



Kamu Alımları

Kamu İhalelerinde Yaygın Hataların Tespiti ve Düzeltilmesi

İÇİNDEKİLER

- [Kamu ihalelerinde hata nedir?](#)
- [Kamu ihalelerinde hatalar nasıl tespit edilir?](#)
- [Hataların sınıflandırılması ve kamu ihale usullerinin sonuçları üzerindeki etkileri](#)
- [Kamu ihalelerinde karşılaşılan en yaygın hatalar nelerdir ve bunlar nasıl düzeltilmelidir?](#)
- [Ek Bilgi](#)

Yayın izni SIGMA Program Başkanı Karen Hill tarafından verilmiştir.

Kamu ihalelerinde hata nedir?

Bu Dosya kapsamında, kamu ihalesinde hata ifadesi, usulün hangi aşamada olduğundan veya hazine açısından sonuçlarından bağımsız olarak kamu ihale kurallarının (ilkelerinin) ihlali şeklinde anlaşılmaktadır.

Kamu ihalelerinde hatalar aşağıdaki zamanlarda yapılabilir:

- Belirli bir ihalenin planlama aşamasında bir ihale usulünün resmi olarak başlatılmasından **önce**: Örneğin, ihale bedelinin tahminen belirlenmesi sürecinde veya belirli bir usulün uygulanmasına ilişkin bir karar alınması esnasında. İhale usulünün resmi olarak başlatılmasından önce alınan kararların ihale makamının benimseyeceği adımlar açısından şüphesiz bir etkisi olacaktır.
- Bir ihale usulünün uygulanması **esnasında**: Örneğin, müteşebbisin niteliklerinin yanlış değerlendirilmesi, müteşebbislerin seçilmesine dair kuralların yanlış uygulanması veya tekliflerin hatalı değerlendirilmesi.
- Usul uygulanıp ihale tamamlandıktan **sonra**: Örneğin, ihale Sonuç İlanının yayınlanmaması, halihazırda tamamlanmış bir ihalenin yasalara aykırı şekilde değiştirilmesi veya koşullar yerine getirilmeden ilave yapım işleri ya da hizmetlerin ihaleyle verilmesi.

Kamu ihalelerinde hatalar nasıl tespit edilir?

Kamu ihalelerinde hatalar genellikle aşağıdaki mekanizmalar (usuller) aracılığıyla tespit edilir ve düzeltilir:

- Müteşebbisler tarafından ihale makamlarının kararlarına itiraz etmek suretiyle başlatılan **inceleme usulleri**. Bu itirazlar neticesinde mahkeme ya da başka bir bağımsız inceleme kurumu tarafından inceleme başlatılabilir.
- Devlet denetleme kurumları tarafından yapılan **denetimler** (dış denetim) ve kurum içerisinde konuya özel bir birim tarafından yapılan denetimler (iç denetim).
- Konuya özel bir kurum tarafından yapılan **kontroller** (teftişler): Örneğin, Kamu İhale Kurumu, Maliye Bakanlığı veya diğer bir yetkili gözetim kurumu ilgili tarafların şikayetlerine binaen talep üzerine ya da kendi inisiyatifleri doğrultusunda *resen* kontrol gerçekleştirebilir.
- Diğer idari veya mali teftiş ve kolluk kurumları tarafından yapılan **kontroller**.

Hataların sınıflandırılması ve kamu ihale usullerinin sonuçları üzerindeki etkileri

Kamu ihale sürecinde, uygulanan kriterlere bağlı olarak çeşitli hata türleri tespit edilebilir. Bu Dosya kapsamında, hatalar arasındaki ayırım, **hatanın ihale usulünün sonuçları üzerindeki etkisi** kriterine dayalı olarak yapılmıştır. Dolayısıyla hatalar, (1) **önemli** (büyük) hatalar ya da (2) **önemsiz** (küçük) hatalar şeklinde sınıflandırılabilir.

Avrupa Sayıştayı (ECA) denetçileri de aynı ayırımı yapar. ECA, "*DAS¹ Hatalarının Tanımlanması ve Düzeltilmesi*" başlıklı broşüründe, hataların "*denetim görüşünün muhataplarının kararlarını tek başlarına veya diğer hatalarla birlikte toplu olarak makul bir şekilde etkilemesi durumunda*" DAS'ın amaçları ile ilişkili olacağına işaret etmektedir". ECA politikasına göre, uygulamada hiçbir hata

¹ DAS, "Güven Beyanı" anlamına gelen Fransızca bir kısaltmadır (Fransızca orijinali: *Déclaration d'Assurance*). Bu ifade, Avrupa Birliği'nin (AB) İşleyişi Hakkında Anlaşma Madde 287 (1) uyarınca Avrupa Sayıştayı tarafından AB'nin tüm gelir ve giderleriyle ilgili olarak sunulan yıllık görüşe atıfta bulunmaktadır.
http://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/DAS_ERRORS/DAS_ERRORS_EN.PDF

olmadığını varsaymak gerçekçi değildir ve “neticede hangi düzeyde doğruluğun uygun olacağına dair belirli bir tolerans seviyesinin kabul edilebilir olduğunun değerlendirilmesi gerekir”.

Bu Dosya kapsamında;

- **Önemli (büyük) hatalar, belirli bir ihale usulünün sonuçları üzerinde etkisi olan** hatalardır. Diğer bir deyişle, söz konusu hatalar yapılmamış olsaydı, usulün sonuçlarının farklı olacağı durumlardır. Örneğin, usul kapsamında sunulan en iyi teklifin resmi sebeplerden ötürü dayanaktan yoksun bir biçimde reddedilmesinin usulün sonuçları üzerinde açık bir etkisi olacaktır, zira bu doğrultuda daha az avantajlı ya da basitçe daha yüksek bir teklifin seçilmiş olması söz konusudur.
- **Önemsiz (küçük) hatalar** ise ihale kurallarının uygulanmasında meydana gelen ve **usulün sonuçlarını etkilemeyen** tüm diğer hatalardır. Örneğin, hata yapılmamış olsaydı dahi aynı teklifin yine de en iyi teklif seçileceği ya da sehven reddedilen bir müteşebbisin reddedilmemiş olsaydı dahi ihaleyi kazanamayacağı durumlar önemsiz hatalardır.

Kamu ihaleleri bağlamında, kanunen yapılması gerektiği halde **ihale ilanı** (ihale çağrısı) yapılmaması ve **ihale Sonuç İlanı** yapılmaması ya da geç yapılması, belirli kamu ihale hükümlerinin ihlali anlamına gelmektedir. Ne var ki bu iki durumun sonuçları söz konusu ihale açısından farklı olacaktır. Benzeri şekilde, ihale makamı bir istekliden eksik belgeleri talep etmezken diğer isteklilerden talep ederse söz konusu talebin yapılmasını öngören resmi kuralları ihlal etmiş olacaktır. Bununla birlikte, söz konusu istekli, bedeli çok yüksek olduğu için ihaleyi kazanma şansı bulunmayan bir teklif sunarsa, bahsi geçen ihlal sonuçsuz kalmış olacaktır. Bu hatanın önemsiz hata olarak sınıflandırılmasının nedeni, ihale makamı yükümlülüklerini tamamen yerine getirmiş olsaydı dahi usulün sonuçlarının aynı olacak olmasıdır.

Diğer taraftan, **önemli hatalarla önemsiz hatalar arasındaki ayrım kesin değildir** ve vaka temelli bir yaklaşıma ilaveten mevcut koşulların dikkatle incelenmesini gerektirir. Usulün sonuçları üzerinde etkileri olmasa bile önemsiz hataların tespit edilmesi ve gerek öğrenme amaçlı olarak gerekse önleme için ilgili ihale makamının dikkatine sunulması gerekir.

Bu Dosya, kamu ihalelerinde karşılaşılan en yaygın hataların bir listesini, ihlal edilen kuralların kısa açıklamasını, tespit yöntemlerini, ihlal sonuçlarını ve giderme (düzeltme) yöntemlerini sunar. Aşağıdaki liste, muhtemel hataların tamamını içeren bir liste olarak sunulmamıştır. Zira kurallar farklı olabileceği için ulusal mevzuatlarda tanımlanan muhtemel hatalar değişiklik gösterebilir. Aksine, bu liste en yaygın olarak karşılaşılan hatalarla sınırlıdır. Uygulanan kurallar ne kadar karmaşık ve ne kadar sıkı ise bu kuralların er ya da geç ihlal edilme ihtimalinin de o kadar yüksek olacağı aşikardır. Bu husus gözden kaçırılmamalıdır.

Aşağıda belirtilen hatalar, ihale sürecinin hangi aşamasında gerçekleştiklerine göre gruplandırılmıştır.

Kamu ihalelerinde karşılaşılan en yaygın hatalar nelerdir ve bunlar nasıl düzeltilmelidir?

1. Usulün planlanması, hazırlanması ve uygulanmasına ilişkin hatalar

a) İhale kurallarının uygulanmaması

Kamu ihale kuralları, kamu ihalelerinin neticelendirilmesinde belirli kurallara uyması şart olan kurum, kuruluş ya da kişilere (ihale makamı) dair kategorileri tanımlar. İhale makamı/kuruluşunun uyulması gereken kuralları uygulamadan bir ihaleyi sonuçlandırması durumunda ihale kurallarını ihlal ettiği değerlendirilir. Bu tür bir ihlal, aşağıdaki örnek durumlarda gerçekleşebilir:

- İhale makamı, şeffaf ve rekabet kurallarına uygun bir şekilde yapılması gereken bir ihaleyi doğrudan belirli bir yükleniciye verir.
- İhale makamı, ihale kurallarının belirli bir istisnasına dayanarak ihale kurallarını uygulamaktan, söz konusu kuralları uygulamama koşulları tam olarak yerine gelmediği halde yasalara aykırı bir biçimde imtina eder. Örneğin, ihale makamı kendi kontrolü dışında olan acil bir durumun vuku bulduğunu iddia eder, oysa gerçekte böyle bir durum söz konusu değildir.
- Zaman zaman, ihale makamının ihaleyi kendi başına şeffaf ve rekabete uygun olan, ancak ihale kanununda öngörülen usulle aynı olmayan bir usul doğrultusunda sonuçlandığı durumlar da vardır. Örneğin, ihale çağrısı yapılmıştır ancak kanunda şart koşulan şekilde yapılmamıştır. Mesela çağrı, *AB Resmi Gazetesi'nde* yayınlanmak yerine ulusal veya yerel düzeyde yayınlanmıştır.

İhale kanununda öngörülen ihale kurallarının uygulanmaması, ihale kurallarının en ciddi ihlallerinden birini teşkil eder. Bu durum, özellikle bu ihale kurallarının uygulanmaması sonucunda söz konusu ihalenin, diğer müteşebbislere ilgilerini beyan etme fırsatı verilmeksizin doğrudan belirli bir yüklenici üzerinde bırakılması halinde geçerlidir. Kuralların bu şekilde uygulanmaması durumu hem kamu ihale sisteminin temel ilkelerine aykırılık teşkil eder, hem de kamu mali kaynakları açısından zararlı olabilir. Böylece ihale makamının yapım işleri, mal veya hizmetler için rekabetçi ve şeffaf usuller uygulanmış olsaydı ödeyeceğinden daha fazla ücret ödemesi söz konusu olacaktır.

Bu tür bir hata ancak, ihale sonuçlandırılmışsa ihalenin geçersiz olduğunu beyan ederek (İhtilafların Çözümüne Yönelik Direktif²) ve yeni, rekabetçi bir ihale usulü başlatarak giderilebilir.

b) Yanlış ihale usulünün seçilmesi

Direktifte³ tanımlanan AB ihale kuralları kapsamında, iki temel ihale usulü mevcuttur: açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulü. Bu usuller "varsayılan" ihale usulleri olarak muamele görür, yani her zaman uygulanmaları mümkündür. Hangi usulün uygulanacağına dair seçim ise ihale makamına bırakılmıştır.

Diğer tüm ihale usulleri, ilgili ihale direktiflerinde kesin olarak tanımlanmış belirli koşullar altında uygulanabilir.

İhale makamları, Sektörler Direktifi⁴ kapsamında, rekabet çağrısında bulunulmuş olması kaydıyla, açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü ve pazarlık usulü arasından diledikleri şekilde seçim yapabilirler.

² Tadil edildiği şekliyle, kamu ihalelerinin sonuçlarına ilişkin inceleme usullerinin etkinliğinin geliştirilmesine yönelik 89/665/EC ve 92/13/EEC sayılı Konsey Direktiflerinde değişiklik yapan 2007/66/EC sayılı ve 11 Aralık 2007 tarihli Direktif.

³ 2004/18/EU sayılı Direktifi yürürlükten kaldıran 2014/24/EU sayılı ve 26 Şubat 2014 tarihli Kamu Alımları Direktifi.

⁴ 2004/17/EC sayılı Direktifi yürürlükten kaldıran 2014/25/EU sayılı ve 26 Şubat 2014 tarihli su, enerji, ulaştırma ve posta sektörlerindeki kuruluşlar tarafından yapılan alımlar hakkında Direktif.

Farklı usullerin uygulanabileceği durumlarla ilgili daha fazla bilgi için, bkz. SIGMA Kamu Alımları Dosyası 10, *Kamu İhale Usulleri*. İhale usulünün uygun şekilde seçilmesine dair kuralları dikkate alıp uygulamayan ihale makamı, bilhassa bir ihaleyi herhangi bir rekabet çağrısında bulunmadan sonuçlandırması durumunda kamu ihale kurallarını ihlal etmiş olur.

Yukarıda yer alan Madde 1 (a) kapsamında sunulan ve ihale kurallarının uygulanmamasıyla ilgili olan vakada da belirtildiği üzere, yanlış ihale usulünün seçilmesinden kaynaklı bir ihlal ancak ilgili ihalenin geçersiz olduğunu beyan ederek (şayet ihale bir istekli üzerinde bırakılmışsa) ve yeni, rekabetçi bir ihale usulü başlatarak giderilebilir.

c) İhale bedelinin tahmin edilmesine ilişkin kuralların yanlış uygulanması

Hem AB hem de ulusal kamu ihale kurallarının uygulanması normal şartlar altında mevzu bahis olan ihale bedeline bağlıdır. Örneğin, AB direktifleri yalnızca belirli finansal limitleri aşan ihale bedelleri için geçerlidir. Ayrıntılı kuralların yanı sıra bir dizi genel ilke de kamu ihalelerinde tahmini bedelin hesaplanması için dikkate alınır. İhale makamı aşağıdakilerden birini yaparsa ihale kurallarının ihlali gerçekleşmiş olur:

- Belirli kuralların uygulanmasından imtina etmek amacıyla **ihale bedeli tahminini gerçek değer altında tutması**. Bunun neticesinde, AB ihaleleri bağlamında, ihale ilanına yalnızca ulusal düzeyde çıkılır (veya hiç çıkılmaz), dolayısıyla teklifte bulunma fırsatı konusunda yabancı şirketlerin bilgiye erişimi büyük ölçüde kısıtlanmış olur;
- **İhaleyi yapay bir şekilde parçalara ayırması** ve küçük parçalardan oluşan bir ihale yapısı oluşturması, bunun sonucunda daha az şeffaf ve daha az rekabetçi usulleri uygulaması. Bir ihalenin küçük parçalara ayrılması, küçük ve orta büyüklükteki işletmelerin şanslarını arttırmanın bir yolu olarak teşvik edilmektedir. Bir ihalenin parçalara ayrılması, ilgili kuralların uygulanması şartından kasten imtina etmek için yapılmadığı sürece kabul edilebilir bir durumdur.

Vaka çalışması

İhale makamı, yeni bir bilgi ve iletişim teknolojisi (BİT) sisteminin (ihale makamı bu sisteme "deneme" veya "test" sürümünü adını vermektedir) kurulmasına dair bir ihaleyi doğrudan bir isteklinin üzerinde bırakmıştır. İhalenin tahmini bedeli, 14.000 Euro'luk ulusal eşik altındadır, dolayısıyla İhale İlanına çıkmamıştır. İhale makamı, yazılımla ilgili telif haklarının ihale üzerinde kalan istekli tarafından ihale makamına devredileceğini ihale şartnamesinde de sözleşme hükümlerinde de belirtmemiştir. İhale üzerinde kalan X şirketi, bu sebepten ötürü yazılıma dair telif haklarını elinde tutmaya devam etmiştir. İhale makamı daha sonra X şirketine yazılımın modernizasyonu ve geliştirilmesine dair başka bir dizi ihale daha vermiştir. Söz konusu diğer ihaleleri, hiçbir rekabet koşulu yerine getirilmeksizin doğrudan X şirketinin üzerinde bırakmıştır. İhale makamı, diğer ek ihaleleri bu şekilde sonuçlandırma yetkisi olduğunu, zira X şirketinin BİT sisteminin daha da geliştirilmesine ilişkin münhasır hakları (telif haklarını) elinde tuttuğunu iddia etmiştir. Böylece ihale makamı, oldukça mütevazı bir bedelle ihaleye çıkmış, ardından herhangi bir rekabet koşulu yerine getirilmeksizin aynı şirkete 18 milyon Euro birleşik değere sahip hizmetlerin temini işini de tevdi etmiştir.

- Tüm parçaların birlikte toplam değeri açısından uygulanabilir olan kuralları uygulaması gerekirken, belirli bir dönem dahilinde sonuçlandırılan **aynı ya da benzeri temin, hizmet ve yapım işlerini bir araya toplamaması** ve daha az şeffaf, daha az rekabetçi usuller uygulaması.

Bir araya toplama hükümlerine göre bir dizi benzeri ihale söz konusuysa ve bunların her biri belirli bir finansal eşik değer altındaysa, ihale bedelinin hesaplanmasında her biri dikkate alınır. Yine bir araya toplama hükümlerine göre, benzeri ihalelerin bir arada toplam değeri eşik değerin üzerindeyse, ayrı ayrı değerlendirildiklerinde o eşik altındaki kalan ihaleler açısından da ihale

kuralları geçerlidir. İhale makamı bir ihaleyi parçalar halinde gerçekleştirmeye karar verirse ilgili kısımların her birinin bedelini dikkate almalı ve bir bütün olarak değerlendirildiğinde ihalenin bedeliyle alakalı olan hükümleri (usulleri) uygulamalıdır. **İhale bedelinin tahmini olarak belirlenmesine ilişkin kuralların ihlali ya da ihalelerin yapay bir biçimde bölünmesi, bilhassa (ihaleyi doğrudan bir isteklinin üzerinde bırakmak gibi) şeffaf- olmayan ve rekabetçi olmayan ihale usullerinin uygulanması sonucunu doğurmaları halinde önemli birer ihlal teşkil eder.**

Vaka çalışması

İhale makamı, kanalizasyon sisteminin inşasına ilişkin benzeri yapım işleri için dört ihale düzenlemiş ve sonuçlandırmıştır. İhalelerin bedelleri sırasıyla şu şekildedir: (1) 1.625.649 Euro, (2) 951.368 Euro, (3) 1.360.502 Euro ve (4) 1.490.807 Euro. Tüm parçaların toplam bedeli 5.428.326 Euro olarak ortaya çıkmıştır. AB kuralları doğrultusunda, ihalenin tüm parçalarının, ayrı usullerle verilmiş olsalar dahi *Avrupa Birliği Resmi Gazetesinde* yayınlanması gereklidir, zira ihalenin toplam bedeli AB eşik değeri olan 5.225.000 Euro'yu geçmiştir. Bununla birlikte, ihale makamı kamu ihale kurallarını ihalenin her bir parçası tamamen farklı bir ihalenin konusuymuş gibi uygulamış ve *Avrupa Birliği Resmi Gazetesinde* ihale ilanı yayınlamamış, böylece bir araya toplama ile ilgili olarak yukarıda dile getirilen kuralları ihlal etmiştir.

İhalelerin doğrudan verilmesi durumunda olduğu üzere, şeffaf ve rekabetçi bir usul uygulamak yerine ihaleleri yapay bir biçimde bölme ihlali ancak sözleşme henüz imzalanmamışsa ihale usulünü iptal ederek ya da sözleşme imzalanmışsa sözleşmeyi geçersiz ilan ederek giderilebilir.

İhale bedelinin hesaplanması kurallarına ilişkin daha fazla bilgi için, bkz. SIGMA Kamu Alımları Dosyası 5, *AB Mali Eşik Değerlerini Anlamak*.

d) İhale amacının yanlış açıklanması

Kamu ihalesinin amacını, gereken mal veya hizmetleri yalnızca belirli bir tedarikçinin temin edebileceği bir şekilde tanımlamak mümkün olsaydı, şeffaf ve rekabetçi ihale kuralları hiçbir işe yaramazdı. İhale amacını, teknik şartnameler temelinde açıklanmalı, isteklilere eşit erişim hakkı sunulmalı ve kamu ihalesinin rekabete açılması önünde haksız engellerin yaratılmasının önüne geçilmelidir. İhale sözleşmesinin amacı, yeterince açık, öz ve anlaşılabilir kelimeler kullanılarak açıklanmalı, teklifin hazırlanmasında etkisi olabilecek şart ve koşulların tamamı dikkate alınmalıdır.

İhale makamı, ihalenin amacını rekabeti haksız bir biçimde kısıtlayacak şekilde açıklarsa kanunu ihlal eder. Özellikle de ihale makamının ticari markalara, patentlere veya menşesine atıfta bulunarak ihalenin amacını açıklaması halinde, söz konusu atıf ihalenin amacı gereği gerekçelendirilmemişse ya da ihale makamı ihalenin amacını başka bir yöntemle yeterince kesin olarak açıklayamıyorsa ve böylesi bir atıfta "veya eşdeğeri" ifadesine yer verilmesi koşuluyla ihale makamı kanunu ihlal etmiş olur.

Tarafli, ismarlama şartnamelerle ilgili hatalar, tespit edilmesi en güç hatalar arasındadır. Bununla birlikte, **müteşebbisler genellikle kendilerini yapım işleri, mal ya da hizmetleri sunmaktan alıkoyan tedbirler hakkında şikayette bulunmak suretiyle bu hataları ilgili kurumların dikkatine sunarlar. İhale kurallarının ihlal edildiğini ihale makamına kanıtlamak amacıyla ilgili alandaki bağımsız, dış uzmanları görüşlerini belirtmeye davet etmek gerekebilir.**

e) Eşit muamele, orantılılık ve gerçek rekabet ilkelerine uymayan katılım koşulları

Seçim (yeterlik) koşullarının amacı, verilecek olan ihalenin gereklerini yerine getirme ve tamamlama kabiliyetine sahip müteşebbisleri tespit etmektir. İhale makamı, tüm müteşebbisler için eşit olan koşulları belirlemelidir. Katılım koşullarını tespit ederken ihale makamı, üçüncü tarafların kapasiteleri de dahil olmak üzere müteşebbislerin mümkünse yerine getirmesi gereken asgari kapasite düzeylerini tespit edebilir. Bu koşullar, ihalenin amacıyla ilişkili ve orantılı olmalıdır. Seçim süreci, ihale dışı bırakılma (zorunlu veya seçimlik) gerekçelerinin bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi

ve müteşebbisin hizmet sunmaya uygunluğunun, mali ve ekonomik durumunun ve teknik ve/veya mesleki kapasitesinin değerlendirilmesiyle sınırlı olmalıdır.

Aşağıdaki yeterlik kriterleri, Avrupa Adalet Divanı'nın içtihatlarında kanunlara aykırı bulunmuştur:

- ihalenin amacını oluşturan yapım işlerinin yapıldığı bölgede başlıca faaliyetlerini gerçekleştiren müteşebbislere verilen seçim hakkı;
- yalnızca sermayesinin büyük çoğunluğu kamuya ait olan isteklilerin katılabileceği ihale usulüne katılım;
- tasarımcının, ihale makamının ülkesinin mimarlar derneğine üye olduğuna dair kanıt koşulu;
- isteklilerin yalnızca devlet sübvansiyonu aldıkları gerekçesine dayanarak ihale usulü dışında bırakılması;
- teklifin sunulduğu anda isteklinin hizmetin sunulacağı ilin merkezinde kamuya açık bir ofisinin bulunması koşulu.

Seçim kriterlerinin uygulanmasıyla ilgili olarak aşağıdaki hatalar gerçekleştirilir:

- yeterlikle ilgili ayrımcı kriterler ya da rekabeti bozan kriterler;

Vaka çalışması

Bir kanalizasyon sisteminin inşa edilmesine ilişkin denetim hizmetlerine dair kamu ihale usulünde, ihale makamı müteşebbislere daha önce bir ihale usulü neticesinde benzeri hizmetlerle ilgili olarak deneyim sahibi olduklarına ve bu kapsamda dış yardım fonları (AB fonları, Norveç Finansal Mekanizması veya Dünya Bankası gibi) aracılığıyla finansman aldıklarına dair kanıt niteliğinde belge istemiştir. Bu isteğin ayrımcı bir istek olduğuna ve rekabeti bozduğuna karar verilmiştir.

- ihalenin amacını teşkil etmeyen yapım işleri, mal ya da hizmetlere ilişkin olmayan koşullar ve/veya orantısız olup yalnızca sınırlı sayıda müteşebbisin yerine getirebileceği koşullar;

Vaka çalışmaları

1) İhale makamı, bir kanalizasyon sisteminin inşa edilmesiyle ilgili denetim hizmetleri ihalesini bir istekli üzerinde bırakmıştır. Hizmet bedelinin 60.000 Euro gibi makul bir bedel olacağı öngörülmüştür ve sözleşme gereklerinin yerine getirilmesi konusundaki riskler düşüktür. İhale makamı, diğer şartların yanı sıra, bu hizmetleri sunmaya istekli müteşebbislere 2.5 milyon Euro değerinde bir sigorta poliçesine sahip olması gerektiği şartını koymuştur. Usulle ilgili denetim yapan müfettişler, ihale makamının orantısız bir biçimde yüksek bir şart belirlediği sonucuna varmıştır.

2) Bir demir yolu istasyonunda gerçekleştirilecek tadilat ve yenileme işleriyle ilgili başka bir usulde, müteşebbislere **tek bir projenin uygulanması esnasında edindiği** çeşitli yapım işlerine (otoparkların inşası, elektrik şebekeleri, demiryolları, vs.) dair deneyimleri kanıtlamaları şartı konmuştur. Müteşebbislere ayrı projelerde edindikleri farklı yapım işlerine dair tecrübeleri belgeleyerek teknik kapasitelerini kanıtlamaları engellenmiştir. Burada da müfettişler, teknik kapasitenin kanıtlanması için kullanılan yöntemle ilgili şartın ihale kanununa aykırı olduğu sonucuna varmıştır.

- müteşebbislere usulle alakası olmayan belgeler sunmasının **şart koşulması ya da Avrupa Tek İhale Belgesinin (ESPD) kabul edilmemesi**: Yukarıda ifade edilen kurallar doğrultusunda ihale makamı, müteşebbisin güvenilir olduğunu ve söz konusu ihale sözleşmesinin gereklerini yerine getirebileceğini kanıtlamak için gerekli olmayan, yine ihale makamının koyduğu koşul veya şartlarla ilişkisi bulunmayan belgeler gibi belgeler talep etmesi halinde hata yapmış olur. Bir ESPD'yi kanıt olarak kabul etmemesi durumunda da

hata yapmış olur. ESPD ile ilgili daha fazla bilgi için bkz. SIGMA Kamu Alımları Dosyası 7, *Müteşebbislerin Seçilmesi*.

- Kamu ihalesinin açıklanmasıyla ilgili ihlaller önemlidir: Bu tür ihlaller, müteşebbisler tarafından ihale usulünün yeterince erken bir aşamasında tespit edilip itiraz konusu edilmeleri halinde giderilebilir. Bu ihlalleri düzeltmek için ayrımcı kriterlerin ya da ihale belgelerindeki ihale amacına ilişkin olmayan koşulların tamamını silmek veya değiştirmek yeterli olacaktır. Buna ilaveten, söz konusu değişikliğin İhale İlanında yer alan bilgilerle ilgili olması halinde ihale makamının muhtemelen İhale İlanını değiştirmesi gerekecektir.

f) İhale değerlendirme (sonuçlandırma) kriterlerinin yanlış uygulanması:

İhale kriterleri, bir ihale makamının en iyi teklifi seçip ihaleyi o teklifin sahibi üzerinde bırakmasına dayanak oluşturur. Bu kriterler, ihale makamı tarafından önceden oluşturulmalıdır ve adil rekabete hanel getirmemelidir. İhale kriterlerinin düzgün şekilde uygulanması, kamu ihalelerinin sonuçlandırılması süreci için son derece elzemdir. Bu kriterler doğru şekilde uygulanmazsa ihale süreci, tekliflerin değerlendirilmesi ve ihale sonuç kararı kusurlu olabilir. Bu da ihale sürecinin iptal edilip yeniden başlatılması anlamına gelebilir, zira aksi takdirde en iyi teklifin seçilmemiş olması ihtimali söz konusudur.

İhale kriterlerini belirlerken ihale makamı ilk önce (bilhassa milliyet temelli) ayrımcılık yapmama ilkesini benimsemelidir. İkincisi, ihale kriterleri adil rekabete hanel getirmemelidir. Üçüncüsü, şeffaflık ilkesi doğrultusunda, tüm ihale kriterleri (ve ihale makamının değerlendirme kriterlerini çeşitli alt unsurlara ayırmaya karar vermesi durumunda alt kriterleri) muhtemel isteklilere önceden ihale belgeleri ya da ihale İlanı aracılığıyla açıklanmalıdır. Dördüncüsü, ihale kriterleri, makul bir şekilde ve tatmin edici seviyede bilgi almış ve normal şartlar altında özenli ve gayretli çalışan isteklilerin tamamı tarafından aynı yorumlanacak biçimde oluşturulmalıdır. Son olarak, ihale makamı ihale kriterlerini tüm usul boyunca aynı şekilde yorumlamalıdır.

Yukarıda ele alınan seçim kriterleri örneğinde de görüldüğü üzere, Avrupa Adalet Divanı içtihatlarında gayrimeşru olduğunu tespit ettiği birtakım ihale kriterlerine işaret etmiştir:

- istekli tarafından geçmişte gerçekleştirilmiş olan asıl teslimatların listesinin dikkate alınması (bu kriter, yalnızca bir yeterlik kriteri olarak uygulanabilir, zira kapasiteyle, yani müteşebbisin deneyimiyle ilişkilidir);
- ihalenin konusu olan ürünün, belirli bir kilometre yarıçapındaki alan dahilinde ihale makamının denetimine açık olması şartı;
- teklifte sunulan bilgilerin doğruluğunun etkin bir şekilde teyit edilmesini sağlayan koşulların eşlik etmediği kriter;
- *teklifin sunulduğu an itibarıyla*, bir ilin merkezinden veya diğer şehirlerde kamuya açık olan ofislerden 1000 km uzağa kadar konumlanmış bir tesisin varlığını ekstra puanlarla ödüllendiren kriter.

İhale makamı, aşağıdakileri yaparsa ihale kriterlerinin uygulanmasında hata yapmış olur:

- ihale kanunuyla, özellikle de şeffaflık ve eşit muamele ilkeleriyle uyumlu olmayan, ihale makamıyla aynı bölgede yerleşik şirketlere fiyat tercihi imkanı sunmak gibi kriterleri uygularsa;
- belirli bir ihale usulünde izin verilmeyen kriterleri uygularsa - örneğin, rekabetçi diyalog usulünde ihale makamının ilgili kural doğrultusunda en iyi fiyat-kalite oranını gözetmesi gerekirken fiyat kriterini uygulaması;
- isteklilerin nasıl değerlendirileceğine dair belirsizlik oluşmasına neden olan kriterleri uygularsa.

Vaka çalışması

Bir rüzgar santralının tasarımı, inşası ve teslimine ilişkin anahtar teslim bir ihalenin düzenlenmesiyle ilgili bir ihale usulünde, ihale makamı kriterlerden biri olarak "bilirkişi görüşü" doğrultusunda "garanti kapsamında sunulan koşulların" değerlendirilmesi kriterini benimsemiştir.

İhale kriterlerinin uygulanmasına ilişkin ihlaller, ilgili hükümlerle uyumlu olmayan kriterlerin kaldırılması veya değiştirilmesi suretiyle giderilebilir. Kriterler ihale ilanında yayınlanmışsa ilana ilişkin bir düzeltme yayınlanması gerekebilir. Bunun ardından tekliflerin alınması için tanınan süre sınırının uygun şekilde uzatılması gerekir.

Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. SIGMA Kamu Alımları Dosyası 8, *İhale Kriterlerinin Belirlenmesi*.

2. Usulün uygulanması esnasında yapılan hatalar

a) İhale kurallarında öngörülen süre sınırlarına uyulmaması

Tekliflerin alınmasına ilişkin asgari süre sınırlarını düzenleyen hükümlerin amacı, müteşebbislerin, özellikle de yabancı müteşebbislerin ihale makamının koyduğu koşulları yerine getiren teklifler hazırlaması ve sunmasını sağlamaktır.

İhale usulü esnasında aşağıdaki usulsüzlükler ortaya çıkabilir:

- Tekliflerin veya katılım taleplerinin alınması için süre sınırlarının çok kısa olması, özellikle de ihale kanununda öngörülen asgari süre sınırlarından daha kısa olması;
- Süre sınırının sona ermesinden sonra ihale usulüne kabul ve bu süreden sonra gelen tekliflerin değerlendirilmesi: Bu tür teklifler, teklifin geç iletilmesi şayet ihale makamının kusuru neticesinde (örneğin, tekliflerin kabul edileceği yeri yanlış belirtmesi veya bilişim sisteminin çalışmaması neticesinde elektronik tekliflerin zamanında iletilmesinin imkansız olmasından ötürü) gerçekleşmemişse açılmadan ilgili isteklilere iade edilmelidir. Genel

olarak, süre sınırının bitiminden sonra alınan tekliflerin ihaleye kabul edilmesi, eşit muamele ilkesinin ihlaliyle aynıdır;

- Süre sınırlarıyla ilgili hükümlerin uygulanmasına dair ihlaller: Bu tür ihlaller ihale sürecinde giderilebilir; ilgili süre sınırlarının uygun şekilde (yasalara uygun olarak) uzatılması ve durumun ilgili tüm müteşebbislere bildirilmesi normal şartlar altında yeterli olacaktır.

b) Müteşebbisin yeterliklerinin yanlış değerlendirilmesi ve bunun neticesinde süreç dışı bırakılması

İhale makamı iletilen tekliflerin veya katılım taleplerini değerlendirirken isteklilerin ya da adayların süreç dışı bırakılmasına gerek olup olmadığını kontrol etmelidir ve ardından söz konusu isteklilerin veya adayların kendi yeterliklerine (seçim) ilişkin kriterleri yerine getirip getirmediğini kontrol etmelidir. Dolayısıyla, ihale makamı esasen koşulların tümünü yerine getiren bir müteşebbisi yanlışlıkla süreç dışında bırakırsa veya, tam tersine, ihale makamı normalde ihale dışında bırakılması veya teklif sunmak üzere davet edilmemesi gereken bir müteşebbisi ihaleye kabul ederse, bir usulsüzlük yapılmış olur. Bu konu, katılımcıların sunduğu belgelerin (bu belgeler ya da beyanlar eksik veya belirsiz olabilir ya da hiç mevcut bulunmayabilir) doğru şekilde yorumlanmasıyla çok yakından alakalıdır. Eğer şüphe varsa, ihale makamı eşit muamele ilkesinin (aynı koşullar altındaki tüm katılımcılar aynı şekilde muamele görmelidir) gereklerini eksiksiz yerine getirmek suretiyle ilgili istekliden (adaydan) açıklayıcı bilgi talep etmelidir.

c) Tekliflerin yanlış değerlendirilmesi ve bunun neticesinde kriterlere uygun bir teklifin reddedilmesi ya da kriterlere uymayan bir teklifin reddedilmemesi

Teklifler, ihale ilanında veya ihale belgeleri arasında temin edilen teknik şartnamelerde belirtilen koşullara uygun olarak değerlendirilmelidir. Büyük ölçüde uyumsuz olan teklifler reddedilmelidir. İhale makamı, ilgili isteklilerin bu teklifleri düzeltmesine izin vermişse bu durum eşit muamele ilkesine aykırılık teşkil eder. Diğer taraftan, ihale makamının çok hayati önemde olmayan koşullarına uygun olmayan teklifler derhal reddedilmemelidir.

Tekliflerin değerlendirilmesiyle ilgili ihlaller, değerlendirme sürecinin tekrar edilmesi ve ardından en iyi teklifin seçilmesi suretiyle giderilebilir.

d) İhale süreci esnasında ihale kriterlerinin değiştirilmesi

İhale ilanında (ihale teklif dosyasında) yayınlanan kriterler, genel anlamda uygulanan kriterler olmalıdır. İhale süreci esnasında, ihale makamı ilan edilen ihale kriterleri üzerinde etkisi olan yeni durumları her halükarda dikkate almalıdır, aksi takdirde atlanmış bir noktayı veya hatayı düzeltmek zorunda kalabilir. İhale kriterlerinde yapılan değişiklikler, önemli ve önemsiz değişiklikler olarak ikiye ayrılabilir. İhale sürecine katılacak müteşebbislerin kimler olacağı konusunda etki ve yansımaları olması muhtemel değişiklikler, önemli değişiklikler olarak değerlendirilir. Genel anlamda bakıldığında, önemli bir değişiklik gerçekleştiğinde, söz konusu değişikliğin yapıldığı aşamaya geri dönülmesi gereklidir. Örneğin, en düşük fiyat kriteri yerine ekonomik açıdan en avantajlı teklif kriterinin uygulanmasına ilişkin bir değişiklik önemli bir değişikliktir, zira müteşebbislerin ihale usulüne katılıp katılmayacaklarına karar verirken dayanak olarak değerlendirecekleri bir unsurla ilgilidir. Dahası, söz konusu değişiklik ihale ilanında belirtilmiş olması gereken bir unsurla ilgilidir. Diğer taraftan, önemli olmayan bir değişiklik ise prensipte izin verilen bir değişikliktir. Bu durumda, ihale ilanında ve/veya ihale belgelerinde düzeltme yapılması, bunun yanı sıra teklif sunulması için tanınan süre sınırının yeterli miktarda ve usulünce ilan edilerek uzatılması çoğunlukla yeterlidir. Bir değişikliğin önemli mi yoksa önemsiz mi olduğunun tespitinde her vakanın kendine özgü koşulları dikkate alınmak zorundadır. İlan edilen ihale kriterleri (çeşitli kriterlerin nispi ağırlıkları, herhangi bir alt-kriterin uygulanması ve bunların nispi ağırlıkları ve daha ayrıntılı bir değerlendirme yöntemi de dahil olmak üzere) tekliflerin değerlendirilmesi sürecinde hiçbir koşulda değiştirilemez veya bunlardan hiçbir şekilde feragat edilemez. O aşamada tüm kriterler (ve tüm alt kriterler) ilk ilan edildikleri şekilde uygulanmalıdır.

İhale makamı ihale kriterlerini değiştirmek istiyorsa ve söz konusu değişiklik yukarıda tanımlandığı şekilde önemli bir değişiklik teşkil ederse, bu değişiklik genellikle ikinci bir İhale İlanının yayınlanmasını ve tekliflerin sunulması için tanınan süre sınırının uygun bir biçimde uzatılmasını gerektirir. Diğer taraftan, ihale makamı ihale kriterlerini tekliflerin sunulması için tanınan süre sınırının sona ermesinden sonra değiştirirse, böylesi bir ihlal yalnızca tüm ihalenin iptali ve yeniden ilana çıkılması suretiyle giderilebilir.

e) İhale usulünün haklı bir sebep olmaksızın iptal edilmesi

Kamu ihale usulleri, özellikle de kamuya açık bir rekabet çağrısıyla başlatılanlar, haklı bir sebep olmaksızın iptal edilmemelidir. Bu kuralın amacı, kendilerine tanınan teklif sunma fırsatına yanıt vererek ihale sürecine katılan istekli müteşebbislerin teklif hazırlama sürecine zaman ve kaynak ayırması hasebiyle bu çabanın göz ardı edilemeyecek bir çaba olmasıdır. Kamu ihale kuralları, önemli ve öngörülemeyen sebeplerden ötürü, bilhassa mevcut koşullarda beklenmeyen bir değişiklik olması nedeniyle ihalenin sonuçlandırılması artık kamu çıkarına hizmet etmiyorsa, ihale usulünün iptaline genellikle imkan tanır. İhalenin iptal edilmesi gerekliliği, isteklilerin kanunlara aykırı eylemlerinden, örneğin, muvazaalı hareket ettiklerinin ortaya çıkmasından da kaynaklanabilir. İhale makamının gerçekleştirdiği usulsüzlüklerin ancak ve ancak ihalenin iptal edilmesi suretiyle giderilebileceği şekilde kusurlu bir ihale usulünü düzeltmek için de ihalenin iptalinin gerektiği durumlar vuku bulabilir. Örneğin, ihale kurallarına aykırı şekilde herhangi bir rekabet çağrısı ilanı yapılmamışsa ve ihale makamı bu ihlali tespit etmişse, ihaleyi sonuçlandırmak yerine iptal etmek daha tercih edilir bir seçenektir. Aksi takdirde bir mahkeme ya da başka bir bağımsız denetim merci tarafından söz konusu ihalenin geçersiz olduğu ilan edilebilir.

İhale makamının ihaleyi iptal etme kararı bütünüyle bir dayanağa sahip olmalıdır. Bu koşul, ihale usulünün ilan edildiği sıradaki koşullarda meydana gelen bir değişiklikten ya da diğer öngörülemeyen sebeplerden kaynaklanan iptal durumlarında bilhassa geçerlidir.

İhale usulünün dayanaktan yoksun bir biçimde iptali (feshi), ihalenin feshedilmesine ilişkin kararın iptali ve ilgili ihalenin usulünce sonuçlandırılması suretiyle giderilebilir.

f) İhale usulü esnasında meydana gelen diğer hatalar

- **İletişim kurallarının yanlış uygulanması** – Örneğin, ihale makamının ihale esnasında alınan belirli kararları tüm katılımcılara duyurmaması.
- İhale ilanında yayınlanan unsurlarla ilgili olarak usulde yapılan bir değişikliğin ihale ilanına ek olarak **yayınlanmaması** – Örneğin, ihale makamının başvuru ya da tekliflerin sunulması için tanınan süre sınırını uzatması ancak bu değişiklik ile ilgili bir ilan yayınlamaması.
- İhale makamı tarafında **çıkartma** halinde bulunan bir kişinin ihaleye katılması – Örneğin, kişinin ihale usulüne katılan bir müteşebbisin çalışanı olması ya da bir müteşebbisle ilişkisinin bulunması. Tarafsızlık ilkesine uygun olarak, katılım talepleri veya teklifler açıldıktan sonra, ihale komisyonunun tüm üyeleri varsa muhtemel çıkar çatışması durumlarını beyan etmelidir. Bu durumda söz konusu üyeler ihale komisyonunun o noktadan sonraki çalışmalarına katılmamalı ve en iyi teklifin seçilmesinde söz sahibi olmamalıdır. Bu ihlal önemli bir ihaldir, zira ihale sürecinin sonuçları üzerinde etkisi olabilir. Direktif Madde 24, ihale makamlarının ihale usullerinin uygulanmasında çıkar çatışmalarını etkin bir biçimde önlemeye, tespit etmeye ve gidermeye yönelik tedbirler almasını öngören belirli hükümler içerir.

Bütün ihale usulünün iptal mi edileceğini yoksa yalnızca yukarıda belirtilen ihallerin mi giderileceğini kararlaştırmak amacıyla, mevcut durum analiz edilmeli ve hatanın ihale sonuçları üzerindeki etkisi değerlendirilmelidir.

3. En iyi teklifin seçilmesi ya da ihale sözleşmesinin akdedilmesinden sonra yapılan hatalar

AB direktifleri de dahil olmak üzere kamu ihale kuralları, ihale sürecinin sonuçlanmasından sonra dahi ihale makamının uyması gereken birtakım koşullar öngörmüştür. Aşağıda listelenen usulsüzlüklerden bazıları, genel anlamda önemli usulsüzlükler olarak nitelendirilebilirken bazıları ise özel koşullara bağlı olarak önemli usulsüzlük şeklinde nitelendirilebilir veya nitelendirilmeyebilir.

a) Bekleme süresine riayet edilmemesi

İhale makamlarının, ihale sonuç kararının verilmesi ile teklifi kabul edilen istekliyle sözleşme akdedilmesi arasında belirli sayıda gün boyunca beklemesi gerekir. Bu "bekleme süresi", teklifi kabul edilmeyen isteklilerin ihale makamının kararına itiraz etmesine imkan tanır ve dolayısıyla ihalenin hatalı bir karar temelinde verilmesini önler. Bekleme süresine riayet etmeyen (örneğin, süre bitiminden önce sözleşme akdeden) bir ihale makamı, ihale kurallarını ihlal etmiş olur. AB kuralları kapsamında bu ihlal, önemli bir ihlal olarak değerlendirilir ve ihlal, inceleme başlatılması için başvuruda bulunan istekliyi sözleşme akdedilmeden önce çözüm yoluna başvurma imkanından yoksun bırakmış olması ve kamu sektörü usul kurallarının ihlaliyle bir arada gerçekleşmiş olması koşullarıyla sözleşmenin geçersiz sayılmasıyla sonuçlanmalıdır. Diğer bir deyişle, sözleşmenin geçersiz olduğunun beyan edilmesi gerekliliğinin ortaya çıkması için bekleme kurallarının ihlali tek başına yeterli değildir. **Sözleşmenin geçersiz olduğunun beyan edilmesi ancak ve ancak bekleme kurallarının ihlaline diğer ihale kurallarına ilişkin bir ihlalin (örneğin, kurallara uygun olmayan bir teklifin veya en iyi teklif olmayan bir teklifin seçilmesi) eşlik etmesi ve mağduriyet yaşayan isteklinin (yasal hükümlere rağmen teklifi seçilmeyen istekli) ihale makamının kararına itiraz etme imkanı olmadığı gibi bu nedenle ihaleyi kazanma imkanının da olmaması halinde söz konusu olur.**

Şayet sözleşme, bekleme süresinin sona ermesinden önce akdedilmişse, ihale makamının bu hatası yalnızca sözleşmenin geçersiz sayılmasıyla düzeltilir. Sözleşmenin iptal edilmesinin gerekli olmadığı, bu ihlalin yukarıda belirtilen koşulu taşıyıp taşımadığına bağlı olarak değişir.

b) Usule katılan katılımcıların ihale usulünün sonuçlarından haberdar edilmemesi

Kazanan teklifin seçilmesiyle ilgili kararın verilmesinden sonra ihale makamının ilgili tüm müteşebbislere ihalenin sonuçları hakkında bildirimde bulunması şarttır. Bu yükümlülük, ihaleye katılan katılımcılara ihale makamının kararının yanlış olduğunu düşünüyorlarsa bu karara itiraz etme imkanı tanımaya amaçlar. İhtilafların Çözümüne Yönelik Direktif kapsamında, ihale makamının ihale sonuç kararını ilgili her istekliye ve adaya bildirmesi, onlara teklifler arasından birinin seçilip diğerlerinin reddedilmesinin sebeplerini uygun şekilde, özet olarak ve uygulanabilecek bekleme süresiyle ilgili kesin bir beyanla açıklaması şarttır. İhale sonuçlarının bildirilmemesi, ihale kurallarının ciddi bir ihlalini teşkil eder, zira ihale makamının bir kararına dair şikayette bulunma ihtimalini, özellikle de bu usulsüzlük bekleme süresi kurallarına riayet edilmemesi ile bir arada gerçekleşmişse asılsız kılar. Bununla birlikte, bu usulsüzlüğün usulün sonuçları üzerinde bir etkisi olup olmadığı, vakanın kendine has koşullarına bağlı olarak değişir.

Bu tür bir ihmal, gerekli eylemin (yani, katılımcılara ihale sonucunun bildirilmesi) gerçekleştirilmesiyle giderilebilir. Esasen, ihale sonucunu katılımcılara bildirmek ihale makamının çıkarıdır, zira inceleme taleplerinin (şikayetler) sunulması için tanınan süre sınırı, bilginin ilgili müteşebbislere gönderildiği ya da onlar tarafından teslim alındığı andan itibaren (geçerli olan kanuna bağlı olarak) işlemeye başlar.

c) İhale Sonuç İlanının yayınlanmaması

AB kuralları, ihale makamının bir kamu ihalesinin sonucunu *Avrupa Birliği Resmi Gazetesinde* ihale ilanı yayınlamak suretiyle ilan etmesini öngörür. Bu koşul, kamu ihaleleriyle ilgili ulusal hukukta da yer almaktadır. Söz konusu bildirim, normal şartlar altında derhal ve her halükarda ihalenin sonuçlanmasının ardından en geç belirli sayıda güç geçtikten sonra yapılmalıdır. Bu ilan, ihale usulünün (ihale usulü, ihalenin belirli bir istekli üzerinde bırakılmasıyla sona erer) bir parçası

olmadığından, ihale makamları bu koşulu çoğunlukla göz ardı eder. İhale sisteminin işleyişi üzerindeki etkisi, örneğin, ihale ilanınin yapılmaması durumundaki kadar çok değilse de bu, şeffaflığı artıran ve önemi yadsınamayacak bir unsurdur.

Bu tür bir hata, gerekli ilanın yayınlanmasıyla kolaylıkla giderilebilir. Böylesi bir ilanı yayınlamak, ihale makamının da yararınadır, zira ilanın yayınlanmasıyla birlikte (daha kısa) bir inceleme süresi başlar.

d) İhale Sonuç İlanında eksik bilgilerin yayınlanması ya da İlanın öngörülen süre sınırından sonra yayınlanması

İhale makamının İhale Sonuç İlanını, bu bilgilerin iletilmesinde gecikme olacak (ilan ancak kanunda belirtilen süreden sonra yayınlanır) veya ilan tüm gerekli bilgileri içermeyecek şekilde yapması halinde de ihale makamı hata işlemiş sayılır. Her iki durumda da bu hata, şeffaflık kurallarının ihlali anlamına gelir, zira müteşebbisleri, - denetim veya izleme mercileri de dahil olmak üzere - kamu kurumlarını ve kamuoyunu izleme işlevlerini yerine getirmekten alıkoyar. İhale makamı, örneğin, seçilen müteşebbisin kim olduğu, o müteşebbisin teklifinin seçilme nedenleri, iletilen ve reddedilen tekliflerin sayısı, iletilen en düşük teklifin tutarı ya da ihaleyi kazanan teklifin tutarı gibi bilgileri temin edemeyebilir. Bu her ne kadar ihale kurallarının ihlali anlamına gelse de normal şartlar altında tamamlanan ihale usulünün sonuçları üzerinde, özellikle de süreç şeffaf ve rekabete uygun bir biçimde yürütülmüşse, bir etkisi yoktur. Bu itibarla, ihlal önemli bir ihmâl olarak değil, resmi bir ihlal olarak değerlendirilir. İhale makamı yayın koşullarına tamamen uymuş olsaydı da ihale sonuçlarının aynı olması muhtemel olurdu. İhale Sonuç İlanının yayınlanması, daha önceden rekabet çağrısı yayınlanmadan pazarlık usulünün yürütülmesi gibi şeffaf olmayan veya rekabete uygun olmayan bir prosedür neticesinde gerçekleştirilmişse bu durum geçerli değildir. Böylesi bir ilan bu usule başvurulmasının nedenlerine dair bilgiler (rekabet olmamasını gerekçelendiren hukuki dayanaklar) içermelidir. Bu bilginin temin edilememesi, kanunun ihlal edildiği anlamına gelmez ancak genel ilkelerden muafiyet kavramının gerektiği şekilde uygulanması konusunda ilgili mercilerin dikkatini çekmelidir.

e) İhaleyi kazanan teklifte sunulan koşullarla uyumlu olmayan bir sözleşmenin akdedilmesi

İhale makamı, ihaleyi kazanan istekliyle o isteklinin teklifinde yer alan hüküm ve koşullara uygun olarak bir sözleşme akdetmelidir. Diğer bir deyişle, akdedilen sözleşmenin koşulları, en iyi teklif olarak seçilen teklifte sunulmuş olan taahhütleri yansıtmalıdır. İhale makamı, ihaleyi kazanan istekliye tekliftekinden daha fazla ödeme yapılmasına ya da istekli açısından daha avantajlı olacak koşullar üzerinden bir sözleşme akdedilmesine izin vermesi halinde eşit muamele ilkesini ihlal etmiş olur. Diğer taraftan, teklife kıyasla sözleşmede değişiklikler olmasına, bu değişiklikler en iyi teklifin seçildiği anda öngörülmesi mümkün olmayan hallerden ya da çerçevesi kesin olarak belirtilmiş diğer hallerden kaynaklanıyorsa, gerekçeleri kati şekilde belirtilen durumlarda istisnai olarak izin verilmektedir. Bununla birlikte, bu değişiklikler müteşebbisin teklifte yer verdiği ve ihale usulü aracılığıyla değerlendirmesi yapılan taahhütlerle ilgili olmamalıdır.

f) Bir sözleşmenin ifası esnasında, değişiklik yapılmasına olanak tanıyan kurallara aykırı olarak değiştirilmesi

İhaleyi kazanan istekliyle sözleşme akdedildikten sonra bu sözleşme akdedildiği şekliyle ifa edilmelidir ve çok istisnai durumlar haricinde, örneğin, öngörülemeyen gelişmelerden ötürü vuku bulan değişiklik ihtiyaçları dışında, değiştirilemez. Genel olarak, **bir sözleşmenin önemli ölçüde ve büyük bir değişikliğe tabi tutulması yasaklanmıştır**. Bu genel kuralın, sözleşmeyi ilk akdedildiği halinden büyük ölçüde farklı kılan değişiklikler için geçerli olduğu anlaşılmaktadır. Örneğin, bu tür değişiklikler;

- sözleşmenin ekonomik dengesi açısından ibreyi yüklenici lehine çevirebilir;
- asıl ihale sürecinin parçası olmayan mal, hizmet veya yapım işlerini içerebilir;
- asıl ihale sürecinde halihazırda uygulanmışsa, başka bir müteşebbisin seçilmesiyle ya da ihalenin başka bir istekli üzerinde bırakılmasıyla sonuçlanabilir.

Sözleşmelerin kapsamlı değişikliklere tabi tutulması, yeni (şeffaf ve rekabetçi) bir ihale süreci aracılığıyla ve yeni bir rekabet çağrısı yapılarak uygulanmadığı sürece yasaklanmıştır.

Diğer taraftan, sözleşmedeki değişiklikler, aşağıdaki durumlarda kapsamlı değişiklik olarak değerlendirilmezler:

- Sözleşmenin genel yapısını değiştirmeyen unsurlarıyla alakalıysa,
- Açık, kati ve net inceleme maddeleri veya seçenekleri dahilinde asıl ihale usulüyle ilgili olarak ihale belgelerinde öngörülmüşlerse. Bahsi geçen maddeler veya seçeneklerde, hem muhtemel değişikliklerin kapsamı ve yapısı hem de bu değişikliklerin uygulanabileceği koşullar belirtilmelidir.

Yukarıdaki kısıtlamalardan bağımsız olarak uygulanan kapsamlı sözleşme değişiklikleri, kamu ihale sürecinde ciddi usulsüzlükler teşkil eder.

İlgili kurallara aykırı olarak sözleşmenin kapsamlı bir değişikliğe tabi tutulması, münhasıran sözleşme değişikliğinin geçersizliğinin beyan edilmesi suretiyle giderilebilir.

g) Rekabetçi ve şeffaf usuller uygulanmaksızın ek hizmetler veya yapım işlerinin verilmesi

AB mevzuatı ve AB mevzuatının uygulanmasına ilişkin ulusal kanunlar, belirli koşullar altında, bir ihalenin önceden teklif çağrısı yayınlanmaksızın verilmesine olanak tanıyabilir. Bu durumlar arasında, asıl sözleşmeye taraf olan bir müteşebbise ek yapım işleri veya hizmetlerin verilmesi ya da yeni yapım işleri veya hizmetlerden oluşan ve asıl ihale sürecinde yer alan hizmetler ya da yapım işlerinin tekrarı niteliğindeki bir ihalenin verilmesi yer alır. Genel şeffaflık ve rekabet ilkelerine istisna olarak, bu seçenek kesin olarak tanımlanmış koşullar altında (örneğin, ek ya da yeni yapım işleri veya hizmetlerin bedeliyle ilgili olarak ya da bu seçeneğin uygulanabileceği süre zarfıyla ilgili olarak) uygulanabilir. İhale makamının bu tür hizmetleri veya yapım işlerini mevzu bahis koşullar yerine getirilmeden vermesi, ihale kurallarının ihlali anlamına gelir.

Ek hizmetler veya yapım işleriyle, ilgili hükümlere aykırı bir biçimde ilişkili olan sözleşmelerin akdedilmesi, ihalenin yasalara aykırı bir şekilde verilmesi anlamına gelir. Bu tür bir sözleşme (ya da sözleşmeler), yukarıda yer alan Madde 1 (a) ve 1 (b)'de belirtildiği üzere geçersiz ilan edilmelidir.

Ek bilgi

SIGMA Yayınları

Kamu Alımları Dosyaları

<http://www.sigmaweb.org/publications/key-public-procurement-publications.htm>

SIGMA (2016), *AB Mali Eşik Değerlerini Anlamak*, Dosya 5, OECD Publishing, Paris

SIGMA (2016), *Müteşebbislerin Seçimi*, Dosya 7, OECD Publishing, Paris

SIGMA (2016), *İhale Kriterlerinin Belirlenmesi*, Dosya 8, OECD Publishing, Paris

SIGMA (2016), *Kamu İhale Usulleri*, Dosya 10, OECD Publishing, Paris