



Mali Kılavuz

Yıl: 19

Sayı: 75

Ocak-Mart 2017

ISSN: 1302-5597



Nükrettin PARLAK

Sayıştayların Yolsuzlukla Mücadeledeki Yeri

Mehmet KOÇDEMİR

Dünyada Maliye Bakanlıklarının
İşlev ve Organizasyonları

Abdurrahman ÜÇBAŞ

Mali Yönetim Açısından Kamu Zararı ve İdari Uygulamalar

Ömer KÖSE

Metrajlar Arasındaki Farkın İhale Sonucuna Etkisi

Ahmet ARSLAN

Kamu İdarelerinde Soft Money (Yumuşak Para) Olgusu: Kamu İdarelerine
Yapılan Bağış ve Yardımların Alınması, Kaydedilmesi, Değerlendirilmesi ve
Harcanması

İlyas KILIÇ

İdarelere Yapılan Başvuru Konularına Yeni İddialar Eklemek Suretiyle Kamu
İhale Kurumuna Başvuru Yapılabilmesi Mümkündür

Ahmet ARSLAN, Abdullah KOÇ

Kamu İhale Mevzuatında Neler Değişti?

Barış AKAR

Mahalli İdarelerde Maddi Duran Varlıkların Muhasebeleştirilmesinde Yapılan
Hatalar-2

Serkan YÜCEER

Belediyelerde Dönem Sonu İşlemleri ve Aralık Ayı KBS Mizanı

Bahtiyar YÜKSEL

Merkezi Yönetim Kapsamındaki İdarelerde Mali İstatistik Tablolarının
Yayımlanma Süreci

Raşit ULUBEY

2017 Yılında İşverenlere Asgari Ücret Desteği Nasıl Uygulanacak

Fehmi EGE

Vergi Mahremiyeti ve İstisnaları

SORULAR & CEVAPLAR

YARGI KARARLARI

www.malikelavuz.com

İdarelere Yapılan Başvuru Konularına Yeni İddialar Eklemek Suretiyle Kamu İhale Kurumuna Başvuru Yapılabilmesi Mümkündür

İlyas KILIÇ

Kamu Yönetimi Uzmanı
ilyaskilic@kilichukuk.org

Özet

İhaleye sürecinde hak kaybına uğrayan veya uğraması muhtemel olan kişilerin uygun şekilde başvuru yapmaması; maddi kaynak, iş gücü ve zaman kaybına neden olmaktadır. Bu kapsamda, hem İdareye yapılacak “şikâyet başvurusu” hem de Kamu İhale Kurumu (**Kurum**)’a yapılacak “itirazın şikâyet başvurusunun” usule uygun olması gerekmektedir. Bu anlamda başvuruların; süre, şekil, yetki/ ehliyet yönünden uygun olarak yapılması şarttır. Keza Kurum’a yapılan başvuruların yarısından fazlası, usul yönünden uygun bulunmamakta, incelenmeden reddedilmektedir. Örneğin 2015 yılı ihale işlemleri kapsamında Kurum’a yapılan şikâyet inceleme sayısı 3.498 olup, yapılan bu başvuruların % 67,84’ü çeşitli nedenlerle reddedilmiştir.¹

Bu makale ise; İdareye yapılan başvurulara yeni konular eklenerek Kurum’a başvuru yapılıp yapılamayacağı hususları incelenerek, 4734 sayılı Kamu

İhale Kanunu (**Kanun**) ile emsal yargı kararları kapsamında, soruna cevap aranmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Başvuru şekil unsuru, itirazın şikâyet, şikâyet başvurusu, şekil unsuru, idareye yapılan başvuruya yeni iddialar eklenmesi

1. Şikâyetçi; İdareye Başvuru Yapıp, Devamında Ek Hususlar Ekleyerek Kuruma Başvuru Yaptığında, Kurum Ek Hususları İncelemeden Reddetmektedir.

Bilindiği üzere, ihale süreci; ihale ilanı ile sözleşme imzalanıncaya kadar geçen süredir. Bu süreler, normal şartlarda açık ihale usulü ile belli istekliler arası ihalelerde ortalama 3-4 ay, ilanlı pazarlık ihalelerinde ise ortalama 2-3 aydır.² İhaleye başvuru nedenleri ise ihale süreci uzadıkça artmakta, çeşitlenmektedir.

¹ Bkz. Kamu İhale Kurumu’nun 2015 yılı İstatistikleri Tablo 4.11

² https://dosyalar.kik.gov.tr/yardim/dokumanlar/2016_Ihale_Ilan_Sureleri_ve_Kurallari.pdf ile https://dosyalar.kik.gov.tr/yardim/dokumanlar/4734_Akis_Diagram.pdf?1

Örneğin İdareye bir hukuka aykırı husus konusunda başvurusu yapan kişinin, İdareden gelecek cevabi yazıyı beklemek zorunda kalacağı 10 günlük süre içerisinde, yeni hukuka aykırılıklar ortaya çıkması durumunda, yeni durumu da Kuruma yapılacak olan başvurusuna ekleyerek iki hususu da itirazen şikâyet başvurusu yapabilmektedir. Ancak İdareye yaptığı başvuruda ikinci hususa yer verilmediği için Kurum, ikinci başvuru konusunu incelenmeksizin reddetmektedir.³

Bu durum, “Açık İhale Usulü” ihale süreci esas alınarak, aşağıdaki örnek olaylarla anlatılmıştır:

Örnek Olay-1

1. Şikâyet Konusunun Oluşması	İdareye Yapılan Başvuru Tarihi ve Şikâyetçinin Bekleme Süresi	2. Şikâyet Konusunun Oluşması	Şikâyetçinin Yapacağı İşlemler ve Sonuç
<ul style="list-style-type: none"> ➤ İlan 02.01.2017 de yayımlanmıştır. ➤ İlan mevzuata aykırıdır. 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ İdareye 12.01.2017 tarihinde başvuru yapılmıştır. ➤ İdare cevap vermemiştir. Şikâyetçinin Kurum’a 23.01.2017 tarihinde itirazen şikâyet yapma zorunluluğu bulunmaktadır. (Son gün olan 22.01.2017 Pazar gününe denk gelmektedir.) 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ İdare 20.01.2017 tarihinde zeyilname yayımlamıştır. ➤ Zeyilname de İsteklinin sorunlarını gidermemektedir. ➤ Zeyilname Kanun’a aykırıdır! 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Şikâyetçi için birinci başvuru konusu için 23.01.2017 tarihinde Kurum’a başvurması şarttır! ➤ İdare 12.01.2017 tarihinde birinci şikâyet konusu için başvuru yapmış ancak İdareden cevap alamamıştır! ➤ 20.01.2017 tarihinde ikinci hukuka aykırı konu öğrenildiği için yeniden İdareye 10 gün içerisinde başvuru yaparsa, İdarenin vereceği cevap süresi olan ikinci 10 günlük bekleme süresi içerisinde, birinci başvuru konusu için Kuruma başvuru süresi kaçırılacaktır! ➤ SONUÇ-1: Şikâyetçi birinci ve ikinci şikâyet konularını birleştirerek en geç 23.01.2017 tarihinde başvuru yapacaktır. ➤ SONUÇ-2: Kurum, İdareye yapılan 12.01.2017 tarihli başvuruda Zeyilname ile ilgili iki İddia yer almadığı için başvuruyu Yönetmelik ve Tebliğ hükümleri kapsamında incelemeyecektir.¹

³ Örnek olay ve karar için bkz. Kurum’un 11.01.2017 tarihli 2017/UH.II-156 sayılı kararı

⁴ Benzer olayda Kurum 25.03.2015 tarihli 2015/UH.II-887 sayılı kararı ile inceleme yapmamıştır.

Örnek Olay -2

1. Şikâyet Konusunun Oluşması	İdareye Yapılan Başvuru Tarihi ve Şikâyetçinin Bekleme Süresi	2. Şikâyet Konusunun Oluşması	Şikâyetçinin Yapacağı İşlemler ve Sonuç
<ul style="list-style-type: none"> ➤ Zeyilname 02.01.2017 de yayımlanmıştır. ➤ İhale 17.01.2017 olduğu için şikâyet başvurusunun 11.01.2017 tarihine kadar yapılması gerekir. 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ İdareye 11.01.2017 tarihinde başvuru yapılmıştır. ➤ İdare cevap vermemiştir. Şikâyetçinin Kurum'a en son 23.01.2017 tarihinde itirazen şikâyet yapma zorunluluğu var. (Son gün olan 21.01.2017 c.tesi gününe denk gelmektedir.) 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Şikâyetçi 17.01.2017 tarihindeki ihaleye katılmıştır. ➤ İhalede de Şikâyet konusunu teyit eden hususlar oluşmuş, zeyilnamenin işaret ettiği firma üzerinde ihale kalmıştır. ➤ Kesinleşen ihale kararı 20.01.2017 de EKAP'dan duyurulmuştur. 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Şikâyetçi için birinci başvuru konusu için 23.01.2017 tarihinde Kurum'a başvurması şarttır! ➤ İdare 11.01.2017 tarihinde birinci şikâyet konusu için başvuru yapmış ancak İdareden cevap alamamıştır! ➤ İkinci konu için de yeniden İdareye başvuru yaparsa, İdarenin vereceği cevap süresi olan 10 günlük bekleme süresi içerisinde, birinci başvuru konusu için Kuruma başvuru süresini kaçıracaktır! ➤ SONUÇ-1: Şikâyetçi birinci ve ikinci şikâyet konularını birleştirerek en geç 23.01.2017 tarihinde başvuru yapacaktır. ➤ SONUÇ-2: Kurum, İdareye yapılan 11.01.2017 tarihli başvuruda Kesinleşen İhale Kararı ile ilgili iki İddia yer almadığı için başvuruyu Yönetmelik ve Tebliğ hükümleri kapsamında incelemeyecektir.²

Örnek Olay -3

1. Şikâyet Konusunun Oluşması	İdareye Yapılan Başvuru Tarihi ve Şikâyetçinin Bekleme Süresi	2. Şikâyet Konusunun Oluşması	Şikâyetçinin Yapacağı İşlemler ve Sonuç
<ul style="list-style-type: none"> ➤ İhale 02.01.2017 de yapılmıştır. ➤ İhale ile ilgili hukuka aykırı hususlar için 12.01.2017 tarihine kadar başvuru yapılması gerekir. 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ İdareye 11.01.2017 tarihinde başvuru yapılmıştır. ➤ İdare cevap vermemiştir. ➤ Şikâyetçinin Kurum'a en son 23.01.2017 tarihinde itirazen şikâyet yapma zorunluluğu var. (Son gün olan 21.01.2017 c.tesi gününe denk gelmektedir.) 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Kesinleşen ihale kararı 20.01.2017 de EKAP'dan duyurulmuştur. ➤ Kesinleşen ihale kararı da hukuka aykırı olarak alınmıştır. 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Şikâyetçi için birinci başvuru konusu için 23.01.2017 tarihinde Kurum'a başvurması şarttır! ➤ İdareye 11.01.2017 tarihinde birinci şikâyet konusu için başvuru yapmış ancak İdareden cevap alamamıştır! ➤ İkinci konu için de yeniden İdareye başvuru yaparsa, İdarenin vereceği cevap süresi olan 10 günlük bekleme süresi içerisinde, birinci başvuru konusu için Kuruma başvuru süresini kaçıracaktır! ➤ SONUÇ-1: Şikâyetçi birinci ve ikinci şikâyet konularını birleştirerek en geç 23.01.2017 tarihinde başvuru yapacaktır. ➤ SONUÇ-2: Kurum, İdareye yapılan 11.01.2017 tarihli başvuruda Kesinleşen İhale Kararı ile ilgili iki iddia yer almadığı için başvuruyu Yönetmelik ve Tebliğ hükümleri kapsamında incelemeyecektir.³

⁵ Benzer olayda Kurum 14.10.2015 tarih ve 2015/UH.11-2717 sayılı kararı ile inceleme yapmamıştır.

⁶ Benzer olayda Kurum 01.11.2010 tarih ve 2010/UY.I-3348 sayılı kararı ile inceleme yapmamıştır.

Örnek Olay -4⁷

1. Şikâyet Konusunun Oluşması	İdareye Yapılan Başvuru Tarihi ve Şikâyetçinin Bekleme Süresi	2. Şikâyet Konusunun Oluşması	Şikâyetçinin Yapacağı İşlemler ve Sonuç
<ul style="list-style-type: none"> ➤ Kesinleşen ihale kararı 02.01.2017 de EKAP'dan duyurulmuştur. ➤ Kesinleşen ihale kararında Başvuru sahibi değerlendirme dışı bırakılmıştır. ➤ Bu işlemin hukuka aykırı olduğu iddia edilmektedir. 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ İdareye 03.01.2017 tarihinde başvuru yapılmıştır. ➤ İdare 12.01.2017 tarihinde başvuruyu reddetmiştir. ➤ Şikâyetçinin Kurum'a en son 23.01.2017 tarihinde itirazın şikâyet yapma zorunluluğu var. <i>(Son gün olan 22.01.2017 Pazar gününe denk gelmektedir.)</i> 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Şikâyetçi İtirazen Şikâyet başvurusu için araştırma yaparken, 19.01.2017 tarihinde ihale üzerinde kalan şirketin de sahte belge kullandığını öğrenmiştir. 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Şikâyetçi için birinci başvuru konusu için 23.01.2017 tarihinde Kurum'a başvurması şarttır! ➤ İkinci konu için de yeniden İdareye başvuru yaparsa, İdarenin vereceği cevap süresi olan 10 günlük bekleme süresi içerisinde, birinci başvuru konusu için Kuruma başvuru süresi kaçacaktır! ➤ SONUÇ-1: Şikâyetçi birinci ve ikinci Şikâyet konularını birleştirerek en geç 23.01.2017 tarihinde başvuru yapacaktır. ➤ SONUÇ-2: Kurum, İdareye yapılan 12.01.2017 tarihli başvuruda Kesinleşen İhale Kararı ile ilgili iki iddia yer almadığı için başvuruyu Yönetmelik ve Tebliğ hükümleri kapsamında incelemeyecektir.⁴

Yukarıdaki örnekleri çoğaltmak mümkündür. Görüleceği üzere, hukuka aykırı ek durumun varlığı halinde şikâyetçi;

- **1.Yöntem:** Süre kıstası nedeniyle, İdareye yaptığı birinci hukuka aykırılığın yanına ikincisini de ekleyerek Kurum'a başvuru yapabilecek veya
- **2. Yöntem:** İki hukuka aykırı durumdan birini tercih etmek suretiyle, menfaatine en uygun olanı seçerek, sadece bir konu üzerinden itirazın şikâyet başvurusu yapacak veya

- **3.Yöntem:** Her hukuka aykırı işlem için ayrı başvuru süreci başlatarak, yani aynı ihale sürecinde iki kere İdareye, iki kere de Kurum'a başvuru yapmak zorunda kalacaktır.

Yukarıda belirttiğimiz üç yöntemden birincisi en pratik ve akla yatkın yöntemdir. Ancak Kurum tarafından düzenlenen ikincil mevzuat bu konuyu engellemektedir! Aşağıda bu hususun Kanun'a aykırı olduğu ortaya konulmaya çalışılacaktır.

İkinci yöntem ise kamu yararına uygun değildir. Keza şikâyetçi, kendi menfaatine

⁷ Benzer olayda Kurum 09.05.2011 tarih ve 2011/UY.II-1590 sayılı kararı ile inceleme yapmamıştır.

en uygun başvuru konusunu seçmekte, kamu menfaatini yakından ilgilendiren hususlarda başvuru yapmamaktadır.

Üçüncü yöntem ise Kurum'a başvuru bedeli yatırılması ve bunun her başvuru için ayrı ayrı ödenmesi nedeniyle oldukça pahalı bir yöntemdir. Genellikle küçük ve orta ölçekli şirketler tarafından bu yönteme başvurulmaz. Nadir de olsa büyük ölçekli şirketlerin bu yönteme başvurduğu görülür.⁸

2. İdareye Yapılan Başvuru Konularına, Ek Hususlar Eklenerek Kurum'a Başvuru Yapılıp, Yapılmayacağı Konusunda; Kanun ile İkincil Mevzuat Uyumsuzluğu Bulunmaktadır

İhale süreci, ihaleyi yürüten İdare tarafından yönetilir. Denetimi ise Kurum tarafından yapılır.⁹ İhale süreciyle ilgili olarak, ihaleye katılmak isteyen veya katılan aday ve isteklilerin; hukuka aykırı işlemleri, süresi içerisinde öncelikle İdareye "şikâyet", devamında ise Kurum'a "itirazden şikâyet" olarak bildirmesi gerekmektedir. Keza Kanun'un 55'inci maddesi "İdareye şikâyet başvuruları", 56'ncı maddesi "Kuruma itirazden şikâyet başvurularını", 57'nci maddesi ise "Yargısal inceleme" başlığı altında İdari Yargıya yapılacak başvuruları düzenlemektedir.

Ayrıca Kanun'un "İhalelere yönelik başvurular" başlıklı 54'üncü maddesi ile de ihalelere yönelik başvurulardaki genel

hususlar hüküm altına alınmıştır.

Başvurularla ilgili Kanun hükümlerine uygun olarak düzenleyici ikincil mevzuat da Kurum tarafından hazırlanmıştır. Bunlar;

- İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Tebliğ ve
- İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliktir.

İhale sürecinde, İdareye başvuru yapan kişinin başvuru konusunu genişleterek veya yeni iddialar ileri sürerek Kurum'a başvuru yapıp yapmamasına yönelik değerlendirme yapmadan önce Kanun hükmü ve ikincil mevzuat düzenlemelerini incelemek gerekmektedir:

Kanun'un "Kuruma İtirazen Şikâyet Başvurusu" başlıklı 56'ncı maddesi "*Kurum itirazden şikâyet başvurularını başvuru sahibinin iddiaları ile idarenin şikâyet üzerine aldığı kararda belirlenen hususlar ve itiraz edilen işlemler bakımından eşit muamele ilkesinin ihlal edilip edilmediği açılarından inceler.*" hükmüne amirdir.

İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik'in "Başvuruların Şekil Unsurları" başlıklı 8'inci maddesinin onuncu fıkrasında "*İdarenin şikâyet üzerine aldığı kararda belirtilen hususlar hariç, şikâyet başvurusunda belirtilmeyen hususlar itirazden şikâyet başvurusuna konu edilemez.*" düzenlemesi yapılmıştır.

İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Tebliğ'in 12'nci maddesinin ikinci fıkrasında "*...İdareye başvuru konularının yanı sıra yeni konular da eklenerek Kuruma başvurulması halinde ise, itirazden şikâyet başvurusunun incelenmesinde idareye başvurusu konusu edilmeyen*

⁸ Bkz. Kamu ihale Kurumu'nun 11.01.2017 tarih ve 2017/UM.III-137 sayılı kararı ve 2017/UM.III-136 kararlarında, tek şikâyetçi aynı ihalede iki farklı konuda iki ayrı süreç başlatmıştır.

⁹ Bkz. Kamu İhale Kanunu'nun 53'ncü maddesi

hususlar dikkate alınmaz.” düzenlemesi yer almaktadır.

Yukarıdaki Kanun hükmü ile ikincil mevzuat düzenlemeleri karşılaştırıldığında; Kanun’da yer almayan hususlara, ikincil mevzuatta genişletilerek yer verildiği; hak arama yollarını sınırlayıcı şekilde sıkı düzenlemeler getirildiği değerlendirilmelidir. Çünkü;

- Anayasa’nın Hak Arama Hürriyeti başlıklı 36’ncı maddesi; *“Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.”* Hükmündedir.
- Anayasa Mahkemesi’nin 31.01.1997 tarihli E:1996/66, K:1997/7 sayılı kararı; *“Hak arama özgürlüklerinin sınırlandırılması nedeniyle alacaklarını elde edemeyen kişilerin haklarına kavuşmalarının sağlanması hak arama özgürlüğünün olduğu kadar hukuk devleti olmanın da ön koşuludur. Kamu yararı amacıyla da olsa, hak arama özgürlüğünü etkisiz hale getiren bir düzenleme demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmayacağından Anayasa’ya uygun bir sınırlama olarak kabul edilemez.”* hükmündedir.
- Danıştay 13. Dairesi’nin 18.09.2015 tarihli ve E:2015/4002, K:2015/3224 sayılı kararı ise *“Yönetmelik ve Tebliğ düzenlemelerinin Kanun’u aşar hükümler içerdiği, nitekim Kanun’da bu şekilde bir ayrıma gidilmeksizin başvuru kriterlerinin hak kaybı, zarar veya muhtemel zarar olarak belirlendiği, isteklilerin de hak kaybı*

veya zararlarının doğması hâlinde ihalenin süresine yönelik olarak itirazın şikâyet başvurusunda bulunabilecekleri tabiidir.” hükmündedir.

Yukarıdaki hükümler birlikte değerlendirildiğinde, Kanun’da yer alamayan hususların, genişletilerek ikincil mevzuat düzenlemesi haline getirilmesi, başvuru yapma hakkının kısıtlanması anlamına gelecektir.

3. İdareye Yapılan Başvuru Konularına Yeni Konular Eklenerek Kurum’a Başvuru Yapılmasında Yasal Bir Engel Bulunmamaktadır.

Kanun’un 5’inci maddesinin 1. fıkrasında, *“İdareler, bu Kanun’a göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur.”* hükmüne,

Kanun’un 54’üncü maddesinde; *“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 şikâyet ve itirazın şikâyet başvurusunda bulunabilirler..”* kuralına,

Kanun’un “Kuruma İtirazen Şikâyet Başvurusu başlıklı 56. maddesinde ise, *“Kurum itirazın şikâyet başvurularını başvuru sahibinin iddiaları ile idarenin şikâyet üzerine aldığı kararda belirlenen hususlar ve itiraz edilen işlemler bakımından eşit muamele ilkesinin ihlal edilip edilmediği açılarından inceler. İdare*

tarafından şikâyet veya itirazın şikâyet üzerine alınan ihalenin iptal edilmesi işlemine karşı yapılacak itirazın şikâyet başvuruları ise idarenin iptal gerekçeleriyle sınırlı incelenir.” kuralına yer verilmiştir.

Kanun hükümleri uyarınca, 4734 sayılı Kanun’un 5’inci maddesinde belirtilen temel ilkelerin idarelerce sağlanıp sağlanmadığına ilişkin olarak yapılacak itirazın şikâyet başvurularının “başvuru sahibinin iddiaları” kapsamında incelenip sonuçlandırılmasında Kanun’un 53’üncü maddesi ile yetkili kılınan Kurum’un, yalnızca “şikâyet başvurusunda yer alan hususlara” yönelik inceleme yapmasını öngören düzenlemeler yapması mümkün değildir. Yani ihalelere İlişkin Başvurular Hakkında Yönetmelik ve Tebliğ hükümleri ile Kanun’un vermediği yetkilerin kullanılması ve başvuruların sınırlandırılması mümkün değildir.

Keza İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik ve de Tebliğ hükümleri, Kanun’da yer almayan hususlara yönelik düzenlendiği ve Kanun’un amacını da aşar nitelikte olduğunu değerlendirmekteyim. Bu durumda, Kanun ile ikincil mevzuatın çeliştiği durumlarda Kurum’un, Kanun hükümlerine göre işlem yapması ve İdareye yapılan başvuruda yer almasa dahi, itirazın şikâyet başvurusuna konu edilen hususları incelemesi gerekmektedir. Keza aynı konuda Danıştay 13. Dairesi’nin birden fazla kararında “4734 sayılı Kanun’un 5. maddesinde belirtilen temel ilkelerin idarelerce sağlanıp sağlanmadığına ilişkin olarak yapılacak itirazın şikâyet başvurularının “başvuru sahibinin iddiaları” kapsamında incelenip sonuçlandırılmasında Kanunla

yetkili kılınan davalı idarenin, yalnızca “şikâyet başvurusunda yer alan hususlara” yönelik inceleme yapmasını öngören ihalelere İlişkin Başvurular Hakkında Yönetmelik hükmüyle yasal yetkisinin sınırlanamayacağı, davacının itirazın şikâyet başvurusunun Kanun’a aykırı düzenleme içeren Yönetmelik hükmüne göre değil, Yasa hükmü esas alınarak değerlendirilmesi gerektiği, şikâyet başvurusunda değinilip değinilmediğine bakılmaksızın itirazın şikâyet başvurusunda yer alan tüm iddiaların değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.” hükmüne varılmıştır.¹⁰

4. İdareye Yapılan Başvuruya Eklenen İddiaların İncelenmemesi, Kamu Menfaatinin Zarara Uğratılmasına da Yol Açmaktadır

Yukarıdaki örnek olaylardan da anlaşılacağı üzere; ihale süreci, hukuka aykırı işlem veya işlemler ile birden fazla başvuru yapma nedenini beraberinde getirmektedir. İhaleye katılmak isteyen veya katılan kişiler ise süre kısıtı nedeniyle, hukuka aykırılıklardan kendi menfaatlerine aykırı olan hususu seçerek başvuru sürecini başlatmaktadırlar.

Şikâyet süreci başladıktan sonra, ikinci hukuka aykırılık oluştuysa, başvuru sahibi, yukarıda belirttiğimiz üç yöntemden birini seçecektir. Ancak her hukuka aykırı işlem için yeni bir başvuru süreci başlatılması yani her defasında Kurum’a başvuru yaparak, Kurum başvuru bedelini ödemek, şikâyetçi şirketler için tercih edilen bir yöntem değildir.

¹⁰ Bkz. www.kilichukuk.org emsal kararlar.

Şikâyetçiler için üçüncü yöntemin seçilmemesinin bir diğer sebebi ise, ihale sürecinde her hukuka aykırı işlemin, şikâyetçi olan kişilerin menfaatine aykırı olmamasıdır. Örneğin yaklaşık maliyetin yanlış olduğu hususunda başvuru yapan kişi, aşırı düşük teklif sorgulaması hukuka aykırı olsa dahi kendi menfaatine çok fazla zarar vermiyorsa, ikinci bir başvuru yapmaktan imtina edecektir.

Ancak kamu yararı; ihale sürecindeki tüm hukuka aykırılıkların, tespitini ve iptalini gerektirmektedir. Bu kapsamda da ihalelere yönelik başvuru sistemi; süreci aksatmayacak şekilde, tüm hukuka aykırılıkların ortaya konulmasını ve bunların giderilmesini sağlamalıdır. Bu yüzden yukarıdaki birinci yöntemin önü kapatılmamalıdır. Şikâyetçiler, fark ettikleri tüm aykırılıkları Kurum'a götürebilme olanağına sahip olmalı, Kurum da bu başvuruları incelemelidir.

5. Sonuç

Kanun'da yer almayan bir hususun, Yönetmelik ve de Tebliğ hükmü ile hak arama özgürlüğünü kısıtlayacak şekilde düzenleme yapılması Anayasa hükmüne, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararları ile kamu yararına aykırıdır.

4734 sayılı Kanun'da idareye yapılan başvuru konularına yeni konular eklenerek itirazensikâyetbaşvurusuyapılamayacağına dair hususlara yer verilmemiştir.

İhale sürecinde birden fazla hukuka aykırı işlemle karşılaşan kişilerin, İdareye yaptıkları başvuruya yeni iddialar ekleyerek, bunların tümünü itirazen şikâyet konusu yapmaları mümkündür.

Kurum'un yeni eklenen hususları incelemeksizin reddetmesi halinde; Kurum kararı, Ankara İdare Mahkemeleri nezdinde açılacak davalarla yürütmesi durdurulabilecektir.