

Kamu İhale Mevzuatı Çerçevesinde İhalelere Karşı Başvuru Yolları: Şikayet ve İtirazen Şikayet

Av. Yalçın Torun — Torun Hukuk Bürosu

A.Giriş

Kamu ihale süreçlerinde hukuka aykırı işlem veya eylemlere muhatap olan aday, istekli ve istekli olabilecek kişiler için mevzuat, doğrudan yargı yoluna gitmeden önce tüketilmesi zorunlu özel bir idari başvuru rejimi öngörmüştür. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 54, 55 ve 56. maddeleri ile 03.01.2009 tarihli ve 27100 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik, bu rejimin çerçevesini çizmiş; başvuru sahiplerinin uyması gereken süreleri ve şekil kurallarını ayrıntılı biçimde belirlemiştir. Bu çalışmanın amacı, söz konusu özel başvuru rejimini anayasal ve yasal dayanaklarıyla birlikte ele almak, Kamu İhale Kurulu kararları ışığında yorumlamak ve dilekçede uyulması gereken şekil unsurlarını ayrıntılı biçimde incelemektir. İncelemenin sonunda, ihalelere karşı başvuru yolunun ancak mevzuatın öngördüğü usul ve şekle uyulduğu ölçüde etkili bir hak arama aracına dönüştüğü ortaya konulacaktır.

B.İhalelere Karşı Başvuruda Bulunabilecekler Kimlerdir?

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 54. maddesine göre şikayet ve itirazen şikayet başvurusunda bulunabilecek kişiler şunlardır;

1.Aday: Ön yeterlik için başvuran gerçek veya tüzel kişileri veya bunların oluşturdukları ortak girişimleri ifade eder.

2.İstekli: Mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalesine teklif veren tedarikçi, hizmet sunucusu veya yapım müteahhidini ifade eder.

3.İstekli olabilecekler: İhale konusu alanda faaliyet gösteren ve ihale veya ön yeterlik dokümanı satın almış gerçek veya tüzel kişiyi ya da bunların oluşturdukları ortak girişimi ifade eder.

C.İhalelere Karşı Başvuru Yolları Nelerdir?

1.İdareye Şikayet

Şikayet başvuruları ihale sürecindeki işlem veya eylemlerin hukuka aykırılığı iddiasıyla ihaleyi yapan idareye yapılır. İdareye şikayet başvurusu, ihale sürecindeki hukuka aykırılıkların giderilmesine yönelik ilk başvuru yoludur.

Hukuka Aykırı Olduğu İddia Edilen Durum	Başvuru Süresi
İlanda yer alan hususlara yönelik başvuru	İlk ilan tarihinden itibaren 10 gün
Ön yeterlik veya ihale dokümanının ilana yansımayan diğer hükümlerine yönelik başvuru	Dokümanın satın alındığı tarihten itibaren 10 gün

Başvurular, doğrudan ihaleyi yapan kuruma elden veya posta aracılığıyla yapılabileceği gibi EKAP hesabı(Elektronik Kamu Alımları Platformu) üzerinden de yapılabilmektedir. Başvurunun ihaleyi yapan idare veya Kurum dışındaki idari mercilere ya da yargı mercilerine yapılması ve başvuru dilekçelerinin bu merciler tarafından ilgisine göre idareye veya Kuruma gönderilmesi hâlinde, dilekçelerin idare veya Kurum kayıtlarına girdiği tarih, başvuru tarihi olarak kabul edilir.

İdare, şikayet başvurusu üzerine gerekli incelemeyi yaparak on gün içinde gerekçeli bir karar alır; bu süre zarfında karar alınmaması veya alınan kararın başvuru tarafından uygun bulunmaması halinde Kamu İhale Kurumu'na itirazen şikayet yolu açılmış olur. Bu nedenle idareye şikayet başvurusu, yalnızca biçimsel bir formalite değil, itirazen şikayet yolunun kapısını açan zorunlu bir ön aşama olarak değerlendirilmelidir.

2. Kamu İhale Kurumuna İtirazen Şikayet

İtirazen şikayet başvurusu, idareye yapılan şikayet üzerine alınan kararın veya süresi içinde karar alınmamış olmasının sonuçlarına karşı Kamu İhale Kurumu nezdinde yapılan bir üst başvurudur. Kurum, başvuruyu; başvuru sahibinin iddiaları, idarenin şikayet üzerine aldığı kararda belirlenen hususlar ve itiraz edilen işlemler bakımından

eşit muamele ilkesinin ihlal edilip edilmediği açılarından inceler. Kurum, itirazen şikayete ilişkin nihai kararını, incelenen ihaleye ilişkin gerekli bilgi ve belgeler ile ihale işlem dosyasının kayıtlara alındığı tarihi izleyen yirmi gün içinde vermek zorundadır. Kurum kararları; başvurunun reddine, düzeltici işlem belirlenmesine veya ihalenin iptaline karar verilmesi biçiminde tecelli eder. Böylece itirazen şikayet başvurusu, idari başvuru silsilesinin son halkası olarak ihale işlemlerinin yargı öncesi son idari denetim aşamasını teşkil etmektedir.

Ayrıca belirtmekte fayda vardır ki itirazen şikayet başvurusunun geçerli sayılabilmesi için başvuru bedelinin Kamu İhale Kurumu hesabına eksiksiz biçimde yatırılmış ve bunu kanıtlayan dekontun dilekçeye eklenmiş olması gerekir. Başvuru bedeli 2026 yılı itibariyle şu şekildedir;

İhale Bedeli	Başvuru Bedeli
10.785.492 TL'ye kadar	64.652 TL
10.785.492 - 43.142.132 TL arası	129.385 TL
43.142.132 - 323.566.103 TL arası	194.085 TL
323.566.103 TL üstü	258.810 TL

3.İdareye Şikayet ve İtirazen Şikayet Dilekçelerinde Yer Alması Zorunlu Hususlar Nelerdir?

Şikayet başvuruları idareye, itirazen şikayet başvuruları Kuruma hitaben yazılmış imzalı dilekçelerle yapılır.

Dilekçelerde aşağıdaki hususlara yer verilir:

- Başvuru sahibinin, varsa vekil ya da temsilcisinin adı, soyadı veya unvanı ve adresi.
- İhaleyi yapan idarenin ve ihalenin adı veya ihale kayıt numarası.
- Başvuruya konu olan durumun farkına varıldığı veya bildirildiği tarih.
- Başvurunun konusu, sebepleri ve dayandığı deliller.

e. İtirazen şikayet başvurularında idareye yapılan şikayetin ve varsa şikayete ilişkin idare kararının bildirim tarihi.

4.Örnek Kamu İhale Kurumu Kararları

a. Teknik Şartnamaların rekabeti engelleyici hususlar içermemesi ve fırsat eşitliğini sağlaması gerektiğine ilişkin karar

“İhale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin her türlü özelliğini belirten idari ve teknik şartnamelerin idarelerce hazırlanmasının esas olduğu, teknik şartnamelerde idareler tarafından alım konusu malın teknik kriterleri ve özelliklerinin belirleneceği, bunların verimliliği ve fonksiyonelliği sağlamaya yönelik olması, rekabeti engelleyici hususlar içermemesi ve fırsat eşitliğini sağlaması gerektiği, belli bir marka, model, patent, menşei, kaynak veya ürünün belirtilemeyeceği ve belirli bir marka veya modele yönelik özellik ve tanımlamalara yer verilemeyeceği anlaşılmaktadır.

(...)

Teknik Şartname'nin “Akülü Yetişkin için Tekerlekli Sandalye” kısmında yer verilen joysticklere ilişkin düzenlemelerin tek bir markayı işaret ettiği, bunun yanı sıra sandalyelerin taşıma kapasitesinin aralıklı bir şekilde belirtilmesi, ön ve arka tekerleklerin boyutlarının alternatifli olması gerektiği ve renk seçiminin engelli sandalyesinin fonksiyonunu yerine getirmede hiçbir etkisinin olmadığı değerlendirmelerinin yapıldığı, söz konusu maddelerin daha fazla sayıda tedarikçiyi kapsayacak şekilde değil özele yönelik şartlar şeklinde yazılmış olduğu anlaşıldığından, başvuru sahibinin iddialarının yerinde olduğu sonucuna varılmıştır.

“(Kamu İhale Kurulu Kararı - 2022/357490 İhale Kayıt Numaralı "Medikal Malzeme Alımı İşi" İhalesi - Tarih: 07.07.2022 - No: 2022/UM.II-847)

b. İstekli sayısının azaltılmasını ve katılımı engelleyici nitelikte şartname hazırlanmaması gerektiğine ilişkin karar

“Davalı idarece alınan teknik görüş yazısında yer alan değerlendirmeler kapsamında, idare tarafından alımı yapılacak olan testler dışında başka testlerin de çalışabilmesi amacıyla daha spesifik bir cihaza ilişkin düzenleme yapıldığının anlaşıldığı, alımın konusunun sadece kit alımı olduğu ve söz konusu kitlerle çalışabilecek bir cihazın yeterli olduğu düşünüldüğünde söz konusu düzenlemenin Kamu İhale Kanunu'nun 12. maddesinde yer alan “verimliliği ve fonksiyonelliği sağlamaya yönelik” olarak

değerlendirilemeyeceği, bu durumun ihaleye teklif sunabilecek olan istekli sayısını azaltacağı ve katılımı daraltacağı, düzenlemenin idarelerce alımı yapılacak malın teknik özellikleri belirlenirken verimliliğin ve fonksiyonelliğin sağlanmasına yönelik olması, rekabeti engelleyici hususlar içermemesi ve fırsat eşitliğinin sağlanmasının zorunlu olduğu hükmüne uygun olmadığı sonucuna varılmaktadır.”(Kamu İhale Kurulu Kararı - K. 2017/MK-52 T. 22.02.2017)

c. Teknik Şartnamede, İdarenin Hizmet Kalitesini Düşürmeyecek Şekilde Rekabetin Sağlanmasına Yönelik Şartlar Öngörülmalıdır.

“Başvuru sahibinin iddiaları ile ilgili olarak, akademik kuruluştan alınan teknik görüşte yer alan değerlendirme ve ihale işlem dosyası üzerinde yapılan inceleme sonucunda; Video Processor Cihazı ve Soğuk Işık Kaynağı Teknik Şartnamesi’ nin 2’nci maddesinde yer alan “Video processor cihazı kanserli bölgenin erken teşhisinde kullanılan mukozal morfoloji tanımlaması özelliğine (1-SCAN) sahip olmalıdır” ve Radial Tarayıcı EUS Cihazı Teknik Şartnamesi’ nin 6’nci maddesinde yer alan “Radial tarayıcı EUS Cihazının insertion tüp dış çapı 12,1 mm. olmalıdır.” düzenlemesinin tek bir markayı ve tek bir ürünü, özellikle Video Processor Cihazı ve Soğuk Işık Kaynağı Teknik Şartnamesi’ nin 2’nci maddesinin Pentax marka Endoskopik Ultrasonografi cihazını işaret ettiğinin açıkça ifade edildiği ve ihale üzerinde bırakılan istekli tarafından ihaleye Pentax marka ürünün teklif edildiği, yapılması talep edilen değişiklerin verimliliği ve fonksiyonelliği sağlamanın yanı sıra idarenin hizmet sunum kalitesini düşürmeyecek nitelikte olduğu ve söz konusu değişikliklerin yapılması halinde de idarenin ihtiyacının karşılanacağı anlaşıldığından rekabetin sağlanması açısından başvuru sahibinin değişiklik taleplerine ilişkin iddialarının yerinde olduğu sonucuna varılmıştır.”(Kamu İhale Kurulu Kararı - KİK, K. 2016/UM.II-2243 T. 31.08.2016)

d. Hizmetin Gereği Açısından Verimliliği Ve Fonksiyonelliği Sağlamaya Yönelik Olmayan Şartlar Teknik Şartnamede Olmamalıdır.

“Başvuru konusu iddiaya ilişkin olarak akademik bir kuruluştan teknik görüş alınmış olup, alınan görüşte;

“...1- Hemodiyaliz Sarf Malzemesi alımı teknik şartnamesinde yer alan:

2.1 Diyalezer başlıklı maddesinin 1 no’lu bendinde “Hemodiyaliz kuru tip ve hollw fiber yapıda olacaktır” hükmü hizmetin gereği açısından verimliliği ve fonksiyonelliği sağlamaya yönelik olup, rekabeti engelleyici unsur içermemektedir.

Ancak aynı başlıklı 5 inci maddesinde “Sterilizasyon yöntemi buhar yada gama olacaktır” hükmüne ek olarak,

2.2 Arter ven seti başlıklı 10 no’lu bendi ile,

2.3 Arter ven fistül iğnesi başlıklı maddesinin 2 no’lu bendinde de “Sterilizasyon yöntemi buhar yada gama olacaktır” hükümleri bulunmaktadır.

Gerek diyalizerlerin, gerekse arter-ven seti ile arter-ven fistül iğnelerinin sterilizasyonunda gama ışını-buhar uygulaması dışında ekonomik anlamda daha avantajlı olabilecek etilen oksid gazı ile de sterilizasyon uygulaması yapılmaktadır.

Yukarıda belirtilen hükümlerin hizmet gereği açısından verimliliği ve fonksiyonelliği sağlamaya yönelik olması ve rekabeti engellemeye çalışması açısından şartnameyi hazırlayan ilgili sağlık kurumunun etilen oksid ile sterilizasyonu tercih etmemesine açıklık getirmesinin uygun olacağı..” belirtilmiştir.

Anılan Kanunun 12 nci maddesi hükmü ve akademik kuruluştan alınan teknik görüş bir arada değerlendirildiğinde teknik şartnamenin 5, 2.2, 2.3 üncü maddeleriyle yapılan düzenlemenin hizmetin gereği açısından verimliliği ve fonksiyonelliği sağlamaya yönelik olmadığı anlaşıldığından başvuru sahibinin iddiası yerinde bulunmuştur. Açıklanan nedenlerle; 4734 sayılı Kanunun 56 ncı maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendi gereğince, ihale işlemlerinin ve ihale kararının iptaline oybirliği ile karar verildi.”(Kamu İhale Kurulu Kararı - K. 2008/UM.II-3984 T. 24.09.2008)

5.Yargı Yoluna Başvuru

İdari başvuru yolları tüketildikten sonra Kurul tarafından verilen nihai karara karşı idari yargı yolu açıktır. 4734 sayılı Kanun'un 57. maddesi ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7. maddesi uyarınca Kamu İhale Kurumu kararının tebliğinden itibaren altmış gün içinde Ankara İdare Mahkemelerinde iptal davası açılması gerekir. İdari yargı aşamasında itirazın şikayet aşamasında ileri sürülen iddiaların esasına girilebilmesi için, bu iddiaların itirazın şikayet dilekçesinde eksiksiz biçimde ileri sürülmüş olması zorunludur. Aksi halde, Kurum tarafından incelenmemiş yeni iddiaların yargı aşamasında ileri sürülmesi, kabul görmemektedir. Yargı yolu, bu özelliğiyle, idari başvuru yolunun tamamlayıcısı olmakla birlikte; etkin kullanılması itirazın şikayet aşamasındaki dilekçenin eksiksiz ve usulüne uygun biçimde hazırlanmasına bağlıdır.

D.Sonuç ve Değerlendirme

Kamu ihale süreçlerinde hak arama özgürlüğünün etkin biçimde kullanılabilmesi, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 54, 55 ve 56. maddeleri ile İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik'te öngörülen usul ve şekil kurallarına titizlikle uyulmasına bağlıdır. Bu rejimin temel özellikleri; şikayet ve itirazın şikayet olmak üzere iki aşamalı oluşu, beş ve on günlük hak düşürücü süreler öngörmesi, şekil unsurları bakımından dilekçenin belirli bilgileri eksiksiz içermesini zorunlu kılması ve itirazın şikayet başvurusu için başvuru bedeli öngörmesidir. Gerek idare mahkemelerinin yerleşik içtihadı gerekse Kurum uygulaması, şekil ve süre kurallarının uygulanmasında katı bir yaklaşım benimsemekte; başvuru dilekçesinin hazırlanmasında deneyimli bir hukukçudan destek alınması ve dilekçenin Yönetmelik'in 8. maddesinde sayılan tüm unsurları eksiksiz biçimde içermesi pratik bir zorunluluk halini almaktadır. Sonuç olarak ihalelere karşı başvuru yolu, Anayasa ve Kanun tarafından güvence altına alınan ancak şekil ve süre kurallarına sıkı sıkıya bağlanmış, etkin kullanıldığında sözleşme imzalanmadan önce hukuka aykırılıkların giderilmesini sağlayan, idare hukukumuzun en işlevsel koruma mekanizmalarından biridir.

Av.Yalçın TORUN

Av.Meryem KILIÇ