KARŞILAŞTIRMALI İDARE HUKUKUNDA KAMU İHALE UYGULAMALARI



Prof. Dr. Yücel OĞURLU
Arş. Gör. Eren KALANYUVA
Av. Esra DOĞAN
Av. Zeynep ÇELİK

İSTANBUL TİCARET ODASI YAYINLARI

MEVZUAT ETÜTLERİ

YAYIN NO: 2010-95

KARŞILAŞTIRMALI İDARE HUKUKUNDA KAMU İHALE UYGULAMALARI

Karşılaştırmalı hukuk, uygulamadaki kararlar ve Türk Hukukunda ihale sürecinin tabi olduğu hukuki rejimi ortaya koyan bu yayınımız üç bölümden oluşmaktadır. Türk Kamu İhale Kanununa genel bir giriş yaparak birincil ve ikincil mevzuatı anlatan ilk bölümü, Karşılaştırmalı Kamu İhale Hukuku: İngiltere, ABD, Almanya ve Avrupa Birliğinde Kamu İhaleleri bölümü ve Danıştay ile Kamu İhale Kurumu kararlarından örneklerle ihale uygulamalarında sorunlu alanlardan oluşan son bölüm izlemiştir.

Bu yayın üç ayrı örnek ülke olan İngiltere, ABD ve Almanya yasalarındaki ihale sürecini ele alarak, Türk İdare Hukuku açısından benzer ve farklı yönleri görme fırsatı sunmuştur. Ayrıca iç hukuktaki kamu ihale mevzuatını yenilemede de etkili olan AB İhale Hukukunu da çeşitli açılardan değerlendiren bu çalışmada kamu ihalelerine ilişkin seçilmiş konularda Kamu ihalelerine dair uyuşmazlıklarda etkin rol oynayan Kamu İhale Kurumu ve Danıştayın da kararlarına yer verilmiştir.

(Elektronik) ISBN 978-9944-60-855-8

İSTANBUL TİCARET ODASI

ISBN 978-9944-60-854-1

İSTANBUL
TİCARET
ODASI

KARŞILAŞTIRMALI İDARE HUKUKUNDA KAMU İHALE UYGULAMALARI

Proje Yürütücüsü
Prof. Dr. Yücel OĞURLU

Arş. Gör. Ömer GEDİK
Arş. Gör. Eren KALANYUVA
Av. Esra DOĞAN
Av. Zeynep ÇELİK
Av. Mehmet Serdar SALTABAŞ
Arş. Gör. İdris KAYDUL

YAYIN NO: 2010-95
İstanbul, 2011

Copyright © İTO (İstanbul Ticaret Odası)

Tüm haklar saklıdır. Bu yayının hiçbir bölümü, yazarın ve İTO'nun önceden yazılı izni olmaksızın mekanik olarak, fotokopi yoluyla veya herhangi bir şekilde çoğaltılamaz. Eserin bazı bölümleri veya paragrafları, sadece araştırma veya özel çalışmalar amacıyla, yazarın adı ve İTO belirtilmek suretiyle kullanılabilir.

ISBN 978-9944-60-854-1 (Basılı)
ISBN 978-9944-60-855-8 (Elektronik)

İTO ÇAĞRI MERKEZİ
Tel: (212) 444 0 486

İTO yayınları için ayrıntılı bilgi
Bilgi ve Doküman Yönetimi Şubesi
Dokümantasyon Servisi'nden alınabilir.

Tel : (212) 455 63 29
Faks : (212) 512 06 41
E-posta : ito.yayin@ito.org.tr
İnternet : www.ito.org.tr

Odamız yayınlarına tam metin ve ücretsiz olarak
internetten ulaşabilirsiniz.

YAYINA HAZIRLIK, BASKI, CİLT
BAKED IDEAS
Ömer Avni Mah. İnebolu Cad. Kabataş Setüstü Sk. No: 1 Kabataş - Beyoğlu / İstanbul
Tel: 0212 227 77 05

KARŞILAŞTIRMALI İDARE HUKUKUNDA KAMU İHALE UYGULAMALARI

Prof. Dr. Yücel OĞURLU

1970 yılında İstanbul'da doğdu. İlkokuldan itibaren bütün öğrenimini İstanbul'da almıştır. 1999 yılında Doktor, 2004 yılında İdare Hukuku Doçenti, 2010 yılında İdare Hukuku profesörü unvanlarını kazanmıştır. İdare hukuku, idari yargı, Avrupa Birliği Hukuku, karşılaştırmalı idare hukuku, yerel yönetimler, idari yaptırımlar hukuku, kazanılmış haklar, e-devlet, elektronik kamu hizmetleri konularında Türkiye ve yurtdışında yayınlanmış çok sayıda kitap, bölüm çalışması, makale ve bildirisi bulunmaktadır. Yazarın dilbilim ve edebiyat üzerine yayınlanmış çalışmaları da bulunmaktadır. Bugüne kadar, farklı üniversitelerde idari görevler alan yazar, halen İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku ABD öğretim üyesi ve Üniversitenin rektör yardımcısı olarak görevini sürdürmektedir.

Arş. Gör. Ömer GEDİK

1980 yılında Erzurum' da doğdu. İlköğretimini ve lise eğitimini bu şehirde tamamladı. 2002 yılında Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi'nden mezun oldu. Aynı yıl mezun olduğu fakültede araştırma görevlisi olarak göreve başladı. 2007 yılında Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünde yüksek lisans eğitimini tamamladı. Halen Marmara Üniversitesinde Doktora eğitimini sürdürmektedir.

Arş. Gör. Eren KALANYUVA

1985 yılında Ankara'da doğdu. İlkokulu Trabzon'da, lise eğitimini Ankara'da tamamladıktan sonra 2008 yılında Eskişehir Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesinden mezun oldu. 2010 yılında İtalya'nın Parma şehrinde yüksek lisans eğitimini tamamlayan yazar, Brüksel'de Avrupa Birliği Komisyonu bünyesinde altı ay stajyer olarak görev aldı. Yazar 2011 Şubat ayından beri İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Ana Bilim Dalında araştırma görevlisi olarak doktora çalışmalarına devam etmektedir.

Av. Esra DOĞAN

1988 yılında İstanbul'da doğdu. İlkokul, ortaokul ve liseyi İstanbul'da bitirdikten sonra 2009 yılında İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun oldu. Yazar İstanbul Ticaret Üniversitesi'nde Kamu Hukuku alanında lisansüstü çalışmalarına devam etmekte ve çalışmalarını AB Hukuku, İdare Hukuku ve Hizmette Yerellik alanlarında yoğunlaştırmaktadır. Yazar aynı zamanda İstanbul'da serbest avukatlık yapmaktadır.

Av. Zeynep ÇELİK

1987 yılında Giresun/Görele'de doğdu. İlkokul, ortaokul ve liseyi Görele'de bitirdikten sonra 2010 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun oldu. Halen İstanbul Ticaret Üniversitesi'nde Kamu Hukuku alanında lisansüstü çalışmalarına devam etmekte ve çalışmalarını AB Hukuku, İdare Hukuku ve Hukuk Felsefesi alanlarında yoğunlaştırmakta olup aynı zamanda serbest avukatlık yapmaktadır.

Av. Mehmet Serdar SALTABAŞ

1986 yılında İstanbul'da doğdu. İlkokul, ortaokul ve liseyi İstanbul'da bitirdikten sonra 2009 yılında İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun oldu. Yazar İstanbul Ticaret Üniversitesi'nde Kamu Hukuku alanında lisansüstü çalışmalarına devam etmekte ve çalışmalarını İdare Hukuku, Vergi Hukuku ve Bağımsız İdari Otoriteler alanlarında yoğunlaştırmaktadır. Yazar aynı zamanda İstanbul'da serbest avukatlık yapmaktadır.

Arş. Gör. İdris KAYDUL

1986 yılında Bursa'da doğmuş olup ilk ve orta öğrenimini Bursa'da tamamladı. İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 2009 yılında mezun oldu. Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünde kamu hukuku alanında yüksek lisans tez öğrencisi olup İstanbul Barosuna kayıtlı olarak 2011 ağustos ayına kadar serbest avukatlık yapmıştır. Yazar 2011 ağustos ayından itibaren İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesinde araştırma görevlisi olarak İhale Hukuku, İmar Hukuku, Enerji Hukuku, İdare Hukuku ve İdari Yargı alanlarında araştırmalarını sürdürmektedir.

İÇİNDEKİLER

Kamu İhale Konusunda Birincil ve İkincil Mevzuat Hakkında Genel Değerlendirme
Av. Esra DOĞAN 31

Kamu İhalelerinde İdari Sözleşmelerin Oluşum Süreci
Av. Mehmet Serdar SALTABAŞ 79

4734 Sayılı Kanun ve 2886 Sayılı Kanun Işığında Ana Hatlarıyla Kamu İhalerinde Usul
Arş. Gör. İdris KAYDUL 119

Kamu İhalelelerine Hakim Olan İlkeler
Arş. Gör. Ömer GEDİK 163

Kamu İhaleleri Alanında e-Devlet Uygulamaları
Prof. Dr. Yücel OĞURLU 189

İngiltere'de Kamu İhaleleri
Prof. Dr. Yücel OĞURLU 207

Amerika Birleşik Devletleri ve Almanya'da Kamu İhaleleri
Arş. Gör. Eren KALANYUVA 229

Avrupa Birliği Müktesebatı Çerçevesinde Kamu Alımları
Av. Zeynep ÇELİK 273

Kamu İhalelerine İlişkin Seçilmiş Konularda Danıştay Kararları İncelemeleri
Prof. Dr. Yücel OĞURLU 321

Karayolları, Büyükşehir Belediyeleri ve Dsi Genel Müdürlüğü İhalelerine Dair Kamu İhale Kurulu'nun 2010 Yılı Kararlarından Seçmeler
Prof. Dr. Yücel OĞURLU 343

SUNUŞ

Kamu ihale mevzuatı, kamu kesimi ve özel sektör arasındaki ticari ilişkilerin belirleyicisidir. Bu itibarla, Kamu ihale mevzuatının sektör ayrımı olmaksızın tüm iş kollarını birinci dereceden ilgilendirmesi ve bununla birlikte kamunun asli görevi olan düzenleme ve denetlemeye ağırlık vermesi neticesinde gerekli yatırım ve harcamaların yapılması, konunun önemini daha da arttırmaktadır.

İhalelerde eşit muamele, güvenilirlik, şeffaflık ve gizlilik gibi değerlerin sağlanabilmesi için getirilen düzenlemeler ise, birçok gelişmiş ülkede olduğu gibi ülkemizde de ihale mevzuatının ve ihale sürecinin kamuoyu tarafından anlaşılırlığını olumsuz yönde etkileyebilmektedir. Bu bağlamda mevzuatın anlaşılırlığının sağlanması birçok sorunun henüz oluşmadan ortadan kaldırılmasına vesile olacaktır.

AB'ye üye olmaya aday devletlerden biri olan Türkiye'nin iç hukuktaki kamu ihale mevzuatı üzerinde AB ihale hukuku ve uygulamalarının izlerini görmek mümkündür. 2000 yılı sonrası dönemde AB hukukuna uyumlaştırma adına iç hukukunu AB müktesebatı çerçevesinde düzenlemeye giden Türkiye diğer ülkeler ile arasındaki mevzuat uyumsuzluğunun azalmasını önemli ölçüde sağlamıştır.

Halen uygulamada bazı sorunlarla karşılaşılsa da Türk İhale Hukuku, Kamu ihaleleri konusunda seçtikleri model ve izledikleri yolla farklılık gösteren diğer ülkelere kıyasla altyapısını büyük ölçüde geliştirmiştir. Uygulamada yaşanan problemlerin çözümlenmesinde idari yapı ve yürütme organının rolü önem arzetmektedir.

Bu itibarla, Türkiye'deki kamu ihale sürecini ve mevzuat yapısını karşılaştırmalı hukuk açısından ele alan ve kamu ihalelerine dair alınan kararları inceleme fırsatı sunan "Karşılaştırmalı Hukuk Bakımından Kamu İhale Uygulamaları, Problemler ve Çözüm Önerileri" adlı yayınımızın tüm üyelere, ilgili kişi ve kuruluşlara faydalı olmasını diler, çalışmayı Odamız adına gerçekleştiren başta Prof. Dr. Yücel Oğurlu olmak üzere; Arş.Gör.Ömer Gedik, Arş.Gör.Eren Kalanyuva, Av.Mehmet Saltabaş, Av.Zeynep Çelik, Av.Esra Doğan ve Arş. Gör.İdris Kaydul'a katkılarından dolayı teşekkürlerimi sunarım.

Dr. Cengiz Ersun
Genel Sekreter

ÖNSÖZ

Elinizdeki bu araştırma çalışması, oldukça kısa bir süre içerisinde, sıkı bir ekip çalışması ile ortaya çıkarılmıştır. İstanbul Ticaret Odası adına yürütülen proje çalışmasında, proje üstlenicisi olarak Prof. Dr. Yücel OĞURLU, İngiltere'de kamu ihaleleri, e-İhaleler, uygulamalar ve Danıştay kararları ile Kamu İhale Kurumu kararlarının değerlendirildiği dört bölüm ile çalışmaya katkıda bulunmuştur. Ayrıca çalışmanın bütünü üzerinde editörlük ve denetim görev ve sorumluluğunu yerine getirmiştir. Çalışmada proje ekibinden, Arş. Gör. Ömer GEDİK, kamu ihalelerine hakim olan ilkelere ilişkin; Arş. Gör. Eren KALANYUVA ise ABD ve Alman kamu ihale hukuklarına ilişkin bölümlerin yazarlarıdır. Çalışma ekibinin diğer kısmı, İstanbul Barosu avukat veya stajyer avukatları olan İstanbul Ticaret Üniversitesi yüksek lisans öğrencilerinden oluşmaktadır. Avukat Esra DOĞAN, çalışmanın Türk Kamu İhale Hukuku Mevzuatı'na ilişkin bölümünün Av. Zeynep ÇELİK Avrupa Birliği mevzuat ve uygulamalarına ilişkin bölümü Av. Mehmet Serdar SALTABAŞ ve Arş. Gör. İdris KAYDUL iç hukukta ihale usulüne ilişkin kısımlarının bölüm yazarları olarak altı aylık proje süresinin elverdiği ölçüde olağanüstü bir gayretle kendi konularında detaylı birer çalışma yapmışlardır.

Prof. Dr. Yücel Oğurlu, çalışmaya Danıştay kararlarını değerlendirerek ve Kamu İhale Kurumu'nun kararlarından, özellikle 2010 yılı içinde verilen kararları değerlendirerek ve çalışmanın bütününün birbiriyle uyumlu ve proje taleplerine uygun şekilde teslimini sağlama yönünde katkı sağlamıştır. Çalışmanın mevzuat yanında, Kamu İhale Kurumu ve Danıştay kararlarına, proje içeriğinde talep edilen Büyükşehir Belediyeleri, Karayolları Genel Müdürlüğü ve DSİ'ye ilişkin olmak kaydıyla yorumlayarak yer vermesi, çalışmayı belirli bir odak çevresinde yoğunlaştırmıştır. Karar değerlendirilmesi sırasında, kararların can alıcı noktaları dikkate alınarak başlıklandırılmış, içerik tarih ve sayı değerlerine feda edilmeden sunulmuştur.

Diğer taraftan çalışmada, İngiltere, ABD ve Alman Hukukları ile iç hukuktaki kamu ihale mevzuatı üzerinde önemli bir etkisi olan AB İhale Hukuku'na da yer verilmiş olması çalışmanın mukayeseli hukuk bakımından önemini artırmaktadır.

Çalışmanın, oran olarak dörtte biri karşılaştırmalı hukuktan, dörtte biri uygulamadaki kararlardan geri kalanı ise Türk Hukuku'nda ihale sürecinin tabi olduğu hukuki rejimden oluşmaktadır.

Bu çalışmanın ortaya çıkmasına maddi kaynakla destekte bulunan İstanbul Ticaret Odası'na ve İktisadi ve Sosyal Etüdler Merkezi'ne teşekkür ederiz.

İstanbul, Ocak 2011

Prof. Dr. Yücel OĞURLU