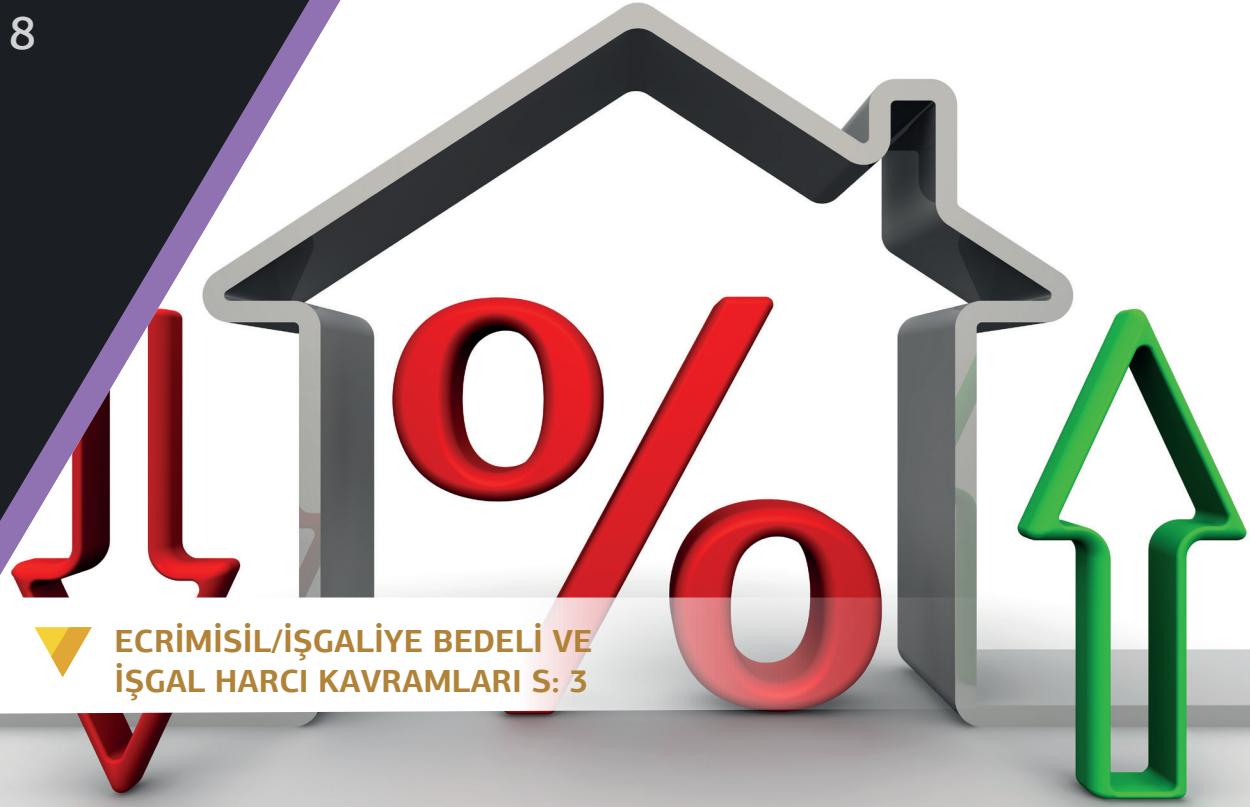


Hukuk

Platform Bülteni

Ekim 2019 | Sayı 8



▼ ECRİMİSİL/İŞGALİYE BEDELİ VE
İŞGAL HARCİ KAVRAMLARI S: 3

▼ 4734 SAYILI KAMU İHALE
KANUNU'NA GÖRE KAMU
İHALELERİNDE İDARİ BAŞVURU
YOLU: İTİRAZEN ŞİKÂYET S: 7

▼ HUKUKİ GÖRÜŞ: KAMULAŞTIRMASIZ
EL ATMA SEBEBİNE DAYALI
ALACAKLARIN ÖDEME ŞEKLİ VE
ÖDENEK DURUMU S: 20



Editörden...

MBB Hukuk Platformu Bülteninin sekizinci sayısını sizlerle paylaşmaktan mutluluk duyuyoruz. Bültenimizde yer alan içerik, değerli üstatlarımızın katkılarıyla gerçekleşmekte ve bilgi verme amacıyla oluşturulmaktadır.

Hukuk bültenimizin sekizinci sayısında, son zamanlarda Sayıştay Denetimlerinde sıkça dikkat çekilen hususlardan ecrimisil, diğer bir deyişle işgaliye bedeli ve kamu alımlarında idarenin denetimini sağlayan araçlardan biri olan itirazın şikayet müessesesine ayrıntılarıyla yer verilmiştir.

Sonrasında, yerel yönetimlerin başlıca hukuki konusu olan “Kamulaştırmasız El Atma Sebebine Dayalı Alacakların Ödeme Şekli ve Ödenek Durumu”nu anlatan hukuki görüş ile devam edilmiştir.

Tüm ilgililere faydalı olması dileği ile iyi okumalar dileriz.

Av. Gamze Güler
MBB Hukuk İşleri Koordinatörü
Editör

KÜNYE

Genel Yayın Yönetmeni | M. Cemil Arslan

Editör | Av. Gamze Güler

Katkı Sağlayanlar

Av. Derya Paşavul Özoğul / Beşiktaş Belediyesi

Av. Celil Çelik / Bayrampaşa Belediyesi

Av. Gamze Güler / Marmara Belediyeler Birliği

Ekim 2019 | Sayı 8

*Bu sayımızda kıymetli tecrübelerini bizimle paylaşan üstadlarımıza en içten teşekkürlerimizi sunarız.

ECRİMİSİL / İŞGALİYE BEDELİ VE İŞGAL HARCİ KAVRAMLARI

✍ Av. Derya Paşavul Özoğul / Beşiktaş Belediyesi



Ecrimisil (diğer bir ifade ile işgaliye bedeli) ve işgal harcı kavramları; uygulamada sıklıkla karıştırılan ve son zamanlarda Sayıştay Denetimlerinde de dikkat çekilen hususlardır. Uygulamada işgal harcı yerine işgaliye bedeli teriminin kullanılması ve bunların sıklıkla karıştırılması, dava aşamasında da bir takım sıkıntıları neden olmaktadır. Bu nedenle kurumlarca yapılan tahsilatlarda açıklama kısımlarda öncelikle bu ibarelere doğru bir şekilde yer verilmesi gerekmektedir.

Ecrimisil/işgaliye bedeli, haksız işgal tazminatı anlamına gelmektedir. Bu tazminatın söz konusu olabilmesi için; bir malın veya taşınmazın haksız şekilde, kötü niyetli olarak, mal sahibinin veya idarenin izni dışında kullanılmış olması gerekmektedir.

2886 sayılı Devlet İhale Kanununun “Ecrimisil ve Tahliye” başlıklı 75. maddesi “Devletin özel mülkiyetinde veya hüküm ve tasarrufu altında bulunan taşınmaz malları, özel bütçeli idarelerin mülkiyetinde bulunan taşınmaz mal-

lar ve Vakıflar Genel Müdürlüğü ile idare ve temsil ettiği mazbut vakıflara ait taşınmaz malların, gerçek ve tüzelkişilerce işgali üzerine, fuzuli şagilden, bu Kanunun 9'uncu maddesindeki yerlerden sorulmak suretiyle, idareden taşınmaz ve değerlendirme konusunda işin ehli veya uzmanı üç kişiden oluşan komisyonca tespit tarihinden geriye doğru beş yılı geçmemek üzere tespit ve takdir edilecek ecrimisil istenir. **Ecrimisil talep edilebilmesi için, idarelerin işgalden dolayı bir zarara uğramış olması gerekmez ve fuzuli şagilin kusuru aranmaz.**" şeklindedir.

İşgal harcı ise; 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun 52. maddesinde tanımlanmış olup Belediye sınırları içinde bulunan ve yine bu maddede içerisinde üç fıkra halinde sayılan yerlerden herhangi birinin satış yapmak veya sair maksatlarla ve yetkili mercilerden usulüne uygun izin alınarak geçici olarak işgal edilmesinin işgal harcına tabi olduğu belirtilmiştir. Ecrimisil, devletin özel mülkiyetinde veya hüküm ve tasarrufu altında bulunan taşınmaz mallara ilişkin iken; işgal harcı tapuda tescil konusu olmayan ve kamuya terk edilen bazı yerlere ilişkindir. Ancak işgal harcında diğer bir önemli husus işgalin geçici olmasıdır. Bu şartların birlikte gerçekleşmesi halinde işgal harcı alınabilmektedir.

İşgal Harcı başlıklı madde; "Belediye sınırları içinde bulunan aşağıdaki yerlerden herhangi birinin satış yapmak veya sair maksatlarla ve yetkili mercilerden usulüne uygun izin alınarak **geçici olarak işgal edilmesi**, İşgal Harcına tabidir:

1. Pazar veya panayır kurulan yerlerin, meydanların, mezat yerlerinin her türlü mal ve hayvan satıcıları tarafından işgali,
2. Yol, meydan, pazar, iskele, köprü gibi umuma ait yerlerden bir kısmının herhangi bir maksat için işgali, 3. Motorlu kara taşıtlarının park etmeleri için il trafik komisyonlarının olumlu görüşü alınarak belediyelerce şehir merkezlerinde tesis edilen ve işletilen mahallerin çalışma saatleri içinde, taşıtlar tarafından işgali

(Bisiklet ve motosikletler hariç) Yukarıda sayılan yerlerin izinsiz işgalleri mükellefiyeti kaldırmaz. (Ek fıkra: 3/3/2004 – 5101/3 md.) 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında korunan eser, icra ve yapımların tespit edildiği kitap, kaset, CD, VCD ve DVD gibi taşıyıcı materyallerin birinci fıkra bahsi geçen yerlerde satışına izin verilmez." şeklindedir.

Bu madde hükmüne göre **işgal harcının alınabilmesi için;** işgal edilen yerin anılan maddenin 1, 2 veya 3. fıkrasında belirtilen yerlerden olması ve bu yerin **geçici olarak işgal edilmesi** koşullarının **birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir.** Kanunun bu maddesinde nerelerin işgal harcına tabi olduğu belirtilmiştir. Bunlar; pazar veya panayır kurulan yerler, meydanlar, mezat yerleri, yol, meydan, pazar, iskele, köprü gibi umuma ait yerler, motorlu kara taşıtlarının park etmeleri için il trafik komisyonlarının olumlu görüşü alınarak belediyelerce şehir merkezlerinde tesis edilen ve işletilen mahallerdir. Bunun dışında Belediyenin gayrimenkullerinin bu kapsama girmediği çok açıktır.

İşgal harcının belirlenmesi; Belediye Gelirleri Kanununun 55. ve 56. maddelerinde düzenlenmiş olup işgal edilen alanın metrekaresi üzerinden ve kanunen belirtilen tarife uygulanmak suretiyle belirlenmektedir. Dolayısıyla işgal edilen alanın metrekaresinin düşük olduğu durumlarda işgal harcı oldukça düşük olmaktadır. Ancak bazı durumlarda işgal harcının, ecrimisil bedelini de geçtiği görülmektedir.

Ecrimisil belirlenmesi ise; taşınmazın emlak rayiç bedeli üzerinden yapılmaktadır. Dolayısıyla ecrimisil alınması gereken bir yerden işgal harcı alınması halinde, kamu zararına sebebiyet verildiği Sayıştay Raporlarında vurgulanmaktadır. Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik'te belirtildiği üzere, taşınmazın işgalci tarafından kullanım şekli, fiili ve hukuki durumu ile işgalden dolayı varsa elde ettiği gelir, aynı yer ve mahalde bulunan emsal nitelikteki taşınmazlar için oluşmuş kira bedelleri veya ec-

rimisiller, varsa bunlara ilişkin kesinleşmiş yargı kararları, ilgisine göre belediye, ticaret odası, sanayi odası, ziraat odası, borsa gibi kuruluşlardan veya bilirkişilerden soruşturulmak suretiyle edinilecek bilgiler ile taşınmazın değerini etkileyecek tüm unsurlar göz önünde bulundurulmalıdır. Ayrıca taşınmazın değerini etkileyebilecek imar durumu, yüzölçümü, niteliği, verimi (tarım arazilerinde), alt yapı hizmetlerinden yararlanıp yararlanmadığı, konumu, taşınmazın kullanım şekli gibi her türlü ölçüt dikkate alınması gerekmektedir. Bu kapsamda Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkındaki Yönetmeliğin 12.,14, ve 85. Maddeleri ile Milli Emlak 336 Numaralı Genel Tebliği'nin 5. Maddesi doğrultusunda hesaplamalar yapılmaktadır.

Sayıştay denetimlerinde vurgulanan hususlardan biri **ecrimisil alınması gereken yerden işgal harcı alınması nedeniyle oluşan kamu zararıdır.**

Yine Sayıştay Başkanlığı tarafından vurgulanan diğer bir husus ise **uzun süre işgalin devam etmesi halinde artık işgal harcı alınamayacağı, ecrimisil alınması gerektiğidir.** Zira Kanunda işgal harcının, bahse konu yerlerin **geçici olarak işgal edilmesi** halinde söz konusu olabileceği vurgulanmaktadır. Ancak bu durumun, ecrimisil yoluyla taşınmazın kiralınması haline dönüşmemesi gerektiği de belirtilmektedir. Sayıştay Denetim Raporlarında; "Kanun'da işgal harcı alınması için işgalin geçici olması gerektiği vurgulanmıştır. İşgaliye konusu sınırları çok belirli, ancak belli şartlarda başvuru ve geçici işgallerde uygulanan bir usuldür. İşgaliyede esas olan işgaliye durumunun geçici olması, kiralama gibi uzun vadeli bir ilişki içerisine girilememesidir. Bu nedenle geçici bir süre için işgal konusu olmayan, belediye tasarrufundaki yol, park, yeşil alan, otopark gibi alanların **uzun süre kullanılması işgal harcının konusuna girmemektedir**" denilmektedir.

Zira Sayıştay Denetim Raporlarında da belirtildiği üzere; gayrimenkullerin üçüncü kişilere

kullanılması için mevzuatta ihale usulleri düzenlenmiş olup bu taşınmazların **ihale yoluyla kiralınması gerekmektedir.** Belediyeye ait gayrimenkulün ihalesiz olarak başkasının kullanımına verilmesi veya kira sözleşmelerinin bitmesine rağmen ihale yapılmadan bunun karşılığında da ecrimisil/işgaliye bedeli alınmasının mümkün olmadığı değerlendirilmektedir. Bahse konu raporlarda; 336 sayılı Milli Emlak Genel Tebliği'nde belirtildiği üzere, fuzuli şağilin işgal veya tasarruf ettiği taşınmazdan tahliyesinin herhangi bir nedenle sağlanamamış olması, aynı taşınmazdan ikinci ve müteakip defa ecrimisil bedeli istenmesine engel teşkil etmeyeceği gibi, ikinci ve müteakip defalar ecrimisil tahsil edilmiş olması, Devlet İhale Kanunu ve Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik hükümleri uyarınca fuzuli şağilin tahliye edilmesine de engel teşkil etmez. Ecrimisil bedellerinin tahsil edilmesi, taşınmazdaki kullanımın devamı hakkını vermeyeceği vurgulanmıştır.

Yine başka bir Sayıştay Denetim Raporunda; taşınmazların ecrimisil yoluyla kiralınmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir. Bu raporda;

"5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 15'inci maddesinde 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 75'inci maddesi hükümlerinin belediye taşınmazları hakkında da uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun "Ecrimisil ve tahliye" başlıklı 75'inci maddesinde devletin özel mülkiyetinde veya hüküm ve tasarrufu altında bulunan taşınmaz malların gerçek ve tüzelkişilerce işgali üzerine, fuzuli şağilden ecrimisil isteneceği ayrıca işgal edilen taşınmaz malın, idarenin talebi üzerine, bulunduğu yer mülkiye amirince en geç 15 gün içinde tahliye ettirilerek, idareye teslim edileceği belirtilmiştir.

Yukarıdaki mevzuattan da anlaşılacağı üzere, ecri misil bir kiralama yöntemi olmadığı gibi olağan bir yöntem de değildir. İşgale uğrayan ve sonradan tespit edilen kamuya ait taşınmaz

mal için fuzuli şagilden bunun bedelinin adeta bir tazminat suretinde alınmasıdır. Maddenin dördüncü fıkrasında da belirtildiği üzere işgal edilen taşınmaz mal için mülkiye amirine talepte bulunulması ve mülkiye amirince söz konusu taşınmazın 15 gün içinde tahliye ettirilmesi esastır. Aksi bir durum, yani işgal eden kişinin ödemesi için tespit edilen eciri misil bedelinin kira ödemesi gibi esas alınarak ileriye doğru devam ettirilmesi, 2886 sayılı Kanun'un her türlü satış ve kiralama gibi hususlarda ihale yoluna gidilmesi gerektiğini ifade eden amir hükümlerine aykırı olacaktır, Ayrıca mevzuata aykırı bu gibi bir uygulama idare malını haksız ve hukuksuz bir şekilde işgal edenin ödüllendirmesi sonucunu doğuracaktır.

Yukarıda açıklandığı üzere, idareye ait olan veya idarenin yetki ve sorumluluk bölgesinde bulunup da kamuya terkini yapılan taşınmazlarda herhangi bir işgal vuku bulduğunda bunlar için hem eciri misil tespit edilerek geriye doğru 5 yılı geçmeyecek şekilde bu eciri misiller tahsil edilmeli hem de aynı zamanda 2886 sayılı Devlet İhale Kanunun 75'inci maddesinin dördüncü fıkrası

uyarınca konu mülki amire intikal ettirilerek söz konusu taşınmazın tahliyesi sağlanmalıdır." şeklinde yapılan açıklama ile ecrimisil yoluyla kiralamanın mümkün olmadığı belirtilmiştir.

Başka bir Sayıştay Denetim Raporunda da aynı şekilde; "Sonuç olarak; işgal altında bulunan taşınmazların tahliye işlemlerinin gerçekleştirilmesi, fuzuli şagillere karşı geriye dönük ecrimisil tahakkuk ettirilmemesi kamuya ait veya kamunun tasarrufunda bulunan bir kısım taşınmazların sadece belli kişiler tarafından bedelsiz kullanılmasına sebebiyet vermektedir ki açıkça hukuka aykırı olan bu husus kamu kaynaklarının kullanımı açısından da oldukça zararlıdır." denilmiştir.

Tüm bu açıklamalar ışığında; ecrimisil/işgaliye bedeli ve işgal harcı kavramlarının yapılan işlemlerde de doğru bir şekilde kullanılmasının sağlanması, yine Sayıştay Denetim Raporlarında da belirtildiği üzere, işgal harcı ve ecrimisil alınabilecek yerlerin birbirine karıştırılmaması ve ecrimisilin bir kiralama yöntemi olarak kullanılmaması gerektiği ortadadır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na göre Kamu İhalelerinde İdari Başvuru Yolu: İtirazen Şikâyet

 Av. Gamze Güler / Marmara Belediyeler Birliği



1- Giriş

Devlet tarafından kamu hizmetleri yerine getirilirken ekonomik dengeleri korumak, eşitliği, şeffaflığı, dürüstlüğü ve verimliliği sağlamak adına, alım ve satımlarda ihale mekanizması işletilmektedir.¹ İhalelerin bir iş, mal veya değer en uygun şartlarda alınıp satılmasına yönelik mekanizma oldukları düşünüldüğünde, temel amacının da en uygun fiyatta, kalitede, şartlarda ve kişilerle alım yapmak olduğu söylenebilmektedir.²

¹ Gamze GÜLER DEMİREL, İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, İstanbul 2017, s.15

² Mehmet Reis KOCA, İhaleye Fesat ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, Ankara 2014, s.4-5.

İdare Hukukuna tabi olan ihaleler için birçok yasal düzenleme bulunmaktadır. Bunlar; 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu başta olmak üzere, Yapım İşleri İhaleleri, Mal Alımı İhaleleri, Hizmet Alımı İhaleleri, Danışmanlık Hizmet Alımı Uygulama Yönetmelikleri ile Kamu İhale Kurumu Düzenleyici İşlemleri ve Tebliğleri kamu ihale mevzuatı içinde yer almaktadır. İhale süreci bu sayılan kanunlar ve yönetmelikler çerçevesinde devletin ve kamunun mali çıkarlarının korunabilmesi için çeşitli ve ayrıntılı hükümlere dayanılarak yürütülmekte, bu süreçte yaşanması muhtemel ihlaller için idari ve cezai yaptırımlar öngörülmektedir.

Kamu hizmetini yerine getiren idareler çeşitli mal ve hizmetleri özel hukuk tüzel kişilerinden satın alırken ihaleleri sıkı bir şekil şartına tabi tutmaktadır. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında yapılan işlemlerden memnun olmayan ve hak ve menfaatlerinin ihlal edildiğini ileri süren kimseler, genel idari başvuru usulünden ayrı olarak özel nitelikli ihalelere özgü geliştirilen başvuru mekanizmasını işleterek mağduriyetlerinin giderilmesini talep etmektedir. Bu sebeple Kanunda şikâyet ve itirazın şikâyet usulleri idari yargıda dava açmadan önce zorunlu olarak tüketilmesi gereken başvuru yolları olarak düzenlenmiştir.

Bu çalışma kapsamında öncelikle 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa göre gerçekleştirilen kamu alımlarında idarenin denetimini sağlayan araçlardan şikâyet ve itirazın şikâyet başvuru yollarının tanımlamaları yapılmış olup, itirazın şikâyet müessesesinin anayasal ve yasal çerçevesi çizilmiştir. Hukuk devletin gereği olarak idarenin bireylere vermesi muhtemel zararlara yönelik olarak dava yoluna gidilmeksizin bir denetim yolunun mevcut olduğu genel olarak değerlendirilmiş; bu idari başvuru yolu Danıştay ve kamu ihale kurul kararları ışığında açıklanmıştır.

2- 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa göre İdari Başvuru Yolları

2.1 Genel Olarak TC Anayasası tarafından korunan temel hak ve özgürlükler, idare tarafından ihlal edildiği takdirde, idareye yapılan başvuru ile bu hak ve özgürlüklerin korunması yine idarece gerçekleştirilmektedir.³ Kamu alımlarının ihale sürecinde ihaleye iştirak edenlerin menfaatlerinin korunması veya sınırlandırılması durumunda 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile hakkın özünü koruyan zorunlu bir idari başvuru yolu özel olarak düzenlenmiştir. Her ne kadar 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu ile genel olarak idari başvuru yolları düzenlenmişse de 4734 sayılı Kanunda öngörülen idari başvuru yollarının öncelikle tüketilmesi gerekmektedir. Bu başvuruda ilk olarak ihaleyi yapan idareye şikâyet yolu ile hukuka aykırılık iddiaları ileri sürülmekte, bu başvurudan cevap alınamaz veya alınan cevap yeterli görülmez ise ihale işlemlerini idareden ayrı değerlendiren bir otoritenin gözden geçirmesi için itirazın şikâyet yolu ile Kamu İhale Kurumuna başvurulmaktadır. Şikâyet veya itirazın şikâyet başvuruları neticesinde istenilen sonuç alınmasa da hukuk devleti olma ilkesinin bir gereği olarak idari yargı mercilerine başvuru hakkı ortadan kalkmamaktadır.

Kamu İhale Kurumu idari ve mali özerkliği haiz bağımsız bir kamu tüzel kişisi olarak kurulmuş olup ihale sürecinde mevzuata uygun olmayan işlem ve eylemlerde hukuka aykırılık iddialarını kısa bir sürede incelemekte, uyuşmazlıkları idari yargı yoluna gidilmeksizin çözmektedir. Bu görevine ek olarak, ihale mevzuatını geliştirmede ve uygulamaya yön vermede önemli katkısı bulunmaktadır.⁴

TC Anayasası'nın Yargı Yolu başlıklı 125'inci maddesinde düzenlenen hükümlerde⁵, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık oluşu, hukuk devletinin bir gereği olup, idarenin yargısal denetime tabi olduğunu göstermektedir. Ayrıca yine aynı maddenin son fıkrasında idarenin eylem ve işlemlerinden doğan zararları ödemekle yükümlü oluşu düzenlenmesi; idarenin hukuka aykırı işlem ve eylemlerinin yargı denetimi neticesinde iptal edilmesi ve idarenin bu eylem ve işlemlerinden dolayı meydana gelen zararları tazminle mükellef olması demektir⁶. Kamu hizmetini yürüten idare hukukun üstünlüğü ilkesi gereğince tüm faaliyetlerini yargı önünde hesap verebilir şekilde, titizlikle icra etmek zorundadır. Dolayısıyla kamu hizmetinin görülmesi sırasında kişilerin uğradıkları zararların idare tarafından tazmin edilmesi hem Anayasanın 125'inci maddesinin bir gereği hem de Anayasanın cumhuriyetin nitelikleri başlıklı 2'inci maddesinde öngörülen Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk devleti olmasının doğal bir sonucudur⁷. Cumhuriyetin nitelikleri olarak

⁴ Melih AKKURT, Kamu İhaleleri Şikâyet ve İtirazın Şikâyet Hukuku, Ankara 2013, s.1
⁵ Fahri BAKIRCI, Şeref İBA, Gereğeli ve Notlu 1982 Anayasası, Ankara 2017, s.431

⁶ "B. Yargı yolu Madde 125 – İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. (Ek hüküm: 13/8/1999-4446/2 md.) Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir.

(Ek cümle: 7/5/2010-5982/11 md.) (...) (1) Yüksek Askerî Şûrânın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma hariç her türlü ilişik kesme kararlarına karşı yargı yolu açıktır.

İdari işlemlere karşı açılacak davalarda süre, yazılı bildirim tarihinden başlar. (Değişik birinci cümle: 7/5/2010-5982/11 md.) Yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez.

İdari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka

aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebilir.

Kanun, olağanüstü hallerde, seferberlik ve savaş halinde ayrıca milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık nedenleri ile yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlandırabilir.

İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararları ödemekle yükümlüdür."

⁷ "II. Cumhuriyetin nitelikleri Madde 2 – Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir."

³ Sait YALAZAY, "4734 sayılı Kamu İhale Kanunu Kapsamında Yapılan İhalelere Karşı İdari Başvuru Yolları", Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2014, s.

sayılan hukuk devleti olma ilkesi devletin işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına bağlı olduğu ve vatandaşların hukuki güvenlik içinde yaşadıkları sistemin gereğidir.⁸

Hukuk devleti olma ilkesi ile hareket eden idare, yaptığı idari işlemin dayanağı olan hukuki olayları en doğru şekilde belirleyerek adil ve hukuka uygun şekilde karar almak zorundadır. Bunu yaparken olayın soruşturmasını gerekli delillerden faydalanarak gerçekleştirmeli ve olayın ilgisine kendini anlatma, savunma, ihtiyaç duyulan bilgi ve belgeleri idareye sunma imkânı tanınmalıdır.

Ayrıca kendi uhdesinde bulunan bilgi ve belgelere erişimi kolaylıkla sağlaması; idari usul işlemlerinin tamamlanmasının ardından ilgiliye tebliği gerçekleştirilen işlemin anlatımının açık ve anlaşılır olması ile beraber metinde hukuki işlemin gerekçesi ve işleme karşı kanunen gidilebilecek başvuru yollarının gösterilmesi de gerekmektedir.⁹

Türk İdare hukukunda idari usul aşamasında işlemlenebilen, idarenin işlem ve eylemlerine karşı Yargı yolu ile denetim dışında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda genel esaslarının düzenlendiği bölümde, üst makamlara başvuru hakkı da düzenlenmektedir.¹⁰ Böylelikle kamu alımlarının ihale süreçlerinde uyuşmazlıkların idari usulde ve idari yargıda olmak üzere çözüme kavuşturulmasının esas olduğu görülmektedir. Nitekim ihale sürecinde hak ve menfaatlerinin ihlal edildiğini düşünen kimseler öncelikle idari makamlara başvuru yapmakta, 4734 sayılı Kanun ile düzenlenen idari başvuru yollarından şikâyet ve itirazın şikâyet haklarını kullanmaktadır. İdari yargı aşamasında ise 2577 sayılı Kanun uygulanmaktadır.¹¹

4734 sayılı Kanun'un 53 ila 56'ncı maddelerinde ihalelere karşı yapılacak idari başvurular düzenlenmiş, bu başvurulara ilişkin ayrıntılı hükümlere ise İhalelere Karşı Yapılacak İdari Başvurulara ait Yönetmelik'te yer verilmiştir. İhalelere yönelik olarak yapılacak başvurular iki aşamalı olup, idareye yapılan başvuru idareye şikâyet, Kamu İhale

Kurumu'na yapılan başvuru ise Kuruma İtirazen şikâyet olarak tanımlanmaktadır.¹²

İhalelere yönelik olarak idareye yapılacak olan başvuruların ilk aşaması olan şikâyet başvuru yolunun öncelikle ele alınması gerekmektedir.

2.2 Şikâyet Başvuru Yolu

4734 sayılı Kanunda tanımlanan özel bir idari başvuru yöntemi olan şikâyet başvurusu ihaleyi yapan idareye yöneltilen ve dava öncesi tüketilmesi gereken bir yol olarak düzenlenmiştir¹³. İhalelere yönelik olarak düzenlenen bu başvuru yönteminin yasal gerekçesinde, isteklilerin şikâyeti öncelikle ihaleyi yapan idareye yöneltilmeleri ve sulhen çözüm sağlamaları amacı ile idarece incelenmesi-ne ilişkin olarak düzenlendiği belirtilmektedir.¹⁴

İhalelere karşı yapılacak olan şikâyet başvurusu ihaleyi yapmış olan ve harcama işlemini gerçekleştirmiş birime yöneltilir. 4734 sayılı Kanunda ihale kapsamındaki idareler genel ilkeler çerçevesinde belirlenmiş olmakla beraber 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nda, merkezi yönetim kapsamındaki genel ve özel bütçeli idareler düzenleyici ve denetleyici kuruluşlar, sosyal güvenlik kuruluşları ve mahalli idareler olarak belirtilmektedir.¹⁵

¹² İl Han ÖZAY, Günışığında Yönetim, İstanbul 2017, s.597

¹³ 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, "İhalelere Yönelik Başvurular ve İnceleme/ İdareye şikâyet başvurusu Madde 55- (Değişik: 20/11/2008-5812/22 md.) 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 21'inci maddenin (b) ve (c) bentlerine göre yapılan ihalelerde beş gün, diğer hallerde ise on gün içinde ve sözleşmenin imzalanmasından önce, ihaleyi yapan idareye yapılır. İlanda yer alan hususlara yönelik başvuruların süresi ilk ilan tarihinden, ön yeterlik veya ihale dokümanının ilana yansımaya diğer hükümlerine yönelik başvuruların süresi ise dokümanın satın alındığı tarihte başlar.

İlan, ön yeterlik veya ihale dokümanına ilişkin şikâyetler birinci fıkradaki süreleri aşmamak üzere en geç ihale veya son başvuru tarihinden üç iş günü öncesine kadar yapılabilir. Bu yöndeki başvuruların idarelerce ihale veya son başvuru tarihinden önce sonuçlandırılması esastır. Şikâyet üzerine yapılan incelemede tekliflerin hazırlanması veya işin gerçekleştirilmesini etkileyebilecek maddi veya teknik hataların veya eksikliklerin bulunması ve idarece ihale dokümanında düzeltme yapılmasına karar verilmesi halinde, gerekli düzeltme yapılarak 29 uncu maddede belirtilen usule göre son başvuru veya ihale tarihi bir defaya mahsus olmak üzere ertelenir. Ancak belirlenen maddi veya teknik hataların veya eksikliklerin ilanda da bulunması halinde 26'ncı maddeye göre işlem tesis edilir.

İdare, şikâyet başvurusu üzerine gerekli incelemeyi yaparak on gün içinde gerekçeli bir karar alır. Alınan karar, şikâyetçi ile diğer aday veya istekliler ile istekli olabileceklere karar tarihini izleyen üç gün içinde bildirilir. İlan ile ihale veya ön yeterlik dokümanına yönelik başvurular dışında istekli olabileceklere bildirim yapılmaz. Belirtilen süre içinde 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 Kuruma itirazın şikâyet başvurusunda bulunulabilir.

İdareye şikâyet başvurusunda bulunulması halinde, başvuru üzerine alınan kararın son bildirim tarihini, süresi içerisinde bir karar alınmaması halinde ise bu sürenin bitimini izleyen tarihten itibaren on gün geçmeden ve itirazın şikâyet başvurusunda bulunulmadığı hususuna ilişkin sorgulama yapılmadan veya itirazın şikâyet başvurusunda bulunulması halinde ise Kurum tarafından nihai karar verilmeden sözleşme imzalanamaz."

¹⁴ Erdoğan DEDEOĞLU, Gerekçeli Açıklamalı ve İkinci Mevzuat İlaveli 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu Ve 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Ankara 2015, s. 444

¹⁵ 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu Kapsam başlıklı 2'inci maddesi.

⁸ Ergun ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2018, s.124.

⁹ Bahtiyar AKYILMAZ, Murat SEZGİNER, Cemil KAYA, Türk İdare Hukuku, Ankara 2018, s.495.

¹⁰ 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu, "Üst makamlara başvurma: 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 başvurma, işleme başlamış olan idari dava açma süresini durdurur.

2. Altmış gün içinde bir cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır.

3. İsteğin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması halinde dava açma süresi yeniden işlemeye başlar ve başvurma tarihine kadar geçmiş süre de hesaba katılır."

¹¹ AKKURT, a.g.e, s.3

İdarenin şikâyeti incelerken ne şekilde hareket edeceğinin mevzuatta ayrıntılı olarak düzenlenmiş olması¹⁶, bağlı¹⁷ ve sınırlı bir yetki ile hareket ettiğini göstermektedir. Bu müessese tamamen usul hükümlerine dayanmakta ve müessesenin herhangi bir takdir hakkı bulunmamaktadır. Bu yönüyle bakıldığında ne kadar madde gerekçesinde sulh yolu ile sorunun çözülmesi amacıyla bahsedilmişse de, idarenin bu şikâyet başvurusunu incelemeye bağlı yetkiyle hareket etmesinin sulh mekanizmasının temeli olan takdir yetkisi ile çeliştiği açık olduğundan idari başvuru yolunun bu sebeple sulh olma yetkisi içermediği düşünülmektedir.¹⁸

Şikâyet yolu, 2577 sayılı Kanunun 10 ve 11'inci maddesinde, idari işlemlere karşı yargı yoluna gitmeden önce işletilen ve uyuşmazlığı idari makamda çözme-yi hedefleyen düzenlemeler olarak yer almakta; bu yönü ile 4734 sayılı Kanundaki düzenlemelerin yansıması olarak değerlendirilmektedir.¹⁹ İYUK 10'uncu madde idari işlem tesis edilmeden önce ilgililerin haklarında idari dava konusu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için idari makamlara başvurabilmeleri hakkını düzenlerken; İYUK 11'inci madde, idare tarafından tesis edilmiş bir idari işleme karşı ilgililer tarafından idari dava açma imkânı varken dava açmayıp, mevcut idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir idari işlem yapılması imkânını tanımaktadır. İlgili maddeler incelendiğinde, idari işlemin, işlemi tesis eden idarenin üst makamından, üst makam yoksa işlemi tesis eden makamdaki idari dava açma süresi içinde işlemin hukuka uygunluğunu değerlendirmesi ve böylece uyuşmazlığın yargı mercii önüne götürülmeden çözülmesinin amaçlandığı görülmektedir.²⁰

4734 sayılı Kanunla düzenlenen şikâyet yolunun İYUK madde 11 ile karıştırılmaması gerekir. İki Kanunda da düzenlenen bu idari başvurulardan 4734 sa-

yılı Kanunda düzenlenen şikâyet başvurusu, ihaleyi yapan idareye yöneltilirken; İYUK madde 11'de öncelikle bir üst makama başvurulmakta, üst makam olmaması halinde işlemi yapan makama gidilmektedir. Ayrıca şikâyet başvurusunda dava açma süresi durmazken ve hatta dava açma süresi şikâyet başvuru süresi sona ermeden başlamazken; İYUK 'da düzenlenen başvuru ile başlamış olan idari dava süresi durmaktadır. Bunlara ek olarak şikâyet başvurusu dava öncesi tüketilmesi gereken bir yol iken, diğer başvuru ihtiyari nitelikli olup dava açmadan önce kullanılması zorunlu değildir.²¹ Böylelikle, şikâyet başvuru yolunun İYUK'da düzenlenen genel idari başvuru yolundan farklı, yalnızca ihale işlemlerinin hukuka uygunluğunu denetleyen özel nitelikli bir idari usul mekanizması olarak nitelendirilmektedir. İhale işlemlerine özgülenmiş olması ve genel idari başvurulardan süre ve şekil yönünden ayrılması bu durumun göstergesi olmaktadır.

Şikâyetin konusu ihale sürecindeki işlemler ve eylemler olduğundan, ihale 4734 sayılı Kanunda tanımlandığı şekli ile kanunda yazılı usul ve esaslar çerçevesinde yapılan satın almalar olarak sınırladığından, şikâyet başvurusu ancak bu Kanun kapsamında yapılan ihaleler için yapılabilecektir. Kanun çerçevesinde belirlenen işlerde kamu kaynağının etkili bir şekilde kullanılmasının sağlanması gerektiğinden, Kamu İhale Kurulu kanunun kapsamına girmeyen ihaleler için yapılan başvuruları görevsizlikten reddetmektedir.²² Ayrıca bir ihalenin hangi kanuna tabi olarak yapıldığının önemi olduğu gibi hangi kanuna tabi olarak yapılması gerektiği konusu da o ihalenin şikâyet başvurusuna konu olup olmamada esas alınmalıdır.²³

İhale süreci, 4734 sayılı Kanunda değil İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelikte tanımlanmış olup, ihalelere yönelik olan idari başvuruların sınırı çizilmektedir.²⁴ Şikâyetin ihale sürecindeki işlem ve eylemleri

¹⁶ "İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik/ İdare Tarafından İnceleme/ Alınacak Kararlar

MADDE 11 – (1) Şikâyet üzerine idare tarafından yapılan inceleme sonucunda gerekçeli olarak;

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

b) Düzeltme yapılması yoluyla giderilebilecek ve ihale sürecinin kesintiye uğratılmasına gerek bulunmayan durumlarda, düzeltici işlem belirlenmesine,

c) Başvurunun süre, usul ve şekil kurallarına uygun olmaması, usulüne uygun olarak sözleşmenin imzalanmış olması veya şikâyetle konu işlemlerde ihalenin iptalini veya düzeltici işlem belirlenmesini gerektirecek hukuka aykırılığın tespit edilememesi hallerinde başvurunun reddine, karar verilir."

¹⁷ "Bağlı yetki; önceden konusu belli olan işlemler hakkında idarenin tek bir çözüm yolunu kullanma imkânına sahip olması, idarenin seçim yapma veya alternatif bir yol kullanma hakkının bulunmaması ve idarenin ancak kendisinden beklenen ve önceden belirlenen kararı alması olarak açıklanmaktadır."

¹⁸ YALAZAY, a.g.e, s.43

¹⁹ AKKURT, a.g.e, s.6

²⁰ AKKURT, a.g.e, s.7

²¹ YALAZAY, a.g.e, s.43

²² Kamu İhale Kurulu, 18.10.2010 tarih, 2010/UY-II-3232 K. "Rekabet Kurumunun 11.10.2010 tarih ve 1221 sayılı yazısında, Rekabet Kurumu kayıtlarına 26.07.2010 tarih ve 5893 sayılı ile intikal eden söz konusu başvurunun 4054 sayılı Kanun kapsamında inceleme olanağının bulunmaması nedeniyle reddedildiği ve ilgisi nedeniyle başvurunun Kamu İhale Kurumuna gönderildiği belirtilmektedir. Rekabet Kurumunun anılan yazısı ekinde gönderilen, başvuru sahibinin 26.07.2010 tarihli dilekçesi ve eklerinin incelenmesinden; İddialara konu ihalenin Doğu Anadolu Kalkınma Ajansı tarafından yapıldığı ve 5449 sayılı Kalkınma Ajanslarının Kuruluşu, Koordinasyonu ve Görevleri Hakkında Kanunun "Uygulanmayacak hükümler" başlıklı 27 nci maddesinde yer alan "Ajans, 10.12.2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu, 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve 4.1.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu hükümlerine tâbi değildir." hükmü uyarınca 4734 sayılı Kanun kapsamında olmadığı ve idarenin bu konudaki kararına karşı yetkili idare mahkemesine başvurulması gerektiği anlaşılmıştır." [www.lexpera.com.tr, erişim tarihi: 09.04.2019]

²³ YALAZAY, a.g.e, s. 53

²⁴ İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik "Tanımlar MADDE 3 – (1) a) İhale süreci: İhale yetkilisince ihale onayının verildiği tarihten itibaren başlayan, sözleşmenin (Ek ibare:RG-22/7/2009-27296) veya çerçeve anlaşmanın taraflarca imzalanıp notere onaylatılması ve tescili ile noter onayı ve tescili gerekmeyen hallerde ise sözleşmenin (Ek ibare:RG-22/7/2009-27296) veya çerçeve anlaşmanın taraflarca imzalanmasıyla tamamlanan süreci,"

kapsaması nedeniyle, ihale sürecinin net olarak anlaşılması gerekmektedir. Bu sebeple 4734 sayılı Kanun ve alt düzenleyici işlemler birlikte ele alındığında ihale sürecindeki işlemler; ihale onayının alınması, şartnamelerin hazırlanması veya hazırlatılması, ilan (pazarlık ve belli istekliler arasında ihale usulünde davet) yapılması, tekliflerin alınması, yaklaşık maliyetin açıklanması, tekliflerin açılması ve okunması, ihale oturumunun tutanağa bağlanması, ihale komisyon kararlarının oluşturulması, ihale yetkilisinin komisyon kararını onaylaması, sözleşmeye hazırlık işlemleri ve sözleşmenin imzalanması şeklinde sıralanmaktadır.²⁵ Söz konusu ihale süreci, ihale yetkilisi tarafından ihale onayının verilmesi ile başlamakta ve ihaleyle ilişkin sözleşmenin imzalanması ile son bulmaktadır. Bu yönü ile şikâyet başvurusu sözleşme imzalandıktan sonraki aşamada yapılamamakta Kurul da bu yönde karar vermektedir.²⁶ Bu noktada, şikâyet başvurusunun hem zaman hem de konu yönü ile sınırını sözleşmenin imzalanması aşaması belirlemektedir. Şikâyet başvurusundaki söz konusu sözleşmenin usulüne uygun imzalanması; şikâyet için öngörülen başvuru sürelerine riayet edilmiş olmasının tespiti ile gerçekleşmektedir.

4734 sayılı Kanuna göre yapılacak ihalelerde uygulanacak usuller, açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü, pazarlık usulü ve doğrudan temin usulüdür. Kanuna göre temel alınan ihale usulleri açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulüdür, diğer usuller ise Kanunda sınırlı olarak belirlenen hallerin varlığı halinde gidilebilen istisnai durumlardır.²⁷ Kurul kararlarında, doğrudan temin alım usulünün bir ihale usulü olmadığı kabul edildiğinden bu konuda yapılan şikâyet başvurularını görevsizlik sebebi ile reddetmektedir.²⁸ Sonuç olarak ihale usullerinin de şikâyet başvurusunun sınırlarını belirlediği ve başvuruların ancak açık ihale, belli istekliler arasında açık ihale ve pazarlık usulü ile yapılan ihalelere ilişkin olarak yapılabileceği anlaşılmaktadır.

Ayrıca idarenin ihale iptal kararını kendiliğinden vermiş olması durumunda, özel nitelikli idari başvuru yolu olan şikâyet mekanizması değil, TC Ana-

yasası'nın 125'inci maddesinde düzenlenen ve idarenin işlemlerinin yargı denetiminde olması kuralına dayanarak 2577 sayılı İYUK'da düzenlenen genel idari başvuru yolu işletilecektir. Nitekim Kurul, ihale iptal kararlarının şikâyet başvurularında kendini görevsiz saymakta ve başvuruları reddetmektedir.²⁹

Şikâyet başvurusunda bulanabilecek ehliyetli kimseler ise 4734 sayılı Kanunun 54'üncü maddesinde belirtildiği üzere aday, istekli ve istekli olabilecek kimselerdir. İhale sürecindeki eylem ve işlemlerin hukuka aykırı olarak gerçekleştirildiğini düşünen aday, istekli veya istekli olabilecekler ihale sürecindeki eylem ve işlemlerin hukuka aykırı olduğunu ihtiva eden bir dilekçe ile idareye başvuru yapabilecektir. İhaleyi yapan idareye yöneltilecek şikâyet için Kanunda düzenlenen süreler hak düşürücü olup, ihale sürecindeki şikâyet konu işlem veya eylemlerin farkına varıldığı veya farkına varılmış olması gerektiği tarihi izleyen günden itibaren 4734 sayılı Kanunun 21'inci maddesinin b ve c bentlerinde düzenlenen ihalelerde 5 gün diğer hallerde ise 10 gün içinde yapılmalıdır.³⁰ İdareye yapılan şikâyet başvurusu neticesinde, ilk olarak incelenen şikâyet başvurusunun süresinde, usulüne uygun olarak ve sözleşme imzalanmadan önce yapılmış olması şartları ile incelenmektedir. İdare tarafından yapılan inceleme sonucunda 10 gün içinde; ihale sürecinin devam etmesine engel oluşturacak ve düzeltici işlemle giderilmeyecek bir hukuka aykırılık tespit edildiği takdirde, ihalenin iptaline, düzeltilerek giderilebilecek ve ihale sürecini kamu yararını³¹ gözeterek kesintiye uğratmayacak durumda düzeltici işlem belirlenmesine karar verilmektedir. Şayet başvuru süre, usul ve şekil kurallarına aykırı ise, usulüne uygun sözleşme imzalanmış veya şikâyet konu işlemlerde ihalenin iptalini veya düzeltici işlem belirlenmesini gerekli kılacak hukuka aykırılık mevcut değilse başvuru idarece reddedilecektir. Şikâyeti sonuçlandıran idare, kararını üç gün içinde ilgililere bildirmekte ve son bildirim tarihini izleyen günden itibaren süresi içinde Kuruma itirazın şikâyetle bulunulmasına imkân verilmekte, başvuru yapılmadığı takdirde idare tarafından kararın gereği yerine getirilmektedir.³²

²⁵ DEDEOĞLU, a.g.e, s. 224

²⁶ Kamu İhale Kurulu, 12.09.2012 tarih,2012/UH. II-3619 K. "Şikâyet konusu ihaleye ait sözleşme imzalandıktan sonra yapılan başvuru ile ilgili olarak Kamu İhale Kurumunun inceleme görev ve yetkisi bulunmadığı anlaşıldığından, ... başvurunun reddi gerekmektedir." [www.lexpera.com.tr, erişim tarihi: 10.04.2019]

²⁷ 4734 sayılı Kanun madde 5/son

²⁸ Kamu İhale Kurulu, 16.01.2012 tarih,2012/UM. II-387 K. "Başvuruya konu alımın 4734 sayılı Kanunun 22 nci maddesine göre bir ihale usulü olmayan "doğrudan temin" kapsamında gerçekleştirildiği, dolayısıyla başvurunun Kurumun görev alanında bulunmadığı anlaşılmıştır. Bu itibarla; 4734 sayılı Kanunun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince başvurunun görev yönünden reddi gerekmektedir." [www.lexpera.com.tr, erişim tarihi: 10.04.2019]

²⁹ Kamu İhale Kurulu, 02.01.2012 tarih,2012/UH. II-41 K "Anılan hükümler uyarınca şikâyet ya da itirazın şikâyet üzerine idare tarafından alınan ihalenin iptali kararlarına yönelik olarak yapılan itirazın şikâyet başvuruları inceleme konusu yapılabilecektir. Başvuru konusu ihalede, idarece iptal kararının şikâyet ya da itirazın şikâyet üzerine alınmadığı tespit edildiğinden, Kuruma itirazın şikâyet başvurusu yapılması mümkün bulunmamaktadır. Bu konudaki idare kararına karşı yetkili idare mahkemesine başvurulması gerekmektedir. Bu nedenle 4734 sayılı Kanunun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince başvurunun görev yönünden reddi gerekmektedir." [www.lexpera.com.tr, erişim tarihi: 10.04.2019]

³⁰ DEDEOĞLU, a.g.e, s.445

³¹ ÖZAY, a.g.e, s. 598

³² AKKURT, a.g.e, s. 20

2.3 İtirazen Şikâyet Yolu

İtirazen şikâyet yolunun mevzuat ve doktrinde tanımı yapılmamakla beraber bu idari denetim mekanizmasının özellikleri sadece sayılarak belirtilmektedir. Bu hali ile itirazen şikâyet, kanun kapsamında yapılan ihalelere ilişkin olarak, şikâyet üzerine yapılan başvurudan beklediği sonucu elde edemeyen ilgili hak sahiplerinin, iddialarının ihaleyi yapan organdan bağımsız bir idare tarafından yeniden gözden geçirilmesine imkan tanıyan dava öncesi tüketilmesi zorunlu bir idari başvuru yolu olarak tanımlanabilir.³³

Kuruma yapılacak olan itirazen şikâyet başvurusu 4734 sayılı Kanun'un 56'ncı maddesinde düzenlenmiştir.³⁴ Bu madde ile idareye yapılan şikâyet sürecinin tamamlanmasından sonra veya idareye şikâyet başvurusunda bulunulmadan, idareye karşı herhangi bir şikâyet başvurusu üzerine idare tarafından alınan bir karar nedeniyle hak kaybına veya zarara uğrayanlar veya uğrama ihtimali olanlar doğrudan Kamu İhale Kurumuna itirazen şikâyet başvurusunda bulunabileceklerdir.³⁵

İtirazen şikâyet başvuru yolu sonucunda Kamu İhale Kurulu tarafından başvurunun incelenmesi ile verilen

³³ YALAZAY, a.g.e, s.81

³⁴ "4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, Kuruma itirazen şikâyet başvurusu (1) Madde 56- (Değişik: 22/11/2008-5812/23 md.) İdareye şikâyet başvurusunda bulunan veya idarece alınan kararı uygun bulmayan aday, istekli veya istekli olabilecekler tarafından 55'inci maddenin dördüncü fıkrasında belirtilen hallerde ve süreçte, sözleşme imzalanmadan önce itirazen şikâyet başvurusunda bulunulabilir. İhalenin iptaline ilişkin işlem ve kararlardan, sadece şikâyet ve itirazen şikâyet üzerine alınanlar itirazen şikâyet konu edilebilir ve bu kararlara karşı beş gün içinde doğrudan Kuruma başvuruda bulunulabilir.

Kurum itirazen şikâyet başvurularını başvuru sahibinin iddiaları ile idarenin şikâyet üzerine aldığı kararda belirlenen hususlar ve itiraz edilen işlemler bakımından eşit muamele ilkesinin ihlal edilip edilmediği açısından inceler. İdare tarafından şikâyet veya itirazen şikâyet üzerine alınan ihalenin iptal edilmesi işlemine karşı yapılacak itirazen şikâyet başvuruları ise idarenin iptal gerekçeleriyle sınırlı incelenir.

Kanunda belirtilen sürelerle ve usule uyulmadan sözleşme imzalanmış olması veya itirazen şikâyet başvurusundan feragat edilmesi itirazen şikâyet başvurusunun incelenmesine ve 54'üncü maddede sayılan kararlardan birinin alınmasına engel teşkil etmez.

Kurul tarafından gerekli görülen hallerde tarafların ve ilgililerin dinlenmesine karar verilir. Bu durumda, Kurul tarafından tespit edilen tarihte taraflar ve ilgililer dinlenir.

Kurum, itirazen şikâyetle ilişkin nihai kararını, incelenen ihaleye ilişkin gerekli bilgi ve belgeler ile ihale işlem dosyasının kayıtlara alındığı tarihi izleyen yirmi gün içinde vermek zorundadır. Bu süre 21'inci maddenin (b) ve (c) bentlerine göre yapılan ihaleler ile şikâyet ve itirazen şikâyet üzerine alınan ihalenin iptal edilmesi işlemine karşı yapılacak itirazen şikâyet başvurularında on iş günü olarak uygulanır.

Kurum, gerekli gördüğü takdirde özel uzmanlık gerektiren teknik hususlarla ilgili olarak ihtisas sahibi kamu veya özel hukuk tüzel kişileri ile gerçek kişilerin görüşüne başvurabilir. Görüşüne başvuru alan özel hukuk tüzel kişileri ile gerçek kişilere (8000) gösterge rakamının memur aylıklarına uygulanan aylık katsayısı ile çarpımı sonucu bulunacak tutarı geçmemek üzere Kurul tarafından belirlenen miktarda ödeme yapılır. Kamu görevlilerinin görüşüne başvurulması halinde ise personele diğer mevzuatta yer alan kısıtlamalara bağlı olmaksızın (5000) gösterge rakamı esas alınmak suretiyle aynı esaslar çerçevesinde ödeme yapılır. Bu fıkra uyarınca yapılacak ödemeler damga vergisi hariç herhangi bir vergi ve kesintiye tabi tutulmaz.

Kurul tarafından verilen bütün kararlar, karar tarihini izleyen beş iş günü içinde taraflara tebligata çıkarılır ve tebligata çıkarıldığı tarihi izleyen beş gün içinde Kurumun internet sayfasında yayınlanır. Kararlara erişim ücrete tabi tutulamaz. İdareler hukuki durumda değişiklik yaratan Kurul kararlarının gerektirdiği işlemleri ivedilikle yerine getirmek zorundadır."

³⁵ Muhittin ABACIOĞLU, Ali ABACIOĞLU, Açıklamalı-İçtihatlı Kamu İhale Kanunu ve Uygulaması, Ankara 2016, s.785

kararlar idareyi bağlayıcı nitelikte olabilmekte, bu sebeple de bir idari denetim mekanizması sayılmaktadır. Nitekim Kurumun görev alanı, kamu kaynağı kullanan tüm kurum ve kuruluşların ihale ile ilgili işlemlerini incelemek ve eylemlerini denetlemektir.

İYUK madde 11 ile bir üst mercie yapılan başvuru, aynı tüzel kişilik içerisinde yer alan ve fakat aşağıdan yukarıya doğru bir bağlılık içinde hareket eden hiyerarşik yapıyı göstermektedir. İtirazen şikâyet başvurusu ise bir üst makama değil başka bir tüzel kişiliğe yönelik olarak gerçekleşmektedir. Ayrıca itirazen şikâyet dava açma süresini durdurmamış gibi, itirazen şikâyetin başvuru süresi sona ermeden, dava açma süresi başlamamaktadır. İYUK düzenlemesinde yer alan idari başvurular genel nitelikli olup ilgililer için ihtiyari olarak başvuru bir yoldur ancak itirazen şikâyet yolunun dava öncesi tüketilmesi gerekmektedir.

Ayrıca Kanunda, idareye verilmiş olan iptal yetkisinin itirazen şikâyet incelemesine tabi tutulması idareyi ihale yapmaya zorlama ve iptal edilen ihaleden sonra aynı amaçla açılan ihalelerin de idari başvurulara konu olması mümkün olduğundan, idarenin ihalenin iptaline ilişkin işlemlerinin itirazen şikâyet konusu yapılamayacağı düzenlenmektedir.³⁶

İtirazen şikâyetin konusu yapılabilecek işlemlerde ön şart bu konuda önceden şikâyet başvurusunda bulunma olduğundan ancak şikâyet konusu yapılan hususlar itirazen şikâyetle konu olmaktadır. Ancak şikâyet başvurusu olmadan doğrudan itirazen şikâyetle konu olan ihale işlemleri de mevcuttur. Bunlar; ihalenin idare tarafından daha önce yapılmış olan şikâyet ve itirazen şikâyet başvurularından sonra iptal edilmesi, şikâyet başvurularının sonuçlandırılmasından sonra alınan karara karşı yapılması şeklinde genel kurala istisna oluşturan haller olarak karşımıza çıkmaktadır.³⁷

Şikâyet konusu yapılmış olan ihale işlemlerinin ihalenin ilgili aşaması ile ve şikâyet sebebi ile bağlı olması gerekmektedir. Kurul, şikâyet konusu yapılmış vakalar ile yapılmayanların bir arada bulunduğu dilekçelerde, daha önce şikâyet konusu yapılmış olanları esas yönünden incelemekte ve fakat şikâyet konusu yapılmayan sebepleri ayırarak reddetmektedir.³⁸

³⁶ ABACIOĞLU / ABACIOĞLU, a.g.e, s.785

³⁷ YALAZAY, a.g.e., s.87

³⁸ Kamu İhale Kurulu, 19.09.2012 tarih, 2012/UM. II-3685 K "Başvuru sahibinin söz konusu iddiasının idareye şikâyet dilekçesinde yer almadığı, idarenin şikâyetle ilişkin aldığı kararda da bu hususa yer verilmediği anlaşılmıştır.... Aktarılan mevzuat hükümleri çerçevesinde, idareye şikâyet başvurusunda yer verilmeyen ve idarenin şikâyet üzerine aldığı kararda yer almayan söz konusu iddianın, itirazen şikâyet kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmadığından bahse konu iddiaya ilişkin olarak başvurunun reddi gerekmektedir." [www.lexpera.com.tr, erişim tarihi: 11.04.2019]

Şikâyet konusu yapılması gerekmeyen doğrudan itirazın şikâyet konusuna olabilecek ihale işlemlerinde de idare herhangi bir şikâyet veya itirazın şikâyet başvurusu yapılmayan doğrudan alınan ihalenin iptali kararlarını, söz konusu şikâyet mekanizmalarında konu edilmeyecektir. Her ne kadar 4734 sayılı kanunla getirilen bu idari denetim tabi olmasalar da bu işlemler İYUK da düzenlenen genel ve olağan idari dava ve başvuru sistemine tabi olmaktadır.

2.3.1 Başvuru Ehliyeti

İtirazen şikâyet idari başvurusunda ehliyet kavramı ile ihale sürecindeki iş ve eylemlere karşı bu yolu kullanabilme imkanına sahip olabilmesi; mevzuatta belirtildiği gibi ihale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına uğrama veya zarara uğramanın muhtemel olması kastedilmektedir. İhale mevzuatında idari başvuru ehliyeti olan kimseler aralarında 3 gruba ayrılmış, istekli olabilecekler, adaylar ve istekliler şeklinde sınıflandırılmıştır.³⁹ Kanunda itirazın şikâyetinde bulunabilecek istekli olabileceklerin ihale konusu alanda faaliyet göstermeleri ve ihale veya ön yeterlik dokümanını satın almaları gerektiği düzenlenmiştir.⁴⁰ Düzenleme ile ihale ile ilgili alanda faaliyet göstermeyen gerçek veya tüzel kişilerin ihalede söz sahibi olması engellenmek istenmiş olduğundan Kurul kararları da bu yönde teşekkül etmiştir.⁴¹

³⁹ 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu "Kuruma itirazın şikâyet başvurusu Madde 56- (Değişik: 22/11/2008-5812/23 md.) İdareye şikâyet başvurusunda bulunan veya idarece alınan karar uygun bulunmayan aday, istekli veya istekli olabilecekler tarafından..." İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik

"Başvuru ehliyeti MADDE 5 – (1) İhale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden;

a) 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, b) Adaylar; belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan ihalelerde ön yeterlik başvurularının sunulması, değerlendirmesi 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, c) İstekliler; yeterlik başvurularının veya tekliflerin sunulması, değerlendirilmesi ve ihalenin sonuçlandırılmasına ilişkin idari işlem veya eylemler, hakkında başvuruda bulunabilir.

(2) Kanunun 21'inci maddesinin birinci fıkrasının (a), (d) ve (e) bentlerine göre yapılan ihalelerde oluşturulan şartları netleştirilmiş teknik şartname, birinci fıkranın (c) bendi kapsamında idari işlem veya eylem sayılır.

(3) (Ek:RG-7/6/2014-29023)(3) Ön yeterlik dokümanı veya ihale dokümanı satın alınabilmesi için adına doküman satın alınacak Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına göre kurulmuş tüzelkişiler ile Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı gerçek kişilerin EKAP'a kayıtlı olması zorunludur. Ortak girişimlerde ise Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına göre kurulmuş tüzelkişi ve Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı gerçek kişi ortakların tamamının bu koşulu sağlaması gerekir

⁴⁰ 4734 sayılı Kanun "Tanımlar madde 4- İstekli olabilecek: (Ek: 20/11/2008-5812/2 md.) İhale konusu alanda faaliyet gösteren ve ihale veya ön yeterlik dokümanı satın almış gerçek veya tüzel kişiyi ya da bunların oluşturdukları ortak girişimi,"

⁴¹ Kamu İhale Kurulu, 06.02.2012 tarih,2012/UH. I- 840 K. "Bahsi geçen Ticaret Sicil Gazetesinde, anılan firmanın faaliyet alanı içinde; refakat hizmetleri ve temizlik hizmetlerinin sayılmış olması ile ihale konusu işin; "idareye bağlı çocuk evlerinde korunma ve bakım altındaki kişilerin temizlik, bakım, giyim, beslenme, refakat (hastane, kamp, gezi), banyo, tuvalet vb. günlük yaşam aktivitelerine ilişkin hizmetler" olması göz önünde bulundurulduğunda, ihale üzerinde bırakılan isteklinin ihale konusu alanda faaliyet gösterdiği sonucuna ulaşılmıştır." [www.lexpera.com.tr, erişim tarihi: 11.04.2019]

Ayrıca ihale dokümanını satın almış olma şartı da birlikte gerçekleşmelidir. Kanunda şeffaflık ilkesi gereği ihale ile ilgilenen kimselerin elektronik kamu alımları platformundan ihale dokümanının ücretsiz olarak görülebileme hakkı bulunmaktadır fakat Kurul bunu yeterli görmemekte⁴², ihale dokümanının satın alınması ve ayrıca ön yeterlilik / İhale dokümanının satın alındığına ilişkin formun idare tarafından düzenlenmiş olmasını ve formun doldurularak ilgiliye verilmesini de bir ek şart olarak aramaktadır.⁴³ Kurulun, Kanunda yer almayan satın alma formunun düzenlenerek teslim edilmesi şeklinde bir şart ihdas etmiş olması, ihalelere yönelik işlemlere karşı başvuru yolunda hakkın kullanılmasını sınırlandırmıştır.⁴⁴

İstekli olabilecek sıfatı ihalenin hazırlık aşamasına ilişkin olduğundan idari başvuru ehliyeti burada zaman bakımından sınırlanmıştır. İhalenin değerlendirme aşamasında istekliye dönüşen istekli olabileceklerin bu aşamada herhangi bir hak kaybına uğraması da söz konusu olmayacaktır. Uygulamada Kurul kararlarının da bu yönde olduğu görülmektedir.⁴⁵

⁴² Kamu İhale Kurulu, 17.01.2011 tarih,2011/UH. II- 241 K "Anılan Elektronik Kamu Alımları Platformunun Kullanılmasına İlişkin (1) Nolu Tebliği açıklamaları ve şartname düzenlemeleri doğrultusunda, şartnamede ihale dokümanını satın almak isteyenlerin, ihale dokümanını oluşturan belgelerin aslına uygunluğunu kontrol edeceği, istekli tarafından ihale dokümanının içeriğinin dikkatli şekilde incelenmesi gerektiği ve teklif verilmesine ilişkin şartların yerine getirilmemesinden kaynaklanan sorumluluğun teklif verene ait olduğu ve yine anılan Tebliğde ihaleye katılacak firmaların istekli olabilecek sıfatını ancak doküman bedelini yatırmak suretiyle kazanabilecekleri, ihale dokümanının idareden satın alınması durumunda doküman alan gerçek veya tüzel kişilere ilişkin bilgilerin T.C. Kimlik veya Vergi Kimlik Numaraları üzerinden EKAP'a girileceği, ihale dokümanının bedel ödenmeksizin EKAP üzerinden indirilebileceği ve bununla birlikte dokümanın bu şekilde indirilmesinin, indirene istekli olabilecek sıfatını kazanırmayacağı hususları dikkate alındığında, istekliler tarafından yol bedelinin 5 TL olarak belirlendiği idari şartname maddesinin esas alınarak teklif bedelinin oluşturulması gerektiğinden başvuru sahibinin iddiası yerinde görülmemiştir." [www.lexpera.com.tr, erişim tarihi: 11.04.2019]

⁴³ Kamu İhale Kurulu, 21.01.2008 tarih, 2008/UH. Z- 308 K. "...başvuru sahibinin ihale dokümanı bedelini idareye yatırdığına dair vevze alındısı makbuzunun ihale işlem dosyasında bulunduğu, ancak ihale dokümanının idarece başvuru sahibine teslim edildiğine dair KİK005.0/H nolu "İhale dokümanının satın alınmasına ilişkin formun" bulunmadığı anlaşılmıştır... İhale dokümanının satın alınmış gerçek ve tüzel kişilerin istekli olabilecekler sıfatına haiz olabileceği, bununla birlikte; ihale dokümanı satın alınmasının sadece doküman bedelinin idareye ödenmesini ifade etmediği, ayrıca ihale dokümanının idarece satın alana teslim edilmesine ilişkin KİK005.0/H nolu standart formun da düzenlenmesi gerektiği anlaşılmıştır... İhale dokümanı satın alındığına dair KİK005.0/H nolu Standart Formun düzenlenmemesi şikâyetçinin istekli olabilecek sıfatını haiz olmaması sonucunu doğurduğundan, şikâyetçinin başvuru ehliyetine haiz olmadığı anlaşılmıştır." [www.lexpera.com.tr, erişim tarihi: 11.04.2019]

⁴⁴ YALAZAY, a.g.e, s.98

⁴⁵ Kamu İhale Kurulu, 05.12.2011 tarih, 2011/UH. III- 3981 K. "Başvuru dilekçesinde özetle; ihaleyi gerçekleştiren idarenin, bahse konu ihale ile aynı nitelikte olan işinde halihazırda yüklenici konumunda bulundukları ve yapılan ihaleye iştirak etmek suretiyle işe devam etme isteğinde oldukları, ihalenin ilan edilen tarih ve saatinden 28.10.2011, 14:00 olduğu, belirtilen tarih tatil gününe rastladığı için 4734 sayılı Kanunun 62 nci maddesi uyarınca ihalenin ilana gerek kalmaksızın bir sonraki iş günü olan 31.10.2011 tarihinde gerçekleştirileceği düşüncesiyle, teklif sunmak için bu tarihte idareye gidildiğinde ihalenin tehir edilmeksizin ilan edilen tarih olan 28.10.2011'de gerçekleştirildiğinin öğrenildiği, anılan Kanun maddesine aykırı bir şekilde ihalenin tatil gününden sonraki iş gününe ertelenmesi nedeniyle kendileri dahil ihale konusu alanda faaliyet gösteren başka firmaların ihaleye katılmının engellendiği, söz konusu ihalede şeffaflık ve idareye güven ilkesinin zedelenmediği, anılan Kanun maddesine uygun olmayan işlemin ihalenin iptalini gerektirdiği iddialarına yer verilmiştir.İhale işlem dosyası kapsamında Kuruma gönderilen doküman satın alındığına ilişkin formlar ile EKAP üzerinden indirilen doküman satın alma listesi incelendiğinde başvuru sahibinin ihale dokümanı satın almadığı anlaşılmıştır...Başvuru sahibi tarafından ihale dokümanı satın alınmamış olduğundan, başvuru sahibinin istekli olabilecek sıfatına haiz olmadığı, bu nedenle anılan Kanun hükmü uyarınca başvuru ehliyetinin bulunmadığı anlaşılmıştır. Bu itibarla, 4734 sayılı Kanunun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince, başvurunun ehliyet yönünden reddi gerekmektedir." [www.lexpera.com.tr, erişim tarihi: 11.04.2019]

İstekli olabileceklerin dokümanı belli bir bedel ödeyerek satın almaları, şikâyet mekanizmasının ücretli olduğunu göstermekte, ancak ücret ödenmesi ile şikâyet hakkı kullanılabilir. Ayrıca itirazın şikâyet başvurularında da yaklaşık maliyet bedeli ile orantılı olarak başvuru ücretinin yatırılması gerekmekte aksi halde başvurunun şekil yönünden reddi söz konusu olmaktadır.⁴⁶ Burada Kanunun, ihalelere karşı idari başvuruların iki aşamasının da bedelli olarak düzenlemesi ile Anayasal bir hak olan dava hakkına bir ön şart getirmiş olduğu görülmektedir.

Kanunda düzenlenmiş olan hükümler uyarınca itirazın şikâyet başvurusunda bulunabilmek için teminat yatırılması ve teminatın yatırıldığına dair belgenin itirazın şikâyet dilekçesine eklenmesi gerekmektedir.⁴⁷ Bu noktada idari yargıda dava açabilme imkânı için de dolaylı bir dava şartı ortaya çıkmakta, ihale sürecinde hukuka aykırı işlem ve eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğrayan veya zarara uğraması muhtemel olanlardan mali gücü bulunmayanların hak arama özgürlüğünü sınırlandırdığı görülmektedir.⁴⁸

Ayrıca TC Anayasası tarafından tanınan adil yargılanma hakkına yönelik olarak herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahip olduğundan adil yargılanma esastır. Ancak yine Kanun itirazın şikâyet başvurusunun reddi halinde teminatın gelir kaydedilmesini düzenlemektedir.⁴⁹ Bu düzenleme, hem itirazın şikâyet başvurusunda hem de bu idari

başvuru yolunu tüketmeden dava açılmayacağı için dava açma hakkının kullanılmasını sınırlamakta ve caydırıcı olmaktadır. Her ne kadar bu düzenleme ile amaçlanan ihale sürecini keyfi olarak gecikmeye, aksamaya uğratabilecek başvurular nedeniyle ihaleyi yapan idareyi muhtemel zarara uğratacak eylemlere karşı bir güvence olsa da, itirazın şikâyetin reddi halinde söz konusu teminat Kamu İhale Kurum'una gelir olarak kaydedilmektedir. Bu noktada koruyucu etkinin ihaleyi yapan idarenin mi yoksa KİK'in mi üzerinde olması konusu tartışma yaratmaktadır.⁵⁰

İtirazın şikâyetinde bulunabilecek adaylar, yalnızca belli istekliler arasında ihale usulünde ve aşamalarında öngörülmektedir.⁵¹ Kanuna göre aday, ön yeterlik aşamasını katılabilmek için ön yeterlik dokümanını almak zorunda olup, ihale alanında faaliyet göstermelidir.⁵² Aday olabilmenin ilk şartı istekli olabilecek statüsünde olmak ve fakat ondan farklı olarak ön yeterlik başvurusunda bulunmuş olmak gerekmektedir. Kurul da ön yeterlik başvurusunda bulunarak adaylık sınıfına girildiğini böylelikle ön yeterlik dokümanının kesinleştiğini kabul etmekte, bu kesinleşen dokümana yapılan şikâyet başvurusunu reddetmektedir.⁵³ Adaylık, istekli olabilecekler ile istekliler arasında bulunan ve belli istekliler arasında ihale usulünde ön yeterlik aşamasındaki işlemlere karşı şikâyet ve itirazın şikâyet hakkını tanıyan bir konumdur.⁵⁴ Bu yönüyle adaylar yalnızca ön yeterlik başvurularının sunulması, değerlendirilmesi ve sonuçlandırılması işlemlerine karşı idari başvuru ehliyetine sahip olup, ihale dokümanına veya tekliflerin değerlendirilmesi işlemlerine karşı şikâyetinde bulunamamaktadır.⁵⁵

⁴⁶ Kamu İhale Kurulu, 02.01.2012 tarih, 2012/UH. II- 54 K. "Yapılan inceleme neticesinde; 05.12.2011 tarihli şikâyet konu ihalede, başvuru sahibinin ihale dokümanına karşı 29.11.2011 tarihinde idareye şikâyetinde bulunduğu, idarenin şikâyet başvurusunu 01.12.2011 tarihli cevap ile reddettiği, idarenin cevabının (başvuru sahibinin beyanına göre) 07.12.2011 tarihinde tebliğ edildiği, başvuru sahibinin 13.12.2011 tarihinde Kurum'a itirazın şikâyetinde bulunduğu, ancak başvuru dilekçesinin ekinde 4734 sayılı Kanunun 53 üncü maddesinin (j) fıkrasının 2 numaralı bendi gereğince hesaplanan başvuru bedelinin ödendiğine dair belge bulunmadığı,

Başvuru sahibinin dilekçesindeki eksikliğin son başvuru tarihine kadar (itirazın şikâyet başvuru süresi içinde) tamamlanması gerektiğinin www.ihale.gov.tr adresinde 13.12.2011 tarihinden itibaren ilân edildiği, ancak söz konusu eksikliğin tamamlanmadığı anlaşılmıştır. Belirtilen nedenle, Kuruma yapılan başvurunun 4734 sayılı Kanunun 54 üncü maddesinin yedinci fıkrası ile İhalelere Yönelik Yapılacak Başvurular Hakkında Yönetmeliğin 8'inci maddesinin beşinci fıkrası ve 16 ncı maddesinin birinci fıkrasının (g) bendi hükmüne aykırı olduğu anlaşıldığından, 4734 sayılı Kanunun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince başvurunun şekil yönünden reddi gerekmektedir." [www.lexpera.com.tr, erişim tarihi: 11.04.2019]

⁴⁷ 4734 sayılı Kanun, "İhalelere yönelik başvurular Madde 54- (6) İtirazın şikâyetinde bulunanlardan 53 üncü maddenin (j) bendinin (2) nolu alt bendinde belirtilen bedelin dört katı tutarına kadar başvuru teminatı alınmasına Cumhurbaşkanınca karar verilebilir. Başvuru teminatları Kurum hesaplarına yatırılır. Bu teminatlar Kurum gelirleri ile ilişkilendirilmeksizin ayrı hesaplarda tutulur.

(7) İtirazın şikâyet dilekçelerine, başvuruda bulunmaya yetkili olduğuna dair belgeler ile imza sirkülerinin aslı veya yetkili mercilerce onaylı örneklerinin, varsa şikâyetle idarece verilen cevabın bir örneği ile başvuru bedeli ve teminatının Kurum hesaplarına yatırıldığına dair belgenin eklenmesi zorunludur.

⁴⁸ İlhami ÖZTÜRK, Müjgan KARYAÇDI; "Hak Arama Özgürlüğü Bağlamında Kamu İhale İşlemlerine Karşı Teminat Ödenmesi Şartı İle Tanınan İtirazın Şikâyet Hakkı", 2010, s.454, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2010-87-617> [erişim tarihi: 13.04.2019]

⁴⁹ 4734 sayılı Kanun, "İhalelere yönelik başvurular Madde 54- (10) Kurumun görev alanında bulunmaması hali hariç, itirazın şikâyet başvurusunun reddedilmesi durumunda, başvuru teminatı yatırılan hallerde teminatın gelir kaydedilmesine de karar verilir."

⁵⁰ ÖZTÜRK, KARYAÇDI, a.g.m, s.455

⁵¹ İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik "Başvuru ehliyeti MADDE 5/1-b"

⁵² 4734 sayılı Kanun "Tanımlar madde 4- Aday: Ön yeterlik için başvuran gerçek veya tüzel kişileri veya bunların oluşturdukları ortak girişimleri,"

⁵³ Kamu İhale Kurulu, 12.09.2012 tarih, 2012/UH.I- 3570 K. "Bahse konu ihalede başvuru sahibi iş ortaklığının 15.05.2012 tarihinde ihale dokümanını satın aldığı ve 12.06.2012 tarihinde yapılan Ön Yeterlik Değerlendirmesine katıldığı, başvuru sahibi iş ortaklığının itiraza konu hususuna ilişkin düzenlemenin Ön Yeterlik Şartnamenin 18 ve 19 uncu maddelerinde düzenlendiği ve anılan iş ortaklığının yukarıda belirtilen mevzuat hükümlerinde öngörülen süre içerisinde ihale dokümanına ilişkin olarak idareye şikâyet başvurusunda bulunmadığı ve ihalenin ön yeterlik değerlendirmesine katıldığı görüldüğünden ihale dokümanı kesinleşmiş olup mevcut doküman göre idarenin ihale işlemlerini sonuçlandırması işleminde mevzuata aykırılık bulunmamaktadır." [www.lexpera.com.tr, erişim tarihi: 13.04.2019]

⁵⁴ YALAZAY, a.g.e, s.109

⁵⁵ Kamu İhale Kurulu, 15.08.2011 tarih, 2011/UY.III- 2737 K. "Söz konusu hükümler birlikte değerlendirildiğinde; belli istekliler arasında ihale usulünde ön yeterlik için başvuran gerçek veya tüzel kişilerin veya bunların oluşturdukları ortak girişimlerin "aday" olarak tanımlandığı, ihale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığı veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden adayların, ön yeterlik başvurularının sunulması, değerlendirilmesi ve sonuçlandırılmasına ilişkin idari işlem ve eylemler hakkında başvuruda bulunabileceği, şikâyet başvurusunun, bu işlem veya eylemlerin farkına varıldığı veya farkına varılmış olması gereken tarihi izleyen günden itibaren on gün içinde ve sözleşmenin imzalanmasından önce ihaleyi yapan idareye yapılmasının gerektiği," [www.lexpera.com.tr, erişim tarihi: 13.04.2019]

İtirazen şikâyetle bulunabilecek istekliler, uygulamada en çok başvuru yapan konumda olup şikâyet hakkı en kapsamlı olan gruptur. İstekliler, ihale dokümanını satın alan, ihale alanında faaliyet gösteren ve ihaleye teklif verenler olup; isteklileri, istekli olabilecekler ve adayların bir ileri derecesi olarak tanımlamak mümkündür.⁵⁶ İstekliler, sunulan tekliflerin yeterlik kriterlerine sahip olmadığını kendi tekliflerinin uygun olduğunu iddia etmekte, şikâyet haklarını yeterlik değerlendirmesi ile kullanmaktadır.⁵⁷

Ayrıca idari başvuru ehliyetine sahip olan istekli olabileceklerin, adayların ve isteklilerin şikâyet ve itirazen şikâyetle bulunmaları için o ihalede bir hak kayıpları olmalı, bu hak kaybı somut olarak gerçekleşme de gerçekleşme ihtimalinin bulunması, Kurul kararlarınca yeterli görülmektedir.⁵⁸ Kurul bazı kararlarında hak kaybı yerine idari davalardaki gibi menfaat tabirini kullanmakta, başvuranın menfaat elde etme imkânını görmediği durumlarda ehliyet yokluğu gerekçesi ile başvuruyu reddetmekte⁵⁹, bu görüşü ile hak sahibinin yeni hak ve menfaatleri doğabileceği yönünde şikâyet ehliyetinin kapsamını genişletmektedir.⁶⁰ Söz konusu menfaat ihlali durumunda güncel olma şartı da ayrıca aranmakta, Kurul şikâyet ve itirazen şikâyet başvurularında güncel olmayan hak kaybı iddialarını ehliyet yokluğu sebebiyle reddetmektedir.⁶¹

⁵⁶ 4734 sayılı Kanun "Tanımlar madde 4-İstekli: Mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalesine teklif veren tedarikçi, hizmet sunucusu veya yapım müteahhidini,"
⁵⁷ Kamu İhale Kurulu, 23.01.2012 tarih, 2012/UH. III- 532 K. "Aktarılan mevzuat hükümleri kapsamında, istekli konumundaki şikâyetçinin, iki ayrı kuruluşun ihtiyaçlarının tek bir ihale ile karşılanmasının teklifleri oluştururken isteklileri yanılttığına yönelik iddiasının, ihale dokümanına yönelik şikâyet niteliğinde olduğu, ilgilinin, esas itibarıyla bu konuda şikâyet ehliyetine sahip olmadığı, ihaleye teklif vermeden önce istekli olabilecek konumunda bulunduğu aşamada ise süresinde şikâyet başvurusunda bulunmadığı görülmüş, bu nedenle birinci iddiaya ilişkin olarak başvurunun reddinin gerektiği anlaşılmıştır." [www.lexpera.com.tr, erişim tarihi: 13.04.2019]

⁵⁸ Kamu İhale Kurulu, 21.05.2012 tarih, 2012/UH. I- 2198 K. "Bu noktada, menfaat ihlalinin kesinleşen ihale kararı ile ortaya çıktığı, dolayısıyla şikâyet başvuru süresinin kesinleşen ihale kararının tebellüğü tarihinden itibaren başlaması gerektiği ileri sürülebilir. Ancak, İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin 5'inci maddesinde başvuru ehliyeti ve sınırları belirlenirken, 'hak kaybına uğrama' koşulunun hemen yanında 'hak kaybına uğrama olasılığı' da bir ön koşul olarak sayılmıştır. Başka bir deyişle, menfaat ihlalinin gerçekleşmesi için kesin ve icrai bir kararın alınmasını beklenmeyecek, menfaat ihlali olasılığı belirir belirmez, sözleşme öncesi görüşmelerde dikkat ve özen yükümlülüğü gereğince sulhen çözüm yoluna (şikâyet) başvurulacaktır." [www.lexpera.com.tr, erişim tarihi: 13.04.2019]

⁵⁹ Kamu İhale Kurulu, 12.09.2012 tarih, 2012/UY. I- 3603 K. "Bununla birlikte başvuru sahibinin teklifinin açıklanan gerekçe ile değerlendirme dışı bırakılmış olduğu ve başvuruya konu ihalede ihlal edilebilecek bir menfaatin bulunmadığı anlaşılmıştır. Dolayısı ile, 4734 sayılı Kanunun 54 üncü maddesi çerçevesinde ihlal edilebilecek bir menfaati bulunmayan başvuru sahibi tarafından yapılan başvurunun 4734 sayılı Kanunun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince ehliyet yönünden reddi gerekmektedir." [www.lexpera.com.tr, erişim tarihi: 13.04.2019]

⁶⁰ YALAZAY, a.g.e, s. 114

⁶¹ Kamu İhale Kurulu, 31.10.2011 tarih, 2011/UH. I- 3580 K. "Süreç içerisinde idare tarafından en avantajlı ikinci teklif sahibinin pilot ortağı tarafından sunulan iş deneyim belgesinin kamu ihale mevzuatına uyarlık taşımadığı yönünde tesis edilen işlem ile başvuru sahibinin iddiasının haklılığının ortaya konulduğu, bu şekilde başvuru sahibinin öne sürdüğü iddianın beklentisinin şikâyet aşamasında hukuka uygun bir şekilde ve lehine işlem tesis edilecek suretiyle karşılandığı anlaşılmaktadır. Hakkı ihlal eden durumun idarece şikâyet aşamasında ortadan kaldırılmış olmasına karşın aynı hususun tekrar itirazen şikâyet aşamasına taşınması işleminin, başvuru sahibinin mevcut (kazanılmış) hukuki durumunda icrai bir etki doğurmayaacağı gibi başvuru sahibi için yeni bir hakkın doğmasına da sebebiyet vermeyeceğinin açık olduğu, bu doğrultuda zaten ilk aşamada lehine sonuçlanan bir işlemin aynı şekilde itirazen şikâyet aşamasına da konu edilmesinin bir anlam ifade etmediği ve herhangi bir konu da ihtiva etmeyen bu iddiasının ehliyet yönünden red edilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır." [www.lexpera.com.tr, erişim tarihi: 13.04.2019]

2.3.2 Başvuru Süresi

Şikâyet ve itirazen şikâyet başvurularında Kamu İhale Mevzuatı gereğince başvuru süresi, başvuru konusu işlem veya eylemin öğrenildiği ya da ilgililer tarafından öğrenilmiş sayıldığı tarihten itibaren 10 gündür.⁶²

Ancak ihale, şikâyet veya itirazen şikâyet başvurusu üzerine ihale yetkilisi tarafından iptal edilmiş ise bu işleme yönelik olarak ilgililerin idareye şikâyet hakkı bulunmadığından doğrudan ve sadece Kuruma 5 gün içinde itirazen şikâyet hakkını kullanmaları gerekmektedir.⁶³

Ayrıca mevzuata göre pazarlık usulü ile yapılan ihalelere karşı idari başvuru süreleri 4734 sayılı Kanunun 21'inci maddesinin b ve c bentleri⁶⁴ için 5 gün diğer bentleri için ise 10 gün olarak düzenlenmektedir. Ancak aynı hususlarda itirazen şikâyet başvuru süresi genel idari başvuru süresi olan 10 güne tabi tutulmaktadır.⁶⁵ Burada Kanunun ana hedefinin ihale sürecini hızlı bir şekilde sonuçlandırması olduğu düşünüldüğünde, ivedilikle görülmesi gereken işlerde de şikâyet başvurusu süresini kısıtlamaya gitmesi uygun görülmekte ve fakat aynı ayrık durumlar için itirazen şikâyet süresinin değişmemesi Kanunun mantığına zıtlık oluşturmaktadır.⁶⁶

2.3.3 Başvuru Usulü

İtirazen şikâyet başvuruları Kuruma hitaben yazılmış, imzalı dilekçelerle yapılabilmektedir.⁶⁷ İstekliler ya da istekli olabilecekler bu haklarını kullanırken dilekçelerinde yalnızca şikâyet konusu ettikleri

⁶² 4734 sayılı Kanun, madde 55/1; İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik madde 7; Kamu İhale Kurulu 01.10.2012 tarih, 2012/UH. III- 3809 K. "Bu durumda 4734 sayılı Kanun'da belirtilen şikâyet konu işlemlerin farkına varıldığı ve farkına varılmış olması gereken tarihten itibaren 10 günlük şikâyet süresinden sonra yapılan başvurunun reddi gerekmektedir." [www.lexpera.com.tr, erişim tarihi: 14.04.2019]

⁶³ 4734 sayılı Kanun, madde 56/1; İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik madde 6/3; Kamu İhale Kurulu 02.01.2012 tarih, 2012/UM. II- 43 K. "İptal kararının başvuru sahibine 02.12.2011 tarihinde bildirildiği, başvuru sahibinin 12.12.2011 tarihinde iptale ilişkin idareye başvurduğu, idarenin şikâyet başvurusuna henüz bir cevap vermediği, bunun üzerine 26.12.2011 tarihinde Kuruma iptale ilişkin itirazen şikâyet başvurusunda bulunduğu anlaşılmıştır. Şikâyet veya itirazen şikâyet üzerine alınan iptal kararlarına karşı süresi içinde doğrudan Kuruma itirazen şikâyet başvurusunda bulunulması gerekmekte olup, başvuru sahibinin şikâyet konu işlemin farkına varıldığı tarihten (02.12.2011) itibaren 5 (beş) gün içerisinde Kuruma itirazen şikâyet başvurusunda bulunması gerekirken, bu süre geçtikten sonra 26.12.2011 tarihinde itirazen şikâyet başvurusunda bulunduğu anlaşılmıştır. Bu itibarla, 4734 sayılı Kanunun 54 üncü maddesinin onuncu fıkrasının (c) bendi gereğince başvurunun süre yönünden reddi gerekmektedir." [www.lexpera.com.tr, erişim tarihi: 14.04.2019]

⁶⁴ 4734 sayılı Kanun, "Pazarlık usulü madde 21/1- b) Doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya yapım tekniği açısından özellik arz eden veya yapı veya can ve mal güvenliğinin sağlanması açısından ivedilikle yapılması gerekliliği idarece belirlenen hallerde veya hut idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması.

c) Savunma ve güvenlikle ilgili özel durumların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması

⁶⁵ 4734 sayılı Kanun, madde 56/5

⁶⁶ YALAZAY, a.g.e, s.142

⁶⁷ 4734 sayılı Kanun, madde 54/3.

hususları belirtmeleri gerekmekte, itirazın şikâyet başvurularını şikâyet sebepleri ile sınırlı olarak gerçekleştirmektedir. Dilekçeler kuruma bizzat verilebileceği gibi, posta yolu ile de gönderilebilmekte ve fakat postadaki gecikmeler sebebi ile yaşanabilecek mağduriyetler, mazeret olarak kabul edilmemektedir.⁶⁸

Dilekçelerde, başvuru sahibinin, varsa vekil ya da temsilcisinin; adı, soyadı veya unvanı ve adresi ile faks numarasına, ihaleyi yapan idarenin ve ihalenin adı veya ihale kayıt numarası, başvuruya konu olan durumun farkına varıldığı veya bildirildiği tarihe, başvurunun konusuna, sebeplerine ve dayandığı delillere ve itirazın şikâyet başvurularında ayrıca idareye yapılan şikâyetin tarihine ve varsa şikâyetle ilişkin idare kararının bildirim tarihine yer verilmesi gerekmektedir.⁶⁹ Ayrıca itirazın şikâyet dilekçelerinde başvuruda bulunmaya yetkili olduğuna dair belgeler, imza sirkülerinin aslı veya yetkili mercilerce onaylı örneklerinin, varsa şikâyetle idarece verilen cevabın örneği ile başvuru bedeli ve teminatın Kurum hesaplarına yatırıldığına dair belgelerin bulunması gerekmektedir.⁷⁰

Ayrıca aynı kişi tarafından birden fazla ihaleye bir dilekçeyle başvurulamayacağı gibi, birden fazla kişi tarafından da aynı ihaleye tek dilekçe ile başvuruda bulunulmayacaktır.⁷¹

Ortak girişim adına yapılacak başvuruda ise, ortak girişim beyannamesi veya sözleşmesi sunulmak zorunda olup, ihaleye ortak girişim olarak katılma da teklif ekinde bulunması gereken evraklar arasında da ayrıca sayılmaktadır.⁷²

Görevsiz veya yetkisiz idari makama şikâyet yapılması halinde, başvurulmak makam şikâyet dilekçesini ilgili idareye göndermekte ve şikâyet başvurusunun yapıldığı tarih olarak ilgili idareye dilekçenin ulaştığı tarih olarak kabul edilmektedir. Hatalı olarak doğrudan İdare Mahkemesine veya Danıştay'a yapılan idari başvurularda ise mercii tecavüzü gerekçesi ile ilgili idareye gönderilmekte, idari başvuru için esas alınan tarih ise başvuru dilekçesinin ilgili idare tarafından kayda alındığı tarih olarak kabul edilmektedir.⁷³ Yine hatalı olarak itirazın şikâyet başvurusu Kurum yerine idareye

yapıldığı takdirde, süre aşımı nedeniyle bu başvurular reddedilmektedir.⁷⁴

İdareye yapılan şikâyet başvurusu neticesinde idarece düzeltici işlem yapılmış ve bunun sonucuna ilişkin olarak, idareye şikâyet başvurusu değil Kuruma itirazın şikâyet başvurusu yapılmalıdır. Ancak uygulamada istekliler idarenin düzeltici işlemlerine karşı önce şikâyet yoluna ardından itirazın şikâyet yoluna gitmekte ve Kurul itirazın şikâyet başvuru süresinin geçmesi sebebiyle başvuruyu şekil yönünden esasa girmeden reddetmekte ve fakat Danıştay aksi görüşünü" ... Bu durumda, anılan kararda başvuru yolu ve süresi olarak 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 55. maddesinde yer alan şikâyet mekanizmasına yer verilmesi suretiyle idarenin bildirim yükümlülüğü doğru şekilde yerine getirilmediğinden, davacının itirazın şikâyet başvurusunun esası hakkında bir karar verilmesi gerektiğinden, başvurunun şekil yönünden reddine ilişkin dava konusu Kurul kararında hukuka uygunluk bulunmamaktadır." şeklinde ifade etmiştir.⁷⁵

2.3.4 Başvuruların İncelenmesi ve Karara Bağlanması

İtirazın şikâyet başvurularında karar alma dışındaki tüm işlemler Kurum tarafından yapılmakta, karar Kurul tarafından alınmaktadır. Bu yönüyle Kurul, Kamu İhale Kurumu'nun karar organı olarak hareket etmektedir.⁷⁶

İtirazın şikâyet başvurularının ön inceleme konuları ve bu kapsamda Kurum tarafından yapılacak işlemler öncelikle, başvuru konusunun Kurum'un görev alanında bulunup bulunmadığı, başvuru ehliyeti, başvurunun süresinde yapıp yapılmadığı, başvuru sahibinin, varsa vekil ya da temsilcisinin; adı, soyadı, unvanı, adresi, imzası ile başvuruda bulunmaya yetkili olduğuna dair belgelerin ve imza sirkülerinin aslı veya yetkili mercilerce onaylı örneğinin bulunup bulunmadığı, ihaleyi yapan idarenin ve ihalenin adı veya ihale kayıt numarasının belirtilip

⁶⁸ İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik madde 9/7.

⁶⁹ İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik madde 8/2

⁷⁰ 4734 sayılı Kanun, madde 56/7.

⁷¹ 4734 sayılı Kanun, madde 54/8.

⁷² İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik madde 8/8.

⁷³ İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik madde 9/5.

⁷⁴ Kamu İhale Kurulu, 02.04.2012 tarih, 2012/UY. II- 1517 K. "Somut olayda, başvuru sahibince, şikâyetle konu işlemin 22.02.2012 tarihinde fark edildiğinin belirtildiği, bu durumda, bu karara karşı söz konusu tarihten itibaren en geç on gün içinde, 05.03.2012 tarihine kadar (10 uncu gün hafta sonuna denk geldiğinden ilk iş günü olan 05.03.2012 tarihine kadar) Kuruma itirazın şikâyet başvurusunda bulunulması gerektiği, ancak şikâyetçi tarafından 27.02.2012 tarihinde idareye şikâyet başvurusunda bulunulduğu, idarece 06.03.2012 tarihinde verilen cevabın 07.03.2012 tarihinde kendilerine tebliğ edilmesi üzerine, 13.03.2012 tarihinde Kurum kayıtlarına alınan dilekçe ile Kuruma başvuruda bulunulduğu tespit edilmiş olup, buna göre söz konusu başvurunun süresi içinde yapılmadığı ve söz konusu başvurunun süre yönünden reddi gerektiği anlaşılmıştır." [www.lexpera.com.tr, erişim tarihi: 14.04.2019]

⁷⁵ YALAZAY, a.g.e, s.176

⁷⁶ YALAZAY, a.g.e, s.218

belirtilmediği, başvuruya konu olan durumun farkına varıldığı veya bildirildiği tarihin belirtilip belirtilmediği, idareye başvuru tarihi ile varsa idarenin cevabının başvuru sahibine bildirildiği tarihin belirtilip belirtilmediği, idareye verilen şikâyet dilekçesinin bir örneğinin ve idare tarafından şikâyet 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, yönlerinden sırasıyla incelenir.⁷⁷

Başvuru dilekçesi ve ekleri söz konusu ön inceleme konuları bakımından bir aykırılık teşkil etmiyorsa, itirazın şikâyet başvurusunun esas incelemesine geçilecektir. Ancak ön inceleme konularındaki bilgi ve belgeleri içermeyen veya eksik olan ve başvuru süresi dolamamış olan itirazın şikâyet başvurularında başvuru süresinin sonuna kadar başvuru sahibi tarafından giderilebilecektir.⁷⁸ Ön inceleme neticesinde bir aykırılık mevcudiyeti tespit edildiği takdirde bu konuya ilişkin bir ön inceleme raporu düzenlenmekte ve Kurul tarafından başvuru reddedilmektedir. Ayrıca gerekmesi halinde Kurul tarafından, başvuru dilekçesinin ve eklerinin bir örneğinin ilgisi sebebiyle idareye veya idarenin bağlı olduğu mercie veya yetkili Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilmesine karar verilebilecektir.⁷⁹

Kurum tarafından yapılan ön inceleme sonucunda başvuruda herhangi bir eksiklik bulunmaması durumunda esas incelemesine geçilmektedir. Esas incelemesinin ilk aşamasında Kurum, idareden gerekli bilgi ve belgeleri talep etmekte; karar aşaması olan ikinci kısımda ise tarafların ve ilgililerin dinlenmesi veya bilirkişiden teknik konularda yardım alınmasına karar verilebilmektedir.⁸⁰

Esas incelemesine geçildiğinde Kurum, ihaleyi yapan idareden ihale işlem dosyasını istemekte; Kanunun öngördüğü genel olarak 20 gün istisnai hallerde ise 10 gün olan inceleme süresi dosyanın Kuruma ulaştığı tarihten itibaren başlamaktadır. Ayrıca Kurumun, ihaleye ilişkin bilgi, belge ve görüş talep etme

yetkisi bulunmaktadır.⁸¹ Söz konusu belgelerin gönderilmesinin zorunlu olduğu düzenlenmekle birlikte, belgelerin gönderilmemesi durumunda herhangi bir müeyyide öngörülmemiştir. Her ne kadar burada bir yaptırım düzenlenmemiş olsa da idare bilgi veya belgeleri göndermediği sürece esas incelemesini tamamlamayan Kurum ve karar alamayan Kurul, ihaleyi yapan idarenin eylemi sebebiyle sözleşmenin imzalanmasını engellemiş olacaktır.⁸²

Kurum alacağı kararlarda uzmanlık gerektiren teknik konularında bilirkişilerden görüş isteyebilmektedir.⁸³ Uygulamada genel olarak, görüşüne başvuru bilirkişilerin ifade ettiği şekliyle kararlar verilmekte; bağımsız kuruluşlardan teknik bilirkişi incelemesi talebi de yapılabilen bazı özel durumlarda ise Kurul, talepler doğrultusunda inceleme yapmakta ve kararını şekillendirmektedir. Bu yönüyle Kurulun bilirkişi incelemesi yaptırabilme imkânı 2577 sayılı Kanuna göre İdare Mahkemelerince yaptırılan bilirkişi incelemesine benzemektedir.

Kurul esas hakkında kararını almadan önce ihtiyaç duyması halinde tarafların dinlenilmesine karar verirse⁸⁴, dinleme toplantısı yapılması ara kararını alabilmektedir. Bu toplantıya ihalenin sonucundan etkilenecek muhtemel taraflar çağırılmakta, toplantıda tartışılan hususlar itirazın şikâyetin değerlendirilmesinde dikkate alınmaktadır. Ayrıca Kurul, dinleme toplantısı talepli başvuru dilekçesine göre değil, ihale dosyasını inceledikten sonra ihtiyaç duyarsa dinleme toplantısı yapma kararı vermektedir.⁸⁵

Kurumun itirazın şikâyet başvurularını inceleme yetkisi, başvuru dilekçesinde belirtilen hususlar çerçevesinde olup, mevzuata aykırı başka bir hususu tespit etme ve resen inceleme yapma yetkisi bulunmamaktadır. Ancak sınırlı olan yetkisi içinde itiraz edilen işlemlerle ilgili eşit muamele ilkesinin ihlal edilip edilmediğini resen araştırmakta, elde ettiği sonuca göre düzeltici işlem kararı veya iptal kararı verebilmektedir.

İtirazın şikâyet başvuruları üzerine Kurum tarafından alınacak kararlar gerekçeli şekilde düzenlenir. Kurum esas incelemesi neticesinde, ya ihale sürecinin devam etmesine engel oluşturacak ve düzeltici işlemle giderilemeyecek hukuka aykırılığın tespit edilmesi halinde ihalenin iptaline karar verecek, ya

⁷⁷ İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik madde 16; AKKURT, a.g.e, s.27

⁷⁸ Saadettin DOĞANYİĞİT, Açıklamalı- İçtihatlı-Sorun Çözümlü Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Ankara 2014, s.999

⁷⁹ İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik madde 17

⁸⁰ DOĞANYİĞİT, a.g.e, s.1000

⁸¹ 4734 sayılı Kanun, madde 53/6

⁸² YALAZAY, a.g.e, s.228

⁸³ 4734 sayılı Kanun, madde 56/6

⁸⁴ 4734 sayılı Kanun, madde 56/4

⁸⁵ YALAZAY, a.g.e, s.233

idare tarafından düzeltme yapılması yoluyla giderilebilecek ve ihale sürecinin kesintiye uğratılmasına gerek bulunmayan durumlarda, düzeltici işlem belirlenmesine ya da başvurunun süre, usul ve şekil kurallarına uygun olmaması, usulüne uygun olarak sözleşme imzalanmış olması veya şikâyetle konu işlemlerde hukuka aykırılığın tespit edilememesi veya itirazın şikâyet başvurusuna konu hususun Kurumun görev alanında bulunmaması hallerinde başvurunun reddine karar verecektir.

Kurumun görev alanında bulunmaması durumu hariç itirazın şikâyet başvurusu reddedildiğinde, yatırılan başvuru teminatı gelir olarak kaydedilmektedir. Kurumun görev alanına giren bir ihaleye ilişkin başvuru teminatı yatırıldığında, isteklinin itirazın şikâyet başvurusu reddedilirse yatırılan teminatın Kurulca gelir kaydedilmesi kanundan kaynaklanan bir zorunluluk olup, Kurula insiyatif bırakmayan bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır.⁸⁶

Hukuk devleti olmanın önemli bir gereği olan idari usul ilkeleri uyarınca, Kurul nihai olarak vereceği tüm kararları gerekçeli bir şekilde ve kararların son kısmında görevli ve yetkili mahkeme ile bu mahkemeye başvuru süresi ile başvuru süresinin başlangıç tarihini göstererek Anayasal zorunluluk olan başvuru yollarını da belirtmesi gerekmektedir.

Ayrıca Kurul, doğru bilgilendirme veya yol gösterme veya danışmanlık veya hukuki yardım ilkesi olarak da adlandırılan Avrupa İyi Yönetim Kodunda mevcut ilke gereğince Kurul, düzeltici işlem kararlarının doğru uygulanmasında karışıklık çıkması veya yanlış uygulama olmamasını temin etmek için idareye yardımcı olması amacıyla kararların son bölümünde ihaleyi yapan idarenin düzeltici işlemi hangi şekilde uygulayacağını özet olarak belirtmektedir.⁸⁷

İdarelerin, hukuki durumu değiştiren Kurul kararlarının gerektirdiği işlemleri ivedilikle yerine getirmeleri gerekmektedir. İvedilikle ibaresinin Kanunda geçmesi ve net bir şekilde kesin süre konulmamış

olması bakımından belirli ve somut bir zaman dilimini göstermemesi idari başvuruların etkinliğinin artırılması ve Kurul kararlarının uygulanabilmesi açısından belirsizlik teşkil etmektedir.

İdari ve cezai müeyyideler bakımından mevzuatta, her ne kadar Kurul kararlarının hiç uygulanmaması halinde Cumhuriyet savcılıklarına ilgililer hakkında suç duyurusunda bulunulacağı düzenlenmiş olsa da, bunun yerine ihtiyaç duyulması halinde genellikle ihaleyi yapan idarenin hiyerarşik üstüne idari soruşturma yapılması için bildirimde bulunulmaktadır.⁸⁸ Hukuki aykırılığın ciddi boyutlarda olduğu durumlarda Cumhuriyet Savcılıklarına suç duyurusu yapılmaktadır.

Kamu İhale Kurul kararlarına karşı, idari işlem niteliği taşıdıklarından, Anayasa'nın 125'inci maddesi gereği idari dava konusu olabilmekte; uygulamada Kurul'un kararını yeniden gözden geçirmesi veya kararda olan maddi hataların düzeltilmesi amacıyla Kurul'a başvurulabilmektedir. Kurul yeniden gözden geçirme talepli kararları, esas inceleme sonucunda verilen kararların kesin olması, gözden geçirilerek değiştirilmesi mümkün olmayacağı ve hatta mevzuatta buna ilişkin bir düzenleme bulunmadığı gerekçeleri ile reddetmektedir. Maddi hataların düzeltilmesi talepli olanları ise taraf veya ihaleye ilişkin hatalar, hesaplama yanlışlıkları veya gerekçe ile karar arasında uyumsuzluk halleri ihtiva etmesi nedeniyle mevcut olan nesnel yanlışlıklar Kurul tarafından da maddi hata olarak değerlendirilmekte ve düzeltilebilmektedir.⁸⁹ Ayrıca Kamu İhale Kurumunun yargısal değil idari nitelikte bir kuruluş olduğu dikkate alınarak hem ilgililer hem de ihaleyi yapan idare tarafından, Kurul kararlarının iptali ve yürütülmesinin durdurulması için İdari Yargıya gidilmesi mümkün olmaktadır. İdari yargılama usulünde genel görevli mahkeme idare mahkemesi olduğundan ve söz konusu davaların da idari işlemi tesis eden yer mahkemesinde açılması gerektiğinden, Kamu İhale Kurumu'nun da yer bakımından Ankara'da olması sebebi ile Kurul kararlarına karşı Ankara İdare Mahkemesinde dava açılabilmesi Kurul kararlarında da gösterilmektedir.

⁸⁶ DOĞANYİĞİT, a.g.e, s.1001

⁸⁷ Kamu İhale Kurulu, 19.09.2012 tarih, 2012/UH. III- 3719 K. "Öte yandan diğer isteklilerin sunduğu iş deneyim belgelerinin mevzuata uygun olduğu ve tutarlarının da şikâyet konusu ihalede istenilen oranı karşıladığı görülmüştür. Sonuç olarak yukarıda mevzuata aykırılıkları belirtilen işlemlerin düzeltici işlemle giderilebilecek nitelikte işlemler olduğu tespit edildiğinden, Vizyon Gıda Med. San. ve Tic. Ltd. Şti.nin ve Uşak Mevlana Gıda Tem. San. Tic. Ltd. Şti.nin teklifinin değerlendirme dışı bırakılması, ayrıca Han-Merkez Tabldot Gıda San. Tic. Ltd. Şti. İş Ortaklığı'nın, başvuru sahibi Uşak Akdağ Gıda San. ve Tic. Ltd. Şti.nin, Habitat Gıda Tem. Med. Tic. ve San. Ltd. Şti.nin, Karakuş Gıda San. Tic. Ltd. Şti.nin ve Kanaat Yemek Fabrikasının teklifinin aşırı düşük teklif sorgulamasına tabi tutulması ve bu aşamadan sonraki işlemlerin mevzuata uygun olarak yeniden gerçekleştirilmesi gerekmektedir." [www.lexpera.com.tr, erişim tarihi: 18.04.2019]

⁸⁸ Kamu İhale Kurulu, 12.03.2012 tarih, 2012/UH. I- 1314 K. "...İş Ortaklığının tekliflerinin reddedilmesi suretiyle tekliflerin yeniden değerlendirilmesi ve bu aşamadan sonraki ihale işlemlerinin mevzuata uygun olarak yeniden gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Kurul kararını gereği gibi uygulamayan idare hakkında gerekiyorsa inceleme ve/veya soruşturma yapılması için Sağlık Bakanlığı'na bildirimde bulunulmasına, oybirliği ile karar verildi."

[www.lexpera.com.tr, erişim tarihi: 18.04.2019]

⁸⁹ DOĞANYİĞİT, a.g.e, s.1003; YALAZAY, a.g.e, s.263



İtirazen şikâyetle bulunulduğunda idareye şikâyet başvurusu yapılmış gibi otomatik olarak yürütmeyi durdurma kararı alınmış şekilde hareket edilmekte ve itirazen şikâyet başvurusu sonuçlanıncaya kadar idare ihaleye ilişkin olarak sözleşmeyi imzalayamamaktadır. Her ne kadar ihalelerin ivedilikle sonuçlandırılması amaçlansa da, itirazen şikâyet sonucunda alınacak olan kararın uygulanmasını hukuki bir zeminde gerçekleştirmek adına ihale sürecinin otomatik olarak durması, hakkın adil bir şekilde gerçekleşmesi bakımından gerekli olmaktadır.

3. Sonuç

Kamu ihale işlemlerine ilişkin ihale sürecinde meydana gelen hukuka aykırılıklardan kaynaklanan uyuşmazlıklarda, idari işlem ve eylem niteliğindeki süreçler yukarıda açıklandığı üzere birtakım aşamalar ile gerçekleşmekte ve sınırlamalara tabi olmaktadır. Hak düşürücü sürelerin kısa olması, idari yargıya başvurabilme için iki kademeli ve tüketilmesi gerekli idari başvuru mekanizmasının mevcudiyeti, bunlardan itirazen şikâyet başvurusunun teminata bağlı oluşu hususları yargısal denetimi ve ayrılmaz parçası olan adil yargılanma hakkını hukuk devleti çerçevesinde tartışmalı bir hale getirmektedir.

Her ne kadar ihale sürecinde kamu yararının korunması ve kamu hizmetlerinin aksamaması hedeflenmiş olsa da, iki aşamalı ve biri diğerinin ön şartı olarak düzenlenen idari yolların tüketilmeden idari yargıya başvurulamaması mahkemeye erişim hakkını engellemekte; itirazen şikâyet için öngörülen maktu teminatın yatırılması şartı ve başvurunun reddi halinde teminatın Kamu İhale Kurumu'na gelir olarak kaydı hak aramaya özendirici olmaktan ziyade caydırıcı bir niteliğe dönüşmektedir.

Bu noktada idarenin işlem ve eylemlerinden kamu ihale sürecindekiler için öncelikle idari başvuru sisteminin iki aşamalı ve zorunlu olmasından vazgeçilmesi, yalnızca idareye yapılacak bir şikâyet başvurusu ve neticesinde dava hakkının kullanılabilmesi; ayrıca itirazen şikâyet yoluna başvurabilmek için yatırılması gereken teminatın maktu yerine nisbi olarak belirlenmesi, hak düşürücü sürelerin de uzatılması gibi hususların hem kamu hizmetlerinin sekteye uğramaması hem de mahkemeye erişim hakkının uygulanabilmesi bakımından yeniden düzenlenmesi gereği değerlendirilmektedir.

4. Kaynakça

ABACIOĞLU Muhittin/ ABACIOĞLU Ali; Açıklamalı-İçti-hatlı Kamu İhale Kanunu ve Uygulaması, Ankara 2016.

AKKURT, Melih; Kamu İhaleleri Şikâyet ve İtirazen Şikâyet Hukuku, Ankara 2013.

AKYILMAZ, Bahtiyar/ SEZGİNER, Murat/ KAYA, Cemil; Türk İdare Hukuku, Ankara 2018.

BAKIRCI, Fahri/ İBA Şeref; Gerekçeli ve Notlu 1982 Anayasası, Ankara 2017.

DEDEOĞLU, Erdoğan; Gerekçeli Açıklamalı ve İkincil Mevzuat İlaveli 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu Ve 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Ankara 2015.

DOĞANYİĞİT, Saadettin; Açıklamalı- İçti-hatlı-Sorun Çözümlü Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Ankara 2014.

KOCA, Mehmet Reis; İhaleye Fesat ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, Ankara 2014.

GÜLER DEMİREL Gamze; İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, İstanbul 2017.

ÖZAY, İl Han; Günışığında Yönetim, İstanbul 2017.

ÖZBUDUN Ergun; Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2018.

ÖZTÜRK İlhami/ KARYAĞDI Müjgan; "Hak Arama Özgürlüğü Bağlamında Kamu İhale İşlemlerine Karşı Teminat Ödenmesi Şartı İle Tanınan İtirazen Şikâyet Hakkı", 2010, s.442-463, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2010-87-617>

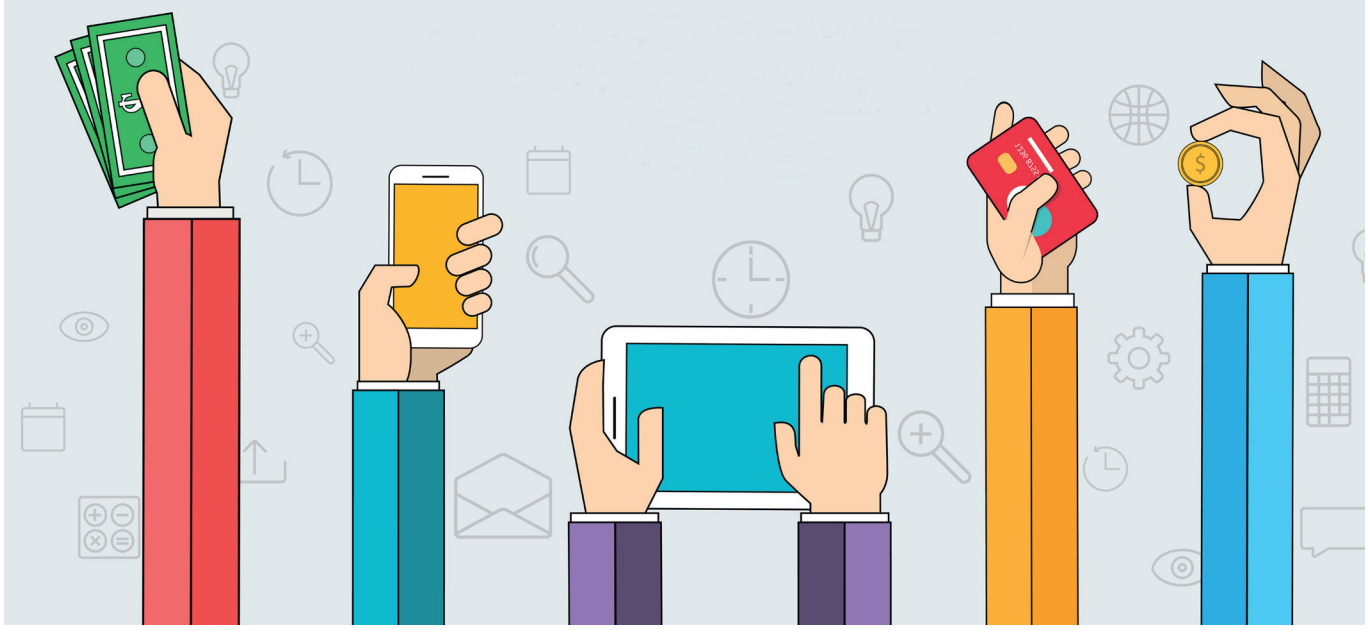
YALAZAY Sait; " 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu Kapsamında Yapılan İhalelere Karşı İdari Başvuru Yolları", Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2014.

www.lexpera.com.tr

www.mevzuat.gov.tr

HUKUKİ GÖRÜŞ : KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMA SEBEBİNE DAYALI ALACAKLARIN ÖDEME ŞEKLİ VE ÖDENEK DURUMU

✍ Av. Celil Çelik / Bayrampaşa Belediyesi



Hukuki Durum

11.06.2013 tarihli 28674 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan ve yine bu tarihte yürürlüğe giren 6487 sayılı kanunun 21. Maddesiyle 2942 sayılı Kamulaştırma kanununun geçici 6. maddesi değiştirilerek yeniden düzenlenmiştir. Maddenin 8. fıkrası, kamulaştırma işlemleri tamamlanmayan veya kamulaştırması hiç yapılmamış olmasına rağmen 09.10.1956 tarihi ile 04.11.1983 tarihi arasında fiilen elatılan taşınmazlarla ilgili mülkiyet hakkından doğan talepler için yapılacak ödemelerde kullanılmak üzere belediyelerin en son kesinleşmiş bütçe gelirleri toplamının en az yüzde ikisi oranında yıllık bütçelerinden pay ayırmasını düzenlemiştir. Mahkemelerce belirlenen ve kesinleşen bedele ilişkin ödeme sadece bu ödenekten yapılır.

Yıl için ayrılan ödenek o yıl için ödenmesi gereken borca yetiyor ise alacağın tümü ödenir. Ödenek borca yetmiyor ise bakiye kısım kanuni faiz işletilmek su-

retiyle sonraki yılların ödeneğinden ödenir. Yıl için ödenmesi gereken birden fazla borç söz konusu ise ve kalan ödenek tüm borçları kapatmaya yetmiyor ise, borç garameten ve sonraki yıllara sari olacak şekilde taksitle ödenir. Taksit halinde kanuni faiz işletilir.

Garameten ödeme durumu söz konusu olduğunda o yıl ödenmesi gereken tüm borçlar toplanır ve her bir borcun toplam borca olan oranı bulunur. Her bir borca ait oran ödenekte bulunan miktar ile çarpılır ve o yıl ilgili borca ödenmesi gereken miktar bulunur. Borçların bakiye kısmı da kanuni faiz işletilerek sonraki yılların ödeneğinden aynı usulle garameten ödenir.

Örneğin kamulaştırmасız el atmalara ayrılan ödenekte 2.000.000,00-TL bulunduğunu, o yıl için üç tane kesinleşmiş borcun söz konusu olduğunu, birinci borcun 1.000.000,00-TL, ikinci borcun 2.000.000,00-TL ve üçüncü borcun 3.000.000,00-TL olduğunu farz edelim. Borçların toplamı 6.000.000,00-

TL etmektedir. Birinci borun toplam borca oranı $1.000.000/6.000.000=1/6$, ikinci borcun toplam borca oranı $2.000.000/6.000.000=1/3$, üçüncü borcun toplam borca oranı $3.000.000/6.000.000=1/2$ 'dir. Bu durumda o yıl birinci borç için $1/6 \times 2.000.000,00\text{-TL}=333.333,33\text{-TL}$, ikinci borç için $1/3 \times 2.000.000,00\text{-TL}=666.666,66\text{-TL}$, üçüncü borç için $1/2 \times 2.000.000,00\text{-TL}=1.000.000,00\text{-TL}$ ödeme yapılır, borçların bakiye kısmı ise kanuni faiz işletilerek sonraki yılların ödeneğinden aynı usulle garameten ödenir.

04.11.1983 sonrası fiili kamulaştırmasız el atmaları düzenleyen 2942 sayılı kanunun 6487 sayılı kanunla değişik geçici 6. maddesinin 13. Fıkrası, 13.03.2015 tarihinde yürürlüğe giren Anayasa mahkemesinin 2013/95 Esas 2014/176 Karar sayılı ve 13.11.2014 tarihli kararıyla iptal edilmiştir. Buna göre 04.11.1983 sonrası fiili kamulaştırmasız el atmalardan kaynaklı alacaklar için haciz yasağı, özel ödenekten ödenme, harç ve vekalet ücretinin maktu olması hususları uygulanmaz.

2981 sayılı kanuna göre yapılan imar uygulamaları sonucu doğan alacaklarla ilgili düzenlemeler getirmiş olan 2942 sayılı kanunun geçici 6. maddesinin 12. fıkrası, 13.03.2015 tarihinde yürürlüğe giren Anayasa mahkemesinin 2013/95 Esas 2014/176 Karar sayılı ve 13.11.2014 tarihli kararıyla iptal edilmiştir. Ancak 07.09.2016 tarihli 29824 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan 20.08.2016 tarihli 6745 sayılı Yatırımların Proje Bazında Desteklenmesi İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 35. Maddesi ile 2942 sayılı Kamulaştırma kanununa eklenen geçici 12. madde, bu alacağı yeniden düzenlemiştir. Bu madde, kanunun Resmi Gazetede yayınlandığı 07.09.2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

2942 sayılı kanunun 6745 sayılı kanunla ekli geçici 12. maddesi, 2981 imar uygulamalarından kaynaklı davalarda uygulamanın tapuya tescil tarihinin değerlendirme tarihi olarak esas alınmasını ve (mahkemece emsal araştırması yapılarak) o tarihteki nitelikler gözetilmek suretiyle bedelin tespit edilmesini, tespit edilen bu bedelin Yurt İçi Üretici Fiyat Endeksi (ÜFE) tablosu esas alınmak suretiyle dava tarihi itibarıyla güncellenmesini, 2942 sayılı kanunun geçici 6. maddesinde düzenlenen idareye müracaat, özel ödenekten ödeme, harçların ve vekalet ücretinin maktu olması ve haciz yasağı kuralının 2981 imar uygulamalarından kaynaklı davalar ve icra takipleri için de uygulanmasını, bu kuralın maddenin yürürlüğe girdiği 07.09.2016 tarihinden önce açılan dava ve (haciz yasağı hariç) icra takipleri için de geçerli olduğunu

düzenlemiştir. Maddede yürürlüğe girdiği 07.09.2016 tarihinden önce açılan icra takipleri için haciz yasağını düzenleyen kural, 14.03.2019 tarihli 30714 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan ve yine bu tarihte yürürlüğe giren Anayasa mahkemesinin 2018/108 Esas 2019/5 Karar sayılı ve 13.02.2019 tarihli kararı ile iptal edilmiştir. Haciz yasağından muaf alacaklar özel ödenekten değil genel bütçeden ödenirler.

Fiili el atma olmaksızın imar planından kaynaklı kısıtlılıktan dolayı tasarrufu hukuken kısıtlanan taşınmazlar hakkında idari yargıda dava açılabilirliğini düzenleyen 2942 sayılı kanunun 6487 sayılı kanunla değişik geçici 6. maddesinin 10. fıkrasının 3. cümlesi, 6745 sayılı kanunun 33. Maddesi ile iptal edilmiş, ancak aynı kanunun 53. maddesi ile 2942 sayılı Kamulaştırma kanununa eklenen ek 1. madde bu taşınmazları yeniden düzenlemiştir.

2942 sayılı kanunun 6745 sayılı kanunla ekli ek 1. maddesi, uygulama imar planlarının yürürlüğe girmesinden itibaren beş yıllık süre içerisinde imar programlarının yapılacağını ve bütçe imkânları dâhilinde taşınmazların kamulaştırılacağını düzenler. Ek 1. maddenin idareye müracaat, idari yargıda dava açma, harçların ve vekalet ücretinin maktu olması, özel ödenekten ödeme, haciz yasağı, tasarrufun kısıtlandığı tarihteki nitelikler esas alınmak suretiyle değer tespiti ve idare mahkemesinin (tazminat yanında) tescil kararı vermesi düzenlemelerini içeren (birinci fıkrasının birinci cümlesi dışında kalan) bölümleri, 05.04.2019 tarihli 30736 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan ve yine bu tarihte yürürlüğe giren Anayasa mahkemesinin 2016/181 Esas 2018/111 Karar sayılı ve 20.12.2018 tarihli kararı ile iptal edilmiştir. Ancak imar planlarının yürürlüğe girmesinden itibaren beş yıllık süre içerisinde imar programlarının yapılacağı ve bütçe imkânları dâhilinde taşınmazların kamulaştırılacağı hükmü maddede baki olduğundan tasarrufu kısıtlanan taşınmazların malikleri beş yıllık süre içerisinde belirtilen işlemlerin yapılmaması hâlinde (Uyuşmazlık mahkemesinin içtihatları doğrultusunda) idari yargıda tam yargı davası açabileceklerdir. Ek 1. maddenin yürürlüğünden çok önce tasarrufu hukuken kısıtlanmış olan taşınmazlar hakkında maddenin yürürlüğe girdiği 07.09.2016 tarihinden itibaren beş yıl bekleneneğini düzenleyen 2942 sayılı kanunun 6745 sayılı kanunun 34. maddesi ile ekli geçici 11. maddesi ise, 25.05.2018 tarihli 30431 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan ve yine bu tarihte yürürlüğe giren Anayasa Mahkemesinin 2016/196 Esas 2018/34 Karar sayılı ve 28.03.2018 tarihli kararı ile daha önce iptal edilmiş idi. Meri mevzuatta idare mahkemelerinin tapu iptal ve tescil kararı verme yetkisi olmadığından



tazminat (bedel) ödeyen idareler (6745 sayılı kanundan önce olduğu gibi) adli yargıda tapu iptal ve tescil davası açmak durumundadırlar.

6745 sayılı kanunun 33. maddesi ile 2942 sayılı Kamulaştırma kanununa eklenen ek 1. maddenin 4. fıkrası, 2942 sayılı kanunun 6487 sayılı yasa ile değişik geçici 6. maddesi gereği ayrılması gereken %2 oranındaki ödenegi %4'e çıkarmış idi. 2981 sayılı kanuna göre yapılan imar uygulamalarından kaynaklı alacaklar ve imar planlarında tasarrufu kısıtlı taşınmazlarla ilgili alacaklar için ilave %2 oranında ödenek ayrılmasını düzenleyen bu fıkra yukarıda belirtilen 20.12.2018 tarihli Anayasa Mahkemesi kararı ile iptal edildiğinden idarelerin ilave % 2 oranında ödenek ayırma zorunluluğu ortadan kalkmış durumdadır. Ancak 2942 sayılı kanunun 6745 sayılı kanunla ekli geçici 12. maddesinde özel ödenek hükmü baki olduğundan, 2981 sayılı kanuna göre yapılan imar uygulamalarından kaynaklı alacaklar, kesinleşmiş mahkeme kararına dayanmaları halinde, 2942 sayılı kanunun 6487 sayılı yasa ile değişik geçici 6. maddesi gereği ayrılan ödenekten ödeneceklerdir.

Sonuç

Kamulaştırmasız el atma sebebine dayalı alacakların ödeme şeklini ve ödenek durumunu düzenleyen güncel mevzuata göre;

1. İlgi a yazımızda belirtildiği üzere bir önceki yıl kesinleşmiş bütçe gelirleri toplamının en az %2'si oranında ödenegin ayrılmasına devam edilmesi,
2. ilgi b yazımızda belirtilen ilave ödenegin ayrılmasına gerek olmadığı,
3. kamulaştırma işlemleri tamamlanmayan veya kamulaştırması hiç yapılmamış olmasına rağmen 09.10.1956 tarihi ile 04.11.1983 tarihi arasında fiilen elatılan taşınmazlarla ilgili mülkiyet hakkından doğan tazminatlar kesinleşmiş mahkeme kararına dayanması halinde sadece ayrılan ödenekten ödenebileceği ve bu alacakların haciz yasağı kapsamında olduğu,
4. 2981 sayılı kanuna göre yapılan imar uygulamalarından kaynaklı alacaklar kesinleşmiş mahkeme kararına dayanması halinde sadece ayrılan ödenekten ödenebileceği ve bu alacakların haciz yasağı kapsamında olduğu.