

**Kamu İhale Kanunu İle
Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda
Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı
Hakkında TÜSİAD Görüşü**

**TS/PAS/08-36
7 Temmuz 2008**

Kamu İhale Kanunu İle Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Hakkında TÜSİAD Görüşü

1/584 sayılı Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı'nın, AB Direktifleriyle uyum gözetilmek suretiyle ihalelere yönelik yapılacak başvurulara ilişkin incelemelerin kısa süre içerisinde tamamlanmasına ve uygulamada yaşanan bazı sorunların çözümüne yönelik hazırlandığı genel gerekçesinde belirtilmektedir.

TBMM Bayındırlık, İmar, Ulaştırma ve Turizm Komisyonu'nda kabul edilen tasarının incelenmesi sonunda gerek yazım gerekse içerik yönünden önemli sakıncalar barındırdığı belirtilmelidir. Maddelerin yazımının Türk dil kurallarına uygun ve anlaşılır olma bakımından taşıdığı eksikler, bazı maddelerde neyin kastedildiğinin anlaşılmasına yol açmaktadır. Madde gerekçelerinin sadece madde metnini tekrar etmesi ve gerçek anlamda gerekçe içermemesi de, madde metinlerinin anlaşılmasına yardımcı olmamaktadır. Aşağıda ele alınacak sorunlardan bazılarının, anlaşılmayan veya yanlış yazılmış kısımlara ilişkin olduğu görülecektir.

Madde bazında değerlendirmelere geçmeden önce genel olarak tasarıya ilişkin sorun tespitleri aşağıda belirtilmektedir:

1) Kamu İhale Kanunu'nda istisna olacak alımların alanı genişletilmektedir. İstisna hükümlerinin kaleme alınışındaki sorunlar nedeniyle, amaçlanandan daha geniş bir alanın Kanun kapsamından çıkması sonucu doğabilecektir.

2) Şikâyet mekanizmasında yapılan değişiklikler, kamu alımları piyasasının düzenleyici ve denetleyici kurumu olan Kamu İhale Kurumu'nun yetkilerini aşırı derecede kısıtlamaktadır.

Şikâyet mekanizmasının ihale süreçlerinde doğurduğu iddia edilen bir takım aksaklıkların giderilmesi için, doğrudan bu aksaklıklara ilişkin tedbirler alınması düşünülmemiştir; tam tersine, sorumluluk hak arama mekanizmasına yüklenmiştir.

İhalenin iptali kararlarına karşı itirazın şikâyetin engellenmesi, ihale sisteminin temeli olan şeffaflık ve hesap verebilirlik ilkelerini sarsacak etkidedir. Böylelikle idare hesap verme mecburiyetinde olmaksızın, bir istekli üzerine bırakılmış ihaleyi iptal edebilecektir. İstekliler de buna karşı bir kanun yolundan mahrum olacaktır.

3) İhaleye giriş yeterliliği için gereken iş bitirme belgeleri ile ilgili öngörülen değişiklik, yeterliliğin tespitinde iş bitirmeyi tamamen devre dışı bırakmaktadır.

4) Tebligat usulünde bilgi teknolojilerinin sağladığı bazı imkânların Kanun'a aktarılması olumlu olmakla birlikte, uygulamada yaşanabilecek sorunlara yönelik tedbir düşünülmemiştir.

5) Kamu İhale Kurulu üyelerinin ticaret şirketlerine hissedar olamayacaklarına ilişkin kanun hükmü değiştirilmiştir. Üstelik bu üyelerin, hissedarı oldukları şirketleri ilgilendiren kararlara katılabilmesini engelleyen bir hükme de yer verilmemiştir.

Yukarıdaki tespitlere ilişkin açıklamalar ve değişiklik önerileri şunlardır:

1. Kamu İhale Kanunu’nda istisna olacak alımların alanı genişletilmektedir.

Kamu İhale Kanunu’ndan istisna tutulan alımların kapsamı, Kanun’un yürürlük tarihinden bu yana sürekli genişletilmiştir. Orijinal metinde dahi AB müktesebatına uygun olmayan kapsama ilişkin hükümler, bu değişikliklerle uyumdan iyice uzaklaşmıştır.

Söz konusu Tasarı ile Kanun’un kapsama ilişkin hükümlerine yeni istisnalar eklenmektedir.

Tasarı’nın 1. maddesi ile Kanun’un 3/f maddesinde yapılan değişiklik dikkat çekicidir. “Kanun kapsamındaki idarelerin, elde edilecek sonuçların sadece kendisine ait olmaması ve bu sonuçlardan yalnızca kendi faaliyetlerinin yürütülmesinde kendisinin faydalanmaması kaydıyla, finansmanı tamamıyla bu idareler tarafından karşılanan araştırma-geliştirme hizmet alımları,” Kanun’dan istisna edilmektedir.

Kamu kurumlarının, birkaç istisna hariç, AR-GE faaliyetlerinin sonucunun gizli ya da sadece kendi kurumuna yönelik olmadığı dikkate alındığında, herhangi bir kriter getirilmeden böyle bir düzenleme yapılması Kanun kapsamındaki kuruluşların neredeyse tümüne AR-GE ile ilgili hizmet alımlarını Kanun dışına çıkarma imkânı verecektir.

AR-GE projeleri için getirilen değişiklik, 2004/18/EC sayılı Direktif’in 16/f’deki kuralına uygun gibi görünüyorsa da suiistimallerin engellenmesi için AR-GE faaliyetlerini en azından belli bir kriterle bağlamak gereklidir. **Bu kriter “bütçesi onaylanmış ve yürütülmekte olan belirli bir projede kullanılmak üzere yapılan alımlar” şeklinde düzenlenebilir.**

Aynı maddeyle yapılan bir başka değişiklikle, sağlık hizmeti sunan idarelerin teşhis ve tedaviye yönelik olarak **“birbirlerinden”** yapacakları alımlar Kanun kapsamından çıkarılmaktadır. “Birbirlerinden” ifadesine yer verilmesinin, tüm sağlık piyasasının kapsam dışına çıkmasına engel olduğu doğruysa da, bunun dahi sakıncaları vardır. **Başka bir idareden ihalesiz tedarik edilecek mal veya hizmetin, o idare tarafından ihale yoluyla yüksek fiyata alınmış olması halinde, bu yüksek fiyat ihalesiz tedariki yapacak idareye de sirayet edecektir.** Ayrıca bu uygulamalar, ihtiyaçtan fazla alım yapılması ve diğerlerinin ihale yapan idareden doğrudan temin etmesi gibi bir alışkanlığa yol açarak, ihale sayısını azaltma ve rekabeti ortadan kaldırma tehlikesini içermektedir. **Alımlarda temel uygulama prensibi, her kurum ve kuruluşun kendi ihtiyacını doğru tespit ederek, ihaleye çıkıp en uygun bedelle tedarik etmesi olmalıdır.**

Son olarak, **Tasarı’nın ilgili maddesinde geçen “birbirlerinden” ifadesinin maddeden çıkarılmaması gereği, ayrıca hatırlatılmalıdır.** Aksi halde büyük bir yekûn tutan sağlık alımları da Kanun kapsamı dışında kalacaktır.

AB müktesebatında 2004/18/EC sayılı direktiften istisna tutulan alımlar bellidir. Bunlar; savunma alımları, su, enerji, ulaştırma ve posta hizmetleri alanındaki alımlar, uluslararası anlaşmalara dayalı alımlar, imtiyazlar ve Direktif’in 16. maddesinde sayılan diğer birkaç alım türüdür. Direktif ile çizilen çerçeve ile karşılaştırıldığında Kamu İhale Kanunu’nun istisnalar listesinin hayli uzun olduğu ortadadır. Üyelik müzakerelerinde kamu alımları başlığı için koyulan açılış kriterlerinden birinin, ihale mevzuatının kapsamı ve istisnalar olduğu unutulmamalıdır. Bu çerçevede, Kanun’un zaten sorunlu olan uzun istisnalar listesine eklemeler yapmak uygun bir tercih değildir.

2. Şikâyet mekanizmasında yapılan değişiklikler, kamu alımları piyasasının düzenleyici ve denetleyici otoritesi olan Kamu İhale Kurumu'nun yetkilerini aşırı derecede kısıtlamaktadır.

Tasarı'nın 21-23. maddeleriyle şikâyet mekanizmasındaki değişiklikler çok geniş kapsamlı olduğundan dikkatlice incelenmelidir. Şikâyet mekanizması, ihale sonucunun taraflara tebliği, sözleşmesinin imzalanması, ihale sürecindeki aksaklıkların tespiti gibi bir dizi hususu ilgilendiren çok önemli bir safhadır.

Şikâyet mekanizmasındaki değişikliklere geçmeden önce, çeşitli çevrelerde bu değişikliklerin yapılmasına neden olarak gösterilen bir soruna değinmek gereklidir: Aşırı düşük tekliflerin idareler tarafından dikkate alınmaması ve işin başka bir istekliye ihale edilmesi nedeniyle, aşırı düşük teklif sahibinin şikâyet yoluna gittiği, bu nedenle işlerin tamamlanamamasından yakınıldığı bilinmektedir.

Gerçekten böyle bir sorun olabilir ve bunun için bir çözümün bulunması gerektiği açıktır. Bununla birlikte çözüm, şikâyet mekanizmasında değil aşırı düşük tekliflere ilişkin hükümde aranmalıdır. **Kamu İhale Kanunu'nun aşırı düşük tekliflere ilişkin 38. maddesi, AB'nin 2004/18/EC sayılı direktifine, tercüme hatası ve eksik aktarım dolayısıyla uyumlu değildir. Direktif'in 55. maddesine uyumun sağlanması, buradaki sorunu çözecektir¹.**

Direktif'in 55. maddesinin (a) bendindeki *“the economics of the construction method, the manufacturing process or the service provided”* cümlesi yanlış olarak *“İmalat sürecinin, verilen hizmetin ve yapım yönteminin ekonomik olması”* şeklinde tercüme edilmiştir. Tercüme yanlış olduğu gibi, söz konusu cümlenin Türkçesi de anlaşıl mazdır. Direktifte kastedilen, ilgili faaliyetin ekonomik olarak hesabıdır.

¹ 2004/18/EC Article 55: Abnormally low tenders

1. If, for a given contract, tenders appear to be abnormally low in relation to the goods, works or services, the contracting authority shall, before it may reject those tenders, request in writing details of the constituent elements of the tender which it considers relevant.

Those details may relate in particular to:

- (a) the economics of the construction method, the manufacturing process or the services provided;
- (b) the technical solutions chosen and/or any exceptionally favourable conditions available to the tenderer for the execution of the work, for the supply of the goods or services;
- (c) the originality of the work, supplies or services proposed by the tenderer;
- (d) compliance with the provisions relating to employment protection and working conditions in force at the place where the work, service or supply is to be performed;
- (e) the possibility of the tenderer obtaining State aid.

2. The contracting authority shall verify those constituent elements by consulting the tenderer, taking account of the evidence supplied.

3. Where a contracting authority establishes that a tender is abnormally low because the tenderer has obtained State aid, the tender can be rejected on that ground alone only after consultation with the tenderer where the latter is unable to prove, within a sufficient time limit fixed by the contracting authority, that the aid in question was granted legally. Where the contracting authority rejects a tender in these circumstances, it shall inform the Commission of that fact.

Ayrıca Direktif'in 55. maddesinin (d) bendi Kamu İhale Kanunu'na nakledilmemiştir. Bu bent, doğrudan doğruya çalışma şartları ve iş güvenliği tedbirlerine ilişkindir. Bu hususların, bir işin maliyetine doğrudan etkisi ise tartışmasıdır.

Böylece aşırı düşük tekliflerin yarattığı iddia edilen sorunun çözümü için adresin şikâyet mekanizması değil, doğrudan bu tekliflere ilişkin 38. madde olduğu görülmektedir.

Şikâyet mekanizmasına ilişkin bir değişiklik olmakla birlikte, **ihalenin iptali kararına karşı itirazın şikâyet yolunun kapatılması, Kamu İhale Kanunu'nun dayandığı temel olan şeffaflık ve hesap verebilirlik ilkelerini tümüyle ortadan kaldıracak etkidir.** Bu değişiklik, idarelere, ihaleleri hesap verme mükellefiyeti olmadan iptal etme yetkisi tanınmış olmaktadır. Mevcut düzende şikâyet yolunu kullanarak hakkını arayabilen istekliler, iptal kararlarına karşı çaresiz bırakılmaktadır. Bu durumda hukuka uygun hiçbir gerekçesi olmayan iptal kararları dahi incelenemeyecektir. Bu değişiklik ihale sisteminde keyfilik, suiistimal ve kayırmacılığı artırıcı etki yaratacaktır.

Ayrıca Kamu İhale Kanunu gereği, şikâyet yolunun dava açmak için ön koşul olduğu unutulmamalıdır. Şikâyet kanun yolundan mahrum olan istekliler, idari yargıya da gidemeyecektir. **Bu durum ise Anayasa'nın 125. maddesindeki "idarenin her türlü eylem ve işleminin yargı denetimine açık olması" ilkesine açıkça aykırıdır.**

Diğer yandan, tasarının 20. maddesiyle Kanunun 53. maddesinde yapılan değişiklik çerçevesinde, **Kurum'un gerekli gördüğü takdirde, bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine aykırılık bulunduğuna ilişkin iddiaları da inceleme ve sonuçlandırma yetkisinin ortadan kaldırılması, Kurum'un kamu alımları piyasasındaki rolünün anlaşılmadığına da işaret eden, yanlış bir tercih olarak değerlendirilmelidir.**

Son olarak, Kurum'un inceleme yetkisi şikâyet başvurularındaki sebeplere bağlı kılınmıştır. **Bir kamu hukuku problemini incelemeye yetkili makam, sadece başvurudaki sebeplerle bağlı olmamalıdır. Başvuruya konu olan problem doğrudan kamu kaynakları ile ilgili olduğundan, Kurum önüne gelen dosyayı her açıdan inceleyebilmelidir.**

AB ile sürdürülen üyelik müzakerelerinde kamu alımları başlığı için koyulan açılış kriterlerinden biri, "kamu alımları politikalarının yeknesak (coherent) uygulanmasını temin etmek üzere bir kurumun/organizasyonun görevlendirilmesi hususunun teminat altına alınması"dır. Uygulamada bu nitelikteki kurum olarak Kamu İhale Kurumu ön plana çıkmaktadır. Bununla birlikte Tasarı'nın şikâyet mekanizmasında yaptığı değişiklik Kamu İhale Kurumu'nun yeknesak uygulamayı temin etme imkânını ortadan kaldırmaktadır. Bu açıdan bakıldığında Tasarı'nın şikâyet mekanizmasına ilişkin hükümlerinin AB müktesebatına uyum düzeyini yükseltmediği, aksine sonuç doğurduğu görülmektedir.

3. İhaleye giriş yeterliliği için gereken iş bitirme belgeleri ile ilgili değişiklik, yeterliliğin tespitinde iş bitirmeyi tamamen devre dışı bırakmaktadır.

Tasarı'nın 3. maddesi ile Kanun'un 10/1 (b) hükmünde yapılan değişiklik, amacını aşan bir şekilde yorumlanmaya açıktır.

Yapılması öngörülen değişiklik okunduğunda şöyle anlaşılmaktadır: İhaleye giriş için gerekli mesleki-teknik yeterliliğini ispatlamak amacıyla istekliler, ya biten işler için işin bitiminden

itibaren onbeş yıl geçerli olan iş bitirme belgelerini ya da devam eden işler için toplam sözleşme bedelinin %80'inin gerçekleştirildiğini gösteren belgeleri getirmelidir.

Eğer maddenin bu şekilde yorumu doğru ise, sonuç hayli endişe vericidir. Mevcut düzenlemedeki son onbeş yılda ihaleye konu işin en az %70'i kadar işi bitirdiğini ispatlama kuralı kaldırılmış olmaktadır. Bunun yerine ise belli bir oranda iş bitirmiş olma şartı getirilmeden, devam eden işleri için %80'i tamamlama koşulu getirilmektedir. Diğer yandan, kastedilenin, girilecek ihale konusu işin bedelinin %80'i mi olduğu yoksa devam eden işin %80'i mi olduğu tam anlaşılamamaktadır.

Rakamsal bir örnekle; 1,000,000,000 YTL bedelindeki bir işin ihalesine girebilmek için mevcut düzende, son 15 yılda 700,000,000 YTL'lik iş bitirilmiş olması gereklidir. Fakat yapılan değişiklik yukarıdaki gibi anlaşılırsa, örneğin 500,000,000 YTL bedelinde devam etmek olan bir işin %80'i tamamlandığında ihaleye girilebilecektir. Ya da örneğin 100.000.000 YTL bedelinde iş tamamlayarak mesleki-teknik yeterliliğe sahip olunabilecektir.

Maddede yapılması düşünülen değişikliğin amacı, mesleki-teknik yeterliliğin devam eden işlerle de ispatlanabilmesine imkân sağlanması ise, Tasarı'nın 3. maddesinin en baştan kaleme alınması gerekmektedir.

Bu amaçla bir değişiklik yapılacaksa asgari koşullar şunlar olmalıdır:

- İş bitirme için, %70 değilse bile belli bir oran korunmalı,
- Devam eden işlerin tamamlanan %80'i ile girilecek ihale bedeli arasında doğrudan bağ kurulmalıdır.

4. Tebligatlarda bilgi teknolojilerinin sağladığı bazı imkânların Kanun'a aktarılması olumlu olmakla birlikte, uygulamada yaşanabilecek sorunları gidermeye yönelik düzenleme yapılmalıdır.

Tasarının 25. maddesiyle elektronik yolla veya faksla tebligat yapılmasına imkân tanınması olumludur. Çağın getirdiği imkânların kullanılması hem sürat kazandıracak hem de tasarruf sağlayacaktır.

Bununla birlikte bir husus dikkat çekmektedir. Elektronik yolların kullanıldığı işlemlerde, altyapı yetersizliklerinden kaynaklanan bazı sorunlar nedeniyle yerine ulaşmayan elektronik iletilerin, vatandaşların hak kayıplarına veya zararlara neden olduğu bilinmektedir. **Bu nedenle elektronik imza kullanılarak veya Elektronik Kamu Alımları Platformu üzerinden yapılan işlemlerde, aynı gün içinde tevit alınması zorunluluğu getirilmelidir.**

5. Kamu İhale Kurulu üyelerinin ticaret şirketlerine hissedar olamayacaklarına ilişkin kanun hükmünün değiştirilmesinin gerekçesi anlaşılamamıştır.

Kamu İhale Kurulu üyelerinin yapabilecekleri ve yapamayacakları işlere ilişkin Kanun'un 53. maddesinin (e) bendinde yapılan değişiklikler esnasında, Kurul üyeleri için geçerli olan "ticari amaçlı ortaklıklarda hissedar veya yönetici olamazlar" kuralı "ticaretle uğraşamaz" şeklinde değiştirilmiştir.

Madde gerekçesinde ise bu değişikliğe hiç değinilmemesi şaşırtıcıdır. Madde gerekçesinde bir sarahat bulunmadığından, burada yapılan değişikliğin amacı anlaşılamamıştır.

Ticaretle uğraşmaktan kasıt, tacir sıfatını kazandıracak faaliyette bulunmamak şeklinde anlaşılmak gerekir. Ticaret hukukumuzda tacir, bir ticari işletmeyi, kısmen de olsa kendi adına işleten kimsedir. Ticaret şirketlerinde, şirketin tüzel kişiliği bulunduğundan işletme, şirket adına işletilir. Bunun sonucunda, yönetici ve ortaklar değil doğrudan şirket tacir sayılır.²

Bununla birlikte, kamu alımları piyasasının düzenleyici ve denetleyici otoritesi konumundaki Kamu İhale Kurumu’nun icra organında görev yapan kişiler için şirket yöneticiliği veya ortaklığının uygun olmayacağı açıktır.

² Bkz. Prof. Dr. Sabih Arkan: “Ticari İşletme Hukuku”.