

# **BİLGİ NOTU SERİSİ**

## **PAZARLIK USULÜNDE DAVET EDİLMİYEN FİRMALAR İHALEYE KATILABİLİR Mİ?**

**DANIŞTAY KARARI ÇERÇEVESİNDE BİR DEĞERLENDİRME**



**ÖZET:**

Bu bilgi notunda, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 21'inci maddesinin birinci fıkrasının (b), (c) ve (f) bentleri çerçevesinde ilansız pazarlık yöntemiyle gerçekleştirilen ihalelerde, idarece davet edilmeyen firmanın idareye başvurması halinde ihale dokümanı satılıp satılmayacağı/ihaleye katılıp katılamayacağı hususu değerlendirilecektir.

Bu çerçevede özellikle Danıştay Onüçüncü Dairesinin 10/7/2014 tarihli ve E:2014/1598, K:2014/2770 sayılı Kararı'nın uygulamaya yönelik etkisi incelenecektir. Ayrıca konuya ilişkin Kamu İhale Kurulu uyuşmazlık kararları da aktarılacaktır.

**Anahtar Kelimeler**

Danıştay, Davet Edilmeme, Doküman Satılmama, Eşitlik, Firma, İhaleye Teklif Verme, Katılım, İlansız Pazarlık Usulü.

## 1. GİRİŞ

Firmalar için ihalelere katılım büyük önem taşımaktadır. Ancak ilansız pazarlık yöntemiyle yapılan ihalelerde idarelerin ihaleye davet etmeye yönelik takdir yetkilerini yerinde kullanmamaları ihalelere katılımı sorunlara neden olmaktadır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 21'inci maddesinin birinci fıkrasının (b), (c) ve (f) bentleri çerçevesinde pazarlık usulüyle gerçekleştirilecek ihalelerde ilan yapılması zorunlu olmayıp en az üç firmanın<sup>1</sup> davet edilmesi gerekmekte olup davet edilen firmalardan sadece birinin teklif vermesi yeterlidir. Ancak idarelerce bu ihalelerde ihtiyacın uygun şartlarda karşılanması ve kamu ihale mevzuatının temel ilkeleri göz önünde bulundurulmalıdır.

İhale Uygulama Yönetmeliklerinin ekinde yer alan standart formlar içinde bulunan ihale onay belgesi standart formunun (3) numaralı dipnotunda, *“4734 sayılı Kanununun 21 inci maddesinin (b), (c) ve (f) bentlerine göre yapılacak ihalelerde ilan yapılmaması durumunda davet edilenlerin listesi bu belgenin ekinde yer alacaktır. Pazarlık usulü ile yapılan ihalelerde bu usulün kullanılmasının gerekçesi açık olarak burada belirtilerek, bu hususa ilişkin bilgi ve belgeler onay ekine konulacaktır.”* açıklaması yer almaktadır. İlansız pazarlık usulüyle gerçekleştirilen ihalelerde, firmaların davet edilmesinde *“4734 sayılı Kanununun 21 inci Maddesinin (b)/(c)/(f) Bentlerine Göre Yapılacak İhaleye Davet Standart Formu”* kullanılması gerekmektedir.

4734 sayılı Kanun'un uygulanma sürecinde, tartışılan ve şikâyet konusu olan hususlardan biri de ilansız pazarlık usulüyle gerçekleştirilen ihalelerde davet edilmeyen firmaların ihaleye katılma talepleri konusunda yapılacak işlemler ile bu usulün ihalelere katılımı engelleyici bir şekilde kullanılması olmuştur.

İlansız pazarlık usulüyle gerçekleştirilecek ihalelerde, davet edilmeyen firmaların ihale dokümanı satın almak istemesi durumunda doküman satılıp satılmayacağı tartışmalı bir konu olmuştur. 4/7/2012 tarihli ve 6353 sayılı Kanun ile 4734 sayılı Kanun'un *“İhale ve ön yeterlik dokümanının verilmesi”* başlıklı 28'inci maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinden sonra gelmek üzere *“İlan yapılmayan ihalelerde, ihale dokümanı sadece idare tarafından davet edilenlere satılır.”* cümlesi eklenmiştir.

Anılan değişikliğin gerekçesinde, *“4734 sayılı Kanun kapsamında gerçekleştirilen bütün ihalelerin Elektronik Kamu Alımları Platformu (EKAP) üzerinden gerçekleştirilmesi ve mevcut Kanunda ihaleye davet edilmeyen isteklilere ihale dokümanı satışını sınırlayan bir*

---

<sup>1</sup> Bu çalışmada, “firma” kelimesi ihalelere teklif verecek olan gerçek ve tüzel kişileri kapsayacak bir anlamda kullanılmaktadır..

*düzenleme olmaması nedeniyle, ilan yapılmaksızın gerçekleştirilen ihalelere idare tarafından davet edilmeyen istekliler de doküman satın alıp teklif verebilmektedirler. Bu durum idarenin bu ihale usulü ile sağlamak istediği, işin özelliği ve önemine uygun olarak sadece ilgili sektörde faaliyet gösteren, yeterliliği ve ehliyeti bilinen firmaları ihaleye davet etme imkanını fiilen ortadan kaldırmakta; davet edilmemiş olmalarına rağmen ihale dokümanı satın alarak ihaleye katılanların tekliflerinin değerlendirilmesi ihale sürecini çok uzatmakta; ihtilaflar ve şikayetler nedeniyle de acil ve ivedi olarak yapılması gereken işler gecikmekte ya da yapılamamaktadır. Yapılan düzenleme ile bu aksaklıkların giderilmesi amaçlanmaktadır.” açıklaması yer almaktadır.*

## **2. DAVET EDİLMİYEN FİRMALARIN İHALEYE KATILMA TALEPLERİ VE ŞİKÂYET BAŞVURUSUNDA YAŞANAN SORUNLAR**

4734 sayılı Kanun’un 21’inci maddesinin birinci fıkrasının (b), (c) ve (f) bentlerine göre yapılacak ihalelerde davet edilmeyen firmaların ihaleye katılma talepleri genelde reddedilmektedir.

4734 sayılı Kanun’un “İhalelere yönelik başvurular” başlıklı 54’üncü maddesinin birinci fıkrasında, “İhale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday veya istekli ile istekli olabilecekler,<sup>2</sup> bu Kanunda belirtilen şekil ve usul kurallarına uygun olmak şartıyla şikayet ve itirazın şikayet başvurusunda bulunabilirler.” hükmü yer almaktadır. Anılan maddenin ikinci fıkrasına göre şikâyet ve itirazın şikâyet başvuruları, dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu idari başvuru yollarıdır.

İlansız pazarlık usulüyle gerçekleştirilen ihalelere davet edilmeyen ve ihale dokümanı satılmayan firmalar, “istekli olabilecek” sıfatına sahip olmamaktadır. Bu durum ise onların itirazın şikâyet başvurusu ehliyetine sahip olup olmadığını tartışma hale getirmektedir. İhaleye katılma talebinin reddedilmesi üzerine Kamu İhale Kurumuna yapılan itirazın şikâyet başvuruları da ehliyet yönünden reddedilmektedir. Doğrudan idare mahkemelerine yapılan

---

<sup>2</sup> 4734 sayılı Kanununun 4 üncü maddesinde istekli olabilecek, “İhale konusu alanda faaliyet gösteren ve ihale veya ön yeterlik dokümanı satın almış gerçek veya tüzel kişiyi ya da bunların oluşturdukları ortak girişim” olarak tanımlanmaktadır. İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin 5 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde istekli olabileceklerin şikâyet başvurusunda bulunabileceği işlemler düzenlenmiştir. Anılan bentte, istekli olabileceklerin, “Ön yeterlik ve/veya ihale dokümanının verilmesi, ön yeterlik ve/veya ihale ilanında veya ön yeterlik ve/veya ihale dokümanında yer verilen düzenlemeler ve/veya bu düzenlemeler ile idari uygulamalar arasındaki uyumsuzluklar”, hakkında şikâyet başvurusunda bulunabileceği hüküm altına alınmıştır.

başvurularda da davacının zorunlu başvuru yolunu tüketmemesi nedeniyle dava dilekçesinin Kamu İhale Kurumuna tevdi edilmesine karar verilebilmektedir. Kamu İhale Kurumu da bu başvuruları şekil yönünden reddetmektedir.

### **3. KONUYA İLİŞKİN KAMU İHALE KURULU UYUŞMAZLIK KARARLARI**

İlansız pazarlık usulüyle yapılan ihalelerde, davet edilmeyen firmaların ihaleye katılma taleplerinin reddedilmesine yönelik itirazın şikâyet başvurularını, 6353 sayılı Kanun ile 4734 sayılı Kanunun 28 inci maddesinde yapılan değişiklik öncesi ve sonrası olarak iki döneme ayırarak incelenebilir.

6353 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesi Kamu İhale Kurulu, davet edilmediği halde ihale dokümanı satın almak isteyen firmalara ihale dokümanı satılması gerektiğine karar vermiştir.<sup>3</sup> Değişiklik sonrası konuya ilişkin uyuşmazlık kararlarında değişiklik olmuştur. Yapılan başvurular, şekil ve ehliyet yönünden reddedilmektedir.

4734 sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin birinci fıkrası ile İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin 5'inci maddesinde, *aday, istekli ve istekli olabileceklerin*, şikâyet ve itirazın şikâyet başvurusunda bulunabilecekleri hüküm altına alınmıştır.

Kamu İhale Kurumu itirazın şikâyet başvurusunda bulunan gerçek veya tüzel kişinin ya da ortak girişimin, aday veya istekli ya da istekli olabilecek sıfatını haiz değilse başvuru ehliyetine sahip olmadığına karar vermektedir. Ayrıca yapılan başvuruları, şekil yönünden de incelemektedir.

### **4. DAVET EDİLMEYEN FİRMALARIN DOĞRUDAN YARGI YOLUNA BAŞVURMASI**

İlansız pazarlık usulüyle gerçekleştirilecek ihalelerde, ihale dokümanı alma talepleri reddedilen firmalar, doğrudan idare mahkemelerine başvuru yapabilmektedir. Bu mahkemelerce başvuru, idari merci tecavüzü nedeniyle başvuru Kamu İhale Kurumuna gönderilebilmektedir.

İstanbul 10. İdare Mahkemesi, 2/4/2015 tarihli ve E:2015/312, K:2015/635 sayılı kararında, ilansız pazarlık usulüyle yapılan ihalede doküman alma talebi reddedilen firmanın dava başvurusunu idari merci tecavüzü sebebiyle Kamu İhale Kurumuna göndermeye karar vermiştir. Kamu İhale Kurumunun 21/5/2015 tarihli ve 2015/UH.IV-1435 sayılı uyuşmazlık kararında bu başvuru ehliyet ve şekil yönünden reddine karar verilmiştir.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Kamu İhale Kurulunun 18/10/2010 tarihli ve 2010/UH.II-3223 sayılı uyuşmazlık kararı ile 1/11/2010 tarihli ve 2010/UY.II-3323 sayılı uyuşmazlık kararı bu hususa ilişkin örnek uyuşmazlık kararlarıdır.

<sup>4</sup> İlansız pazarlık usulüyle yapılan ihaleye davet edilme talebinin reddine yönelik işlemin iptali amacıyla açılan davada, İstanbul 6. İdare Mahkemesi 18/2/2015 tarihli ve E:2015/325, K:2015/344

## **5. İPTAL EDİLEN İHALEDE EN DÜŞÜK TEKLİF VEREN FİRMANIN PAZARLIK USULÜ İLE YAPILAN İHALEYE DAVET EDİLMEMESİ MEVZUATA AYKIRI MIDIR?**

Kamu İhale Kurulunun 5/2/2007 tarihli ve 2007/UH.Z-409 sayılı uyuşmazlık kararında, açık ihale usulü ile yapılan ve 4734 sayılı Kanun'un 39'uncu maddesine istinaden iptal edilen ihalede en düşük teklifi veren isteklinin, bu ihalenin yerine 4734 sayılı Kanun'un 21'inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendine göre yapılan ihaleye davet edilmemesinin mevzuata aykırı olduğuna karar verilmiştir.

## **6. DAVET EDİLMEYEN FİRMALARIN DURUMUNA YÖNELİK DANIŞTAY KARARI**

Danıştay Onüçüncü Dairesinin aşağıda aktaracağımız kararına konu ihale, 4734 sayılı Kanun'un 21'inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında gerçekleştirilmiştir. Davacı firma, söz konusu ihaleye davet edilme talebinde bulunmuş olup bu başvuru daha önce idareyle iş yapmadıkları gerekçesiyle reddedilmiştir. Firma tarafından idarenin işleminin iptali talebiyle doğrudan idari yargıda dava açılmıştır.

Ankara 5. İdare Mahkemesi, 12/3/2014 tarihli ve E:2013/995, K:2014/221 sayılı kararında, 4734 sayılı Kanun'un idarelere ihaleye teklif verecek firmaları davet etme konusunda takdir yetkisi tanıdığı ve dava konusu işlemde bu yetkinin hukuka aykırı kullanıldığı yönünde herhangi bir bilgi ya da belge bulunmadığından davanın reddine karar vermiştir. Bu karar davacı şirket tarafından temyiz edilmiştir.<sup>5</sup>

Danıştay Onüçüncü Dairesinin 10/7/2014 tarihli ve E:2014/1598, K:2014/2770 sayılı kararında, "... *Kamu ihale mevzuatında yer alan ihale usullerinden biri pazarlık usulü olup, bu ihalelerin de 4734 sayılı Kanun'un 5. Maddesinde belirtilen temel ilkelere uygun olması gerektiği, pazarlık ihalelerine davet edilecekleri belirleme hususunda idarelerin sınırsız bir takdir yetkisinin olmadığı, bu yetkinin kamu yararı ve hizmet gerekleri doğrultusunda*

---

sayılı Kararı, idari merci tecavüzü nedeniyle Kamu İhale Kurumuna başvurunun gönderilmesine karar vermiştir. Kamu İhale Kurulunun 15/5/2015 tarihli ve 2015/UH.IV-1391 sayılı Uyuşmazlık Kararı'nda, bu başvurunun ehliyet ve şekil yönünden reddine karar verilmiştir.

<sup>5</sup> Davacı firma, 2013 yılında ilansız pazarlık usulüyle gerçekleştirilen ve davet talebi kabul edilmeyen bir başka ihaleye ilişkin olarak doğrudan idari yargıya başvurmuştur. Ankara 4. İdare Mahkemesinin 10/7/2013 tarihli ve E:2013/1023, K:2013/929 sayılı kararında, davacının zorunlu başvuru yolunu tüketmemesi nedeniyle dava dilekçesinin Kamu İhale Kurumuna tevdi edilmesine karar verilmiştir. Kamu İhale Kurulunun 28/8/2013 tarihli ve 2013/UY.IV-3431 sayılı uyuşmazlık kararında, başvuru ehliyet yönünden reddedilmiştir.

*kullanılması gerektiği, bu ihalelerin yargısal denetiminin şekli unsurlarla sınırlı kalmayacağı tabiidir.*

*Bakılan davada, davacının ihaleye davet mektubu talebini içerir başvurusunun 'başvurucunun ihaleye daveti gerektirir şartları taşıyıp taşımadığı ve ihalede rekabeti artırıp artırmayacağı hususları değerlendirilmeksizin' salt davet edilenler haricinde doküman satışının mümkün olmadığı açıklaması ile reddedilmesi ihale mevzuatının temel ilkelerinden olan 'eşit muamele' ve 'rekabet' ilkeleri ile bağdaştırılamaz. Davacı, başvurusunu ihaleye çıkma tarihinde yapmış olup, davet edilecek firmaların belirlenmesinde davacının başvurusunun da göz önünde bulundurularak 'eşit muamele ve rekabet' ilkeleri doğrultusunda bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.*

*Öte yandan, davalı idarece işlem gerekçesi olarak davacı şirketle daha önce yüklenici ya da istekli ilişkisinin doğmadığı belirtilmekle birlikte, ihalelerde katılım ölçütlerinin belirlenmesinde mevzuat ve ilgili şartname hükümlerinde belirlenen teknik ve mali yeterlilikler esas olup; ilgililerle daha önce iş yapma zorunluluğu, başka bir anlatımla, pazarlık usulüne sadece daha önce iş yapılmış firmaların davet edilebileceği gerekçesi de yukarıda belirtilen temel ilkelere ve takdir yetkisinin yerinde kullanımına uygun bulunmamaktadır.*

*Bu durumda pazarlık usulüyle yapılan ihaleye davet edilme isteminin, mali ve teknik yeterlilikler değerlendirilmeksizin ve daha önce iş yapmış olma şartı getirilmek suretiyle reddine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uygunluk, davanın reddi yolundaki temyize konu Mahkeme kararında ise hukuki isabet bulunmadığı"na karar verilmiştir.*

## **7. SONUÇ**

Danıştayın yukarıda aktarılan kararı çerçevesinde ilansız pazarlık usulüyle yapılan ihaleye katılmayı talep eden firmaların bu taleplerinin sadece daha önce iş yapmadıkları gerekçesiyle reddedilmesi kamu ihale mevzuatının temel ilkelerine aykırıdır.

Danıştayın anılan kararında davet edilme talebinde bulunan firmaların mali ve teknik yeterliğin değerlendirilmesi gerektiği ifade edilse de ihale öncesi bu yeterliğin nasıl belirleneceği belirsizdir.

Danıştayın yukarıda aktarılan kararı çerçevesinde ilansız pazarlık usulüyle yapılan ihalelerde sorun yaşanması için ihale konusu sektörde faaliyet gösteren firmaların ihaleye katılma talep etmeleri durumunda ihale dokümanı satılmasının uygun olacağı görüşündeyiz.

İhaleye davet edilmeyen firmanın ilgili idareye yazılı olarak başvuru talebinde bulunmalıdır. Bu başvuruda Danıştayın anılan kararına yer verilmelidir.