

**4964 SAYILI KANUNDAN SONRA**  
**KAMU İHALE MEVZUATINDA GELİNER NOKTA**

Erkan KARAARSLAN  
www.erkankaraarslan.org

### **I- Giriş**

Kamu kaynaklarının verimli ve etkin kullanılması ve kamu ihalelerinde şeffaflık, rekabet ve objektifliği sağlama ihtiyacının ortaya çıkması ancak, 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun bu ihtiyacı karşılayamaması, yeni bir ihale mevzuatının hazırlanmasını zorunlu kılmıştır. İhale sistemindeki usulsüzlükleri önlemek, ihale sistemini daha rasyonel ve sağlam temellere oturtmak amacıyla 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu çıkarılmıştır. 12/06/2002 tarihinde 4761 sayılı Kanunla 4734 sayılı Kanunun bazı maddeleri değiştirilmiş bazı maddelerine ekleme yapılmış ve Kanuna birkaç geçici madde eklenmiştir.

Ancak 4734 ve 4735 sayılı Kanunlarda da, başta Avrupa Birliği direktifleri olmak üzere uluslararası standartlarla uyum içinde olmadığı, bazı maddelerin uygulanmasının idareler açısından fiilen imkânsız olduğu, bazı maddeler arasındaki çelişki ve tutarsızlıkların suiistimale açık olduğu gerekçeleri ile 30.07.2003 tarihli ve 4964 sayılı Kanunla büyük değişiklikler yapılmıştır.

Bu çalışmada, bir yıl gibi kısa bir zaman periyodunda yapılan üç değişiklikten sonra ihale mevzuatında gelinen nokta değerlendirilecektir.

### **II- 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun Kapsamı**

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu; genel bütçeye dahil daireler, katma bütçeli idareler, il özel idareleri ve belediyelerin alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işlerinin ihalelerinde uygulanacak esas ve usulleri düzenlemesine karşın, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, kamu hukukuna tâbi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan, kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalelerinde uygulanacak esas ve usulleri düzenlemektedir.

#### **A-Kanunun kapsamı**

4964 sayılı Kanunun 1. maddesi ile, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 2'nci maddesi değiştirilerek Kanunun kapsamı daraltılmıştır. Buna göre Kanunun kapsamı;

**a-**Genel bütçeye dahil daireler,

**b-**Katma bütçeli idareler,

**c-**Özel idareler,

**d-**Belediyeler,

**e-**Bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlar, birlikler, tüzel kişiler,

**f-**Kamu iktisadi kuruluşları ile iktisadi devlet teşekküllerinden oluşan kamu iktisadi teşebbüsleri

**g-**Sosyal güvenlik kuruluşları,

**h-**Fonlar,

**ı-**Özel kanunlarla kurulmuş ve kendilerine kamu görevi verilmiş tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar (**mesleki kuruluşlar ve vakıf yükseköğretim kurumları hariç**) ile bağımsız bütçeli kuruluşlar,

**j-**Bunların doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip buldukları her çeşit kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketler,

k-4603 sayılı Kanun kapsamındaki bankaların yapım ihaleleri, olarak belirlenmiştir.

#### **B- Kapsamdan istisna edilenler**

4964 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu ve bu Fonun hisselerine kısmen ya da tamamen sahip olduğu bankalar, 4603 sayılı Kanun kapsamındaki bankalar (e bendinde belirtilen yapım ihaleleri hariç) ile enerji, su, ulaştırma ve telekomünikasyon sektörlerinde faaliyet gösteren teşebbüs, işletme ve şirketler kapsam dışına çıkarılmıştır. Böylece,

Enerji, su, ulaştırma ve telekomünikasyon sektörlerinde faaliyet gösteren teşebbüs, işletme ve şirketler Kanun kapsamı dışına çıkarılmıştır.

Anayasanın 130 uncu maddesinin son fıkrasında "Vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumlarının mali ve idari konuları dışındaki akademik çalışmaları, öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden, Devlet eliyle kurulan yükseköğretim kurumları için Anayasada belirtilen hükümlere tabidir." denilmek suretiyle bu kurumların idari ve mali açıdan bağımsızlığının sağlanması amaçlanmıştır. Vakıf yükseköğretim kurumları da kendisine kamu görevi verilmiş tüzel kişiliğe sahip kurumlar olmakla birlikte, bunların 4734 sayılı Kanuna tabi kılınmasının Anayasanın söz konusu hükmüne aykırı olduğu düşünülmekte idi bu nedenle, vakıf yükseköğretim kurumları mesleki kuruluşlara ilişkin parantez içi hükmüne dahil edilerek vakıf üniversitelerinin mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalelerinin Kamu İhale Kanununun kapsamı dışında olduğu belirtilmiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun kapsamdan istisnaları belirlediği 3'üncü maddesi 4964 sayılı Kanunun 2'nci maddesi ile genişletilmiştir. Buna göre;

a) Savunma, güvenlik ve istihbaratla ilgili **mevzuat uyarınca gizlilik içinde yürütülmesi gerektiği, her bir ihale için ihale yetkilisince onaylanan**; uçak, helikopter, gemi, denizaltı, tank, panzer, roket, füze gibi araç, silah, silah malzeme ve teçhizatı ve sistemleri, harp malzemeleri ile bunların araştırma-geliştirme, **eğitim, üretim, modernizasyon, yazılım ve mühimmat ihaleleri ile bunlarla ilgili sefer stokları, bakım, işletme ve idameye yönelik mal ve hizmetler**, Devlet güvenliği ve istihbaratı kapsamındaki hizmet, malzeme, teçhizat ve sistem alımları,

b) Uluslararası anlaşmalar gereğince sağlanan dış finansman ile yaptırılacak olan ve finansman anlaşmasında farklı ihale usul ve esaslarının uygulanacağı belirtilen mal veya hizmet alımları ile yapım işleri; **uluslararası sermaye piyasalarından yapılacak borçlanmalara ilişkin her türlü danışmanlık ve kredi derecelendirme hizmetleri; Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasının banknot ve kıymetli evrak üretim ve basımı ile ilgili mal veya hizmet alımları**,

c) İdarelerin yabancı ülkelerdeki kuruluşlarının mal veya hizmet alımları ile yapım işleri; **yurt dışında bulunan nakil vasıtalarının o yerden sağlanması zorunlu mal veya hizmet alımları**,

d) Ulusal araştırma-geliştirme kurumlarının yürüttüğü ve desteklediği araştırma-geliştirme projeleri için gerekli olan mal ve hizmet alımları,

e) **2'nci maddenin birinci fıkrasının (b) ve (d) bentlerinde sayılan kuruluşların, ticarî ve sınaî faaliyetleri çerçevesinde; doğrudan mal ve hizmet üretimine veya ana faaliyetlerine yönelik ihtiyaçlarının temini için yapacakları, Hazine garantisi veya doğrudan bütçenin transfer tertibinden aktarma yapmak suretiyle finanse edilenler dışındaki yaklaşık maliyeti ve sözleşme bedeli ikitrilyonüçyüzmilyar(2003 yılı için 2.928.014.000.000) Türk Lirasını aşmayan mal veya hizmet alımları**,

4734 sayılı Kanunun 30.07.2003 tarih ve 4964 sayılı Kanunun 2. maddesiyle değişik "İstisnalar" başlıklı 3. maddesinde sayılarak Kanunun kapsamı dışına çıkarılmıştır. Ayrıca,

f) 4734 sayılı Kanunun kapsamına giren kuruluşlarca, kuruluş amacı veya mevzuatı gereği işlemek, değerlendirmek, iyileştirmek veya satmak üzere doğrudan üreticilerden veya ortaklarından yapılan tarım veya hayvancılıkla ilgili ürün alımları **ile 6831 sayılı Orman Kanunu gereğince orman köyleri kalkındırma kooperatiflerinden ve köylülerden yapılacak hizmet alımları**, istisnalar bölümünde sayılarak Kanunun kapsamından çıkarılmıştır. Orman köylülerinin başlıca geçim kaynağını oluşturan ve 6831 sayılı Orman Kanunu kapsamında yürütülen işlerin, o yerde bulunan

orman köylülerine yaptırılması zorunluluğu bulunmaktadır. Bu nedenle, ihale usullerinin uygulanması mümkün olmayan bu kapsamdaki işlerin istisna edilmesi doğru bir yaklaşım olmuştur.

g)Yine, 4734 sayılı Kanun kapsamında olan kuruluşların; Adalet Bakanlığına bağlı ceza infaz kurumları, tutukevleri işyurtları kurumları, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumuna bağlı huzurevleri ve yetiştirme yurtları, Millî Eğitim Bakanlığına bağlı üretim yapan okullar ve merkezler, Tarım ve Köyişleri Bakanlığına bağlı enstitü ve üretme istasyonları ile Başbakanlık Basımevi İşletmesi tarafından bizzat üretilen mal ve hizmetler için anılan kuruluşlardan, Devlet Malzeme Ofisi Ana Statüsünde yer alan mal ve malzemeler için Devlet Malzeme Ofisi Genel Müdürlüğünden, **yük, yolcu veya liman hizmetleri için Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğünden, akaryakıt ve taşıt için Tasfiye İşleri Döner Sermaye İşletmeleri Genel Müdürlüğünden yapacakları alımlar**, istisnalar bölümünde sayılmış ve dolayısıyla 4734 sayılı Kanunun kapsamı dışına çıkarılmıştır. Başbakanlık Basımevi Döner Sermaye İşletmesi, 10.4.1967 tarihli ve 852 sayılı Kanunun 2 nci maddesi ile genel ve katma bütçeli dairelerle özel idare ve belediyelerden, kamu iktisadi teşebbüsleri ile özel ve tüzel kişilerden basım işleri ile ilgili siparişler almaya yetkili kılındığından, idareler tarafından söz konusu kuruluşa yaptırılacak basım işlerinin istisna edilmesi doğru bir yaklaşımdır. Bu düzenleme ile, ülkemizdeki demiryollarının, özellikle maden cevheri nakli ve limanlarla bağlantı kurma amacına dönük olarak inşa edilmiş olması, büyük ölçüde kamusal nitelikli taşıma yapması, rekabete açılması imkanlarının kısıtlı olması nedenleriyle, Kanun kapsamındaki kuruluşların Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğünden yapacakları yük, yolcu ve liman hizmeti alımlarının istisna edilmesi de sağlanmıştır.

h) 4734 sayılı Kanun kapsamındaki idarelerin kendi özel mevzuatı uyarınca hak sahiplerine sağlayacakları teşhis ve tedaviye yönelik hizmet alımları ile tedavisi kurumlarınca üstlenilen kişilerin ayakta tedavisi sırasında reçeteye bağlanan ilaç ve tıbbî malzemelerin kişilerce alımları da 4964 sayılı Kanun ile istisnaları düzenleyen 3. maddeye (h) bendi olarak ilave edilmiş ve dolayısıyla 4734 sayılı Kanunun kapsamı dışına çıkarılmıştır. Bu düzenleme ile, kamu çalışanlarının ve çeşitli kanunlarla (yeşil kart uygulaması gibi) hak sahibi kılınan vatandaşların mali ve sosyal haklarının bir parçası olarak tedavi yardımı kapsamında yapılan teşhis ve tedavi hizmetleri için ihale açılmasının mümkün olmaması, diğer taraftan tedavisi kurumlarınca üstlenilen kişilerin ayakta tedavileri sırasında reçeteye bağlanan ilaç ve tıbbî malzeme alımlarının -zaten kişilerce yapıldığından- bu Kanun hükümlerine tabi olmaksızın gerçekleştirilmesi sağlanarak uygulamada gözlenen tereddütlerin giderilmesi sağlanmıştır.

2886 sayılı Devlet İhale Kanununun kapsamının dar olması öteden beri eleştirile gelmiştir. 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun kapsam maddesi bu eleştirilere cevap verebilecek ölçüde geniş belirlenmiştir. 4964 sayılı Kanun ile kapsamın yeniden daraltılması uluslararası standartlara ve yaklaşımlara uygun değildir. İhale mevzuatında çok başlı bir yapı kurulmaması ve keyfi uygulamalarla karşılaşılması için bu tür düzenlemelerde kapsam mümkün olduğunca geniş belirlenmelidir.

### III- İhale Komisyonu

2886 Sayılı Kanunda ihale komisyonlarının ita amirlerince görevlendirilecek idareden birinin başkanlığında yapım işlerinde ihale konusu işin ehli veya uzmanı olması şartıyla en az bir kişi ile maliye memurunun katılmasıyla oluşacağı, il özel idarelerine ait ihalelerin il daimi encümenince, belediyelere ait ihalelerin belediye encümenince bu Kanun hükümlerine göre yürütüleceği, kararların çoğunlukla alınacağı ancak oyların eşit olması halinde başkanın bulunduğu tarafın çoğunlukta kabul edileceğinin hükme bağlanmış olmasına karşın; 4734 sayılı Kanunda ihale komisyonunun ihale yetkilisince, biri başkan olmak üzere, ikisinin ihale konusu işin uzmanı olması şartıyla, ilgili idare personelinden görevlendirilecek en az dört kişinin, genel ve katma bütçeli kuruluşlarda maliye memurunun, diğerlerinde ise muhasebe veya malî işlerden sorumlu bir personelin katılımıyla kurulacak en az beş ve tek sayıda kişiden oluşan ihale komisyonunu, yedek üyeler de dahil olmak üzere görevlendirileceği hükme bağlanmıştır.<sup>1</sup>

İhale komisyonlarında en az iki ihale konusu işin uzmanının bulunacağını hükme bağlanmasıyla, ihalelerde alt komisyonların kurulmasının ve isteklilerin yeterliliklerinin ve

<sup>1</sup> Ahmet Arslan, "2886 Sayılı Kanun ile 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun Karşılaştırılması," *Mali Kılavuz Dergisi*, no.19 (Ocak 2003), 44

tekliflerinin ayrı komisyonlar tarafından değerlendirilmesinin önüne geçilmiştir. Bununla birlikte, uygulamada özellikle küçük belediyelerde personel sayısının azlığı halinde, ihale komisyonlarının oluşumu için gerekli olan, idareden en az dört kişinin görevlendirilmesinde güçlüklerle karşılaşılmaktaydı. Bu nedenle, 4734 sayılı Kanunun 6'ncı maddesindeki "İhaleyi yapan idarede ihale konusu işin uzmanının bulunmaması halinde, bu Kanun kapsamındaki idarelerden komisyona üye alınabilir" hükmü 4964 sayılı Kanunun 5'inci maddesiyle **"İhaleyi yapan idarede yeterli sayı veya nitelikte personel bulunmaması halinde, bu Kanun kapsamındaki idarelerden komisyona üye alınabilir."** şeklinde değiştirilmiştir.

Böylece, özellikle belediyeler ve il özel idareleri ile küçük yerleşim yerlerindeki idarelerde ihale komisyonunun oluşumu için gerekli olan en az 5 kişinin bulunmaması halinde, ihale komisyonun bu Kanun kapsamındaki idarelerden üye alınması yoluyla tamamlattırılmasına imkan sağlanmıştır.

#### **IV- Yaklaşık Maliyet**

2886 sayılı Kanunda tahmin edilen bedelin idarelerce tespit edileceği veya ettirileceği, işin özelliğine göre gerektiğinde bu bedel veya bu bedelin hesabında kullanılacak fiyatların belediye, ticaret odası, sanayi odası, borsa gibi kuruluşlardan ve bilirkişilerden soruşturulacağı ayrıca bu bedelin gerektiğinde ihale komisyonlarınca tahkik ettirileceği ifade edilmiştir.

4734 sayılı Kanunda ise tekliflerin değerlendirilmesi ve karşılaştırılmasında "Tahmin Edilen Bedel" kavramı yerine **"Yaklaşık Maliyet"** kavramı getirilmiş ve yaklaşık maliyetin mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalesi yapılmadan önce idarece, her türlü fiyat araştırması yapılarak katma değer vergisi hariç olmak üzere belirleneceği ve bu yaklaşık maliyetin dayanaklarıyla birlikte bir hesap cetvelinde gösterileceği ve ihale sonuçlanıncaya kadar gizliliğinin korunacağı ifade edilmiştir.<sup>2</sup>

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun yaklaşık maliyetin belirlenmesi ilgili 9'uncu maddesi 4964 sayılı Kanunun 6'ncı maddesi ile şu şekilde yeniden düzenlenmiştir. "Mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalesi yapılmadan önce idarece, her türlü fiyat araştırması yapılarak katma değer vergisi hariç olmak üzere yaklaşık maliyet belirlenir ve dayanaklarıyla birlikte bir hesap cetvelinde gösterilir. **Yaklaşık maliyete ihale ve ön yeterlik ilânlarında yer verilmez, isteklilere veya ihale süreci ile resmî ilişkisi olmayan diğer kişilere açıklanmaz."**

Kanunun yaklaşık maliyetin gizliliği prensibi gereğince yaklaşık maliyetin ihale ve ön yeterlik ilanlarında gösterilmeyeceği ve ihale süreci ile resmi ilişkisi olmayan diğer kişilere açıklanamayacağı hükmedilmiştir. Bu düzenlemeyle yaklaşık maliyetin gizliliği kavramına açıklık getirilmiştir. Yaklaşık maliyet gizli olduğuna göre zaten bunun ihale ilanlarında gösterilmesi düşünülemez. Ancak uygulamada bazı ihale ilanlarında yaklaşık maliyetin gösterildiği, açıkça suç konusu oluşturduğu halde, görülmüştür.

#### **V- Uygulanabilecek İhale Usulleri**

Kamu İhale Kanununda yapılan değişikliklerle, doğrudan temin usulü ihale usulleri arasından çıkarılmış, Kanunun Pazarlık Usulünü düzenleyen 21'nci maddesine 4964 sayılı Kanunun 14. maddesi ile (f) bendi eklenmiştir. Buna göre,

"f) İdarelerin yaklaşık maliyeti ellimilyar (**2003 yılı için 63.652.000.000**) Türk Lirasına kadar olan mamul mal, malzeme veya hizmet alımları.

(f) bendi kapsamında yapılan mal alımlarında, malın sözleşme yapma süresi içinde teslim edilmesi ve bunun idarece uygun bulunması halinde, sözleşme yapılması ve kesin teminat alınması zorunlu değildir." hükmü eklenmiştir.

Ayrıca (f) bendine göre yapılacak alımlarda ilân yapılmasının zorunlu olmadığı; ancak bu bent gereğince yapılacak mal veya hizmet alımlarında en az üç isteklinin davet edilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır.

<sup>2</sup> Mesut HASTÜRK, "Kamu İhale Kanunu ile İhale Sisteminde Yapılan Değişiklikler," *Mali Kılavuz Dergisi*, no.17 (Temmuz 2002), 13

Böylece idarelerin, bir yandan diğer ihale usulleri ile ihtiyaçlarını karşılayabilmeleri için yeterince sürelerinin olmaması halinde ihtiyaçlarını pazarlık usulü ile karşılayabilmelerine imkan tanınmaktadır.

Kanunun doğrudan temin usulünü düzenleyen 22'nci maddesinde 4964 sayılı Kanunun 15'inci maddesinde yapılan değişiklikle;<sup>3</sup>

1) Büyükşehir belediyesi sınırları dahilinde bulunan idarelerin onbeş milyar (2003 yılı için 19.095.000.000) diğer idarelerin beşmilyar (2003 yılı için 6.365.000.000) Türk Lirasını aşmayan ihtiyaçları ile temsil, ağırlama faaliyetleri kapsamında yapılacak konaklama, seyahat ve işeye ilişkin alımlar,

2) Özelliğinden dolayı stoklama imkanı bulunmayan ve acil durumlarda kullanılacak olan ilaç, tıbbî sarf malzemeleri ile test ve tetkik sarf malzemesi alımları,

3) Milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülen uyuşmazlıklarla ilgili davalarda, Kanun kapsamındaki idareleri temsil ve savunmak üzere Türk veya yabancı uyruklu avukatlardan ya da avukatlık ortaklıklarından yapılacak hizmet alımlarının,

doğrudan temin usulüyle yapılmasına imkan sağlanmıştır

Ayrıca bu maddeye göre yapılacak alımlarda, ihale komisyonu kurma ve 10 uncu maddede sayılan yeterlik kurallarını arama zorunluluğu bulunmaksızın, ihale yetkilisince görevlendirilecek kişi veya kişiler tarafından piyasada fiyat araştırması yapılarak ihtiyaçların temin edileceği hükme bağlanmıştır.

Kamu İhale Kanununun 62 nci maddesine 4964 sayılı Kanunun 38 inci maddesiyle "ı" fıkrası eklenmiştir. Bu fıkraya göre, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 21 ve 22'nci maddelerindeki parasal limitler dahilinde yapılacak harcamaların yıllık toplamı, idarelerin bütçelerine bu amaçla konulacak ödeneklerin %10'unu Kamu İhale Kurulunun uygun görüşü olmadıkça aşamaz. Bu çok önemli bir düzenlemedir. Zira idarelerin doğrudan temin usulü ile pazarlık usulünü sıklıkla, sürekli ve mutad olarak kullanmaları bu düzenlemeyle engellenmiş olmaktadır.

## VI- İhale İlan Süreleri

4734 sayılı Kanunun 13 üncü maddesi ihale ilan süreleri ve kurallarını düzenlemektedir. Bu Kanunu değiştiren 4964 sayılı Kanun, en çok ilan sürelerinde değişiklikler yapmıştır. 4964 sayılı Kanunun 9'uncu maddesi ile ilan süreleri ve kuralları değiştirilmiştir. Yapılan bu değişikliklerle genel olarak ihale ilan süreleri kısaltılmış ve belli istekliler arasında ihale usulünde ilan süreleri de yaklaşık maliyetin eşik değerlerin altında veya üstünde olması durumlarına göre yeniden düzenlenmiştir. İlan süre ve kurallarında gelinen nokta aşağıda özetlenmiştir.

Bütün isteklilere tekliflerini hazırlayabilmeleri için yeterli süre tanımak suretiyle;

a) Yaklaşık maliyeti 8'inci maddede yer alan eşik değerlere eşit veya bu değerleri aşan ihalelerden;

1) Açık ihale usulü ile yapılacak olanların ilânları, ihale tarihinden en az kırk gün önce,

2) Belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılacak olanların ön yeterlik ilânları, son başvuru tarihinden en az **ondört gün** önce,

3) Pazarlık usulü ile yapılacak olanların ilânları, ihale tarihinden en az yirmibeş gün önce,

Resmî Gazetede en az bir defa yayımlanmak suretiyle yapılır.

Yaklaşık maliyeti eşik değerlere eşit veya bu değerleri aşan belli istekliler arasında yapılacak ihalelerde, ön yeterlik değerlendirmesi sonucunda yeterliği belirlenen adaylara ihale gününden en az kırk gün önce davet mektubu gönderilmesi zorunludur.

<sup>3</sup> Ahmet Arslan, "4964 Sayılı Kanun ile Kamu İhale Mevzuatında Yapılan Değişiklikler," *Mali Kılavuz Dergisi*, no.22 (Ekim 2003), 98

b) Yaklaşık maliyeti 8'inci maddede belirtilen eşik değerlerin altında kalan ihalelerden;

1) Yaklaşık maliyeti 2003 yılı için 38.191.000.000 Türk Lirasına kadar olan mal veya hizmet alımları ile 2003 yılı için 76.382.000.000 Türk Lirasına kadar olan yapım işlerinin ihalesi, ihale tarihinden en az yedi gün önce ihalenin ve işin yapılacağı yerde çıkan gazetelerin en az ikisinde,

2) Yaklaşık maliyeti 2003 yılı için 38.191.000.000 ile 76.382.000.000 Türk Lirası arasında olan mal veya hizmet alımları ile 2003 yılı için 76.382.000.000 ile 636.524.000.000 Türk Lirası arasında olan yapım işlerinin ihalesi, ihale tarihinden en az ondört gün önce Resmî Gazetede ve işin yapılacağı yerde çıkan gazetelerin birinde,

3) Yaklaşık maliyeti 2003 yılı için 76.382.000.000 Türk Lirasının üzerinde ve eşik değerinin altında olan mal veya hizmet alımları ile 2003 yılı için 636.524.000.000 Türk Lirasının üzerinde ve eşik değerinin altında olan yapım işlerinin ihalesi, ihale tarihinden en az yirmibir gün önce Resmî Gazetede ve işin yapılacağı yerde çıkan gazetelerin birinde,

En az birer defa yayımlanmak suretiyle ilân edilerek duyurulur.

Yaklaşık maliyeti 8 inci maddede yer alan eşik değerlerin altında kalan belli istekliler arasında yapılacak ihalelerde, ön yeterlik ilânlarının son başvuru tarihinden en az yedi gün önce (b) bendindeki süre hariç diğer usullere göre yapılması ve ön yeterlik değerlendirmesi sonucunda yeterliği belirlenen adaylara ihale gününden önce (b) bendindeki sürelerle göre davet mektubu gönderilmesi zorunludur.<sup>4</sup>

İlân edilecek ihalelerden hangilerinin, ayrıca Basın İlân Kurumu aracılığıyla Türkiye çapında dağıtımı olan gazetelerin birinde ilân edileceğini belirlemeye Kurum yetkilidir.

İhalenin yapılacağı yerde gazete çıkmaması halinde ilân, aynı süreler içinde ilgili idare ile hükümet ve belediye binalarının ilân tahtalarına asılacak yazılar ve belediye yayın araçları ile yapılır. Bu işlemler bir tutanakla belgelenir.

İdareler, yukarıda belirtilen zorunlu ilânların dışında işin önem ve özelliğine göre ihaleleri, uluslararası ilân veya yurt içinde çıkan başka gazeteler veya yayın araçları, bilgi işlem ağı veya elektronik haberleşme (internet) yolu ile de ayrıca ilân edebilir. Ancak, uluslararası ilân yapılması halinde yukarıda belirtilen asgarî ilân sürelerine 12 gün eklenir.

## VII- Kamu İhale Mevzuatına Göre Teminatlar

### A- 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa göre kabul edilecek teminatlar:

Teminat olarak kabul edilecek değerler, tedavüldeki Türk Parası, bankalar ve **özel finans kurumları** tarafından verilen teminat mektupları ve Hazine Müsteşarlığınca ihraç edilen Devlet İç Borçlanma Senetleri ve bu senetler yerine düzenlenen belgelerdir.

Kamu İhale Kanununun 34 üncü maddesinin ikinci fıkrasında, ilgili mevzuatına göre Türkiye'de faaliyette bulunmasına izin verilen yabancı bankaların düzenleyecekleri teminat mektupları ile Türkiye dışında faaliyette bulunan banka veya benzeri kredi kuruluşlarının kontrgarantisi üzerine Türkiye'de faaliyette bulunan bankaların veya **özel finans kurumlarının** düzenleyecekleri teminat mektuplarının da teminat olarak kabul edileceği hükme bağlanmıştır.

Kamu İhale Kanununun 4964 sayılı Kanunun 22 nci maddesiyle değişik 35 inci maddesine göre, teminat mektuplarının kapsam ve şeklini tespite Kamu İhale Kurumu yetkilidir. 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 32 nci maddesine göre belirlenen tekliflerin geçerlilik süresinden en az otuz gün fazla süreli olmak kaydıyla, geçici teminat mektuplarında süre belirtilir. Teklif geçerlilik süresinin uzatılması halinde, geçici teminat mektuplarının süresi de aynı süre ile uzatılır. Kesin teminat mektuplarının süresi ihale konusu işin bitiş tarihi dikkate alınmak suretiyle idare tarafından belirlenir.

İlgili mevzuatına aykırı olarak düzenlenmiş teminat mektupları kabul edilmez. Bu hükme göre bir bankanın vermiş olduğu teminat mektubunun geçerli olabilmesi için;<sup>5</sup>

<sup>4</sup> Ahmet Arslan, "4964 Sayılı Kanun ile Kamu İhale Mevzuatında Yapılan Değişiklikler," *Mali Kılavuz Dergisi*, no.22 (Ekim 2003), 100

<sup>5</sup> Olcay Ertem, "İhale Mevzuatında Teminatlar," *Mali Kılavuz Dergisi*, no.19 (Ocak 2003), 81

1- Bankanın, Türk Ticaret Kanununun 137 nci maddesindeki ehliyet sınırlaması içinde bulunması yani, ana sözleşmesinde kredi (teminat mektubu) verebileceğinin yazılı olması,

2- Bankanın, Bankalar Kanununun 11 inci maddesindeki genel kredi sınırlaması kapsamında teminat mektubu vermesi,

3- Bankalarca düzenlenecek teminat mektubunun Kamu İhale Kurumunca belirlenecek şekil ve kapsamda olması,

4- Kanunlar, tüzükler, ve yönetmelikler hükümlerine aykırı hüküm içermemesi,

5- Hangi iş için verildiğinin belirtilmesi,

6- Garanti verenin adının açıkça yazılması,

7- İhaleyi yapan idarenin adının yazılması ve teminatın bu idareye hitaben düzenlenmiş olması,

8- İsteklinin adının açıkça yazılmış olması, gerekmektedir.

Teminat mektupları dışındaki teminatların ihale komisyonlarınca teslim alınamayacağı ve bunların saymanlıklara yatırılacağı hüküm altına alınmıştır.

İhale üzerinde kalan istekli ile ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibine ait teminat mektupları ihaleden sonra saymanlıklara teslim edilir. Diğer isteklilere ait teminatlar hemen iade edilir. İhale üzerinde kalan istekli ile sözleşme imzalanması halinde, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibine ait teminat sözleşme imzalandıktan hemen sonra iade edilir.

Teminatlar, teminat olarak kabul edilen diğer değerlerle değiştirilebilir.

Kamu İhale Kanununun 34. maddesinin son fıkrası hükmüne göre, her ne suretle olursa olsun, idarece alınan teminatlar haczedilemez ve üzerine ihtiyati tedbir konulamaz.

#### **B- 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa göre geçici teminat**

4734 sayılı Kanunun 33 ve 34 üncü maddelerinde yapılan değişiklikle teklif edilen bedelin %2'si ile %4'ü arasındaki geçici teminat oranı; **“teklif edilen bedelin % 3'ünden az olmamak üzere, istekli tarafından verilecek tutarda”** şeklinde değiştirilmiş ve danışmanlık hizmet ihalelerin de geçici teminat alınması zorunluluk dışına çıkarılmıştır.

#### **C- 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa göre ek kesin teminat ve kesin teminat**

4735 sayılı Kamu İhaleleri Sözleşmeleri Kanununun 12 nci maddesinde; “Fiyat farkı ödenmesi öngörülerek ihale edilen işlerde fiyat farkı olarak ödenecek bedelin, sözleşme bedelinde artış meydana gelmesi halinde bu artış tutarının % 6'sı oranında teminat olarak kabul edilen değerler üzerinden ek kesin teminat alınır. Fiyat farkı olarak ödenecek bedel üzerinden hesaplanan ek kesin teminat hakedişlerden kesinti yapılmak suretiyle de karşılanabilir.” hükmü yer almaktadır. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda, ek kesin teminat alınması hüküm altına alınması hususu yeni bir düzenleme değildir. Bu sadece her yıl düzenli olarak Devlet İhaleleri Genelgeleri ile belirtilen bir hususun Kanun metnine dahil edilmesidir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 43 üncü maddesinde; “Taahhüdün sözleşme ve ihale dökümanı hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak amacıyla, sözleşmenin yapılmasından önce ihale üzerinde kalan istekliden ihale bedeli üzerinden hesaplanmak suretiyle % 6 oranında kesin teminat alınır.

Ancak, danışmanlık hizmet ihalelerinde ihale dökümanında belirtilmesi kaydıyla, kesin teminat sözleşme yapılmadan önce alınmayabilir. Bu durumda düzenlenecek her hakedişten % 6 oranında yapılacak kesintiler teminat olarak alıkonulur.” denilmektedir. Böylece, geçici teminatın kesin teminata çevrilmesi hususu yeni ihale kanununda sadece danışmanlık hizmet ihaleleri için öngörülmüş olmaktadır.

**D- 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa göre kesin ve ek kesin teminatların geri verilmesi:**

Kesin ve ek kesin teminatların geri verilmesi, 4735 sayılı Kanunun 13 üncü maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; taahhüdün, sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirildiği ve yüklenicinin bu işten dolayı idareye herhangi bir borcunun olmadığı, tespit edildikten sonra,

**Yapım işlerinde,**

a) Varsa eksik ve kusurların giderilerek geçici kabul tutanağının onaylanmasından sonra yarısı,

b) Sosyal Sigortalar Kurumundan ilişiksiz belgesinin getirilmesi ve kesin kabul tutanağının onaylanmasından sonra kalanı, yükleniciye iade edilir.

**Mal veya hizmet alımı işlerinde,** Sosyal Sigortalar Kurumundan ilişiksiz belgesinin getirildiği saptandıktan sonra;

a) Alınan mal veya yapılan iş için bir garanti süresi öngörülmesi halinde yarısı, garanti düresi dolduktan sonra kalanı,

b) Garanti süresi öngörülmeyen hallerde ise tamamı, yükleniciye iade edilir.

Yüklenicinin bu iş nedeniyle idareye ve Sosyal Sigortalar Kurumuna olan borçları ile ücret ve ücret sayılan ödemelerden yapılan kanuni vergi kesintilerinin yapım işlerinde kesin kabul tarihine veya diğer işlerde kabul tarihine veya varsa garanti süresinin bitimine kadar ödenmemesi halinde, protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın kesin teminatlar paraya çevrilerek borçlarına karşılık mahsup edilir, varsa kalanı yükleniciye geri verilir.

4734 sayılı Kanunun 35 inci maddesine göre, kesin teminat mektuplarının süresi ihale konusu işin bitiş tarihi dikkate alınmak suretiyle idare tarafından belirlenir. İdare, kesin teminat mektuplarında süre belirlerken garanti süresini de göz önünde bulunduracaktır.

İşin konusunun piyasadan hazır halde alınıp satılan mal alımı olması halinde, Sosyal Sigortalar Kurumundan ilişiksiz belgesi getirilmesi şartı aranmaz. Bu husus, daha önce Devlet İhaleleri Genelgesi ile belirlenmekte iken 4735 sayılı Kanunla, Kanun metnine ilave edilmiştir.<sup>6</sup>

**E- 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa göre iade edilemeyen teminatlar:**

4735 sayılı Kanunun 14 üncü maddesine göre; 13 üncü maddeye göre mahsup işlemi yapılmasına gerek bulunmayan hallerde;

a) Yapım işlerinde kesin hesap ve kesin kabul tutanağının onaylanmasından,

b) Mal veya hizmet alımı işlerinde kesin kabul tarihinden veya varsa garanti süresinin bitim tarihinden;

itibaren iki yıl içinde idarenin yazılı uyarısına rağmen talep edilmemesi nedeniyle iade edilemeyen kesin teminat mektupları hükümsüz kalır ve bankasına iade edilir. Ancak, kesin teminat mektuplarının süresi idare tarafından belirleneceğinden, teminat mektupları bu süre sonunda zaten hükümsüz kalacaktır. Teminat mektupları dışındaki teminatlar sürenin bitiminde hazineye gelir kaydedilir. Bu sürenin, 4735 sayılı Kanuna göre iki yıl olacağı anlaşılmaktadır.

**VIII- Keşif Artışı veya Eksilişi**

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun ilk halinde, keşif artışı durumunda işin aynı yükleniciye yaptırılmasına imkan tanıyan herhangi bir düzenleme bulunmamasına karşın Kanunun 24'üncü maddesi (2886 sayılı Devlet İhale Kanunundan esinlenerek) belli bir sınıra kadar keşif artışı

<sup>6</sup> Olcay Ertem, "İhale Mevzuatında Teminatlar," *Mali Kılavuz Dergisi*, no.19 (Ocak 2003), 85

veya eksilişi durumunda işin aynı yükleniciye tamamlattırılmasını sağlayacak şekilde değiştirilmiştir.<sup>7</sup> Buna göre;

Mal ve hizmet alımlarıyla yapım sözleşmelerinde, öngörülemeyen durumlar nedeniyle bir iş artışının zorunlu olması halinde, artışa konu olan iş;

a) Sözleşmeye esas proje içinde kalması,

b) İdareyi külfete sokmaksızın asıl işten ayrılmasının teknik veya ekonomik olarak mümkün olmaması,

şartlarıyla, anahtar teslimi götürü bedel ihale edilen yapım işlerinde sözleşme bedelinin % 10'una, birim fiyat teklif almak suretiyle ihale edilen mal ve hizmet alımlarıyla yapım işleri sözleşmelerinde ise % 20 'sine kadar oran dahilinde, süre hariç sözleşme ve ihale dokümanındaki hükümler çerçevesinde aynı yükleniciye yaptırılabilir.

Birim fiyat sözleşme ile yürütülen yapım işlerinde, Bakanlar Kurulu bu oranı sözleşme bazında % 40 'a kadar arttırmaya yetkilidir.

İşin bu şartlar dahilinde tamamlanamayacağına anlaşılmaması durumunda ise artış yapılmaksızın hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir. Ancak bu durumda, işin tamamının ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesi zorunludur.

Sözleşme bedelinin % 80'inden daha düşük bedelle tamamlanacağı anlaşılan işlerde, yüklenici işi bitirmek zorundadır. Bu durumda yükleniciye, yapmış olduğu gerçek giderleri ve yüklenici kârına karşılık olarak, sözleşme bedelinin % 80'i ile sözleşme fiyatlarıyla yaptığı işin tutarı arasındaki bedel farkının % 5'i geçici kabul tarihindeki fiyatlar üzerinden ödenir.

Bu düzenlemelerle, 4734 sayılı Kanununun katı hükümlerinden olan keşif artışı hususu da esnek bir hale getirilmektedir. Oysa, anahtar teslimi götürü bedel olarak yapılan sözleşmelerde de keşif artışına imkan verilmesi bu sözleşmenin niteliğine uygun değildir.

### **IX- İhalelere Katılmaktan Yasaklama**

4734 sayılı Kanunda belirtilen fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenler hakkında 2 nci ve 3 üncü maddeler ile istisna edilenler dahil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verileceği, katılma yasaklarının, ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunulan bakanlık, herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri, **il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise İçişleri Bakanlığı tarafından** verileceği hükme bağlanmıştır.

Yasaklama kararlarının verilmesi için gereken süre, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen, otuz gün yerine en geç **kırkbeş** gün olarak düzenlenmiştir.

### **X- 4734 sayılı Kamu İhale Kanununda Yapılan Diğer Önemli Değişiklikler:**

-İhale kararlarının ihale yetkilisi tarafından onaylanmasında azami süre 20 günden **5 işgününe** indirilmiştir.

-İhale yetkilisi kavramı genişletilmiş ve usulüne uygun olarak yetki devri yapılmış görevlilerin de ihale yetkilisi sıfatında bulunduğu belirtilmiştir.

-İhale dokümanında aksi belirtilmedikçe sözleşmelerin notere tescili ve onaylatılması zorunluluk olmaktan çıkarılmıştır.

-“Hizmet” tanımı, etüt ve proje, harita ve kadastro, imar uygulama, her ölçekte imar planını da kapsayacak şekilde değiştirilmiştir.

-İhalelerde, ihale ve ön yeterlik dokümanı bedelinin “hazırlanma maliyeti” yerine **"basım maliyetini"** aşmayacak şekilde idarelerce tespit edileceği hükme bağlanmıştır.

<sup>7</sup> Ahmet Arslan, “4964 Sayılı Kanun ile Kamu İhale Mevzuatında Yapılan Değişiklikler,” *Mali Kılavuz Dergisi*, no.22 (Ekim 2003), 104

-İhale sonucunun isteklilere tebliğ edilmesi ve bunun sonucunda sözleşmenin imzalanması için gereken süreler kısaltılmıştır. Buna göre;<sup>8</sup>

1) İhale sonucunun isteklilere posta yoluyla tebliğinde; ihale kararının tebliğ edilmiş sayılacağı azami süre mektubun postaya verildiği tarihten itibaren 14'üncü gün yerine **7'nci gün** olarak düzenlenmiştir.

2) İhale üzerinde kalan istekliye, kesin teminatı verip sözleşmeyi imzalaması için iadeli taahhütlü mektupla yapılan tebligatta, bu tebligatın yapılmış sayılacağı süre mektubun postaya verildiği tarihten itibaren 14'üncü gün yerine **7'nci gün** olarak düzenlenmiştir. Ancak yabancı istekliler için bu süreye 12 gün daha ilave edileceği hükme bağlanmıştır.

-Görevlilerin cezai sorumluluğuna ilişkin olarak "Suçluluğu mahkeme kararıyla kesinleşmedikçe kimse suçlu addedilemez" prensibine uygun olarak idare görevlilerinin bu Kanuna aykırı fiil veya davranışlardan dolayı bu Kanun kapsamına giren işlerde görevlendirilmemesi yaptırımını "haklarında kamu davası açılmasına karar verilme" yerine "hüküm giyme" şartına bağlanmıştır.

-2985 sayılı Toplu Konut Kanunu kapsamındaki toplu konut projelerinde, ödeneği olmadan, ÇED raporu hazırlanmadan ve kamulaştırma, mülkiyet, arsa temini, imar işlemleri ve uygulama projesine ilişkin şartlar da aranmaksızın ihaleye çıkılabileceği hükme bağlanmıştır.

-4734 sayılı Kanuna eklenen madde ile Resmi Gazete ile yapılması zorunlu olan ilanların Kamu İhale Bülteninde yapılacağı hükme bağlanmıştır.

#### Notlar:

-Temelde artık kamu yatırımlarının ve ihalelerinin uluslar arası esaslarda, şaibe ve yolsuzluklara yer verilmeyen şekilde yapılmasını sağlayacak bu kanunla artık projeleri ve kamulaştırılması yapılmamış, finansman ve ödeneği temin edilmemiş ihaleler yapılamayacaktır.

-Türkiye'de 2886 sayılı yasa çerçevesinde, belli sayıda seçilmiş davetli firmalar arasında yapılan ihaleler ciddi söylenti ve yolsuzlukların temeli olmuştur. 4734 sayılı kanun ile bu sistem kaldırılarak çok daha şeffaf yöntemler benimsenmiştir.

-Dünyanın hiçbir ülkesinde olmayan ve ehliyetsiz, deneyimsiz müteahhitlik firmalarının artmasına ve yatırımların bu tip şirketlerin eline geçmesine yol açan "Müteahhitlik Karnesi" uygulaması bu yasa ile son bulmuştur.

-4734 sayılı yasa, en düşük teklif yerine en avantajlı teklif kavramını getirmiştir. Ki bu doğrudur.

-Bugün ülkemiz bitirilmemiş ve siyasi baskılarla başlanmış yarım projeler mezarlığı halindedir. Bu gerçek biraz da karşı karşıya kaldığımız ekonomik krizlerin nedenini oluşturmaktadır. 4734 sayılı yasa bu savurganlıktan kurtulmamıza yardımcı olacaktır.

-İşe başlanılabilmesi için tüm proje maliyetinin en az yüzde 10'u ölçeğinde ödeneğin ayrılmış olması lazımdır.

#### Eleştiriler:

-Enerji, su, ulaştırma, ve telekomünikasyon sektörlerinde faaliyet gösteren teşebbüs, işletme ve şirketlerin kanunun kapsamı dışında tutulmaları kabul edilemez nitelikte istisnai bir uygulamadır.

-

<sup>8</sup> Ahmet Arslan, "4964 Sayılı Kanun ile Kamu İhale Mevzuatında Yapılan Değişiklikler," *Mali Kılavuz Dergisi*, no.22 (Ekim 2003), 105