

İdeal Bir Kamu İhale Kanunu ve İdeal Bir Kamu İhale Kurumu ve Kurulu Nasıl Olmalıdır? Fonksiyonel Bir Model Çalışması

Sami KAPLAN*

Özet

Bilindiği üzere Türkiye'nin kamu ihale sisteminde önemli bir reform yapılmış ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu 01/01/2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ancak Kamu İhale Kanununda bugüne kadar yirmiyeye yakın değişiklik yapılmış, istisnaların sayısı iki katına çıkmış, ihale usullerinden kaçınmak için doğrudan temin yöntemi çok fazlaca kullanılır olmuştur.

Kamu İhale Kurumu ihale sistemini geliştirme, ihale sistemine yönelik olumsuz müdahaleleri önleme ve sistemi geliştirmeye yönelik gerçek değişiklikleri tespit etme konularında etkin çalışacak bir yapıda oluşturulmamış, idari bir organ olan Kamu İhale Kuruluna şikayetleri inceleme görevi verilerek önemli bir hata yapılmıştır. Ayrıca yapılan atamalarda Kamu İhale Kanununun açık hükmüne rağmen Kurul üyelerinin ihale mevzuatı ve uygulamaları konularında bilgi, deneyim ve uzmanlık gibi niteliklere sahip olmaları hususlarına Kurulun ilk oluşumundan itibaren fazlaca önem verilmemiştir.

Türkiye'deki kamu alımlarının 2007 yılında 51 milyar, 2008 yılında 65 milyar, 2009 yılında 43 milyar ve 2010 yılında 46 milyar US doları civarında olduğu dikkate alındığında bu rakamlar, ihalelerin genel kabul görmüş uluslararası standartlara göre gerçekleştirilmesini, ihalelerde rekabetin, şeffaflığın, eşit muamelenin sağlanmasını, tasarrufun ve verimliliğin artırılmasını ve usulsüzlüklerin önlenmesini sağlayacak bir ihale sistemine neden sahip olmamız gerektiğini çok açık bir şekilde göstermektedir.

Bu kadar büyük kamu alımları potansiyeline sahip olan ülkemizde, kamu ihale sistemi içerisinde yer alan bir kamu ihale kurumu ile kurulunun; özellikle ihale sistemini geliştirme ve iyileştirme, uygulamada ortaya çıkan sorunlara müdahale edebilme ve bu sorunlara hakkaniyetli ve adilane çözümler üretebilme, belirsizlikleri

* Vergi Başmüfettişi, Maliye Bakanlığı, sami.kaplan@vdk.gov.tr

giderme, temel ilkeler geliştirme, aynı veya çok benzer konularda aynı türden kararlar alabilme ve herkes tarafından kabul edilebilecek referans idari görüşler oluşturma konularında yeterli ve etkin olabilecek bir yapıda olması elzemdir.

Bu çerçevede, Kamu İhale Kurumu, ihale sistemini geliştirme, ihale sistemine yönelik olumsuz müdahaleleri önleme ve sistemi geliştirmeye yönelik gerçek değişiklikleri tespit etme konularında etkin çalışacak bir şekilde yeniden yapılandırılma ve şikayetleri inceleme görevi, idari bir organ olan Kamu İhale Kurulu yerine ihale mevzuatı ve uygulamaları konularında bilgi, deneyim ve uzmanlığı kanıtlanmış kişilerden oluşturulacak Şikayetleri İnceleme Kuruluna verilmelidir. Ayrıca, kamu ihale mevzuatını hazırlamak, mevzuatı sürekli takip ederek gelişen ve değişen ihtiyaçlara paralel olarak mevzuatta gerek duyulan değişiklikleri belirlemek ve gerekli taslak çalışmaları yapmak üzere kamu kuruluşları, ilgili özel sektör meslek kuruluşları ile sivil toplum kuruluşları temsilcilerinin yer aldığı Mevzuatı Hazırlama, Takip ve Geliştirme Kurulu oluşturulmalıdır.

Diğer taraftan, Avrupa Birliği (AB) mevzuatıyla da uyumlu olacak bir şekilde enerji, su, ulaşırma ve posta hizmetleri sektörlerinde faaliyet gösteren kuruluşların gerçekleştirdikleri alımlar için düzenleme yapılmalıdır. Kamu ihale mevzuatımızdaki eksikliklerin ve uygulamada görülen aksaklıkların giderilmesi ve AB mevzuatına da uyumlu hale getirilebilmesi için, yeni bir kamu ihale kanunu hazırlanarak yürürlüğe konulmalıdır.

Ayrıca, imtiyazların verilmesinde uygulanacak ihale usulleri ile altyapı yatırımları konusunda dünyada yaygın bir kullanım alanına sahip olan Kamu-Özel Sektör İşbirliği modellerine ilişkin olarak AB ve çağdaş normlara uygun düzenlemeler yapılmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Kamu Alımları, Kamu İhale Kanunu, Kamu İhale Kurumu, Şikayetlerin İncelenmesi, AB Müktesebatı, Kamu-Özel Sektör İşbirliği

How Should Be an Ideal Public Procurement Law, Public Procurement Authority and Public Procurement Board? A Functional Model Study

Abstract

A significant reform was made in the Turkish public procurement system and Public Procurement Law No. 4734 and Public Procurement Contacts Law No. 4735 were put into effect on January 1, 2003. However, approximately 20 amendments have been made in the Public Procurement Law up to the present, the number of exceptions has been doubled, and the direct procurement method has started to be preferred more often to avoid the procurement procedures.

The Public Procurement Authority does not have an effectively functioning structure which prevents negative intervention in the procurement system, and determines the real changes improving the system. It is a significant mistake that the Public Procurement Board, which is an administrative body, is assigned to examine complaints. Furthermore, despite the explicit provision of the Public Procurement Law on the appointments, no importance has been attached to the fact that the member of the Board should have the qualifications such as knowledge, experience,

and expertise regarding the legislation and implementations of procurement since the foundation of the Board.

The value of public procurements realized in Turkey reached 51 billion US dolar in 2007, 65 billion US dollar in 2008, 43 billion US dollar in 2009 and 46 billion US dollar in 2010. These figures clearly show why we need to have a procurement system which will ensure that the procurements are conducted in accordance with generally accepted international standards; that competition, transparency, equal treatment are guaranteed and savings and efficiency are increased and that any infraction of rules is prevented during procurement process.

In Turkey, which has a great potential in terms of public procurement, a public procurement authority and a board within the system of public procurement should crucially be competent and effective while improving the procurement system, settling problems which occur during implementation and finding righteous solutions to such problems, eliminating uncertainties, developing fundamental principles, making similar decisions with regard to the cases of the same or similar character and making administrative precedents which might be taken as reference by everyone.

Within this framework, the Public Procurement Authority should be restructured to function effectively for improving the procurement system, preventing negative interventions towards the procurement system and determining the real changes towards improving the system, and it is crucial to assign the task of assessing the complaints to Complaints Assessment Committee that will be composed of persons with proven knowledge, experience and expertise about the procurement legislation and applications instead of Public Procurement Board which is an administrative organ. Besides, the Board of Legislation Preparation, Follow-up and Development composed of the representatives of public institutions, relevant private sector professional organizations and non-governmental organizations should be constituted to prepare Public Procurement Legislation, to determine necessary changes in the legislation in parallel with the emerging and changing requirements by following the legislation constantly and to execute required draft studies.

On the other hand, regulations for the procurement procedures performed by institutions operating in energy, water, transportation and postal services should be made in accordance with European Union (EU) acquis. A new public procurement law should be prepared and implemented for the correction of deficiencies in public procurement legislation and operative disruptions and harmonization with the EU acquis.

Furthermore, regulations regarding Public-Private-Partnership models occupying a world-wide usage area in terms of the tender procedures to be implemented in privileges and infrastructure investments should be performed in line with EU and contemporary norms.

Key Words: *Public Procurement, Public Procurement Law, Public Procurement Authority, Public Procurement Board, Complaints Examine, EU Acquis, Public-Private Partnership*

JEL Classification Code: *H57*

Giriş

Bilindiği üzere bireyler mal ve hizmet ihtiyaçlarını mal ve hizmet sunucularından doğrudan piyasada temin ederler ve bireylerin anılan ihtiyaçları değişen ve gelişen dinamik bir yapıya sahiptir. Dün yoğun bir şekilde talep edilen bazı mal veya hizmetlerin yerini bugün başka mal veya hizmetler almıştır ve en önemlisi de gelişen teknolojik imkânlar dolayısıyla ihtiyaçların temin metotları da süratle değişmektedir.

Tıpkı bireylerin ihtiyaçlarında olduğu gibi kamu kurumlarının da ihtiyaçları değişen ve gelişen dinamik bir yapıya sahiptir ki kamu ihale kanunları ve tamamlayıcı mevzuatı ise kamu kurumlarının ihtiyaçlarının teminine yönelik kurallar manzumesidir. Kamu alımlarında kullanılan kaynağın kamu kaynağı olması hasebiyle kamu ihale mevzuatının, kamu kaynağının en iyi şekilde kullanılmasına matuf sıkı kurallar içermesi tabii ve beklenen bir durum olmakla beraber bu kurallar aynı zamanda dinamik ve değişime paralel olmalı ki kamu kurumları da ihtiyaçlarını hızlı ve kolay temin edebilsinler. Bu özellikleri nedeniyle kamu ihale kanunları çok temel düzenlemelerdir ve bu kanunları uygulayacak kurumların da çok dikkatle ve özenle yapılandırılmaları elzemdir.

1. İhale Sisteminin Tamamen Değiştirilmesi İhtiyacı

1.1. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve Eksiklikleri

Bilindiği üzere 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işlerini kapsamakta ve belirtilen bu daire ve idarelere bağlı döner sermayeli kuruluşlar ile özel kanunlarla veya özel kanunların vermiş olduğu yetkiyle kurulmuş bulunan fonların yukarıda belirtilen işlerinin nasıl yapılacağını ise Maliye Bakanlığınca hazırlanarak Bakanlar Kurulunca çıkarılacak yönetmeliğe bırakmıştı.

2886 sayılı Kanun kamu kaynağı kullanılarak gerçekleştirilen ihalelerin tamamını kapsama almamış, bu ihalelerden bir bölümünü kapsam dışında bırakmış ve ayrıca kamudan kaynak çıkışına ilişkin ihaleler ile kamuya kaynak girişine ilişkin ihaleler aynı hükümlere tabii tutulmuştur.

İdarelerce tespit edilen veya ettirilen tahmin edilen bedel üzerinden, isteklilerin eksiltme yapmak suretiyle tekliflerini vermeleri ve en yüksek eksiltmeyi yapana ihalenin bırakılması şeklindeki uygulama Kanunun en zayıf ve en fazla eleştiriye matuf yönüydü. Bu durumda istekliler, tekliflerini sunmadan önce gerekli inceleme ve araştırmaları yeterince yaparak gerçekçi teklifler oluşturmak yerine idarece hazırlanmış olan tahmin edilen bedel üzerinden teklif vermekteydiler. Kanunda yer alan bu düzenleme, uygulamada ilginç sonuçlar şeklinde kendini gösterebilmekteydi. Örneğin idarece tahmin edilen bedelden %60, %70 veya %80 oranlarında eksiltmeleri içeren tekliflere rastlanabilmekteydi ki bu durumun, idarenin tahmin edilen bedeli hesaplamada ciddi hata yaptığı veya isteklinin teklifini objektif kriterlere göre gerçekçi hazırlamadığı şeklinde değerlendirilmesi pek de yanlış bir yorum olmasa gerektir.

Diğer bir husus ise ihalelerin ilanı hususunda on gün gibi çok kısa bir ilan süresi öngörülmüş olmasıdır ki bu süre ihaleye katılacakların gerçekçi teklif hazırlayabilmeleri için yeterli olmadığı gibi rekabet ilkesine de zarar vermekteydi.

2886 sayılı Devlet İhale Kanununda yer alan önemli eleştiriler konularından birisi ise Kanunun 44'üncü maddesinde belirtildiği üzere barajlar, enerji santralleri, sulama tesisleri, limanlar, rıhtımlar, hava meydanları, demiryolları, karayolları, tüneller, köprüler gibi önemli işlerin ihalelerinin diğer ihale usulleri yerine teknik yeterlilikleri ve güçleri idarece kabul edilmiş en az üç istekli arasında kapalı teklif usulü ile yaptırılabilmesine ve ihaleye katılacak isteklilerin isimleri belirtilmek suretiyle bizzat ilgili veya bağlı bulunan bakanın onayının alınmasını zorunlu kılarak ihale sürecinde siyasi otoritenin belirleyici olmasına imkân tanımıştır ki bu durum hem ihalede şeffaflık ve rekabetin zayıflamasına hem de siyasi otoritenin zan altında kalmasına yol açabilmekteydi.

Kanunun özelliği bulunan işler başlıklı 89'uncu maddesinde ise bu Kanun hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmayacağı hallerde ilgili bakanlığın teklif edeceği ihaleler için bu Kanun hükümleri dışında kalınmasına Bakanlar Kurulunca karar verilebilir ve bu ihalelerde uygulanacak usul ve esaslar idarelerince hazırlanarak ilgili bakanın onayı ile belirlenir hükmü yer almaktadır.

Kanunun söz konusu 89'uncu maddesi, Kanun hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına ve hangi işlerin bu suretle sistem dışına çıkarılarak ihale edileceğine dair ilk kararı ihaleyi yapacak idarenin keyfiyetine bırakmış ve ilgili bakanlığın teklifi ile bakanlar kurulu da sürece dahil edilmiş ve ihalede uygulanacak usul ve esasları belirleme yetkisini de siyasi otoriteye bırakmıştır.

10/9/1983 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak 01/01/1984 tarihinde yürürlüğe girmiş ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun yürürlüğe girdiği 01/01/2003 tarihine kadar on dokuz yıl yürürlükte kalmış olan 2886 sayılı Devlet İhale Kanununda yer alan ve tarafımızca önemli görülen birkaç hatalı ve eksik düzenlemeye yukarıda dikkat çekilmek istenilmiştir.¹

1.2. İhale Kanunu Reform Çalışmaları

2886 sayılı Devlet İhale Kanununun ihtiyaçlara cevap vermekte yetersiz kalması, rekabeti, şeffaflığı, eşit muameleyi sağlamaya dair mekanizmalarının zayıf olması siyasi otoritenin ihale sürecine dahil olmasına izin vermesi, mal ve hizmet üreten kamu işletmelerinin kamu idarelerine ihalesiz mal veya hizmet satmasına izin vererek haksız rekabete yol açmak suretiyle bu alanda mal ve hizmet üreten özel sektör işletmelerinin gelişmesini engellemesi, dünya uygulamalarına paralellik göstermemesi ve benzeri nedenlerle kamu kaynaklarının en iyi şekilde kullanılmasını sağlayamaması ve kamu idarelerinin alım ve yapım ihaleleri ile devlete ait değerlerin satım, kiralama vb. ihalelerinin aynı kanun hükümlerine tabi olmasının uygulamada yol açtığı sıkıntılar nedeniyle yeni düzenleme yapılmasına gerek duyulmuştur.

Bu çerçevede başlanılan ve dört yılı aşan çalışmalar sonucunda kanun tasarısı taslakları tamamlanarak siyasi iradeye teslim edilmiş ve daha sonra da 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, 01/01/2003 tarihinde yürürlüğe girmek üzere 22/01/2002 tarih ve 24648 sayılı Resmi Gazetede

¹ 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalelerini kapsadığından, 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun bu hususlardaki hükümleri yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak, devlete ait taşınır ve taşınmaz malların satım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi gibi işler için ayrı bir yasadaki daha farklı düzenlemelere ihtiyaç olduğu halde, yasal düzenleme bugüne kadar yapılamamıştır. Bu nedenle 2886 sayılı Kanun, devlete gelir getirici işlerin ihaleleri açısından kısmi olarak halen yürürlükte kalmaya devam etmektedir.

yayımlanmıştır. 4734 sayılı Kanun, Kamu İhale Kurulu hariç, gerek öngördüğü mekanizmalar gerekse de Avrupa Birliği müktesebatına uyum çalışmaları açısından ilk kanun olması hasebiyle önemli bir düzenlemedir. Suistimale açık bir alan olması nedeniyle ve öngörülen sistemin insicamının bozulmaması için ihale uygulamalarına ilişkin kanunların hiç değiştirilmemesi veya çok nadir olarak ve ancak zorunlu hollere münhasır olmak üzere değiştirilmesi gerektiği halde, 4734 sayılı Kanunda bugüne kadar yirmiyeye yakın değişiklik yapılmıştır ki bu durum ihale mevzuatının uygulamada takibini ve öngörülen sistemsel yapıların kalıcı hale gelmesini zorlaştırmaktadır.

2. Toplam Kamu Harcamaları ve Kamu Alımları Reformunun Gerekliliği

Türkiye'nin hem değişen ve gelişen ihtiyaçlarına cevap verecek hem de Avrupa Birliği ve uluslararası mevzuata uyum sağlayacak yeni bir ihale sistemini oluşturmak amacıyla mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalelerini düzenleyen mevzuat reforma tabi tutulmuştur.

Sözleşme imzalanıncaya kadarki ihale süreci ile sözleşmeden sonraki sürecin aynı yasal düzenleme içinde ele alınması mümkün değildir. Zira, her iki süreç birbirinden çok farklı özellikleri haizdir. Bu amaçla, ihale sürecinin başlangıcından sözleşme imzalanıncaya kadarki sürece ilişkin bir yasal düzenleme, yapılan ihaleler sonucu düzenlenen sözleşmeleri konu alan diğer bir yasal düzenleme yapılmıştır.

Ülkemizde yapılan kamu harcamalarının toplam tutarının, harcama türleri ve harcamayı yapan kurumlar itibarıyla irdelenmesi, Türkiye için ihale reformunun ne denli önemli ve elzem olduğunu daha iyi anlayabilmek açısından faydalı olacaktır.

2.1. Kamu Harcamalarına Genel Bir Bakış

Bilindiği üzere günümüz devletleri, devlet olmanın ekonomik, sosyal ve hukuki gerekleri nedeniyle çeşitli amaçlarla birtakım harcamalar yapmak durumundadırlar ki biz tüm bu harcamalara genel olarak kamu harcamaları deriz. Günümüz devletlerinin yapmış olduğu harcamalar esas itibarıyla üç grup altında toplanmaktadır.

2.1.1. Cari Harcamalar

Devlet hizmetlerinin yürütülebilmesi için ilgili yılda ihtiyaç duyulan mal ve hizmet alımları için yapılan harcamalardır. Bu harcamalar uzun vadeli fayda yaratmazlar. Personel giderleri, devlet dairelerinin cari ihtiyaçları için yapılan mal ve hizmet alımları cari harcamalara örnek olarak verilebilir.

2.1.2. Yatırım Harcamaları

Genel olarak üretim kapasitesinin artırılmasına yönelik harcamalardır ve esas itibarıyla da altyapı yatırımları ağırlık taşır. Otoyollar, barajlar, limanlar, havalimanları yatırım harcamalarına örnek olarak verilebilir.

2.1.3. Transfer Harcamaları

Herhangi bir mal veya hizmet alımı olmaksızın, devletin karşılıksız olarak kişi veya sosyal gruplara yaptığı ödemelerdir. Emekli, dul ve yetimlere yapılan ödemeler, öğrenci bursları, sübvansiyonlar, sosyal amaçlı yardımlar transfer harcamalarına örnek olarak verilebilir.

Doğrudan yapılan ödemeler olması hasebiyle transfer harcamalarının ayrı tutulması halinde, devletin yaptığı ve yukarıda belirtilen harcamalardan cari harcamalar (personele doğrudan yapılan ödemeler gibi cari harcamalar hariç) ile yatırım harcamalarının esas itibarıyla ihale suretiyle temin edilmesi genel bir

uygulamadır ve bu uygulamadan hareketle de bir ülkedeki kamu kurum ve kuruluşları, ihtiyaç duydukları mal ve hizmetler ile yapım işlerini, yine bu kurum ve kuruluşlar için ayrılan kamu kaynakları ile ve o ülkede geçerli olan ihale sistemi içerisinde almak ve yaptırmak durumundadırlar.

Bilindiği üzere özellikle gelişmiş ülkeler, altyapı ihtiyaçlarını uzun yıllar önce çözmüş olduklarından bu ülkelerde kamu alımları için ayrılan kaynaklar, yapım işlerinden çok mal ve hizmet alımlarında yoğunlaşmaktadır. Ancak, ülkemizin de içinde bulunduğu gelişmekte olan ülkelerde, mal ve hizmet alımları kadar yapım işleri için de ciddi tutarlarda kamu kaynağı ayrılmaktadır.

2.2. Türkiye'nin Toplam Kamu Alım Potansiyeli

Mal ve hizmet alımları ile yapım işlerine dair toplam kamu harcamasının daha yakından irdelenmesi, Türkiye'nin toplam kamu alım potansiyeli hakkında çok daha net bir bilgi verecektir.

Bu çerçevede önce mal ve hizmet alım giderlerine ilişkin veriler, sonra kamu yatırım harcamalarının tutarları ve daha sonra da genel olarak Türkiye'deki toplam kamu alımı tutarları kısaca irdelenecektir.

2.2.1. Mal ve Hizmet Alımları

Aşağıdaki Tabloda, Merkezi Yönetim Bütçe Kanunları icmalinde ekonomik sınıflandırma başlığı altında genel bütçeli idareler, özel bütçeli idareler ile düzenleyici ve denetleyici idarelerin mal ve hizmet alım giderleri için ayrılan ödeneklerin 2009-2012 yılları itibarıyla tutarları yer almaktadır.

Tablo 1: Mal ve Hizmet Alım Giderleri

İDARELER	YILLAR			
	2009 (1.000 TL)	2010 (1.000 TL)	2011 (1.000 TL)	2012 (1.000 TL)
Genel Bütçeli İdareler	26.620.261	25.747.109	26.853.957	23.520.612
Özel Bütçeli İdareler	3.018.268	3.265.340	5.374.963	5.050.053
Düzenleyici ve Denetleyici İdareler	160.383	172.456	219.149	288.263
TOPLAM	29.798.912	29.184.905	32.448.069	28.858.928
TOPLAM (US DOLAR)	19.262.387	19.451.416	19.429.981	16.629.554
TOPLAM (AVRO)	13.856.608	14.670.573	13.971.783	

Kaynak: Maliye Bakanlığı, Muhasebat Genel Müdürlüğü

Not: Hesaplamalarda ilgili yıllardaki yıllık ortalama döviz kurları dikkate alınmıştır

Tablodaki idareler arasında, 4734 sayılı Kanun kapsamında sayılan ve önemli tutarlarda ihaleler yapan belediyeler, il özel idareleri, birlikler, döner sermayeler, kamu iktisadi teşebbüsleri ve fonlar gibi çok sayıda birimin yer almadığı ve tablodaki bilgiler sadece genel bütçeli idareler, özel bütçeli idareler ile düzenleyici ve denetleyici idarelerin yalnızca mal ve hizmet alımlarına ilişkin giderleri olduğu

halde, bu tutarların 2009-2011 yıllarında yıllık ortalamasının 20 milyar US dolarına yakın olması dikkat çekicidir.

2.2.2. Kamu Yatırımları

Aşağıdaki Tabloda, 2008-2011 yıllarındaki toplam yatırımlar, kamu ve özel yatırımlar ayrıntısı ile gösterilmiştir.

Tablo 2: Kamu ve Özel Yatırımlar

YATIRIMLAR	Cari Fiyatlarla, Milyon TL			
	2008	2009	2010	2011 (1)
Kamu	40.602	42.268	44.594	56.807
Özel	169.737	103.178	178.905	231.299
TOPLAM	210.339	145.446	223.499	288.106

Kaynak: DPT

(1) Gerçekleşme Tahmini

Tabloda dikkat çeken en önemli husus, özellikle 2009 yılında 2008 yılına göre toplam yatırımlarda ciddi bir düşüşün görülmesidir. Bunda tüm dünyada yaşanan ekonomik krizin etkisinin olduğu değerlendirilmektedir. Toplam yatırımların azalmasına özel yatırımlardaki ciddi azalmanın neden olduğu Tablodan açıkça görülmektedir. Zira, kamu yatırımları azalmak bir yana çok küçük oranda da olsa bir artış göstermiştir.

Aşağıdaki Tabloda ise kamu yatırımlarının söz konusu yıllar itibarıyla US doları ve avro cinsinden büyüklükleri ile toplam yatırımlar içindeki paylarına yer verilmiştir.

Tablo 3: Kamu Yatırımları

	Milyon TL	Milyon US	Milyon Avro	Toplam Yatırımlar İçindeki Payı (%)
2008	40.602	31.404	21.417	19,30
2009	42.268	27.323	19.655	29,06
2010	44.594	29.721	22.416	19,95
2011	56.807	34.016	24.460	19,72

Not: Hesaplamalarda ilgili yıllardaki yıllık ortalama döviz kurları dikkate alınmıştır.

2.2.3. Toplam Kamu Alımları

Aşağıdaki Tabloda, 2007-2010 yıllarındaki toplam kamu alımlarının tutarı, mal ve hizmet alımları ile yapım işleri itibarıyla yer almaktadır.

Tablo 4: İhale Türleri ve Tedarik Yöntemleri İtibarıyla Kamu Alımları

TEDARİK YÖNTEMLERİ	İHALE TÜRLERİ			TOPLAM (1.000 TL)
	Mal Alımı (1.000 TL)	Hizmet Alımı (1.000 TL)	Yapım İşi (1.000 TL)	
<u>2007 YILI</u>				
a)4734 sayılı Kanun Kapsamında İhale Edilenler	13.033.571	16.093.346	23.688.802	52.815.719
b)İstisna Kapsamında Yapılanlar	4.713.865	1.429.954	2.009.447	8.153.266
c)Doğrudan Temin Yoluyla Yapılanlar	3.556.100	1.177.966	275.240	5.009.306
2007 YILI TOPLAMI	21.303.536	18.701.266	25.973.489	65.978.291
<u>2008 YILI</u>				
a) 4734 sayılı Kanun Kapsamında İhale Edilenler	21.184.426	20.952.356	26.042.956	68.179.738
b)İstisna Kapsamında Yapılanlar	7.704.503	2.251.082	790.674	10.746.259
c)Doğrudan Temin Yoluyla Yapılanlar	3.680.883	1.065.510	242.906	4.989.299
2008 YILI TOPLAMI	32.569.812	24.268.948	27.076.536	83.915.296
<u>2009 YILI</u>				
a) 4734 sayılı Kanun Kapsamında İhale Edilenler	13.646.456	20.003.875	19.812.461	53.462.792
b)İstisna Kapsamında Yapılanlar	5.754.617	1.704.003	497.353	7.955.973
c)Doğrudan Temin Yoluyla Yapılanlar	3.561.099	1.009.728	235.243	4.806.070
2009 YILI TOPLAMI	22.962.172	22.717.606	20.545.057	66.224.835
TEDARİK YÖNTEMLERİ	İHALE TÜRLERİ			TOPLAM (1.000 TL)
	Mal Alımı (1.000 TL)	Hizmet Alımı (1.000 TL)	Yapım İşi (1.000 TL)	
<u>2010 YILI</u>				
a) 4734 sayılı Kanun Kapsamında İhale Edilenler	14.365.867	21.212.520	18.712.799	54.291.186
b)İstisna Kapsamında Yapılanlar	5.761.394	2.106.045	1.484.730	9.352.169
c)Doğrudan Temin Yoluyla Yapılanlar	4.675.105	988.726	203.098	5.866.929
2010 YILI TOPLAMI	24.802.366	24.307.291	20.400.627	69.510.284

Kaynak: Kamu İhale Kurumu

Tablodaki verilerden, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununda belirtilen ihale usullerine göre ihale edilerek yapılan kamu alımlarının yanı sıra, istisna kapsamında ve doğrudan temin yöntemiyle yapılanlar da dahil olmak üzere toplam kamu alımları tutarının 2007 yılında yaklaşık 66 milyar TL olarak gerçekleştiği ve ciddi bir artış göstererek 2008 yılında da 84 milyar TL'ye yükseldiği anlaşılmaktadır. Ancak, yaşanan global ekonomik krizin etkisiyle özellikle mal alımlarında daha fazla bir azalış olmuş ve toplam kamu alımları 2009 yılında tekrar 66 milyar TL'ye düşmüş, 2010 yılında ise bir yükseliş göstererek 70 milyar TL'ye yaklaşmıştır.

Kamu alımlarının büyüklüğünü daha net olarak ortaya koyabilmek açısından, toplam kamu alımlarının US doları ve avro cinsinden de tutarlarına aşağıdaki Tabloda yer verilmiştir.

Tablo 5: Farklı Para Türleri İtibarıyla Toplam Kamu Alımı Tutarları

YILLAR	TOPLAM KAMU ALIMI TUTARI (1.000 TL)	TOPLAM KAMU ALIMI TUTARI (1.000 US DOLARI)	TOPLAM KAMU ALIMI TUTARI (1.000 AVRO)
2007	65.978.291	50.694.038	37.104.394
2008	83.915.296	64.904.707	44.264.492
2009	66.224.836	42.808.556	30.794.801
2010	69.510.284	46.327.835	34.941.204

Not: Hesaplamalarda ilgili yıllardaki yıllık ortalama döviz kurları dikkate alınmıştır.

Toplam kamu alımlarının 2007 yılında 51 milyar, 2008 yılında 65 milyar, 2009 yılında 43 milyar ve 2010 yılında ise 46 milyar US doları civarında olduğu görülmektedir.

2008 yılındaki yüksek tutarların etkisini bir an elimine ederek yaklaşık ortalama tutarlar üzerinden daha genel bir değerlendirme yapıldığında, Türkiye'nin yıllık kamu alım potansiyelinin yıllık bazda yaklaşık 68 milyar TL veya 47 milyar US dolar veya 35 milyar avro gibi önemli bir büyüklükte olduğu anlaşılmaktadır.

Yukarıdaki tablolarda belirtilen tüm istatistikler Türkiye'deki kamu alımları potansiyelinin ne kadar büyük olduğunu göstermektedir. Bu kadar yüksek tutarlar ise ihalelerin objektif kriterlere göre şeffaf ve rekabete dayalı bir ortamda yapılmasını sağlayacak bir ihale sistemine neden sahip olmamız gerektiğinin önemini ve gerekliliğini açıkça ortaya koymaktadır.

3. Türkiye'nin Yeni İhale Sistemi

3.1. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile Türkiye'nin ihale sistemi tamamen değiştirilmiştir. Kanunun en temel özelliklerine aşağıda kısaca yer verilmiştir:

- Kamudan kaynak çıkışına ilişkin ihaleler ile kamuya kaynak girişine ilişkin ihaleler birbirinden ayrılmıştır.
- Kamu hukukuna tâbi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan tüm idarelerin her türlü kaynaktan karşılayarak yapacakları mal veya hizmet alımları ile yapım işleri ihaleleri kapsama dahil edilmiştir.

- Tüm kamu kaynağının hesabı verilebilecek belirli bir genel disiplin içerisinde harcanması amaçlandığından Kanunda istisnalar çok zorunlu ve gerekli hallerde münhasır olmak üzere sınırlı tutulmuştur.
- İhalelerde esas itibarıyla saydamlığın, rekabetin, güvenilirliğin, kamuoyu denetiminin ve kaynakların verimli kullanılmasının sağlanması temel ilkeler olarak öngörülmüştür.
- İhalelere katılım ve yeterli kuralları daha objektif kriterlere dayandırılmıştır.
- İhale ilan süreleri uzatılmış ve bu suretle isteklilerin daha gerçekçi ve sorumluluk taşıyan teklifler hazırlayabilmelerinin önü açılmıştır.
- İhale usulleri Avrupa Birliği mevzuatına ve uluslararası uygulamalara uygun olarak yeniden belirlenmiştir.
- Kamuoyu denetimi sağlanmaya yönelik olmak üzere sonuçlanan ihalelerin yayımlanması uygulanması getirilmiştir.
- Diğer hizmet alımlarından farklı özellikleri haiz olması hasebiyle danışmanlık hizmet alımı ihaleleri ile ilgili özel düzenlemeler yapılmıştır.
- Kamu ihale kurumu kurulmuş, şikâyetleri inceleme ve anlaşmazlıkların çözümü mekanizması getirilmiştir.
- Yatırım projelerinin planlanan sürede tamamlanarak ekonomiye kazandırılabilmesi amacıyla, birden fazla yılı kapsayan işlerde ihaleye çıkılabilmesi için işin süresine uygun olarak yıllar itibarıyla ödeneğin bütçelerinde bulunmasını sağlamak üzere programlamanın yapılmış olması zorunlu kılınmış ve öngörülen ödeneklerin kullanılmasına imkân verecek süre dikkate alınarak idarelerce ihalelerin zamanında yapılması esası getirilmiştir.
- Gerek yerli isteklilerin gerekse de yerli üretimin desteklenmesi ve teşvik edilmesi amaçlarıyla %15'e kadar fiyat avantajı sağlanması müessesesi getirilmiştir.

3.2. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Kamu İhale Kanununa tabi kurum ve kuruluşlar tarafından söz konusu Kanun hükümlerine göre yapılan ihaleler sonucunda düzenlenen sözleşmelerin tabi olacağı hususları düzenlemeyi amaçlamış olup Kanunun en temel özelliklerine aşağıda kısaca yer verilmiştir:

- Uygulama birliğini sağlamak üzere mal veya hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin Tip Sözleşmelerin düzenlenmesi ve idarelerce yapılacak sözleşmelerin Tip Sözleşme hükümleri esas alınarak düzenlenmesi zorunluluğu getirilmiştir.
- Anahtar teslimi götürü bedel sözleşme, götürü bedel sözleşme, birim fiyat sözleşme gibi sözleşme türleri sisteme kazandırılmıştır.
- Fiyat farkı verilmesi, denetim, muayene ve kabul işlemleri ile sözleşmede değişiklik yapılabilmesi, sözleşmenin devri ve feshi, yasak fiil ve davranışlar ile yüklenicilerin ve görevlilerin sorumlulukları ayrıntılı olarak ve objektif kriterlere göre düzenlenmiştir.

4. 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun Aksayan Yönleri

4.1. Kanunun Yapısına Dair Eleştiriler

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, ihale sistemini tamamen değiştirerek gerek ülkemizin gelişen ve değişen ihtiyaçlarına cevap verebilecek düzenlemeleri içermesi gerekse de Avrupa Birliği (AB) mevzuatına uyum sağlamaya yönelik ilk uyum yasası olması açısından tam anlamıyla ciddi bir reformdur.

Kamu kaynağı harcanmasına neden olacak her bir ihalenin, esas itibarıyla saydam ve rekabetçi bir ortamda yapılmasını sağlayacak mekanizmaları getirerek, kaynakların en verimli bir şekilde kullanılması, Kanundaki en önemli hedeflerden birisidir.

Daha önce belirtilen artılarına rağmen Kanunun eksiksiz olduğunu ileri sürmek doğru bir yaklaşım olmaz.

Kanunun yapısına ilişkin en önemli birkaç eleştiriyi aşağıdaki gibi sıralamak mümkündür:

4.1.1. Mal ve Hizmet Alımları ile Yapım İşleri

Bilindiği üzere mal ve hizmet alımları ile yapım işleri gerek ihaleye hazırlık gerek ihale ve gerekse de ihale sonrası aşamalarda özellikleri itibarıyla birbirinden farklılıklar göstermektedir.

Mal ve hizmet alımları ile yapım işleri, farklı özelliklere haiz olmaları nedeniyle her ikisi itibarıyla özel hükümlere, Kanunda ayrı bölümlerde yer verilmemiş olması eleştiri konusu olmuştur.

4.1.2. Özel Sektörler İhale Kanunu

Su, enerji, ulaştırma ve haberleşme sektörlerinde faaliyet gösteren idarelerin ihalelerinin diğer idarelerin ihalelerine göre farklı özelliklerinin olduğu dikkate alındığında, bu sektörlerde faaliyet gösteren idarelerin ihalelerinin ayrı hükümlere tabi tutulmaması önemli bir eksikliklerdir. Ayrıca bu konuda AB mevzuatıyla da bir uyumsuzluk olduğu aşikardır.

Kanunun hazırlanması aşamasında çeşitli nedenlerle hayata geçirilemeyen ve zaman içerisinde ortaya çıkan değişim ve gelişimin gerektirdiği düzenlemeleri içeren Türkiye'nin ihtiyaçlarına cevap verebilen ve uluslararası uygulamalara uygun olan yeni bir ihale kanununun hazırlanması elzemdir.

Ayrıca su, enerji, ulaştırma ve haberleşme sektörlerinde faaliyet gösteren idarelerin ihaleleri için ayrı bir yasal düzenleme olarak özel sektörler ihale kanunu süratle hayata geçirilmelidir.

4.2. Uygulamaya Dair Eleştiriler

Kamu İhale Kanununa yönelik eleştiriler, Kanunda yer alan düzenlemelerin eksikliğinden daha çok, uygulamaya dairdir. Bu eleştirilerden bazılarını aşağıda yer verilmiştir.

4.2.1. Yaklaşık Maliyet Esasının Tam Olarak Uygulanamaması

Tahmini bedel esasına dayanan 2886 sayılı Devlet İhale Kanunundaki genel uygulamayı şu şekilde özetlemek mümkündür: İhale konusu iş, mal veya hizmet için idare tarafından bir tahmini bedel hazırlanmakta ve bu bedel üzerinden en fazla indirim yapan üzerine ihale bırakılmaktaydı.

Ancak, bu sistem uygulamada çok fazla soruna neden olmaktadır. Her şeyden önce, idareler tahmini bedeli sağlıklı bir şekilde hesaplayamamaktaydılar ki bu nedenle de tahmini bedel, piyasa fiyatlarını gerçekçi bir şekilde yansıtmaktan uzaktı. Zira, tahmini bedel üzerinden %50, %60 ve hatta %80 oranında indirimleri havi tekliflerin verildiği görülmüştür.

Bu kadar yüksek indirimleri içeren tekliflerin verilmesini sadece idarelerce hesaplanan tahmini bedelin piyasa fiyatlarını gerçekçi bir şekilde yansıtmamasına dayandırmak haksızlık olacaktır. Aşırı yüksek indirimlerin bir diğer nedeni ise ihaleye teklif verenlerin tekliflerini, teknik ve mali bir fizibiliteye dayandırmadan

vermeleridir. Bir diğer ifade ile tekliflerin “sorumluluk taşıyan teklif” olarak verilmemesidir.

Tahmini bedel uygulamasının açıklanan sakıncalarını bertaraf etmek üzere dünya uygulamalarına da paralel olarak 4734 sayılı Kamu İhale Kanunuyla “yaklaşık maliyet” esasını benimsenmiştir. Anılan 4734 sayılı Kanunun yaklaşık maliyeti düzenleyen 9’uncu maddesinin gerekçesi şu şekildedir:

“Uluslararası uygulamalarla tutarsızlık arz eden ve kamu otoritelerince belirlenen birim fiyatlara dayanılarak hazırlanması nedeniyle piyasa fiyatlarını gerçekçi bir şekilde yansıtmadığı görülen tahmini bedel esasına dayalı ihale sisteminden vazgeçilerek, sadece idarelerce bilinecek olan yaklaşık maliyetin tespit edilmesi amaçlanmıştır. Bu suretle, kamu otoritelerince belirlenen birim fiyatlara dayalı olarak hazırlanan tahmini bedel üzerinden ihale yapılmasının sakıncalarını giderebilmek amacıyla, kamu otoritelerince belirlenen birim fiyatlara uyma zorunluluğu kaldırılmış, idarelerce yaklaşık maliyetin ayrıntılı fiyat araştırmaları yapılmak suretiyle gerçekçi olarak belirlenmesi öngörülmüştür.”

Anılan madde gerekçesinde de açıkça vurgulandığı ve yukarıda yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere yaklaşık maliyet esasında, idarelerin yapacağı maliyet hesaplamaları, fiyat tekliflerinin oluşturulmasında belirleyici temel unsur olmaktan çıkarılmış, fiyat tekliflerinin her bir istekli tarafından yapılacak ayrıntılı teknik ve mali araştırmalar ve fizibilite sonrası belirlenmesinin yolu açılmıştır. Bunun arkasında yatan temel mantık ise ihaleye konu işin, malın veya hizmetin en gerçekçi maliyetinin, o işi yaptıracak veya mal ve hizmeti satın alacak idarelerden ziyade, o işi yapacak veya mal ve hizmeti satacak olan kişi veya şirketlerce hesaplanabileceğidir.

Ancak, işi yaptıracak veya mal ve hizmeti satın alacak idarelerin de maliyet hesaplamalarını yapmaları istenilmiştir. Bunun esas itibarıyla iki nedeni vardır. Birinci neden, yaklaşık bir maliyetin idarelerce bilinmesi, ihalenin harcama ve finansman programlarına uyumlu olarak yürütülmesine katkı vermesi, ödeneklerin programlara uygun olarak kullanılmasına yardımcı olmasıdır. İkinci neden ise isteklilerin kendi aralarında anlaşarak, ihale konusu işin veya mal ve hizmetin gerçek maliyetinin çok üzerinde teklifler vererek idarelerin yüksek fiyatlar üzerinden sözleşmeler yapmasını engellemektir.

Uygulamada yaşanan sorunlar nedeniyle yaklaşık maliyet esastan beklenen yarar tam olarak elde edilememiştir. Bunun temel nedeni ise hem idarelerin hem de isteklilerin eski alışkanlıklarından vazgeçmemeleri ve yeni düzenlemeye uyum göstermek konusunda yeterli çabayı göstermemeleridir.

İhaleyi yapan idareler, yaklaşık maliyetten yukarı veya aşağı yönde farklılıklar gösteren tekliflere tereddütle yaklaşmışlar ve genellikle kendi hesapladıkları yaklaşık maliyete çok yakın olan tekliflere itibar etmeyi benimsemişlerdir. İstekliler ise ayrıntılı olarak yapacakları teknik ve mali araştırmalar ile fizibiliteye göre tespit edecekleri maliyetlere göre tekliflerini belirlemek yerine idarelerce hesaplanan yaklaşık maliyeti bilmeyi ve ona göre teklif oluşturmayı tercih etmişlerdir.

Yukarıda belirtilen uygulamanın tüm ihaleler için geçerli olduğunu ileri sürmek mümkün olmamakla beraber söz konusu uygulamanın, yaklaşık maliyet esastan beklenen yararın tam olarak elde edilememesine yol açacak bir ekseriyette olduğu belirtilebilir.

4.2.2. İstisnaların Sayısının Sürekli Artması

Kanunun ilk halinde öngörülen istisnalar ancak zorunlu ve gerekli hallerde münhasır olarak düzenlenmiş olduğu halde, istisna sayısı geçen zaman içerisinde iki katına çıkmıştır. Bu durum, idarelerin istisna kapsamına alınma, diğer bir deyişle Kanun kapsamı dışına çıkma taleplerinin artmasına yol açtığını göstermektedir ki istisna kapsamında yapılan kamu alımları tutarının yüksekliği de bunu desteklemektedir.

Daha önce belirtilen Tablo 4’de yer alan veriler incelendiğinde, istisna kapsamında yapılan alımların tutarlarının önemli boyutlarda olduğu görülmektedir. Örneğin 2007 ve 2009 yıllarındaki yaklaşık 66 milyar TL toplam kamu alımının yaklaşık 8 milyar TL ve 2008 yılındaki yaklaşık 84 milyar TL toplam kamu alımının yaklaşık 11 milyar TL istisna kapsamında yapılmıştır.

4.2.3. Doğrudan Temin Yöntemine Fazla Başvurulması

Bilindiği üzere, doğrudan temin yöntemi ihale usulleri arasında yer almamaktadır. Kanunda belirtilen hallerde ihtiyaçlar, genel ihale usulleri yerine ilan yapma ve teminat alma zorunluluğu bulunmayan doğrudan temin yöntemiyle karşılanabilmektedir.

İstisnalarda olduğu gibi doğrudan temin yöntemine başvurulabilecek hallerin zaman içerisinde artırılmış olması idarelerin ihtiyaçlarını doğrudan temin yöntemiyle karşılama taleplerinin de artmış olduğunu göstermektedir.

Yukarıda anılan Tablo 4’deki veriler 2007-2009 yıllarında yapılan toplam kamu alımlarının her yıl itibarıyla yaklaşık 5 milyar TL’lik kısmının doğrudan temin yoluyla yapıldığını göstermektedir.

4.2.4. Kanunda Çok Fazla Değişiklik Yapılması

Geçen kısa zaman içerisinde 4734 sayılı Kanunda çok fazla değişiklik yapılmıştır. İhale uygulamalarına ilişkin kanunların hiç değiştirilmemesi veya çok nadir olarak ve ancak zorunlu hallerde münhasır olmak üzere değiştirilmesi gerektiği daha önce de belirtilmişti. Ancak, 4734 sayılı Kanunda bugüne kadar yirmiye yakın değişiklik yapılmıştır. Kanunun esas itibarıyla 01/01/2003 tarihinde yürürlüğe girdiği dikkate alındığında, daha Kanun yürürlüğe girmeden ve uygulamada karşılaşılan sorunlar olup olmadığı anlaşılmadan 12/06/2002 tarih ve 4761 sayılı Kanunla, 4734 sayılı Kanunda değişiklik yapılmış olması nadir olarak ve ancak zorunlu hallerde münhasır olmak üzere değişiklik yapılması gerekliliğine çok dikkat edilmediğini göstermektedir.

4.2.5. Aşırı Düşük Teklifler Konusunda Yaşanan Sorunlar

Uygulamada görülen bir diğer bir problem ise “aşırı düşük teklifler” hususudur. Bu konu, 4734 sayılı Kanunun 38’inci maddesinde “İhale komisyonu verilen teklifleri 37’nci maddeye göre değerlendirdikten sonra diğer tekliflere veya idarenin tespit ettiği yaklaşık maliyete göre teklif fiyatı aşırı düşük olanları tespit eder. Bu teklifleri reddetmeden önce, belirlediği süre içinde teklif sahiplerinden teklifte önemli olduğunu tespit ettiği bileşenler ile ilgili ayrıntıları yazılı olarak ister.” şeklinde düzenlenmiştir.

Bu düzenlemeye Kanunda yer verilmesinin iki temel nedeni vardır. Bunlardan birincisi, 2886 sayılı Kanun döneminde uygulanan ve idare tarafından hesaplanarak ilan edilen tahmini bedele göre en düşük fiyatı teklif edene ihalenin bırakılması şeklindeki uygulamanın yarattığı sıkıntıları ortadan kaldırmaktır. Zira, daha önceki uygulamanın merkezinde sadece fiyat unsuru yer almakta, kalite, maliyet etkinliği,

verimlilik, teknolojik üstünlük gibi fiyat dışındaki unsurlar dikkate alınmamaktaydı. Ancak, 4734 sayılı Kanunla esas olarak tekliflerin, sadece fiyat kriterine göre değil, işletme ve bakım maliyeti, maliyet etkinliği, verimlilik, kalite ve teknik değer gibi fiyat dışındaki unsurların da dikkate alınarak değerlendirilmesi suretiyle “ekonomik açıdan en avantajlı teklif”in belirlenmesi esası benimsenmiştir.

İkinci neden, isteklilerin araştırma ve geliştirme (AR-GE) faaliyetlerine yönelmelerini teşvik etmektir. Araştırma ve geliştirme faaliyetlerine ağırlık veren isteklilerin “teknolojik üstünlük” sağlayabileceği, verimliliği artıran maliyetleri düşüren yeni teknikler geliştirebileceği ve bu suretle diğer isteklilere nazaran uygun fiyat teklif verebilme imkânına sahip olabilecekleri değerlendirilmiştir.

Ancak, uygulamada idarelerin, daha önceden gelen alışkanlıklarından kolay vazgeçemedikleri, ihale komisyonlarının ve harcama yetkililerinin fiyat dışındaki unsurları dikkate almak konusunda risk almak istemedikleri ve bu nedenle de genellikle fiyat unsurunu esas alarak en düşük fiyatı verene ihaleyi bırakmayı tercih ettikleri sıklıkla görülen bir durum olmuştur.

İdarelerin fiyat dışındaki unsurları dikkate almak konusunda çok fazla istekli davranmamalarının bir diğer nedeni ise teklif sahiplerinin tekliflerini yeterince savunamamalarıdır. Zira, teklif sahiplerinin, tekliflerinin fiyat dışındaki önemli görülen bileşenleri ile ilgili hususları ve ayrıntıları, yeterince tevsik edemedikleri ve detaylı olarak açıklayamadıkları ifade edilmektedir.

4.2.6. Kamu İhale Kurumu ve Kurulunun Hatalı Yapılandırılması

Kamu İhale Kurumu ve Kurulunun gerek yapısı gerekse de görev tanımları itibarıyla hatalı oluşturulduğu ve bu nedenlerle de Kurum ve Kurulun bu haliyle gerek Kanunun geliştirilmesi gerekse de ihtiyaçlara cevap verme konularında yetersiz kaldığı değerlendirilmektedir.

Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra geçecek süreçte, özellikle, uygulamadan kaynaklanan sorunların çözülmesi, uygulamaya yön verilmesi, belirsizliklerin ortadan kaldırılması ve şikayetlerin değerlendirilmesi hususlarında, ehil ve konunun uzmanı olan, hızlı ve tutarlı kararlar alabilen, dinamik bir kurum ve kurulun tesis edilmesinin elzem olduğu, Kanunun hazırlanması aşamasında müteaddit defalar ve ısrarla dile getirilmiş, ancak haklı tereddütlerimiz ve kaygılarımız dikkate alınmamıştır. Diğer taraftan, geçen zaman içerisinde de dinamik bir kurum ve kurulun tesis edilmesi yönünde önemli bir adım atılmamıştır.

Gerek kurumun gerekse de kurulun; özellikle, ihale sistemini geliştirme ve iyileştirme, uygulamada ortaya çıkan sorunlara müdahale edebilme ve bu sorunlara hakkaniyetli ve adilane çözümler üretebilme, belirsizlikleri giderme, temel ilkeler geliştirme, aynı veya çok benzer konularda aynı türden kararlar alabilme ve herkes tarafından kabul edilebilecek referans idari görüşler oluşturma konularında yeterince başarılı olamadığı ifade edilebilir.

Bu çerçevede yukarıda belirtilen konularda yeterli, ehil ve konunun uzmanı olan, dinamik, donanımlı ve fonksiyonel bir Kamu İhale Kurumu ve Kurulunun tesis edilmesinin elzem olduğu ve bunun hem Türkiyemizin ekonomik kazanımları hem de ülkemiz insanı için faydalı bir iş olacağı düşünülmektedir.

5. İdeal Bir Kamu İhale Sistemi Nasıl Olmalıdır?

5.1. Türkiye'nin İhtiyaçları Açısından

Türkiye'nin ihtiyaçları açısından ideal bir kamu ihale sisteminin üç açıdan tatminkâr bir yapıda olması ve desteklenmesi elzemdir. Bunlardan birincisi teori boyutu, ikincisi uygulama boyutu ve üçüncüsü ise denetim ve otokontrol boyutudur.

5.1.1. Teori Boyutu

İdeal bir kamu ihale sisteminin teori boyutunu, ihale sistemini düzenleyici mevzuat oluşturur. İhalelerde gerek şeffaflık ve rekabet gibi temel ilkeleri sağlayıcı ve gerekse de yolsuzluk ve israfi önleyici hükümler içeren hukuki düzenlemeler gerekli ve zorunlu bir şarttır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ile şartnameler ve diğer düzenleyici mevzuat ülkemiz ihale sisteminin teori boyutunu oluşturan temel düzenlemelerdir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun yapısına dair bazı eleştirilere önceki bölümde yer verilmişti. Anılan eleştirilerin giderilmesi halinde ihale sisteminin teori boyutuna dair kaygıların bir ölçüde giderilebileceği değerlendirilmektedir.

Bu çerçevede ihale sistemini düzenleyici temel yasalar ile ikincil temel mevzuatın, ilgili kamu ve özel sektör temsilcilerinin katkı ve katılımı ile hazırlanarak uygulamaya konulması ve zaman içerisinde ihtiyaç duyulacak değişikliklerin de aynı usulle yapılması yararlı bir yöntem olabilecektir.

Ancak, 4734 sayılı Kanunun 53'üncü maddesinde, Kurumun görev ve yetkileri arasında yer alan; "Bu Kanuna ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa ilişkin bütün mevzuatı, standart ihale dokümanlarını ve tip sözleşmeleri hazırlamak, geliştirmek ve uygulamayı yönlendirmek." şeklindeki hüküm, ihale sistemine dair mevzuatın oluşturulması ve geliştirilmesinde Kamu İhale Kurumunu adeta tek otorite durumuna getirmiştir ki, bu durum katılımcı bir anlayışa taban tabana zıttır.

İhale mevzuatının oluşturulmasında Kurumun asli görevinin, ilgili kamu ve özel sektör temsilcilerinin bir araya gelmesini sağlamak, çalışmalara uzman bir birim olarak katkı ve destek vermek ve organizasyonu sağlamak olmalıdır. Zira, ihale mevzuatını uygulayacak olan Kurum değil, ihaleyi yapan kamu idareleri ile ihalelere katılacak özel sektör temsilcileridir.

Kamu ihale mevzuatı, kamu ihale kurumunun öncülüğü, desteği ve katılımı ile kamu kurumlarından, özel sektörü temsilen meslek kuruluşları ile sivil toplum kuruluşlarından katılacak temsilcilerden oluşan bir tür danışma kurulu tarafından hazırlanarak hükümete sunulmalıdır.

Yukarıda belirtildiği şekilde hazırlanan ihale mevzuatının, tüm taraflarca sahiplenilerek savunulacağı ve bu durumda mevzuata yönelik eleştirilerin de ortadan kalkacağı değerlendirilmektedir.

5.1.2. Uygulama Boyutu

Uygulamaya dair sorunları kısaca aşağıdaki gibi sıralamak mümkündür:

- İhalelerde şeffaflık ve rekabeti sağlayıcı ilkelerin uygulanmasında taviz verilmemeli, istisnaların kapsamı daraltılmalı ve doğrudan temin suretiyle alımlar asgari düzeye indirilmelidir.
- İstekliler arasında eşit muamele uygulanması ilkesine zarar verici ve bu nedenle istekliler arasında eşit muamele uygulanmadığı şeklinde bir kanaat oluşturacak uygulamalara gidilmemelidir.

- İhale konusu mal veya hizmeti sunabilecek veya işi yapabilecek şartları taşıyan her isteklinin, teklifinin objektif kriterlere göre değerlendirileceğinden şüphe duymaması, bir ihale sisteminin temel gayesi ve varlık sebebi olmalıdır. Bu yöndeki bir eksiklik, istekliler arasında kuşku olmasına neden olacaktır ki bu durum da o ihale sistemine olan güveni zedeleyeceği gibi ihaleye katılımın gereği kadar olmamasına yol açacaktır. İhaleye katılımın olması gerekenden daha az olması ise en temel ilke olan rekabet ilkesinin sakatlanmasına neden olacaktır.

- Öngörülen her düzenlemenin oturması ve süreklilik göstermesi beklenilmeden ve çok zorunlu ve gerekli haller dışında mevzuatta değişiklik yapılmamalıdır.

- Şikâyetleri inceleme müessesesi tamamen değiştirilerek, mutlaka daha etkin ve hızlı çalışan bir sistem oluşturulmalıdır. Ayrıca aynı veya çok benzer konularda benzer kararlar verilmeli ve bu suretle şikâyet müessesesine olan güven zedelenmemelidir.

- Kamu İhale Kurumu, çalışmalarını esas itibarıyla tüm mevzuatın gerek istekliler gerekse de ihaleyi yapan idareler tarafından anlaşılabilir ve benimsenmesi ve ihale sisteminin oturtulması yönünde yoğunlaştırmalı ve bu suretle de uygulamada genel kabul görmüş standartların oluşturulmasını sağlamalıdır.

- Kurum personeli ve şikâyetleri inceleme birimi üyelerinin, ihale mevzuatı ve uygulamaları alanlarında konusuna vakıf ehliyetli kişilerden oluşturulması hususunda çok titiz olunmalıdır. Bu birimlerde istihdam edilecek her kademedeki personelin seçiminde nitelik ön planda tutulmalı, toplam kurum personeli açısından da nicelik kaygıları niteliğin önüne geçirilmemelidir.

5.1.3. İç Kontrol ve Dış Denetim Boyutu

Bir ihale sisteminin, iyi bir mevzuat düzenlemesi ve asgari sorunlarla işleyen bir uygulama kadar ve belki de daha önemli başka bir boyutu, ihalelerde her kademe olması gereken denetim ve oto kontrol mekanizmasıdır.

İhalelerde, diğer bir ifade ile kamu harcamalarındaki denetim, harcama öncesi denetim (ex-ante control) ve harcama sonrası denetim (ex-post control) olmak üzere iki ana grupta ele alınmaktadır.

5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi Kontrol Kanununda, harcama öncesi kontrol diğer bir ifade ile ön mali kontrol, harcama birimlerinde işlemlerin gerçekleştirilmesi aşamasında yapılan kontroller ile mali hizmetler birimi tarafından yapılan kontrol olarak tanımlanmış ve ön mali kontrol sürecinin ise mali karar ve işlemlerin hazırlanması, yüklenmeye girilmesi, iş ve işlemlerin gerçekleştirilmesi ve belgelendirilmesinden oluştuğu ifade edilmiştir.

Yapılan bu açıklamalar çerçevesinde, kamu harcamalarındaki denetim sistemini aşağıdaki şekilde irdelemek mümkündür. Ancak, 5018 sayılı Kanun ile getirilen bu düzenleme çerçevesinde, konunun daha iyi anlaşılması ve görev tanımlarını daha iyi ortaya koyabilmek açısından, harcama birimlerinde işlemlerin gerçekleştirilmesi aşamasında yapılan kontrolleri, harcamaya başlanılmadan önceki kontrol ve harcama aşamasında kontrol olmak üzere ikiye ayırarak irdeleyeceğiz.

5.1.3.1. İhaleye (Harcamaya) Başlanılmadan Önceki Kontrol

Bilindiği üzere 5018 sayılı Kanuna göre bütçelerden harcama yapılabilmesi, harcama yetkilisinin harcama talimatı vermesiyle mümkündür. Harcama talimatlarında hizmet gerekçesi, yapılacak işin konusu ve tutarı, süresi, kullanılabilir ödeneği, gerçekleştirme usulü ile gerçekleştirmeyle görevli olanlara ilişkin bilgiler

yer alır. Harcama yetkilileri, harcama talimatlarının bütçe ilke ve esaslarına, kanun, tüzük ve yönetmelikler ile diğer mevzuata uygun olmasından, ödeneklerin etkili, ekonomik ve verimli kullanılmasından ve kanun çerçevesinde yapmaları gereken diğer işlemlerden sorumludur.

Bu hükümler, harcama yetkililerine açık bir kontrol sorumluluğu vermektedir. Bu kontrolün en temel özelliği ise harcama yetkililerinin, ödeneklerin etkili, ekonomik ve verimli kullanılmasından sorumlu tutulmasıdır. Harcama yetkilisi ise kanunun kendisine yüklediği bu sorumluluğun gereği olarak yapılacak harcama üzerinde ciddi bir kontrol yapmak durumundadır.

5.1.3.2. İhale (Harcama) Aşamasında Kontrol

Yukarıda anılan 5018 sayılı Kanun, bütçelerden bir giderin yapılabilmesi için iş, mal veya hizmetin belirlenmiş usul ve esaslara uygun olarak alındığının veya gerçekleştirildiğinin, görevlendirilmiş kişi veya komisyonlarca onaylanması ve gerçekleştirme belgelerinin düzenlenmiş olması gerektiğini ve bir giderin gerçekleştirilmesi işleminin ise harcama yetkilisince belirlenen görevli tarafından düzenlenen ödeme emri belgesinin harcama yetkilisince imzalanması ve tutarın hak sahibine ödenmesiyle tamamlanacağını öngörmüştür.

Mezkûr Kanuna göre gerçekleştirme görevlileri, harcama talimatı üzerine, işin yaptırılması, mal veya hizmetin alınması, teslim almaya ilişkin işlemlerin yapılması, belgelendirilmesi ve ödeme için gerekli belgelerin hazırlanması görevlerini yürütürler ve anılan Kanun çerçevesinde yapmaları gereken iş ve işlemlerden sorumludurlar.

Bu hükümler, yapılan ihale sonrası düzenlenen sözleşme gereği olan harcamalardan ve yapılan ödemelerden tüm bu süreçte görev yapan gerçekleştirme görevlileri ile harcama yetkilisini sorumlu tutmuştur. Dolayısıyla bu aşamada da gerek harcama yetkilisi gerekse de gerçekleştirme görevlileri kontrol yapmak durumundadırlar.

5.1.3.3. Mali Hizmetler Birimi Tarafından Yapılan Kontrol

Harcama birimlerince yapılan kontrolden başka mali hizmetler birimi de ön mali kontrol yapmak durumundadır. Bu kontrol, harcama birimleri tarafından yapılan ön mali kontrole hem destek hem de oto kontrol açılarından önemlidir.

5.1.3.4. İç Denetim

Yukarıda anılan 5018 sayılı Kanununun 63'üncü maddesinde iç denetim, kamu idaresinin çalışmalarına değer katmak ve geliştirmek için kaynakların ekonomiklik, etkililik ve verimlilik esaslarına göre yönetilip yönetilmediğini değerlendirmek ve rehberlik yapmak amacıyla yapılan bağımsız, nesnel güvence sağlama ve danışmanlık faaliyeti olarak tanımlanmış ve bu faaliyetlerin, idarelerin yönetim ve kontrol yapıları ile mali işlemlerinin risk yönetimi, yönetim ve kontrol süreçlerinin etkinliğini değerlendirmek ve geliştirmek yönünde sistematik, sürekli ve disiplinli bir yaklaşımla ve genel kabul görmüş standartlara uygun olarak gerçekleştirileceği ifade edilmiştir.

Dikkat edileceği üzere iç denetim, dış denetim faaliyeti sayılabilecek nitelikte tanımlanmamıştır. Ancak, anılan Kanununun 64'üncü maddesinde, harcama sonrasında yasal uygunluk denetimi yapmak, iç denetçinin görevleri arasında sayılmıştır ki bu görev dış denetim görevi niteliğini haiz olduğu gibi Kanununun 63'üncü maddesinde esas itibarıyla bir danışmanlık faaliyeti olarak tanımlanan iç denetim tanımıyla da çelişmektedir.

5.1.3.5. İhale (Harcama) Sonrası Denetim

5018 sayılı Kanuna göre Sayıştay tarafından yapılacak harcama sonrası dış denetimin amacı, genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin hesap verme sorumluluğu çerçevesinde, yönetimin mali faaliyet, karar ve işlemlerinin; kanunlara, kurumsal amaç, hedef ve planlara uygunluk yönünden incelenmesi ve sonuçlarının Türkiye Büyük Millet Meclisine raporlanmasıdır.

5.1.4. Kontrol ve Denetim Sisteminin Zafiyeti ve Yetersizliği

Bilindiği üzere 1050 sayılı Muhasebe-i Umumiye Kanununun 64'üncü maddesi hükmü gereği harcamayı gerektirecek taahhüt ve sözleşme tasarıları vize için Maliye Bakanlığına gönderilmekte, Maliye Bakanlığı vizesinden ayrık tutulacak taahhüt ve sözleşmeler ise yılları bütçe kanunlarında belirtilmekteydi.

Diğer taraftan, 832 sayılı Sayıştay Kanununun 30'uncu maddesi hükmü gereği Sayıştayın denetimine tabi daire ve kurumlarca harcamaya ilişkin olarak yapılan sözleşmelerle her türlü bağitlar ise tescile tabi tutulmaktaydı.

Ancak, 5018 sayılı Kanunun 81'inci maddesiyle, 1050 sayılı Muhasebe-i Umumiye Kanunu ve 832 sayılı Sayıştay Kanununun 30, 32, 33, 36, 37'nci maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır. Bu suretle, Maliye Bakanlığı ve Sayıştayın harcama öncesi denetim yetkileri ortadan kaldırılmış ve bu yetki ihaleyi yapan idarelere devredilmiştir. Diğer bir ifade ile dışsal harcama öncesi denetim, içsel harcama öncesi denetime dönüştürülmüştür.

Maliye Bakanlığı, kendisine verilen mülga yetki çerçevesinde, taahhüt ve sözleşme tasarılarını mali ve hukuki denetime tabi tutarak uygun olanları vize etmekte ve bu suretle harcama öncesinde önemli bir dışsal denetim fonksiyonunu yerine getirmektedir.

Sayıştayın harcama sonrası denetim, diğer bir ifade ile dış denetim yetkisinin devam ettiği hususu dikkate alındığında, özellikle Maliye Bakanlığının harcama öncesi mali ve hukuki denetiminin aniden kaldırılmasının ihaleler suretiyle yapılan kamu harcamaları üzerinde ciddi bir denetim boşluğu ve zafiyeti yarattığı değerlendirilmektedir.

5018 sayılı Kanunda harcama öncesi denetim, daha önce de bahsedildiği üzere esas itibarıyla ön mali kontrol ve iç denetim şeklinde öngörülmüştür. Yine belirtildiği üzere ön mali kontrol ihaleyi yapan harcamacı birim ve mali hizmetler birimi tarafından yapılmaktadır. Kısacası ve genel ifadeyle iç kontrol sistemi, harcamacı idarenin yine kendisini kontrol etmesi şeklinde öngörülmüştür.

İç kontrol sisteminin harcama öncesi denetim fonksiyonunu yerine getirebilmesi için standartlarının iyi oluşturulmuş olması uygulamada kurumlarca kabullenilerek sahiplenilmesi, bu konuda bireysel ve kurumsal kültürün olması ve belli bir geçiş süreci içinde sistemin denenerak oturmasının hedeflenmesi gerekir.

Gelişmiş batı ülkelerinde iç kontrol sisteminin başarılı olmasının arkasındaki neden, yukarıda belirtilen hususlara dikkat edilmesindedir.

5018 sayılı Kanunla getirilen yeni sistemde, harcama öncesi denetim sürecinden, Maliye Bakanlığı gibi mali gözetim yapması gereken bir idarenin yeterli bir geçiş süreci öngörülmeyen aniden çıkarılmasının ve sadece harcamacı idarenin kendisini denetlemesinin öngörülmesinin harcama öncesi denetimde bir zafiyete ve yetersizliğe neden olduğu düşünülmektedir.

5.2. Avrupa Birliği ve Uluslararası Mevzuata Uyum Açısından

5.2.1. Uluslararası İhale Mevzuatı

İhaleler konusunda uluslararası birtakım mevzuat söz konudur. Bunları Şu şekilde kısaca belirtebiliriz.

5.2.1.1. BirleŐmiŐ Milletler Uluslararası Ticaret Komisyonu (UNCITRAL-United Nations Commission on International Trade Law) Tarafından Hazırlanan Mal ve Hizmet Alımları ile Yapım İŞlerine Dair UNCITRAL Model Kanun

Model kanun, Őlkelerin kendi ihale prosedŐrleri ile ilgili kanunlarını modernize etmeye yönelik reform çalışmalarına yardımcı olmak ũzere hazırlanmıŐtır. Model kanun, ihalelerde tasarrufu ve verimliliği artırıcı olan ve ihale sũrecinde rekabet, Şeffaflık, eşit muamele ve tarafsızlık hedeflerine ulaŐılmasını amaçlayan prosedŐrleri içerir.

5.2.1.2. Dũnya Ticaret ŐrgŐtũ (DTÖ) Kamu Alımları AnlaŐması (GPA-Agreement on Government Procurement)

Dũnya Ticaret ŐrgŐtũ (DTÖ)'nũn anlaŐmalarının tamamına yakını esas itibarıyla çok uluslu veya çok yanlı (multilateral) anlaŐmalardır. Bu tũr anlaŐmalarda DTÖ ũyesi tũm Őlkeler anlaŐmaların tarafı olmak durumundadırlar.

DTÖ'nũn çok uluslu anlaŐmalarının yanı sıra dört adet de çok taraflı (plurilateral) anlaŐması vardır. Bu tũr anlaŐmalarda, ũyelerin anlaŐmaya taraf olma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu anlaŐmalar tũm ũyelerin değil sınırlı sayıda ũye devletin imzaladığı anlaŐmalardır. SÖz konusu çok taraflı (plurilateral) anlaŐmalar şunlardır:

- Sivil Havacılık Ticareti AnlaŐması (Agreement on Trade in Civil Aircraft)
- Kamu Alımları AnlaŐması (Agreement on Government Procurement)
- Uluslararası Sũt AnlaŐması (International Dairy Agreement)
- Uluslararası BũyũkbaŐ Hayvan Eti AnlaŐması (International Bovine Meat Agreement)

DTÖ, çok taraflı (plurilateral) anlaŐmaları yũrũrlũkten kaldırmak çabası içerisindedir. Nitekim bu çabanın sonucunda, Uluslararası Sũt AnlaŐması ve Uluslararası BũyũkbaŐ Hayvan Eti AnlaŐması 1997 yılında yũrũrlũkten kaldırılmıştır.

Yukarıdaki bilgilerden de anlaŐıldıđı ũzere DTÖ'nũn Kamu Alımları AnlaŐması çok taraflı (plurilateral) bir anlaŐmadır. Bu anlaŐmaya ABD, Avrupa Birliği, Kanada, Japonya, İsrail, Kore, Norveç, İsviçre gibi çoğunlukla gelişmiş yirmi sekiz ũye imza koymuŐtur. Tũrkiye bu anlaŐmayı imzalamamıŐtır, ancak hali hazırda gŐzlemci (observer) statũsindedir.

Anlaşma, tarafların kamu alımları alanındaki kendi ulusal kanunları, yŐnetmelikleri, prosedŐrleri ve uygulamaları ile ilgili olarak tarafların ũzerinde anlaŐtıkları hakları ve yũkũmlũlũkleri ile ilgili bir çerçeveyi oluşturur ve anılan anlaşma, açıklık, Şeffaflık ve ayrımcılık yapmama ilkelerine dayanmaktadır.

Kamu Alımları AnlaŐmasına taraf olan ve çoğunlukla gelişmiş olan yukarıda sayılan Őlkeler, gelişmekte olan Őlkelerin geniş ihale pazarına avantajlı olarak girebilmenin bir yolunun DTÖ'nũn kamu alımları alanında tũm ũyelerin taraf olmak zorunda olacağı çok yanlı (multilateral) bir anlaŐmaya sahip olması olarak telakki etmişlerdir. Bu nedenle DTÖ'nũn en yũksek karar alma organı olan Bakanlar Konferansında (1996 yılında Singapur'da toplanan Bakanlar Konferansı), kamu

alımları alanında yeni bir anlaşma taslağını hazırlamak üzere Kamu Alımlarında Şeffaflık Çalışma Grubu (Working Group on Transparency in Government Procurement) oluşturulması kararlaştırılmıştır.

Belirtilen karar çerçevesinde oluşturulan çalışma grubu, DTÖ'nün İsviçre'nin Cenevre şehrinde bulunan merkezinde çalışmaya başlamış ve Türkiye'yi temsilen katılmış olduğumuz görüşmeler uzun süre devam etmiştir. Özellikle gelişmekte olan ve az gelişmiş ülkeleri koruyucu tedbirlere fazlaca yer vermeyen ve bu nedenle üzerinde konsensüs sağlanamayan bir çalışma taslağı hazırlanmış ve özellikle gelişmiş ülkeler bu taslağın, 1999 yılında ABD'nin Seattle şehrinde yapılan DTÖ III. Bakanlar Konferansı'nda görüşülerek bir karar alınması yönünde çaba göstermiştir. Ancak, küreselleşme karşıtlarının ABD'nin Seattle şehrinde yaptıkları olaylı gösteriler nedeniyle birçok alanda olduğu gibi kamu alımları konusunda da III. Bakanlar Konferansı'ndan bir karar çıkmamıştır.

Daha sonra 2001 yılında Doha'da, 2003 yılında Cancun'da, 2005 yılında Hong Kong'da yapılan bakanlar konferanslarında da bir anlaşma kararı alınamamıştır.

Söz konusu, Kamu Alımlarında Şeffaflık Çalışma Grubu hali hazırda aktif durumda değildir.

5.2.1.3. Avrupa Birliğinin (AB) Kamu Alımları Mevzuatı-AB Direktifleri

5.2.1.3.1. Mal ve Hizmet Alımları ile Yapım İşleri İhalelerine Dair İhale Prosedürleri Direktifi (Directive: 2004/18/EC)

Bilindiği üzere Avrupa Birliğinde (AB), kamu hizmet alımı, mal alımı ve yapım işleri ihalelerine ilişkin kurallar ayrı ayrı direktiflerde koordine edilmekteydi. Nitekim, kamu hizmet alımı ihaleleri ile ilgili kurallar için 18/06/1992 tarihli ve 92/50/EEC sayılı Hizmet Alımı Direktifi, mal alımları ile ilgili kurallar için 14/06/1993 tarihli ve 93/36/EEC sayılı Mal Alımı Direktifi ve yapım işleri ihalelerine ilişkin kurallar için ise 14/06/1993 tarihli ve 93/37/EEC sayılı Yapım İşleri Direktifi mevcuttu.

Avrupa Birliği, mal ve hizmet alımları ile yapım işleri ihalelerine ilişkin kuralları tek bir direktif içinde düzenlemeyi amaçlamış ve bu çerçevede söz konusu üç ayrı direktifi konsolide eden, 31/03/2004 tarihli ve 2004/18/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Birliği Konseyi Direktifi yürürlüğe sokulmuştur.

Avrupa Birliği, klasik sektörler (classic sectors) direktifi olarak adlandırılan 2004/18/EC sayılı Direktif ile kamu mal ve hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin ihalelere dair kuralları güncelleyerek koordine etmiştir. Bu revizyon, iç pazarın temel ilkelerine dayandırılmış ve esas itibarıyla kurallarda basitleştirme, uyum ve modernizasyonun sağlanması amaçlanmıştır.

Söz konusu direktifle, Rekabetçi Diyalog (Competitive Dialog) olarak adlandırılan yeni bir yöntem getirilmiş ve elektronik prosedürlerin geliştirilmesi desteklenmiştir. Direktife göre yapılan ihaleler, malların serbest dolaşımı, yerleşme ve hizmet sunma özgürlüğü ve bunların doğal gereği olan diğer ilkelere, eşit muamele (equal treatment), ayrımcılığın önlenmesi (non-discrimination), karşılıklı tanıma (mutual recognition), orantılılık (proportionality) ve şeffaflık (transparency) ilkelerine göre yürütülecektir. İhalelerde rekabet bozulmamalı diğer bir deyişle rekabet ilkesinin gerçekleşmesi sağlanmalıdır.

Direktifle, idarelerin, ödedikleri paranın karşılığını en iyi şekilde elde ederler iken çevrenin korunması ve sürdürülebilir kalkınmanın teşvikine de nasıl katkıda

bulunabilecekleri açıklamakta, çevrenin ve sosyal yaşamın korunması hususları özellikle vurgulanmaktadır.

5.2.1.3.2. Su, Enerji, Ulaştırma ve Haberleşme Sektörlerinde Faaliyet Gösteren İdarelerin İhale Prosedürleri Direktifi (Directive: 2004/17/EC)

Avrupa Birliği, özel sektörler (special sectors) veya kamu hizmetleri (utilities) direktifi olarak adlandırılan 2004/17/EC sayılı Direktifle; su, enerji, ulaştırma ve posta hizmetleri sektörlerinde faaliyet gösteren idarelerin ihale prosedürleri ile ilgili kuralları güncellemiştir. Bu revizyon, iç pazarın temel ilkelerine dayandırılmış ve esas itibarıyla kurallarda basitleştirme, uyum ve modernizasyonun sağlanması amaçlanmıştır. Ayrıca elektronik prosedürlerin geliştirilmesi ve kullanılması da desteklenmiştir.

Anılan direktif, tüm kamu kurumları veya kamu teşebbüslerinin; gaz, elektrik, su, ulaştırma hizmetleri, posta hizmetleri, petrol çıkarılması, limanların veya hava limanlarının tedarik edilmesi ihaleleri için geçerlidir. Direktifin bu ana sektörlerdeki hangi iş türlerinde uygulanacağı ise şu şekilde sayılabilir:

1- Gaz, ısı veya elektrik üretimi, taşınması veya dağıtımıyla bağlantılı olarak kamuya hizmet vermeye yönelik sabit şebekelerin tedarik edilmesi veya işletilmesi veya bu tür sabit şebekelere gaz, ısı veya elektrik temin edilmesi.

2- İçme suyu üretimi, taşınması veya dağıtımıyla bağlantılı olarak kamuya hizmet vermeye yönelik sabit şebekelerin tedarik edilmesi veya işletilmesi veya bu tür şebekelere içme suyu temin edilmesi.

İçme suyu sektöründe faaliyet gösteren idarelerin, hidrolik mühendisliği projeleri, sulama veya arazi drenajı, atık veya kanalizasyon arıtımı için yapacakları ihaleler veya tasarım yarışmaları da direktife tabidir.

3- Demiryolu, otomatik sistemler, tramvay, trolleybüs veya kablo yolu ile taşımacılık alanında kamu hizmeti veren şebekelerin kurulması veya işletilmesi ile ilgili faaliyetler.

İdarelerin otobüs taşımacılığı hizmetleri ile ilgili ihaleleri direktifin kapsamı dışında bırakılmıştır.

4- Posta hizmetlerinin verilmesine ilişkin faaliyetler ile posta hizmetleri dışındaki diğer hizmetler.

Posta hizmetleri veren bir idare tarafından, halihazırda piyasa rekabetinin olmadığı bir durumda verilen posta hizmetleri dışındaki diğer hizmetler; sevkiyat öncesi ve sonrasını da kapsayan posta yönetim hizmetleri, kodlu belgelerin elektronik araçlarla güvenli bir şekilde iletilmesi, adres yönetim hizmetleri, kayıtlı elektronik postanın iletilmesi gibi elektronik araçlarla sağlanan katma değer hizmetleri, posta kalemleri ile ilişkili olan adres içermeyen doğrudan gelen postalar, özellikle posta çekleri ve posta ciro transferlerini kapsayan mali hizmetler, posta pulu hizmetleri, fiziki sevkiyat ve/veya antrepo hizmetlerini diğer posta dışı fonksiyonlarla birleştiren lojistik hizmetler.

5- Petrol, gaz, kömür veya diğer katı yakıtların araştırılması veya çıkarılması.

6- Hava, deniz veya iç su yolları taşıyıcılarına; havaalanları, deniz veya iç kara limanları veya diğer terminal tesislerinin tedarik edilmesi.

Yukarıda belirtilen sektörlerde faaliyet gösteren idareler tarafından anılan işler ve faaliyetler için yapılan ihaleler gerek parasal büyüklüğü gerekse de ekonomik etkilerinin yaygınlığı açısından büyük önemi haizdir.

Bu alanlardaki kamu hizmetleri, kamu veya özel hukuk hükümlerine tabi olan kamu idareleri tarafından piyasaya ortamında kamuya verilmektedir.

Bu idarelerin yapacağı ihaleler, klasik sektörlerdeki ihalelere göre farklı özellikler taşımaktadır. Bu nedenledir ki söz konusu faaliyetlerin özellikleri dolayısıyla bu işlere dair ihalelerin, klasik sektörlerdeki ihalelere göre daha esnek kurallara tabi olması ve bu sektörlerdeki idarelere de rekabete yönelik avantajların sağlanması gerekmektedir ki zaten tam rekabet koşullarının olduğu bir ortamda yapılan ihaleler bu direktif hükümlerine tabi değildir.

Avrupa Birliğinin anılan 2004/17/EC sayılı Direktifinde; yapım işleri imtiyazı, hizmet imtiyazı, çerçeve anlaşma, dinamik satın alma sistemi, elektronik ihale, merkezi satın alma organı, Ortak İhale Sözlüğü (Common Procurement Vocabulary) gibi birçok düzenlemeye yer verilmiştir. Ortak İhale Sözlüğü ile üye ülkelerdeki ihale sözleşmelerinde her bir konuya ait bir kod oluşturulmak suretiyle bu alanda Birlik içerisinde yeknesak bir sınıflandırmanın kullanılmasını sağlayacak ortak bir terminolojinin oluşturulması ve kullanılması amaçlanmıştır.

5.2.2. Değerlendirme ve Türkiye'nin İhtiyacı

İhaleler konusunda yukarıda belirtilen uluslararası mevzuatın esas itibarıyla ihalelerin genel kabul görmüş standartlara göre gerçekleştirilmesini, ihalelerde rekabetin, şeffaflığın, eşit muamelenin sağlanmasını, tasarrufun ve verimliliğin artırılmasını ve usulsüzlüklerin önlenmesini amaçladığı görülmektedir.

Türkiye'nin ihtiyacının anılan uluslararası mevzuatta öngörülen ilkelere göre yapılandırılmış bir ihale sistemi olduğu tartışmasıdır.

Bu çerçevede söz konusu uluslararası mevzuat içerisinde üzerinde dikkatle durulması gerekenin tam üyelik müzakerelerini yaptığımız AB direktifleri olduğu değerlendirilmektedir.

Avrupa Birliği, ihalelerde uygulanacak prosedürleri özellikleri nedeniyle iki ayrı direktifte düzenlemeyi benimsemiştir.

Bunlardan birincisi, klasik sektörler olarak da bilinen mal ve hizmet alımları ile yapım işleri ihalelerine dair prosedürleri içeren 2004/18/EC sayılı Direktiftir.

İkincisi ise su, enerji, ulaştırma ve haberleşme sektörlerinde faaliyet gösteren idarelerin ihale prosedürleri ile ilgili 2004/17/EC sayılı Direktiftir. Belirtilen sektörlerin kendine mahsus özellikleri nedeniyle bu sektörlerle ilişkin ihalelerde klasik sektörlerle ilişkin prosedürlerden farklı prosedürler uygulanmaktadır.

Klasik sektörler ile özelliği bulunan sektörlerde uygulanacak prosedürlerin ayrıştırılması yönündeki AB uygulamasının yerinde olduğu ve ülkemizde de bu şekilde bir uygulamaya gidilmesinin hem AB mevzuatına uyum açısından hem de Türkiye'nin ihtiyacı açısından yerinde olacağı düşünülmektedir.

5.2.2.1. Avrupa Birliği Müktesebatına Uyum İsteği (Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı)

Türkiye'nin ihale mevzuatının ihtiyaçlarımıza uygun olarak Avrupa Birliği Müktesebatına uyumlu hale getirilmesi hususunda Türkiye'nin isteği beyan edilmiştir.

Bakanlar Kurulunun 10/11/2008 tarih ve 2008/14481 sayılı Kararı ile kabul edilen Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı'nın Kamu Alımları başlıklı 5'inci Faslında, kamu alımları strateji belgesinin uygulanması çerçevesinde mevzuat uyum takvimi ile ilgili olarak yer alan temel hususlar şu şekildedir:

1) Enerji, su, ulaştırma ve posta hizmetleri sektörlerinde faaliyet gösteren kuruluşların gerçekleştirdikleri alımların AB mevzuatıyla uyumlu bir şekilde düzenlenmesi.

2) AB müktesebatına uyum çerçevesinde mevzuatımızdaki eksikliklerin ve uygulamada görülen aksaklıkların giderilmesi, ayrıca kamu ihale mevzuatının kapsam ve istisnalar konusunda AB mevzuatına uyumlu hale getirilmesi için yeni bir Kamu İhale Kanunu çıkarılması.

3) Dünyada giderek yaygın bir kullanım alanına sahip olan imtiyazların verilmesinde uygulanacak ihale usullerine ilişkin düzenleme yapılması amaçlanmaktadır. Bu kapsamda, imtiyaz ihalelerinde AB ve diğer çağdaş normlara uygunluğun sağlanması.

4) Altyapı yatırımlarının gerçekleştirilmesinde dünyada yaygın bir kullanım alanına sahip olan Kamu-Özel Sektör İşbirliği modellerine ilişkin düzenleme yapılması.

5.2.2.2. Avrupa Birliği Müktesebatına Uyuma Yönelik Eksikliklere Dair Eleştiriler (Avrupa Birliği Türkiye 2010 Yılı İlerleme Raporu)

Avrupa Birliği tarafından hazırlanan Türkiye 2010 Yılı İlerleme Raporu'nun, Üyelik Yükümlülüklerini Üstlenebilme Yeteneği ile ilgili 4'üncü başlık altında yer alan Kamu Alımları ile ilgili 5'inci Faslında, ihale sistemimiz ve mevzuatımız ile ilgili eleştiri ve tespitlere yer verilmiştir. Bunlardan bazılarına aşağıda kısaca değinilmiştir.

Söz konusu AB İlerleme Raporunda; genel ilkeler bakımından ilerleme kaydedilmediği, yerli istekliler lehine %15 fiyat avantajının yaygın kullanımının devam ettiği, Türkiye'nin kamu ihale mevzuatının, çeşitli açılardan AB müktesebatıyla farklılık göstermeye devam ettiği, AB müktesebatına aykırı olan istisnaların kaldırmadığı ve mevzuatını veya mevzuatının kapsamını, başta su, enerji, ulaştırma ve posta sektörlerinde faaliyet gösteren kuruluşların alımları ile imtiyazlar ve kamu-özel işbirliği olmak üzere daha uyumlu hale getirmediği, klasik sektörler ile su, enerji, ulaştırma ve posta sektörlerinde faaliyet gösteren kuruluşların alımlarının hâlâ aynı kamu ihale usullerine tabi olduğu, uyumlu bir yasal çerçeve olmaması nedeniyle kamu-özel sektör işbirliği ve imtiyazların verilmesinde şeffaflık bulunmadığı ve bu konudaki çalışmaların çok ileri düzeyde olmadığı, Türkiye'nin, kamu ihaleleri alanında tam uyum sağlanması yolunda önemli aşamaları da içeren AB mevzuatına uyum stratejisini hazırlamış olduğu ve artık bu stratejinin kabul edilmesi ve uygulanması gerektiği belirtildikten sonra Türkiye'nin, başta altyapı hizmetleri, imtiyazlar ve kamu-özel sektör işbirliği olmak üzere mevzuatının kapsamını AB müktesebatıyla uyumlu hale getirmediği sonucuna ulaşılmıştır.

6. Kamu İhale Kurumu ve Kamu İhale Kurulu

6.1. Kurumun ve Kurulun Mevcut Yapısı

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 53'üncü maddesiyle, Kamu İhale Kurumu ve bu kurumun karar organı olan Kamu İhale Kurulu ihdas edilmiştir.

Ancak, Kurul üyelerinin seçim ve görev tanımları uluslararası uygulamalara paralellik göstermediği gibi Türkiye gerçeklerine ve ihtiyaçlarına cevap verebilecek nitelikte de değildir. Zira, ihale sürecine ilişkin şikâyetler, ayrı teknik bir kurul tarafından değil, Kanunda Kurumun karar organı olduğu açıkça belirtilen idari bir kurul olan Kamu İhale Kurulu tarafından incelenmekte ve sonuçlandırılmaktadır. Bu

durum ise ihale sürecine ilişkin şikâyetler hususunda hızlı karar alınmadığı ve birbirine çok benzer konularda uygulama birliğini sağlamaya matuf kararlar oluşturulmadığına dair yakınmalara neden olmaktadır ki bu da kurulun oluşturulma şeklindeki hata dolayısıyla önceden tahmin edilebilecek bir durumdur.

Bir diğer husus ise Kanunun 53'üncü maddesinde yer alan "Kurul üyeliğine önerilecek kişilerin; kamu kurum ve kuruluşlarında en az on iki yıl hizmetinin bulunması, kamu ihale mevzuatı ile ilgili yargılama, inceleme, denetleme, uygulama veya danışma konularında fiilen en az dört yıl çalışarak ulusal veya uluslararası ihale mevzuatı açısından kanıtlanmış niteliğe ve deneyime sahip olmaları..." şeklindeki düzenlemedir ki bu hüküm dikkatle incelendiğinde, kurul üyelerinde aranacağı belirtilen olmazsa olmaz niteliklerin, ihale mevzuatı ve uygulamaları konusunda bilgi, uzmanlık ve deneyim olduğu görülür.

Ayrıca kanun koyucu, kurul üyeliğine atanacakların, ihale mevzuatı ile ilgili bilgi ve deneyime sahip olmaları kriterlerine çok özel bir önem vermiş ve bu nedenle kurul üyeliğine atanacakların ihale mevzuatı konusundaki nitelik ve deneyimlerinin objektif karinelerle ortaya konulmasını açık bir dille ifade ederek bu konuda atama yetkisine sahip otoriteye önemli bir görev ve sorumluluk yüklemiştir.

Kanunun taslak çalışmaları sırasında, kurumun ve kurulun yapısının şu an kanunda yer aldığından farklı bir şekilde oluşturulmasının gerekli olduğuna dair görüşümüz defalarca dile getirilmiştir.

Tarafımızca dile getirilen yapıda, Kurumun ana bünye olarak esas alınması ve Kurumun;

- Başkan ve ona bağlı sekreteryadan oluşan Başkanlıktan,
- Şikâyetleri inceleme ve karar alma konularında bağımsızlığa sahip olan ve sadece şikâyetleri incelemekle görevli olacak, üyeleri ulusal ve uluslararası ihale mevzuatı açısından kanıtlanmış niteliğe ve deneyime sahip olan 5 veya 7 kişiden oluşacak şikâyetleri inceleme kurulundan oluşması önerilmiştir. Ancak dile getirilen itiraz ve uyarılarımız dikkate alınmayarak, idari bünye ile teknik kurul birleştirilerek tek idari organın aynı zamanda şikâyetleri inceleme kurulu olarak da çalışması yönünde yanlış bir düzenlemeye gidilmiştir ki, geçen zaman içerisinde uygulamada bunun mahzurları görülmektedir.

Kamu İhale Kurulunun hali hazırdaki yapılanma şeklinin, Türkiye'nin ihtiyaçlarına cevap verecek nitelikte olmadığı, kamu alımları konusunda dinamik çalışma, hızlı ve tutarlı kararlar alabilmeyi sağlayamayacağı, ayrıca bu şekilde yapılandırılan kurulun, kamu ihale sitemindeki aksamalara çözüm üretmek ve kamu ihale sisteminin iyileştirilmesine katkı vermek konularında da yeterli olamayacağı düşünülmektedir.

Kamu İhale Kurumu ile Kamu İhale Kurulunun tamamen ortadan kaldırılarak bu alanda Türkiye'nin idari yapılanmasına uygun, etkin ve verimli çalışabilen yeni bir birimin ivedilikle oluşturulmasının Türkiye'nin yüksek menfaatleri açısından elzem olduğu değerlendirilmektedir.

6.2. Kurumun ve Kurulun Çalışma Şekli

Kurumun ve Kurulun mevcut yapısından da anlaşılacağı üzere kurul çabuk ve hızlı karar alabilecek etkin ve verimli bir yapıya sahip değildir.

Kurum ve dolayısıyla Kurul, bir yandan ilgili mevzuatın oluşturulmasında yer almakta, diğer taraftan da bu mevzuatın uygulaması sırasında vaki olacak şikâyetleri inceleyen mercii durumundadır.

Ayrıca Kamu İhale Kurulunun mevcut yapısı ve üyelerin seçim şekli dikkate alındığında, Kurulun, şikâyetleri hızlı ve en az hata ile inceleyip sonuçlandıracak bir yapıya sahip olmadığı anlaşılmaktadır. Bu durum uygulamada, Kurul kararlarının önemli bir kısmının yargıya taşınması ve aynı veya çok benzer konularda farklı kararlar verilmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır.

Kamu İhale Kurulunun etkin ve verimli bir şekilde çalışmamasının, ihale sisteminin işleyişine olumlu katkı verememesinin esas itibarıyla iki temel hatadan kaynaklandığı değerlendirilmektedir.

Bunlardan birincisi, yapılandırma hatasıdır. Kamu İhale Kurulu, tüm uyarılarımıza rağmen Türkiye'nin idari yapılanmasına uygun bir şekilde oluşturulmamıştır.

Temel hatalardan ikincisi ise zaten hatalı yapılandırılan bir Kurula, şikâyetleri inceleme görevinin verilmesidir. Özellikle Kurula, şikâyetleri inceleme görevinin verilmesinin, ihale mevzuatı ile ihale uygulamaları ve ihale sisteminin işleyişi konusunda yeterli bilgiye sahip olunmamasından ve muhtemel olumsuzlukları öngörme yetisinin eksikliğinden kaynaklanmış olduğu düşünülmektedir.

Diğer taraftan, Kurula esas itibarıyla şikâyetleri inceleme ve karar alma konularında tanınan bağımsızlık olgusunun, uygulamada geniş yorumlanarak mutlak bir idari ve mali bağımsızlık şeklinde kendini göstermiş olduğu gözlemlenmiştir.

Ayrıca Kurumun ve Kurulun ilk oluşumundan itibaren yapılan atamaların ekseriyeti için ihale mevzuatı ve uygulamaları konularında bilgi, uzmanlık ve deneyim gibi Kanunda açıkça belirtilen olmazsa olmaz niteliklerin objektif karinelerle kanıtlanmasına fazla önem verilmediği değerlendirilmektedir. Daha önce de belirtildiği üzere Kamu İhale Kanunu, Kurul üyeliğine önerilecek kişilerin; kamu kurum ve kuruluşlarında en az on iki yıl hizmetinin bulunması, kamu ihale mevzuatı ile ilgili yargılama, inceleme, denetleme, uygulama veya danışma konularında fiilen en az dört yıl çalışarak ulusal veya uluslararası ihale mevzuatı açısından kanıtlanmış niteliğe ve deneyime sahip olmaları hükmünü içermektedir.

6.3. Kamu İhale Kurumunu ve Kurulunu Yeniden Yapılandırma Gereği

Kamu İhale Kurumunun yeniden yapılandırılması konusunda siyasi otoritenin irade beyanlarının olduğu ve ayrıca bu yönde taleplerin de bulunduğu bilinmektedir.

6.3.1. Adalet ve Kalkınma Partisi Programı

Adalet ve Kalkınma Partisinin Parti Programı'nın IV-Kamu Yönetimi ana başlığının 4.2-Merkezi Yönetim alt başlığında bulunan konuya dair bazı düzenlemelere aşağıda yer verilmiştir:

“Tüm kamu kurum ve kuruluşları vatandaşın memnun edilmesi hedefine yönelik bir yönetim anlayışı ile yeniden yapılandırılacak ve uluslararası kalite standartlarına sahip kurumlar haline dönüştürülecektir.

Özerk kurum ve kuruluşların tabi olacakları ilkeler, bu organların üyelerinin seçim biçimi, hangi alanlarda kurulacakları ve merkezi yönetimle ilişkileri demokratik bir anlayış çerçevesinde yeniden ele alınacaktır.”

İktidar partisinin, parti programında yer verdiği ve yukarıda belirtilen düzenleme konuları, bir an evvel hayata geçirilmesi gereken çok önemli tespitlerdir.

6.3.2. Türkiye Ulusal Programı

Bakanlar Kurulunun 10/11/2008 tarih ve 2008/14481 sayılı Kararı ile kabul edilen Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı'nın Kamu Alımları başlıklı 5'inci Faslında; yapılacak olan yeni

yasal düzenlemelere paralel olarak Kamu İhale Kurumunun 2009-2013 yılları arasında yeniden yapılandırılacağı, Türkiye'nin bir ihtiyacı ve taahhüdü olarak öngörülmüştür.

6.3.3. Avrupa Birliği Türkiye 2010 Yılı İlerleme Raporu

Avrupa Birliği tarafından hazırlanan Türkiye 2010 Yılı İlerleme Raporu'nun, Üyelik Yükümlülüklerini Üstlenebilme Yeteneği ile ilgili 4'üncü başlık altında yer alan Kamu Alımları ile ilgili 5'inci Faslında; AB'nin Şikâyetlerin İncelenmesi Direktifine uyum ile ilgili olarak ilerleme kaydedilmediği, Kamu İhale Kurulunun, bir karara varmak ve bunu internet sitesinde yayımlamak için en fazla yirmi takvim gününe sahip olduğu, Türkiye'nin inceleme usullerine ilişkin mevzuatını AB müktesebatıyla uyumlu hale getirmesi ve idari kapasitesi ile uygulama mekanizmalarını güçlendirmesi gerektiği vurgulanmıştır.

Yukarıda kısaca belirtildiği üzere gerek iktidar partisinin gerekse de hükümetin irade beyanlarıyla ortaya konulmuş olan Kamu İhale Kurumu ve Kurulunun yeniden yapılandırılması ile ilgili olarak yapılabilecek çalışmalara yardımcı olmak amacıyla aşağıda fonksiyonel bir model önerisine yer verilmiştir.

7. İdeal Bir Kamu İhale Kurulu Nasıl Olmalıdır?

7.1. Türkiye'nin İhtiyaçları ile Avrupa Birliği ve Uluslararası Mevzuata Uyum Açısından

Şikâyetleri inceleme biriminin varlığının, ihalelerde özellikle mevzuata aykırı uygulamaları caydırıcı bir fonksiyonunun olduğu değerlendirilebilir. Ancak, bu fonksiyonunu tam olarak yerine getirebilmesi için anılan birim, hızlı ve doğru kararlar alabilecek konusunda uzman olan nitelikli ve ehil kişilerden oluşturulmalı ve bu birimin verdiği kararlar tüm taraflara güven vermeli ve adalet duygusunu yaralamamalıdır.

Çok büyük miktarda kamu kaynağının harcandığı kamu ihale sistemi içerisinde düzenleyici bir fonksiyona haiz olan Kamu İhale Kurumu, etkin ve hızlı kararlar alabilecek bir yapıda oluşturulmamıştır. Bunun neden bu şekilde olduğunu daha iyi anlayabilmek için kurumun ve kurulun oluşturulduğu dönemin şartlarını irdelemekte yarar vardır.

Kamu İhale Kurumu ve Kamu İhale Kurulu hemen her alanda bağımsız kurum veya kurul kurulması yarışının olduğu bir dönemde, daha önce kurulmuş olan kurumların yapılarına bakılarak benzer şekilde oluşturulmuştur. Zira, o dönemde oluşturulan kurum veya kurulların yapısı irdelendiğinde, teorik yapılarının birbirlerine benzer olduğu görülecektir.

Kamu İhale Kurumu ve Kamu İhale Kurulu, ihale sistemimizin gereklerine uygun ve bu alandaki ihtiyaçlara cevap verecek şekilde yapılandırılmamıştır.

Ancak, ihale sisteminin ve uygulamalarının kendine has ve üzerinde dikkatle durulması gereken bir yapısı olduğu ve Türkiye'de yıllık olarak 50 milyar US dolarına yakın kamu ihalesinin yapıldığı dikkate alındığında; bu alanı düzenleyecek bir kurumun veya kurulun, bu hususlar göz önünde bulundurularak etkin çalışabilecek ve hızlı kararlar alabilecek şekilde oluşturulması ve gerek kurul üyelerinin gerekse de diğer personelin atanmasında da nicelikten çok nitelik kaygılarının ön planda tutulması, değişerek gelişme yolunda hızla ilerleyen ve kendisine büyük hedefler belirlemiş bir Türkiye için önemli bir sorumluluk ve aynı zamanda bir zorunluluktur.

Bu çerçevede iki ana fonksiyonunu etkin bir şekilde yerine getirebilmesi açısından, Kamu İhale Kurumu ve Kamu İhale Kurulunun yeniden yapılandırılmasına ihtiyaç vardır.

Kurumun temel fonksiyonlarından birisi mevzuatı hazırlama, takip ve geliştirmektir. Diğerleri ise şikâyetleri bağımsızlık içerisinde objektif olarak incelemektir.

Mevzuatın hazırlanması, takip edilmesi ve geliştirilmesi çalışmalarında, kamu ihale mevzuatının uygulamasından doğrudan veya dolaylı olarak etkilenecek olan ilgili kamu kurumları ile özel sektörü temsilen ilgili meslek kuruluşları ve doğrudan alakalı sivil toplum kuruluşlarının temsilcileri yer almalıdır.

Şikâyetleri inceleme kurulunun üye sayısı az sayıda tutulmalı ve bu kurulun, hızlı ve etkin kararlar alabilecek şekilde tamamen işinde ehil uzman kişilerden teşekkül ettirilmesi hususunda taviz verilmemelidir.

Diğer taraftan, oluşturulacak kurumun, öncelikle Türkiye'nin ihtiyaçlarına cevap verebilecek nitelikte olması ve aynı zamanda da başta Avrupa Birliği olmak üzere dünya uygulamalarına uyum göstermesi gerekir.

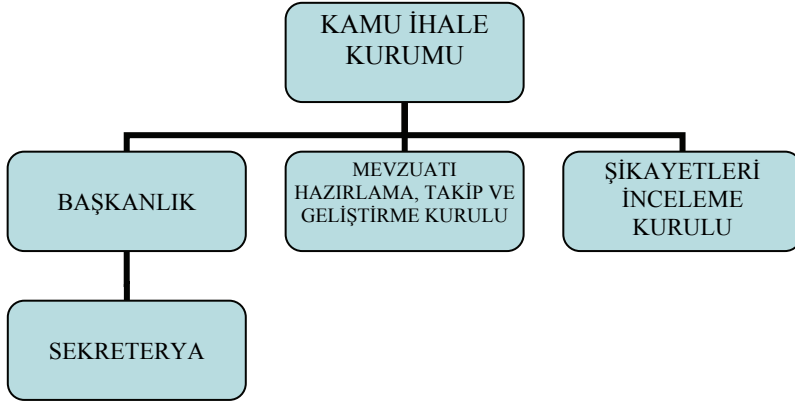
7.2. Model Önerisi

Dünya uygulamalarında, kamu ihale sistemi içerisinde kurum, kurul veya benzeri birimler birtakım amaçlarla oluşturulmaktadır ki, esas itibarıyla bu amaçlardan iki tanesi öne çıkmaktadır.

Bunlardan birincisi bu kurumların, dinamik bir yapısı olan kamu ihale uygulamalarını sürekli takip ederek bu alandaki mevzuatın ve düzenlemelerin gelişen ve değişen ihtiyaçlara uygun olarak güncellenmesini sağlamasıdır. İkincisi ise ihale süreciyle ilgili vaki itiraz ve şikâyetleri uzman bir birim sıfatıyla ve hızla inceleyerek ihale sürecinin akışını sağlamak, mevzuata aykırı uygulamaların önüne geçmek ve uygulama birliğini sağlamaya matuf kararlar alarak bir tür içtihat oluşturmaktır.

Mevcut Kamu İhale Kurumu ile Kamu İhale Kurulunun yapılanma şekli, kurul üyelerinin seçim biçimi, şikâyetlerin incelenme yöntemi gibi hususlar birlikte ele alındığında, kurumun bu haliyle ihtiyaçlara cevap vermekten uzak olduğu ve bu nedenlerle kurumun bir an evvel yeniden yapılandırılmasının yerinde olacağı değerlendirilmektedir. Yeniden yapılandırma aynı zamanda daha az personelle daha seri hizmet verilmesini de sağlayacağından, personel sayısında azaltma imkânını taniyacak ve bu suretle giderlerin azalmasına da imkân verecektir.

Fonksiyonel bir kamu ihale kurumunun nasıl olması gerektiğine aşağıda yer verilmiştir. Diyagramdan da görüldüğü üzere kamu ihale kurumu; başkanlık, mevzuatı hazırlama, takip ve geliştirme kurulu ile şikâyetleri inceleme kurulundan oluşmaktadır.



7.2.1. Başkanlık

Başkanlık; başkan, başkan yardımcıları ve hukuk danışmanlığı ile sekreterya'dan oluşan yapının adıdır.

Kurumun genel yönetim ve temsili başkana ait olacak ve başkana yardımcı olmak üzere en fazla iki başkan yardımcısı atanabilecektir.

Başkanlığa ve başkan yardımcılığına, en az dört yılı ihale mevzuatı ile ilgili uygulama, denetleme, inceleme veya yargılama konularında fiilen çalışmış olması şartıyla, kamu kurum ve kuruluşlarında en az on iki (başkan yardımcılarında en az on) yıl hizmeti bulunanlar arasından, ulusal ve/veya uluslararası ihale mevzuatı açısından kanıtlanmış niteliğe ve deneyime sahip olan kişiler atanabilecektir.

Hukuk danışmanlarının ihale hukuku konusunda ayrıca deneyime sahip olmaları aranacaktır.

7.2.2. Sekreterya

Sekreterya; yeteri kadar daire ile hizmet birimlerinden oluşan başkanlık bünyesindeki yapının adıdır. Mevzuatı takip ve geliştirme kurulu ile şikâyetleri inceleme kurulunun sekreterya hizmetleri de bu birim tarafından yerine getirilir.

Sekreterya bünyesindeki dairelerin başkanlığına en az dört yılı ihale mevzuatı ile ilgili uygulama, denetleme, inceleme veya yargılama konularında fiilen çalışmış olması şartıyla, kamu kurum ve kuruluşlarında en az sekiz yıl hizmeti bulunanlar arasından, ulusal ve/veya uluslararası ihale mevzuatı açısından kanıtlanmış niteliğe ve deneyime sahip olan kişiler atanabilecektir.

Başkanlık bünyesinde sekreterya içerisindeki birimlerde görev yapmak üzere kamu ihale mevzuatı ve uygulamaları konusunda yetiştirilmek amacıyla, belirlenecek usul ve esaslara göre kamu ihale uzman yardımcılığı alınarak yetiştirilecektir.

7.2.3. Mevzuatı Hazırlama, Takip ve Geliştirme Kurulu

Daha önce, 4734 sayılı Kanununun 53'üncü maddesinde, Kurumun görev ve yetkileri arasında yer alan "Bu Kanuna ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa ilişkin bütün mevzuatı, standart ihale dokümanlarını ve tip sözleşmeleri hazırlamak, geliştirmek ve uygulamayı yönlendirmek." şeklindeki hükmün, ihale sistemine dair mevzuatın oluşturulması ve geliştirilmesinde Kamu İhale Kurumunu adeta tek otorite durumuna getirdiği ve bu durumun katılımcı bir anlayışa uygun olmadığı belirtilmişti.

Diğer taraftan, Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında 178 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 10'uncu maddesinin (m) bendi; "m) (Değişik: 25/6/2009-5917/25 md.) Genel ekonomik politika ve stratejiler çerçevesinde kamu alımlarına ilişkin temel politikaları oluşturmak, bu konudaki kanun tasarılarının hazırlanmasında ilgili kurumlar arasında koordinasyonu sağlamak" şeklinde değiştirilmiştir.

Bu suretle, bu çalışmamızda Mevzuatı Hazırlama, Takip ve Geliştirme Kuruluna verilmesi gerektiği belirtilen koordinasyonu sağlama görevinin, kısmen Maliye Bakanlığına verilmek istenildiği anlaşılmaktadır.

Ancak, 4734 sayılı Kanununun 53'üncü maddesiyle, Kamu İhale Kurumuna verilen 4734 ve 4735 sayılı Kanunlara ilişkin bütün mevzuatı hazırlamak şeklindeki görev ile Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında 178 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 10'uncu maddesinin (m) bendi ile Maliye Bakanlığına verilen, kamu alımlarına ilişkin kanun tasarılarının hazırlanmasında ilgili kurumlar arasında koordinasyonu sağlama görevinin, bu alandaki sorunu çözmek için yeterli olamayacağı, aksine bu konudaki karmaşayı daha da artıracığı değerlendirilmektedir.

Bu çerçevede bu alandaki sorunu çözmek ve karmaşayı ortadan kaldırmak için Mevzuatı Hazırlama, Takip ve Geliştirme Kurulunun belirtilen işleri yapmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

Öngörülen Mevzuatı Hazırlama, Takip ve Geliştirme Kurulunun ana görevi, kamu ihale mevzuatını hazırlamak, mevzuatı sürekli takip ederek, gelişen ve değişen ihtiyaçlara paralel olarak mevzuatta gerek duyulan değişiklikleri belirlemek ve gerekli taslak çalışmaları yapmaktır.

Kurul, belirli aralıklarla Kurum başkanının veya görevlendireceği başkan yardımcısının başkanlığında toplanan geçici bir danışma kurulu şeklinde çalışacaktır. Kurul; Maliye Bakanlığı gibi uzman bakanlıklar ile sıklıkla ihale yapan yatırımcı ve harcamacı kamu idarelerinin ve başkanlıkta yer alan ilgili daire başkanları ile sorumlu uzmanların, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB), Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu (TİSK), Türkiye İnşaat ve Tesisat Mütahhitleri İşveren Sendikası (İNTES), Türkiye Mütahhitler Birliği, Türkiye Müşavirler Birliği gibi ilgili meslek ve sivil toplum kuruluşlarının ihale uygulamaları ve mevzuatı konularında yeterli bilgi ve uzmanlığa sahip temsilcilerinin katılımıyla oluşacaktır.

Kamu İhale Kurumu, ihale sistemi ile ilgili tüm mevzuatın uygulamasını devamlı olarak takip edecek ve ortaya çıkabilecek güncelleme ihtiyaçlarını tespit edecektir. Mevzuat hususunda vaki olabilecek değişiklik gerek ve ihtiyacının oluştuğunu tespit etmesi durumunda, yapılacak taslak çalışmalarına katılım için ilgili idare, kurum ve kuruluşlar ile sivil toplum kuruluşlarına çağrıda bulunarak katılımları istenilecektir.

Mevzuatı Hazırlama, Takip ve Geliştirme Kurulu, ihale sistemi ile ilgili kanun, kararname, usul ve esaslar ile yönetmelik taslaklarını hazırlayarak siyasi otoriteye teslim edilecek duruma getirecektir. Kurul, talebe uyarak katılım sağlayan birimlerin temsilcileri ile çalışmalarını yürütür. Talebe rağmen katkı sağlamayan birimler, kurul tarafından hazırlanan taslakları kabul etmiş sayılırlar.

Genel nitelikli tebliğler ile kanun gereği yapılacak parasal veya benzeri nitelikli güncellemelere dair tebliğler, Kurum tarafından hazırlanacaktır.

Mevzuatı Hazırlama, Takip ve Geliştirme Kurulunun bu şekilde oluşturulmasındaki amaç; mal veya hizmeti alacak kamu idareleri ile bu mal veya hizmeti temin edecek olan özel sektör temsilcilerinin, diğer bir deyişle ilgili tarafların bir araya gelerek, bu süreçte uygulanacak mevzuatın objektif bir şekilde daha çoğulcu ve katılımcı bir şekilde hazırlanmasını sağlamaktır.

İhalelerde uygulanacak mevzuatın hazırlanması sürecine, kamuya mal veya hizmet satanlar ile iş yapan tarafı da dahil etmek suretiyle mevzuatın tek taraflı hazırlandığı ve bu nedenle uygulamada sıkıntılara yol açtığı şeklindeki yakınmalar da işin başında önlenmiş olacaktır. Ayrıca gerek mal ve hizmet satın alan veya iş yaptıran kamu idareleri ile kamuya mal veya hizmet satan özel sektör temsilcilerinin katılımı ile hazırlanmış mevzuatın her iki tarafça da sahipleneceği düşünülmektedir.

7.2.4. Şikayetleri İnceleme Kurulu

Şikayetleri İnceleme Kurulunun görevi, ihale süreciyle ilgili vaki itiraz ve şikayetleri uzman bir birim sıfatıyla ve hızla inceleyerek ihale sürecinin akışını sağlamak, mevzuata aykırı uygulamaların önüne geçmek ve uygulama birliğini sağlamaya matuf kararlar alarak bir tür içtihat oluşturmaktır.

Kurul beş veya yedi kişiden oluşacaktır. Kurul üyeliğine, en az dört yılı ihale mevzuatı ile ilgili uygulama, denetleme, inceleme veya yargılama konularında fiilen çalışılmış olması şartıyla, kamu kurum ve kuruluşlarında en az sekiz yıl hizmeti bulunanlar arasından, ulusal ve/veya uluslararası ihale mevzuatı ve uygulamaları açısından kanıtlanmış niteliğe ve deneyime sahip olan kişiler atanabilecektir.

Kurul üyelerinin görev süresi altı yıl olacak ve bir üye bir defadan fazla seçilemeyecektir. Bu üyelerin ücret ve özlük haklarının, üyelerin niteliği ve yapılan görevin önemiyle de mütenasip düzeyde olmasına da dikkat edilmesi gerekmektedir. Bu nedenle kurul üyelerin ücret ve özlük haklarının kurum başkan yardımcısı ile aynı düzeyde olması gerektiği değerlendirilmektedir.

Kurulun sekreteryası hizmetlerini, Kurumun sekreteryası birimi yapacaktır.

Kurul idari, mali ve diğer açılardan Kurumun bir birimi olacaktır. Ancak, Kurul üyeleri, şikayetleri inceleme görevlerini tam bir bağımsızlık içinde sadece ilgili mevzuat hükümlerine göre yapacaklardır ve bu konuda hiçbir baskı veya telkine maruz kalmamaları için gereken güvencelere dair düzenlemeler kanunda yer almalıdır.

Yukarıda belirtildiği üzere Kurul üyelerinin yapacağı görevin hususiyeti vardır. Bu nedenle anılan Kurulda görev yapacakların, ulusal ve/veya uluslararası ihale mevzuatı ve uygulamaları açısından kanıtlanmış niteliğe ve deneyime sahip olan ve ayrıca etik kurallara uyum konusunda zafiyet göstermeyeceği anlaşılan kişiler arasından seçilerek atanmalıdırlar.

Kurul üyelerinin, ulusal ve/veya uluslararası ihale mevzuatı ve uygulamaları açısından kanıtlanmış niteliğe ve deneyime sahip olduklarını kanıtlanmanın en adil ve elzem yöntemi sınav veya bu amacı sağlamaya matuf benzer seçim yöntemleri olmalıdır.

Kurul üyelerinin seçimi, atanmaları ile çalışma usul ve esasları ve diğer hususlar, ilgili mevzuatında ayrıntılı olarak belirlenmelidir.

Sonuç

Bu çalışmamızda öncelikle, kamu ihale sistemimizde köklü bir reform yapılmasına neden ihtiyaç duyulduğu ve bu çerçevede 4734 sayılı Kamu İhale

Kanunu ile 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun çıkarılmasına ilişkin süreç ayrıntılı bir şekilde anlatılmıştır.

Daha sonra, Türkiye'nin toplam kamu alımları potansiyeli, ihale türleri ve tedarik yöntemleri itibarıyla rakamlarla ortaya konulmuştur.

Gerek Kanunun yapısından gerekse de uygulamasından kaynaklanan çeşitli sorunlara değinilmiştir. Farklı özelliklere haiz olmaları nedeniyle mal ve hizmet alımları ile yapım işleri için Kamu İhale Kanununda ayrı bölümlerde özel hükümlere yer verilmemiş olması yapısal bir eksiklik olarak değerlendirilmektedir. Bir diğer düzenleme eksikliği ise diğer idarelerin ihalelerine göre farklı özelliklerinin olduğu dikkate alındığında su, enerji, ulaştırma ve haberleşme sektörlerinde faaliyet gösteren idarelerin ihaleleri için ayrı bir düzenleme yapılmaması da önemli bir eksikliktir. Ayrıca bu konuda Avrupa Birliği (AB) mevzuatıyla da bir uyumsuzluk olduğu aşikârdır.

Kamu İhale Kanununa yönelik eleştirilerin birçoğu Kanunun uygulamasından kaynaklanan hususlar dolayısıyladır. Bunların belli başlıcaları ise yaklaşık maliyet esasının tam olarak uygulanamamasıdır. Bu konuda ihaleyi yapan idareler, yaklaşık maliyetten yukarı veya aşağı yönde farklılıklar gösteren tekliflere tereddütle yaklaşmışlar ve genellikle kendi hesapladıkları yaklaşık maliyete çok yakın olan tekliflere itibar etmeyi benimsemişlerdir. İstekliler ise ayrıntılı olarak yapacakları teknik ve mali araştırmalar ile fizibiliteye göre tespit edecekleri maliyetlere göre tekliflerini belirlemek yerine idarelerce hesaplanan yaklaşık maliyeti bilmeyi ve ona göre teklif oluşturmayı tercih etmişlerdir.

Bir diğer husus ise istisnaların sayısının sürekli artmış olmasıdır. Kanunun ilk halinde öngörülen istisnalar ancak zorunlu ve gerekli hallere münhasır olarak düzenlenmiş olduğu halde istisna sayısı geçen zaman içerisinde iki katına çıkmıştır.

Doğrudan temin yöntemine çokça başvurulması da bir başka eleştiridir. Bilindiği üzere, doğrudan temin ihale usulleri arasında yer almamaktadır. Kanunda belirtilen hallerde ihtiyaçlar genel ihale usulleri yerine ilan yapma ve teminat alma zorunluluğu bulunmayan doğrudan temin suretiyle karşılanabilmektedir.

İhale uygulamalarına ilişkin kanunların hiç değiştirilmemesi veya çok nadir olarak ve ancak zorunlu hallere münhasır olmak üzere değiştirilmesi gerektiği halde, geçen kısa zaman içerisinde Kanunda çok fazla değişiklik yapılmıştır.

İhale sistemimize ilk defa 4734 sayılı Kanunla kazandırılan aşırı düşük teklifler müessesesinin uygulamada gerek idareler gerekse de istekliler tarafından iyi kullanılamaması da önemli bir sorun oluşturmaktadır.

Diğer taraftan Kamu İhale Kurumu ve Kurulunun gerek yapısı gerekse de görev tanımları itibarıyla hatalı oluşturulduğu ve bu nedenlerle de Kurum ve Kurulun bu haliyle gerek Kanunun geliştirilmesi gerekse de ihtiyaçlara cevap verme konularında yetersiz kaldığı değerlendirilmiştir.

Gerek Kurumun gerekse de Kurulun; özellikle ihale sistemini geliştirme ve iyileştirme, uygulamada ortaya çıkan sorunlara müdahale edebilme ve bu sorunlara hakkaniyetli ve adilane çözümler üretebilme, belirsizlikleri giderme, temel ilkeler geliştirme, aynı veya çok benzer konularda aynı türden kararlar alabilme ve herkes tarafından kabul edilebilecek referans idari görüşler oluşturma konularında yeterince başarılı olamadığı ifade edilebilir.

Bu çerçevede yukarıda belirtilen konularda yeterli, ehil ve konunun uzmanı olan, dinamik, donanımlı ve fonksiyonel bir Kamu İhale Kurumu ve Kurulunun tesis

edilmesinin elzem olduğu ve bunun hem Türkiyemizin ekonomik kazanımları hem de ülkemiz insanı için faydalı bir iş olacağı düşünülmektedir.

Çalışmamızın sonraki bölümünde gerek Türkiye'nin ihtiyaçları açısından gerekse de Avrupa Birliği ve uluslararası mevzuata uyum açısından ideal bir kamu ihale kanununun nasıl olması gerektiğine dair ayrıntılı öneride bulunulmuştur.

Daha sonra ise gerek iktidar partisinin gerekse de hükümetin irade beyanlarıyla ortaya konulmuş olan Kamu İhale Kurumu ve Kurulunun yeniden yapılandırılması ile ilgili olarak yapılabilecek çalışmalara yardımcı olmak amacıyla hem Türkiye'nin ihtiyaçları hem de AB ve uluslararası mevzuata uyum açısından fonksiyonel bir model önerisine yer verilmiştir.

İdeal bir kamu ihale kurumu ve kuruluna ilişkin önerimizde, kamu ihale kurumu; sekreteryası ile birlikte başkanlık, mevzuatı hazırlama, takip ve geliştirme kurulu ile şikayetleri inceleme kurulundan oluşmaktadır.