenen hususlar ve itiraz edilen işlemler bakımından eşit muamele ilkesinin ihlal edilip edilmediği açılarından inceler. İdare tarafından şikayet veya itirazın şikayet üzerine alınan ihalenin iptal edilmesine işlemine karşı yapılacak itirazın şikayet başvuruları ise idarenin iptal gerekçeleriyle sınırlı incelenir.

Söz konusu kanun hükmü incelendiğinde, itirazın şikayet başvurusunun esas yönünden incelenmesinin kapsamına ilişkin olarak çeşitli kısıtlamalara gidildiği görülmektedir.

İlk sınırlama, başvuru sahibinin iddiaları ile ilgilidir. Başka bir anlatımla, Kamu İhale Kurumu başvuru sahibinin iddiaları dışındaki hususları resen inceleyemeyecektir.

5812 sayılı Kanun öncesi dönemde, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda kurumun esas yönünden inceleme yetkisine ilişkin bir sınırlama olmadığından, Kurum tarafından önce resen inceleme¹⁵⁸, daha sonra ise bağlantılı inceleme¹⁵⁹ adı altında uygulama yapılmaktaydı. (Gök, 2009, s.1199) Ancak 5812 sayılı Kanun, itirazın şikayet incelemesini sadece başvuru sahibinin iddiaları ile sınırlandırmıştır.

¹⁵⁸ Resen inceleme, Kurumun kendiliğinden inceleme yapabilmesini ve dolayısıyla iddialar ile sınırlı olmaksızın, şikayet konusu ihaleye işlemlerin ihale mevzuatına uygunluğunun denetlenmesini kapsamaktaydı. Danıştay, Kamu İhale Kurumu'nun şikayet olmaksızın inceleme yetkisi bulunmamakla birlikte, şikayet konusu ihaleye ilişkin tüm işlemleri inceleyebileceği görüşündedir.

D.13.D., E.2005/5765, K.2005/4812, T. 03.10.2005

¹⁵⁹ Bağlantılı inceleme, (Mülga) İhalelere karşı Yapılacak İdari Başvurulara Ait Yönetmeliğin (24.05.2004 tarih ve 25471 sayılı R.G.) 17 ncı maddesinde, "şikayete konu aşama veya aşamaların ve bu aşamaya bağlantılı işlemlerin kamu ihale mevzuatına uygunluğu yönünden incelemesi" olarak tanımlanmıştır.

İkinci olarak, İYBHY'nin 8 inci maddesinin 10 uncu fıkrası gereğince, başvuru sahibinin idareye şikayet başvurusunda belirtmediği husus ya da hususları, itirazın şikayet dilekçesinde belirtmesi de mümkün bulunmamaktadır. İtirazın şikayet başvurusunda idare şikayet başvurusunda belirtilmeyen hususlara yer verildiği takdirde, başvuru bu hususlar açısından reddedilecektir.¹⁶⁰ Bu nedenle, itirazın şikayet başvurusunun, esas yönünden başvuru sahibinin idareye şikayet başvurusuna ilişkin dilekçesinde belirttiği hususlarla sınırlı olarak incelenebileceğini söylemek mümkündür.

Bununla birlikte, başvuru sahibinin idareye şikayet başvurusu üzerine idarenin alacağı kararda belirtilen hususlar, bu kuralın istisnasını oluşturmaktadır. Başka bir anlatımla, idarenin kararında, şikayet dilekçesinde hakkında iddia bulunmayan hususlara da yer vermesi durumunda, bu hususlar itirazın şikayet başvurusunun esas yönünden incelemesi kapsamında değerlendirilecektir (Gök, 2009, s.1192).

Bu husus, İYBHY'nin 8 inci maddesinin 10 uncu fıkrasında; "İdarenin şikayet üzerine aldığı kararda belirtilen hususlar hariç, şikayet başvurusunda belirtilmeyen hususlar itirazın şikayet başvurusuna konu edilemez." şeklinde hükme bağlanmıştır.

İtirazın şikayet başvurularının esas yönünden incelenmesinin kapsamına ilişkin bir başka kısıtlama, Kanunun ifadesi ile, incelemenin itiraz edilen işlemler bakımından eşit muamele ilkesinin ihlal edilip edilmediği açısından yapılacağıdır.

4734 sayılı Kanunun 5 inci maddesinde, kamu ihalelerine ilişkin temel ilkeler sayılmıştır. Eşit muamele ilkesi bu ilkelerden sadece biri olup, incelemenin sadece bu ilke sınırlanması, 5812 sayılı Kanun ile gerçekleştirilmiştir. 5812 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önce, Kanunun 56 ncı maddesinin birinci fıkrasında;

"İhalelere ilişkin olarak yapım müteahhidi, tedarikçi ya da hizmet sunucusu tarafından, Kurumun nihai kararları üzerine yargıya başvurma hakkının saklı olduğu da belirtilmek suretiyle bu Kanun hükümlerine uygun olmadığı iddia edilen ve düzeltilmesi istenilen durumların bildirilmesi kaydıyla, yukarıda belirtilen hallerde ve sürede Kuruma

¹⁶⁰ Konuya ilişkin Kamu İhale Kurulu Kararları, 134 numaralı dipnotta yer almaktadır.

sözleşme imzalanmadan önce itirazın şikayet başvurusunda bulunulabilir.”

hükmü bulunmaktaydı.

Eski düzenlemede itirazın şikayet başvurusunun esasın incelenmesinin kapsamına ilişkin olarak daraltıcı bir hükme yer verilmeyerek, Kanuna aykırı olduğu iddia edilen tüm idari işlem ve eylemlerin inceleneceği hükme bağlanırken, 5812 sayılı Kanun ile incelemenin sadece eşit muamele ilkesi ile sınırlanmasındaki mantığı anlamak mümkün değildir.

5812 sayılı Kanunun gerekçe metninde, söz konusu değişikliğin amacı;

“İdari başvuru yolunun amaca uygun biçimde kullanılmasını temin bakımından Kurum tarafından başvuru sahibinin iddiaları ve idarenin şikayet üzerine verdiği kararda yer alan hususlar ile itiraz edilen işlemlerin diğer istekliler bakımından uygulanmasının eşit muamele ilkesini ihlal edip etmediği ile sınırlı bir incelemenin yapılması öngörülmekte, böylece şikayet inceleme sürecinin kısa sürede sonuçlandırılması amaçlanmaktadır.”

şeklinde ifade edilmiştir. Kanun koyucu bu düzenleme ile başvuruların sonuçlandırılma süresini ve KİK'in iş yükünü azaltırken, Kanunun temel ilkeleri düzenleyen 5 inci maddesi başta olmak üzere, kamu ihalelerinin usulüne uygun olarak yapılmasına yönelik tüm maddelerine aykırı olarak yapılacak idari işlem ve uygulamaları idari denetim kapsamı dışına çıkarmıştır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 53 üncü maddesinde Kamu İhale Kurumu'nun görevleri arasında ilk sırada “İhalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde idarece yapılan işlemlerde bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olmadığına ilişkin şikayetleri inceleyerek sonuçlandırmak” sayılırken, 5812 sayılı Kanun ile itirazın şikayet incelemesinin sadece eşit muamele ilkesinin ihlal edilip edilmediği ile sınırlandırılması, aynı kanunda birbiri ile çelişen iki düzenlemenin bulunması sonucunu doğurmuştur. Bu durumda, sonraki kanun ile önceki kanun çelişirse sonraki kanun uygulanır ilkesi gereğince, 53 üncü maddeden sonra yürürlüğe giren ve 5812 sayılı Kanun ile değişik 56 ncı madde hükmünün uygulanacağı söylenebilir.

Gök (2009, s.1200), haklı olarak, sadece şikayete konusu hususların incelenmesinin yeterli olmayacağını savunmaktadır. Gök'e göre, idare, başvuru konusu işlemin dayandığı yetki ve takdiri diğer aday veya isteklilerin durumunu değerlendirme ve karara bağlama yönünde de kullanmakta ve onlarla ilgili işlemler tahsis etmektedir. İhtilaf konusu idari işlemin aynı durumda bulunan diğer isteklilere nasıl uygulandığını değerlendirmek, eşit muamele ilkesinin gözetilmesi açısından zorunlu olduğu gibi, idare uygulamalarında esas alınan ölçütlerin irdelenmesi için de gereklidir.

Kamu İhale Kurulu da, eşit muamele ilkesini geniş yorumlayarak, Kanunun 5 inci maddesinde diğer temel ilkelere aykırılık olduğunu tespit etmesi durumunda, eşit muamele ilkesinin de ihlal edildiğine kanaat getirmektedir.

Örneğin bir kararında Kurul,

“... Saydamlık; ihale sürecinde idare tarafından tesis edilen işlemlerin isteklilere ve kamuoyuna açık bir şekilde gerçekleştirilmesidir. Bu sayede, idare tarafından ihale sürecinde gerçekleştirilen işlemler istekliler ve kamuoyu açısından izlenir, bilinir ve anlaşılır hale gelmektedir. İdare isteklilere açık olarak yapması gereken bir işlemi istekliler olmadan yaparsa bu işlem Kanunun 5 inci maddesinde düzenlenen saydamlık, eşit muamele ve güvenilirlik ilkelerine aykırı olacağı gibi bu durumun idarenin tarafsızlığına ve güvenilirliğine gölge düşüreceği açıktır.

İdare tarafından, başvuru sahibinin yazılımının teknik şartnamenin 4.2, 5.1, 42.5 nolu maddelerini sağlayamadığına ilişkin olarak tutulan tutanağın saydamlık, eşit muamele ve güvenilirlik ilkeleri gereğince hali hazırda demonstrasyon yapılırken ve isteklinin huzurunda tutulması, demonstrasyon sırasında sağlanamayan maddelerin demonstrasyon tutanağına yazılması, sağlanamayan maddelerin neden sağlanamadığına ilişkin olarak açıklayıcı bilgilerin yazılması, sağlanamayan maddelerin istekliye bildirilmesi ve tutanağın altına istekliye de imzalatılması gerekmekte olup, tutanağın isteklinin huzurunda tutulmamasının ve bu şekilde yapılan demonstrasyon işleminin kamu ihale mevzuatına aykırı olduğu sonucuna varılmıştır. ...”

ifadelerine yer vermiştir.

İtirazen şikayet başvurularının esas yönünden incelenmesi açısından Kamu İhale Kurumu'nun inceleme yetkisini sınırlayan son düzenleme, şikayet veya itirazen şikayet başvuruları üzerine verilen iptal kararları ile ilgilidir. Buna göre, Kurum, şikayet veya itirazen şikayet başvuruları üzerine verilen iptal kararlarına ilişkin itirazen şikayet başvurularını sadece idarenin iptal kararının gerekçeleri ile sınırlı olarak inceler. Bu sınırlama ile, iptal kararları

üzerindeki, şikayet üzerine verilmeyen iptal kararlarının inceleme dışı bırakılması ile daraltılan inceleme yetkisini daha da daraltmıştır. Şikayet üzerine verilen iptal kararlarında, idarenin iptal kararının gerekçeleri dışındaki hususlar ve iddialar inceleme kapsamı dışındadır.

5812 sayılı Kanun öncesi dönemde, Kamu İhale Kurulu, idarenin iptal kararı üzerine, tüm ihale işlemlerinin ve dolayısıyla ihale sürecinin bütün hüküm ve sonuçları ile ortadan kalkmış olacağı gerekçesi ile iptal kararlarına ilişkin itirazın şikayet başvurularını görev yönünden reddetmekteydi.

Ancak Danıştay'ın Kurumun iptal kararlarına ilişkin itirazın şikayet başvurularını incelemekle görevli olduğuna ilişkin kararı¹⁶¹ doğrultusunda, bu defa iptal gerekçelerinin hukuka aykırı olduğu Kurulca tespit edilen tüm iptal kararları iptal edilmeye başlanmış ve bu kararlar idarelerin ihale yapmaya zorlandığı gerekçesi ile eleştirilmiştir. Bu eleştiriler, 5812 sayılı Kanunun gerekçesinde de yer almaktadır.¹⁶²

Söz konusu düzenleme ve gerekçesi eleştiriye açıktır. Şöyle ki, idarelerin ihalenin iptali yönündeki kararlarının Kamu İhale Kurumu tarafından denetlenmesinin amacı idareleri ihale yapmaya zorlamak değil, keyfi ve hukuksal gerekçelerden yoksun iptal kararlarını engellemektedir. Zira hukuka uygun olarak alınan ihalenin iptali kararlarına yönelik itirazın şikayet başvuruları Kurum tarafından reddedildiğinden, idarelerin ihale yapmaya zorlanması gibi bir durum söz konusu olmamaktadır. Ayrıca, şikayet üzerine verilmeyen iptal kararlarının idari denetim dışına çıkarılmasının idarelerin ihaleleri istedikleri istekli üzerinde kalana kadar sürekli iptal kararı vermeleri sonucunu doğuracağı da gözden kaçmış gibidir. Şikayet üzerine verilmeyen iptal kararlarının idari yargı denetimine tabi olduğu biliniyor ise de, yargısal denetimin idari denetime göre oldukça uzun sürdüğü dikkate alındığında, uzun süre sonra idari yargı yerleri tarafından alınacak ihalenin iptali

¹⁶¹ D.1.D., E.2004/36, K.2004/42, T.13.04.2004

¹⁶² 5812 sayılı Kanunun 5 inci maddesinin gerekçesinde; "Diğer taraftan Kanunun muhtelif maddeleriyle idareye verilen iptal yetkisinin itirazın şikayet incelemesine tabi tutulması idareyi ihale yapmaya zorlamak anlamına geleceğinden ve esasen iptal edilen ihaleden sonra aynı amaçla açılan ihalelerin de idari başvurulara konu edilmesi zaten mümkün olduğundan, idarenin ihalenin iptali işlemlerinin itirazın şikayet konusu yapılamayacağına yönelik bir düzenleme öngörülmekte ancak idareye yapılan şikayet üzerine Kanunun 54 üncü maddesi uyarınca idarece ihalenin iptali kararının verilmesi durumunda ise bu kararlara karşı itirazın şikayet başvurusunda bulunulabilmesi düzenlenmektedir." denilmektedir.

yönündeki kararının uygulanma ve istenilen sonuçları yaratma olasılığı da düşüktür. Çünkü idare, iptal üzerine yeniden ihale yapmış ve muhtemelen istediği istekli ile sözleşme imzalamış olacaktır.

Sonuç olarak, 4734 sayılı Kanunun Kamu İhale Kurumu'nun itirazın şikayet başvurularını esaslan inceleme yetkisinin kapsamına ilişkin hükümlerinin, 5812 sayılı Kanun öncesi dönemde daha etkin bir idari denetim sağladığı düşünülmektedir.

3.3.3.3. Kamu İhale Kurumu'nun İhtisas Gerektiren Hususlarda Görüş Sorması

4734 sayılı Kanunun 56 ncı maddesinin 6 ncı fıkrasına göre Kamu İhale Kurumu, gerekli gördüğü takdirde özel uzmanlık gerektiren teknik hususlarla ilgili olarak ihtisas sahibi kamu veya özel hukuk tüzel kişileri ile gerçek kişilerin görüşüne başvurabilir. Görüş alınan gerçek veya tüzel kişiye, Kurul tarafından, anılan maddede belirtilen miktarlarda ödeme yapılır.

Bu uygulama, yargılama hukukundaki bilirkişilik müessesesine benzemektedir. Alınan görüşün Kurulu bağlayıp bağlamadığına ilişkin olarak Kanunda bir hüküm bulunmama ile birlikte, genellikle, alınan uzmanlık görüşleri doğrultusunda karar alındığı görülmektedir.¹⁶³

3.3.3.4. Dinleme Toplantısı

4734 sayılı Kanunun 56 ncı maddesinin 4 üncü fıkrasına göre, Kurul gerekli gördüğü takdirde bir dinleme toplantısı tarihi kararlaştırarak bu tarihte ilgilileri dinleyebilir.

Kanun koyucu, dinleme toplantısı yapıp yapmamak konusunda Kamu İhale Kurulu'na takdir yetkisi vermiştir. Bununla birlikte Kurul kararları incelendiğinde, bu yetkinin genellikle idareden istenen ihale işlem dosyasında

¹⁶³ Örnek Kamu İhale Kurulu kararları:
Karar Tarihi: 11.05.2010 ; Karar No: 2010/UM.I-1307
Karar Tarihi: 12.04.2010; Karar No: 2010/UM.I-1108
Karar Tarihi: 16.03.2010; Karar No: 2010/UM.I-781
Karar Tarihi: 04.01.2010; Karar No: 2010/UM.III-14

yer alan bilgi ve belgelerin, karar verilmesi için yeterli olmadığı durumlarda kullanıldığı görülmektedir.

Kurul bazı kararlarında, itirazın şikayet dilekçelerinde yer alan dinleme toplantısı taleplerini toplantı yapılmasına gerek olmadığı gerekçesi ile reddetmektedir.¹⁶⁴

Kurulun itirazın şikayet incelemesi aşamasında ve karar verme sürecinde, karara dayanak teşkil edecek belge ve olguları nasıl değerlendireceğine veya ispat araçları arasındaki öncelik sıralamasına ilişkin olarak Kanunda herhangi bir düzenleme bulunmamakla birlikte, Kurulun işlem dosyasından kesin olarak bir sonuca varamadığı durumlarda, dinleme toplantısındaki taraf beyanlarına itibar ederek karar verdiği görülmektedir.

Örneğin, 06.02.2007 tarih ve 2007/UY.Z-462 numaralı kararında Kurul,

“... tarihinde yapılan dinleme toplantısında, iddia konusu hususlara ilişkin olarak tarafların yapmış oldukları açıklamalardan, her ne kadar idarece CD ile ihale dokümanı verilmesi işlemine ilişkin olarak Kamu İhale Genel Tebliğ hükümlerine göre güvenlik tedbirlerinin alınmadığı anlaşılmış olsa da, ihale konusu işin her bir iş kalemi için birim fiyat teklif almak suretiyle ihale edildiği, ihale dokümanı kapsamında her bir iş kaleminin adının ve miktarının yer aldığı, bu haliyle istekliye verilen CD'nin teklif hazırlamaya ve vermeye elverişli olduğu, nitekim aynı ihalede 39 adet isteklinin doküman aldığı ve bunlardan 29'unun teklif verdiği hususları birlikte değerlendirildiğinde iki CD arasındaki farklılığın isteklinin teklif sunmasına engel teşkil etmediği sonucuna varılmıştır.”

şeklinde hüküm tesis etmiştir.

3.3.3.5. Esas Yönünden İnceleme Sonucunda Alınacak Kararlar (Nihai Kararlar)

3.3.3.5.1. Genel Olarak

İtirazın şikayet başvurusunun esas yönünden incelenmesi sonucunda, Kurul 4734 sayılı Kanunun 54 üncü maddesinin 10 uncu fıkrasında yer alan kararlardan birini alır.

¹⁶⁴ Örnek Kamu İhale Kurulu kararları:
Karar Tarihi: 15.06.2009; Karar No: 2009/UM.II-1695
Karar Tarihi: 07.01.2008; Karar No: 2008/UH.Z-19
Karar Tarihi: 10.12.2007; Karar No: 2007/UH.Z-4033

İtirazen şikayet başvurusuna konu aykırılığın düzeltici işlem ile giderilmesi mümkün ise düzeltici işlem belirlenmesi, bu mümkün değilse ihalenin iptali, başvuru yerinde değil ise başvurunun reddi kararı verilecektir.

Kanunda açıkça düzenlenmemekle birlikte, Kurul gerekli gördüğü takdirde, ayrıca tespit edilen aykırılıklarla ilgili olarak idari ve/veya cezai yönleriyle gereği yapılmak üzere belirleyeceği idarelerin bilgilendirilmesine ve/veya Cumhuriyet savcılıklarına suç duyurusunda bulunulmasına karar verebilir (Küçük, 2007, s.163). Ancak bunlar, Kanunda yer alan kararların yanında ek olarak verilen bir karar türüdür. Başka bir anlatımla, Kurul sadece Cumhuriyet Savcılığı'na suç duyurusunda bulunulmasına karar veremez.

3.3.3.5.2. İhalenin İptali

Kurul tarafından ihale işlemlerinin iptaline karar verilebilmesi için mevzuata aykırı olduğu tespit edilen işlemin hem ihale sürecinin devam etmesine engel teşkil etmesi hem de düzeltici işlemle giderilemeyecek nitelikte olması gerekir. Bu durumda idarelerin ihale süreci içinde hukuka aykırı olarak tesis ettikleri işlemlerin ihalenin sağlıklı olarak devamını engelleyecek nitelikte olduğu kabul edilmektedir. Kanunun "ihale sürecinin devam etmesine engel oluşturacak nitelikte olması" Kurulun ise "ihalenin esas" şeklinde tanımladığı iptali gerektirecek derecede mevzuata aykırılıktan anlaşılması gereken, Kanunun temel ilkelerine ve emredici nitelikteki hükümlerine olan aykırılıktır (Yılmaz, B., 2007, s.202).

Kurul tarafından, ihale dokümanında marka, model belirtilmesi veya belli bir isteklinin tarif edilmesi gibi ihalede eşitlik ve rekabet ortamının oluşmaması hallerinde veya ihale komisyonunda ihale konusu için uzmanının olmaması nedeniyle tekliflerin teknik şartnameye uygunluk açısından değerlendirilmesinin imkânsız hale gelmesi durumlarında ihale tamamen iptal edilmektedir (Karaca, 05 Temmuz 2004).

3.3.3.5.3. Düzeltici İşlem Belirlenmesi

İtirazen şikâyet başvuru üzerine alınan düzeltici işlem kararı, ihale işlemlerinin tamamının ya da bir kısmının iptalini gerektirmeyen, ihale

sürecinin kesintiye uğramasına neden olmayacak, idare tarafından düzeltilebilecek nitelikteki kanuna aykırılıklar veya eksikliklerin giderilmesi yolundaki kararlardır. Bunlar, kanunda öngörülen bazı bildirimlerin yapılmaması, bazı sonuca etkili olmayan işlemlerin, belge ve bilgilerin tamamlanması gibi, ihale sürecini kesintiye uğratmadan düzeltme yoluyla giderilebilecek hususlardır (Keyik, 2008, s.128).

Düzeltilici işlem belirlenmesi kararında Kurul, şikayete konu duruma ilişkin kanun ve ilgili mevzuata uygun idari işlemin ne olduğunu bir başka ifade ile, somut olayda idarece tesis edilmesi gereken işlemi belirleyecek dolayısıyla ihaleyi yapan idarenin söz konusu kanun ve ilgili mevzuata aykırı kararı yerine hangi kararı alacağını bizzat kararında gösterecektir (Canbazoğlu, 2008, s.218).

4734 sayılı Kanun, Kurul'un itirazın şikayet incelemesini sonuçlandırması üzerine belli bazı işlemlere hükmedeceğini belirtmiş olmasına rağmen, Kurul'ca düzeltilici işlemin belirlenmesi halinde, Kurul'un idare yerine geçerek bir işlem tesisi ve bu işleme dayalı olarak bundan sonraki aşamalara ilişkin işlemlerin idarece tesisi söz konusu değildir. Yani Kurul doğrudan ihale sürecine ilişkin, ihale sürecine eklenen bir işlem tesis edemeyecektir. Kurul'ca hukuka aykırılık iddiasının incelenerek varsa hukuka aykırılığın tespiti ve bu durumu giderebilecek, şikayete konu duruma hukuken uygun işlemin belirlenmesi söz konusudur (Canbazoğlu, 2008, s.219).

3.3.3.5.4. Başvurunun Reddi

İtirazın şikayet başvurusunda yer alan iddiaların gerçek olmadığını ya da gerçek olmakla birlikte hukuka aykırılık teşkil etmediğinin tespit edilmesi durumunda, Kurul başvurunun reddine karar vermektedir.

Başvurunun reddi kararı, ön inceleme sonucunda verilen kararlar arasında da yer alır. Ancak buradaki başvurunun reddi kararının ön inceleme sonucu verilen başvurunun reddi kararından farkı, ön inceleme sonucunda başvurunun şekil ve usul yönünden uygun olduğunun tespit edilmesinden sonra esas incelemesine geçilmesi ve esas incelemesi sonucunda

başvurunun özü itibarıyla uygun bulunmaması, başka anlatımla başvuru konusu işlem ya da uygulamaların hukuka uygun olduğuna karar verilmesinden kaynaklanmaktadır.

Bununla birlikte Kamu İhale Kurulu, bazı kararlarında, hukuka aykırılığı ve itirazın şikayet başvurusunun haklılığını tespit etmekte, ancak aykırılığın esasa veya sonuca etkili olmadığı gerekçesi ile başvurunun reddine karar vermektedir.

Örneğin, 12.08.2008 tarih ve 2008/UH.Z-3381 nolu Kurul kararında,

“... Şikayet konusu ihalede ihale komisyonu oluşturulurken alınan Genel Müdürlük olurunda asil üyeler belirlenirken yedek üyelerin belirlenmemesinin yukarıda anılan mevzuat hükümlerine aykırı olduğu anlaşılacakla birlikte, anılan aykırılık esasa etkili bulunmamıştır. ...”

denilerek, başvurunun reddine karar verilmiştir.

09.03.2010 tarih ve 2010/UH.III-712 nolu kararda da benzer şekilde;

“... başvuru sahibi isteklinin teklifinin değerlendirmeye alınmama veya uygun bulunmama gerekçelerinin idarece bildirildiği 13.01.2010 tarihli yazının tebliğinden itibaren on gün geçmedikçe sözleşme imzalanamayacağı belirlenmiş olup, idare ile ihale üzerinde kalan istekli arasında 19.01.2010 tarihinde imzalanan sözleşmenin Kamu İhale Kanununun 41 inci maddesinde öngörülen sürelerle uyulmaksızın imzalandığı anlaşılacakla birlikte, bu hususun ihalenin sonucunu değiştirmeyecek olduğu ve esasa etkili olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. ...”

ifadelerine yer verilmiş ve başvurunun reddine karar verilmiştir.

İtirazen şikayet başvuruları, idarenin hukuka aykırı olduğu işlem ya da eylemlerinin eşit ilkesinin ihlal edilip edilmediği yönünden incelendiğinden, ihalenin sonucuna ve dolayısıyla esasına etki etmeyen şekli aykırılıkların iptal ya da düzeltici işlem belirlenmesi kararına dayanak teşkil etmemesi anlaşılabilir bir durumdur. Aksi takdirde, ihalenin sonucuna etki etmeyen şekil aykırılıklarının tespiti durumunda ihale işlemlerinin iptaline karar verilmesi gibi bir durum ortaya çıkardı. Örneğin itirazın şikayet başvurusunun esas yönünden yerinde olmadığı, ancak sözleşmenin süreye uyulmaksızın imzalandığı bir ihalede, ihale işlemlerinin KİK tarafından iptali, usul ekonomisi ve kamu yararı açısından yerinde olmayacaktır.

3.3.3.5.5. Başvuru Teminatının Gelir Kaydedilmesi

4734 sayılı Kanunun 54 üncü maddesinin 10 uncu fıkrasında göre, Kurumun görev alanında bulunmaması hali hariç, itirazın şikayet başvurusunun reddedilmesi durumunda, başvuru teminatı yatırılan hallerde teminatın gelir kaydedilmesine de karar verilir.

İtirazın şikayet başvurusu için başvuru teminatı alınması, 5812 sayılı Kanun ile ihale hukuku literatürüne girmiştir. 4734 sayılı Kanunun 5812 sayılı Kanun ile değişik 54 üncü maddesinin 6 ncı fıkrasına göre, itirazın şikayette bulunanlardan 4734 sayılı Kanunun 53 üncü maddenin (j) bendinin (2) nolu alt bendinde belirtilen bedelin dört katı tutarına kadar başvuru teminatı alınmasına Bakanlar Kurulunca karar verilebilir. Atıf yapılan düzenleme, itirazın şikayet başvuru bedellerine ilişkin hükümdür.

5812 sayılı Kanun öncesi dönemde, başvuru bedeli maktu idi. Başka bir anlatımla, başvuru konusu ihalenin yaklaşık maliyeti ne olursa olsun, başvuru için aynı tutar yatırılmaktaydı. 5812 sayılı Kanun ile başvuru bedelleri arttırıldığı gibi, yaklaşık maliyet tutarına göre belli aralıklar ve farklı başvuru bedelleri belirlenmiştir. Kanun koyucu bu bedellerin dört katı tutarında teminat alınmasına Bakanlar Kurulu'nun karar verilebileceğini hükme bağlamıştır.

Bu tezin kaleme alındığı tarih itibarıyla Bakanlar Kurulu bu yetkisini kullanmış değildir. Bu nedenle, mevcut durumda Kamu İhale Kurulu'nun başvuru teminatının gelir kaydedilmesine karar verme imkanı bulunmamaktadır.

5812 sayılı Kanun ile dikkate değer oranda arttırılan şikayet başvuru bedelleri, hak arama özgürlüğü açısından tartışmaya açıkken, ek olarak söz konusu bedellerin dört katı oranında başvuru teminatı alınmasına karar verilmesi tartışmanın boyutunu genişletecektir. Zira başvurulara yönelik olarak başvuru sahipleri için getirilen mali yükümlülüklerin miktarı, uyuşmazlıklarda gereksiz başvuruların önlenmesi ve gereksiz iş yükünün azaltılması ile idarenin hukuka aykırı işlem ve eylemlerinin denetimine yönelik ciddi başvuruların yapılabilmesi arasındaki dengeyi yakından

ilgilendirmektedir. Başvuru bedel ve teminatının çok fazla olması, kişilerin hak arama özgürlüklerini kullanamamalarına yol açabilir.

Yürürlükteki mevzuat hükümleri dikkate alındığında, itirazın şikayet başvuru bedellerinin Kurul tarafından lehlerine karar verilen başvuru sahiplerine iade edilmemesi ve hatta aksi durumda ek olarak başvuru teminatlarının gelir kaydedilmesi, zorunlu bir idari başvuru türü olan itirazın şikayet başvurusu imkanını aşırı bir şekilde daraltmaktadır. Başvuru sahibi haklı çıksa dahi, haklılığının tespiti için başvuru bedelini ödemek zorunda kalmakta ve bu bedeli geri alamamaktadır.

Kamu İhale Kurumuna itirazın şikayet başvuru bedelleri, mahkemelerin başvuru bedellerinin kimi zaman otuz beş katına ulaştığı için normal mahkeme masraflarından daha büyük miktara varmaktadır. Bu nedenle dava açma hakkı ve yargıya başvurma açısından caydırıcı etkisi çok fazladır ve savunma hakkını kısıtladığı için Anayasaya aykırılığı da savunulabilir (İnan, Erişim: Haziran 2010).

3.3.3.5.6. Cumhuriyet Savcılığı'na Suç Duyurusunda Bulunması ve/veya Üst/İlgili İdareye Bildirim Yapılması

Yapılan inceleme sonucunda, tespit edilen hukuka aykırılığın aynı zamanda suç teşkil ettiği kanaatine de varılırsa, Cumhuriyet Savcılığı'na suç duyurusunda bulunulmasına da karar verilir. Kamu İhale Kurulu, bir fiilin suç olup olmadığına karar verme yetkisine sahip olmamakla birlikte, suç olabileceği düşünülen ve itirazın şikayet incelemesi sonucunda tespit ettiği hususlar ile ilgili olarak Cumhuriyet Savcılığı'na suç duyurusunda bulunulmasına karar vermesi söz konusudur.

Bazı durumlarda, Kurul, hukuka aykırılığı tespit etmekle birlikte, bu aykırılığın ihalenin sonucuna etki etmediği gerekçesi ile başvurunun reddine karar vermektedir. Bunun yanında, ihale mevzuatının doğru uygulanmasını sağlamak ve uygulamayı yönlendirmek amacıyla, aykırılığın varsa üst ya da ilgili idareye bildirilmesine de karar verilmektedir. İdarenin hukuka aykırı işlemlerini her zaman geri alabileceği veya en azından sonraki ihale

uygulamalarında daha dikkatli olması açısından, Kurulun bu tür kararlarının faydalı olduğu söylenebilir.

3.3.3.5.7. Karar Verilmesine Yer Olmadığı Kararı

İtirazen şikâyet başvurusunun Kurum tarafından esastan incelenmesi sırasında başvuruya konu ihalenin idare tarafından iptal edildiği ya da itirazen şikâyet konusunun daha önce baka bir Kurul kararı ile sonuçlandırıldığı anlaşıldığında, Kurul tarafından bu aşamada bir ihale ve bu ihaleye ilişkin bir süreç kalmadığı veya uyuşmazlığın daha önce sonuçlandırıldığı gerekçesiyle başvurunun esası hakkında karar verilmesine yer olmadığına kararı verilmektedir.¹⁶⁵

Kanunda Kamu İhale Kurulu'nun bu tür bir karar alabileceğine ilişkin düzenlememe bulunmamakla birlikte, uyuşmazlık konusunun ortadan kalkmış olması ya da daha önce Kurul tarafından karara bağlanmış olması durumunda başvurunun reddedilmesi ya da aynı kararın tekrar verilmesine gerek olmadığından bu tür bir karar verilmesi bir bakıma zorunlu olmaktadır.

3.4. Karar Gereklarının Yerine Getirilmesi

4734 sayılı Kanunun 56 ncı maddesinin son fıkrasına göre, idareler hukuki durumda değişiklik yaratan Kurul kararlarının gerektirdiği işlemleri ivedilikle yerine getirmek zorundadır. Buna göre idare, başvurunun reddi durumunda ihale işlemlerine devam etmek, ihalenin iptali durumunda tüm ihale işlemleri baştan itibaren geçersiz olacağı için verilmiş ise ihale kararını iptal etmek ve imzalanmış ise sözleşmeyi fesih ve tasfiye etmek, düzeltici işlem belirlenmesi durumunda ise ihale işlemlerini karar konusu düzeltme doğrultusunda sürdürmek ve kararın gerektirdiği değişiklikleri yapmak zorundadır.

¹⁶⁵ Örnek Kamu İhale Kurulu kararları:
Karar Tarihi: 04.05.2010; Karar No: 2010/UH.I-1267
Karar Tarihi: 19.04.2010; Karar No: 2010/UY.III-1201
Karar Tarihi: 30.03.2010; Karar No: 2010/UM.I-917
Karar Tarihi: 11.03.2010; Karar No: 2010/UY.I-761

İYBHY'nin 23 üncü maddesinin 3 üncü fıkrası gereğince, Kurul kararlarının İdare tarafından hiç uygulanmaması durumunda, doğrudan Cumhuriyet Başsavcılığı'na başvurularak suç duyurusunda bulunulabilir.

Kurul kararlarının eksik veya yanlış uygulanması durumunda ise, İYBHY'nin 23 üncü maddesinin 2 nci maddesine istinaden doğrudan Kamu İhale Kurumu'na başvurulabilecektir.

Kurul bir kararında, Kurul kararını uygulamayan ve dolaylı olarak etkisiz hale getiren idarenin bu amaçla yaptığı idari işlemin de iptaline karar vermiştir. Söz konusu kararda,

“ ... Kurulca verilen kararların İdarelerce, gerekçesi de dikkate alınmak suretiyle uygulanması zorunludur. Kamu İhale Kurulu tarafından verilen iptal kararı bağlayıcılık niteliği taşımaktadır. Yani hem ihaleye teklif veren tarafları hem de idareyi bağlamaktadır. Kurul kararlarının Kanunun belirlediği amaç doğrultusunda, tarafların hak ve menfaatlerini koruyucu sonuç ifade edebilmesi ve etkinlik sağlayabilmesi, kararlarda yer alan gerekçe ve sonuç hükümleriyle tarafların bağlı olması ve uygulamalarını bu yönde yapmaları ile mümkündür. İdarenin tesis ettiği işlem Kurul tarafından iptal edildikten sonra idarelerce iptal hükmünün etkisini ortadan kaldıracak biçimde incelenen aşamayla ilgili olarak aynı işlemin yeniden yapılması “hukuk devleti” ve “idarenin eylem ve işlemlerinde hukuka bağlı kalması gerektiği” prensiplerine aykırılık teşkil edecektir.

Açıklanan nedenlerle; Başvuruya konu 2004/83127 İhale Kayıt nolu Doğu Karadeniz Doğal Gaz Boru Hattı Projesi (Faz-II) Yapım İşi” ihalesinin iptaline yönelik 21.10.2004 onay tarihli olan ihale komisyonunun aynı gün ve 9 sayılı işleminin iptaline oyçokluğu ile karar verildi.”

şeklinde hüküm tesis edilmiştir.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

SONUÇ VE ÖNERİLER

İdarenin işlem ve eylemlerinin yine idari organlar tarafından denetlenmesi olarak tanımlanan idari denetimin harekete geçirilmesi ve böylece idarenin kanuniliği ilkesinin gerçek anlamda uygulanması açısından olduğu kadar, hak arama hürriyetinin bir parçası olması yönünden de oldukça önemli olduğu düşünülen idari başvuruların etkin bir şekilde kullanılabilmesine olanak sağlayan yasal düzenlemelerin varlığı hukuk devletinde olması gereken özelliklerdendir.

Bu bağlamda, kamu ihaleleri gibi, kamu kaynağının kullanıldığı ve özel sektör ile kamu sektörü arasındaki ekonomik ilişkiyi doğrudan etkileyen önemli bir idari faaliyet türü açısından, uyuşmazlıkların yargıya aktarılmadan önce idari denetim mekanizmaları ile çözüme kavuşturulması için 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile şikayet ve itirazın şikayet başvuru yollarının getirilmesi, DİK’de bu tür idari denetim mekanizması öngörülmediği dikkate alındığında, olumlu olarak değerlendirilmesi gereken bir durumdur.

Bununla birlikte, şikayet ve itirazın şikayet başvurularının etkin bir idari denetim sağlayıp sağlamadığı ve bu bağlamda söz konusu idari başvuru yollarının tüm ilgililerce işletilip işletilemeyeceği hususlarının irdelenmesi gerekir.

İlk olarak, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun Kamu İhale Kurumu’nun itirazın şikayet başvurularına yönelik inceleme yetkisi ile ilgili düzenlemelere bakıldığında, itirazın şikayet başvurularının incelenmesi açısından etkin bir denetim yapılmadığını düşündürecek hükümlere rastlanmaktadır.

Örneğin;

- İdareler tarafından alınan iptal kararlarından sadece şikayet veya itirazın şikayet üzerine alınanların incelenmesi ve incelemenin idarenin iptal gerekçeleri ile sınırlı olması,
- İncelemenin sadece başvuru sahibinin iddiaları ile sınırlı olması,
- Başvuruların sadece eşit muamele ilkesinin ihlal edilip edilmediği açısından yapılması.

İkinci olarak, gerek 4734 sayılı Kanun ve ikincil mevzuattaki bazı düzenlemeler ile, idari başvuru ehliyeti daraltılmış, ihale işlem veya eylemleri ile menfaati ihlal edilmiş olsa dahi ilgililerin şikayet ve itirazın şikayet başvurusunda bulunma imkanı elinden alınmıştır. Ayrıca Kamu İhale Kurulu da, bazı kararları ile başvuru ehliyetini daraltmıştır. Başvuruları ehliyet yönünden reddetmiştir. Böylelikle, başvuru ehliyetinin dar algılanması sonucunda, şikayet ve itirazın şikayetin zorunlu idari başvurular olması nedeniyle ilgililerin idari yargıya başvurma hakkı da ortadan kaldırılmıştır.

İhale hukukundaki idari başvurulara ilişkin eleştiriye açık bir başka husus, 4734 sayılı Kanun'da itirazın şikayet başvuru bedellerinin Kamu İhale Kurumu'nun geliri olduğuna ilişkin düzenleme yapıldığı gerekçesiyle, haklı çıkırsa dahi başvuru sahibine iade edilmemesi ve Bakanlar Kurulu'nun karar vermesi durumunda bu bedellerin dört katına kadar başvuru teminatı alınmasıdır.

Sonuç olarak, ihale hukukumuzdaki idari başvuru yollarının ve dolayısıyla ihale işlemleri üzerindeki idari denetim mekanizmalarının tam anlamıyla etkin bir denetime olanak sağlayabilmesi için aşağıdaki hususlarda yasal değişikliklere gidilmesi gerektiği görülmüştür:

- İdari yargılama usulü hukukundaki dava ehliyeti ile ihale hukukundaki şikayet ve itirazın şikayet ehliyeti paralel hale getirilmeli ve bunun için de şikayet ehliyeti açısından hak ihlali yerine menfaat ihlali şartı getirilmelidir.

- Kamu İhale Kurumu'nun itirazın şikayet başvurularını inceleme yetkisi, 5812 sayılı Kanundan önceki dönemde olduğu gibi genişletilmeli, idarenin başvuruya konu işlem ya da eyleminin hukuka aykırı olup olmadığı sadece eşit muamele ilkesi ile sınırlı olarak değil 4734 sayılı Kanunun tüm hükümleri, genel hükümler ve genel hukuk ilkeleri çerçevesinde incelenmelidir.

- Kamu İhale Kurumu, idarelerin sadece şikayet ya da itirazın şikayet üzerine verdikleri iptal kararlarını değil tüm iptal kararlarını inceleyebilmelidir.

- 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda, itirazın şikayet başvurusu haklı bulunanlara başvuru bedellerinin iade edileceğine ilişkin düzenleme yapılmalıdır.

KAYNAKÇA

- Akbaşı, N. ve Şimşek, A. (2007). İhalelerde Hak Arama Yolları. Ankara: Güncel Mevzuatı Araştırma ve Eğitim Derneği.
- Akıllıoğlu, T. (1990). Yönetmelik Yargı ve Denetimin Etkinliği. *Amme İdaresi Dergisi*, 23, 1.
- Aksoy, E. (2010). Avrupa Birliği Hukukunda Kamu Alımları ve Türk İhale Hukukunun Avrupa Birliği İhale Hukukuna Uyumu. Yayımlanmamış Uzmanlık Yeterlilik Tezi. Ankara: Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası.
- Akyılmaz, B. (Ocak 1998). Yeni Bir İdari Usul Kanunu Örneği: İspanya Kamu İdarelerinin Hukuki Rejimi ve Genel İdari Usûl Hakkında Kanun. (İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu, Bildiriler). Ankara: Başbakanlık Basımevi. s.41-63.
- Akyılmaz, B. (2000). İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Altun, M. (2004) Yeni Kamu İhale Düzeni (Uygulama Esaslarının Açıklanması). Ankara: Yaklaşım Yayıncılık.
- Baş, Z. ve Demirkol, S.(2004). (Teori ve Pratikte) İdari Yargıda Dava Açma ve Davaların Takip Usulü. 3. Bası. Ankara: Beta Yayınları.
- Başözen, A. (Şubat 1999) "Kamu Bürokrasisi ve Denetim Yolları". AKADER, Kamu Hukuku Arşivi, Erişim: Mart 2010. http://www.akader.info/KHUKA/3_99_subat/kamu_burokrasisi.htm#ftnref2
- Böke, V. (2006). Kamu İhale Kurulu Kararları Işığında Kamu İhaleleri Şikayet Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Buz, V. (2007) Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluş ve Geçerlilik Şartları. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Canbazoğlu, K. (2008) 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda Öngörülen Zorunlu İdari Başvurular ve Denetim Yolları. Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. Erişim: Nisan 2010. <http://tez2.yok.gov.tr/>
- Coşkun, S.ve Kayağdı, M. (2001) İdari Yargılama Usulü. Birinci Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Demirkol, S.(Ocak-Mart 2001) İdare Hukukunda İdari Eylemler Olgusu. *Sayıştay Dergisi*, 40, 1-17. Erişim: Mayıs 2010. <http://www.sayistay.gov.tr/yayin/dergi/icerik/der40m5.pdf>

- Doğanyığıt, S.(2003) Açıklamalı-Uygulamalı-Sorun Çözümlü Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu. İkinci Baskı.Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Duran, L. (1946) İdari Müracaatlar ve Bunlar Karşısında İdarenin Sükutu. *İ.Ü.H.F.M.* 12, 1, 130-199.
- Duran, L. (1945) İdari Kazada Dava Açma Müddeti. *İ.Ü.H.F.M.* 11, 1-2, 238-263.
- Gök, Y. (2009). Soru ve Cevaplarla Açıklamalı Kamu İhale Kanunu. Ankara: İlksan Matbaası.
- Gözler, K. (Kasım 2005). "Hukuk Devleti". Erişim: Mart 2010, www.anayasa.gen.tr/hukukdevleti.htm
- Gözler, K. (2003). İdare Hukukuna Giriş. II. Baskı. Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları.
- Gözler, K. (2007). İdare Hukuku Dersleri. Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları.
- Gözübüyük, Ş. (1994) Yönetim Hukuku. Ankara: Sevinç Matbaası.
- Gözübüyük, Ş. (1996) Yönetimsel Yargı. Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları.
- Gözübüyük, Ş. (2004) Yönetim Hukuku. Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları.
- Günday, M. (2004). İdare Hukuku. Ankara: İmaj Yayınevi.
- Günday, M. (Ağustos 2005). İdare Hukuku, Erişim: Mart 2010. Anadolu Üniversitesi, <http://books.google.com.tr/>
- Gündüz, F. (Mart 2010) İhale Dokümanında Yer Alan Birbiriyle Çelişen Düzenlemelerin İhale Sürecine Etkisi. *Güncel Mevzuat Dergisi*, 12-15.
- Gürhan, H. (Nisan 2008). Kamu İhale Kanunu ve Getirdikleri. *Birlik Dergisi*, 10, Erişim: Nisan 2010. http://www.iabb.gov.tr/resimler/ekler/2522a2b2726fb0a_ek.pdf?dergi=1
- İnan, A. "Kamu İhale Kuruluna Başvuru Giderlerinin Hak Arama Özgürlüğü Açısından Değerlendirilmesi". Erişim: Mayıs 2010, <http://www.atillainan.com.tr>
- İnan, A. "Kamu İhale Kurumuna İtirazen Şikayet Başvuru Bedellerinin Haklı Çıkan Tarafa İadesi". Erişim: Haziran 2010 <http://www.atillainan.com.tr>
- İnan, A. "Kamu İhalelerinde Şikayet Hakkı Kullanıldıktan Sonra Vazgeçilebilir mi?". Erişim: Temmuz 2010 <http://www.atillainan.com.tr>
- Kale, H. (Mart 2010). İhalenin Kamu İhale Kurulu Kararı ile İptalinin Hukuki Sonuçları. *Güncel Mevzuat Dergisi*, 16-18.

- Karabayır, A. (Şubat 2008) "Yeni Kamu İhale Usulleri ve Araçları". (Sunum) Erişim: Nisan 2010, www.sigmaweb.org/dataoecd/36/25/40405487.ppt
- Karaca, B. (10 Mayıs 2005). Hak Kaybı" Ölçüsü Karşısında Şikayetçinin Subjektif Ehliyeti(1). *Yeni Şafak Gazetesi*, Erişim: Nisan 2010, <http://yenisafak.com.tr/arsiv/2005/mayis/10/bkaraca.html>
- Karaca, B. (28 Eylül 2004) İdarelerin ihaleye ilişkin şikayetleri incelemesi (1). *Yeni Şafak Gazetesi*, Erişim: Nisan 2010, <http://yenisafak.com.tr/arsiv/2004/eylul/28/bkaraca.html>
- Karaca, B. (05 Temmuz 2004) Kamu İhale Kurulu Kararları. *Yeni Şafak Gazetesi*, Erişim: Mayıs 2010, <http://.yenisafak.com.tr/arsiv/2004/TEMMUZ/05/bkaraca.html>
- Karahanoğulları, O. Zimni Retten Sonra Gelen Acık Yanıtlarda Dava Açma Süresi "İçtihat Değerlendirmesi", Erişim: Mart 2010, <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makaleler/zimniredsonradangelenyanit.pdf>
- Kaya, C. (2005). İdare Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı, Birinci Baskı. Ankara: Seçkin Yayınları.
- Kepek, M. (Kış 2009). 5812 Sayılı Kanun Çerçevesinde Kamu İhale Mevzuatında Meydana Gelen Son Değişiklikler. *Bütçe Dünyası Dergisi*, 3, 31, 31-37.
- Keyik, K. (2008). 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununda İhalenin İptali. Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi. Ankara: T.C. Kamu İhale Kurumu.
- Koçtepe, H. (Şubat 2009). İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik ve Tebliğin Değerlendirilmesi. *Güncel Mevzuat Dergisi*, 3-7.
- Kutlu, M. (1997). İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye Yayınları. No: 75.
- Köse, Ö. (Ocak 2008) İhalelere Yönelik Yapılacak İtirazen Şikayet Başvuruları.. *Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi*, Erişim: Nisan 2010 <http://www.legalisplatform.net/Makale/ihalelere%20y%C3%B6nelik%20itiraz.pdf>
- Küçük, F. (2005) 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu Kapsamındaki İhalelere Karşı Yapılacak İdari Başvurular. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Oğuz, G. (Ocak-Şubat 2005). Kamu İhale Kanununda Şikayet ve Dava Hakkı. *İnşaat Sanayi Dergisi*, 14-17.
- Özay, İ. (2004) Gün Işığında Yönetim II Yargısal Koruma. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Özcan, H. (2008). Bir Bağımsız İdari Otorite Olarak Kamu İhale Kurumu. Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, Ankara: T.C. Kamu İhale Kurumu

- Özkan, G. (Ocak 1998). İdarî Usul Kanununda Düzenlenmesi Gereken Genel İdari Usul İlkeleri. *İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu*, Bildiriler. Ankara: Başbakanlık Basımevi.
- Öztürk, İ. (Yaz 2009). Kamu İhale Kanununda Düzenlenen Şikâyet ve İtirazen Şikâyet Başvuru Sürelerinin Hukuki Niteliği. *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 67, Sayı: 3, 129-137.
- Sezer, Y. (2008) Danıştay Kararlarında İdari Başvurular. *A.Ü.H.F.D.* Sayı: 57, 337-366. Erişim: Mart 2010.
<http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2008-57-04/AUHF-2008-57-04-sezer-bilgin.pdf>
- Söyler, Y. (2008) İdari Usul İlkeleri Açısından Açısından Devlet Memurunun Disiplin Soruşturması. Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. ERİŞİM: Nisan 2010.
<http://www.acikarsiv.gazi.edu.tr/index.php?SayfaNo=95&secim=4&menu=2&txtDocType=2&#>
- Şimşek, A. (2006). İdare ve İstekliler İçin Adım Adım İhale. Ankara: Yaklaşım Yayıncılık.
- Taşdelen, A. (2004), Kamu Harcamaları Hukukunda İhale Süreci. Ankara: Turhan Kitapevi Yayınları.
- T.C. Kamu İhale Kurumu. (2005). Kamu Alımlarında AB ve İngiltere'deki Düzenleme ve Uygulamalar. Ankara.
- Uler, Y. (1991) Yönetmelik Yargıda Dava Süresi, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Ankara. 1990. *Birinci Kitap: "İdari Yargı"*. Ankara: Danıştay Yayınları, No: 53
- Ulusoy, A. (2003) Bağımsız İdari Otoriteler. Birinci Bası. Ankara: Turhan Kitapevi Yayınları.
- Uyanık, A. (Ocak 2003) İdari Yargıda İptal Davasının Değerlendirilmesi., *Mevzuat Dergisi*. Sayı: 61. Erişim: Nisan 2010,
<http://www.mevzuatdergisi.com/2003/01a/01.htm>
- Uygur, E. (2007) Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler ve Kamu İhale Kurumu Örneği. ERİŞİM: Nisan 2010. Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
<http://tez2.yok.gov.tr/>
- Uz, A. (2005) Kamu İhale Hukuku. Ankara: Turhan Kitapevi Yayınları.
- Uz, A. (2008) İhale Konusu Hukuki İşlemler Bakımından 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nun Kapsamı ve Gelir/Hasılat Paylaşımı Uygulaması: "İddaa" Örneği. *AÜHFD*, Yıl: 2008, 183-223.
- Yıldırım, R. (2006) İdari Başvurular. Konya: Mimoza Yayınları.
- Yılmaz, B., (2007). Kamu Alımlarında İdari Denetim. Ankara: Yetkin Yayınları

- Yılmaz. D. (2007) İdari İşlemlerde Başvuru Yollarının Gösterilmesi. Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. ERİŞİM: Nisan 2010, <http://tez2.yok.gov.tr/>
- Yılmaz, R. (2009) İç Kontrol ve İç Denetim İlişkisi (Sunum). ERİŞİM: Nisan 2010, http://icdenetim.icisleri.gov.tr/ortak_icerik/test2icisleri/RIZA%20RENKL%C4%B0.ppt